
AXPLOCK VIII – UR SVENSK KONVENTIONSTILLÄMPNING

Offentliga enheters grundläggande rättigheter till skydd mot enskildas krav eller upp- och nervända världen

Jan Södergren*

1. INLEDNING

Detta Axplock handlar främst om två domstolsavgöranden som enligt mig är märkliga och ger intrycket av att offentliga enheter måste skyddas mot enskildas anspråk på skydd för konventionsrättigheterna, snarare än tvärtom.

I ett beslut tillerkändes staten en rättighet som har utvecklats av Europadomstolen under artikel 6 och maximen att ”*justice must not only be done, it must also be seen to be done*” – s.k. objektiv partiskhet. Attunda tingsrätt ansåg att en rådmann inte framstod som opartisk till följd av vissa sympatyttringar för klaganden. Det var i sak fråga om en mellandom avseende statens preskriptionsinvändning avseende ett formellt för gammalt skadeståndsanspråk. Som skall utvecklas nedan hade tingsrätten ett så bräckligt stöd i Europadomstolens praxis för att det skulle kunna utgöra objektiv partiskhet, att beslutet i vart fall – om inte direkt felaktigt – framstår som ett utslag av stark judiciell aktivism. Detta kan möjligen vara i sin ordning om det vore konsekvent och till förmån för enskilda. Emellertid är en sådan aktiv tolkning av Europadomstolens praxis mycket ovanlig för svenska domstolar, när det gäller att tillvarata enskildas rättigheter gentemot staten. Här var det istället fråga om att tillvarata statens rättigheter gentemot enskilda. Staten kan knappast tillerkännas mänskliga rättigheter.

* Advokat, verksam på advokatbyrån J.Södergren Advokatbyrå AB.

I ett annat avgörande har en hovrätt givit kommuner skadeståndsrättslig immunitet avseende krav som grundar sig direkt på brott mot bestämmelserna i konventionen.

Båda dessa avgöranden skyddar således offentliga enheter mot enskildas anspråk, vilket enligt min mening visar på upp- och nervända världen, när det gäller svensk tillämpning av Europakonventionen. Det finns därför anledning att diskutera och analysera målen i denna artikel.

Det sagda leder också till slutsatsen att lagstiftaren måste klargöra vem som ansvarar för konventionskränkningar på det nationella planet, när brott däremot begås av andra rättssubjekt än staten. Detta kommer att diskuteras i det avslutande avsnittet.

2. OBJEKTIV OPARTISKHET

2.1 Tingsrättens jävsförklaring av domare i det s.k. styckmordsmålet

Attunda tingsrätt förklarade således i beslut 2008-08-05¹ att rådmannen Nils Hedström var jävig, i det uppmärksammade målet om skadestånd i kölvattnet av den s.k. styckmordsrättegången. Bakgrunden var att rådmannen i mellandom 2008-04-22 fastställde att staten inte kunde hävda att skadeståndsanspråk riktade mot den var preskriberade, trots att civilrättslig preskription formellt hade inträtt. Materiellt rör huvudmålet således skadeståndsanspråk som de två läkarna – i media benämnda Obducenten och Allmänläkaren – riktat mot staten bl.a. för att deras läkarlegitimationer drogs in i kölvattnet av det uppmärksammade målet om mordet och styckningen av Catrine Da Costa.

Staten anförde – genom Justitiekanslern (nedan JK) – en jävsinvändning mot rådmannen. Denna grundade sig på vissa uttalanden i mellandomen, som JK uppfattade som sympatittringar för kändens sak. Samtidigt menade JK att staten i mellandomen tillskrevs oegentliga avsikter med preskriptionsinvändningen. JK menade att uttalanden i mellandomen om att skadeståndstalan utgjorde ”ett av flera förtvylade försök från läkarna att rentvå sig från... oerhörda anklagelser” medan staten ”försöker förstöra läkarnas möjligheter därtill”, vilket skulle utgöra ”ett allvarligt ingrepp i läkarnas rättssfär”, gav uttryck för partiskhet. Vidare kritiserade JK att det i mellandomen angavs att staten eftersträvade att ”rycka undan läkarnas förutsättningar för att kunna erhålla skadestånd” och hindra deras försök att visa att de är oskyldiga.

Tingsrätten biföll i en tredomarsits JK:s jävsinvändning. Tingsrätten framhöll inledningsvis att den visserligen inte hyste några tvivel om att rådmannen ”i och för sig skulle agera opartiskt i målet och att han säkerligen skulle tillerkänna

¹ I mål T 3798-07.

staten dess legitima processuella rättigheter såsom svarande i ett dispositivt tvistemål". Det finns anledning att citera delar av tingsrättens fortsatta beslutsskäl:

