
AXPLOCK VII – UR INHEMSK KONVENTIONSTILLÄMPNING

Nu om avsaknaden av skadeståndsskyldighet på nationell nivå för privata subjekts kränkningar av enskildas konventionsrättigheter

Jan Södergren*

1. INLEDNING

Det har hänt en del positivt på senare tid vad gäller inhemsk tillämpning av Europakonventionen. Det har emellertid skett för sent eller för långsamt och är – enligt min mening – otillräckligt. Förvisso uttalade HD i en dom från september 2007¹ – i det s.k. Alverdal-målet – att det enligt artikel 13 i princip skall finnas möjlighet till ersättning på nationellt plan för ekonomisk och icke ekonomisk skada till följd av brott mot de rättigheter som stadgas i Europakonventionen, detta med hänvisning till det i denna tidskrift många gånger diskuterade rättsfallet *T.P. och K.M. mot Storbritannien* från 2001. Eftersom artikel 13 generellt hänvisar till ”*var och en vars i konventionen angivna rättigheter...*”, är således rätten till effektivt inhemskt rättsmedel, innefattande också rätt till skadestånd inte begränsad till vissa rättigheter. Innebörden måste med nödvändighet vara att skadestånd skall utgå på nationell nivå i de fall då Europadomstolen under artikel 41 utdömer skadestånd, för såvitt det inte finns något annat sätt att internt kompensera den skadelidande. Det är bra att HD nu har godtagit och klargjort denna ordning. Emellertid kunde HD ha uppmärksammat detta redan i NJA 2003 s. 217, vilket sannolikt hade lett till färre rättsförkluster än eljest.²

* Verksam på J.Södergren Advokatbyrå AB.

¹ Dom den 21 september 2007 i mål nr T672/06, i skrivande stund ännu ej ref.

² Tillsammans med kollegan advokat Percy Bratt påtalade jag i princip detta redan i ERT 2000 s. 407 ff, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*, dock utan att ha haft tillgång till Europadomstolens principiellt mycket viktiga *T.P. och K.M.* Det påtalades också av chefsjuristen Clarence Crafoord, under återopande av *T.P. och K.M.*, i ERT 2001 s. 519 ff, *Inhemsk gott-*

Chefsjuristen *Clarence Crafoord* har nyligen tämligen utförligt redogjort för den senare utvecklingen i *Skadestånd och Europakonventionen*.³ Han har däri även berört ett färskt avgörande från HD den 29 oktober 2007,⁴ som i korthet innebär att nationellt skadestånd inte kan utgå till enskilda vars rättigheter har kränkts av privata subjekt, i vart fall inte med mindre än att det är möjligt att tolka någon inhemsk skadeståndsbestämmelse fördragskonformt med konventionen. Med ”inhemsk” eller ”intern” bestämmelse avses fortsättningsvis en av den svenska lagstiftaren direkt stiftad bestämmelse. Detta till skillnad från den av den svenska riksdagen stiftade lagen SFS 1994:1219 om inkorporering av Europakonventionen, som därtill skedde som en följd av Sveriges inträde i den Europeiska unionen, som bekant efter en folkomröstning. Terminologin är emellertid missvisande. SFS 1994:1219 är ju lika mycket svensk lag som varje annan av Riksdagen stiftad lag.

Till följd av den konstitutionella betydelsen av HD:s avgörande samt att avgörandet inte kan gå fri från kritik sammantaget med att *Crafoord* nyligen har redogjort för den senare utvecklingen, kommer enbart HD:s avgörande av utrymmesskäl att behandlas i denna framställning.

2. HD:S BESLUT DEN 29 OKTOBER 2007 – SMYGFILMSMÅLET

Målet är en s.k. hissdispensprövning och härrör sig ur en tvist mellan en whip-lash-skada försäkringstagare och Trygg Hansa. I syfte att kontrollera riktigheten med försäkringstagarens skada, övervakade och smygfilmade Trygg Hansa kvinnan med anlitan av anställda på väktarbolag. Övervakningen skedde under nio månaders tid och det upptogs drygt 4 timmars video film, tagna i kvinnans närmiljö. Filmmaterialet klipptes ned till cirka en timme, vilket presenterades för åklagare som på materialet väckte åtal för försäkringsbedrägeri. Sedan kvinnan frikänts i tingsrätt och hovrätt väckte hon talan mot Trygg Hansa under åberopande av skadeståndsskyldighet till följd av ofredande, på kontrak-

görelse för kränkningar av Europakonventionen. *T.P. och K.M.* fanns därtill åberopad och utförligt diskuterad samt även angivet i reciten till revisionssekreterarens utlåtande i NJA 2003 s. 217. Fallet har därefter diskuterats åtskilliga gånger, inte minst i denna artikelserie.

³ ERT 2007 s. 926 ff.

⁴ I mål nr Ö 4869-06. Målet har även kommenterats i Pointlex i en artikel publicerad samma dag som avgörande av Mikael Kindbom. Avgörandet har även analyserats i Pointlex av professor *Håkan Andersson* – som för övrigt också för svarandens räkning skrev ett rättsutlåtande i målet – i Pointlex, publicerad den 29 oktober 2007. Till följd av *Anderssons* bristande förståelse för konventionsjuridiken, överteoretiseringar och allmänna brist på förankring i den processuella verkligheten samt – kanske främst – av utrymmesbrist, avstår jag från att kommentera *Anderssons* s.k. analys. Jag instämmer i övrigt med *Clarence Crafoord* av samme *Andersson* i hans framställning ERT 2007 s. 926 ff.

trättslig grund samt med återopande av brott mot artikel 8 om rätten till privatliv i Europakonventionen. Grunden för skadestånd avseende konventionsgrunden uppgavs vara artikel 13 direkt, om rätten till effektiva rättsmedel inkluderat skadestånd och/eller konventionsgrunderna fördragskonformt med de ”internt” svenska grunderna.

Den fråga som HD hade att besvara i hissdispensförfarandet var om tingsrätten kunde ålägga ett privat subjekt att betala skadestånd till en enskild med direkt tillämpning av artiklarna 8 och 13 i Europakonventionen.

HD noterar först att staterna också har s.k. positiva förpliktelser att se till att individers rättigheter enligt artikel 8 skyddas, även i förhållande till andra enskilda. Det noteras dock att Europadomstolen inte har utvecklat och inte heller funnit det önskvärt att utveckla en allmän teori om hur långt konventionens garantier skall utsträckas när det gäller förhållande mellan enskilda (Det kan anmärkas att det finns åtskilliga frågor där Europadomstolen inte utvecklar en allmän teori. Allmänt anser domstolen att den ”*shall confine itself, as far as possible to decide the case before it*”, vilket emellertid inte – enligt min mening – fråntar nationella domstolars ansvar att företa en någorlunda lojal och rimlig tolkning av Europadomstolens samlade praxis med avseende på de frågor som aktualiseras i ett konkret mål).

Därefter konstaterar HD att artikel 13 om rätten till effektiva inhemska rättsmedel riktar sig till staten samt tillägger att konventionen inte innehåller några regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter; än mindre att konventionen föreskriver att enskilda kan vara skyldiga att betala skadestånd.

Härefter hänför sig HD till sin egen praxis där HD även utan särskilt stöd i lag har ålagt staten att betala skadestånd. Denna praxis har dock – noterar HD – berört staten. ”*Då gör särskilda hänsyn sig gällande. Sålunda bör staten inte kunna freda sig mot skadeståndsskyldighet genom att återopa sin egen försummelse att uppfylla en konventionsgrundad förpliktelse att införa lagregler om skadeståndsskyldighet.*”

Härefter fortsätter HD

”I fråga om skadeståndsansvar för enskilda ställer sig saken annorlunda. Särskild vikt måste då fästas vid att enskilda skall kunna förutse de rättsliga följderna av sitt handlande. Europakonventionens innehåll har i väsentliga delar skapats genom Europadomstolens praxis. Europadomstolens tolkning är dynamisk och konventionen tolkas i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden. Det kan då vara förenat med svårigheter för enskilda att förutse vad som kan strida mot artikel 8 i Europakonventionen. Än mer överraskande blir det om den enskilde åläggs en skadeståndsskyldighet som inte framgår vare sig av konventionens text eller av Europadomstolens praxis.

Vid en samlad bedömning, och då förutsebarheten har ett centrals rättsstatligt värde, får övervägande skäl tala mot att en enskild skall kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär överträdelse av artikel 8 i Euro-

pakonventionen i fall där skadeståndsskyldigheten eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning.”

3. FÖRUTSEBARHET

Hur oförutsebart skulle det ha varit om Trygg Hansa ålades ett skadeståndsansvar direkt på grundval av artikel 8 i Konventionen? Och hur ställer sig resonemanget i förhållande till andra utvecklingssprång som HD har tagit i praxis, där enskilda har ålagts ett skadeståndsansvar utan stöd i lag?

Det skall först erinras att HD inte hade att uttala sig om huruvida smygfilmningen utgjorde ett materiellt brott mot artikel 8. Innebörden av hur frågan formulerades var att HD skulle uttala sig om konsekvenserna av om ett sådant brott hypotetiskt redan var konstaterad.⁵ Bedömningen för huruvida smygfilmningen de facto utgjorde ett brott mot artikel 8 skall i första hand alltså jämt avgöras av tingsrätten.⁶

HD skulle således vid besvarandet av frågan hypotetiskt utgå från att smygfilmningen de facto utgjorde ett brott mot artikel 8.⁷ Trygg Hansas argumentationslinje synes genomgående ha gått ut på att det skulle vara oförutsebart att råka ut för en sanktion, även om det gick att konstatera att det påtalade agerandet utgjorde en kränkning av artikel 8. Detta blev åtminstone konsekvensen av dess argumentation oavsett om Trygg Hansa insåg det eller inte. Trygg Hansa ansåg att eftersom det inte fanns en uttrycklig svensk lag som förbjöd smygfilmningen, så kunde Trygg Hansa inte heller bli skadeståndsskyldig även om det skulle utgöra ett brott mot mänskliga rättigheter. Trygg Hans ansåg således att rättorna får dansa på bordet om katten är borta.

