
AXPLOCK V – UR SVENSK KONVENTIONSTILLÄMPNING

Jan Södergren*

1. INLEDNING

I de första Axplocks-artiklarna om den interna tillämpningen av Konventionen,¹ sammanfattades hur tillämpningen hade sett ut från inkorporeringen av Europakonventionen 1995 fram till år 2000. Det allt överskuggande intrycket var då att tillämpningen hade varit mycket ojämn² med slagsida mot överdriven restriktivitet. Även inom samma domstol gick det att skönja såväl generös som mer njuigg inställning till reglerna i konventionen. Intrycket består alltjämt ytterligare fem år efter den första undersökningen samt drygt tio år efter inkorporeringen.

I denna omgång av Axplock skall två färska mål redovisas, i vilka det kan konstateras – med matematisk precision – att konventionstillämpningarna var direkt felaktiga. Båda målen är avgjorda av Svea hovrätt.

Det ena avgörandet benämns här för UC-målet och handlar om konventionens effekter enskilda sinsemellan.³

Det andra målet avsåg fråga om fullföljdsförbud över ett beslut av den finsk/svenska gränsälvscommissionen. Avgörandet benämns här Gränsälvs-målet.⁴

De båda målen skall utförligt redovisas och kommenteras nedan. Den direkt felaktiga tillämpningen skall emellertid ställas mot Svea hovrätts utmärkta avgörande i det s.k. Lundgren-målet.⁵ Detta mål avsåg den omdebatterade frå-

* Advokat och verksam på J. Södergren Advokatbyrå AB.

¹ Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet, ”*Bringing rights home*”, ERT 2000 s. 407 av advokat Percy Bratt och undertecknad.

² A. a. avsnitt 4, Tillämpningen av konventionen i svensk rätt sedan 1995 s. 413 f, med hänvisning till Axplock [1] ERT 2000 s. 427.

³ Svea hovrätts dom 2004-12-10 i mål T8833-03 som fastställde Stockholms tingsrätts dom 2003-11-03 i mål nr T2544-02.

⁴ Miljööverdomstolens beslut 2005-03-18 i mål nr. M 8450-04

⁵ Dom 2003-12-03 i mål nr. T 4136-02.

gan⁶ om rätt till skadestånd direkt på konventionsrättslig grund. Frågan har nyligen avgjorts av HD i NJA 2005 s. 462. HD:s dom skall redovisas och diskuteras nedan i samband med vissa aspekter på dess föregångare NJA 2003 s. 217 (Holm-målet).

Den som läser hovrättens dom i Lundgren-målet finner att hovrättsledamöterna var mycket väl insatta i rättsläget enligt Europadomstolens praxis när det gäller skyldigheterna på nationellt plan.⁷ Detsamma kan inte hävdas om hovrättsledamöternas kollegor som avdömde UC-målet och Gränsälvmålet, vilket kommer att framgå nedan. Det är uppenbart att kunskapsnivån och/eller ”fördragsvänligheten” när det gäller central och inkorporerad rättighetsjuridik skiljer sig starkt åt inom en och samma domstol. Fenomenet återfinns säkerligen i fler domstolar. Med respekt för domares självständiga ställning borde ändå åtgärder vidtas. Rättstillämpningen blir godtycklig och enskilda blir i högre utsträckning än eljest beroende av enskilda domares syn på konventionen. Rättighetsjuridiken synes ju därtill tyngd av ideologiska föreställningar som skiftar från person till person.

Som har nämnts tidigare har även HD i NJA 2005 s. 462 avgjort Lundgren-målet. Om hovrättens dom kan ses som tre steg framåt, förefaller HD:s domskäl i förstone som åtminstone ett steg bakåt i förhållande till hovrättens domskäl. HD:s domskäl öppnar – för den som vill inta en njuugg hållning till reglerna i konventionen – för restriktiv tillämpning. Debatten har redan startat. Denna skall redovisas nedan. Här kan inledningsvis nämnas att HD utdömde såväl ideellt- som ekonomiskt skadestånd. Det torde HD ha gjort mot bakgrund av den s.k. subsidiaritetsprincipen, vilken – kort beskrivet – förpliktar staterna att hantera och kompensera för brott mot konventionen redan på det inhemska planet.

Således måste det anses att HD s.a.s. tog konsekvenserna av subsidiaritetsprincipen. Däremot redovisade inte HD principen med önskvärd tydlighet i domskälen. Sannolikt får HD:s avgörande generell betydelse för konventionens tillämpning i det inhemska systemet, även med avseende på frågor som inte avser rätt till skadestånd för långsam handläggning.

⁶ Se ovan angivna ERT 2000 s. 407, här avsnitt 5.2 s. 419ff. Clarence Crafoord, Inhemsk gottgörelse för kränkningar mot Europakonventionen, ERT 2001 s. 519 ff. Frågan har också följts i Axplock, när den i det nämnda målet och i det som blev NJA 2003 s. 217 har vandrat upp genom instanserna. JK – Göran Lambertz – har diskuterat frågan i JT 2004/05 s. 3, vilken under-tecknad har svarat på i JT 2004/05 s. 762. Frågan har också debatterats i omgångar i Tidsskriften Advokaten. Dr. Eva Stenborre diskuterade målet senast i nr 6 2005 s. 28f, Europakonventionen skall tillämpas i Sverige. Frågan har också följts och diskuterats i den juridiska nättidningen Pointlex. Professor Håkan Andersson har analyserat frågan där i Europakonventionen som parallell respektive fristående skadestandsgrund, 2005-06-21. I sammanhanget bör även en artikel för min hand i tidsskriften Legala affärer nämnas, nr. 5 2005 s. 28f. Artikeln berör juridiska personers rätt till skadestånd enligt Konventionen. Dock diskuteras även Lundgren målet.

⁷ Domen finns publicerad i Pointlex bakom en artikel av Mikael Kindbom, ”Genombrott för Europakonventionen i Svea hovrätt”, 2003-12-04.

För att återanknyta till ”ojämn” rättstillämpning, är det min uppfattning att sådana tendenser även går att skönja i HD. Exempel på en mer återhållsam tillämpning återfinns i de mål som har rört förbudet mot dubbla brottmålsförfaranden och dubbelbestraffning i artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet (*ne bis in idem*). Detta har berörts i bl.a. NJA 2000 s. 622, NJA 2004 s. 510 och 840. Slutsatserna i målen om att dubbla förfaranden och sanktioner vad gäller skattetillägsprocesser och skattebrottmål samt administrativ miljöstraff och miljöbrottmål, i sig inte strider mot nämnda bestämmelse i konventionen är förvisso korrekta.

HD gjorde dock en felbedömning i ett visst hänseende i fallet från 2000. Detta diskuteras också av bl.a. revisionssekreteraren och en skiljaktig mening i 2004 års fall. Felet får därmed anses ”reparerat”. Emellertid gör HD ett nytt fel i de nya fallen. Detta får förvisso ingen praktisk betydelse. Det är ändå värt att notera, varför det kommer att diskuteras nedan.

Ett betydligt mer vågat avgörande från HD utgörs av NJA 2004 s. 336. Målet rörde i sak telekombolaget Europolitans ledningsrätt enligt ledningsrättslagen.⁸ HD underkände underrätternas analoga och ändamålsenliga tolkning av lagen under åberopande av att äganderättsstadgandet i Konventionen kräver klar och förutsebar lag vid inskränkningar av äganderätten. Även detta mål skall diskuteras mer utförligt nedan.

Här inleds med Lundgren målet. Därefter följer i tur och ordning en diskussion om UC-målet, Gränsälvmålet, frågor rörande *ne bis in idem* – målen samt slutligen ledningsrättsmålet.

