



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Therese Grennard

På horisonten intet nytt

- En utredning om förenligheten mellan svensk rätt och Europakonventionen
beträffande horisontellt skadeståndsansvar mellan privata rättssubjekt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz
Termin för examen: Period 1. VT 2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.4.1 Rättsvetenskapliga metoder	8
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	9
1.4.3 Komparativ metod	12
1.4.4 Konstruktiv rättsvetenskaplig metod	13
1.5 Forskningsläge	14
1.6 Disposition	14
2 SVENSK RÄTT	16
2.1 Traditionell svensk skadeståndsrätt	16
2.2 Europakonventionens ställning i svensk rätt	19
2.3 Vertikal effekt av Europakonventionen	20
2.4 Horisontell effekt av Europakonventionen	22
2.4.1 Trygg Hansa-fallet	22
2.4.2 Rättsläget idag	25
2.4.2.1 Inledning	25
2.4.2.2 Indirekt positiv effekt	25
2.4.2.3 Indirekt negativ effekt	26
2.4.2.4 Indirekt möjlig positiv effekt	27
2.4.3 Blockad-fallet	27
3 KONVENTIONS RÄTT	31
3.1 Medlemsstaternas förpliktelser	31
3.1.1 Artikel 1 - Skyldighet att respektera de mänskliga rättigheterna	31
3.1.2 De materiella fri- och rättigheterna	31
3.1.3 Artikel 13 - Rätt till ett effektivt rättsmedel	32

3.1.4	Artikel 41 - Skälig gottgörelse	35
3.1.5	Artikel 46 - Bindande kraft och verkställighet av domar	36
3.2	Europadomstolens inställning till horisontell effekt	37
3.2.1	Talerätt i Europadomstolen	37
3.2.2	VgT Verein gegen Tierfabriken-fallet	37
3.2.3	Blumberga-fallet	38
3.2.4	Söderman-fallet	38
3.2.5	Analys av praxis	40
4	DEN SVENSKA RÄTTENS FÖRENLIGHET MED EUROPAKONVENTIONENS KRAV	42
4.1	Förutsättningar för ansvarsfällande i Europadomstolen vid oförenlighet	42
4.2	Analys – uppfyller Sverige kraven som följer av konventionsåtagandena?	43
4.2.1	Praxis från Europadomstolen	43
4.2.2	Artikel 13 - kravet på effektivt rättsmedel	44
4.2.3	Europakonventionen som ansvarsgrund	46
5	BÖR EUROPAKONVENTIONEN GES HORIZONTELL VERKAN I SVENSK RÄTT?	49
5.1	De framförda argumenten	49
5.1.1	Argument mot horisontell verkan	49
5.1.2	Argument för horisontell verkan	50
5.2	Analys de lege ferenda	52
6	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	55
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

The European Convention on Human Rights is an international convention aiming to assure certain human rights. The affiliated states undertake to guarantee each and everyone within their jurisdiction the freedoms and rights enacted in the Convention. Sweden has signed and ratified the Convention. Should the state transgress its undertakings it can be held responsible for the breach by the supervisory European Court of Human Rights. This vertical responsibility, between the state and the individual, is clearly stated in the Convention; more uncertain is what applies in a situation where one natural person violates another natural person's Convention rights. In Sweden the question regarding horizontal indemnity liability directly based on the Convention was tried in the case NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa). The Supreme Court held that the Convention does not explicitly demand that the states allow such an indemnity liability, nor is it suitable to implement as such with respect to the difficulties for the individual to anticipate the extent of such a liability.

Case law from the European Court of Human Rights has clarified that the state has a positive obligation to ensure that protection for the Convention rights are not only awarded in relation to the state, but also in relations between individuals. The vast majority of freedoms and rights secured by the Convention have equivalent protection in the national Swedish legal system. However, certain asymmetry exists between these frameworks. This caught attention when Sweden was found in violation of the Convention in the case *Söderman v. Sweden*, regarding covert filming. The right to respect for one's private life enacted in the Convention was not guaranteed by the Swedish state as the act was not criminalised. Consequently the possibility of receiving compensation for the violation was excluded as the relevant regulation in the Swedish law of tort, 2:3, states occurrence of a crime as a prerequisite. Furthermore, the Trygg Hansa precedent made impossible for damages to be awarded directly based on the violation of the Convention; the perpetrator could not be held responsible and the violated stood without protection.

This essay examines whether the Swedish legal system is consistent with the requirements deriving from the Convention undertakings in relation to the question regarding horizontal indemnity liabilities directly based on the Convention. I conclude that the Trygg Hansa precedent as such is not contradicting the Convention. However, I predict there are several gaps in the system of protection of the Convention rights in the Swedish legal framework. This implicates that Sweden does not fully fulfill the demands of the Convention. Obligated to address its shortcomings after the *Söderman v. Sweden* verdict, Sweden criminalised such covert filming. This solved the issue at hand, yet, in my opinion, the overall inadequacy persists: effective remedies remain unavailable in situations where an act is not criminalised in Sweden, but regardless infringes a Convention right. Implementation of a horizontal indemnity liability directly based on the Convention constitutes a comprehensive solution to the compatibility problem of the Swedish legal system. Still, the Trygg Hansa precedent stands and no official investigation on the topic seems to be on the horizon.

Sammanfattning

Europakonventionen är en internationell konvention som ämnar säkerställa vissa mänskliga rättigheter. De anslutna staterna åtar sig att garantera var och en inom deras jurisdiktion de fri- och rättigheter som stadgas i konventionen. Sverige har undertecknat och ratificerat konventionen. Om staten överträder sina konventionsåtaganden kan denna fällas till ansvar av den övervakande Europadomstolen. Detta vertikala ansvarsförhållande följer tydligt av konventionen; mer oklart är vad som gäller i den situationen ett privat rättssubjekt kränker ett annat privat rättssubjekts konventionsrättigheter. I Sverige prövades frågan om ett horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen i NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa-fallet). Högsta domstolen ansåg att konventionen inte uttryckligen kräver att staterna tillåter ett skadeståndsansvar av detta slag och att det heller inte var lämpligt att implementera ett sådant med hänsyn till svårigheterna för den enskilde att förutse ett sådant ansvars omfattning.

I Europadomstolens praxis har klarlagts att staten har en positiv skyldighet att säkerställa att skydd för konventionsrättigheterna inte endast finns i förhållande till staten, utan även i förhållanden enskilda emellan. De allra flesta fri- och rättigheterna som skyddas av konventionen har motsvarande skydd i den nationella svenska rättsordningen. Emellertid råder en viss asymmetri i rättighetsskyddet vilket uppmärksammades i fallet *Söderman mot Sverige*, rörande smygfilmning, där Sverige fälldes till ansvar i Europadomstolen. Det skydd för privatliv som Europakonventionen stadgar garanterades inte genom att gärningen var kriminaliserad i svensk rätt. Som följd fanns det då inte heller möjlighet att erhålla skadestånd eftersom den mest relevanta skadeståndsrettsliga bestämmelsen, skadeståndslagen 2:3, endast kan tillämpas då brott har konstaterats. Vidare omöjliggjorde prejudikatet från Trygg Hansa-fallet att skadestånd dömdes ut direkt på grundval av konventionskränkningen; gärningsmannen kunde därför inte hållas ansvarig och den kränkte stod utan skydd.

I detta arbete utreds huruvida den svenska rättsordningen är förenlig med de krav som följer av Sveriges konventionsåtaganden i förhållande till frågan om horisontellt direkt konventionsgrundat skadeståndsansvar. Min slutsats är att Trygg Hansa-fallet och ståndpunkten däri inte strider mot konventionens krav i sig. Däremot torde det finnas ett flertal luckor i den svenska rättsordningens rättighetsskydd vilka innebär att Sverige inte fullt lever upp till Europakonventionens krav. Efter fallet *Söderman mot Sverige* var Sverige skyldigt att åtgärda de brister som konstaterats, och detta gjordes genom att smygfilmning av det aktuella slaget kriminaliserades. Jag anser att även om detta var en effektiv lösning undanröjdes inte det mer övergripande problemet: den generella bristen på tillhandahållande av effektiva rättsmedel i de fall en gärning inte utgör ett brott i svensk rätt men ändå utgör en konventionskränkning. Implementerande av ett horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen utgör en heltäckande lösning på den svenska rättsordningens förenlighetsproblem. Emellertid står sig Trygg Hansa-prejudikatet och någon officiell utredning om frågan tycks inte skymta vid horisonten.

Förord

Med det sista ordet på pappret, och en juristexamen rodd i hamn, finns inte annat att göra än att rikta några tack.

Mamma, tack för att du inspirerar mig att göra bättre än jag själv tror att jag kan, tack för att du tror på mig i allt jag gör och tack för att du betalar min hemförsäkring.

Pappa, tack för att du har lärt mig att uthållighet och noggrannhet alltid leder till bästa resultat, tack för att du alltid finns där för mig när jag behöver hjälp och tack för att du rensar mitt handfatsavlopp.

Sebastian, tack för att du visar ett genuint intresse för precis allt jag gör, tack för att du korrekturläser mina uppsatser och tack för att du handlar åt mig i Tyskland.

Farmor, tack för att du talar om akademien på sådant vis att jag inte kunde annat än att viga min tid till Lund, tack för att du får mig att känna mig stolt över mig själv när du skryter om mina resultat inför alla som vill(?) lyssna och tack för att du alltid gör mochaparfait när jag kommer hem.

Eva, tack för att du varit den bästa handledare jag kunnat hoppas på, tack för att du tagit dig tid att hjälpa mig att få fason på min uppsats och tack för att du har sagt det precis som det är.

Alla vänner, tack för de bästa åren hittills.

Nu är det slut på studietiden, och ett som är säkert är att det på min horisont är allt annat än intet nytt.

Lund, 8 maj 2018

Therese Grennard

Förkortningar

ERT	Europarättslig Tidskrift
Europadomstolen	Den europeiska domstolen till skyddet för de mänskliga rättigheterna och de fundamentala friheterna
Europakonventionen	Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 17:e januari 2018 biföll riksdagen regeringens förslag till införande av en bestämmelse i skadeståndslagen (1972:207) angående det allmänna skadeståndsansvar vid kränkning av de rättigheter som skyddas av Europakonventionen.¹ En klar majoritet av remissinstanserna ställde sig positiva till förslaget, men bland annat Lagrådet, Sveriges advokatsamfund och Centrum för rättvisa uttryckte besvikelse över att inte någon utredning hade vidtagits om Europakonventionens horisontella effekt.² Med horisontell effekt avses här möjligheten för ett privat rättssubjekt att stödja en skadeståndstalan gentemot ett annat privat rättssubjekt direkt på Europakonventionen då den förre anser att den senare kränkt någon av de rättigheter som stadgas däri.

När Sverige ratificerade Europakonventionen år 1953 gjordes ingen ansats till att vare sig inkorporera konventionen i svensk rätt eller att direkt anpassa lagen efter densamma. Principer om att svensk rätt skulle tolkas konventionskonformt utvecklades, men det blev ändå problematiskt med tiden att konventionen inte var direkt tillämplig.³ Följden blev att en lag om dess inkorporering antogs år 1994.⁴ Kommittén som stod bakom förslaget till lagen uttalade att även efter inkorporeringen var det inte domstolarna, utan främst lagstiftaren, som skulle ansvara för konventionens genomslag i den svenska rätten.⁵ Detta till trots har rättsutvecklingen i fråga om konventionsenlighet i stort sett skett genom att domstolarna visat sig obenäga att tillämpa inhemsk lag då de ansett det föreligga en risk att deras avgörande skulle underkännas vid eventuell prövning i Europadomstolen.⁶

De nya paragrafer som trädde i kraft i skadeståndslagen 1:a april 2018 utgör i princip en lagfästning av vad som redan utgör gällande rätt genom prejudikat från Högsta domstolen.⁷ Den som fått sina konventionsrättigheter kränkta av det allmänna kan numera grunda sitt skadeståndskrav direkt på konventionen i de fall inga andra lagbestämmelser medger ersättning för skadan; ett vertikalt skadeståndsansvar för staten följer således direkt av Europakonventionen. Rättsutvecklingen på området har främst letts av att rättstillämparen funnit glapp – brister i den svenska rättsordningens förenlighet med de krav som uppställs i Europakonventionen – som denne funnit tvunget att fylla ut.⁸

¹ Riksdagsskrivelse 2017/18:140.

² Prop. 2017/18:7, s. 26, 90.

³ Danelius, (2012), s. 37.

⁴ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵ Danelius, (2012), s. 37-38.

⁶ Danelius, (2012), s. 39-40.

⁷ Jfr. Prop. 2017/18:7, s. 1, 5, 13; NJA 2005 s. 462; NJA 2007 s. 295; NJA 2007 s. 584.

⁸ Danelius, (2012), s. 39; NJA 2005 s. 462 (s. 497-498).

Sveriges rättsliga ställningstagande i fråga om horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av de rättigheter som stadgas i Europakonventionen är likaså klarlagt i praxis genom prejudikatet NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa-fallet). Däri lade Högsta domstolen en spärr för horisontellt skadeståndsansvar direkt baserat på kränkningar av Europakonventionen. Högsta domstolen ansåg sig således inte finna ett sådant ”glapp” i överensstämmelse med den svenska rätten och Europakonventionens krav som skulle motivera att ett horisontellt skadeståndsansvar tilläts i svensk rätt. Ställningstagandet i rättsfallet medförde dock problem för Sverige då fallet *Söderman mot Sverige* hamnade hos Europadomstolen år 2013.⁹

I detta mål fälldes Sverige av Europadomstolen efter att denna konstaterade en brist på effektivt rättsmedel för klaganden då varken straffrättens eller civilrättens sanktioner stod till förfogande i fallet.¹⁰ Med anledning av detta vidtogs åtgärder för att komma till rätta med det problem som konstaterats. Lösningen som valdes innebar en ändring i brottsbalken och kriminalisering av den specifika gärning som var förhanden i fallet.¹¹ Någon övergripande ändring eller lösning inom skadeståndsrätten skedde emellertid inte.

Som resultat av att domstolarna tvingades att hantera förenlighetsproblem i den svenska rätten i fråga om det allmännas skadeståndsansvar vid konventionskränkningar tillsattes en utredning av det rättsliga läget.¹² De ovan nämnda remissinstanserna uttryckte i det efterföljande lagförslaget att det vore önskvärt att likaså utreda rättsläget i fråga om horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av Europakonventionen. Jag ansluter mig till denna åsikt och anser att det finns anledning att utreda frågan.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att diskutera och analysera den svenska rättens förenlighet med de konventionsåtaganden som följer av Sveriges anslutning till Europakonventionen beträffande horisontellt skadeståndsansvar mellan privata subjekt. Frågan om skadeståndsansvar för en enskild som kränkt en annan enskilds konventionsrättigheter har avhandlats i Högsta domstolen och debatterats i doktrin. Inom ramen för detta arbete har jag för avsikt att redogöra för de argument som lagts fram i diskussionen angående möjligheten att ge skadeståndansvaret vid kränkning av konventionsrättigheterna horisontell verkan. Ett ytterligare syfte med arbetet är att utreda huruvida Sverige bör införa ett sådant ansvar, vilket görs mot bakgrund av bland annat de krav som uppställs i konventionsrätten och rättssäkerhetshänsyn.

En naturlig utgångspunkt för att kunna uppfylla uppsatsens övergripande syfte är att klarlägga innehållet i gällande svensk rätt. Som ett led i arbetet fordras likaså att konventionsrätten som följer av Europakonventionen och Europadomstolens praxis utreds. Således är mitt syfte med denna uppsats att utreda frågan om horisontellt

⁹ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 1, 10 & 117.

¹⁰ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, s. 117. Rättsfallet diskuteras mer djupgående i avsnitt 3.2.4.

¹¹ Genom lag (2013:366) om ändring i brottsbalken infördes 4 kap. 6 a §.

¹² SOU 2010:87.

skadeståndsansvar vid kränkning av konventionsrättigheter både de lege lata och de lege ferenda.

Ett antal specifika frågeställningar har formulerats för att ligga till grund för utredningen:

- vad är gällande rätt i Sverige i fråga om horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av de i Europakonventionen stadgade mänskliga rättigheterna?
- är den svenska hanteringen av horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av konventionsrättigheterna förenlig med vad Europakonventionen kräver av medlemsstaterna?
- bör Sverige införa ett horisontellt skadeståndsansvar för enskilda som kränkt en annan enskilds konventionsrättigheter?

1.3 Avgränsningar

Ämnesvalet för denna uppsats medför att den svenska skadeståndsrätten, den Europakonventionsbaserade konventionsrätten samt samspelet dem emellan undersöks. Detta medför att ett civilrättsligt perspektiv, där skadeståndsrätten ställs i centrum, och ett folkrättsligt perspektiv, där fokus främst läggs på statens internationella konventionsåtaganden, fordras för att kunna besvara samtliga av arbetets frågeställningar. Då undersökningsområdet har ett så vidsträckt omfång måste vissa avgränsningar göras.

Det framgår av artikel 1 i Europakonventionen att det är de fördragsslutande parterna som ska garantera de i konventionen stadgade rättigheterna, och att konventionen således primärt riktar sig till staterna. Detta får till följd att en del av konventionsrättigheterna endast berör förhållandet mellan en enskild och staten.¹³ Med uppsatsens huvudsakliga syfte i beaktan kommer jag endast att diskutera de artiklar i konventionen som kan vara relevanta för förhållandet mellan privata subjekt.¹⁴ Vidare föranleder utrymmesskäl att inte heller dessa kan detaljstuderas utan används endast i den mån så krävs för att exemplifiera undersökningens problemställningar.

Centralt för utredningen är att Europakonventionen stadgar en rätt till ett effektivt rättsmedel vid påstådd kränkning av konventionsrättigheterna.¹⁵ Detta medför att även processrätt är av relevans för uppsatsens innehåll. Detta till trots kommer varken processuella regler, eller till skadeståndet alternativa rättsmedel, att beröras mer djupgående än nödvändigt för att uppfylla uppsatsens övergripande syfte.

I detta sammanhang bör också klargöras att inte heller straffrätten sätts i fokus i uppsatsen. Den svenska skadeståndsrättens utformning i fråga om sambandet mellan brott och kränkingsersättning är otvivelaktigt central för utredningen och

¹³ Exempelvis Art. 2 uppställer krav som specifikt riktar sig till lagstiftaren, och Art. 6 uppställer krav som specifikt riktar sig till rättstillämparen.

¹⁴ Exempelvis Art. 8 om rätten till skydd för privat- och familjeliv, och Art. 11 om friheten att delta i sammankomster och föreningsfrihet, vilka har varit aktuella i svensk praxis i relation till europakonventionens horisontella effekter.

¹⁵ Art. 13.

därigenom blir det relevant att vidröra delar av straffrätten. För uppsatsens syfte är det viktigt att uppmärksamma att det endast är de gärningar som beskrivs i brottsbalken eller speciallag som utgör brott i Sverige.¹⁶ Mer specifika straffrättsliga aspekter såsom uppfyllande av gärnings- och ansvarsrekvisit, tillräknelighet, straffrättsliga sanktioner och straffmätning kommer dock att falla utanför ramen för arbetet i den mån de inte direkt inverkar på skadeståndsansvaret.

Uppsatsens övergripande syfte föranleder inte att jag mer djupgående diskuterar metoder för beräkning av skadeståndsbelopp. Vidare kommer jag inte heller beröra beloppsnivåer för skadestånd vid rättighetskränkningar i större utsträckning än det har betydelse för frågan huruvida skadeståndet som rättsmedel alls kan anses effektivt.

Huruvida en stat bör införa ett horisontellt skadeståndsansvar baserat på konventionsöverträdelse av privata subjekt har debatterats både nationellt och internationellt. Då jag ämnar utreda den svenska skadeståndsrätten och dess förhållande till konventionsrätten kommer andra konventionsstaters rättsordningar i sig inte att diskuteras i arbetet.

Vidare kan noteras att Sverige är medlem i Europeiska unionen, som i sin tur har förbundit sig att ansluta sig till Europakonventionen. Förhållandet mellan Europakonventionen, Europeiska unionen och unionsrätten är mycket komplicerat.¹⁷ Unionsrätten har en egen rättighetsstadga¹⁸ och inrymmer även ett eget regelverk gällande rätten till skadestånd vid överträdelse av de rättigheter som fastslagits däri. Emellertid är syftet med denna uppsats att utreda svensk rätts förenlighet med konventionsrätten i fråga om horisontellt skadeståndsansvar vid konventionskränkningar. Unionsrätten skiljer sig markant från konventionsrätten på denna punkt, och utgör otvivelaktigt ett intressant studieobjekt. Den faller dock utanför uppsatsens huvudsakliga syfte, varför den av utrymmeshänsyn inte behandlas ytterligare.¹⁹

1.4 Metod och material

1.4.1 Rättsvetenskapliga metoder

Arbetets huvudsakliga syfte och vägledande frågeställningar medför att det förefaller både nödvändigt och lämpligt att nyttja en kombination av rättsvetenskapliga metoder. Eftersom uppsatsen tar avstamp i att redogöra för gällande rätt, dels svensk nationell rätt, dels konventionsrätten, används först och främst den traditionella rättsdogmatiska metoden. För att kunna uppfylla arbetets huvudsakliga syfte – att utreda den svenska rättens förenlighet med Europakonventionens krav – använder jag en komparativ metod. Till den del uppsatsen utgör en analys av argument för och emot ett skadeståndsansvar för privata subjekt som kränkt konventionsrättigheterna, samt en utredning av huruvida

¹⁶ Brottsbalken (1962:700) 1:1.

