

Europeisering av svensk skadeståndsrätt och försvenskning av de europeiska källorna – EKMR som vitaliserande tillämpningsexempel

1 Europeisering som anomali respektive normalitet

Efter tjugo års medlemskap i den europeiska unionen, har en svensk version av den europeiska identiteten börjat normaliseras som en naturlig kulturell – och rättskulturell – hemvist. Många upplevde initialt en rådvillhet, där ”främmande” principer och regleringar tycktes skapa en avvikande, oöverskådlig och väldigt ”osvensk” rättsordning. Man ställde sig frågan om Europarätten var ett eget och övergripande rättsområde, som dikterade villkoren för all (eller mycken) juridik – och som därmed (åter) på ett ”främmande” (och kanske till och med ”hotfullt”) sätt predestinerade den svenska rättens innehåll. Numera har vi lärt oss uppskatta, att den svenska livsbetingelsen också inkluderar att vara europeisk. Men den *europeiska identiteten* innefattar även – på ungefär trettio olika sätt – att vara nationell. Vi har gemensamma direktiv, förordningar, principer, rättigheter etc; men inom vissa ramar tillåts *nationella diskrepanser* vid genomförandet av dessa – särskilt vad avser den detaljerade tillämpningen av rättsföljder vid överträdelser. Den konkreta appliceringen av rättsmedel – exempelvis skadestånd (som är temat för denna artikel) – förutsätter alltid en inordning av resonemangen i den nationella rättskulturens traditioner avseende ersättningsbestämningens poster, nivåer, begränsningsläror etc (givetvis under förutsättning att dessa nationella

skadeståndsprinciper inte understiger, eller står i strid med, tvingande europeiska krav).

Den nu beskrivna normaliseringen av de europeiska anspråken på nationell skadeståndsrätt – då det europeiska blir svenskt, men där också det svenska interagerar med de europeiska källorna – kan utgöra ett tankeväckande memento för den följande framställningen. Det handlar nämligen om hur *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (EKMR) på ett konstruktivt sätt samspelat med den svenska skadeståndsrätten. Det går att se en *dialektisk utveckling* med några stadier av växlande synsätt. Tidigt kan iakttas ett (1) läge då återopandet av EKMR sågs som vansinnig rättshaverism, varefter (2) EKMR och rättighetstalet tvärtom upplevdes som – åtminstone retoriskt frammanades som – en revolutionerande nygestaltning av rätten där de europeiska principerna hävdades skapa helt nya (och väldigt höga) skadeståndskrav, vilket följdes av en (3) period då EKMR även officiellt erkändes som en skadeståndsgrund vid direkttillämpning i svenska domstolar, och därefter inträdde det (4) normaliserande tillstånd vi nu upplever, då det principiella erkännandet av EKMR följs av alltfler preciseringar avseende inordnandet av denna ansvarsgrund i den nationella traditionen med allmänna skadeståndsrättsliga principer och beloppsnivåer.

Man kan tala om en påtaglig *omvandling av rättskulturen*. Det som först, vid ratificeringen av EKMR¹ måhända framstod som en ren formalitet – att den demokratiska svenska staten ska respektera de så kallade mänskliga fri- och rättigheterna – har med åren visat sig medföra direkt materiella verkningar. Även om den initiala inställningen var, att svensk rätt redan stod i harmoni med konventionsrättigheterna,² infann sig ef-

¹ Utöver ratificeringen på 1950-talet har även vid EU-tillträdet på 1990-talet stadgats, att denna konvention ska gälla som lag i Sverige. Se om förhållandet mellan nationell och internationell rätt, prop 1993/94:117 s 32 ff; Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* (7 edition, Uppsala 2014) s 30 ff och 193 ff; Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* (4 uppl, Stockholm 2012) s 36 ff; Opsahl, *Human Rights Today* (Scandinavian Studies in Law, vol 23 1979, s 149 ff) s 156 ff; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen* (Helsingfors 2007) s 43 ff. Jfr Greer, *The European Convention on Human Rights* (Cambridge 2006) s 132, om att det – tvärtemot en vanlig uppfattning – inte synes ha någon betydelse för efterlevnaden, utifall EKMR ges en privilegierad formell status i den nationella konstitutionen eller rättssystemet.

² Se prop 1951:65 s 11.

terhand insikten, att successiva lagreformer var en nödvändig komponent för att nå normharmoni.³ Dessutom kan nämnas att efter Sveriges anslutning till EU, ingår EKMR även som en del av unionsrätten.⁴ Sedan Sverige ett antal gånger fällts i Europadomstolen,⁵ har det gått upp för svenskarna – och de svenska juristerna – att ”demokratiskt fattade beslut” och ”formellt korrekt handläggning” inte alltid är de sista och vinnande orden i en rättslig argumentation om det allmännas ansvar. Den tiden är helt enkelt förbi, då ledande politiker kunde avfärda Europadomstolen som ”en lekstuga för Gustaf Petrén”⁶ eller då vanliga jurister såg domstolen som ett tillhåll för ”rättshaverister”.⁷

Den svenska staten och den svenska myndighetstillämpningen står inte över allt rättsligt klander, utan idén med en bindande konvention är just att medborgarna ska kunna *testa de rättsliga gränserna* för den samhälleliga, faktiska och rättsliga makten. Och det är bland annat genom skadeståndsrätten som EKMR kan bli ett verkligt redskap, för att transformera det som benämns mänskliga rättigheter till en levande del av rätten – istället för abstrakta komponenter i en fin rättighetskatalog. Därvidlag kan framhållas värdet av rättslig aktivism från organisationer och fristående sakförare.⁸

³ Se vidare prop 1993/94:117 s 32 f och 40 ff; jfr även SOU 2010:87 s 120 ff.

⁴ Om förhållandet mellan EU-rätten och EKMR, se Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten (Lund 2014) s 168 ff och 184 ff; Bernitz, Sverige och Europarätten (Stockholm 2002) s 156 ff; Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder (5 uppl, Stockholm 2014) s 150 ff och 169 ff; Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 174 ff; Greer, The European Convention on Human Rights s 47 ff.

⁵ Se vidare Åhman, Rättighetsskyddet i praktiken – skydd på papperet eller verkligt genomslag? (Smith/Petersson, red, Konstitutionell demokrati s 172 ff, Stockholm 2004) s 190 ff, för en översikt över målen.

⁶ Se Sterzel, Gustaf Petrén till minne (Våra rättigheter V s 9 ff, Stockholm 2007) s 11 och 14, om detta omtalade citat som levt vidare som ”ett pregnant uttryck för ett äldre sätt att betrakta rättighetsfrågorna, numera dessbättre övergivet”.

⁷ Jfr vidare Petri, Debattinlägg (Sterzel, red, Europakonventionens införlivande med svensk rätt, Uppsala 1993) s 67; ”När man var domare i Sverige på 1960-talet och någon återopade Europakonventionen, ansåg man honom antingen som rättshaverist eller galning. I dag tar man konventionen på största allvar. Det är ingen tvekan om att det i svensk tänkande har skett en oerhörd utveckling, och det är glädjande.” Jfr även Kleiman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling (JT 2008–09 s 546 ff) s 546 f.

⁸ Jfr Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst (JT 2007–08 s 140 ff) s 142, om skadeståndsrättens betydelse för förändringen av EKMR:s status samt möjligheten av juridisk aktivism. Se Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors

Ett antal *argumentativa rättsliga mönster* kan börja skönjas när konventionen omsätts i nationell skadeståndsrätt. I denna artikel uppmärksammas, att juridiken inte ”tar slut” så fort EKMR kan återopas, utan att den svenska skadeståndsrätten just då ”startar” sin översättning av EKMR till juridik här och nu. EKMR är förvisso numera svensk lag; för konstaterande av vad som är en konventionskränkning krävs därmed ingen ytterligare lagstiftning. Praxis från Högsta domstolen – samt även ett liggande lagstiftningsförslag⁹ – har vidare klarlagt EKMR som en accepterad ansvarsgrund; men det betyder inte att alla EKMR-kränkningar alltid medför skadestånd, eller att alla detaljerade skadestandsfrågor i ett sådant fall är lösta.

Som kommer att visas finns dock en viss tendens, att *den stora berättelsen* om den stora konventionen får en del *rättsliga distinktioner och differentieringar* att nedtonas – åtminstone i ett tidigt skede av utvecklingen. Desto intressantare kan det därför vara, att söka teckna några små rättsliga berättelser som man kan ha i beredskap, för att göra civilrättslig juridik – skadeståndsrätt – av EKMR. Folkrättsliga åtaganden och så kallade rättigheter har ofta en tämligen abstrakt och formell framtoning, så när det mer konkret ska avgöras vad en konvention har för materiell innebörd, krävs alltid en undersökning av den nationella implementeringen.¹⁰ Därvidlag kan man också uppmärksamma de individuella rät-

2001) s 134 ff och 186 ff, om dylika strategiska potentialer inom skadeståndsrätten. Se även Strömmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter (Våra rättigheter V s 200 ff, Stockholm 2007) s 208 ff, om sådan aktivism på fri- och rättighetsområdet; jfr Lindblom, Grupptalan (Stockholm 1989) s 667 ff, om ”class action” avseende medborgerliga fri- och rättigheter.

⁹ Lagstiftningsarbetet har, via SOU 2010:87, nått fram till ett förslag om principiellt införande av en regel i skadeståndslagen, som visar att skadeståndsansvar för EKMR-kränkning kan förekomma om det är nödvändigt för att Sveriges konventionsförpliktelser ska uppfyllas. Lagstiftningen kommer därmed – i enlighet med dess intentioner – att klarlägga det rättsläge som HD:s praxis redan nått fram till.

