

Håkan Andersson

RF och ersättningsrätten

Normaliserande och konkretiserande möten
mellan rättsområden

1 Inledning – normal diskursutveckling eller sensationellt paradigmskifte

En mängd förhållningssätt till rätten och dess bedrivande är tänkbara; ja rentutav önskade, från en pluralistisk utgångspunkt, för att diskursens deltagare ska få så många möjliga tolkningsansatser som möjligt. En sådan *bredd i diskussionsutrymmet* är tjänlig för att de juridiska frågorna – och svaren (eller snarare responserna) – ska kunna modifieras, övervägas och ständigt föranleda nya konkreta resonemang. När fall med nyhetsvärde dyker upp, kan således varierande receptionsramar iakttas. En linje kan vara att generalisera ett allmänt och gärna stort nyhetsbudskap (kanske till och med hävda ett paradigmskifte), medan en annan linje kan söka specificera och särskilja hur nya fragment sätts in i, och påverkar, den rådande diskursen (varvid nyanseringar och en stegvis evolution framlyfts, snarare än revolution etc). Alternativen kan liknas vid att ställa sig mitt i solskenet för att undvika skuggornas alla schatteringar (men istället riskera att bli bränd och uttorkad), eller att uppsöka nattens eftertänksamma dunkel för att kyligt bearbeta dagsskörden.

Som rättsvetenskapare med en diskursavläsande metodinriktning, har just jag mer en dragning åt det senare alternativet. Det förra alternativet kan föredras av den som aktivt vill verka för en viss linje – för då favoriseras alltid enklare och rakare budskap. När det gäller det allmännas ska-

deståndsansvar kan noteras, att en dylik *rättsaktivistisk stil* idag förekommer, exempelvis med avseende på användningen av Europakonventionen (EKRM) och Regeringsformen (RF).¹ En allmänt formulerad tes med bred tillämpning på många fall kan på ett framgångsrikt sätt användas vid processer och debatter, just genom att detaljrekvisit, konkretiseringar och vägandet av motstående rättsliga hänsyn inte behöver skymma blicken. Och det är gott så, i sitt sammanhang; dvs för partsombud och rättspolitiska vägröjare för en ny ordning är det fullt legitimt med en generaliserad och förenklad bild av en rättsfråga eller ett rättsområde. Exempelvis är en enkel slogan av typen ”RF (eller EKMR) ger alltid rätt till skadestånd vid överträdelse” – dessutom gärna ”med höga ideella ersättningsbelopp” – klart mer retoriskt gångbar än det balanserande och problematiserande budskapet ”RF (eller EKMR) kan ingå som komponent i en större rättslig avvägningsoperation som för vissa, genom rättslig kvalificering påvisade, överträdelser och vissa följder kan föranleda skadestånd av varierande storlek”.

För den *allsidiga rättsliga diskussionen* är den senare specificerande och problematiserande hållningen – dvs den rättsvetenskapliga linjen – trots allt (åtminstone enligt mitt synsätt) att föredra; givetvis kan man därvidlag inte nöja sig med den ovan exemplifierade tanken, att olika fall får olika lösningar – utan arbetet måste också (börja) gå vidare med konkretiseringar av olikheterna. Därför favoriserar jag, att även inom området för dessa regler, principer, argument och avvägningar av de företeelser som brukar benämnas ”rättigheter” fortsätta penetrera de många detaljfrågornas odling, framför att se en helt ny stor berättelse ta form.²

Det är väldigt lätt – men därmed rättsvetenskapligt osofistikerat – att betrakta varje tillkommande nyansering av ett rättsområde som något enormt omvälvande, varvid man väljer att kritiskt förkasta eller lovpri-

¹ Se vidare om detta fenomen, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 552, 618, 653 f och 746 ff; Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst (JT 2007–08) s 142; Strömmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter (Våra rättigheter V, Minnesskrift Petrén, Stockholm 2007) s 208 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors 2001) s 134 ff och 186 ff.

² Man kan jämföra två idealtypiska motsatser i förhållandet till rättighetsfenomenet, nämligen ett bejakande av en rättsystematisk rättighetsrevolution eller en återhållsam linje med förordande av undersökningar av innehållet och konsekvenserna. För det förra betraktelsesättet, se Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – rättighetsargument (SvJT 2011) s 989 ff; för det senare, se Bengtsson, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? (JP 2013) s 137 ff.

sande bejaka den generaliserande tolkningen av fenomenet. Det blir den okunniges, respektive nybörjarens,³ privilegium att därvidlag förkunna, att ett *paradigmskifte* inträffat och att man nu kan fastställa den nya allmänna principen etc, som på ett enhetligt sätt ska vägleda vid all problemlösning.⁴

Nedan kommer den *metodiska diskursavläsningen* att demonstreras just med avseende på differentieringen av frågeställningen om RF:s plats inom ersättningsrätten. Våren 2014 avgjorde Högsta domstolen två mål – NJA 2014 s 323 om medborgarskapsförlust och NJA 2014 s 332 om rådighetsinkränkning – där RF förekom som positivt stöd för ersättningsutdömande. Detta var en nyhet, eftersom RF tidigare inte använts i sådana sammanhang. Frågan blir då vilken gestaltning av denna nyhet som kan ge mest produktivt stöd för framtida fall. Enligt ovan kan en aktivistisk reformatorisk (eller revolutionerande) retorik söka en så bred applicering som möjligt, varvid generaliseringen av ”överträdelse av RF” skulle kunna öppna för ersättningskrav i åtskilliga fall;⁵ dvs ju snävare frågeställning och ju färre avvägande rekvisit att överväga, desto större täckningsområde. Nedan ska istället den rättsvetenskapliga analysen inriktas på den differentierande väven av olikartade argument, som kan producera en större mångfald av (därmed) just olikartade lösningar – både positiva och negativa – och på så sätt ge upphov till fortsatta diskussioner och utvecklingar; dvs ju fler parametrar för de rättsliga resonemangen, desto mindre täckningsområde för en allmän tes.

Men därigenom ges också desto större potential, att utstaka de *specifiserande fallsituationernas specifika argument* och legitimeringsstruktur. Det handlar inte om sista ordet i fråga om RF:s betydelse inom ersättningsrätten; tvärtom är syftet att öppna för en fortsatt variationsrik diskussion.

³ Och såsom universitetslärare har man förvisso en enorm – kärleksfull och ömsint – tolerans gentemot vår underbara kader av 20-åringar, som i sällspord lycka skådar sin egen lyskraft och alla de förborgade sanningar som därigenom kommer i dagen. Så fantastiskt det måste kännas, att vara den utvalda som äntligen uppfinner hjulet – åter, åter och återigen.

⁴ Jfr H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 56, angående att om man odlar idealet med eftertänksam diskursavläsning, blir man gärna skeptisk vid tal om att paradigmskiften plötsligt inträffat, eftersom det vid närmare analys oftast snarare handlar om ytfenomen – ”eller upphovsmannens egen rättspolitiska önskan om en förändring ... som omsätts i ett psykotiskt imperativ, att det åstundade redan inträffat”.

⁵ Jfr Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? (SvJT 2011) s 625, om risken för ökad benägenhet att framställa ”tivelaktiga krav på grund av påstådda rättighetskränkningar”.

Meningen med det seriösa rättsvetenskapliga samtalet är alltid att det ska fortsätta – inte avstanna eller avslutas genom en stor (tom) allmängiltighet. Från min rättsvetenskapliga horisont menar jag, att denna differencierande inriktning också ger det praktiska rättslivet bästa möjliga vägledning och uppslag, för att i mångfalden av varierande sakomständigheter söka (och finna) ständigt nya och nyanserade argument som preciserar och driver rätten framåt; det är svårt att tro på den falska ”förenkling” som blott består i att man bygger modeller utifrån de (från början redan färdiga och vedertagna) minsta gemensamma nämnarna i ett större komplex – det finns nämligen inget så praktiskt som en god teori (och en välutvecklad metod).

Artikeln har följande *disposition*. Efter denna (1) metodiska inledning, berörs i korthet de (2) möten som vi alltför ofta kan iaktta i ersättningsrättens gränsområden. Därefter närläses, enligt metoden ovan, de två HD-fallen från 2014 om (3) medborgarskapsförlust och (4) rådhetsinskränkning. Slutligen analyseras fallen och deras (5) potential för framtida utveckling utifrån några argumentativa parametrar, som kan framletas ur fallen och deras möten med den ersättningsrättsliga miljön.