Vid bedömningen av frågan om jäv föreligger bör emellertid även Europadomstolens rättspraxis på området beaktas. Att det är staten som är svarande i processen bör därvidlag inte tillmätas någon betydelse utan staten bör i detta avseende betraktas som vilken svarande som helst i ett tvistemål, vilken funnit sig ha anledning att ifrågasätta domstolens opartiskhet. Såsom framhållits av t.ex. Ehrenkrona, SvJT 1999 s. 488 och Fitger, Rättegångsbalken I s. 4:23 synes Europadomstolen hylla maximen "justice must not only be done, it must also be seen to be done". Det innebär inte bara att en domare inte får ha haft en personlig övertygelse eller ha agerat på ett sådant sätt att hans opartiskhet av den orsaken kan sättas i fråga (subjektiv opartiskhet) utan också att det uppställs krav på att det för en objektiv betraktare inte får föreligga något tvivel om domstolens opartiskhet (objektiv opartiskhet). Med andra ord är det alltså inte endast av vikt att domstolen gör rätt; det är också av vikt att det utåt syns att domstolen är objektiv och inte tar ovidkommande hänsyn.

Tingsrätten fann att vissa kommentarer i mellandomen inte var nödvändiga för att pröva den i mellandomstemat uppställda frågan och att uttalanden i mellandomen medförde

"...att Justitiekanslerns processföring i målet framstår som klandervärd. Det ligger därför nära till hands att uppfatta dem som sympatyttringar för karendens sak på sätt Justitiekanslern har gjort gällande. Härtill kommer att Nils Hedström avfattat ett förhållandevis långt yttrande i själva jävsfrågan, varigenom han på grund av sitt till synes stora engagemang i frågan numera närmast blivit att uppfatta som Justitiekanslerns vederdeloman i vart fall i denna fråga.

Mot bakgrund av det ovan anförda och även med beaktande av beslutet att inte tillåta mellandomen att överklagas särskilt trots att den, enligt sin egen ordalydelse, utgör ett avsteg från gängse praxis finner tingsrätten vid en samlad bedömning att sådana omständigheter föreligger som innebär att det för en objektiv betraktare skulle kunna föreligga tvivel om domarens opartiskhet."

Tingsrättens bärande skäl för slutsatsen att mellandomen inte levde upp till kravet på objektiv opartiskhet synes ha varit att rådmannen framförde sympatyttringar till förmån för karenden och till nackdel för svaranden. Särskilt allvarlig ansågs rådmannens uttalande vara om att statens skäl för preskriptionsinvändningen framstod som "*föga beaktansvärda*".

Det finns anledning att kritisera jävsbeslutet utifrån ett konventionsrättsligt perspektiv i två hänseenden. Det första är att det enligt nu föreliggande konventionspraxis knappast kan hävdas att de ifrågasatta uttalandena skulle utgöra objektivt jäv. Europadomstolen skulle – om den skulle följa hittillsvarande praxis – högst sannolikt finna att staten inte hade befogad anledning befara partiskhet från domstolens sida. Tingsrättens beslut i jävsfrågan framstår därför som ett resultat av vågad judiciell aktivism, vilket är helt unikt i svensk rättshis-

toria när det gäller svenska domstolars förhållningssätt till Europadomstolens praxis.²

Vidare måste beslutet kritiseras eftersom staten tillerkändes individuella fri- och rättigheter med direkt stöd av Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Detta är enligt min uppfattning principiellt felaktigt.

Dessa två kritiska punkter skall utvecklas var för sig strax nedan.

2.2 Uttalandena utgör sannolikt inte ett brott mot regeln om objektivt jäv

Kravet på objektiv opartiskhet har således utvecklats i Europadomstolens praxis under rätten i artikel 6 om rättvis rättegång ”*infor en oavhängig och opartisk domstol*”.

Den objektiva opartiskheten innefattar enligt stadgad konventionspraxis en prövning om det med hänsyn till några särskilda omständigheter, objektivt sett, finns rimlig anledning att frukta att en domare inte har varit opartisk. Majoriteten av Europadomstolens avgöranden har avsett vad som närmast är att hänföra till organisatoriska brister eller strukturella problem, som att en domare tidigare har tagit ställning till samma fråga. Många fall har rört sammansättningar i militärdomstolar där ”åklagaren” har haft högre militär rang än domarna. Det finns också en del mål – bl.a. svenska avgöranden – där domstolens sammansättning har haft betydelse, såsom fallet *Holm mot Sverige*.³ Jury-medlemmar med politisk tillhörighet hos socialdemokratin var i majoritet i en tryckfrihetstalan riktad mot en socialdemokratisk skrift, vilket utgjorde ett brott mot kravet på objektiv opartiskhet. Ett annat exempel utgörs av *Langborger mot Sverige*,⁴ där det var fråga om bostadsdomstolens sammansättning av intresseledamöter av hyresgäster och fastighetsägare. Dessa ansågs i målet ha ett gemensamt intresse som stred mot klagandens intresse (bibehållandet av en förhandlingsklausul), vilket utgjorde ett brott mot jävsregeln i artikel 6. Det blev motsatt utgång i fallet *Kellermann mot Sverige*,⁵ där intresseledamöterna bestående av arbetsgivare- och arbetstagarledamöterna – i motsats till fallet *Langborger* – inte hade ett gemensamt intresse som stred mot klagandens. Eftersom det förelåg balans mellan intressena utgjorde det inte ett brott i *Kellermann*.