¹⁰ Opsahl, Human Rights Today s 153 och 162 ff. Jfr även Cameron, The Influence of European Rights Law on National Law (Hollo, ed, National Law and Europeanisation s 63 ff, Helsingfors 2009) s 67 ff och 75 ff; Janis m fl, European Human Rights Law (3 edition, Oxford 2008) s 106 och 112. Jfr Greer, The European Convention on Human Rights s 10 ff, om paradoxen med bristande konsensus kring rättigheternas ontologiska status samtidigt som ingen politisk eller intellektuell bas lagts för att förkasta dem; jfr vidare a a s 197 och 203 ff, om att rättigheterna inte bara kan vara teoretiska utan också måste vara praktiska och effektiva, vilket innefattar en balansakt mellan rättigheter, demokrati och rättsstatsprinciper.

tigheternas samspel med en föränderlig statsroll.¹¹

Ingen behöver tvivla på att *europaeringen* är ett av de största temana i den *rättsvetenskapliga debatten*. EU-rätten och EKMR är givna ingredienser som genom direktiv, regler och principer syns direkt på det enklast iakttagbara ytplanet.¹² De europeiska projekten på lagstiftningsnivån kommer onekligen att ta över mycket av det nordiska samarbetet – även om de nordiska länderna uppvisar olika grader av integration. Man kan därmed tala om en ”kall harmonisering”, som minskar utrymmet för egna – svenska eller nordiska – initiativ;¹³ resurserna kan helt enkelt inte fördelas på för många håll. Men den nordiska rättsgemenskapen torde ändå kunna odlas inom rättsvetenskapen, där frågor kring argumentation, rättsskälslära, begreppsbildning och lagstiftningsteknik (exempelvis vid implementering av EU-rätt) kan få ökad betydelse.¹⁴ Och i det långa loppet torde också alla rättsvetenskapliga konferenser och arbetsgrupper avseende komparation, harmonisering, utarbetande av förslag på europeiska principer etc – inom det ena och andra rättsområdet – få minst lika stor betydelse för hur rätten kan diskuteras och gestaltas. Skadeståndsrätten är förvisso inte central för den europeiska integrationen, men likväl

¹¹ Se Lysén, Europas grundlag (2 uppl, Uppsala 1993) s 17 ff, för en idéhistorisk översikt över de individuella rättigheternas utveckling samt avvägningen mellan naturrättsdoktrinen och statshänsynen; se även a a s 148, om den ständiga kampen enligt principen om ”lex versus rex”, dvs att med lagens hjälp begränsa den statliga maktutövningen till skydd för individen. Se vidare Petrén, Vägen till en svensk rättighetskatalog (Minnesskrift för Sundberg s 17 ff, Stockholm 1978) s 32, om rättighetsregleringen som uttryck för att en individualistisk samhällsuppfattning vunnit ökat gehör i det politiska livet.

¹² Se allmänt om europaeringen av svensk rätt, Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten s 116 ff och 399 ff; Bernitz, Sverige och Europarätten s 18 ff. Se specifikt M Carlsson, Arbetsskada (Stockholm 2008) s 134 ff, om ersättningsrättens europaering.

¹³ Se vidare Bernitz, Sverige och Europarätten s 22 ff, 43 ff och 189 ff, om europeiska lagstiftningsarbeten och den minskade betydelsen av nordiskt samarbete avseende denna rättsliga nivå. Se även Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs (JFT 2007 s 359 ff) s 372 ff, om förutsättningarna för en europeiserad skadeståndsdiskurs; jfr Sisula-Tulokas, Ren ekonomisk skada (Helsingfors 2012) s 135 ff och 282 ff.

¹⁴ Se Wilhelmsson, De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering (Retfærd 2003 nr 1 s 32 ff) s 37 ff, för en inventering av fragmenteringsprocesser i samband med europaeringen samt att dessa inte lär lösas av någon enhetlig europeisk lagbok etc, utan att man med fördel bör inrikta intresset på de mindre argumentativa berättelserna. Jfr vidare T Andersson, Rättsskyddsprincipen (Uppsala 1997) s 33 ff, om den ökade betydelsen av rättslig argumentation, som blir en följd av europaeringens ökade utbud av rättsskällor.

finns ett antal gemensamma projekt.¹⁵ Även om dessa arbetsgrupper och deras ”soft law” inte direkt är bindande,¹⁶ så påverkar den gränsöverskridande rättsdiskussionen vad som på sikt upplevs som centrala frågor och lämpliga hanteranden av dem.

Som alla kunskapens äpplen är detta på gott och ont ... och skillnaden ligger säkert i betraktarens ögon. Utifrån min horisont och synförmåga är det klart positivt, att den *rättsliga debatten breddas* genom alla dessa komparativa inslag, varigenom man för den nationella rätten kan fånga upp trender som är i rörelse. Det innebär ett öppnande av diskurslandskapet, som torde kunna föra med sig att såväl materiella som argumentativa förändringar kan introduceras i den nationella rätten. Å andra sidan bör man inte förtiga den negativa sidan, nämligen att unifierings- och enhetssträvandena för med sig vissa *risker för ytlighet*, vilket alltså kan motverka den teoretiska fördjupningen. Faran är helt enkelt, att när rättsvetenskapare från alla Europas länder söker en gemensam kärna – och så kallade europeiska principer – kommer man att närma sig de allmänna flosklerna och de förenklade, problemundvikande formuleringarna på ytplanet.¹⁷ Den ovan nämnda positiva motsatsen skulle vara, att gräva sig ned i de mer underliggande lagren av rättskulturen och de argumentativa mönstrens domäner, varvid man istället för unifiering söker odla den faktiskt existerande pluraliteten.¹⁸ Om man tvärtom exempelvis vill finna några minsta gemensamma nämnare för skadeståndsrättens ansvarsgrunder,

¹⁵ Se vidare om olika europeiska projekt inom skadeståndsrättens område, Askeland, ”Principles of European Tort Law” og norsk erstatningsrett (Festskrift till Thue s 24 ff, Oslo 2007) s 25 ff; Dufwa, Integration genom fristående akademiska grupper (ERT 2006 s 307 ff) s 314 ff; Ehlers, Om adækvanslæren i erstatningsretten (København 2011) s 40; Lødrup, Lærebok i erstatningsrett (6 utg, Oslo 2009) s 77 f; Nygaard, Skade og ansvar (6 utg, Bergen 2007) s 26; Schultz, Europeiska civilrättsprinciper (JFT 2009 s 762 ff) s 767 ff; Stenvik, Erstatningsrettens internasjonalisering (TfE 2005 s 33 ff) s 50 ff.

¹⁶ Jfr Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 58, om soft law och hur den kan kasta ljus över tolkningen av EU-rätten; jfr a a s 271 ff och 277 ff, om lagharmoniseringsarbeten med såväl pragmatiska som mer ambitiösa målsättningar. Jfr även Askeland, Spenninger mellom norsk og europeisk erstatningsrett (NFT 2006 127 ff) s 128 f.

¹⁷ Jfr diverse olika diskussionspunkter avseende europeiseringen, Schultz, Disharmonization: A Swedish Critique of Principles of European Tort Law (European Business Law Review 2007 s 1305 ff), passim; Wilhelmsson, Europeiseringen av privaträtten: För ett fragmenterat utbyte av erfarenheter (TfR 2001 s 1 ff), passim; Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs s 362 ff och 372 ff.

¹⁸ Jfr Wilhelmsson, Europeiseringen av privaträtten: För ett fragmenterat utbyte av erfarenheter s 24 ff; dens, Senmodern ansvarsrätt s 225 ff. Om rättslig (och rättsvetenskaplig) pluralism, se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013)

begränsningsprinciper etc, så ligger det ganska nära till hands att man når de enkla – men för verklig problemhantering tämligen innehållslösa – uttryck som vi kan finna i de allra rudimentäraste nybörjarframställningarna (dvs inte i de skadeståndsrättsliga läroböckerna, utan i det lilla kapitlet om skadestånd i den allra mest grundläggande läroboken i civilrätt). Och den som avseende kombinationen av skadeståndsrätt och konventionsrätt, säger sig motivera konkreta lösningar genom förfäktanden av abstraktioner som ”rättighet” och ”rättvisa”, kan lika gärna övergå till välsignat tungomålstalande.

Man kan sålunda mycket väl på övernationell nivå, i en soft-law-grupp, till slut enas om generella begrepp och uttryck – på rättens ytnivå – avseende ansvar, orsakande och begränsning. Men när dessa ska omsättas i nationell rätt, tillkommer vad man kan kalla *översättningsoperationen*, då det nya ytlagret ska konfronteras med en rättslig kultur (dvs cirka trettio europeiska rättskulturer) av resonemangsstilar, rättshanteringsprinciper etc. Kanske går vi därför mot det frapperande tillståndet av en uniform hänvisning till samma texter, men en differentiering av hur dessa europeiska källställen används i de nationella rättsdiskurserna.¹⁹ Emellertid anses flera begrepp i EKMR autonoma – vilket betyder att de ska tolkas på ett enhetligt konventionseget sätt, oberoende av hur motsvarande begrepp förstås i de nationella systemen²⁰ – men till dessa hör inte de nu relevanta skadeståndsrättsliga basbegreppen, utan de grundläggande rättsmedlen är alltid nationella. För rättsvetenskapen återstår i detta läge det egentliga arbetet, med närstudium av hur de och de principerna, trenderna etc hanteras och får ett konkretiserat innehåll i den nationella rätten. Det gemensamt europeiska möter här de olika europeiska ländernas argumentativa och materiella traditioner. Och det är i detta möte som den intressanta närläsningen av prejudikaten och diskursen kan sät-

s 45 ff och 56 ff; dens, Pluralistisk syn på utveckling och funktion inom skadeståndsrätten (JP 2014 s 247 ff), passim.

¹⁹ Se om denna paradox, Graver, Internasjonale konvensjoner som rettskilde (LoR 2003 s 468 ff) s 475. Jfr även Høgberg/Høstmælingen, Grunnlovsfesting av retten til privatliv? (JV 2010 s 98 ff) s 135 ff och 138 ff, om det varierande genomslaget för konventionsrättigheter inom spänningsfältet för allmänna principer respektive i lagtext fixerade regler. Se vidare Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 193 ff och 197, om fragmentering som följd av bland annat EU-rättens strävan mot harmonisering på ytnivån.

