
EUROPAKONVENTIONENS TILLÄMPNING I DET INHEMSKA SYSTEMET

”Bringing rights home”

Percy Bratt & Jan Södergren*

1. INLEDNING OCH DISPOSITION.

Som framgår av titeln skall denna artikel behandla Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet. Vi kommer härvid först behandla de rättspolitiska utgångspunkterna och skälen för en mer dynamisk utveckling av människorättsjuridiken i det svenska rättssystemet. Därefter pekar vi på svårigheterna i juridisk teknisk mening att tillämpa Konventionen inhemskt och särskilt tolka Europadomstolens¹ praxis. Härfter följer en redovisning av hur konventionsrätten ser på såväl vilka skyldigheter staterna har avseende inhemsk tillämpning, hur en prövning av rimligt grundade påståenden om konventionskränkningar skall ske samt vilka rättsföljder inhemskt konstaterade kränkningar bör få.

Vi konstaterar också att tillämpningen av konventionsrätten sedan inkorporeringen av Europakonventionen² den 1 januari 1995, har varit mycket ojämn och att de svenska domstolarna ibland har tolkat konventionspraxis mycket restriktivt. Vår uppfattning om skälen härtill kommer också att redovisas i denna artikel. Den grundas naturligtvis på en genomgång av de svenska domstolarnas tillämpning av konventionsfrågor från 1995 och framåt. Vi har funnit anledning att även redovisa några av dessa inhemska avgöranden. Av redaktionella skäl har vi emellertid brutit ut denna redovisning i en särskild näransluten artikel - benämnd ”Axplock ur svensk tillämpning efter inkorporeringen av Euro-

*Verksamma vid Advokatbyrån Bratt & Feinsilber AB.

¹ Eg. Den europeiska domstolen till skyddet för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna, nedan konsekvent benämnd med den vedertagna förkortningen Europadomstolen.

² Eg. Den europiska konventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna, nedan Europakonventionen eller enbart konventionen.

pakonventionen 1995.” ”Axplock” följer efter denna artikel och har således en sakligt sett mycket nära anknytning till denna artikel.

2. RÄTTSPOLITISKA UTGÅNGSPUNKTER.

Mer än åttahundra miljoner européer har idag klagorätt inför Europadomstolen i Strasbourg. De folkrika stater från det forna Östblocket som tillträtt konventionen under senare tid har därtill mycket omfattande och allvarliga brister i fråga om rättsäkerhet och skydd för grundläggande fri- och rättigheter. Den folkliga medvetenheten om Konventionen är olika i dessa stater. I exempelvis Polen är medvetandet stort vilket också föranlett många klagomål därifrån, medan medvetenheten och genomslagskraften än så länge är mycket liten i exempelvis Ryssland.³ Det kan närmast med säkerhet konstateras att medvetenheten om möjligheten att klaga till Strasbourg-maskineriet sammantaget framöver kommer att öka drastiskt i de forna öststatsländerna.

Med hänsyn till att klagomaskineriet redan nu sviktar betänkligt under tyngden av alla anmälningar, är risken för ett administrativt sammanbrott för övervakningssystemet inte obetydlig. Möjligheten för den enskilde individen att i slutända få ”*access to justice*” i Strasbourg framstår mot denna bakgrund som minst sagt begränsad. Den här skisserade utvecklingen accentuerar det redan tidigare grundläggande kravet på att det primära skyddet för de mänskliga rättigheterna måste ges på nationell nivå. Presidenten i danska Högsta domstolen Niels Pontoppidan har nyligen understrukt detta förhållande: ”*Som bekendt er EMD allerede overbydyndet med sager. Efter min mening er der derfor behov for, at de nationale domstole søger at aflaste EMD ved aktivt at bidrage till håndhaevelse af og videreudvikling af EMK.*”⁴ Människorättskyddet och människorättsjuridikens utveckling i vårt land har mot den här tecknade bakgrunden fått förnyad aktualitet. I fråga om en sådan rättsutveckling bör intresset i första hand fokuseras på Europakonventionen. Avsaknaden av ett vitalt inhemskt konstitutionellt rättighetsystem,⁵ innebär att tyngdpunkten kommer att ligga på Europakonventionen i fråga om en utveckling av det juridiska rättighetskyddet.

³ För en redogörelse av utvecklingen i respektive nämnda land samt förklaringar till skillnaderna, se prof.em Jacob W.F. Sundberg, Om rättssamhället i det nya Europa, Tidsskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, häfte 3/2000, s 250.

⁴ Förordet till Årsrapport och Instruktion av Jacob W.F. Sundberg, med ett förord av President Niels Pontoppidan, Tävligen om det Sporrang Lönnrothska Priset XVI, Institutet för Offentlig och Internationell Rätt, nr 127.

⁵ Rättighetskatalogen i Regeringsformens andra kapitel har närmast karaktären av allmänna programförklaringar riktade till lagstiftaren. Uppenbarhetsrekvisitet i RF11:14 och den allmänna restriktivitet som bestämmelsen är uttryck för, har resulterat i att rättighetsnormerna i RF i praktiken ”stannat på papperet”.

Avgörande för en sådan rättsutveckling är den inhemska tolkningen och tillämpningen av konventionen. I det följande behandlas ett antal mer renodlat rättsliga aspekter av konventionstillämpningen. Man kan emellertid inte bortse från att frågan har en mycket tydlig rättspolitisk och ideologisk laddning. De politiska makthavarna i Sverige har som bekant en allmänt skeptisk inställning till en dynamisk rättighetsjuridik. En inställning som grundar sig på en demokratisyn som utgår från folksuveränitetsprincipen och som därmed sätter snäva gränser för en rättslig kontroll av att den offentliga makten utövas i enlighet med övergripande normer till skydd för mänskliga rättigheter. Europarättens inbrytning på bred front i det svenska rättssystemet har visserligen inneburit att den svenska demokratisynen konfronterats med ett synsätt där ett effektivt juridiskt rättighetskydd ses som ett centralt moment i ett demokratiskt samhälle. Denna konfrontation har också vitaliserat den svenska debatten om maktindelning och utvidgad lagprövningsrätt etc. Men den förhärskande attityden till en kraftfull rättighetsjuridik synes fortfarande vara negativ hos såväl rättstillämpare som i ledande politiska kretsar.⁶ Denna skeptiska inställning kommer också till uttryck i det på vilket sätt konventionen inkorporerats. Konventionen intar som bekant samma ställning som vanlig lag i normhierarkin. Motivuttalanden i förarbetena till inkorporeringslagen angående lösningen av normkonflikter mellan Europakonventionen och annan lag är oklara och motsägelsefulla. De öppnar bl a för en möjlighet att lagstifta bort rättighetskyddet.⁷

Även i fråga om konventionstolkningen kommer denna starkt markerade restriktivitet till uttryck. I motiven uttalades bl a följande: ”*de svenska domstolarnas och myndigheternas tolkning av konventionen bör --- göras med försiktighet och lagstiftaren skall även i fortsättningen ha det primära ansvaret för att rättsreglerna inte kommer i konflikt med konventionen och dess praxis. Europakonventionen innehåller också en del vaga regler som ger ett betydande skön till de olika medlemsstaterna att avgöra hur de önskar uppfylla konventionens krav. Även innebörden och gränserna av detta skön bör i första hand klargöras av lagstiftaren. Vi anser således att även efter en inkorporering av Europakonventionen bör den nuvarande balansen mellan den lagstiftande och den dömande makten upprätthållas.*”⁸

I propositionen ställer sig regeringen bakom Fri- och rättighetskommitténs uppfattning att det ankommer på lagstiftaren att löpande se till att den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser. ”*Enligt regeringens uppfattning bör den i vårt demokratiska statskick grundade balansen mellan den lagstiftande och dömande makten inte rubbas. Även om det generellt sett är så att*

⁶ Ang dessa frågor, se senast Nergelius: Domstolar och demokrati - Är det dags för en maktindelning, Svjt 2000, s 545 särskilt s 547 f.

