

Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst

1. Europakonventionen: Fullständiga rättigheter

Europakonventionen¹ är ett fantastiskt dokument över mänskliga rättigheter: Välavvägt, tydligt och fullständigt. Det är dessutom en rättighetskatalog som går att använda. Eller, annorlunda uttryckt: Europakonventionen är författad på ett sätt som gör det möjligt att använda den som ett bindande juridiskt dokument, som en författning med konkreta juridiska implikationer.

Europakonventionens skapare undvek nämligen att falla i den grop som författarna bakom FN-konventionen för de mänskliga rättigheterna föll i. Medan FN-konventionen inkluderar även sociala eller positiva ”rättigheter” (”välfärdsrättigheter”), som ”rätten till utveckling”, så valde skaparna av den ursprungliga Europakonventionen att enbart inkludera ”egentliga” rättigheter, sådana rättigheter som med Isaiah Berlins berömda uttryck kommit att betraktas som *negativa rättigheter*. I denna fokusering på negativa rättigheter kan vi finna en viktig förklaring till att Europakonventionen nu kommit att få en allt viktigare betydelse inom civilrätten. Ett exempel på detta är den senaste domen från Högsta domstolen rörande förhållandet mellan Europakonventionen och skadeståndsrätten, som skall behandlas i denna rättsfallskommentar.

Negativa rättigheter omfattar rätten att slippa utsättas för viss behandling. Rätten att slippa mördas eller torteras är de mest fundamentala rättigheterna, men även rätten att få uttrycka sig, att få tillhöra en förening, eller att inte tvingas in i en förening, är negativa rättigheter som skyddas genom Europakonventionen. Av ett helt annorlunda slag är sociala rättigheter eller välfärdsrättigheter. Problemet med de sociala rättigheterna, som ”rätten till utveckling” eller ”rätten till arbete”, är att sådana rättigheter hamnar i konflikt med negativa rättigheter, i alla fall om de skall tas på allvar. Om individer skall tillskrivas sociala rättigheter, som rätten till arbete, med en innebörd som är reell, värd mer än papperet det är skrivet på, så förutsätter det nämligen att någon har en korresponderande skyldighet. Och en skyldighet att sörja för sådana rättigheter innebär ingrepp i de negativa rättigheterna. (Det är denna konflikt som gör att Johan Norberg fyndigt har beskrivit de negativa rättigheterna som ”fullständiga rättigheter” – det

¹ Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Införlivad i svensk rätt genom lag (1994:1219). Nedan förkortad antingen som ”Europakonventionen” eller ”konventionen”.

är de enda rättigheter som kan ges en reell betydelse utan att kollapsa i inre motsättningar.²) Om A har en rätt till arbete så måste någon ha en skyldighet att tillhandahålla ett arbete. Denna någons negativa rättighet att inte tvingas använda sina resurser på ett sätt som den inte önskar kommer vid ett sådant tvång att kränkas.

2. Negativa rättigheter och civilrätt

En intressant aspekt av distinktionen mellan negativa och positiva eller sociala rättigheter är hur rättighetskyddet kan få en reell och konkret betydelse inom civilrätten. Ur ett juridiskt perspektiv kan sociala rättigheter svårligen ges mer allmän betydelse inom civilrätten. Det är svårt att se hur rätten till självförverkligande skulle kunna föras in i t.ex. skadeståndsrätten eller hur rätten till arbete skulle kunna ges någon allmän innebörd i avtalsrätten.

Med de negativa rättigheterna förhåller det sig annorlunda. Sådana rättigheter låter sig naturligt översättas till en civilrättslig kontext. Faktum är att rättighetstankar av detta slag redan idag genomsyrar civilrätten. Förbudet mot kränkande behandling kommer till uttryck i skadeståndsrättens regler om rätt till ersättning, men även i avtalsrättens ogiltighetsregler.

3. Europakonventionen och skadeståndsrätten

Rättighetstankar kan alltså skönjas bakom olika civilrättsliga regler. Men vilken roll kan Europakonventionen spela i frånvaro av sådana specifika regler? Hur kan konventionen användas i praktiken i rättstillämpningen för att skydda individuella rättigheter?

Det har sagts att Europakonventionens införlivande i svensk rätt var en halvmesyr.³ Konventionen blev svensk lag genom SFS 1994:1219 men tillerkändes inte någon särskilt privilegierad status som normkälla – konventionen var (och är) en författning bland många.