²⁰ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 50 ff; se även SOU 2010:87 s 143 ff.

tas in; då kan man leta distinktioner och differentieringar som genererar de små berättelserna bortom ytplanets stora, enhetliga allmängods.²¹

2 EKMR som skadestandsgrund

I artikel 41 EKMR finns en möjlighet för Europadomstolen, att tillerkänna ersättning – *skälig gottgörelse* – till den som drabbats av en kränkning av en konventionsrättighet. Denna ersättningsregel gäller för det fall den nationella rätten endast till en del, eller inte alls, medger att gottgörelse lämnas; i den mån det finns nationella rättsmedel ska dessa provas i första hand enligt subsidiaritetsprincipen (artikel 35).²² Nu syftar ju EKMR indirekt till, att de fördragsslutande länderna efterhand ska förändra både sin myndighetspraxis och sin lagstiftning. Därmed kan tyckas att det vore en onödig omgång, utifall den enskilde skulle behöva gå till Europadomstolen även i fall där praxis angående viss konventionsartikel är otvetydig.²³

Det är i denna kontext man får läsa artikel 13, som stadgar att den vars konventionsenliga fri- och rättigheter kränkts, ska ha tillgång till ett *effektivt rättsmedel* inför en *nationell myndighet*. Denna regel är en kompletterande rättighet, vars innebörd är att en kränkning av någon av de substantiella fri- och rättigheterna (artikel 2–12) ska kunna provas och föranleda rättsföljd i det egna landet.²⁴ Det bör noteras, att uttrycket ”rättsmedel” i EU-rättsliga, EKMR-rättsliga (och andra folkrättsliga)

²¹ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff, 39 ff och 45 ff, om metoden med språklig närläsning av diskursen, för att upptäcka de olika frågorna och utslagsgivande värderingarna – dvs distinktionerna och differentieringarna – och därigenom kunna undersöka förändringens vindar på ett pluralistiskt sätt.

²² Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 28 ff; van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4 edition, Antwerpen–Oxford 2006) s 998 f; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen* s 139 ff.

²³ Jfr Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna* (SvJT 2006 s 553 ff) s 558 f; Åhman, *Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare?* (JT 2005–06 s 424 ff) s 428 f, som noterar att någon uttalad förpliktelse på konventionsgrund att följa praxis inte, enligt artikel 46, finns annat än i de fall staten själv fällt. Jfr Greer, *The European Convention on Human Rights* s 279, angående motstående uppfattningar i denna fråga.

²⁴ Se vidare om artikel 13 EKMR, Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* s 160 ff; Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* s 505 ff; Palm/Ericsson, *Att klaga till Europadomstolen* (Stockholm 2005) s 202 ff; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen* s 558 ff.

sammanhang har en mer vidsträckt innebörd än i den svenska traditionen inom process- och förvaltningsrätt. I lagstiftningsutredningen övervägdes därför, huruvida någon annan term borde användas.²⁵ Den följande framställningen nyttjar dock denna vidare terminologi, eftersom den har fått ett sådant genomslag, att man utan risk för missuppfattning kan nyttja uttrycket i dessa Europarättsliga kontexter. EKMR är sedan länge svensk lag, och ordet "rättsmedel" i den svenska översättningen av artikel 13 är etablerat, avseende just syftningen på alla de olika möjligheterna för en enskild att få EKMR-kränkningen erkänd, såsom grund för en positivare behandling än annars – exempelvis straffnedsättning, ändring av dom eller beslut, rättsprövning och så vidare ... samt således även skadestånd.

Tillgången till det effektiva, nationella rättsmedlet bygger alltså på att en EKMR-kränkning kan vara förhanden. Förvisso behöver inte först fastställas, att en rättighet kränkts – det skulle ju vara ett typiskt fall av Moment 22 – utan avsaknaden av rätten att få en sådan talan prövad är en kränkning i sig; en förutsättning är dock att denna talan är *baserad på rimliga grunder*.²⁶ Rena okynnesmål grundar alltså ingen kränkning av artikel 13,²⁷ och dessutom innebär givetvis prövningsrätten inte att skadestånd utdöms till alla; artikeln stadgar ju endast, att frågan om ett möjligt rättsmedel ska kunna bli föremål för prövning hos nationell domstol eller annan myndighet. Denna ordning med nationell prövning (se mer strax nedan) är dessutom, mer eller mindre, en pragmatisk nödvändighet för att den redan hårt belastade Europadomstolen ska fungera i framtiden; domstolens ökade acceptans och relevans har nämligen även inneburit avigsidan med ökad arbetsbörda.²⁸ Då den redan befintliga, rikhaltiga praxisen avseende de olika artiklarna tämligen ofta kan ge svar, huruvida ett visst fall innebär en kränkning, vore det onödigt att behöva

²⁵ SOU 2010:87 s 267 f.

²⁶ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 505 f. Se vidare SOU 2010:87 s 156 ff och 159 ff. Jfr van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 55 ff, 198 ff och 1000 ff, om de substantiella kraven på att uppfylla offerstatus enligt artikel 34 och 35 samt jämförelsen med artikel 13.

²⁷ Jfr Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 163: "It does not oblige national courts or other authorities to review carefully every wild allegation an individual might choose to make that his or her rights have been violated."

²⁸ Se Janis m fl, European Human Rights Law s 881 f, med frågan om domstolen blivit "a victim of its own success". Jfr även Fura-Sandström, Ny i Europadomstolen (Festskrift till Anclow s 79 ff, Uppsala 2004) s 87 f.

gå till Strasbourg för att bekräfta det evidenta – innan man kan nå skadestandsfrågan.

3 EKMR och de svenska skadestandsgrunderna

Frågan debatterades tidigare, huruvida nationell direkttalans var möjlig, och genom *NJA 2005 s 462* fastslog HD – vilket alltså senare bekräftats i lagstiftningsutredningen – att talan kan prövas i svensk domstol. 2005 års prejudikat avsåg långsam handläggning av en process (artikel 6 EKMR),²⁹ men genom senare klarlägganden har denna nationella prövning ansetts gälla generellt för överträdelser av de olika EKMR-artiklarna (inklusive tilläggsprotokollen, exempelvis det första om äganderättens skydd).³⁰ Genom 2005 års fall etablerades en principiell *prioritetsordning* – (1)-(2)-(3) enligt nedan – avseende källstöd:

(1) *Den vanliga culparegeln i 3:2 SkL* (skadeståndslagen) om ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning är utgångspunkten. I de allra flesta fall kommer denna ansvarsregel att ge skadestånd vid konventionskränkning; att kränka någons rättigheter enligt EKMR är således i regel liktydigt med, att begå fel eller försummelse enligt de svenska culpanormerna.³¹ Därmed ges ersättning för person-, sak- eller ren förmögensskada; vidare finns det allmännas ansvar för brottslig integritetskränkning genom myndighetsutövning (jfr 2:3 och 3:2 SkL), varvid ideell ersättning utgår.³² Emedan culparegeln i 3:2 SkL ger compensation för – utöver de inte så frekventa person- och sakskadorna – rena förmögensskador, får frågan om skadestånd som rättsmedel enligt artikel 13 aktualitet just

²⁹ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 580 ff, för en mer detaljerad analys av fallet.

³⁰ Se vidare för domar med direktprövningsrätt, men med såväl positiv som negativ utgång av skadestandsfrågan, *NJA 2005 s 726*, *NJA 2007 s 295*, *NJA 2007 s 584*, *NJA 2007 s 747*, *NJA 2009 s 463*, *NJA 2009 s 862*, *NJA 2009 s 873*, *NJA 2010 s 112*, *NJA 2010 s 363*, *NJA 2012 s 211 I–II*, *NJA 2012 s 1038 I–II*, *NJA 2013 s 842*, *NJA 2013 s 1055*. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 596 ff, 603 ff, 618 ff, 647 ff, 655 ff, 661 ff, 686 ff, 697 ff, 716 ff och 732 ff, för detaljerade fallanalyser.

³¹ Jfr dock *SOU 2010:87 s 300 ff*, där spörsmålet diskuteras utifrån ett antagande om en möjlig diskrepans mellan EKMR-kränkning och rekvisitet ”fel eller försummelse”.

³² Se vidare Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II (Stockholm 1978) s 142 ff; Friberg, Kränkningersättning (Uppsala 2010) s 610.

avseende den ideella ersättningen för EKMR-kränkningen i sig. Förvisso kan ideell ersättning utgå redan genom 2:3 SkL, men eftersom denna kränkning ersättning innehåller det kvalificerande kravet på allvarlig kränkning genom brott³³ – vilket inte alltid är uppfyllt då en artikel i EKMR överträtts – behövs den fristående ideella ersättningsmöjligheten.

Det kan i sammanhanget helt kort nämnas, att de *européiska skadestandsreglerna* – utifrån Europakonventionen och EU-rätten – oftast principiellt inte avviker från den *svenska huvudregeln om culpaansvar*. Även om exempelvis en viss EU-rättslig regel inte uttryckligen innefattar ett culpaparekvisit (jfr ”fault” respektive ”faute”), finns dock en inneboende kvalificering, genom kravet på en ”tillräckligt allvarlig överträdelse” för att skadestånd ska aktualiseras.³⁴ EU-rätten förutsätter därmed avvägningar av både subjektiva och objektiva omständigheter, som på olika sätt anknyter till vad vi i svensk rätt benämner ”culpa”. Även EKMR innefattar ofta en motsvarande kvalificering – åtminstone implicit.³⁵ Som exempel kan tas artikel 6 med kravet, att den rättvisa och offentliga förhandlingen inför en oavhängig och opartisk domstol ska genomföras ”inom skälig tid”. Med detta skälighetsrekvisit är man inne på just den typ av risk- och intresseavvägningar som kännetecknar culpaparekvisitets objektiva del;³⁶ och det är betoningen av denna objektiva culpavärdering som föranlett, att 3:2 SkL erhållit rekvisitet ”fel eller försummelse”.³⁷ Oaccep- tabla dröjsmål – dvs bortom skälig tid – kan därmed utgöra grund för att ålägga skadestånd för fel eller försummelse.³⁸

³³ Se vidare Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 71 ff; Friberg, Kränkning ersättning s 527 ff och 653 ff.

³⁴ Jfr Bergström/Hettne, Introduktion till EU-rätten s 355 ff och 419 ff; Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 129 ff; Wahl, Konkurrensskada (Stockholm 2000) s 92 ff; SOU 1997:194 s 119 ff och 134 f.

³⁵ En annan sak är, att om väl EKMR-kränkning fastslagits, behövs ingen ytterligare kvalificering avseende att det var en allvarlig överträdelse etc; däremot är förvisso inte alla överträdelser skadestandsgrundande, utan man får i varje enskilt fall avväga, huruvida skada inträffat och om denna bör föranleda skadestånd. Se vidare SOU 2010:87 s 388 ff.

³⁶ Se H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff, om culpabegreppets objektiva och subjektiva komponenter.

³⁷ Se prop 1972:5 s 497. Jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 69 ff och 378 f; Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 112 ff.

³⁸ Se Bengtsson, Det allmännas ansvar (2 uppl, Stockholm 1996) s 87 ff; dens, Skadestånd vid myndighetsutövning I (Stockholm 1976) s 281 ff, om culpaprövning av dröjsmål inom de allmänna verksamheterna. Se även SOU 2010:87 s 87 f.

