
AXPLOCK VI – UR SVENSK KONVENTIONSTILLÄMPNING

Jan Södergren*

1. INLEDNING

Sedan första Axplock år 2000 har det i denna artikelserie rapporterats om en tämligen ojämn inhemsk tillämpning av konventionsbestämmelserna, med slagsida mot en inskränkt tillämpning. Med vissa undantag har konventionsbestämmelserna inte tillämpats om det inte har funnits ett entydigt stöd i Europadomstolens praxis. Nationella domstolar tolkar normalt inte Konventionen aktivt. Viss ändring av detta har dock skett på senare tid, i vart fall, i Högsta domstolen. Som rapporterades i Axplock V, utdömde HD i NJA 2005 s. 462 skadestånd direkt på konventionsrättslig grund, trots att intern grund för ideellt skadestånd inte förelåg. Senare samma år avdömdes det uppmärksammade och kontroversiella *Pastor Green* målet – NJA 2005 s. 805. Detta mål har också debatterats flitigt i doktrin.¹ Av denna anledning skall det inte diskuteras här, utöver vad som anförs strax nedan. Det mest intressanta med *Pastor Green* var inte heller – enligt min mening – sakfrågan, utan hur HD resonerade vid den konflikt mellan intern rätt och Europadomstolens praxis som uppstod. HD fann att det var ”sannolikt att Europadomstolen, ... skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen”. Med denna motivering friades således *pastor Green* från anklagelsen om hets mot homosexuella. Det är uppenbart att HD i sak tolkade Europadomstolens praxis aktivt. Det fanns inte något entydigt stöd för vare sig den ena eller den andra ståndpunkten. Därtill tillämpade HD av en slags säkerhetsmarginal.²

* Verksam på J.Södergren Advokatbyrå AB.

¹ Se exempelvis *Thomas Bulls* artikel – med den fyndiga titeln ”*På yttrandefrihetens yttersta gren*” – i JT 2005/06 s. 514. Även *Inger Österdahl, Åke Green och missaktande men inte hatiska tal*, SvJT 2006 s. 213; *Hans Ytterberg, Har HD gett grönt ljus för hets mot homosexuella som grupp?* SvJT 2006 s. 227 och *Hans Danelius, Högsta domstolen och pastor Green – Några kommentarer till Inger Österdahls och Hans Ytterbergs artiklar*, SvJT 2006 s. 240.

² *Thomas Bull* anför, a.a. s. 533, att ”ta till en viss säkerhetsmarginal för att säkerställa att svensk rätt inte är konventionsstridig är ett välkommet grepp, även om det i just detta fall kan tyckas ha upprörande konsekvenser”.

Detta är således en helt annan approach än att kräva ”entydigt stöd i Europadomstolens praxis” för att tillämpa konventionsbestämmelserna.³

Säkerhetsmarginals-approachen är emellertid inte ny i Sverige. *Hans Danielius* efterlyste en viss säkerhetsmarginal till vad som kan tänkas vara tillåtet enligt Konventionen, i sin egenskap av ledamot av lagrådet.⁴ I betänkandet av 1999 års skattetilläggskommitté framhölls på flera ställen att Sverige inte bör ”balansera på gränsen till vad som kan tänkas strida mot grundläggande mänskliga rättigheter”.⁵

Säkerhetsmarginalsapproachen får med *pastor Green* också anses ha fått sitt genomslag i rättstillämpningen.

Att Europakonventionen har fått ordentligt genomslag i HD märks också i andra mål, om än mindre explicit än i exempelvis *pastor Green*-målet. I NJA 2005 s. 237 var fråga om en nödvärnsinvändning i ett knivslagsmål med dödlig utgång. Den åtalade hade bragt en person om livet, men hävdade att den avlidne först hade attackerat honom med kniv. HD godtog den tilltalades uppgifter om att han var utsatt för ett angrepp från den sedermera avlidna som bedömdes som livsfarligt. HD fann att det enbart sett utifrån kravet i svensk rätt att det inte får föreligga ett uppenbart missförhållande mellan nödvärnshandlingen och den skada som hotat genom angreppet, kunde den tilltalades gärning inte anses uppenbart oförsvarlig.

HD gick emellertid vidare och fann att, ”*trots den marginal till förmån för den angripne som förarbetarna talar om, vid användandet av dödligt våld [måste] ställas höga krav på att något alternativ för att avvärja angreppet inte förelegat för att våldet inte skall anses vara uppenbart oförsvarligt (jfr artikel 2 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna).*”

Enligt intern svensk rätt (BrB 24 kap 1 §) är således kriteriet för nödvärn att motvåldet inte får vara uppenbart oförsvarligt. Av artikel 2 i Konventionen framgår emellertid uttryckligen att legitimt våld som leder till döden, eller ökar risken därför, skall vara ”absolut nödvändig”. Rekvisiten ”uppenbart oförsvarligt” och ”absolut nödvändig” kan knappast ens med bästa vilja anses synonyma i semantiskt hänseende. Enligt mitt förmenade utgör det en direkt konflikt mellan den svenska lagstiftningen och innehållet i Konventionen. Men HD tolkade in Konventionens högre krav i begreppet, så att ”uppenbart oförsvarligt” i princip innebär att det inte skall finnas något reellt alternativ till det dödliga våldet.

³ Det kan inte hävdas att detta ändrades med den senare fällande domen i NJA 2006 s. 467, där flygblad med missaktande information av homosexuella hade spridits på en skola. Det framgår klart att HD i det senare målet särskilde *pastor Green* avgörandet.

⁴ *En lagrådsledamots tankar om lagstiftningen*, SvJT 2004 s. 25ff, här s. 31.

⁵ SOU 2001:25, s. 215. Se även s. 185.

Detta visar HD är berett att gå tämligen långt när det gäller att tolka inhemska begrepp och rekvisit fördragsvänligt. Vad som därtill är intressant är att det i målet var fråga om våld enskilda sinsemellan. HD utdömde också skadestånd till de anhöriga grundat på den nya regeln i Skadeståndslagen 5 kap 1 och 2 §§. Artikel 2 tar emellertid *prima facie* sikte på statligt våld. Det är emellertid en ur konventionssynpunkt tämligen okontroversiell devis att staterna har även s.k. positiva förpliktelser att skydda rättigheterna i Konventionen, även i sfären enskilda sinsemellan. Denna princip synes dock – som framhållits förut i denna artikelserie – ha haft svårt att få fotfäste i svensk rätt. HD:s förbigående av det faktum att det var fråga om våld enskilda sinsemellan, vid hänvisningen till artikel 2 i Konventionen, kan inte tolkas på annat sätt än att även HD anser det okontroversiellt att redan på det nationella planet skydda konventionsrättigheterna även enskilda sinsemellan. Samt att det ytterst är de inhemska domstolarna som genom rättstillämpningen har att upprätthålla, beivra och kompensera enskilda för brott mot konventionsbestämmelserna enskilda sinsemellan.

Denna mer fördragsvänliga approach kan även i viss mån skönjas vad gäller lägre instanser. Ett sådant exempel är i Helsingborgs tingsrätts avgörande i det uppmärksammade s.k. Hallandsås målet. Vissa styrelseledamöter på Banverket åtalades för miljöbrott i samband med svårigheterna med tunneln genom Hallandsåsen. Det yrkades också företagsbot mot den juridiska personen Banverket. Målet gick upp till HD och tillbaka till tingsrätt, där samtliga fysiker friades.⁶ Emellertid fälldes Banverket. Tingsrätten fann att företagsbot skulle utgå. Företagsboten bestämdes till 3 miljoner kronor. Tingsrätten noterade dock att processen hade dragit ut så långt på tiden att det utgjorde ett brott mot rätten i artikel 6 till rättsliga avgöranden inom skälig tid. Uttryckligen med beaktande av brottet mot artikel 6, halverade tingsrätten företagsboten. Även om halveringen naturligtvis inte omedelbart kan ses som ett skadestånd, utgjorde den – förutom ett klart erkännande av konventionsbrottet – en kompensation för den ideella skada⁷ som Banverkets åsamkades av den långsamma handläggningen.⁸ Det har ju ansetts strida mot svensk rättstradition att juridiska personer erhåller kompensation för ideell skada.⁹

Det kan också vara ett gott tecken att Justitiedepartementet enligt uppgift utformar en departementspromemoria med förslag om ändringar i skadeståndslagen, så att den bättre motsvarar möjligheten att erhålla skadestånd för brott mot kränkningar av konventionen. Det har dock uppgivits, att det i promemorian

⁶ Helsingborgs tingsrätts dom 2006-03-06 i mål B 1089-05.

⁷ Det baserades i vart fall inte på någon uttryckt och åberopad ekonomisk skada.

⁸ Se vidare nedan om doktrinen – *loss of the status as a victim* – om vad Europadomstolen kräver av det inhemska systemet vid inhemskt konstaterade kränkningar.

⁹ I motsats till vad som entydigt gäller enligt Europakonventionen, se min artikel *Bolags rätt till ideellt skadestånd*, JT 2005/06 s. 740.

inte kan föreslås något långtgående. För detta krävs enligt uppgift en större utredning, med parlamentarisk förankring.