2. LUNDGREN – RÄTTEN TILL INTERNT SKADESTÅND

HD avgjorde således äntligen frågan om rätt till internt skadestånd baserat på ett brott mot bestämmelsen i artikel 6:1 om rätt till skyndsamma rättsprocesser.

För att först något beskriva konsekvenserna av långsam handläggning och motståndet från vissa håll att låta utdöma skadestånd på direkt konventionsrättslig grund, finns anledning att beröra Lundgren-målets ”föregångare”, nämligen NJA 2003 s. 217 (Holm-målet), som ju alltså pågår.

Holm påverkades första gången av misstanke om grovt skattebrott 1988 – d.v.s. för 17 år sedan! Han fälldes så småningom för det betydligt lindrigare brottet, försvårande av skattekontroll till dagsböter motsvarande 10 000 kr. Emellertid påförde skattemyndigheterna ett inte obetydligt skattetillägg, vilket fastställdes på svårtolkade grunder av länsrätten. Holm överklagade till Kamrätten samt begärde ett sammanträde för att försöka reda ut länsrättens

⁸ SFS 1973:1144.

grunder. Kammarrätten satte ut sådant sammanträde – 3,5 år efter överklagandet! Så småningom meddelade Kammarrätten dom. Skattetillägget och skatten sänktes med nära nog 90 %. Nu var vi framme vid 1998.

Holm ingav detta år stämningsansökan till Stockholms tingsrätt i vilken han yrkade ersättning på konventionsrättslig grund för långsam handläggning i skattemålet. Tingsrätten utfärdade stämning, men avvisade talan efter att JK ingett svaromål. Tingsrätten menade bl.a. att enbart Europadomstolen kan pröva ett yrkande grundat på påstådda konventionsbrott och att Europadomstolen således utgjorde en specialdomstol, varför talan skulle avvisas enligt RB 10 kap 17 § p. 2. Hur tingsrätten fick ihop denna slutsats med subsidiaritetsprincipen framgår dock inte. Hovrätten anslöt sig i princip till tingsrättens slutsatser.

HD meddelade emellertid prövningstillstånd i Holm-målet och gjorde en utsväng in i den materiella frågan om skadestånd. HD konstaterade att frågan inte avgjorts tidigare i svensk rättspraxis. Emellertid var fråga i målet om avvisning. Frågan om skadestånd var enligt HD del av saken, varför det var fel av underrätterna att avvisa målet. HD återförvisade målet till tingsrätten medio 2003 för behandling i sak. Målet sattes så småningom ut till huvudförhandling i tingsrätten. Snart uppdagades dock att HD hade meddelat prövningstillstånd i Lundgren målet. Huvudförhandlingen i tingsrätten ställdes då in i avvaktan på utgången i Lundgren. I september 2005 hölls till slut huvudförhandlingen. Dom meddelades – således i första instans – den 18 oktober 2005, 7 år efter stämningen och 17 år efter det att Holm för första gången berördes av skattemålen.

Tingsrätten utdömde ett ideellt skadestånd som var avsevärt lägre än i Lundgren-målet (60 000 kr). Den fann inget kausalsamband mellan den långsamma handläggningen och den ekonomiska skadan. Den ekonomiska skadan hade delvis samband med de anståndsräntor som hade påförts Holm under tiden att skattemålen segade sig fram. Räntan på anståndsräntorna var högre, än den ränta Holm erhöll efter att inbetald skatt återbetalades efter Kammarrättens nästan friande dom. Ett starkare kausalsamband får man nog leta efter.

Det mest anmärkningsvärda är emellertid tingsrättens beslut i rättegångsfrågan. Vardera parterna skulle stå för sina rättegångskostnader, även vad gäller den första omgången upp till HD. Med beaktande av att underrätterna avvisade målet på synnerligen obskyra grunder, är det i hög grad anmärkningsvärt att staten inte skall stå för dessa kostnader. I denna del är domen direkt stötande. Naturligtvis överstiger rättegångskostnaderna väsentligt det förhållandevis ringa skadestånd som Holm erhöll. Fortsättning följer.

Vad Holm själv tycker om det svenska rättsväsendet vill vi kanske inte ens veta.

Enligt min uppfattning borde man från statens sida ha insett redan år 2000 – eller i vart fall 2001 – att möjlighet till skadestånd måste finnas med som en del i ett gottgörelsepaket för att kompensera för brott mot inhemskt konstate-

rade kränkningar av konventionen. År 2000 kom *Kudla*-målet som var särskilt tydlig i sin formulering av subsidiaritetsprincipen. Att det i första hand ankommer på staterna att hantera och reparera brott mot konventionen i det inhemska systemet framhöll emellertid Europadomstolen redan 1978 i fallet *Klass mot Tyskland*.⁹ Europadomstolen uttalade förvisso inte uttryckligen att skadestånd skall utgå, men väl att staterna måste ”afford appropriate redress”. Att skadestånd skall utgå uttalades dock – som har framförts många gånger i denna tidskrift – uttryckligen år 2001 i fallet *T.P. och K.M. mot Storbritannien*.¹⁰ Holm borde således ha erhållit skadestånd långt tidigare.

Det är också värt notera underrätternas olika bedömningar i Lundgren respektive Holm målet. Lundgren hade uppenbarligen ”tur” med att få domare som var öppna inför konventionsfrågorna. Orsaken till att Lundgren hamnade i HD var JK:s genomgående och hårdnackade motstånd, vilket resulterade i överklaganden. Holm däremot fick en allt annat än mild behandling i domstolarna. Detta utgör ytterligare ett tydligt tecken på ojämn och godtycklig bedömning när det gäller konventionsfrågor.

JK:s hårdnackade motstånd fortsätter även efter Lundgren avgörandet. Före det att HD:s domskäl genomgås i detalj, finns det anledning att redovisa vad JK uttalat med anledning av domen.

JK framförde i en debatt¹¹ för det första att han tänker inta en fortsatt njuugg inställning till frågor om skadestånd direkt på konventionsrättslig grund. Han torgförde även ståndpunkten att Lundgren avgörandet enbart rörde långsam handläggning samt att HD alls inte utdömde skadestånd på konventionsrättslig grund. Istället tillämpade HD – enligt JK – en odefinierad oskriven regel. Detta är enligt min uppfattning en helt felaktig tolkning av HD:s dom.

För att då gå till HD:s domskäl kan först konstateras att HD utdömde ekonomisk ersättning genom fördragskonform lagtolkning av Skadeståndslagen 3 kap 2 §. HD fann således att den långsamma handläggningen i strid mot artikel 6:1 också utgjorde fel och försummelse vid myndighetsutövning. När HD väl hade kommit så långt, blev frågan om ekonomiskt skadestånd föga komplicerad, eftersom nämnda ”interna” regel ersätter sådan skada.¹²

Knäckfrågan var istället den yrkade ersättningen för ideell skada. Europadomstolen utdömer ju regelmässigt sådan ersättning vid långsam handläggning.

⁹ Dom den 6 september 1978. Serie A nr. 28.

¹⁰ Dom den 10 maj 2001 i mål nr. 28945/95.

¹¹ Den 14 september på Mannheimer Swartling på ett seminarium arrangerat av Institutet för skatter och rättssäkerhet, refererat samma dag i Pointlex under rubriken ”JK fortsatt njuugg vid kränkningar”, av Mikael Kindbom.

¹² Målet är även intressant att diskutera vad gäller kausalitetsfrågor och beloppet på det ekonomiska skadeståndet. Denna fråga hör dock närmast hemma i den skadeståndsrättsliga doktrinen och skall därför inte utvecklas här. Det går enligt mig inte att utröna huruvida Europadomstolens bedömning av kausalitetsfrågor är annorlunda än den svenska, när det gäller skador till följd av långsam handläggning.