Det är emellertid min bestämda uppfattning att det aldrig kan vara oförutsebart att bryta mot de mest grundläggande fri- och rättigheterna och samtidigt undslippa varje form av rättslig sanktion. Detta gäller särskilt som Konventionen sedan 1995 är inkorporerad som svensk lag samt förekommer redan i de inledande avsnitten – i nära anslutning till våra grundlagar – i av Norstedts juri-

⁵ Det är mot denna bakgrund besynnerligt att HD i ett hänseende ändå uttalar sig om den materiella artikel 8 frågan, när HD finner att det kan vara svårt för den enskilda att förutse när artikel 8 är kränkt.

⁶ Såsom HD:s beslutsskäl måste förstås skall tingsrätten avgöra om det finns något fördragskonformt tolkningsutrymme i internt svenska skadeståndsregler – här närmast skadestånd för ofredande eller skadestånd på kontraktsrättslig grund. Detta förutsätter att tingsrätten först prövar huruvida det de facto föreligger ett brott mot artikel 8. Besvaras denna fråga nekande, kan naturligtvis inte skadestånd utgå på konventionsrättslig grund ens med tillämpning av fördragskonform lagtolkning.

⁷ Trygg Hansa synes inte ha förstått detta. Försäkringsbolaget blandade i skriftväxlingen – såväl den egna som i professor *Håkan Anderssons* rättsutlåtande – genomgående ihop den materiella frågan om huruvida det förelåg ett brott mot artikel 8 och frågan om konsekvenserna försåvitt så befanns vara fallet.

dik och *Olle Höglund* utgivna bok Sveriges Rikes Lag (nämligen SFS 1994:1219) – med hänvisningar till relevanta avgörande från Europadomstolen under varje artikel.

Elisabeth Jonsson har i denna tidskrift avhandlat begreppet positiva förpliktelser och Konventionens verkan enskilda sinsemellan.⁸ Förvisso tar Jonsson upp förutsebarhet och rättssäkerhetsaspekter samt anför att sådana aspekter måste nogt avvägas både ur ett nationellt och konventionsrättsligt perspektiv.⁹ *Jonsson* anför dock att skadeståndsskyldighet endast kan vara oförutsebar för den enskilde i de fåtal fall där Europadomstolen tar stora kliv i rättstillämpningen samtidigt som ett agerande sker nationellt och omständigheterna inträffar innan denna förändring i praxis.¹⁰ Hon hänvisar också till att det måste ske en prövning i det enskilda fallet.¹¹

Jonsson anser således att förutsebarhetsaspekter kan göra sig gällande när det materiella rättsläget är osäkert, d.v.s. när det är osäkert om det åberopade agerande verkligen utgör en kränkning av en bestämmelse i Konventionen. *Jonsson* anför fallet *von Hannover* som exempel, där Tyskland fälldes för att de tyska domstolarna inte i tillräcklig grad skyddat prinsessan av Monaco från s.k. paparazzifotografer.

Jonssons förutsebarhets-diskussion – som förefaller logisk och väl förankrad i det synsätt som Europadomstolen ger uttryck för vad avser det s.k. laglighetskravet¹² – är således en helt annan än HD:s. HD anser uppenbarligen att skadeståndssanktion enskilda sinsemellan i sig – och i alla situationer¹³ – vore oförutsebara¹⁴ samt att skadeståndsansvar därför av rättssäkerhetsaspekter måste avvisas.

Det är enligt min uppfattning tveksamt om denna ståndpunkt skulle kunna godtas i ett konventionsrättsligt perspektiv ens om HD konsekvent tillämpade en form av skadeståndsrättslig legalitetsprincip eller om det fanns någon slags ”*non-damnum-sine-lege*” regel, när skadeståndsansvar skall åläggas enskilda. Nu föreligger det emellertid inte någon sådan uttalad skadeståndsrättslig legalitetsprincip i svensk rätt.

Det finns flera exempel på utvecklingslinjer i svensk skadeståndsrätt – anförda av HD – där privata subjekt har ålagts skadeståndsansvar utan stöd i lag.

⁸ ERT 2007 s. 653 ff, *Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan*.

⁹ A.a. s. 668 f.

¹⁰ A.a. s. 669.

¹¹ A.a. s. 670.

¹² Vilket med avseende inhemska lagstiftning och/eller dess tillämpning som inskränker rättigheterna i konventionen allmänt innefattar ett förutsebarhets- och rättssäkerhetskrav, benämnt *the rule of law*.

¹³ I vart fall som Europadomstolens praxis ter sig i nuläget.

¹⁴ I vart fall, som det måste förstås, intill dess Europadomstolen uttryckligen säger att skadestånd skall utgå enskilda sinsemellan på det nationella planet.

Ett exempel härpå är praxis avseende produktansvar före införandet av 1992 års Produktansvars lag. Lagstiftningsarbetet med produktskadeansvar pågick under åtskilliga år. Under de år lagstiftningsarbetet pågick var emellertid domstolarna ingalunda passiva på området.¹⁵ Exempelvis införde HD i NJA 1977 s. 538 utan stöd i lag ett skadeståndsansvar för importör såvitt avser tillverkarens culpa. Detta skedde medan lagstiftning pågick utan att resultatet av denna gärna kunde antas vara nära förestående.¹⁶ Det finns också anledning att i detta sammanhang uppmärksamma NJA 1989 s. 389, där HD ålade Stockholms stad ett strikt ansvar för personskador orsakade av säkerhetsbrist i livsmedel som orsakade matförgiftning. Förvisso är inte Stockholms stad ett privaträttsligt subjekt, men det finns inget stöd för slutsatsen att utgången hade blivit annorlunda om skolmatsalen förestått av ett privaträttsligt subjekt – exempelvis en friskola eller en restaurang. Vid tidpunkten för HD:s avgörande i 1989 års fall förberedde justitiedepartementet ett förslag till en produktskadelag. Mot denna bakgrund fann HD det var ”*följdriktigt att redan nu i rättstillämpningen överväga ett strikt ansvar på personskadeområdet*”. Här beaktade således HD pågående men ännu ej införd lagstiftning. Nedan skall redovisas en situation där HD gjorde det motsatta – d.v.s. ogillade skadeståndsanspråket eftersom ny lagstiftning vid skadetillfället ännu inte hade trätt i kraft, men väl vid HD:s prövning. Vad som avses här är utvecklingen i praxis av skadeståndsansvar för s.k. tredjemansskador som ändå tog djärva steg, i synnerhet med beaktande av det förutsebarhetskrav som tillämpades i 2007 års fall, huvudsakligen utan stöd i lag eller i vart fall svagt förankrad i lag och gällande rättsläge.

Den utveckling som ledde till att skadestånd kunde utgå till den som tillfogats personskada i form av psykiska besvär till följd av att en närstående blivit uppsåtlig – eller till uppsåt gränsande grov oaktsamhet – dödade, tog sin början i plenumavgörandet NJA 1993 s. 41 (I och II). Det var således i målet fråga om rätt till skadestånd för en nära anhörig, av en gärningsman som med uppsåt bragt släktingen om livet. HD hänvisade själv till ”*den vedertagna principen i svensk rätt att skada som endast indirekt träffar en skadelidande – s.k. tredjemansskada – inte ersätts*.” Utan närmare motivering menade emellertid HD att denna princip i sig inte kunde anses hindra skadestånd till den som har tillfogats personskada. HD hänförde sig också till ett tidigare fall – NJA 1979 s. 620 – som enligt HD kunde anses ge uttryck för att adekvanskravet i princip inte är uppfyllt när någon drabbas av chock och andra psykiska besvär vid underrättelse om en anhörigs död samt att man – med stöd av uttalande i doktrin¹⁷ – kunde

¹⁵ Se professor *Bill Dufwa* i kommentar i Karnovs databas, stjärn-noten under 1992 års Produktskadelag (1992:18) om lagens framväxt.

¹⁶ Se *Bill Dufwa*, *Högsta domstolen och lagstiftaren i kamp om produktansvaret*, JT 1989/90 s. 327 ff, här s. 332. Notera även *Dufwas* uppfattning om HD:s bristande stringens när det gäller att beakta pågående men ännu inte slutförda lagstiftningsprodukter.

¹⁷ Jan Hellner, *Skadeståndsrätt*, 4 uppl s 56 f. och 172.

komma till samma resultat genom att åberopa att det låg utanför skadeståndsregelns skyddsändamål att ersätta skador av detta slag. HD ifrågasatte om principen som kommit till uttryck i 1979 års fall kunde upprätthållas och fann att bl.a. billighetsskäl talade för att skadestånd skulle kunna utgå om det visas att sådana psykiska besvär uppkom. Men hänsyn till det anförda fann HD anledning att inta en mindre restriktiv hållning än dittills beträffande möjligheterna för närstående att få ersättning. I fallet var det fråga om uppsåtligt dödande. HD frågade också i ett *obiter dictum* om skadestånd skulle kunna utgå när ett dödsfall orsakats av vårdslöshet. En sådan ”*långtgående utvidgning*” ansåg emellertid HD förutsätta ”*så ingående övervägande av både principiell natur att de lämpligen bör ankomma på lagstiftaren.*” HD hänvisade också till att frågorna då utreddes¹⁸ av lagstiftaren. Men HD anförde slutligen att även ”*utan ny lagstiftning bör dock skadestånd kunna utgå åtminstone i fall då en person drabbats av psykiska besvär till följd av att en närstående blivit uppsåtligt dödad*”. Ansvar kom sedermera att utvidgas i NJA 1996 s. 377 till att skadestånd också skulle utgå om dödsfallet orsakats av grov vårdslöshet som låg mycket nära ett uppsåtligt handlande. I NJA 1999 s. 632 gjorde majoriteten definitivt halt vid vanlig vårdslöshet, men en minoritet av 2 justitieråd hävdade att de ”*påvisbara psykiska besvären hos den anhörige till en person som dödat eller som skadats allvarligt är rimligen lika typiska och beräknliga vara sig skadevällaren varit oaktsam eller handlat med uppsåt.*” Minoriteten ville således utan lagstiftning bifalla skadeståndsanspråket.¹⁹