2 Möten – ersättningsrättens intåg på konstitutionens område respektive konstitutionaliseringen av ersättningsrätten

Det är en ofta påpekad företeelse, att gränsen mellan civilrätt och offentlig rätt alltmer luckras upp.⁶ Beroende på från vilket håll man iakttar fenomenet, kan man tematisera hur konstitutionella spörsmål påverkar diskussionen av civila relationer eller hur civila anspråk kan göras gällande inom området för det offentliga ramverket. Något ställningstagande till prioritetsfrågan behöver knappast göras – det räcker att iaktta *interaktionen* och därmed studera de *konkreta verkningarna*. Det är nämligen

⁶ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 339 ff; dens, Myndighetsansvarets föränderliga kontextualisering (Festskrift Marcusson, Uppsala 2013) s 1 ff, om diskursmiljöns omvandling i mötet mellan dessa två rättsområden. Se även Madell, Det allmänna som avtalspart (Stockholm 1998) s 41 ff; Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet (Uppsala 1989) s 49 ff. Jfr Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s 55 ff, 58 ff och 164 ff, om konsekvenserna av marknadsorienteringen inom det offentliga.

knappast så, att den ena av dessa poler går in och dikterar villkoren för den andra, utan det handlar mer om att inventera gångbara resonemang i en vidare ram. Från den juridiska argumentationens perspektiv, handlar det därmed inte om några revolutionerande omdaningar; istället ser man, att det inom den stora mångfalden av påverkande faktorer går att urskilja ännu en komponent.⁷

Förlagsvis kan man ta ersättningsrätten som exempel på nu berört fenomen (och med ordvalet "ersättningsrätt" betonas här det vidare fältet av skadeståndsrätt, försäkringsrätt, socialförsäkring och andra ersättningsordningar – varvid de senare kan inbegripa expropriationsersättning och liknande former av ersättning vid offentliga ingrepp).⁸ Jurister som länge varit verksamma inom detta område, är medvetna om att argument för och emot en viss talan kan sökas på en mängd nivåer, och att man aldrig entydigt kan definiera den enda enkla utslagsgivande grundnormen. Intresset riktas istället mot det mångfacetterade spelet av – stundtals motstridiga – ändamålssynpunkter och principer, som måste konkretiseras ned till det enskilda fallets faktueella förutsättningar. Det är uppenbart, att man i en dylik *pluralistisk rättskällekontext* även – för vissa konkreta fallomständigheter – kan nyttja källmaterial från den offentliga rättens område. Som ett enkelt typfall kan nämnas, att culpavärderingen avseende en myndighets agerande påverkas av de föränderliga förvaltningsrättsliga kraven på service, hanteringsrutiner och överhuvudtaget "god förvaltning" (det sist citerade begreppet framgår till och med av EU:s rättighetsstadga, och kan därmed – om man så vill – formuleras som en mänsklig rättighet).⁹ Ytterligare exempel är konkretionen av de krav på skyddade positioner för enskilda som ges av EKMR, utifrån de konventionsartiklar som benämns just mänskliga fri- och rättigheter. Den

⁷ Angående att den "diversifierade" rätten bättre (än den "enhetliga") beskriver ett historiskt normalläge, se vidare Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande (Stockholm 2014) s 60 ff och 1040 ff.

⁸ Se om denna breda ämnesbestämning, M Carlsson, Arbetsskada (Stockholm 2008) s 30 ff, 44 ff och 84 ff; Hellner, Ersättningsrätt (Svensk rätt i omvandling, Stockholm 1976) s 169 ff; Roos, Ersättningsrätt och ersättningsystem (Stockholm 1990) s 15 ff, 21 ff, 57 ff och 235 ff.

⁹ Se vidare Marcusson, Den goda förvaltningen – en mänsklig rättighet i välfärdsstaten? (NAT 2012) s 97 ff, för en givande diskussion av begreppet och dess status. Se vidare Reichel, God förvaltning i EU och Sverige (Stockholm 2006) s 259 ff, 265 ff, 288 ff, 339 ff, 455 ff och 490 ff, för en ingående behandling av principen om god förvaltning samt olika kriterier och bedömningsmekanismer.

standard som genom alla dessa källfragment kan framletas för en specifik tillämpningssituation, påverkar den ersättningsrättsliga argumentationen – på samma sätt som en mängd andra rättsligt relevanta faktorer kring såväl den skadevällande som skadelidande sidan i en tvist.¹⁰

När de offentligrättsliga, konstitutionella och MR-rättsliga influenserna – liksom alla andra påverkande rättskällefragment – väl sätts in i specifika rättsliga (just nu ersättningsrättsliga) resonemang kring praktiska tillämpningsfrågor, ser man tydligare den konkretiserande interaktionen med övriga juridiska källor och argumentationsstrukturer. Och det är just i sådana konkreta möten som man bäst kan uppskatta det positiva värdet av dessa ”nya” influenser – inte i de abstrakta referenserna till några förment styrande rättigheter högt uppe i den fina rättsliga himmelen med de stora fina orden. När dessa varierande källställen sålunda nyttjas i praktiska fall, blir man alltmer påtagligt varse de många *finmaskiga avvägningarna* och *differentierade frågeställningarna*, vilka ständigt måste hanteras på ett (som sagt) konkret och situationsavpassat sätt. På så vis får dagens entydigt vita ljus falla in genom nattens prisma, varigenom hela färgskalan framträder – och avslöjar att det upplysta vita bara var en enkel summering.¹¹

Kortfattat kan man säga, att i den *konkreta analysen* av konkreta rättsproblem blir alla dessa konkreta källfragment – vare sig de kallas argument, principer, regler, rättigheter eller rättvisekoncept – just vanlig (och framförallt konkret) juridik. Alltså vanlig, hederlig, riktig (återigen konkret) juridik – istället för naturrättsliga fantasier, banala praktikförenklingar, abstrakta begreppsbestämningar eller hårklyvande strider om påvens skägg (bestående i det eller det rättvisekonceptet etc). Och det är gott nog så, för det är först när de allmänna lärosatserna faktiskt blir påtagliga och användbara som de betyder något. Då ser man hur detta möte mellan ersättningsrätt och konstitutionell rätt stegvis utstakar ett allt tydligare nätverk, utan att därmed utgöra någon revolutionerande verksamhet (en vis man myntade uttrycket, att all god juridisk utveckling handlar om evolution, aldrig revolution).

¹⁰ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 544 ff.

¹¹ Notera vad som ovan, avsnitt 1, anfördes om ”falskt praktiska” och entydiga modeller, som egentligen bara är den ointressanta minsta gemensamma nämnaren – när väl alla specifikt påverkande faktorer bortsuddats. Utifrån diskursens perspektiv, avseende förutsättningarna för att samtalet ska kunna vidareutvecklas pluralistiskt, är denna entydighetspraktikabilitet blott det vita brus som förkunnar att diskursens deltagare inte befinner sig på samma våglängd.

Som exempel på denna interaktion kan tas två domar från Högsta domstolen, varvid RF kom att ingå som element i det ersättningsrättsliga resonemanget. Det ena målet (*NJA 2014 s 323*) gav beskedet, att överträdelse av RF:s skydd för medborgarskap kunde föranleda skadeståndskrav avseende ideell ersättning utan särskilt lagstöd; domen visar hur en skadeståndsrättslig ansvarsgrund kan etableras i en specifik situation, då en allvarlig överträdelse av konstitutionen gett påtagliga verkningar för den enskilde avseende grundläggande förutsättningar för demokratis utövande. Det andra målet (*NJA 2014 s 332*) är inte lika nyskapande, i det att ingen ansvarsgrund etableras (och målet handlar inte heller om skadestånd, utan om ersättning vid offentliga ingrepp); budskapet är istället att RF:s krav på ersättningsreglering vid markanvändningsinskränkning innebär, att vid bristande reglering får motsvarande proportionalitetsbedömning göras i det enskilda fallet.

3 Medborgarskapsförlust och 2:7 RF (*NJA 2014 s 323*)

3.1 Bakgrund – medborgarskap som en grundförutsättning för deltagande i demokratin

I all korthet handlar målet om den unge mannen X, som oriktigt blev fråntagen sitt svenska medborgarskap. Han hade fötts inom äktenskap där mannen var svensk, varför han redan från födseln erhöll svenskt medborgarskap. Då en tingsrätt långt senare i ett civilmål förklarade, att mannen inte var far till X, kom skattemyndigheten att registrera honom som medborgare i Storbritannien (där modern var medborgare). Efter överklagande upphävde (dåvarande) Regeringsrätten detta beslut; men under *fyra och ett halvt år* var X således *fråntagen sitt svenska medborgarskap*. Denna tidsperiod inföll då X var i 18–22-årsåldern, och han framhöll att han under denna tid betagits möjligheten, att göra militärtjänst och att välja polisyrket; vidare hade han inte kunnat rösta i ett riksdagsval och en folkomröstning.

Enligt 2:7 RF gäller att ”ingen svensk medborgare som är eller har varit bosatt i riket får fråntas sitt medborgarskap”.¹² Vissa av fri- och rättighe-

¹² Om det bakomliggande skyddssyftet, att hindra att obekväma personer tystas genom att utvisas, se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar (Stockholm 2010)

terna i andra kapitlet RF kan, jämlikt 2:20, begränsas genom lag; dit hör dock inte medborgarskapskyddet i 2:7 – denna rätt klassificeras därmed såsom ”absolut”.¹³ HD betonar denna absoluta karaktär hos medborgarskapsrätten; vidare sätts medborgarskapet in i RF-kontexten såsom grunden för folkstyret. Man kan därvidlag notera, att HD tematiserar demokratins maktaspekter utifrån två olika stötriktningar. Dels anføres att medborgarskapet utgör ”den grundläggande förutsättningen” för att delta i val till riksdagen och därmed möjligheten att ”påverka hur den offentliga makten ska utövas” av de folkvalda.¹⁴ Dels sätts medborgarskapet in som ”förutsättning för sådana offentliga anställningar” som utgör de mest påtagliga delarna av ”statens maktutövning”, såsom polis- och domaryrkena.¹⁵ Den första aspekten kan analyseras såsom möjligheterna att påverka makten, medan den andra avser möjligheterna att själv utöva makt; båda dessa maktens riktningar – påverkan uppåt och utövande nedåt – kopplas således till medborgarskapet.

Genom denna dubbelriktade maktbeskrivning, gestaltar således HD vikten av medborgarskapet och dess nära koppling till grundförutsättningarna för demokratin.^{16, 17} Efter denna inramning inom konstitutio-

s 79; Eka/Hirschfeldt/Jermsten/Svahn Starrsjö, Regeringsformen – med kommentarer (Stockholm 2012) s 86 f; Holmberg/Stjernquist/Isberg/Eliason/Regner, Grundlagarna (3 uppl, Stockholm 2012) s 118. Jfr även prop 2009/10:80 s 149 f och 250, om betydelsen av den ökade acceptansen för dubbelt medborgarskap.

¹³ Se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 97 ff; Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 53 f och 145 ff, om de absoluta respektive begränsningsbara rättigheterna.

¹⁴ Notera att i denna artikel är alla kursiverade ställen med omgivande citationstecken direkta citat från de två HD-domarna (medan övriga kursiveringar anger huvudord för framställningens disposition).