Andra typexempel där parter kan ha befogad anledning att befara objektiv partiskhet är naturligtvis släkt- eller vänskapsförhållanden mellan domare och motpart eller till motparten närliggande intressen.

² Möjligen undantaget den friande domen i Åke Green-målet, NJA 2005 s. 805.

³ Dom den 25 november 1993, Serie A nr 279-A.

⁴ Dom den 22 juni 1989, Serie A nr 155.

⁵ Dom den 26 oktober 2004 i mål nr 41579.

Brott mot kravet om objektiv opartiskhet kan också tänkas uppkomma om en domare – i eller utanför tjänsten eller domstolens väggar – har givit uttryck för skuld eller att domaren har tagit ställning i ett mål före dess avgörande.

Däremot finns inget stöd i Europadomstolens praxis för att det skulle anses utgöra ett brott mot kravet på objektivt opartiskhet att domare framför t.o.m. mycket starka sympati- eller antipatityttringar mot en part eller dennes sak.

Tvärtom finns det närmast stöd för motsatsen. I de båda inadmissibility-besluten *Lehtinen mot Finland*⁶ och *Ranson mot Förenade konungariket*⁷ uttalande Europadomstolen att ”enbart förhållandet att en domare intar en starkt negativ syn på klagandens talan eller, för all del, person – inte i sig själv utgör jäv”.

Det finns anledning att något uppehålla sig vid fallet *Ranson*. I sak var det fråga om infekterade bodelnings- och umgängesprocesser efter en skilsmässa. Det uppstod snabbt en infekterad stämning även mellan fadern/mannen och den domare i första instans som var satt att avgöra båda frågorna. Jävsfrågan kom upp redan på nationell nivå, där det bland annat konstaterades att domaren gick samman med moderns ombud när det gällde att gå hårt åt mannen i ett korsförhör. Samtidigt konstaterades det att domaren i allt för hög utsträckning avbröt fadern och hans ombud när de korsförhörde motparten, d.v.s. den förutvarande hustrun och modern. Domaren gjorde även starkt negativa uttalanden om faderns person, som att han var ”intensively determined to succeed, apparently to whatever cost” och att han ”reacts very strongly, vigorously and manipulatively to what he sees as opposition to him”. Det kan – enligt min mening – kunna ifrågasättas om alla negativa uttalanden och omdömen var nödvändiga för att nå de slutsatser som första instans gjorde i de olika processerna.

Europadomstolen uttalade sig inte slutligt om detta gav fadern en befogad anledning att befara objektivt jäv. Det hade under alla förhållanden reparerats i högre instans. Det kan dock dras slutsatsen att Europadomstolen ansåg att det utgjorde ett gränsfall, men knappast ett klart fall av jäv. Europadomstolen tillade också att ”unduly harsh or even oppressive behaviour by a judge is not necessarily a reflection of personal prejudice”.

Det var här således fråga om antipatityttringar som delvis yttrats under förhandling och således innan överläggning till dom. För det första kan det knappast göras någon åtskillnad mellan sympati- och antipatityttringar. För det andra måste det rimligen finnas ett mindre utrymme för sådana yttringar innan dom eller beslut ges. Risken för att en part bibringas en befogad farhåga om jäv är naturligen större om domaren uttrycker sympati eller antipati innan all bevisning presenterats och samtliga överväganden är gjorda. Omvänt måste konstateras att en dom eller ett beslut till den ena partens fördel i någon mening alltid

⁶ Partiellt avvisningsbeslut den 16 maj 2006 i mål nr 43160/98. En av de frågor som avvisades var just påståendet om brott mot kravet på objektiv opartiskhet.

⁷ Avvisningsbeslut den 2 september 2003 i mål nr 14180/03.

måste ses som en sympatyttring för den vinnande parten. Det kan således på goda grunder hävdas att utrymmet för sympati- och/eller antipatyttringar i dom- och beslutsskäl är tämligen stort.

Med beaktande härav ger – enligt min uppfattning – fallet Ranson god vägledning för hur Europadomstolen skulle ha dömt, om det här diskuterade jävs-målet hade legat på dess bord. Europadomstolen hade sannolikt funnit att den förlorande partens påstådda farhågor om jäv inte var ”*objectively justified*”. Enligt min bestämda uppfattning kommer JK:s påstådda farhågor med anledning av rådmannens uttalanden i mellandomen inte ens i närheten av de farhågor om partiskhet som Mr. Ranson objektivt kunde hysa med anledning av domarens agerande i det fallet.