HD konstaterade dock att sådan ersättning, om den inte har samband med person- eller sakskada, enligt ”intern” rätt endast utgår när den skadelidande har utsatts för brott mot sin person, frihet eller ära.¹³ Någon sådan situation förelåg inte i målet.

Därefter redogjorde HD för att Sverige enligt artikel 13 har ”en förpliktelse att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för att förebygga eller kompensera kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid”. HD diskuterade om inte möjligheten att erhålla kompensation för inkomstförlust kunde anses som tillräcklig kompensation. Det beaktades dock att det kan uppkomma fall där ersättning för ekonomisk förlust inte utgår.¹⁴ HD fortsatte: ”Om den skadelidande i ett fall av det slaget ställs utan rättsmedel kan detta innebära ett konventionsbrott.”¹⁵

HD återkom därefter till frågan om ”intern” rätt beträffande ideell ersättning och konstaterade att svensk rätt traditionellt har intagit en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma rent ideellt skadestånd. Det brukar enligt HD fordra särskilt lagstöd. HD noterar emellertid att denna ”... princip återgår dock inte i sig på någon uttrycklig lagregel.” HD hänvisade därefter till Europadomstolens praxis när det gäller brott mot rätten till rättsliga avgöranden inom skälig tid och drog slutsatsen att ”övervägande skäl [får] anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol”. HD fastställde också underrätternas ersättning för den ideella skadan. Beloppet ligger i paritet med de belopp som Europadomstolen dömer ut.

Det kan knappast med fog hävdas att HD inte utdömde skadestånd på konventionsrättslig grund, utan istället på någon slags oskriven regel. Med HD:s hänvisningar till Europadomstolens praxis sett i ljuset av konstaterandena om att ideell ersättning inte kunde utgå enligt ”intern” rätt, blir det uppenbart att HD inte hade utdömt ideellt skadestånd, om det inte hade varit för att Europadomstolen konsekvent utdömer sådant i här angivna situationer.

Den enda passagen i vilken HD talar om ”oskrivna” regler, är när HD konstaterar att regeln om att det fordras direkt lagstöd för utdömande av ideellt skadestånd, i sig inte vilar på någon skriven regel. Innebörden av denna passage är någon annan än att HD skulle ha utdömt skadestånd enligt någon slags oskriven inhemsk regel.

Hade det nämligen varit så att det fanns en skriven, av lagstiftaren stiftad, regel med innebörden att rätten till ideellt skadestånd enbart kan utdömas om det finns klart lagstöd, hade HD nämligen nödgats att antingen ogilla anspråket eller åsidosätta denna ”skrivna” regeln. Att ogilla anspråket hade ju HD redan konstaterat skulle innebära ett brott mot konventionen. Med beaktande av utgången i målet var detta något som HD uppenbarligen inte kunde tänka sig.

¹³ Se 2 kap 3 § och 1 kap 3 § SKL

¹⁴ Exempelvis till följd av bristande kausalitet el. dyl.

¹⁵ Läs artikel 13

HD var sannolikt också mycket benägen att framhålla att den inte samtidigt åsidosatte en intern ”skriven” regel. I annat fall skulle HD hamna i uppenbarhetsrequisitet i RF 11 kap 14 § och förarbetena till inkorporeringslagens kontroversiella diskussioner om normkonflikter mellan Konventionen och inhemsk lag.¹⁶

Den slutsats som måste dras av Lundgren-målet är att svenska domstolar skall utdöma skadestånd i alla sådana situationer där det framgår av Europadomstolens praxis att ett brott mot konventionen skall kompenseras med skadestånd. Detta gäller åtminstone om den inhemska domstolen därigenom inte behöver åsidosätta en klar inhemsk lagregel, vilken inte kan tolkas föredragskonformt så att den överensstämmer med konventionens regler. Detta gäller således även om den svenska regeln i strid mot Konventionen framgår av praxis, förarbeten eller andra föreskrifter eller myndighetspraxis.

Mig veterligt finns det enbart en typ av interna ”skrivna” regler som praktiskt hindrar en fördragsvänlig tolkning i så motto att de måste åsidosättas för att konventionsrättsligt skadestånd skall kunna utgå. Dessa återfinns i våra yttrandefrihetslagar TF och YGL. Reglerna i kapitel 7 i TF (samt motsvarande kapitel i YGL) hindrar i praktiken enskilda i vissa situationer från att föra talan mot vissa integritetskränkande publiceringar, trots att sådana kan utgöra brott mot artikel 8 i Konventionen.¹⁷ Detta torde utgöra den mest tillspetsade konflikt som går att skönja i svensk rätt, eftersom rättstillämparen skulle tvingas välja mellan att åsidosätta grundlagsbestämmelser och medverka till ett brott mot rätten till effektiva inhemska rättsmedel enligt artikel 13. I denna situation vore det lämpligt om lagstiftaren grep in.

Samtliga övriga interna skadeståndsrättsliga regleringar beskriver positivt i vilka situationer som skadestånd skall utgå. Undersökningar om när skadestånd i n t e skall utgå får då ske utifrån *e contrario* slut. I förarbetena till skadeståndslagen uttalades dessutom explicit att skadeståndslagen enbart utgjorde en kodifiering av gällande rätt, att rättsutvecklingen alltjämt skulle fortgå genom den rättsbildande verksamheten i domstolar samt att några *e contrario* slut ej kan dras från lagen.

¹⁶ Se prop.1993/94: 117 s. 38 där man i förarbetena hänförde sig till HD:s remissvar, i vilket HD ansåg ”att en konvention om mänskliga rättigheter, även om den i den inhemska laghierarkin inte har högre rang än vanlig lag, ändå bör på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser”. Den vid tillfället borgerliga majoriteten som slutligt utformade propositionen, kom senare att uttrycka sig på ett sätt i en bisats, att det kunde tolkas som att även lagstiftaren hade anammat HD:s princip. Detta upprörde socialdemokraterna i den parlamentariska breda uppgörelsen om inkorporeringen till den milda grad att det sedermera blev ett ärende inför konstitutionsutskottet. Det förefaller mot denna bakgrund troligt att HD gärna undviker en eventuell diskussion om huruvida HD åsidosätter intern lag till förmån för konventionen, om detta kan undvikas.

¹⁷ Se exempelvis fallet *Hannover mot Tyskland och prinsessan Caroline av Monacos* strid mot tyska publicister med avseende på s.k. paparazzi-bilder (av icke förtals- eller förolämpningskaraktär) samt vad jag har redovisat i *Axplock IV*, ERT 2005 s. 23, här avsnitt 2.

Dessa situationer kan och bör med fördel hanteras av rättstillämpningen, med fördragskonform lagtolkning eller med direkt tillämpning av Europadomstolens praxis och dess utveckling. Det är inte ens säkert att lagstiftning är den bästa lösningen, med beaktande av att Europadomstolens praxis är stadd i ständig utveckling. Det kan vara svårt för lagstiftaren att i alla delar hänga med i rättsutvecklingen, även om viljan skulle finnas. Därtill behövs inte ett SFS-nummer på varje avgörande från Europadomstolen, för att det skall kunna tillämpas av svensk domstol. Det räcker med SFS 1994:1219.