⁷ se närmare Bernitz; Inkorporeringen av Europakonventionen - en halvmesyr JT 1994/95 s 259.

⁸ SOU 1993:40 Del B s. 126 f.

det inte finns några motsättningar mellan en inkorporerad Europakonventions bestämmelser och annan lagstiftning, kan det inte helt uteslutas att det uppkommer fall där det uppkommer fall där det kan ifrågasättas om en sådan konflikt föreligger.”⁹

Det markeras således att det endast är i extrema undantagssituationer som normkonflikt överhuvudtaget kan ”ifrågasättas”. I omedelbar anslutning till dessa principuttalanden ges riktlinjer för hur en inhemsk rättstillämpare skall hantera en sådan presumtiv normkonflikt mellan konventionen och inhemsk rätt, enligt de riktlinjer som ges i propositionen i omedelbar anslutning till dessa generella principuttalanden. Rättstillämparen skall i första hand noga analysera om någon motstridighet verkligen föreligger. Denne har härvid bl a att ta del av konventionsorganens praxis ”för att kunna konstatera vilket innehåll konventionsbestämmelsen har. Det är då möjligt att det visar sig stå klart att det inte finns någon motstridighet.”¹⁰ Skulle motsättningen likväl kvarstå bör rättstillämparen tolkningsvis söka harmoniera den inhemska bestämmelsen med konventionen enligt principen om fördragskonform tolkning. Om detta inte visar sig vara möjligt föreligger en verklig lagkonflikt mellan två hierarkiskt sidordnade rättsnormer. En lagkonflikt som får lösas med hjälp av principerna om *lex posterior* och *lex specialis*.¹¹ Att en senare tillkommen eller mer specialiserad lag kan ges företräde framför Europakonventionen har med rätta blivit utsatt för principiell kritik. Den inhemska lagstiftaren skulle med en tillämpning av dessa principer kunna lagstifta bort rättighetsskyddet i konventionen.¹² Sannolikheten för ett sådant förfarande där lagstiftaren öppet och medvetet underminerar grundläggande rättigheter är dock av lätt insedda skäl liten. Även i rättstillämpningen torde man normalt sett i det längsta undvika att låta en sådan genuin konflikt mellan konventionen och inhemsk rätt framträda öppet. En sådan konflikt kan undvikas genom en tolkningsoperation av det slag som behandlas i de ovan berörda uttalandena i motiven till inkorporeringslagen. Det vi här fokuserar på är det första ledet i denna operation - d v s tolkningen av konventionen tillämpad på de specifika omständigheterna i det enskilda inhemska fallet som är föremål för prövning. Detta är enligt vår uppfattning den springande punkten i fråga om konventionens genomslag och praktiska betydelse i det inhemska rättssystemet. Om en starkt restriktiv hållning präglar detta tolkningsmoment släpps konventionen bildligt talat, inte in i det inhemska rättssystemet annat än i det i konventionspraxis helt klarlagda och uppenbara fallen. Konventionens betydelse för de enskilda individernas rättighetsskydd blir då i realiteten ganska ringa. Den rättstillämpare som hämtar vägledning i motiven till inkorporeringslagen får som framgått ovan stöd för ett sådant restriktivt förhållningssätt.

⁹ Prop. 1993/94:117 s 36

¹⁰ Prop 1993/94:117, s 37

¹¹ a prop s 37

¹² Jmf Bernitz a a.

Man bör, såsom motivuttalanden måste förstås, ha ett tämligen entydigt stöd i konventionspraxis för att kunna "konstatera" ett konventionsinnehåll som strider mot svensk rätt.¹³ Detta gäller särskilt när de mer konkretiserade direktiven läses i ljuset av de allmänna principuttalandena.

Vi har vid vår genomgång av olika mål och ärenden där konventionen åberopats funnit tydliga exempel på en sådan restriktivitet som anbefalls i motiven. Vi har också funnit tecken på motsatsen och svensk praxis uppvisar - som förhoppningvis kommer att framgå - långt ifrån en entydig bild. Det här skisserade starkt restriktiva förhållningssättet kan sägas representera den ena ytterpolen i en tänkt skala där den andra ytterpolen är en inhemsk prövning som i princip sträcker sig lika långt som Europadomstolens egen prövning av om konventionen blivit överträdd. Var svensk praxis placerar sig på en sådan tänkt skala är enligt vår uppfattning helt avgörande för konventionens genomslag och praktiska skyddsverkan.

3. SVÅRIGHETERNA MED EUROPADOMSTOLENS STARKT KASUISTISKA DOMSKRIVNINGSTEKNIK.

Europadomstolens domskrivningsteknik är utpräglat kasuistisk. Europadomstolen framhåller konsekvent att den "*shall, as far as possible, confine itself to examining the question raised by the case before it*". Detta innebär i praktiken att Europadomstolen i det närmaste konsekvent avhåller sig från att ge mer generell vägledning om exempelvis hur ett rekvisit eller ett autonomt begrepp skall tolkas eller att avgöra en fråga "en gång för alla". Istället utvecklas rätten steg för steg. Ett färskt exempel härpå rör det inte helt okontroversiella spørsmålet huruvida Europadomstolen kan utdöma ideellt skadestånd till juridiska personer. Den materiella frågan härom berör även vissa spörsmål som skall diskuteras senare i denna artikel. I fallet *Immobiliare Saffi*¹⁴ fann Europadomstolen att den inte behövde ta ställning till nämnda fråga. Detta uttalande noterade Europadomstolen nästan ett år senare när frågan uppstod i fallet *Comingersoll S.A.*¹⁵, men fann uttalandet i *Immobilier Saffi* "... *does not in any way imply that there is a general exclusion on compensation being awarded for non-pecuniary damage alle-*

¹³ Här berörda motivuttalanden liksom den allmänna debatten i dessa frågor är i stor utsträckning fokuserad på renodlade normkonflikter och lagprövningssituationer i konventionsfall. En konstaterad konventionskränkning innebär dock i majoriteten av fall endast ett krav på en förändrad tolkning och tillämpning av en rättsregel eller riktar sig mot en konkret förvaltningsåtgärd. En restriktivitet i konventionstolkningen som motiveras av en uppfattning om det principiellt oacceptabla i att domstolar åsidosätter lag tenderar dock naturligt nog att prägla all konventionstolkning. Det går inte att differentiera graden av självständig och djupgående konventionstolkning med hänsyn till resultatet av tolkningsoperationen.

¹⁴ mot Italien, dom den 28 juli 1999 (äer).

¹⁵ mot Portugal, dom den 6 april 2000 (äer).

ged by a juristic persons".¹⁶ I det senare fallet utdömdes ideellt skadestånd. Domstolen lämnar på detta sätt rättsläget ofta tämligen öppet och undviker därigenom att onödigtvis binda sig själv för framtida avgöranden.

Europadomstolen kasuistiska hållning kan kritiseras från såväl praktiska som principiella utgångspunkter. En av Europadomstolens egna ledamöter domare Martens har i ett särskilt speciellt votum i fallet Fischer¹⁷ formulerat en sådan kritik på ett övertygande sätt. Han anför att Europadomstolen vägran att avgöra vissa frågor "en gång för alla" utgör en beklagansvärd självpåtagen restriktivitet som möjligen var befogad i Europadomstolen begynnelse, men knappast är det längre. Han menar vidare att rättspraxis som utvecklas strikt från fall till fall leder till osäkerhet vad avser både andemeningen med varje avgörande som det exakta innehållet i Europadomstolen praxis. Detta leder i sin tur till spekulationer exempelvis i doktrin, vilket - enligt Martens mening - ytterligare spär på osäkerheten.