Det ska vidare noteras, att den *européiska standarden* är något som utvecklas med tiden, och att de fördragsslutande staternas domstolar medgetts en viss "margin of appreciation" att göra diskretionära prövningar.³⁹ Detta innebär ett memento mot att alltför svepande hänvisa till någon tvingande, konstant och given jämförelsenorm. Dessutom finns ofta ingen enhetlig standard – detta gäller särskilt aspekter som involverar vad man brukar benämna moralfrågor – och den komparativa metoden innebär ingen mekanisk vägning, så att majoriteten alltid skulle ha "rätt". Europadomstolen kan dock inte undvika alla känsliga frågor, utan en viss unifisering av moraldiskursen förekommer.⁴⁰ Ofta kan åtminstone vissa minsta gemensamma nämnare beaktas,⁴¹ vilket förvisso ibland blivit svårare i och med utvidgningen österut. Det står dock klart, att Europadomstolens dynamiska tolkning innebär en ständigt pågående utveckling,⁴² där dagens samhällsförhållanden väger tyngre än konventionens förarbeten.⁴³ Till detta kan nämnas, att konventionen utarbetades i viss hast på grund av det trängande behovet av en kodifiering under

³⁹ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 51 f och 54 f; Greer, The European Convention on Human Rights s 222 ff; Palm/Ericsson, Att klaga till Europadomstolen s 54 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 250 ff. Se vidare Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 76, om staternas diskretionära utrymme och dess förhållande till subsidiaritets tanken samt att Europadomstolen är medveten om att "there is a fine line between being seen as brave defenders of basic minimum European standards of human rights and being seen as a collection of interfering foreigners in Strasbourg who do not understand how a national law really works, but who nonetheless insist on the state making (inappropriate) changes in it".

⁴⁰ Se Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 74, angående att domstolen inte väjer för frågor såsom abort, dödshjälp och skilsmässor; jfr a a s 74 och 140 ff, angående att olika länder har sina "heliga kor" – för Sveriges del alkohol och arbetsrätt – men att dessa ämnen ändå inte kan hållas bortom Europadomstolens prövning. Se även Cameron, The Influence of European Rights Law on National Law s 81. Jfr vidare Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights (2 edition, Oxford 2009) s 33, om olika länders "blind-spots". Jfr även Wilhelmsson, Harmoniseringen av skadeståndsrätten och behovet av en europeisk moraldiskurs s 366 ff, om skadeståndsrätten som arena för moraldiskurs.

⁴¹ Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 9, jfr s 352 f.

⁴² Jfr Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 17 f, om att Europadomstolen inte känner sig bunden av sina (eller den förutvarande kommissionens) tidigare tolkningar i praxis.

⁴³ Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 239 ff.

efterkrigstiden, varför vissa svåra frågor lämnades öppna.⁴⁴ Hursomhelst synes det överlag som om svenska HD är tämligen lojal vid sin tolkning av europeiska källor;⁴⁵ dessutom kan motsvarande ökat erkännande av EKMR iaktas i hela Europa.⁴⁶ Däremot ska man inte förvänta svenska nyskapelser av standarden, utan HD:s och lagstiftningsarbetets tydliga budskap är, att man förhåller sig till vad som redan etablerats som en EKMR-kränkning – varefter således den nationella prövningen av skadestånd möjliggörs.⁴⁷

(2) *En i EKMR:s anda konventionskonform tolkning av de svenska reglerna* blir nästa steg. Det innebär att diverse begränsningar av ansvaret eller hinder för talan bortfaller, om dessa står i strid med EKMR:s intentioner. De begränsningar som ligger i taleförbudet mot de högsta politiska och rättsliga instanserna (3:7 SkL), kan tas som exempel på att en konventionskonform tolkning medför en utvidgning av ansvaret.⁴⁸ Vid den normaliseringsprocess som inträtt efter det principiella erkännandet av direktprövningsrätten, har HD preciserat att inte alla svenska skadeståndsrättsliga kvalificeringsrekvisit kan ses som nu berörda ”begränsningar”, vilka skulle behöva bortfalla vid prövningen enligt den europeiska källan. Strax ovan nämndes, att culpakvalificeringar – såväl explicita som implicita – finns även i de europeiska ansvarsreglerna; därmed är motsvarande nationella preciseringar av culparekvisitet – med kvalificerade, hårdare, krav för att uppnå culpastämpling av vissa omständigheter – inte att se som dylika nationella ansvarsbegränsningar. Istället handlar

⁴⁴ Se om denna historiska bakgrund, Greer, *The European Convention on Human Rights* s 8 ff och 17 ff; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen* s 11 f.

⁴⁵ Se vidare Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* s 39 f. Se även H Andersson, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten* s 575 ff, om den tämligen harmoniseringsfrämjande tolkningsansatsen i NJA 2004 s 662 (som rörde det tidigare EES-avtalets ändamålsstruktur).

⁴⁶ Jfr vidare Janis m fl, *European Human Rights Law* s 114 f, om ”the real wonder” – och ”the mystique of the forms of law” – avseende den ständigt ökande acceptansen av EKMR-systemet, även efter flera ytterst kontroversiella domar från Europadomstolen; jfr även a a s 116, om paradoxen att detta system är beroende av attityden gentemot dess rättsskapande institutioner, men att den attityden för sin del kan vara produkten av ett antagande om att institutionerna är skapelser av redan existerande rätt.

⁴⁷ SOU 2010:87 s 317 ff.

⁴⁸ Se SOU 2010:87 s 90 ff och 461 ff, där möjligheten av ett avskaffande av 3:7 diskuterades, men där man – möjligen lite märkligt på grund av tidsskäl – inte framlade något sådant förslag.

det om ordinarie ansvarskriterier, för att alls klassificera ett visst agerande såsom culpöst och därmed skadestandsgrundande.

Exempelvis preciserades genom *NJA 2013 s 842* – som handlade om en lägre instans felaktiga rättstillämpning mot en butiksägare⁴⁹ – att den svenska ansvarsförutsättningen avseende ”uppenbart oriktig bedömning” vid felaktig rättstillämpning inte är en extra begränsning till förmån för staten, utan att de citerade orden utgör kravet för att alls kunna klassificera rättstillämpningen såsom culpös. Detta *uppenbarhetsrekvisit* bör därför inte ses som en negativ reduktion av culparegeln – dvs en ansvarsbegränsande bonus för det allmänna – utan som en positiv förutsättning för att etablera culpaansvaret.⁵⁰ Bedömningen av rättsfrågor anses culpös, först sedan ”felet” nått en tillräcklig grad av avvikelse från den ”rätta” bedömningen. Vid all culpaprövning har man ju att väga risker och mot-hänsyn, varvid det måste beaktas att det ofta – inom ramen för rimlig juridisk analys – går att argumentera för olika lösningar. Med andra ord innebär förekomsten av EKMR inte, att man i nationell skadestandsrätt skulle behöva övergå från ett culpaansvar vid rättstillämpningsfel, till ett strikt ansvar för alla ”fel” som skulle bestå i att en högre instans har ändrat den lägre instansens bedömning.

(3) *Överträdelse av EKMR-artikel får självständig betydelse* utöver (1) culparegeln och den (2) konventionskonforma tillämpningen i vissa fall. Eftersom person-, sak och förmögenhetsskador redan är täckta av den vanliga culparegeln, är det främst den ideella ersättningen som tillfogas genom denna tredje grund. Den ideella ersättningen enligt EKMR har vidare en självständig betydelse i de fall en konventionskränkning riktar sig mot en juridisk person, exempel ett bolag. Eftersom den svenska kränkingsersättningen bara gäller vid brott mot någons personliga integritet, torde sådan ersättning inte kunde utdömas till bolag.⁵¹ Däremot kan vissa konventionskränkningar – exempelvis långdragna processer enligt artikel 6 – även drabba juridiska personer.⁵² Det är således avseende den *ideella ersättningen för kränkningen* i sig – såsom tillägg till det vanliga

⁴⁹ Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadestandsrätten (Uppsala 2016), kapitel 5, för en närmare fallanalys.

⁵⁰ Denna teoretiska förståelseram och praktiska problemlösning, hade även tidigare förordats i doktrinen; se H Andersson, Ansvarsproblem i skadestandsrätten s 378 f, 449 f, 464 ff, 474 ff, 485 ff, 513 ff och 528 ff.

⁵¹ Se Friberg, Kränkingsersättning s 563 och 571.

⁵² Se SOU 2010:87 s 187 och 377 ff; Friberg, Kränkingsersättning s 505 och 509.

culpaansvaret vid myndighetsutövning enligt 3:2 SkL – som HD:s praxis och det senare lagstiftningsförslaget klarlagt rättsläget.

I den mån EKMR enligt ovan har en självständig betydelse utöver culpaprövningen, inställer sig en terminologisk fråga – nämligen hur man ska beteckna det förhållandet, att staten i ett enskilt fall inte uppfyllt sina plikter enligt en viss konventionsartikel. Språkbruket synes – kanske bara för variationens skull – pendla mellan uttrycken "överträdelse" (respektive att "överträda") och "kränkning" (respektive att "kränka"). I det svenska utredningsförslaget förordades "överträdelse",⁵³ men visst företräde kan faktiskt anses gälla för kränkningsterminologin. Dels är det mer i överensstämmelse med korrekt svenskt språkbruk, att tala om överträdelse av regler och förbud (respektive att överträda dessa riktlinjer), men kränkning av rättigheter, integritet etc (respektive att kränka någons rättighet), dels erhåller man en närmare koppling till den skadeståndsbestämmelse som är jämförelseobjektet vid ersättningsbestämningen, nämligen regeln om ersättning för kränkning genom vissa brott (2:3 SkL). Som nedan kommer att framgå, tydliggörs med en sådan terminologi dessutom, att det i förutsättningarna för att rättsmedlet skadestånd ska anses vara nödvändigt, verkligen krävs att agerandet medfört en "skada" – vilket inte är fallet vid alla "överträdelser" (av formell natur), men däremot vid "kränkningar" (av mer materiell natur). Det är med andra ord ingen automatik mellan en EKMR-överträdelse och en framgångsrik talan om ideellt skadestånd, utan det måste även prövas om skadestånd är nödvändigt i det konkreta fallet – varvid även förekomsten av andra rättsmedel är en relevant faktor.⁵⁴

Som alla vet – om de alls kan något om skadeståndsrätt – är ansvarsgrunden, och därmed det *principiella erkännandet av EKMR* som del i denna, aldrig hela svaret på de många frågorna kring ansvarets omfattning, begränsning, berättigade parter samt ersättningsbestämning. Detta förhållande mellan EKMR-kränkningen i sig och de efterföljande *skadeståndsprövningarna enligt allmänna läror* – såsom teorierna om skada, kausalitet, adekvans etc – har dock varit en medveten komponent hos lagstiftaren;⁵⁵ några simplifierande förkortningar av skadeståndsargumentationen är således inte legitimerade.