3. UC-MÅLET – POSITIVA FÖRPLIKTELSE

Jag har flera gånger i Axplock diskuterat institutet positiva förpliktelser, vilka bl.a. innefattar förpliktelser för staterna att även i det interna rättssystemet skydda rättigheterna i Konventionen från brott begångna av andra privata rättssubjekt.¹⁸ Med EG-rättsliga termer skulle samma fenomen benämnas horisontell direkt effekt¹⁹ och med tysk konstitutionell terminologi – *drittwirkung*.

Det finns inget som helst tvivel om att det enligt konventionsrätten föreligger sådana förpliktelser. Jag har tidigare framhållit att denna tvivelsutan existerande princip av ”märklig anledning synes... ha svårt att få fotfäste i svensk rättstillämpning”.²⁰ UC-målet tjänar som utmärkt exempel på detta.

Omständigheterna var följande. Ett ärende om betalningsföreläggande avseende drygt 12 000 kr bestreds och överlämnades till tingsrätt. Tingsrätten meddelade senare tredskodom. Den påstådda gäldenären begärde återvinning, varvid tredskodomen undanröjdes. Parterna förliktes och gäldenären åtog sig att betala 7 500 kr. Upplysningscentralen UC AB (nedan UC) hade emellertid redan registrerat tredskodomen som en betalningsanmärkning i kreditupplysningsregistret. UC vägrade ta bort anmärkningen.

Klagande stämde UC i en fastställsetalan om skadeståndsskyldighet. I huvudsak menade han att uppgifterna i registret var felaktiga. Registreringen byggde ju på en tredskodom som inte längre existerade. Han menade också att registreringen både berörde honom som person och hans näringsverksamhet,

¹⁸ Se senast Axplock IV, ERT 2005 s. 23, här avsnitt 2 s. 24 ff. även Axplock III, ERT 2003 s. 706, här avsnitt 3 s. 711 ff. och avsnitt 4 s. 715 ff.

¹⁹ EG:s regler anses inte ge upphov till horisontell direkt effekt. Istället har EG-domstolen tolkat vad som utgör ett offentligrättsligt organ mycket extensivt. Konventionsreglerna kan dock göras gällande enskilda sinsemellan genom att medlemsstaterna – ytterst deras rättsvårdande myndigheter – har s.k. positiva förpliktelser att skydda enskilda mot att andra fysiska eller juridiska personer kränker deras mänskliga rättigheter. Av uppenbara skäl skall man också akta sig för att dra allt för långtgående paralleller mellan EG-rätten och konventionsrätten. Det är alltid vanskligt att applicera hockeyregler på bandymatcher. Man ”tacklar” ibland snarlika problem olika.

²⁰ Axplock IV, ERT 2005, här s. 26

eftersom både hans person och firman identifierades med hans personnummer. I båda dessa egenskaper medförde registreringen skada, i form av svårigheter att erhålla krediter och överhuvud möjligheten att företa ekonomiska dispositioner.

Utöver kreditupplysningslagen (som medger denna typ av registrering vad avser bolag, men inte enskilda) åberopade käranden att vissa regler i konventionen var kränkta.

Tingsrätten konstaterade att skulden ostridigt hade uppkommit i näringsverksamhet, varför den inte kunde anses strida mot Kreditupplysningslagen.²¹ Därefter anförde tingsrätten följande om konventionsgrunderna.

”[Kärandens] talan med åberopande av artiklarna 10 och 13 i Europakonventionen får anses innebära att han gör gällande att han med stöd av Konventionen har rätt till skadestånd av UC. Konventionen ger dock inte utrymme för en sådan prövning mellan privata rättssubjekt och registreringen kan därmed inte bli föremål för prövning mot konventionens regler. Oavsett innehållet i artiklarna kan dessa därmed inte läggas till grund för en bedömning angående UC:s eventuella skadeståndsskyldighet.”

Tingsrätten anförde vidare att oavsett om artikel 13 skulle vara tillämplig innehåller denna inte någon positiv bestämmelse om skyldighet att utge gottgörelse, utan ställer endast kravet att det i den nationella rättsordningen skall finnas tillgång till ett effektivt rättsmedel. Tingsrätten citerar här ett helt stycke i NJA 2003 s. 217 (Holm-målet). Om det från citatet skall dras slutsatsen att skadestånd aldrig skall utgå på strikt konventionsrättslig grund – vilket man få anta att tingsrätten menade – är ju detta uttalande överspelat genom NJA 2005 s. 462 (Lundgren-målet). Vi kan alltså för den fortsatta framställningen bortse från tingsrättens citat ur 2003 års fall.

I hovrätten ändrade käranden den rättsliga konventionsgrunden från artikel 10 till artikel 8 (rätten till privatliv, vilket torde utgöra den adekvata grunden för anspråket), vilket hovrätten tillät med hänvisning NJA 1993 s 13.²² Däremot anslöt sig hovrätten till tingsrättens domsmotivering, således innebärandes att konventionen inte kan göras gällande enskilda sinsemellan.

Emellertid har Europadomstolen i de mest skiftande sammanhang och sedan dess begynnelse framhållit att rättigheterna i konventionen också måste få genomslag enskilda sinsemellan. Europadomstolen har konsekvent framhållit att innehållet och omfattningen av de positiva förpliktelserna varierar i hög grad beroende på kontext m.m. Således har Europadomstolen i fallet *Calvelli & Ciglio mot Italien*²³ uttalat under artikel 2 och rätten till liv, att staterna är skyldiga att meddela föreskrifter som tvingar sjukhus – oavsett om de är offentliga eller

²¹ Se 7 § Kreditupplysningslagen

²² Principen om *jura novit curia* om att rätten känner lagen, varför det står domstolen fritt att tillämpa även icke åberopade rättsliga grunder.

²³ Dom den 17 januari 2002 i mål nr. 32967/96

privata – att vidta lämpliga åtgärder för patientskydd. I fallet *Z mot Storbritannien*²⁴ hade en moder under en rad år gravt vanvårdat sina barn. Detta utgjorde omänsklig och förnedrande behandling i strid mot artikel 3. Europadomstolen framhöll att staten ansvarar för sådan behandling även när den utförs av privata individer, förutsatt att behöriga myndigheter kände eller borde ha känt till vanvården. Staten hade således brutit mot förpliktelsen att ge barnen ett adekvat skydd mot sådana brott.

I fallet *Hannover mot Tyskland* – som diskuterades utförligt i Axplock IV²⁵ – fälldes Tyskland eftersom de tyska domstolarna hade givit *prinsessan Caroline av Monaco* ett otillräckligt skydd mot publicering av s.k. paparazzi-bilder i strid mot artikel 8. I fallet *Özgür Gündem mot Turkiet* konstaterade Europadomstolen bl.a. att personer anställda vid en tidning hade utsatts för allvarliga våldshandlingar och trakasserier av okända personer samt att myndigheter hade underrättats om tidningens svåra belägenhet utan att vidta åtgärder. Staten hade härigenom brutit i sina positiva förpliktelser att skydda tidningens yttrandefrihet i strid med artikel 10.

Att det föreligger positiva förpliktelser för staten att skydda enskilda mot fackföreningars eventuella brott mot den s.k. negativa föreningsfriheten enligt artikel 11 är väl känt för svenskt vidkommande genom *Gustafsson-målet*.²⁶ Slutligen kan nämnas fallet *Sovtansavto mot Ryssland*²⁷ där Europadomstolen slog fast att staterna har positiva förpliktelser att skydda enskilda från att andra enskilda kränker äganderätten. I fallet var det bl.a. fråga om s.k. utspädning av ett aktieinnehav.

Uppräkningen är inte uttömmande. Det kan dock konstateras att Europadomstolen ålägger staterna positiva förpliktelser till skydd för rättigheterna enskilda sinsemellan i de mest skiftande situationer och avseende i stort alla bestämmelser i konventionen.