¹⁷ Cameron, (2014), s. 174.

¹⁸ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

¹⁹ Bernitz, (2010), s. 839.

Sverige bör införa ett sådant ansvar, krävs ett helt annat förhållningssätt till uppgiften. Diskussioner de lege ferenda faller utanför den traditionella rättsdogmatiskens grundläggande ram.²⁰ Med anledning av detta nyttjar jag en konstruktiv rättsvetenskaplig metod för att besvara dessa frågor.

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Det råder ingen enhetlig uppfattning inom rättsvetenskapen om hur den rättsdogmatiska metoden ska definieras eller användas. Peczenik förklarar att rättsdogmatiken beskriver gällande rättsregler på olika områden och strukturer i dessa områden. Den utgör en viktig del av den allmänna rättsläran och Peczenik framhåller att såväl rättskällevärdet som den juridiska argumentationsläran traditionellt omfattas.²¹ Lehrberg beskriver den juridiska arbetsmetoden genom en sammanfattning av olika steg. Först måste det juridiska problemet identifieras, sedan måste relevanta rättsregler lyftas fram varpå de måste tolkas och innehållsmässigt preciseras. Slutligen ska undersökningen självständigt ta ställning till problemet med hjälp av ändamålsavvägningar.²² I denna uppsats besvaras följaktligen de frågeställningar om gällande rätt som preciserats genom att relevanta rättsregler identifieras, värderas och tolkas i enlighet med rättskällevärdet. I den avslutande analysen presenteras de ställningstaganden avvägningarna har resulterat i.

Med hjälp av den rättsdogmatiska metoden studeras således gällande rätt genom att rättskällorna tolkas, systematiseras och värderas. Peczenik gör en kategorisk indelning av rättskällorna i vilken han konstaterar att det finns rättskällor som *ska*, rättskällor som *bör* och rättskällor som *får* tillmätas auktoritet i juridisk argumentation.²³ Under kategorin av rättskällor som *ska* beaktas faller främst nationell lag, men kategorin som sådan kan ibland vara mer omfattande; det råder en stark plikt för domstolar att beakta lagen. Bland det material som *bör* beaktas listas prejudikat, förarbeten, internationella konventioner och vissa sedvanerättsliga regler, vilka också individuellt värderas och rangordnas enligt rättskällevärdets principer. Vid juridisk argumentation finns det även material som *får* beaktas, men som faller längre ner i hierarkin av normativt material. Här ibland finnes exempelvis domar som inte har prejudikatsställning, prejudikat som inte direkt berör den föreliggande frågan, doktrin på området, rättsprinciper, lagförslag och utländska lagar.²⁴

På förekommen anledning tillmätts nationell lag största betydelse i undersökningen. Inom den svenska rättsordningen står skadeståndslagen (1972:207) i centrum då det är i denna lag privata subjekts skadeståndsansvar främst regleras. Skadeståndslagen har ett mycket vidsträckt giltighetsområde men är utformad som en ramlag.²⁵ Detta innebär att stora delar av skadeståndsrätten är reglerad utanför

²⁰ Olsen, (2004), s. 117.

²¹ Peczenik, (2005), s. 249-252.

²² Lehrberg, (2018), s. 51-52.

²³ Peczenik, (1995), s. 33-36.

²⁴ Peczenik, (1980), s. 49-50.

²⁵ Hellner & Radetzki, (2014), s. 26-27.

lagen, vilket var ett medvetet lagtekniskt val vid lagens tillkomst.²⁶ I praktiken är det således rättspraxis, speciallagsreglering och i viss mån lagförarbeten som preciserar skadeståndsrättens innehåll.²⁷ Likaså allmänna skadeståndsrättsliga principer fyller ut skadeståndsrätten. Många av dem följer av skadeståndslagen men ett flertal grundsatser såsom de om adekvat kausalitet, normskyddsläran och begränsat ansvar för tredjemansskada är inte reglerade i lag.²⁸ Att vissa allmänna rättsgrundsatser inte är lagstadgade medför flexibilitet och öppnar för en successiv rättsutveckling i domstolarna. Bengtsson ifrågasätter dock det framtida värdet av dessa principer i rättstillämpningen då de i högre grad används mer rörligt för att kunna ta hänsyn till omständigheter i enskilda fall på bekostnad av överskådlighet. Vidare konstaterar han att utvecklingen av allmänna grundsatser i Högsta domstolen visat en benägenhet att öka möjligheterna till skadestånd.²⁹ Sedan år 1995 utgör också Europakonventionen svensk lag genom att lag (1994:1219) om den Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna antogs och trädde ikraft. Följaktligen utgör Europakonventionen inte enbart en internationell konvention som binder Sveriges agerande och som *bör* beaktas i juridisk argumentation, utan även en sådan rättskälla som de nationella domstolarna *ska* beakta.³⁰

Förutom att Europakonventionens roll i den svenska rätten måste beaktas, måste konventionsrätten i sig utredas separat för att uppsatsens syfte ska kunna uppfyllas. Liksom de svenska rättskällorna måste konventionsrätten värderas och tolkas. Många av de allmänt accepterade reglerna om konventioners giltighet och tolkning återfinns i Wienkonventionen om traktaträtten vilken har undertecknats av Sverige och omfattar Europakonventionen.³¹ I dess artikel 31 klargörs att tolkning ska ske utefter den gängse meningen av konventionens uttryck och mot bakgrund av dess ändamål och syfte. I fallet *Golder mot Förenade Konungariket* uttalade Europadomstolen att Wienkonventionens tolkningsregler ska användas men fäste därtill särskild vikt vid konventionens syfte och helhet.³² Idag är det främst dessa tolkningsmetoder Europadomstolen använder sig av då den tolkar innehållet i Europakonventionen, varför också jag lutar mig mot Wienkonventionens tolkningsregler då jag ämnar utreda gällande konventionsrätt.³³

Bland de rättskällor som, enligt Peczenik, *bör* tillmätas auktoritet i juridisk argumentation är för denna framställning särskilt relevant att lyfta fram prejudikatet. Den svenska skadeståndslagen utgör likt ovan konstaterat en ramlag, varför mycket av gällande skadeståndsrätt återfinns i Högsta domstolens praxis. Prejudikat har byggt ut den svenska rätten och deras ställning har förstärkts över tiden. Idag anses de starkt vägledande, men de binder i sig inte domstolen i framtiden.³⁴ I fråga om horisontellt skadeståndsansvar för enskilda är det rättstillämparen som genom Trygg Hansa-fallet har preciserat den svenska rättens

²⁶ Prop. 1972:5, s. 423-424.

²⁷ Hellner & Radetzki, (2014), s. 26-27.

²⁸ Bengtsson, (2017/18), s. 265.

²⁹ Bengtsson, (2017/18), s. 274-275.

³⁰ Peczenik, Aarnio & Bergholtz, (1990), s. 145-146.

³¹ SÖ 1975:1, s. 1.

³² *Golder v. United Kingdom*, no. 4451/70, Series A No 18, p. 29-36.

³³ Cameron, (2014), s. 78-79.

³⁴ Peczenik, (1980), s. 124-125.

innehåll. Detta rättsfall spelar en stor roll för utredningen och Högsta domstolens argumentation analyseras noggrant i kommande avsnitt.

Europadomstolen, som främsta tolkare av Europakonventionen, har genom praxis byggt upp en sammanhängande grundval för tolkning av konventionsrätten. Domstolens domar binder endast den svarande staten, och likt Högsta domstolen är inte heller Europadomstolen bunden av sina tidigare domar. Dess praxis torde dock ge en tydlig indikation på domstolens inställning i tolkningsfrågan.³⁵ Konventionsrätten är emellertid under ständig utveckling och utbyggnad. Europadomstolen har återkommande tydliggjort att konventionen är ett levande instrument varför den måste tolkas mot bakgrund av de för dagen aktuella förutsättningarna.³⁶ Detta föranleder att jag beaktar tidsaspekten när jag fäster vikt vid relevanta rättsfall. Europadomstolen har berört den för arbetet centrala frågan om horisontellt skadeståndsansvar i fallet *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz* och denna praxis diskuteras i kommande avsnitt. Här bör dock uppmärksammas att fallet nu är sjutton år gammalt.³⁷ Vidare är rättsfallet *Söderman mot Sverige* av stor betydelse för utredningen då det tydliggör den grundläggande problematiken med den svenska utformningen av skadeståndsansvaret i förhållande till Europakonventionen.³⁸ Detta analyseras djupgående i kapitel fyra.

Förarbeten till lagstiftning utgör i den svenska rättsordningen en rättskälla som bör beaktas. Det har argumenterats att då lagtexten är begränsad av sin koncisa utformning kan tolkning av förarbeten till densamma ge tydligare uttryck för lagstiftarens vilja och belysa lagens ändamål.³⁹ Detta tankesätt, och acceptans av den till förarbeten högt tillmätta auktoriteten, har dock även kritiserats. Därför råder i sig inte någon enhetlig uppfattning om exakt vilken roll förarbeten spelar, eller bör spela.⁴⁰ Detta till trots kan det konstateras att lagförarbeten inte ovanligen begrundas av svenska domstolar. Då den svenska rättstillämparen använder förarbeten, trots att de i sig inte är bindande för domstolen, tillmäter likaså jag dem betydelse i denna undersökning av den svenska rätten.⁴¹ I detta sammanhang bör dock noteras att då det inte finns någon lagstiftning som reglerar frågan om horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av konventionsrättigheterna, finns inte heller något förarbete som direkt utreder frågan. Förarbeten till skadeståndslagen ger emellertid vägledning beträffande systematiken i den svenska skadeståndsrätten och i den nyligen utkomna prop. 2017/18:7 Skadestånd och Europakonventionen tangeras frågan om horisontellt skadeståndsansvar i flera avsnitt.⁴²

Europadomstolen har i ett fåtal fall nyttjat Europakonventionens förarbeten som vägledning i sin tolkning av dess innebörd, men i denna framställning använder jag dock inte denna historiskt baserade tolkningsmetod när jag utreder

³⁵ Cameron, (2014), s. 68-69.

³⁶ Cameron, (2014), s. 80.

³⁷ *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, ECHR 2001-VI.

³⁸ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI.

³⁹ Peczenik, (1995), s. 40-41.

⁴⁰ Peczenik, (1980), s. 110-113.

⁴¹ Peczenik, Aarnio & Bergholtz, (1990), s. 167.

⁴² Prop. 2017/18:7, s. 26, 28 och 90.

konventionsrättens innehåll. Förarbeten tillåts spela en mycket marginell roll i konventionsrätten jämfört med den ställning de har i svensk rätt. Vidare så härstammar de från efterkrigstiden vilket sammantaget med Europadomstolens uttalande om att konventionen är ett levande instrument som ska tolkas utefter dagens förutsättningar innebär att de inte torde kunna tillmätas någon större betydelse avseende vad som idag är gällande rätt.⁴³

Doktrin utgör en sådan rättskälla som *får* beaktas och som åberopas, om än sällan, av den svenska rättstillämparen. Likväl som juridisk litteratur kan erbjuda vägledning i fråga om prejudikattolkning, systematik, begreppsbildning och frågor av mer principiellt slag är det av vikt att bereda sig på dess inneboende fallgropar.⁴⁴ Innan doktrin läggs till grund för utredningen av gällande rätt fordras noggrann källkritik där författarens subjektivitet begrundas såväl som publikationsår och eventuell efterkommande rättsutveckling.

1.4.3 Komparativ metod

Då uppsatsens huvudsakliga syfte är att utreda huruvida den svenska rätten uppfyller de krav som ställs inom konventionsrätten krävs en jämförelse dem emellan. Att tala om en komparation för ofta tankarna till en undersökning av två olika rättssystem där likheter och skillnader lyfts fram, vilket också utgör grundexemplet på en komparativ studie.⁴⁵ Bogdan ifrågasätter värdet av att undersöka två rättsordningar parallellt eller av att utföra direkta regeljämförelser.⁴⁶ Han urskiljer istället ett antal olika infallsvinklar vilka enligt hans mening faktiskt innehar komparativt värde. Bland dessa lyfter han fram studier av sådana rättssystem som har inverkan på betydande delar av befolkningen.⁴⁷ Eftersom det här är fråga om ett fundamentalt skydd för mänskliga rättigheter torde det råda föga tvivel vad gäller värdet av samstämmighet mellan den svenska rätten och Europakonventionen. Enligt min mening motiverar det starka behovet av överensstämmelse – till följd av såväl Europakonventionens essentiella innehåll som Sveriges folkrättsliga plikt efter antagandet av densamma – värdet av att utreda huruvida sådan föreligger.

I detta arbete genomförs en form av vertikal komparation eftersom det är regelsystem på olika nivåer som jämförs.⁴⁸ Tillämpning av den komparativa metoden sker emellertid inte problemfritt; Bogdan lyfter fram exempelvis språksvårigheter, olikheter i systematik och olikheter i rättskällornas hierarki som potentiella hinder för en värdefull komparation.⁴⁹ Europakonventionen har översatts till svenska, men det är endast dess engelska och franska textversioner som anses vara autentiska.⁵⁰ Medvetenhet om dessa slags svårigheter innebär att jag kan förhålla mig bättre till material och ta höjd för dem i mina slutsatser.

⁴³ Cameron, (2014), s. 78-79.

⁴⁴ Peczenik, (1980), s. 139-140.

⁴⁵ Bogdan, (2003), s. 18.

⁴⁶ Bogdan, (2013), s. 45.

⁴⁷ Bogdan, (2013), s. 45- 52.

⁴⁸ Olsen, (2004), s. 125.

⁴⁹ Bogdan, (2013), s. 29-41.

⁵⁰ Rainey, Wicks & Ovey, (2017), s. 67.

1.4.4 Konstruktiv rättsvetenskaplig metod

Rättsdogmatiken är generellt accepterad som en användbar metod för att deskriptivt slå fast vad som utgör gällande rätt. Jareborg ser dock inga hinder för att inom rättsdogmatisk argumentation gå utanför att beskriva gällande rätt och därmed gå ett steg längre för att med normativa inslag söka ideala lösningar.⁵¹ Det råder dock delade meningar i saken. Rättsdogmatiken har emellertid kritiserats som för snäv och passivt iakttagande för att kunna passa rättsvetenskapen i helhet. En följd av detta är att ett flertal olika inriktningar, som stammar från rättsdogmatiken, har utvecklats med ambitionen att möjliggöra ett vidare spann av undersökningar.⁵²

Enligt Agell är den konstruktiva rättsvetenskapen mer öppen för icke-juridiska synpunkter.⁵³ Den konstruktiva metoden tillämpas genom att det som konstaterats utgöra gällande rätt omvärderas med hänsyn till olika parametrar. Här kan exempelvis ändamålsenlighet och samhällsfunktion beaktas.⁵⁴ Vidare gör Agell även en uppdelning mellan ändamålsrationalitet, regelrationalitet och systemrationalitet.⁵⁵ Då ändamålsrationaliteten ska beaktas avser Agell att en diskussion ska föras utifrån de olika ändamål en rättsregel är avsedd att tillgodose; förhållandet mellan en reglerings avsedda ändamål och de funktioner regeln kan visa sig uppfylla i praktiken undersöks. Regelrationaliteten berör förhållandet mellan utformningen av en regel eller ett begrepp och tillgodoseende av bakomliggande ändamål. Systemrationalitet relaterar till samordningen mellan olika rättsregler. Enligt Agell är gränserna mellan dessa olika slags rationalitetsreferenser inte klara.⁵⁶ Mot bakgrund av dessa parametrar kan dock både lagar och prejudikat ifrågasättas och kritiseras inom ramen för konstruktiv rättsvetenskap.⁵⁷ Brister i rättens funktionalitet kan upptäckas när resultatet av rättslig analys sätts i relation till de ändamål rätten ämnar tillgodose, och således kan genom detta förfarande eventuellt utrymme för förbättring av gällande rätt lyftas fram.⁵⁸

I mitt arbete utreder jag huruvida Sverige bör införa ett horisontellt skadeståndsansvar i skadeståndslagen då en enskild har kränkt en annans enskilda konventionsrättigheter. Denna fråga besvarar jag genom att i enlighet med den konstruktiva rättsvetenskapsmetoden pröva den svenska hanteringen av frågan – eller avsaknaden av sådan – mot bakgrund av dess samhälleliga effekter. Således förekommer inslag av ett rättspolitiskt perspektiv vid utvärderingen av regelsystemet.

⁵¹ Jareborg, (2004), s. 4.

⁵² Olsen, (2004), s. 112.

⁵³ Agell, (1997), s. 47.

⁵⁴ Agell, (1997), s. 43.

⁵⁵ Agell, (2002), s. 248.

⁵⁶ Agell, (2002), s. 249-251.

⁵⁷ Olsen, (2004), s. 119-120.

⁵⁸ Olsen, (2004), s. 134-135.

1.5 Forskningsläge

Frågan om horisontellt skadeståndsansvar grundat direkt på Europakonventionen utgör något av ett rättsligt terra incognita. Kombinationen av kasuistiskt författade domar från Europadomstolen, frånvaro av statliga utredningar och avsaknad av flitig debatt i doktrin innebär att det inte råder någon heltäckande klarhet i hur rättsläget faktiskt är. Högsta domstolen och Europadomstolen har dock avgjort ett antal mål, vilka utgör en naturlig utgångspunkt för de artiklar och den begränsade debatt som förts i frågan. I Sverige väckte frågan om det allmännas ansvar på grundval av Europakonventionen intresse under det tidiga 2000-talet, och i kölvattnet av rättsutvecklingen på detta område följde ett visst intresse likaså för möjligheten att Europakonventionen skulle utgöra en ansvarsgrund också i tvister mellan privata rättssubjekt. Debatten kulminerade vid Högsta domstolens avgörande i Trygg Hansa-fallet, men fördes främst av ett fåtal engagerade rättsvetenskapsföreträdare och praktiker. Den kanske allra mest framträdande debattören i Sverige har varit professor Håkan Andersson som i en serie av artiklar argumenterat mot att konventionen innehåller krav på att utgöra en direkt horisontell skadeståndgrund. Likaså professor Märten Schultz har varit aktiv i den diskussion som förts, och hans inställning har varit något mer öppen och inriktad på de lege ferenda-perspektivet i frågan. Om intresset för ämnet kan sägas ha nått ett snabbt avtagande klimax i samband med Trygg Hansa-fallet fick det i var fall en viss återuppståndelse år 2013 då Europadomstolen avgjorde fallet *Söderman mot Sverige*. Denna gång var det speciellt de engagerade praktikerna, främst genom Jan Södergren och Clarence Crafoord, som tog vid debatten och diskuterade de brister som visat sig i den svenska rättsordningen.

Internationellt sett har frågan likaså berörts sparsamt, men i var fall diskuterats något mer. I Tyskland har under en längre tid den horisontella verkan av mänskliga rättigheter – drittwirkung – diskuterats, dock främst i relation till rättigheterna stadgade i förbundsstatens konstitution kontra de enskilda delstaternas rättsordningar. I Storbritannien har Europakonventionens horisontella effekter stått i fokus för diskussionen och utredningarna kring konventionens krav är intressanta likaså ur ett svenskt perspektiv. Däremot är mycket av debatten centrerad kring lösningar i relation till den nationella rätten, vilka är präglade av common law-systemet och, den i och för sig lagfästa, Human Rights Act 1998. Således är vissa delar av den brittiska debatten intressanta för den svenska hanteringen av frågan, medan andra delar är av mycket begränsad relevans.

Varken någon avhandling eller statlig utredning har berört ämnet, och forskningen på området är därmed begränsad till de oeniga artiklar som författats. Följaktligen anser jag att det finns ett stort utrymme för, likaså behov av, vidare utredning av ämnet horisontellt skadeståndsansvar baserat på Europakonventionen.

1.6 Disposition

Så som nämns i bakgrundsavsnittet har Högsta domstolen gjort ett avgörande ställningstagande i Trygg Hansa-fallet vilket är centralt för vad som utgör gällande svensk rätt idag på området. I uppsatsens andra kapitel ämnar jag mer djupgående

diskutera det svenska rättsläget. Detta är en såväl lämplig som nödvändig utgångspunkt för utredningen. En fortlöpande analys utgör grunden för uppsatsen i helhet. Kapitel två är dock huvudsakligen av deskriptiv karaktär.

I arbetets tredje kapitel skiftar jag fokus till att utreda vad som följer av konventionsrätten. Således är detta kapitel, likt det föregående, främst av deskriptiv natur då dess syfte är att presentera gällande rätt i fråga om horisontellt skadeståndsansvar. I detta sammanhang försöker jag klargöra vilka krav som egentligen ställs på medlemsstaterna med anledning av deras konventionsåtaganden.

Det är i det fjärde kapitlet, som jag mot bakgrund av mina slutsatser i uppsatsens två föregående kapitel, ämnar uppfylla arbetets huvudsakliga syfte. Här analyserar jag förenligheten mellan den svenska rätten och Europakonventionen i fråga om horisontellt skadeståndsansvar.

