
JAN SÖDERGREN

**Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval
av Europakonventionen**

04-05 NR 3



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

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”

1. Bakgrund

Det pågår ett mål i Högsta domstolen som synes intressera det politiska etablissemang mer än vad som normalt och hälsosamt i ett demokratiskt samhälle. HD lämnade i mars 2004 prövningstillstånd i ett mål¹ (*Lundgren-målet*) rörande skadeståndsansvar för staten för långsam handläggning i strid mot artikel 6 i Europakonventionen. JK – *Göran Lambertz* – är ombud för statens räkning. Den rättsliga frågan består i huruvida det för enskilda finns rätt till skadestånd på nationell nivå för inhemskt konstaterade brott mot en eller flera regler i Europakonventionen, oaktat att det inte finns interna regler som medger skadestånd.

Svea hovrätt tillerkände i det aktuella målet en finanschef ett ekonomiskt skadestånd om 3,5 MSEK och ett ideellt skadestånd 100.000 kr på direkt konventionsrättslig grund, p.g.a. långsam handläggning i ett brottmål.

Nämnda rättsfråga berördes också av HD i bl.a. NJA 2003 s. 217 (*Bo Holm-målet*). I det målet avvisade tingsrätt och hovrätt en talan om skadeståndsanspråk grundat på brott mot artikel 6 i konventionen,² bl.a. med motiveringen att Europadomstolen skulle utgöra ett exklusivt forum för skadeståndsanspråk grundade på brott mot reglerna i konventionen.³ HD gjorde en U-sväng in i den aktuella rättsfrågan och förde ett visst resonemang som knappast bringade någon klarhet. HD konstaterade att frågan inte avgjorts tidigare i svensk rättspraxis, men ”bordlade” frågan med motiveringen att det i målet var fråga om avvisning eller återförvisning av talan. Med hänvisning till att frågan var en del av saken återförvisade HD målet till tingsrätten, där det nu ligger för avgörande.

Under det att *Bo Holm-målet* handlades av HD, kontaktade en handläggare vid Justitiedepartementet revisionssekreteraren i målet. Denna kontakt kom

¹ Mål nr T 72-04 *Pehr Lundgren ./. Staten genom Justitiekanslern*. Beslut 2004-03-29.

² Även i detta fall var det fråga om skadestånd p.g.a. långsam handläggning, ehuru i ett skattemål i förvaltningsdomstolarna.

³ Enligt RB 10 kap. 17 §.

docent *Thomas Bull* sedermera att kritisera i Pointlex.⁴ Det framgår av de uttalanden som revisionssekreteraren framförde till Pointlex att hon visste att ”det finns intresse från regeringskansliet att höra hur det går”.⁵ Det skall också i denna kontext tilläggas att JK i flera beslut hävdade att det för skadeståndsskyldighet direkt på konventionsrättslig grund krävs intern lagstiftning. JK har också i detta sammanhang framhållit att ”justitiedepartementet överväger lagstiftning”. När denna uppgift däremot kontrollerades har justitiedepartementet dementerat uppgiften.⁶ Det är uppenbart att den rättsliga frågan är mycket kontroversiell och att rätten till skadestånd inte är önskvärd från politiskt håll.⁷ Det statsbärande partiets inställning till Europakonventionen i allmänhet är dessutom känd som milt uttryckt njugg. Det finns företrädare som kallar sig själva för ”folksuveränitetsfundamentalister”. Enligt dessas föreställning bör domstolar helst inte ägna sig åt annat än bevisvärdering. Framförallt skall inte svenska domstolar lägga någon vikt vid vad internationella domstolar – såsom EG- och Europadomstolen – kan ha för synpunkter på svensk rättstillämpning och lagstiftning. Om någon skall ta intryck av dessa instanser, är det uteslutande lagstiftarens uppgifter. Detta leder naturligtvis – i bästa fall – till betydande eftersläpningar med rättsförluster före enskilda som obönhörlig följd.

Jag har själv, tillsammans med andra eller på annat sätt varit involverad i diskussionen om frågan om rätt till skadestånd. Den veterligt första artikeln publicerades för snart 5 år sedan.⁸ *Clarence Crafoord* tog ett helhetsgrepp på frågan år 2001 i ”Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen”.⁹ Dessutom föreligger en del kortare artiklar för min hand i Advokaten.¹⁰ Ståndpunkten har varit att skadestånd skall utgå på direkt konventionsrättslig grund och att skadeståndsbeloppen måste ligga i paritet med de skadestånd som Europadomstolen utdömer i liknande situationer. Om detta inte medges i det inhemska systemet utgör det – enligt vår mening – ett brott mot artikel 13, som stadgar en rätt till effektiva inhemska rättsmedel att föra talan avseende konventionsbrott. I denna diskussion har naturligtvis samtliga relevanta rättskällor redovisats till stöd för den redovisade uppfattningen. Det finns ingen som – med anständigt krav på redovisning av rättsligt stöd – än idag har gått in i polemik

⁴ Se artikeln 2003-05-12 ”Lyssna när docent kritiserar regeringskontakt med HD” av *Mikael Kindbom*.

⁵ Se artikel 2003-05-08 ”HD i samtal med regeringskansliet om pågående mål” av *Mikael Kindbom*.