Såsom ytterligare ett språng i HD:s utveckling av skadeståndspraxis utan direkt stöd i lag, vilket berör privata subjekts ersättningsskyldighet, kan NJA 2005 s. 608 anföras. Det var i målet fråga om ren förmögenhetsskada som tillfogats skadelidanden av tredjeman, som hade handlat i samförstånd med ena parten i ett avtalsförhållande. Eftersom handlandet bedömdes som kvalificerat otillbörligt blev tredje man ersättningsskyldig. HD noterade att 2 kap. 2 § skadeståndslagen föreskriver att den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan samt att skadeståndslagen i övrigt enbart innehåller regler för ren förmögenhetsskada som vållas av det allmänna. HD noterade vidare att det föreligger ett vidsträckt ansvar för ren förmögenhetsskada i avtalsförhållanden. Ingen av dessa situationer var ju för handen i 2005 års fall. Oaktat att det saknades explicit lagstöd fann HD ändå att den tredjemannen skulle vara ersättningsskyldig. HD hänvisade för det första till förarbetena till skadeståndslagen vari det anges att lagstiftningen inte är avsedd att utgöra hinder för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada. (Detta gäller för övrigt även utanför området om ren förmögen-

¹⁸ Dir 1988:76.

¹⁹ Sedermera infördes en ny bestämmelse i skadeståndslagen som medger skadestånd även för vårdslöshet av normalgraden, 5 kap. 2 §.

hetskada). Vidare hänvisade HD till en del äldre praxis samt även till nyare sådan. De senare fallen avsåg om oaktsamhet lämnade felaktiga uppgifter i intyg beträffande fast egendom, som har vilselett annan än den som beställt intyget.²⁰ Vidare anfördes ett fall där en konkursförvaltare ansågs genom vårdslös förvaltningsåtgärd åsamkat tredje man ren förmögenhetsskada.²¹ Gemensamt för dessa fall är emellertid – vilket också tingsrätten noterade – att de skadelidande i princip inte hade någon annan än tredje man att vända sig till.

Gemensamt för samtliga här redovisade typsituationer är – enligt min uppfattning – att skadeståndsskyldigheten måste ha kommit som en större överraskning för skadegörarna jämfört med den som kränker mänskliga rättigheter. Det är min bestämda uppfattning att ingen av de redovisade utvecklingslinjerna hade kunnat komma till stånd i praxis om HD hade tillämpat samma rigida krav på förutsebarhet som i förevarande fall.

Som angivits ovan skulle således HD inte besvara den materiella frågan om Trygg Hansas agerande i sig utgjorde ett brott mot kvinnans rätt i artikel 8 till privatliv. För att ge en helhetsbild av förutsebarhetsfrågan finns det ändå anledning att se på den materiella frågan för att bedöma vad Trygg Hansa – vid en objektiv bedömning och genom konsulterande av experter på konventionsrätten²² – hade kunnat komma fram till om deras smygfilmmande och dess förhållande till artikel 8. Trygg Hansa hade då i vart fall kunnat utröna att förelåg en stor risk att smygfilmningen objektivt skulle kunna bedömas som ett brott mot rätten till privatliv. Det skall också erinras om att det konventionsrättsliga förutsebarhetsrekvisitet inte är absolut. Europadomstolens har noterat att lagtext och andra rättskällor med nödvändighet måste hålla en viss abstraktionsnivå och att det är nödvändigt med en utveckling i de nationella domstolarnas praxis för att precisera regelns innehåll samt för kunna ”keep pace” med den allmänna samhällsutvecklingen – även med avseende på straffbestämmelser – utan att det för den skull kommer i konflikt med Konventionens allmänna förutsebarhetskrav.²³ Något strängare krav i svensk rätt på förutsebarhet finns inte, särskilt inte på skadeståndsrättens område. Som bekant utgjorde införandet av Skadeståndslagen som angivits ovan en kodifiering av praxis. I förarbetena uppgavs att lagen skulle utformas på så sätt att den inte försvårade en kontinuerlig fram-

²⁰ NJA 1987 s. 692, jfr NJA 2001 s. 878.

²¹ NJA 1996 s. 700.

²² Som också Elisabeth Jonsson anför, innebär det konventionsrättsliga förutsebarhetsrekvisitet en objektiv bedömning. Det är således vad experter på området kan utröna om det aktuella gällande rättsläget som blir avgörande för huruvida en situation och en rättstillämpning kan anses vara förutsebar. Europadomstolen brukar uttrycka det ”if need be, with the aid of experts”. Se även Anna Ekström, Laglighetskravet i Europakonventionen – Om kraven från en rättighetssynpunkt på utformningen av medlemsstaternas lagbestämmelser, ERT 2006 s. 240, här s. 244 med hänvisning till fallet Sunday Times mot Storbritannien.

²³ Se Anna Ekström ovan a.a. här s. 246 med där anförda hänvisningar, bl.a. till fallet *Cantoni mot Frankrike*.

tida anpassning av rättslaget samt att det lämnades åt domstolarna att fylla ut ofullständigheter i lagstiftningen.²⁴ Det kan rent av hävdas att HD genom 2007 års beslut för första gången i svensk rätt införde en skadeståndsrättslig legalitetsprincip. Om så vore fallet, har ju HD bundit ris åt sin egen rygg.

Trygg Hansa hade kunnat utröna att försäkringsbolags smygfilmning av deras försäkringstagare enbart under vissa premisser vore förenliga med artikel 8, genom att läsa Europadomstolens avslagsbeslut i fallet *Verliere mot Schweiz*.²⁵ Jag redovisade målet utförligt i Axplock VI,²⁶ men det skadar inte med en kort rekapitulering.

Även i *Verliere* var det fråga om ett försäkringsbolag som smygfilmade en försäkringstagare med anledning av misstänkt försäkringsbedrägeri. Om Trygg Hansa hade läst målet hade bolaget för det första lärt sig att artikel 8 är tillämplig även vad gäller försäkringsbolags övervakning av försäkringstagarna, exempelvis genom smygfilmning. Att artikel 8 är tillämpligt betyder att åtgärden enbart kan legitimeras om den inskränkning i den privata sfären som en smygfilmning innebär är 1) föreskriven till tillräckligt klar och förutsebar inhemska lag 2) företer ett legitimt intresse som uttömmande finns stadgat i andra stycket i artikel 8 samt 3) är proportionerligt i förhållande till det legitima syftet. Om det brister i något av ovan angivna hänseenden utgör det också ett brott mot artikel 8. Men artikel 8 stadgar sålunda inte ett absolut förbud för privata subjekt – exempelvis försäkringsbolag – att övervaka och filma enskilda personer.

Nu fann Europadomstolen just i *Verleire* att talan skulle avvisas samt att det således i det konkreta fallet inte utgjorde ett brott mot artikel 8. Omständigheterna i *Verleire* skiljer sig emellertid åt jämfört med Trygg Hansa fallet på åtminstone några väsentliga punkter.

För det första erhöll klaganden i *Verleire* inhemskt skadestånd. Klaganden initierade flera inhemska processer, varav en utgjorde en skadeståndstalan inför en marknadsdomstol i Zürich.²⁷ Klaganden tillerkändes skadestånd av denna domstol och domen vann laga kraft.

Klaganden initierade emellertid också bl.a. en talan inför Genève's tingsrätt grundad på bestämmelser i den Schweiziska civilkoden om skydd för den personliga integriteten. Bestämmelserna innebär att ingrepp i den personliga integriteten är olagliga för såvitt det inte föreligger samtycke eller det inte existerar ett ”*overriding private or public interest or statute*”. Omvänt är således ingreppet lagligt enligt den inhemska rätten om sådant överskuggande intresse kan visas. Det framgår också av de Schweiziska domstolarnas resonemang att ingreppet

²⁴ Prop. 1972:5 s. 100.

²⁵ Domstolens beslut den 28 juni 2001, i mål nr 41953.

²⁶ ERT 2007 s. 13, här s. 33. Även HD refererar i 2007 års beslut till målet, dock utan att närmare utveckla det.

²⁷ I rättsfallsreferatet benämnd Zürich Commercial Court.

också måste vara proportionerligt i förhållande till de syften man avser uppnå med ingreppet.

Klaganden yrkade i denna process ett förbud för försäkringsbolaget att fortsättningsvis övervaka henne, att foton och videoupptagningar skulle förstöras samt att domstolen skulle förklara att rapporter, fotografier och videoupptagningar utgjorde olagliga ingrepp i hennes personliga integritet. Det var denna process som klaganden slutligt förlorade i den Schweiziska federala domstolen genom en tämligen fylligt formulerad dom och det var denna utgång som försäkringstagaren klagade på inför Strasbourg-domstolen.

Det skall här först understrykas att det således fanns uttryckligt stöd i Schweizisk inhemsk lag för att göra ingrepp i enskildas personliga integritet försåvitt – som angivits ovan – det förekommer ett överskuggande privat eller allmänt intresse. De nationella domstolarna fann att det förelåg ett sådant överskuggande intresse samt att de åtgärder som företagits – övervakning vid fyra tillfällen under en 10 års period, som vardera varade några dagar samt att de företogs från allmän plats – i det konkreta fallet var proportionerliga.

Europadomstolen fann mot denna bakgrund att det i det Schweiziska rättssystemet förelåg tillräckligt skydd för den personliga integriteten, såväl civilrättsligt som straffrättsligt.