Det här kan betraktas som i vart fall delvis en konsekvens av en politisk uppfattning som varit inflytelserik i Sverige, nämligen att individuella rättigheter ofta bör vika för sociala, samhälleliga intressen. Känsligast är väl i en svensk kontext ofta äganderätten (skyddad i Europakonventionens första tilläggsproto-

² Johan Norberg, *Fullständiga rättigheter*, Stockholm 1999.

³ Denna beskrivning härstammar från Ulf Bernitz, se Ulf Bernitz, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr*, JT 1994–95, s. 259 ff.

koll, artikel 1) där konflikten mellan det allmännas och individens intresse ofta blir tydlig. Det allmännas intresse av att tvångsinlösa fastigheter för att bygga vägar står i strid med fastighetsägarens ägarintresse. En generaliserande iakttagelse är att på den offentliga rättens nivå så har denna avvägning, mellan det allmännas intresse och sådana individuella intressen som återspeglas i Europakonventionens rättighetskatalog, medfört att i rättstillämpningen rättighetsskyddet ofta fått stå tillbaka. I den mån det inte har funnits mer konkreta rättsregler att falla tillbaka på har en individ sällan kunnat sätta sin förhoppning till allmänna rättighetsargument i en rättegång mot det allmänna, vare sig det gällt skatterättsliga, straffrättsliga eller civilrättsliga konflikter.

Under senare tid har emellertid något hänt. Europakonventionen har genom en serie viktiga beslut och domar av Högsta domstolen kommit att tillerkännas en betydande roll som normkälla – inom *skadeståndsrätten*.⁴ Man skall alltid vara försiktig med valörer, men som jag ser det är det här en utveckling av helt fundamental betydelse, inte bara för civilrätten utan för synen på rättighetsskyddet i stort. Genom att förena de mänskliga rättigheterna i Europakonventionen med en skadeståndssanktion har vi tagit ett steg på vägen mot ett fungerande rättighetsskydd.

Om Europakonventionens införlivande i svensk rätt var en halvmesyra så är dess nuvarande betydelse i ljuset av denna utveckling desto större. Det är inte så oväntat att det är skadeståndsrätten som på detta sätt kommit att förändra Europakonventionens status. Skadeståndsrätten är väl lämpad som verktyg för olika typer av funktioner och kan användas som ett instrument för olika typer av juridisk aktivism.⁵ När det gäller Europakonventionens förhållande till skadeståndsrätten är det framför allt ansvaret för det allmänna som kommit att stå i fokus. Det är en naturlig konsekvens av att Europakonventionens primära – men inte enda – funktion är att ge individer ett skydd mot övergrepp från det allmännas sida. Europakonventionen ger enskilda människor en uppsättning trumfkort, ett juridiskt skydd mot majoritetens potentiella förtryck av minoriteten.⁶ Som normkälla vid bedömningar av det allmännas ansvar kan Europakonventionen komma att spela en mycket viktig roll i framtiden.

Traditionella jurister har ställt sig frågande eller skeptiska till denna utveckling. Justitiekanslern profeterade inför Högsta domstolens avgörande i NJA 2005 s. 462 att det var ”troligt [...] att man inte kan få skadestånd här direkt på grundval av konventionen”.⁷ Vissa andra bedömare har varit positiva, ibland en-

⁴ Se NJA 2005 s. 462, 2005 s. 726 samt diskussionen i NJA 2003 s. 527 och 2003 s. 217.

⁵ Thomas Wilhelmsson beskriver på ett intressant sätt hur skadeståndsrätten i ett senmodernt samhälle kan få nya funktioner, t.ex. som ett verktyg för övervakning och socialskydd, se Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvars rätt*, Uppsala 2001, s. 182 ff.

⁶ Metaforen med rättigheter som trumfkort är Dworkins, se allmänt Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, i Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford 1984.

⁷ Göran Lambertz, *Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter*, JT 2004–05, s. 3 ff., på s. 9.

tusiastiska, till utvecklingen.⁸ Åter andra har gjort bedömningen att Europakonventionens intåg i den svenska skadeståndsrätten kräver nya synsätt på skadeståndsrättssystemet. I den senaste utredningen av kränkingsersättning reflekterar således utredaren Bertil Bengtsson kring huruvida det behövs en ändring av skadeståndslagen för att hantera dessa nya och annorlunda skadeståndsanspråk.⁹

Det finns inget tvivel om att förhållandet mellan Europakonventionen och skadeståndslagen utgör en av den moderna skadeståndsrättens mest fascinerande gränssytor. Här har skadeståndsrätten tilldelats en ny funktion. Skadeståndsrätten har ställts i de mänskliga rättigheternas tjänst. Vi skall återvända till frågan om huruvida skadeståndsrätten är lämpad för tjänsten, efter att vi sett på det senaste av Högsta domstolens avgöranden på temat.

