



Juridiska Institutionen,
Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet
Programmet för juris kandidatexamen
Tillämpade studier

Skadestånd och mänskliga rättigheter

*Det allmännas ansvar och kravet på effektiva rättsmedel i
Europakonventionens artikel 13 och EU:s rättighetsstadga
artikel 47.1.*

Louise Gustafsson
Examensuppsats 30 p.

Handledare: Sara Stendahl
Skadeståndsrätt och Europarätt
Höstterminen 2008

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR.....	5
1 INLEDNING.....	6
1.1 Nationellt skadestånd vid kränkningar av mänskliga rättigheter	6
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	10
1.4 Metod och material.....	10
1.5 Disposition	11
2. BAKGRUND	12
2.1 Internationella förpliktelser	12
2.2 Europakonventionen	12
2.1.1 En individuell klagorätt	13
2.1.2 Konventionens subsidiaritets- och effektivitetsprincip	14
2.2 EU och mänskliga rättigheter	16
2.2.1 EG-rättens direkta effekt och företräde	16
2.2.2 EG-domstolens skydd för mänskliga rättigheter	17
2.2.3 Förhållandet mellan Europadomstolen och EG- domstolen	18
2.2.4 EU: s rättighetsstadga	18
DEL 1. VAD ÄR ETT EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL?	
3 RÄTTEN TILL ETT EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL I ARTIKEL 13 EKMR.....	22
3.1 Innebörden av artikel 13 EKMR	22
3.2 Artikel 13 och förhållandet till konventionens rättigheter	23
3.3 Vad är ett effektivt rättsmedel enligt Europadomstolens praxis?.....	25
3.4 Gottgörelsen	27
3.4.1 Prövningen om gottgörelse görs både nationellt och internationellt	27
3.4.2 Inhemskt skadestånd ”när det finns skäl därtill”	28
3.4.3 Europadomstolens praxis om skälig gottgörelse	29
3.5 Slutsats	32
4 RÄTTEN TILL ETT EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL INOM EG-RÄTTEN.....	33
4.1 Kravet på ett effektivt rättsskydd i EG-domstolens praxis	33
4.2 Francovich-principen	34
4.2.1 Kravet på adekvat ersättning	37
4.3 Artikel 47.1 i rättighetsstadgan.....	38
4.4 Slutsats	40
5 VILKA SKILLNADER FINNS MELLAN DEN RÄTT TILL EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL SOM ERKÄNNES I ARTIKEL 13 EKMR RESPEKTIVE EG-RÄTTEN?	41
5.1 En gemensam grundsats om effektiva rättsmedel	41
5.2 Ett mer långtgående skydd inom gemenskapsrätten.....	41
5.3 Stadgans betydelse i skadeståndsrättsligt hänseende.....	43

DEL 2. RÄTTEN TILL EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL I EN SVENSK KONTEXT

6 DET ALLMÄNNAS ANSVAR I SVENSK RÄTT VID KRÄNKNINGAR AV MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER.....	45
6.1 Det allmännas skadeståndsansvar i svensk rätt	45
6.2 Ansvar för försumlig myndighetsutövning	46
6.2.1 Begreppet myndighetsutövning	47
6.2.2 Undantag för fel av de högsta statsorganen	47
6.2.3 Culpabedömningen	48
6.2.4 Vilka skador ersätts?	49
6.3 Skadestånd vid brott mot Europakonventionen i svensk rättspraxis	50
6.3.1 Principfallet Lundgren, NJA 2005 s. 462	51
6.3.2 Europakonventionen som parallell eller fristående rättslig grund?	53
6.3.3 Skadeståndets gränser preciseras under 2007	55
6.4 Skadestånd vid brott mot EG-rätten i svensk rättspraxis	57
7 LEVER SVENSK SKADESTÅNDRÄTT UPP TILL EUROPAKONVENTIONENS OCH EG-RÄTTENS KRAV PÅ TILLGÅNG TILL EFFEKTIVA NATIONELLA RÄTTSMEDEL?	59
7.1 Avsaknad av ett stadgande om effektiva rättsmedel.....	59
7.2 Lever svensk skadeståndsrätt upp till Europakonventionens krav?	59
7.2.1 Skadeståndslagens krav på culpa. Utgör det alltid ”fel och försummelse” att bryta mot EKMR?	60
7.2.2 Är alla konventionens rättigheter skadeståndsanktionerade?	62
7.2.3 Frågan om i vilka situationer skadestånd skall utgå och till vilka belopp	64
7.3 Lever svensk skadeståndsrätt upp till EG-rättens krav?	67
7.3.1 Skadeståndslagen och förenligheten med EG-rätten	68
7.4 Immunitetsregeln i 3 kap. 7 § SkL bör slopas	69
7.5. Ytterligare reflektioner	70
7.5.1 Ansvarar även kommuner för konventionsbrott?	70
7.5.2 Även bolag kan tillerkännas mänskliga rättigheter	71
7.5.3 Effektiva rättsmedel vid integritetskränkningar – nästa svåra fråga.	72
7.5.4 Rättegångskostnader	73
7.6 Slutsats	74
8 BÖR SKADESTÅNDSLAGEN ANPASSAS FÖR BROTT MOT MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER?	75
8.1 Lagstiftning eller successiv utveckling i praxis?.....	75
8.2 Lagstiftningsarbetet	76
8.3 Ett behov av en samlad översyn av skadeståndslagen	78
9 AVSLUTANDE REFLEKTIONER	79
9.1 Europeisering av svensk skadeståndsrätt – och en ny mänskliga rättigheters diskurs	79
10 KÄLLFÖRTECKNING	81
11 RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	87

Sammanfattning

Detta examensarbete syftar till att analysera den rättsutveckling som skett med start i principfallet *NJA 2005 s. 462*, det s.k. Lundgren-målet, och som inneburit att Högsta domstolen utdömt nationellt skadestånd för att gottgöra enskilda för den svenska statens kränkningar av Europakonventionens rättigheter.

Den skadeståndsrättsliga utveckling som skett i praxis vad det gäller det offentliga ansvar för brott mot mänskliga rättigheter har sin grund i kravet på effektiva nationella rättsmedel i Europakonventionens artikel 13. Genom Högsta domstolens praxis har Europakonventionen kommit att bli en allt viktigare skadeståndsrättslig normkälla i svensk rätt och HD har i mer eller mindre alla sina domar i skadeståndsrättsliga frågor under 2007 och 2008 refererat till konventionen. Rättsutvecklingen visar att svensk skadeståndsrätt påverkas och utmanas av europeiseringstrender men också att en ny diskurs om mänskliga rättigheter tagit sin början i svensk rätt.

De frågeställningar som besvaras i detta examensarbete är: Vilka skillnader finns mellan den rätt till effektiva rättsmedel som erkänns i Europakonventionens artikel 13 respektive EG-rätten? Lever svensk skadeståndsrätt upp till Europakonventionens och EG-rättens krav på tillgång till effektiva nationella rättsmedel? Bör den svenska skadeståndslagen anpassas för brott mot mänskliga rättigheter?

De slutsatser som dras är att det gemenskapsrättsliga kravet på effektiva nationella rättsmedel ger ett mer långtgående skydd än Europakonventionen. Det är troligt att ett skadeståndsrättsligt skydd för enskilda på sikt även kommer att aktualiseras i relation till EU:s rättighetsstadga och Stadgans artikel 47.

För svensk del framstår idag bristen på effektiva rättsmedel, i ljuset av Högsta domstolens rättsutveckling, som mindre besvärande. Det kvarstår dock flera frågetecken så som bl.a. vilka skadeståndsnivåer som skall tillämpas, frågan om effektiva rättsmedel vid integritetskränkningar och frågan om rättegångskostnadernas fördelning i en skadeståndsprocess mot staten.

Även om det redan idag via praxis och vid en konventionskonform tolkning av skadeståndslagen finns en möjlighet till skadestånd vid kränkningar av enskildas mänskliga rättigheter bör den svenska skadeståndslagen uttryckligen bringas i överrensstämmelse med Europakonventionen och EG-rättens krav.

Förkortningar

CML Rev	Common Market Law Review
Ds	Departementsserien (promemoria)
ECR	Rättsfall från Europeiska Gemenskapernas domstol och första instansrätt
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
EKMR	Europeiska konventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna
ERT	Europarättslig tidskrift
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta domstolen
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RF	Regeringsformen
Prop.	Proposition
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1 Inledning

1.1 Nationellt skadestånd vid kränkningar av mänskliga rättigheter

Svenska domstolars möjlighet att döma ut skadestånd som gottgörelse för statens kränkningar av Europakonventionens¹ rättigheter har under de senaste åren varit en het och aktuell fråga i den rättsliga debatten.² Högsta domstolen har sedan 2005 i flera fall tagit ställning till frågan om enskildas rätt till nationellt skadestånd vid överträdelser av konventionen.³ I sin praxis har HD vidareutvecklat det skadeståndsrättsliga skyddet för enskilda som blivit utsatta för handlande från svenska offentliga organ som kränker deras konventionsrättigheter. Man skulle kunna beskriva utvecklingen på så sätt att den svenska skadeståndsrätten givit Europakonventionens rättigheter juridiska muskler. Rättsutvecklingen kan samtidigt också problematiseras eftersom Högsta domstolens domar skulle kunna öppna upp för obefogade skadeståndskrav mot den svenska staten och kommunerna, i en tid då människor allt oftare anser sig ”kränkta” av offentliga organs handlande.⁴

I *NJA 2003 s. 217* berörde Högsta domstolen för första gången frågan om nationellt skadestånd vid statens överträdelser av Europakonventionen. I fallet hade både tingsrätt och hovrätt tidigare avvisat ett skadeståndsanspråk grundat på brott mot Europakonventionen eftersom man menade att Europadomstolen utgjorde exklusivt forum för sådana anspråk. HD konstaterade dock att frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, det enligt svensk rätt förelåg en rätt till skadestånd från staten vid kränkningar av Europakonventionen, oberoende av den svenska skadeståndslagens bestämmelser om skadeståndsansvar för det allmänna, inte tidigare hade bedömts i svensk rättspraxis. Det var således en öppen fråga om en svensk domstol kunde pröva skadeståndsanspråk direkt grundade på konventionen.⁵

Högsta domstolen slog dock fast att det i vissa fall var nödvändigt att frågan om ekonomisk gottgörelse prövas i svensk domstol för att kravet på tillgång till effektiva nationella rättsmedel vid kränkningar av konventionens rättigheter i artikel 13 EKMR skulle anses vara uppfyllt. Europakonventionens artikel 13 stadgar att:

¹ Den europeiska konventionen till skyddet för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna, härnå kallade Europakonventionen, EKMR eller enbart konventionen.

² För några axplock ur den rättsliga debatten se Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 519 f., Andersson, *Europakonventionen och nationella skadeståndsmål*, artikel på www.pointlex.se, den 26 juni 2003 och Lambertz, *Det allmänna skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004-05, s. 3 f.

³ Se *NJA 2005 s. 462*, *NJA 2007 s. 295*, *NJA 2007 s. 584* och *NJA 2007 s. 747*.

⁴ Se för en kommentar angående kränkningens begrepps användning i folkmun ex. departementspromemorian Ds 2007:10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning*, s. 41 f.

⁵ Målet prövades inte i sak, utan återförvisades till tingsrätten.

”Var och en, vars i denna konvention angivna fri- och rättigheter kränks, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet.”

Den juridiska termen rättsmedel används i svensk processrätt för möjligheten att angripa ett beslut eller en dom från en myndighet eller domstol.⁶ Ett rättsmedel kan t.ex. ge en möjligt att överklaga beslutet eller domen och så få till stånd en ny prövning. I mer allmänna ordalag skulle begreppet rättsmedel kunna förklaras som ett medel för att komma till sin rätt eller för att skydda sina rättigheter.⁷ Jag kommer att använda mig av begreppet rättsmedel snarare i den betydelse som Europadomstolen⁸ formulerat i sin rättspraxis. I konventionsrättslig mening har begreppet en vidare innebörd än att en enskild endast har en rätt till en förnyad prövning av ett beslut eller en dom. Även frågan om rättelse och kompensation skall prövas. I Europadomstolens praxis handlar således avsaknaden av ett rättsmedel om att det inte finns någon rättslig instans att vända sig till för att få ett klagomål om en kränkning av en viss rättighet tillfredsställande prövad, men det kan också handla om att det inte finns möjlighet att få rättelse eller kompensation för konventionsbrottet, exempelvis i form av ersättning för den ekonomiska och ideella skada som orsakats den skadelidande. Europadomstolen har i praxis slagit fast att det redan på ett nationellt plan skall finnas *en möjlighet* till gottgörelse i form av ekonomiskt och ideellt skadestånd då en kränkning av konventionens rättigheter fastställts så att den enskilde inte tvingas till Europadomstolen med sitt klagomål.⁹

I *NJA 2003 s. 414* tog Högsta domstolen upp frågan om ideellt skadestånd vid kränkning av Europakonventionens rättigheter i samband med ett brottmål. HD pekade på att Europadomstolen i sin praxis om gottgörelse inte nödvändigtvis krävt en ekonomisk gottgörelse utan att det i brottmål istället kan vara tillräckligt att påföljden för den enskilde mildras. Högsta domstolen beaktade så i fallet den konstaterade kränkningen av artikel 6.1 EKMR vid bestämmandet av påföljden vilket innebar att brottspåföljden lindrades.

I det viktiga principfallet *NJA 2005 s. 462*, det s.k. Lundgren-fallet, tog Högsta domstolen steget fullt ut och dömde ut skadestånd som gottgörelse för kränkningar av Europakonventionens rättigheter i svensk domstol. HD konstaterade att den utdragna handläggningen för att pröva brottsanklagelser i det aktuella fallet utgjorde ett brott mot konventionens artikel 6.1 som stadgar en rätt till domstolsprövning inom skälig tid. Artikel 13 EKMR innebar dessutom en förpliktelse för staten att tillhandhålla ett effektivt nationellt rättsmedel vid brott mot konventionen, även om detta inte alltid innebär en rätt till skadestånd. Kärnfråga i målet var om det skadestånd som en enskild kan erhålla enligt skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer var

⁶ Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, s. 25.

⁷ Svenska Akademiens ordbok.

⁸ Egentligen den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

⁹ Europadomstolen har i fallet *T.P. och K.M. mot Storbritannien*, nr. 28945/95, dom den 10 maj 2001, ansett att gottgörelse till enskilda vid konventionskränkningar när det finns skäl därtill i princip skall innefatta en rätt till skadestånd för både ekonomisk och ideell skada.

tillräckligt för att tillgodose kraven utifrån artikel 13 EKMR, och om så inte var fall, frågan istället skulle prövas direkt utifrån Europakonventionens artikel 13.

Högsta domstolen utdömde ekonomiskt skadestånd med grund i den svenska skadeståndslagen. Enligt HD fanns det dock inte enligt svensk skadeståndsrätt någon möjlighet att dessutom ålägga staten att ersätta ideella skador i den aktuella situationen.¹⁰ För att leva upp till konventionens krav på ett effektivt rättsmedel vid konventionskränkningar gav dock Högsta domstolen på ett nydanande sätt den enskilde en rätt till ersättning även för ideella skador, trots att det saknades ett uttryckligt stöd i de svenska skadeståndsbestämmelserna.

Omfattningen av statens skadeståndsansvar för kränkningar av grundläggande mänskliga rättigheter har sedan principfallet *NJA 2005 s. 462* varit en omdiskuterad fråga i den rättsliga debatten.¹¹ Under 2007 har Högsta domstolen i flera fall¹² bekräftat att principen om rätt till skadestånd inte enbart ska tillämpas vid överträdelser av rätten till rättegång inom skälig tid enligt artikel 6.1 utan också vid andra överträdelser av Europakonventionen.

I efterdyningarna kring fallet Lundgren restes frågan huruvida det krävs en explicit ändring av skadeståndslagen för att få svensk rätt i överensstämmelse med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen. I en promemoria från Justitiedepartementet som nu bereds hos Regeringskansliet har det föreslagits att ersättning vid brott mot Europakonventionen skrivs in i skadeståndslagen.¹³

Även inom EU skyddas rätten till ett effektivt rättsmedel för kränkningar av grundläggande rättigheter genom EG-domstolens rättspraxis. En rätt till effektiva nationella rättsmedel finns också uttryckt i artikel 47 i EU:s rättighetsstadga¹⁴. På sikt kan även det skadeståndsrättsliga skyddet för enskilda bli aktuellt i relation till unionens rättighetsstadga och dess anspråk på ett effektivt genomslag i nationell rätt. Det skadeståndsrättsliga skyddet för enskilda i fall där deras grundläggande mänskliga rättigheter åsidosätts av det allmänna är i dagsläget komplex och innebär att svenska domstolar och myndigheter i vissa fall har att tillämpa tre olika rättighetssystem, det svenska, EKMR och EG-rättens skydd, som trots att de fyller samma övergripande syfte kan skilja sig åt i utformning och omfattning.

¹⁰ Rätt till skadestånd på grund av kränkning, en form av ideellt skadestånd, har i svensk rätt tidigare ansetts kräva stöd i lag. Se vidare avsnitt 6.2.4.

¹¹ Se exempelvis; Andersson, *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan*, artikel på www.pointlex.se, oktober 2007, Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 553 f. och Crafoord, *Skadestånd och Europakonventionen - klarläggande från Högsta domstolen på vägen mot den inhemska debattens slutpunkt*, ERT 2007, s. 926 f.

¹² NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584.

¹³ Ds 2007:10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning*. Se vidare avsnitt 8.2.

¹⁴ Europeiska unionens stadga av den 7 december 2000 om de grundläggande rättigheterna, EU: s officiella tidning 2007/C303/1. Hädanefter EU:s rättighetsstadga, rättighetsstadgan eller Stadgan. Lissabonfördraget innebär att rättighetsstadgan som i dagsläget är en politisk deklaration blir juridiskt bindande. Lissabonfördraget måste innan det träder i kraft ratificeras av alla EU:s medlemsländer. Se vidare avsnitt 2.2.4.

I den rättspolitiska diskussionen om skadestånd och mänskliga rättigheter har påpekats att svenska domstolar traditionellt varit skeptiska och ovilliga att basera beslut och domar på rättighetsargument. Det filosofiska och politiska klimat som svensk civilrättslig teori fungerat i är enligt Mårten Schultz två tänkbara förklaringar för denna skepticism.¹⁵ Arvet från den dominerande rättsvetenskapliga skolan i svensk civilrätt, den s.k. Uppsalaskolan¹⁶, föregångare till den skandinaviska rättsrealismen har enligt Schultz gjort att rättighetstanken haft en undanskymd plats i svensk privaträtt. Uppsalaskolans förespråkare Axel Hägerström ansåg att det inte fanns några allmängiltiga värden eller rättigheter och förnekade existensen av absoluta rättigheter, något som gjort att rättsrealismen benämnts som värdenihilistisk.¹⁷

Idén om individuella rättigheter har dessutom haft en något problematisk position utifrån det svenska politiska idealet om välfärdsstaten, där makten varit koncentrerad till regeringen och lagstiftaren. Det har enligt Schultz funnits en politisk misstro mot individuella fri- och rättigheter som ett rättsligt instrument för medborgare att i domstol försvara sig mot övergrepp från det allmänna och för att pröva gränserna för det offentliga maktutövning.¹⁸

Mot denna bakgrund är Högsta domstolens rättsutveckling under de senaste åren än mer anmärkningsvärd.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med min uppsats är att analysera den skadeståndsrättsliga utvidgning som skett i svensk rättspraxis vad det gäller det allmännas ansvar vid brott mot mänskliga rättigheter. Jag vill undersöka hur kravet på effektiva rättsmedel i Europakonventionens artikel 13 och i EG-rätten, däribland artikel 47 i unionens rättighetsstadga, påverkar och får rättsliga konsekvenser för den svenska skadeståndsrätten och för möjligheten att föra en skadeståndstalan vid kränkningar av en individs grundläggande rättigheter. För att ta mig an detta övergripande syfte kommer jag att besvara tre frågeställningar som anknyter till den problematik som presenterats i inledningen av mitt arbete. Utifrån dessa frågeställningar vill jag bidra till en ökad kunskap om ett nytt om omdiskuterat rättsområde med allt större praktiskt relevans.

¹⁵ Schultz, *Right by torts: The rise of a rights discourse in Swedish tort law*, European Review of Private Law, 2009.

¹⁶ Grundare för den s.k. Uppsalaskolan var professorn i filosofi i Uppsala, Axel Hägerström (d. 1932). Vilhelm Lundstedt (d.1955), professor i civilrätt var en av Hägerströms efterföljare.

¹⁷ Att hävda naturliga mänskliga rättigheter i förhållande till en statsmakt är utifrån en klassisk tolkning av rättsrealismen en sats som varken kan bedömas som sann eller osann eftersom den inte kan prövas med en vetenskaplig metod. Att påstå att en människa har en naturlig och medfödd rätt till sitt liv och sin kropp eller integritet ger enligt detta synsätt endast uttryck för en värdering. För en nyläsning av rättsrealismen se dock Petrusson & Glavå, *Illusionen om rätten. Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, s. 109-151 i Erkjennelse og Engasjement, minnesseminar for David Roland Doublet, 2002.

¹⁸ Schultz, *Right by torts: The rise of a rights discourse in Swedish tort law*, European Review of Private Law, Volume 17, ännu ej publicerad. Ett viktigt undantag enligt Schultz är dock skyddet för yttrandefriheten och pressfriheten i TF och YFGL.

1. Vilka skillnader finns mellan den rätt till effektiva rättsmedel som erkänns i artikel 13 EKMR respektive EG-rätten?
2. Lever svensk skadeståndsrätt upp till Europakonventionens och EG-rättens krav på tillgång till effektiva nationella rättsmedel?
3. Bör den svenska skadeståndslagen anpassas för brott mot mänskliga rättigheter?

1.3 Avgränsningar

Jag har valt att avgränsa mig till skadeståndet och dess funktion som ett rättsmedel vid kränkningar av mänskliga rättigheter i svensk rätt, och jag kommer inte att djupare beröra andra möjliga nationella rättsmedel, som ex. åtalsunderlåtelse eller strafflindring. Särskilt intressant är det ideella skadeståndet som skall ersätta känslor som vanmakt, frustration, orättvisa och ängslan till följd av en kränkning och som därför av naturliga skäl är svårt att uppskatta med ekonomiska mått. Jag kommer inte heller att fördjupa mig i specifika materiella rättighetsbestämmelser, utan att istället fokusera på hur dessa rättigheter i praktiken upprätthålls genom kravet på tillgång till effektiva nationella rättsmedel.

Min tanke har varit att fokusera på det skadeståndsansvar som gäller ”det allmänna”, dvs. staten eller kommunerna, vid de kränkningar av mänskliga rättigheter som begås av myndigheter eller offentliga organ vid myndighetsutövning. Det är dock inte möjligt att helt förbigå den mycket intressanta rättsliga diskussionen om det allmännas skadeståndsansvar även för individers och andra privaträttsliga subjekts kränkningar av Europakonventionen, jag kommer därför även att kort beröra detta.¹⁹

1.4 Metod och material

Den metod jag har använt för mitt arbete är ett relativt traditionellt rättsdogmatiskt angreppssätt med studier av rättsligt material, lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Även domar från Europadomstolen och EG-domstolen har varit viktigt källmaterial. Inhemskt skadestånd som gottgörelse vid konstaterade kränkningar av grundläggande mänskliga rättigheter är ett nytt fenomen inom svensk skadeståndsrätt, vilket till stor del gör att det saknas utförlig litteratur på ämnet. Inom den rättsliga debatten har det dock under de

¹⁹ En närliggande fråga i den rättsliga debatten är diskussionen kring Europakonventionens horisontella effekt mellan enskilda. Se Jonsson, *Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan mellan enskilda*, ERT 2007, s. 653 f, Södergren, *Axplock VII – ur inhemsk konventionstillämpning, nu om avsaknaden av skadeståndsskyldighet på nationell nivå för privata subjekts kränkningar av enskildas konventionsrättigheter*, ERT 2008, s. 87 f. och det uppmärksammade s.k. Trygg-Hansa målet, *NJA 2007 s. 747*. Denna fråga kommenteras endast kortfattat i samband med avsnitt 7.5.3 om effektiva rättsmedel vid integritetskränkningar.

senaste åren skrivits mycket inom ämnet i olika juridiska tidskrifter, dessa artiklar utgör en viktig del av materialet för uppsatsen.

1.5 Disposition

Dispositionen av min uppsats är att först ge en kort bakgrund till hur skyddet för mänskliga rättigheter ser ut i Europa, genom en överblick av de kontrollmekanismer och principer som finns i Europakonventionen och EU samt något om hur Europadomstolen i Strasbourg och EG-domstolen i Luxemburg förhåller sig till varandra.

Arbetet är sedan indelat i två delar. Den första delen besvarar frågan: vad är ett effektivt rättsmedel? Något som besvaras utifrån relevant praxis från Europadomstolen och EG-domstolen som formulerar och preciserar innebörden av principen om effektiva rättsmedel i artikel 13 EKMR och artikel 47.1 i EU:s rättighetsstadga. Det första blocket avslutas med att den första frågeställningen, om vilka skillnader som föreligger mellan den rätt till rättsmedel som erkänns i artikel 13 EKMR respektive EG-rätten, besvaras.

Den andra delen knyter diskussionen om effektiva rättsmedel till en svensk kontext. Först redogörs för den svenska skadeståndslagens reglering av det allmännas ansvar och den svenska rättspraxis som utvecklats på området för skadestånd som rättsmedel vid överträdelser av Europakonventionen och gemenskapsrätten. Därefter jämförs de europarättsliga kraven med skadeståndslagen och den praxis som utvecklats för att besvara den andra frågeställningen; lever svensk skadeståndsrätt upp till konventionens och gemenskapsrättens krav på tillgång till effektiva nationella rättsmedel? Dessutom görs några reflektioner över vissa särskilt problematiska områden avseende tillgången till effektiva rättsmedel i svensk rätt. Den andra delen avslutas med den tredje och sista frågeställningen besvaras; bör skadeståndslagen anpassas för brott mot mänskliga rättigheter?

Till sist några avslutande reflektioner om den europeisering som skett av svensk skadeståndsrätt på grund av kravet på effektiva nationella rättsmedel.

2. Bakgrund

2.1 Internationella förpliktelser

Mänskliga rättigheter är sådana rättigheter som en enskild har ansetts kunna hävda gentemot det allmänna oavsett innehållet i den positiva rätten. Idén om grundläggande mänskliga fri- och rättigheter har framför allt sitt ursprung i den naturrättsliga idéströmningen, där dessa fri- och rättigheter ansågs utgöra en ”högre” lag än kungens. Fri- och rättigheterna kan förstås som olika skyddade intressen som tillhör en individ just för att den är en individ, så som en rätt att slippa tortyr, en rätt till yttrandefrihet eller till integritet. Rättighetsargumentet kan om det anses legitimt vara en form av trumf mot andra legala argument.²⁰ Fram till andra världskrigets slut ansågs det vara varje lands ensak hur staten behandlade människor inom dess gränser. Efter andra världskrigets och Hitler-regimens brutala grymheter, även mot den egna befolkningen, enades dock världens länder om att garantera vissa grundläggande fri- och rättigheter bl.a. inom ramen för FN och Europarådet. Staters brott mot enskildas mänskliga rättigheter skulle så också utgöra ett brott mot folkrätten.

Sverige tillämpar i förhållande till sina internationella åtaganden, liksom många andra länder, ett s.k. *dualistiskt* förhållningssätt. Detta innebär att de skyldigheter som följer av folkrättsliga konventioner till skydd för mänskliga rättigheter, inte blir direkt giltiga som svensk lag utan att de måste transformeras till den nationella rättsordningen, ex. genom lagstiftning, för att bli rättsligt bindande och juridiskt genomdrivbara i en nationell domstol.²¹

2.2 Europakonventionen

Europakonventionen från 1950 är en folkrättslig överenskommelse bland Europarådets medlemmar som innebär att medlemsstaterna åtagit sig att garantera ett antal grundläggande fri- och rättigheter åt individer som befinner sig inom dess jurisdiktion. Det är inte bara åtgärder som kränker dessa grundläggande rättigheter som staterna kan ställas till svars för, konventionsstaterna har också enligt Europadomstolens praxis s.k. positiva förpliktelser att genom t.ex. lagstiftning även skydda enskilda som utsätts för kränkningar av dess rättigheter från andra individer. Konventionen innehåller främst s.k. medborgerliga och politiska fri- och rättigheter så som rätt till liv, förbud mot tortyr, rätt till en opartisk domstolsprövning, föreningsfrihet, yttrandefrihet m.m. Konventionens materiella innehåll har också utökats ett flertal gånger genom s.k. tilläggsprotokoll. Europadomstolen utvecklar i praxis på ett kontinuerligt och dynamiskt sätt den konkreta innebörden av

²⁰ Tanken på rättigheter som trumfkort mot det allmänna kommer från Ronald Dworkin. Jfr Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.

²¹ Bull & Lind, *Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter*, s. 39.

konventionsbestämmelserna och domstolen har betonat att konventionen är ett levande instrument som skall förstås utifrån sin samtid.²²

2.1.1 En individuell klagorätt

Europakonventionen var inspirerad av FN:s deklARATION om de mänskliga rättigheterna från 1948 som varken var rättsligt bindande eller innehöll regler för internationell övervakning. Inom Europarådet ville man dock regionalt skapa regler som innebar verkliga förpliktelser för staterna och man anförtroddes åt europeiska organ, däribland Europadomstolen, att övervaka konventionens efterlevnad. De två grundelementen i den internationella övervakningen utgörs idag av rättslig kontroll genom Europadomstolen och en individuell klagorätt för enskilda inför domstolen.²³ Konventionens viktigaste drag, ur ett internationellt perspektiv, är förmodligen möjligheten för enskilda att föra en talan mot staten inför en internationell domstol. Denna talerätt tillkommer enligt artikel 34 alla individer, men också grupper och organisationer, inom landets gränser som berörs av myndigheters och det allmännas beslut.

I det fall Europadomstolen finner att en stat brutit mot konventionen kan domstolen enligt artikel 41 utdöma skadestånd, en dom som blir bindande för den berörda staten. Domstolen har däremot inte befogenhet att exempelvis ändra ett lands lagstiftning men har på senare tid ofta givit konkreta anvisningar av vad som krävs av staterna i ett visst avseende. Europadomstolens domar får dock ofta betydelse även för den rättsliga bedömningen i ett stort antal fall med liknande omständigheter, något som är centralt för konventionssystemets effektivitet.²⁴

Sverige har gjort Europakonventionen och de tillhörande protokollen till en del av den interna rätten genom att inkorporera konventionen i svensk lag.²⁵ Trots att konventionen tidigare varit folkrättsligt bindande för Sverige innebär inkorporeringen att konventionens regler gjorts direkt tillämpliga i svensk lag för myndigheter och enskilda som berörs av dess bestämmelser. Den gängse uppfattningen har varit att konventionen inte innehåller några skadeståndsrättsliga regler som kan tillämpas direkt i nationella domstolar.²⁶ Att konventionen i Sverige har lagform har förmodligen ändå haft en stor praktisk betydelse för den rättsutveckling som skett på senare år bl.a. på skadeståndsrättens område. I den svenska proposition som föregick ratificeringen av Europakonventionen uttrycktes att svensk rätt med god marginal uppfyllde de krav som ställdes i konventionen.²⁷ F.d. justitierådet och

²² Bull & Lind, *a. a. s.*, s. 49.

²³ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, s. 17 f.

²⁴ Danelius, *a. a. s.*, s. 52 f.

²⁵ Detta skedde i Sverige genom den s.k. inkorporeringslagen, lag (1994: 1219).

Europakonventionen är inkorporerad som vanlig svensk lag men har genom ett särskilt tillägg i RF 2:23 givits en "kvasi-konstitutionell" ställning genom att ingen svensk lag får meddelas i strid med konventionen. Dess särställning markerades även i prop. 1993:94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*.

²⁶ Lambertz, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden - trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004-05, s. 8.