¹⁵ Även om antalet lagstadgade krav på svenskt medborgarskap för vissa befattningar minskat, finns fortfarande ett antal sådana tjänster. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 230, 457 ff och 489 ff; Holmberg m fl, Grundlagarna s 194 ff.

¹⁶ En av de allra mest grundläggande principerna för RF är folksuveräniteten, och den utövas ytterst via den allmänna och lika rösträtten, vilken i sin tur tillkommer svensk medborgare (vid val till riksdagen); därmed aktualiseras flera centrala bestämmelser samtidigt, nämligen 1:1, 2:7 och 3:4. Se vidare om dessa principer och deras samspel, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 20 f, 48 ff, 79 och 118; Holmberg m fl, Grundlagarna s 50 ff och 232 ff.

¹⁷ Det kan även nämnas att det, enligt 2:25 RF, avseende andra än svenska medborgare kan göras särskilda begränsningar i vissa rättigheter. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 163 ff.

nens kärnfråga,¹⁸ kan HD fortsätta resonemanget och därvid ha med sig argumentativt stöd för att värdera överträdelsens och verkningarnas allvar¹⁹ – dvs värderingen av skadevållarens och skadelidandes sida. Avseende överträdelsen anför, att den i det aktuella fallet *”bryter mot den grundläggande skyldigheten”* i det rättsliga förhållande som medborgarskapet utgör; och beträffande verkningarna anför, att överträdelsen har *”skadeverkningar som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock”*.

Därefter inskjuts en passus om adressaten för den i målet tillämpliga grundlagsbestämmelsen.²⁰ Även om denna regel *”i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter”*, utgör överträdelsen ett sådant avsteg från statsskickets grunder, att den *”även bör kunna åberopas av den enskilde”* som grund för skadeståndsskyldighet för staten. Av de citerade meningarna, ser man den bakomliggande prioriteringen. Starkast stöd för en talan finns om regeln direkt kan åberopas för rättstillämpning i ett enskilt fall, medan det krävs ytterligare kvalificeringar om den är ett direktiv för normgivning (som sedan – givetvis – kommer att tillämpas i enskilda fall). I just detta mål får man alltså intolka, att denna kvalificering består i de ovan berörda förhållandena kring demokratikopplingen och därav allvaret i överträdelsen och verkningarna.

3.2 Etablerandet av ansvarsgrunden

Efter att ha åskådliggjort medborgarskapet som en grundläggande förutsättning för demokratiskt deltagande – och genom att därmed ha visat att överträdelsen och verkningarna är allvarliga i sådana fall – når så HD till själva skadestandsfrågan. Eftersom talan avsåg ideellt skadestånd, noteras först den givna utgångspunkten i svensk rätt, nämligen att särskilt lagstöd krävs för utdömande av ideell ersättning;²¹ vidare konstateras, att det saknas bestämmelser som ger en enskild rätt till sådan ersättning vid överträdelse av medborgarskapsregeln i 2:7 RF. Därpå kommer, i en kort mening, den motivering som vänder på huvudregeln i detta fall om bestämmelsen i 2:7. *”En överträdelse av den bestämmelsen är emellertid av sådant slag att övervägande skäl talar för att ideellt skadestånd ska kunna*

¹⁸ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet.

¹⁹ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (3) avseende RF-överträdelsens och verkningarnas allvar.

²⁰ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (2) avseende RF-bestämmelsens adressat.

²¹ Se vidare H Andersson, Ekonomisk-ideell skada (Festskrift Nygaard, Bergen 2002) s 7 ff; Radetzki, Skadeståndsberäkning vid sakskada (2 uppl, Stockholm 2012) s 33 ff.

dömas ut av domstol.” Om man blott på grundval av denna motivering skulle formulera prejudikatvärdet och vägledningen för framtida rättstillämpning ... skulle man få problem. Slutsatsen i sig är ju klart undermotiverad, men för att förstå dess innebörd måste man läsa ihop dessa summerande och allmänna ord med – de mer konkreta – ändamålsskäl och prövningspunkter som tidigare presenterats i domen.

Till att börja med måste observeras, att domskälen inte generellt befattar sig med ”överträdelse av RF”; vi kan inte från denna dom sluta oss till att överträdelser av alla bestämmelser i RF – inte ens alla bestämmelser i RF kapitel 2 – kan föranleda utdömande av ideellt skadestånd i domstol.²² Med ”den bestämmelsen” (dvs i bestämd form) avses i domen medborgarskapsregeln i 2:7 RF; även av referatrubriken kan utläsas, att målet handlar om ersättningsskyldighet för ”*avregistrering av svenskt medborgarskap*” (och inom parentes i rubriken anges ”*jfr 1 kap. 1 § och 2 kap. 7 § regeringsformen*”). Det är just medborgarskapsskyddet som står i fokus, varför den anvisade ”jämförelsen” med 1:1 och 2:7 RF inte gärna kan tolkas som en total öppning för diverse RF-anknutna ersättningsanspråk. Nu kan givetvis domen inte heller, motsatsvis, tas till stöd för att bara 2:7 (men inga andra RF-bestämmelser) kan föranleda skadeståndskrav. Den framtida utvecklingen får visa vilka av RF:s regler – och vilka arter av överträdelser och skadeverkningar – som kan få samma skadeståndsrättsliga behandling.²³ Vad som nu betonats är således, att man för denna framtida utveckling blir tvungen att fortsätta konkretisera de kvalificeringar som kan motivera skadestånd; man kan således inte nöja sig med en blank referens till att ”överträdelse av RF” principiellt skulle ge sådan rättsföljd.²⁴

Om man enbart hade den citerade domskrivningen som tolkningsunderlag vid bedömning av framtida fall, skulle man vidare angående överträdelsens natur inte bli särskilt vägledt av beskedet, att denna ska vara ”*av sådant slag*” att skadestånd ska kunna utdömas. Inte heller vid utrönandet av skälen för skadestånd, kan man nöja sig med att i det nya

²² Jfr även Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten (SvJT 2014) s 434 och 437 f, om det påfallande i att HD inte diskuterar möjligheten av en allmän grundsats, utan att man velat gå försiktigt fram.

²³ Jfr Crafoord, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd (SvJT 2009) s 1063 och 1067 f, som utöver argumentation i det specifika ärendet med medborgarskapsförlust (där Crafoord var ombud för mannen X), även diskuterar den övergripande frågan om rätt till skadestånd vid kränkningar av rättigheterna (dvs i pluralis) i RF.

²⁴ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet.

fallet söka ”*övertvägande skäl*” för ideellt skadestånd. Givetvis vore det rent rättshaveristiskt nonsens, att i ett nytt fall – med referens till detta prejudikat – rakt ut i luften hävda en ”generell princip om skadestånd vid RF-överträdelser”, som därefter suppleras med att just detta nya fall dessutom är av ”sådant slag”, att ersättningsansvar kan motiveras av ”övertvägande skäl”. För att verkligen tolka och söka en framtida tillämpning, måste man fylla ut dessa summerande uttryck med konkreta avvägningar, utifrån de tidigare i domen angivna utgångspunkterna (samt utifrån den totala kontexten av de aktuella rättsområdena). Därvidlag kan exempelvis det enskilda fallets seriositet och nära koppling till konstitutionens grundförutsättningar bli användbara – och konkretionsvärldiga – teman vid formulerandet av en talan.

Genom denna (ovan citerade) summerande skrivning – tolkningsvis kopplad till de nämnda omständigheterna avseende demokrati, överträdelser, verkningar, regelns direkta och indirekta adressat etc – är ansvaret etablerat. Förvisso kunde HD ha varit än tydligare i att ange grunden. Exempelvis kunde man ha nämnt, att man ju redan avseende *EKMR* skapat en sådan ansvarsgrund (avseende ideell ersättning) för överträdelser som kan vara mindre allvarliga än förlusten av denna absoluta rätt till medborgarskap;²⁵ dvs man kunde a fortiori ha anförut, att avseende denna starkare demokratikoppling talar *den redan inslagna vägen* för en fortsättning etc. Ett justitieråd anförde principiella betänkligheter mot att dylika diskrepanser ska föreligga – och ansåg därmed att ”synnerligen goda skäl” talar för ersättning – men framhöll att det bör ankomma på lagstiftaren, att vidta åtgärder för att åtgärda saken, emedan det inte finns ”någon allmän skadeståndsrättslig princip eller någon folkrättslig förpliktelse som utgör stöd för ett utvidgat rättighetsansvar”; i det sammanhanget skulle lagstiftaren vidare behöva ”ta ställning till de frågor av principiell natur som uppkommer”.

De dubier som här åskådliggörs bör verkligen mana till eftertanke (på grund av både synpunkternas tyngd i sig och att denna domare – JustR Calissendorff – enligt min erfarenhet inte nyttjar sina särskrivningar för diverse privata uppvisningar, utan just för att markera välbetänkta förnufts-skäl med god förankring i källorna och den rättsliga systematiken).

²⁵ Se vidare om denna praxisutveckling och de principer den ger uttryck för, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 550 ff, 567 ff, 580 ff och 739 ff, med där angivna referenser. Se även Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (SvJT 2006) s 553 ff.

Problemet med ett prejudikat för just medborgarskapsskyddet är ju, att man kan förvänta en *flodvåg av kravtestningar* avseende olika regler i RF. Måhända hade därför en lagstiftningsutredning – eller åtminstone en betydligt mer underbyggd domsmotivering – kunnat ge en klarare bild av vilka bestämmelser och rättigheter i RF som kan komma ifråga för skadeståndsmål.²⁶ Under sådana förhållanden hade man kunnat utstaka ett säkrare område, med tydligare kvalificeringar av exempelvis de ovan berörda överträdelse- och verkningarnas natur.

Nåväl, nu hade förvisso det aktuella målet en särpräglad förbindelse till centrala rättsstatsförutsättningar för den enskilde, varför utgången är både *försvarlig och lämplig*. Men eftersom HD verkligen inte – om man närläser de fallspecifika motiveringarna bakom den allmänna satsen – öppnat för något *carte blanche* avseende ”RF-skadeståndsrätt”, får man vara beredd på att – i väntan på denna angelägna utredning och lagstiftning – i flera framtida fall fortsätta precisera och avgränsa tillämpningsområdet.