Resten av denna artikel kommer också att handla om just svenska domstolars skyldighet att utdöma skadestånd på konventionsrättslig grund, eftersom denna fråga alltså är het i Sverige idag. JK intar fortfarande en njuugg inställning och lär göra detta intill dess ett internt lagrum om rätt till skadestånd stiftas. Även de lägre domstolarna synes inta en njuugg inställning, särskilt när det gäller ersättningsnivåer och fördelning av rättegångskostnader. Denna njuugga inställning skall behandlas under avsnitt 2. Den njuugga inställningen är dock inte undantagslös.

Iain Cameron har skrivit en artikel i SvJT,¹⁰ i vilken han pläderar för en – enligt mig – mer inskränkt syn på rätt till inhemskt skadestånd än vad som torde följa av Europadomstolens praxis. Eftersom *Cameron* berör den inhemska tillämpningen är det lämpligt att bemöta honom i denna artikelserie. Detta sker i avsnitt 3.

En ännu hetare fråga som kan segla upp i Högsta domstolen genom s.k. hissdispens är Europakonventionens horisontella effekt. Som ovan nämnts har staterna också s.k. positiva förpliktelser att skydda enskild från andra enskildas brott mot bestämmelserna i Konventionen, vilket ytterst måste ske genom rättstillämpningen. Stockholms tingsrätt har nyligen beslutat att genom s.k. hissdispens översända en fråga om Konventionen ”*kan av svensk domstol tillämpas i skadeståndstalan mot annan än staten*” till HD.¹¹ I målet har en privatperson stämt ett annat privaträttsligt subjekt – ett försäkringsbolag – på skadestånd bl.a. med åberopande artikel 8 om skydd för privatlivet. Försäkringsbolaget smygfilmade privatpersonen under en längre period. Detta mål och den allmänna frågan om inhemska domstolar enligt Europadomstolens praxis har en skyldighet att ytterst utdöma skadestånd för brott mot konventionsbestämmelserna, när brottet har begåtts av ett privaträttsligt subjekt, skall fylligt behandlas i det avslutande avsnittet i denna artikel.

Ovan nämnda frågor är av så generell och avgörande betydelse för genomslaget av Konventionen i den inhemska rättstillämpningen att de behöver diskuteras fylligt. Av utrymmesskäl går det inte att ta upp andra inhemska avgöranden rörande Konventionen i denna artikel.

¹⁰ *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 553.

¹¹ Stockholms tingsrätts beslut 2006-12-06 i mål nr. T13022-05.

2. TILLÄMPNINGEN EFTER NJA 2005 S. 462 – LUNDGREN-MÅLET

En viktig upplysning till dem som avser att kräva skadestånd för brott mot rätten till rättsliga avgöranden inom skälig tid i artikel 6, är att staten (genom UD) i Europadomstolen numera hävdar att en inhemska civilrättslig skadeståndstalan mot staten utgör ett sådant effektivt inhemskt rättsmedel som först måste uttömmas enligt artikel 35:1 i Konventionen, detta med hänvisning till Lundgren-målet från 2005.

Tidigare invände staten inte mot att klaganden anhängiggjorde en talan om långsam handläggning, redan när dröjsmålet inträffade i det pågående målet.

Statens nya inställning framgår av ett pågående mål. En enskild som drabbats av långsam handläggning i ett skattetilläggsmål, hade före HD:s avgörande i 2005 års fall, gått ner till Europadomstolen.¹²

Således hävdade Staten i svaromålet inför Europadomstolen¹³ att en civilrättslig skadeståndstalan ”constituted a domestic remedy, which the applicant was obliged to exhaust prior to the introduction of the complaint before the Court in March 2004.”¹⁴

Klaganden synes dock ha hållit med staten om att en inhemska skadeståndstalan skulle vara effektiv. Han vände sig då istället till JK. Det framgår av det beslut JK sedermera kom att ta, att klaganden hos JK hade återopade statens (UD:s) ståndpunkt i Europadomstolen. Möjligen förväntade sig klaganden att JK – om JK:n i sak skulle finna att handläggningen var oskäligt långsam – relativt snabbt och effektivt skulle utge ett skadestånd i enlighet med Europadomstolens stadgade praxis.¹⁵ Det är ju därtill knappast helt invändningsfritt att den som har drabbats av långsam handläggning i strid mot artikel 6, skall tvingas att processa i ytterligare två instanser för att komma i åtnjutande av en gottgörelse som Europadomstolen kräver skall utgå redan på nationell nivå.

JK avslog emellertid anspråket.¹⁶ Skälet till avslaget var inte att den bakomliggande processen inte hade varit oskäligt långsam, att klaganden själv hade förorsakat fördröjningarna eller någon annan materiell grund. Istället erinrade JK att den ”i liknande fall [har] intagit den ståndpunkten att Hösta domstolen i rättsfallet NJA 2005 s. 462 – det s.k. Lundgrenmålet – inte har slagit fast en princip av innebörd att det finns en rätt för den enskilde att erhålla ideellt skadestånd av staten i form av kränkingsersättning i alla typer av mål och ärenden där dennes

¹² *Carlgren mot Sverige* i mål nr. 9631/04.

¹³ Svaromålet finns publicerat i databastidningen Pointlex, intill en artikel av *Mikael Kindbom* ”HD-dom splittrar regeringen och JK”, publicerad 2006-04-07.

¹⁴ Para. 34 i svaromålet.

¹⁵ Det kan inte för JK har rätt någon tvekan om att artikel 6 var kränkt i målet. Stockholms tingsrätt har numera funnit att så var fallet.

¹⁶ JK:s beslut 2006-04-05, Dnr 2594-06-40.

rätt till ett avgörande inom skälig tid har kränkts.” JK erinrade om att det i *Lundgren-målet* var fråga om ett brottmål och ”Högsta domstolens avgörande kan inte anses omfatta andra typer av mål, t.ex. skattemål (med skattetillägg).”

Som bekant är det emellertid avgörande för att artikel 6 skall bli tillämplig, att det inhemska målet antingen rör civila rättigheter och skyldigheter eller innefattar – som det heter – ”en anklagelse om brott” (d.v.s. utgör ett brottmål i konventionsrätlig autonom mening). Det råder sedan Europadomstolens avgöranden i *Janosevic mot Sverige* och *Västberga Taxi och Vulic mot Sverige*¹⁷ inte någon tvekan om att artikel 6 är tillämpligt på svenska skattetilläggsprocesser. Således utdömer Europadomstolen regelmässigt ut skadestånd för långsam handläggning i såväl civilmål- och brottmål, inkluderat mål innefattandes skattetillägg.

Jag har tidigare framhållit att det inte kan råda någon som helst tvekan om att HD i Lundgren fann att det inte fanns någon inhemsk grund för ideellt skadestånd för långsam handläggning och att HD utdömde skadestånd med direkt tillämpning av artikel 6 i konventionen.¹⁸ Denna diskussion skall inte återupprepas här. Det är emellertid något förvånande att JK helt underlätit att hänföra sig till begreppet ”anklagelse om brott” i artikel 6 och kriterierna för när denna bestämmelse är tillämplig.

Vad som emellertid också är av intresse är att JK i sitt beslut noterar att Staten genom UD intog en annan ståndpunkt än Staten genom JK. JK framhåller att den ”är medveten om att detta innebär Justitiekanslern som företrädare för staten när det gäller statens rätt [sic!] har intagit en annan ståndpunkt i dessa frågor än Utrikesdepartementet.” JK torde med uttrycket ”statens rätt” mena när UD försvarar Sverige inför Europadomstolen mot påståenden om konventionsbrott.

Detta synes åtminstone vara UD:s förklaring. En företrädare för UD medger i *Pointlex*¹⁹ att UD och JK intar olika positioner i det aktuella hänseendet samt fortsätter: ”Man kan tycka att detta är konstigt. Vi är ju båda företrädare för staten men regeringen agerar ju utåt i förhållande till Europadomstolen.” Det är således försvarligt att Staten inför Europadomstolen hävdar en ståndpunkt i syfte att få ett mål avvisat och att Staten samtidigt hävdar en annan – oförenlig – ståndpunkt när målet skall avgöras på hemmaplan. Detta kan knappast anses vara förenligt med god rättsskipning. Enligt min uppfattning är det ovan redovisade enbart ett av flera exempel på en njugg inställning till att tillämpa Konventionen lojalt i det inhemska systemet.²⁰

¹⁷ Domar den 23 juli 2002 i målen nr. 346119 och 36985/97.

¹⁸ *Axplock V*.

¹⁹ *Kindbom* ovan.

²⁰ JK har t.o.m. öppet deklarerat den även efter Lundgren kommer att vara ”fortsatt njugg vid kränkningar”, se *Pointlex, Mikael Kindbom*, publicerad 2005-09-14. Artikeln finns även publicerad och tillgänglig på www.ere.se.

Andra sådana exempel utgörs – enligt min mening – av de mål i underrätterna som följt Lundgren målet. I *Axplock V* redogjorde jag för turerna kring det s.k. *Bo Holm-målet*.²¹ Det tål att upprepas att *Holms* yrkande av skadestånd för långsam handläggning i skattemål på konventionsrättslig grund, avvisades av underrätterna. HD fann emellertid i NJA 2003 s. 217 att avvisningen var rättsstridig och återförvisade målet till tingsrätten. I övrigt hänvisas till *Axplock V*. Det är dock värt att framhålla att resultatet av civilprocessen blev att *Holm* gick back, när hans advokaträkningar var betalda.