Det är också av betydelse att de uttalanden som rådmannen anförde – såsom att skälen bakom statens preskriptionsinvändning var föga beaktansvärda – i högsta är grad relevanta vid en proportionalitetsprövning.⁸ För att uttrycka det enkelt⁹ innefattar en proportionalitetsprövning – som Danelius uttrycker det¹⁰ – ”en avvägning av hur stort ingreppet i den enskildes rätt är och hur starkt det behov är som skall tillgodoses genom ingreppet”. Vid prövningen av hur starkt allmänhetens behov av ingreppet gör sig gällande, är naturligtvis skälen bakom statens preskriptionsinvändning av omedelbar relevans. Om rådmannen – rätt eller fel – kom fram till att dessa var föga beaktansvärda, har han inte bara haft en rätt att ge uttryck för detta i domskälen. Det skulle närmast utgöra ett utslag av dålig och kritikvärd rättskipning om det inte redovisades.

Vilken farhåga i jävshänseende som staten subjektivt må ha uppfattat det, är det enligt mig inte möjligt dra slutsatsen farhågorna i konventionsrättslig mening var ”*objectively justified*”.

2.3 Staten kan inte åberopa och tillerkännas mänskliga rättigheter

Tingsrätten fann således förhållandet att staten var svarande i processen inte borde ”...*tillmätas någon betydelse utan staten bör i detta avseende betraktas som vilken svarande som helst i ett tvistemål, vilken funnit sig ha anledning att ifrågasätta domstolens opartiskhet*”. Den fann därvid att Europadomstolens praxis på området skulle beaktas. Den av Europadomstolen utvecklade maximen om att det också objektivt sett måste framstå som att rättvisa blev skipad, var helt avgö-

⁸ Tingsrätten uteslöt inte att rådmannen därigenom avsett att tydliggöra skälen för att förklara anspråken som preskriberade, men fann att det valda uttryckssättet gav intrycket att han funnit motiven för att framföra preskriptionsinvändningen kan ifrågasättas och att han inte anser att Justitiekanslern överhuvud skulle ha tillåtit sig att framföra invändningen.

⁹ Jag avser inte här utveckla kriterierna för proportionalitetstesten och de komplikationer som sådana test kan medföra i praktiken. För en fyllig och tämligen färsk artikel i ämnet, se *Camilla Antoft, Proportionalitetsprincipen enligt Europakonventionen*, ERT 2007 s. 138 ff.

¹⁰ Tredje upplagan 2007 av hans ovan angivna kommentar med samma titel, s. 50.

rande för tingsrättens beslut. Någon sådan regel finns inte heller uttryckt i internt svenska rättskällor. Det kan därför inte hävdas annat än att staten tillerkändes mänskliga rättigheter.

Vad gäller frågan om staten kan tillerkännas mänskliga rättigheter skall redovisningen här först ta sin utgångspunkt i ett avgörande avseende kommuners talerätt i Europadomstolen enligt artikel 34 om enskildas talerätt.

Danderyds kommun anhängiggjorde nämligen 1999 ett klagomål i Europadomstolen där den hävdade att den s.k. Robin Hood-skatten dels i sig stred mot egendomsskyddet i artikel 1 i första tilläggsprotokollet samt att det stred mot artikel 6 och rätten till domstolsprövning att skatteverkets beslut inte gick att överklaga till domstol. Europadomstolen beslutade att avvisa talan, eftersom kommuner inte anses ha talerätt inför Strasbourg-domstolen.¹¹ Europadomstolens motivering sätter den här diskuterade frågan i perspektiv. Den har också bäring på frågan nedan om kommuners skadeståndsrättsliga immunitet vid överträdelse av rättigheterna i konventionen. Det finns därför anledning att citera och översätta delar av beslutsskäl.

Danderyds kommun anförde att svenska kommuner utgör en självständig juridisk person och att de – i tvister – agerar ”*in its own capacity*”, vilket enligt kommunen inte innebär att de agerar ”*on behalf of the Government*”.

Europadomstolen höll inte med. Med hänvisning till tidigare praxis fann den att

”det är inte enbart statens centrala organ som utgör statliga organisationer, i motsats till icke-statliga organisationer, utan också decentraliserade myndigheter som utövar offentliga funktioner, oaktat graden av självständighet *vis-à-vis* de centrala organen. Detta är fallet även om kommunen hävdar att den i den aktuella situationen agerar som ett privat organ.

Vidare, att betrakta en svensk kommun som en icke-statlig organisation motsägs klart av förhållandet att dess agerande kan aktualisera svenska statens ansvar under Konventionen. Utifrån Domstolens perspektiv är hierarkin mellan olika statliga organ inte relevant vid bedömningen av ett klagomål inför den. Vidare är en konflikt mellan ett centralt statligt organ och en kommun snarare en konflikt om jurisdiktion som inte Domstolen skall lösa.

En kommun kan inte heller betraktas som en grupp av individer. En sådan tolkning skulle inte vara förenlig med distinktionen mellan å ena sidan grupper av individer och å andra sidan icke-statliga organisationer.

För återvända till förevarande mål, finner Domstolen att klaganden helt klart utgör ett offentligt organ som utövar offentliga funktioner. Det måste därför betraktas som en statlig organisation.”

Eftersom Domstolen enligt ordalydelsen i artikel 34 enbart får ta emot klagomål från enskilda personer, icke-statliga organisationer och grupper av enskilda personer, avvisades talan.