⁶ Undertecknad kontaktade departementet. Det uppgavs att ”här övervägs visserligen många saker, men det finns inget ärende på denna frågan”.

⁷ I vart fall inte för de politiker som har makten att införa lagstiftning i frågan.

⁸ ERT 2000 s. 407, ”Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet” av *advokat Percy Bratt* och undertecknad.

⁹ ERT 2001 s. 519.

¹⁰ Senast TSA nr 1, 2004, s. 23, Direkt rätt till skadestånd på konventionsrättslig grund – igen. Artikeln var en kommentar till hovrättsavgörandet som numera ligger för HD:s prövning.

mot oss. Några rättsligt stöd som ens ger tolkningsutrymme för motsatt ståndpunkt har inte anförts och har inte heller påträffats av oss.

Däremot har det uttryckts en mängd floskler och allmänna teser som saknar varje rättsligt stöd och grund i verkliga förhållanden. Det har mörklagts, förbisetts och lagts ut dimridåer av sällan skådat slag. I vissa fall har argumentationen varit direkt motsägelsefull.

När det gäller uttalanden om rättsfrågan i svensk rättstillämpning får ovan nämnda avgörande från Svea hovrätt anses utgöra ett undantag. Från flera håll har framförts ståndpunkten att utdömande av skadestånd är exklusivt förbehållet Europadomstolen (samtidigt som det är explicit reglerat i konventionen att enskilda först måste uttömma alla inhemska rättsmedel, innan man får vända sig till Europadomstolen). Ståndpunkten har framförts av – förutom olika handläggare hos JK – bl.a. underrätterna i Bo Holm-målet samt även revisionssekreteraren i samma mål. Som kommer att framgå nedan blottar denna ståndpunkt så betydande okunskap om elementär konventionsrätt att det är fullständigt omöjligt tro att jurister – med den bildningsnivån – själva kan tro på vad de säger. Den enda rimliga slutsatsen är att dessa jurister talar mot bättre vetande. Att JK i egenskap av ombud uttalar det, är möjligen sin ordning. Men inte att domstolar med objektivitetskrav uttrycker det.

Nu har därtill JK i denna tidskrift tillåtit sig att plädera i det pågående HD mål i vilket han är ”personligen” ombud. Här någonstans har en gräns passerats.

2. Inledning

På förekommen anledning får jag alltså kommentera JK:s ståndpunkter i angiven artikel. Med anledning av vad som i relativt karga ordalag har uttryckts ovan måste även rättsläget ånyo beskrivas, även om detta som sagt redovisats många gånger förr i andra tidsskrifter.

JK behandlar främst de lege ferenda EG-rätten och Europakonventionens inverkan på svensk skadeståndsrätt.¹¹ Jag inskränker min kommentar till Europakonventionen och behandlar vad som utläses av Europadomstolens¹² praxis.

¹¹ Det kan dock notvis nämnas att HD i en dom den 26 november 2004 i mål T 2595-01 bifallit ett yrkande om rätt till skadestånd till följd av att Sverige underlåtit – under tid då Sverige var bundna av EES-avtalet – implementera ett EG-direktiv (det s.k. lönegarantidirektivet) på rätt sätt. Två av justitieråden var emellertid skiljaktiga. Det ena – Dahllöf – är också referent i här diskuterade mål. Det skall dock erinras att vad avser EG-rätten (och då gällande EES-rätt) erhåller denna företrädare framför svensk rätt, medan konventionsrätten är implementerad såsom vanlig lag. Avgörandet bör väl ändå inge viss strimma om hopp.

¹² Beträffande den EG-rättsliga frågan angående det svenska spelmonopolet förutspår JK att det svenska spelmonopolet kommer att stå sig, ”i varje fall om lagstiftaren vidtar vissa försiktighetsmått”. Det kan vara på sin plats att nämna att EU-kommissionen har inlett ett s.k. överträdelseärende enligt artikel 226 i EG-fördraget och hävdar att spelmonopolet strider mot de fria rörelserna inom unionen.

JK avslutar artikeln med följande profetia; ”Högsta domstolen kommer att ändra hovrättens dom i målet Lundgren ./ staten¹³ och slå fast att det inte är möjligt att få skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen”. JK förutspår emellertid att skadestånd direkt på grundval av Europakonventionen kommer att utgå i framtiden och att skadeståndsnivåerna måste ligga i paritet med de belopp som utdöms av Europadomstolen. Nu är det emellertid knappast så att JK har en kristallkula genom vilken han kan förutspå kommande konventionspraxis eller inhemsk lagstiftning. JK – som i sak har rätt – grundar naturligtvis ståndpunkten på föreliggande rättspraxis och således på vad som gäller redan idag. Och denna – sålunda idag gällande – praxis är som antytts ovan entydig. Artikel 13 utgör en skadeståndsregel som skall tillämpas på nationell nivå, vid konstaterade kränkningar av konventionen: låt vara att den inte är uttryckt som en traditionell svensk skadeståndsregel.

3. Gällande rätt

För framtiden ifrågasätter JK om den svenska lagstiftarens ”*något njugga hållning till ersättning för kränkningar kan upprätthållas i längden*”. Beträffande gällande rätt anför JK att Konventionen – som förvisso utgör svensk lag – inte innehåller några ”*skadeståndsbestämmelser ämnade för tillämpning i nationella domstolar*”. Något stöd för uppfattningen anføres dock inte.