Domare Martens ställer denna restriktivitet mot Europadomstolen upprepade gånger på talanden att det primärt ankommer på staterna och dess rättstillämpande myndigheter att tillförsäkra rättigheterna i Konventionen på det inhemska planet.¹⁸ Europadomstolen borde då vara skyldig att tillse att dess rättspraxis håller samma standard vad gäller klarhet, precision och förutsebarhet som Europadomstolen ställer på medlemsstaternas lagar på området för mänskliga rättigheter.

Det kan med fog hävdas att Domare Martens har rätt i sin kritik om att Europadomstolens praxis till följd av nämnda kasuism i många fall ger otillräcklig vägledning. Konsekvensen blir ofta att det är tämligen lätt att särskilja ett tidigare avgörande från det som skall prövas, även i situationer då omständigheterna är tämligen lika. Även i fall där starka skäl talar för en tillämpning av konventionen kan en inhemska domstol hävda att några "säkra slutsatser" inte går att dra utifrån konventionspraxis om konventionens innebörd i det specifika fallet. En konventionsinvändning kan därmed underkännas. Så skedde exempelvis i RÅ 1995 ref 65 - det sk Stallknechtmalet - vilket sedermera anhängiggjordes i Strasbourg och förliktes. Detta mål och dess fortsättning diskuteras i "Axplock".¹⁹ En sådan restriktiv approach i förhållande till konventionen stämmer väl med ovan berörda principuttalanden och riktlinjer för inhemska konventionstillämpning i förarbetena till lagen om inkorporering av Europakonventionen. Europadomstolsavgörandenas kasuistiska karaktär och den självklara omständigheten att konventionspraxis endast kan täcka en begränsad del av de situationer där rättighetsfrågor kan aktualiseras, öppnar stora möjligheter för den inhemska rättstillämparen som vill "tolka bort" en

¹⁶ para 32.

¹⁷ Fischer mot Österrike, dom den 24 april 1995, Serie A nr 312.

¹⁸ Se vidare nedan om grunderna för denna skyldighet och dess innehåll, avsnitt 5.

¹⁹ Avsnitt 3.

konflikt mellan konventionen och inhemsk rätt. Det ovan anförda exemplet med ideellt skadestånd utvisar riskerna med en sådan hållning på det nationella planet.

Europadomstolens självpåtagna restriktivitet försvårar för såväl nationella domstolar som lagstiftare att uppfylla förpliktelsen att hantera konventionsfrågor inom det nationella systemet. Svårigheterna minskar inte till följd av att även andra nationers lagar och rättstillämpning ofta ligger till grund för det avgöranden som de inhemska myndigheterna skall söka vägledning ur. Det sistnämnda är en källa i sig till att finna särskiljande omständigheter i tidigare avgörande. Exempel härpå återfinns i vissa underrättsavgöranden när det gäller bedömningen av det svenska skattetillägget i förhållande till Konventionen. Det har korrekt konstaterats att det svenska skattetillägget inte har varit under Europadomstolens bedömning. Samtidigt har konstaterats att andra europeiska länders skattetillägg - bl a det Schweiziska - har bedömts av Europadomstolen (och befunnits utgöra "anklagelse om brott") samt att dessa företer stora likheter med det svenska skattetillägget. Bedömningarna har därefter ändå gått i olika riktning avseende frågan i de svenska underrätterna.²⁰ Problemen skall emellertid inte överdrivas. Det är möjligt att finna vägledning i Europadomstolens praxis. De särskilda problemen öppnar emellertid för en ojämn tillämpning på det nationella planet, beroende på huruvida urtolkaren av Europadomstolens praxis intar en restriktiv eller extensiv hållning till tolkningen.

Domare Martens kritik framfördes 1995. Behovet av att staterna i allt högre utsträckning hanterar konventionsfrågor internt - och därvid är i behov av tydligare vägledning från Europadomstolen - har som angivits ovan bl a till följd av målbalanserna i Strasbourg ökat avsevärt sedan dess.

Det är inte minst i den nu uppkomna situationen angeläget att Europadomstolen lämnar den kasuistiska domskrivningstekniken och istället utforma domskälen så att de ger bättre vägledning för samtliga konventionsanslutande parter lagstiftare och rättstillämpare. En tydligare vägledning torde vara ett av flera sätt att minska målbalanserna samtidigt som Europadomstolen därigenom skulle öka möjligheterna för nationerna att leva upp till sina förpliktelser att i första hand hantera Konventionsfrågorna på ett nationellt plan.

4. TILLÄMPNING AV KONVENTIONEN I SVENSK RÄTT SEDAN 1995.

Det allt överskuggande intrycket av svensk tillämpning av konventionsrätten sedan inkorporeringen är att den är mycket ojämn, vilket vi försöker påvisa genom redovisningen i "Axplock". Att olika domstolar och instanser kommer

²⁰ Se vidare Axplock, avsnitt 7.

till olika slutsatser är ingalunda något ovanligt fenomen i ett rättssystem. Ojämnheter i rättstillämpningen synes dock särskilt accentuerad när det gäller konventionsjuridiken.

Den främsta förklaringen till den ojämna rättstillämpningen är kanske att tillskriva den ovan beskrivna kasuismen från Europadomstolens sida. Till stor del beror den sannolikt också på kunskapsgraden hos de enskilda domarna. En konventionsrättslig aspekt kan som bekant aktualiseras över hela rättssystemet och således komma på en domares bord, vilken över huvud aldrig har studerat ens någon enskild del av rättsområdet och än mindre de mer allmänna delarna om tolkningsfrågor och Europakonventionens allmänna anda m.m. Vårt intryck är nog att vissa domare är mycket initierade i konventionsjuridiken och närmast ger intrycket av att ha den som specialintresse, medan andra ger intrycket av att de inte kan och - om möjligt - inte heller tänker lära sig något om Konventionen. Det synes mindre vanligt med "mellanting".²¹

Domarnas rättsideologiska grundinställning torde spela en viss roll vid tillämpningen. De domare som utgår från den i Sverige hävdvunna demokratisynen och uppfattningen om rättväsendets återhållsamma roll, anammar en restriktivare syn på tolkningen, medan de som är av ståndpunkten att rättighetsjuridiken i högre grad skall utvecklas i rättspraxis naturligt nog tolkar Konventionen på ett mer extensivt och dynamiskt sätt. Olikheten framträder tydligast vid tolkningen av Konventionsrätten i de fall när "mycket talar för" att Konventionsrätten skall tolkas på visst sätt, men där det inte går att "finna ett entydigt stöd" för densamma. De domare som intar en restriktiv hållning kommer som regel snarare fram till att det inte föreligger någon konflikt mellan det internt svenska rättsläget och konventionsrätten, varvid de interna reglerna tillämpas. Det senare är ju därtill ofta mindre kontroversiellt än att avgöra en konflikt.

5. HUR SKALL RIMLIGT GRUNDADE PÅSTÅENDEN OM KONVENTIONSKRÄNKNINGAR PRÖVAS AV DE INHEMSKA DOMSTOLARNA.

Vi har ovan konstaterat den av den svenska lagstiftaren påkallade försiktigheten vid tolkning av Konventionen och funnit att den är tveksam redan ur ett rättspolitiskt perspektiv. Under denna rubrik skall diskuteras huruvida synsättet är konventionsrättsligt hållbart *de lege lata*.