I ett annat mål avseende långsam handläggning i ett eko-brottmål, tog *Stockholms tingsrätt*²² ett ånyo – enligt mitt förmenade – märkligt beslut avseende rättegångskostnaderna. Tingsrätten utdömde ett ideellt skadestånd om 80 000 kr för en process som varat i 6,5 år. Detta är inte det absolut lägsta skadestånd som kan utgå enligt Europadomstolens praxis, men det ligger nära miniminivån. Klaganden hade emellertid också yrkat ekonomiskt skadestånd, eftersom han ostridigt erbjudits ett arbete som VD i ett företag. Erbjudandet hade dragits tillbaka när det blev känt att klaganden var föremål för brottsmisstanke. Tingsrätten ogillade anspråket delvis p.g.a. en bevisvärdering.

Det intressanta är tingsrättens slutsatser i rättegångshänseende som en följd av det ogillade anspråket. Tingsrätten tog hänsyn till att klaganden enbart vunnit gehör för en mindre del av vad han yrkat ”och att tyngdpunkten i målet efter den 9 juni 2005, då Högsta domstolen meddelade dom i målet *Lundgren mot staten*, har legat på frågan om [klaganden] har rätt till ersättning för ekonomisk skada, finner tingsrätten skäligt att erlagga honom att ersätta hälften av Justitiekanslerns rättegångskostnader”. Det räckte således inte med att vardera parten stod sina rättegångskostnader. Även i detta mål blev resultatet att klaganden gick back, efter att advokatarvodet var betalt. Det förefaller som tingsrätten vill sända ut en signal om att det inte lönar sig att stämma.

3. IAIN CAMERONS INSTÄLLNING

Professor *Iain Cameron* pläderar således för en inskränkt syn på möjligheten till inhemskt skadestånd på konventionsrättslig grund. Redan detta föranleder en kommentar i *Axplock*. Han hävdar dessutom att vissa praktiker i olika artiklar har överdrivit möjligheten till nationellt skadestånd.

Cameron uttalar sig också om möjligheten till skadestånd på konventionsrättslig enskilda sinsemellan. Detta skall beröras under sista avsnittet, ”Nästa heta potatis”.

²¹ ERT 2005 s. 662, här s. 664ff.

²² Dom 2006-10-31 i mål nr. T 30745.

Cameron framhåller bl.a. att skadeståndsfrågan har behandlats i ett antal artiklar skrivna av praktiker, med referens bl.a. till undertecknad. Cameron framhåller felaktigt att dessa praktiker påstår att det i princip bör vara möjligt för nationella domstolar att utdöma *skadestånd för varje konventionskränkning*. Vidare framhålls att dessa praktiker påstår att bedömningen av ersättningsnivån bör göras utifrån Europadomstolens rättspraxis om skälig gottgörelse i artikel 41. Lite längre fram i artikeln, är Cameron dock tvungen att nyansera sig. Det argument han sett framfört (från praktikerhåll) är inte att skadestånd är det enda möjliga effektiva rättsmedlet. ”*Det accepteras att det, beroende på omständigheterna, finns andra, mer effektiva rättsmedel.*” Därefter upprepar han dock att praktikernas ståndpunkt ändå är, att ”*skadestånd bör i princip finnas tillgängligt som rättsmedel för varje konventionskränkning*”

Det är för det första anmärkningsvärt att Cameron återger andras ståndpunkter felaktigt. Det är än mer märkligt att han först senare – i samma artikel – nyanserar påståendet, för att därefter omedelbart återta nyanseringen.

För ordnings skull skall här framhållas vad åtminstone undertecknad har framfört i olika framställningar från år 2000 och framåt. Detta har t.o.m. koncentrerats i en särskild faktaruta i en artikel i tidskriften *Legala affärer*²³ enligt följande.

”Inhemska domstolar skall utdöma såväl ekonomiskt som ideellt skadestånd på nationell nivå, för internt konstaterade brott mot materiella bestämmelser i konventionen, i de situationer som Europadomstolen utdömer skadestånd och med belopp som i vart fall står i paritet med Europadomstolens praxis, försåvitt inte tillräcklig nationell kompensation utgått på annat sätt, genom exempelvis straff lindring.”

Det vidhålls att detta till fullo stämmer överens med Europadomstolens praxis. Att det finns inhemska krafter som anser att den svenska inkorporeringslagen möjligen säger motsatsen – vilket den förvisso inte gör²⁴ – är en annan sak. Sverige förfogar inte längre över saken, förutom vad som framgår av institutet *margin of appreciation*. Slarvigt uttryckt kan hävdas att Sverige frånhänt sig jurisdiktionen över denna fråga, åtminstone genom inkorporeringen. Utrönandet av huruvida det i ett konkret fall föreligger en förpliktelse att utdöma skadestånd för en konstaterad kränkning i det inhemska systemet, bör således först undersökas genom en studie av Europadomstolens praxis.

²³ Europadomstolens praxis ger bolag rätt till ideellt skadestånd, 29. Artikeln finns även publicerad på www.ere.se.

²⁴ Cameron påstår att det av förarbetena till Inkorporeringslagen, prop. 1993/94:117, inte explicit framgår att Sverige skall följa Europadomstolens praxis. Förvisso präglas förarbetena av kompromisser och är därför inte helt entydig i alla delar. Man noterar dock att det finns vissa svårigheter med att inkorporera en konvention som är stadd i ständig utveckling genom Europadomstolens praxis. Det var emellertid regeringens ”*bestämda uppfattning*” att dessa svårigheter inte var av sådan art att inkorporering inte kunde ske, för att låta ”*Europakonventionen få full rättsverkan i vårt land*”, a. a. s. 34. Man utgår således från att praxis tillämpas.

Camerons påstående att praktikerna hävdar att skadestånd i princip alltid skall utgå är således inte korrekt. Också vi praktiker också läst fallet *Beck mot Norge*²⁵ samt därvid noterat att exempelvis strafflindring kan vara en tillräcklig och adekvat gottgörelse. Vi har också noterat att Europadomstolen inte alltid utdömer skadestånd och har framhållit att detta ofta sker avseende vissa andra, mindre allvarliga, kränkningar av exempelvis artikel 6 – exempelvis underlåtenhet att hålla muntlig förhandling eller domarjäv. Orsaken till detta lär vara att utgången i målet sannolikt hade blivit detsamma även om det formella felet inte hade varit för handen.²⁶ I andra fall är emellertid mycket vanligt att skadestånd utgår.

Däremot blir de nivåer på skadestånden som Europadomstolen vägledande (läs, ”i paritet med”). Europadomstolen tillämpar principen om *restitutio integrum* som teoretisk utgångspunkt för att bedöma storleken på skadeståndet. Klaganden skall försättas i samma situation som om kränkningen aldrig hade skett. Vi praktiker har även här noterat att det finns undantag.²⁷ Emellertid ger ju Cameron oss rätt genom hänvisningen till det tämligen färskva avgörandet *Scordinio mot Italien* och slutsatsen att ”*de nationella ersättningsnivåerna inte avsevärt får understiga domstolens egen rättspraxis om skälig gottgörelse*”. Detta sker således i samma artikel som Cameron uttalar att praktikerna ”överdriver” möjligheterna till skadestånd både när det gäller i vilka situationer skadestånd skall utgå samt med vilka belopp.

Vad som emellertid står helt klart, är att Cameron istället försöker påskina att möjligheterna till skadestånd bör vara mer inskränkt än vad som framgår av Europadomstolens praxis. Han påstår att inhemska domstolar inte alltid skall utdöma skadestånd i sådana situationer där Europadomstolen utdömer skadestånd enligt artikel 41. Det enda skälet till detta uppges – utan stöd i rättskäl-

²⁵ Dom den 26 juni 2001, mål nr. 26390/95.

²⁶ Domstolen brukar uttrycka det som att den inte kan spekulera i om utgången blivit en annan om den formella bristen inte hade varit för handen, varvid Domstolen finner att dess fastställande av kränkningen utgör en tillräcklig gottgörelse. Vi praktiker har också noterat att Europadomstolen även underlåter att utdöma skadestånd i vissa udda situationer, där Domstolen annars normalt utdömer skadestånd. Så skedde i *McCann mot Storbritannien*, dom den 27 september 1995, Serie A nr. 324. Europadomstolen fann i sak att Storbritannien i jakten på terrorister hade kränkt artikel 2. Agenter hade överreagerat varvid misstänkta terrorister hade omkommit. Emellertid utdömde inte Europadomstolen skadestånd till de anhöriga, med hänvisning till att de som dödades ostridigt var terrorister som hade för avsikt att mörda andra människor. Detta hör dock till de mer udda slagen av situationer där Europadomstolen avstår från att utdöma skadestånd.