3.3 Etablerandet av ersättningsbestämningen

Sedan ansvarsgrunden lagts (enligt ovan), gick HD över till frågan om ersättningsbestämningen. Nu kan man förvisso aldrig definiera och mäta (beräkna) en *ideell skada*, utan spörsmålet handlar alltid om hur man argumentativt söker en lämplig *ideell ersättning* – trots att man alltså egentligen inte vet (exakt) vad det är man ersätter.²⁷ Denna ambivalens inom det ideella området får man leva med; medvetenheten skärper emellertid blicken för vilka jämförelser (med andra ideella ersättningsbestämningar) man kan göra och vilka preciserande distinktioner som bör vara avgörande i det konkreta fallet (respektive typfallet).

Generellt kan noteras, att ideell ersättningsbestämning ofta har en dubbel inriktning på omständigheter och argument, vilka kan placeras – och därmed konkretiseras – på de två parternas respektive sidor. På samma sätt som ovan berördes avseende ansvarsgrunden, kan därmed rättsliga tematiseringar göras av överträdelsen (*skadevållarperspektiv*) och verkningarna

²⁶ Jfr i samma riktning, Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 432 och 438 f; se vidare dens, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 607 ff och 626 ff, för en översikt av de (många) frågor och komplikationer som skulle behöva övervägas vid en lagstiftningsreform.

²⁷ Se vidare H Andersson, Ekonomisk-ideell skada s 8 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans (Uppsala 1993) s 297 f.

(*skadelidandeperspektiv*).²⁸ Någon ensidig, punitiv inriktning på skadevå-laren kan således inte rättfärdigas inom svensk skadeståndsrätt – men inte heller en fri gestaltning av varje enskild skadelidandes personliga känslor och preferenser. En viss objektivisering av utgångspunkterna måste därför genomföras. Om alltför många individuella faktorer tas med i dessa ersättningsbestämningar, riskerar man en ostrukturerad praxis – och tangerar dessutom det (enligt ovan) omöjliga dilemmat, att ”beräkna” vad varje ”ideell skada” består i och vad den är ”värd” för summa.

Med avseende på jämförelseoperationen anför HD, att man till detta RF-fall inte direkt kan överföra normerna för ersättningsbestämning avseende kränkningersättning, diskrimineringersättning eller ersättning vid EKMR-överträdelse. Denna initialt markerade särställning är intressant, eftersom HD i tidigare praxis framhåvt, att kränkningersättning enligt 2:3 SkL och ideell EKMR-ersättning har motsvarande syfte och funktion²⁹ – men att däremot diskrimineringersättningens preventiva funktion inte möjliggör en jämförelse i EKMR-mål.³⁰ Att inte göra samma likställande av denna RF-ersättning för medborgarskapsförlust, måste därför ses som en medveten markering av en *unik ersättningsordning*, som ska *utvecklas oberoende* av de redan standardiserade mallarna. Praxis om kränkningar som ersätts vid brott (2:3 SkL), diskriminering och EKMR-överträdelse kan alltså inte direkt appliceras – åtminstone inte de (alltmer) stabiliserade tabellverk som kommit att tillämpas för olika situationer. Antagligen har HD velat undvika framtida läsningar vid summor som etablerats för exempelvis långsam process (dvs årsbe-lopp), frihetsberövande, privatlivskränkning etc vid EKMR-överträdelse – bland annat därför att dessa summor delvis är baserade på europarättsliga källor.

Däremot gör man en koppling till grunderna för – men inte de specifika summorna avseende – ideell ersättningsbestämning överhuvudtaget. Liksom vid alla former av ideell ersättning, bör även i detta fall utgångspunkten vara ”*en på etiska och sociala värderingar baserad sköns-*

²⁸ Se om denna metodiska dualism vid analys av skadeståndsrättens många utslagsgivande komponenter, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 31 ff; dens Gränsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 135 ff; dens, Skyddsändamål och adekvans s 233 ff.

²⁹ Detta står även i samklang med utredningen om EKMR-skadestånd; se SOU 2010:87 s 403 ff.

³⁰ Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 697 ff och 716 ff, om EKMR och skadeståndsnivåerna.

mässig bedömning av den skada som typiskt sett kan anses ha uppkommit". Motsvarande formuleringar brukar användas även vid utläggningar kring kränkningsersättning och personskadeersättnings ideella poster (exempelvis sveda och värk),³¹ varför man förstår att det anförda inte är en specifik riktlinje för det nu aktuella RF-fallet (vilket åter visar, att de jämförelser man vill undvika blott är sådana som avser de redan etablerade tabellverken).

Mer konkreta besked avseende fallet ger HD, då man anknyter till de ovan berörda temana avseende överträdelsens och verkningarnas natur. Det anføres nämligen, att man vid den skönmässiga bedömningen bör beakta *"de syften som motiverar att ersättning ska utgå"* samt även *"överträdelsens varaktighet"*. Den första skrivningen syftar uppenbarligen på de konkreta skäl som överhuvudtaget medgav en ansvarsgrund – dvs enligt ovan överträdelsen av en för demokratin central förutsättning. Här ligger såväl skadevällar- som skadelidandeaspekter; ju allvarigare åsidosättanden av rättsstatsprinciper som förekommit, desto värre utsatt är den enskilde och desto värre har staten agerat. Den andra aspekten tillskjuter en tidskomponent, som direkt anknyter till verkningarna för den skadelidande – dvs hur lång tid han eller hon har fått utstå det si och så allvarliga ingreppet i RF-rättigheten. När HD sedan överför dessa riktlinjer på det enskilda fallet, konstaterar man att det rörde sig om en överträdelse *"under lång tid"* av en *"grundläggande rättighet"*. Skadeståndet bestämdes till 100 000 kr.

Utöver dessa omständigheter och argument på en tämligen allmän nivå, hade den skadelidande X anført de för honom specifikt besvärande verkningarna, att han inte kunnat rösta i ett riksdagsval och en folkomröstning samt att han betagits möjligheten, att göra militärtjänst och välja polisyrket. De två förlorade möjligheterna att delta i val handlar inte om just denna individs personliga förhållanden, utan dessa verkningar kan ses som de *typiska konsekvenserna* – utifrån demokratisynvinkel – av ett fråntaget medborgarskap. Någon personlig och subjektiv värdering behöver således inte appliceras; HD:s ovan berörda objektiva ersättningsbestämning, utifrån ansvarsmotiv och överträdelsens varaktighet, kan tillämpas i X:s fall på samma sätt som för vem som helst som under samma tidsperiod förlorat medborgarskapet.

³¹ Se vidare Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen (5 uppl, Stockholm 2014) s 226 ff; Friberg, Kränkningsersättning (Uppsala 2010) s 362 ff och 372 ff, om dessa principer.

De andra två åberopade förhållandena – angående militärtjänst och hävdad önskemål om polisutbildning – har emellertid en *personlig prägel*, som ger uttryck för just X:s egna värderingar och önskemål. Om sådant skulle läggas till grund för ersättningsbestämningen, skulle vi få oändliga svårigheter att åstadkomma en genomförbar process; man skulle då behöva utröna vilka preferenser och planer var och en kan ha haft. Exempelvis torde det vara så, att många skulle uppleva den anförda situationen såsom att de ”slapp” göra lumpen – istället för att de ”betogs möjligheten” att få göra militärtjänst. Personligen uppfattade jag inte – som teoretiker och humanist – denna ”skyldighet” som en ”rättighet”, utan som ett fullständigt förstört och förlorat år i livet. Redan första dagen på flygflottiljen (som visserligen låg på den i sig trivsamma Frösön, alldeles i närheten av Peterson-Bergers Sommarhagen) när vi i en folkvagnsbuss förevisades området kröp en olustig – och senare desperat – förnimmelse av överklig vanmakt in under huden; just då fanjunkaren (som dessutom uppenbarligen var en vidrig katthatare – han hade redan hunnit förtälja hur han med glädje klämt ihjäl grannens siames när den passerat husporten) stolt svepte ut med armen och utbrast ”Se här, detta är Sveriges vackrast belägna F4”, förstod jag med isande klarhet att jag hamnat på ett dårhus. Nåväl, tänker den irriterade läsaren, jag är inte road av den där pacifistiska professorns privata upplevelser – varför drar han upp så ointressanta och irrelevanta saker? Jo, just för att demonstrera denna invändning, att sådana personliga bevekelsegrunder inte går att värdera utanför individens egen horisont – och att de således bör lämnas därhän såsom irrelevanta vid juridiska bedömningar.

Och genom att HD uppställer de ovan angivna objektiva ramarna – samtidigt som man med tystnad förbigår X:s åberopade militära och polisiära planer – får vi det klara beskedet, att den ideella ersättningen i dessa situationer inte ska kalkyleras utifrån alla individers (per definition) individuella rättighetsupplevelser. Istället får *objektiva typfall* utvecklas. Då HD dessutom markerar en distans till hur summorna fastställs vid kränkning, diskriminering och EKMR-överträdelser, ser man än tydligare, att denna nya ansvarsgrund vid RF-överträdelser ska följa sin egen unika väg även vid ersättningsbestämningen.

4 Rådighetsinskränkning och 2:15 RF (NJA 2014 s 332)

4.1 Bakgrunden – rådighetsinskränkning vid fiskereglering

Det andra målet är inte lika banbrytande, i det att ingen ny skadeståndsgrund etableras; fallet kan mer ses som en pendang till det förra fallet, genom att HD visar hur RF kan användas som stöd för en utfyllande ersättningsreglering, i situationer då lagstiftningen ifråga inte ger någon ledning om – den enligt 2:15 RF nödvändiga – ersättningen vid offentliga ingrepp.³² Det aktuella fallet är kulmen på en hel *serie HD-domar kring fisket i Torne älv*; detta senaste fall behandlar frågan om den grundlagsskyddade rätten till ersättning för den, vars markanvändning inskränks på ett avsevärt försvarande sätt. Fallet kan därmed placeras inom den vidare ämnesbeskrivningen ”ersättningsrätt”, emedan det berör den expropriationsliknande ersättningen som, enligt 2:15 RF, ska utgå vid dylika rådighetsinskränkningar.