En första fråga är om vem som har det primära ansvaret för att tillförsäkra rättigheterna i Konventionen. En därmed nära sammanhängande fråga är på

²¹ Något vetenskapligt stöd för dessa synpunkter saknas naturligtvis. Vi kan enbart hänvisa till vad vi själva erfarit såväl "off" som "on the record".

vilket sätt som påstådda konventionskränkningar skall prövas i det inhemska systemet. Ytterligare en fråga i anslutning härtill är vad rättsföljden skall bli till följd av en konstaterad kränkning inom det inhemska systemet.

Det är vedertaget att det i första hand ankommer på de fördragsslutande parterna att tillförsäkra rättigheterna i Konventionen.²² Detta följer av artikel 1 i Konventionen som ålägger staterna att *"garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri och rättigheter som anges i avdelning 1"*. Detta gäller också rättigheterna i tilläggsprotokollen i den mån och den utsträckning som staterna har ratificerat dem.²³ Men staterna har även andra skyldigheter jämligt Konventionen, som vare sig är placerade i Konventionens avdelning I eller i tilläggsprotokollen. Ett exempel härpå utgör artikel 34²⁴ där staterna förbinder sig att inte på något sätt förhindra ett effektivt utövande av den individuella klagorätten. I Cruz Varas²⁵ noterade Europadomstolen att denna skyldighet var av processuell natur vilket skulle skiljas från de materiella rättigheterna. Europadomstolen uttalade emellertid att *"it flows from the very essence of this procedural right that it must be open to individuals to complain of alleged infringements of it in Convention proceedings"*. Detta utgör ytterligare ett exempel på Europadomstolens flexibla tolkning som bör hållas i minne vid diskussionen nedan om gottgörelse enligt artikel 41.

Ordalydelsen i artikel 41 indikerar - om än e contrario - att staterna även har skyldighet att gottgöra en inhemst konstaterad kränkning. Artikeln stadgar att om staternas *"nationella rätt endast till en del medger att gottgörelse lämnas, skall domstolen, om så anses nödvändigt, tillerkänna den förfördelade parten skälig gottgörelse"*. Stadgandet är förvisso en handlingsregel riktad till Europadomstolen. Detta kan emellertid inte tolkas som att staterna inte har en förpliktelse att gottgöra en kränkning om det är rimligt att så sker. Stöd för detta återfinns emellertid främst i andra regler i Konventionen.

En av dessa är artikel 35 som föreskriver att en klagande först måste uttömma de inhemska rättsmedlen innan en talan kan anhängiggöras hos Europadomstolen. Regeln är tillkommen för och syftar till att staterna först skall ges möjlighet att ställa till rätta kränkningar, innan de ställs inför ett internationellt skrank.²⁶ I bl a Akdivar mfl.²⁷ uttalades att *"regeln utgår från att nationella system tillhandahåller ett effektivt rättsmedel med anledning av den påstådda kränkningen. Regeringen har bevisbördan för påståenden om att det fanns ett effektivt rättsmedel"*

²² Se exempelvis domare Martens särskilda mening i Fischer mot Österrike, dom den 26 april 1995, Serie A nr 312, under punkten C, Methodological objections, para 16 där han framhåller att *"The Court rightly is wont to stress that the protection of the rights and freedoms under the Convention falls primarily to national authorities"*.

²³ Se exempelvis artikel 5 i första tilläggsprotokollet.

²⁴ Förutvarande artikel 25.

²⁵ mot Sverige, dom den 20 mars 1991, Serie A nr 201, para 98.

²⁶ Se Van Oosterwijck mot Belgien, dom den 3 mars 1980, Serie A nr 40, para 34.

²⁷ mot Turkiet, den 16 september 1996, Reports 1996-IV, paras 65-68.

tillgängligt såväl i teorin som i praktiken vid den aktuella tidpunkten,²⁸ m a o, att rättsmedlet var åtkomligt, gav möjligheter till gottgörelse avseende klagomålet samt medförde rimliga möjligheter till framgång." Om så inte är fallet, kan inte talan avvisas av Europadomstolen på den grunden att klaganden ej har uttömt inhemska rättsmedel.

Nämnda regler - jämte artikel 13 som strax skall diskuteras - återspeglar en generell norm för system av skydd för mänskliga rättigheter innebärandes att tillförsäkrandet av rättigheterna i första hand är en uppgift för de nationella staterna och att internationella övervakningssystem är subsidiära i förhållande till de nationella systemen.²⁹

Rekvisitet "effektiva rättsmedel" avseende skyldigheten för klaganden att uttömma desamma, har i här relevanta hänseenden tydliga likheter med rätten enligt artikel 13 till ett effektivt rättsmedel i det inhemska systemet att tala å en påstådd konventionskränkning. Såsom stadgandet har utvecklats i praxis skall envar äga rätt till ett effektivt rättsmedel för att få rimligt grundade påståenden (*arguable claims*)³⁰ om en konventionskränkning prövad i det inhemska systemet. Ett tidigt fall som alltjämt åberopas av Europadomstolen är Klass mfl.³¹ I Tanrikulu³² - för att referera till ett tämligen färskt mål - uttalades följande:

"The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be "effective" in practice as well as in law,...Given the fundamental importance of the right to protection of life, Article 13 requires, ...payment of compensation where appropriate, ...".³³

Under de ovan angivna rättsliga grunderna utkristalliseras således två frågor. Dels på vilket sätt inhemska domstolar skall pröva en påstådd kränkning av de materiella rättigheterna samt dels om och på vilket sätt en inomrättsligt konsta-

²⁸ Klaganden har sedan bevisbördan för att rättsmedlen har utnyttjats.

²⁹ Se *Handyside mot Storbritannien och Irland*, dom den 7 december 1976, Serie A nr 24, para 48.

³⁰ Se exempelvis *Plattform Artze für das Leben*, dom den 21 juni 1998, Serie A nr 139.

³¹ mot Tyskland, dom den 6 september 1987, Serie A nr 28. Senast åberopad i *Rotau mot Rumänien* den 4 maj 2000 (op.cit).

³² mot Turkiet, dom den 8 juli 1999 (äer).

³³ para 117. Understruket här.

terad kränkning skall kompenseras. Dessa frågor skall behandlas var för sig nedan.

5.1. Den materiella prövningen.

Med beaktande av att staterna första hand skall tillförsäkra rättigheterna och att dessa - enligt bl a artikel 13 - måste vara praktiska och effektiva kan den inhemska prövningen knappast vara mindre ingående än den prövning som Europadomstolen skulle företagit om frågan låg på dess bord. Det är också en slutsats som justitierådet och förutvarande ledmoten av Europakommissionen Hans Danelius ger uttryck för.³⁴ Det torde exempelvis inte vara tillfyllest att vid ett åberopande av en rimligt grundat relativ rättighet, hänvisa till att det finns möjlighet till undantag från rättigheten, utan att på något sätt redovisa skälen för undantaget i det enskilda fallet.³⁵

Oaktat Europadomstolens kasuistiska domskrivningsteknik, står inte rättsfallsurfolkaren utan anvisning om vilken metod och på vilket sätt Europadomstolen prövar påstådda materiella kränkningar. Ett exempel härpå är det sätt på vilket Europadomstolen företar proportionalitetsprövningen under artikel 10 och yttrandefriheten. Frageställningen är intressant i belysande av HD:s prövning i NJA 1998 s 817, som kort skall beröras nedan (Vi var ombud i målet och skall inte använda detta forum att "processa" målet vidare. Av denna anledning kommer vi att hålla oss korta).