²⁷ Se prop. 1951: 165, *Sveriges anslutning till Europakonventionen*, s. 11.

ledamoten av Europakommissionen för de mänskliga rättigheterna Hans Danelius menar att:

”Allmänt kan man nog säga att propositionen genomsyras av tanken att Sverige borde visa god vilja och medverka till genomförandet av en internationell överenskommelse som tog sikte på att förbättra rättsförhållandena i andra länder än vårt eget.”²⁸

Med tiden skulle det dock visa sig att Europakonventionen även för svensk del skulle komma att få rättsliga följder och Sverige fälldes flera gånger under 1980-talet och i början av 1990-talet av Europadomstolen, framför allt för brott mot rätten till en rättvis rättegång i artikel 6.1 EKMR, något som lett till ändringar i bl.a. rättegångsbalken och förvaltningsprocesslagen.²⁹ De domar som Europadomstolen meddelat mot Sverige och de mål där Sverige ingått förlikning har under de senaste åren också ofta rör kränkningar av rätten till domstolsprövning inom skälig tid.³⁰

2.1.2 Konventionens subsidiaritets- och effektivitetsprincip

En viktig utgångspunkt för Europakonventionens skydd är att det är konventionsstaterna som har det primära ansvaret att på ett nationellt plan beivra och rätta till konventionskränkningar. Enligt artikel 1 EKMR har konventionsstaterna ansvar för att förverkliga och upprätthålla skyddet för konventionens rättigheter. Flera av Europakonventionens artiklar genomsyras också av denna konventionsrättsliga subsidiaritetsprincip³¹, som innebär att Europadomstolens internationella kontroll är subsidiär i förhållande till de nationella rättssystemen.³² Artikel 35 innebär att Europadomstolen endast kan pröva ett mål sedan alla nationella rättsmedel uttömts. Bestämmelsens syfte är att staterna skall ges en möjlighet att rätta till konventionskränkningar innan de ställs under internationell granskning av Europadomstolen, något som också var ett krav från medlemsstaterna vid konventionens tillkomst.³³

Särskilt tydlig blir konventionens subsidiära karaktär i artikel 13 EKMR som ger den enskilde ytterligare en garanti för att staterna på nationell nivå skall skydda hans eller hennes rättigheter genom att den individ som har ett rimligt grundat påstående om att dennes konventionsrättigheter kränkts skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel i det nationella rättssystemet, inför en

²⁸ Danelius, *Europadomstolen och den svenska rättsordningen*, SvJT 1989 s. 654.

²⁹ SOU 2008:125, *En reformerad grundlag*, s. 401. De flesta fällande domar i Europadomstolen har för Sveriges rört just artikel 6.1. och rätten att till få tillstånd en domstolsprövning av förvaltningsbeslut.

³⁰ Kommittédirektiv 2007:23, *Förbättrade möjligheter för den enskilde att påskynda handläggningen i domstol*, s. 6.

³¹ Subsidiaritetsprincipen formulerades för första gången i det s.k. *Belgiska språkmålet*, serie A nr 6, dom den 23 juli 1968, och innebar att klaganden enbart skall behöva vända sig till Europadomstolen i de fall den inhemska rättsordningen misslyckats att hantera frågan om konventionskränkning.

³² Den subsidiaritetsprincip som används i konventionssammanhang skall skiljas från den EG-rättsliga subsidiaritetsprincipen. Bratt & Södergren, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet "Bringing rights home"*, ERT 2000, s. 416.

³³ Södergren, *Axplock VII – ur inhemska konventionstillämpning*, ERT 2008, s. 104

nationell myndighet (se vidare avsnitt 3.1). Artikel 13 och 35 EKMR hänger nära samman eftersom skyldigheten enligt artikel 35 att uttömma nationella rättsmedel förutsätter att det finns effektiva sådana.

Att konventionens rättigheter skall ges ett effektivt skydd följer inte bara av artikel 13 utan också utav en konventionsrättslig effektivitetsprincip. Det har i Europadomstolens avgöranden betonats att konventionens rättigheter skall ges ett praktiskt och effektivt innehåll, till skillnad från ett teoretiskt och illusoriskt sådant.³⁴ Sambandet mellan de båda tolkningsprinciperna om subsidiaritet och effektivitet innebär att ju bättre staterna tillämpar subsidiaritetsprincipen och skyddar rättigheterna redan på ett nationellt plan desto effektivare upprätthålls skyddet för konventionens rättigheter i enlighet med effektivitetsprincipen.³⁵ Att de nationella domstolarna kan avlasta Europadomstolen är också nödvändigt för att domstolen skall få möjlighet att koncentrera sig på de grävsta konventionskränkningarna. Även för den enskilde finns det stora fördelar med en nationell prövning eftersom ett klagomål till Europadomstolen riskerar att bli en kostsam och tidskrävande process.

I målet *Kudla mot Polen* från 2000 skärpte Europadomstolen subsidiaritetsprincipen och betonade att den enskildes rättighetsskydd riskerade att urholkas såväl nationellt som internationellt om det vid fall av oskäligen handläggningstider (artikel 6.1 EKMR) inte fanns möjlighet att föra en nationell talan om åsidosättande av konventionen samt om upprättelse.³⁶ Europadomstolen uppställde därför krav på att det ska finnas effektiva rättsmedel i den nationella rättsordningen mot långsam rättsskipning, så att enskilda inte konsekvent tvingas att vända sig till Europadomstolen för att få sina rättigheter tillgodosedda.³⁷ Den individuella talerätten riskerar att urholkas på grund av den stora måltillströmningen till Europadomstolen, dit idag ca 800 miljoner människor har möjlighet att klaga. Därtill kommer den klagorätt som företag och organisationer har. Både Europadomstolen och Europarådet har på senare tid betonat vikten av att överträdelse rättas till redan på ett nationellt plan och behovet av att konventionens tolkas utifrån subsidiaritets- och en effektivitetsprincip.³⁸ Detta bör kunna ses som att Europadomstolen har sänt en signal till konventionsstaterna att de nationella domstolarna måste bli bättre på att avlasta Europadomstolen.³⁹

³⁴ Se t.ex. fallet *Airey mot Irland*, serie A nr. 32, dom den 9 oktober 1979, para 24.

³⁵ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 524.

³⁶ *Kudla mot Polen*, nr. 30210/96, dom den 26 oktober 2000.

³⁷ Södergren, *Axplock II – ur svensk konventionstillämpning*, ERT 2002, s. 666.

³⁸ *Kudla v. Polen, a. a. s. och T P och KM mot Storbritannien, a. a. s.* samt Europarådets rekommendation ”Applying and supervising the ECHR – Guaranteeing the effectiveness of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 2004.

³⁹ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 527.

2.2 EU och mänskliga rättigheter

2.2.1 EG-rättens direkta effekt och företräde

Trots ambitionen att skapa ”an ever closer union among the peoples of Europe”⁴⁰ innehöll det ursprungliga Romfördraget från 1957, som etablerade ett ekonomiskt samarbete mellan EEG-medlemsstaterna, inte någon generell hänvisning till fundamentala eller mänskliga rättigheter.⁴¹ EU var till en början tänkt som ett ekonomiskt samarbete som inte skulle kunna medföra några inskränkningar av mänskliga rättigheter.⁴² Sedan de ursprungliga fördraget har förhållandet mellan EG-rätten och de nationella rättsordningarna vuxit fram genom EG-domstolens rättspraxis. I ett banbrytande mål från 1960-talet konstaterar EG-domstolen för första gången att gemenskapsrätten är en ny rättsordning i förhållande till andra folkrättsliga regler, som riktar sig inte bara till medlemsstaterna utan också till dess medborgare.⁴³ Genom EG-domstolens praxis har EG-rätten utvecklats till ett överordnat rättssystem som skapar rättigheter och skyldighet, som under vissa villkor har s.k. *direkt effekt* och kan åberopas av medborgare direkt inför en nationell domstol.⁴⁴

Just de enskilda medborgarnas roll som övervakare av fördragets efterlevnad var ett centralt argument när EG-domstolen skapade principen om direkt effekt. Möjligheten för enskilda att åberopa sina gemenskapsrättsliga rättigheter inför en nationell domstol kom så att komplettera den kontroll som redan utövades av kommissionen och medlemsstaterna genom möjlighet till fördragsbrotts talan mot en medlemsstat, enligt artikel 226 och 227 i fördraget.⁴⁵ Sverige tillämpar i förhållande till EG-rätten i praktiken en monistisk princip, till skillnad från det dualistiska system som normalt råder i förhållande till svenska folkrättsliga förbindelser vilket innebär att gemenskapsrätten har ett generellt företräde framför svensk rätt.⁴⁶ Vid en konflikt mellan rättssystemen är gemenskapsrätten överordnad den svenska nationella rätten, även svensk grundlag.⁴⁷

⁴⁰ På svenska lyder inledningen till EG-fördraget; ”... en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken”.

⁴¹ Det fanns endast ett fåtal sådana grundläggande rättigheter i fördraget, så som förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet, i artikel 12.

⁴² Hellner, *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, s. 15

⁴³ Mål C-26/62 *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.

⁴⁴ Bernitz & Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 70 f. Doktrinen om direkt effekt innebär att EG-rättsliga regler som uppfyller kraven på klarhet eller precision, ovillkorlighet och stadgar en rättighet eller skyldighet för enskilda kan tillämpas direkt i nationell rätt, utan att de behöver transformeras genom ex. lagstiftning.

⁴⁵ Bull, *Om EG-domstolens syn på EG-rättens effektivitet – då, nu och i framtiden*, s. 107

⁴⁶ Att ett land tillämpar en monistisk princip innebär att internationella förpliktelser blir en del av den nationella rättsordningen direkt vid ratifikationen av ett internationellt avtal, dvs. det krävs inte dessa förpliktelser införlivas i nationell rätt genom särskilda åtgärder så som en inhemsk författning. Bernitz & Kjellgren, a. a. s, s. 71 f. Sverige har genom den s.k. EU-lagen (1994: 1500) klargjort att EG-rätten har ett generellt företräde framför svensk rätt.

⁴⁷ Detta enligt principen om gemenskapsrättens företräde, se mål 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 58. Principen förtydligades senare till att gälla alla former av medlemsstaternas inhemska rättsordningar, även grundlag, enligt mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1134.

2.2.2 EG-domstolens skydd för mänskliga rättigheter

Trots en tveksamhet inledningsvis erkände EG-domstolen 1969 att mänskliga rättigheter hör till de allmänna rättsprinciper i gemenskapsrätten som EG-domstolen värnar om.⁴⁸ För att identifiera dessa rättigheter har domstolen hämtat inspiration från medlemsstaternas konstitutionella traditioner och internationella konventioner som medlemsstaterna tillträtt, däribland Europakonventionen. Med tiden har Europakonventionen kommit att bli den primära källan för att identifiera fundamentala rättigheter inom gemenskapen. EG-domstolen har också indirekt givit konventionens förpliktelser effekt inom EU genom att slå fast att Europakonventionens förpliktelser utgör en del av gemenskapens allmänna rättsprinciper.⁴⁹ EG-domstolen har även hämtat inspiration från Europadomstolens rättspraxis när domstolen tillämpat konventionen som en del av gemenskapens grundläggande rättsprinciper.⁵⁰ Själva kärnan i EG-domstolens mänskliga rättigheters jurisprudens kodifierades senare av medlemsstaterna, i vad som nu är Unionsfördragets artikel 6.2.

*”Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, så som de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.”*⁵¹

EG-domstolens utveckling av ett skydd för mänskliga rättigheter har förklarats som ett gensvar på den oro för det otillräckliga skyddet för fri- och rättigheter inom gemenskapen, som allra tydligast hade uttryckts av den tyska författningsdomstolen.⁵² Den tyska författningsdomstolen hade förklarat sig beredd att själv granska och sätta åt sidan gemenskapsrättsakter om de stred mot de fri- och rättigheter som skyddades i den tyska konstitutionen.⁵³ Genom att ge ett skydd för grundläggande rättigheter på en gemenskapsnivå lyckades så EG-domstolen avvärja hotet om en granskning av gemenskapsrätten i ljuset av medlemsstaternas nationella rättighetsskydd, något som skulle ha hotat principerna om gemenskapsrättens företräde och direkta effekt.

⁴⁸ Mål 29/69 *Stauder v. City of Ulm* [1969] ECR 419 samt mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*, a a s.

⁴⁹ Mål 4/73 *Nold* [1974] och mål 36/75 *Rutili* [1975] ECR 1219. I *Rutili* hänvisade EG-domstolen för första gången uttryckligen till Europakonventionen, något som förmodligen berodde på att Frankrike som sista medlemsstat då ratificerat konventionen.

⁵⁰ Jfr ex. mål C-249/96 *Grant* [1998] ECR I621, paras 33-34.

⁵¹ Lenaerts & de Smitjer, *A "bill of rights" for the European Union*, CML Rev. 38, 2001, s. 276.

⁵² Ovey & White, *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights*, s. 514.

⁵³ Den tyska författningsdomstolens dom i målet *Solange I* (BvRfGE 37, 271, dom den 29 maj 1974.) I *Solange II* (BvR 2, 197/83, dom den 22 oktober 1986) konstaterade den tyska författningsdomstolen dock att gemenskapens rättighetsskydd nu var jämförbart med den tyska konstitutionens fri- och rättighetsskydd, men principiellt kvarhöll domstolen sig dock rätten till en överprövning, i de fall EG-rättens skydd i framtiden skulle visa sig otillräckligt.

2.2.3 Förhållandet mellan Europadomstolen och EG-domstolen

Eftersom EG-domstolen till en början inte var tänkt som en europeisk domstol för mänskliga rättigheter har dess utökade roll på området inneburit att det teoretiskt sett funnits en risk för motstridig praxis från att EG-domstolen i Luxemburg och Europadomstolen i Strasbourg. EG-domstolen har under åren hämtat vägledning från Europadomstolens praxis, men inte ansett sig formellt bunden av den eftersom unionen inte är part till konventionen.⁵⁴ Mycket har skrivits om avsaknaden av en klar och uttrycklig hierarki mellan de båda europeiska domstolarna och om motstridiga domslut.⁵⁵ Europadomstolen har likt den tyska författningsdomstolen visat sig villig att indirekt pröva att EU ger ett skydd för mänskliga rättigheter som är ”likvärdigt” med Europakonventionens skydd.⁵⁶ Lissabonfördraget, som nu är på ratifikation i EU:s medlemsstater, skulle till viss del lösa problemet med ett motstridigt rättighetsskydd. Fördraget ger den legala grunden för EU att bli part till Europakonventionen och säkerställer så, i vart fall i teorin en full granskning av unionens handlande utifrån Europakonventionen.⁵⁷

2.2.4 EU: s rättighetsstadga

Under 2000 tog några av EU:s medlemsländer initiativet till ett konvent som fick i uppgift att ta fram särskild stadga för unionens rättigheter. Redan under hösten 2000 presenterade de en bred rättighetstext som omfattar både politiska, civila, ekonomiska och sociala rättigheter. Europeiska rådets uppfattning var att Stadgan skulle innehålla de klassiska ”negativa” fri- och rättigheter som garanteras i Europakonventionen och i medlemsstaternas konstitutioner, rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet men också vissa ekonomiska och sociala rättigheter bl.a. från Europeiska Sociala Stadgan.⁵⁸

Stadgan godtogs politiskt vid regeringskonferensen i Nice i december 2000, med ett uttryckligt tillägg om att den inte var rättsligt bindande. Trots att unionens rättighetsstadga än så länge endast är en politisk viljeförklaring och

⁵⁴ T.ex. mål C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011 där EG-domstolen dragit slutsatsen att dess egen äldre praxis kan komma att behöva ändras på grund av den utveckling Europadomstolens praxis fått.

⁵⁵ Se t.ex; Spielmann, *Human Rights case law in the Strasbourg and Luxemburg courts: Conflicts, inconsistencies and Complementarities*, in Alston (eds.) *The EU and Human Rights*, s. 757-780. Särskilt tydlig har risken för motstridig praxis varit då EG-domstolen tolkat EKMR inom ett område där Europadomstolen ännu inte givit sin åsikt i praxis.

⁵⁶ Europadomstolen har ansett sig kompetent att pröva klagomål mot EU:s medlemsstater och slagit fast att dessa är skyldiga att uppfylla konventionens krav även när de överfört kompetens till EU-nivå. Domstolen har ansett att skyddet för mänskliga rättigheter inom EU på ett generellt plan är likvärdigt med det som ges i konventionen och att den därför endast kommer att granska nationella åtgärder som implementerar EG-rätt om det gemenskapsrättsliga skyddet visar sig vara ”manifestly deficient”. Detta synsätt har kritiserats eftersom Europadomstolen generellt presumerar att EU lever upp till konventionens krav. Jfr *Matthews mot Förenade Konungariket*, nr. 24833/94, dom den 18 februari 1999 samt *Bosphorus Hava*, nr. 45036/98, dom den 30 juni 2005.

⁵⁷ Unionsfördragets artikel 6.2.

⁵⁸ Laekenförklaringen om Europeiska unionens framtid, s. 25.

ännu inte är juridiskt och formellt sett bindande är den trots allt relevant som rättskälla.⁵⁹ Stadgan kodifierar bindande praxis från EG-domstolen och avsaknaden av legal status har inte heller hindrat att både generaladvokater och EG-domstolen hänvisat till Stadgan i färskas avgörande.⁶⁰ Till en början användes Stadgan, på grund av dess politiska karaktär, främst som ett tilläggsargument, då en rättslig argumentation redan kunde motiveras utifrån andra rättsliga källor. En förändring kan dock skönjas och EG-domstolen har på senare tid åberopat Stadgan som ett viktigt tolkningsunderlag för omfånget av unionsrättigheterna.⁶¹ Att EG-domstolen själv refererat till rättighetsstadgan bör också ses som en uppmaning till nationella domstolar i medlemsländerna att också använda sig av Stadgan när de tillämpar EG-rätt.⁶² Även Europadomstolen har i domar hänvisats till rättighetsstadgan.⁶³

Trots att dess syfte inte är skapa nya rättigheter, utan att samla och tydliggöra det redan existerande skyddet för grundläggande rättigheter inom EU så innehåller rättighetsstadgan ett antal nyheter i förhållandet till både EKMR och EG-domstolens rättspraxis.⁶⁴ Även om EU:s rättighetsstadga baseras på Europakonventionen är dess rättigheter i flera avseenden mer moderna till sin utformning och ger i flera fall också ett mer långtgående skydd.⁶⁵ Rättighetsstadgan innehåller också flera rättigheter som inte återfinns i EKMR eller dess tilläggsprotokoll.⁶⁶ Även i förhållande till EG-domstolens rättspraxis ger Stadgan ett antal nya rättigheter.

Stadgan listar rättigheterna under sex rubriker; värdighet, friheter, jämlikhet, solidaritet, medborgarnas rättigheter och rättskipning. EG-domstolens har i sin rättspraxis hittills koncentrerat sig på rättigheter under rubrikerna ”värdighet”, ”friheter”, ”jämlikhet” och ”rättskipning”. Stadgans förteckning av sociala rättigheter under titeln ”solidaritet” är en nyhet i förhållandet till både konventionens skydd och EG-domstolens praxis.⁶⁷ Det kvarstår att se i vilken

⁵⁹ För att Lissabonfördraget ska kunna träda i kraft krävs att alla EU:s medlemsländer ratificerar fördraget. Den ursprungliga planen var att fördraget skulle ratificeras under 2008 för att sedan träda i kraft under 2009. Efter att Irland i juni 2008 i en folkomröstning röstat nej till Lissabonfördraget är det dock oklart när fördraget kommer att träda i kraft. Den rättsliga effekten av EU:s rättighetsstadga tenderar dock i praktiken att vara likvärdig med att den skulle givits fördragsstatus. Detta eftersom stadgan kan ses som ett uttryck för medlemsstaternas konstitutionella traditioner, något som EG-domstolen enligt artikel 6.2 i unionsfördraget har att beakta som ”generella rättsprinciper”. Lenaerts & de Smitjer, *a. a. s.*, s. 298 f.

⁶⁰ Se t.ex. mål C-341/05 *Laval un Parteni* [2005] OJ C281/10 och mål C-438/05 *International Workers Federation v Viking Line* [2006] ECR I-0000.

⁶¹ Mål C-540/03 *European Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769. Se avseende Stadgans artikel 47 mål C-131/03 *P.R.J. Reynolds Tobacco Holding v. Commission* [2006] ECR I-7795.

⁶² Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 172.

⁶³ Så har exempelvis varit fallet i *Bosphorus Hava, a. a. s.* och målet *Martinie v. France*, nr. 58675/00, dom den 12 april 2006, där tre domare i de avvikande domskälen menar att konventionen skall se i ljuset av Stadgans artikel 47.

⁶⁴ Stadgan innehåller ur människorättssynpunkt flera nyheter, bl.a. ett förbud mot kloning av människor (art 3) och skydd av minoritetsrättigheter (art 22). Bull & Lind, *a. a. s.*, s. 2 f.

⁶⁵ Bernitz, *EU:s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas?* ERT 2008, s. 77.

⁶⁶ Principerna om fritt yrkesval (art 15) och näringsfrihet (art 16), rätt till utbildning (art 14) och rätt till asyl (art 18) är exempel på rättigheter i Stadgan som inte har någon motsvarighet i EKMR.

⁶⁷ Solidaritetskapitlet innehåller många politiskt omstridda rättigheter, många av rättigheterna har inte heller någon motsvarighet i EKMR. Dessa rättigheter som främst rör arbetslivet är

omfattning EG-domstolen kommer att vara beredd att genomdriva dessa, politiskt sett känsliga och omstridda grundläggande rättigheter.⁶⁸ Något som gör rättighetsstadgan än mer komplex är att den har en blandad karaktär och innehåller både rättigheter (se artikel 52.1) och mer allmänna principer (se artikel 52.5). Det ankommer på EG-domstolen att i praxis definiera vad som utgör rättigheter, vilka kan genomdrivas i domstol och vad som utgör principer, som endast kan prövas i domstol efter att dessa genomförts i lagstiftning och verkställighetsakter.⁶⁹

I det fall alla EU:s medlemsstater ratificerar Lissabonfördraget och det nya fördraget träder i kraft innebär detta att rättighetsstadgan blir rättslig bindande som en del av unionens primärrätt. Artikel 6.1 i det nya EU-fördraget slår fast att Stadgan skall ha samma rättsliga status som fördragen. Det här innebär att rättighetsstadgan, för svensk del, normhierarkiskt kommer att stå över Europakonventionen och ha företräde framför all svensk lag, i princip även den svenska grundlagen. Den viktigaste konsekvensen av att Stadgan ges en fördragsstatus torde vara att dess rättigheter kan komma att ha direkt effekt och så vara möjliga för enskilda att åberopa direkt inför nationella myndigheter och domstolar. Flera av Stadgans rättigheter har redan i praxis bedömts ha direkt effekt.⁷⁰

Rättighetsstadgan innebär en skyldighet för unionens institutioner och organ att respektera de däri erkända mänskliga rättigheterna, men Stadgan gäller även för domstolar och offentliga organ i medlemsstaterna när de tillämpar och fattar beslut inom ramen för unionsrätten.⁷¹ En viktig begränsning av Stadgans tillämpningsområde är att den till skillnad från Europakonventionen, som är tillämplig för konventionsstaterna i förhållande till alla de enskilda som vistas inom dess territorium, endast kommer att tillämpas av nationella myndigheter och domstolar i den mån en fråga faller inom unionsrätten och således ”rymmer en EU-aspekt”. Lissabonfördraget skulle dock innebära att räckvidden av som bedöms som en ”EU-fråga” kommer att vidgas.⁷² Detta sker bl.a. genom att gemenskapens s.k. tredje pelare, det straffrättsliga och polisiära samarbetet blir en del av primärrätten.

influerade av den Europeiska Sociala stadgan från 1989, för att nämna några; rätt till tillgång till arbetsförmedling (art 29), skydd mot uppsägning utan saklig grund (art 30), rätt till rättvisa arbetsförhållanden (art 31), rätt till social trygghet och socialbidrag (art 34) och rätt till sjukvård (artikel 35). Kapitlet har blivit omdiskuterat eftersom många av rättigheterna genom hänvisningar till nationell rätt formulerats så vagt. Vissa artiklar är inte heller formulerade vare sig som rättigheter eller friheter, ex. miljöskydd (art 37) och konsumentskydd (art 38).

⁶⁸ Lenaerts & de Smitjer, *a. a. s.*, s. 279 f.

⁶⁹ Bernitz, *a. a. s.*, s. 79.

⁷⁰ Bull & Lind, *a. a. s.*, s. 43.

⁷¹ För medlemsstaterna aktualiseras Stadgan då främst när de tillämpar artiklar i fördraget eller implementerar EG-rättsliga akter som direktiv till nationell rätt. EG-domstolen har inte velat pröva förenligheten av nationella åtgärder med fundamentala rättigheter när dess åtgärder bedömts ligga utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde, se t.ex. mål C-159/90 *Demirel* [1987] ECR 3719.

⁷² Lissabonfördraget innebär exempelvis att vad som bedöms påverka den fria rörligheten och samhandeln ges en bredare tolkning. Även den europeiska lagstiftningen inom arbetsrättsliga och socialrättsliga frågor är idag omfattande och även inom dessa områden kan stadgans krav på effektiva rättsmedel således komma att tillämpas. Bernitz, *a. a. s.*, s. 76.

Rättighetsstadgan har således ett brett tillämpningsområde och EG-domstolen kommer inom unionsrättens område i praktiken att bli den ”sista instansen” i frågor om rättighetsskyddet. För de områden som inte berörs av unionsrätten behåller Europadomstolen självfallet sin roll som garant av konventionens rättigheter och domstolen kommer även att övervaka EG-domstolen inom sitt område, troligtvis dock med stor försiktighet.⁷³

⁷³ Bull & Lind, *a. a. s.*, s. 57.

DEL 1. VAD ÄR ETT EFFEKTIVT RÄTTSMEDEL?

3 Rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 13 EKMR

3.1 Innebörden av artikel 13 EKMR

Artikel 13 har kallats för Europakonventionens mest dunkla och svårttolkade artikel.⁷⁴ Och frågan om hur rätten till ett effektivt rättsmedel på ett nationellt plan ser ut och vilka rättsmedel som krävs för att en enskild inte längre skall vara ett offer för en konventionskränkning är komplicerad. Själva kärnan av artikel 13 har beskrivits av Europadomstolen i stor sammansättning på följande sätt:

”The object of Article 13, as emerges from the travaux préparatoires, is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Conventions rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.”⁷⁵

I tidigare praxis från Europadomstolen framgick att kraven på den nationella rättsordningen utifrån artikel 13 EKMR var relativt låga. Frågan om ett effektivt rättsmedel kunde i många fall reduceras till om det fanns någon mekanism, eller flera mekanismer som sammantaget kunde utgöra ett rättsmedel för klaganden. Inte förrän nyligen har Europadomstolen givit artikel 13 ett mer konkret innehåll.⁷⁶ Europadomstolens nuvarande position kan sammanfattas i följande citat från målet *Krasuski*:

”Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an “arguable complaint” under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States’ obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant’s complaint; however, the remedy required by Article 13 must be “effective” in practice as well as in law...”⁷⁷

Staterna bryter alltså mot artikel 13 om de inte i tillräcklig grad tillhandhåller en mekanism för att pröva och fastställa ansvar för kränkningar av konventionen för den individ som på rimliga grunder påstår sig vara ett offer (*has an arguable complaint*) för en kränkning av sina konventionsrättigheter.⁷⁸ Det ska

⁷⁴ Bratt & Södergren, *a. a. s.*, s. 418.

⁷⁵ Kudla mot Polen, *a. a. s.*, para 152.

⁷⁶ Ovey & White, *a. a. s.*, s. 461.

⁷⁷ *Krasuski mot Polen*, nr 61444/00, dom den 14 juni 2005, para 65.

⁷⁸ I *Klass m.fl. mot Tyskland*, serie A nr 28, dom den 6 september 1978, para 64, tolkade Europadomstolen artikel 13 så att den som påstår att dess konventionsrättigheter blivit kränkta

dessutom finnas en möjlighet till rättelse eller gottgörelse i någon form för den enskilde, exempelvis genom skadestånd.⁷⁹ Europadomstolen har framhållit att de nationella rättsmedel som krävs enligt artikel 13 på så sätt innefattar både en processuell och en materiell sida. Rättsmedlet innebär dels en processuell skyldighet för konventionsstaterna att se till att det finns effektiva rättsmedel med vars hjälp en enskild kan påtala och fastställa ansvar för konventionskränkningar, dvs. en rätt till en processuell prövning av klagomålet. Den materiella förpliktelsen innebär enligt Europadomstolens praxis att det nationellt skall finnas en *möjlighet* till gottgörelse i form av ekonomiskt och ideellt skadestånd då en kränkning av konventionens rättigheter fastställts.⁸⁰

3.2 Artikel 13 och förhållandet till konventionens rättigheter

Europakonventionens artikel 13 ålägger konventionsstaterna att förse individer med effektiva rättsmedel i relation till konventionens rättigheter. Artikel 13 är på så sätt kompletterande till de materiella rättigheterna i konventionen. Trots vad man skulle kunna tro av ordalydelsen kan staterna dock bryta mot artikel 13 utan att någon av konventionsrättigheterna överträds, något som Europadomstolen slog fast 1978 i fallet *Klas m.fl. mot Tyskland*.⁸¹ Artikel 13 garanterar på så sätt en självständig rättighet även om artikeln bara kan åberopas tillsammans med någon av de andra fri- eller rättigheterna i konventionen.⁸²

Avsaknaden av ett rättsmedel framför en nationell myndighet är normalt en fråga som prövas parallellt med det huvudsakliga klagomålet om kränkning av konventionens rättigheter. Det kan dock vara lämpligt att pröva ett klagomål om avsaknad av effektiva rättsmedel separat när det är ett generellt drag i den nationella rätten att det inte finns effektiva rättsmedel. Om en individ exempelvis klagar över en kränkning av sin föreningsfrihet, artikel 11 EKMR och om det nationellt inte finns något generellt rättsmedel i sådana fall, skall

har rätt till ett effektivt rättsmedel inför inhemska myndigheter. Denna princip preciserade av Europadomstolen i *Silver m.fl. mot Förenade Konungariket*, nr. 5947/72, dom den 25 mars 1983, para 113, så att endast den som på rimliga grunder påstår sig ha utsatts för ett konventionsbrott har en rätt enligt artikel 13. Det är svårt att precisera vad som krävs för att ett klagomål skall anses baserat på rimliga grunder och snarare än att abstrakt definiera vad som utgör rimliga skäl så har Europadomstolen framhållit att det skall avgöras utifrån rättsfrågans karaktär och omständigheterna i det enskilda fallet. Tröskeln är trots allt ganska låg och den som reser en konventionsfråga som kräver fortsatt undersökning kan få sitt klagomål prövat. Danelius, *a. a. s.*, s. 428.

⁷⁹ I fallet *Silver m.fl. mot Förenade Konungariket*, *a. a. s.* slog Europadomstolen fast att frågan om ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet rör både en prövning av själva klagomålet och frågan om gottgörelse.

⁸⁰ Mörk & Hermansson, *Enskildas rättskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppelargumentet i svensk rätt*, SvJT 2008, s. 239 f.

⁸¹ *Klass m.fl. mot Tyskland*, *a. a. s.*, para 63. Först i målet *Valsamis mot Grekland*, nr. 21787/93, dom den 18 december 1996, slog dock Europadomstolen fast ett separat brott mot artikel 13 EKMR där den inte också funnit brott mot andra konventionsrättigheter.