²⁷ Exempelvis tillämpades inte principen i f.d. Kungen av Grekland, ersättningsmålet, dom den 28 november 2002, mål nr. 25701/94. Motivet till detta angavs vara att berövandet av egendomen var i enlighet med Grekisk lag – om än oproportionerligt. Eftersom berövandet var ”lagligt”, kunde inte full ersättning utgå. Detta kan emellertid inte tas för intäkt att fullt ekonomiskt skadestånd inte skall utgå varje gång en åtgärd inte strider mot laglighetskravet, utan enbart är oproportionerligt. Det rörde sig i fallet om exceptionellt mycket pengar, även ur ett statsfinansiellt hänseende.

lorna – vara att då Europadomstolen utdömer skadestånd har ett folkrättsbrott begåtts. Däremot anses inte ett folkrättsbrott ha begåtts ”om en nationell domstol ”rättar till” ett tidigare fel begånget av en myndighet genom förse offret med ett effektivt rättsmedel”. Denna ståndpunkt är knappast korrekt. För det första använder inte Europadomstolen lokutionen ”folkrättsbrott”. Den konstaterar huruvida det föreligger en kränkning (*violation*) av en materiell rättighet. Europadomstolen har enligt stadgad praxis – vilket skall utvecklas *in extenso* nedan – uttalat att staterna inhemskt skall, för det första, explicit erkänna ett inhemskt konstaterande av en kränkning och därutöver tillse att kränkningen upphör om den alltjämt pågår samt slutligen kompensera för kränkningen. Således kan kränkningar – d.v.s. vad Cameron benämner folkrättsbrott – med Europadomstolens synsätt uppstå i det inhemska systemet.²⁸ Om man nu – utan stöd – ändå vill använda sig av begreppet ”folkrättsbrott” samt med detta avse enbart situationer där Europadomstolen har konstaterat en kränkning, saknar detta relevans för frågan huruvida skadestånd skall utgå i det inhemska systemet. Allt annat skulle strida mot subsidiaritetsprincipen om staternas skyldighet att lojalt hantera och kompensera för internt konstaterade brott mot Konventionen.²⁹ Det är en annan sak att ”folkrättsbrottet” mildras genom att situationen hantaras och får sin slutliga lösning tidigare i det inhemska systemet. Det är just detta som är poängen.

Cameron hävdar vidare ”att det, än så länge, endast finns tre typer av fall där man med tillräcklig säkerhet kan säga att skadestånd ’i princip’ är lämpligt”. Dessa är, enligt Cameron, för det första brott mot artiklarna 2 och 3 (rätten till liv och förbud mot tortyr m.m.); för det andra brott mot rätten till rättegång inom skälig tid i artikel 6 samt slutligen för vissa brott mot artikel 8 i situationer ”som liknar de som gällde i TP och KM mot Storbritannien” (d.v.s. familjerättsliga tvångsomhändertaganden typ LVU). Cameron håller det dock för troligt att Europadomstolen genom praxis ”kommer att lägga till ytterligare kategorier”. Budskapet är emellertid klart. Det är denna minimalistiska syn som svenska domstolar – enligt Cameron – skall hålla sig till idag. D.v.s. inhemska domstolar skall inte utdöma skadestånd i samtliga de situationer som Europadomstolen gör det. Cameron ger emellertid inte någon förklaring om varför det i vissa situationer av inhemskt konstaterade kränkningar skall utgå inhemskt skadestånd, medan så inte är fallet i andra situationer där det inhemskt kan konstateras brott mot Konventionen för vilka Europadomstolen utdömer skadestånd.

²⁸ Det finns dock situationer där en kränkning uppstår först när ett beslut eller en åtgärd verkställs. Typexemplet är utvisningsbesluten, som sedermera inhemskt omprövas till permanenta eller tillfälliga uppehållstillstånd. Det medges att det i dessa situationer inte har uppkommit något ”folkrättsbrott”. Det saknar alltjämt relevans för den här diskuterade frågan.

²⁹ Se vidare nedan om subsidiaritetsprincipen.

Låt oss då undersöka hur det ser ut idag. Subsidiaritetsprincipen³⁰ talar förvisso om att staterna lojalt och i första hand skall hantera och reparera brott mot Konventionen, men ger ingen större vägledning om hur detta skall ske. Närmarre vägledning härom om på vilket sätt gottgörelse skall utgå nationellt så att det uppfyller konventionens krav, får man istället söka under doktrinen om ”*loss of a standing as a victim*”.

Diskussion om offer-doktrinen aktualiseras i Europadomstolen, när man på det inhemska planet har företagit en åtgärd till klagandens förmån. Staterna brukar då inte vara sena med att hävda att klaganden har förlorat sin offerstatus eller, annorlunda uttryckt, att man internt i tillräcklig mån har gottgjort den påstådda kränkningen varvid en process i Europadomstolen blir överflödig. Om så är fallet ”förlorar” klaganden också sin talerätt. Europadomstolen praxis i detta hänseende ger en klar fingervisning om vad konventionsrätten förväntar sig av de inhemska systemen.

Allmänt anger Europadomstolen i stadgad praxis att en åtgärd eller beslut som företagits nationellt till förmån för klaganden inte är tillräckligt för att denne skall förlora sin status som offer ”*unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention*”.³¹

Det är således på detta sätt som frågan om en nationell kompensation är tillräcklig i konventionsrättsligt hänseende kan bedömas. Ordet ”*redress*” – som bl.a. kan översättas ”ersättning” – behöver förvisso inte nödvändigtvis betyda pekuniärt skadestånd. Europadomstolen skulle aldrig låsa sig – eller ens spekulera i – vilka olika möjligheter till ersättning och gottgörelse som kan förekomma nationellt. I praktiken torde emellertid skadestånd ofta vara den enda ersättning eller gottgörelse som står till buds, vilket också Europadomstolen synes ha som utgångspunkt. Det är inte heller korrekt, som Cameron uppger, att det likväl finns många fall där domstolen anser att blotta konstaterandet av att en kränkning har ägt rum skall tas som ”skälig gottgörelse”. Dessa situationer är – som diskuterats ovan – ganska få.

Hur Europadomstolen ser på avsaknad av intern skadeståndssanktion i situationer där Europadomstolen regelmässigt utdömer skadestånd, framgår med önskvärd tydlighet av bl.a. av fallet *Wolfmeyer mot Österrike*.³² Fallet rörde förvisso artikel 8 (i kombination med artikel 14), men avsåg straff för frivilligt homosexuellt umgänge med ynglingar i åldern mellan 14 och 18 år. Klaganden fälldes för dylikt brott i första inhemska instans. Han frikändes dock efter att

³⁰ Till vilken Cameron också hänvisar och relativt utförligt diskuterar.

³¹ Innehållet i denna doktrin har också framförts av Europarådets Ministerkommitté i en rekommendation, Rec (2004) 6 *on the improvement of domestic remedies*, till vilken Cameron – märkligt nog med beaktande av hans slutsatser – hänvisar till.

³² Dom den 25 maj 2005, i mål nr. 5263/03. SvJT 2005 s. 953.

den Österrikiska författningsdomstolen förklarar brottsstadgandet författningsstridigt. Han erhöll dock inte full ersättning för försvararkostnaderna.

Det kan knappast hävdas att detta var en sådan situation under artikel 8, ”*som liknar de som gällde i TP och KM*” – d.v.s. ett familjerättsligt tvångsomhändertagande – och som utgör ett av de få fall som enligt Cameron kräver nationellt skadestånd. Den materiella kränkningen bestod i att homosexuellt umgänge mellan jämgamla personer mellan 14 – 18 år var kriminaliserat, medan heterosexuellt umgänge i samma situation inte var det.

Trots det inhemska frikännandet, vände sig klaganden till Europadomstolen. Svarandestaten hävdade att klaganden till följd av frikännandet samt att vissa försvararkostnader ersattes, inte längre utgjorde ett offer varför talan skulle avvisas. Staten menade att Författningsdomstolen underkännande av brottsbestämmelsen åtminstone utgjorde ett implicit ”erkännande” av kränkningen.

Europadomstolen ansåg ändå inte att klagandens offerstatus hade gått förlo-rad. Europadomstolen ansåg för det första att vare sig frikännandet eller ersättningen för försvararen utgjorde ett erkännande av kränkningen. Domstolen fortsatte: ”*Even if they did, the Court finds that neither of them provided adequate redress as required by its case law*”.³³ Domstolen noterade att klaganden utsattes för en brottmålsprocess och fälldes i första instans. Det är värt att citera och översätta fortsättningen:

”Under sådana omständigheter, är det ofattbart³⁴ hur ett frikännande utan ersättning för skada och att enbart en mindre del av försvararkostnaderna ersattes, kunde anses som adekvat ersättning (...). Detta understryks än mer, eftersom Domstolen själv har utdömt betydande ideella skadestånd i jämförbara situationer,...”³⁵

Europadomstolen indignation över Österrikes illojalitet gentemot dess praxis framgår tydligt. Den uttalar för det första att det av Europadomstolens praxis framgår att ersättning skall utgå – ”*as required by its case law*”. Dessutom uttrycker den sin förvåning att ersättning ej utgått, eftersom Europadomstolen utdömer skadestånd i samma situation. Europadomstolen synes närmast ta för givet att nationella domstolar skall döma ut skadestånd åtminstone i samma situationer som Europadomstolen gör det.