Det finns emellertid inte några uttryckliga svenska regler som explicit tillåter dylika övervakningar. Å andra sidan finns det ännu²⁸ inte heller några regler som uttryckligen förbjuder det, annat än vad som följer av SFS 1994:1219. Såvitt framgår av Trygg Hansas argumentation i målet, är det just det senare förhållandet som försäkringsbolaget har tagit fasta på – d.v.s. en slags ”*om-katten-är-borta, får-rättorna-dansa-på-bordet*”-argumentation. Eftersom det inte finns några uttryckliga regler som förbjuder ett sådant ”privat” ingrepp i den personliga integriteten, så är det således fritt fram även om det objektivt skulle innebära ett brott mot artikel 8 i Europakonventionen.

Om Trygg Hansa hade tillfrågat en expert på Konventionen i förväg, hade försäkringsbolaget i vart fall blivit upplyst om att det krävs ett tillräckligt klart stöd i de inhemska rättskällorna, att vidta ingrepp i den personliga integriteten. De inhemska rättskällorna skall också i rimlig utsträckning reglera ramarna för och omfånget av en sådan bevakning. Det skall därtill finnas möjlighet till upprättelse och kompensation om dessa ramar överskrids.²⁹ Allt pekar på att detta även gäller privata subjekt enligt principen om positiva förpliktelser.

²⁸ I SOU 2008:3 föreslår den s.k. Integritetsskyddskommittén dock att det i brottsbalken införs en bestämmelse om olovlig fotografering, som i princip gör det förbjudet att utan lov fotografera eller filma personer som befinner sig på platser dit allmänheten inte har insyn. Detta understryker naturligtvis skyddet, men regeln är knappast tillräcklig för att fullt ut tillgodose det skydd som krävs enligt konventionen.

²⁹ Se fallet *Klass mot Tyskland*, dom den 6 september 1978, Serie A nr 28.

Om Trygg Hansa hade läst vidare i *Verliere*, hade bolaget också lärt att Europadomstolen – med hänvisning till de inhemska domstolarnas resonemang – fann att de åtgärder som företagits av det Schweiziska försäkringsbolaget i det konkreta fallet var proportionerliga. Övervakningen hade skett från offentliga platser och begränsades till att utröna den försäkrades rörelseförmåga. Som angivits ovan var övervakningen också relativt begränsad. I förevarande fall var övervakningen betydligt mer intensiv och företogs bl.a. i anslutning till den försäkrades hem. Trygg Hansas privatdetektiver fick ihop sammanlagt fyra timmars filmning under nio månader som sedermera klipptes ihop till en timme. Detta är tämligen mycket material om en privat person.

Sammantaget med avsaknaden av lagstöd som reglerar den här typen av övervakning och Europadomstolens klara praxis om positiva förpliktelser också i sfären enskilda sinsemellan, borde Trygg Hansa i vart fall ana att deras övervakning riskerade att objektivt – d.v.s. om vi för närvarande bortser från frågan om vem som skall bära ansvaret – skulle kunna utgöra ett brott mot klagandens rättigheter i artikel 8.

Att Trygg Hansa under sådana omständigheter hävda bristande förutsebarhet försåvitt de skulle bli skadeståndsskyldiga för agerandet, samt att HD också fann att det skulle brista i förutsebarhets hänseende, ter sig i vart fall för mig som direkt stötande. Att bryta mot mänskliga rättigheter utan att detta medför konsekvenser för den direkta skadevällaren samt att inhemska domstolar vid bristande skydd i lagstiftningen i praxis utvecklar ett skadeståndsansvar i ljuset av Europadomstolens praxis, är enligt min uppfattning i vart fall inte tillräckligt oförutsebart för att utesluta skadeståndsansvar. Detta gäller särskilt som Konventionen är inkorporerad med svensk rätt samt förhållandet att skadeståndsrätten i stor utsträckning har utvecklats, och även i framtiden kommer att utvecklas, genom domstolspraxis. Skadeståndsskyldigheten ter sig i denna situation t.o.m. mindre oförutsebar än exempelvis HD:s åläggande av strikt ansvar – med beaktande av pågående men ännu inte ikraftträd lagstiftning – om produktansvar.

Sammanfattningsvis vad gäller förutsebarhetsresonemang håller jag med *Elisabeth Jonsson* i hennes analys om att förutsebarhetsaspekter kan göra sig gällande i sådana situationer där oklarheter föreligger i Europadomstolens praxis i materiellt hänseende.

HD:s resonemang går emellertid ut på att det alltid skulle vara oförutsebart för ett privat subjekt – åtminstone intill dess Europadomstolen förtydligar sig om staternas förpliktelser på det nationella planet – att bli ålagd ett skadeståndsansvar för konstaterade brott mot bestämmelserna i Europakonventionen. Som jag framhöll redan i Axplock VI skulle en sådan principiell hållning utgöra ett undantag från de etablerade principerna om subsidiaritet – d.v.s. att det i första rummet ankommer på staterna att hantera rimligt grundade påståenden om brott mot Konventionen på det inhemska planet, Europadomstolens utveck-

lade praxis om positiva förpliktelser också i den privata sfären samt den allmänna principen om effektivitet som särskilt kommer till uttryck i förpliktelserna i artikel 13 om tillhandahållande av effektiva inhemska rättsmedel. Enligt min mening ankommer det på den som vill åberopa och tillämpa ett sådant undantag att finna explicit stöd för undantaget i Europadomstolens praxis – inte tvärtom. Något sådant stöd finns inte. Tvärtom finns starkt stöd för att de åligger staterna – ytterst i rättstillämpningen när det brister i den nationella lagstiftningen – att fullt ut hantera inhemskt konstaterade konventionskränkningar även inom den privata sfären, vilket inte kan utesluta skadeståndsansvar. Allt annat är ologiskt.

4. EUROPADOMSTOLENS PRAXIS VAD GÄLLER POSITIVA FÖRPLIKTELSER I DEN PRIVATA SFÄREN

Således är det HD:s uppfattning att konventionen inte innehåller några regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter; än mindre förskriver konventionen enligt HD att enskilda kan vara skyldig just att betala skadestånd. Det är riktigt att konventionen inte innehåller regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter. Detta beror emellertid främst på systemets uppbyggnad och konstruktion. Det bestämdes en gång naturligt nog att enbart medlemsstaterna kan uppträda som svarandepart inför Europadomstolen. Detta förhållande har emellertid inte hindrat Europadomstolen att exempelvis kritisera de tyska domstolarna i det välkända och ovan nämnda fallet *von Hannover mot Tyskland*³⁰ för att i otillräcklig mån ha skyddat prinsessan *Carolina av Monaco* från publiceringar av s.k. paparazzi-bilder. Europadomstolen konstaterade att prinsessan inte klagade på åtgärder företagna av staten, utan snarare på bristen av adekvat inhemskt skydd för hennes privatliv och hennes image. Europadomstolen fann att de kriterier som tillämpats av de tyska domstolarna, ”*inte var tillräckliga för att effektivt skydda klagandens rätt till privatliv.*”³¹ Innebörden av uttalandet i denna del kan naturligtvis inte vara annan än att Europadomstolen var av uppfattningen att de tyska domstolarna i sin rättstillämpning borde ha givit klaganden ett adekvat skydd för sin i artikel 8 skyddade rätt till privatliv, oaktat innehållet i nationell rätt.

Den reella skillnaden gentemot förevarande mål var att det i det tyska målet var fråga om yrkanden i de nationella processerna om publiceringsförbud, medan det i förevarande fall således är fråga om ett yrkande om skadestånd. Är

³⁰ Dom den 24 juni 2004 i mål nr 5932/00. *Danelius SvJT* 2004 s. 626 f.

³¹ Para. 74. Min översättning av ”were not sufficient to protect the applicant’s private life effectively.”

denna skillnad relevant? Åvilar det inte de inhemska domstolarna skyldigheter att ålägga en skadegörare i form av ett konventionsbrott att reparera skadan,³² på samma sätt som det enligt Europadomstolen åligger nationella domstolar att ge ett adekvat skydd exempelvis genom att bifalla ett yrkande om publiceringsförbud som i *von Hannover*? Min uppfattning är att det inte finns någon juridiskt relevant skillnad. Det vore ologiskt och den som hävdar motsatsen har att åberopa stöd för uppfattningen.

Nu finns det även annan praxis som starkt talar för nationella domstolars skyldighet att ålägga privata subjekt ett skadeståndsansvar till följd av dessas på nationellt plan konstaterade kränkningar, när inga andra medel står till buds. I Axplock VI hänvisade jag till fallet *Wolfmeyer mot Österrike* för att tydliggöra Europadomstolens indignation över att det inte hade utdömts skadestånd i det nationella systemet i situationer där Europadomstolen själv har utdömt skadestånd.³³ Det är helt klart att Europadomstolen själv utdömer skadestånd när staten exempelvis brister i sin skyldighet att nationellt skydda privata subjekts inskränkningar av enskildas rätt till privatliv. Således utdömdes ideellt skadestånd i *von Hannover*. *Wolfmeyer* avsåg emellertid inte den privata sfären, utan det var där fråga om ett direkt vållande av staten. Även om *Wolfmeyer* därför inte skulle kunna anses utgöra ett tillräckligt stöd för att det ytterst åvilar inhemska domstolar att utdöma skadestånd i den privata sfären – trots att det alltjämt ger stöd för att inhemska domstolar i vart fall skall medge skadestånd i samma situationer som Europadomstolen – finns det annat stöd för att Europadomstolen även förutsätter skadeståndsskyldighet i den privata sfären.