⁵³ SOU 2010:87 s 53 f och 316 ff, jfr s 406 f.

⁵⁴ Se SOU 2010:87 s 167 ff, 179 ff, 227 ff, 284 f, 329 ff och 334 ff.

⁵⁵ Se SOU 2010:87 s 380 ff.

Den nu redovisade ordningen med koppling till den nationella skadeståndsrätten, innebär dock inte att EKMR kan ges ett direkt horisontellt genomslag avseende skadeståndstalan mellan enskilda subjekt. Förvisso har EKMR genom 1994 års inkorporeringslag gjorts till lag även i svensk rätt, men eftersom konventionens förpliktelser åvilar de fördragsslutande parterna, är ansvarssubjektet även enligt denna lag staten; enligt artikel 1 EKMR ska således "de höga fördragsslutande parterna" garantera var och en de fri- och rättigheter som konventionen anger.⁵⁶ Tematiken kring *horisontell effekt* behandlades av HD i *NJA 2007 s 747* – där en försäkringstagare (som hävdade sig vara rörelsehindrad) under åberopande av privatlivsskyddet i artikel 8 stämde ett försäkringsbolag på skadestånd (då bolaget utomhus filmat hennes kroppsrörelser) – varvid HD:s respons blev, att man av rättssäkerhetsskäl inte kunde tillskapa några sådana horisontella remedier.⁵⁷ Det kan alltså konstateras, att något tvingande krav på dylik effekt inte kan baseras på konventionsartiklarna.⁵⁸ Dessutom kan inte Europadomstolen ta upp sådana mål, och denna domstol har vidare uttryckligen konstaterat, att den inte finner det önskvärt eller nödvändigt att utarbeta någon generell teori kring hur rättigheterna skulle kunna utvidgas till att även gälla mellan enskilda.⁵⁹ Det är därmed upp till varje nationell rättsordning, att avgöra om man vill skapa direkta rättigheter för enskilda som går utöver det skydd gentemot staten som EKMR ger i grunden⁶⁰ – och om man dessutom vill förena dessa med

⁵⁶ Se vidare *NJA 2009 s 463*, vari även en kommun kunde göras ansvarig i den mån det behövs för att Sverige ska uppfylla sina konventionsförpliktelser; domen innebär en pragmatisk utvidgning av ansvarssubjekten, just med hänsyn till att den enskilde inte ska komma i ett sämre processuellt läge, då en myndighets agerande kan innefatta både culpgrund och EKMR-grund. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 647 ff, för en närmare analys av fallet.

⁵⁷ Se även *SOU 2010:87 s 61, 150 ff och 358 ff*, för utredningens val att inte reglera denna fråga samt angående att man därvidlag skiljer detta spörsmål från det om statens positiva förpliktelser. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 618 ff, för en närmare analys av fallet.

⁵⁸ Se vidare om diskussionen, van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 28 ff*; Harris m fl, *Law of the European Convention on Human Rights s 18 ff*; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen s 22 ff*.

⁵⁹ Se Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 580 ff*; van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 29*, med referenser till domar från Europadomstolen.

⁶⁰ Jfr van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 32*.

skadeståndspåföljd. Enligt ovan har HD valt att inte gå denna väg; även AD har uttryckligen tillbakavisat horisontell talan mellan enskilda subjekt.⁶¹ Problemet med den typen av talan är ju, att om den bejakas får den enskilde som följer svensk rätt bära ansvaret, för att Sverige borde ha förbjudit det nu tillåtna agerandet med hänsyn till EKMR (och om ett enskilt subjekt ådöms skadestånd i svensk domstol, trots att man agerat i överensstämmelse med svensk rätt, borde den parten kunna stämma staten på skadestånd enligt EKMR – vilket visar att det både teoretiskt och praktiskt är rätt, att talan bara får riktas mot staten redan från början).

En annan sak är att en *indirekt horisontell effekt* av EKMR uppnås i de fall staten görs ansvarig för kränkningar mellan enskilda, men det bör dock noteras att staten i dessa fall alltså bär ett eget ansvar, för att man inte skött sina positiva förpliktelser att värna konventionsrättigheterna.⁶² Förvisso påverkar säkert EKMR på sikt värderingarna kring vad som är skäliga krav enligt svensk rätt, men då handlar det främst om att redan *befintliga ansvarsregler* – exempelvis avseende vilken aktsamhetsstandard och vilka krav som kan göras gällande – kan tolkas i ljuset av den nya diskursmiljö som börjar etableras.⁶³

4 Normalisering av skadeståndets roll bland rättsmedlen

Artikel 13 EKMR kan således, enligt ovan, ge upphov till anspråk på nationella rättsmedel. Något generellt krav på, att det bland dessa rättsmedel – för alla fall och avseende alla EKMR-artiklar – ska finnas en skadeståndsrätt, kan förvisso inte uppställas.⁶⁴ Europadomstolen har två

⁶¹ AD 2012 nr 74.

⁶² För exempel på sådana positiva förpliktelser för staten, se van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 353 ff, 739 ff, 784 ff och 836 ff; Janis m fl, *European Human Rights Law* s 153 ff och 389 ff.

⁶³ Se vidare H Andersson, EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav (JP 2013 s 249 ff) s 255 ff, för en inventering av konstruktiva möjligheter avseende olika horisontella typsituationer.

⁶⁴ Se Danelius, Finns det ett botemedel mot långsam rättskipning? (SvJT 2001 s 178 ff) s 182, med där anförda rättsfall från Europadomstolen; jfr även Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* s 202 ff. Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 569 och 584, om att man från praktikerhåll har velat ”gå ut hårt” och överdriva skadeståndsmöjligheterna.

ordinarie remedier, nämligen kränkningstillkännagivandet i sig samt ersättning i pengar; vid tillämpning av artikel 41 har domstolen ofta ansett, att konstaterandet av att en kränkning skett, har varit tillräckligt som gottgörelse.⁶⁵ Vidare har – avseende tillämpningen av artikel 13 – såväl HD som lagstiftningsutredningen konstaterat, att *ingen ovillkorlig rätt till ekonomisk ersättning* finns vid varje konventionskränkning.⁶⁶ Det lämnas alltså en öppning för att vissa kränkningar kan passera utan skadeståndsrätt, för det fall redan konstaterandet av kränkningen kan anses som gottgörelse, eller om den kränkte kompenseras på annat sätt – exempelvis genom åtgärdande av kränkningen inom ramen för det pågående ärendet.⁶⁷ Denna ordning har även lagstiftningsprocessen anslutit sig till;⁶⁸ därmed kan man som ett kriterium uppställa, att skadeståndsremediet endast ska stå öppet om det är ”nödvändigt” för att Sveriges förpliktelser enligt EKMR ska uppfyllas.⁶⁹ Den svenska linjen kan sägas vilja signalera, att skadestånd inte kan utfås i alla möjliga situationer som innefattar en EKMR-kränkning, utan att skadeståndet får inordnas som ett – och inte det enda eller ens det främsta – av flera remedier.⁷⁰ Således kan slutsatsen inte dras, att samtliga överträdelser av samtliga artiklar ovillkorligen måste innebära en rätt till ideellt skadestånd,⁷¹ utan den ”rangordning” som artiklarna erhållit via konventionens numrering kan ge en viss indikation på såväl absoluta skadeståndskandidater som ersättningsnivåer.⁷²

⁶⁵ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis s 33; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 200. Se vidare SOU 2010:87 s 152 f, 191 och 391 ff.

⁶⁶ Se vidare SOU 2010:87 s 179 ff och 212 ff, om andra rättsmedel än skadestånd vid långsam handläggning.

⁶⁷ Se SOU 2010:87 s 285 ff och 341 ff.

⁶⁸ Se SOU 2010:87 s 201 ff och 281 ff.

⁶⁹ Se SOU 2010:87 s 306 ff, 329 ff och 334 ff.

⁷⁰ SOU 2010:87 s 284 f.

⁷¹ Jfr Cameron, An Introduction to the European Convention on Human Rights s 70 ff; se även a a s 162, om att artikel 13 endast kräver att remedierna är så effektiva som de kan vara under de rådande omständigheterna. Jfr även van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 1006 ff, om att effektivitetskravet innebär att antingen ett motverkande av kränkning tillförsäkras eller att adekvat gottgörelse tillhandahålls. Se vidare Bengtsson, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011 Bd 1 s 247 ff) s 247, om vikten av att skilja på de olika mänskliga rättigheterna, så att de verkligt angelägna rättigheterna skyddas; exempelvis berörs att det skulle ställa till stora svårigheter för domstolarna, om alla mål angående ”bristande respekt för egendom” etc skulle föranleda skadeståndsrätt.