Den konventionsbestämmelse som JK tar sikte på är artikel 13 som föreskriver att staten skall tillhandahålla effektiva inhemska rättsmedel, för att en enskild skall kunna föra talan om påstådda konventionsbrott. HD synes i *Bo Holm* ha anslutit sig till JK:s inställning. HD uttalade där att artikel 13 inte innehåller någon ”*positiv bestämmelse om skyldighet att utge gottgörelse utan ställer endast kravet att det i den nationella rättsordning skall finnas tillgång till ett effektivt rättsmedel*”.

Detta är emellertid helt felaktigt. Artikel 13 stadgar som sagt en rätt till effektivt inhemskt rättsmedel att föra talan avseende rimligt grundade påståenden om konventionskränkningar. I ordet effektivt ligger också att en konstaterad kränkning skall gottgöras. Om inte skadestånd utgår i fall där annan kompensation inte är möjlig eller tillräcklig – är det inhemska rättsmedlet helt enkelt inte ”effektivt”. Detta utgör i sig en kränkning av artikel 13.

Att skadestånd skall utgå på nationell nivå uttalade Europadomstolen tydligt för första gången i fallet *T.P. och K.M. mot Storbritannien*.¹⁴ En mor och en dotter blev på felaktiga grunder tvångsvis separerade från varandra (närmast att

¹³ Mål T 72/04.

¹⁴ Europadomstolens praxis utgör *present day condition* och rättsutvecklingen sker försiktigt steg för steg. Innan *T.P. och K.M.* har Domstolen använt ord som *redress* eller *compensation*.

jämställa med ett tvångsomhändertagande). Efter att felaktigheterna uppdragats riktade modern och dottern i inhemsk domstol skadeståndskrav mot kommunen. Skadeståndsmålet avgjordes så småningom av *House of Lords* som fann att skadestånd inte kan utgå enligt *common law* med anledning av myndighets agerande, när dessa har haft till uppgift att skydda barn.

Europadomstolen avgjorde målet i plenum (*Grand Chamber*). Domstolen var enig, vilket är ovanligt i pleniavgöranden. Den frångick också vanan att begränsa sig till omständigheterna i det aktuella fallet. Istället gjordes generella uttalanden som har karaktären av allmänna rättsprinciper. Domstolen konstaterade först att omhändertagandet utgjorde en kränkning av artikel 8, (rätten till familjeliv). Frågan om klagandenas rätt till skadestånd på nationell nivå avgjordes således under artikel 13 varvid följande uttalades:¹⁵

”För den händelse rimligt grundade påståenden om kränkningar av en eller flera rättigheter i Konventionen föreligger, måste det för offret finnas tillgängligt en mekanism som syftar till att fastställa statliga tjänstemän eller enheters ansvar för kränkningarna. Härutöver, när det finns skäl därtill, måste möjlighet till kompensation för ekonomisk och ideell skada till följd av kränkningarna ingå som en del av gottgörelsepaketet¹⁶”.

Eftersom det engelska systemet inte gav någon möjlighet till skadestånd utgjorde detta i sig en kränkning av artikel 13.

Uttrycket ”när det finns skäl därtill” (*in appropriate cases*) innebär att skadestånd skall utgå i de situationer som Europadomstolen utdömer skadestånd. Det finns därför inget tvivel att artikel 13 utgör en bestämmelse innehållande en positiv skyldighet att utge skadestånd på nationell nivå när Konventionens rättigheter är kränkta. De interna rättsmedlen är helt enkelt inte effektiva om principen är den att skadestånd aldrig kan utgå. Detta följer än tydligare av subsidiaritetsprincipen.

4. Subsidiaritetsprincipen

JK:s uppfattning om det nuvarande rättsläget synes alltjämt vara den som uttrycktes i media inför överklagandet av Lundgren-målet till Svea hovrätt. I DN den 2 juni 2002 uttalas följande:

¹⁵ Domstycke 107. Författarens översättning.

¹⁶ Citatet lyder på engelska: *The Court considers that, where an arguable breach of one or more of the rights under the Convention is in issue, there should be available to the victim a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for that breach. 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.*

”– Som vi ser det är det bara Europadomstolen som kan pröva yrkanden utifrån Europakonventionen.”

Samma ståndpunkt har som nämnts ovan, uttryckts av underrätterna i *Bo Holm-målet* samt även av revisionssekreteraren i samma mål. Det är obegripligt att och sagan förtäljer inte hur företrädare för denna ståndpunkt får ihop det med subsidiaritetsprincipen.

Subsidiaritetsprincipen återfinns i portalstadgandet (artikel 1) till konventionen, som stadgar att de höga fördragsslutande parterna skall garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter, som anges i avdelning I av denna konvention.¹⁷

Subsidiaritetsprincipen innebär alltså att det ankommer på de konventionsanslutna staterna att ordna sin rättsordning så att rättigheterna i konventionen upprätthålls och att rättsvårdande myndigheter lojalt prövar rimligt grundade påståenden om konventionsbrott på det nationella planet.