¹¹ Europadomstolens avvisningsbeslut den 7 juni 2001 i mål nr 52559/99.

Det torde därmed givetvis stå helt klart att inte heller det centrala statsorganet, ens i egenskap av enskild part i ett dispositivt tvistemål, skulle ha talerätt i egenskap av klagande i Europadomstolen.

Det är förvisso nödvändigtvis inte fel att i den interna rättsordningen tillerkänna staten samma processuella rättigheter i dispositiva tvistemål där staten uppträder som part. Det kanske t.o.m. är lämpligt och önskvärt. Helt självklart är dock inte detta. Staten har ju i detta perspektiv närmast oändliga resurser att processa och kan därmed förorsaka stora kostnader för de enskilda.

Det är däremot avsevärt mer tveksamt – för att inte säga principvidrigt – om staten i avsaknad av interna regler tillerkänns rättigheter som utvecklats under ett internationellt instrument, vilket syftar till att skydda enskildas rättigheter mot kränkningar av från statens sida.

Argumentationen är ansträngd och beslutet framstår som ytterligare ett exempel där domstolar kommer till statens undsättning. Även strax nedan diskuterade mål om kommuners immunitet mot konventionsrättsliga skadeståndsanspråk har – enligt mig – denna karaktär.

3. KOMMUNERS IMMUNITET MOT KONVENTIONSRÄTTSLIGA SKADESTÅNDSANSPRÅK

I en mellandom från juni 2008 fann Göta hovrätt¹² att en kommuner inte ansvarar i skadeståndsrättsligt hänseende för brott mot Europakonventionen. Domen inger betänkligheter. Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd.¹³ Det är möjligt att Högsta domstolen redan har avgjort målet när denna artikel kommer ut i tryck. Ett ställtips är att Högsta domstolen ändrar utgången och således kommer till slutsatsen att kommuner i det inhemska systemet inte enbart ansvarar för fel och försummelse vid myndighetsutövning, utan även för brott mot mänskliga rättigheter. Det finns ändå anledning att kommentera målet. Dels är hovrättens resonemang märkligt. Därtill utgör domen – som angivits ovan – enligt mig ytterligare ett exempel på svenska domstolars benägenhet att ”hellre fria än fälla” offentliga enheter, när det påstås brott mot Europakonventionen. Domen pekar också på det osäkra rättsläget i Sverige vad gäller inhemska effektiva rättsmedel att göra gällande brott mot konventionen som är förorsakade av andra rättssubjekt än staten. Det sistnämnda visar på behovet av lagstiftning, vilket kommer att diskuteras i det sista avsnittet i denna artikel.

Hovrätten fastställde – i likhet med tingsrätten – att Nora kommun inte kunde åläggas att betala skadestånd till kärandena grundat på en överträdelse av

¹² Göta hovrätts dom den 30 maj 2008 i mål nr 2939-07.

¹³ Högsta domstolens beslut den 21 oktober 2008 i mål T 2955-08.

Europakonventionen. Hovrätten konstaterade först att artikel 13 i konventionen förpliktar staten att tillhandahålla inhemska rättsmedel och att Högsta domstolen i ett antal fall under senare tid har utdömt skadestånd ”utan särskilt lagstöd” i den mån Sverige har en förpliktelse att gottgöra överträdelser av Europakonventionen.¹⁴

Hovrätten hänförde sig också till Högsta domstolens avgörande i NJA 2007 s. 747 där HD fann att privata rättssubjekt (i fallet ett försäkringsbolag) inte kan åläggas skadeståndsansvar för brott mot konventionen med mindre än att det finns fördragskonformt tolkningsutrymme med någon ”intern” svensk skadeståndsbestämmelse. Hovrätten fann i målet mot kommunen, i likhet med tingsrätten, ”att det inte synes ha varit Högsta domstolens avsikt, ..., att genom den ovan nämnda principen ålägga andra rättssubjekt än staten en skadeståndsskyldighet grundad direkt på Europakonventionen.” Det kan tilläggas att Högsta domstolen i 2007 års fall förde resonemang om att det skulle vara oförutsebart om privata rättssubjekt ålades ett skadeståndsansvar utan särskilt stöd i lag.

Det är märkligt – enligt mitt förmenande – att hovrätten enbart stödde sig på vad Högsta domstolen kan ha haft för ”avsikt”, utan att undersöka relevant konventionspraxis. Förvisso diskuterade hovrätten vissa av klagandena åberopade avgöranden från Europadomstolen där den svenska staten fälltts när kommunal verksamhet har varit föremål för prövning, d.v.s. när kommuner har begått handlingar som påstås utgöra brott mot Europakonventionen. Hovrätten fann emellertid att det i dessa fall var ”den svenska statens skadeståndsskyldighet på grund av brott mot sina åtaganden enligt Europakonventionen som varit föremål för [Europa]domstolens intresse... Europadomstolens praxis kan därför inte föranleda slutsatsen att kommuner är likställd med staten på ett sätt som kan grunda en kommunal skadeståndsskyldighet enligt konventionen.”