Uppsatsens femte kapitel skiljer sig från de föregående då det tar sikte på att presentera den argumentation som förts om direkt konventionsrättsligt grundat skadeståndsansvar för enskilda. Jag lyfter fram de argument som har framkommit både för och emot ett sådant ansvar i såväl domstolar som den rättsvetenskapliga debatten. Efter detta följer ett avsnitt där jag för en diskussion de lege ferenda; i kölvattnet av de argument som framförts av andra drar jag mina egna slutsatser om hur den svenska skadeståndsregeln bör vara utformad gällande horisontellt skadeståndsansvar. Denna analys genomförs således i viss mån självständigt från vad jag konstaterar i det föregående kapitlet.

I det sjätte kapitlet avrundar jag utredningen genom att knyta ihop vad som tidigare presenterats och reflektera kring de slutsatser jag nått.

2 Svensk rätt

2.1 Traditionell svensk skadeståndsrätt⁵⁹

Den svenska skadeståndslagen utgör en ramlag med mycket vidsträckt tillämpningsområde. Detta framgår redan av lagens första paragraf vari dess tillämplighet i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden framkommer.⁶⁰ Flertalet stadganden i lagen är allmänt formulerade, vilket har medfört att frågan om skadestånd ofta reglerats i avtal i kontraktsförhållanden och att den utomobligatoriska skadeståndsrätten har preciserats i praxis och speciallagar.⁶¹ Exempelvis berör skadeståndslagen i princip endast culpaansvar⁶², och det strikta ansvar som återfinns i skadeståndsrätten följer utav stadganden i speciallagar eller av i praxis fastslagna skadeståndsrättsliga principer.⁶³

Vidare finns det fyra skadetyper inom ramen för skadeståndslagen: personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och kränkning.⁶⁴ Det är endast skador som kan placeras in i någon av dessa kategorier som utgör ersättningsgilla skador i skadeståndslagens mening.⁶⁵ För att skadeståndsansvar ska anses föreligga enligt skadeståndslagen fordras att samtliga ansvarsförutsättningar är uppfyllda: det måste vara fråga om en skada i enlighet med de angivna kategorierna, det måste finnas ett presumtivt ansvarssubjekt, skadan måste ha orsakats genom aktivt handlande eller ansvarsgrundande passivitet, det måste finnas ett adekvat orsakssamband samt att vårdslöshet eller uppsåt måste kunna konstateras. Begrepp som vårdslöshet, uppsåt och kausalitet definieras eller preciseras inte i skadeståndslagen. En anledning till detta är att de inte lämpar sig för att preciseras i lag, utan har, precis som stora delar av skadeståndsrätten, istället formats genom praxis.⁶⁶

En ytterligare indelning som görs inom skadeståndsrätten är den mellan *ekonomisk skada* och *ideell skada*, även om denna kategorisering inte framgår direkt i skadeståndslagen.⁶⁷ Ekonomiska förluster så som kostnader eller inkomstbortfall

⁵⁹ Här avses av den svenska lagstiftaren direkt antagna bestämmelser och av de svenska domstolarna erkända principer. Terminologin är oundvikligt klumpig, och delvis inkorrekt, eftersom Europakonventionen likaså egentligen utgör en del av svensk rätt genom antagandet av SFS 1994:1219 om inkorporering av Europakonventionen. Pedagogiska skäl motiverar dock den använda strukturen och uppdelningen, varför den fortsatt används.

⁶⁰ SkL 1:1.

⁶¹ Hellner & Radetzki, (2014), s. 26-27.

⁶² Jämför det nya nödvändighetskravet som uppställs istället för ett vanligt culpaansvar i SkL 3:4. Vidare bör noteras att en distinktion ibland förekommer mellan *strikt ansvar* och *rent strikt ansvar*. Det förra förekommer i skadeståndslagen, exempelvis genom principalansvaret där principalen ansvarar strikt för annans culpa (jämför SkL 3:1), medan det senare endast återfinns i praxis och speciallag.

⁶³ Hellner & Radetzki, (2014), s. 27.

⁶⁴ Följdskada anses i vissa fall likaså utgöra en skadetyper vilken också erkänns i SkL. Den särskiljer sig dock då den fordrar grund i antingen person- eller sakskada för att utgöra en ersättningsgill följdskada.

⁶⁵ Schultz, (3016), s. 111-112.

⁶⁶ Hellner & Radetzki, (2014), s. 27.

⁶⁷ Hellner & Radetzki, (2014), s. 361.

utgör exempel på ekonomiska skador. Ideella skador är istället sådana skador av icke-ekonomisk natur som kan uppstå exempelvis vid kränkning av den personliga integriteten eller fysiskt och psykiskt lidande efterföljande en personskada.⁶⁸ Utgångspunkten för beräkning av skadestånd är vanligen differensläran – ersättningen ska försätta den skadelidande i samma ekonomiska situation som om att skadan inte alls hade inträffat. En sådan jämförelse där skillnaden mäts i pengar, och tillåts bestämma skadeståndets storlek, lämpar sig i fråga om ekonomiska skador, men är inte möjlig vid bestämmande av ideell skada.⁶⁹

Det råder ingen enhetlig uppfattning om exakt vad begreppet ideell skada innebär, men en stor andel författare av juridisk doktrin har accepterat att ideell skada har något att göra med personliga, känslomässiga och inre upplevelser.⁷⁰ Klart står dock att den ideella skadan inte låter sig mätas i pengar likt den ekonomiska skadan. Traditionellt har som utgångspunkt endast ekonomisk skada ersatts i svensk rätt, och detta så snart skadeståndsskyldighet föreligger. Ideell skada har tidigare endast ersatts då uttryckligt lagstöd funnits härför eller så angivits i avtal.⁷¹

I skadeståndslagen finns ett antal ersättningsgilla poster som avser ersättning för olika slags ideella skador. Vid uppkommen personskada följer av skadeståndslagen 5:1 att ersättning kan utgå för sveda och värk, lyte och men, samt särskilda olägenheter.⁷² Vidare kan ersättning utgå för kränkning enligt skadeståndslagen 5:6. Det fordras då att kränkningen är av *allvarlig art*, att den orsakas genom *brott* samt att den innefattar ett angrepp mot den skadelidandes person, frihet, frid eller ära.⁷³ Således är fråga om sådana brott som utgör angrepp på den skadelidandes personliga integritet, privatliv och människovärde. Då den kränkande handlingen framkallat känslor av rädsla, skam, förnedring, oro eller liknande, som inte är medicinskt påvisbara personsador, är kränkningens ersättning ämnad att kompensera för desamma, trots att en ekonomisk compensation givetvis inte kan tillintetgöra de känslor den skadelidande upplevt.⁷⁴ En viss restriktivitet har dock traditionellt funnits i svensk rätt generellt i fråga om utdömande av ideell skadestånd.⁷⁵ Av speciellt intresse för denna utredning är att det i princip fordras lagstöd för att skadestånd ska kunna utgå för ideell skada och att en rad rekvisit, såsom koppling till personskada alternativt ett allvarlighetskrav och straffrättens utpekade brott, måste uppfyllas likaså innan skadestånd kan bli aktuellt.

Att skadeståndslagen kräver att en kränkning måste varit allvarlig för att kränkningens ersättning ska kunna utgå utgör något av en anomali ur ett nordiskt perspektiv. Här kan likaså nämnas att övriga nordiska länder inte heller uppställer krav på brott för att kränkningens ersättning ska kunna utgå.⁷⁶ Allvarlighetsrekvisitet ställs upp för att bagatellartade kränkningar inte ska medföra någon rätt till

⁶⁸ Prop. 2000/01:68, s. 17.

⁶⁹ Hellner & Radetzki, (2014), s. 331-333.

⁷⁰ Hellner & Radetzki, (2014), s. 342.

⁷¹ Prop. 2000/01:68, s. 17.

⁷² SkL 2:1, 5:1.

⁷³ SkL 2:3.

⁷⁴ Prop. 2000/01:68, s. 48.

⁷⁵ NJA 2005 s. 462, (s. 497-498).

⁷⁶ Jämför dansk lov om erstatningsansvar (nr 266 af 21/03/2014) §26, norsk lov om skadeserstatning (LOV-1969-06-13-26) §§ 3-1, 3-2, 3-3, 3-5, 3-6, 3-6a, finsk skadeståndslag (412/1974) 5:6.

skadestånd och exakt vad som utgör en allvarlig kränkning bestäms från fall till fall.⁷⁷ Rekvisitets förenlighet med Europakonventionen kan dock ifrågasättas; något motsvarande krav på allvarlighetsgrad uppställs inte i någon av konventionens artiklar.

Genom NJA 2014 s. 323 (Medborgarskaps-fallet) gjorde Högsta domstolen ett avsteg från de tidigare fastslagna principerna: skadestånd för ideell skada dömdes ut utan direkt stöd i lag på grundval av en överträdelse av regeringsformen 2:7. Domstolen ansåg att *övervägande skäl* talade för att ideellt skadestånd skulle utgå med hänsyn till att den aktuella rättigheten som stadgas i regeringsformen utgör en sådan viktig grund för folkstyret samt att den reglerar det rättsliga förhållandet mellan individen och staten.⁷⁸ Det står inte klart exakt vilken betydelse fallet har för framtida rättstillämpning. En slutsats som definitivt kan dras är dock att Högsta domstolen, vid sidan av rättsutvecklingen baserad på Sveriges konventionsåtaganden⁷⁹, luckrat upp den tidigare rigida principen om att lagstöd fordras för utdömande av ideellt skadestånd.

I detta sammanhang kan noteras att även då de ovan diskuterade bestämmelserna tar sikte på ideella skador så används inte begreppet ideell skada i formuleringarna. Detta står i kontrast till den nya bestämmelsen i skadeståndslagen 3:4. Där anges uttryckligen att det nya, konventionsgrundade, skadeståndsansvaret för det allmänna omfattar ideella skador. Benämningen *annan ideell skada* valdes för att särskilja denna nya skadetyper från såväl övriga bestämmelser i skadeståndslagen, där andra slags ideella skador ersätts, som övriga slags skador hänförliga till konventionsöverträdelser, vilka redan kan falla in under de i skadeståndslagen erkända skadetyperna.⁸⁰

I fråga om ersättning för ideell skada kan med fördel diskrimineringsrätten beröras i korthet. Diskrimineringsersättning utgör ett särskilt slags kränkingsersättning vilken ska ersätta den ideella skada som den förhandenvarande kränkningen inneburit, men samtidigt också ha en generell preventiv funktion.⁸¹ Överträdelse av lagens bestämmelser medför att ersättning ska utgå, och här kan noteras att det inte krävs att något brott har begåtts, motsvarande bestämmelsen i skadeståndslagen 2:3.⁸² Inte heller finns något allvarlighetsrekvisit uppställt.⁸³ Vidare inrymmer lagen en bevislätnadsregel i 6:3 vilken innebär att en skadelidande endast behöver visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering skett för att bevisbördan ska gå över på svaranden. Förutsättningarna för diskrimineringsersättning skiljer sig därigenom markant från de i skadeståndslagen för kränkingsersättning, trots att ersättningens natur bär stora likheter. För uppsatsens syfte kan det här vara värt att uppmärksamma att diskrimineringslagen har ett horisontellt tillämpningsområde; lagen omfattar situationen att ett privat rättssubjekt, exempelvis en arbetsgivare eller en facklig organisation, har

⁷⁷ Prop. 2000/01:68, s. 50; Hellner & Radetzki, (2014), s. 76-77.

⁷⁸ NJA 2014 s. 323, (s. 331).

⁷⁹ Se avsnitt 2.3.

⁸⁰ Prop. 2017/18:7, s. 32.

⁸¹ Persson Härneskog, Lagkommentar till Diskrimineringslag (2008:567), 5:1 Karnov, 01/07/2017.

⁸² DiskL 5:1; Persson Härneskog, Lagkommentar till Diskrimineringslag (2008:567), 5:1 Karnov, 01/07/2017.

⁸³ Jämför DiskL 5:1, SkL 2:3.

diskriminerat ett annat privat rättssubjekt.⁸⁴ Vidare finns det ett flertal ytterligare rättsområden, såsom immaterialrätt, arbetsrätt och personuppgiftsrätt, där lagstiftaren har ansett det motiverat att ersätta olika slags lidande och kränkningar utan krav på brottskoppling.⁸⁵

Då ersättning för ideella skador diskuteras går det enligt min mening att peka på ett visst styvmoderligt ställningstagande inom svensk skadeståndsrätt. Kanske har detta grunden i rättstillämpningspragmatik och att de ideella skadornas obestämda natur varit svårhanterliga inom den svenska skadeståndsrättsliga systematiken. Oavsett skälen kan det konstateras att Europakonventionens inflytande har lyft fram frågan om hur ideella skador ska hanteras i den svenska skadeståndsrätten och i de nästkommande avsnitten presenteras den utveckling som har skett sedan millennieskiftet.

2.2 Europakonventionens ställning i svensk rätt

Europakonventionen har sedan dess undertecknande förbundet Sverige folkrättsligt såsom en internationell konvention. Den fick allt större inflytande och en mer betydelsefull roll i och med att den allmängiltiga principen om fördragskonform tolkning iaktogs alltmer i domstolarna.⁸⁶ Sedan år 1995 har Europakonventionen varit införlivad i svensk nationell rätt. Likaså infördes en paragraf i regeringsformen vari stadgas att lag eller föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen.⁸⁷ De skäl som lades fram för en inkorporering var att den svenska rättsordningen var ovanlig sett i ett europeiskt sammanhang, en inkorporering skulle tydliggöra dess betydelse i Sverige och klarlägga dess status inom den inhemska rätten samt att den enskilde medborgaren skulle få ett starkare skydd för sina mänskliga fri- och rättigheter.⁸⁸

Vidare lyfte kommittén bakom förslaget också fram att om de nationella domstolarna skulle tillämpa konventionen i inhemska rätt så skulle färre ärenden om rättighetsöverträdelse nå Europadomstolen.⁸⁹ Detta argument bottnar i det krav som Europakonventionen ställer upp i artikel 35 om uttömmande av nationella rättsmedel innan talan får upptas av Europadomstolen. Efter fallet *Sporrong och Lönnroth mot Sverige*⁹⁰, vilket ofta ses som det verkliga genombrottet för Sverige som anklagad i Europadomstolen, ökade anmälningarna drastiskt och klagomålen mot Sverige var i förhållande till befolkningsantal överrepresenterade.⁹¹ Att tillämpa konventionen redan i de nationella domstolarna var således ett sätt att förekomma dessa klagomål till Europadomstolen.

Följaktligen binder Europakonventionen Sverige på olika plan; staten Sverige är

⁸⁴ DiskL 2:1, 2:11.

⁸⁵ Prop. 2000/01:68, s. 48.

⁸⁶ Prop. 1993/94:117, s. 11-12.

⁸⁷ Prop. 1993/94:117, s. 1.

⁸⁸ Prop. 1993/94:117, s. 12.

⁸⁹ Prop. 1993/94:117, s. 12.

⁹⁰ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, no. 7151/75, 7152/75, ECHR 1982-V.

⁹¹ Danelius, (1989), s. 655-656.

folkrättsligt förpliktigt att leva upp till konventionens krav, vilket också följer av regeringsformen 2:19, och nationella domstolar är förpliktigade att beakta konventionen då de avgör nationella mål till följd av inkorporeringen i svensk lag. Trots detta tämligen tydliga ställningstagande från lagstiftarens sida har frågan om Europakonventionens effekter i svensk rätt inte varit helt oproblematiserad. Efter införlivandet lyftes exempelvis diskrepansen mellan att vilja ge konventionen en starkare ställning i nationell rätt och att endast införliva den i svensk lag utan någon företrädesrätt framför annan, potentiellt motstridig, svensk lag fram av Bernitz.⁹² En rättighet utan motsvarande genomdrivningsmedel är föga till nytta för den enskilde vars rättighet har kränkts. Det är denna lucka i systemet som sedan millennieskiftet har utfyllts genom utvecklingen på skadeståndsrättens område. De i konventionen stadgade rättigheterna har genom rättsutvecklingen förenats med skadeståndssanktionen vilket kan ses som ett steg mot ett fungerande rättighetsskydd.⁹³

2.3 Vertikal effekt av Europakonventionen

Europakonventionen riktar sig primärt till de fördragsslutande staterna och ger i första hand enskilda ett skydd mot rättighetsöverträdelser från det allmännas sida. Det ter sig därför naturligt att det initialt var frågan om det allmännas skadeståndsansvar vid kränkning av konventionsrättigheterna som hamnade i strålkastarljuset när möjligheten att grunda anspråk direkt på konventionsöverträdelser diskuterades.⁹⁴ Sedan 1 april 2018 finns numera en lagfäst bestämmelse vari det allmännas skadeståndsansvar vid konventionsöverträdelser slås fast. Således är Europakonventionens vertikala genomslag i svensk skadeståndsrätt lagfäst idag, men något kort bör sägas om rättsutvecklingen för att sedermera kunna kontrastera detta mot Högsta domstolens ställningstagande i fråga om horisontell verkan.

Startskottet för rättsutvecklingen kan anses ha varit målet NJA 2003 s. 217 (Holm II-fallet) då för första gången frågan om huruvida staten kunde bli skadeståndsskyldig direkt på grund av Europakonventionen lades fram. Högsta domstolen inledde med att klargöra att ett mål av denna karaktär inte direkt kan avvisas, vilket tidigare skett i hovrätterna då liknande mål kommit upp.⁹⁵ I nästa skede slog Högsta domstolen fast att den i sig inte har behörighet att döma ut skadestånd direkt med stöd av artikel 41 i Europakonventionen då denna rätt är förbehållen Europadomstolen.⁹⁶ I domskälen diskuterade Högsta domstolen huruvida den skäliga gottgörelse som Europakonventionen kräver i vissa situationer måste vara av ekonomisk karaktär. Domstolen gjorde då kontinuerliga referenser till konventionsrätten och dess förhållande till skadeståndslagen.⁹⁷ Från det resonemang som fördes i domskälen framgår det, enligt min mening, tydligt att Högsta domstolen öppnade för en uttryckligare konventionskonform tolkning gällande skadeståndsansvar baserat på Europakonventionen. Målet avgjordes inte i sak i Högsta domstolen, och de slutsatser som drogs var få. Dock så framgick att

⁹² Bernitz, (1994/95), s. 259.

⁹³ Schultz, (2007/08), s. 142.

⁹⁴ Schultz, (2007/08), s. 142.

⁹⁵ Lambertz, (2004/05), s. 8.

⁹⁶ NJA 2003 s. 217, (s. 224-225).

⁹⁷ NJA 2003 s. 217, (s. 223-225).

domstolen beaktade konventionsrättens uppställda krav då den diskuterade det allmännas skadeståndsansvar och skadeståndslagens tillämplighet i målet.

Rättsutvecklingen på området skedde därefter stegvis. Första steget togs i Högsta domstolens, enligt min mening, uppseendeväckande avgörande i NJA 2005 s. 462 (Lundgren-fallet). Därefter fortsatte utvecklingen i efterföljande domar, exempelvis NJA 2007 s. 295 (Långdragen häktning-fallet) och NJA 2007 s. 584 (Läkarundersöknings-fallet), vilka utvidgade och preciserade utgången i Lundgren-fallet. Det var i Lundgren-fallet som Högsta domstolen för första gången dömde ut skadestånd på grundval av en konventionskränkning. I målet krävde målsäganden, som hade väntat på domstolsprövning i sju år, dels ekonomiskt skadestånd för inkomstförlust, dels ideellt skadestånd. Inom ramen för den dåvarande svenska skadeståndsrätten kunde ersättning för inkomstförlust dömas ut tämligen problemfritt då det allmännas överträdelse av såväl skadeståndslagen 3:2 som artikel 6 i Europakonventionen kunde konstateras och den förra tolkas i ljuset av den senare.⁹⁸ Anspråket på ideellt skadestånd var mer bekymmersamt att hantera inom ramen för skadeståndslagen. Högsta domstolen slog fast att de rekvisit som uppställs i skadeståndslagen för ideellt skadestånd inte var uppfyllda. Vid beaktande av Europakonventionen artikel 6, som kräver att det allmänna tillhandahåller rättegång inom skälig tid, och artikel 13 som kräver att det allmänna ger tillgång till effektivt rättsmedel, samt Europadomstolens praxis, konstaterade domstolen att ideellt skadestånd ändå skulle dömas ut. Domstolen uppgav att övervägande skäl talade för att skadestånd skulle kunna dömas ut av nationell domstol i detta scenario, eftersom det annars förelåg en risk för att Sveriges konventionsåtaganden åsidosattes. Detta innebar att Högsta domstolen gick utanför skadeståndslagens ersättningsposter och självständigt utvecklade skadeståndsrätten för att uppfylla Europakonventionens krav.⁹⁹

I det efterföljande målet NJA 2007 s. 295, rörande en långdragen häktning, klargjorde Högsta domstolen att det inte enbart är det allmännas överträdelse av artikel 6 i konventionen som kan innebära en rätt till skadestånd, utan att även artikel 5 kan spela en motsvarande roll. Vidare utvecklade Högsta domstolen en metod för skadeståndsbedömning i fråga om fall då det allmänna har kränkt en enskilds konventionsrättigheter.¹⁰⁰ Första steget är att se till skadeståndslagen och vilka möjligheter det finns inom nationell lagstiftning att utdöma skadestånd. Skulle det inte finnas möjlighet att med stöd av sådana regler döma ut ersättning för en konventionskränkning, vilken i enlighet med Sveriges konventionsåtagande fordrar att skälig gottgörelse utges till den enskilde, ska konventionskonform tolkning av de nationella reglerna tillämpas. I ett tredje led, om skadestånd inte kunnat utdömas i tidigare steg, ska skadestånd dömas ut baserat direkt på överträdelsen av Europakonventionen.¹⁰¹ Denna metods tillämpningsområde utvidgades i Läkarundersöknings-fallet. Högsta domstolen klargjorde i målet att samtliga konventionsrättigheter, vilka innebär ett förpliktigande för staten, kan läggas till grund för skadeståndsansvar om de överträds.¹⁰²

⁹⁸ NJA 2005 s. 462, (s. 494-496).