För artikel 8:s del är det tillräckligt att citera en färsk brittisk framställning, vilken sammanfattar rättsläget bra.²⁸ Det uttalas att artikel 8

”...also imposes more general positive obligations in all these fields to take such steps as are needed to make enjoyment of art 8 rights real and substantial...Positively, for example, the state must adopt measures to secure respect for an individual’s art 8 right. This may entail the creation of obligations or rights on one group of individuals with respect to others (for example, the media, a parent with care, an employer, an individual seeking a search order), or it may require the state to dedicate resources to improving

²⁴ Dom den 10 maj 2001 i mål nr. 29392/95.

²⁵ ERT 2005 s. 26

²⁶ dom den 25 april 1996 i mål nr. 15573/89

²⁷ dom den 25 juli 2002 i mål nr. 48553/99

²⁸ *Human Rights Law and Practice, Lexis Nexis Butterorhbs, second edition 2004* med *General Editors Lord Lester of Herne Hill QC och David Pannick QC*. Här ett avsnitt skrivet av *Thomas de la Mare Brian Kennelly*, s. 262.

the circumstances or protection of vulnerable individuals...It is the positive dimension of art 8 that leads to what is frequently called the 'horizontality', where an individual uses the cCourts²⁹ (a public authority) to sue another private individual (...) so as to discharge the state's positive obligation to ensure, say, proper respect for the claimant's privacy or home."

Författarna drar således slutsatsen att de positiva förpliktelserna främst skall infrias av domstolarna, när enskilda (själva eller genom åklagare) anhängiggör rättsliga förfaranden mot andra enskilda under påståenden privata subjekt har kränkt deras rättigheter. De talar ju om att domstolarna härigenom fullgör (discharge) staterna positiva förpliktelser. Jag delar denna slutsats. Tydligast framgår detta av Europadomstolens avgörande i *Hannover*.

Det inger – mot ovan skisserade bakgrund – redan betänkligheter att en tingsrätt helt reservationslöst uttalar att rättigheterna i Konventionen inte kan göras gällande enskilda sinsemellan. Det hade räckt med att läsa en sida ur *Danelius*³⁰ – nämligen avsnittet om "positiva förpliktelser" – för att inse att bedömningen borde ha varit föremål för djupare analys. Det inger än värre farhågor att detsamma lika reservationslöst fastställdes av högre rätt.

Nu kan det möjligen hävdas att rätten till privatliv och den personliga integriteten inte kan appliceras på ett bolag. Det är emellertid klart att omfattningen av privatlivet enligt artikel 8 också omfattar företagande och kommersiella förhållanden, eftersom en individs privatliv också kan påverkas i sådan verksamhet.³¹ Verkligheten ser inte ut så att en strikt uppdelning kan göras mellan privat- och yrkesliv. I exakt vilka situationer som privatlivet också omfattar kommersiell verksamhet får dock bedömas från fall till fall. Det ligger mycket nära till hands anta att en registrering som dålig betalare i ett offentligt register, med den enskildes personnummer som identifikation, skulle anses beröra rätten till privatliv enligt artikel 8. Om det kan anses föreligga ett brott mot bestämmelsen, beror också på omständigheterna i det konkreta fallet under en proportionalitetsbedömning. Någon sådan argumentationslinje fördes dock inte av domstolarna.

Eftersom klagandens påstående om att rätten till privatlivet knappast kan anses ha varit uppenbart ogrundat, föreligger det enligt min bedömning ett brott mot artikel 13 och rätten till effektiva rättsmedel. Detta gäller oavsett om Europadomstolen vid en tänkt prövning av målet skulle komma fram till att rätten till privatliv i sig inte var kränkt.

²⁹ cCourt är en förkortning för Circuit Court, d.v.s. ung. tingsrätt.

³⁰ *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Norstedts andra upplagan 2002, s. 59.

³¹ Se ovan refererade brittisk framställning, s. 271 med hänvisning till bl.a. fallet *Amann mot Schweiz*, dom den 16 februari i mål nr. 27789795

4. GRÄNSÄLVSMÅLET – EXTERRITORIELL EFFEKT

När Konventionens regler får effekt även utanför en stats jurisdiktion brukar detta i konventionssammanhang betecknas som exterritoriell effekt. Den mest vanliga situationen torde vara en medlemsstat utlämnar en asylsökande till ett land där personen riskerar att bli dödad eller utsatt för tortyr. Att den utlämnande konventionsanslutna staten ansvarar i dessa situationer är väl bekant i Sverige genom fallen *Soering mot Storbritannien*³² och *Cruz Varas mot Sverige*.³³ Målen väckte nog ändå viss förvåning på sin tid, eftersom ordalydelsen i artikel 1 enbart anger att staterna skall garantera rättigheterna inom dess jurisdiktion. I fallen med utlämningar befaras ju brott mot konventionen begås utanför medlemsstatens – och oftast även Europadomstolens – jurisdiktion.

I Gränsälvsmålet underlät emellertid Miljööverdomstolen att skydda rättigheterna även för personer som befann sig inom svensk jurisdiktion, med hänvisning till att det organ som bröt mot en regel i konventionen var ett mellanstatligt organ. Även denna situation aktualiserar således – om än på ett annat sätt än i utlämningsfallen – konventionens exterritoriella effekter. Staterna kan emellertid inte fritas från ansvaret att skydda rättigheterna i konventionen genom att överföra maktbefogenheter till internationella organ.

Omständigheterna i Gränsälvsmålet var följande. Två samfälligheter i Norrland ville överklaga ett beslut av den Finsk-Svenska Gränsälvskommissionen.³⁴ Beslutet berörde samfälligheternas fiskrättigheter på visst sätt. Beslutet gick dock inte att överklaga. Samfälligheterna vände sig då till Miljööverdomstolen under Svea hovrätt. De hävdade att fullföljdsförbudet stred mot artikel 6:1 i konventionen om rätt till domstolsprövning avseende civila rättigheter.

I beslut 2005-04-15³⁵ fann Miljööverdomstolen att samfälligheternas fiske- rättigheter som sådana utgjorde civila rättigheter och att Gränsälvskommissionen inte utgjorde en domstol i Konventionens mening. Med anledning därav fann Miljööverdomstolen således att kraven i artikel 6 inte var uppfyllda. Så långt var ju allt väl. Därefter uttalar emellertid Miljööverdomstolen följande:

Gränsälvskommissionen är emellertid ett mellanstatligt organ, upprättat med stöd av en överenskommelse mellan Sverige och Finland genom vilken staterna överlätit sina maktbefogenheter på kommissionen. Vid dessa förhållanden kan svensk domstol inte anses behörig att, i strid med överenskommelsen, pröva en fråga som omfattas av överenskommelsen.

Miljööverdomstolen avvisade således överklagandena utan materiell prövning.

³² Dom den 7 juli 1989 i mål nr. 140/38/88.

³³ Dom den 20 mars 1991 i mål nr. 15576/89.

³⁴ Vilken förövrigt gäller som svensk lag enligt lagen (1971:850) med anledning av gränsälvöverenskommelsen den 16 september 1971.

³⁵ I mål M 8450-04.

Det finns anledning i detta sammanhang att något utförligt redovisa fallet *Matthews mot Storbritannien*.³⁶ En kvinna bosatt i Gibraltar vände sig 1994 till valregistreringsmyndigheten där. Gibraltar är avhängigt av Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland. Hon begärde att bli registrerad som röstberättigad i val till Europaparlamentet. Hon nekades detta under hänvisning till att rösträtten i val till Europaparlamentet endast gällde Förenade Konungariket och inte Gibraltar.