4. Det senaste beslutet

Den senaste installationen i Högsta domstolens serie av avgöranden med Europakonventionen som normkälla för skadeståndsrättsliga bedömningar är *NJA 2007 s. 295*. Frågan hade hänskjutits Högsta domstolen från tingsrätt, s.k. hissprövning, och hade sin bakgrund i en häktning av den påstått skadelidande, BHS.

BHS hävdade att han hållits häktad alltför lång tid, med fulla restriktioner, innan han fått sin sak prövad i domstol. Häktningen åsamkade, menade BHS, skador i form av allvarliga psykiska men. Som grund för skadeståndsyrkandet anförde BHS inte i första hand skadeståndslagen utan Europakonventionen. Närmare bestämt så ansåg BHS att häktningen stod i strid med konventionens artikel 5.3 och att staten på denna grund ådragit sig skadeståndsskyldighet i enlighet med artikel 5.5, samt att staten inte beaktat proportionalitetsprincipen i tillräcklig utsträckning. (Dessutom hävdade BHS att skadeståndsskyldighet förelåg även enligt 5 § lagen [1998:717] om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder, frihetsberövandelagen.) Tingsrättens fråga till HD var om det var möjligt att utdöma skadestånd enligt Europakonventionens principer när sådan ersättning inte var möjlig enligt skadeståndslagen eller frihetsberövandelagen.

Högsta domstolen inledde med att framhålla att domstolen i *NJA 2005 s. 462* prövat frågan om skadestånd vid brott mot ”fair trial-bestämmelsen” i Europakonventionens sjätte artikel, i det fallet för att rättegång inte hållits inom skäligen

⁸ En förespråkare för synsättet att Europakonventionen borde tillmätas betydelse som skadeståndsrättslig normkälla har varit advokaten Jan Södergren, som skrivit ett kritiskt bemötande av Lambertz tidigare nämnda artikel, Jan Södergren, Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen, *JT 2004–05*, s. 762 ff. En tidig och viktig artikel är Clarence Crafoord, Inhemsk gottgörelse för kränkning av Europakonventionen, *ERT 2001*, s. 519 ff.

⁹ Skadeståndsfrågor vid kränkning, *Ds 2007:10*, särskilt s. 59 ff.

tid. I avgörandet från 2005 konstaterade HD att artikel 41 i Europakonventionen, som är den artikel som stipulerar att kränkningar av konventionen kan medföra skadeståndsskyldighet, inte i sig kunde läggas till grund för att förena konventionen med skadeståndssanktioner i svensk rätt, eftersom artikel 41 är en regel som tar sikte på Europadomstolen och inte de nationella domstolarna eller i övrigt de nationella rättssystemen.

I 2005 års fall fastslog även HD att artikel 13 i Europakonventionen, som stadgar att de nationella rättsordningarna skall tillhandahålla medborgarna ett effektivt rättsmedel för att skydda deras rättigheter enligt konventionen, inte heller kunde läggas direkt till grund för slutsatsen att konventionskränkningar medförde skadeståndsskyldighet i de nationella rättsordningarna. Ideell skada ersätts, enligt en av många ”oskrivna rättsgrundsatser” som lever ett eget liv utanför den kodifierade skadeståndsrätten, i princip enbart om det finns särskilt stöd i lag. Emellertid konstaterade HD att i fall som det från 2005, där den skadelidande drabbats av en ideell skada till följd av en kränkning av rätten till rättvis rättegång utan att skadestånd kunde utgå enligt skadeståndslagen (eller annan svensk lag), kunde frånvaron av en möjlighet att söka gottgörelse innebära ett konventionsbrott. HD utdömde med denna något invecklade argumentation ideellt skadestånd i 2005 års fall.