⁹⁹ NJA 2005 s. 462, (s. 497-498).

¹⁰⁰ Schultz, (2007/08), s. 146.

¹⁰¹ NJA 2007 s. 295, (s. 302).

¹⁰² NJA 2007 s. 584, (s. 596).

Rättsutvecklingen i fråga om Europakonventionens vertikala verkningar har i hög grad skett inom rättstillämpningen då domstolarna agerat för att Sverige ska uppfylla kraven det allmänna åläggs i Europakonventionen. Det är först genom införandet av skadeståndslagen 3:4 som lagstiftaren klivit fram och detta steg har följt domstolarnas utveckling. Emellertid uttalade departementschefen redan vid skadeståndslagens tillkomst att det främst ankommer på lagstiftaren, inte rättstillämparen, att precisera innehållet i skadeståndsrätten.¹⁰³ I fråga om vertikala effekter fattade således lagstiftaren ett slutligt beslut, efter egen utredning, genom tillkomsten av skadeståndslagen 3:4.

2.4 Horisontell effekt av Europakonventionen

2.4.1 Trygg Hansa-fallet

Efter att Högsta domstolen slagit fast att nationell rätt numera inrymmer direkt vertikalt skadeståndsansvar grundat enkom på Europakonventionen dröjde det inte länge innan frågan om horisontellt ansvar lyftes. Prejudikatet som kom genom Trygg Hansa-fallet utgör Högsta domstolens första behandling av frågan och är fortfarande grunden för gällande rätt i Sverige. Fallet rörde en kvinna som uppbar försäkringsersättning för en påstådd whiplashskada till följd av en trafikolycka. Försäkringsbolaget, Trygg Hansa, fick misstankar om att kvinnan inte var så skadad som hon hävdade varför de spanade på och filmade kvinnan i smyg när hon utförde diverser aktiviteter. Klagomålet baserades på flera grunder varav den för framställningen intressanta grunden var att spaningen utgjorde en kränkning av kvinnans rättigheter enligt artikel 8 i Europakonventionen – rätten till skydd för sitt privatliv. Kvinnan påstod att en kränkning enligt artikel 8 i kombination med artikel 13 i Europakonventionen medför ett skadeståndsansvar för försäkringsbolaget som genom integritetsintrånget kränkt hennes rättigheter.¹⁰⁴ Här bör tilläggas att smygfilmning inte var kriminaliserat när handlingen företogs, varför skadeståndslagen med sina begränsningar i 2:3, var till föga hjälp för kvinnan.¹⁰⁵

Högsta domstolen inledde sina domskäl med en genomgång av de relevanta artiklarna i Europakonventionen. Först uppmärksammade domstolen att artikel 1 ålägger de fördragsslutande staterna att garantera var och en i dess jurisdiktion de materiella konventionsrättigheterna. Vidare ska var och en ha tillgång till ett nationellt effektivt rättsmedel i det fall att en konventionsrättighet har kränkts, i enlighet med artikel 13. Domstolen diskuterade sedan innebörden av Artikel 8, vilken tillförsäkrar enskilda en rätt till privatliv. Det följer av artikelns utformning att staten har vissa negativa skyldigheter – en skyldighet att avstå från vissa ingrepp i den privata sfären – men någon uttömmande uppräknings av till vilka artikeln riktar sig, eller i vilken omfattning, ges inte.¹⁰⁶ Vidare konstaterade Högsta domstolen att Europadomstolen har slagit fast att också vissa positiva skyldigheter för staten följer av artikeln, exempelvis en skyldighet att skydda enskildas

¹⁰³ Prop. 1972:5, s. 423-424.

¹⁰⁴ NJA 2007 s. 747, (s. 748).

¹⁰⁵ Schultz, (2011b), s. 226.

¹⁰⁶ Jämför Europakonventionen artikel 8.2.

rättigheter även från andra privata rättssubjekt.¹⁰⁷ Ett rättsfall från Europadomstolen som Högsta domstolen fäste vikt vid i sin bedömning är *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz*.¹⁰⁸ Europadomstolen uttalade i detta mål att det vare sig är önskvärt eller nödvändigt att utveckla någon allmän teori angående hur långt konventions-garantierna bör utsträckas i förhållandet mellan privata rättssubjekt.¹⁰⁹ Denna avsaknad av tydligt ställningstagande av Europadomstolen lade Högsta domstolen samman med att konventionen uttryckligen riktar sig till staten och drog slutsatsen att konventionen i strikt mening inte kan anses innebära ett skadeståndsansvar för ett privat rättssubjekt.¹¹⁰

Högsta domstolen slog fast att Europakonventionen inte uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter och att det därmed inte heller är möjligt att direkt utläsa någon skadeståndsskyldighet.¹¹¹ Jag anser att det här är intressant att notera att domstolen avslutar sitt resonemang i detta avseende med ett konstaterande att dess slutsatser gäller även då *Europakonventionen utgör svensk lag*.¹¹² Min uppfattning är att Högsta domstolen markerade konventionens betydelse i svensk rätt samtidigt som den gavs en viss särställning; konventionen garanterar enskilda rättigheter, men särskiljs ändå från andra former av skydd, såsom de uttryckligen sanktionerade förbuden i brottsbalken. Konventionen ger rättigheter till *var och en*, men Högsta domstolen gjorde genom sitt ställningstagande gällande att någon motsvarande skyldighet inte föreligger för *var och en*.

Högsta domstolen resonerade även om huruvida staten har en positiv förpliktelse att se till att nationella regler finns vilka ålägger privata rättssubjekt skadeståndsansvar då de kränkt ett annat privat rättssubjekts konventionsrättigheter. En följdfråga som domstolen också noterade är om det i detta läge krävs att domstolarna agerar genom att skapa sådana regler om det skulle konstateras att de saknas i rättsordningen. Kvinnan i målet gjorde gällande att grunden för ett direkt horisontellt ansvar måste finnas i svensk rätt till följd av Sveriges konventionsåtaganden, och då det inte finns lagstadgat måste det vara upp till domstolarna att ändå utdöma skadestånd på denna grund.¹¹³ Högsta domstolens hantering av dessa frågor lämnar, enligt min mening, mycket övrigt att önska. Någon utförlig analys vidtas inte, och frågan är om inte en utförligare utredning i detta sammanhang hade kunnat hindra att Sverige sedermera fann sig som svarande part i *Söderman mot Sverige* i Europadomstolen.¹¹⁴

Till synes skiftade Högsta domstolen fokus från huruvida ett skadeståndsansvar ska följa genom statens skyldighet att tillhandahålla rättsmedel till huruvida ett sådant bör följa med grund i konventionen. Domstolen lyfte att den praxis som finns, vari domstolen tvingats gå utanför skadeståndslagens regelverk för att uppfylla de krav Europakonventionen ställer upp angående möjligheten till ideellt skadestånd utan

¹⁰⁷ NJA 2007 s. 747, (s. 750); För en diskussion om statens ansvar enligt Europakonventionen att skydda enskilda individer från sig själva se NJA 2007 s. 891.

¹⁰⁸ Fallet diskuteras mer ingående i avsnitt 3.2.2.

¹⁰⁹ *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland*, no. 24699/94, ECHR 2001-VI, p. 46.

¹¹⁰ NJA 2007 s. 747, (s. 751).

¹¹¹ NJA 2007 s. 747, (s. 751).

¹¹² NJA 2007 s. 747, (s. 751).

¹¹³ NJA 2007 s. 747, (s. 751).

¹¹⁴ Fallet redogörs för i avsnitt 3.2.4.

brott, endast berör det allmännas ansvar. Vidare noterades att särskilda hänsyn gör sig gällande i fråga om det allmänna då statens egen försummelse att tillskapa nödvändiga rättsregler inte ska kunna få verka som en ursäkt och innebära att staten undslipper skadeståndsansvar.¹¹⁵ Sedan vidörde Högsta domstolen lämpligheten i en motsvarande reglering för privata rättssubjekt där horisontellt skadeståndsansvar utläses direkt ur konventionen. Domstolen gjorde en avvägning då den tycks placera vikten av att enskilda ska säkerställas konventionsrättigheterna i den ena vågskålen (om än inte uttryckligt) och behovet av förutsebarhet, som nödvändig komponent för rättssäkerhet, i den andra.¹¹⁶

En samlad bedömning, där förutsebarhetens centrala rättsstatliga värde framhävs, resulterade i att *övervägande skäl* ansågs tala mot att privata rättssubjekt ska kunna bli skadeståndskyldiga direkt på grund av konventionskränkningar. Högsta domstolen poängterade särskilt att Europakonventionens dynamiska tolkning i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden samt att konventionsrätten övervägande utvecklas genom Europadomstolens praxis medför svårigheter för enskilda att i varje ögonblick vara medvetna om vad som utgör gällande rätt och därmed vilket agerande som kan innebära en rättighetskränkning. Förutsebarhetshänsyn tilläts således att väga tyngst och Högsta domstolen slog fast att något direkt horisontellt konventionsgrundat skadeståndsansvar inte föreligger i svensk rätt.¹¹⁷

En fråga som enligt min mening tål att ställas i detta sammanhang är dock om en konventionskonform tolkning, vilken domstolen uttryckligen anser kunna tillämpas i fallet, egentligen innebär så mycket mer förutsebarhet. Givetvis beror denna fråga på hur långt domstolen skulle gå i sin tolkning av de svenska rättsreglerna, men att Högsta domstolen noterat att det kan krävas att såväl förarbeten som svensk praxis frångås torde detta innebära att ett visst överraskningsmoment kan uppstå.¹¹⁸ Vidare kan på denna linje frågas om förutsebarhet alltid tillåts väga så tungt att den utgör en stomme för svensk rätt vilken inte alls kan efterges till förmån för andra intressen. I NJA 1991 s. 720 (Fjärrvärmeverks-fallet) ålade Högsta domstolen ett fjärrvärmeverk ett rent strikt ansvar utan stöd i vare sig lag eller allmänna skadeståndsrättsliga principer. Efter att ha resonerat kring en rad olika intressen såsom minimering av risk för stora skador, prevention, pulverisering av skadekostnaderna och rättstekniska skäl uttalade domstolen att *övervägande skäl* talade för att ett rent strikt ansvar skulle tillkomma fjärrvärmeverket. Domstolen reflekterade också över norsk och dansk rätt i liknande situationer.¹¹⁹ Genom att författa sina domskäl mycket detaljerat begränsar Högsta domstolen omfattningen av prejudikatet. Jag anser, detta till trots, att en slutsats som likväl kan dras är att vad som menas med *övervägande skäl* kan bestämmas av förutsebarhetshänsyn precis som i Trygg Hansa-fallet, men kan – och har också – styrts av andra intressen som sammanlagt tillåtit väga tyngre. Vidare har också i doktrin ifrågasatts om förutsebarheten alltid spelar en överordnad roll inom svensk skadeståndsrätt. I relation till horisontellt skadeståndsansvar har exempelvis

¹¹⁵ NJA 2007 s. 747, (s. 751).

¹¹⁶ Mielnicki, (2008/09), s. 362.

¹¹⁷ NJA 2007 s. 747, (s. 751-752).

¹¹⁸ NJA 2007 s. 295; Schultz, (2007/08), s. 146.

¹¹⁹ NJA 1991 s. 720, (s. 724-725).

skadeståndets repetitiva- och riskkanaliserande funktion nämnts.¹²⁰ Därtill fyller skadeståndet en rad olika funktioner såsom reglering av slutlig kostnadsplacering för skador, pulvrisering av förluster och prevention. Likaså kan det utgöra ett slags upprättelse för, exempelvis, en kränkning och kan innebära ett slags fastställande av ansvar.¹²¹ Mot bakgrund av att skadeståndet fyller en lång rad funktioner, och att en sammanvägning av flera tungt vägande intressen motiverade Högsta domstolen att utvidga skadeståndsansvaret i Fjärrvärmeverks-fallet, kvarstår enligt min mening en fråga. Innebär utgången i Trygg Hansa-fallet att förutsebarhetskännsyn alltid ska tillmätas en överordnad betydelse i konventionsgrundade skadeståndsmål med horisontell partsställning, eller är slutsatsen i målet främst baserad på de för målet individuella förhållandena?

2.4.2 Rättsläget idag

2.4.2.1 Inledning

Vid en första anblick kan det tyckas att Högsta domstolen genom Trygg Hansa-fallet helt har stängt dörren för Europakonventionens horisontella effekter på skadeståndsrättens område. Detta är emellertid en sanning med modifikation. Den dörr som tycks ha stängts är den mot direkt horisontell effekt – på konventionen direkt grundat skadeståndsansvar för en enskild som kränkt en annan enskilds konventionsrättigheter.¹²² En närmare undersökning på området visar att direkt konventionsgrundat skadeståndsansvar endast är en av flera möjliga horisontella effekter som Europakonventionen kan ha.¹²³ Konventionen påverkar förhållandet mellan enskilda genom att styra hur det allmänna ska agera samt genom att dess handlingsnormer och skyddsintressen kan tänkas avspeglas i nationell rättstillämpning. Nedan utreds rättsläget i fråga om Europakonventionens indirekta horisontella effekter i svensk rätt utefter de rubriceringar Andersson begagnat.¹²⁴

2.4.2.2 Indirekt positiv effekt

Indirekt positiv effekt är en möjlig horisontell inverkan på nationell rätt. Denna effekt har berörts i såväl svensk rätt som i Europadomstolen. Staten har, som framförts ovan, både negativa förpliktelser, att avstå från vissa ingrepp, och positiva förpliktelser, att aktivt värna om enskildas rättighetsskydd, vilka följer av dess konventionsåtaganden.¹²⁵ Som exempel på statens positiva skyldigheter kan nämnas kravet att tillse att effektiv lagstiftning finns på plats, tillhandahållande av effektiva rättsmedel samt att tillse att domstolarna tillämpar lagen på så vis att konventionens rättigheter ges reell effekt i nationell rätt. Här är alltså fråga om ett slags treparts-konstellation: statens ansvar för situationer då privata rättssubjekt har fått sina konventionsrättigheter kränkta av ett annat privat rättssubjekt.¹²⁶ Kraven på det allmänna måste dock falla inom gränsen för vad som är rimligt i en situation då staten själv inte utför den direkt rättighetskränkande handlingen, utan denna

¹²⁰ Mielnicki, (2008/09), s. 362.

¹²¹ Hellner & Radetzki, (2014), s. 37-42.

¹²² NJA 2007 s. 747, (s. 751-752).

¹²³ Andersson, (2013b), s. 249.

¹²⁴ Andersson, (2013b), s. 255-256.

¹²⁵ NJA 2015 s. 899, (s. 911-912).

¹²⁶ Andersson, (2013b), s. 261-262.

utförs av ett privat rättssubjekt för vilket staten inte svarar.¹²⁷ Vidare krävs också ett kausalsamband som indikerar att konventionskränkningen troligen hade kunnat undvikas om staten hade uppfyllt sina åtaganden på lagstiftning och tillhandahållande av rättsmedel.¹²⁸

I detta sammanhang kan Trygg Hansa-fallet jämföras med fallet *Verliere mot Schweiz* i Europadomstolen.¹²⁹ Omständigheterna i det senare fallet var näst intill identiska med de i det förra, men den stora skillnaden mellan de båda fallen var att i *Verliere mot Schweiz* fördes talan mot staten, inte mot ett försäkringsbolag. Europadomstolen poängterade att staten har positiva förpliktelser att säkra rätten till privatliv också i den privata sfären enskilda emellan. Resonemanget domstolen förde i fallet visar att staterna mycket väl kan bära skadeståndsansvar för denna typ av fall om de inte har uppfyllt sina positiva förpliktelser; Europadomstolen markerade konventionens horisontella indirekt positiva effekt.¹³⁰

2.4.2.3 Indirekt negativ effekt

Indirekt negativ effekt utgör en nästintill omvänd situation från den indirekt positiva effekten: statens, genom domstolarna, skyldighet att inte åstadkomma konventionskränkningar. Det allmänna kan tänkas ha en skyldighet att aktivt hindra rättstillämpning som skulle innebära en konventionskränkning; en domstol torde vara tvungen att ogilla en talan som en enskild för mot en annan enskild om ett bifall skulle innebära att domstolen bidrar till att den senares konventionsrättigheter kränks.¹³¹ En exemplifiering kan göras genom Arbetsdomstolens ställningstagande i fallet AD 2012 nr 74 (Granskningsavgifts-fallet). Omständigheterna var sådana att en fackförening förde en talan om skadestånd för kollektivavtalsbrott efter det att ett antal arbetsgivare slutat att göra löneavdrag för granskningsavgifter för sina oorganiserade arbetstagare, vilket var en skyldighet som följde av kollektivavtal. Anledningen till att arbetsgivarna upphört med betalningarna till fackföreningen var att Europadomstolen hade slagit fast i *Evaldsson m.fl mot Sverige*, att dessa granskningsavgifter stred mot äganderätten i artikel 1 i tilläggsprotokoll 1.¹³² Arbetsdomstolen baserade i hög grad sin bedömning på Europadomstolens dom och menade att skulle talan i målet bifallas, och således kollektivavtalets bindande verkan premieras, skulle det medföra en konventionskränkning.¹³³

Fackföreningen anförde att konventionen inte har direkt horisontell effekt och att dess innehåll således inte kan läggas till grund för att arbetsgivarna ska undslippa att uppfylla sina kontraktsförpliktelser. Arbetsgivarna genmälde att konventionen har tredjepartsverkan vilket innebär att konventionen kan åberopas som skydd mot

¹²⁷ Danelius, (2012), s. 347.

¹²⁸ Andersson, (2013b), s. 263.

¹²⁹ *Verliere v. Switzerland*, no. 41953/98, ECHR 2001-VII.

¹³⁰ Europadomstolen konstaterade visserligen att det i fallet inte var fråga om någon konventionsöverträdelse från statens sida då kraven på lagstiftning och effektiva rättsmedel var uppfyllda. Smygfilmning som sådan ansågs inte heller tvunget att utgöra en kränkning av integritetsskyddet i Europakonventionens artikel 8. Europadomstolen godkände den intresseavvägning den Schweiziska domstolen hade gjort i fallet. Jämför *Verliere v. Switzerland Decision*, no. 41953/98, ECHR 2001-VII, s. 4-5.

¹³¹ Andersson, (2013b), s. 266.

¹³² *Evaldsson and Others v. Sweden*, no. 75252/01, ECHR 2007, p. 64.

¹³³ AD 2012 nr 74, s. 22-23.

krav som strider mot dess bestämmelser.¹³⁴ Arbetsdomstolen förde ingen djupare diskussion om konventionens verkningar, utan besvarade istället den fråga de faktiskt hade att avgöra i fallet: ska skadeståndskravet grundat på kollektivavtalsbrottet bifallas även om det innebär att arbetstagarnas konventionsrättigheter kränks? Denna fråga besvarades nekande. Följaktligen gjorde domstolen bedömningen att staten, genom domstolarna, inte kan agera på så vis att den gör sig delaktig i en konventionskränkning; privata krav ogillas trots överensstämmelse med inhemska rättskällor i den mån deras genomdrivande skulle innebära att staten begår en konventionskränkning.¹³⁵ Tillsynes accepterade Arbetsdomstolen därigenom Europakonventionens indirekt negativa horisontella verkan, men gjorde så utan att direkt avgöra dess gränser. I fallet tillmättes Europadomstolens praxis i *Evaldsson m. fl. mot Sverige* stor betydelse, vilket är föga förvånande då Europadomstolens domar med Sverige som part är bindande för staten. Frågan hur långt domstolarna hade beaktat praxis där andra länder är parter, vilka formellt inte binder Sverige, lämnas obesvarad.¹³⁶

2.4.2.4 Indirekt möjlig positiv effekt

Vid tolkning av nationell rätt, såsom allmänna skadeståndsrättsliga principer, kan värderingar inhämtas från konventionsrätten, vilket Andersson refererar till som en *möjlig positiv effekt*.¹³⁷ Allmänt uttryckta principer får alltid inhämta mer preciserat innehåll från exempelvis etablerade handlingsstandarder, god sedvänja och samhällsvärderingar vilka sedan vägs in i en värderingsoperation.¹³⁸ Även om Europakonventionen inte accepteras som en separat ansvarsgrund, kan den således som rättskälla med sina skyddsintressen och värderingsstandarder bidra till den värdering domstolen företar då den bedömer rekvisiten i de svenska ansvarsgrunderna.¹³⁹ Denna indirekta effekt av Europakonventionen skiljer sig från de ovan nämnda på så vis att den kan anses ”direkt” påverka förhållandet mellan två privata rättssubjekt. I likhet med de ovan nämnda kategorierna utgör denna, injektion av tolkningsstoff, ytterligare en av de nationella domstolarna accepterad horisontellt verkande konventionsinfluens.¹⁴⁰

2.4.3 Blockad-fallet

NJA 2015 s. 899 (Blockad-fallet) är intressant för uppsatsens undersökningsområde av flera anledningar.¹⁴¹ Omständigheterna i fallet var att en byggfirma hade gått i konkurs till följd av en blockad som initierats av en fackförening. Talan om

¹³⁴ AD 2012 nr 74, s. 22.