Subsidiaritetsprincipen kommer också till uttryck i artikel 35, som kräver av varje klagande att först uttömma de inhemska rättsmedlen före det att man vänder sig till Europadomstolen. Innebörden därav är naturligtvis att varje stat först skall ges en möjlighet att leva upp till sina skyldigheter enligt portalstadgandet. Regeln infördes enligt uppgift på staternas egen begäran. Syftet var naturligtvis inte att sätta upp en barriär för den enskilda klagorätten, genom att tvinga enskilda att utan möjlighet till framgång processa sig sönder och samman i det inhemska systemet.

Principen följer således också av artikel 13 som stadgar en motsvarande skyldighet för staterna att också tillhandahålla sådana rättsmedel, vilka ger klaganden en rimlig möjlighet till framgång och gottgörelse.

Subsidiaritetsprincipen kom särskilt till uttryck i fallet *Kudla mot Polen*¹⁸ (*Grand Chamber*). *Kudla* avgjordes före *T.P. och K.M.* och får betecknas som startskottet till en rättsutveckling under artikel 13. *Kudla* handlade bl.a. om långsam handläggning i ett brottmål och bristen på effektivt inhemskt rättsmedel att klaga över den långsamma handläggningen.

I *Kudla* kom subsidiaritetsprincipen till uttryck enligt följande:¹⁹

”Genom artikel 1 (...) har det primära ansvaret för att implementera och tillämpa de garanterade rättigheterna, lagts på de nationella myndigheterna. Klagomaskineriet inför Domstolen är därför subsidiärt i förhållande till nationella system till skydd för mänskliga rättigheter. Denna subsidiära karaktär artikuleras i artiklarna 13 och 35 st. 1 i Konventionen.

Syftet med artikel 35:1, som stadgar kravet på uttömmande av inhemska rättsmedel, är att möjliggöra för de kontrakterande staterna att förhindra eller ställa till rätta åberopade kränkningar mot dem, före det att påståendena framförs till [Europa]domstolen (...). Regeln i artikel 35 förutsätter,

¹⁷ Det finns motsvarande regleringar för tilläggsprotokollen som inte återfinns i avdelning I.

¹⁸ Dom den 26 oktober 2000, mål nr 30210/96, Reports 2000-X.

¹⁹ Författarens översättning. Översättningen är tämligen obunden från ordalydelsen, för att istället fokusera på den reella innebörden i texten.

vilket också återspeglas i artikel 13 (med vilken den har ett nära släktskap), att det finns ett effektivt inhemskt rättsmedel tillgängligt för att pröva det påstådda brottet mot en enskilds konventionsrättighet.

På detta sätt skapar artikel 13, som direkt ger uttryck för staternas skyldighet att i första hand skydda mänskliga rättigheter inom det egna rättssystemet, ytterligare en garanti för den enskilde effektivt kommer i åtnjutande av dessa rättigheter. Syftet med artikel 13, som framgår av förarbetena (...*Travaux Préparatoires* of the *European Convention on Human Rights*, vol. II, p. 485ff och 490, samt vol. III, s. 651), är att förse enskilda med instrument för att erhålla upprättelse [*relief*] på nationell nivå för kränkningar av deras konventionsrättigheter, före det att man nödgas sätta igång det internationella klagomaskineriet inför Domstolen.

I fallet anförde den polska regeringen att artikel 13 – om stadgandet skulle tolkas på det sätt klagande gjorde gällande – skulle tillskapa krav på ytterligare en instansordning som inte finns föreskriven i konventionen. Domstolen svarade:

Om artikel 13 skulle tillämpas på det sätt som Regeringen hävdar, [...], skulle individer systematiskt tvingas att anhängiggöra klagomål i Domstolen i Strasbourg, vilka annars, och enligt Domstolen mer ändamålsenligt, i första hand måste adresseras till det nationella rättssystemet. Långsiktigt skulle annars systemet med skyddet för de mänskliga rättigheterna i Konventionen försvagas både på nationell och internationell nivå.

Det är således inte en acceptabel ordning att enskilda ”systematiskt tvingas anhängiggöra klagomål” i Europadomstolen för att få de grundläggande mänskliga rättigheterna tillgodosedda.

I fallet *Z mot Storbritannien*²⁰ formulerades samma sak något annorlunda. Målet rörde bl.a. artikel 3 och förhållandet att de sociala myndigheterna inte hade ingripit mot mycket grov vanvård av barn i en familj. Det fanns inget effektivt rättsmedel för barnen att klaga över att myndigheterna inte hade ingripit. Europadomstolen anförde följande:²¹

Domstolen understryker att det underliggande målet och syftet med konventionen, såsom det uttrycks i Artikel 1, är att rättigheterna och friheterna måste skyddas av de kontrakterande staterna inom dess jurisdiktion. Det är fundamentalt för skyddsmekanismen som stadgas i Konventionen, att de nationella systemen i sig själva möjliggör upprättelse för brott mot dess bestämmelser. Domstolen utövar sin övervakande roll under subsidiaritetsprincipen. I detta hänseende intar artikel 13, som kräver ett effektivt rättsmedel med avseende på kränkningar av Konventionen, en avgörande roll. Klagandena klagar huvudsakligen på att de inte har erhållit ett rättsmedel att inför domstolar klaga över att inte tillförsäkrats tillräckligt skydd mot vanvård, vilka de är berättigade till under artikel 3 i Konventionen.... . Försåvitt avser felaktigheter i förhållande till Konventionen, finns principen inneboende i artikel 13 (se exempelvis *Kudla mot Polen*). Det är under artikel 13 som sökandenas rätt till rättsmedel skall bedömas och, om det finns skäl därtill, repareras.²²

²⁰ Dom den 10 maj 2001, 29392/95, ECHR 2001-V.