Ytterligare ett fall som förvisso också avser artikel 8, men i en situation som också väsentligt skiljer sig från Camerons exempel om tvångsomhändertagande, står att finna i fallet *Rotaru mot Rumäninen*.³⁶ Målet avsåg i sak fråga om tillåtligheten av att förvara och använda personuppgifter i hemliga register. Klaganden hade utan framgång väckt talan nationellt och yrkat avlägsnande av uppgif-

³³ Para. 31. Understruket här.

³⁴ Domstolen använde termen *inconceivable*, vilket ju är ett starkt ord i sammanhanget.

³⁵ Para. 33.

³⁶ Dom den 4 maj 2000, mål nr. 28341/95. SvJT 2000 s. 575.

terna samt skadestånd. Sedan talan anhängiggjorts vid Europakommissionen, gjordes en ny utredning av de nationella myndigheterna av vilken det framkom att klaganden inte var skyldig till brott och därför inte bort förekomma i det aktuella registret. Klaganden vände sig då ånyo till de nationella domstolarna. Han yrkade också skadestånd och ersättning för rättegångskostnader. Hösta nationella instans förklarade vissa uppgifter ”*null and void*”, men uttalade sig inte om skadestånd eller ersättning för rättegångskostnaderna.

Inför Europadomstolen hävdade Staten att klaganden inte längre kunde anses vara offer, eftersom högsta instans genom sin dom hade ställt saken till rätta. Som ett av flera skäl för att klaganden alltjämt kunde betraktas som offer, framhöll emellertid Europadomstolen att de inhemska domstolarna inte prövade klagandens ”*claim for compensation for non-pecuniary damage and for costs and expenses*”.

Rumänien fälldes också för brott mot artikel 13 om effektiva inhemska rättsmedel samt artikel 6 och rätten till *fair trial*, bl.a. till följd av att nationella domstolar inte hade prövat yrkandet om skadestånd.

Kränkningar avseende yttrandefriheten i artikel 10 faller helt utanför de kategorier som Cameron anser kräver nationellt skadestånd. Därför är *Dalban mot Rumänien*³⁷ av intresse. Journalisten *Dalban* fälldes för ärekränkning. Senare begärde åklagare att domen skulle upphävas sedan det visats att han inte var skyldig. Han frikändes slutligen – efter sin död – av Högsta domstolen, i ett avseende därför han befanns ha handlat i god tro. I ett annat avseende befanns han skyldig, men Högsta domstolen upphävde den tidigare domen även i detta hänseende. Änkan drog målet till Strasbourg, varvid Staten hävdade att frikännandet grundat på god tro utgjorde ett erkännande av att yttrandefriheten otillbörligt hade inskränkts samt att det fanns civila rättsmedel för änkan att erhålla fullt skadestånd i det inhemska systemet.

Europadomstolen fann att även om frikännande kunde betraktas som ett erkännande, ”*it is not clear whether, or how, Mrs Dalban would be able to obtain any compensation whatsoever*”.³⁸ Klaganden behöll sin status som offer. Europadomstolens utdömde skadestånd. Det kan knappast tolkas på annat sätt än att det måste finnas ett inhemskt rättsmedel som ger klaganden ”*a reasonable prospect of success*”³⁹ genom en skadeståndstalan.

För att framhäva situationer som är ännu längre från de som Cameron räknar upp, kan nämnas *Bolat mot Ryssland*.⁴⁰ Detta mål avsåg i sak indraget pass och

³⁷ Dom den 28 september 1999, mål nr. 28114/95.

³⁸ Para. 44.

³⁹ Uttrycket är hämtat från doktrinen om uttömmande av effektiva inhemska rättsmedel under artikel 35, som ju är nära förknippad med subsidiaritetsprincipen samt skyldigheten att hantera och reparera inhemskt konstaterade kränkningar. Se exempelvis, *mutatis mutandis*, *Akdivar m.fl. mot Turkiet*, dom den 16 September 1996, mål nr. 21893/93, para. 68.

⁴⁰ Dom den 5 oktober 2006, mål nr. 14139/03.

uppehållstillstånd i strid mot rätten i Artikel 2 i fjärde tilläggsprotokollet om rörelsefrihet. Målet avgjordes i början av oktober 2006, varför Cameron inte kunnat beakta just detta i sin artikel. Fallet är dock enbart ett exempel på en konsekvent utveckling i praxis. Det är medtaget här eftersom den aktuella konventionsbestämmelsen tillämpas sällan. Detta visar närmast att Europadomstolen inte begränsar ”*loss of a standing a victim-doktrinen*” till särskilda bestämmelser. I fallet hade Rysslands Högsta domstol uttalat att vissa beslut saknade grund samt var processuellt felaktiga. Europadomstolen övertygades inte om att klaganden hade erhållit adekvat gottgörelse genom detta. Den fortsatte: ”*In particular, no compensation had been awarded and his residence permit had not been extended and made available to him.*”⁴¹

Även av detta avgörande kan det svårligen dras någon annan slutsats än att det skall vara möjligt att erhålla skadestånd.

När en av staten åberopad förmånlig åtgärd för klaganden faller redan på första kravet – d.v.s. att kränkningen skall erkännas – uttalar sig Domstolen ibland mer kortfattat. En vanlig skrivning är att staten har ”*neither recognised nor, even less, redressed the violations alleged by the applicant.*” Så skedde exempelvis i *Zd-naoka mot Lettland*.⁴² Målet avsåg artikel 3 i första tilläggsprotokollet om rätten att kandidera till val och föreningsfriheten i artikel 11. Klaganden fick till följd av tidigare befattningar i det forna sovjetiska kommunistpartiet inte kandidera till vissa val. Staten hävdade – något optimistiskt – att hon inte längre kunde vara ett offer eftersom hon senare i vart fall hade möjligheten att kandidera till valet i Europaparlamentet. Europadomstolen avfärdade naturligtvis invändningen kortfattat enligt vad som angivits ovan.

Det ryska målet är dock intressant ur ett annat skadeståndsrättsligt perspektiv. Europadomstolen fann materiella kränkningar av artikel 3 i första tilläggsprotokollet och artikel 11. Eftersom klaganden också blivit avsatt som ledamot av Rigas kommunalfullmäktige, vilket var avlönat, hade hon lidit en genuin ekonomisk skada. Europadomstolen utdömde yrkat belopp för förlorad arbetsinkomst.⁴³ Vidare fann Europadomstolen att klaganden till följd av avsättandet från fullmäktige och att hon hindrats att ställa upp i val, innebar en ideell skada. Domstolen utdömde EUR 10 000.

Det ovan redovisad är inte på något sätt uttömmande. Det kan naturligtvis hävdas att vissa av de ovan beskrivna situationerna inte hade kunnat uppkomma i Sverige. Camerons framställning synes också i huvudsakligen ta sikte på en inventering av situationer som han bedömer problematiska för svensk del, snarare än en diskussion om den principiella frågan om när och under vilka förhållanden inhemskt skadestånd skall utgå. Det kan härvid framhållas att det alltid

⁴¹ Para. 58.

⁴² Dom den 17 juni 2004, mål nr. 58278/00. SvJT 2004 s. 620f.

⁴³ Para. 115.

är svårt att förutse vilka konventionsrättsliga problem som kan komma att uppstå i framtiden. Emellertid ger Cameron också uttryck för den principiella ståndpunkten att inhemskt skadestånd för visso måste utgå i vissa situationer, men inte i andra. Någon övertygande förklaring till varför så skall vara fallet erbjuder emellertid inte Cameron. Inte heller erbjuder han några övertygande argument varför det i den ena – men inte i den andra situationen – måste utgå skadestånd. Tydligast blir detta angående rättigheterna i artikel 8.⁴⁴

Den eller de som vill hävda Camerons minimalistiska hållning måste bortse från subsidiaritetsprincipen och att rättigheterna i Konventionen skall ges ett praktiskt och effektivt – i motsats till teoretiskt och illusoriskt innehåll. Den måste också bortse från att Konventionen skall ses som en helhet utan inbördes motsägelser. Det är mot bakgrund av dessa principer närmast osannolikt att Europadomstolen skulle godkänna en situation, där svensk domstol har funnit en kränkning som normalt enligt Europadomstolens praxis medför skadestånd, men den svenska domstolen ogillar ett sådant anspråk – exempelvis med åberopande av Camerons påstående att det för närvarande enbart är säkert att nationellt skadestånd skall utdömas i av honom nämnda tre situationer. Det är uppenbart att Europadomstolen inte skulle godkänna en ordning där enskilda systematiskt vore hänvisade till Europadomstolen, för att uppnå full gottgörelse.

Som också antytts ovan anser Cameron vidare att ”*man från praktikersynpunkt har velat ’gå ut hårt’ och överdriva [sic!] skadeståndsmöjligheterna*”. Utta-landet kan lätt tolkas som ett påstående om akademisk ohederlighet. Som torde framgå ovan är det emellertid istället fråga om att Cameron försöker ge sken av att skyldigheten för staterna att i första hand hantera konventionsbrott inhemskt – inkluderat utge skadestånd ”*in appropriate cases*” – är mer inskränkt än den i praktiken torde vara. Frågan är bara, varför?