Först kan fallet *Callwelli och Ciglio* mot Italien nämnas.³⁴ I sak avsåg målet felaktig medicinsk behandling vid förlossning som lett till ett barns död. Principiellt framhöll Europadomstolen att det i statens skyldigheter enligt artikel 2 om rätten till liv ingick att ”ålägga såväl offentliga som *privata sjukhus att effektivt skydda patienters liv*.”³⁵ Nu var det i det fallet inte fråga om ett inhemskt yrkande om skadestånd gentemot den privata kliniken. Det klagades istället på att det straffrättsliga ansvaret till följd av förseningar i handläggningen preskriberades. Klagandena hade också väckt en civilrättslig skadeståndstalan men ingått förlikning och därmed avstått från att få domstol att pröva om läkaren var skadeståndsskyldig. I kölvattnet av en sådan fullföljd process hade sedan ett disciplinärt förfarande kunnat inledas vilket hade kunnat fastställa läkarens ansvar. Detta var tillräckligt för att tillgodose kraven enligt artikel 2 på ett effektivt och oavhängigt domstolssystem som gjorde det möjligt att fastställa döds-

³² Förutsatt att det i övrigt föreligger förutsättningar för skadestånd, d.v.s. att Europadomstolen i motsvarande situationer utdömer skadestånd under artikel 41.

³³ A.a. s. 24.

³⁴ Dom den 17 Januari 2002 i mål nr 32967/96. Danelius SvJT 2002 s. 390 f.

³⁵ Citatet är hämtat från Danelius referat i ovan angivet arbete. Dock understruket här.

orsaken när patienter avlidit medan de befunnit sig i en läkares – också privatanställda sådana – vård.

Frågan måste emellertid ställas vad utgången hade blivit i *Calvelli och Ciglio* om det hypotetiskt varit fråga om ett skadeståndsyrkande i nationell rätt, som ogillats på nationellt plan eftersom det var fråga om en direkt tillämpning av konventionen i sfären enskilda sinsemellan. Med beaktande av Europadomstolens uttalande om skyldigheten att ålägga såväl offentliga som privata sjukhus att effektivt skydda patienters liv samt att inrätta rättsmedel för dess effektiva utövande, ligger det nära till hands att dra slutsatsen att Europadomstolen då skulle anse att det åvilade de nationella domstolarna en skyldighet att utdöma skadestånd i den privata sfären.

Men låt vara att inte heller detta fallet fullt ut ger svar på frågan om inhemska domstolars skyldigheter i här aktuellt hänseende, i vart fall inte på ett sådant sätt att en svensk domstol skulle känna sig komfortabel. Det finns ändå ytterligare stöd för en sådan skyldighet i Europadomstolens praxis.

I fallet *Pereira Henriques m.fl. mot Luxemburg*³⁶ avled familjefadern till följd av en olyckshändelse på arbetsplatsen. En utredning ledde inte till någon närmare klarhet om orsaken till olyckan. Hustru och barn försökte anhängiggöra en civilrättslig skadeståndstalan mot arbetsgivaren, men talan avvisades eftersom de inte enligt gällande inhemsk lag var behöriga att väcka en sådan talan mot arbetsgivaren med mindre än att skadan orsakats uppsåtligt.

Vad som möjligen kan försvåra tolkningen av detta mål, är att Europadomstolen också lade det nationella åklagarämbetet till last att den inte gjort vad som var möjligt för att fastställa orsaken till olyckan för att skapa förutsättningar för åtgärder mot de ansvariga. Detta förhållande anförde Europadomstolen närmast som en försvärande omständighet. Europadomstolen fann att denna underlåtenhet ”var så mycket allvarligare som de efterlevande enligt luxemburgsk rätt inte hade möjlighet att själva väcka skadeståndstalan.”³⁷

Ovan anförda redovisning kan knappast innebära – som HD anförde – att ”övervägande skäl anses tala mot att en enskild skall kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär [en konstaterad] överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning”.

Övervägande skäl talar istället för att inhemska domstolar har en skyldighet att ålägga enskilda ett skadeståndsansvar – igen förutsatt att övriga förutsättningar för skadestånd är uppfyllda. Om detta sedan sker med fördragskonform lagtolkning eller med en direkt tillämpning av konventionen är underordnat

³⁶ Dom den 9 maj 2006 i mål nr 60255/00. Danelius SvJT 2005 s. 701.

³⁷ Det översatta citatet är hämtat från Danelius a.a. och utgör inte i sig ett citat – utan ett referat – av domen.

sett ur ett konventionsrättsligt perspektiv. Det erinras dock att en inhemska konstaterad kränkning också måste erkännas, för att den enskilde skall anses ha förlorat sin offerstatus och talerätt³⁸ i Europadomstolen.

5. KRAVEN PÅ EFFEKTIVA RÄTTSMEDEL ENLIGT ARTIKLARNA 13 OCH 35

Som det måste förstås har HD genom 2007 års beslut ålagt staten ett exklusivt eller strikt skadeståndsansvar för otillräckligt skydd för enskildas rättigheter i konventionen när dessa kränks av privata subjekt, förutsatt att det inte finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme i en ”intern” svensk skadeståndsregel.

Fråga är då om denna modell är effektiv på sätt som föreskrivs i artiklarna 13 och 35.

Som kommer att framgå strax, hänvisar konventionsrätten naturligen till den interna rätten när det gäller att bedöma interna rättsmedels effektivitet i konventionsrättsligt hänseende. Det finns ändå anledning att börja med vad konventionen har att säga om denna konventionsrättsliga bedömning (det är således en konventionsrättslig bedömning när det avgörs om ett internt rättsmedel är effektivt eller ej).

Svaren står således att finna i artiklarna 13 och 35 och det finns anledning att tämligen utförligt redovisa Europadomstolens allmänna principer vad gäller nationella effektiva rättsmedel. Här tas dock inte alla aspekter på effektiva rättsmedel upp, utan framställning håller sig mer på en generell nivå.³⁹ Artikel 35 stadgar således en skyldighet för den som vill klaga till Europadomstolen att först uttömma de effektiva inhemska rättsmedlen. Enligt artikel 13 har staterna en motsvarande skyldighet att tillhandla sådana.

Således förpliktar artikel 13 staterna att tillhandahålla nationella rättsmedel som tillförsäkrar det materiella innehållet i konventionsbestämmelserna oavsett på vilket sätt dessa råkar vara skyddade i de nationella systemen. Effekten av artikel 13 är således att kräva bestämmelser om inhemska rättsmedel som materiellt kan hantera ett rimligt grundat påstående om ett konventionsbrott samt att medge lämpligt avhjälpande.⁴⁰

Innehållet i staternas förpliktelser under artikel 13 kan variera beroende på karaktären av klagandens klagomål. Emellertid måste rättsmedlet vara praktisk såväl i praxis som i lag.

³⁸ *Loss of a standing as a victim*, se Axplock VI s. 23.

³⁹ Kravet på effektiva rättsmedel kan också innefatta krav på opartiska, tillräckligt utförliga och skyndsamma utredningar, främst i mål om våld (art. 3) och vållande till död (art. 2) men även vad gäller exempelvis utredningar om miljöfarlig verksamhet som stör enskildas boende miljöer. Det finns även andra s.a.s. mer praktiska konsekvenser som inte kommer att beröras här.

⁴⁰ Eng. ”grant appropriate relief”.

Förvisso går inte artikel 13 så långt som att kräva att frågor om nationell lags överensstämmelse med Europakonventionen kan prövas av nationell domstol,⁴¹ men om klaganden anför ett rimligt grundat påstående om ett brott mot konventionen, måste det inhemska systemet tillhandahålla ett effektivt rättsmedel.⁴² Staterna har ett visst utrymme för att bestämma hur förpliktelseerna uppfyll, försåvitt den valda modellen alltså är effektiv såväl i praxis som i lag.

I det ovan anförda viktiga plenum-avgörandet *T.P. och K.M. mot Storbritannien*, som avsåg felaktigt tvångsomhändertagande av barn och ett i nationella domstolar framställt men ogillat skadeståndsyrkande, framhölls vidare att om det är fråga om rimligt grundade påståenden om brott mot en eller flera rättigheter i konventionen, så måste det finnas tillgängligt för offret (*the victim*) en apparat för att få klargjort ansvaret för tjänstemän eller myndigheter för dessa brott. Vidare, när det finns skäl därtill, skall kompensation för ekonomisk och ideell skada till följd av brotten finnas tillgänglig som en del av upprättelsen.

Hänförelsen till tjänstemän och myndigheter (*State officials or bodies*) skedde i fallet *in casu*, eftersom det i fallet var fråga om sådana. Att det inte begränsas till enbart statliga företrädare indikeras i det ovan redovisade fallet *Calvelli och Ciglio* som ju uttalade att det ingår i staternas positiva förpliktelser att inrätta regler för – som i det fallet – sjukhus, offentliga såväl som privata, för att tillförsäkra att det vidtas åtgärder till skydd för enskildas liv. Detta kräver också enligt Europadomstolen att det inrättades effektiva och oberoende rättsliga system så att det medicinska ansvaret, offentligt såväl som privat, kan fastställas och att ansvar kan utkrävas.⁴³

Vad därefter gäller klagandens skyldighet enligt artikel 35 kan först konstateras att bestämmelsen i visst hänseende utgör spegelbilden av artikel 13; enkelt uttryckt skall staten tillhandahålla effektiva rättsmedel som klaganden måste uttömma. Rättsföljderna för underlåtenhet att uppfylla dessa förpliktelser är naturligtvis olika. Klagandens underlåtenhet medför primärt förlust av talerätt i Europadomstolen medan statens underlåtenhet medför ett brott mot Konventionen. Ytterligare en rättsföljd av avsaknad av effektiva rättsmedel är att klaganden naturligtvis inte behöver uttömma ineffektiva sådana.

Samspelet mellan artiklarna illustreras väl av det svenska fallet *Stockholms försäkrings- och skadeståndsrätt AB mot Sverige*,⁴⁴ där den svenska regeringen häv-

⁴¹ Europadomstolen tillåter inte s.k. *actio popularis*. Klaganden måste vara berörd av lagstiftningen.

⁴² Exempelvis *Costello-Roberts mot Storbritannien*, dom den 25 mars 1993, Serie A nr 247-C.