¹³⁵ AD 2012 nr 74, s. 22-23.

¹³⁶ Jämför Cameron, (2014), s. 68-69.

¹³⁷ Andersson väljer att frånga termen ”konventionskonform tolkning” då han anser att den utvecklats till att endast avse situationen då nationella ansvarsbegränsande regler inskränks. Istället menar han att konventionens bidrag med värderingsstandarder kan verka i både utbyggande och inskränkande riktning för ansvaret, varför annan terminologi bör användas.

¹³⁸ Andersson, (2016), s. 1.

¹³⁹ Andersson, (2016), s. 2.

¹⁴⁰ NJA 2015 s. 899, (s. 915).

¹⁴¹ Prejudikatsvärdet av fallet har kritiserats då stora delar av Högsta domstolens utläggning utgör obiter dicta och egentligen faller utanför mellandomstemat. Emellertid väljer domstolen att föra en utförlig diskussion, om än delvis utanför den förhandenvarande specifika frågan, vilket enligt min mening indikerar justitierådets vilja att utveckla sitt ställningstagande. Detta bör dock beaktas innan diskussionen tillmäts vikt.

skadestånd för såväl ideell- som ren förmögenhetsskada fördes mot fackföreningen. Föreningen hade försökt förmå byggfirman att teckna ett kollektivavtal, som sedermera fastslogs vara konventionsstridigt i Europadomstolen, och försatte firman i blockad då denna vägrade ansluta sig. Käranden i fallet hävdade att fackföreningens agerande stred mot Europakonventionens artikel 11 om föreningsfrihet och artikel 1 i det första tilläggsprotokollet om äganderätten vilket kollektivavtalet i sig visade sig strida mot.¹⁴²

Inledningsvis diskuterade Högsta domstolen de anslutna staternas negativa- och positiva förpliktelser vilka innebär en skyldighet att garantera konventionsrättigheterna till var och en inom sina territorier. Domstolen uttalade uttryckligen att konventionen har en *indirekt horisontell effekt* då staterna är skyldiga att se till att enskilda åtnjuter de angivna konventionsrättigheterna, likaså i förhållande till andra enskilda.¹⁴³

Käranden hänvisade till avgöranden i Europadomstolen som tillkommit efter det att Trygg Hansa-fallet avgjordes, vilka enligt honom innebär en rättsutveckling som gör domstolens ställningstagande i fallet ohållbar. Han lyfte att en stat har en skyldighet att tillse att adekvata rättsmedel tillhandahålls då en enskild kränker en annan enskilds rättigheter, och att skadestånd kan utgöra ett sådant lämpligt rättsmedel. Högsta domstolen genmälde att detta sedan länge varit gällande genom Europadomstolens praxis och att det rör frågan om indirekt horisontell effekt, varför några slutsatser om direkt horisontell effekt inte kan dras av denna praxis.¹⁴⁴ Återigen bekräftade domstolen att den inte anser att något direkt horisontellt skadeståndsansvar med grund i Europakonventionen föreligger, genom en referens till Trygg Hansa-fallet.¹⁴⁵

I nästa steg utredde Högsta domstolen förhållandet mellan den i regeringsformen 2:14 grundlagsstadgade rätten att vidta stridsåtgärder och en kränkning av Europakonventionen. Bestämmelsen i regeringsformen får inskränkas om så görs i lag. Domstolen slog fast att blockaden i fallet faller utanför skyddet för stridsåtgärder i regeringsformen om den anses strida mot konventionen, eftersom denna utgör svensk lag. Visserligen ges Europakonventionen inte på något vis företräde framför grundlagen, då denna särskilt medger inskränkningar i vanlig lag, men domstolen valde att tolka bestämmelserna tillsammans på ett vis som, enligt min mening, måste anses klart konventionskonformt; en stridsåtgärd som strider mot Europakonventionen kan omöjligt vara skyddad av regeringsformen 2:14 då detta skulle medföra ett svenskt konventionsbrott.¹⁴⁶

Den kanske allra intressantaste aspekten i Högsta domstolens avgörande är diskussionen kring huruvida en kränkning av konventionsrättigheterna kan medföra ett skadeståndsansvar mellan enskilda baserat på allmänna skadeståndsrättsliga principer. Detta ansvar skulle således inte innebära direkt horisontellt skadeståndsansvar grundat på Europakonventionen, utan ett slags indirekt

¹⁴² NJA 2015 s. 899, (s. 909).

¹⁴³ NJA 2015 s. 899, (s. 911-912).

¹⁴⁴ NJA 2015 s. 899, (s. 914).

¹⁴⁵ NJA 2015 s. 899, (s. 912).

¹⁴⁶ NJA 2015 s. 899, (s. 912).

horisontell effekt.¹⁴⁷ Högsta domstolen konstaterade att i huvudregel fordras lagstöd för att skadestånd ska kunna utgå för ideell skada. Domstolen har i praxis slagit fast att ideell skada orsakad av det allmänna kan ersättas utan lagstöd likaså, men att förutsebarhetshänsyn motiverar att detta ansvar inte sträcker sig till att omfatta enskilda. Således menade domstolen att anspråket kändanden gör på ersättning för ideell skada inte kan erkännas inom ramen för svensk rätt.¹⁴⁸

Vidare är utgångspunkten att brott krävs för att ren förmögenhetsskada ska ersättas i ett utomkontraktuellt förhållande, i enlighet med skadeståndslagen 2:2. Således har denna bestämmelse likheter med den som reglerar kränkingsersättning.¹⁴⁹ Regeln om ren förmögenhetsskada har dock inte tolkats *e contrario* av Högsta domstolen, utan skadestånd har dömts ut även utanför ramen för skadeståndslagen, vilket överensstämmer med tanken som uttryckts i lagens förarbeten om att rättstillämparen ska utveckla skadeståndsrätten.¹⁵⁰ Detta har skett dels i fall som rör *kvalificerad tillit*,¹⁵¹ dels i fall som rör *kvalificerat otillbörligt handlande*.¹⁵² Enligt min mening är det mycket intressant att uppmärksamma den skillnad Högsta domstolen har gjort i sina ställningstaganden gällande att utveckla rätten utanför skadeståndslagens ramar i fråga om kränkingsersättning och ersättning för ren förmögenhetsskada. Oförutsebarhetsargumentet, vilket motiverade ogillandet av direkt horisontellt konventionsgrundat skadeståndsansvar, tilläts inte väga tyngre än den skadelidandes behov av gottgörelse då Högsta domstolen ålade ansvar utan stöd i lag för orsakande av ren förmögenhetsskada.¹⁵³

Högsta domstolen lät sedan de ovan nämnda, i praxis utvecklade, skadeståndsrättsliga principerna samspela med konventionsrättigheterna. Domstolen konstaterade att om den konventionskränkande handlingen är att anse som *kvalificerat otillbörlig* bör ett skadeståndsansvar föreligga för det ansvariga privata rättssubjektet. Någon generell regel kan inte ställas upp för vilka handlingar som är att anse som kvalificerat otillbörliga, men domstolen noterade att förhållandet att det rör sig om en konventionsgrundad rättighet bör väga tungt. Härigenom uttrycktes att Europakonventionens innehåll kan tillåtas att påverka de svenska allmänna skadeståndsrättsliga principerna.¹⁵⁴ Domstolen uttalade att det finns anledning att vara återhållsam i fråga om att skadeståndssanktionera sådana konventionskränkningar som typiskt sett träffar en stor och obestämd krets, och hänvisade här till behovet av förutsebarhet som en faktor att väga in i bedömningen.¹⁵⁵ Följaktligen tilläts förutsebarhetsaspekten spela en roll i bedömningen för vad som utgör kvalificerat otillbörligt handlande, men inte en så avgörande roll att domstolen helt sätter stopp för horisontellt skadestånd av detta slag. Slutsatsen som kan dras av detta avgörande är, enligt min mening, att Högsta domstolens ställningstagande i frågan om direkt horisontell effekt kvarstår, men att

¹⁴⁷ Jämför *möjlig positiv effekt* avsnitt 2.4.2.4.

¹⁴⁸ NJA 2015 s. 899, (s. 914).

¹⁴⁹ Jämför SkL 2:2, SkL 2:3.

¹⁵⁰ Prop. 1972:5, s. 424.

¹⁵¹ Jämför NJA 1987 s. 692, (Kone-fallet).

¹⁵² Jämför NJA 2005 s. 608, (Max och Frasses-fallet).

¹⁵³ NJA 1987 s. 692; NJA 2005 s. 608.

¹⁵⁴ NJA 2015 s. 899, (s. 915).

¹⁵⁵ NJA 2015 s. 899, (s. 915).

domstolen öppnar upp för inte bara inslag av konventionskonform tolkning, utan även Europakonventionens indirekt horisontella effekter.

3 Konventionsrätt

3.1 Medlemsstaternas förpliktelser

3.1.1 Artikel 1 - Skyldighet att respektera de mänskliga rättigheterna

Var och en som befinner sig inom konventionsstaternas jurisdiktion ska garanteras de i konventionen stadgade fri- och rättigheterna.¹⁵⁶ Denna inledande och grundläggande artikel klargör att medlemsstaternas skyldighet att upprätthålla konventionens bestämmelser är *omedelbar*. Vidare framgår att skyldigheten är *objektiv* i den bemärkelsen att det inte räcker att enbart göra sitt bästa och försöka att garantera rättigheterna. Av artikeln följer också att skyldigheten att garantera rättigheterna är *fortlöpande* på så vis att då konventionens innehåll tolkas av Europadomstolen utgör dess, för stunden gällande, tolkning av rättigheterna vad som ska säkerställas.¹⁵⁷ Då Europadomstolen har avgjort en fråga om tolkning av konventionen, är det viktigt att medlemsstaterna anpassar sin lagstiftning och rättstillämpning därefter. I annat fall finns en risk för att en överväldigande överbelastning ska drabba domstolen genom att flera mål om samma fråga hamnar i Strasbourg.¹⁵⁸ Här bör också nämnas att Europadomstolen inte är en sedvanlig överprövningsinstans. Dess huvudsakliga uppgift är att kontrollera att konventionens krav respekteras, inte att pröva de nationella avgörandena i helhet. Medlemsstaterna åtnjuter en *margin of appreciation* vilket innebär att nationella lagstiftare och domstolar har ett visst utrymme att beakta nationella förhållanden i sina bedömningar. Således är Europadomstolens uppgift endast att kontrollera att den minimistandard som konventionen kräver uppfylls.¹⁵⁹

3.1.2 De materiella fri- och rättigheterna

Artikel 1 refererar till de fri- och rättigheter som listas i avdelning I. Det är således de materiella rättigheter som stadgas i denna avdelning, samt de som följer av senare tillkomna, ratificerade, tilläggsprotokoll, som konventionsstaterna ska garantera envar.¹⁶⁰ Med hänsyn till uppsatsens syfte är det främst de materiella rättigheter som ett privat rättssubjekt *kan* kränka som är relevanta i sammanhanget och således inte de processuellt fokuserade artiklarna 5, 6, 7 och 13. Vidare har vissa av rättigheterna visat sig mer centrala för frågan om horisontella effekter i skadeståndsrätten. I Sverige har artikel 8 – rätt till skydd för privat- och familjeliv – samt artikel 11 - frihet att delta i sammankomster och föreningsfrihet – varit de som ställts på sin spets genom prövning i Högsta Domstolen.¹⁶¹

¹⁵⁶ Art. 1.

¹⁵⁷ Cameron, (2014), s. 49.

¹⁵⁸ Danelius, (2012), s. 36.

¹⁵⁹ Danelius, (2012), s. 51-53.

¹⁶⁰ Grabenwarter, (2014), s. 2.

¹⁶¹ NJA 2007 s. 747; NJA 2015 s. 899.

Dock bör uppmärksammas att det inte är lämpligt att utelämna övriga materiella fri- och rättigheter i en utredning avseende vilka skyddskrav konventionen ställer på staterna enligt ovan nämnda artiklar. Detta följer av att konventionen ger skydd för ibland motstående intressen vilka därmed måste vägas mot varandra i en intresseavvägning i det enskilda fallet. I fallet *von Hannover mot Tyskland*, rörande paparazzibilder på prinsessan Caroline av Monaco som hade publicerats i skvallerpress, uttalade Europadomstolen att rätten till privatliv måste vägas mot yttrandefriheten, varvid ett flertal faktorer såsom det allmännas intresse av informations spridning och publikationens bakomliggande syfte måste beaktas.¹⁶² Denna avvägningsproblematik grundad på motstående rättigheter följer givetvis med in i de nationella domstolarna, vilka då har att beakta Europadomstolens praxis.

En för framställningen intressant avvägning som måste göras i fråga om horisontellt ansvar är den mellan intresset av att en enskilds kränkta rättighet gottgörs och intresset av att en annan enskilds egendomsskydd, vilket följer av artikel 1 i tilläggsprotokoll 1, inte inskränks genom ålagd skadeståndsskyldighet annat än i enlighet med konventionens laglighetskrav. Egendomsskyddet får inskränkas om det är i det allmännas intresse och sker i tillräckligt klar och förutsebar lag.¹⁶³ Det kan argumenteras att konventionen i sig, och införlivandelagen, utgör sådan tillräckligt klar och förutsebar lag. Detta mot bakgrund av att Europadomstolen i *Cantoni mot Frankrike* uttalade att en lag kan anses vara tillräckligt förutsebar även i situationer då enskilda måste ta hjälp av juridisk expertis för att förstå dess innehåll.¹⁶⁴ Konträrt går likaså att argumentera att konventionen inte utgör sådan tydlig lag, vilket är vad Högsta domstolen ger uttryck för i Trygg Hansa-fallet. Slutligen kan nämnas att konventionsstaterna inte har någon skyldighet att vare sig inkorporera konventionen i inhemsk rätt eller ge den direkt effekt. Den förpliktelse de faktiskt har är att se till att samtliga fri- och rättigheter de facto säkerställs, och detta, med undantag för en viss margin of appreciation, i enlighet med Europadomstolens tolkningar och avvägningar.¹⁶⁵

3.1.3 Artikel 13 - Rätt till ett effektivt rättsmedel

Upprätthållandet av de fri- och rättigheter som stadgas i Europakonventionen sker på både det nationella och det internationella planet. Konventionen inrymmer en *subsidiaritetsprincip* vilken innebär att utgångspunkten för säkerställandet av konventionsrättigheterna är att överträdelse i första hand ska angripas på det nationella planet. Detta torde även kunna utläsas ur artikel 1 vari det primära ansvaret för säkrande av konventionsrättigheterna åläggs medlemsstaterna.¹⁶⁶ Principen framgår likaså i artikel 35 vari stadgas att Europadomstolen inte får ta upp ett mål förrän nationella rättsmedel uttömts.¹⁶⁷ Denna artikel kan sägas utgöra en spegelbild av artikel 13 på så vis att betydelsen av tillgänglighet till ett effektivt

¹⁶² von Hannover v. Germany, no. 59320/00, ECHR 2004-VI, p. 58-60.

¹⁶³ Jonsson, (2007), s. 668.

¹⁶⁴ Cantoni v. France, no. 17862/91, ECHR 1996-V, p. 35.

¹⁶⁵ Lithgow and Others v. United Kingdom, no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Series A No 102, p. 205.

¹⁶⁶ Crafoord, (2001), s. 522-523.

¹⁶⁷ Art. 35.

rättsmedel lyfts, men ur en annan vinkel eftersom denna artikel vänder sig mot Europadomstolen och uppställer krav på den enskildes agerande; en klagande förväntas nyttja nationella rättsmedel som är tillgängliga och tillräckliga för att ställa till rätta de påstådda kränkningarna.¹⁶⁸ Bakgrunden till principen är att medlemsstaterna ska ges möjlighet att tillrättställa kränkningssituationer innan de underställs internationell granskning.¹⁶⁹ Likaså med hänsyn till Europadomstolens arbetsbörda har kravet på att medlemsstaterna har egna lättillgängliga och effektiva rättsmedel blivit alltmer viktigt.¹⁷⁰

Artikel 13 stadgar att var och en vars konventionsrättigheter har kränkts ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet.¹⁷¹ Den mer konkreta innebörden av denna bestämmelse har varit mycket omtvistad och det är genom en omfattande praxis från Europadomstolen som dess betydelse har kartlagts.¹⁷² Artikeln utgör ett komplement till de materiella bestämmelserna i konventionen då den säkerställer att rättsmedel finns att tillgå vid konventionsöverträdelser. Emellertid utgör den likaså en självständig rättighet på så vis att det inte krävs att en överträdelse av någon annan rättighet konstaterats för att en medlemsstat ska kunna anses kränka artikel 13.¹⁷³ Europadomstolen slog fast i *Klass m.fl mot Tyskland* att det är tillräckligt att någon påstår sig vara offer för en konventionskränkning för att rätten till ett effektivt rättsmedel ska aktualiseras och densamme ska då kunna få sitt ärende prövat.¹⁷⁴ Eftersom syftet inte var att möjliggöra för fullkomligt ogrundade påståenden att erhålla prövning preciserade domstolen sedermera sitt ställningstagande genom att framhålla att endast den som på *rimliga grunder* påstår sig fallit offer för en konventionskränkning ska ha rätt till ett effektivt rättsmedel.¹⁷⁵

Europadomstolen har uttalat att konventionens fundamentala syfte är att ge de fri- och rättigheter som stadgas däri ett effektivt skydd.¹⁷⁶ *Effektivitetsprincipen*, vilken tydligt uttrycks i artikel 13, genomsyrar konventionsrätten parallellt med *subsidiaritetsprincipen* och innebär att såväl nationella domstolar som Europadomstolen ska upprätthålla konventionsrättigheterna *effektivt*. I fallet *Airey mot Irland* framförde Europadomstolen att konventionen inte är ämnad att garantera rättigheter av teoretisk eller illusorisk art, utan rättigheter som är praktiska och effektiva.¹⁷⁷ Uttalandet är överensstämmande med domstolens tendens att ofta frångå formaliteter för att fokusera på vad som i praktiken har drabbat den skadelidande, vilket kan anses vara ett uttryck för effektivitetsprincipen.¹⁷⁸ I samma anda har Europadomstolen framhållit funktionell och teleologisk tolkning samtidigt

¹⁶⁸ Akdivar v. Turkey, no. 21893/93, ECHR 1996-IV, p. 65-66.

¹⁶⁹ Södergren, (2008), s. 104.

¹⁷⁰ Danelius, (2012), s. 505.

¹⁷¹ Art. 13.

¹⁷² Rainey, Wicks & Ovey, (2017), s. 135-137.

¹⁷³ Danelius, (2012), s. 505-506.

¹⁷⁴ Klass and Others v. Germany, no. 5029/71, Series A No 28, p. 64.

¹⁷⁵ Silver and Others v. United Kingdom, no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Series A No 61, p. 113.

¹⁷⁶ Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 1 EHRR 252, s. 28.

¹⁷⁷ Airey v. Ireland, no. 6289/73, Series A No 32, p. 24.