Cameron synes således mena att det enbart är i de situationer som Europadomstolen klart har uttalat att skadestånd skall utgå på nationell nivå, som det föreligger en sådan skyldighet. Det räcker tydligen inte heller med ett allmänt uttalande om att skadestånd skall utgå när det uppdragas ”en eller flera brott mot Konventionen” på nationell nivå, som Europadomstolen uttalade i fallet *T.P. och K.M. mot UK* – ett uttalande som Cameron kommenterar.

Med beaktande av vad som anförts ovan – inte minst i *Wolfmeyer* – är det intill visshet gränsande sannolikt att Europadomstolen inte skulle acceptera en sådan ordning.

Jag anser därtill att frågan för svensk del är avgjord en gång för alla genom Lundgren-målet, där ju HD uttalade att det ”*måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att... ta hänsyn till Europadomstolens praxis, låt vara att det inte finns*

⁴⁴ Förvisso anger Cameron att artiklarna 2 och 3 tillhör de mest fundamentala rättigheterna i Konventionen som skäl för skadestånd i dessa fall samt problemen som Europadomstolen har med de stora antal mål om långsam handläggning.

någon på konventionen skyldighet att exakt följa denna.” Om det med uttrycket exakt menas att det föreligger en på konventionen grundad skyldighet att ungefärligen följa Europadomstolens praxis, närmast med sikte på skadeståndets storlek samt adekvansbedömning m.m., ligger ju HD:s uttalande väl i linje med Europadomstolens praxis. Detta innebär sammanfattningsvis att svenska domstolar kan kompensera konstaterade kränkningar på andra sätt än genom skadestånd, om sådan adekvat gottgörelse står till buds – vilket torde vara sällan. Om så inte är fallet måste skadestånd utgå. Det kan accepteras lägre nivåer än de Europadomstolen utdömer, men dess nivåer får inte i väsentlig mån understiga Europadomstolens nivåer.

Detta är också vad HD ger uttryck för i Lundgren.

4. SKADESTÅND ENSKILDA SINSEMELLAN – NÄSTA HETA POTATIS

Nästa heta potatis torde således vara om svenska domstolar har en skyldighet att uppfylla statens positiva förpliktelser, genom att med skadestånd på konventionsrättslig grund gottgöra enskilda som kränkts av andra enskilda. Eftersom jag anser att frågan om skadestånd på nationellt plan – som sådan – redan är avgjord samt innebär att Europadomstolens praxis under artikel 41 i vart fall ungefärligen måste följas, innebär detta att även internt skadestånd skall utgå i dessa situationer; eftersom Europadomstolen utdömer skadestånd för brott som enskilda har begått mot andra enskilda.⁴⁵ Till följd av frågan karaktär av förmoda het potatis, bör väl detta utvecklas något.

Frågan kan – som angivits inledningsvis – komma ställas på sin spets i ett mål som är anhängiggjort i Stockholms tingsrätt. Tingsrätten har beslutat att den skall fråga om Högsta domstolen – genom s.k. hissdispens – skall ta i denna heta potatis. Målet kallas av *Cameron* i ovan diskuterade artikel för *Smygfilms-målet*. Omständigheterna är följande.

Trygg Hansa anlidade två anställda på ett bevakningsföretag för att under hösten 1999 skugga och spana på en kvinna, bl.a. genom att videofilma hennes rörelsemönster i vardagslivet.⁴⁶ Det har under 7 månaders tid rört iakttagelser av kvinnan i hemmiljö, under bilfärder, under vistelse i privatstall, vid besök i affärer, bibliotek etc. Det ledde till 7 timmars råfilm, vilket redigerades ner till 1,5 timmar. Orsaken till bevakningen var att kvinnan krävde försäkringsersätt-

⁴⁵ Se exempelvis Bladet Tromsø och Stensaas mot Norge, dom den 20 maj 1999, mål nr. 21980/93. Klaganden yrkade och Domstolen utdömde det skadestånd som tidningen hade förpliktats att utge till enskilda genom inhemsk dom. Klaganden fälldes inhemskt för förtal mot enskilda. Domstolen fällde Norge för brott mot yttrandefriheten.

⁴⁶ Målet är också kommenterat i Pointlex, *Trygg Hansa krävs på skadestånd för ”spionage”*, av *Mikael Kindbom*, publicerad 2006-10-19.

ning för en whiplashskada. Trygg Hansa konfronterade kvinnan med videomaterialet. Någon försäkringsersättning utgick inte. Det väcktes åtal mot kvinnan för försäkringsbedrägeri såväl gentemot försäkringsbolaget som försäkringskassan. Kvinnan friades emellertid.

Kvinnan har därefter stämt Trygg Hansa i Stockholms tingsrätt för den fridskränkning bevakningen har inneburit. Hon har yrkat skadestånd. Grunderna för talan är ofredande enligt BrB 4 kap 7 §, skadestånd på kontraktuell grund samt brott mot rätten till privatlivet i artikel 8 i Konventionen. Grunden för att skadestånd skall utgå direkt grundat på Konventionen är artikel 13 i samma Konvention.

Det är möjligt att domstolarna ”tar det” på den inhemska brottsgrunden eller kontraktuell grund. Om så inte sker, men domstolarna finner en kränkning av artikel 8, ställs således frågan om rätt till skadestånd enskilda sinsemellan på sin spets.

Cameron har således i ovan diskuterade artikel uttalat sig om detta pågående mål och anser att ”*det är att gå väldigt långt att säga att det allmänna har en positiv förpliktelse att förbjuda (genom kriminalisering) eller belägga med sanktion (genom skadeståndsrätt) andra privata aktörer (A) från att filma enskilda (B) utanför B:s hem, särskilt när denna filmning kan hjälpa A att tillvarata sina egna civilrättsliga intressen*”. Han uppger därefter ett antal sakskaäl varför skadestånd inte skall utgå. Som kommer framgå nedan delar jag inte *Camerons* uppfattning att det är att gå väl långt. Tvärtom är det här – som i Lundgren fallet – *en naturlig utgångspunkt att... ta hänsyn till Europadomstolens praxis*.

Cameron föreslår också att kvinnan har blivit tillräckligt kompenserad genom att videomaterialet erhöåll lågt bevisvärde i brottmålsprocessen. Detta kunde möjligen kompensera för den ”onödiga” och säkerligen plågsam brottmålsprocessen, genom att det bidrog till friande dom. Emellertid är det omöjligt hävda att det utgör en adekvat ersättning för själva fridskränkningen – d.v.s. smygfilmmandet i sig. Det är också detta – och inte onödig brottmålsprocess – som utgör grunden för skadeståndstalan.

Trygg Hansa har i processen åberopat ett rättsutlåtande av professor *Håkan Andersson*, som framhåller att det saknas stöd för en dylik skadeståndsskyldighet i Europadomstolens praxis. Det synes således som att *Cameron* och *Andersson* intar samma principiella position. *Cameron* anger också i sin artikel att han ”är mycket tacksam till [sina] kollegor *Håkan Andersson*, [m.fl.], för hjälpsamma kommentarer” (!). Kvinnan har åberopat ett rättsutlåtande av professor *Bill Dufva*, som intar motsatt ståndpunkt.⁴⁷

Det finns inget entydigt stöd för vare sig den ena eller den andra ståndpunkten, när det gäller principfrågan om skadestånd skall utgå enskilda sinsemellan

⁴⁷ Båda rättsutlåtandena finns publicerade på Pointlex i anslutning till Mikael Kindboms artikel.

på nationellt plan. Man får då göra som Högsta domstolen gjorde i Pastor Green och undersöka om det är sannolikt huruvida Sverige skulle bli fällda i Europadomstolen.

Det måste framhållas att det först måste prövas huruvida det utgör en kränkning av artikel 8 i sig. Om så inte befinns vara fallet, föreligger det naturligtvis inte någon skyldighet att inhemskt utdöma skadestånd på konventionsrättslig grund. Jag avser främst att diskutera principfrågan om skadestånd enskilda sinsemellan, i en situation där Europadomstolen normalt utdömer sådant. Jag kommer dock i slutet diskutera också den materiella frågan om artikel 8 kan tänkas vara kränkt i Smygfilmsfallet.

Det skall här också framhållas att de skäl som Camerons uppger för att skadestånd inte skall utgå, som jag har uppfattat det, närmast tar sikte på en prövning huruvida artikel 8 i sig är kränkt, snarare än en principiell ståndpunkt om att skadestånd aldrig kan utgå i dylika situationer.

Frågan som främst skall diskuteras här är således om inhemskt skadestånd principiellt inte skall utgå, enbart av skälet att den som kränkt en annan enskilds rättigheter enligt Konventionen är ett privat subjekt, i situationer där förutsättningarna för skadestånd i övrigt och till fullo föreligger. En sådan ordning skulle utgöra undantag från åtminstone 3 mycket viktiga konventionsrättsliga principer, nämligen subsidiaritetsprincipen, principen om staterna positiva förpliktelser och effektivitetsprincipen. Dessa principer har i olika sammanhang berörts i denna artikelserie, men det tål att upprepa essensen i dem. Principerna hänger också ihop.