²¹ Domstycke nr 103.

²² Domstolen använde här ordet *vindicated* (hela meningen lyder på engelska ”*It is under Article 13 that the applicants’ right to a remedy should be examined, and if appropriate, vindicated*”). Jag översatte det till repareras. I lexikon ges dock *vindicate* närmast betydelsen upprättelse. Vad som torde avses är emellertid att för den händelse bedömningen leder fram till konstaterandet av en kränkning, så skall den tydligt erkännas och kompenseras på nationell nivå.

JK inser naturligtvis innebörden av fallen *Kudla* och *Z* när hans i den diskuterade artikel²³ uttalar att: ”*Det måste anses otillfredsställande i längden att människor måste vända sig till Strasbourg för att få rätt.*” Emellertid uttalar sig JK om vad han anser ligga i framtiden, fast det gäller redan idag.

Samtliga här åberopade fall talar sitt tydliga språk sedda var för sig. Om *T.P* och *K.M.* därtill läses tillsammans med *Kudla mot Polen* och *Z mot Storbritannien* finns det inget som helst tolkningsutrymme för påståenden i likhet med att ”Europadomstolen utgör ett exklusivt forum” och att det inte i princip skulle föreligga en skyldighet för det inhemska systemet att reparera en skada till följd av en konventionskränkning – om så erfordras med pekkuniära medel. Artikel 13 ger således uttryck för en regel som i princip stadgar en positiv skyldighet för inhemska rättsvårdande myndigheter att tillerkänna konventionsoffer skadestånd. Det kan knappast formuleras tydligare.

Det är i principiellt hänseende en helt annan sak att avgöra om skadestånd skall utgå i ett enskilt fall. Som angavs i *T.P. och K.M.* avgränsas den principiella rätten till skadestånd av att skadestånd skall utgå om ”det finns skäl därtill” (*in appropriate cases*). Det återstår således att analysera innebörden av detta begrepp.

5. Innebörden av ”när det finns skäl därtill”

Inskränkningen eller reservationen ”när det finns skäl därtill” betyder självklart inte att det är upp till den enskilda staten att avgöra när skadestånd skall utgå. Europadomstolen bemödar sig knappast med att ”förplikta” staterna att bestämma själva. Det kan jämföras med rättsfiguren autonoma begrepp, d.v.s. att termer och uttryck får en genom Europadomstolens praxis särskild konventionsrättslig innebörd oavsett dess innebörd eller utformning i nationell rätt. Vore det annorlunda skulle staterna med lätthet kunna definiera bort rättighetskyddet i den interna lagstiftningen. Att kalla skattetillägg för administrativ avgift i stället för böter, är ju ett lysande exempel ur svensk fatatur. Som bekant är det en straffrättslig sanktion i autonom konventionsrättslig mening. Europakonventionen är som bekant avsedd att etablera en europeisk minimistandard, d.v.s. en skyddsnivå som i princip är enhetlig för alla konventionsstater i den mening att den inte får underskridas av någon stat.²⁴ Detta i sin tur torde medföra att skadestånd skall utgå i de situationer som Europadomstolen utdömer skadestånd samt minst med de belopp som motsvarar vad Europadomstolen utdömer. Om staterna själva fick avgöra i vilka fall skadestånd skall utgå skulle Konven-

²³ s. 9.

²⁴ Se exempelvis Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, andra upplagan 2001, s. 56.

tionen göras teoretisk och illusorisk. Det skulle stå i bjärt kontrast till den av Europadomstolen ständigt återopade effektivitetsprincipen. Rättigheterna i Konventionen skall tillämpas så att de får ett praktiskt och effektivt innehåll i motsats till ett teoretiskt och illusoriskt sådant.²⁵

Det är i och för sig riktigt att staterna tillerkänns ett visst eget utrymme att avgöra hur förpliktelserna i artikel 13 skall uppfyllas. Detta hänger närmast samman med att staterna har helt andra möjligheter att kompensera för konstaterade brott mot konventionen på det inhemska planet, exempelvis genom strafflindring²⁶ eller andra praktiska lindringar. Europadomstolen saknar jurisdiktion med avseende på sådana åtgärder.

Uttrycket ”när det finns skäl därtill” torde därtill vara betingad av att Europadomstolen inte utdömer skadestånd i alla situationer. Klaganden har att visa ekonomisk skada och påvisa ett kausalt samband. Även när det gäller ideell ersättning beror det i viss mån på vilket lidande offret har åsamkats. Europadomstolen gör inte sällan en skälighetsbedömning.²⁷ I vissa fall anses blotta konstaterandet av en kränkning vara en tillräcklig kompensation. Det har då oftast rört sig om ”lindrigare” kränkningar av formell eller processuell natur. Om det exempelvis i och för sig föreligger ett brott mot rätten till muntlig förhandling, men att det samtidigt är osäkert om utgången i samma mål inte hade ändrats – även om muntlig förhandling hade hållits – är Domstolen benägen att finna att dess konstaterande av kränkningen utgör tillräcklig kompensation.