I 2005 års fall gällde kränkningen artikel 6 i Europakonventionen. Frågan som HD ställdes inför i det mål som nu behandlas gällde huruvida det finns anledning att se annorlunda på kränkningar av andra artiklar i konventionen, här närmare bestämt artikel 5.3. En speciell sak med just felaktiga frihetsberövanden är att det finns en särskild skadeståndssanktion för sådana kränkningar i konventionens artikel 5.5. Denna artikel är, framhöll HD, formulerad som en förpliktelse för staten, men kan inte heller den direkt läggas till grund för en rätt till skadestånd i en inhemsk domstol. Regeln i art. 5.5 är i och för sig liksom konventionen i övrigt införlivad i svensk rätt och som sådan en ”svensk” regel, men ger inte någon omedelbar rätt till skadestånd. Högsta domstolen fann dock att ”den princip om rätt till skadestånd som Högsta domstolen lade fast i 2005 års rättsfall borde gälla även beträffande de rättigheter som avhandlas i artikel 5, för vilka artikeln uttryckligen föreskriver en rätt till skadestånd”.

I domskälen framhölls därefter att rätten till skadestånd vid ett felaktigt frihetsberövande i första hand skall prövas enligt skadeståndslagen och frihetsberövandelagen. Vid en sådan prövning skall reglerna, i den mån det finns anledning därtill, prövas fördragskonformt. (Eller, som det ofta uttrycks, reglerna skall ”ses i ljuset av Europakonventionens principer”.) En fördragskonform tolkning kan medföra, konstaterade HD, att bedömningen leder till avsteg från sådana tolkningar som antytts i förarbeten, praxis eller doktrin. I den mån det inte är möjligt att uppfylla förpliktelsen i Europakonventionen artikel 5.5 genom en fördragskonform tolkning av de skadeståndsrättsliga författningarna får skadestånd dömas ut utan särskilt lagstöd.

Slutligen noterade HD att utgångspunkten vid bedömandet av huruvida en rättighetskränkning över huvud taget förekommit naturligen kan ske mot bakgrund av Europadomstolens praxis, även om denna praxis inte direkt är bindande. Som en sista anmärkning framhölls att ersättningsnivåerna vid kränkningar av Europakonventionen kan variera mellan olika rättsordningar.

Avgörandet var enhälligt.

5. Kommentarer

I detta beslut har HD givit den hitintills kanske tydligaste behandlingen av förhållandet mellan den traditionella skadeståndsrätten och Europakonventionen. Man kan gå så långt som att säga att HD här skisserat en metod för hur en bedömning av ett yrkande på en sådan grund bör ske, vilket jag tror kan vara väldigt användbart. Jag skall återkomma till denna närmast metodologiska aspekt strax nedan men vill börja med att ge några mer allmänna kommentarer.

Betyder HD:s avgörande i denna sak att det står klart att kränkningar av Europakonventionen ger den kränkta en rätt till skadestånd i svensk rätt, även om sådan rätt inte följer av skadeståndslagen eller andra traditionella skadeståndsrättsliga regler? Det kan man nog inte säga. HD:s argumentation är inskränkt till behandlingen av den aktuella artikeln, artikel 5, och stödet för sådana mer allmänna slutsatser är dåligt. Men som ytterligare en pusselbit kan beslutet ändå ge en indikation på hur denna mera allmänna frågeställning skall betraktas.

En första notering som härvid bör göras är att en rätt till skadestånd i allmänhet kommer att föreligga redan enligt ”vanliga” regler, såsom skadeståndslagens regler, vid kränkningar av Europakonventionen och möjligheten att utdöma skadestånd vid kränkningar med stöd av de vanliga reglerna ökar dessutom genom fördragskonform tolkning.

Vad gäller för sådana kränkningar som inte kan medföra gottgörelse enligt skadeståndslagen ens genom en fördragskonform tolkning? När det gäller kränkningar av art. 5 och 6 är det klart att skadestånd kan utgå ändå.

Men i övrigt då? Som jag ser det finns det inte i allmänhet anledning att göra någon skillnad mellan de olika artiklarna i Europakonventionen ur en skadeståndsrättslig synvinkel. Det tycks till exempel vara i strid med rättighetstanken att ställa upp någon form av hierarki, där olika rättigheter skyddas i olika utsträckning. Utgångspunkten måste vara att de konventionsskyddade rättigheterna är fundamentala – och *lika* fundamentala. Om rätten till en rättvis rättegång anses skadeståndssanktionerad, vilket HD konstaterade i 2005 års fall, måste utgångspunkten rimligen vara att det samma gäller för övriga rättigheter. När HD nu i detta avgörande konstaterar att så gäller för kränkningar av artikel 5 återspeglar det en konsekvent och konventionslojal inställning. En sådan konventionslojal inställning måste innebära att konventionskränkningar rörande

andra artiklar också kan gottgöras i en svensk domstol. (Detta skall dock inte tolkas som att jag menar att alla konventionskränkningar alltid medför en skadeståndsskyldighet. Det kan t.ex. finnas andra sätt att gottgöra en kränkt än genom skadestånd, t.ex. genom att beakta kränkningen vid utdömande av ett straff.)