⁴³ Fallet är citerat ovan, här para. 49. Uttalandet var här gjort under artikel 2 och inte under artikel 13. Emellertid finns under flera artiklar, inkluderat exempelvis artikel 2 men även egenomskyddet, vad Europadomstolen benämner ”procedural safeguards”. Även om artikel 2 är att anse som en av de mest fundamentala bestämmelserna i konventionen, finns det inget som tyder på – och TP och K.M. tyder på det motsatta – att kravet på att uttalandet om att positiva förpliktelser i den privata sfären enbart avser artikel 2.

⁴⁴ Dom den 16 september 2003 i mål nr 38993/97.

dade att talan skulle avvisas enligt artikel 35 eftersom klaganden inte hade anhängiggjort en skadeståndstalan för fel och försummelse för påstått brott mot artikel 1 i första tilläggsprotokollet (egendomsskyddet).⁴⁵ Europadomstolen fann inte att detta rättsmedel var effektivt och anförde att staten inte heller hade kunnat visa på något annat effektivt rättsmedel. Domstolen avvisade således statens avvisningsyrkande och fällde Sverige – utöver brottet mot egendomsskyddet – även för brott mot skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel.

Artikel 35 har i här angiven del emellertid en större betydelse än att enbart ange förutsättningarna för att en enskild skall ha talerätt i Europadomstolen. Bestämmelsen utgör också ett bärande element i subsidiaritetsprincipen, som ju uteslutande handlar om statens förpliktelser i konventionshänseende på det nationella planet.⁴⁶ Även praxis under artikel 35 ger vägledning med avseende på vilka krav som måste ställas på rättsmedlet för att det skall anses vara effektivt, såväl vad gäller för artikel 35:s del som med avseende på artikel 13.

Det finns därför anledning att även redovisa de i stadgad praxis klarlagda allmänna principerna om artikel 35. I fallet *Akdivar mot Turkiet*⁴⁷ anförde således Europadomstolen allmänna principer som därefter har kommit att upprepas i åtskilliga mål, vilka kan sammanfattas enligt följande.

Inledningsvis konstaterade således Domstolen att dåvarande artikel 26 – vilken är likalydande med dagens artikel 35 – innefattar en skyldighet för klagande att först använda de nationella rättsmedel som står till buds före det att klaganden kan dra staten inför ett internationellt skrank. Staterna är således inte skyldiga att gå i svaromål inför ett internationellt organ, före det att de har givits en möjlighet att ställa situation till rätta i det egna rättssystemet. Denna regel grundas på förutsättningen, vilket också återspeglas i artikel 13 med vilken artikel 35 har ett nära släktskap,⁴⁸ att det också skall finnas tillgängligt ett effektivt rättsmedel med avseende på det påstådda konventionsbrottet i det inhemska systemet. Detta gäller oavsett om konventionen är inkorporerad eller ej. Detta utgör ett viktigt element i principen om att konventionen är subsidiär till nationella system till skydd för mänskliga rättigheter. Enligt bestämmelsen skall klaganden använda sig av rättsmedel som är tillgängliga och tillräckliga för att ställa till rätta⁴⁹ de påstådda brotten. Tillgängligheten av rättsmedlen måste emellertid vara tillräckligt klara, inte enbart i teorin utan även i praktiken. Om så inte är fallet brister det i det erforderliga kravet på tillgänglighet och effektivitet. Bestämmelsen innebär också att de påstådda brotten i vart fall substantiellt har framförts inför den relevanta inhemska rättsinstansen i enlighet nationell for-

⁴⁵ Den materiella grunden saknar betydelse i detta samman. För ett refererat av sak omständigheterna, se *Danelius*, SvJT 2003 s. 1016 ff.

⁴⁶ Se exempelvis *Kudla mot Polen*, dom den 26 oktober 2000 i mål nr 30210/96.

⁴⁷ Europadomstolens dom i plenum den 16 september 1996 i mål nr 21893/93

⁴⁸ Eng. ”close affinity”, para 65 i domen.

⁴⁹ Eng. ”afford redress”, para 66.

malia samt inom de tidsfrister som gäller nationellt, så att varje processuell åtgärd som kan hindra att konventionen kränks har använts.

Det finns emellertid inte någon skyldighet att använda sig av rättsmedel som är inadekvata eller ineffektiva. Vidare föreligger en fördelning av bevisbördan. Det åligger staten att visa att det åberopade rättsmedlet verkligen är effektivt i teorin såväl som i praktiken vid den aktuella tidpunkten, d.v.s. att rättsmedlet var tillgängligt samt att det medförde en rimlig möjlighet till framgång.⁵⁰ Detta krav är tämligen strängt. Det krävs normalt att staten kan åberopa tidigare rättsliga avgörande som har rättat till felaktigheter.⁵¹ Om emellertid staten lyckas övertyga Europadomstolen om att ett åberopat rättsmedel är effektivt, åligger det – som huvudregel – klaganden att visa att den också har utnyttjat rättsmedlet.⁵²

Europadomstolen brukar också påpeka att det måste beaktas att kravet på uttömmande av de inhemska rättsmedlen utgör en del i maskineriet för skyddet för mänskliga rättigheter, som staterna har kommit överens om att tillämpa. Vad Europadomstolen torde mena med detta är att det närmast utgjorde ett krav av medlemsstaterna vid utformandet av den individuella klagorätten, att erhålla en möjlighet att rätta till påstådda kränkningar på det nationella planet. Därför måste kravet på uttömmande tillämpas med viss flexibilitet samt utan överdriven formalism. Regeln är vare sig absolut eller möjlig att tillämpa med automatik. Vid bedömningen om klaganden uppfyllt sin förpliktelse är det väsentligt att ta hänsyn till omständigheterna i varje konkret fall. Detta innebär i sin tur att realistisk hänsyn måste tas inte enbart till existensen av formella rättsmedel i det inhemska systemet utan även till ”*the general legal and political context in which they operate as well as the personal circumstances of the applicants.*”⁵³

⁵⁰ Eng. *reasonable prospect of success*.

⁵¹ Se Svenska transportarbetareförbundet mot Sverige, beslut den 30 november 2004 i mål nr 53507/99. Konkurrensverket hade underkänt en klausul i gällande kollektivavtal, såsom stridande mot konkurrenslagen. Transport var formellt inte part i ärendet inför konkurrensverket, men hördes upplysningsvis. Det stod emellertid klart att § 60 i konkurrenslagen inte medförde någon rätt för transport att överklaga beslutet till marknadsdomstolen. Transport hade inte heller ens försökt att överklaga. Detta påpekade också den svenska regeringen inför Europadomstolen som anförde att detta uppenbart stod i strid mot artikel 6 i konventionen. Under sådana förhållanden ansåg regeringen att marknadsdomstolen med stöd av RF 11 kap. 14 kunde åsidosätta den uppenbart konventionsstridiga bestämmelsen i konkurrenslagen. Eftersom Transport inte ens hade försökt att överklaga, så hade klaganden inte uttömt de inhemska och – enligt regeringen – effektiva rättsmedlen. Europadomstolen noterade emellertid att de avgörande som staten hade åberopat med avseende på tillämpningen av RF 11 kap. 14, inte avsåg åsidosättande av lagstiftning utan enbart av regler av lägre rang. Europadomstolen fann därför att staten inte hade styrkt att det åberopade rättsmedlet var effektivt samt underkände statens åberopande av underlåtenhet att uttömma rättsmedlen.

⁵² Det kan undantagsvis finnas omständigheter som gör att klaganden befrias från att uttömma även effektiva inhemska rättsmedel, men dessa undantag är knappast relevanta för den diskussion som förs här.

⁵³ Akdivar para. 69.

Det sistnämnda ger vid handen att det normalt – eller i vart fall ofta – ställs högre krav på effektivitet för att statens förpliktelser enligt artikel 13 skall anses vara uppfyllda jämfört med i vilka situationer klagandena befrias från skyldigheten att uttömma rättsmedlen p.g.a. av dessas ineffektivitet eller andra förhållanden, enligt artikel 35.

Emellertid är det inte här enbart fråga om vad som gäller vid en process inför Europadomstolen. Konventionsbestämmelserna i allmänhet och artikel 13 i synnerhet anger ju också vilka åtgärder som måste vidtas på det nationella planet oaktat konkreta processer. I det här fallet är det således fråga om att tillhandahålla effektiva rättsmedel.

Med anledning av att HD i sitt beslut således har ”anvisat” ett exklusivt rättsmedel när det gäller enskildas brott mot andras konventionsrättigheter – nämligen skadeståndstalan mot staten – finns det skäl att sammanfatta vilka krav som måste ställas på ett sådant rättsmedel för att det i konventionshänseende skall anses vara effektivt.

Rättsmedlet skall således vara tillräckligt tillgängligt och så klart angivet att klaganden – låt vara med hjälp av experter – förstår att rättsmedlet måste utnyttjas. Det skall medges en rimlig möjlighet till framgång, även om artikel 13 i sig naturligtvis inte garanterar en rätt till materiell framgång. Det skall vara effektivt så väl i praxis som i lag. Det räcker således inte med att det existerar en möjlighet att formellt anhängiggöra en talan, som emellertid inte medför en rimlig möjlighet till framgång. Att staterna också har bevisbördan för att rättsmedlet är effektivt, är implicit och indirekt ägnat att öka kravet på att rättsmedlet är tillräckligt klart och att det är förutsebart att detta rättsmedel skall användas.

Huruvida det av HD anvisade rättsmedlet är effektivt i den mening som avses med effektivitetskravet enligt Europakonventionen skall analyseras nedan.

6. ÄR DET AV HD ANVISADE RÄTTSMEDLET EFFEKTIVT I KONVENTIONSRÄTTSLIG MENING?

Som HD:s beslut måste förstås möter det inga hinder för svensk domstol att bifalla en skadeståndstalan mot ett privat subjekt, grundat på bestämmelserna i konventionen, försåvitt det finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme. Att det naturligtvis är förenat med svårigheter – särskilt för parter och ombud att i förväg avgöra huruvida de nationella domstolarna kommer att anse att det föreligger ett sådant utrymme, skall diskuteras närmare nedan.