Det kan i detta sammanhang tilläggas att Europadomstolen inte har intagit det nyss nämnda synsättet när det gäller brott mot bestämmelsen i artikel 6 om rätt till skyndsam handläggning. Vid sådana brott finns numera en tabell liknande tariff, i vilken tidsutträkten i den inhemska processen har avgörande betydelse för skadeståndets storlek. En tidsutträkt om nio år renderar cirka 12.000 EUR i ideellt skadestånd.²⁸

I normalfallet dömer emellertid Europadomstolen ut såväl ideellt som ekonomiskt skadestånd. Avgörande för ideellt skadestånd är om offret till följd av kränkningen kan antas ha utsatts för mer eller mindre starka negativa psykologiskt betingade känslor, i form av stress, frustration, ångest, sorg och saknad, begränsad frihet etc. etc.

Emellertid innebär lokutionen ”när det finns skäl därtill” inget annat än att skadestånd skall utgå på det nationella planet i sådana situationer som Europadomstolen utdömer skadestånd, försåvitt staten inte i tillräcklig utsträckning kan kompensera offret på annat sätt. Vore det annorlunda skulle offren ändå syste-

²⁵ Se närmare om effektivitetsprincipen van Dijk van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law, tredje upplagan, s. 74 ff.

²⁶ Se exempelvis *Beck mot Norge*, mål nr 26390/95, dom den 26 juni 2001, ej rapporterad.

²⁷ Europadomstolen brukar konstatera att offret måste ha lidit någon form av ideell skada, varvid den uttalar att den gör en ”overall assessment on an equitable basis”.

²⁸ Se exempelvis Europadomstolens press release den 12 februari 2002, nr 78, *Chamber judgments concerning Italy and Turkey*.

matiskt bli hänvisade till att anhängiggöra talan i Europadomstolen för att få full kompensation.

Av subsidiaritetsprincipen följer att de nationella myndigheterna skall tillse att den enskilde upphör att vara ett offer enligt Konventionen. Enligt klar och tydlig praxis upphör en enskild att vara offer enligt artikel 34 i Konventionen endast om de nationella myndigheterna har erkänt kränkningen, antingen uttryckligen eller i sak, samt därefter utgett gottgörelse.²⁹ Europadomstolen använder begreppet förlust av offerstatus (*loss of standing as a victim*).

Den principen har bl.a. uttalats i fallet *Labita mot Italien*.³⁰ Målet gällde bl.a. fråga om redan tillerkänd kompensation om ca 350 000 kr på det inhemska planet, för en allt för lång häktningstid, utgjorde en tillräcklig ersättning. Den italienska staten anförde i Europadomstolen att Labita hade kompenserats i sådan mån att han inte längre kunde anses utgöra ett offer i konventionens mening. Klagomålet skulle därför enligt Italien avvisas.

Europadomstolen konstaterade att den italienska domstolen inte uttryckligen hade erkänt konventionskränkningen och inte heller att Labita hade blivit tillräckligt kompenserad. Italien fälldes och Europadomstolen utdömde ytterligare kompensation såväl för andra kränkningar som för den på nationell nivå delvis kompenserade häktningstiden.

Labita ger en tydlig anvisning om vad som krävs på det nationella planet för att den enskildes status som offer skall upphöra. Sammantaget med subsidiaritetsprincipen innebär det att skadestånden skall ligga i paritet med de belopp som Europadomstolen dömer ut.

6. Avslutning

Enligt vad JK uppger och titeln på artikeln antyder uttalar sig således JK om framtiden. Föga förvånande kommer han i denna ”framtidsubblick” fram till vad som gäller redan idag, men som man från vissa håll inom det svenska etablissemanget inte vill låtsas om. Det är naturligtvis inte så att JK inte har fullständig kunskap om nu gällande rätt enligt Europadomstolens praxis. Det är bara det att gällande rättsläge rimmar illa med hans uppdragsgivares intressen.

JK torde ganska tidigt ha insett att frågan är en het potatis. Som angivits tidigare har JK i åtskilliga beslut framhållit att Justitiedepartementet överväger lagstiftning. JK har tveklöst fört frågan på tal med Justitiedepartementet. Sannolikt har han även förespråklat lagstiftning under åberopande av att det är ett konventionsrättsligt krav att nationellt skadestånd utgår. JK:s värv skulle tvivelsutan underlättas av explicit inhemsk lagstiftning. Kanske blev han av tjänstemän

²⁹ Se *Eckle mot Tyskland*, dom den 15 juli 1982, Series A no. 51, § 66.

³⁰ Mål nr 26772/95, ECHR 2000-IV.

bibringad uppfattningen att sådana överväganden har gjorts på departementet. Jag har själv erfarit att tjänstemän på departementet är väl förtrogna med problematiken och att de därtill i detalj är insatta i relevant praxis.