¹⁷⁸ van Dijk & van Hoof, (1998), s. 74.

som restriktiv tolkning har avvisats.¹⁷⁹ Detta trots att en restriktiv tolkning i största mån hade främjat staternas suveränitet och att i enlighet med Wienkonventionen bör stater inte åläggas större skyldigheter än vad som tydligt framgår av deras åtaganden.¹⁸⁰

I fallet *Kudla mot Polen* beskrev domstolen att syftet med artikel 13 var att ge enskilda ett medel för upprättelse på nationell nivå så att den som fått en konventionsrättighet kränkt slipper att vända sig med ett klagomål till Europadomstolen. Domstolen ger också uttryck för subsidiaritetsprincipen och lyfter att dessa två principer måste samspela så att individen i första hand har en nationell prövning att tillgå.¹⁸¹ Ytterligare en precisering av vilka krav artikel 13 egentligen ställer på staterna framlades i fallet *Krasuski mot Polen*. Däri uppgav Europadomstolen att samtliga ärenden där en enskild på rimliga grunder påstår sig ha fått sina rättigheter kränkta ska prövas och vid behov tillförsäkras *lämpligt avhjälpande*. Vidare bestäms hur långtgående staternas skyldigheter sträcker sig utefter klagomålets natur, men i samtliga fall ska det rättsmedel som erbjuds vara *effektivt i praktiken*.¹⁸² Därmed kan artikel 13, och begreppet *effektivt* i detta sammanhang, anses innefatta två led: ett processuellt krav på prövning, vilken resulterar i fastställande huruvida kränkning föreligger eller inte, samt ett materiellt krav på möjlighet till gottgörelse.¹⁸³

I fråga om den processuella sidan kan först nämnas att det inte är en framgångsrik talan som krävs för effektivitet, utan endast en tillfredsställande prövning.¹⁸⁴ Prövningens omfattning ska i princip sträcka sig lika långt som Europadomstolens prövning av överträdelser.¹⁸⁵ Ett administrativt förfarande kan uppfylla kraven och då är det instansens komposition, befogenheter och funktion som Europadomstolen tar fasta på då den bedömer dess självständighet, möjlighet och lämplighet för att korrigera en påstådd kränkning.¹⁸⁶ För att anses utgöra ett effektivt rättsmedel måste avgörandet kunna verkställas och tidsfristen för att framföra ett klagomål får varken vara för lång eller för kort. Ett grundläggande krav därtill är att rättsmedlet är praktiskt möjligt att nyttja för just den individ som påstår kränkning, inte enbart formellt existera i lagen.¹⁸⁷ Då rättsmedlet består i möjlighet att erhålla skadestånd måste rätten vara tillräckligt vidsträckt och omfatta de i fallet föreliggande omständigheterna.¹⁸⁸

Vidare har Europadomstolen preciserat att gottgörelsen, när det finns skäl därtill, ska ta form av ekonomiskt och ideellt skadestånd.¹⁸⁹ Angående i vilka fall det finns skäl att utdöma skadestånd framhöll domstolen i *Öneryildiz mot Turkiet* att den

¹⁷⁹ Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, Series A No 7, p. 8.

¹⁸⁰ Wienkonventionen art. 31.1; Rainey, Wicks & Ovey, (2017), s. 71.

¹⁸¹ Kudla v. Poland, no. 30210/96, ECHR 2000-XI, p. 152.

¹⁸² Krasuski v. Poland, no. 61444/00, ECHR 2005-V, p. 65.

¹⁸³ Mörk & Hermansson, (2008), s. 239.

¹⁸⁴ Danelius, (2012), s. 506.

¹⁸⁵ Danelius, (2012), s. 513.

¹⁸⁶ Cameron, (2014), s. 162.

¹⁸⁷ Danelius, (2012), s. 507-510.

¹⁸⁸ Keegan v. United Kingdom, no. 28867/03, ECHR 2006-X, p. 42.

¹⁸⁹ T.P and K.M v. United Kingdom, no. 28945/95, ECHR 2001-V, p. 107; Södergren, (2004/05), s. 766.

kränkta rättighetens karaktär har betydelse för vilken gottgörelse som krävs.¹⁹⁰ Vid kränkningar av de, enligt Europadomstolen, mest fundamentala fri- och rättigheterna, såsom artikel 2 och artikel 3, måste det i princip finnas möjlighet att föra skadeståndstalan.¹⁹¹ Domstolens praxis visar också en relativ frikostighet ifråga om grunder för utdömning av ideellt skadestånd för ideella skador. Ersättning har utgått för psykiskt lidande, oro och försämrade levnadsstandard samt exempelvis känslor av frustration, isolering, vanmakt, stress, ångest och övergivenhet med grund i konventionskränkningen.¹⁹² Vid sidan av subsidiaritetsprincipen, effektivitetsprincipen samt åtagandet enligt artikel 1 medför kopplingen mellan artikel 13 och artikel 41, vilken diskuteras nedan, att nationella domstolar tvingas blicka mot Europadomstolens praxis i fråga om grunder och beloppsnivåer för utdömning av skadestånd.

3.1.4 Artikel 41 - Skälig gottgörelse

Då en stat fälls för konventionsbrott ger artikel 41 Europadomstolen behörighet att tillerkänna den skadelidande *skälig gottgörelse* i de fall nationell rätt inte möjliggör för full sådan samt domstolen finner det *nödvändigt*.¹⁹³ Vad som utgör skälig gottgörelse kan skilja från fall till fall, men Europadomstolen har beslutat om skadestånd för både ekonomisk- och ideell skada, ersättning för processkostnader, konkreta förpliktelser att undanröja effekterna av konventionskränkningen samt formellt erkännande av att individen fått sina rättigheter kränkta.¹⁹⁴ Nödvändighetskravet hänger samman med subsidiaritetsprincipen samt principen om *restitutio in integrum*. Tillsammans innebär de att i första hand ska återställande till ursprungligt läge ske på nationell nivå, och först om detta inte är möjligt, eller endast möjligt till viss del, ska domstolen tillerkänna den skadelidande sådan skälig gottgörelse som fortsatt fordras.¹⁹⁵ Isolerat framstår det som att artikeln utgör en handlingsregel för Europadomstolen, men tolkad mot bakgrund av konventionen i sin helhet torde den kunna innehålla en skyldighet för staterna att gottgöra en inhemskt konstaterad kränkning.¹⁹⁶

Kritik har framförts mot bristen på klara principer i Europadomstolens praxis gällande när och hur mycket skadestånd som ska dömas ut; ju tydligare ställningstagande från Europadomstolen, desto lättare är det för nationella domstolar att tillse att ett effektivt rättsmedel med fullständig skälig gottgörelse erbjuds på inhemsk nivå.¹⁹⁷ I ett scenario där nationella domstolar, i sin strävan efter att erbjuda ett effektivt rättsmedel i enlighet med artikel 13, erkänner ett konventionsbrott och överväger att utdöma någon form av kompensation fordras att de blickar mot Europadomstolens praxis. Detta följer av den senares funktion att "fylla ut" den gottgörelse som inhemsk rätt kan erbjuda i det fall att den *endast till en del medger att gottgörelse lämnas*.

¹⁹⁰ Öneriyildiz v. Turkey, no. 48939/99, ECHR 2004-XII, p. 147.

¹⁹¹ Z and Others v. United Kingdom, no. 29392/95, ECHR 2001-V, p.109-111.

¹⁹² Crafoord, (2001), s. 535.

¹⁹³ Art. 41.

¹⁹⁴ Danelius, (2012), s. 55.

¹⁹⁵ Scordino v. Italy (no. 1), no. 36813/97, ECHR 2006-V, p. 247; Rainey, Wicks & Ovey, (2017), s. 51.

¹⁹⁶ Bratt & Södergren, (2000), s. 415.

¹⁹⁷ Rainey, Wicks & Ovey, (2017), s. 51.

I *Scordino m.fl. mot Italien*, betonade domstolen att de nationella ersättningsnivåerna inte avsevärt får understiga domstolens egen rättspraxis om skäligen gottgörelse. Härvid kan dock beaktas att om ett flertal olika remedier finns tillgängliga för den enskilde på nationell nivå kan de tillsammans innebära att en lägre skadeståndsnivå, än den Europadomstolen hade dömt ut, ändå kan accepteras.¹⁹⁸ Här kan tilläggas att Europadomstolen också har uttalat att i vissa situationer kan ett konstaterande av att en kränkning har skett ensamt utgöra tillräcklig gottgörelse.¹⁹⁹ Då en stat kränkt en enskilds mänskliga rättigheter torde ett sådant erkännande bära viss tyngd, men enligt min mening måste lämpligheten i denna form av gottgörelse ifrågasättas i relation till de fall där en enskild har kränkt en annan enskilds konventionsrättigheter. I senare praxis har domstolen utvecklat sitt ställningstagande. Europadomstolen framförde i *Bako mot Slovakien* att även om skadeståndsnivåerna inte får skilja sig så från de i Strasbourg att de är uppenbart inadekvata, så tillåts medlemsstaterna en viss beslutsmarginal i fråga om beloppsnivå. Kraven på effektivt rättsmedel i artikel 13 kan likväl anses uppfyllda, så länge beloppsnivån är rimlig. Huruvida den inhemska nivån är rimlig beror på omständigheterna i det enskilda fallet, längden av processen, levnadskostnadsnivån i den aktuella staten samt att vikt kan fästas vid att ersättning som döms ut redan i nationell domstol vanligen betalas ut och när den skadelidande betydligt snabbare.²⁰⁰ Dock så intog domstolen en mer laddad ståndpunkt i det strax efterföljande fallet *Wolfmeyer mot Österrike* vari den anförde att det var *ofattbart* att nationella domstolar inte hade dömt ut skadestånd i större mån då Europadomstolen själv hade dömt ut betydande ideella skadestånd i jämförbara situationer.²⁰¹ Motsatsvis bör dock noteras att Europadomstolen känt sig obunden av de beloppsnivåer som vanligen döms ut i konventionsstaterna och uttalat att nationella nivåer visserligen har relevans, men har inte avgörande påverkan för domstolens beslut.²⁰² Således torde Europadomstolen generellt kunna höja beloppsnivåerna eftersom konventionsstaterna måste anpassa sig efter dess praxis.

3.1.5 Artikel 46 - Bindande kraft och verkställighet av domar

Europakonventionen ålägger medlemsstaterna att rätta sig efter Europadomstolens domar i de mål där de är parter.²⁰³ Exempelvis innebär detta att staterna är skyldiga att betala de skadestånd som Europadomstolen kan döma ut. Genom samspelet med konventionens övriga bestämmelser sträcker sig dock betydelsen av domstolens avgöranden avsevärt längre än det specifika fallet.²⁰⁴ Ett avgörande kan förmå såväl svarandestaten som övriga medlemsstater att företa ändringar i sina rättsordningar eftersom Europadomstolens markerande av en artikels innehåll medför att motstridiga bestämmelser eller ageranden i samtliga medlemsstater torde vara konventionsstridiga.²⁰⁵ En viss tolkningsbundenhet uppstår därigenom för samtliga

¹⁹⁸ *Scordino v. Italy* (no. 1), no. 36813/97, ECHR 2006-V, p. 206, 269.

¹⁹⁹ *Khan v. United Kingdom*, no. 35394/97, ECHR 2000-V, p. 49.

²⁰⁰ *Bako v. Slovakia*, no. 60227/00, decision: ECHR 2005/03/15.

²⁰¹ *Wolfmeyer v. Austria*, no. 5263/03, decision: ECHR 2005/05/26, p. 33.

²⁰² *Z and Others v. United Kingdom*, no. 29392/95, ECHR 2001-V, p.131.

²⁰³ Art. 46.

²⁰⁴ Danelius, (2012), s. 56.

²⁰⁵ Danelius, (2012), s. 36-37.

konventionsstater, vilket innebär att Europadomstolens praxis får en res interpretata-effekt.²⁰⁶

3.2 Europadomstolens inställning till horisontell effekt

3.2.1 Talerätt i Europadomstolen

Vid en sammanläsning av artikel 1, artikel 34 och artikel 35.3-4 i Europakonventionen står det klart att det inte är möjligt för privata rättssubjekt att föra talan i Europadomstolen mot ett annat privat rättssubjekt utan endast mot en stat.²⁰⁷ Det följer av artikel 35.3 att klagomål som är oförenliga med konventionen ska avvisas, och i praxis har olika slags oförenligheter identifierats. Den för framställning mest relevanta grunden är oförenlighet *ratione personae* varvid klagomålet inte riktar sig mot en konventionsstat.²⁰⁸ Den enskilda klagorätten som uttrycks i artikel 34 ger endast enskilda en rätt att göra gällande att en konventionsstat inte fullgjort sina konventionsförpliktelser; någon rätt för en enskild att dra en annan enskild inför rätta i Europadomstolen följer inte av konventionen.

3.2.2 VgT Verein gegen Tierfabriken-fallet

Enligt min uppfattning är ett av de mest centrala rättsfallen från Europadomstolen, i fråga om Europakonventionens horisontella effekter, *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz*. I fallet förde en djurrättsorganisation talan mot schweiziska staten då den nekats att visa en kampanjfilm mot köttindustrin i nationell television med hänvisning till ett lagstadgat förbud mot reklamfilmer av politisk karaktär.²⁰⁹ Det var ett privat bolag som ansvarade för reklamutsändningar i Schweiz och det var detta bolag som nekade djurrättsorganisationen att få sin film visad. Då organisationen efterfrågade ett överklagbart beslut kunde bolaget inte bistå med ett sådant med hänvisning till att det inte var en myndighet. Organisationen vände sig då till Europadomstolen och framhöll att dess yttrandefrihet enligt artikel 10 hade kränkts av schweiziska staten.²¹⁰ Domstolen inledde med en utredning av huruvida ärendet – att ett privat rättssubjekt kränkt ett annat privat rättssubjekts konventionsrättigheter – faller inom konventionsstatens jurisdiktion. Med en referens till artikel 1 och sin egen praxis i *Marckx mot Belgien*²¹¹ konstaterade domstolen att positiva förpliktelser följer av konventionen och däribland tillhandahållande av nationella lagar som tillgodoser konventionens krav. Således klargjorde Europadomstolen att ansvar kan följa för staten då inhemsk lagstiftning möjliggjort att en enskild fått sina konventionsrättigheter kränkta och därigenom fastslogs konventionens *horisontella indirekt positiva*

²⁰⁶ Polacchini, (2017), s. 380-381.

²⁰⁷ Cameron, (2014), s. 50.

²⁰⁸ Danelius, (2012), s. 31.

²⁰⁹ VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI, p. 10-12, 20.

²¹⁰ VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI, p. 2, 13.

²¹¹ Marckx v. Belgium, no. 6833/74, Series A No 31, p. 31.

effekt.²¹² Angående direkt horisontell effekt anförde domstolen att den inte anser det vare sig önskvärt eller nödvändigt att utveckla någon allmän teori om hur långt konventionsgarantierna bör utsträckas till att gälla i förhållanden mellan privata rättssubjekt.²¹³ Uttalandet kan anses ge uttryck för domstolens kasuistiska arbetsmetod, och fokus lades istället på konflikten i det aktuella fallet.²¹⁴ I detta sammanhang kan Europadomstolens ställningstagande i fallet *Hatton m.fl. mot Förenade Konungariket* noteras, vilket rörde oljud från Heathrow flygplats som de närboende ansåg strida mot deras rätt till privatliv under artikel 8. Domstolen slog fast att oljudet i sig inte utgjorde en kränkning av artikel 8. Däremot hade det Förenade Konungariket inte tillhandahållit effektiva rättsmedel till de klagande, och således brutit mot artikel 13. Detta då prövningen som ställts till de klagandes förfogande enkom beaktade traditionell inhemsk rätt. Kärnan i den fällande domen är således att Europadomstolen ansåg att konventionen, och de rättigheter som stadgas i artikel 8, likaså skulle beaktas i den prövning som utgjorde det tillgängliga rättsmedlet, i tvisten mellan de två privata rättssubjekten, för att det skulle anses effektivt; Europakonventionens materiella rättigheter ska, i alla fall under vissa omständigheter, beaktas i en tvist mellan enskilda på nationell nivå – annars är rättsmedlet inte effektivt.²¹⁵

3.2.3 Blumberga-fallet

Med hänsyn till uppsatsens syfte vill jag även i korthet redogöra för Europadomstolens slutsatser i fallet *Blumberga mot Lettland*.²¹⁶ Den materiella rättighet klagomålet berörde var artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 – envars rätt till sin egendom. Domstolen uttalade tydligt i fallet att när egendomsskyddet har kränkts av ett annat privat rättssubjekt har staten en positiv skyldighet att dels se till att den nationella rättsordningen skyddar äganderätten, dels se till att tillräckliga remedier finns att tillgå för att den skadelidande ska kunna få upprättelse. Då situationen motiverar så ska, för att remediet ska anses tillräckligt, det innebära en möjlighet att erhålla skadestånd.²¹⁷ Europadomstolen uttrycker därmed tydligt i fallet att den nationella rättsordningen ska inneha ett skydd för enskildas rättigheter gentemot andra enskilda samt att det ska finnas möjlighet för upprättelse på det nationella planet.

3.2.4 Söderman-fallet

I *Söderman mot Sverige* avgjorde Europadomstolen ett mål med horisontella dimensioner med direkt bindande verkan för svarandestaten Sverige.²¹⁸ Grunden för klagomålet var att den skadelidande hade smygfilmats av sin styvfar i sitt badrum, med hjälp av en dold filmkamera, och att Sverige inte tillhandahöll sådant skydd som kan krävas i enlighet med artikel 8 och artikel 13.²¹⁹ Omständigheterna i

²¹² VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI, p. 44-47.

²¹³ VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI, p. 46.

²¹⁴ Ehrenkrona, (2007), s. 45.

²¹⁵ Hatton and Others v. United Kingdom, no. 36022/97, ECHR 2003-VIII, p. 140-142.

²¹⁶ Blumberga v. Latvia, no. 70930/01, decision: ECHR 2008/10/14.

²¹⁷ Blumberga v. Latvia, no. 70930/01, decision: ECHR 2008/10/14, p. 67.

²¹⁸ Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI.

²¹⁹ Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 56.

fallet var således sådana att ett privat rättssubjekt hade kränkt ett annat privat rättssubjekts personliga integritet, varför ett horisontellt partsförhållande utgjorde grund för talan. Den skadelidande kunde inte få upprättelse i nationell domstol då handlingen inte utgjorde ett brott enligt svensk lag vid tidpunkten för dess inträffande. Styvfadern kunde således inte dömas för brott och därmed kunde inte heller skadestånd utgå enligt skadeståndslagen 2:3. Då nationell lag inte erbjöd något rättsmedel i den förevarande situationen, sammantaget med att Högsta domstolens prejudikat i Trygg Hansa-fallet omöjliggjorde utdömning av skadestånd direkt baserat på konventionsöverträdelsen, fann sig Hovrätten i en besvärlig position.²²⁰ Hovrätten anförde att trots det att styvfaderns handlande var ytterst klandervärt kunde han inte straffas för gärningen och den skadelidandes skadeståndskrav måste därmed ogillas.²²¹ Mot denna bakgrund framförde den skadelidande ett klagomål mot Sverige i Europadomstolen. Hon anförde att Sverige hade brustit i sina konventionsåtaganden enligt artikel 8 – att skydda hennes rätt till privatliv – då smygfilmning inte var kriminaliserat, och artikel 13 – rätten till ett effektivt rättsmedel – då hon inte heller hade ett civilrättsligt medel, såsom skadestånd, att tillgå.²²²

Europadomstolen menade att det faller inom konventionsstaterna margin of appreciation att avgöra på vilket sätt såväl de positiva som negativa förpliktelseerna, vilka följer utav artikel 8, ska förverkligas i inhemsk rätt. Ju allvarligare konventionskränkningen är i det enskilda fallet, desto mindre är staternas skönsmariginal.²²³ I detta sammanhang nämner domstolen fallet *K.U. mot Finland*, vilket enligt min mening är av intresse för uppsatsens huvudsyfte.²²⁴ Domstolen uttalade att när fråga är om allvarligare kränkningar av någons personliga integritet – i fallet förelåg brott – ligger det i allmänhetens, såväl som i brottsoffrets, intresse att rättsmedel av sådant slag att den ansvarige förövaren kan identifieras och ställas inför rätta tillhandahålls.²²⁵ Jag anser att domstolen genom detta yttrande markerade att det finns situationer där det är av vikt att ”rätt” ansvarssubjekt – den som faktiskt har utfört den kränkande handlingen – är det som får ta konsekvenserna av agerandet. Vidare, med sitt klargörande att det i fallet inte är tillräckligt att ersättning kan utgå från annat håll, från en tredje part, får enligt min mening slutsatsen dras att konventionen i vissa situationer kräver att det rättssubjekt som de facto utfört den handling som kränkt ett annat rättssubjekts konventionsrättigheter åläggs ansvar; Europakonventionen kräver att vissa rättigheter i vissa situationer ges horisontell effekt. I dessa situationer ska den enskilde förövaren hållas ansvarig för sin kränkande handling och då räcker det inte att endast staten hålls ansvarig för sin brist att skydda den skadelidande.

I *Söderman mot Sverige* konstaterade Europadomstolen, efter en genomgång av rekvisiten för de brott som möjligen kunde vara relevanta i situationen samt rekvisiten i skadeståndslagen 2:3, att det vid tidpunkten för företeelsen inte fanns någon bestämmelse i svensk lag som omfattade situationen. Vidare hänvisade

²²⁰ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 47, 74.

²²¹ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 23-24.

²²² *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 59-60, 64.

²²³ *Söderman v. Sweden*, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 79.

²²⁴ *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, (2009) 48 EHRR 1237.

²²⁵ *K.U. v. Finland*, no. 2872/02, (2009) 48 EHRR 1237, p. 46-49.

domstolen direkt till Trygg Hansa-fallet och noterade att det i svensk rätt omöjliggjorts att stödja ett civilrättsligt anspråk direkt på konventionen. Europadomstolen fällde Sverige för dess överträdelse av artikel 8 och menade att staten misslyckats med att skydda den skadelidandes rätt till privatliv genom frånvaron av tillämplig, skyddande, lagstiftning.²²⁶ Det framgick av den skadelidandes talan att det endast var i fråga om avsaknad av skydd och effektivt rättsmedel gentemot styvfaderns agerande som hon ansåg att Sverige hade brutit i sina förpliktelser, inte i fråga om avsaknad av rättsmedel för henne att därefter angripa staten till följd av bristen.²²⁷ Troligen är detta av stor betydelse då Europadomstolen valde att fälla Sverige för kränkning av artikel 8, men avstod från att likaså fälla staten för överträdelse av artikel 13.