Europadomstolen har i åtskilliga mål uttalat att den prövar huruvida en inskränkning av yttrandefriheten är nödvändig på följande sätt. Domstolens utgångspunkt är att yttrandefriheten utgör ett fundament för demokratiska samhällen och har med denna utgångspunkt utvecklat ett antal allmänna principer,³⁶ vars innebörd i princip går ut på att skälen för inskränkningar av yttrandefriheten skall vara övertygande (*convincingly established*).³⁷ Domstolen framhåller att den förvisso inte skall sätta sig i den nationella myndighetens ställe. Emellertid skall den i sin övervakande funktion "*se till den åberopade inskränkningen i ljuset av målet i sin helhet samt pröva huruvida den nationella myndighetens anförda domskäl är relevanta och tillräckliga och huruvida de medel som nyttjats*"³⁸ var proportionerliga i förhållande till de åberopade legitima syftena. När så

³⁴ Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis, En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Norstedts 1997, s 299f jämte vidare hänvisningar.

³⁵ Så skedde i ett mål avseende Personuppgiftslagen, varvid artikel 10 om yttrandefriheten åberopades, Svea hovrätts dom 1999-12-21 i mål B 3625-99. Målet är överklagat till HD och prövningstillstånd har meddelats.

³⁶ Avseende dessa principer, se exempelvis Observer Guardian mot Storbritannien, dom den 26 november 1991, Serie A nr 216, para 59.

³⁷ Se exempelvis Oberschlick I mot Österrike, dom den 23 maj 1991, Serie A nr 204, para 60.

³⁸ "*means employed*" - läs sanktioner.

sker måste domstolen övertygas om att den nationella myndigheten tillämpade en standard som är i enlighet med de under artikel 10 utvecklade principerna och, härutöver, att de företar acceptabla bedömningar av relevanta fakta”³⁹

Det är vår - kanske inte helt objektiva - uppfattning att en sådan ingående prövning inte skedde i NJA 1998 s 817 om den norske förutvarande salfångstinspektören Odd F Lindberg. Målet avsåg bl a fråga om en norsk lagakraftvunnen förtalsdom stred mot artikel 10 i Konventionen och huruvida det i Norge utdömda skadeståndet därför kunde verkställas i Sverige. Efter en proportionalitetsprövning kom HD fram till att den norska domen inte innebar en kränkning av artikel 10. Vår uppfattning är att HD inte i tillräcklig mån beaktade vad som framgick av domskälen i den norska domen. HD hänvisade till att den norska domstolen hade betydligt större möjligheter att bedöma såväl bevisning som inhemska rättsregler samt inskränkte prövningen till tre omständigheter av de åtskilliga som åberopades. De åberopade omständigheterna var klart iakttagbara i de norska domskälen. Därvid underlät HD också - enligt vårt synsätt - att företa en helhetsbedömning på det sätt som Europadomstolen gör i dylika mål. Det kan vidare nämnas att vi är av uppfattningen att den norska domen klart kränkte artikel 10 och att Lindberg till följd av den - enligt oss - inskränkta prövningen i HD medförde att Lindberg inte erhöll ett effektivt rättsmedel på det sätt artikel 13 kräver.⁴⁰

Det skall slutligen framhållas att artikel 13 naturligtvis inte innefattar en rätt till framgång i målet. Emellertid är det klart att prövningen måste vara så omfattande att den ger rimliga möjligheter till framgång.⁴¹ Artikel 13 är i sig ett mycket svårtolkat stadgande och har sagts utgöra Konventionens mest dunkla artikel. Artikel 13 är i ett visst hänseende inte heller en självständig rättighet. Det krävs - som framgått ovan - ett rimligt grundat påstående om en kränkning av en materiell rättighet i Konventionen för dess tillämpning. Förhållandet mellan rätten till ett effektivt rättsmedel på det inhemska planet, vilka rättsmedel som måste uttömmas samt vad som krävs på det inhemska planet för att en enskild ej längre kan anses utgöra ett offer för kränkning är inte ägnat att göra frågeställningarna mindre komplicerade. Nämnade regler hänger dock ihop i så motto att de speglar olika sidor av samma sak - nämligen Strasbourg-maskine-

³⁹ Se exempelvis Jersild mot Danmark, dom den 23 september 1994, Serie A nr 298, para 31. Skrivningen har upprepats såväl före som efter Jersild i nära nog varje yttrandefrihetsmål och nära nog med samma ordalydelse.

⁴⁰ Vi har anhängiggjort en talan i Strasbourg. Som exkurs kan även nämnas att Europadomstolen på senare tid har fällt Norge för kränkningar av yttrandefriheten, där sanningsprövning i det inhemska systemet var av betydelse. Det första målet - Bladet Tromsø och Stenaas (dom den 20 maj 1999 (äer) - har ett mycket nära samband med NJA 1998 s 817. Klagandena i det målet var nämligen de som publicerat Lindbergs anklagelser om "grym säljakt". Det andra målet - Bergens Tidene mfl (dom den 2 maj 2000 (äer) - har inget sådant samband men avser en i Norge meddelad förtalsdom som inte befanns förenlig med artikel 10.

⁴¹ Se Akdivar, op cit.

riets subsidiära karaktär och konsekvenserna härav. Praxis avseende de olika frågorna torde därvid ha betydelse för tolkningen av varandra. Något schematiskt kan följande framhållas.

Vi tänker en situation där inhemska domstolar står inför en bedömning av en påstådd kränkning av en materiell rättighet i Konventionen. De nationella domstolarna finner efter en fullständig konventionsprövning att rättigheten inte är kränkt. Emellertid finner Europadomstolen motsatsen vid en senare prövning. De nationella domstolarnas ogillande av konventionsåberopandet innebär då inte att även artikel 13 är kränkt jämte den materiella rättigheten. Det utgör skäligen inte en kränkning av artikel 13 att s a s "döma fel" på det inhemska planet.

Om däremot de nationella domstolarna inte alls eller inte fullt ut prövar den påstådda konventionskränkningen, torde det principiellt utgöra en kränkning av artikel 13 även om Europadomstolen sedermera ej finner en kränkning av den materiella rättigheten. I detta hänseende är artikel 13 självständig. Om det därtill är så att det inte återfinns ens ett inhemskt rättsmedel med rimlig möjlighet till framgång, faller följdenligt också klagandens skyldighet att uttömma dessa. Klaganden kan s a s gå direkt till Strasbourg.

Om däremot de nationella domstolarna finner och erkänner en kränkning samt därvid gottgör för den på sådant sätt att den kränkte så långt möjligt kommer i samma situation som före kränkningen, har klaganden - som kommer att framgå nedan - t o m förlorat sin status som "offer" (Denne torde naturligen därmed inte heller ha något intresse av att gå vidare).

5.2. Konsekvenser av en konstaterad kränkning i det inhemska systemet.

En annan med det ovan diskuterade förknippad fråga är således vilken rättsföljd en nationellt konstaterad kränkning skall få. Grunden för Europadomstolens kompetens att utdöma skadestånd återfinns som ovan nämnts i artikel 41.⁴² I Papamichalopoulos mfl.⁴³ fann Europadomstolen att den kan ålägga staterna en rättslig skyldighet att upphöra med kränkningen (om den alltjämt pågår) samt reparera konsekvenserna därav på sådant sätt att situationen så långt möjligt återgår till den som existerade före kränkningen. Härvid anger också Domstolen vilken huvudprincip som skall ligga till grund för frågan om gottgörelse.