Så småningom har det emellertid kommit signaler om att några lagstiftnings-åtgärder alls inte kommer att företas. JK beskriver själv i den aktuella artikeln lagstiftarens inställning som ”njugg” och förutskickar att inställningen inte håller i längden. I de pågående målen har han emellertid inga andra val än att driva statens linje med full kraft.

Möjligen hade JK:s tidiga uppgifter om att lagstiftning övervägdes även kommit HD till del, när HD skulle avgöra *Bo Holm*. Som det beskrivits ovan gjorde HD en U-sväng in och ut i frågan. HD gjorde å ena sidan uttalanden som tyder på att kompensation skall utgå, men uttalade å andra sidan att artikel 13 inte är en skadeståndsregel. Efter denna sväng färdades man raka spåret tillbaka till tingsrätten genom att återförvisa målet utan att egentligen ha givit några svar. I skriftväxlingen hade bl.a. *T.P. och K.M.* utförligt diskuterats – främst av *Bo Holm* själv.³¹ JK gjorde t.o.m. ett lamt försök att särskilja *T.P. och K.M.* Avgörandet finns således nämnt i NJA:s referat av målet. Likväl undviker HD att nämna det – trots att avgörandet är det mest relevanta för frågan oavsett vilken ståndpunkt man slutligen når fram till. Vid en seriös prövning måste *T.P. och K.M.* antingen tillämpas eller särskiljas. Men istället hänvisade HD till en EG-rättslig estoppel-princip – som knappast är det första man tänker på när man talar om den konventionsrättsliga subsidiaritetsprincipen – samt ”bordlade” frågan med motiveringen att den ännu inte var avgjord samt att HD ändå inte hade att avgöra frågan materiellt, eftersom det var fråga om avvisning eller återförvisning. Möjligen hyste justitieråden en from förhoppning om att lagstiftningsarbete i vart fall skulle initieras innan frågan skulle nå HD igen.

Nu ligger frågan således för avgörande i HD. JK har i nämnda artikel förutspått att ”Högsta domstolen kommer att ändra hovrättens dom i målet Lundgren *.l.* staten och slå fast att det inte är möjligt att få skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen”.

Det är möjligt att JK får rätt i denna profetia. Men om så blir fallet, har inte HD ägnat sig åt rättsskipning på juridiska – utan politiska – grunder. Detta är precis vad ovan nämnda personer, vilka benämner sig folksuveränitetsfundamentalister, anser att domstolar i n t e skall göra.

Effekten av en sådan utgång blir emellertid dramatisk och föga smickrande för Sverige som rättsstat. Avslutningsvis skall dess praktiska konsekvenser belysas. Samtidigt passar jag på att blottlägga ytterligare en missuppfattning som framförts i debatten.

Professor Håkan Andersson synes (bland annat) helt ha missförstått innebörden av subsidiaritetsprincipen. Han menar att eventuella överträdelser av bestämmelserna i Konventionen ”*först skall prövas enligt svensk rätt samt att*

³¹ Eller rättare sagt hans ombud.

*den direkta tillämpningen av konventionen således är subsidiär*³² – d.v.s. ungefär på samma sätt som skadeståndslagen är subsidiär i förhållande till specialreglering om skadestånd.

Det riktiga förhållandet är istället att klagomaskineriet – inte de materiella bestämmelserna i Konventionen – är subsidiärt. Konventionsbestämmelserna skall ges full praktisk verkan och effektivitet redan på nationell nivå på ett eller ett annat sätt. Håkan Anderssons artikel – som synes skriven mer i en slags skämtsam och mindre seriös ton³³ – skall inte vidare diskuteras här. Som det måste förstås ansluter han sig till JK:s ståndpunkt (även om det inte precis är kristallklart vad han menar).

För det fall JK:s profetia slår in, får det följande konsekvenser. Då föreligger det inte något som helst nationellt rättsmedel för att tillerkännas skadestånd på direkt konventionsrättslig grund – oavsett vilken eller vilka bestämmelser som aktualiseras och oavsett de bakomliggande omständigheterna.. Detta gäller således inte bara påståenden om långsam handläggning, utan alla upptänkliga situationer där klaganden kan anföra ”rimligt grundade påståenden³⁴” om konventionsbrott.

En annan aspekt på statens skyldighet att tillhandahålla – och klagandens motsvarande skyldighet att uttömma – effektiva inhemska rättsmedel, är enligt stadgad praxis att klaganden inte behöver uttömma sådana rättsmedel som inte medför en rimlig möjlighet att vinna framgång. Rättsmedlet är då helt enkelt inte effektivt. Ineffektiva rättsmedel behöver inte uttömmas. Detta illustreras tydligt i ett tämligen färskt mål mot Sverige – *Stockholms försäkrings- och skadeståndsjuridik*.³⁵ Efter diverse turer i ett konkursärende ålades klaganden att betala förvaltararvode trots att konkursen hade hävts. Materiellt hävdade klaganden inför Europadomstolen att detta utgjorde ett brott mot egendomsskyddet. Regeringen hävdade å sin sida att talan skulle avvisas eftersom klaganden

³² Håkan Andersson, ”Europakonventionen och nationella skadeståndsmål”, publicerad i Pointlex 2003-06-23. Understrykning här.