Om det emellertid inte föreligger ett fördragskonformt tolkningsutrymme, måste således skadelidanden enligt HD rikta en skadeståndstalan mot staten. Denna skulle närmast grunda sig på att staten på grund av handlande eller

underlåtenhet tillåter privata subjekt att osanktionerat kränka enskildas rättigheter. Det torde oftast vara fråga om att lagstiftaren i otillräcklig mån har skyddat de enskildas rättigheter i annan intern – av den svenska riksdagen stiftad – lag som kunde leda till det privata subjektets skadeståndsskyldighet. Det är således inte tillräckligt med den av riskdagen stiftade SFS 1994:1219. Grunden skulle således vara statens skadeståndsrättsliga ansvar för felaktig eller otillräcklig lagstiftning. Det primära agerande – d.v.s. det privaträttsliga subjektets konventionsstridiga agerande – skulle i processuellt hänseende enbart utgöra medelbart relevanta omständigheter för skadeståndsansvaret.

För det första skulle en sådan talan i kausalsambandshänseende primärt inte ha samma karaktär som en talan riktad direkt mot skadevällaren. Jag finner det emellertid osannolikt att Europadomstolen skulle godta att en sådan talan mot staten skulle ogillas med motiveringen att det inte fanns något omedelbart orsakssamband mellan lagstiftarens bristande eller felaktiga lagstiftning och den skada som den primära skadevällaren åsamkar. Det går dock inte utesluta att en svensk domstol skulle resonera så.

Det väsentliga är emellertid att det står i bjärt kontrast till svensk s.k. rättstradition att staten blir skadeståndsskyldig på grund av bristande lagstiftning i allmänhet. Detta gälla i synnerhet om lagstiftaren dessutom skall stå till svars för en annans – nämligen det privata subjektet som kränkt en enskilds konventionsrättigheter – agerande. Något sådant avgörande finns inte i svensk domstol och innan så är fallet, eller lagstiftning tillkommer, lär staten ha synnerligen svårt att uppfylla sin bevisbörd för att rättsmedlet är effektivt vid en prövning i Europadomstolen.

Att en svensk domstol ålägger staten skadeståndsskyldighet till följd av felaktig lagstiftning är även i övrigt synnerligen ovanligt, vilket ytterst torde bero på den i vårt land förhärskande synen på balansen mellan den lagstiftande och dömande makten. Det är ju också detta synsätt som kommer till uttryck i uppenbarhetsrekvisitet i RF 11 kap. 14 §. Enligt *Bertil Bengtsson*⁵⁴ förekommer det enbart ett exempel på ett sådant mål. I NJA 2001 s. 210 fann HD att staten var skadeståndsskyldig. Fråga i målet var ett i en förordning meddelat bemyndigande för Finsk-svenska gränsälvskommissionen att föreskriva vissa begränsningar i – och förbud för – fisket i Torne älvs fiskeområde. HD hade i ett närlutet mål – NJA 1996 s. 379 som avsåg en talan mot enskild om brott mot Gränsälvskommissionens föreskrifter – funnit att den i regeringsformen stadgade ordningen för överlåtelse av befogenheter till mellanstatliga organisationer hade blivit åsidosatt i väsentligt hänseende samt att felet framstod som uppenbart. Till följd av bestämmelsen i 11 kap. 14 § regeringsformen kunde föreskriften inte tillämpas i målet, varför åtalet ogillade. I 2001 års fall hade enskilda väckt en fastställsetalan om skadestånd för ytterligare inskränkningar genom

⁵⁴ Ds 2007:10, *Skadeståndfrågor vid kränkning*, s. 67.

Gränsälvscommissionens föreskrifter. Talan grundandes ytterst på fel och försummelse vid myndighetsutövning. Det var emellertid i målet fråga om ett normbeslut. HD fann förvisso att normbeslut inte kunde uteslutas från 3 kap. 2 § SkL:s tillämpningsområde samt hänvisade till förarbetena som diskuterat beslut om avstängning av väg samt beslut på sjöfartens område. HD fann också att regeringens bemyndigande indirekt fick rättsverkan mot de enskilda och att staten därför var skadeståndsskyldig för det redan tidigare konstaterade felaktiga bemyndigandet.

Fallet är närmast unikt för svensk rätt. Det avser dessutom regeringens agerande – inte lagstiftarens. Därtill tillämpades uppenbarhetsrekvisitetet.

För en skadeståndstalan riktad mot staten p.g.a. bristande eller felaktig lagstiftning som lett till att privat subjekt sanktionsfritt kunnat kränka annans mänskliga rättigheter, torde det emellertid inte krävas att handlandet eller underlåtet kan karaktäriseras som myndighetsutövning. Taleförbudet in 3 kap. 7 § torde inte heller vara tillämpligt. Klaganden kan istället grunda sitt anspråk direkt på SFS 1994:1219, i vart fall enligt *Bertil Bengtsson*. Men alldeles säkert är inte detta. Det kan finnas domare som anser att taleförbudet i skadeståndslagen ger uttryck för en mer allmän princip som ytterst grundar sig just på ovan nämnda förhärskande fördelning mellan den lagstiftande och dömande makten, hur konventionsstridigt det än månne vara. Det är under alla förhållanden osäkert hur uppenbarhetsrekvisitetet påverkar bedömningen. Det finns härvid anledning att citera Bertil Bengtsson.

”Det kan framhållas att frågan om förutsättningarna för skadeståndsansvar på grund av felaktig lagstiftning alltjämt är oklar; det är också omstritt om det alltjämt är motiverat att inskränka möjligheten till lagprövning på det sätt som skett i 11 kap. 14 § RF. Dessutom är det oklart om kravet på uppenbart fel har samma innebörd vid konflikter med Europakonventionen som vid konflikter med grundlagen.”⁵⁵

Redan på dessa grunder ställer sig det av HD anvisade rättsmedlet ytterst osäkert, särskilt om det inte bekräftas av lagstiftaren själv (vilket det inte lär göra förrän Europadomstolen skriver lagstiftaren på näsan – vilket inte heller lär ske).

Vad som vidare gör det än mer bekymmersamt i processuellt hänseende och vid en processutvärdering, är det vid första anblicken välkomna besked i HD:s beslut, om att den direkta skadevällaren i vart fall bör bli skadeståndsskyldig om

⁵⁵ *Bengtsson a.a. s. 68. Bengtssons* fotnoter är inte medtagna. Härefter uppger *Bengtsson* något som jag inte förstår. *Bengtsson* hänför sig till en skadelidande som anser sig berättigad till skadestånd vid lagstiftning som inte uppenbart strider mot konventionen. *Bengtsson* uppger att ”han liksom nu [kan] han grunda sitt krav direkt på denna, och en sådan talan skulle inte regleras av SkL.” Är det *Bengtssons* uppfattning att uppenbarhetsrekvisitetet inte gäller vid en direkt tillämpning av konventionen i en inhemsk process. Om så är fallet är det välkommet och inte en dag för tidigt. Jag tror dock inte att svenska domstolar uppfattar det så.

det finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme till en intern svensk skadeståndsregel. Detta måste vara innebörden av HD:s uttalande om att skadestånd inte kan åläggas ett privat subjekt ”i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning”.⁵⁶ Det är emellertid alltid vanskligt för ombuden att på förväg avgöra huruvida de nationella domstolarna kommer att anse att det föreligger ett sådant fördragskonformt tolkningsutrymme.

Det ligger också i ombudens skyldighet att för klientens räkning gardera sig. Tillämpningen av konventionsrätten har – som redovisats i denna artikelserie redan från start – inte varit särskilt generös.⁵⁷ I stort när samtliga idag verk samma domare erhöi inte tillräcklig utbildning i konventionsrätt under studietiden utan är fostrade med ett annat synsätt. Möjligheterna till fortbildning i ämnet därefter torde ha varit begränsade trots vissa av domstolsverket anordnade utbildningar. Därtill kan det finnas närmast ideologiskt betingad avvog samhet mot konventionen, vilket i sin tur kan grunda sig i en – enligt mig helt felaktig – uppfattning att det skulle vara odemokratiskt att rätta sig efter avgöranden av en internationell domstol. Säkerligen lever också vanföreställningar om att återopanden av konventionen sker av rättshaverister kvar. Slutligen är domarna formulerade på engelska och franska, inte sällan svårtolkade samt grundar sig ofta på utländska förhållanden.

Mot denna bakgrund tvingas den som skall företräda en klient i svensk domstol där det också föreligger rimligt grundade påståenden om brott mot konventionen som har begåtts av privata subjekt, således göra svåra processuella överväganden ungefärligen enligt följande.

1. Är det tillräckligt säkert att det finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme i en intern skadeståndsregel och är det tillräckligt säkert att de inhemska domstolarna kommer att inta samma ståndpunkt? Är det m.a.o. tillrådligt att av processekonomiska skäl enbart stämma in det primärt skadegörande privata subjektet? Här riskeras talan att avvisas/ogillas – även om det i och för sig kan konstateras att ett brott mot konventionen har begåtts – nämligen om det saknas fördragskonformt tolkningsutrymme.
2. Eller är det säkert att det inte finns fördragskonformt tolkningsutrymme och är det tillräckligt säkert att domstolarna kommer att dela denna uppfattning? Är det m.a.o. tillrådligt att av processekonomiska skäl enbart

⁵⁶ Även om det är vanskligt att tolka rättsliga avgöranden *e contrario* skulle den motsatta uppfattningen innebära att HD accepterar att det inte finns effektiva inhemska rättsmedel när privata subjekt kränker enskildas mänskliga rättigheter – vilket ju uppenbart skulle utgöra ett systematiskt konventionsbrott.

⁵⁷ Förvisso har docenten *Thomas Bull* talat om ett ”mentalitetsskifte”, som emellertid advokaten *Johan af Petersen* inte har så lätt att känna igen sig i, se *Petersens* artikel ”Slopa uppenbarhetsrekvisitet” i TSA nr 9, 2007 s. 26.

stämman in staten för bristande lagstiftning med den osäkerhet som har redovisats ovan? Utöver denna osäkerhet finns det också risk att talan rent av avvisas om domstolarna finner att det faktiskt föreligger fördragskonformt tolkningsutrymme.