De tidigare fallen handlade däremot specifikt om skadeståndsrätten, nämligen *myndighetsansvaret i 3:2 SkL* (NJA 2000 s 637, NJA 2001 s 210 och NJA 2010 s 8).³³ Grunden var därvidlag en år 1987 icke behörigt stiftad lag, som till en finsk-svensk kommission delegerade rätten att reglera fisket i gränsvägnarna; det principiella beskedet blev att 3:2 kunde föranleda ansvar, då regeringen istället för riksdagen utfärdat förordningen. Problem uppkom emellertid avseende påvisandet av skada för yrkesfiskarna; inom ramen för en skadeståndstalan, kunde man i det hypotetiska skedet inte bara eliminera det formellt felaktiga beslutet, utan måste substituera det med ett annat – och därmed blev det för svårt för fiskarna, att visa att ett formellt korrekt förfarande skulle ha lett till andra, och mer förmånliga, materiella fiskeregler (särskilt som begränsningen av fisket byggde på en redan given bindande överenskommelse mellan Sverige och Finland).

Det nu aktuella 2014 års mål följer upp ärendet, genom att behandla den lagstiftning som på ett (denna gång) korrekt sätt begränsade fisket i Torne älv; förordningen utfärdades 1997 och innefattade i allt väsentligt

³² Se vidare Mörk/Hermansson, Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppel-argument i svensk rätt (SvJT 2008) s 252 ff, som några år före domen förordade denna lösning just för denna RF-bestämmelse med dess krav på lagstiftning, emedan staten inte till sitt fredande ska få åberopa sin egen försummelse.

³³ Se vidare om dessa fall, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 420 ff.

samma fiskeregler – med syfte att skydda den vilda laxen – som redan förordningen från 1987 föreskrev. Istället för ”skadestånd” vid felaktigt beslutad fiskereglering enligt 3:2 SkL, gällde nu talan ”ersättning” för ekonomisk förlust, emedan 1997 års förordning ansågs utgöra en sådan *rådighetsinskränkning* som, enligt 2:15 RF, ska ge rätt till ersättning enligt grunder som ska anges i lag.³⁴ Målet dömdes efter dåvarande 2:18 RF, som numera motsvaras av 2:15, varför jag nedan – i mitt skrivande för framtiden – refererar till 2:15, trots att HD i domen anger 2:18; den enda avgörande skillnaden är att 2:15 explicit (i 3 st) utskriver den ersättningsbegränsning som, enligt lag, kan gälla vid rådighetsinskränkningar på grund av miljöskyddsskäl etc.³⁵

I denna framställning om de ersättningsrättsliga konsekvenserna, ska inte de fastighets-, miljö- och konstitutionellrättsliga detaljerna närmare penetreras. Som ett klagörande nämns dock, att den aktuella fiskerätten baserades på dessa yrkesfiskares markinnehav invid Torne älv, varför begränsningen av laxfisket kan ses just som en *markanvändningsinskränkning*;³⁶ kopplingen till RF är således äganderätten till fastigheterna invid älven – och därmed kan regleringen i (nuvarande) 2:15 RF om ”egendomsskydd” aktualiseras.^{37, 38}

Vid expropriation och liknande egendomsavståenden är rätten till ersättning kategorisk, medan ersättningen vid rådighetsinskränkningar är

³⁴ Se vidare SOU 2013:59 s 40 ff, för en exemplifiering av olika rådighetsinskränkningar som kan, respektive inte kan, föranleda ersättningskrav. Se även Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 122 f.

³⁵ Jfr Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 436 f, om att HD:s riktlinjer i detta fall knappast kan följas fullt ut avseende fall som inträffat efter denna ändring 2010. Se vidare SOU 2013:59 s 61 ff, 73 ff och 119 ff, för en utredning om ersättningsprinciper och olika typfall av rådighetsinskränkningar, varvid budet även för framtiden är att en konkret intresseavvägning måste göras i det enskilda fallet.

³⁶ Se vidare SOU 2013:59 s 43 ff, för gränsdragningsfrågor avseende anknytningen till mark och byggnad.

³⁷ För en äldre men grundläggande behandling av RF-regleringen, se Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (Stockholm 1986) s 76 ff, 86 ff, 100 ff och 202 ff. Se vidare om att äganderätten är den rättighet som skapat mest politisk oenighet, med avseende på skyddet och dess gränser, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 89; Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 112 ff.

³⁸ Som bekant är äganderätten även skyddad genom artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR. Se vidare Åhman, Egendomsskyddet (Uppsala 2000) s 198 ff, 306 ff, 331 ff och 375 ff, om EKMR och olika ingrepp i äganderätten, nyttjanderegleringar, allmänintresset samt proportionalitetsbedömningar vid tillämpning av detta skydd. Jfr Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 117 ff, om förhållandet mellan EKMR och RF.

beroende av hur kvalificerat ingrepp i användningen det rör sig om samt hur betydande skadan är.³⁹ Inskränkningar som grundas på *hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl* ger vanligen ingen rätt till ersättning (en erinran om detta finns, som sagt, numera i 2:15 3 st). Den fastighetsägare som genom sin markanvändning åstadkommer dylika risker, får således normalt finna sig i, att de allmänna intressena av att motverka risker överväger det privata intresset förenat med dylika riskskapanden.⁴⁰ Därför får ägaren tåla inskränkningen utan ersättning; dvs det är inte en del av den skyddade äganderätten, att få använda sin egendom till att skapa skaderisker för andra.

I det aktuella fallet var onekligen fiskeregleringen motiverad av miljöhänsyn – skyddet för laxstammen – varför undantagsläget med ersättning fick penetreras. Därvid kan (nedan) belysas, hur denna *kvalificering av villkoren för ersättningskyldighet* i undantagsfallen formuleras i termer av en ”motsvarande proportionalitetsbedömning” som i de fall vilka reglerats i enlighet med kraven i 2:15 RF.

4.2 RF:s ersättningsrättsliga roll som tolkningsunderlag och allmän rättsgrundsats

HD inleder med att diskutera adressatfrågan för 2:15 RF; med min terminologi kan man eftersöka bestämmelsens ”normgivningsrelevans” respektive dess ”rättstillämpningsrelevans”, varvid tyngst argument för ersättning erhålls om regeln direkt kan läggas till grund för tillämpning i enskilda fall.⁴¹ HD gör bedömningen, att skrivningen i (nuvarande) 2:15 om att ersättning ska ”*vara tillförsäkrad*”, innebär att bestämmelsen ”*i första hand riktar sig till lagstiftaren*” – medan den således inte är avfattad för att direkt kunna tillämpas som en regel om ersättning i det enskilda fallet. Som berörts angående det första fallet, innebär ett dylikt negativt svar inte nödvändigtvis ett slutgiltigt ställningstagande; istället

³⁹ Se vidare om proportionalitetsprincipen och balanseringen av intressen i dessa fall, Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 90 f; Holmberg m fl, Grundlagarna s 156 ff. Se även SOU 2013:59 s 49 ff och 62 ff. Se vidare Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I s 147 ff, 155 ff och 188 ff, om olika regleringar av ersättningsbestämningen.

⁴⁰ Se vidare Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp II (Stockholm 1991) s 132 ff och 304 ff, om olika risker och förhållanden som den skadelidande själv får bära vid ingrepp.

⁴¹ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (2) avseende RF-bestämmelsens adressat.

får man se de olika normativa temana som parametrar att avväga mot varandra.

Om således 2:15 RF principiellt kan ses såsom riktad till lagstiftaren, kan dock ett argumentativt närmande till rättstillämpningssituationen möjliggöras; man kan nämligen se grundlagsbestämmelsen som en riktlinje vid tillämpning av vanliga regler. HD anknuter till en sådan tankegång, och anger att 2:15 (dvs dåvarande 2:18) ger "*anvisningar för tolkning av oklara lagregler*". HD uttalar till och med, att bestämmelsen får anses "*ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådhetsinskränkning i vissa fall*". Huruvida det verkligen uttrycks något annat, och starkare, med ordvalet "allmän rättsgrundsats" – jämfört med "grundlagsskyddad rätt" – kan man säkert semantiskt och semiotiskt fundera över (dessutom kan den petige undra, hur "allmän" en rättsgrundsats är som ska tillämpas i "vissa" fall). Det viktiga budskapet är emellertid, att RF-bestämmelsen – trots dess normgivaradressat – kan komma till användning som tolkningsredskap i enskilda tillämpningssituationer.

När det gäller rådhetsinskränkningar som motiveras av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl är, som ovan nämnts, huvudregeln att ersättning inte ges.⁴² Man kan, med andra ord, inte direkt applicera någon rättsgrundsats om en motsatt huvudregel – men heller inte ett undantagslöst nekande svar på ersättningsfrågan. I lagstiftningen om dylika markanvändningsbegränsningar ges stundom ersättning för vissa kvalificerade situationer. HD anknuter till dessa fall, och anger att det gemensamma draget för de lagar som ändå ger ersättning, är att avvägningen mellan det skyddade allmänna intresset och ingreppets effekter för den enskilde medför, att det inte är rimligt att denne ensam ska bära kostnaderna.⁴³ Det är i denna kontext HD:s betonande av RF-bestämmelsen som tolkningsanvisning får betydelse. HD anger nämligen, att om den lagstiftning som möjliggör rådhetsinskränkningen "*inte kan anses ge någon ledning i ersättningsfrågan*", ligger det nära till hands, att "*motsvarande proportionalitetsbedömning*" istället får göras i det enskilda fallet.