Att kommuner är ”likställda” med staten var ju emellertid precis vad Europadomstolen konstaterade i det ovan diskuterade fallet Danderyds kommun, låt vara att det i det fallet var fråga om en kommun på grund av sin koppling till offentlig maktutövning inte kunde ha talerätt i Europadomstolen. Det ligger ändå närmare till hands att Europadomstolen inte hade godtagit att kommuner i det inhemska systemet befrias från ansvar för brott mot konventionen, för såvitt det inte finns någon annan instans – exempelvis staten – som genom någon slags principalansvar kan åläggas att gottgöra för kommuners kränkningar. Så som har diskuterats många gånger i denna artikelserie, kräver Europakonventionen att det finns effektiva nationella rättsmedel för att beivra brott mot bestämmelserna i konventionen samt att det måste utgå gottgörelse i någon form. Det är enligt stadgad konventionspraxis ytterst domstolarna som måste

¹⁴ Hovrätten hänförde sig till NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 295 och NJA 2007 s. 584.

tillförsäkra effektiva rättsmedel genom att tillämpa konventionen i det inhemska systemet.

Det är det sistnämnda – om det existerar effektiva inhemska rättsmedel för såvitt kommuner inte ansvarar – som hovrätten borde ha analyserat utifrån Europadomstolens praxis (inte vad Högsta domstolen möjligen kan ha avsett med NJA 2007 s. 747). Denna fråga avfärdade emellertid hovrätten lättvindigt genom att uttala att vad ”*klagandena anført betræffande effektiva rättsmedel i enlighet med Europakonventionen förändrar inte denna bedömning*”.

Förvisso lägger sig Europadomstolen inte onödigtvis sig i *hur* de effektiva rättsmedlen är utformade i det nationella systemet. Om det vore så att det fanns ett effektivt inhemskt rättsmedel där staten ansvarar även för kränkningar som primärt har begåtts av andra rättssubjekt än staten, skulle detta utan tvekan accepteras av Europadomstolen. Däremot bryr sig Europadomstolen desto mer om *att* det finns effektiva inhemska rättsmedel.

Det framgår inte av hovrättens domskäl huruvida den ägnat någon tanke om på vilket sätt staten skulle uppfylla sina förpliktelser enligt subsidiaritetsprincipen – d.v.s. att det i första hand ankommer på staterna att lösa brott mot konventionen på det nationella planet – när hovrätten drog slutsatsen att kommuner inte ansvarar för brott mot konventionen. Ansåg hovrätten att klagandena istället skulle ha stämt staten eller var hovrätten av uppfattningen att det inte ankom på den att ha någon uppfattning i frågan?

En sak är dock säker. Om det inte finns ett effektivt inhemskt rättsmedel så utgör det ett brott mot artikel 13. Samma konstaterande kan göras om NJA 2007 s. 747. Detta följer av – som många gånger har diskuterats i Axplock – staternas positiva förpliktelser att skydda enskilda från brott begångna även av privata rättssubjekt och att detta enligt subsidiaritetsprincipen måste ske redan på nationellt plan. Gäller förpliktelsen i förhållande till privata rättssubjekt gäller det naturligtvis också i förhållande till kommuner. Europadomstolen har med andra ord synpunkter på hur Europakonventionen tillämpas av nationella domstolar, såväl i tvister enskilda sinsemellan som mellan enskilda och kommuner. Det finns i detta hänseende skäl att citera Europadomstolen i ett färskt avgörande med den svenska staten som svarande. I *Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige*¹⁵ var det fråga om en tvist mellan en hyresvärd och hyresgäst om en förpliktelse i ett hyreskontrakt om att ta bort en parabolantenn. Svea hovrätt godtog att hyresvärden vräkte klagandena till följd av deras vägran att montera ned parabolantennen. I Europadomstolen invände den svenska staten att det var fråga om en tvist mellan två privata parter över en kontraktuell förpliktelse och att det inte förekommit något intervention från en offentlig myn-

¹⁵ Dom den 16 december 2008, mål nr 23883/06.

dighet som aktualiserade statens positiva förpliktelse. Europadomstolen höll inte med utan anförde följande:

”Förvisso, Domstolen har i teorin inte någon uppgift att lösa tvister av rent privat natur. När detta väl är sagt, vid utövandet av den europeiska övervakningsfunktionen som ålagts Domstolen, kan den inte förhålla sig passiv när nationella domstolars tolkning av en rättslig regel, må det vara testamentariska dispositioner, ett privat kontrakt, ett offentligt dokument, en skriven lag eller administrativt förfaranden, framstår som orimlig, godtycklig, diskriminerande eller, mer vitt, kommer i konflikt med konventionen.”