⁸² van Dijk & van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, s. 698.

klagomålet prövas under artikel 11 och även under artikel 13. Å andra sidan, när själva kärnan i huvudklagomålet är avsaknad av ett effektivt rättsmedel, och detta är något som redan krävs av en annan konventionsrättighet, så är det inte nödvändigt att dessutom pröva klagomålet under artikel 13.⁸³ Så har t.ex. Europadomstolen ansett vara fallet vid prövningar av artikel 5.4 och 5.5 EKMR som garanterar den som blivit frihetsberövad en rätt att få lagligheten av beslutet prövat samt ger en rätt till nationellt skadestånd då artikel 5 kränks. Artikel 5.4 och 5.5 har då setts som *lex specialis* i förhållande till den mer generella skyldigheten att tillhandhålla ett effektivt rättsmedel och domstolen har inte separat undersökt frågan om brott mot artikel 13.⁸⁴ På liknande sätt ger även artikel 3 i tilläggsprotokoll 7 en rätt till nationellt skadestånd då en oskyldig dömts till straff.

Även artikel 6.1, rätten till en rättvis domstolsprövning och artikel 13 är delvis överlappande. Europadomstolen har i praxis uttryckt detta genom att; ”the requirements of Article 13 are less strict than, and are absorbed by, those of Article 6.”⁸⁵ Tills helt nyligen har Europadomstolen menat att om ett förhållande fallit inom artikel 6 har det inte funnits något behov av att ytterligare pröva klagomålet mot artikel 13, detta eftersom artikel 6 ansetts utgöra *lex specialis* i förhållande till artikel 13. I Europadomstolens dom i *Kudla mot Polen*⁸⁶ från 2000, som avgjordes i stor sammansättning, konstaterade Europadomstolen dock att dess tidigare praxis angående artikel 6.1 skulle omvärderas i ljuset av det stora antal klagomål domstolen fick in gällande staternas misslyckande att leva upp till domstolsprövning inom skälig tid.

Domstolen framhöll att de kraftiga förseningarna och bristen på effektiva rättsmedel nationellt mot alltför långsam rättsskipning utgjorde ett hot mot effektiviteten hos både de nationella och de internationella övervakningssystemen för mänskliga rättigheter som konventionen var satt att garantera. Artikel 13 skulle därför hädanefter prövas separat även i förhållande till brott mot domstolsprövning inom skälig tid enligt artikel 6.1. De nationella rättsordningarna måste enligt artikel 13 tillhandhålla ett rättsmedel så att de långa väntetiderna undviks och att ersättning ges när sådana fördröjningar sker.⁸⁷ Kravet på effektiva rättsmedel mot långsam rättsskipning har medfört att flera stater infört en möjlighet till skadestånd sådana fall.⁸⁸ Inom de övriga områden som artikel 6.1 garanterar, skall kränkningar mot artikel 13 dock fortfarande prövas utifrån artikel 6 EKMR.⁸⁹

⁸³ Ovey & White, *a. a. s.*, s. 460 f.

⁸⁴ *de Wilde, Ooms and Versyp mot Belgium*, serie A nr. 12, dom den 18 juni 1971.

⁸⁵ *Kamasinski mot Österrike*, serie A nr. 168, dom den 19 december 1989.

⁸⁶ *Kudla mot Polen*, *a. a. s.*

⁸⁷ *Kudla mot Polen*, *a. a. s.*, paras 148-149, 156.

⁸⁸ Se för svensk del avseende skadestånd NJA 2005 s. 462 samt NJA 2003 s. 414 där kränkningen av konventionens beaktades vid påföljdsbestämningen.

⁸⁹ Ovey & White, *a. a. s.*, s. 467 f.

3.3 Vad är ett effektivt rättsmedel enligt Europadomstolens praxis?

Europakonventionens artikel 13 ger de nationella myndigheterna en auktoritet att handskas med klagomålet om avsaknad av rättsmedel vid konventionskränkningar men också att ge den rättelse och gottgörelse som krävs. Artikel 13 kräver inte ett specifikt rättsmedel utan konventionsstaterna har en viss bedömningsmarginal att själva välja hur de ska leva upp till skyldigheten att tillhandhålla effektiva rättsmedel.⁹⁰ Konventionen ger på så sätt staterna en processuell autonomi att själva välja formen för de inhemska rättsmedlen. Konventionsstaterna har dock bevisbördan inför Europadomstolen att visa att ett inhemskt rättsmedel är effektivt och uppfyller konventionens krav. Europadomstolen har i sin rättspraxis allt tydligare indikerat vad som utgör ett effektivt rättsmedel på en nationell nivå och därmed alltmer ”inkräktat” på medlemsstaternas processuella autonomi.⁹¹

Europadomstolen ställer inte något krav på att rättsmedlen ska vara juridiska, men de måste vara effektiva. Artikel 13 kräver alltså inte att den nationella myndigheten är en domstol utan även administrativa rättsmedel kan vara tillräckliga. Detta framgår av själva konventionstextens som stadgar en rätt inför en ”nationell myndighet”. Avgörande för om rättsmedlet i dessa fall skall anses som effektivt är vilka befogenheter det nationella organet har och vilka garantier som gäller för processen. Om den nationella myndigheten inte är en domstol kommer Europadomstolen att pröva dess komposition, makt och funktion för att se om den är genuint fristående och kapabel att rätta till klagandens situation, att den är ”effektiv”.⁹² De svenska myndigheterna JO och JK har trots sin självständighet inte bedömts vara ”effektiva” i artikelns betydelse.⁹³

Vad som bedöms som ett effektivt rättsmedel beror inte heller på graden av säkerhet för klaganden att nå ett för honom eller henne förmånligt resultat. Ett effektivt rättsmedel, som f.d. justitierådet och ledamoten av Europakommissionen för de mänskliga rättigheterna Hans Danelius uttryckt det ”medger en tillfredställande prövning av ett klagomål, oavsett om det leder till framgång för klaganden”.⁹⁴ Att klagandens yrkande vid en nationell myndighet avslagits har därför inte i Europadomstolen praxis i sig inneburit att det nationella rättsmedlet varit att betrakta som ineffektivt.⁹⁵

⁹⁰ Se exempelvis *Kaya mot Turkiet*, dom den 19 februari 1998, para 106.

⁹¹ Ovey & White, *a. a. s.*, s. 463-466.

⁹² Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 146-147

⁹³ *Segerstedt Wiberg m.fl. mot Sverige*, nr. 62332/00, dom den 6 juni 2006. Fallet gällde fem klaganden som önskade få upplysning om vad som fanns antecknad om dem i säkerhetspolisens register. Europadomstolen gjorde en genomgång av den kontroll som utövas av JK, JO, Datainspektionen och Registernämnden men fann det inte visat att dessa rättsmedel, ens tillsammans, uppfyller kravet på ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 och att artikel 13 således kränkts.

⁹⁴ Danelius, *a. a. s.*, s. 428.

⁹⁵ *Swedish Engine Drivers Union mot Sverige*, serie A nr 20, dom den 6 februari 1976, para 50.

Bedömningen av vad som utgör ett effektivt rättsmedel görs utifrån omständigheterna för den specifika klagande. Det rättsmedel som står till buds måste vara effektivt, inte bara i för individer i allmänhet men i praktiken för den enskilde och vara praktiskt möjligt att använda. Rättsmedlet måste också kunna ge en praktisk effekt så att en åtgärd kan prövas innan den får effekt, exempelvis möjligheten att överklaga en utvisning före verkställandet. Rättsmedlet skall inte bara vara en formell möjlighet utan anses som en reell möjlighet till prövning av jurister och andra sakkunniga.

En tydlig indikation på ett effektivt rättsmedel kan vara inhemsk praxis som visar att ett rättsmedel används i liknande situationer. En avsaknad av tydlig rättspraxis kan motsatsvis visa på att ett rättsmedel inte i praktiken är tillgängligt.⁹⁶ De svarande konventionsstaterna tenderar ofta att peka på några procedurer inom den inhemska rättsordningen där vissa aspekter av den enskildes klagomål kan prövas. Europadomstolen har dock alltmer betonat att det tillgängliga rättsmedlet skall vara ett effektivt sätt att pröva klagandens specifika fråga om ett konventionsbrott.⁹⁷ Även om inte ett enskilt rättsmedel lever upp till konventionens krav kan det sammantagna systemet av rättsmedel dock vara tillräckligt för att leva upp till kraven under artikel 13.⁹⁸

Europadomstolen har ansett att artikel 13 inte ger en rätt till ett rättsmedel för att pröva om nationell lagstiftning överensstämmer med konventionen, dvs. för att klaga på inhemsk lagstiftning *in abstracto*.⁹⁹ Det har ansetts alltför långtgående att kräva av konventionsstaterna att de inför en sådan rätt till lagprövning i förhållande till konventionen. Att läsa in en sådan skyldighet i artikel 13 skulle innebära att konventionsstaterna också var skyldiga att inkorporerade Europakonventionen till inhemsk rätt, något som inte ansetts vara fallet.¹⁰⁰ Ett klagomål enligt artikel 13 får istället rikta in sig på tillämpningen av den nationella lagstiftningen och inte dess innehåll. Under vissa omständigheter har Europadomstolen ansetts det vara tillräckligt att nationell lagstiftning existerar, kombinerat med en sannolikhet att individen ifråga kommer att drabbas av dess tillämpning, för att en enskild ansetts vara ett offer i konventionsrättslig mening.¹⁰¹

⁹⁶ Danelius, *a. a. s.*, s. 429.

⁹⁷ Ovey & White, *a. a. s.*, s. 465.

⁹⁸ *Čonka mot Belgien*, nr. 51564/99, dom den 5 februari 2002, para. 75.

⁹⁹ Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 569.

¹⁰⁰ Det är möjligt att uppfylla Europakonventionens förpliktelser antingen genom att som Sverige, inkorporera konventionen och så direkt göra den tillämplig i nationell rätt, eller att i inhemsk rätt ge tillräckliga garantier för överensstämmelse med konventionen. Europadomstolen har i praxis varit försiktig och inte anvisat någon särskild metod för att ge effekt åt konventionens bestämmelser. De flesta konventionsstater har idag transformerat konventionen till nationell lag och då finns också normalt sätt möjligheter att pröva förenligheten av en nationell lag med konventionens krav. Jfr Danelius, *a. a. s.*, s. 33 samt Jacobs & White, *a. a. s.*, s. 471.

¹⁰¹ *A mot Förenade Konungariket*, nr. 35373/97, dom den 17 december 2002. Danelius, *a. a. s.*, s. 435.

3.4 Gottgörelsen

3.4.1 Prövningen om gottgörelse görs både nationellt och internationellt

Begreppet effektiva rättsmedel har, så som inledningsvis konstaterades, en vidare innebörd i Europadomstolens praxis än att enskilda endast har rätt till en förnyad prövning och få en kränkning av konventionens rättigheter erkänd. Europadomstolens prövning innehåller också ett andra led som innebär att även frågan om rättelse och compensation skall prövas enligt artikel 13. En sådan gottgörelse måste enligt Europadomstolen vara praktisk och effektiv.¹⁰² Gottgörelse och compensation för en kränkning av konventionens rättigheter kan lämnas i flera olika former, både nationellt och på ett internationellt plan, inför Europadomstolen.

Gottgörelse kan ske dels i form av ekonomisk ersättning enligt de nationella skadeståndsreglerna och dels genom möjligheten för Europadomstolen att enligt artikel 41 EKMR utdöma ekonomisk ersättning som ”skälig gottgörelse” för ett konstaterat konventionsbrott. Men gottgörelsen kan även vara av en icke-ekonomisk natur och på ett nationellt plan bestå exempelvis av möjligheten att mildra en straffpåföljd, lägga ner ett åtal eller sätta ner ett skattetillägg. En viktig form av icke-ekonomisk gottgörelse är att den nationella domstolen liksom Europadomstolen fastställer att en kränkning av konventionens rättigheter skett. Värdet av ett sådant konstaterande om att ett brott begåtts torde bero på hur erkännandet formuleras och på vilket organ som fastslår en kränkning. För att uppnå skälig gottgörelse i ett specifikt fall kan de olika formerna av gottgörelse, både på nationell och på internationell nivå kombineras.¹⁰³

En närmast självklar förutsättning för att Europadomstolen skall tillerkänna en klagande skadestånd är att denne lidit skada till följd av kränkningen av dess konventionsrättigheter och kan betraktas som ett offer i konventionens mening, enligt artikel 34. I det fall den klagande redan fört en skadeståndstalan på nationell nivå där en kränkning konstaterats och det dessutom utgetts gottgörelse för brottet, i enlighet med konventionens subsidiaritets- och effektivitetsprincipen, kan på så sätt en individs status som offer inför Europadomstolen upphävas. Det är dock viktigt att det finns ett tydligt inhemskt erkännande om brott mot konventionen och att det framgår att syftet med den inhemska gottgörelsen varit att kompensera för den aktuella konventionskränkningen, något som skall ske på ett tydligt och mätbart sett.¹⁰⁴

¹⁰² Bratt & Södergren, *a. a. s.*, s. 420.

¹⁰³ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 528.

¹⁰⁴ Se t.ex. *Pietiläinen mot Finland*, nr. 35999/97, dom den 5 november 2002, para 44.

Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 529 f.

3.4.2 Inhemskt skadestånd ”när det finns skäl därtill”

I Europadomstolens rättspraxis ges riktlinjer för de situationer och grunder som ger enskilda rätt till gottgörelse i form av ekonomiskt och ideellt skadestånd vid konventionskränkningar. Av domstolens rättspraxis framgår att ett inhemskt rättsmedel inte nödvändigtvis behöver resultera i ekonomisk kompensation, men att det i vissa fall krävs att frågan om ekonomisk ersättning prövas för att kravet på effektiva nationella rättsmedel ska anses vara uppfyllt.¹⁰⁵

Europadomstolens uttalanden angående skadestånd och i vilka situationer det skall utgå nationellt, särskilt vid ersättning för ideell skada, synes dock ofta vara av en icke-principiell natur, något som kan förklaras av domstolens kasuistiska domskrivningsteknik. Detta innebär att Europadomstolens normalt avhåller sig från att ge generell vägledning av ett rekvisit eller tolkningen av ett begrepp, utan framhåller att domstolen framför allt prövar de enskilda omständigheterna som rests inför den och även vad det gäller skadestånd drar slutsatser som rör det specifika fallet.¹⁰⁶ Vid en nationell talan om skadestånd kan det därför vara problematiskt att översätta Europadomstolens praxis till inhemsk civilrätt.¹⁰⁷

I fallet *TP och KM mot Storbritannien*¹⁰⁸ verkar Europadomstolen dock frångå sitt klassiska förhållningssätt att begränsa omständigheterna till det specifika fallet och ger vad som framstår som ett generellt uttalande om klagandens rätt till både ekonomiskt och ideellt skadestånd enligt artikel 13 EKMR.¹⁰⁹ Europadomstolen som i fallet dömde i stor sammansättning var enig, något som är ovanligt i pleniavgörande. Omständigheterna i fallet var att en brittisk domstol hade funnit att en lokal barnavårdsnämnd vid utövandet av sina uppgifter inte handlat under skadeståndsansvar. Europadomstolen ansåg att de enskilda som på rimlig grund påstod att myndigheten brutit mot artikel 8 EKMR, rätt till familje- och privatliv, därmed saknade ett effektivt rättsmedel i nationell rätt. Europadomstolen menade att när det är lämpligt i princip alltid ska finnas en rätt till ekonomiskt och ideellt skadestånd för brott mot konventionen. Europadomstolen slog så fast att inhemskt skadestånd i princip skall kunna utgå ”när det finns skäl därtill” (in appropriate cases), som en del av gottgörelsen på grund av en konventionskränkning.¹¹⁰

”För den händelse rimligt grundade påståenden om kränkningar av en eller flera rättigheter i Konventionen föreligger, måste det för offret finnas tillämpligt en mekanism som syftar till att fastställa statliga tjänstemän eller enheters ansvar för kränkningarna. Härutöver, när det finns skäl därtill, måste möjlighet till kompensation

¹⁰⁵ *Kudla v. Polen, a. a. s.*, paras 159-160.

¹⁰⁶ Bratt & Södergren, *a. a. s.*, s. 411.

¹⁰⁷ Andersson, *Nationell EKMR - skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss*, JFT 5-6/2007 s. 392. Andersson förklarar detta med att Europadomstolen riktar in sig på problematiken kring den folkrättsliga materiella kränkningen av en viss artikel och inte på specifika frågor om skadestånd.

¹⁰⁸ *TP och KM mot Storbritannien, a. a. s.*

¹⁰⁹ Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05, s. 766.

¹¹⁰ *TP och KM mot Storbritannien, a. a. s.*, para. 107.

för ekonomisk och ideell skada till följd av kränkningarna ingå som en del av gottgörelsepaketet.”¹¹¹

3.4.3 Europadomstolens praxis om skälig gottgörelse

Uttrycket ”när det finns skäl därtill” har i doktrin tolkats så att skadestånd skall utgå nationellt i de situationer där Europadomstolen utdömer skadestånd i enlighet med artikel 41 i konventionen.¹¹² Artikel 41 ger Europadomstolen en möjlighet att tillerkänna klaganden *skälig gottgörelse* (just satisfaction) när den nationella rättsordningen endast till en viss del, eller inte alls, lämnat ersättning för den skada som konventionskränkningen orsakat. Syftet med gottgörelsen under artikel 41 är att klaganden så långt det är möjligt skall försättas i samma situation som om en kränkning av dess rättigheter inte skett. Artikel 41 innebär dock inte en automatisk rätt till ekonomisk kompensation i de fall Europadomstolen funnit att en kränkning av konventionen ägt rum. Vad som anses utgöra skälig gottgörelse i ett specifikt fall beror bl.a. på omständigheterna i fallet, karaktären av den rättighet som överträtts, kränkningens omfattning, och hur klaganden själv agerat.¹¹³

Det är klaganden som har bevisbördan för att visa att denne lidit skada på grund av konventionsbrottet samt att påvisa att det föreligger ett orsakssamband mellan skadan och myndigheternas agerande. Som huvudregel skall kränkningen av konventionen utgöra den avgörande orsaken till klagandes skada men Europadomstolen har i vissa fall gjort avsteg från denna huvudregel och dömt ut skadestånd även då konstaterad kränkning endast delvis bidragit till skadan. Det förefaller generellt inte som att domstolen betonar rättsliga detaljfrågor om kausalsamband i sina avgöranden.¹¹⁴

Strasbourgdomstolen kan ålägga konventionsstaterna att ersätta såväl *ekonomisk skada* (pecuniary damage) som drabbat klaganden, som *ideell skada* (non-pecuniary damage) samt för processkostnader förknippade med prövningen inför nationella myndigheter och inför Europadomstolen. Ekonomiska skador exempelvis i form av sakskador, inkomstförlust, kostnader på grund av betalda böter eller skatter ersätts som regel om ett tillräckligt orsakssamband kan konstateras. Vad som utgör ersättningsgilla ideella skador är mer oklart men Europadomstolen har bl.a. utdömt ideellt skadestånd för att ersätta psykiskt lidande, oro och en mängd olika känslor som vanmakt, stress, ångest, övergivenhet och andra olägenheter på grund av kränkningen. Även allmänna ekonomiska problem, skada på hälsan och lägre levnadsstandard är

¹¹¹ Svensk översättning av Jan Södergren i, Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05, s. 766. Den eng. versionen lyder: ”Furthermore in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress.”

¹¹² Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05, s. 766.

¹¹³ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 540.

¹¹⁴ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 534 f.

sådant som ersatts som ideell skada.¹¹⁵ Europadomstolen har också, trots att svarandestaten menat att bevisningen varit bristfällig, i vissa fall utgått från att klagande lidit någon form av ideell skada och på så sätt godtagit att vissa känslor inte kan påvisas konkret.¹¹⁶ Europadomstolen gör ofta en relativt fri skälighetsbedömning av det ideella skadeståndets storlek och ersättning för ideell skada utdöms ofta med betydande belopp.¹¹⁷ Är den ekonomiska skadan svårbedömd eller om det är svårt att dra en gräns mellan ekonomisk och ideell skada gör domstolen vanligtvis en helhetsbedömning där både ekonomisk och ideell skada vägs in på en skälighetsbasis, en s.k. ”global assessment”.¹¹⁸

Även juridiska personer har i Europadomstolens rättspraxis tillerkänts ersättning för ideella skador så som skada på bolagets rykte, osäkerheter i planering eller oro hos företagsledningen i samband med ett konstaterat brott mot artikel 6.1 EKMR.¹¹⁹ I de flesta fall där Europadomstolen prövat frågan om bolags rätt till ideellt skadestånd har dock domstolen bedömt att de nationella myndigheternas ersättning av ekonomisk skada samt erkännande av en konventionskränkning varit tillräckligt gottgörelse för att kompensera en kränkning av konventionens rättigheter och inte tillerkänt ideell ersättning.¹²⁰

I många fall kan skälig gottgörelse enligt artikel 41 bestå av att Europadomstolen nöjer sig med att konstatera att en kränkning skett av konventionens rättigheter. Så har främst varit fallet då konventionskränkningen har haft en mindre betydelse för klaganden eller är av en formell eller processuell karaktär.¹²¹ Europadomstolen har även bedömt att inhemsk kompensation tillsammans med ett erkännande om kränkningen från domstolen vara skälig gottgörelse. Sådan nationell gottgörelse kan t.ex. i brottmål bestå av att det allmännas anspråk på den enskilde minskas så att påföljden mildras till den klagandes fördel eller att ett åtal läggs ner. Slutligen bedömer Europadomstolen i vissa fall att också skadestånd skall utgå för att klaganden skall få skälig gottgörelse enligt artikel 41.

Frågan om vilka rättighetskränkningar som enligt Strasbourg domstolens rättspraxis lämpar sig för en gottgöras i form av skadestånd har berörts i flera rättsfall men det är trots domstolens rika praxis svårt att ge ett generellt svar på frågan. Europadomstolen har i praxis framhållit att ”the nature of the rights at

¹¹⁵ Jfr Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05, s. 770 samt Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 534 f.

¹¹⁶ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 536.

¹¹⁷ Några exempel är fallet *Z m.fl. mot Förenade Konungariket*, nr. 29392/95, dom den 10 maj 2001, där myndigheterna inte ingripit mot vanvård av barn, något som bedömdes bryta mot artikel 3 och ideellt skadestånd dömdes ut om ca 480 000 kr till vardera av de fyra barnen. Ett annat exempel är en serie fall som rörde avskedande inom den brittiska militären på grund av homosexualitet. Europadomstolen fastslog att den brittiska försvarsmakten brutit mot artikel 8 och de klagande tillerkändes ett ideellt skadestånd motsvarande 285 000 kr var. *Lustig-Prean och Beckett mot Förenade Konungariket*, nr.31417/96 och nr. 32377/96, dom den 25 juli 2000 samt *Smith och Grady mot Storbritannien*, nr. 33985/96 och nr. 33986/96, dom den 25 juli 2000.

¹¹⁸ Bratt & Södergren, *a. a. s.*, s. 420.

¹¹⁹ *Comingersoll SA mot Portugal*, nr 35382/97, dom den 6 april 2000, para 32.

¹²⁰ Södergren, *Kan bolag tillerkännas mänskliga rättigheter?* ERT 2007, s. 673 f.

¹²¹ Danelius, *a. a. s.*, s. 52.

stake has implications for the type of remedy”.¹²² Vid brott mot artikel 2 (rätt till liv) och 3 (förbud mot tortyr), men även vid brott mot artikel 6.1 (rätt till domstolsprövning inom skälig tid) har ideellt skadestånd regelmässigt dömts ut.¹²³ Av fallet *Z m.fl. mot Förenade Konungariket* följer att det i princip måste finnas en möjlighet att föra en skadeståndstalan vid kränkningar av artikel 2 och 3 EKMR. Trots att det inte finns en formell hierarki har domstolen betonat att dessa rättigheter tillhör de mest “fundamentala” i konventionen.¹²⁴ Som vi sett har Europadomstolen även angående kränkningar av artikel 6.1 EKMR ställt upp ett mer generellt krav på en möjlighet till nationellt skadestånd.¹²⁵

Europadomstolen har i praxis dömt ut ideellt skadestånd som gottgörelse vid konventionsbrott mot ett stort antal av konventionens rättigheter, ex. artikel 8, rätt till skydd för familje- och privatlivet (som var fallet i *TP och KM mot Förenade Konungariket*) och artikel 10, kränkningar av yttrandefriheten.¹²⁶ Även kränkningar av mer ”okända” rättigheter som rätten till rörelsefrihet i enlighet med artikel 2 i fjärde tilläggsprotokollet¹²⁷, rätten att kandidera till val, enligt artikel 3 första tilläggsprotokollet samt artikel 11, rätt till föreningsfrihet har inneburit att Europadomstolen utdömt ekonomiskt och ideellt skadestånd.¹²⁸

De skadeståndsnivåer som Europadomstolen dömer ut blir vägledande även för de nationella domstolarna vad det gäller skadeståndets storlek. Europadomstolen har i stor sammansättning i målet *Scordino*¹²⁹ slagit fast att de nationella ersättningsnivåerna kan variera från ett land till ett annat, men att de inte *avsevärt* får understiga Europadomstolens egen praxis om skälig gottgörelse. Domstolens avgörande talar för att varje underkompensation av skadelidande i form av lägre skadeståndsnivåer än vad Europadomstolen själv tillämpar, inte alltid kan ses som en kränkning av artikel 13. Vad det gäller kränkningar av artikel 6.1 har Europadomstolen genom sitt avgörande i *Zullo mot Italien* etablerat en taxa för beräkningen av ideellt skadestånd vid oskäligt långa handläggningstider.¹³⁰ Europadomstolen har i ett andra avgörande i samma fall, *Zullo II* uttalat att endast i de fall när en konventionsstat introducerat andra former av gottgörelser kan en ersättning som är lägre än det som Europadomstolen utdömer accepteras. Den nationella ersättningsnivån får inte vara orimlig utan skall överensstämma med den juridiska traditionen och levnadsnivån i det aktuella konventionsstaten och det krävs att avgörandena är snabba, motiverade och verkställas mycket snart.¹³¹

¹²² *Öneryildiz mot Turkiet*, nr. 48939/99, den 30 november 2004, para 147.

¹²³ Angående ideellt skadestånd vid brott mot artikel 2 och 3 EKMR se ex. *Bubbins mot Förenade Konungariket*, nr. 50196/99, dom den 13 mars 2005 och *Keenan mot Förenade Konungariket*, nr. 27229/95, den 3 april 2001 samt *Öneryildiz mot Turkiet, a. a. s.*

¹²⁴ *Z m.fl. mot Förenade Konungariket, a. a. s.*, para 110.

¹²⁵ *Kudla mot Polen, a. a. s.*

¹²⁶ *Dalban mot Rumänien*, nr. 28114/95, den 28 september 1999.

¹²⁷ *Bolat mot Ryssland*, nr. 14139/03, den 5 oktober 2006.

¹²⁸ *Zdnaoka mot Lettland*, nr. 58278/00, den 17 juni 2004.

¹²⁹ *Scordino m.fl. mot Italien*, nr. 36813/97, dom den 27 mars 2003, dom i stora kammaren den 29 mars 2006.

¹³⁰ *Zullo mot Italien*, nr 64897/01, dom den 10 november 2004, dom i den stora kammaren den 29 mars 2006.

¹³¹ *Zullo I, a. a. s.*, dom i den stora kammaren den 29 mars 2006, paras 98-99.

3.5 Slutsats

Sammanfattningsvis kan sägas att konventionsstaterna enligt artikel 13 EKMR har en skyldighet att tillse att de finns en möjlighet för en enskild att få ett rimligt grundat klagomål om överträdelse av konventionen prövat, att få kränkningen fastställd samt bli kompenserad för denna kränkning. De nationella domstolarna har för att avgöra huruvida skadestånd skall utgå i ett specifikt fall, och i så fall med vilket belopp, att studera Europadomstolens praxis. Ekonomiskt och ideellt skadestånd skall i princip finnas tillgängligt i de fall som Europadomstolen utdömer skadestånd, vid inhemskt konstaterade överträdelser av konventionen, såvida inte tillräckligt nationell kompensation kan utgå på annat sätt.

4 Rätten till ett effektivt rättsmedel inom EG-rätten

4.1 Kravet på ett effektivt rättsskydd i EG-domstolens praxis

En konsekvens av EG-domstolens utveckling av principerna om direkt effekt och företräde var, som tidigare påpekats, att det blev möjligt för enskilda att grunda en talan inför en nationell domstol på gemenskapsrätten. Frågan var dock vilka processuella regler och sanktioner som skulle gälla när överträdelse av EG-rätten prövades i inhemsk rätt. Det saknas på EU nivå en gemensam lagstiftning om sanktioner och rättsmedel annat än i vissa specifika frågor.¹³² EG-domstolen var till en början motvillig att skapa nya rättsmedel för skyddet av dessa rättigheter och domstolen betonade till en början medlemsstaternas *processuella autonomi* vad det gällde inhemska sanktioner och rättsmedel. Principen innebar att gemenskapsrätten gavs effekt i enlighet med de nationella procedurer och villkor som nationell rätt erbjöd. EG-domstolen ställde dock upp två krav på *likhet* och *effektivitet* så att de inhemska reglerna skulle tillämpas lika på nationella och gemenskapsrättsliga krav, dvs. icke-diskriminerande, samt att de i praktiken inte gjorde en talan om utövandet av gemenskapsrättigheter omöjlig.¹³³

EG-domstolen har i praxis alltmer skärpt kravet på effektivitet på bekostnad av medlemsstaternas processuella autonomi, så att de nationella rättsmedel som står till buds skall skydda de gemenskapsrättsliga rättigheterna tillräckligt effektivt. Utifrån en ändamålsenlig tolkning av EG-fördragets allmänna lojalitetsplikt i artikel 10 har EG-domstolen betonat skyldigheten för medlemsstaterna att på en nationell nivå skapa en konstruktion för verkställandet av enskildas gemenskapsrättigheter, oavsett om de finns i den inhemska rättsordningen eller inte.¹³⁴

Principen om effektiva rättsmedel eller *rättsskyddsprincipen* som den också kallas är en av de allmänna rättsprinciper som EG-domstolen utvecklat i rättspraxis och som domstolen efter hand utvunnit allt mer detaljerade förpliktelser ur. I fallet *Johnston* bekräftade EG-domstolen att den gemenskapsrättsliga principen om ett effektivt rättsskydd härletts från

¹³² Exempel på sådan rättsmedelsharmonisering är de s.k. rättsmedelsdirektiven vid offentlig upphandling samt i diskrimineringsfrågor. Det finns dock indikationer på att EG-rätten utvecklas mot ett gemensamt sanktionssystem, främst inom konkurrensrätten. I fallet *C-453/99 Courage* [2001] ECR I-6297 har EG-domstolen även öppnat för att gemenskapsrätten kan läggas till grund för skadeståndskrav mellan enskilda.

¹³³ Mål 33/76 *REWE* [1976] ECR 1989 samt Craig & de Búrca, *EU-law*, s. 231.

¹³⁴ Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, s. 50. Lojalitetsplikten innebär också en skyldighet för medlemsstaterna att tolka och tillämpa nationell rätt i ljuset av gemenskapsrätten.

medlemsstaternas konstitutionella traditioner och Europakonventionens artikel 6 och 13,¹³⁵ något som bekräftats i en rad rättsfall.¹³⁶

*”Domstolen har baserat rätten till en effektiv domstolsprövning på författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna samt på artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna...”*¹³⁷

Principen om tillgång till ett effektivt rättsmedel, i form av en effektiv rättslig prövning inför en behörig domstol är således en fundamental rättsprincip inom gemenskapsrätten som förpliktigar den nationella domstolen att tillhandhålla den enskilde en rättslig prövning av sina gemenskapsrättigheter, även om detta inte är möjligt enligt nationell rätt.¹³⁸ Vad den gemenskapsrättsliga rättsskyddsprincipen kräver är dock inte alltid enkelt att avgöra eftersom innebörden av vad som är ett ”effektivt rättsskydd” utvecklas fortlöpande i EG-domstolens praxis. De rättsmedel som EG-domstolen hittills har skapat har framför allt gällt i relation till det allmänna, bl.a. en skadeståndsskyldighet för staten (se Francovich-principen nedan i 4.2.), en rätt att överklaga förvaltningsbeslut, en skyldighet för medlemsstaterna att återbetala avgifter som uttagits i strid med EG-rätten och en rätt att få inhemska rättigheter som strider mot gemenskapsrätten satt åt sidan.¹³⁹ EG-domstolen har även öppnat för att gemenskapsrättsligt skadestånd kan aktualiseras vid överträdelse av EG-rätten även i förhållande mellan enskilda parter.¹⁴⁰

4.2 Francovich-principen

Effektivitetstanken har med tiden kommit att bli central för EG-domstolen i dess judiciella aktivism och domstolen har gått från att enbart förbjuda inhemska hinder som motverkar förverkligandet av den gemensamma marknaden till att själv skapa rättsmedel. I fallet *Francovich* slog EG-domstolen för första gången fast att en medlemsstat kan bli skadeståndsskyldig för de skador som en enskild individ orsakats genom att staten inte implementerat ett EG-rättsligt direktiv.¹⁴¹ EG-domstolen ansåg att det var nödvändigt att medlemsstaterna vid överträdelse av EG-rätten tillhandhöll ett *specifikt* rättsmedel i form av skadestånd, för att gemenskapsrättens effektivitet likväl som skyddet av den enskildes rättigheter inte skulle hotas. En sådan

¹³⁵ Mål C-222/84 *Johnston* [1986] ECR 01651, para 18.