6. En metod

En annan aspekt av HD:s avgörande är att det skisserar en metod för hur påstådda kränkningar av Europakonventionen bör behandlas. Denna del av HD:s dom behöver inte tolkas som inskränkt till behandlingen av artikel 5 utan kan ges en allmän tillämpning vid dessa frågeställningar. Som jag läser HD:s avgörande kan en bedömning utföras i följande steg (under förutsättning att yrkandet är formulerat på ett sätt som inte lägger hinder i vägen).

Om någon yrkar skadestånd från staten under påstående att staten kränkt en rättighet som skyddas av Europakonventionen så skall i första hand prövas om skadestånd kan utgå enligt skadeståndslagen eller speciell skadeståndsrättslig lagstiftning. Utgångspunkten är alltså fortfarande skadeståndslagen och speciallagstiftning, oavsett vilka författningar käranden vill hänföra sitt anspråk till.

För det fall skadeståndsskyldighet enligt en sådan traditionell bedömning anses utesluten vid en jämförelse med tidigare prejudikat eller uttalanden i förarbeten skall en fördragskonform tolkning av författningen göras. I praktiken torde en fördragskonform tolkning kunna innebära att avgöranden från Europadomstolen skall beaktas och att Europadomstolens praxis skall ges försteg framför exempelvis ett motivuttalande.

För det fall inte heller en fördragskonform tolkning kan medföra skadestånd för den enskilda skall en öppen prövning göras av huruvida en kränkning skett och om en sådan kränkning skett kan skadestånd ändå utgå utan lagstöd.

7. Fortsättning följer...

Det finns nog inget tvivel om att det kommer att följa fler fall som berör förhållandet mellan Europakonventionen och skadeståndsrätten. Dessa kommer att kasta ljus över de många gränssytor som fortfarande är höljda i dunkel. Kan staten enligt Europakonventionen bli skadeståndsskyldig för underlåtenhet att tillse att polisen förhindrar ett brott som anmälts? Vilka krav ställer konventionen på integritetsskyddet? Eller vid felaktig rättstillämpning?

En annan fråga är om det är skadeståndsrätten som borde tillhandahålla verktyget för gottgörelse vid konventionskränkningar. Är skadeståndsrätten ett

lämpligt verktyg för att tillhandahålla sanktioner mot konventionskränkningar? Bör i sådana fall rätten till skadestånd kanske till och med skrivas in i skadeståndslagen? Förslaget att skadeståndslagen bör ändras och kompletteras med en särskild regel om ersättning för konventionskränkningar bottnar i en uppfattning att denna typ av ersättning avviker i sådan betydande grad från traditionella skadeståndskrav att de etablerade verktygen – reglerna, principerna och begreppen – inte är helt passande för uppgiften. Och nog är skadeståndskraven vid konventionskränkningar en främmande fågel i systemet. Borde i stället gottgörelse vid kränkningar av Europakonventionen kanske brytas loss och separeras från skadeståndsrätten för att rättssystematiskt behandlas som en frikopplad sanktion av mer offentlighetsrättslig karaktär?

Min egen tentativa – jag skriver ”tentativa” eftersom jag kan komma att ändra mig – uppfattning är att skadeståndsrätten redan i sin nuvarande tappning är väl rustad för att ta sig an de nya uppgifter som den tilldelas genom den mer lojala inställning till Europakonventionen som nu kan skönjas i domstolarna. Genom att använda sig av traditionella skadeståndsrättsliga begrepp och föreställningar kan utvecklingen rörande gottgörelse vid konventionskränkningar på ett mjukt sätt föras in i rättssystemet. Skadeståndsrätten är därtill tillräckligt flexibel för att hantera de avvägningar som därvid kan behöva göras.

Framtiden får utvisa om förhållandet mellan skadeståndsrätten och Europakonventionen kommer att hålla och fördjupas eller glida isär och bli främlingar för varandra. Själv tror jag på en livslång gemenskap.

Mårten Schultz