Av intresse för uppsatsens syfte är det tillägg som domare Pinto de Albuquerque gör för egen del vari han diskuterade frågan om konventionen som direkt grund för ideellt skadestånd. Han anförde att konventionen utgör en del av inhemska rätt, vilket medför att den är direkt tillämplig för nationella domstolar. Således borde dessa, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, utdöma skadestånd till de som fått sina konventionsrättigheter kränkta, även då den kränkande handlingen inte strider mot annan inhemska lag. Han avfärdade oförutsebarhetsargumentet som Högsta domstolen åberopade i Trygg Hansa-fallet och poängterade återigen att konventionen utgör inhemska lag varför dess innehåll och dess skadeståndsgrunder, såsom de preciseras genom Europadomstolens praxis, måste anses förutsebara. Vidare ansåg Pinto de Albuquerque att Europadomstolens praxis angående vad som utgör en rättighetskränkning och om denna ska grunda ett skadeståndsansvar är lika bindande för konventionsstaterna som all annan praxis från domstolen. Därmed fann han att Sverige hade brutit i sina konventionsåtaganden då det fanns ett tillgängligt civilrättsligt rättsmedel – skadestånd baserat direkt på kränkningen av den, enligt Europadomstolen, skadeståndsgrundande konventionsrättigheten den enskilde, styvfadern, hade genomfört – vilket Hovrätten avstod från att nyttja. På denna grundval anförde Pinto de Albuquerque att Sverige likaså hade brutit mot artikel 13.²²⁸

3.2.5 Analys av praxis

Det finns inget uttalande från Europadomstolen som anger att staterna måste ge konventionen i dess helhet direkt horisontell verkan. I anslutning till detta vill jag dock framföra följande. Inledningsvis kan konstateras att domstolen inte heller uttalat att det inte skulle vara lämpligt att ge konventionen direkt horisontell effekt i inhemska rätt. Vidare bör framhållas att ingenting hindrar att Europadomstolen, som främsta tolkare av konventionen, vidareutvecklar sin praxis i framtiden på så vis att den uttalar att det krävs att staterna förverkligar ett direkt horisontellt ansvar i förhållande till samtliga materiella rättigheter. Slutligen kan noteras att domstolens ovilja att utveckla och uttrycka en generell teori om horisontellt ansvar inte utesluter att ett sådant, i var fall delvis, ändå kan utkrävas enligt konventionen. I *Marckx mot Belgien* framgår att vissa positiva förpliktelser åvilar

²²⁶ Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 114-117.

²²⁷ Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, p. 57.

²²⁸ Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque.

konventionsstaterna. Samverkan mellan artikel 1 och artikel 13 har i praxis, såsom i *Söderman mot Sverige*, visat att vissa krav ställs på staterna att tillhandahålla effektiva rättsmedel i kränkningssituationer med horisontell partsställning. För att rättsmedlet ska vara effektivt kan, i enlighet med kontentan i *Hutton m.fl. mot Förenade Konungariket*, krävas att konventionens materiella rättigheter beaktas. Sammanläses detta med vad som framfördes i *K.U. mot Finland* krävs i vissa situationer att detta effektiva rättsmedel måste vara riktat mot det rättssubjekt som företagit kränkningen. Detta indikerar att även om konventionen endast direkt ålägger staterna skyldigheter, ska den enskilde som kränker någon annans i konventionen skyddade rättighet personligen bära konsekvenserna av överträdelsen. Det står inte klart vilken vikt som kan tillmätas domare Pinto de Albuquerque tillägg i *Söderman mot Sverige*. Däremot står klart att det finns förespråkare – till och med inom Europadomstolen – som anser Europakonventionen bära en tydligare horisontell verkan än vad som godtagits i svenska domstolar. Huruvida ovan nämnda premisser uppställer ett generellt krav på att konventionen ska ha direkt horisontell verkan i nationell rätt är dock fortsatt omtvistat.

4 Den svenska rättens förenlighet med Europakonventionens krav

4.1 Förutsättningar för ansvarsfällande i Europadomstolen vid oförenlighet

Då den svenska skadeståndsrättens förenlighet med kraven som uppställs i Europakonventionen utreds bör en distinktion göras mellan att ställas till ansvar för brister i konventionsförenlighet och brister i förenligheten som sådan. Återigen bör markeras att skadestånd inte utgör det enda sättet att ge upprättelse. Skadeståndsrättens förenlighet med de krav som följer av Europakonventionen är beroende av vilken roll och funktion övriga rättsområden, exempelvis straffrätten, har i rättsordningen; ju mer omfattande straffrättens remedier är, desto mindre omfattning fordras av skadeståndsrätten.

Som huvudregel kan endast den som påstår sig vara offer för en kränkning klaga till Europadomstolen. *Actio popularis* – klagomål där en intresserad samhällsmedlem, utan att själv vara berörd, klagat över lagar eller beslut densamme anser strida mot konventionen – är inte tillåtna.²²⁹ En annan typ av klagomål som inte ska prövas är de då den skadelidande har förlorat sin offerstatus. Då en enskild har utsatts för en konventionskränkning, men erforderlig gottgörelse har lämnats i enlighet med subsidiaritetsprincipen, och staten har erkänt kränkningen, anses den skadelidande inte längre vara ett offer i konventionens mening.²³⁰ Detta innebär att Sverige endast kan fällas till ansvar för brister i uppfyllande av konventionens krav i konkreta fall, där det finns ett offer med klagorätt.

I *Söderman mot Sverige* uppmärksammades en brist i den svenska rättsordningen, vilket ledde till en fällande dom i Europadomstolen. Denna brist har nu blivit åtgärdad, men det grundläggande problemet kvarstår. Enligt min mening är ett sådant angreppssätt, där luckor i rättsordningen täpps till först då de inte bara blivit uppmärksammade utan faktiskt blivit kritiserade av Europadomstolen, inte förenligt med konventionens syfte. Av betydelse för diskussionen i nästkommande avsnitt är att notera denna skillnad: att inte fällas i Europadomstolen är inte detsamma som att uppfylla sina konventionsåtaganden.

²²⁹ Danelius, (2012), s. 24.

²³⁰ *Eckle v. Germany*, no. 8130/78, Series A No 51, p. 66.

4.2 Analys – uppfyller Sverige kraven som följer av konventionsåtagandena?

4.2.1 Praxis från Europadomstolen

Jag vill inleda min analys med att uppmärksamma att Europadomstolen endast avgör de fall som hamnar på dess bord. Vidare tillämpar domstolen en kasuistisk metod och som en följd av detta är det sällsynt att domstolen kommer med generella uttalanden om tolkningsregler eller principer. Därmed menar jag att någon större vikt egentligen inte kan tillmätas Europadomstolens yttrande i *VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz*. Det domstolen gör i detta fall kan snarare ses som ett uttryck för dess metod att utforma sina domskäl än ett materiellt ställningstagande i frågan om horisontellt skadeståndsansvar. Domstolen väljer att hålla sig till att endast avgöra frågan i fallet. Jag menar att den omständigheten att Europadomstolen inte formulerar någon generell princip om i vilken mån konventionsgarantierna bör utsträckas till att gälla i förhållande enskilda emellan inte alls ger ledning för huruvida konventionen kräver horisontell tillämplighet i de nationella domstolarna. Å andra sidan torde det vara lika olämpligt att genom en e contrario-tolkning dra slutsatsen att domstolens tystnad skulle innebära att ett horisontellt skadeståndsansvar krävs. Otydligheterna till trots är det just i Europadomstolens praxis konventionsstaterna måste söka ledning när de strävar efter att uppfylla sina konventionskyldigheter, vilket innebär att de ställs inför en svår uppgift.

Det följer av artikel 46 att det endast är i de mål där en stat är part som den måste rätta sig efter domen, men i enlighet med subsidiaritetsprincipen och effektivitetsprincipen torde det föreligga en skyldighet för samtliga stater att anpassa sig efter domstolens praxis. Givetvis måste skillnader i konventionsstaternas individuella rättsordningar och samhällen beaktas, men skulle varje enskild stat behöva fällas av Europadomstolen för samma konventionsbrott innan de ålades att åtgärda sitt rättighetskränkande beteende skulle såväl subsidiaritets- som effektivitetsprincipen undergrävas. Risken är dessutom att Europadomstolen skulle översvämmas av mål. Följaktligen drar jag slutsatsen att Sveriges åtagande i enlighet med artikel 1 i konventionen kräver att all Europadomstolens praxis beaktas och att Sverige anpassar sig därefter. Givetvis kan argument anföras för den motsatta ståndpunkten – konventionens ordalydelse uttrycker endast tydligt att det är den stat som fälls i ett visst mål som måste upphöra med, och kompensera för, kränkningen. I enlighet med Wienkonventionens tolkningsregler för internationella traktater ska stor vikt fästas vid textens ordalydelse. Således kan e contrario-argument framföras till stöd för att endast parterna måste följa domar. Den som anser att artikelns mening framstår som klar genom en sådan e contrario-tolkning kan därmed hävda att det inte finns anledning att gå vidare och beakta fler aspekter i tolkningsförfarandet. Enligt min mening förefaller en e contrario-slutsats olämplig då avseende fästes vid Europadomstolens egen tolkningsmetod där särskild tonvikt läggs på konventionens helhet, såsom den framkom i fallet *Golder mot Förenade Konungariket*. Med hänsyn till konventionens syfte, att skydda mänskliga rättigheter, och läst i sin helhet, menar jag att det inte går att stanna vid

att endast se till den lexikaliska utformningen av artikel 46 för att få klarhet i konventionsstaternas förpliktelser.

Precis som Högsta domstolen anför i Trygg Hansa-fallet vill jag likaså poängtera att konventionen riktar sig till de fördragsslutande staterna och att i strikt mening kan inte någon skadeståndsskyldighet för enskilda utläsas i konventionstexten. I detta sammanhang kan auktoritativa argument läggas fram till stöd för Högsta domstolens ställningstagande att inte acceptera skadeståndsanspråk enbart baserade på Europakonventionen. Exempelvis följer det av internationell traktatolkningsrätt att en part i huvudregel inte kan åläggas mer omfattande förpliktelser än vad denne har åtagit sig. Således kan det te sig olämpligt att ålägga ett privat rättssubjekt skadeståndssanktionerade skyldigheter till följd av en mellanstatlig konvention vilken har undertecknats av staten och inte den enskilde. Här kan dock noteras att enskilda knappast heller kan anses ha undertecknat, eller frivilligt underkastat sig, de regler som finns i den svenska rättsordningen. I fråga om horisontellt skadestånd på grundval av konventionen anser jag att den trepartskonstellation som konventionen ger upphov till måste beaktas; att det är staten som får ta konsekvenserna av att konventionskraven inte uppfylls utesluter inte att en grund för horisontellt skadeståndsansvar, eller ett krav på staten att förverkliga ett sådant, inryms i konventionen.

4.2.2 Artikel 13 - kravet på effektivt rättsmedel

I uppsatsens tredje kapitel klagas vilka krav konventionsstaterna har att leva upp till. I förhållande till konventionsstaterna i stort har Sverige endast fällts till ansvar i ett mycket begränsat antal fall.²³¹ Detta kan vara en indikation på att Sverige i relativt stor utsträckning uppfyller de krav som ställs upp i konventionen och preciseras i Europadomstolens praxis. Att inte fällas till ansvar utesluter dock inte konventionsstridigheter, likt diskuterats ovan i avsnitt 4.2.1. Därmed fordras försiktighet då slutsatser baseras på statistik och fällande domar i Europadomstolen. Detta till trots menar jag att mycket, exempelvis den omfattande brottskatalogen och nya möjligheten till skadestånd från det allmänna vid konventionskränkingar, talar för att den svenska rättsordningen i stora drag är förenlig med Europakonventionen.

Fallen *von Hannover mot Tyskland* och *Hatton m.fl mot Förenade Konungariket* ger tydlig indikation på att Europadomstolen anser att de materiella rättigheter som garanteras i konventionen, vilka kan bli aktuella i fall med horisontella partställningar, ska tillförsäkras av staten i förhållanden mellan enskilda parter.²³² Jag är av uppfattningen att Sverige måste följa denna praxis i enlighet med subsidiaritets- och effektivitetsprincipen. Likaså följer av *Söderman mot Sverige* att Europadomstolen än mer specifikt anser Sverige ha en skyldighet att garantera de rättigheter som inryms i artikel 8 till var och en gentemot var och en. Detta följer av artikel 46 och det måste accepteras att Sverige, i egenskap av svarandestat, är skyldigt att anpassa sig efter domen. Det står klart att det föreligger en positiv förpliktelse att skydda enskilda från både staten och andra enskilda.

²³¹ European Court of Human Rights Statistics: Violations by Article and by State, (2017), s. 1-2.

²³² Jämför avsnitt 3.2.2.1.

Den för framställningen mest intressanta aspekten är dock huruvida Sverige helt och hållet uppfyller de krav som följer av artikel 13 – rätten till ett effektivt rättsmedel. Detta har sin bakgrund i att uppfyllande av artikel 13, alltså tillhandahållande av ett effektivt rättsmedel, kan både ”läka” och förebygga misslyckanden att garantera övriga materiella rättigheter, vilket hänger samman med artikelns kompletterande karaktär. En exemplifiering kan göras med fallet *Söderman mot Sverige* där Sverige fälls för överträdelse av artikel 8. Hade den skadelidande haft tillgång till ett effektivt rättsmedel vilket kunde bringat henne gottgörelse för den rättighetskränkning hon varit utsatt för, hade hon inte längre varit klagoberättigad i konventionens mening. Det finns inget krav i Europakonventionen att smygfilmning ska vara kriminaliserat, men det finns ett krav på att en individs privatliv ska skyddas. Detta skydd kan ta sig olika former, vilket följer av staternas margin of appreciation. Det Europakonventionen kräver är att en stat tillhandahåller skydd för samtliga materiella rättigheter samt ett effektivt rättsmedel i *varje* situation där en skadelidande på rimliga grunder påstår sig ha fått sina rättigheter kränkta. Europadomstolens genomgång av den svenska rättsordningens olika brott, vilka kunde vara relevanta i fallet, sammantaget med att domstolen går vidare till att utreda vilka civilrättsliga medel som fanns att tillgå, visar att Sverige kunde ha uppfyllt sin förpliktelse enligt artikel 8 på olika sätt. Hade det funnits en möjlighet att föra en skadeståndstalan gentemot styvfadern talar domstolens redogörelse för att detta hade ansetts tillräckligt för att konventionens krav skulle ha ansetts uppfyllda både avseende skydd för privatliv och tillgång till effektivt rättsmedel. Jag är av uppfattningen, precis som domare Pinto de Albuquerque, att Sverige likaså överträtt artikel 13 då inget effektivt rättsmedel tillhandahållits.

Genom fallet *T.P. och K.M. mot Förenade Konungariket* har Europadomstolen begränsat valmöjligheterna i fråga om tillvägagångssätt för tillhandahållande av effektiva rättsmedel. I domskälen anges att artikel 13 kräver att skadestånd ska kunna utgå när det finns skäl som motiverar detta. Därmed får artikel 13 en viss framtvingande effekt i de fall sådana skäl föreligger: om inte någon nationell skadeståndsregel finns tillgänglig ska skadestånd dömas ut i Europadomstolen. Konventionens effektivitets- och subsidiaritetsprinciper bör diskuteras i anslutning till detta. Sammanläst torde principerna och den effekt Europadomstolen tillmäter artikel 13 kunna innebära ett krav på att den svenska rättsordningen möjliggör att nationella domstolar dömer ut skadestånd i de fall Europadomstolen skulle ha dömt ut skadestånd, om inte andra lika effektiva rättsmedel tillhandahålls. Emellertid kan inte den motsatta ståndpunkten föringas. Även då argument kan lyftas för att konventionens inneboende principer och Europadomstolens praxis sammantaget innebär ett krav på viss horisontell verkan, åtminstone i vissa situationer, har Europadomstolen inte uttalat något sådant krav. Då domstolen är konventionens främsta tolkare torde stor tonvikt kunna tillmätas faktumet att något generellt sådant krav inte direkt har uttolkats.

Accepteras den ovan nämnda tolkningen, där principer och praxis sammanläses, måste likaså beloppsnivåerna vara rimliga och i så hög grad motsvara vad Europadomstolen hade dömt ut att den klagande fräntas sin offerstatus. Detta eftersom den skadelidande annars skulle kunna klaga till Europadomstolen för att

få sin gottgörelse ”utfylld”. Återigen bör uppmärksammas att i de flesta fall torde inte den enda möjligheten att erbjuda ett effektivt rättsmedel vara genom skadeståndsrätten. Uppsatsens huvudsyfte motiverar likväl att tyngdpunkten av analysen fokuseras på skadeståndet. Därmed vill jag dock inte påstå att eventuella oförenligheter med konventionens krav måste bero på brister inom skadeståndsrätten. Bristerna skulle lika gärna i de flesta fall kunna härledas till straffrätten eller andra rättsområden där kravet på tillgång till effektiva rättsmedel skulle kunna förverkligas. Jag menar dock att skadeståndsrätten har visat sig flexibel, lämplig och utvecklingsbar, varför det torde finnas goda möjligheter att uppfylla konventionens krav genom att utvidga möjligheterna till ekonomisk kompensation vid åsidosättande av konventionsrättigheterna. Högsta domstolen har exempelvis i Fjärrvärmeverks-fallet, Kone-fallet och Medborgarskaps-fallet visat att skadeståndsrätten kan vara flexibel och anpassningsbar till situationer som den initialt inte var ämnad att omfatta; domstolen har varit öppen för att utveckla rätten. Legalitetsprincipen torde ställa upp hinder för utveckling av exempelvis straffrätten på motsvarande vis.

Kränkningar av de mest fundamentala fri- och rättigheterna utgör i regel brott i den svenska rättsordningen. Vid en kränkning i ett horisontellt partsförhållande, där den som kränkt rättigheten inte kan hållas straffrättsligt ansvarig, faller det sig naturligt att se till skadeståndsmöjligheten. Detta då skadestånd utgör den enda kvarvarande möjliga formen av både skydd och gottgörelse eftersom det har såväl en preventiv som en reparativ funktion. Den svenska skadeståndsrätten är omfattande och de allra flesta av konventionens rättigheter torde vara skyddade då kränkningar kan ge en rätt till skadestånd i svensk domstol. Det är i ett mycket begränsat antal fall som den svenska skadeståndsrätten visar sig otillräcklig, och allra främst bör de ideella skadorna uppmärksammas. Skadeståndslagens uppbyggnad innebär att ersättning för ideell skada kan utgå i många fall, eftersom sådan inte ovanligen har samband med en personskada eller ett brott. En oönskad lucka lämnas dock i fall som *Söderman mot Sverige*. Rekvisiten *allvarlig* och *brott*, som uppställs i skadeståndslagen 2:3, har en begränsande effekt.²³³ Europadomstolen uppställer vare sig krav på culpa, allvarlighetsgrad eller brottskoppling för att en konventionskränkning ska kunna konstateras och motivera gottgörelse. Ideella skador utan samband med personskador, vilka i svensk rätt inte anses allvarliga eller inte är kopplade till ett i Sverige erkänt brott, är inte ersättningsberättigade i svensk skadeståndsrätt. Jag noterar i detta sammanhang att det är en mycket smal kategori av ideella skador som kan tänkas drabbas, men praxis visar att risken inte enbart är teoretisk.

4.2.3 Europakonventionen som ansvarsgrund

Europakonventionen uppställer inget uttryckligt krav på att den ska kunna utgöra en självständig ansvarsgrund inom svensk skadeståndsrätt. Att Europadomstolen, med undantag för domare Pinto de Albuquerque, inte kritiserar Trygg Hansa-prejudikatets rättsliga implikationer per se styrker detta. Följaktligen kan argumenteras att Högsta domstolens ställningstagande att inte acceptera horisontella skadeståndsanspråk baserade direkt på Europakonventionen ligger i

²³³ Jämför diskussionen i avsnitt 2.1.

linje med vad konventionen kräver. Jag ansluter mig till detta synsätt i den mån ställningstagandet kan ses isolerat – något sådant krav följer inte av konventionen. Emellertid kräver Europakonventionen att ansvarsgrunder för kränkningar motsvarande dess materiella rättigheter finns att tillgå i nationell rättstillämpning. Således finns ingen skyldighet för svenska staten – där inräknat genom rättstillämpningen i domstolarna – att skapa någon specifik skadeståndssanktionerad ansvarsgrund med grundval i överträdelse av Europakonventionen. Tillhandahållande av ett effektivt rättsmedel krävs dock. Kan detta uppfyllas genom konventionskonform tolkning av de skadeståndsregler som redan finns i nationell rätt är konventionsförenlighet uppnådd.