¹³⁶ Se t.ex. *Heylens* [1987] ECR 04097, para 14 och *Borelli mot Kommissionen* [1992] ECR 06313, para 14.

¹³⁷ Mål C-131/03 *P R.J. Reynolds Tobacco Holding v. Commission* [2006] ECR I-7795, para 30.

¹³⁸ Se exempelvis mål C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, mål C-222/86 *Heylens, a. a. s.* och *Borelli mot Kommissionen, a. a. s.*

¹³⁹ Engström, *RÅ Ref 108 och rätten till ett ”effektivt rättsmedel”*, ERT 2005 s. 347.

¹⁴⁰ I målet C-453/99 *Courage* [2001] ECR I-6297 som rörde ett konkurrensbegränsande avtal.

¹⁴¹ Förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich* ECR I-5357. Den nationella domstolen hade i *Francovich* frågat EG-domstolen om det fanns något annat sätt för den enskilde att få ersättning för skada som orsakats henne på grund av att Italien inte hade införlivat ett direktiv, vilket innebar att det saknades en möjlighet för henne att göra den horisontella direkta effekten av direktivets rättigheter gällande. EG-domstolen tillhandhöll, genom möjligheten till skadestånd, så enskilda ett alternativt rättsmedel till vissa rättigheters direkta effekt.

skadeståndsprincip var enligt EG-domstolen en väsentlig del av fördragets systematik, ”inherent in the system of the Treaty”.

I en rad senare fall har sedan EG-domstolen utvecklat principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar vid överträdelse av gemenskapsrätten till att också omfatta lagstiftning, underlåtenhet att lagstifta, förvaltningsbeslut eller beslut av andra offentliga organ. Medlemsstaternas skadeståndsansvar för överträdelse av gemenskapsrätten omfattar alla skadeståndsgrundande överträdelse av EG-rätten oavsett om de aktuella bestämmelserna har direkt effekt eller inte och oavsett av vilken myndighetsnivå som orsakat skadan.¹⁴² I fallet *Köbler* från 2003 slog EG-domstolen fast att medlemsstaternas skadeståndsansvar även omfattar skada som vållats genom felaktigt rättstillämpning av nationella domstolar som dömer i sista instans och som strider mot gemenskapsrätten.¹⁴³ I målet fann EG-domstolen också att nationella domstolar som felaktigt underlåter att inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen när de varit förpliktigade att göra detta kan ådra staten en skadeståndsskyldighet mot enskilda.¹⁴⁴ Även nationell lagstiftning som strider mot gemenskapsrätten kan leda till skadeståndsskyldighet för staten.¹⁴⁵

EG-domstolen har efter Francovich i en rad fall preciserat och vidareutvecklat villkoren för medlemsstaternas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten.¹⁴⁶ Tre grundläggande villkor har uppställts; den rättsregel som har överträtts skall *ha till syfte att ge enskilda rättigheter, statens överträdelse skall vara tillräckligt klar* och det krävs slutligen att det föreligger ett *direkt orsakssamband* mellan statens åsidosättande av sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten och den skada som drabbat den enskilde. Det räcker att de tre kraven ovan är uppfyllda och EG-domstolen har betonat att ytterligare krav, på exempelvis försummelse, inte får ställas. EG-domstolen har dock menat att vissa element i de olika nationella begrepp som uppställts för att avgöra om staten varit försumlig kan vara relevanta i bedömningen om överträdelsen av gemenskapsrätten varit tillräckligt klar.¹⁴⁷

I normalfallet är svårigheten för den enskilde att visa på en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten från det allmännas sida. Bedömningen av om en tillräckligt allvarlig överträdelse föreligger har i praxis ansetts bero på den aktuella bestämmelsens klarhet och precision och det mått av

¹⁴² Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, s. 51.

¹⁴³ Mål C-224/01 *Köbler* [2003] ECR I-10239. Medlemsstaternas ansvar begränsas dock genom att staterna endast i undantagsfall ådras ett skadeståndsansvar, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt åsidosatt gällande rätt, se para 53 i domen.

¹⁴⁴ Enligt artikel 234. 3 EGF har en de högsta nationella dömande instanserna en skyldighet att begära ett s.k. förhandsavgörande eller tolkningsbesked från EG-domstolen om det kan anses nödvändigt för att den nationella domstolen skall kunna döma i saken.

¹⁴⁵ Så var ex. fallet i de förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pecheur* [1996] ECR I-1029.

¹⁴⁶ Främst de förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pecheur*, a. a. s, mål C-213/89 *Factorame* [1990] ECR I-2433, de förenade målen C-178-9/94, 188-90/94 *Dillenkofer* [1996] ECR I4845, mål C-5/94 *Hedley Lomas* [1996] ECR I-2553 samt mål C-224/01 *Köbler a. a. s*.

¹⁴⁷ Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pecheur*, a. a. s, para 56-57 och 75-80. Domstolen hänvisar till nationella begrepp som eng. ”fault” och fra. ”faute” men väljer dock att skapa ett eget uttryck för ansvar, nämligen att överträdelsen ska vara ”tillräckligt allvarlig”.

handlingsutrymme regeln lämnar åt medlemsstaterna.¹⁴⁸ Detta handlingsutrymme för medlemsstaterna krymper exempelvis om det finns klara rättsliga riktlinjer från EG-domstolen eller Kommissionen på det aktuella området.¹⁴⁹ Bedömningen av överträdelsens karaktär påverkas också av om överträdelsen framstår som ursäktlig eller skett oavsiktligt.¹⁵⁰ Att inte i tid implementera ett direktiv eller att bryta mot klar rättspraxis från EG-domstolen är sådan som enligt EG-domstolen i princip alltid skall ses som en tillräckligt klar överträdelse. På grund av de mänskliga rättigheternas fundamentala karaktär, bör även ett åsidosättande av dessa rättigheter normalt utgöra en sådan tillräckligt klar överträdelse som medför ett skadeståndsansvar för medlemsstaterna.¹⁵¹

Angående rollfördelningen mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna i medlemsstaterna har EG-domstolen betonat att det är den nationella domstolen som i det enskilda fallet skall bedöma om förutsättningarna för ett skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten föreligger. Medan den nationella domstolen har att pröva rätten till skadestånd direkt utifrån de kriterier som EG-domstolen utformat är det dock med tillämpning av de nationella process- och skadeståndsreglerna i respektive medlemsstat som staten har att ersätta uppkommen skada.¹⁵²

Vilken domstol som skall hantera skadeståndskrav på grund av brott mot EG-rätten och det faktiska bestämmandet av ersättningens storlek bestäms således utifrån den inhemska rätten. Inga ytterligare krav, utöver de tre villkor som EG-domstolen själv ställt upp för skadeståndsansvar får resas, men det har däremot ansetts tillåtet för den nationella domstolen att begränsa ersättningen i fall där individen inte kan visa att denne försökt att begränsa den skada som drabbat denne exempelvis genom att i tid använda sig av andra tillgängliga rättsmedel.¹⁵³ EG-domstolen ger som utgångspunkt medlemsstaterna en bedömningsmarginal att själv bedöma vilken ersättning som skall ges i ett enskilt fall men har vidhållit de minimikrav för den nationella rättsordningen om *likhet* och *effektivitet* som domstolen betonat i praxis.¹⁵⁴ Kan inte den nationella lagen uppfylla dessa minimikrav skall den åsidosättas och rätten till skadestånd istället prövas enligt de principer som EG-domstolen utvecklat.¹⁵⁵ Gemenskapsrättens krav på effektiva rättsmedel aktualiseras därför främst i den mån inhemska rättsmedel inte uppfyller kravet på effektivitet eller då det saknas inhemska rättsmedel för en viss typ av skada.

¹⁴⁸ Bernitz & Kjellgren, *a. a. s.*, s. 92.

¹⁴⁹ Mål C-292/93, *ex parte British Telecommunications* [1996] ECR I-1631.

¹⁵⁰ SOU 1997:194, *Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler*, s. 68.

¹⁵¹ van Gerven, *Remedies for Infringements of Fundamental Rights*, European Public Law, s. 262.

¹⁵² SOU 1997:194, s. 57 och 118.

¹⁵³ Bernitz & Kjellgren, *a. a. s.*, s. 93.

¹⁵⁴ Se avsnitt 4.1. Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur och Factorame III*, *a. a. s.*, para 67 och 83-84.

¹⁵⁵ SOU 1997:194, s. 121

4.2.1 Kravet på adekvat ersättning

Francovich-doktrinen om medlemsstaternas skadeståndsansvar har sedan 1996 tillämpats av EG-domstolen i vitt skilda kontexter, bl.a. likabehandling, offentlig upphandling, vid felaktigt uttagna avgifter och anställningsskydd.¹⁵⁶ Utifrån EG-domstolens rättspraxis kan utläsas vissa konkreta krav på det materiella skadeståndets omfattning när väl en skadeståndsskyldighet för staten fastställts. Domstolens utgångspunkt är att den nationella ersättningen skall motsvara den faktiskt uppkomna skadan och den skadelidande har en rätt att få en, i proportion till den skada som orsakats, adekvat ersättning.¹⁵⁷

I fallet *Von Colson* behandlade EG-domstolen frågan om det krävdes att det fanns en skadeståndssanktion i situationer som föll under det s.k. likabehandlingsdirektivet, som rörde könsdiskriminering inom arbetslivet.¹⁵⁸ EG-domstolen menade att trots att det aktuella direktivet i fråga inte krävde en skadeståndssanktion så krävde gemenskapsrätten att den nationella sanktion som var tillgänglig gav ett reellt och effektivt rättsligt skydd. Denna sanktion skulle vara effektiv och ha en avskräckande effekt, vara adekvat i förhållande till den skada som drabbat den enskilde och ersätta mer än endast formell skada, som t.ex. de kostnader den skadelidande drabbats av i samband med klagomålet.¹⁵⁹ Kravet på adekvat ersättning, har också ansetts innebära att beloppsbegränsningar för skadeståndsbeloppet inte kan upprätthållas och att det ska vara möjligt att få ersättning även för ränta.¹⁶⁰

EG-domstolen har i flera fall rörande könsdiskriminering betonat att ”naturauppfyllelse” i form av anställning eller återanställning i praktiken är de enda alternativen till skadestånd för att uppfylla kraven på effektiva sanktioner i dessa fall.¹⁶¹ Det är svårt att säga vilken bäring EG-domstolens avgöranden om könsdiskriminering har för det gemenskapsrättsliga kravet på skadeståndet som ett effektivt rättsmedel generellt. Man torde trots allt kunna dra slutsatsen att EG-domstolen ger ett starkt skydd för skadeståndsbeloppets storlek och att en adekvat ersättning ska ge ett reellt och effektivt skydd och medföra en avskräckande effekt.¹⁶²

Vad det gäller utformningen av de processuella och materiella skadeståndsreglerna och vilka skador som ersätts har EG-domstolen exempelvis bedömt att ersättning skall vara möjlig för ränta, utebliven vinst och att olika preskriptions- eller jämningsregler inte får inskränka den enskildes rätt alltför mycket. Det förefaller som att EG-domstolen ännu inte tagit ställning till om

¹⁵⁶ Flynn, *Enforcement of EC law: Protection of individual's rights in national courts*, ERT 2007, s. 346.

¹⁵⁷ Bernitz & Kjellgren, *a. a. s.*, s. 95.

¹⁵⁸ Mål 14/83 *Von Colson* [1994] ECR 1891.

¹⁵⁹ Mål 14/83 *Von Colson*, *a. a. s.*, paras 23 och 28. EG-domstolen har funnit att nationella regler som begränsar skadeståndet vid könsdiskriminering till tre månadslöner kan innebära att kravet på adekvans i förhållande till skadan inte uppfyllts, mål C180/95 *Draehmpaehl* [1997] ECR I-2195.

¹⁶⁰ Mål C-271/91 *Marshall II*, [1993] ECR I-2195, para 26.

¹⁶¹ Mål 14/83 *Von Colson*, *a. a. s.*, para 18 och mål C-271/91 *Marshall II*, *a. a. s.*, para 25.

¹⁶² Jfr Bernitz & Kjellgren, *a. a. s.*, s. 95.

den nationella rättsordningen måste ge en möjlighet till ersättning även för ideell skada eller för indirekta skador.¹⁶³

4.3 Artikel 47.1 i rättighetsstadgan

EU:s rättighetsstadga saknar uttryckliga bestämmelser om sanktioner vid överträdelser. I artikel 47.1 kodifieras dock till viss del den av EG-domstolen i praxis utvecklade principen om ett effektivt rättsskydd genom att stadga en rätt till effektiva rättsmedel i förhållande till unionsrättigheterna;

*”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol...”*¹⁶⁴

EG-domstolen har i fallet *Reynolds Tobacco* bekräftat att Stadgans artikel 47 är en av de rättsprinciper som skyddas av gemenskapsrätten.

*”Rätten till ett effektivt rättsmedel för var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har för övrigt åter bekräftats i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som fastställdes den 7 december 2000 i Nice (EGT 2000, C 364, s. 1), som, även om den saknar bindande rättskraft, visar vilken vikt de rättigheter som anges i den tillmäts gemenskapens rättsordning.”*¹⁶⁵

Även Lissabonfördragets artikel 19 bekräftar denna allmänna rättsprincip om medlemsstaternas ansvar att tillhandhålla effektiva rättsmedel för att uppnå ett effektivt skydd av unionsrätten.

Av de förklaringar som publicerades som ett annex till rättighetsstadgan i samband med Konstitutionsfördraget 2004 framgår att Stadgans artikel 47 återknyter till såväl artikel 13 som artikel 6.1. EKMR.¹⁶⁶ Artikel 47 är en av de rättigheter i Stadgan som bygger på Europakonventionen men som inom EU givits ett vidare tillämpningsområde. Enligt förklaringarna är artikel 47.1 baserad på två rättskällor. Den första av dessa två källor är den av EG-domstolens i praxis utvecklades principen om ett effektivt rättsskydd. Av särskild vikt är här fallen *Johnston*, *Heylens* och *Borelli*.¹⁶⁷ Den andra grunden för artikel 47.1 är artikel 13 EKMR, något som också framgår av att de två artiklarna textmässigt i stort sett är identiska.

Artikel 47.1 går dock längre genom att tillerkänna den vars gemenskapsrättsliga rättigheter kränkts, en rätt att inför en behörig domstol få denna kränkning

¹⁶³ SOU 1997: 194, s. 135.

¹⁶⁴ Den eng. versionen av artikel 47.1 lyder: *”Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.”*

¹⁶⁵ Mål C-131/03 *P R.J. Reynolds Tobacco Holding v. Commission, a. a. s.*, para 30.

¹⁶⁶ Se förklaringar till Stadgan i Deklaration nr 12, Annex A, till Fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa. CT 2004 O.J. (C 310) 420, 424. Även om Konstitutionsfördraget inte blev en verkligen är de förklaringar som gäller rättighetsstadgan fortfarande relevanta.

¹⁶⁷ Mål C-222/84 *Johnston a. a. s.*, mål C-222/86 *Heylens a. a. s.* och mål C-97/91 *Borelli mot Kommissionen a. a. s.*

prövad och gottgjord.¹⁶⁸ Medan artikel 13 EKMR garanterar ett rättsmedel inför en självständig och opartisk *nationell myndighet* (national authority) så innebär Stadgans artikel 47.1 en rätt till ett effektivt rättsmedel inför en *domstol* (before a tribunal). Även rättighetens omfattning skiljer sig åt. Artikel 47.1 garanterar en rätt till ett effektivt rättsmedel för den vars *unionsrättsliga rättigheter* kränkts till skillnad från artikel 13 EKMR som gäller den vars *konventionsrättigheter* kränkts. Stadgans artikel 47 relaterar till de grundläggande rättigheter som uttrycks i unionens rättighetsstadga, men också till alla andra rättigheter i sekundärrätten som återfinns t.ex. i förordningar och direktiv. Rätten till ett effektivt rättsmedel inom EU gäller således i relation till alla rättigheter som garanteras av gemenskapsrätten till skillnad från artikel 13 EKMR som endast gäller kränkningar av rättigheter i Europakonventionen. Vid en jämförelse av ordalydelsen i konventionens artikel 13 och rättighetsstadgans artikel 47.1 finner man således att Stadgans artikel är mer långtgående, både vad det gäller omfattning och innehåll.

Stadgan innehåller i syfte att garantera ett enhetligt skydd för mänskliga rättigheter inom EU flera tolkningsregler som gäller relationen mellan de rättigheterna som erkänns i något av fördragen, medlemsstaternas konstitutioner eller Europakonventionen och Stadgans ”kopia”. Enligt artikel 53 utgör bl.a. Europakonventionen en miniminivå som inte får inskränkas. Utgångspunkten enligt Stadgans artikel 52.3 är att de rättigheter som korresponderar mot rättigheter i EKMR ska ha samma innebörd och omfattning som dessa. Ingenting hindrar dock enligt artikeln att Stadgan ger ett mer långtgående skydd än det som konventionen ger i ett visst avseende. Tolkningsreglerna innebär att i den mån en rättighet i Stadgan korresponderar med EKMR skall tolkningen av unionsrättigheten baseras på Europadomstolens praxis angående den aktuella rättighetens omfattning och begränsningar.

I ljuset av att Stadgans artikel 47, både vad det gäller omfattning och innehåll ger ett mer långtgående skydd än artikel 13 EKMR finns det ingen skyldighet för EG-domstolen att ge Stadgans rättighet samma mening och omfattning som artikel 13 och den praxis som Europadomstolen utvecklat kring tolkningen och tillämpningen av artikeln. Det finns dock starka argument för att ta Europadomstolens tolkning av artikel 13 EKMR och innebörden av konventionsrättsliga begrepp som ”effektivitet” och ”domstol” i beaktande vid tolkningen av artikel 47. Det är sannolikt att både EG-domstolen och de nationella domstolarna vid tolkningen av Stadgans artikel 47 av pragmatiska skäl kommer att ta Europadomstolens välutvecklade praxis i beaktande.¹⁶⁹ Innebörden av artikel 13 EKMR skulle då utgöra ett slags ”minimiinnehåll” för Stadgans artikel 47.1. Ytterligare skäl för en sådan utveckling är att artikel 6.2 i EG-fördraget, liksom Stadgans preambel, allmänt refererar till Europakonventionen och Europadomstolens rättspraxis.

¹⁶⁸ Detta har EG-domstolen bl.a. fastslagit i mål C-222/84 *Johnston, a. a. s.*

¹⁶⁹ Pabel, *The right to an Effective Remedy pursuant to Article II-107 paragraph 1 of the Constitutional Treaty*, s. 1603 f.

4.4 Slutsats

Även inom EU stadgas ett krav på tillgång till effektiva rättsmedel vid kränkningar av de rättigheter som erkänns inom unionsrätten, en rättighet som baserats på Europakonventionens artikel 13. Den gemenskapsrättsliga principen om rättsmedel ger en rätt till en juridisk prövning inför en behörig domstol och skall ge ett adekvat, effektivt och avskräckande skydd i relation till alla de fri- och rättigheter som omfattas av unionsrätten vid brott begångna av medlemsstaterna. Det är troligt att EG-domstolen vid tolkningen av den gemenskapsrättsliga principen om effektiva rättsmedel och Stadgans artikel 47.1 kommer att ta Europadomstolens rättspraxis i beaktande.

5 Vilka skillnader finns mellan den rätt till effektiva rättsmedel som erkänns i artikel 13 EKMR respektive EG-rätten?

5.1 En gemensam grundsats om effektiva rättsmedel

Som vi sett är kravet på att det skall finnas tillgång till inhemska rättsmedel en bärande princip inom både Europakonventionen och EU. Grundsatsen återfinns i artikel 6 och 13 i konventionen men erkänns också som en allmän rättsprincip inom gemenskapsrätten, något som även framgår av EU:s rättighetsstadga. Både konventionen och gemenskapsrätten betonar att det effektiva skyddet för rättigheterna skall ske på en decentraliserad nivå, genom de nationella rättssystemen och kravet utgör en form av substitut för avsaknaden av gemensamma sanktions- och processregler för alla konventions- och medlemsstater. Inom båda rättighetsskyddskonstruktionerna är också den enskilde individens och de nationella domstolarnas roll som genomdrivare av dessa grundläggande rättigheter central.

Den konventionsrättsliga principen syftar till att skydda den enskilde i förhållande till det allmänna så att dess grundläggande rättigheter respekteras i förhållande till exempelvis statens lagstiftningsmakt. Vad det gäller det gemenskapsrättsliga kravet på ett effektivt rättsskydd har det hävdats att EG-domstolen använt sig av Europakonventionens krav på effektiva rättsmedel på ett felaktigt sätt genom att effektivitetsprincipen i större grad har ett egenvärde, i syfte att garantera ett effektivt genomslag för unionens regler och lagstiftning.¹⁷⁰ Den gemenskapsrättsliga principen skulle enligt detta synsätt inte i lika hög grad vara den enskildes behov av rättsskydd, utan snarare att motverka nationell lagstiftning som hindrar EG-rättens effektiva genomslag. EG-domstolens utveckling av enskilda individers rättsskydd bör förstås utifrån denna effektivitetsprincip. Från att till början främst betonat EG-rättens ändamålsenliga verkan och effektivitetskravet har dock EG-domstolens med tiden alltmer fokuserat på den enskildes rättsskydd.¹⁷¹

5.2 Ett mer långtgående skydd inom gemenskapsrätten

Både vad det gäller den konventionsrättsliga och den gemenskapsrättsliga principen om effektiva rättsmedel ges som ett första led i prövningen, en rätt till en prövning av påstådda kränkningar och överträdelser. EG-domstolen har dock

¹⁷⁰ Jfr Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, s. 260 och den däri hänvisade källan.

¹⁷¹ Mörk & Hermansson, *a. a.*, s. 235.

gått längre i sin tolkning av principen än Europadomstolens minimikrav i artikel 13 genom att tillerkänna enskilda en klagorätt inför en behörig domstol, dvs. en juridisk instans och inte bara en rätt till ett administrativt rättsmedel. Även omfattningen av de materiella rättighetskränkningarna är större inom EG-rätten genom att rättsmedlet gäller i relation till alla rättigheter som garanteras inom gemenskapsrätten och inte endast vid överträdelse av Europakonventionens rättigheter.

Även det andra ledet i prövningen om ett rättsmedels effektivitet, att en skadelidande har en rätt till gottgörelse och kompensation vid en konstaterad överträdelse är gemensam för de båda rättssystemen. I Europadomstolens praxis har kravet på skälig gottgörelse inneburit en principiell rätt till ekonomiskt och ideellt skadestånd i de situationer då det inte finns andra möjligheter att kompensera den enskilde eller då det inte ansetts tillräckligt att endast erkänna att en kränkning av den enskildes rättighet ägt rum. EG-domstolens har i praxis uppställt ett motsvarande krav på en, i proportion till den skada som lidits, adekvat ersättning. Båda de europeiska domstolarnas tenderar också att ha som utgångspunkt att den enskilde skall ges full ersättning för skada som orsakats denne.¹⁷²

Europadomstolen har en välutvecklad praxis kring skälig gottgörelse, som klargör vilka rättighetskränkningar och situationer som kan medföra en rätt till ekonomisk ersättning. I vissa fall som vid brott mot artikel 6.1 EKMR, oskäliga handläggningstider, har Europadomstolen till och med klargjort rättsläget genom en taxa och specifika skadeståndsnivåer. De nationella domstolarna i konventionsstaterna har att utgå från de nivåer som Europadomstolen tillämpat i praxis genom att jämföra det aktuella fallet med andra specifika fall från Europadomstolen för att finna likheter och olikheter. Jämfört med Europadomstolens praxis om när inhemskt skadestånd skall utgå för rättighetskränkningar och vilka skador som skall ersättas är EG-domstolens rättspraxis betydligt mer svårtolkad.

Till viss del kan skillnaden förklaras av att inte EG-domstolen själv dömer ut skadestånd i specifika fall, det är istället upp till domstolarna i medlemsstaterna att tillämpa domstolens grundläggande kriterier för att bedöma om ett skadeståndsansvar för det allmänna föreligger i en uppkommen situation. Den inhemska domstolen kan dock, och har i vissa fall en skyldighet att, under en pågående process om skadestånd på grund av överträdelse av EG-rätten inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående innebörd av principen om effektiva rättsmedel i ett visst hänseende.¹⁷³

Trots avsaknaden av tydliga skadeståndsnivåer och riktlinjer för utdömandet av inhemskt skadestånd vid brott mot EG-rätten skulle man möjligtvis kunna tolka krav på skadestånd ”när det finns skäl därtill” i Europadomstolens praxis, dvs. i de situationer när domstolen själv dömer ut ekonomiskt och ideellt skadestånd enligt artikel 41 EKMR, som ett ”minimihåll” även i det gemenskapsrättsliga kravet på adekvat ersättning. Att artikel 13 EKMR modifierats av EG-domstolen bör trots allt inte innebära att domstolen avviker

¹⁷² Van Gerven, *a. a. s.*, s. 269.

¹⁷³ Jfr Engström, *a. a. s.*, s. 341 f.

från de situationerna och ersättningsnivåer som Europadomstolen tillämpat, i vart fall för rättighetskränkningar av liknande slag.

5.3 Stadgans betydelse i skadeståndsrättsligt hänseende

Att rättighetsstadgan genom Lissabonfördraget blir en del av unionens primärrätt innebär att både EG-domstolen och de nationella domstolarna blir bundna att tillämpa Stadgan, men också att de får kompetens att tolka Stadgan. Unionsstadgan blir då till skillnad från Europakonventionen direkt tillämplig som en del av unionsrätten i EU:s medlemsstater. Normhierarkiskt kommer rättighetsstadgan också att stå högre än konventionen eftersom den i egenskap av unionsrätt har företräde framför all svensk lag. Anne Ramberg, svenska advokatsamfundets generalsekreterare, hör till dem som menar att EG-domstolen med tiden kan förmodas ge rättighetsstadgan ett mer konkret innehåll och troligtvis tillförsäkra individer ett mer långtgående skydd är det som Europakonventionen garanterar.¹⁷⁴

Frågan är då vad rättighetsstadgans artikel 47.1 kan medföra ur ett skadeståndsrättsligt hänseende vad det gäller kränkningar av grundläggande rättigheter som begås av offentliga organ? Troligt är nog att ett skadeståndsrättsligt skydd för enskilda vid handlande av det allmänna på sikt även kommer att aktualiseras i relation till EU:s rättighetsstadga och dess anspråk på effektiva nationella rättsmedel vid kränkningar.¹⁷⁵ En sådan utveckling ligger också väl i linje med hur EG-domstolen utvecklat det nuvarande skadeståndsrättsliga skyddet för enskilda utifrån artikel 13 EKMR och den gemenskapsrättsliga rättsskyddsprincipen. Även det faktum att EG-domstolen alltmer förefaller betona de inhemska rättsmedlens effektivitet på bekostnad av medlemsstaterna processuella autonomi talar i denna riktning.

Rättighetsstadgan skulle kunna medföra en utökad skadeståndsrättslig potential i förhållande till Europakonventionens artikel 13 eftersom den, så som redan konstaterats gäller i relation till ett utökat antal materiella rättigheter. Ur mänskliga rättigheters synpunkt gäller detta främst Stadgans sociala och ekonomiska rättigheter och några ”nya” rättigheter på grund av den tekniska och vetenskapliga utvecklingen.¹⁷⁶ Innebär då kravet på effektiva rättsmedel i Stadgans artikel 47.1 att det i framtiden även blir möjligt att koppla ett skadeståndskrav mot staten för att kräva dess uppfyllelse? Sannolikt kommer nog EG-domstolen, som också Ulf Bernitz framhållit, främst att se de sociala

¹⁷⁴ Ramberg, Remissyttrande över departementspromemorian Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (Ds 2004: 52) Sveriges Advokatsamfund, s. 3.

¹⁷⁵ Något som uppmärksammades av svenska remissinstanser i samband med den svenska ratificeringen av Lissabonfördraget. Jfr Remissyttrande över Departementspromemorian Lissabonfördraget del 1-2 (Ds 2007: 48) Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms Universitet, s. 4.

¹⁷⁶ Det är dock förmodligen en förenkling att säga att Europakonventionen inte skyddar några sociala och ekonomiska rättigheter i ljuset av nyare praxis från Europadomstolen som problematiserar detta.

och ekonomiska rättigheter som principstadganden, som inte har kommer att tillerkännas direkt effekt och som endast i undantagsfall kommer att vara processbara i domstol.¹⁷⁷

Utvecklingen av rättighetsstadgan som en grund för nationella skadeståndsanspråk ligger i EG-domstolens händer och det återstår att se hur domstolen kommer att tillämpa en rättslig bindande stadga och om domstolen kommer att specificera vilka rättigheter som vid överträdelser skall sanktioneras genom ett rätt till skadestånd för enskilda. Stadgan gör trots allt flera av dessa mänskliga rättigheter mer synliga och bidrar så otvivelaktigt till att möjligheten att åberopa dessa rättigheter i rättsliga processer i medlemsstaterna framöver ökar.

¹⁷⁷ Bernitz, *a. a.*, s. 79.

DEL 2. RÄTTEN TILL EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL I EN SVENSK KONTEXT.

6 Det allmännas ansvar i svensk rätt vid kränkningar av mänskliga rättigheter

6.1 Det allmännas skadeståndsansvar i svensk rätt

I flera fall under de senaste åren har det allmännas överträdelser av Europakonventionen eller EG-rätten initierat frågan om skadeståndspråk mot den svenska staten i de högsta svenska domstolsinstanserna.¹⁷⁸ Vid en prövning i svensk domstol om statens skadeståndsansvar enligt Europakonventionen eller gemenskapsrätten tillämpas de gängse nationella process- och skadeståndsreglerna. I svensk rätt sker prövningen av statens skadeståndsansvar som huvudregel enligt bestämmelserna om det allmännas skadeståndsansvar vid fel och försummelse vid myndighetsutövning i 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207).¹⁷⁹ Finns det tillämplig speciallagstiftning tar istället den över.¹⁸⁰

När reformen om det allmännas skadeståndsansvar infördes genom skadeståndslagen 1972 var detta en radikal förändring eftersom staten och kommunerna tidigare varit fredade från liknanden skadeståndskrav. Det hade ansetts strida mot statssuveräniteten att ställa staten till skadeståndsansvar för sina handlingar, enligt en princip om att ”the King can do no wrong”.¹⁸¹ Den enskilde som lidit skada hade då haft att kräva skadestånd av den tjänsteman som vållat skadan och som då kunde vara skadeståndsskyldig p.g.a. tjänstefel, något som kunde ha en förödande effekt för den enskilde tjänstemannen och även innebära att det var svårt för den skadelidande att få ersättning.¹⁸² Skälen till införande av ett skadeståndsansvar för det offentliga var bl.a. en rättsskyddstanke som betonade den enskildes utsatthet och behov utav skydd mot myndigheternas maktutövning. Skadeståndansvaret ansågs även kunna ha en normbildande funktion genom att myndigheterna på detta sätt fick anledning att vidta skadeförebyggande åtgärder.¹⁸³ Enskildas krav mot stat och kommun

¹⁷⁸ Jfr NJA 2003 s. 217, NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584. Se dessutom RÅ 2006 ref. 43, där en sanktionsavgift sattes ned till halva beloppet så som en kompensation för en kränkning av Europakonventionens artikel 6.