Hon vände sig till Europadomstolen och hävdade ett brott mot artikel 3 i första tilläggsprotokollet om rätt till fria val etc. Regeringen försvarade sig inför Domstolen med att kvinnan egentligen klagade på en EG-rättslig lagstiftningsakt³⁷ i form av ett traktat över vilken en enskild stat inte hade någon makt att ensidigt upphäva eller ändra. Regeringen hävdade att staten måste ha sådan kontroll för att statens konventionsrättsliga ansvar skall kunna göras gällande.

Europadomstolen konstaterade att konventionen utsträckte sig till Gibraltar genom en deklaration av Storbritannien 1953. Härefter noterades att EG:s rättsakter som sådana inte kan angripas i Europadomstolen eftersom Unionen inte är en kontraktsslutande part till konventionen. Enligt Europadomstolen hindrar inte konventionen en överföring av jurisdiktion till ett internationellt organ, ”*provided that the Convention rights continue to be “secured”. Member States’ responsibility therefore continues even after such a transfer.*”³⁸

Europadomstolen noterade vidare att den aktuella EG lagstiftningen byggde på Parlamentets utökade maktbefogenheter tillskapade genom Maastricht-fördraget. Detta utgjorde ett internationellt instrument vilket Storbritannien hade ingått frivilligt. Storbritannien – och alla andra kontrakterande parter – var därför ansvariga *ratio materiare* under artikel 1 i konventionen för traktatets konsekvenser. Eftersom EG:s lagstiftning också påverkade personer bosatta i Gibraltar på samma sätt som nationell lagstiftning, fanns det inga skäl varför Storbritannien inte skulle vara förpliktad att garantera rättigheterna i konventionen i förhållande till lagstiftning som emanerar från EG, på samma sätt som det föreligger en förpliktelse att garantera rättigheterna i förhållande till nationell lagstiftning. Det förhållandet att Storbritannien inte hade effektiv kontroll över de påtalade förhållandena förändrade inte ansvaret, eftersom Storbritanniens ansvar härleddes från tillträdet till *Maastricht*-fördraget, efter det att artikel 3 i första tilläggsprotokollet blev tillämpligt på Gibraltar. Europadomstolen hänförde sig också till den s.k. effektivitetsprincipen som innebär att konventionen måste tolkas så att dess rättigheter kan åtnjutas praktiskt och effektivt.

³⁶ Dom den 18 februari 1999 i mål nr. 24833/94. Se även *Danelius* refererat i SvJT 1999 s. 584f.

³⁷ Rådets beslut 76/787

³⁸ Para. 32.

Det finns ytterligare mål från Europadomstolen i vilka konventionens regler på olika sätt och i olika situationer har erhållit exterritoriell effekt eller effekter i situationer över vilka staterna har hävdats att de ej haft kontroll. Av utrymmes-skäl anges de här enbart fotnotvis.³⁹ Det kan också nämnas att staternas förpliktelser också gäller vid dess utländska ambassader etc.

Avgörande för Gränsälvsålet är att Sverige frivilligt har ingått en internationell överenskommelse. Detta strider i enlighet med *Matthews-doktrinen* således inte mot konventionen, försåvitt rättigheterna alltjämt skyddas. Det får ju dessutom antas att vare sig Sverige eller Finland avsåg att kränka någon regel i konventionen vid upprättandet av gränsälvscommissionen. Det är under alla förhållanden helt uteslutet att Sverige därigenom skulle kunna ”friskriva” sig från ansvaret under artikel 1, vilket emellertid blev effekten av Miljööverdomstolens beslut.

Krasst uttryckt är Gränsälvsålet feldömt.

5. FÖRBUD MOT DUBBEL BESTRAFFNING OCH DUBBLA BROTTMÅLSFÖRFARANDEN – *NE BIS IN IDEM*

Frågan om omfattningen av förbudet mot dubbla straff och dubbla brottmålsförfaranden (*ne bis in idem*) i artikel 4 i sjundetilläggsprotokollet har diskuterats tämligen flitigt vad avser svenska förhållanden. Skälet till detta är att Sverige på flera områden tillämpar såväl administrativa som brottmålsförfaranden avseende i princip samma objektiva gärning. Det gäller då främst skattetilläggsförfaranden kombinerat med skattebrottmål samt administrativt förfarande på miljöområdet kombinerat med miljöbrottmål. Även administrativt körkortsindragande har diskuterats i kombination med trafikbrott.

Frågan har varit föremål för prövning flertalet gånger i Högsta domstolen och Regeringsrätten.⁴⁰ Båda domstolarna har kommit fram till att de dubbla förfarandena som aktualiseras i Sverige inte strider mot Konventionens bestämmelser. Detta är helt i enlighet med Europadomstolens, föga logiska, rättspraxis på området.

Förbudet gäller enbart om fråga är om väsentligen samma gärning. Det finns naturligtvis inte något förbud att straffa samma person för olika gärningar som denna begår. När det emellertid gäller frågan om gärningsidentitet har Europadomstolen uttalat att sådan inte föreligger, om ansvaret för samma objektiva

³⁹ Se exempelvis *Assanidze mot Georgien* dom den 8 april 2004, mål nr. 71503/01, SvJT 2004 s. 591, *Loizidou mot Turkiet* dom den 23 mars 1995, Serie A nr. 310, *Cypern mot Turkiet* dom den 10 maj 2001 i mål nr. 25781/94.

⁴⁰ För Regeringsrättens del se RÅ 2002 ref. 79 RÅ 2000 ref. 65, körkorts- respektive skattemål. Dessa mål skall inte diskuteras vidare här.

gärning har olika krav på den subjektiva sidan.⁴¹ Exempelvis påförs svenskt skattetillägg på objektiva grunder⁴² medan det för olika skatte- och bokföringsbrott krävs grov oaktsamhet eller uppsåt. Detsamma gäller administrativ miljö-sanktion i förhållande till miljöbrott. Dessutom har Europadomstolen beträffande skattetillägg kontra skattebrott funnit att de båda sanktionsformerna har olika bakomliggande syften, vilket har utgjort ytterligare ett skäl för Europadomstolen att hävda att det är fråga om olika gärningar.⁴³

Det är naturligtvis inte invändningsfritt att hävda att samma objektiva gärning inte innebär att gärningsidentitet föreligger, till följd av att det skiljer sig på den subjektiva sidan och att de olika sanktionssystemen har olika bakomliggande syften. Rättsläget är högst sannolikt mer betingad av Europadomstolens farhågor att den skulle bli översköljda av mål, om den kom till den mer logiska slutsatsen att frågan om gärningsidentitet istället skulle avgöras utifrån den objektiva gärningsbeskrivningen. Samma bakomliggande praktiska skäl synes också ligga bakom Europadomstolens slutsats i *Ferrazzini mot Italien*⁴⁴ att rena skattemål fortfarande tillhör det offentliga skatteprerogativ och därför inte utgör en civil skyldighet enligt artikel 6 i Konventionen. Också denna slutsats är utifrån ett logiskt perspektiv svår att förstå, eftersom man därmed – enligt mig – säger att det inte krävs någon rättssäkerhet i rena skattemål.⁴⁵ Det har i inofficiella sammanhang framhållits att denna inställning beror på att Europadomstolen – vid motsatt hållning – annars skulle riskera att översköljas av mål som rör rena skattefrågor.⁴⁶ Sannolikt gäller således samma farhågor frågan om dubbelbestraffning, eftersom många länder i Europa har dubbla system på bl.a. skattesidan.