Därvidlag preciserar HD de allmänna uttrycken för avvägningen – nämligen "*arten av de allmänna intressen*" som ska skyddas respektive "*ingreppets effekter*" för den enskilde.⁴⁴ Dessa allmänna riktlinjer kan såle-

⁴² Prop 2009/10:80 s 168 f; SOU 2013:59 s 55 ff.

⁴³ Detta är en värdering som berörs i förarbetena; se vidare prop 2009/10:80 s 169.

⁴⁴ Se vidare nedan, avsnitt 5, om parameter (1) avseende RF-bestämmelsens kvalitet och parameter (3) avseende RF-överträdelsens och verkningarnas allvar.

des konkretiseras. Om det allmänna intresset består av nu aktuella miljö- och säkerhetsmotiverade hänsyn, kan ingreppet kvalificeras – och således föranleda ersättning – i situationer då inskränkningen beror på ”*omständigheter som ligger utanför den enskildes kontroll*” och som ”*drabbar den enskilde särskilt hårt*”.⁴⁵ Dessutom tillägger HD, att man på vanligt sätt ska pröva RF-rekvisitet om att inskränkningen måste ha medfört ett ”*avsevärt försvårande*” eller en ”*betydande skada*”.

4.3 Den konkreta tillämpningen utifrån tolkningsunderlag och allmän rättsgrundsats

Så långt i domen, har HD ringat in (nuvarande) 2:15 RF såsom tolkningsunderlag vid oklara lagregler om de rådighetsinskränkningar som 2:15 avser; vidare har man med hjälp av dylik tolkning – uttryckt som en allmän rättsgrundsats – angett att då lagen inte ger ledning, ska motsvarande proportionalitetsbedömning göras som i de lagreglerade fallen. Man har därefter preciserat, att vid inskränkningar betingade av miljöskäl etc, ska denna avvägning inkludera hänsynstagande till hur hårt den enskilde drabbas och huruvida inskränkningen beror på omständigheter utanför dennes kontroll. Därefter går HD över till en *konkret bedömning* – och precisering – av dessa *riktningsangivelser* i det aktuella fallet.

De allmänna intressen – i form av miljöskäl – som låg bakom restriktionerna syftade, enligt HD, närmast till att ”*bevara miljön, inte till att avvärja risker mot denna*”. Distinktionen kan synas subtil, men om man återkopplar till HD:s tidigare beskrivning av proportionalitetsbedömningen, tillförs ett förklaringsvärde. Avvägningen behandlar ju, huruvida det allmänna eller den enskilde bör bära kostnaderna av åtgärden; vid allmänt miljöbevarande syften kan starkare skäl anföras för att det allmänna får bekosta ingreppet, medan en förfogandeinskränkning som direkt har som mål att stoppa en viss individs riskskapande, har en närmare argumentativ anknytning till den senares riskområde – varför den enskilde också kan få stå den ekonomiska förlusten av att det allmänna ”avvärjer” dennes skapade risker. Exempelvis kan man tänka sig en inskränkning av markanvändningen, bestående i att ägaren förhindras göra utsläpp av orenat avloppsvatten i älven; ett sådant ingrepp bör inte föranleda ersättning med allmänna medel, utan den enskilde får själv bekosta rening för att leva upp till miljökraven.

⁴⁵ Dessa formuleringar känns igen från prop 2009/10:80 s 169 f.

Därmed kan man säga, att det allmänna intresset kvalificerats. I avvägningen ska därefter den enskilda markägarens intressen värderas. HD anför i det avseendet, att fisket "*bedrivits sedan lång tid*" utan några omfattande begränsningar; de berörda parterna hade i praktiken mer eller mindre blivit "*beroende av fisket för sin försörjning*" samt inrättat sina liv därefter.⁴⁶ Vidare fanns ingen möjlighet att "*förutse*" ett nu aktuellt fiskeförbud när fastigheterna förvärvades.

Med hänsyn till dessa komponenter konstaterades, att fiskerestriktionerna utgjorde en så "*väsentlig begränsning*" i den uppbyggda verksamheten, att det ansågs råda ett "*klart missförhållande*" mellan det allmännas fördel och belastningen för den enskilde. Vid denna intresseavvägning framstod det därmed inte som rimligt, att rådighetsinskränkningar skulle kunna göras utan ersättning för de orsakade förlusterna. Därmed kunde denna fastställsetalan resultera i slutsatsen, att staten blev ersättningskyldig gentemot yrkesfiskarna för den ekonomiska förlust som kan ha uppkommit till följd av de fiskeförbud som infördes genom 1997 års förordning.

Som en krumelur i marginalen – för (esoteriska) finmakare – kan ytterligare nämnas, att staten sökt undkomma ersättningsskyldigheten, genom att hänvisa till att läget 1997 inte försämrades jämfört med hur det redan var på grund av 1987 års rådighetsinskränkningar; men eftersom 1987 års förordning var grundlagsstridig, kunde staten inte "*freda sig mot ersättningsskyldighet genom att åberopa sin egen försummelse*".⁴⁷

⁴⁶ Jfr H Andersson, Trepartsrelationer i skadeståndsrätten (Uppsala 1997) s 233 ff, för liknande kvalificeringar av tredje mans intresse vid skador på fastighet.

⁴⁷ Som tillägg till HD:s referens, kan anföras NJA 1953 s 42, som i sin komplexitet är något av ett favoritfall hos denne författare. Se vidare H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 589 f; dens, Skyddsändamål och adekvans 393 ff.

5 Konstitutionaliseringens behov av konkretion – tre parametrar för en differentierande diskurs

5.1 Parametrar för avläsning av diskursens mångfald

Huruvida konstitutionen trängt in på ersättningsrättens område eller ersättningsrätten trängt in på det konstitutionella området, behöver vi inte tvista om. Det är inte intressant, att fastställa om dagen eller natten är det egentliga och ursprungliga tillståndet, eftersom båda behövs för att bilda ett dygn – och visa att jorden snurrar. Det står klart, att en interaktion förekommer; och man kan se detta som ett utslag av den *rättsliga argumentationens pluralisering*. Argument, principer, regler och alla andra rättskällefragment kan idag hämtas från många olika nivåer – samt vinklar och vrår – inom rättens domän. Utifrån en sådan pluralistisk bild av inbördes påverkan – interferenser – ligger det inget märkligt eller (negativt) felaktigt respektive (positivt) revolutionerande i att mötet mellan offentlig rätt och civilrätt stundom kan ge som resultat, att nya ersättningsvägar öppnas och att konstitutionella bestämmelser – däribland RF⁴⁸ – kan vara med och influera de rättsliga bedömningarna inom ersättningsrätten. EKMR:s inlemmande som en av många influenser, vad gäller skadeståndsrättslig diskurs, är ett gott exempel.

Det manande budskapet bör dock vara, att vid uttolkningar av det framtida tillämpningsområdet för dylika nygestaltningar, söka de *konkreta och preciserade argumenten och sakförhållandena* ... istället för att i abstrakta generaliseringar uttrycka förändringsfaktorn i sig. Med några av denne författares egna favorituttryck, sysslar man därvidlag med "närläsningar" av diskursen, på jakt efter de "distinktioner" och "differentieringar" som – istället för generella abstraktioner eller praktiska förenklingar – just kan konkretisera, precisera, nyanserna och bidra till den rättsliga argumentationens utveckling för en mängd specifika de-

⁴⁸ Jfr Taube, Regeringsformen: positiv rätt eller redskap för rättshaverister? (Smith/Petersson, red, Konstitutionell demokrati, Stockholm 2004) s 48 ff, 66 ff och 68, om den ökade användningen av RF i partsargumentation, varvid domstolens bemötande är avhängigt hur väl argumentationen presenterar det konstitutionella problemet. Se vidare Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande s 1049 ff och 1061 ff, om domarattityder och krav på domarna vid nyttjande av konstitutionen.

taljfrågor (och därmed – men samtidigt först därmed – även bidra till helhetssynen).⁴⁹

Endast två rättsfall om RF och ersättningsrätten ger givetvis inte tillräckligt underlag för särdeles många riktlinjer, men utifrån helhetsskon-texten med rättsområdenas möten kan några tolkningsdata lyftas fram från de nu berörda HD-domarna. Dessa teman kan vara avgörande för varierande – dvs såväl positiva som negativa – lösningar av olika i framtiden uppkommande fallsituationer. Man kan därmed tala om ett antal *parametrar för diskussionen*, varmed avses att man istället för exakta rekvisit (baserade på entydigheten hos den minsta gemensamma nämnaren), noterar temakretsar för olika avvägningar av argumenten för respektive emot ersättning. Metoden för parametrarnas användning handlar om att synliggöra hur olika framtida falllösningar kan legitimeras utifrån samspellet av avgörande moment.⁵⁰ En första modell – baserad på den ovan gjorda analysen av de två HD-domarna – kan nöja sig med tre parametrar (men man får vara öppen för att nya fall kan frambringa parameter fyra och fem etc).

Med hjälp av de nedan skisserade temana – dvs parametrarna (1)-(2)-(3) – kan man i det enskilda fallet söka utslagsgivande omständigheter som talar för respektive emot skadestånd; och som sagt får man vara beredd på, att i dunklet efterhand få korn på parameter (4) och (5) etc. Rekvisiten bör inte ses som kumulativa krav – dvs krav på att man når klart besked ja-nej på alla punkter – utan får snarare betraktas som *konkre-tionsmöjliga avvägningar*. Som ovan betonats, kan man nämligen tänka sig situationer där svaga argument för (eller till och med argument mot) skadestånd på en parameter, kan kompenseras av starka pro-argument på en annan parameter. Och återigen som sagt, all juridisk argumentation handlar om avvägningar – aldrig om enkla antingen-eller-svar på enhetliga och för alla fall utslagsgivande frågor.