Subsidiaritetsprincipen innebär således att staterna redan på nationellt plan lojalt skall hantera och reparera brott mot bestämmelserna i Konventionen. Det är först när staterna misslyckas i detta hänseende som den enskilda kan och får vända sig till Europadomstolen. Klaganden måste först uttömma de inhemska effektiva rättsmedlen enligt artikel 35 och staterna är enligt artikel 13 också skyldiga att tillhandahålla sådana effektiva rättsmedel. Vad Europadomstolen anser om klar illojalitet kan skönjas i det ovan citerade *Wolfmeyer*, där ju Domstolen framhöll det ofattbara i att inte utdöma skadestånd på nationell nivå, när Europadomstolen regelmässigt utdömer sådant skadestånd i liknande situationer.

Vad gäller positiva förpliktelser har Europadomstolen först konstaterat att de flesta bestämmelserna i Konventionen uttrycker en negativ förpliktelse att avhålla sig från att göra ingrepp i rättigheterna. Utöver dessa negativa förpliktelser innefattar Konventionen också – som det exempelvis uttrycks i fallet *X och Y mot Nederländerna* från 1985⁴⁸ – skyldigheter att vidta aktiva åtgärder som syf-

⁴⁸ Dom den 26 mars 1985, Serie A nr. 91, para. 23. Detta är i Europadomstolens historia att betrakta som ett ”tidigt” mål. Som mål nummer indikerar var X och Y det nittioförsta målet som Europadomstolen avgjorde. Den stora måltillströmningen kom inte igång förrän på nittiotalet.

tar till skydda rättigheterna ”even in the sphere of the relations of individuals between themselves”. Detta har därefter återupprepats åtskilliga gånger.

Till *syvende og sidst* blir det i praktiken de inhemska domstolarna som har att tillämpa inhemska regler och/eller konventionsbestämmelserna fördragskonformt eller direkt, när enskilda påstås ha kränkt andra enskildas rättigheter. Det är då oftast fråga om att fastställa skuld eller vållande samt att utdöma en sanktion för en konstaterad kränkning som inte kan göras ogjord. I vissa allvarliga fall, såsom vid brott mot artiklarna 2, 3, och 4, räcker det inte med ett civilrättsligt förfarande och en civilrättslig skadeståndssanktion. Vid exempelvis mord, våldtäkt⁴⁹ och tvång för underårig att utföra hushållstjänster under slavliknande förhållanden,⁵⁰ kräver Konventionen enligt praxis att gärningarna också kriminaliseras och straffas.

Emellertid synes Europadomstolen i andra mindre allvarliga fall utgå från att en civilrättslig skadeståndssanktion är tillräckligt och det normala vid konstaterade kränkningar som inte kan repareras annat än pekuniärt.

Att det utgör normalfallet att inhemska domstolar i första rummet har att fastställa en kränkning och sanktionera detta, normalt med skadestånd, *even in the sphere of the relations of individuals between themselves*, uttrycks väl i en brittisk framställning som citerades redan i Axplock V.⁵¹ Författaren⁵² uttalar sig här om artikel 8.⁵³ Det finns anledning att upprepa och översätta passagen.⁵⁴ Det uttalas att artikel 8

”...också föreskriver en mer generell positiv förpliktelse på alla dessa områden, att företa sådana åtgärder som gör utövandet av rättigheterna i artikel 8 reella och substantiella... Staterna måste exempelvis positivt vidta åtgärder för att garantera skyddet för en individs rättigheter enligt artikel 8. Detta kan ske genom tillskapande av skyldigheter och rättigheter för en grupp individer i förhållande till för andra (exempelvis media, en förälder, en arbetsgivare, en person som begär husrannsakan),⁵⁵ eller det kan kräva att staterna allokera resurser för att förbättra situationen eller skyddet för utsatta personer. Det är den positiva dimensionen i artikel 8 som leder till vad som oftast benämns ’horisontalitet’, då enskilda använder tingsrätterna (en offentlig myndighet) för att stämma en annan privat individ (...), varpå statens positiva skyldighet uppfylls, för att försäkra, låt säga, skyddet för kändans privatliv eller hem”.

⁴⁹ Se *MC mot Bulgarien*, dom den 4 december 2003, mål nr. 39272/98. SvJT 2004 s. 75f.

⁵⁰ Se *Siliadin mot Frankrike*, dom den 26 juli 2005, mål nr. 73316/01. SvJT 2005 s. 1079f.

⁵¹ ERT 2005 s. 662, här s. 671ff.

⁵² *Human Rights Law and Practice, Lexis Nexis Butterworths, 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.

⁵³ Av den enkla anledningen att olika författare skrev om olika områden samt att författaren i fråga skrev om just artikel 8. Det kan inte tas för intäkt att detta enbart gäller artikel 8.

⁵⁴ Översättningen är min.

⁵⁵ *Search order*.

Det råder således inte någon som helst tvekan om att de positiva förpliktelserna innefattar förpliktelser för de inhemska domstolarna att lojalt tillämpa konventionsbestämmelserna samt gottgöra konstaterade kränkningar.

Det återstår ytterligare en övergripande princip – effektivitetsprincipen. Europadomstolen har i otaliga fall uttalat att rättigheterna skall tillämpas praktiskt och effektivt, i motsats till teoretiskt och illusoriskt. Ordet ”effektivt” förekommer också uttryckligen i artikel 13 om att var och en skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. Domstolen har också i stadgad praxis framhållit att klaganden enligt artikel 35 enbart är skyldiga att uttömma ”effektiva” inhemska rättsmedel. I fallet *Kudla mot Polen*⁵⁶ har Domstolen också uttalat att det inte är förenligt med artikel 13 att

”individuals will systematically be forced to refer to the Court in Strasbourg complaints that would otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have to be addressed in the first place within the national legal system. In the long term the effective functioning, on both the national and international level, of the scheme of human rights protection set up by the Convention is liable to be weakened.”⁵⁷

Kudla avsåg fråga om avsaknad i det inhemska systemet av ett effektivt rättsmedel att komma tillrätta med långsam rättsskipning. Fråga här blir då om Europadomstolen skulle acceptera att enskilda systematiskt är hänvisade till att vända sig till Europadomstolen, för att fullt ut blir kompenserade för kränkningar som förorsakats av andra privata subjekt, låt säga förorsakade av media, facket, arbetsgivare etc. Påståendet att skadestånd inte skulle utgå, enbart p.g.a. att kränkningen har förorsakats av ett annat enskilt subjekt, skulle då utgöra ett undantag från subsidiaritetsprincipen, principen om statarnas positiva förpliktelser och effektivitetsprincipen.

Andersson erkänner förvisso i ovan nämnda rättsutlåtande att ”... staten även mot bakgrund av vad som initialt är en kontrovers mellan privata subjekt kan ha en positiv förpliktelse att häva kränkande behandling är en sak (...)”. Men han framhårdar att ”något stöd för att denna statens förpliktelse även skulle inkludera en skyldighet för en domstol, att ålägga enskilda civila parter skadeståndsansvar utöver den nationella regleringen finns inget stöd för”. Sammanfattningsvis kommer Andersson fram till att ”Vid talan mellan enskilda kan emellertid inte konventionens artiklar åberopas som stöd för civila anspråk (särskilt inte ersättningsanspråk eller andra ekonomiska krav) eftersom alla rättigheter är uttryckta just som åligganden för staten.”

Andersson anför således ett argument – att rättigheterna är uttryckta som åliggande för staten – som Europadomstolen otaliga gånger och entydigt uttalat inte utgör hinder för att ge konventionsbestämmelserna effekt även i sfären en-

⁵⁶ Dom den 20 oktober 2000 i mål nr. 30210/96. SvJT 2001 s. 63f.

⁵⁷ Para. 155.

skilda sinsemellan. Uttalandet i denna del är således direkt felaktigt. Därutöver förlitar sig *Andersson* enbart på förhållandet att det inte finns något entydigt stöd för att de positiva förpliktelserna även skulle inkludera en skyldighet för nationell domstol att ålägga enskilda skadeståndsskyldighet.

Med beaktande av att den av *Andersson* förespråkade ordningen skulle utgöra klara undantag från ovan redovisade centrala och allmänna konventionsrättsliga principer, är det närmast *Andersson* som har att anföra stöd för sin uppfattning. Något sådant stöd finns inte.

Jag har ingen kunskap om varför Europadomstolen ännu inte har uttalat sig om skadestånd enskilda sinsemellan. Man skulle kunna tänka sig att ett sådant mål har kommit upp för Europadomstolens bedömning, exempelvis ett sådant fall som UC målet där Svea hovrätt fastställde tingsrättens bedömning att konventionen inte gäller enskilda sinsemellan. Där var det – som rapporteras i Axplock V – fråga om Upplysningscentralens skadeståndsskyldighet för en påstått felaktig betalningsanmärkning och en kränkning av artikel 8. Den personen kroknade emellertid och förde inte ens upp målet till HD.

Förklaringen varför Europadomstolen ännu inte har uttalat sig i frågan beror sannolikt på att frågan ännu inte har kommit på dess bord. Efter en sökning också bland avvisningsbesluten kan det konstateras att det inte heller finns något beslut som talar för *Anderssons* principiella ståndpunkt att skadestånd inte kan utgå enskilda sinsemellan. Stöd för *Anderssons* ståndpunkt skulle annars närmast stå att finna bland dessa beslut.