¹⁷⁹ Det finns även ett skadeståndsrättsligt ”informationsansvar” för det allmänna enligt 3:3 SkL, vilket dock kräver att det föreligger särskilda skäl. Paragrafen har än så länge haft en mkt begränsad betydelse.

¹⁸⁰ Det finns specialreglering som reglerar ersättning vid särskilda typer av myndighetsutövning, ex. lag (1974:515) om ersättning vid frihetsinskränkning, som föreskrivet ett strikt ansvar, dvs. oavsett försummelse, för frihetsberövanden m.m. som visat sig vara oberättigade. Även lag (2007: 1091) om offentlig upphandling innehåller särskilda skadeståndsregler.

¹⁸¹ Hellner & Johansson, *Skadeståndsrätt*, s. 447.

¹⁸² Bengtsson, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, s. 89.

¹⁸³ SOU 1997:194, s. 128.

var till en början få och av ringa omfattning, idag är dock skadeståndsanspråk mot staten betydligt vanligare.

Justitiekanslern (JK) är den instans som från det allmännas sida handlägger alla krav på skadestånd riktade mot den svenska staten på grund av felaktig myndighetsutövning, antingen i form av beslutsfattare eller som företrädare för staten i en domstolsprocess.¹⁸⁴ De flesta av de skadeståndskrav som riktas mot det allmänna prövas inte av en domstol utan istället av Justitiekanslern, en ordning som är tänkt att gynna den enskilde.¹⁸⁵ Tanken är att JK skall kunna erbjuda en snabbare och smidigare handläggning av skadeståndkrav genom en frivillig skadereglering från staten sida. Inget hindrar dock att den som inte är nöjd med JK:s beslut ändå inleder en process om skadestånd vid allmän domstol. JK har även, utan uttryckligt lagstöd åtagit sig uppgiften att pröva skadeståndskrav grundade på EG-rätten och Europakonventionen.

Det kan många gånger vara svårt att förstå om ett skadeståndsyrkande grundas på skadeståndslagen eller Europakonventionens eller gemenskapsrättens regler. Det är vanligt att ett skadeståndsyrkande med konventionen eller EG-rätten som grund sker i form av ett andra hands yrkande och att ersättning i första hand begärts enligt skadeståndslagen eller olika speciallagar.¹⁸⁶

6.2 Ansvar för försumlig myndighetsutövning

Det finns tre klassiska skadeståndsrättsliga förutsättningar som måste vara uppfyllda för att rättsmedlet skadestånd skall aktualiseras enligt skadeståndslagen; det skall finnas en ansvarsgrund, adekvat kausalitet och någon form av skada. Enligt skadeståndslagens 3 kapitel 2 § ska stat eller kommun ersätta personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och under vissa förutsättningar även ideell skada som vållas genom *fel eller försummelse* vid *myndighetsutövning*. För att skador som orsakats den enskilde skall kunna tillskrivas stat eller kommun måste för det första visas att det offentliga handlat culpöst eller vårdslöst, att ”fel eller försummelse” kan påvisas.¹⁸⁷ Dessutom måste ett adekvat orsakssamband mellan den försumliga åtgärden och skadan kunna konstateras och den aktuella skadetyper vara sådan att den ersätts enligt skadeståndslagens bestämmelser.¹⁸⁸

¹⁸⁴ JK tillämpar förordning (1995: 1310) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten. Nuvarande justitiekansler är Göran Lambertz. JK har endast kompetens i mål där staten är part och i de fall kraven gäller kommuner eller icke-statliga institutioner får anspråken prövas i allmän domstol.

¹⁸⁵ SOU 1997:194, s. 89 och 150.

¹⁸⁶ SOU 1997:194, s. 98.

¹⁸⁷ Om det är staten eller en kommun som svarar för en viss skada beror på vem som svarar för den verksamhet som skadan uppstod i. Hellner & Johansson, *a. a. s.*, s. 462

¹⁸⁸ Skadeståndsskyldighet förutsätter att det är det oaktsamma handlandet som orsakat skadan. Det kan dock inträda ett skadeståndsansvar för det allmänna även om handlingen inte varit den huvudsakliga orsaken till skadan, utan istället endast en bidragande orsak. Hellner & Johansson, *a. a. s.*, s. 198.

6.2.1 Begreppet myndighetsutövning

Begreppet myndighetsutövning är särskiljande eftersom stat och kommun då har ett mer långtgående ansvar än vid annan verksamhet, då det allmänna svarar enligt allmänna regler för privaträttslig verksamhet.¹⁸⁹ Karaktäristiskt för begreppet myndighetsutövningen i skadeståndslagen är enligt lagens förarbeten samhällets maktbefogenhet över dess medborgare och den enskildes beroendeställning i förhållande till de offentliga organ som genom beslut eller faktiskt handlande bestämmer över dennes rättigheter och skyldigheter.¹⁹⁰

Myndighetsutövning kan till exempel innebära att det allmänna ålägger enskilda en förpliktelse i form av ett tvång att handla på ett visst sätt, att en domstol dömer en person till fängelse eller avgör en vårdnadstvist, polisens våld mot en enskild vid ett gripande, att försäkringskassan beslutar om bidrag eller sociala förmåner eller att en länsstyrelses beslut vid en obligatorisk kontrollverksamhet. I 3:2 SkL står det att skadan ska vara orsakad ”vid” myndighetsutövning, vilket i praxis inneburit att det räckt med att det finns ett ganska vagt samband mellan den situation som vållat skadan och myndighetsutövningen.¹⁹¹

6.2.2 Undantag för fel av de högsta statsorganen

Även lagstiftning och annan normgivning från riksdag och regeringen faller in under begreppet myndighetsutövning. I 3 kap. 7 § skadeståndslagen begränsas dock möjligheten att föra en skadeståndstalan mot det allmänna vid myndighetsutövning avsevärt genom att, på grund av konstitutionella skäl, stadga ett förbud mot en sådan talan på grund av beslut från de högsta statsorganen, dvs. riksdag, regering och de högsta domstolsinstanserna.

Förbudet har bl.a. motiverats med att man vill undvika obefogade krav och risken för missbruk av en oinskränkt rätt att föra en skadeståndstalan så att en skadeståndsprocess skulle kunna föras exempelvis mot regeringen i ett närmast politiskt syfte.¹⁹² Det spelar ingen roll om det påstådda felet har begåtts av ett enskilt regeringsråd, en ledamot av domstolen eller av en tjänsteman på exempelvis ett departement. De undantag som medges är fall där det aktuella beslutet har ”upphävts eller ändrats”. Kan den enskilde inte visa att så har skett

¹⁸⁹ I de fall stat eller kommun delegerat myndighetsutövning, ex i form av beslut eller utredning, åt ett privat subjekt svarar det allmänna likväl för fel och försummelse som begåtts. Ansvaret vid myndighetsutövning omfattar tillskillnad från ansvar vid privat verksamhet även ren förmögenhetsskada som uppstått på grund av försummelse från en tjänsteman, och det saknar betydelse om handlandet varit brottsligt eller inte. Se 2:1, 2:4 och 3:1 SkL. Hellner & Johansson, *a. a. s.*, s. 450.

¹⁹⁰ Prop. 1972:5, *Förslag till skadeståndslag m.m.*, s. 502.

¹⁹¹ Begreppet myndighetsutövning används inom flera rättsområden, men har inte en helt liktydigt betydelse inom ex. förvaltningsrätten, straffrätten eller i regeringsformen. Serviceverksamhet eller upplysningar faller normalt inte in under myndighetsutövningen så vida de inte anses lämnade vid myndighetsutövning. Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen. En kommentar*, s. 90 ff.

¹⁹² Bengtsson & Strömbäck, *a. a. s.*, s. 115.

medför bestämmelsen att processhinder föreligger och talan om skadestånd tas då inte upp till prövning, utan avvisas av domstolen.¹⁹³

Regeringsbeslut kan dock omprövas och upphävas av Regeringsrätten genom s.k. rättsprövning eller genom resning. Den enskilde har i det fall regeringsbeslut upphävts en möjlighet att sedan åberopa 3:2 i en skadeståndsprocess mot det allmänna.¹⁹⁴ Vad det gäller riksdagsbeslut finns det ingen juridisk väg att föra en skadeståndstalan för en skadelidande. En skadelidande får helt enkelt hoppas på att riksdagen rättar sitt beslut om det framstår som juridiskt felaktigt och strider mot en grundläggande mänskligt fri- och rättighet.

För lagstiftning av riksdag och regering finns i dagsläget endast en mycket begränsad möjlighet för en domstol att genom s.k. lagprövning, underkänna en författning som grundlagsstridig, något som dock kräver att regeln *uppenbart* står i strid med grundlagen.¹⁹⁵ Det har därför i doktrin ansetts att lagstiftningsfel måste vara uppenbara för att aktualisera skadeståndansvar enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.¹⁹⁶ Vad det gäller talerättsförbudet mot domar och beslut från de högsta domstolsinstanserna har förbudet motiverats främst av praktiska skäl, att det varit svårt att hitta en lämplig instans som skulle pröva sådana skadeståndsanspråk samt att det då bör vara möjligt att få till stånd en resning.

6.2.3 Culpabedömningen

Bedömningen av om oaktsamhet eller culpa förelegat vid myndighetsutövning präglas av särskilda hänsyn. Den enskildes beroendesituation i förhållandet till det offentliga talar för att särskilda krav på ställas på det allmännas aktsamhet samtidigt har tjänstemän i offentlig förvaltning ofta att handlägga komplicerade ärenden under tidspress, vilket kan ge skäl att mildra bedömningen. Utgångspunkten för bedömningen om fel eller försummelse förelegat är objektiv, dvs. frågan är vad som rimligen kan begäras från de offentliga organen i en specifik situation.

Det offentliga kan t.ex. inte ursäkta sig med att en enskild tjänsteman haft bristande erfarenhet eller på hög arbetsbelastning. Staten kan åläggas ansvar för anonyma och kumulerade fel som beror på flera olika tjänstemän vid myndighetsutövning eller på flera olika myndigheters misstag som

¹⁹³ Bengtsson & Strömbäck, *a. a. s.*, s. 114 f.

¹⁹⁴ Rättsprövningslagen, lag (2006:304) ursprungligen från 1988.

¹⁹⁵ RF 11:14. I det fall en domstol åsidosätter en lagregel som grundlagsstridig har det sedan ansetts möjligt att föra en skadeståndstalan. Europadomstol bemötte i rättsfallet *Svenska Transportarbetareförbundet mot Sverige*, nr. 53507/ 99, dom den 30 november 2004, den svenska statens invändning om att de nationella rättsmedlen inte uttömts eftersom staten menade att en svensk domstol kunde åsidosätta ett talerättsförbud med hänvisning till Europakonventionen. Europadomstolen ansåg dock att det inte var troligt att svenska domstolar skulle åsidosätta svensk lag med hänvisning till Europakonventionen och möjligheten att föra en talan med hänvisning till RF 11:14 ansågs därför inte vara ett effektivt rättsmedel.

¹⁹⁶ Se Crafoord, *Normprövning och Europakonventionen*, SvJT 2007 s. 876 som hänvisar till Lambertz, *Skadestånd vid fel av lagstiftaren*, Dufwa, Bill W. och Tiberg, Hugo (red.), *Essays on tort, insurance law and society in honour of Bill W. Dufwa*, Jure, 2006, s. 703.

sammantaget utgör att det allmänna handlat rättsstridigt. Det krävs således inte att en särskild tjänsteman pekats ut som ansvarig eller att en särskild gärningsbeskrivning anges. En oacceptabelt lång handläggningstid medför i regel ett skadeståndsansvar och det allmänna kan normalt inte freda sig med en invändning om bristande resurser.¹⁹⁷ Den enskilde behöver inte visa exakt vad myndighetens oaktsamhet bestått utav utan det räcker att denne kan visa en den försummelse eller det fel som skett är så allvarligt att det får antas beror på myndigheten.¹⁹⁸

6.2.4 Vilka skador ersätts?

Skadeståndsrättens principiella utgångspunkt är att den skadelidande skall få full ersättning och försättas i samma ekonomiska situation som om den aktuella händelsen inte inträffat. Inte alla de skador som orsakas den enskilde vid offentliga organs myndighetsutövning ersätts dock enligt skadeståndslagen 3 kap 2 §. Svensk skadeståndsrätt skiljer mellan ekonomiska och ideella skador. Det ekonomiska skadeståndet ska kompensera ekonomiska förluster och kan, i vart fall alltid teoretiskt, bestämmas i pengar. Ideellt skadestånd är avsett att vara en ersättning för fysiskt och psykiskt lidande vid personskador och kränkningar av den personliga integriteten.¹⁹⁹ Person- och sakskador orsakade vid myndighetsutövning ger i regel rätt till ekonomiskt skadestånd enligt 3 kap. 2 § SkL, de hör i allmänhet till den typ av skada som reglerna syftar till att förebygga. Om rena förmögenhetsskador bedöms som ersättningsgilla beror bl.a. på det s.k. skyddsintresset, dvs. om den regel som överträtts har haft som syfte att skydda just den enskildes intressen.²⁰⁰

Vad det gäller ideell skada så medger skadeståndslagen 3 kap. 2 § s.k. *kränkningsersättning* endast på de grunder som anges i skadeståndslagen 2 kap. 3 §. Detta innebär att det offentliga ska ha gjort sig skyldig till ett brott som inneburit att den enskilde allvarligt kränkts genom ett angrepp på dennes ”person, frihet, frid eller ära” för att skyldigheten att ersätta kränkning skall uppkomma.²⁰¹ Det har således inte funnits någon möjlighet att få ersättning för ideella skador som orsakats vid myndighetsutövning såvida en tjänsteman inte gjort sig skyldig till ett integritetskränkande brott. Tjänstefel har enligt praxis, i vissa fall, bedömts som ett sådant brott som ger rätt till ersättning för en ideell skada. Det är dock inte tillräckligt att tjänstefel konstaterats utan det krävs också att handlingen bedöms som en allvarlig integritetskränkning för den enskilde.²⁰² I praktiken är det väldigt ovanligt att en myndighetsanställds handlande kan anses som ett sådant integritetskränkande handlande och det har därför varit svårt att få ersättning för ideell skada.²⁰³ Den svenska skadeståndsrätten har således traditionellt sett intagit en restriktiv hållning till

¹⁹⁷ Se även NJA 2005 s. 426.

¹⁹⁸ Bengtsson & Strömbäck, *a. a. s.*, s. 93 ff.

¹⁹⁹ Prop. 2000/01:68, *Ersättning för ideell skada*. s. 17

²⁰⁰ Bengtsson & Strömbäck, *a. a. s.*, s. 102

²⁰¹ Kränkningersättningen syftar till att kompensera för de känslor som framkallats genom den brottsliga handlingen och som inte tagit sig sådana medicinska uttryck att en personskada kunnat konstateras. Prop. 2000/01:68, s. 48.

²⁰² Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen*, s. 104.

²⁰³ Lambertz, *a. a. s.*, s. 17.

ideellt skadestånd, på grund av handlingar som inneburit att någons rättigheter eller intressen kränkts och det har fodrats stöd i lag för att tillerkänna någon ersättning för ideell skada.²⁰⁴

Redan vid den svenska inkorporeringen av konventionen 1993 uppmärksammades frågan om de begränsade möjligheterna till ersättning för ideell skada i svensk rätt var förenligt med Europakonventionen.²⁰⁵ I Europadomstolens praxis finns ju inte någon liknande begränsning av rätten till ideell ersättning vid konventionsbrott. Den bristande möjligheten till ideell skada var en het fråga i den svenska rättsliga debatten för några år sedan och sågs av vissa som ett enda litet frågetecken²⁰⁶ om skadeståndslagen levde upp till EKMR och av andra som en tydlig indikation på avsaknaden av effektiva rättsmedel i svensk rätt.²⁰⁷ HD kom dock att förändra och klargöra rättsläget genom sitt avgörande i principfallet *NJA 2005 s. 426*.

6.3 Skadestånd vid brott mot Europakonventionen i svensk rättspraxis

Justitiekanslern hävdade länge att det för en skadeståndsskyldighet grundad direkt på Europakonventionen krävdes intern skadeståndsrättslig lagstiftning²⁰⁸ och flera underrätter avvisade också till en början käromål om skadestånd med grund i Europakonventionen. Enskilda kunde således inte i avsaknad av särskilda lagstiftningsåtgärder åberopa den rätt till rättsmedel som följer av artikel 13 EKMR. I den rättsliga debatten hördes dock röster som menade att det borde finnas en sådan möjlighet.²⁰⁹

Som inledningsvis berördes slog Högsta domstolen i *NJA 2003 s. 217* för första gången fast att en skadeståndstalan på grund av brott mot EKMR kunde prövas i svensk domstol, och att den därför inte skulle avvisas.²¹⁰ Domen innebar en föräning om att Europakonventionen med tiden skulle kunna få en viktig roll i svensk skadeståndsrätt. Första gången Högst domstolen själv prövade en talan

²⁰⁴ HD konstaterade dock i *NJA 2005 s. 462* att denna princip inte grundades sig på någon uttrycklig lagregel.

²⁰⁵ SOU 1993: 40, *Fri och rättighetsfrågor – inkorporering av Europakonventionen*, s. 78.

²⁰⁶ Andersson, *Europakonventionen och nationella skadeståndsmål*, www.pointlex den 26 juni 2003, s. 3.

²⁰⁷ Exempelvis Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05. 762 f.

²⁰⁸ Lambertz, *a. a. s.*, s. 9f.

²⁰⁹ Inte minst Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 519 f.

²¹⁰ Högsta domstolen berörde i fallet diskussionen om en skadeståndstalan kunde prövas *direkt* på grundval av EKMR i det fall skadeståndslagen inte kunde anses medge ersättning. Artikel 13 medför dock enligt HD inte någon positiv bestämmelse om att utge nationellt skadestånd. Om artikel 13 skall tillämpas direkt gentemot staten skulle detta närmast grunda sig på ett resonemang om att staten inte till sitt fredande kan åberopa sin egen försummelse att uppfylla sina skyldigheter enligt konventionen likt det resonemang som EG-domstolen använt för direktivs s.k. vertikala direkta effekt. Huruvida en sådan direkt tillämpning kunde ske av EKMR hade enligt HD ännu inte avgjorts i svensk rättspraxis. Domstolen gjorde dock inte en materiell prövning av målet eftersom detta var en uppgift för första instans.

om skadestånd direkt på grundval av Europakonventionen var *NJA 2005 s. 462*, i det s.k. Lundgren-målet.

6.3.1 Principfallet Lundgren, *NJA 2005 s. 462*

Bakgrunden i målet var att en finanschef blivit åtalad för grov ekonomisk brottslighet, i vad som skulle komma att bli en utdragen brottmålsprocess. Från kallelse till förhör, tills det att den friande dom vunnit laga kraft, tog domstolsprocessen ungefär 7 år. Lundgren stämde staten och argumenterade, dels att staten var skadeståndsskyldig på grund av fel och försummelse i myndighetsutövning i samband med åtalet mot honom, dels att hans rätt till domstolsprövning inom skälig tid i artikel 6.1 blivit kränkt. I domskälen konstaterade Högsta domstolen att det inte var visat att åklagarmyndigheten gjort sig skyldig till fel och försummelse i samband med brottsutredningen och åtalet, däremot hade den enskildes rätt att få anklagelserna mot honom prövade inom skälig tid åsidosatts. Frågan var då vilken rättsföljd den fastslagna överträdelsen av konventionen skulle få.

Högsta domstolen börjar därefter med att redogöra för Europakonventionens artikel 41 och 13 och konventionens krav. Domstolen fann att artikel 41 inte kunde läggas till grund för en rätt till nationell gottgörelse eftersom artikeln endast avser en möjlighet för Europadomstolen att utdöma skadestånd. Däremot uttalande sig HD inte i frågan huruvida det gick att hämta vägledning från Europadomstolens praxis angående skälig gottgörelse, enligt artikel 41.

Högsta domstolen konstaterade dock att artikel 13 EKMR avsåg de inhemska förhållandena och att denna bestämmelse haft stor betydelse i Europadomstolens praxis avseende brott mot artikel 6.1. Enligt Europadomstolens dom i *Kudla mot Polen* fanns den en skyldighet för konventionsstaterna att förebygga och kompensera kränkningar av artikel 6.1 genom att tillhandhålla effektiva nationella rättsmedel.²¹¹ Artikel 13 ger dock inte, trots att konventionen utgör svensk lag, svenska medborgare en omedelbar rätt till gottgörelse utan innefattar endast en folkrättslig förpliktelse för staten att tillhandhålla effektiva rättsmedel vid konventionskränkningar.²¹² Högsta domstolen anförde också att det av Europadomstolens praxis framgår att rättsmedlet, som i detta fall syftade till kompensation, inte behöver vara av ekonomisk natur. Eftersom åtalet mot Lundgren tidigare hade frikänt från brottsanklagelserna och åtalet mot honom i alla delar hade ogillats kunde dock inte gottgörelse i form av en lindrigare påföljd bli aktuell.

Efter att ha redogjort för Europakonventionens krav prövade Högsta domstolen det allmännas skadeståndsansvar för den oskäliga handläggningstiden utifrån den svenska skadeståndslagens 3 kap. 2 §. Högsta domstolen anförde att bestämmelsen även skulle tolkas *fördragskonformt* om så behövdes. Detta kunde innebära att domstolen frångick uttalanden i svenska förarbeten, tidigare rättspraxis eller doktrin som tyder på en annan tolkning, för att uppfylla konventionens krav. HD ansåg dock att redan de svenska bestämmelserna om

²¹¹ *Kudla v. Polen, a. a. s.*

²¹² *NJA 2005 s. 462, s. 5-6.*

fel och försummelse vid myndighetsutövning gav mannen en rätt till ekonomiskt skadestånd i form av inkomstförlust, för de två år som bedömts som oskälig handläggningstid.²¹³ Staten ålades därför att ersätta ekonomisk skada i form av inkomstbortfall om 700 000 kr, då mannen på grund av brottsmisstankarna inte hade kunnat få ett nytt arbete.

Vad gällde ersättning för ideell skada fann Högsta domstolen att de svenska bestämmelserna inte kunde tillämpas på omständigheterna i fallet. Inget integritetskränkande brott, en förutsättning för en rätt till kränkingsersättning enligt skadeståndslagens 2 kap. 3 §, kunde konstateras och inte heller tjänstefel, som under vissa omständigheter kunde var ett sådant brott hade visats.²¹⁴ Till skillnad från den ekonomiska skadan ansåg Högsta domstolen således att en rätt till ersättning för ideell skada inte kunde grundas direkt på skadeståndslagens regler. HD framhöll emellertid att Europadomstolen med stöd av artikel 41 normalt brukade döma ut ersättning för ideell skada vid brott mot rätten till prövning inom skälig tid, enligt artikel 6.1 EKMR. Högsta domstolen hänvisade till målet *Zullo mot Italien* och de kriterier som Europadomstolen i praxis ställt upp för beräkningen av ideellt skadestånd vid brott mot artikel 6.1. Sådan ideell ersättning skall enligt Europadomstolen utgå med 1000 – 15000 EURO per år som handläggningen, inte dröjsmålet, varat. Beloppet skall dessutom ökas med 2000 EURO om målet rör en särskilt betydelsefull fråga för den enskilde.²¹⁵

Högsta domstolen konstaterade att förpliktelsen att tillhandhålla effektiva rättsmedel i det specifika fallet kunde tillgodoses genom möjligheten till ersättning för ekonomisk skada, men att det kunde uppkomma fall där det inte fanns grund att tillerkänna den skadelidande sådan ersättning och det inte heller enligt svensk rätt fanns något annat tillgängligt rättsmedel. Domstolen klargör således att svensk skadeståndrätt saknade effektiva rättsmedel för klaganden när det gällde de ideella aspekterna av rättighetskränkningen. Om en enskild skadelidande ställdes utan ett rättsmedel kunde detta enligt domstolen innebära att Sverige gjorde sig skyldig till ett fördragsbrott mot artikel 13. HD menade i de utförliga domskälen att ”övervägande skäl” därför talade för att döma ut ideellt skadestånd även i svensk domstol. Trots att svenska domstolar inte formellt är förpliktade, varken folkrättsligt eller nationellt att följa praxis från Europadomstolen ansåg Högsta domstolen att:

*”det måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att... ta hänsyn till Europadomstolens praxis, låt vara att det inte finns någon på konventionen grundad skyldighet att exakt följa denna”.*²¹⁶

Trots att den skadelidande fått ersättning för ekonomisk skada utdömde HD också ideellt skadestånd om 100 000 kr, baserat på den beräkningsmodell som Europadomstolen angivit²¹⁷, för att leva upp till konventionens krav på

²¹³ NJA 2005 s. 462, s. 10-11.

²¹⁴ Vid tiden för HD:s prövning gällde 1:3 SkL som är en föregångare till den nuvarande regeln i 2:3 SkL. De har dock samma innebörd principiellt och jag använder därför det nya lagrummet genomgående.

²¹⁵ *Zullo mot Italien, a. a. s*, para 26.

²¹⁶ NJA 2005 s. 462, s. 13.

²¹⁷ Handläggningstiden i Lundgren var 7 år. Enligt Europadomstolen skall ideellt skadestånd utgå med 1000-1500 euro per år vid brott mot artikel 6.1 EKMR och dessutom ökas med 2000

effektiva nationella rättsmedel i artikel 13. Högsta domstolens dom i fallet Lundgren innebar så en utvidgning av möjligheten att utdöma ersättning för kränkning och ideell skada i förhållande till vad som tidigare har gällt enligt svensk skadeståndsrätt, dels genom att frångå kravet på en brottslig gärning, dels genom att kränkningen inte varit en sådan personlig kränkning som regeln i 2 kap. 3§ SkL avser.

6.3.2 Europakonventionen som parallell eller fristående rättslig grund?

Högsta domstolen ger i domskälen i *NJA 2005 s. 426* riktlinjer för hur och i vilken ordning de rättsliga källorna skall prövas vid en påstådd kränkning av Europakonventionen. Denna prioritetsordning innebär att möjligheten till gottgörelse i form av skadestånd i första hand skall bedömas enligt skadeståndslagens bestämmelser om det allmännas ansvar i 3 kap. 2 § eller annan eventuellt tillämplig speciallagstiftning. I andra hand skall skadeståndslagens bestämmelser tolkas fördragskonformt, vilket i praktiken kan innebära att Europadomstolens avgöranden beaktas och ges företräde framför exempelvis uttalanden i svenska förarbeten, praxis eller doktrin. Håkan Andersson har kallat detta andra steg för en parallell tillämpning av Europakonventionen som skadestandsgrund, vid sidan av den svenska skadeståndslagen.²¹⁸ Är det inte möjligt att uppfylla kravet på kompensation vid kränkningar av konventionens rättigheter ens vid en fördragskonform tolkning blir i sista hand alternativet för den nationella domstolen att döma ut skadestånd utan lagstöd.²¹⁹ Först då det inte finns ett fördragskonformt utrymme aktualiseras således frågan om en rätt till skadestånd utan stöd i lag eller med en direkt tillämpning av konventionen.

Ekonomisk skada kan ju som regel ersättas redan genom den svenska culparegeln för myndighetsansvar, om så behövs kan denna bestämmelse tolkas fördragskonformt. Vad det gäller ersättning för ideell skada väcker dock *NJA 2005 s. 462* frågan om hur långt en fördragskonform tolkning av bestämmelsen i skadeståndslagen 3 kapitel 2 § kan sträcka sig och huruvida Europakonventionen kan användas som en fristående rättslig grund i en skadestandsprocess inför en svensk domstol.

I den rättsliga debatten i samband med fallet Lundgren har det förts fram flera olika möjliga synsätt på frågan vilken rättslig grund som Högsta domstolen använde för att utdöma det ideella skadeståndet för konventionskränkningen. Dessa olika tolkningar av domen innebär att det är möjligt att argumentera för

euro i de fall målet är av särskilt vikt för den enskilde. I Lundgren får frågan nog anses vara av sådan särskild vikt för den enskilde eftersom han stod åtalad för brott och tidsutdräkten fått allvarliga konsekvenser för honom, 2000 euro kan därför tänkas bero på detta. Det resterande beloppet, cirka 70-80 000 kr, hamnar i spannet 1000 - 1500 euro per år.

²¹⁸ Andersson, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadestandsgrund*, artikel på www.pointlex.se, juni 2003, s. 4.

²¹⁹ Schultz, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007/08, s.144-146. Det förefaller som om Håkan Andersson kallar detta sista steg för en direkt tillämpning av konventionen. Se Andersson, *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan*, artikel på www.pointlex.se, oktober 2007, s. 2.

att HD använder sig av en långtgående fördragskonform tolkning av skadeståndslagen, eller att domstolen formulerar en ny oskriven rättsregel i skadeståndsrätten eller att den grundar sitt avgörande *direkt* på artikel 13.²²⁰

Det diskuterades redan före avgörandet om ideellt skadestånd kunde utgå med en direkt tillämpning av Europakonventionens artikel 13,²²¹ man får då ha i åtanke att konventionen gäller som svensk lag sedan 1995. Högsta domstolen själv nekar dock i *NJA 2005 s. 462* till att det skulle vara möjligt att direkt tillämpa artikel 13 som en nationell skadestandsregel, något som domstolen framhållit redan i *NJA 2003 s. 217*.²²² Ändå är det klart att det är just artikel 13 som ger det lagliga stödet för en skadeståndstalan mot staten i vissa situationer. En sådan åsikt, att klaganden kompenseras utifrån en direkt tillämpning av konventionen har också förts fram i den rättsliga doktrinen.²²³ HD:s formulering är förmodligen uttryck för en försiktighet, pga. de svåröverblickbara konsekvenser som en direkt tillämpning av konventionens skadestandsregel skulle innebära.²²⁴

Högsta domstolen verkar, enligt dess egen argumentation i domskälen, dock ha utnyttjat det fördragskonforma utrymme som förelåg avseende ideell skada i svensk skadeståndsrätt. Principen om att ersättning för ideell skada kräver stöd i svensk lag återgick enligt domstolen inte direkt på någon lagbestämmelse. Detta förhållande, att principen var stadgad i praxis och inte i lag, verkar möjliggöra en fördragskonform tolkning av den svenska skadeståndsrätten, genom att principen får ge vika för Europakonventionens krav.²²⁵ Att den ideella ersättningen utdömdes utan särskilt stöd i svensk lag, men att detta skadeståndsansvar ändå grundades på bestämmelsen i skadeståndslagen 3 kap. 2 § har också anförts i doktrin.²²⁶

Avgörandet skulle nog också kunna tolkas som att domstolen på ett nyskapande sätt utformar en ny skadeståndsrättslig princip om en rätt till skadestånd vid kränkningar av artikel 6 EKMR i svensk rätt. Distinktionen är kanske trots allt

²²⁰ Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 563.

²²¹ Södergren, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen*, JT 2004/05, s. 765.

²²² *NJA 2005 s. 462*, s. 6 i domskälen. Jfr också *NJA 2003 s. 217*, s. 4: ”Denna artikel innehåller emellertid inte något positivt bestämmelse om skyldighet att utge gottgörelse utan ställer endast kravet att det i den nationella rättsordningen skall finnas tillgång till ett effektivt rättsmedel.”

²²³ Håkan Andersson har ex. framhållit att konventionen numera kan utgöra en självständig rättslig grund för i en nationell skadestandsprocess och att frågan om det är möjligt att grunda en talan direkt på EKMR får nu anses vara avgjord. Jfr ex. Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss*, JFT 5-6/2007 s. 383. Jfr även Schultz, *Right by torts: The rise of a rights discourse in Swedish tort law*, *European Review of Private Law*, 2009.

²²⁴ Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 563.