⁷² Se om denna – förvisso ogenomförbara – rangordning samt om de absoluta respektive mer kasuistiskt skadeståndsbetingande artiklarna, Cameron, Skadestånd och Europakon-

Genom *NJA 2012 s 1038 I–II* – om påföljds lindring respektive skadestånd vid oskäligt lång process⁷³ – erhöles mycket klargörande besked om remediekombinationer och hur man ska se på skadeståndets position. Påföljds lindringen angavs som *primärt rättsmedel*, vartill skadeståndet som *sekundärt rättsmedel* endast behövs om det primära remediet inte kan godtas såsom tillräcklig kompensation. För att godta påföljds lindringen som *remedium* krävs, att det i ärendet vidgåtts att en konventionskränkning skett, att det klart måste framgå att den vidtagna lindringsåtgärden (vid påföljdsbestämningen) haft som syfte att kompensera för kränkningen samt att åtgärden måste ha varit tillräcklig och genomförs på ett tydligt och mätbart sätt. HD anger att kränkningen kan åsättas ett ”lindringsvärde”, som påverkar den mätbara nedsättningen av straffet; som en ”riktpunkt” i dröjsmålsfall, nämns att ett års dröjsmål svarar mot ett straffmättningsmässigt lindringsvärde på ungefär en månad. Och om sådan lindring inte på ett explicit tydligt sätt genomförs (enligt kraven ovan), åsätts varje års fördröjning cirka 10 000 kr i skadeståndsvärde. Emedan en EKMR-kränkning i första hand ska kompenseras inom ramen för det ärende vari den uppstått – och skadeståndet blott behövs om full kompensation inte är möjlig via det primära rättsmedlet – innebär detta, att man normalt inte ska kombinera påföljds lindring och skadestånd för en och samma kränkning. Att så skedde i 2012 års mål II är således helt att tillskriva, att kraven på domstolarna att uttryckligen beakta kränkningserkännande, kompensationssyfte samt genomförandemätbarhet inte ansågs uppfyllda. Detta mål är således inte ett prejudikat – med glädjande budskap till Sveriges kriminella – om att resultatet av långsamma brottsprocesser alltid ska vara både straffnedsättning och skadestånd. HD:s dom kommer inte i framtiden att innebära framgångsrika krav från brottslingar, att de både ska få kortare fängelsestraff och belönas med stora (eller ens några) skadeståndsbelopp. Istället har vi fått ett prejudikat – med uppfordrande maning till domstolarna – om att iakttaga de nya explicita tydlighetskraven avseende kränkningserkännande och angivande av beräkningsgrund för påföljds lindringen etc, så att resultatet med skadestånd i detta fall aldrig behöver upprepas.

ventionen för de mänskliga rättigheterna s 563 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 266 f. Jfr även SOU 2010:87 s 147 ff, 167 f, 325, 336 och 408 f.

⁷³ Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, kapitel 5, för en närmare fallanalys.

Angående skadeståndets roll är även det ovan berörda *NJA 2013 s 842* (om felaktig rättstillämpning) av intresse. HD:s betonande av att en EKMR-kränkning, i första hand, ska gottgöras genom avhjälpande är ett viktigt memento. Det faktum att det finns två möjliga ansvarsgrunder – SkL och EKMR – avseende samma omständighet, medför således inte någon automatisk dubbling av skadeståndsmöjligheterna. Sedan den bristfälligt motiverade domen (från miljödomstolen) väl föranlett ekonomisk skadeersättning via 3:2 SkL, blev det en fråga för sig huruvida – utöver denna gottgörelse – kravet på effektivt rättsmedel även inkluderar en rätt till ideell skadeersättning. HD:s nekande svar på denna fråga markerar, och förstärker, den av HD givna *prioritetsordningen avseende remedier*. Även om EKMR, enligt HD:s praxis, kan ges en självständig betydelse som ansvarsgrund för ideell ersättning, betyder det inte att sådan parallell användning av SkL och EKMR alltid är nödvändig. Eftersom rättsmedlen avhjälpande, erkännande och ekonomisk kompensation redan är avklarade (genom SkL), måste – enligt HD – rätten till gottgörelse för ideell skada (genom EKMR) avgöras utifrån ”hur allvarlig kränkningen är”; och i detta fall kunde inte den felaktiga tolkningen – av vilka juiceburkar som enligt miljöreglerna ingår i återvinningssystemet – anses som objektivt kränkande. Tematiken kring förnedring, utsatthet etc (enligt HD:s exemplifiering) är inte typisk vid berättelser om ändrad rättstillämpning (i ett ärende av formell, till skillnad från privat eller känslig, natur) inom ramen för ett rättssystem, som skyddar just den enskildes möjlighet att få sina rättsliga ärenden prövade i flera instanser. Att det finns två möjliga ansvarsgrunder för en och samma situation innebär således inte, att den enskilde alltid (eller ens ofta) ska få två *olika ersättningsposter* kompenserade genom skadeståndskravet. Eller med andra ord, de utökade argumentativa möjligheterna kring de teman som diskuteras utifrån ”mänskliga rättigheter”, kan inte alltid snabböversättas i ett krav på en ideell penningssumma. För det framtida diskussionsklimatet inom rätten är det en angelägen uppgift att bevaka, att de skyddade intressen som man talar om genom rättighetsterminologin verkligen värnas, men inte kommersialiseras.

5 Normalisering av skadeståndens beloppsnivåer

Om en EKMR-kränkning enligt ovan är förhånden – och om den ska kompenseras genom skadestånd – uppkommer frågan, hur ersättningsbestämningen ska genomföras. Man kan inte alltid utifrån Europadomstolens praxis identifiera några bindande eller ens klara riktlinjer om summorna. Det ska dessutom anmärkas, att ersättningsnivåerna i Europadomstolen ofta är mycket låga, vilket markerar att kränkingskonstaterandet är det primära remediet; den mest frekventa ersättningen gäller kostnader för talans förande.⁷⁴ Den ordning som etablerats i svensk praxis – och som även influerats i lagstiftningsförslaget – är att man anknyter till de *ersättningsnivåer* som gäller enligt *kränkingsersättningen* vid brott. Man kan således för en viss EKMR-kränkning, jämföra med vilken nivå ett motsvarande allvarligt brott når enligt 5:6 SkL; men eftersom de detaljerade anvisningarna i 5:6 sällan passar på EKMR-fall, får man nöja sig med en allmän formulering avseende hänsyn till överträdelsens (eller kränkningens) ”art och omständigheterna i övrigt”.⁷⁵ Genom anknytningen till kränkingsersättningen, får man dock tillgång till en jämförelseoperation som fungerar i nationell rätt.

HD:s tidiga EKMR-praxis visade implicit denna normalisering av skadeståndsnivåerna inom den nationella rättsmedelssuppsättningen, vilket ofta innebar realiserade skadeståndsnivåer på procent- eller till och med promillenivå jämfört med de initiala yrkandena (vilka således härrörde från den ovan berörda tiden, då EKMR retoriskt frambesvärjdes som en revolutionerande kraft som påstods kunna skapa helt nya ansvarssituationer och fabulösa ersättningsnivåer).⁷⁶ Genom *NJA 2012 s 211 I–II* – som åter handlade om artikel 6 och långdragna processer⁷⁷ – gavs slutligen ett klart och uttryckligt besked om att skadeståndet är ett *nationellt rättsmedel*, att Europadomstolen ger staterna ett betydande utrymme att utveckla ett rättsmedelssystem anpassat till de egna rättstraditionerna samt

⁷⁴ Janis m fl, European Human Rights Law s 99 f.

⁷⁵ SOU 2010:87 s 54, 400 ff och 477 f.

⁷⁶ Se H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 697 ff, för ett belysande fall som pågick över en lång tidsperiod med flera delavgöranden – *NJA 2003 s 217*, *NJA 2009 N 70* och *NJA 2010 s 363* – och som slutade i en total ersättning på promillenivå jämfört med de ursprungliga yrkandena.

⁷⁷ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 716 ff och 732 ff, för närmare fallanalyser.

att den svenska ordningen uppfyller kriterierna enligt artikel 13 och att de svenska nivåerna därmed inte kan anses för låga. Vidare visade HD, att vid konkret ersättningsbestämning bör jämförelseakterna göras, så att de harmonierar med inhemsk praxis och *allmänna skadeståndsrättsliga principer*. Därmed tillbakavisades argumentet om koppling till diskrimineringsrätten och dess preventionspåslag; dylika diskrimineringsnära resonemang kunde således ses som jämförelser med specialskadeståndsrätt – till skillnad från den påfordrade jämförelsen med allmän skadeståndsrätt (varvid kränkingsersättningspraxisen, enligt ovan, ligger närmast till hands). Vidare preciserade HD kravet på *normstyrd ersättningsbestämning* (dvs att denna ska baseras på omständigheter som anges i domen) samt gav – för just de långsamma processernas del – besked om bedömning utifrån såväl tidsfaktorn (cirka 10 000 kr per år av oskälig fördröjning) som utifrån en objektiverad kränkingsfaktor om typisk kränkingsupp-levelse; det torde vara den senare typiserade kränkingsdelen som kan användas för generella resonemang bortom just artikel 6 och dess tidsfaktorer, varvid man för olika EKMR-kränkningar får söka konkretisera vilken inverkan kränkningen har på den drabbade och dennes livssituation. HD markerar också en *minimigräns* för vilka men och besvär som alls kan föranleda skadeståndskrav, varvid man anknyter till JK:s praxis om att bara utge skadestånd om skadan är av en viss storleksordning, varvid gränsen sätts vid 10 000 kr (dvs om kränkingsvärdet är lägre, ska inget skadestånd alls utgå).

6 Normalisering av retoriska rättighetsgestaltningar

Den ovan skisserade ramen för skadeståndsfrågor inom EKMR-området – och inom europeiseringens och den övergripande rättsdiskursens gebit – är, som just sades, en yttre ram för frågorna, inte det slutliga svaret. Vid nationell tillämpning tillkommer ett antal rättsliga spørsmål, vilka anknyter till klassiska skadeståndsrättsliga problem och till den inhemska traditionen för rättskulturens och diskursens odlande. Med andra ord, dispenserar inte EKMR-åberopanden från allt vad *detaljanalys av detaljspørsmål* heter. Vid en rättslig prövning i inhemsk domstol återstår alltid ett antal juridiska frågor att lösa, sedan man väl konstaterat att staten på något sätt kan sägas ha kränkt en individuell rättighet enligt konventionen.

På samma sätt som ovan berörts avseende ”soft law”, med dess unifiering och harmonisering, kan en risk föreligga att en alltför generell EKMR-retorik får distinktioner och differentieringar att försvinna – med stela och ibland oförutsedda resultat som följd inom de nationella argumentationsstrukturerna. För om EKMR tillåts att bli återopad och ge skadestånd på alltför lösa boliner, så kan man lika gärna efterhand nedmontera hela begreppsarsenalen avseende det allmännas ansvar. De flesta krav mot det allmänna går ju att *formulera* – åtminstone vagt *tematisera* – utifrån någon av *rättighetsartiklarna* i EKMR. Alla kan ju i någon mån alltid känna sig – och sina ”rättigheter” – ”kränkta” av myndigheterna, om de inte får som de vill.⁷⁸ För att undvika ironier kring ”lappri och pjoskiga I-landsproblem” och dylikt,⁷⁹ bör vi jurister besinna, att allt ont som drabbar en människa inte är ”samhällets fel”, även om man ofta retrospektivt kan ange att det inträffade hade kunnat undvikas om den och den åtgärden satts in – varvid man får beakta, att samhälleliga ingrepp likaså kan innebära rättighetskränkningar för individer.⁸⁰ Såväl HD:s praxis som lagstiftningsförslagets krav på påvisad kränkning enligt Europadomstolens praxis visar också, att man inte redan med en språklig utformning av sin talan utifrån de ord som finns i artiklarna, kan kräva

⁷⁸ Jfr Sterzel, Medborgaren och förvaltningen (Festskrift till Petréns s 139 ff, Stockholm 1984) s 177, som anför att man vid diskussion av förbättringen av de enskildas rättsskydd, bör vara försiktig med att ”frammana just rättssäkerhetssynpunkter”; särskilt avseende samhällsservice där resurstillgången är relevant, skulle det kunna leda till onödiga problem om medborgarna kom att ”uppfatta det som en rättighet att få sina krav tillgodosedda”, varvid rutinmässiga överklaganden skulle leda till ”stora grupper av utsiktslösa mål”. Jfr Bengtsson, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter s 247, om de problem som skulle uppstå om alla krav avseende ”bristande respekt för egendom” och liknande skulle ge rätt till skadestånd. Jfr även SOU 2010:87 s 305, om risken med att uppmuntra till återopanden av ett antal rättighetsregler.