Däremot finns det avgöranden bland dessa avvisningsbeslut som närmast talar i den här förespråkade riktningen, därtill i beslut vars omständigheter i sak – men inte den bakomliggande nationella regleringen – ansluter mycket nära till det här diskuterade Smygfilms-fallet.

I fallet *Verliere mot Schweiz*⁵⁸ hade klaganden skadats i en bilolycka 1979 och fått allvarliga kroppsskador. Skadan var täckt av försäkring. Försäkringsbolaget betalade sjukvårdskostnaderna fram till 1985 men vägrade därefter göra ytterligare utbetalningar. Klaganden initierade en civil skadeståndstalan. Under denna process blev klaganden varse att hon stått under bevakning av privatdetektiver vid flertalet tillfällen, eftersom försäkringsbolaget hade börjat misstänka att skadorna var mindre omfattande.

Klaganden initierade därefter en talan avseende skydd för hennes privatliv, enligt särskilda bestämmelser i Schweizisk lag, som skyddar brott mot integriteten. Det finns också straffbestämmelser som stadgar att det utgör ett brott att använda en kamera för att observera en persons personliga liv. Klaganden initierade också en sådan straffrättslig talan, som hon emellertid tappade.

Hon tog således målet till Europadomstolen, som initialt hänvisade till tidigare praxis där Domstolen funnit att positiva förpliktelser också kan kräva ”the

⁵⁸ Avslagsbeslut – *ratio materia* – den 28 juni 2001, mål nr. 41953.

adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations individuals between themselves". Domstolen noterade dock att det i det aktuella målet – till skillnad från *X och Y mot Storbritannien* – fanns såväl civilrättsliga som straffrättsliga rättsmedel tillgängliga för dem som ansåg att integriteten hade kränkts.

Domstolen noterade också att de inhemska domstolarna hade företagit noga överväganden med avseende på omständigheterna i det enskilda fallet. Dessa domstolar hade särskilt beaktat att försäkringsbolaget var skyldigt att verifiera skadors riktighet. Vidare att den skadade var skyldig att medverka till en riktig bedömning och därmed acceptera att det utförs undersökningar utan att den skadade känner till det, när detta är nödvändigt. Vidare noterade Domstolen att de inhemska domstolarna hade beaktat att bevakningen – som enbart skett vid ett fåtal tillfällen på offentliga platser – begränsades till att kontrollera den skadades rörelseförmåga och avsåg att skydda försäkringskollektivet. De inhemska domstolarna hade funnit att försäkringsbolagets intressen i det enskilda fallet tog överhanden och att inskränkningen var laglig. Under dessa omständigheter fann Europadomstolen att det inte förelåg ett brott mot artikel 8.

Det skall först noteras att i det Schweiziska fallet förelåg rättsmedel som gav "*a reasonable prospect of success*" genom en civilrättslig skadeståndstalan. Det är inte situationen i Smygfilmsfallet, om skadestånd inte utgår på p.g.a. ofredande eller den kontraktuella grunden samt att skadestånd inte kan utgå enligt artikel 8 enbart på den hävdade grunden att "*Konventionen inte gäller enskilda sinsemellan*".⁵⁹

Förvisso kan försäkringsbolaget i Smygfilmsfallet också åberopa att åtgärden var företagen i försäkringskollektivets intresse och enbart därför. Det blir svårare att bedöma om försäkringsbolaget har gått över gränsen genom att – till skillnad från det Schweiziska bolaget – filma också i hemmet och i andra privata situationer samt i större omfattning och under längre effektiv tid.

Var det definitivt brister i det svenska fallet är att det inte finns någon svensk lag som på ett tillräckligt tydligt sätt sätter gränserna för i vilken omfattning och på vilket sätt bevakningen får ske. Därtill saknas uttryckliga sanktioner för det

⁵⁹ Det skall i detta hänseende noteras att HD i NJA 2003 s. 527 har gjort uttalande som skulle kunna tolkas som att HD allmänt är av uppfattningen att skadestånd inte kan utdömas mot enskilda. Målet var dock ett tokmål. En tiltalad hade stämt vissa hovrättsledamöter på skadestånd i miljonklassen, för påstått felaktig rättstillämpning. HD fann att en talan riktad mot enskilda befattningshavare grundat på konventionen inte medförde skadeståndsskyldighet. HD dömde som första instans eftersom talan riktade sig mot hovrättsledamöters tjänsteutövning. Det krävdes således inte prövningstillstånd och prejudikatvärdet kan ifrågasättas. Vad som också kan ha haft betydelse är att principalansvaret gör sig gällande. Käranden borde rätteligen ha stämt staten genom Domstolsverket. Förvisso var utgången rätt, men under alla omständigheter är det principiellt oriktig om domen ger uttryck för att skadestånd aldrig kan utgå enskilda sinsemellan. Någon djuplodande folk- och konventionsrättslig utredning presenteras inte heller i fallet.

fall bevakningen går för långt. Det faller således redan på laglighets/legalitetskravet.

Det erinras om att det krävs för att en inskränkning av de relativa rättigheterna skall vara tillåtlig – för det första – att den är föreskriven i tillräckligt klar och förutsebar lag. Åtgärden skall därtill förete ett legitimt syfte samt vara proportionerlig i förhållande till det legitima syftet och de umbäranden som klaganden får utstå.

När det gäller exempelvis hemlig övervakning, kan sådan enbart vara förenlig med Konventionen om den är strängt nödvändig. I praxis ställs det därför förhållandevis stränga krav på ”legaliteten” och ”proportionaliteten”.⁶⁰ Det ovan diskuterade fallet *Rotaru*, som rörde bevarande av uppgifter i hemliga register, fann Europadomstolen att det fanns en nationell lag som gjorde registrering laglig. Det fanns emellertid inga regler som angav några gränser för denna registrering, inga regler för vilken slags information som fick registreras, vilka personer som informationen fick avse, under vilka omständigheter insamlande och förvaring fick ske, vilket förfarande som skulle tillämpas och under hur lång tid lagringen fick ske. Som även Danelius framhåller,⁶¹ fäste Europadomstolen särskild vikt vid att det inte fanns något effektivt kontrollsystem som kunde förebygga missbruk av systemet.

Europadomstolen fann därför att inskränkningen inte var föreskriven i tillräckligt förutsebar och klar lag, varför artikel 8 var kränkt.

Liknande resonemang om att det i lag måste ställas upp gränser för utövandet av den bevakande verksamheten samt behovet av oberoende effektiv kontroll av verksamheten, har förts beträffande hemlig telefonavlyssning⁶² samt vid kontroll av exempelvis frihetsberövades korrespondens.⁶³

Den svenska lagen om bevakningsföretag⁶⁴ föreskriver enbart tillståndsplikt och att länsstyrelsen har tillsynsansvar. Kraven för tillstånd regleras i mycket allmänna termer som att verksamheten skall bedrivas på ett sakkunnigt och omdömesgillt sätt, att den inte sker på en från allmän synpunkt olämplig inriktning etc. Det är inget remedium som ger enskild rätt att klaga i ett enskilt fall. Framförallt finns inget rättsmedel som ger den enskilde upprättelse vid missbruk.

Det är således min uppfattning att bevakningen i förevarande fall inte skulle klara laglighetskravet. Som bekant utgör laglighetskravet den första och främsta förutsättningen för att en inskränkning skall anses tillåtlig. Även *Cameron* fram-

⁶⁰ Se exempelvis *Jon Fridrik Kjølbro, Den Europeiske menneskerettighedskonvention – for praktikere*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005, s. 470.

⁶¹ SvJT 2000 s. 576.

⁶² Se *Kjølbro*, med hänvisning bl.a. till *Amann mot Schweiz och Valenzuela Contreras mot Spanien*.

⁶³ Se *Kjølbro*, med hänvisning bl.a. till *Herczegfalvy* och *Foxley* domarna.

⁶⁴ SFS 1974:191.

håller i ovan diskuterade artikel betydelsen av laglighetskravet. Försåvitt gottgörelse inte sker i förevarande fall, saknas det i Sverige en effektiv kontrollmekanism mot missbruk. Det skall framhållas att Domstolen i Rotaru år 2000 utdömde ett ideellt skadestånd om 50 000 franska franc.

Det är med betraktande av *Verliere* mer osäkert hur utfallet skulle bli vid en proportionalitetsprövning. Det är alls inte säkert att Europadomstolen skulle finna att omständigheterna i detta fall är tillräckligt lika, för att fria på denna punkt. Det erinras att filmningen i det fallet inte skedde på samma närgångna sätt. Det blir dock onödigt att ens pröva denna fråga, om det faller på laglighetsrekvisitet.

Det är osannolikt att Europadomstolen inte skulle utdöma ett ideellt skadestånd, om den skulle finna att förevarande bevakning skulle utgöra ett brott mot laglighetskravet. Det återstår då att fundera på vad Europadomstolen skulle anse om – som Trygg Hansa och *Andersson* synes förespråka – att klaganden ändå måste vända sig till Europadomstolen för att bli fullt ut kompenserad för brottet.