Detta hindrar emellertid inte enskilda stater från att avskaffa de dubbla systemen, eftersom Konventionen enbart stadgar en miniminivå. Norges Høyesterett har tagit detta steg i rättstillämpningen. Norge hade ett system på skattesidan som var snarlikt det svenska. I Rt 2002 s. 557 fann Høyesteretten att ett

⁴¹ Se avslagsbesluten i *Ponsetti och Chesnel*, beslut den 14 september 1999 i målen 36855/97 och 41731/98. Slutsatsen är bekräftad i bl.a. *Franz Fischer mot Österrike*, dom den 29 maj 2001 i mål nr. 37950/97.

⁴² Det är en annan diskussion att det svenska skattetilläggssystemet har ansetts legitimt försåvitt de s.k. eftergiftsgrunderna tillämpas någorlunda extensivt. Det har anförts att skattetillägget skulle strida mot den s.k. oskuldspresumtionen i artikel 6:2 just eftersom en straffrättslig sanktion påförs utan subjektiv hänsyn. Det har då hänvisats till eftergiftsgrunderna som i delar medger befrielse med tillämpning av subjektiva rekvisit. Denna motsägelse har emellertid inte bekymrat vare sig den svenska lagstiftaren eller svenska rättstillämpare.

⁴³ Se avslagsbeslutet i *Rosenquist mot Sverige*, beslut den 14 september 2004 i mål nr. 60619/00.

⁴⁴ Dom den 12 juli 2001 i mål nr. 44759/98.

⁴⁵ Slutsatsen är än mer svår att förstå då man beaktar att äganderättsstadgandet i artikel 1 i första tilläggsprotokollet är tillämpligt på rena skatter och att man under denna regler har utvecklat s.k. *procedural safeguards*, vilka är förvillande lika vissa i artikel 6 stadgade rättsäkerhetsgarantier.

⁴⁶ Bl.a. har den förutvarande svenska domaren i Europadomstolen – Elisabeth Palm – uttalat detta för undertecknad. Hon har också uppgett att hon inte har något att invända mot att jag för det vidare.

avgörande av tillägsskatt hindrade ett senare straffrättsligt förfarande angående samma förhållande. Norska HD fann att det i första hand är den objektiva gärningsbeskrivningen som skall vara avgörande för identiteten.⁴⁷

I Sverige har man inte i rättstillämpningen tagit ”det norska steget”. Redan i det numera något ålderstigna avgörandet i skattemålet NJA 2000 s. 622 fann HD att det bör krävas ett klart stöd i Europadomstolens praxis för att underkänna den ordning som gäller enligt intern svensk reglering. Denna tes återupprepades sedermera i NJA 2004 s. 510 (I och II, ett skattemål) och NJA 2004 s. 840 (ett miljömål). Det är förståeligt att de högsta svenska rättstillämpande instanserna inte tar steget och underkänner den svenska ordningen, när rättsläget enligt konventionen ser ut som det gör.

Det förefaller emellertid som att i vart fall HD inte anser att den gällande ordningen är helt tillfredsställande. I 2004 års skattemål – i vilka de senare processerna avsåg vårdslös skatteuppgift – ogillade HD åtalen på ”intern” grund. HD noterade att det för fällande dom krävdes grov oaktsamhet samt att brottet var avsett för de mest flagranta överträdelserna. HD fann att de tilltalade förvisso hade förfarit vårdslöst, men fann inte agerande grovt.⁴⁸ Detta måste anses utgöra en generös bedömning ställt i förhållande till hur brottet dittills bedömts.

I miljömålet meddelade HD påföljdseftergift, eftersom maxbeloppet på den administrativa sanktionsavgiften hade sänkts efter påförandet och att den tilltalade således redan hade åsamkats en tillräcklig sanktion.

I praktiken har således HD undvikit i vart fall dubbla sanktioner. Det skall tilläggas att praxis under artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet utförligt diskuterades i målen.

Trots att HD således synes ha hanterat en otillfredsställande situation på sådant sätt att i vart fall dubbla sanktioner har undvikits, finns det ändå anledning att uppehålla sig något vid HD:s avgöranden.

Vad som inte har hanterats är att de tilltalade i målen var utsatta för dubbla förfaranden. Europadomstolen fastslog entydigt i plenimålet *Franz Fischer mot Österrike*⁴⁹ att förbudet i artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet inte enbart avsåg dubbel bestraffning, utan att de enskilda inte ens skall behöva utstå dubbla förfaranden. I NJA 2004 s. 510 var situationen sådan att det administrativa förfarandet ännu inte var avslutat när HD skulle pröva brottmålet. Enligt ordalydelsen i artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet får ingen ”lagföras eller straffas på nytt...för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd”. HD tog fasta på ordet slutlig och fann att bestämmelsen inte utgjorde hinder mot att

⁴⁷ Norska HD:s domar har kommenterats i Axplock II, ERT 2002 s. 659, här kommenterat på s. 663.

⁴⁸ De tilltalade hade underlåtit att deklarerat s.k. personaloptioner, vilka dittills – åtminstone i underrätterna – har bedömts tämligen strängt.

⁴⁹ cit. ovan.

pröva målet, eftersom överklagandetiden för skattetillägget ännu inte hade gått ut.

Emellertid kan ordet ”slutligt” i bestämmelsen inte betyda annat än att förbudet inte tar sikte på en överprövning av högre rätt inom samma instansförfarande. Eftersom förbudet enligt *Franz Fischer* gäller redan dubbla förfaranden, förelåg ett brott mot bestämmelsen – försåvitt det skulle föreligga identitet mellan gärningarna – redan när det andra förfarandet inleddes;⁵⁰ inte när det ena vinner laga kraft. Nu blir diskussionen i hög grad akademisk eftersom gärningar som föranleder skattetillägg och en brottmåls sanktion inte utgör samma gärning, enligt Europadomstolens praxis. Därmed föreligger det inte heller något förbud mot de parallella förfarandena.

Det kan emellertid inte uteslutas att HD:s fel får betydelse i andra sammanhang, i vart fall förefaller felbedömningen lite onödigt, eftersom HD istället hade kunnat hävda att frågan om rättegångshinder utgjorde en del av saken och att det därvid inte förelåg gärningsidentitet eller hinder mot prövningen.

Det skall tilläggas att HD var nödgad att korrigera sig avseende en annan fråga om tillämpningen av *ne bis in idem* stadgandet, vilken HD felaktigt i NJA 2000 s. 622. I fallet från år 2000 tolkade HD skrivningen i artikel 4 i sjunde tilläggsprotokollet om att förbudet gäller för brott för vilket den tilltalade blivit frikänd eller dömd ”i enlighet med och rättegångsordningen i denna stat” som att straff i bestämmelsen hänförde sig till hur det definierades i det nationella systemet. Detta skulle innebära ett avsteg från principen att begreppen och uttrycken i Konventionen får autonomt konventionsrättsliga innebörder. Vad den kursiverade skrivningen torde innebära är att förbudet inte är tillämpligt när någon är straffad i en annan stat för samma gärning. Som HD också hänvisar till har det i fallet *Göktan mot Frankrike* slagits fast att begreppet ”straff” inte kan skifta från en bestämmelse till en annan i Konventionen. Det utgör därmed ett autonomt begrepp vilket staterna inte kan definiera bort.

Emellertid hade inte heller felet i fallet från år 2000 någon inverkan på konventionsbedömningen vad gäller dubbla förfaranden och dubbelbestraffning.

Det rådande rättsläget som det bedömts av HD får således anses stå i överensstämmelse med konventionen. Det ankommer därmed inte på rättstillämparen att ändra systemet, även om HD kanske är av uppfattningen att systemet med dubbla förfaranden inte är helt tillfredsställande.