⁷⁹ Jfr Greer, The European Convention on Human Rights s 40, om diskussionen kring att klagomål till Europadomstolen stundtals avsett ytterst alldagliga situationer, långt bortom omsorgen kring att motverka totalitarism, diktatur, folkmord etc som motiverade konventionens fäder; jfr även Greer, a a s 55 ff och 165 ff, om utvecklingen från efterkrigstiden till det kalla krigets slut, inklusive diskussionen av ”myten om den individuella rättvisan” jämfört med målet, att åtgärda de mest allvarliga bristerna i medlemsstaternas uppfyllelse av åtagandena, dvs ”den konstitutionella rättvisan”.

⁸⁰ Se även Graver, Bør alle krenkelser likestilles? (LoR 2009 s 374 ff) s 374 f, som varnar för ett vagt och obestämt återopande av rättigheter, och som därmed förordar det stegvisa utvecklandet av ett finmaskigt nät av avvägningar.

att svensk domstol ”fördragskonformt” omvandlar dessa tematiseringar till ny gällande svensk rätt.⁸¹

För att ta några *enkla och övertydliga exempel*: Anhöriga till någon som dött, kan inte kräva en nygestaltning av den nationella skadeståndsrättens principer för anhängersättning, bara genom att på ytplanet tala i termer av ”rätten till liv” (dvs artikel 2). Och var och en som anser sig personligen kränkt eller utsatt, kan inte kräva att en inhemsk domstol tillskapar en ny skadeståndsrätt, redan genom anförandet av ”rätten till privatliv” (dvs artikel 8). Lika lite kan man tillåta en person att utföra handlingar eller vägra diverse alldagliga plikter, under åberopande av att dessa önskemål i någon mån kan återföras på en religiös tro (dvs artikel 9); inte heller kan man generellt tillåta brottsliga yttranden bara för att de bygger på en viss religion.⁸² Europadomstolen iakttar nämligen en restriktiv tolkning av artikel 9, som endast ska skydda mot ingrepp i vad som framstår som det centrala innehållet i en övertygelse, eftersom många annars skulle kunna hävda att den och den handlingen strider mot personens samvete eller religion.⁸³ Man måste således undvika slutsatsen, att varje individuell åsikt eller övertygelse kan tillbakaföras på en religion eller tro – eftersom inte alla handlingar som är motiverade av någons tro uppfyller kriteriet på utövande av religion.⁸⁴

⁸¹ Se vidare van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 191 f, med exempel från Europadomstolens praxis på diverse fantasifulla – men misslyckade – försök att bygga upp klagomål avseende hävdade ”fri- och rättigheter”. Jfr även Vedsted-Hansen, *Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd?* (Festskrift till Dalberg-Larsen s 107 ff, København 2000) s 115 och 118 ff, om den retoriska uppfinningsrikedomen, men också risken med att dylika tvivelaktiga krav – genom överexponering – försvagar normernas genomslag i nationell rätt. Se även M B Andersen, *Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter* (NJM 2011 Bd 1 s 250 ff) s 250 f, med ytterligare argument mot en expansiv rättighetsutveckling.

⁸² Jfr dock NJA 2005 s 805, där en frikyrkopastor straffritt tilläts använda ytterst grova, nedsättande uttryck om homosexuella, emedan HD fann det ”sannolikt” att Europadomstolen skulle anse en fällande brottmålsdom utgöra en kränkning av EKMR – i och med den inskränkning en sådan dom skulle utgöra för pastorns rätt att förkunna sin i bibeln grundade uppfattning. Se Bull, *På yttrandefrihetens yttersta gren* (JT 2005–06 s 514 ff) s 519 ff och 530 ff, för en balanserad analys av fallet, där bland annat tolerans av motbjudande uppfattningar och en ambition att söka nationellt gällande rätt även utifrån folkrättsligt bindande konventioner sätts som positiva värden, att vägas mot en utgång som går emot den i landet uttryckta politiska ambitionen.

⁸³ Se Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* s 417 f.

⁸⁴ Se vidare van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 759 f och 762 f; Enkvist, *Religionsfrihetens rättsliga ramar* (Uppsala 2013)

Inte sällan möter man – åtminstone som försök i partsinlagor – åberopanden av EKMR i diverse tämligen perifera och märkliga sammanhang. Ingen ska förvisso klanka på sakförare, därför att de söker pröva alla möjligheter för sina klienters räkning; men i längden torde ett alltför oseriöst eller chansartat begagnande av EKMR i alla upptänkliga sammanhang, kunna sprida en viss negativ klang av standardiserad fraseologi utan allvarlig innebörd. Och det, om något, kan ge den viktiga konventionen en *ogynnsam argumentativ barlast*, att vara något som tas till då man egentligen saknar goda rättsgrunder. Om de mänskliga fri- och rättigheterna blott skulle bli en till intet förpliktande ordvändning, kan hela konventionen komma i vanrykte som ett krämarargument bland rättshaverister; lika allvarligt vore det om det väsentliga människorättskyddet drunknade i ett ”petitessrytteri”. Därför är det enormt viktigt, att odlandet av denna rättskultur sköts utan alltför mycket tomt munväder i ogjorda ärenden.

Från de allra senaste åren kan ges följande exempel, på att HD inte godtar diverse retoriska eller formella toppridanden på EKMR-artiklar såsom materiella kränkningar. Fallet *NJA 2010 s 112* gällde bristande kommunikation med granne i ett bygglovsärende;⁸⁵ detta formella fel korrigerades efter överklagande, varpå grannen likväl inte fick sin vilja igenom avseende att hindra bygglovet. Skadeståndsmålet avsåg därefter processkostnaderna, men i den delen ansågs ingen culpa kunna påvisas. Utöver detta spörsmål – som kan hanteras av 3:2 SkL – åberopades även EKMR, nämligen första tilläggsprotokollet om egendomsskyddet. Men detta *materiella skydd* för äganderätten kunde inte tillägga något relevant argument, till stöd för att den *formella kommunikationsfrågan* skulle ha inneburit en kränkning. Egendomsskyddet kan, kort sagt, inte förändra den materiella utgången av ett mål, bara därför att tvistefrågan på något sätt berör en egendom (vilket tämligen många tvister gör). För att

s 101 ff, 112 ff och 261 f. Se även Fahlbeck, Bed och arbeta (Malmö 2011) s 139 ff och 181 ff; dens, Ora et labora – om religionsfrihet i arbetslivet (TfR 2002 s 467 ff) s 509 ff och 547, om religionsfrihetens sambands- eller anknytningsrekvisit, som medför att den religiösa tron i sig skyddas starkt, men att religiösa manifestationer och beteenden har ett nästan obefintligt skydd. Jfr vidare Strömberg, Hädiska tankar om religionsfriheten (Våra rättigheter V s 82 ff, Stockholm 2007) s 84 f, om gränser för friheten att företa vad man kan kalla troshandlingar: ”En måttlös religionsfrihet skulle upphäva sig själv och urarta till ett krig mellan olika riktningar.”

⁸⁵ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 686 ff, för en närmare fallanalys.

bygga upp en övertygande kränkingsberättelse krävs en större portion av kränkingsrelevans.

Även i *NJA 2013 s 1055* underkände HD en EKMR-argumentation, där ett formellt fel saknade kränkingsrelevans – och där det sålunda åberopade privatlivsskyddet (artikel 8) inte kunde anses materiellt kränkt.⁸⁶ Fallet handlar om en man som blev omhändertagen i berusat tillstånd; därmed måste polisen sända en rapport till socialnämnden. Och i denna rapport förekom ett formellt fel, genom att polisen skrev att mannen ”gjort sig skyldig” till misshandel mot en taxichaufför; eftersom rapporten skrevs morgonen efter det sena kvällsingripandet, hade (givetvis) ingen rättegång förevarit där mannen fällts till ansvar – varför en korrekt formulering borde ha haft lydelsen ”anmälts för” eller ”misstänks för” misshandel. Mannen stämde staten på 100 000 kr i ideellt skadestånd, under åberopande av artikel 6.2 EKMR (då formuleringen hävdades stå i strid med oskyldighetspresumtionen) och artikel 8 (emedan hans personliga integritet kränkts, då rapporten angavs ha varit en bidragande orsak till de umgängesinskränkningar som blev följden). HD ansåg dock att den formellt felaktiga uppgiften ”inte varit ägnad att inverka på den straffrättsliga bedömningen” av vad mannen anklagades för; ej heller ansågs uppgiften ha ”varit ägnad att inverka på domstolarnas bedömning i målen rörande hans barn”. Tematiken om *rättslig kvalificering* är, som framgått, viktig vid diskussion av samtliga integritetsfrågor. Eftersom alla värnar sin integritet – och numera gärna känner sig (eller formulerar sig såsom) kränkta – måste den juridiska responsen på dylika personliga upplevelser vara, att vi uppställer objektiverande och kvalificerande bedömningskriterier. Kränkning av integritet – liksom privatliv etc enligt EKMR – förutsätter alltid en rättslig avvägningsoperation, där man går från privat upplevelse (eller åberopande av formellt fel etc) till de kvalificerade situationer av åtgärder respektive verkningar, vilka motiverar rättsliga följder (exempelvis skadestånd). Kränkingsuttryck och rättighetsformuleringar i all ära, men HD signalerar likväl, att man med dessa redskap inte kan omvandla alla olyckliga formuleringar och formella fel till skadeståndskrav. Det ideella måste – i dubbel mening – diskuteras på ett mer kvalificerat sätt.