Att detta torde gälla redan när en konventionskränkning konstateras inom det inhemska systemet följer av Strasbourgmaskineriets subsidiära karaktär och av bl a den rättspraxis som utvecklats under artikel 13. I princip måste nämnda praxis förstås som att underlåtenhet eller otillräcklig gottgörelse i juridisk tek-

⁴² Förutvarande artikel 50.

⁴³ mot Grekland, dom den 31 oktober 1995, Serie A nr 330, para 34. Se även Comingersoll S.A., op cit.

nisk mening innebär en kränkning av artikel 13, eftersom det inhemska systemet i så fall inte har tillhandahållit ett praktiskt och effektivt rättsmedel. Således utgör rätten till gottgörelse något som faller under Konventionens avdelning 1 och som staterna explicit har en skyldighet att garantera.

Som också angivits ovan har staterna förvisso en viss frihet att avgöra på vilket sätt en gottgörelse skall ske. Emellertid framhåller Europadomstolen att även gottgörelsen måste vara praktisk och effektiv. Vi kan inte se annat än att Europadomstolens praxis under artikel 41 när det gäller om och i vilka situationer som gottgörelse skall ske, i vart fall måste bli vägledande för den inhemska tillämpningen. Det finns härvid anledning att kort beröra Europadomstolens resonemang när den utdömer skadestånd.

Europadomstolens sätt att gottgöra kränkningar skiljer sig åt. I vissa situationer - särskilt när det gäller "mindre allvarliga" kränkningar - anser Europadomstolen ibland att blotta konstaterandet av en kränkning och Domstolens uttalande därom utgör skäligen gottgörelse. Det förekommer dock att skadestånd även utdöms vid sådana kränkningar.

Föreligger tillräckligt orsakssamband mellan den konstaterade kränkningen och ekonomisk skada (*pecuniary damage*), ersättes denna som regel. Europadomstolen dömer även ut ersättning för ideell skada (*non pecuniary damage*), exempelvis för olägenhet, besvär, otrygghet och annan ideell skada. Vad gäller rätten till domstolsprövning inom skäligen tid har Europadomstolen nyligen - som berörts ovan - utdömt ideellt skadestånd till en juridisk person.⁴⁴ Omständigheter som härvid kan beaktas är bolagets rykte, osäkerhet i beslutsprocesser och planering, avbrott och störningar avseende ledningen av företaget samt - om än i mindre grad - även olägenheter och besvär som drabbar företagsledningen.

Om en ekonomisk skada är svårbedömd, kan Europadomstolen göra en helhetsbedömning.⁴⁵ Det blir i sådana situationer närmast fråga om en blandning mellan ekonomisk och ideell skada. När Domstolen utdömer sådan "blandad" skada och ideellt skadestånd gör den normalt en skälighetsuppskattning (*on an equitable basis*). Inte sällan är det fråga om betydande belopp som utdöms. I fallet E.P mot Italien⁴⁶ dömde Europadomstolen svarandestaten att utge ersättning med cirka en halv miljon svenska kronor (100 miljoner lire) för ideellt lidande, till följd av en kränkning av rätten till familjeliv jämlikt artikel 8. Det har också utdömts betydande belopp för ideellt lidande i en rad turkiska domar under senare tid, där det varit fråga om att nära anhöriga till klagandena har avlidit eller försvunnit under misstänkta förhållanden i kombination med att de

⁴⁴ Comingersoll S.A., *op cit*.

⁴⁵ "global assessment", se B mot Storbritannien, dom den 9 juni 1988, Serie A nr 136-D paras 10-12 och Dombo Beheer B.V. mot Nederländerna, dom den 27 oktober 1993, Serie A nr 274, para 40).

⁴⁶ Dom den 16 november 1999 (äer).

inhemska myndigheterna ej i tillräcklig mån har utrett försvinnandena eller dödsfallen.⁴⁷ Det är intressant - sett ur svensk rätts synvinkel - att Europadomstolen i sådana fall har utdömt skadestånd till nära anhöriga för deras lidanden. Detta är något som vi i Sverige torde betrakta som en icke ersättningsgill tredjemansskada, såvitt gärningen inte har varit uppsåtlig eller oaktsamheten ligger nära ett uppsåtligt brott.

Av ovan nämnda Tanrikulu-fallet framgår explicit att det föreligger en skyldighet under artikel 13 för staterna att utge skadestånd för en konstaterad kränkning, redan i det inhemska systemet. Så som framgår av citatet ovan framhöll Europadomstolen att fråga i fallet var om en så fundamental rättighet som rätten till liv. Med beaktande av Europadomstolens kasuism kan man därvid inte dra ett motsatsslut och finna att det enbart är under sådana situationer som artikel 13 kräver ersättning.⁴⁸ Det ligger närmare till hands tolka Europadomstolen som att ersättning skall utgå - även på det inhemska planet - i alla situationer där blott erkännandet av konventionskränkningen av ett eller ett annat skäl inte är tillräckligt, för att så långt möjligt försätta den utsatte i samma situation som förelåg före kränkningen. Därvid torde som sagt Europadomstolens praxis bli vägledande och ha betydelse för i vilka situationer som skadestånd skall utgå, på samma sätt som dess praxis är vägledande vad avser de materiella rättigheterna i konventionen. Som bekant föreligger det många fall där Europadomstolen har utdömt såväl ekonomiskt som ideellt skadestånd

Det är således inte bara frågan om skadestånd överhuvud skall utgå som aktualiseras, utan även skadans storlek. Vi menar att även i denna fråga bör Europadomstolens praxis bli vägledande för de inhemska domstolar. Rent principiellt går det knappast hävda att rättsmedlet är praktiskt och effektivt om kompensationen enligt det inhemska systemet avsevärt understiger den som Europadomstolen har utdömt i liknande situationer. Förvisso har staterna visst utrymme att själv bestämma hur gottgörelser skall ske. Men någonstans går gränsen för när det blir fråga om underkompensation.

Emellertid kan kompensation ske i det inhemska systemet även på andra sätt än genom skadestånd. Exempelvis kan strafflindring och åtalsnedläggelse i brottmål till följd av att den tilltalade har utsatts för en kränkning under vissa förhållanden utgöra tillräcklig kompensation. Detta är ju normalt åtgärder som inte Europadomstolen kan besluta om. Det är en annan sak att Strasbourg-maskineriet i vissa situationer vädjar till svarandestaterna att inhibera vissa förestående åtgärder - exempelvis utvisningar.⁴⁹ Vidare har man ju i de inhemska

⁴⁷ Se exempelvis Ogur mot Turkiet, dom den 20 maj 1999 (äer), Gülec mot Turkiet, dom den 27 juli 1998, Reports IV s 1698, Ergi mot Turkiet, dom den 28 juli 1998, Reports IV s 1751, Kurt mot Turkiet, dom den 25 maj 1998, Reports III s 11 52, Cakici mot Turkiet, dom den 8 juli 1999 (äer), Tanrikulu mot Turkiet, dom den 8 juli 1999 (äer).

⁴⁸ Se Domstolens citat ovan i Comingersoll, under avsnitt 3 ovan.

⁴⁹ Se exempelvis CruzVaras, op cit.

systemen helt andra möjligheter att upphäva och/eller kompensera för kränkningar. En högre domstol kan exempelvis upphäva ett ännu icke verkställt beslut eller dom från underrätt som inte medför en kränkning eller skada före verkställighet (omvänt kan emellertid irreparabla kränkningar och skador ha uppstått till följd av såväl verkställda som icke verkställda beslut eller domar, även om högre rätt i det inhemska systemet sedermera upphäver det kränkande avgörandet). En högre instans kan återförvisa ett mål exempelvis till följd av att muntlig förhandling inte har hållits eller att jäv förelegat vid prövning i den lägre instansen. Exemplifieringen kan göras längre. Man kan dock konstatera att det inhemska systemet många gånger kan hantera konventionskränkningar på sådant sätt att den initialt kränkte "förlorar" sin status som offer i Konventionens mening.