²²⁵ Det framgår så indirekt av Högsta domstolens domskäl att det inte utifrån en konventionskonform tolkning är möjligt att åsidosätta svensk lag. Hade en sådan princip istället funnits i svensk lag, får en konflikt mellan konventionen och svensk lag lösas i enlighet med förarbetena till inkorporeringslagen och de där i angivna tolkningsprinciperna. Jfr Prop.1993:94:117, s. 33 -37.

²²⁶ Denna uppfattning synes Bertil Bengtsson ha. Jfr Bengtsson & Strömbäck, *a. a. s.*, s. 104.

inte så viktig. Det spelar egentligen ingen roll *hur* konventionens förpliktelse uppfylls så länge det kan utgå inhemskt skadestånd för ekonomisk och ideell skada i de situationer när Sveriges förpliktelser enligt Europakonventionen kräver det.

6.3.3 Skadeståndets gränser preciseras under 2007

Europakonventionens betydelse som skadeståndsrättslig normkälla i svensk rätt framgår tydligt av att Högsta domstolen i mer eller mindre alla sina domar i skadeståndsrättsliga frågor under 2007 och 2008 refererat till Europakonventionen. I en rad fall från 2007 förtydligar och preciserar HD gränserna för det allmännas skadeståndsansvar vid brott mot Europakonventionen.²²⁷

I *NJA 2007 s. 295* slår Högsta domstolen i ett beslut fast att den princip om rätt till skadestånd beträffande brott mot artikel 6.1 EKMR, långsam handläggning av brottmål, som man lade fast i fallet Lundgren också gäller i relation till Europakonventionens artikel 5.5, som rör frihetsberövande och som också uttryckligen stadgar en rätt till skadestånd. Eftersom frågan var hänskjuten av Stockholms tingsrätt avgjorde inte HD målet i sak.

Ytterligare två skadeståndsrättsliga prejudikat från domstolen under 2007 rörde rätten till privat- och familjelivet i artikel 8 EKMR. I fallet *NJA 2007 s. 584* hade en läkarundersökning genomförts av barnen i en familj där misstanke förelåg om sexuellt utnyttjande. Polismyndigheten som i det aktuella fallet fattat beslutet om undersökningen saknade dock lagstöd för att ta ett sådant beslut. Polismyndighetens agerande hade också kritiserats av både Justitieombudsmannen och Justitiekanslern. HD hänvisade till Strasbourg domstolens rättspraxis, där ofrivilliga medicinska undersökningar bedömts falla in under rätten till privatliv i artikel 8.1 EKMR. Läkarundersökning av barnen utgjorde eftersom den saknade stöd i lag ett brott mot både barnens och föräldrarnas rätt enligt artikel 8. Högsta domstolen konstaterade i målet att det saknades skäl att begränsa den i praxis fastslagna principen om ideellt skadestånd vid överträdelser av Europakonventionen till artikel 5.5 och 6.1 EKMR och tillerkände var och en av familjemedlemmarna ideellt skadestånd.

Vad det gällde skadeståndsnivåer framhåller Högsta domstolen i domskälen i *NJA 2007 s. 584* att den ideella ersättningen både vid brott mot konventionen och enligt de svenska reglerna om kränkning i samband med brott, har liknande syfte och funktion, trots att karaktären av kränkningen skiljer sig åt. Enligt HD bör därför ersättningsnivåerna vid konventionskränkningar inte ”fjärras alltför mycket från de ersättningsnivåer som gäller när skadestånd döms ut enligt skadeståndslagen i jämförbara fall”. På ett generellt plan krävs det dock enligt domstolen att de nationella skadeståndsnivåerna är förenliga med Europadomstolens praxis.²²⁸ Högsta domstolens resonemang ledde till ett

²²⁷ *NJA 2207 s. 295, NJA 2007 s. 584, NJA 2007 s. 747 samt NJA 2007 s. 862, NJA 2007 s.*

891 som inte närmare berörs här.

²²⁸ *NJA 2007 s. 584, s. 9 f.*

avsevärt lägre ersättningsbelopp än vid andra fall av skadestånd enligt EKMR och var och en av familjemedlemmarna erhöll 15 000 kr för ideell skada.

Det hittills redogjorda rättsfallen har rört frågan om ett skadeståndsansvar för det allmänna vid konventionskränkningar som kunnat tillskrivas staten. I det s.k. Trygg-Hansa fallet, *NJA 2007 s. 747* prövade Högsta domstolen dock frågan om Europakonventionens horisontella effekt, dvs. om en enskild kan åläggas en skadeståndsskyldighet i förhållande till en annan enskild för att ha kränkt dennes konventionsrättigheter. I fallet hade försäkringsbolaget Trygg Hansa smygfilmat och låtit en privatdetektiv spana på en kvinna med anledning av ett försäkringskrav. Detta hade enligt klaganden kränkt hennes rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR. Kvinnan anförde att domstolen hade en skyldighet utifrån Europakonventionen att tillskapa ett skadeståndsansvar även i förhållande till annan enskild, i likhet med den skadeståndsrättsliga utveckling som skett vad det gällde det allmännas ansvar.

Europakonventionens artikel 8 innebär enligt Högsta domstolen i domskälen framför allt en negativ förpliktelse för staten att avstå från handlingar som kränker en individs rätt till privatliv. Artikeln har dock av Europadomstolen också i vissa fall utvidgats till att innebära en positiv förpliktelse för staterna att skydda individens rätt till privatliv.²²⁹ HD pekar på att Europadomstolen själv varit försiktig med att utveckla en särskild teori för hur extensivt konventionens horisontella skydd sträcker sig. Högsta domstolen konstaterade sedan att konventionen inte innehåller några regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter, än mindre regler om att enskilda skulle kunna bli skadeståndsskyldig. I strikt bemärkelse kan därför inte enligt HD ett skadeståndsansvar åläggas enskilda rättssubjekt utifrån Europakonventionen.

HD noterar att den i flera rättsfall etablerat en rätt till skadestånd vid konventionskränkningar trots avsaknaden av stöd i inhemsk lagstiftning. Domstolen poängterar dock att denna rättsutveckling rört statens egna handlingar eller underlåtenhet, något som präglats av särskilda hänsyn. Det är inte enligt HD rimligt att staten skall kunna freda sig mot skadeståndskrav genom att åberopa sin egen underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer konventionen.²³⁰ Högsta domstolen gör här en intressant koppling till den gemenskapsrättsliga s.k. estoppel-principen,²³¹ som EG-domstolen använt inom sin rättsskyddslära, som ett bakomliggande skäl för domstolens rättsutveckling av ett skadeståndsansvar för staten på grund av Europakonventionen.²³²

²²⁹ HD citerar här Europadomstolens dom, *von Hannover mot Tyskland*, nr. 59320/00, dom den 24 juni 2004, där Strasbourg domstolen fann att de tyska integritetsbestämmelserna inte skyddade prinsessan Caroline av Monacos rätt till ett privatliv i tillräcklig grad från de pressfotografer som trakasserade henne.

²³⁰ *NJA 2007 s. 747*, s. 5.

²³¹ Ex. EG-domstolens avgörande i målet 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629. Principen innebär ett krav på domstolarna i unionens medlemsstater att agera och skydda enskildas rättigheter när lagstiftaren har brustit i sin skyldighet i ett visst avseende, ex. genom att underlåta att uppfylla en förpliktelse i ett EG-rättsligt direktiv.

²³² HD hade redan i *NJA 2003 s. 217* hänvisat till den gemenskapsrättsliga estoppel-principen. Kopplingen har inte fått särskilt stort genomslag i den rättsliga debatten, se dock Mörk & Hermansson, *Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppel-argumentet i svensk rätt*, SvJT 2008, s. 230 f. som behandlar frågan ingående.

Vid skadeståndsskyldighet för enskilda vid brott mot konventionen föreligger dock enligt Högsta domstolen andra hänsyn, så som den enskildes behov av förutsägbarhet av de rättsliga konsekvenserna av dess handlande. Strasbourg domstolens dynamiska tolkning av konventionen gör att det är svårt för den enskilde att förutse vilka handlingar som skulle kunna utgöra en kränkning av rätten till privatliv i artikel 8. Särskilt överraskande skulle detta bli om den skadeskyldighet som en enskild åläggs varken framgår av Europakonventionens lydelse eller av Europadomstolens praxis.²³³ Högsta domstolen nekar således en utökning av principen om en rätt till skadeståndsansvar vid konventionsbrott i relation mellan privata parter, såvida det inte finns ett fördragskonformt utrymme mot någon intern skadeståndsrättslig bestämmelse.

6.4 Skadestånd vid brott mot EG-rätten i svensk rättspraxis

Principen om det allmännas ansvar för överträdelser av EG-rätten medförde i samband med det svenska medlemskapet i EU 1995 en väsentlig utvidgning av statens skadeståndsansvar mot vad som tidigare gällt. Rätten till skadestånd på gemenskapsrättslig grund regleras inte i svensk lag, istället grundas en sådan rätt direkt på EG-fördragets bestämmelser så som de tolkats av EG-domstolen. De skadeståndsrättsliga principer som EG-domstolen utvecklat gäller i Sverige vid sidan av svensk rätt och de har fått ett stort genomslag i den svenska rättstillämpningen. Det är således fråga om två skilda skadeståndsrättsliga institut i svensk rätt. Det är skadeståndstalanans utformning i det specifika fallet som styr om en rätt till skadestånd prövas utifrån EG-rätten och/eller den svenska skadeståndslagen.²³⁴

Francovich-doktrinen om medlemsstaternas skadeståndsansvar har i flera fall lett till att svenska domstolar ålagt den svenska staten att utge statskadestånd till enskilda då svensk rätt bedömts strida mot gemenskapsrättsliga regler.²³⁵ Justitiekanslern har inom ramen för statens frivilliga skadereglering också i ett stort antal fall handlagt skadeståndskrav mot staten på grund av överträdelser av EG-rättsliga regler²³⁶ och har även betalat ut skadestånd på denna grund.²³⁷

²³³ NJA 2007 s. 747, s. 5.

²³⁴ T.ex. JK beslut 2008-04-09, Dnr. 7665-06-40.

²³⁵ Så var t.ex. fallet i NJA 2002 s. 75 där HD efter att ha inhämtat en förhandsavgörande från EG-domstolen bedömde att den svenska lönegarantilagen stod i strid mot lönegarantidirektivet. Även målet *Stockholm Lindöpark* där staten bedömdes skadeståndsskyldig p.g.a. bristande överensstämmelse mellan den svenska moms lagen och det s.k. mervärdesskattedirektivet, Solna TR mål T 360/9 samt förhandsavgörande i mål C-150/99 [2001] ECR I-49.

²³⁶ T.ex. JK:s beslut 2002-02-08, dnr 3646-99-40 angående frågan om HD i strid med EG-rätten underlåtit att inhämta förhandsbesked från EG-domstolen samt JK:s beslut 2005-05-30, dnr 3066-04-44 angående skadestånd med anledning av att de svenska reglerna om återbetalning av studielån skulle stå i strid med EG-rätten.

²³⁷ Ex. JK:s beslut 1998-02-20, dnr 2319-97-44 där JK betalade ut över 1 miljon kronor avseende utebliven vinst, p.g.a. en sanktionsavgift som bedömts strida mot EG-rätten samt beslut 2002-06-20, dnr 532-01-40 där svenska regler om avgasrening av bilar bedömts stå i strid med EG-rätten.

Principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar innebär att den svenska staten också kan bli ersättningskyldig i de fall där svensk lagstiftning eller beslut av ett svensk offentligt organ strider mot det av EG-domstolen utvecklade skyddet för mänskliga rättigheter. Vid en genomgång av JK:s publicerade beslut och de domar som rör skadestånd på EG-rättslig grund i svenska domstolar förefaller det dock som att förenligheten av sådana åtgärder än så länge inte har prövats utifrån EG-rätten skydd för mänskliga rättigheter utan främst vid överträdelser av olika gemenskapsrättsliga direktiv eller de allmänna principerna om fri rörlighet och icke-diskriminering i fördraget.

Det skadeståndsansvar som utvecklats i svensk praxis i förhållande till offentliga organ som åsidosatt Europakonventionen på sikt också kan komma att få en motsvarighet var det gäller handlande från statliga och kommunala organ som strider mot EU:s rättighetsstadga.²³⁸ Lissabonfördraget innebär, i det fall fördraget ratificeras av alla unionens medlemsstater, att EU:s rättighetsstadga bli rättsligt bindande och får en närmast konstitutionell ställning i förhållande till svensk lag på grund av principerna om unionsrättens direkta effekt och företräde.

Utvecklingen ligger till stor del i EG-domstolens och de svenska domstolarnas händer. Än så länge förefaller svenska domstolarna inte i något fall ha tillämpat unionens rättighetsstadga som tolkningsunderlag. Trots Stadgans potential att påverka svensk skadeståndsrätt har inte mycket skrivits om denna möjliga utveckling och det saknas även mer ingående rättsliga överväganden av vad Stadgan kommer att innebära för svensk del i de departementspromemorior som föregått ratifikationen av det sedermera ratade Konstitutionsfördraget liksom det nu aktuella Lissabonfördraget.²³⁹

²³⁸ Bernitz, *a. a. s.*, s. 79 f.

²³⁹ Bernitz, *a. a. s.*, s. 73 f.

7 Lever svensk skadeståndsrätt upp till Europakonventionens och EG-rättens krav på tillgång till effektiva nationella rättsmedel?

7.1 Avsaknad av ett stadgande om effektiva rättsmedel

Svensk rätt saknar till skillnad från Europakonventionen och gemenskapsrätten ett specifikt stadgande om effektiva rättsmedel vid kränkningar av grundläggande fri- och rättigheter likt det som finns i artikel 13 EKMR eller artikel 47.1 i EU:s rättighetsstadga. Avsaknaden av ett uttryckligt lagstadgande om effektiva rättsmedel har, så som tidigare redogjorts för, bidragit till en omfattande och närmast revolutionerande utveckling i rättspraxis på området för rättsmedel och kompensation vid det allmännas åsidosättande av Europakonventionens rättighetsskydd.

Genomgången av de europeiska rättskällorna samt domar från svenska domstolar visar att principen om effektiva rättsmedel har betonats allt mer under de senaste åren, i såväl praxis från Europadomstolen och EG-domstolen som i svenska domstolar. För svensk del innebär detta att flera av den svenska skadeståndsrätten mest grundläggande begrepp som när en ansvarsgrund bedöms föreligga, vad som krävs för ett adekvat orsakssamband och vilka skador som ersätts, utmanas av dessa europeiseringstendenser.

7.2 Lever svensk skadeståndsrätt upp till Europakonventionens krav?

Att den svenska skadeståndslagen vid statens kränkningar av Europakonventionen saknade effektiva rättsmedel, på grund av de restriktiva möjligheterna till ersättning för ideell skada i svensk rätt, bekräftades av Högsta domstolen med början i *NJA 2005 s. 462* och som redovisats, i en rad efterföljande rättsfall. Rättsutvecklingen visar att Europakonventionens betydelse som skadeståndsrättslig normkälla på flera sätt har påverkat svensk skadeståndsrätt. Det gäller bl.a. synen på när ett skadeståndsansvar för det allmänna inträder, genom att konventionen frångår kravet på culpa. Även Europadomstolens syn på orsakssamband, vilka skador som skall ersättas, vilka personer som är ersättningsberättigade och vilka skadeståndsnivåer som skall tillämpas skiljer sig till viss del från traditionell svensk skadeståndsrätt. Exempel på detta är att även förlusten av en möjlighet (eng. "loss of opportunities") i sig kan vara en skada som är ersättningsgill vid konventionsbrott. Ett annat exempel är att kretsen av de som räknas som offer i konventionens mening förmodligen är vidare än det som benämns som

skadelidande i svensk skadeståndsrätt, något som domen i *NJA 2007 s. 584* indikerar, då hela familjen tillerkändes ideell ersättning för de medicinska undersökningarna på barnen. Beträffande ekonomiska skador finns det en skillnad framför allt vad det gäller kausalsamband och beräkningsmetoder för skadans storlek.²⁴⁰

När en svensk domstol konstaterat en kränkning av någon av konventionens rättigheter återstår således flera skadeståndsrättsliga frågor att lösa. Nedan följer en analys av några av de frågetecken som kan resas utifrån Europakonventionens krav på effektiva rättsmedel vid konventionskränkningar i svensk skadeståndsrätt.

7.2.1 Skadeståndslagens krav på culpa. Utgör det alltid ”fel och försummelse” att bryta mot EKMR?

Det har diskuterats om kravet på en rättslig kvalificering, i form av ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning i skadeståndslagens bestämmelse om culpaansvar strider mot Europakonventionens regler, som inte uttryckligen innehåller ett sådant krav. Vissa av konventionens artiklar, så som den för Sverige ofta aktuella artikel 6.1 EKMR innefattar dock i sig en sorts objektiv rättslig kvalificering genom att handläggningstiden skall bedömas som oskälig.²⁴¹ Frågan är intressant bl.a. eftersom Europadomstolen i ett avgörande från 2004 underkände en liknande finsk skadeståndsregel som krävde vållande för att det offentliga skulle ansvara för dröjsmål med rättegång inom skälig tid eftersom regeln inte bedömdes levde upp till kraven i artikel 13 EKMR.²⁴²

Angående skadeståndslagens krav på ”fel och försummelse” kan man förmodligen utgå ifrån att i det fall en kränkning av EKMR kan konstateras, det också är fråga om fel och försummelse från statens sida. I *NJA 2005 s. 462* uttalar Högsta domstolen att:

*”ett dröjsmål som är av det slaget att det innefattar en kränkning Europakonventionens krav på prövning inom skälig tid får härvid anses vara ett sådant oacceptabelt dröjsmål som i sig kan vara ersättningsgrundande.”*²⁴³

Domstolen indikerar således att en överträdelse av EKMR enligt svensk skadeståndsrätt inte kan anses icke-culpös.²⁴⁴ Justitiekansler Göran Lambertz är en av dem som menat att tolkningen att konventionsbrott utgör fel eller försummelse enligt 3 kap. 2§ SkL vore både rimlig och praktisk.²⁴⁵ Genom att tolka den svenska skadeståndslagens krav på ”fel och försummelse” fördragskonformt, bör det nog alltid anses culpöst av staten och kommuner att understiga den standard som Europadomstolens satt i praxis.²⁴⁶

²⁴⁰ Crafoord, *Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 535.

²⁴¹ Andersson, *Europakonventionen och nationella skadeståndsmål*, s. 2.

²⁴² *Kangasluorna mot Finland*, nr. 48339/99, dom den 20 januari 2004.

²⁴³ *NJA 2005 s. 462*, s. 7.

²⁴⁴ Juridiska Fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, remissyttrande över Ds 2007:10, s. 7

²⁴⁵ Lambertz, *a. a. s.*, s. 9.

²⁴⁶ Jfr Andersson, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndgrund*, s. 2.

Kraven på de offentliga organens agerande kan således skärpas, så att något som inte har bedömts som oaktsamt enligt skadeståndslagen, i ljuset av Europadomstolens praxis, utgör sådant fel eller försummelse att det allmänna anses ersättningsskyldig. Uppnås dock den svenska skadeståndslagens nivå för oaktsamhet tidigare kommer EKMR inte att försämra en talan enligt skadeståndslagen eftersom konventionen utgör en miniminivå som aldrig kan inskränka den nationella skyddsnivån.

Högsta domstolen har dock ännu inte i rättspraxis klarlagt att tröskeln för vad som är försumligt enligt skadeståndslagen 3 kap. 2 § och vad som utgör ett konventionsbrott alltid är exakt den samma. Teoretiskt sett skulle man väl kunna tänka sig att åsidosättande av konventionen i vissa fall bedömas som så bagatellartat att det inte föreligger en rätt till skadestånd enligt den svenska bestämmelsen om culpaansvar.²⁴⁷

Även om fel och försummelse bör föreligga från det allmännas sida vid varje kränkning av enskildas konventionsrättigheter är en sådan tolkning möjligen något problematisk utifrån andra svenska skadeståndsrättsliga avgöranden från Högsta domstolen. Det förefaller som att den svenska nivån för ansvar vid fel i bevisvärdering och rättstillämpning är betydligt högre än vad som krävs för ansvar enligt konventionen.²⁴⁸ HD har exempelvis ansett att det krävts att offentliga organs bedömning av en rättsfråga varit *uppenbart* oriktig för att grunda ett skadeståndsansvar för staten.²⁴⁹ Europakonventionens allmänt utformade bestämmelser och det faktum att Europadomstolens praxis inte alltid ger klarhet hur en viss situation skall bedömas kan ofta innebära att överträdelser av konventionen beror på mindre tydliga felbedömningar av svenska myndigheter.²⁵⁰

Trots allt bör svenska domstolar inte vara bundna av den vållandebedömning som görs i vissa andra skadeståndsrättsliga situationer vid prövning av om fel eller försummelse förelegat vid en påstådd konventionskränkning. En sådan tolkning ligger i linje med NJA 2005 s. 462 där HD klargjorde att en fördragskonform tolkning av svensk skadeståndsrätt kan innebära att olika begränsningar i lagmotiv eller praxis kan frångås för att leva upp till konventionens krav.

Vad det gäller skadeståndslagens avgränsning av ansvarsområdet till handlingar som faller in under begreppet myndighetsutövning är det inte uteslutet att Europakonventionen skulle kunna åsidosättas även vid åtgärder som inte faller in under skadeståndslagens myndighetsbegrepp, så som ex. undervisning, serviceåtgärder, sjukvård etc., även om det förmodligen skulle vara ovanligt.²⁵¹ Ställs det hela på sin spets, bör nog domstolarna göra en fördragskonform tolkning av den praxis som bedömt vilka handlingar som faller in under begreppet ”vid myndighetsutövning”.

²⁴⁷ Ds 2007: 10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning*, s. 61 f.

²⁴⁸ Lambertz, *a. a. s.*, s. 9.

²⁴⁹ Jfr NJA 2002 s. 88 och NJA 2003 s. 285.

²⁵⁰ Ds 2007: 10, s. 65.

²⁵¹ Jfr också Ds 2007: 10, s. 65.

7.2.2 Är alla konventionens rättigheter skadeståndsanktionerade?

Högsta domstolen har i *NJA 2007 s. 295* och *NJA 2007 s. 584*, genom att fastslå att rätten till skadestånd inte skall begränsas till brott mot artikel 5 och 6.1 EKMR, öppnat för att det allmännas kränkningar av alla Europakonventionens rättigheter skall kunna ge inhemskt skadestånd. Trots att Strasbourg domstolens praxis inte är glasklar över vilka konventionskränkningar som kräver ett rättsmedel i form av inhemskt skadestånd talar Högsta domstolens domar för svensk del för att en sådan rätt kan aktualiseras vid kränkningar av alla konventionens rättigheter.

Det har framförts att det därför inte bör vara nödvändigt att först pröva om en sådan skadeståndsskyldighet kan aktualiseras för staten vid kränkningar av var och en av de återstående rättigheterna i EKMR utan alla konventionens rättigheter torde vara skadeståndssanktionerade i svensk rätt.²⁵² Därmed kan också ifrågasättas om inte den restriktiva syn på skadeståndsmöjligheterna nationellt som bl.a. Iain Cameron och Håkan Andersson förespråkat²⁵³ och som innebär att en rätt till inhemskt skadestånd endast föreligger vid brott mot konventionens ”mest grundläggande rättigheter”, så som artikel 2 och 3 EKMR, och i vissa fall av brott mot artikel 6 och 8 EKMR, fall där Europadomstolen klart uttalat att nationellt skadestånd *skall* utgå, är något inaktuell.

Genom sin rättsutveckling får nog Högsta domstolen, i vart fall teoretiskt, anses tillhandhålla ett rättsmedel vid kränkningar av i princip alla konventionens rättigheter som staten ansvarar för, genom möjligheten till ersättning även för ideella skador. Vid de konventionskränkningar som begåtts av andra rättssubjekt än staten har HD dock genom *NJA 2007 s. 747* nekat till en sådan rätt till skadestånd såvida det inte finns ett fördragskonformt utrymme i svensk skadeståndsrätt.²⁵⁴ Det är således vid de kränkningar av konventionen där staten direkt ansvarar för en viss handling eller underlåtenhet som effektiva rättsmedel finns (se vidare avsnitt 7.5.3 angående effektiva rättsmedel vid integritetskränkningar).

²⁵² Crafoord, *Skadestånd och Europakonventionen*, ERT 2007 s. 935 f.

²⁵³ Jfr Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 569 och Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringskiss*, JFT 5-6/2007 s. 387 f. Andersson menar att Europadomstolens praxis inte kan tolkas som att fördragsstaterna måste tillskapa en möjlighet till ideellt skadestånd vid varje överträdelse av konventionen. Numreringen av konventionens artiklar ger enligt Andersson en viss indikation om såväl möjligheten till skadestånd samt skadeståndsnivåer, vilket då innebär att en sådan rätt främst blir aktuell vid konventionens första artiklar, samt i vissa fall vid artikel 6 och 8 EKMR.

²⁵⁴ Jan Södergren har hävdad att klaganden i detta fall står inför ett processuellt dilemma. HD:s dom i *NJA 2007 s. 747* kan tolkas så att ett privat rättssubjekt kan bli skadeståndsskyldig i det fall det kan anses följa av en fördragskonform tolkning av en intern lagbestämmelse. I praktiken blir det dock svårt för en part att avgöra om svenska domstolar anser att ett sådant utrymme föreligger eller inte. För att vara på den säkra sidan krävs då att parten inleder en skadeståndstalan både mot den direkta förövaren och mot staten, vilket innebär att en av processerna helt säkert kommer att förloras. Jfr Södergren, ERT 2007 s. 105 f.

Den svenska staten hävdar också efter Lundgren-domen, genom UD i Europadomstolen, att en nationell civilrättslig skadeståndstalan utgör ett sådant effektivt nationellt rättsmedel vid konventionskränkningar som först måste uttömmas enligt konventionens artikel 35 innan Europadomstolen kan pröva målet.²⁵⁵ Även Justitiekanslern har i ett beslut från 2007 konstaterat att ”det genom Högsta domstolens praxis numera torde finnas effektiva rättsmedel vid konventionskränkningar i Sverige”.²⁵⁶ Det är dock staten som i det enskilda fallet har bevisbördan i en process inför Europadomstolen för att ett rättsmedel i praktiken är effektivt och medför en rimlig möjlighet till framgång för klaganden. I fallet *Wassdahl mot Sverige* från 2006 invände den svenska regeringen i Europadomstolen att ett klagomål om brott mot artikel 6. 1 skulle avvisas eftersom de inhemska rättsmedlen inte uttömts.²⁵⁷

Det aktuella målet hade sin bakgrund i en skatteprocess som totalt varat cirka sju år och tre månader. Både tingsrätt och hovrätt hade lämnat klagandens käromål, om att den långsamma handläggningen av skattemålet utgjorde sådant fel och försummelse från statens sida som grundade ett skadeståndsansvar, utan bifall. Klaganden överklagade men vid tiden för Europadomstolens prövning hade Högsta domstolen ännu inte meddelat beslut i frågan om prövningstillstånd. Regeringen menade att klagande först borde föra en skadeståndstalan mot det allmänna i enlighet med Högsta domstolens dom i *NJA 2005 s. 462* och i vart fall borde klagande vara tvungen att avvakta HD:s prövning i målet. Europadomstolen fann att Sverige inte förmått visa att klaganden vid brott mot artikel 6.1 haft tillgång till ett effektivt rättsmedel för klaganden och godtog inte invändningen om att inhemska rättsmedel inte uttömts.²⁵⁸ Europadomstolen konstaterade att det aktuella fallet, till skillnad från *NJA 2005 s. 462* som rörde en brottmålsprocess där klagande till sist frikändes, rörde en skatteprocess. För skattemål fanns det ännu inget prejudikat från Högsta domstolen, dessutom hade hovrätten i domskälen inte hänvisat till HD:s dom i Lundgren, trots att hovrättens avgörande meddelats efter Högsta domstolens dom i Lundgren-målet.²⁵⁹

Europadomstolens dom i *Wassdahl mot Sverige* visar att staten inte, trots Högsta domstolens rättsutveckling, i alla situationer kan hävda att en civilrättslig talan om skadestånd faktiskt är ett effektivt rättsmedel vid kränkningar av Europakonventionen i svensk rätt.

²⁵⁵ Den svenska statens inställning framgår exempelvis av det pågående målet *Carlgren mot Sverige*, nr 9631/04.

²⁵⁶ Södergren, *Axplock VI – ur svensk konventionstillämpning*, ERT 2007, s. 17.

²⁵⁷ Justitiekanslerns beslut 2007-10-11, Dnr. 5416-06-40.

²⁵⁸ *Wassdahl mot Sverige*, nr. 36619/03, dom den 6 februari 2007.

²⁵⁹ Vid tiden för klagomålet, som lämnats in före domen i det s.k. Lundgren-fallet, fanns inte någon indikation på att det existerade ett effektivt rättsmedel för klagomål avseende oskäligen handläggningstid i Sverige. Klaganden hade därför uttömt de rättsmedel som stod honom till buds.

²⁵⁹ Klaganden tillerkändes ett ideellt skadestånd om 1 500 euro samt ersättning för rättegångskostnader.

7. 2. 3 Frågan om i vilka situationer skadestånd skall utgå och till vilka belopp

Även om debatten om huruvida skadestånd kan utgå för kränkningar av alla konventionens rättigheter kan hävdas nått sin ände är frågan om vilka ersättningsnivåer som skall tillämpas av svenska domstolar vid konventionsbrott mycket aktuell.²⁶⁰ Den svenska inkorporeringslagen innehåller till skillnad från ex. den brittiska Human Rights Act 1998 inte någon förpliktelse att ta hänsyn till Europadomstolens rättspraxis. I *NJA 2005 s. 462* uttalande Högsta domstolen att det var en ”naturlig utgångspunkt” att ta hänsyn Strasbourg domstolens rättspraxis, även om det inte fanns en folkrättslig förpliktelse att följa den. Domstolens uttalande aktualiserar frågan om i vilken grad Europadomstolens praxis påverkar och är bindande för svenska domstolar ex. vad det gäller de situationer då skadestånd skall utgå och till vilka belopp.

Enligt artikel 46 EKMR finns det endast en uttalad förpliktelse att följa Europadomstolens domar i de fall där staten själv fälls för brott mot konventionen, något som då kan innebära att staten genom lagstiftning eller andra åtgärder korrigerar nationell rätt.²⁶¹ Europadomstolen har dock själv ansett att i de fall de nationella förutsättningarna är identiska med Europadomstolens prövning i ett tidigare avgörande och konventionen har status som inhemsk lag bör i princip den nationella domstolen vara ”bunden” av att följa dess tolkning.²⁶² I fall då andra stater fälls för brott mot konventionen blir det för den svenska lagstiftaren och de inhemska domstolarna att i fall till fall bedöma huruvida de svenska förhållandena är jämförbara med situationen i den konventionsstat som fällts samt att vidta åtgärder för att förhindra att Sverige fälls i likande fall. I Lundgren-målet tog Högsta domstolen ett sådant ansvar för att Sverige inte skulle fällas för konventionsbrott inför Europadomstolen i Strasbourg.

Vad det gäller skadestånd för kränkningar av Europakonventionens artikel 5.5, på grund av olagliga frihetsberövande får nationella myndigheter och domstolar söka vägledning i Europadomstolens praxis angående denna artikel. För gottgörelse vid kränkningar av andra rättigheter i konventionen är det istället domstolens praxis om skälig gottgörelse under artikel 41 som blir vägledande samt vad som av Europadomstolen bedömts som tillräckligt effektiva rättsmedel nationellt för att upphäva klagandens status som offer inför domstolen.

Trots att artikel 41 inte riktar sig till den inhemske rättstillämparen får ändå Strasbourg domstolens praxis betydelse eftersom den blir vägledande för myndigheter och domstolar i konventionsstaterna i skadeståndsrättsligt hänseende. Att svenska domstolar således enligt HD ska ”ta hänsyn till” Europadomstolens praxis innebär att principer som går att utläsa ur domstolens avgörande under artikel 41 exempelvis angående i vilka situationer skadestånd

²⁶⁰ Jfr Crafoord som för ett sådant resonemang i *Skadestånd och Europakonventionen*, ERT 2007 s. 935 f.