Det är emellertid märkligt att lagstiftaren inte ändrar systemet, så att rättsväsendet slipper hantera samma objektiva gärning i två olika förfaranden, ytterst i sex instanser. Även om lagstiftaren skulle vara fullständigt likgiltig för de umbäranden som den enskilde – exempelvis påstådda skattesmitare – får utstå med

⁵⁰ Rätteligen skulle då brottmålsförfarandet utgöra hinder för skattetilläggsålet, om nu brottmålet anhängiggjordes först (i vilken ordning de olika förfarandena initierades framgår emellertid inte av referatet i NJA).

dubbla förfaranden, skulle det naturligtvis innebära en betydande avlastning på rättssystemet om samma gärning enbart prövades i ett förfarande. Den påtalande myndigheten får helt enkelt välja väg. Om inte annat, skulle det sannolikt i förlängningen medföra att staten lättare skulle kunna uppfylla de ganska stränga kraven i artikel 6:1 om rätten till domstolsavgöranden inom skäligen tid samt kanske därutöver även spara lite pengar till den närda statskassan.

6. LAGLIGHETSKRAVET – LEDNINGSRÄTTSMÅLET

I NJA 2004 s. 336 tillämpade HD det s.k. laglighetskravet. Detta rekvisit genomsyrar – precis som proportionalitetsprincipen – samtliga relativa rättigheter⁵¹ i konventionen. I korthet innebär laglighetskravet att det för det första måste föreligga ett formellt stöd i inhemska publicerade rättskällor, för att en inskränkning av en rättighet i konventionen skall tillåtas. Det ställs emellertid också krav på rättskällornas kvalitet. De måste vara tillräckligt klart formulerade på sådant sätt att de som berörs i rimlig mån kan förutse konsekvenserna av en viss situation eller agerande, låt vara med hjälp av adekvat expertis.⁵² Syftet är att hindra godtyckliga inskränkningar i konventionsrättigheterna. Europadomstolen hänvisar genomgående till det anglosaxiska begreppet, *the rule of law*. Europadomstolen har fällt staterna åtskilliga gånger för brott mot laglighetskravet.⁵³

I det här diskuterade fallet underkände HD underrätternas analogiska och ändamålsenliga tolkning av ledningsrättslagen – enligt då gällande lydelse – från 1973.⁵⁴ HD återopade laglighetskravet under äganderätten i konventionen.

Omständigheterna var följande. Telekombolaget Europolitan ansökte om ledningsrätt för en s.k. basstation för mobiltelefoni. Markägaren hävdade att lagen inte var tillämplig under återopande av att anordning inte förbands med andra anordningar genom fysiska ledningar.

Enkelt uttryckt förutsatte 1973 års lag att det förelåg ett behov att förbinda anläggningar med fysiska elledningar. Lagstiftningen preciserade dessutom vil-

⁵¹ D.v.s. de rättigheter som kan inskränkas med stöd av lag, förutsatt att inskränkningen är proportionerlig i förhållande till ett identifierat legitimt och allmänt intresse – d.v.s. de flesta rättigheterna i Konventionen. Dess motsats – de absoluta rättigheterna – framgår av artikel 15:2 som lyder ”Inga inskränkningar får med stöd av denna bestämmelse göras i artikel 2, utom i fråga om dödsfall till följd av lagliga krigshandlingar, eller i artiklarna 3, 4 (punkten 1) och 7.”

⁵² *Danelius* redovisar laglighetskravet i kommentaren under äganderätten, ovan a.a. s. 383f. Av märklig anledning tas enbart laglighetskravet upp under äganderätten trots att begreppet ”lag” skall tolkas på samma sätt varhelst det återfinns i Konventionen (se *Cantoni mot Frankrike*, dom den 15 november 1996 i mål nr. 17862/91). Lokutionen ”lag” återfinns således i samtliga relativa rättigheter och torde därvid utgöra en allmän princip.

⁵³ Laglighetskravet har redovisats i denna tidskrift i bl.a. *Jan Thörnhammars Egendoms skyddet enligt Konventionen i ett skatterättsligt perspektiv*, ERT 2003 s. 131, avsnitten 7.1-7.3 s. 138ff.

⁵⁴ SFS 1973:1144.

ka typer av ledningar som kunde komma i fråga. Den aktuella basstationen bestod emellertid av ett torn med tillhörande anläggningar, vars funktion var att via radiolänk förmedla signaler till andra basstationer. Basstationerna skulle således inte förbindas med fysiska ledningar.

Som så många gånger förr hade således inte lagstiftning – rörande teknik stadd i ständig utveckling – i erforderlig takt och på adekvat sätt uppdaterats eller gjorts teknikberoende. Underrätterna diskuterade nämnda ”defekt” i lagen, men gjorde ändamålsenliga tolkningar. De ansåg ungefär att den aktuella basstationen ingick som en integrerad del i ett system för överföring av teledelanden av sådant slag som föll inom ramen för ändamålet med ledningsrättsinstitutet. Underrätterna noterade förvisso att försiktighet måste iakttagas vid tillämpning av dylik tvångslagstiftning, om det inte finns erforderligt stöd i entydig lag för ianspråktagande av rätten, men beaktande även att anordningen ändå kunde ianspråktagas med stöd av expropriationslagen.

HD fann att en språklig analys av de aktuella bestämmelserna inte gav stöd för att upplåta ledningsrätt i det aktuella fallet, eftersom basstationerna inte förbands fysiskt med ledningar. Fråga som då uppkom, var om ledningsrätt kunde uppkomma med stöd av analogisk eller ändamålsenlig tolkning.

HD noterade vissa uttalanden i förarbeten till senare lagstiftning som tydde på att lagstiftaren avsett en mer snäv definition av tillämpningsområdet för ledningsrätt. Därefter hänförde sig HD till artikel 1 i första tilläggsprotokollet i Konventionen, d.v.s. regeln om att ingen får berövas egendom annat än i det allmännas intresse och under förutsättningar som anges i lag. HD fortsatte:

Det innebär att lagen måste vara tillräckligt precis för att göra ingreppet i äganderätten förutsebart (...⁵⁵). En sådan lagstiftning bör alltså inte tolkas extensivt (jfr NJA 1982 s. 700). Detta gäller även om praktiska skäl talar för en ändamålstolkning.

Någon nämnvärd praktisk betydelse mellan parterna i målet eller för tillämpningen i övrigt av ledningsrättslagen, erhöll dock knappast HD:s dom, annat än ett säkerligen irriterande dröjsmål för telekombolaget. HD meddelade domen den 7 juni 2004. Lagstiftaren ändrade ledningsrättslagen på sådant sätt att anordning som inte utgör ledning, ändå skall jämföras med sådan. Ändringslagen trädde i kraft den 1 augusti samma år, d.v.s. mindre än två månader efter HD:s dom.⁵⁶

HD:s dom får snarare i prejudikathänseende betydelse för konventionens tillämplighet i allmänhet och laglighetsrekvisitet i synnerhet. Budskapet måste rimligen uppfattas av lagstiftaren som en uppmaning om uppstramning. För rättstillämparna sänder den ju budskapet att underlåta att tillämpa otydlig lag-

⁵⁵ varvid HD hänvisade till *Danelius* a.a. s. 383.

⁵⁶ SFS 2004:643. Lagstiftningsarbetet, som omfattade fler ändringar än den här diskuterade, måste rimligen närmast ha varit avslutat vid HD:s dom.

stiftning, om den annars inskränker enskildas rättigheter. I dessa hänseenden måste nog avgörandet betraktas som tämligen vågat, särskilt i jämförelse med ovan refererade HD avgöranden under diskussionen om *ne bis in idem*.