I "Axplock"⁵⁰ redogör vi för bl a en dom från Örebro tingsrätt, där tingsrätten förvisso fann att åtalet inte var styrkt, men också att handläggningen av åtalet var sådan att det uppstått en kränkning av de tilltalades rätt jämlikt artikel 6 att erhålla en domstolsprövning inom skälig tid förelåg. Med anledning av konventionskränkningen fann tingsrätten att det inte skulle utgöra tillräcklig gottgörelse att ogilla åtalet p g a att åtalet inte var styrkt, ogillades åtalet i stället på konventionsgrunden. Därigenom var de tilltalade - enligt tingsrätten - gottgjorda.

Om detta var tillräckligt torde kunna analyseras utifrån fallet *Eckle*⁵¹ som behandlade just frågan om domstolsprövning i brottmål inom skälig tid. Fråga var om flera brottmål. Svarandestaten invände att klaganden inte längre kunde betraktas som offer i nuvarande artikel 35 mening, eftersom strafflindring hade meddelats i ett fall samt åtal nedlagts i ett annat. Europadomstolen anförde att strafflindring och åtalsnedläggelse i princip inte förtar klagandens status som offer. Sådana åtgärder kan enbart beaktas vid bedömning av omfattning av skadan. Europadomstolen fann emellertid att det fanns undantag från denna generella regel, när nationella domstolar har erkänt kränkningen uttryckligen eller i sak, samt därefter gottgjort kränkningen. Under sådana omständigheter är det enligt Europadomstolen knappast förenligt med Strasbourgmaskineriets subsidiära karaktär att dubbla det nationella förfarandet med förfaranden i Strasbourg.

I det enskilda fallet fann Europadomstolen att strafflindringen inte - med beaktande av tidsåtgången, som i fallet var drygt 17 år - var tillräcklig för att frånta klaganden sin offerstatus. Den nationella domstolens beslut innehöll inte tillräckligt med information för att kunna bedöma i vilken utsträckning handläggningstiden beaktades i konventionshänseende. Åtalsnedläggelse var - enligt Europadomstolen - i princip en sådan åtgärd som kan beröva klaganden sin

⁵⁰ Avsnitt 6.

⁵¹ mot Västtyskland, dom den 15 juli 1982, Serie A nr 51.

offerstatus. Men med beaktande av handläggningstiden samt förhållandet att det överhuvud inte framgick om beslutet var betingad av handläggningstiden, behöll klaganden sin status som offer.

Huruvida det utgör en tillräcklig gottgörelse att en tilltalad, på sätt som skedde i ovan diskuterade Örebro-dom, blir frikänd på en konventionsgrund istället för att åtalet inte var styrkt är tveksamt. Förvisso erkändes kränkningen tydligt. Emellertid hade de tilltalade frikänts ändå, varför ett frikännande på konventionsgrunden knappast utgör tillräcklig kompensation. Om ett ersättningsmål i det inhemska systemet skulle ogillas enbart pga att de frikända genom tingsrättsdomen redan var gottgjorda, skulle detta sannolikt utgöra en kränkning av artikel 13. Det torde vara en annan sak när en straffindring eller åtalsnedläggelse sker enbart på en konventionsgrund.

Av Eckle - sammantaget med Papamichalopoulos och övriga ovan anförda avgöranden avseende artikel 13 - måste dras slutsatsen att det är först när en kränkning fullt ut kompenseras - på samma sätt som vid en prövning i Strasbourg - som en talan där blir onödig och oförenlig med Konventionssystemets subsidiära karaktär. Omvänt torde det föreligga en förpliktelse att fullt ut och på samma sätt som Europadomstolen kompensera för en kränkning, även om det generellt inte går att hävda att exempelvis en underkompensation alltid utgör en kränkning av artikel 13.

I detta sammanhang är det av intresse att redovisa ett färskt avvisningsbeslut⁵² från Stockholms tingsrätt. En familj väckte talan vid tingsrätten och yrkade ersättning av staten för vissa påstådd myndighetsövergrepp. Käranden åberopade i första hand skadeståndslagen och alternativt artikel 8 i Konventionen samt hävdade att svensk domstol med stöd av artikel 41 kunde utdöma skadestånd på grund av överträdelsen av den materiella rättigheten. Här kan tilläggas att Europadomstolen har uttömt skadestånd, också mot Sverige exempelvis i fallet Olsson,⁵³ för kränkning av rätten till familjeliv.

Tingsrätten anslöt sig i sak till Justitiekanslerns argumentation och fann att en prövning *"enligt artikel 41 är ...förbehållen Europadomstolen, vilket innebär att en nationell allmän domstol inte kan utdöma skadestånd med denna som grund"*.⁵⁴ Tingsrätten avvisade därför talan *"till den del den grundas på Europakonventioner"*.

Den exakta innebörden eller omfattningen av avvisningsbeslutet förefaller inte helt klar. Det synes som tingsrätten har avvisat en rättslig grund, vilket det torde vara svårt att hitta stöd för i RB. Under alla omständigheter har tingsrät-

⁵² den 31 mars 2000 i mål T 20345- och T 4069-99.

⁵³ dom den 24 mars 1988, Serie A nr 130.

⁵⁴ Ett liknande resonemang har förts i ett annat mål vid samma tidpunkt; Stockholms tingsrätts beslut 2000-03-27 i mål nr T 4471-99. Det kan med fog hävdas att käranden i det målet knappast anförde ett rimligt grundat påstående om en konventionskränkning, men tingsrätten anförde i sak samma resonemang som i det här diskuterade målet.

ten även enligt intern svensk rätt ytterst att tolka de inhemska reglerna fördragskonformt.⁵⁵ Detta skall därtill ske *ex officio* enligt principen om *jura novit curia*.⁵⁶ För att rättsmedlet skall anses vara effektivt, skall rätten således - försävt det finns en rimlig grund för de påstådda konventionskränkningarna - pröva relevanta rättsfakta jämlikt artikel 8 trots avvisningsbeslutet samt på lämpligt sätt gottgöra en eventuellt konstaterad kränkning, i sista hand genom en fördragskonform tolkning av skadeståndslagen.

Emellertid är det knappast förenligt - vare sig principiellt eller med konventionsrätten - inta ståndpunkten att skadestånd för konstaterade kränkningar i det inhemska systemet, enbart kan utgå för det fall det finns fördragsvänligt tolkningsutrymme i de inhemska reglerna.

Fördragskonformt tolkningsutrymme torde emellertid närmast alltid återfinnas i den svenska skadeståndsrätten. Som bekant utgör 1972 års Skadeståndslag en kodifiering av tidigare praxis. Skadeståndslagen har som bekant karaktären av en "ramlagstiftning". I förarbetena betonas att syftet varit att tillskapa lagstiftning som är utformad så att den inte skall försvåra för en kontinuerlig anpassning av rättstillståndet till den framtida utvecklingen.⁵⁷ Bestämmelserna i Skadeståndslagen skall - mot denna bakgrund - inte läggas till grund "motsatslut".⁵⁸ Skadeståndslagens principiella karaktär torde m a o lämna utrymme för utdömande av skadestånd även i sådana fall där en konstaterad kränkning inte täcks av någon skadeståndsrättslig bestämmelse rent språkliga tillämpningsområde. Såväl det folkrättsligt grundade kravet på traktatskonform rättstillämpning som grundläggande principiella och rättspolitiska skäl talar också för en sådan rättsutveckling. Ett rättsläge där en inhemskt konstaterad konventionskränkning inte skulle kunna bli adekvat kompenserad inom ramen för det nationella rättssystemet framstår ju som oacceptabelt i båda dess hänseenden.