Nu gällande ”svenska” rättsläge kan bara vara förenligt med konventionen om det finns ett effektivt rättsmedel i Sverige för att stämma staten, när det är andra rättssubjekt än staten som primärt har förorsakat kränkningen. De krav som ställs på effektiviteten av ett rättsmedel framgår av praxis angående artikel 13 såväl som under artikel 35:1. Rättsmedlen måste vara tillgängliga och tillräckliga. ”*Their existence must be sufficiently certain not only in theory but also in practice failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness*”,¹⁶ som Europadomstolen uttrycker det i stadgad praxis. Det föreligger således krav på att de rättsmedel som staten har en skyldighet att tillhandahålla enligt artikel 13 (och som klagandena har att uttömma enligt artikel 35:1 innan de får tillgång till Strasbourg-domstolen) – är tillräckligt förutsebara. Rättsmedlet måste också ge ”*a reasonable prospect of success*”.

Finns det då ett effektivt och förutsebart rättsmedel i Sverige för att stämma staten för brott mot konventionen, som har begåtts av annat rättssubjekt än staten själv? För vad skulle staten stämmas? Felaktig eller otillräcklig lagstiftning?

Det torde vara få rättslärdar som före avgörandet i NJA 2007 s. 747 ens skulle umgås med tanken att det enligt svensk rätt vore möjligt att stämma staten med avseende på ett vållande som förorsakats av ett rättssubjekt med egen rättskapacitet. Dessutom strider det flagrant mot svensk rättstradition och den balans som upprättats mellan lagstiftarens och domstolars funktioner, att staten kan bli skadeståndsskyldig för ”felaktig” eller ”otillräcklig” lagstiftning. Det alltjämt kvarvarande taleförbudet i 3 kap. 7 § skadeståndslagen är ett tecken på detta, även om det har uttryckts osäkerhet om detta gäller skadestånd som grundar sig direkt på konventionen. Också uppenbarhetsrekvisitet i 11 kap. 14 regeringsformen är ett tecken på samma sak, även om grundlagsutredningen nu föreslår att det skall slopas. Vidare kan det uppstå svårigheter vad gäller kausalitet om staten istället skall ansvara för felaktig lagstiftning istället för att ansvaret läggs hos den direkta ”förövaren”. Som har diskuterats i Axplock VII står klaganden också inför ett processuellt dilemma.¹⁷ Vad händer om domstolarna finner att

¹⁶ Se exempelvis *Mifsud mot Frankrike* beslut den 11 september 2002 i mål nr 57220/00.

¹⁷ ERT 2007 s. 87 ff., här främst avsnitt 6, s. 105 ff.

det finns ett fördragskonformt tolkningsutrymme? Såsom NJA 2007 s. 747 måste tolkas, är den direkta förövaren ansvarig om skadeståndsskyldigheten kan anses följa av en fördragskonform tolkning av en intern bestämmelse. Det är sällan uppenbart för en part när den stämmer, om svenska domstolar kommer anse att det föreligger ett sådant utrymme eller inte. För att vara helt på den säkra sidan måste då parten stämma såväl den direkta förövaren som staten, varvid parten helt säker kommer att förlora mot åtminstone en part.

För mig står det klart att en sådan ordning inte skulle accepteras av Europadomstolen. Det var inte förutsebart då den enskilde stämde försäkringsbolaget i det som blev NJA 2007 s. 747 för brott mot den personliga integriteten till följd av långvarig smygfilmning, att staten men inte försäkringsbolaget skall ansvara och kompensera för brottet. På samma sätt var det naturligtvis inte förutsebart att staten skulle svara för kommunens brott mot konventionen, när kärandena stämde kommunen i det ovan diskuterade fallet.

Enligt mitt förmenande är det alltjämt oklart om staten kan stå ett sådant ansvar enligt den interna processuella ordningen. Förvisso har JK i ett färskt avgörande från december 2008¹⁸ – i ett för JK *prima facie*¹⁹ ovanligt konventionsvänligt avgörande – noterat den osäkerhet som för närvarande råder om kommuners skadeståndsansvar för brott mot Europakonventionen. Till följd därav fick staten – enligt JK – bära det principiella ansvaret för kommuns konventionskränkningar i fråga om ersättning för ideella skador.²⁰ JK avslög dock ersättningsanspråket på materiell grund. Det är emellertid enligt min uppfattning långt ifrån säkert om våra inhemska domstolar kommer att inta samma ståndpunkt som JK.

4. DAGS FÖR LAGSTIFTNING

Jag är således i nuläget inte ensam om ståndpunkten att det råder viss förvirring i frågan om vem som skall svara för skadestånd p.g.a. konventionskränkningar. JK har – som redovisats ovan – också noterat oklarheterna. Det är en högst rimlig ståndpunkt att staten nu genom lagstiftning klargör vem som ytterst ansvarar för konventionskränkningar som primärt har förorsakats av andra rättssubjekt än staten själv. Enskilda bör inte i en rättsstat behöva hamna i det processuella dilemmat som beskrivits ovan.

Det finns också indikationer på att HD i avsaknad av klara skadestandsregler avseende brott mot konventionen har ”tröttnat på” att ensam leda rättsutveck-

¹⁸ Beslut 2008-12-18, dnr 605-07-40, i ett ärende med titeln ”Vem svarar för skadeståndet vid överträdelse av Europakonventionen – staten eller kommunen?”.