²⁶¹ Danelius, *a. a.* s. s. 52 f.

²⁶² *Vermeire mot Belgien*, serie A nr 214, dom den 29 november 1991.

skall utgå, med vilka belopp, när en skada anses föreligga, vilka skador som anses ersättningsgilla, samt hur adekvans och orsakssamband skall bedömas, blir vägledande även för svenska myndigheter och domstolar.²⁶³ Finns det inte andra sätt att nationellt kompensera den enskilde bör nationellt skadestånd utgå i de situationer och i nivå med de belopp som Europadomstolen utdömer skadestånd.

Att Europadomstolens praxis på detta sätt blir vägledande för de inhemska organen ligger också i linje med konventionens effektivitets- och subsidiaritetsprincip. De svenska myndigheterna och domstolarna bör i enlighet med subsidiaritetsprincipen sträva efter att avlasta Europadomstolen och så långsiktigt stärka effektiviteten både i det nationella och internationella kontrollmaskineriet. En prövning om skadestånd på grund av EKMR av en svensk domstol bör enligt subsidiaritetsprincipen i princip sträcka sig lika långt och vara lika omfattande som Europadomstolens egen prövning för att vara effektiv.²⁶⁴ Justitiekansler Göran Lambertz anförde redan innan HD:s avgörande i målet Lundgren att:

*”Förr eller senare bör sannolikt svensk skadeståndsrätt anpassas helt eller nästan helt till Europakonventionen. Om ett visst myndighetsagerande leder till skadestånd för staten vid en prövning i Europadomstolens i Strasbourg, bör nog också svensk domstol i princip döma ut skadestånd för motsvarande agerande. I längden bör nog också våra skadeståndsbelopp komma i nivå med Europadomstolens. Annars finns även i klara fall ett incitament att vända sig till Strasbourg för att få sin sak prövad där istället för att väcka talan här hemma.”*²⁶⁵

Hur väl står sig då de svenska ersättningsnivåerna i förhållande till Europadomstolens praxis? Generellt kan sägas att Europadomstolens tillämpning av artikel 41 och utdömandet av skäligen gottgörelse till skadelidande i de flesta fall, särskilt vad det gäller ersättningens storlek, varit betydligt mer generös än de svenska skadeståndsbestämmelserna och den praxis som finns vid ersättning för kränkning.²⁶⁶ I *NJA 2005 s. 462* utgick dock Högsta domstolen vid beräkningen av det ideella skadeståndets storlek från Strasbourg domstolens praxis och skadeståndsnivåer vid kränkning av artikel 6.1 EKMR, något som var en nyhet jämfört med den svenska beräkningstraditionen vid ideell skada och vid kränkningersättning.

I de efterföljande rättsfallen om skadestånd på grund av brott mot EKMR från 2007 har HD betonat att vad som utgör skäligen ersättning kan variera mellan olika länder och vid utdömandet av ideell ersättning har domstolen relaterat till

²⁶³ Jfr Crafoord, *Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, ERT 2001, s. 520.

²⁶⁴ Danelius, *a. a. s.*, s.434.

²⁶⁵ Lambertz, *a. a. s.*, s. 9.

²⁶⁶ Den svenska kränkningersättningen utgår bara vid allvarliga kränkningar enligt grundregeln i skadeståndslagen 2 kap. 3§. För att undvika godtycklighet vid beräkning av ideell skada har svenska domstolar tillämpat schablonmässiga ersättningsbelopp för olika typer av kränkning, brottsoffermyndighetens praxis är viktig. Lägsta ersättningsnivå är 5000 kr. Exempel på ersättningsnivåer är; 5 000 - 20 000 kr för en oprovocerad misshandel och ca 75 000 kr för en våldtäkt. Hellner & Johansson, *a. a. s.*, s. 359, 408.

de ersättningsnivåer som tillämpas för kränkning vid allvarliga brott vilket förefaller ge lägre ersättningsnivåer.²⁶⁷

Den mest uppenbara fördelen med Högsta domstolens tillvägagångssätt är att det skadeståndsrättsliga systemet nationellt inte splittras upp i olika värderingsmetoder beroende på vilken ansvarsgrund som anses tillämplig. Håkan Andersson menar exempelvis att det vore inkonsekvent att ge avsevärt mycket större belopp för ideell skada vid konventionskränkningar jämfört med exempelvis grova brott som misshandel, mordförsök eller våldtäkt.²⁶⁸ Samtidigt bör det tas i beaktade att de låga skadeståndsnivåerna för ideell skada enligt skadeståndslagen kan förklaras av att kränkingsersättningen främst ansetts ha en *reparativ* funktion. Preventionsintresset vid kränkning har i svensk rätt istället tillgodosetts genom att de gärningar som grundar en skadeståndsskyldighet är kriminaliserade.²⁶⁹ Vid konventionsbrott kan det dock dessutom finnas ett intresse av att betona skadeståndets *preventiva* funktion. Europadomstolen har betonat att skadeståndsbeloppen vid konventionskränkningar ska sättas så att det utgör ett faktiskt påtryckningsmedel på staten att komma tillrätta med exempelvis problemet med oskäliga handläggningstider.²⁷⁰

Justitiekanslern som tidigare anförde att de nationella skadeståndsbeloppen bör ligga i nivå med Europadomstolens har i ett principbeslut från oktober 2007²⁷¹ menat att den enskilde bör vara kompenserad med en ersättning på inhemsk nivå som ”ligger väl under ersättningsnivåerna” som Europadomstolen tillämpat vid brott mot artikel 6.1 EKMR. Från Justitiekanslerns sida menar man att Högsta domstolens ersättningsnivåer i ljuset av det slutliga avgörandet i *Zullo mot Italien* framstår som alltför generösa.²⁷² Denna avvikelse från den s.k. Zullo-taxan och de skadeståndsnivåer HD tillämpade i *NJA 2005 s. 426* har kritiserats av verksamma jurister.²⁷³

Intressant är att Högsta domstolen genom ett beslut den 4 februari 2009 meddelat prövningstillstånd gällande frågan om storleken på det ideella skadeståndet vid långsam handläggning av ett mål om skattetillägg.²⁷⁴ Till saken hör att målet rör den rättsprocess som också var aktuell i *NJA 2003 s. 217*, det s.k. Bo Holm-målet, där Högsta domstolen först gav en föraning om att

²⁶⁷ *NJA 2007 s. 295* samt *NJA 2007 s. 584*.

²⁶⁸ Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt - en argumentativ probleminventeringskiss*, s. 407

²⁶⁹ *Ds. 2007:10*, s. 86.

²⁷⁰ Jfr *Zullo mot Italien*, nr 64897/01, dom i den stora kammaren 29 mars 2006, paras 69 och 76.

²⁷¹ Beslut av den 11 oktober 2007, dnr. 5416-06-40.

²⁷² *Zullo mot Italien*, a.a. s. Av Europadomstolens praxis i *Zullo II* framgår att lägre ersättningsnivåer vid brott mot artikel 6.1 kan accepteras när en konventionsstat introducerat andra effektiva former av gottgörelse, ex. förfaranden för att skynda på målet handläggning. Det verkar dock inte som att Europadomstolen frångår den taxa som tillämpades i det första avgörandet. Bedömningen blir dock i sak annorlunda på grund av omständigheterna i fallet bedöms på ett annorlunda sätt i det slutliga avgörandet.

²⁷³ Crafoord, *Skadestånd och Europakonventionen*, ERT 2007, s. 926, Hermansson, *Kommentar till Clarence Crafoord om Justitiekanslerns ersättning nivåer vid vissa konventionskränkningar*, ERT 2008, s. 179 f samt Crafoord, *Justitiekanslern, gör om och gör rätt!* ERT 2008, s. 534 f.

²⁷⁴ Högsta domstolens beslut T 4625-08. Prövningstillstånd har dessutom meddelats vad gäller rättegångskostnadernas fördelning.

skadestånd kan utgå i svensk rätt vid brott mot Europakonventionen. Underinstanserna hade då tidigare avvisat talan om skadestånd på grund av EKMR och målet återförvisades av Högsta domstolen till tingsrätten. I hovrätten tillerkändes sedan Holm 60 000 i ideellt skadestånd för den alltför långa handläggningen av skattemålet som totalt varat ca 9 år. Detta kan jämföras med de 100 000 kr som Lundgren tillerkändes av Högsta domstolen vid en handläggningstid om ca 7 år i *NJA 2005 s. 462*. Förhoppningsvis kan Högsta domstolens framtida dom i Holm-målet klargöra hur det ideella skadeståndets storlek vid kränkningar av artikel 6.1 EKMR skall bestämmas i svensk rätt.

Även om underkompensation inte nödvändigtvis innebär ett brott mot artikel 13 EKMR bör de svenska skadeståndsnivåerna på ett generellt plan leva upp till konventionens krav för att utgöra effektiva nationella rättsmedel för den enskilde. En viktig invändning mot de avsevärt lägre ersättningsnivåer som Justitiekanslern tillämpar är dessutom att det enligt Europakonventionens artikel 53 är förbjudet att inskränka den nationella skyddsnivån med hänvisning till Europadomstolens praxis. Artikel 53 ger således uttryck för att konventionen utgör ett minimiskydd som aldrig kan försämra den enskildes chanser utifrån den nationella rätten. Principen om Europakonventionen som ett minimiskydd finns också uttryckt i statliga utredningar som poängterat att Sverige inte ”bör balansera på gränser till vad som kan tänkas strida mot grundläggande mänskliga rättigheter”.²⁷⁵ En sådan ”säkerhetsmarginal” i förhållande till Europadomstolens praxis verkar också ha tillämpats av Högsta domstolen i flera fall under de senaste åren.²⁷⁶ Även utredaren i skadestandsfrågor vid brott mot EKMR, Bertil Bengtsson har uttryckt att ”beslut får inte ens ligga i närheten av det förbjudna”.²⁷⁷ Det kan således ifrågasättas om inte Justitiekanslerns begränsning av det ideella skadeståndets storlek vid kränkningar av konventionen balanserar alltför nära gränsen till vad som är tillåtet utifrån konventionens krav på effektiva rättsmedel.

7.3 Lever svensk skadeståndsrätt upp till EG-rättens krav?

Gemenskapsrättens utgångspunkt är att den svenska rättsordningen skall tillhandhålla de rättsmedel som krävs för att EG-rätten ska få ett effektivt nationellt genomslag. Svensk rätt får därför inte ställa upp begränsningar som hindrar det skydd för grundläggande rättigheter som gemenskapsrätten garanterar. EG-rättens företrädare framför nationell rätt innebär att inhemska regler kan få ge vika för att gemenskapsrätten kräver effektiva rättsmedel i nya situationer, där detta inte tidigare hade varit möjligt enligt den nationella rätten.²⁷⁸

²⁷⁵ SOU 2001:25, s. 185 och 215.

²⁷⁶ Det allra tydligaste fallet är förmodligen *NJA 2005 s. 805*, det s.k. Åke Green fallet. Södergren, *Axplock VI – ur svensk konventionstillämpning*, ERT 2007, s. 13 f.

²⁷⁷ Ds 2007: 10, s. 65 f.

²⁷⁸ Andersson, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, s. 51-52.

7.3.1 Skadeståndslagen och förenligheten med EG-rätten

Vid prövningen av skadeståndskrav grundade på påstådda överträdelser av EG-rätten skall frågan om skadeståndsskyldighet föreligger först prövas utifrån de kriterier som EG-domstolens fastslagit med start i avgörandet i *Francovich*. Först när ett sådant skadeståndsansvar slagits fast skall i princip den svenska skadeståndsrättens bestämmelser tillämpas. Eftersom EG-domstolens, i praxis utformade kriterier och den svenska skadeståndslagens begrepp lagtekniskt är utformade på olika sätt är det svårt att jämföra de olika rättsliga regleringarna för när en ansvarsgrund anses föreligga.

Vad det gäller det första kriteriet för skadeståndsansvar enligt EG-rätten, att den regel som överträtts skall var avsedd att skapa rättigheter för enskilda har denna ansetts jämförbar med den svenska skadeståndsrättens fastställande av kretsen av ersättningsberättigade utifrån en princip om att ”skyddat intresse”, dvs. att regel haft till syfte att skydda den skadelidande.²⁷⁹

Det andra kriteriet för skadeståndsansvar är att överträdelserna skall var ”tillräckligt klar” eller ”allvarlig”. Vad det gäller den svenska krav på fel och försummelse i skadeståndslagen 3 kap. 2 § är det tydligt att det enligt EG-domstolen inte är tillåtet att ställa upp ett något ytterligare villkor utöver det gemenskapsrättsliga kravet på en ”tillräckligt allvarlig överträdelse”. Rätten till skadestånd på grund av brott mot gemenskapsrätten kan alltså inte så som skadeståndslagen stadgar, göras beroende av om det begåtts något fel, oavsiktligt eller avsiktligt hos det ansvariga offentliga organet. De avvägningar som görs vid bedömningen om skadeståndsskyldighet enligt EG-rätten föreligger innefattar dock en prövning av olika subjektiva och objektiva omständigheter som på olika sätt anknyter till den svenska vållandebedömningen. Trots att EG-rätten inte ställer något krav på försumlighet (jfr eng. fault), så kan den svenska culpabedömningen ändå vara relevant för att fastställa om en tillräckligt allvarlig överträdelse enligt gemenskapsrätten föreligger. Även om begreppen skiljer sig åt motsvarar därför förmodligen den svenska bestämmelsen om ”fel och försummelse” på ett principiellt plan de gemenskapsrättsliga kraven på en ”tillräckligt allvarlig överträdelse” för skadeståndsansvar.²⁸⁰

Det sista kriteriet, prövningen av om det föreligger ett orsakssamband mellan det offentligas handlande och den skada som orsakats skall enligt EG-domstolen göras av den nationella domstolen utifrån de inhemska kausalitetsreglerna.²⁸¹ De svenska domstolarna har således att tillämpa svenska skadeståndsrättsliga principer i bedömningen av om kravet på tillräckligt orsakssamband skall anses vara uppfyllt.

²⁷⁹ SOU 1997: 194, s. 133.

²⁸⁰ Andersson, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndgrund*, artikel på www.pointlex.se, juni 2005, s. 4. Jfr även SOU 1997: 194, s. 134.

²⁸¹ SOU 1997: 194, s. 135.

EG-rättens inverkan på den svenska skadeståndslagen och möjligheterna till skadestånd vid brott mot gemenskapsrätten belystes ingående i en statlig utredning efter det svenska EU medlemskapet. Utredningen fann att frågan om rätt till skadestånd i de flesta fall skulle besvaras på samma sätt oavsett om gemenskapsrätten och den svenska skadeståndslagen tillämpades. På ett generellt plan ansågs så bestämmelsen i skadeståndslagen 3 kap. 2 § stämma överens med de krav som EG-rätten reser, och utredningen fann inte att bestämmelsen behövde förändras för att motsvara gemenskapsrättens krav. En viktig invändning är dock att den svenska skadeståndslagens avgränsningar av det allmännas ansvar till skador som vållats genom handlande av offentliga organ ”vid myndighetsutövningen” förmodligen inte kan upprätthållas i alla de olika fall där ett skadeståndsansvar kan grundas på EG-rätten.²⁸² Det är även tveksamt om den skadeståndsrättsliga immuniteten för lagstiftaren, regeringen och de högsta rättsliga instanserna i 3 kap. 7§ SkL är förenligt med EG-rättens krav på effektiva rättsmedel (se vidare nedan i 7.4).²⁸³

Svenska domstolar skall bestämma ersättningen enligt de riktlinjer som framgår av EG-domstolens praxis. Det förefaller, i var fall än så länge, inte vara särskilt problematiskt att med tillämpning av svensk skadeståndsrätt ge ersättning för de olika skador som EG-domstolen i praxis krävt. En viktig skillnad mellan EG-domstolens och Europadomstolens rättspraxis är här, som jag förstår det, att EG-domstolen inte ställt upp några mer specifika krav på att exempelvis även ideella skador skall ersättas vid kränkningar av mänskliga rättigheter eller på vissa ersättningsnivåer. Kanske är en sådan utveckling något som kan följa av att EU:s rättighetsstadga blir rättsligt och formellt bindande.

7.4 Immunitetsregeln i 3 kap. 7 § SkL bör slopas

Situationen att Europadomstolen eller EG-domstolen kunde underkänna ett riksdags- eller regeringsbeslut som stridande mot Europakonventionen eller EG-rätten var inte aktuell när bestämmelsen i 3 kap. 7 § SkL tillkom och det är därför oklart om beslutet i sådana fall skall anses ”upphävt”, så att en skadeståndstalan enligt 3 kap. 2 § SkL kan komma till stånd. Regelns processuella karaktär gör att det i normalfallet inte är möjligt för en enskild att föra en skadeståndstalan exempelvis mot normbeslut. Det har dock i doktrin ansetts att taleförbudet i 3:7 SkL överhuvudtaget inte är formellt tillämpligt i det fall en nationell skadeståndstalan mot beslut av de högsta statsorganen grundas direkt på Europakonventionen eller EG-rätten. Detta eftersom paragrafen endast gäller i förhållande till en skadeståndstalan enligt skadeståndslagen 3 kap. 2 §.²⁸⁴

I praktiken kommer en talan om skadestånd som grundas på brott mot EG-rätten att ”ta över” den svenska regeln, så att begränsningen inte kan

²⁸² SOU 1997: 194, s. 130. Bernitz & Kjellgren, *a.a. s.*, s. 21.

²⁸³ SOU 1997: 194, s. 141.

²⁸⁴ Bengtsson & Strömbäck, *a.a. s.*, s. 116 f. Se även NJA 2004 s. 662 där statens ansågs skadeståndsansvarig enligt EES-avtalet för att ha felaktigt genomfört ett direktiv enligt avtalet.

upprätthålls. Att de högsta statsorganens eventuella överträdelser av EG-rätten således kan prövas genom en skadeståndstalan är således en konsekvens av Sverige EU-medlemskap. Statens skadeståndsansvar enligt gemenskapsrätten omfattar således även fel av den svenska lagstiftaren ex. genom underlåtenhet att lagstifta eller beslut i strid med EG-rätten. Europakonventionens krav på effektiva rättsmedel i artikel 13 har dock inte ansetts så långtgående att den innefattar en rätt att få en inhemsk lag åsidosatt genom normprövning av nationell lagstiftning i förhållande till konventionen.

Vad det gäller beslut från de högsta domstolsinstanserna som strider mot EG-rätten framgår det också tydligt av EG-domstolens dom i fallet *Köbler* att det inte går att upprätthålla ett nationellt förbud mot en skadeståndstalan.²⁸⁵ Den interna rättsordningen är enligt EG-domstolen skyldig att tillhandhålla ett system för att hantera skadeståndskrav som grundas på nationella domstolars överträdelser av EG-rätten. Att det skulle vara svårt att hitta en lämplig och tillräckligt kompetent instans för detta är alltså inte en ursäkt.²⁸⁶

Ett av de starkaste skälen för att slopa 3:7 SkL är att motsvarande begränsningen inte gäller vid en skadeståndstalan med grund i Europakonventionen eller EG-rätten. Att en skadeståndstalan mot staten vid brott mot EKMR och EG-rätten idag är ett sådant effektivt rättsmedel som står till den enskildes förfogande gör att förbudet är missvisande och snarare ”mörklägger” existensen av detta rättsmedel. Det är också processuellt komplicerat att ställa olika krav på en skadeståndstalan beroende på om den grundas på fel i form av överträdelse av europarätten eller fel och försummelse enligt skadeståndslagen.

7.5. Ytterligare reflektioner

7.5.1 Ansvarar även kommuner för konventionsbrott?

Kan då även andra rättssubjekt än staten bli ansvariga brott mot Europakonventionen? Utgångspunkten är att den endast är staten som direkt ansvarar för brott mot dess internationella förpliktelser. Enligt bestämmelsen i skadeståndslagen 3 kap. 2 § följer dock att en enskild skall rikta sitt skadeståndsanspråk mot kommunen, och inte staten, i det fall överträdelsen har uppkommit i en verksamhet som en kommun svarar för. Högsta domstolen har ännu inte i praxis ålagt kommuner ett ansvar för brott mot Europakonventionen. I en mellandom från Göta Hovrätt från juni 2008 fann dock hovrätten att en kommun inte ansvarar i skadeståndsrättsligt hänseende för brott mot konventionen.²⁸⁷ Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd i det aktuella

²⁸⁵ Mål C-224/01 *Köbler v. Österrike, a.a. s.*

²⁸⁶ Otken Eriksson, *Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: björnen sover ...*, ERT 2004, s. 204.

²⁸⁷ Göta hovrätts dom den 30 maj 2008 i mål nr. 2939-07.

målet den 21 oktober 2008 och frågan kommer därför sannolikt att avgöras under våren 2009.²⁸⁸

Till skillnad från hovrätten har JK i ett beslut från den 4 december 2008²⁸⁹ bedömt att det är förenligt med Sverige åtaganden enligt konventionen att avseende anspråk på ersättning för ekonomisk skada på grund av ett konventionsbrott hänvisa den enskilde till att rikta sin skadeståndstalan mot den berörda kommunen. Detta ligger enligt JK i linje med att Europadomstolen i praxis fastställt att även kommuner skall iaktta de effektivitetskrav som följer av artikel 13 EKMR.²⁹⁰ Vad det gäller den ideella ersättningen, som av HD dömts ut utan särskilt lagstöd saknas det dock enligt Justitiekanslern en uttrycklig bestämmelse som ålägger kommuner ansvar även för ideella skador. På grund av den osäkerhet och i avvaktan på ett vägledande prejudikat från Högsta domstolen i frågan om kommuners ansvar för ideella skador bedömde Justitiekanslern att staten tills vidare får bära ansvaret för kommuners konventionskränkningar. I det aktuella fallet ansågs kommunen dock inte ha åsidosatt Europakonventionen och ingen materiell ersättning utgavs därför till klaganden.

Att även kommuner bör garantera ett skydd för mänskliga rättigheter i sin verksamhet ligger således i linje med Europakonventionens krav på den offentliga makten. Kommunernas i vissa fall bristande tillgång på juridisk expertis vad det gäller tolkningen av Europadomstolens praxis kan förmodligen beaktas av domstolarna vid skälighetsbedömningen av skadeståndets storlek. Det bör också vara möjligt för kommunen att rikta återkrav mot staten i det fall staten medverkat till en felaktig bedömning.²⁹¹

7.5.2 Även bolag kan tillerkännas mänskliga rättigheter

En konsekvens av Högsta domstolens utveckling av det skadeståndsrättsliga skyddet för enskilda i fall där det allmänna vid myndighetsutövning kränkt deras konventionsrättigheter är att en sådan rätt till skadestånd också kan tillfalla kommersiella bolag som utsatts för brott mot dess rättigheter enligt Europakonventionen²⁹², något som också påpekats i den rättsliga debatten.²⁹³

²⁸⁸ Högsta domstolens beslut den 21 oktober 2008 i mål T 2955-08.

²⁸⁹ Justitiekanslerns beslut 2008-12-04, dnr 6508-07-40.

²⁹⁰ Europadomstolen har exempelvis i ett fall som rörde Danderyds kommun fastslagit att det inte enbart är statens centrala organ som utgör statliga organisationer, utan också decentraliserade myndigheter som utövar offentliga funktioner, oberoende av graden av självständighet mot de centrala organen. Europadomstolen höll inte med Danderyds kommun som menat att de inte agerade ”on behalf of the Government”. Europadomstolens avvisningsbeslut den 7 juni 2001 i mål nr. 52559/99. Södergren, *Axplock VIII*, ERT 2009, s. s. 49 f.

²⁹¹ Ds 2007: 10, s. 70.

²⁹² Europadomstolens dom *Comingersoll SA mot Portugal, a.a. s.*

²⁹³ Södergren, *Bolags rätt till ideellt skadestånd*, JT 2004/05, s. 740 f. samt *Kan bolag tillerkännas mänskliga rättigheter?* ERT 2007, s. 673 f.

En sådan utveckling är kontroversiell²⁹⁴ och ligger inte i linje med nuvarande svensk skadeståndsrätt, där det traditionellt sett inte ansetts var möjlig för juridiska personer att få kompensation för ex. ideell skada. Vissa av de skador som av Europadomstolen bedömts som ersättningsgilla ideella skador för företag är dock i svensk skadeståndsrätt faktorer som påverkar bedömningen om ett bolag orsakats en förmögenhetsskada.²⁹⁵ Justitiekanslern har i ett färskt beslut från den 20 mars 2009 tillerkänt en juridisk person ersättning för ideell skada med 30 000 kr vid en kränkning av rätten till domstolsprövning inom skälig tid i artikel 6.1 EKMR.²⁹⁶

Att svenska domstolar skall ta hänsyn till Europadomstolens praxis angående de situationer när inhemskt skadestånd skall utgå följer redan av Högsta domstolens avgörande i *NJA 2005 s. 462*. Det finns dessutom en konventionsrättslig skyldighet att tillskapa rättsmedel vid konventionskränkningar som begås av det allmänna mot de rättssubjekt som har talerätt inför Europadomstolen, där ingår även kommersiella bolag. Det återstår att se hur HD kommer att bedöma frågan men JK:s beslut kan förmodligen ses som en tydlig fingervisning om framtiden.²⁹⁷

7.5.3 Effektiva rättsmedel vid integritetskränkningar – nästa svåra fråga.

En intressant fråga för framtiden är om Högsta domstolens inställning, att neka skadeståndsskyldighet på grund av Europakonventionen vid konventionskränkningar av andra rättssubjekt än staten, kommer att hålla. Möjligheten till ett sådant skadeståndsansvar, oavsett om kränkningen begåtts av en enskild eller det allmänna, har diskuterats för brott mot rätten till privatliv i Europakonventionens artikel 8.²⁹⁸ Just möjligheterna till skadestånd vid integritetskränkningar är en komplicerad rättslig fråga i svensk skadeståndsrätt. Justitiekanslern har ansett att det finns flera situationer där man kan hävda att den personliga integriteten inte skyddas tillräckligt genom svensk straffrätt och att det således saknas skadeståndssanktioner i svensk rätt vid vissa integritetskränkningar.²⁹⁹

²⁹⁴ Att även juridiska personer skulle tillerkännas en rätt till ideellt skadestånd har från JK:s sida tidigare framhållits som en orimlig konsekvens av att svenska domstolar, utan ändring i lag, skulle döma ut skadestånd *direkt* på grund av artikel 13 EKMR. Södergren, *Bolags rätt till ideellt skadestånd*, JT 2004/05, s. 741.

²⁹⁵ Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 561.

²⁹⁶ JK beslut 2009-03-20, dnr. 5879-08-40.

²⁹⁷ Ett exempel på att lägre svenska instanser beaktat och kompenserat ideell skada som en juridisk person åsamkats vid brott mot Europakonventionen är det s.k. Hallandsås målet. Banverket ålades av tingsrätten att betala företagsbot men eftersom den juridiska processen inneburit att kravet på handläggning inom skälig tid enligt artikel 6.1 EKMR hade åsidosatts sattes boten ned till hälften. På detta sätt erkändes konventionsbrottet och Banverket kompenserades för den ideella skadan, även om det i fallet inte utgick något skadestånd. Se Södergren, *Bolags rätt till ideellt skadestånd*, JT 2004/05, s. 742.

²⁹⁸ SOU 2008:3, *Skyddet för den personliga integriteten*, s. 253 f.

²⁹⁹ Lambertz, *a. a. s.*, s. 20.

Högsta domstolens avgörande i en färsk dom³⁰⁰ belyser en sådan situation. Målet gällde en kvinna vars ex-pojkvän, genom att montera en dold kamera i hennes hem, filmade henne när hon hade sexuellt umgänge med en ny pojkvän. HD konstaterade att det inte finns något generellt förbud mot fotografering utan samtycke, varför ett sådant agerande inte kan utgöra ofredande. Eftersom agerandet inte var brottslig kunde inte heller skadestånd utgå. Domstolen noterade även att rätten till privatliv i artikel 8 EKMR aktualiserades och anförde att det:

”kan starkt ifrågasättas om det är förenligt med Europakonventionen att förfaranden av det aktuella slaget lämnas helt osanktionerade”

Högsta domstolen avslutar sina domskäl med en uppmaning till lagstiftaren att ta ställning till om en kriminalisering bör införas och hur den i så fall bör utformas.

Särskilt komplicerad är för svensk del frågan om förhållandet mellan det starka skyddet för yttrandefrihet och pressfrihet som finns i de svenska grundlagarna TF och YGL och Europakonventionen. Vid kränkningar av artikel 8 EKMR som begås av enskilda genom publicering i grundlagsskyddade medier står den skadelidande i dagsläget utan effektiva rättsmedel i konventionsrättslig mening.³⁰¹ Enligt Europadomstolens praxis har staterna nämligen i vissa situationer s.k. positiva förpliktelser att agera för att undvika integritetskränkningar av en enskild från andra enskilda eller juridiska personer.³⁰² Det finns alltså situationer när det allmänna inte bör medverka till att enskilda kränker andra enskildas rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR.

7.5.4 Rättegångskostnader

I skadestandsprocesser där en enskild riktar ett krav mot staten är ojämlikheten ofta stor avseende juridisk kunskap och resurser. Den ekonomiska risken för en enskild att föra ett krav mot staten är i de flesta fall oerhörda eftersom denne utöver sina egna kostnader riskerar att även behöva betala statens rättegångskostnader i det fall han eller hon förlorar processen.³⁰³ Det kan finnas skäl att införa någon form av kostnadsfördelningsregel vad det gäller

³⁰⁰ Högsta domstolens dom den 23 oktober 2008 i mål B 2669-07.

³⁰¹ Jfr Europadomstolens beslut i *Pascalidou mot Sverige*, nr. 53970/00, beslut den 11 februari 2003.

³⁰² Frågan om integritetskränkningar framstår i ljuset av Europadomstolens dom i *von Hannover mot Tyskland*, nr. 59320/00, dom den 24 juni 2004, för svensk del som besvärande.

Europadomstolen fann i målet att de tyska bestämmelserna inte i tillräcklig grad skyddade prinsessan Caroline av Monacos rätt till ett privatliv enligt artikel 8 från de pressfotografer som trakasserade henne. Bilderna mot prinsessan Caroline skulle i en svensk kontext vara tillåtna.

³⁰³ Ett exempel på fördelning av rättegångskostnader som drabbar den enskilde hårt i praktiken är ett eko-brottsmål där Stockholms TR där domstolen konstaterade ett brott mot artikel 6.1 EKMR och utdömde 80 000 kr i ideellt skadestånd. Eftersom klaganden dock förlorade målet i den del som rörde ersättning för ekonomisk skada menade tingsrätten att klaganden skulle ersätta Justitiekanslern hälften av dennes kostnader. Resultatet blev att klaganden totalt sett gick back efter att hans egna rättegångskostnader var betalda. Det kan nog spekuleras i om tingsrätten på detta sätt ville sända en signal om att det inte ska löna sig att stämma staten för konventionsbrott. Södergren, *Axplock VI – ur svensk konventionstillämpning*, ERT 2007, s. 19.

processkostnaderna i fall där den klagande haft skäl och en rimlig grund för sin talan om en kränkning av sina mänskliga rättigheter utifrån EKMR eller gemenskapsrätten. Exempel på sådana kostnadslättnadsregler finns redan idag inom arbetsrätten och diskrimineringsrättens område där vardera part står sina egna kostnader om den enskilda haft ”skälig anledning” att få tvisten prövad.³⁰⁴ Det finns annars risk att den enskilde när den har ett rimligt grundad påstående om ett brott mot dess mänskliga rättigheter hindras från att utnyttja det rättsmedel som står henne till buds. Man kan då fråga sig om rättsmedlet i praktiken är effektivt.