⁸⁶ Se vidare H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, kapitel 5, för en närmare fallanalys.

7 Enhetlig rättspolitisk strävan respektive pluralistisk rättsdiskurs

Skadeståndsrätten är onekligen ett viktigt forum för att fånga upp och värdera etiska frågor (i vid bemärkelse), som samhälls- och idéutvecklingen ständigt nygestaltar.⁸⁷ Rättens – och domstolarnas – roll i samhället kan numera sägas inrymma även en rättspolitisk funktion.⁸⁸ Den ovan ofta berörda *rättsliga aktivismen* just på fri- och rättighetsområdet är ett exempel på detta; genom att väcka talan i ett EKMR-mål kan parten – och kanske framförallt ombudet – starta eller bidra till en debatt. Ett omtalat fall kan generera såväl medial som rättslig diskussion, vilket kan påverka andra medborgare, myndigheter ... och lagstiftaren. I en sådan situation kan det till och med stundtals vara mindre viktigt att vinna det enskilda målet, eftersom ett uppmärksammat processuellt nederlag kan vara den behövliga grogrunden för igångsättande av en lagstiftningsprocess.⁸⁹

Och även om den ”politiskt korrekta” responsen på ytplanet ofta kan bestå i ett bejakande av ersättning, är det inte nödvändigt att detta svar också sammanfaller med vad som är ”etiskt riktigt” eller ”rättsligt rätt”. Skadeståndsrätten lär till och med fungera bättre som värdemätare, för det fall olika svar kan ges på olika frågor. Lösningen att skadeståndsrätten skulle bli ett processmaskineri, som göder en industri av lycksökande ideella skadeståndskrävande (respektive deras ombud) är inte att före-

⁸⁷ H Andersson, Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början (Vänbok till Saldeen s 25 ff, Uppsala 2003) s 25 ff och 37 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 103 ff.

⁸⁸ Se Lindblom, Sena uppsatser (Stockholm 2006) s 301 ff och 304 ff, om att processens funktioner – utöver allmänt och enskilt genomslag för den materiella lagstiftningen, kontroll av lagstiftande makt samt rättsskapande – även förnyats med bland annat deltagarperspektiv och den nu aktuella rättspolitiska funktionen; jfr även Lindblom, Grupptalan i Sverige (Stockholm 2008) s 172 ff och 176 ff. Se vidare Lindblom, Progressiv process (Uppsala 2000) s 52 ff och 58 ff, om processens olika funktioner och deras interaktion. Jfr även Graver, Juss, politikk og dommeraktivisme i en flytende europeisk rettsorden (Festskrift till Fleischer s 203 ff, Oslo 2006) s 203 f och 213 ff, om möjligheter respektive problem med en allt starkare rättslig aktivism, som söker övertyga resten av samhället om ett visst moraliskt eller rättsligt ramverk.

⁸⁹ Se vidare Lindblom, Sena uppsatser s 306, om denna ”paradox of defeat”, då ett väl-exponerat nederlag i den judiciella processen ökar trycket på en kraftfull och bestående förändring genom legislativa medel; det kan till och med vara så, att en seger i rättegången passiviserar lagstiftaren och debatten, vilket kan försena mera effektiva lagstiftningsreformer, varför man kan tala om en ”paradox of victory”.

dra.⁹⁰ Genom den nu skisserade *argumentationsinventeringen*,⁹¹ vill jag något dämpa förväntningarna på revolutionerande nyordningar inom skadeståndsrätten,⁹² och dessutom opponera mot den trend som av olika anledningar – exempelvis ekonomiska skäl hos såväl parter som ombud – synes vilja likställa ”utveckling” med läran om den ständiga återkomsten av svaret ”mer ersättning”. Klarlägganden av negativa gränser är minst lika viktiga för skadeståndsrättens utveckling.

Som ovan berörts, kan EKMR stundom brukas som ett slags trumf i diskussionen – åtminstone så länge en mer detaljgranskande argumentationsanalys inte sätter in och prövar bärigheten av de allmänna förfäktandena av EKMR. Problemen med de *generella referenserna*, är att en tämligen vid ram av myndighetsföreteelser – som individen inte är nöjd med – kan tematiseras utifrån någon EKMR-artikel. Men det är ett steg att gå från dessa kärandetematiseringar, till att verkligen inom rättsdiskursens ram konstatera en EKMR-överträdelse. Dessutom är det ännu ett steg, att från överträdelsen gå vidare till ett skadeståndskrav. Och om skadeståndsrätt etablerats, tillkommer likväl de mer intrikata rättsliga frågorna om ansvars gräns och om specificerade beräkningar och bedömningar av ersättningsbelopp. Det är givetvis helt naturligt, att den enskilde medborgaren – med hjälp av sitt ombud – så långt det går söker begagna sig av den trumf som EKMR kan ge, att tona ned de rättsliga distinktionerna och differentieringarna. Men det är också naturligt – snarast en maning, utmaning och uppmaning – att den kritiska rättsvetenskapen registrerar dessa *rättens detaljfrågor* samt de tekniker och strategier som diskursen nyttjar, vid gestaltning och legitimering av rätten och dess lösningar här och nu. Rättsvetenskapen har ett ansvar för frågorna i pluralis, ej bara svaret i singularis.

Det är i vart fall min uppfattning, att det vore enormt negativt om den nordiska skadeståndsrätten började anta drag liknande dem som man ibland diskuterar som en nidsbild av en mer eller mindre ansatt amerikansk skadeståndsindustri. Det vore faktiskt att skapa rejäla samhällsproblem, för det fall man skulle tillåta att all missbelåtenhet med det ena och

⁹⁰ Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 584, om att det säkert finns advokater vilka ser EKMR ”som en slags lönsam affärsidé”, men att flertalet sannolikt drivs av ”rättspatos snarare än vinningssyfte”.

⁹¹ Se utförligare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 544–749.

⁹² Jfr dock Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenshetsrätten – rättighetsargument (SvJT 2011 s 989 ff) s 1016 ff, för funderingar kring, och förfäktanden av, en ”rättighetsrevolution” och ett nytt ”rättighetsparadigm”.

andra, alltid skulle kunna snabböversättas i en penningssumma – särskilt om det rör sig om krav som ska kompensera diverse ideella, icke-ekonomiska värden.⁹³ Överhuvudtaget bör vi i Norden kritiskt överväga, om vi verkligen vill införa nya *punitiva element* i skadeståndsrätten, med risk för att rättsområdet blir ett osäkert bihang till straffrätten.⁹⁴ Generellt kan begrundas huruvida man därvidlag göder en *ideell kravmaskin*, som juristerna måhända tappar styrseln över. För hur skulle man i längden kunna upprätthålla ett system med begreppsliga och argumentativa traditioner, om rätten blott blev en kalkylapparat inom området för det okalkylerbara?

Att inte då och då kunna sätta *negativa gränser* – eller att till och med, tvärtom, ständigt propagera för utvidgade skadeståndsmöjligheter – medför inte bara att gränfallen ersätts, utan att gränserna för en ekonomiskt och värderingsmässigt funktionell skadeståndsrätt helt uttraderas.⁹⁵ Nu ska man förvisso inte måla den lede på väggen – och alla dessa risker har ju inte endast med EKMR att göra. Men det kan vara värt att stämma i bäcken och mota Olle i grind. För som noterats ovan, finns i detta tidiga skede av nationell EKMR-skadeståndsrätt vissa tendenser till nedtoning av de rättsliga detaljfrågorna. HD har dock redan börjat etablera en mer normaliserande rättslig – istället för parternas, av förståeliga skäl, rättspolitiska skadeståndsfrämjande – betoning av specifika skadeståndsrättsliga frågor och begrepp. Och lagstiftningsutredningen har inordnat dessa frågor i skadeståndslagens struktur. Därför finns förutsättningar, att den framtida utvecklingen av den nationella EKMR-skadeståndsrätten kan uppvisa alltfler specificerade verktyg, som ger argument både för och emot utdömande av skadestånd.

⁹³ Jfr Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga? (SvJT 2003 s 319 ff) s 323 ff och 331 ff; jfr även Larsson/van der Sluijs, Eviga frågor inom skadestånds- och försäkringsrätt (JT Jubileumshäfte 2007 s 54 ff) s 69 f. Se även Syse, Om erstatningsadvokaters moral og noko attått (LoR 2000 s 175 ff), passim, för en liknande debatt i norsk rätt.

⁹⁴ Jfr T Andersson, Rättsskyddsprincipen s 90, om att inte heller EU-rätten ställer något krav på att nationell skadeståndsrätt innehåller punitiva skadestånd, utan endast kräver att för det fall denna skadeståndstyp är erkänd nationellt, ska dylik ersättning även utgå vid brott mot EU-rätten; jfr a a s 83 ff och 189 ff, om det generella kravet att nationella sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avhållande. Jfr Wahl, Konkurrensskada s 152 ff, om punitiva, multiplicerade skadestånd enligt den amerikanska modellen.

⁹⁵ Se vidare H Andersson, Likhetsargumentation – analogi och metamorfos (Festskrift till Frändberg s 13 ff, Uppsala 2003) s 35 ff.

Ovan har ofta berättelserna – de stora och små – artikulerats, och med detta narratologiska perspektiv kan beredvilligt hävdas, att diskurserna och språkspelen är allt vi har. Därför bör de odlas väl. Och inom rättsvetenskapen kan en konstruktiv idé vara, att genomföra *närläsningar* av den materiella rättens små detaljerade *tekniker och resonemangsmönster*, vilka är giltiga just här och nu såsom konstitutiva element i rättens legitimering och fortbildning. Diskursen finns och vi kan bejaka eller mota argumenten, men vi kan också ta diskursens diskursiva egenskaper på allvar – och inrikta vår undersökande blick på rättens gestaltande tematiseringar och strategier. Det handlar därvidlag om en kritisk närläsning av den materiella juridiken med nya redskap. Istället för att normativt predika – ofta utefter parollen ”Mer och högre skadestånd åt alla” – förordas därför, att rättsteoretiskt teoretisera och detaljavläsa distinktioner och differentieringar i den utveckling som faktiskt är på gång. Förändringens vindar kan då till och med avläsas lite i förväg, vilket en rättslig diskursanalys tjänar på. Och att EKMR kommer att vara en vital komponent i rättsutvecklingen är, som torde ha framgått, ställt utom allt tvivel.