Den första parametern avser (1) *RF-bestämmelsens kvalitet*; genom denna motivkrets kan för framtiden allt säkrare besked förväntas, angående de ovan berörda frågorna kring vilken tyngd en viss bestämmelse har med avseende på dess inverkan på ersättningsspörsmålen. Därefter tematiseras frågan om (2) *RF-bestämmelsens adressat*, varvid argumenta-

⁴⁹ Vid intresse, se om denna metodansats, H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 33 ff, 42 ff och 56 ff.

⁵⁰ Vid intresse, se om denna metodansats, H Andersson, Gränsproblem i skadeståndsrätten s 407 ff.

tionsvärdet för respektive emot ersättning kretsar kring huruvida bestämmelsen – mer eller mindre – riktar sig till lagstiftaren eller till rättstillämpningen. Slutligen kan man från närläsningen av de två domarna gestalta en parameter för (3) *RF-överträdelsens och verkningarnas allvar*, varvid partsdualismen kan fokusera på såväl skadevällarens (statens) som skadelidandes (den enskildes) perspektiv på gravhet och betydelse.

5.2 Tre diskussionsteman utifrån parametrarna

En första fråga att ta ställning till, gäller (1) *RF-bestämmelsens kvalitet*. Av HD:s försiktigt inringande dom avseende just medborgarskapsregeln i 2:7 RF, kan man (som nämnts) inte dra någon allmän slutsats, att alla RF-överträdelser kan utgöra grund för ersättningsanspråk;⁵¹ men lika lite kan man göra ett motsatsslut, avseende att enbart 2:7 kan ge denna rättsföljd. En avgränsande distinktion att pröva i framtida fall blir därmed, vilken *konstitutionell tyngd* en viss bestämmelse kan bidra med inom den ersättningsrättsliga argumentationen.⁵² I medborgarskapsfallet var onekligen den överträdde bestämmelsen av avgörande betydelse för genomförande av det demokratiska statsskick, som RF är ägnad att vara en garant för. Bestämmelser med dylika centrala författningsändamål kan alltså ses som goda kandidater. Till denna konstitutionella aspekt bör också läggas, att bestämmelsen ska avse individuella förhållanden; var och en (av de nio miljoner medborgarna) kan inte väcka ideell skadeståndstalan, grundad på diverse regler kring riksdagens och regeringens demokratiutövning.

Överhuvudtaget torde regeringsformens *kapitel 2* – om ”grundläggande fri- och rättigheter” – ligga närmast till hands (även om bestämmelserna mest handlar om begränsning av de positioner som benämns rättigheter⁵³). Det finns även i andra kapitel (exempelvis *kapitel 1* om ”statsskickets grunder”, *kapitel 11* om ”rättskipningen” eller *kapitel 12* om ”förvaltningen”) bestämmelser om allas lika värde, likhet inför lagen,

⁵¹ Se för samma uppfattning, Bengtsson/Strömbäck, Skadeståndslagen s 118 f.

⁵² Jfr Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 437 f, om problemet att gradera de olika rättigheterna, varvid politiska värderingar riskerar att spela med.

⁵³ Se vidare Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 62 f, om olika länders traditioner avseende rättighetsreglering; vad som kan sägas till förmån för den svenska linjen, är att denna uttryckliga reglering av begränsningar tillhandahåller enskilda en ”ärligare bild” av det skydd som grundlagen verkligen ger.

delaktighet och jämlikhet, rättstvister mellan enskilda, myndighetsutövning etc – men dessa bestämmelser saknar i allmänhet den konkretion, som bör vara en förutsättning för att en enskild ska kunna bygga en framgångsrik skadeståndstalan på dem.⁵⁴ Dessutom kan man ofta finna de berörda spörsmålen konkretisering i annan lagstiftning, varför krav lättare kan genomföras med stöd av en specifik grund. Men som tungan på vågen är det möjligt, att även bestämmelser i dessa kapitel kan påverka den ersättningsrättsliga argumentationen.

Också med avseende på bestämmelserna i kapitel 2, kan man behöva resonera kring hur pass *centralt och konkret* ett visst stadgande är.⁵⁵ Vissa bestämmelser innehåller blott en allmänt beskriven rätt, som sedan ska regleras i lag; därmed blir det svårt att precisera vari just RF-överträdelsen skulle bestå. Men om den i RF anbefallna lagstiftningen har brister, kan man åtminstone med hjälp av RF bygga upp en grund för den utfyllnad som krävs – ett förfarande som förslagsvis kan kallas ”konstitutionskonform tolkning”. Exempelvis visar rådhetsfallet, att egendomsskyddet i 2:15 RF kan tillskapa en rättsgrundsats om ersättningsrätt samt därvidlag utfylla bristande reglering med en proportionalitetsbedömning.

Rättspositionerna enligt kapitel 2 är vidare uppdelade i *absoluta respektive inskränkbara rättigheter*. Detta uppmärksammades av HD i det nu aktuella medborgarskapsfallet, vilket då blev ett starkt pro-argument – nämligen genom att rätten enligt 2:7 är i denna mening ”absolut”. Återigen måste dock motsatsslut undvikas, avseende att inskränkbara rättigheter inte någonsin skulle kunna grunda skadeståndskrav. Däremot innebär dualismen absolut-inskränkbara en argumentations- och konkretionsbörda för kändeparterna i de senare fallen. Det går inte att blott allmänt hävda exempelvis ”yttrandefrihet”, ”mötes- och demonstrationsfrihet”, ”religionsfrihet” etc (2:1 RF); istället krävs i det enskilda fallet, att regleringen, ingreppet och dess kontext granskas.⁵⁶ Man kan helt

⁵⁴ Se även Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 620, om risken för en uppsjö av krav grundade på allmänt hållna invändningar mot domstolars och myndigheters bedömningar.

⁵⁵ Se vidare Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 613 ff, för en inventering av mer eller mindre problematiska fall vid skadeståndsreglering av de olika rättigheterna (flera av dessa situationer täcks dessutom redan av 3:2 SkL eller speciallagstiftning, vilket bör uppmärksammas vid framtida utveckling); jfr även dens, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? s 140 ff.

⁵⁶ Såsom exemplifieringar av preciseringskravet med avseende på en rättighets innehåll och begränsningar, se Bull, Mötes- och demonstrationsfriheten (Uppsala 1997) s 342 ff

enkelt inte nöja sig med en formell RF-referens, då man är missnöjd med de enskilda materiella reglerna (utanför RF) respektive tillämpningarna. Exempelvis är åberopandet av "näringsfrihet" (2:17 RF) inte en trumf som, i sig, ger framgång för alla som förlorat möjligheten att bedriva viss verksamhet.⁵⁷ I dylika fall av reglerade avvägningar (här avseende allmänna och privata intressen) inom ramen för en inskränkingsbar rätt, torde den enskilde ofta få svårt att visa, att det aktuella hindret är av "sådant slag" att "övervägande skäl" – dvs HD:s rekvisit enligt ovan – talar för att domstol ska kunna utdöma ideellt skadestånd.⁵⁸

Med avseende på rådighetsfallet kan sägas, att ett *krav i RF på just ersättningsrätt* är en tydlig markering. Förvisso måste noteras, att den absoluta rätten endast föreligger vid expropriation och andra tvungna avståenden av egendom. Vid rådighetsinskränkningar syns redan i 2:15 RF avvägningar och kvalificeringar, som måste prövas i det enskilda fallet; dessutom markeras ytterligare sådana restriktioner, avseende ersättningskraven i 3 st, för det fall miljöskyddshänsyn etc dikterat begränsningen av markanvändningen. Och eftersom denna RF-bestämmelse är den enda som omtalar ersättningsrätt vid ingrepp, torde det vara svårt att generalisera budskapet i domen till andra rättigheter i RF.⁵⁹

En annan tematik som man kan ta med sig från dessa HD-domar är (2) *RF-bestämmelsens adressat*. Frågeställningen berör huruvida bestämmelsen riktas till lagstiftaren och myndigheter, eller om den även bör kunna åberopas av den enskilde.⁶⁰ För att precisera spørsmålet kan man

och 459 ff; Enkvist, Religionsfrihetens rättsliga ramar (Uppsala 2013) s 84 ff, 159 ff, 185 ff, 214 ff och 247 ff.

⁵⁷ Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 92, om svårigheten att finna en hård kärna för denna rättighet. Se vidare Eka m fl, Regeringsformen – med kommentarer s 128 ff; Holmberg m fl, Grundlagarna s 161 f, om likhetsprincipen och kravet på att regleringarna på området ska vara generella för att möjliggöra fri konkurrens.

⁵⁸ Jfr även Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 619.

⁵⁹ Se Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten s 438, om denna bestämmelses särställning i detta hänseende; jfr även dens, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 608 f.

⁶⁰ Se Holmberg m fl, Grundlagarna s 77 ff, om diskussionen kring grundlagen som spelregler respektive garantier för enskilda. Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 38, om att en modern grundlag inte bara är ett "exercisreglemente för politiker", utan också har till uppgift att reglera förhållandet mellan medborgarna och samhället.

också förslagsvis formulera det såsom RF-regelns *normgivningsrelevans* respektive *rättstillämpningsrelevans* i enskilda fall. Konkretionskravet innebär att argumentationen – för att öka chanserna till framgång – bör söka omständigheter som talar för direkt relevans i en enskild rättstillämpningssituation.⁶¹

Den aktuella, absoluta rätten till bibehållet *medborgarskap* är alltså ett typfall av en så pass konkretiserad RF-bestämmelse, att enskilda – inte bara myndigheter (såsom lagstiftaren) – kan bygga en rättsligt motiverad handlingsförväntan därpå. Däremot överväger normgivningsrelevansen vad gäller exempelvis den skyddade *upphovsrätten* i 2:16 RF; denna bestämmelse anger endast, att vissa upphovsmän ”äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag”.⁶² Den som har invändningar mot hur denna reglering genomförts, torde näppeligen ha en tillräckligt konkretiserad grund i RF – blott genom RF:s angivande av ”upphovsrätt” och krav på ”lag” – för att motivera en skadeståndstalan mot staten.