¹⁹ *Prima facie*, eftersom JK ändå inte tillerkände klaganden ersättning. Se fotnoten nedan.

²⁰ För JK föreföll det emellertid inte ”sannolikt att kommunens handläggning...har varit så bristfällig på ett sådant sätt att en kränkning av Europakonventionen har uppkommit”.

lingen utan stöd i inhemsk lagstiftning. Under alla förhållanden uppvisade HD i en färsk dom den 23 oktober 2008 vad som vid första anblicken kan framstå som en likgiltighet inför svensk rätts oförenlighet med konventionen i ett visst hänseende. Omständigheterna i målet var – försåvitt relevant här – följande. En ex-pojkvän monterade en dold kamera i kvinnans hem och filmade hennes sexuella umgänge med ny pojkvän. Med hänvisning till NJA 1996 s. 418 konstaterade HD att det inte finns något generellt förbud mot fotografering utan samtycke, varför ett sådant agerande inte kan utgöra ofredande samt att skadestånd inte kan utgå försåvitt agerandet inte utgör ett brott. HD noterade emellertid att även artikel 8 om rätten till privatlivet aktualiserades målet. HD anförde därvid att det ”*kan starkt ifrågasättas om det är förenligt med Europakonventionen att förfaranden av det aktuella slaget lämnas helt osanktionerade*”. HD noterade emellertid också att den straffrättsliga legalitetsprincipen i artikel 7 i Europaconventionen också gjorde sig gällande. HD avrundade domskälen enligt följande: ”*En annan sak är att goda skäl kan anföras för att förfaranden av det slag som är föremål för Högsta domstolens bedömning i detta mål borde vara straffbara. Det får emellertid, oavsett det nuvarande rättslägets förenlighet med Europakonventionen, anses ankomma på lagstiftaren att ta ställning till om en sådan kriminalisering bör införas och i så fall hur den bör utformas.*”

Det kan tilläggas att det ligger ett snarlikt mål i Europadomstolen. I fråga om ett frikännande för sexuell ofredande i svensk domstol av en styvpappa som smygfilmade den då 14-åriga styvdottern naken i duschen, har Europadomstolen efter en rekordsnabb handläggning ålagt den svenska staten att inge svaromål.²¹ Till följd av den friande domen, tillerkändes inte heller styvdottern något skadestånd i den nationella processen. Klaganden anger att den har respekt för legalitetsprincipen och att styvfadern inte nödvändigtvis skulle fällas för brott. Däremot anser hon att det utgör ett brott mot artikel 13 i kombination med den personliga integriteten i artikel 8 att styvfadern inte ålades ett skadestånd på konventionsrättslig grund (själva händelseförloppet var ostridigt i målet).

Detta mål kan möjligen komma att ge besked om det strider mot artikel 13 att enskilda inte kan åläggas skadestånd till följd av brott mot konventionen som de åsamkat någon enskild. Om så befins vara fallet, strider naturligtvis än mer mot artikel 13 om inte heller kommuner kan åläggas ett sådant ansvar.

Jag menar emellertid att lagstiftaren inte kan avvakta utgången i det målet. Det är en anständighetsfråga att enskilda måste veta vem de skall stämma i den interna ordningen för brott mot Europakonventionen. Om lagstiftaren är av uppfattningen att staten skall stå ett slags principalansvar må väl detta var hänt, bara det klart framgår.

²¹ Se Pointlex den 23 januari 2009, Europadomstolen pressar Sverige om nakenfilm, av Mikael Kindbom. Jag är ombud i målet och är därför försiktig i mina slutsatser om utgången.

Enligt min uppfattning är det mer ändamålsenligt och mindre systemavvikande att den direkta förövaren står ansvaret. Det kan inte anses vara oförutsebart vare sig för enskilda eller kommuner att brott mot mänskliga rättigheter kan föranleda sanktioner. Europakonventionen är ju inkorporerad till svensk rätt. Innehållet i konventionspraxis måste beaktas av svenska jurister på samma sätt som andra ”interna” rättskällor. Det är möjligt för enskilda att erhålla kunskap om vilka ågeranden som är otillåtna enligt konvention – ytterst genom att anlita juridisk expertis. Okunskap om innehållet i Europakonventionen och Europadomstolens praxis måste ”skada” på samma sätt om okunskap om innehållet i och innebörden av andra interna rättskällor ”skadar”. Dessutom finns det inte en slags ”*non damnum sine lege*”-princip i svensk rätt. Som bekant är den svenska skadeståndslagen en kodifikation av praxis.

Om lagstiftaren nu skulle anstränga sig för att införa ett rättsmedel som med armlängds avstånd uppfyller kraven på effektiva och förutsebara rättsmedel enligt artiklarna 13 och 35 i Europakonventionen, skulle det således inte vara en dag för tidigt. Den som befunnits kränka annans mänskliga rättigheter måste också kompensera för skadan – det framstår väl som ganska rimligt?