³³ Följande passus kan noteras. ”Lösningen att skadeståndsrätten skulle bli ett processmaskineri som göder en industri av lycksökande ideella skadeståndskrävande (respektive deras ombud) är inte att föredra. Lämna det till Ally McBeal och hennes kollegor! (För den som händelsevis inte är bekant med henne, kan nämnas att det handlar om en amerikansk TV-serie om en lätt surrealistisk advokatbyrå). Men kom också ihåg – jfr om etikens dimension ovan – att Allys egentliga budskap är bejakandet av fantasins och det personliga självgestaltandets primat ... dvs. på bekostnad av den materiella och penningfixerade ”verkligheten”.

Jag vill med detta inlägg något dämpa förväntningarna på revolutionerande nyordningar inom skadeståndsrätten och dessutom opponera mot den trend som av olika skäl – exempelvis ekonomiska skäl hos såväl parter som ombud – synes vilja likställa ”utveckling” respektive ”klarlägganden” med läran om den ständiga återkomsten av svaret ”mer ersättning”.

³⁴ Enligt stadgas praxis krävs inte att ett brott mot en materiell bestämmelse föreligger. Det räcker med att klaganden har ett ”arguable claim” för att statens förpliktelse under artikel 13 skall slå till.

³⁵ Dom den 16 september 2003 i mål nr 38993/97. Se Danelius, Europadomstolens domar – tredje kvartalet 2003, SvJT 2003 s. 1016f.

inte hade uttömt de inhemska rättsmedlen. Regeringen menade att klaganden skulle anhängiggjort en skadeståndstalan enligt skadeståndslagen – vilket ostriktigt inte hade skett. Klaganden menade istället att detta rättsmedel inte medförde en rimlig möjlighet till framgång och att bristen på effektivt rättsmedel istället utgjorde en kränkning av artikel 13. Enligt stadgad praxis har staten bevisbördan för att det finns effektivt rättsmedel. Europadomstolen kom efter beaktande av svenska rättskällor fram till att staten inte hade visat att ”*a claim for damages under that Act would have constituted an effective remedy for the applicant’s grievances*”.³⁶

Europadomstolen ogillade således statens avvisningsyrkande. Istället fann Europadomstolen att bristen på effektivt rättsmedel utgjorde ytterligare en kränkning av artikel 13,³⁷ i tillägg till kränkningen av egendomsskyddet.

Konsekvensen om JK:s profetia slår in blir således att alla som i pågående processer har framfört rimligt grundade påstående om brott mot någon bestämmelse i Konventionen, för vilka Europadomstolen normalt utdömer skadestånd, omedelbart kan vända på klacken och dra ner målet till Europadomstolen; då med tillägg att också artikel 13 är kränkt.

Vad Europadomstolen må tycka om en dylik ordning går att skönja i det färskta avgörandet *Broniowski mot Polen*.³⁸ Målet gällde rätt till ersättning för fast egendom som före andra världskriget hade tillhört klagandens anhöriga. Polen hade åtagit sig att kompensera dem som hade ”repatrierats” från vissa områden under kriget. Av skäl som saknar betydelse för denna framställning, fann Europadomstolen att egendomsskyddet var kränkt i fallet.

Det intressanta är att Europadomstolen hänförde sig till artikel 46. Detta är sällsynt. I korthet stadgar bestämmelsen en skyldighet för staterna att efterkomma Domstolens domar. Detta är något som normalt tar vid efter det att Domstolen har gjort sitt jobb och som den s.k. exekutionskommittén handlägger. Nu hänförde sig Domstolen emellertid till Ministerkommitténs resolution från den 12 maj 2004,³⁹ genom vilken nämnda kommitté uppmanat Domstolen att i sina domar identifiera problem med konventionen i de nationella systemen av strukturell och systematisk karaktär. I fallet kunde man konstatera att konventionsproblemen med det aktuella ersättningssystemet var systematiskt och att detta – försåvitt Polen inte vidtog åtgärder – skulle medföra en stor mängd klagomål till Europadomstolen. Europadomstolen förelade därför den Polska staten i domslutet att vidta åtgärder. Mig veterligt har detta inte hänt tidigare.

Nu var det förvisso i fallet fråga om problem med ett specifikt ersättningssystem som drabbade många individer på samma sätt. Det är emellertid i hög grad sannolikt att Europadomstolen skulle förelägga Sverige att vidta åtgärder förså-

³⁶ Domsstycke nr 39.

³⁷ Domsstycke nr 71.

³⁸ Dom den 22 juni 2004 i mål nr31443/96. Se Danelius, Europadomstolens domar – tredje kvar-talet 2004, SvJT 2004 s. 622f.

³⁹ (DH Res. (2004)3).

vitt rättsföljden av HD:s kommande dom är att skadestånd aldrig kan utgå direkt på konventionsrättslig grund.

Det är under alla förhållanden fullständigt ohållbart i ett konventionsrättsligt perspektiv att enskilda konsekvent skulle behöva vända sig till Europadomstolen för att fullt ut få ersättning för inhemskt konstaterade konventionskränkningar – naturligtvis.

*Jan Södergren**

* Advokat, verksam och delägare i Advokatbyrån Bratt & Feinsilber AB i Stockholm.