Också i rådighetsfallet aktualiserades adressat-tematiken. Även om RF-bestämmelsen 2:15 i första hand riktas till lagstiftaren, kan man se att det uttryckliga kravet på ersättningsreglering även bör kunna påverka enskilda tillämpningssituationer. I detta fall nyttjades RF som en *supplerande källa i ett enskilt fall* för att – i brist på den krävda regleringen – skapa en norm med en proportionalitetsavvägning, som motsvarar andra regleringar som gjorts till uppfyllande av kravet i 2:15 RF.

Ytterligare en riktningssangivelse för den framtida argumentationen i konkreta fall handlar om (3) *RF-överträdelsens och verkningarnas allvar*. Denna tematik har ovan – tillsammans med de övriga temana – behandlats som ett spørsmål om avvägning av det *enskilda fallets tyngdpunkt*. Om man utifrån en bred inramning ser på verkningarna – istället för den juridiskt begränsande termen ”rättsverkningar” – kan det extensivare synsättet på de samlade effekterna för den enskilde betonas.⁶³

⁶¹ Skillnaden mellan underlåten lagstiftning av riksdagen och en felaktig tillämpning av en myndighet, visar sig dessutom i att det ofta är enklare att använda 3:2 SkL i de senare fallen. Jfr Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen? s 613 f.

⁶² Jfr Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 92, som karakteriserar detta grundlagsskydd som ”tämligen innehållslöst”.

⁶³ Jfr om en dylik ”effektlära” för en annan frågeställning inom den offentliga rätten, Bramstäng, Förvaltningsrättens begreppsbildning och grundläggande principer i konkret

Angående överträdelsens allvar, bör detta tema inte ställa krav på någon särskilt "uppenbar" felaktighet; emedan det så kallade *uppenbarhetskravet vid lagprövning numera borttagits*, synes det inkonsekvent att tillämpa det vid en argumentation där RF används som stöd för ersättningskrav. Förvisso bidrar den samlade argumentationen kring nu berörda frågeställningar till en viss nivå på felaktigheterna, men på samma sätt som vid lagprövning får man i det enskilda fallet avväga vilka materiella respektive formella fel som det är angeläget att ingripa mot. Därvidlag har RF:s fri- och rättigheter större betydelse än exempelvis statsorganens funktionsuppdelning.⁶⁴

Enkelt (snarast simpelt) uttryckt är det förstås bäst för den skadeståndskrävande, om denna kan uppbåda grava överträdelser och typiskt sett ingripande verkningar, samtidigt som RF-bestämmelsen ifråga – som dessutom är av central, demokratiskyddande natur etc – tydligt utpekar, att den ska påverka enskilda tillämpningssituationer. Men eftersom dylika enkla situationer inte torde vara så vanliga, synes de två *temakretsarna överträdelseverkan* snarare som *praktiskt applicerbara argumentationslinjer* – vilka i det enskilda fallet kan användas i en avvägning, för att kompensera svagare argumentationsstöd för endera av dessa komponenter. Exempelvis kan en förvisso inte så grov överträdelse eventuellt kompenseras av, att verkningarna blev särdeles ingripande; förslagsvis kan också lindrigare verkningar uppvägas av, att överträdelsen i sig utgjorde ett påfallande konstitutionellt brott mot centrala rättsstatsfundament. Likaså torde den redan berörda frågan om adressat för normgivning-rättstillämpning kunna påverkas av, hur svåra skadeverkningarna blivit för den enskilde;⁶⁵ exempelvis kan man i medborgarskapsfallet se att 2:7 RF förvisso främst riktas till det allmänna, men eftersom överträdelsen gällde en central demokratiprincip och fick påtagliga verkningar, kunde bestämmelsen även användas som stöd för en skadeståndstalan i ett enskilt fall.

belysning (Lund 1993) s 71 ff och 132. Jfr liknande tematiseringar avseende de "verkningar" som kan föranleda överklagbarhet inom förvaltningsrätten, Ragnemalm, Förvaltningsprocessrättens grunder (9 uppl, Stockholm 2012) s 158 ff.

⁶⁴ Se om dessa frågor inom ramen för 11:14 RF, prop 2009/10:80 s 145 ff; Bull, Fundamentala fragment (Uppsala 2013) s 131 ff och 136 ff; Bull/Sterzel, Regeringsformen – en kommentar s 271 ff. Se vidare Åhman, Normprövning (Stockholm 2011) s 71 ff och 193 ff, om utvecklingen i praxis före RF-ändringen 2011. Se även Sunnqvist, Konstitutionellt kritiskt dömande s 742 ff, 750 ff, 832 ff och 895 ff, för en bred historisk inramning.

⁶⁵ Se strax ovan om parameter (2).

Dualismen överträdelse-verkan är dessutom en lämplig diskussionspunkt just vid ideella ersättningar, eftersom dessa ofta har en ambivalent argumentativ tillhörighet till både *skadevällar- och skadelidandesidan*.⁶⁶ Den dualistiska tanken kan således ytterligare förstärka den ovan anförda pluralistiska närläsningen, avseende vad källorna kan ge för distinktioner och differentieringar. I medborgarskapsfallet värderades de typiska demokratiaspekterna kring verkningarna, medan de privata planerna för dylika dispositioner inte påverkade domskrivningen. I rådighetsfallet – med dess tillskapade proportionalitetsavvägning – kan man se denna tematik som en fråga om intressevärdering kring ingreppet. Det allmänna intresset av ingreppet, får således vägas mot hur pass allvarliga konsekvenserna blir för den enskilde; den avgörande frågeställningen blir, huruvida det allmänna eller den enskilde bör bära verkningarna och deras ekonomiska effekter.

5.3 Avslutning – startpunkt för framtida utveckling

Som inledningsvis konstaterades, kan det ses som ett led i en pluralistisk rättskälleanvändning, att även *RF bidrar med argumentativa komponenter* för resonemang inom ersättningsrätten. Rättens möten sker både i det starka dagsljuset och i det kreativa månskenet, där dagssländorna dissekeras för att man eftertänksamt ska kunna utröna fragmenten som framtidens utveckling kan bygga vidare på. Medborgarskapsfallet är ett tydligare nytillskott, i det att en ersättningsskyldighet konstruerades fram, genom stöd av en RF-bestämmelse som inte i sig innefattade någon sådan ersättningsaspekt. I rådighetsfallet avsåg däremot RF-bestämmelsen just ett krav på att ersättningsreglering ska göras, varför RF mer kunde införas som ett tolkningsunderlag för den bristfälliga (dvs uteblivna) regleringen av ersättningsfrågan i en rådighetsinskränkande lagstiftning.

Med denna metodologiska inramning i en bred rättskälleanvändning – samt med de påvisade distinktionerna och differentieringarna – har en första *ram för kvalificeringar* lagts. Dessa båda fall är således mycket viktiga, men egentligen inte särskilt revolutionerande – utan snarare klargörande vad gäller det redan pågående konstruktiva bruket av rättskällor på olika nivåer. Domarna signalerar att man kan *vidareutveckla rätten*, men inget av fallen ger ett frikort för yviga återopanden – av alla möjliga RF-bestämmelser i alla möjliga sammanhang – som skulle tillskapa

⁶⁶ Se vidare Friberg, Kränkningersättning s 665 ff, 669 ff, 754 ff och 805 ff.

nya ersättningsgrunder. Den framtida rättsutvecklingen har däremot fått goda impulser, för att allt tydligare genomföra de preciseringar och nyanseringar som krävs då både positiva och negativa ersättningsfall ska motiveras.

Den övergripande frågan handlar således om att finna såväl grund som gräns – och ersättningsbestämning – för det allmännas skadeståndsansvar och andra ersättningsskyldigheter. Istället för den goda rättsaktvistens (och den inte så populära rättshaveristens) visionära dröm om ett enda giltigt ”svar” – såsom ”alla RF-överträdelser ger alltid rätt till ersättning för alla skador som alla känner sig ha lidit” – är det således viktigt, att fokusera på de *många frågorna* och deras alltmer differentierade *väv av utslagsgivande hållpunkter* för de rättsliga resonemangen. Eller som dikta- ren säger, sök inte svaret i himmelen när frågorna ligger besådda i jorden.

För att nå ett slut kan summeras, att åtminstone denne författare finner att en ersättningsmöjlighet med stöd av RF är en lämplig och följdriktig utveckling. Ovan har dessutom noterats, att interaktionen mellan offentlig (inklusive konstitutionell) rätt och civilrätt (särskilt ersättningsrätt) ständigt innebär kreativa influenser. Utifrån ett helhetsperspektiv på de inverkande rättskällefragmenten, är det därför varken förvånande eller revolutionerande, att RF kan ingå som komponent i den ersättningsrättsliga diskursen. Öppningen för att explicit införa RF i denna kontext var redan skapad, genom erkännandet av en *pluralistisk rättskällehantering* – utan någon viss given monistisk grundnorm och ändamålssynpunkt för hela ersättningsrätten. Därvidlag genomförs (och kommer att genomföras) nyanseringar, *kombinatoriska argumentationsnyttjanden* samt således *konkretion* och åter konkretion av vad diskursen kan frambringa. För den framtida utvecklingen blir därmed det riktigt intressanta, frågan hur nya nyanseringar och konkretiseringar ska kunna föra vidare förutsättningar – men också gränserna – för RF som komponent inom en mängd ersättningsrättsliga frågor.

Framtiden synes således ge *förhoppningar om många nya möten* inom en bred konception av ersättningsrätten. Och möten innebär alltid prövningar, ömsesidiga nyanseringar och justeringar samt därmed helt enkelt en ambition att samtalet ska leva vidare – så länge jorden får fortsätta rotera runt sin egen axel och uppleva den livgivande solen och den tankeväckande natten.