3. Eller skall man spela säkert och stämman in både staten för bristande lagstiftning och det primärt skadegörande privata subjektet för kränkningen i sig? Det förefaller då som staten enbart kan bli skadeståndsskyldig för bristande lagstiftning om det inte finns fördragskonformt tolkningsutrymme. Helt i enlighet med HD:s beslut kan det privata subjektet enbart bli skadeståndsskyldig försåvitt det finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme. Käranden förlorar således en sådan process mot minst en av svarandena, med de konsekvenser detta medför i rättegångskostnadshänseende.

Det är således enligt min mening ytterst tveksamt om det av HD nu anvisade delvis exklusiva rättsmedlet, är så effektivt som artiklarna 13 och 35 i konventionen föreskriver. Som har angivits ovan torde det i vart fall med nuvarande rättsläge vara svårt – för att inte säga omöjligt – för statens agenter på UD att styrka att det föreligger ett effektivt rättsmedel.

7. ÄR DISKUSSIONEN OVAN ENBART TEORETISK?

Nu kan det kanske anföras att diskussionen ovan är väl teoretisk. Det finns väl inte särskilt många situationer där svensk lagstiftning ger så bristfällig skydd för rättigheterna i konventionen att enskilda inte blir skadeståndsskyldig i vart fall med en fördragskonform lagtolkning? Må så vara i stort. Emellertid är det exempelvis tämligen uppenbart att det inhemska skyddet för den personliga integriteten gentemot ingrepp från andra privata subjekt – särskilt pressen men även i övrig – inte lever upp till kraven enligt artikel 8.⁵⁸ Exempelvis finns inte ett sådant skydd för integriteten som Europadomstolen föreskrev i von Hannover-fallet.

I det här föreliggande fallet tillåts försäkringsbolag utföra sådana övervakningar som, för de fall myndigheter utför dem, måste ske enligt noggranna föreskrifter i lag.

Det finns även andra exempel på enskildas ingrepp i integriteten, vilka ter sig mycket stötande men som ändå inte har kunnat lagföras. Nyligen ogillande Svea hovrätt ett åtal mot en styvfader för bl.a. sexuellt ofredande.⁵⁹ Gärningen bestod i att styvfadern hade placerat en video kamera i en tvättkorg försett med ett hål för linsen, men inspelning på, före det att den då 14 åriga styvdottern

⁵⁸ Det lär emellertid åtminstone bli bättre om den i SOU 2008:3 föreslagna regeln om fotoförbud leder till lagstiftning.

⁵⁹ Svea hovrätts dom 2007-10-16 i mål nr B 1831-06.

gick naken in i duschen. Svea hovrätt hänvisade till HD:s praxis i NJA 1996 s. 418 om att det inte finns något allmänt förbud i svensk rätt mot att filma någon utan den filmades samtycke. Vad gäller sexuellt ofredande drog hovrätten slutsatsen att den tilltalade inte avsåg att låta filmförsöket komma till styvdotterns kännedom. Det sexuella ofredandet omfattades därför inte av den tilltalades uppsåt. Åtalet ogillades. Med anledning av utgången i ansvarstalan ogillades också det skadeståndsanspråk som flickan förde parallellt med brottmålet i enlighet med 22 kapitlet i rättegångsbalken.

Åklagaren bestämde sig för att inte överklaga domen i ansvarsdelen till HD. Flickan överklagade emellertid själv – då utan målsägandebiträde – såväl i ansvars- som skadestånds delen. Hon begärde också att nytt målsägandebiträde skulle utses. Hon åberopade Europakonventionen och torde därmed avse artikel 8. HD avlog ansökan om prövningstillstånd i princip med vändande post,⁶⁰ men efter HD:s här diskuterade beslut. Det stod ju då emellertid klart att flickan inte kunde erhålla skadestånd av det privata subjektet – styvfadern – för brott mot artikel 8 i sig själv. Att styvfaderns agerande aktualiserar en tillämpning av artikel 8 samt att agerandet svårligen objektivt skulle kunna motiveras enligt andra stycket i artikel 8 torde emellertid vara uppenbart.

Det är således inte helt realistiskt att det uppkommer situationer där målsäganden med stöd av 22 kapitlet i rättegångsbalken av goda skäl tillåts driva skadeståndstalan i samband med åtalet, men där åtalet ogillas och det enbart återstår ett brott mot Europakonventionen. Det kan här möjligen ifrågasättas om en skadeståndspåföljd för styvfadern grundat direkt på konventionen skulle te sig särskilt oförutsebart.

Ett annat problemområde som kan aktualisera tillämpning av bestämmelser i konventionen i sfären enskilda sinsemellan, där det inte är möjligt med fördragskonform tillämpning, är avsaknaden av s.k. ekonomiskt förtal i svensk rätt. Juridiska personer har således inte utanför marknadsföringslagens område något skydd för nog så misskrediterande uppgifter som sprids exempelvis genom massmedia. Att detta utgör ett i konventionsrättsligt perspektiv bekymmersamt rättsläge, har nyligen redogjorts för av jur. kand *Leo Lee* i denna tidskrift.⁶¹

Ytterligare ett problemområde materialiserade sig genom fallet *Evaldsson m.fl. mot Sverige* om Svenska byggnadsarbetareförbundets uttag av s.k. granskningsavgifter även av oorganiserad arbetskraft. Europadomstolen fann i sin dom den 13 februari 2007 att redan Byggnads bristande redovisning av det ekonomiska resultatet av verksamheten samt på vilket sätt eventuella överskott

⁶⁰ Hovrättens dom avkunnades således den 16 oktober 2007. Veterligt överklagades domen sent och nära tidsfristen på 3 veckors utgång, då man var framme vid medio november. HD:s avslagsbeslut togs knappt en månad senare den 12 december, utan att klaganden givits möjlighet att komplettera talan.

⁶¹ *Bolags skydd mot misskrediterande uppgifter enligt Europakonventionen*, ERT 2007 s. 851 ff.

användes, utgjorde ett brott mot egendomsskyddet i artikel 1 i första tilläggsprotokollet. Europadomstolen fann att det förelåg en positiv förpliktelse för Sverige – särskilt eftersom det svenska systemet överlåter normgivande makt till arbetsmarknadens parter – att skydde enskilda från de privaträttsliga subjektens inskränkningar av exempelvis egendomsskyddet.

Fler exempel går att anföra, men det ovan redovisade är tillräckligt för att konstatera att det lätt kan utgöra en förhastad slutsats hävda att svensk rätt inte medför några problem vad gäller konventionsrättigheterna i den privata sfären.

8. SAMMANFATTNING OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Det är sålunda min uppfattning att det nu anvisade rättsmedlet – ett slags strikt eller vikarierande principalansvar – inte utgör ett effektivt inhemska rättsmedel samt att avsaknaden därav strider mot konventionen. Som angivits ovan skulle det förvisso inte finnas några konventionsrättsliga invändningar om det i Sverige tillskapades ett effektivt rättsmedel som innebar att staten stod för alla kränkningar som åsamkades av privata subjekt, vilka är osanktionerade till följd av otillräckligt skydd i den inhemska ordningen. För att ett sådant rättsmedel skall erhålla full verkan i Sverige torde det dock krävas att lagstiftaren själv ålade sig detta ansvar, istället för att det skedde genom HD:s praxisbildning.

Enligt min mening utgör HD:s beslut ett slags missriktat förutsebarhetömmande till förmån för de privata subjekt som kan tänkas bryta mot konventionen. Om man bryter mot de mänskliga rättigheterna som de kommit till uttryck i Europakonventionen och Europadomstolens praxis, särskilt som båda dessa rättskällor utgör svensk lag, kan man knappast som Trygg Hansa hävda oförutsebarhet. Om det är förbjudet får man också räkna med konsekvenser. Det är en annan sak om det materiella rättsläget är alltför oklart. Men då skall anspråket – enligt min bestämda mening – ogillas på den grunden att det saknas stöd i Europadomstolens praxis för att det påtalade agerandet utgör ett brott mot konventionen. Eventuella brister måste således prövas i det konkreta fallet sett i ljuset av samtliga relevanta omständigheter och rättskällor. HD gjorde det mycket lätt för sig – och samtidigt mycket svårt för de skadelidande – när den framhöll att det alltid vore oförutsebart om ett konventionsrättsligt skadeståndsansvar skulle åläggas ett privat subjekt till följd av en (konstaterad) kränkning av konventionen. Istället har nu betydande oförutsebarhet drabbat presumtiva skadelidanden i processuellt hänseende.

HD:s beslutskäl ger inte heller uttryck för ett välgrundat och väl överlagt juridiskt resonemang utan ger närmast sken av något slags allmänt tyckande. Exempelvis resonerar den inte kring – eller ens hänvisar till – Europadomstolens egna resonemang om förutsebarhet och vilken grad av förutsebarhet som Euro-

Jan Södergren

padomstolen anser att nationell rättighetsinskränkande lagstiftning måste uppvisa. Vid en sådan analys hade det uppdagats att Europadomstolens krav på förutsebarhet av nationell lagstiftning – som aktualiserar tillämpning av bestämmelserna i konventionen – är satt lägre än det krav som HD ställer på Europadomstolens praxis när den skall tillämpas på nationellt plan, i sfären enskilda sinsemellan, enligt principen om positiva förpliktelser och i enlighet med subsidiaritetsprincipen.

Därtill kan avslutningsvis erinras – som har redovisats ovan – att HD:s krav på förutsebarhet i 2007 års fall också är satt betydligt högre än den förutsebarhet som HD:s egen utveckling av praxis exempelvis avseende produktansvar torde ha medfört för de privata subjekt som drabbades av det ansvaret. Vågar konsumentskyddet högre än skyddet för mänskliga rättigheter i Sverige?