5.3. Sammanfattning av inhemsk konventionsprövning.

Sammanfattningsvis kan det således konstateras att det med anledning av Strasbourg-maskineriets subsidiära karaktär åvilar staterna att dels pröva rimligt grundade påståenden om konventionsbrott i det inhemska systemet på samma sätt som vid en Europadomstolsprövning samt - om en kränkning befinns vara för handen - tillse att kränkningen upphör om den alltjämt pågår samt så långt möjligt försätta den drabbade i samma situation som existerade före kränk-

⁵⁵ Se bla inkorporeringspropositionen, 1993/94:117 s 35ff.

⁵⁶ Stöd för principen om att rätten känner lagen och därför har att tillämpa den även om den inte är åberopad av part, torde i svensk rätt i vart fall återfinnas i NJA 1993 s 13.

⁵⁷ Prop 1972:5 s 100.

⁵⁸ Bengtsson, Nordensson och Strömbäck, Kommentar till Skadeståndslag, tredje uppl s 78f.

ningen; inkluderat utgivande av såväl ekonomiskt som ideellt skadestånd i situationer där det är nödvändigt för att uppnå detta.

Europakonventionen kräver naturligtvis inte att inhemska domstolar stödjer sig exempelvis på artikel 41. Det föreligger å andra sidan inte i konventionsrättsligt hänseende något hinder att ytterst göra så. Artikeln 41 stadgar inte en exklusiv jurisdiktion för Europadomstolen. Oavsett frågan om artikel 41 är direkt tillämplig eller inte torde det närmast alltid finnas ett fördragsvänligt tolkningsutrymme i den svenska skadeståndsrätten och Europadomstolens praxis under artikel 41 måste i vart fall bli vägledande för den inhemska tillämpningen; såväl vad avser skadans storlek som under vilka situationer och med beaktande av vilka kriterier som ersättning skall utgå. Låt vara att staterna har visst utrymme att själva avgöra på vilket sätt gottgörelse skall ske samt att staterna i vissa situationer har andra möjligheter till gottgörelse än vad som står Europadomstolen till buds - exempelvis strafflindring. Sådan gottgörelse skall emellertid - som huvudregel - närmast ligga till grund för bedömningen av skadans storlek än eljest.

6. AVSLUTANDE SYNPUNKTER.

Vi kan således konstatera att det finns goda såväl rättsliga som rättspolitisk skäl att "*take rights seriously*", som det brukar heta i engelskspråkig litteratur. Att döma av åtminstone en artikel i *The Economist* med den för denna artikel så relevant klingande rubriken "*Bringing rights home*",⁵⁹ synes Storbritannien ta deras om än senkomna inkorporering på betydligt större allvar än vad man vid en samlad bedömning får anse att rättssystemet i stort i Sverige har gjort. Britternas inkorporeringslag trädde i kraft den 2 oktober i år. Den brittiska regeringen har ökat antalet High-Court domare som är specialiserade på MR frågor, höjt rättshjälpen och det Brittiska advokatsamfundet har omorganiserats i syfte att möta den förväntat ökade arbetsbördan.

Såväl juridiska som praktiska argument talar för att det är just det vi måste göra i större utsträckning än hittills - dvs "*bring home rights*". Även om HD tidigt intog en konventionsvänlig attityd samt att det uppenbart skett en förändring i Regeringsrätten, är det lång väg för enskilda att vandra även till de högsta instanserna i Sverige. Rättsutvecklingen kommer sannolikt ske relativt långsamt och det kommer naturligen ske fläckvis - fråga för fråga. Det kommer högst troligt ta mycket lång tid innan en ryggmärgskänsla för rättighetsfrågor genomsyrar hela det rättstillämpande systemet. Den rättspositivistiska anda som svenska domare är fostrade i är många gånger svärförenlig med ett självständigt utvecklande av ett levande rättighetssystem. Densamma är sannolikt

⁵⁹ Numret den 26 augusti - 1 september 2000, s 25.

svår att tvätta bort. Som torde ha framgått och som torde framgå av systerartikeln "Axplock", är systemet i dess nuvarande form godtyckligt i så motto att hur en rättighetsprövning ter sig i allt för hög grad beror på den enskilda domarens intresse och kunskap sammantaget med en sannolikt för hög arbetsbörda.

Det kan härvid också nämnas att årets upplaga av det skandinaviska rättegångsspelet - Tävlingen om det Sporrang/Lönnrothska priset⁶⁰ - till dels avsåg tillämpning av Konventionen i inhemsk rätt. I denna tävling bedöms de deltagande studenterna av höga domare i Skandinavien och de skandinaviska domarna i Strasbourg - med Elisabeth Palm i spetsen. Om inte förr, har dessa höga domare därigenom uppmärksammat de frågeställningar som är diskuterade här. Vi måste också erinra om Pontoppidans ovan citerade vädjan till de nationella domstolarna.

Eftersom konventionsfrågor kan uppstå varhelst i det rättssystemet är det rationellt dra slutsatsen att kompetensen borde samlas i en specialdomstol, dit parterna i pågående processer kunde referera rättighets- eller eljest konstitutionella frågor närhelst sådana uppstår. Detta torde utgör ytterligare ett skäl - som oss veterligt ej tidigare har framförts - för en författningsdomstol.

Argumentet att en författningsdomstol skulle medföra demokratiska komplikationer förefaller oss sakna bäring. Rättstillämpning är i huvudsak en teknik, om än en relativt komplicerad och mångfacetterad sådan. Möjligheten att kontrollera att rättstillämpningen inte har överskrider givna ramar är därtill relativt stor. Det är ofrånkomligt att rättstillämpningen stundtals tar beslut som får eller kan få politiska konsekvenser. Detta är dock inte samma sak som att domare tar politiska beslut. En domare kan aldrig sätta en politisk agenda, utan är hänvisade att döma i de konkreta mål som kommer på dess bord (utom möjligen i viss mån inom ramen för ett prövningstillståndssystem). Vi kan inte se att en utökad konstitutionell prövning inom ramen för en författningsdomstol på något sätt skulle rubba en rimlig balans mellan lagstiftaren och den dömande makten. Det är därtill inte fråga så mycket om en "maktkamp" mellan lagstiftaren och domaren, vilket man lätt får uppfattningen när man exempelvis läser utdrag ur debatter i konstitutionsutskottet.⁶¹ Det är istället fråga om enskildas möjligheter att tillvarata sina rättigheter när de aktualiseras i konkreta fall.

⁶⁰ Tävlingen är skapad och förestås av prof. em Jacob W.F. Sundberg. Studenter från olika universitet i Skandinavien tävlar genom att utifrån ett fiktivt händelseförlopp avseende konventionsrättsliga spörsmål skriva en inlägga såsom den vore adresserad till Europadomstolen. Därefter hålls en fingerad muntlig förhandling i någon av de skandinaviska huvudstäderna. Studenternas prestationer i dessa förhandlingar bedöms således av nämnda domarkategori. Tävlingen har sedan starten 1984 fått mycket lovord och är uppskattad av såväl studenter, advokater och domare. Tävlingen har högst sannolikt ökat medvetandet om konventionsfrågor i hela Skandinavien.

⁶¹ Se exempelvis 1999/2000:KU12, på temat "Skall makten delas?".