7.6 Slutsats

Bristen på effektiva rättsmedel i den svenska skadeståndslagen vid kränkningar av Europakonventionens rättigheter framstår idag, på grund av Högsta domstolens utvidgning av det allmännas ansvar till att även omfatta ideella skador vid konventionskränkningar, som mindre besvärande. HD:s rättsutveckling kan i stort anses nå upp till de europarättsliga kraven på effektiva rättsmedel, med det finns flera oklarheter så som bl.a. de skadeståndsnivåer som tillämpas av Justitiekanslern vid ideell skada och rättegångskostnadernas fördelning i skadeståndsprocesser mot staten. Ytterligare ett frågetecken är tillgången till effektiva rättsmedel i svensk rätt vid integritetskränkningar som begås av andra rättssubjekt än staten. Den svenska skadeståndslagen verkar på ett generellt plan leva upp till EG-rättens krav på ett skadeståndsansvar för staten enligt de situationer som framgår av Francovich-principen. Däremot bör nog immunitetsregeln i 3 kap. 7§ skadeståndslagen slopas för att bättre spegla de rättsmedel som idag finns tillgängliga enligt Europakonventionen och gemenskapsrätten.

³⁰⁴ Ramberg, Bratt & Crafoord, *Stärk våra fri- och rättigheter*, SvD, måndag den 5 maj 2008.

8 Bör skadeståndslagen anpassas för brott mot mänskliga rättigheter?

8.1 Lagstiftning eller successiv utveckling i praxis?

Man kan fråga sig om inte de utvidgade möjligheterna till skadestånd vid kränkningar av Europakonventionens rättigheter som skapats genom Högsta domstolens rättspraxis även uttryckligen borde framgå av skadeståndslagen. Ett starkt skäl för detta är att Sverige som konventionsstat bör uppfylla sina förpliktelser genom lagstiftning.³⁰⁵ Men frågeställningen om skadeståndslagen bör anpassas för brott mot mänskliga rättigheter rör också en djupare fråga om detta är något som bör ske genom lagstiftning eller om de svenska domstolarna skall fortsätta att utveckla och fastställa gränserna för statens skadeståndsansvar, något som utformningen av den svenska skadeståndsrättens traditionellt sett har givit domstolarna möjlighet att göra. Vid skadeståndslagens tillkomst angavs i lagens förarbeten att skadeståndslagen skulle utformas på ett sådant sätt att den kontinuerligt kunde anpassas till den framtida rättsutvecklingen. Det lämnades åt domstolarna att fylla i och precisera ofullständigheter i lagen och att ge praktisk vägledning för de där i allmänt formulerade bestämmelserna.³⁰⁶ Skadeståndslagen är en således en ramlag som har förmåga att anpassa sig till den rättsutvecklingen som sker genom HD:s praxis.

En av de största fördelarna med en successiv utveckling genom rättspraxis är att den utveckling som kontinuerligt sker genom Europadomstolens praxis kan tas i beaktande av svenska domstolar.³⁰⁷ Bristen på effektiva rättsmedel har genom Högsta domstolens praxis undanröjts och bör även i framtiden kunna mötas genom en utveckling i domstolens praxis. Att låta principen om rätt till skadestånd vid kränkningar av mänskliga rättigheter utformas i praxis ligger också i linje med hur svensk skadeståndsrätt traditionellt har utvecklats, något som givit domstolarna en stor möjlighet till rättskapande vad det gäller skadestånd. Den svenska skadeståndsrätten kan här bli ett organiskt och levande verktyg för skyddet av mänskliga rättigheter. Man bör också ha i åtanke att en lag eventuellt skulle kunna ha en hämmande effekt på utvecklingen av det skadeståndsrättsliga skyddet och låsa rättsläget, då svenska domstolar traditionellt varit mycket receptiva i förhållande till lagstiftarens vilja.

Fördelar med lagstiftning är å andra sidan framför allt att det rådande rättsläget, där ideellt skadestånd ålagts staten utan stöd i annan svensk lag än den inkorporerade Europakonventionen, preciseras i lag. Den rådande

³⁰⁵ SOU 2008:3, s. 323.

³⁰⁶ Prop. 1972: 5, s. 100.

³⁰⁷ Europadomstolen har betonat konventionen som ett levande dokument som skall tolkas dynamiskt utifrån den rådande samhällsutvecklingen och förändringar i rättsuppfattningen i konventionsstaterna. Danelius, *a.a.* s, s. 55

bestämmelsen i skadeståndslagen 3 kap. 2 § är i dagsläget missvisande och det bör nog framgå av skadeståndslagen att man kan få skadestånd på grund av Europakonventionen och EG-rätten. Det är också lagstiftaren som har det huvudsakliga ansvaret för att Sverige lever upp till Europakonventionens men också gemenskapsrättens krav.³⁰⁸ Från den enskilde medborgarens perspektiv är det av rättssäkerhetsskäl av vikt att det går att få kunskap om vilket rättighetsskydd som gäller utan att behöva leta i andra rättskällor än lagstiftning. Justitiekanslern har anfört att det sannolikt krävs lagstiftning för att råda bot på den rättsosäkerhet som föreligger på området, om inte Högsta domstolen snart undanröjer alla tveksamheter angående rätten till skadestånd på grundval av EKMR.³⁰⁹

Ian Cameron hör till dem som menar att trots att HD har etablerat principen om att skadestånd kan utgå för brott konventionen, skulle förmodligen de svenska domstolarna känna sig mer ”bekväma” om frågan om effektiva rättsmedel reglerades i en särskild lag.³¹⁰ I doktrin har även samhällsekonomiska skäl framhållits som ett skäl för att lagstiftning är att föredra. Att i praxis utveckla ett konsekvent och tydligt regelsystem för vilka kränkningar av mänskliga rättigheter som berättigar till skadestånd är en kostsam och tidskrävande process som kräver att många mål tas upp till prövning.³¹¹

8.2 Lagstiftningsarbetet

Genom justitiedepartementets promemoria ”Skadestandsfrågor vid kränkning” har lagstiftningsarbetet påbörjats för att bättre anpassa den svenska skadeståndslagen till Högsta domstolens rättsutveckling.³¹² Utredaren Bertil Bengtsson diskuterar i promemorian en sådan anpassning till konventionens krav utifrån två alternativ.

I första hand föreslås ett tillägg till skadeståndslagens 3 kap 2 § som innebär att culpapregeln vid myndighetsutövning även ska omfatta ersättning för:

”annan skada som någon lider genom att hans rättigheter enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna åsidosatts.”

Utöver personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada skall det finnas en möjlighet att få ersättning för ideell skada då någon skadats genom att hans eller hennes rättigheter enligt Europakonventionen åsidosatts. Enligt ett särskilt tillägg i 5 kap. 6 § SkL föreslås att beräkningen av det ideella skadeståndet skall ske utifrån Europadomstolens praxis om skälig gottgörelse enligt artikel 41

³⁰⁸ Prop. 1993/94:117, s. 37

³⁰⁹ JK, remissyttrande över departementspromemorian Ds 2007:10. Beslut 2007-06-15, dnr. 2639-07-80.

³¹⁰ Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 582.

³¹¹ Warnling-Nerep, *Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare företeelse*, JT 2004-05, s. 171.

³¹² Ds 2007: 10 s. 63.

EKMR. Tillägget kodifierar Högsta domstolens praxis och förutsätter helt enkelt att det är möjligt att föra en skadeståndstalan med EKMR som grund i en svensk domstol. Att konventionsbrotten till sin natur skiljer sig från andra skador orsakade vid myndighetsutövning kan dock tala för att en sådan skadeståndstalan borde regleras i ett särskilt stadgande.³¹³

Promemorian innefattar därför även ett mer långtgående förslag, där en ny bestämmelse i skadeståndslagen 3 kap. 4 § stadgar en rätt till ersättning vid brott mot konventionen oberoende av om fel eller försummelse förelegat:

”Om staten åsidosätter en enskilds rättighet enligt den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, skall staten utge skäligt skadestånd till den skadelidande.”

Ansvar är således strikt och den föreslagna bestämmelsen föreskriver att staten när den åsidosätter en enskilds rättigheter skall utge skäligt skadestånd, något som skall ske med ledning av tillämpningen av Europakonventionens artikel 41. Den nya paragrafen skulle ge de svenska domstolarna en möjlighet att liksom Europadomstolen utdöma ersättning för konventionsbrott utan att alltid göra en tydlig uppdelning av ekonomisk och ideella skador. Skälighetsbedömningen gör det även möjligt för domstolarna att reducera eller i vissa fall låta skadeståndet helt falla bort när överträdelsen av konventionen av olika anledningar framstår som ringa.³¹⁴

Vid övervägandet om ett stadgande om rättsmedel vid konventionskränkningar bör frikopplas från kravet på fel och försummelse kan man spekulera i och detta skulle kunna medföra att mängden obefogade och bagatellartade skadeståndskrav mot staten ökar.³¹⁵ Det är självfallet svårt att bedöma men möjligheten för sådana krav har redan öppnats genom HD:s avgörande i *NJA 2005 s. 462*. Regeln framstår dock som den juridiskt mest riktiga utifrån Europakonventionen eftersom skadestånd då i nationell rätt kan utgå för i princip alla de fall då skadestånd skall utgå enligt konventionen. En separat bestämmelse är också mer tydlig och lättöverskådlig. Den nya regeln skulle dock gå längre än Högsta domstolens praxis genom att endast ett konventionsbrott och inte vållande behöver styrkas. Särskilt problematiskt skulle ett sådant strikt ansvar vara vid skadeståndsanspråk på grund av riksdagens lagstiftning (se 8.3).

Den av utredaren föreslagna ordningen, att tillskapa ett särskilt rättsmedel genom en bestämmelse i skadeståndslagen som ger enskilda en möjlighet att föra en skadeståndstalan mot det allmänna vid kränkningar av konventionen, gäller redan idag via praxis och vid en konventionskonform tolkning av skadeståndslagen. Ett lagstadgande fyller dock en viktig funktion genom att skadeståndslagen uttryckligen bringas i överensstämmelse med Europakonventionens krav och dessutom klargör att en rätt till skadestånd föreligger vid kränkningar av *alla* konventionens rättigheter.

³¹³ Ds 2007: 10 s. 73.

³¹⁴ Ds 2007: 10 s. 74-75.

³¹⁵ Juridiska Fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, remissyttrande över Ds 2007:10, s. 7.

8.3 Ett behov av en samlad översyn av skadeståndslagen

Ett problem med den diskuterade promemorian är att förslaget innebär att endast en specifik del av den svenska skadeståndsrätten lagregleras utifrån europarättens krav. Så som konstaterats finns det exempelvis vad det gäller skadeståndslagens 3 kap. 7 § starka skäl att överväga en mer övergripande förändring genom att ta bort den skadeståndsrättsliga immunitetsregeln för vissa statsorgan. Möjligheten till skadestånd bl.a. på grund av fel av lagstiftaren rör dock frågor om normkontroll och hur olika rättsliga normer förhåller sig till varandra i det svenska rättssystemet. Det är också frågor som rör skadeståndets funktion på ett större plan, i det övergripande systemet för konstitutionell kontroll och som kan vara politiskt laddade.³¹⁶

Även förslaget om ett strikt ansvar för staten vid konventionskränkningar, genom att det generella kravet på culpa överges skulle innebära en radikal förändring av den svenska skadeståndsrättsliga systematiken. En sådan förändring fordrar en mer omfattande översyn av den svenska skadeståndslagen. Enligt uppgifter från justitiedepartementet finns det planer på att tillsätta en ny utredning om den svenska skadeståndslagen och brott mot Europakonventionen under våren 2009.³¹⁷

³¹⁶ Jfr SOU 2008:3, s. 324. Att slopa skadeståndslagen 3 kap. 7 § innebär att enskilda genom möjligheten att föra en skadeståndstalan får en kontrollerande funktion i förhållande till riksdagens och regeringens normgivning. En sådan normkontroll skulle då gälla vid sidan av den möjlighet till lagprövning som föreligger enligt RF 11:14. Det finns en principiell skillnad mellan att tillåta en möjlighet för domstolarna att *besluta om skadestånd* och ett *åsidosättande* av en lag genom s.k. lagprövning, något som enligt RF 11:14 kräver att en lag *uppenbart* strider mot högre rätt. Detta gör att det inte skulle föreligga en reell konflikt i förhållande till regeringsformens bestämmelse om lagprövning att avskaffa 3:7 SkL. Jfr SOU 1997:194, s. 148. Grundlagsutredningen föreslog dock i sin slutrapport att uppenbarhetsrekvisitetet i RF 11:14 slopas.

³¹⁷ Detta enligt uppgift från Niklas Ljunggren, rättsrådgivare på justitiedepartementet.

9 Avslutande reflektioner

9.1 Europeisering av svensk skadeståndsrätt – och en ny mänskliga rättigheters diskurs

Betydelsen av Högsta domstolens avgörande i *NJA 2005 s. 462* kan nog knappast överskattas. Fallet är revolutionerande både för dess betydelse för svensk skadeståndsrätt men också för dess betydelse för mänskliga rättigheter i svensk rätt. En civilrättslig skadeståndstalan är nu ett medel som står tillgängligt för den enskilde vid kränkningar av dess rättigheter enligt Europakonventionen eller gemenskapsrätten och som gör att dessa rättigheter kan ges ett praktiskt skydd i svensk rätt. De folkrättsliga förpliktelserna har genom svensk skadeståndsrätt fått konkreta juridiska ”muskler” och verkningar i den inhemska rättsordningen.

Samtidigt kan det finnas skäl att ifrågasätta om en konstaterad rättighetskränkning alltid bör ersättas med pengar. Många kan rädas att svensk skadeståndsrätt skulle utvecklas efter amerikanska mått till en skadeståndsindustri där allt fler anser sig ”kränkta”. Det är svårt att uppskatta om antalet obefogade krav mot den svenska staten och kommunerna avsevärt kommer att öka i och med Högsta domstolens rättsutveckling. En möjlighet till gottgörelse, också i form av ekonomisk ersättning är dock en följd av Sveriges internationella förpliktelser och europarättens krav. De flesta svenska jurister förefaller hittills varit positiva till denna utveckling.³¹⁸

Möjligheten till nationellt skadestånd i en svensk domstol vid konstaterade kränkningar av grundläggande mänsklig rättigheter, förändrar och utmanar synen på skadeståndsrättens funktion och så även den svenska civilrättens funktion. Skadeståndsrätten har nu, utöver många andra funktioner, också blivit ett ”verktyg i de mänskliga rättigheternas tjänst”.³¹⁹ Vid skadestånd på grund av brott mot mänskliga rättigheter är det dock inte som tidigare i svensk skadeståndsrätt en *person* som blivit kränkt. Själva poängen är istället att gottgörelsen juridiskt skall bekräfta klagandens *rättighet* och att överträdelsen av denna rättighet, i sig är en skada.

Genom Högsta domstolens praxis har Europakonventionen kommit att bli en allt viktigare skadeståndsrättslig normkälla i svensk rätt. Frågor om förhållandet mellan den svenska skadeståndslagen och konventionen men även EU:s rättighetsstadga kommer med all säkerhet också att få en ökad praktisk betydelse i framtiden. Till följd av denna europeisering av svensk

³¹⁸ Ett undantag är professor Håkan Andersson som bl.a. påpekat att det i detta tidiga skede av EKMR-skadeståndsmålen i svenska domstolar finns en tendens till nedtoning av rättsliga detaljfrågor så att EKMR inte bara blir ett trumfkort mot staten överhöghet men också mot appliceringen av juridiska detaljfrågor. Andersson har dock nyligen uttryckt en mer positiv inställning till konventionens tillämpning i svensk skadeståndsrätt. Jfr Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt - en argumentativ probleminventeringsskiss*, JFT 2007, s. 390 f

³¹⁹ Ett uttryck som används av Schultz i *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007/08, s. 143.

skadeståndsrätt har de svenska domstolarna fått en mängd nya argument för sina avgöranden och konventionen kan ges en praktisk betydelse för bedömningen i ett specifikt fall.

Även om flera oklarheter kvarstår för hur skadeståndslagen och skyddet för mänskliga rättigheter skall förenas kommer Högsta domstolen med all säkerhet att i sin rättspraxis framöver klargöra och utveckla de mer exakta juridiska ramarna för utdömande av nationellt skadestånd vid kränkningar av mänskliga rättigheter. Högsta domstolens rättsutveckling innebär sannolikt att en ny diskurs om mänskliga rättigheter tagit sin början i svensk rätt.

10 Källförteckning

Litteratur

Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen – EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilrättsligt perspektiv*, Iustus förlag, Juridiska föreningen i Uppsala 1997.

Bengtsson, Bertil, *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Stockholm 1996.

Bengtsson Bertil, Strömbäck Erland, *Skadeståndslagen – en kommentar*, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2006.

Bernitz Ulf, Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, 3 uppl., Stockholm 2007.

Bull, Thomas, *Om EG-domstolens syn på EG-rättens effektivitet – då, nu och i framtiden*, i *EU-skvadern – om den Europeiska Unionens konstitutionella framtid*, red. Karlsson Nils och Nergelius Joakim, City University Press, Lund 2001.

Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Iustus förlag, 5th Edition, Uppsala 2006.

Craig Paul, de Búrca Gráinne, *EU-law, text, cases and materials*, 4th edition, Oxford University Press 2007.

van Dijk Pieter, van Hoof, G.J.H, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, 3rd Edition, 1998 The Hague.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Norstedts Juridik, 3 uppl., Stockholm 2007.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth & Co. Ltd, 1977.

Ovey Clare, White Robin, *Jacobs and White. The European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford University Press, Oxford 2006.

Artiklar (elektroniska och tryckta)

Andersson, Håkan, *Europakonventionen och nationella skadeståndsmål*, artikel på www.pointlex.se, den 26 juni 2003.

Andersson, Håkan, *Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndsgrund*, artikel på www.pointlex.se, juni 2005

Andersson, Håkan, *Nationell EKMR - skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss*, Juridiska föreningens tidskrift (Finland) 5-6/2007 s. 377 - 414.

Bernitz, Ulf, *EU:s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas?* Europarättslig tidskrift, 2008, s. 73 – 84.

Bratt Percy, Södergren Jan, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet, "Bringing rights home"*, Europarättsligt tidskrift 2000, s. 407 – 426.

Bull Thomas, Lind Anna-Sara, Forskarrapport på uppdrag av Grundlagsutredningen: *Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter*, tillgänglig på www.grundlagsutredningen.se

Cameron, Iain, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, Svensk Juristtidning 2006, s. 553 -588.

Crafoord, Clarence, *Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, Europarättslig tidskrift 2001, s. 519 -547.

Crafoord, Clarence, *Skadestånd och Europakonventionen – klarläggande från Högsta domstolen på vägen mot den inhemska debattens slutpunkt*, Europarättslig tidskrift 2007, s. 926 – 938.

Crafoord, Clarence, *Justitiekanslern, gör om och gör rätt!* Europarättslig tidskrift, 2008, s. 534 – 540.

Crafoord, Clarence, *Normprövning och Europakonventionen*, Svensk Juristtidning 2007 s. 862 – 881.

Danelius, Hans, *Europadomstolen och den svenska rättsordningen*, Svensk Juristtidning 1989, s. 654.

Danelius, Hans, *En ledamots tankar om lagstiftningen*, Svensk Juristtidning 2004, s. 25 – 33.

Engström, Johanna, *RA 2002 ref 108 och rätten till ett "effektivt rättsmedel" – den EG-rättsliga rätten till återbetalning av rättstridigt uttagna avgifter och rätten till ränta i svensk tappning*, Europarättslig tidskrift 2005 s. 340 – 363.

Flynn, Leo, *Enforcement of EC law: Protection of individual's rights in national courts*, Europarättslig tidskrift 2007, s. 294 – 351.

Hellner, Michael, *Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*, Svenska institutet för europapolitiska studier (SIEPS), rapport 11, juni 2003. Tillgänglig på www.sieps.se

Hermansson, Magnus, *Kommentar till Clarence Crafoord om Justitiekanslerns ersättning nivåer vid vissa konventionskränkningar*, Europarättslig tidskrift 2008, s. 179 – 183.

Jonsson, Elisabeth, *Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan mellan enskilda*, Europarättslig tidskrift, 2007 s. 653 – 670.

Lenaerts Koen, de Smitjer Eddy, *A "bill of rights" for the European Union*, Common Market Law Review 38, 2001, s. 273 – 300.

Lambertz, Göran, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, Juridisk Tidskrift 2004-05, s. 3 – 24.

Mörk Martin, Hermansson Magnus, *Enskildas rättskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppel-argumentet i svensk rätt*, Svensk Juristtidning, 2008, s. 229 – 261.

Otken Eriksson, Ida, *Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: björnen sover ...*, Europarättslig tidskrift 2004, s. 199 – 217.

Pabel, Katharina, *The right to an Effective Remedy pursuant to Article II-107 paragraph 1 of the Constitutional Treaty*, German Law Journal, Vol. 06 No. 11, s. 1601- 1616.

Petrusson Ulf, Glavå Mats, *Illusionen om rätten! - juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, s. 109-151 i Erkjennelse og Engasjement, minnesseminar for David Roland Doublet, Fagbokforlaget, 2002.

Ramberg Anne, Bratt Percy och Crafoord, Clarence, *Stärk våra fri- och rättigheter*, Svenska Dagbladets debattsida, måndag den 5 maj 2008.

Schultz, Mårten, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, Juridisk tidskrift 2007/08, s. 140-147.

Schultz, Mårten, *Right by torts: The rise of a rights discourse in Swedish tort law*, European Review of Private Law, Volume 17, 2009 (artikeln är ännu inte publicerad).

Södergren, Jan, *Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen – en kommentar till Justitiekanslern Göran Lambertz artikel i JT 2004/05. s. 3 "Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter"*, Juridisk Tidskrift 2004/05, s.762 – 775.

Södergren, Jan, *Axplock II – ur svensk konventionstillämpning*, Europarättslig tidskrift 2002, s. 659 -682.

Södergren, Jan, *Axplock VI – ur svensk konventionstillämpning*, Europarättslig tidskrift 2007, s. 13 – 36.

Södergren, Jan, *Axplock VII – ur inhemsk konventionstillämpning, Nu om avsaknaden av skadeståndsskyldighet på nationell nivå för privata subjekts kränkningar av enskildas konventionsrättigheter*, Europarättslig tidskrift 2007, s. 87 – 112.

Södergren, Jan, *Axplock VIII – ur inhemsk konventionstillämpning, Offentliga enheters grundläggande rättigheter till skydd mot enskildas krav eller upp- och nervända världen*, Europarättslig tidskrift 2009, s. 49 – 62.

Södergren, Jan, *Bolags rätt till ideellt skadestånd*, Juridiskt tidskrift nr 3 2004/05, s. 740-745.

Södergren, Jan, *Kan bolag tillerkännas mänskliga rättigheter?* Europarättslig tidskrift 2007, s. 673 – 687.

Van Gerven, *Remedies for Infringement of Fundamental Rights*, European Public Law, Volume 10, Issue 2, Kluwer Law International, 2004. s. 261 – 284.

Warnling-Nerep, Wiweka, *Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare förekomst?* Juridisk Tidskrift 2004/05, s. 170 – 180.

Internationella avtal

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ändrad genom protokoll nr 11, med protokoll nr 1, 4, 6, 7, 12 och 13.

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen, EU: s officiella tidning 2006 C 321 E/1

Europeiska unionens stadga om skydd för de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000 om de grundläggande rättigheterna, EU: s officiella tidning 2007/C303/1

Europeiska Sociala stadgan, reviderad Strasbourg den 3 maj 1996.

Svenska författningar

Regeringsformen (1974:152)

Skadeståndslagen (1972: 207)

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

Förordning (1995: 1310) om handläggning av skadeståndsanspråk mot staten.

Offentliga tryck

Proposition 1972: 5, *Förslag till skadeståndslag m.m.*

Proposition 1951: 165, *Sveriges anslutning till Europakonventionen.*

Proposition 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor.*

Proposition 2000/01:68, *Ersättning för ideell skada.*

SOU 1993:40, *Fri och rättighetsfrågor – inkorporering av Europakonventionen.*

SOU 1997: 194, *Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler.*

SOU 2001:25, *Skattetillägg m.m.*

SOU 2008:3, *Skyddet för den personliga integriteten.*

SOU 2008:125, *En reformerad grundlag.*

Promemoria Ds 2007: 10, *Skadeståndsfrågor vid kränkning.*

Kommittédirektiv 2007:23, *Förbättrade möjligheter för den enskilde att påskynda handläggningen i domstol*, beslut vid regeringssammanträde den 8 mars 2007.

Sveriges advokatsamfund, Remissyttrande över Departementspromemorian Lissabonfördraget (Ds 2007: 48), 25 mars 2008, R-2008/0103.

Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms Universitet, remissyttrande över departementspromemorian Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (Ds 2004:52), 26 mars 2005, dnr SU 302-001-08.

Juridiska Fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, remissyttrande över departementspromemorian Skadeståndsfrågor vid kränkning (Ds 2007:10), 10 juni 2007.

Övrigt

Europarådets rekommendation ”Applying and supervising the ECHR – Guaranteeing the effectiveness of the European Convention on Human Rights, Collected texts, Directorate of Human Rights, Council of Europe, 2004.

Ordförandeskapets slutsatser från Europeiska rådet i Laeken den 14-15 december 2001, bilaga I, Laekenförklaringen om Europeiska unionens framtid.

11 Rättsfallsförteckning

Praxis från Europadomstolen

www.echr.coe.int

Belgiska språkmålet, serie A nr. 6, dom den 23 juli 1968.
de Wilde, Ooms and Versyp mot Belgien, serie A nr. 12, dom den 18 juni 1971.
Swedish Engine Drivers Union mot Sverige, serie A nr. 20, dom den 6 februari 1976.
Handyside mot Storbritannien och Irland, serie A nr. 24, dom den 7 december 1976.
Klass m.fl. mot Tyskland, serie A nr. 28, dom den 6 september 1978.
Airey mot Irland, serie A nr. 32, dom den 9 oktober 1979.
Silver m.fl. mot Förenade Konungariket, nr. 5947/72, dom den 25 mars 1983.
Lustig-Prean och Beckett mot Förenade Konungariket, nr. 31417/96 och nr. 32377/96, dom den 25 juli 2000
Valsamis mot Grekland, nr. 21787/93, dom den 18 december 1996.
Kaya mot Turkiet, nr. 25894/94, dom den 19 februari 1998.
Matthews mot Förenade Konungariket, nr. 24833/94, dom den 18 februari 1999.
Dalban mot Rumänien, nr. 28114/95, dom den 28 september 1999.
Comingersoll SA mot Portugal, nr. 35382/97, dom den 6 april 2000.
Smith och Grady mot Storbritannien, nr. 33985/96 och nr. 33986/96, dom den 25 juli 2000.
Kudla mot Polen, nr. 30210/96, dom den 26 oktober 2000.
Keenan mot Förenade Konungariket, nr. 27229/95, dom den 3 april 2001.
Z m.fl. mot Förenade Konungariket, nr. 29392/95, dom den 10 maj 2001.
T P och KM mot Storbritannien, nr. 28945/95, dom den 10 maj 2001.
Europadomstolens avvisningsbeslut den 7 juni 2001 i mål nr. 52559/99.
Čonka mot Belgien, nr. 51564/99, dom den 5 februari 2002.
Pietiläinen mot Finland, nr. 35999/97, dom den 5 november 2002.
A mot Förenade Konungariket, nr. 35373/97, dom den 17 december 2002.
Pascalidou mot Sverige, nr. 53970/00, beslut den 11 februari 2003.
Kangasluorna mot Finland, nr. 48339/99, dom den 20 januari 2004.
Zdnaoka mot Lettland, nr. 58278/00, dom den 17 juni 2004.
von Hannover mot Tyskland, nr. 59320/00, dom den 24 juni 2004.
Zullo mot Italien, nr. 64897/01, dom den 10 november 2004, stora kammaren den 29 mars 2006.
Öneryildiz mot Turkiet, nr. 48939/99, dom den 30 november 2004.
Bubbins mot Förenade Konungariket, nr. 50196/99, dom den 13 mars 2005.
Krasuski mot Polen, nr. 61444/00, dom den 14 juni 2005.

Bosphorus Hava, nr. 45036/98, dom den 30 juni 2005.
Scordino m.fl. mot Italien, nr. 36813/97, dom den 27 mars 2003, stora kammaren den 29 mars 2006.
Martinie mot Frankrike, nr. 58675/00, dom den 12 april 2006.
Segerstedt Wiberg m.fl. mot Sverige, nr. 62332/00, dom den 6 juni 2006.
Bolat mot Ryssland, nr. 14139/03, dom den 5 oktober 2006.
Carlgren mot Sverige, nr. 9631/04, pågående mål.

Praxis från EG-domstolen

www.curia.eu

Mål 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1
Mål 6/64 *Costa v. ENEL* [1964] ECR 585
Mål 29/69 *Stauder v. City of Ulm* [1969] ECR 419
Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1134
Mål 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG* [1976] ECR 1989
Mål 148/78 *Ratti* [1979] ECR 1629. Mål 14/83 *Von Colson* [1994] ECR 1891
Mål 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651
Mål 12/86 *Demirel* [1987] ECR 3754
Mål 22/86 *Heylens* [1987] ECR 4097
Mål C-213/89 *Factorame and others (Factorame I)* [1990] ECR I-2433
Förenade mål C-6/90 och C-9/90 *Francovich* ECR I-5357
Mål C-97/91 *Borelli* [1992] ECR I-6313
Förenade mål C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur och Factorame III* [1996] ECR I-1029
Mål C-292/93 *ex parte British Telecommunications* [1996] ECR I-1631
Mål C180/95 *Draehmpaehl* [1997] ECR I-2195
Mål C-150/99 *Stockholm Lindöpark Aktiebolag v. Sweden* [2001] ECR I-49
Mål C-453/99 *Courage* [2001] ECR I-6297
Mål C-94/00 *Roquette Frères* [2002] ECR I-9011
Mål C-224/01 *Köbler v. Österrike* [2003] ECR I-10239
Mål C-131/03 *P R.J. Reynolds Tobacco Holding v. Commission* [2006] ECR I-7795
Mål C-540/03 *European Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769
Mål C-341/05 *Laval un Partneri* [2005] OJ C281/10

Svensk rättspraxis

RÅ 1995 ref. 58
RÅ 1997 ref. 65
NJA 1994 s. 657
NJA 2001 s. 210

NJA 2002 s. 75

NJA 2003 s. 217

NJA 2003 s. 414

NJA 2005 s. 462

NJA 2007 s. 295

NJA 2007 s. 747

Högsta domstolens beslut den 21 oktober 2008 i mål T 2955-08.

Högsta domstolens dom den 23 oktober 2008 i mål B 2669-07.

Högsta domstolens beslut den 4 februari i mål T 4625-08.

Göta hovrätts dom den 30 maj 2008 i mål nr. 2939-07.

Justitiekanslerns beslut

Beslut 1998-02-20, dnr. 2319-97-44, *Begäran om ersättning på grund av överträdelse av gemenskapsrätten avseende bl.a. EG-direktiv angående punktskatt på mineraloljor.*

Beslut 2002-02-07, dnr. 3646-99-40, *Fråga om Högsta domstolen i strid med EG-rätten underlåtit att inhämta förhandsbesked från EG-domstolen.*

Beslut 2002-06-20, dnr. 532-01-40, *Skadestånd på grund av att svensk rätt stått i strid med EG-rätten – bestämmelser om avgasrening av bilar.*

Beslut 2005-05-30, dnr. 3066-04-44, *Frågan om skadestånd av staten med anledning av att regler för återbetalning av studielån skulle stå i strid med gemenskapsrätten.*

Beslut 2007-10-11, dnr. 5416-06-40, *Skadeståndsanspråk med anledning av en tingsrätts handläggning av tvistemål; särskilt om storleken på ersättningen för ideell skada.*

Beslut 2007-06-15, dnr. 2639-07-80, *remissyttrande över Ds 2007:10, Skadeståndsfrågor vid kränkning.*

Beslut 2008-12-04, dnr. 6508-07-40, *Vem svarar för skadeståndet vid överträdelser av Europakonventionen - staten eller kommunen?*

Beslut 2009-03-20, dnr. 5879-08-40, *Anspråk på skadestånd för ideell skada från en juridisk person med anledning av långsam handläggning av ett tvistemål.*