Prejudikatet i Trygg Hansa-fallet klargör att en enskild som utsätts för en kränkning av en annan enskild av en konventionsrättighet, vilken inte har motsvarande skydd i svensk skadeståndsrätt, inte har någon annan möjlighet för upprättelse än att föra talan mot Sverige i Europadomstolen för det bristande rättighetsskyddet. Detta innebär att staten bär ett slags indirekt ansvar för den enskilde gärningsmannens rättighetsstridande agerande, i kombination med ett ansvar för sitt eget direkta tillkortakommande i fråga om att lagstifta förbud om detsamma. Jag vill påstå att detta inte utgör ett effektivt rättsmedel i enlighet med effektivitets- och subsidiaritetsprincipen då den enskilde ställs inför den ytterst betungande uppgiften att framföra ett klagomål i Europadomstolen. Här bör likaså tilläggas att Europadomstolen de facto blir första instans för prövning av dessa mål, vilket knappast kan ha varit domstolens avsikt när den förtydligade att konventionens materiella rättigheter ska ha verkan enskilda emellan. Vidare torde detta dessutom strida mot syftet bakom artikel 35 – att inhemska rättsmedel ska uttömmas innan en talan kan föras i Europadomstolen. Domstolens uttalande i fallet *Blumberga mot Lettland* klargör likaså att det finns situationer då rättsmedel ska tillhandahållas på det nationella planet, även om detta innebär att en enskild åläggs ett ansvar utöver vad som följer av nationella regler. Jag vill också markera att ett rättsmedel som riktar sig mot ”fel” part – annan än den som utfört den direkt kränkande handlingen – inte alltid torde uppfylla kraven i artikel 13 i enlighet med vad Europadomstolen klargjorde i fallet *K.U. mot Finland*.

Europakonventionen kräver i *vissa fall* att skadestånd kan krävas av det privata rättssubjekt som kränkt någon annans konventionsrättigheter – horisontellt skadeståndsansvar som korresponderar med konventionsrättigheterna. Svensk skadeståndsrätt erbjuder inte denna möjlighet i *alla* situationer. Det står klart att Sverige inte uppfyllde konventionens krav i fallet *Söderman mot Sverige*. Vidare är det troligt att det finns andra situationer där brottsrekvisitet omöjliggör skadestånd enligt skadeståndslagen 2:3, Trygg Hansa-fallet utesluter horisontell effekt och andra effektiva rättsmedel inte finns att tillgå. I detta sammanhang vill jag återkoppla till min initiala frågeställning: är den svenska hanteringen av horisontellt skadeståndsansvar vid kränkning av konventionsrättigheterna förenligt med vad Europakonventionen kräver av medlemsstaterna? Denna fråga vill jag nu, mot bakgrund av min analys ovan, besvara nekande; i hög grad, men troligen inte fullständigt, är svensk rätt förenlig med Europakonventionens krav på hantering av horisontellt skadeståndsansvar.

Konventionen ställer inget krav på ett direkt horisontellt skadeståndsansvar grundat direkt på konventionen, varför prejudikatet i Trygg Hansa-fallet i sig inte strider mot Sveriges konventionsåtaganden. Det finns dock en asymmetri mellan det skydd den svenska rätten ger enskilda och det skydd Europakonventionen kräver att staten ska ge. Denna asymmetri torde kunna åtgärdas genom antagande av en ”slasktrattsbestämmelse” som möjliggör direkt horisontellt konventionsgrundat skadeståndsansvar där så är *nödvändigt*, för att konventionsbrott inte ska ske. Likväl skulle den kunna åtgärdas genom att allvarlighets- och brottsrekvisitet slopades i skadeståndslagen 2:3 och att enbart en individuell bedömning av kränkningen företogs, såsom är fallet i övriga nordiska länder. Här bör dock uppmärksammas att även om en sådan ändring av skadeståndslagen 2:3 torde kunna lösa oförenlighetsproblemet, torde den medföra andra oönskade effekter. Exempelvis kan ett flodvågsargument framföras mot en sådan lösning. En annan, enligt min mening, lämpligare möjlighet torde vara att ändra paragrafen så att överträdelse av Europakonventionen utgjorde ett alternativt rekvisit till kravet på brott. Ytterligare en möjlig lösning är att revidera och anpassa straffrätten efter Europadomstolens praxis. Jag är av uppfattningen att det finns brister i den svenska rättsordningens förenlighet med Europakonventionens krav, men att det finns ett flertal olika sätt att lösa disharmonin. Således anser jag att en förändring, av sådant slag att förenlighet uppnås, måste företas i svensk rättsordning. Den kvarstående frågan blir då huruvida lösningen att öppna för horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på konventionen utgör det bästa alternativet.

5 Bör Europakonventionen ges horisontell verkan i svensk rätt?

5.1 De framförda argumenten

5.1.1 Argument mot horisontell verkan

Det kanske allra tyngst vägande argumentet mot att införa ett direkt horisontellt skadeståndsansvar baserat på Europakonventionen är det som Högsta domstolen tar fasta på i Trygg Hansa-fallet: förutsebarhetshänsyn.²³⁴ Även om det inte står klart att förutsebarhet skulle vara den mest centrala aspekten av rättssäkerhet så utgör den onekligen en viktig komponent, vilken också står i samklang med legalitetsprincipen. Det kan argumenteras för att en enskild inte bör utsättas för negativa konsekvenser till följd av ett handlande när denne inte insåg att handlingen utgjorde ett, av rättsordningen utpekat, klandervärt beteende. Andersson är av åsikten att det är svårt för ett privat rättssubjekt att vara medveten om vad som förväntas av honom om Europakonventionen utgör den enda ansvarsgrunden.²³⁵ Det torde vara mycket överraskande för en enskild att åläggas skadeståndsskyldighet till följd av agerande som inte strider mot nationell rätt och som endast efter noggrann analys av Europadomstolens praxis kan anses strida mot någon av konventionens artiklar. Förutsebarhetsproblemet torde följa av Europadomstolens kasuistiskt författade domar, oklarhet i vilken mån dess praxis är bindande för samtliga konventionsstater samt konventionsinnehållets dynamiska utveckling. Vidare kan det anses strida mot nordisk rättstradition att flytta sådan makt från lagstiftaren till rättstillämparen om domstolarna skulle uppdras att tolka Europadomstolens praxis i takt med dess utveckling och sedan döma därefter. Likaså kan det ifrågasättas vilken betydelse andra konventionsstaters nationella domstolars praxis skulle få för tolkningen av konventionen.

Andersson delar Högsta domstolens uppfattning om att speciella hänsyn aktualiseras då fråga är om ansvar för en enskild jämfört med det allmänna. Han menar att om en enskild skulle åläggas ett skadeståndsansvar till följd av agerande som anses strida mot konventionen men som inte är sanktionerat i inhemsk skadeståndsrätt, åläggs denne ett slags omvänt principalansvar för staten; den enskilde får ta konsekvenserna av att staten misslyckats med att förbjuda det konventionsstridiga agerandet i nationell rätt. Frias den enskilde i denna situation, skulle det ju följaktligen innebära att staten Sverige kunde fällas i Europadomstolen för brist i upprätthållandet av konventionsrättigheterna.²³⁶ Vidare menar Andersson att denna reglering skulle vara processekonomiskt olämplig. Detta eftersom den enskilde som ålagts ett skadeståndsansvar i nästa steg skulle kunna initiera en process gentemot staten för att dennes egendomsskydd kränkts utan erforderligt

²³⁴ NJA 2007 s. 747, (s. 751-752).

²³⁵ Andersson, (2013a), s. 623, 643-644.

²³⁶ Andersson, (2007), s. 389.

lagstöd.²³⁷ Andersson framför också att en enskilds rättighet ofta står mot en annan enskilds rättighet. Fallet *von Hannover mot Tyskland* utgör ett tydligt exempel på detta och visar på den svårmanövrerade balansövning som följer för domstolarna. Det torde vara möjligt att konventionen som ensam ansvarsgrund skulle kunna åberopas av båda sidor i en tvist. Andersson menar att detta utgör en problematisk systemmotsättning.²³⁸ I anslutning till detta argument mot horisontellt skadeståndsansvar baserat direkt på konventionen kan det så kallade flodvågsargumentet nämnas. Andersson beskriver att det knappast kan anses önskvärt att öppna för en ”industri för lyckosökande ideella skadeståndskrävare”.²³⁹ Han menar att det skulle skapa samhällsproblem om skadeståndsrätten kunde användas som ett verktyg för den som är missbelåten med diverse saker för att få sin ideella, icke-ekonomiska skada, kompenserad. Att tillåta skadeståndskrav på en ny grund – överträdelse av Europakonventionen – skulle per definition öppna för fler möjliga anspråk.

Schultz ansluter sig till Anderssons slutsats och menar att det idag inte kan anses rimligt att tillskriva Europakonventionen en direkt horisontell effekt mellan privata rättssubjekt. Han framför en rad argument för horisontell verkan, men landar slutligen i att syftet med konventionen är att skydda enskilda mot staten.²⁴⁰ Således menar han att partsställningen i Europakonventionen är den enskilde gentemot staten. Vid en direkt läsning av konventionen står det klart att det är konventionsstaterna som åtagit sig skyldigheter. Därmed menar han att det är gentemot staten som de motsvarande rättigheterna kan åberopas.

5.1.2 Argument för horisontell verkan

Det kanske mest grundläggande argumentet för att införa ett horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen i svensk rätt är att det skulle utgöra en lösning på det problem som visade sig i fallet *Söderman mot Sverige*. Europakonventionen kräver att effektiva rättsmedel finns att tillgå i alla situationer där en konventionskränkning sker. Ett horisontellt skadeståndsansvar skulle kunna innebära att ett heltäckande skydd gavs för alla potentiella kränkningar; ett horisontellt skadeståndsansvar torde därmed utgöra ett möjligt sätt att få nationell rätt förenlig med konventionsrätten. Södergren är av åsikten att Sverige, som svarandestat i *Söderman mot Sverige*, är förpliktigt i enlighet med artikel 46 att undanröja ratiot i Trygg Hansa-fallet i dess helhet. Han menar att det inte räcker att bara kriminalisera den i det aktuella fallet klandervärda gärningen.²⁴¹ Om Södergrens, enligt min mening något radikala, tolkning accepteras och Europadomstolen skulle kräva att hindret för horisontell verkan avlägsnas, utgör onekligen detta ett starkt argument – Sverige har anslutit sig till Europakonventionen och har därmed åtagit sig att följa Europadomstolens avgöranden i de mål där man är part.

Ytterligare argument för en horisontell verkan har framförts. Dessa argument relaterar vare sig till en eventuell skyldighet att införa horisontellt skadeståndsansvar eller till effektiviteten i en sådan lösning. Först kan syftet med

²³⁷ Andersson, (2013a), s. 643-644.

²³⁸ Andersson, (2013a), s. 630-633, 638.

²³⁹ Andersson, (2013b), s. 255.

²⁴⁰ Schultz, (2011a), s. 1015.

²⁴¹ Södergren, (2014).

Europakonventionen framhållas. Konventionen syftar till att utgöra ett effektivt rättighetsskydd, vilket medför flera intressanta aspekter. Fokus läggs på att erforderligt skydd faktiskt tillkommer enskilda och att det ska vara praktiskt och effektivt snarare än teoretiskt. Skyddet och rättigheterna ställs i centrum – något som rimmar väl med att staten tillhandahåller ett så lättillgängligt skydd som möjligt. Jonsson menar att Europadomstolen utgår från rättigheterna i sig och att skadegöraren och dennes roll är sekundär.²⁴² En ny ansvarsgrund som direkt korresponderar med konventionens materiella innehåll, och som kan tillämpas oavsett vem som kränkt ens rättigheter, torde därmed stämma överens med konventionens anda. Ur den skadelidandes perspektiv bör likaså möjligheten att grunda ett skadeståndsanspråk direkt på konventionen, motsvarande skadeståndslagen 3:4, framstå som fördelaktigt. Det kan argumenteras för att den som har fått sina mänskliga rättigheter kränkta torde ha ett lika stort behov av upprättelse och gottgörelse oavsett om det är staten eller ett annat privat rättssubjekt som utfört gärningen.

Vidare utgör Europadomstolens arbetsbörda ett argument för att ett så starkt och omfattande skydd som möjligt ska finnas nationellt. Ett system där Europadomstolen blir första instans i vissa fall – exempelvis i mål om skadestånd för vissa ideella skador – är inte önskvärt för vare sig den skadelidande eller för Europadomstolen. Schultz anför att eftersom Sverige är en rättsstat ska ansvaret för säkerställande av ett skydd för mänskliga rättigheter inte överlåtas till någon supranationell institution. Detta ska ske redan på hemmaplan.²⁴³ Ytterligare ett argument som talar för att Sverige bör införa ett horisontellt skadeståndsansvar är att den som utfört kränkningen bör ansvara för denna istället för att staten ska åläggas att betala skadestånd. Schultz menar att det är lämpligare att ansvaret för en kränkning allokteras till den som utfört handlingen, så långt det kan ske inom ramen för en förutsebar rättstillämpning. Han refererar till en korrektiv- kontra en distributiv rättviseföreställning och det moralfilosofiska syftet med skadeståndet. Ersätter staten en individ som blivit kränkt, efter en fällning i Europadomstolen, distribueras kostnaderna på kollektivet. Detta ter sig olämpligt då den som faktiskt gjort intrång i en annans skyddade sfär undslipper att kompensera för detsamma – oavsett om det framgick tydligt av praxis att denne bröt mot en mänsklig rättighet.²⁴⁴

I detta sammanhang anser jag det passande att åter beröra argumentet om förutsebarhet. Högsta domstolens ställningstagande i Trygg Hansa-fallet har givit upphov till ett antal argument mot att ett horisontellt skadeståndsansvar skulle innebära oförutsebarhet i rättstillämpningen, eller att det trots viss oförutsebarhet ändå skulle kunna vara motiverat att införa ett sådant ansvar. Domare Pinto de Albuquerque anför i sitt tillägg i fallet *Söderman mot Sverige* att det inte kan anses oförutsebart att åläggas ansvar vid överträdelse av Europakonventionen då denna utgör svensk lag. Södergren ansluter sig till denna ståndpunkt. Han går dock ett steg längre och hävdar att definitionerna av vad som utgör en mänsklig rättighet är så pass tydliga att det aldrig kan vara oförutsebart vad dessa innebär. Därmed kan det heller inte anses oförutsebart att åläggas ansvar då den som handlar måste vara

²⁴² Jonsson, (2007), s. 661.

²⁴³ Schultz, (2011a), s. 1010-1012.

²⁴⁴ Schultz, (2011a), s. 1013.

medveten om sin kränkning av dessa.²⁴⁵ En något mer nyanserad åsikt framförs av Jonsson. Hon menar att eftersom Europakonventionens innehåll preciseras genom praxis utgör såväl konventionstexten som Europadomstolens avgöranden svensk rätt. Därmed anser hon att vad som tydligt klarlagts i praxis inte kan anses oförutsebart för den enskilde. Hon drar dock en gräns för de situationer då det inte finns någon konventionsrättslig praxis och således rättsläget måste anses oklart. Likaså drar hon gränsen för de fall Europadomstolen tagit särskilt stora utvecklingssteg i rättstillämpningen efter det att omständigheter som är relevanta för det nationella fallet redan har inträffat.²⁴⁶ Crafoord tycks acceptera vikten av att hänsyn tas till förutsebarheten, men ifrågasätter istället om denna ska premieras på den kränktes bekostnad. Han framför tvivel om den nuvarande ansvarsfördelningen som enligt honom innebär att gärningsmannen ges ett ”frikort” på statens bekostnad.²⁴⁷ Detta resonemang kan avrundas med ett konstaterande av Schultz. Han menar att fullständig förutsebarhet varken är möjlig eller önskvärd i civilrätten; kravet på förutsebarhet utgör ett hinder för god rättsutveckling.²⁴⁸

5.2 Analys de lege ferenda

Den sista frågeställningen jag ämnar besvara i detta arbete är huruvida Sverige bör införa ett horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen. På grundval av argumenten som anförts ovan inleder jag min de lege ferenda-analys mot bakgrund av de hänsyn som faller inom konstruktiv rättsvetenskapsmetodik. Först kan *ändamålsrationaliteten* i de alternativa lösningarna beaktas. Troligen är det främsta syftet med att Sverige anslutit sig till Europakonventionen att staten velat stärka individens mänskliga rättigheter. Att tillåta horisontell verkan och därmed möjliggöra för ett starkare skydd i förhållande till samtliga materiella rättigheter i konventionen torde stå i överensstämmelse med detta ändamål. Att inte tillåta horisontell verkan torde vara kongruent med legalitetsprincipen och egendomsskyddet i konventionen. De förutsebarhetshänsyn som Högsta domstolen, och vissa förespråkare i debatten, poängterat står likaså i överensstämmelse med legalitetsprincipen, vilken inryms i både svensk rätt och konventionsrätten. Vid beaktande av rationaliteten i de två olika tillvägagångssätten – att antaga av horisontellt ansvar eller inte – i förhållande till ändamålet är det min uppfattning att antagande av ett horisontellt ansvar i högre grad uppnår det bakomliggande syftet. Visserligen torde detta i vissa fall innebära att en enskilds krav måste balanseras mot en annan enskilds rättighet. Jag menar dock att det är lämpligare att en sådan individuell avvägning sker i domstol än att den ena partens rätt på förhand premieras på den andres bekostnad, genom att ingen möjlig sanktion alls finns att tillgå. Detta torde även stämma överens med Europadomstolens synsätt i fallet *von Hannover mot Tyskland*. Angående de förutsebarhetshänsyn, som enligt Högsta domstolen motiverade ett stopp för direkt horisontell verkan, vill jag framföra ett antal synpunkter. Jag menar att förutsebarheten utgör en grundläggande komponent av rättssäkerheten och att det är viktigt för bedömning av ändamålsrationaliteten att beakta dessa aspekter. Detta då de är centrala för Europakonventionen. Det kan

²⁴⁵ Södergren, (2008), s. 90.

²⁴⁶ Jonsson, (2007), s. 669.

²⁴⁷ Crafoord, (2007), s. 937.

²⁴⁸ Schultz, (2011b), s. 232.

dock ifrågasättas hur mycket mer oförutsebara konventionens bestämmelser är jämfört med de nationella reglerna. Det kan knappast antas att varje enskild individ är fullt införstådd med samtliga nationella lagar eller i praxis fastslagna principer. Vidare torde kravet på adekvat kausalitet innebära att alltför oförutsebara skador utesluts som ansvarsgrundande. Trots att förutsebarhet är viktigt anser jag att den inte motiverar att dörren stängs till horisontellt skadeståndsansvar, och att det ironiskt nog är oförutsebart att Högsta domstolen valde att fästa så stor vikt vid förutsebarhetshänsyn i just detta fall. Paralleller kan här dras till Kone-fallet, Fjärrvärmeverks-fallet och Medborgarskaps-fallet vari Högsta domstolen ålade svarandeparterna ett tämligen oförutsebart skadeståndsansvar. Ett visst mått av oförutsebarhet kan motiveras av rättsutvecklingsskäl. Om andra hänsyn tilläts väga tyngre i dessa fall anser jag det tangeras till godtycklighet att Högsta domstolen återoppar förutsebarhetshänsyn som ett slags trumfkort i Trygg Hansa-fallet. Jag menar att det fanns skäl att genomföra en mer utförlig balansoperation där alla hänsyn beaktades. Följaktligen anser jag att då ändamålsrationaliteten sätts i fokus är argumenten för ett direkt horisontellt ansvar mer övertygande. Detta då *samtliga* materiella konventionsrättigheter premieras jämfört med den motsatta lösningen då främst legalitetsprincipen, med inneboende förutsebarhetshänsyn, och egendoms-skyddet gynnas.

I nästa skede kan *regelrationaliteten* beaktas. Tillåts horisontellt skadeståndsansvar innebär detta att den enskilde som faktiskt begått den kränkande handlingen får bära konsekvenserna och kostnaderna för skadan. Tillåts inte horisontellt skadeståndsansvar betyder detta att staten får bära ansvaret för sina tillkortakommanden i uppfyllandet av sina skyddsåtaganden. Den förra lösningen innebär att ansvaret hamnar så nära skadevållaren som möjligt och torde lämpa sig med hänsyn till preventionsfunktionen och till upprättelse för den skadelidande. Den senare lösningen torde istället lämpa sig vid beaktande av legalitetsprincipen och att det är staten som direkt åtagit sig att upprätthålla ett skydd. Enligt min mening är det omöjligt att väga de ovan nämnda förhållandena mot varandra utan att blanda in rättspolitiska argument. Jag anser också att det inte är skäligt att beakta rationaliteten av en regel isolerat från andra hänseenden. Exempelvis menar jag att det är relevant att uppmärksamma att denna diskussion relaterar till upprätthållande av Europakonventionen. Om man accepterar att konventionens syfte är att säkerställa mänskliga rättigheter torde syftet likaså vara att motverka kränkningar av desamma. Mot denna bakgrund menar jag att vid beaktande av regelrationaliteten ligger det nära till hands att tillmäta preventionsfunktionen stort värde. En fråga som är värd att uppmärksamma i relation till kostnadsplaceringen, om ett horisontellt skadeståndsansvar implementeras, är vad som händer i den situationen skadevållaren inte har några medel. Antingen står den skadelidande utan ersättning, eller så hamnar kostnaden alltsamma på det allmänna om ersättning anses böra utgå från brottsoffermyndigheten. Detta till trots anser jag att en viss upprättelse erhålls genom att en domstol konstaterar ansvar och ålägger den faktiska gärningsmannen att betala skadestånd. Sammanlagt talar, enligt min mening, övervägande skäl för ett direkt horisontellt skadeståndsansvar då hänsyn tas till regelrationaliteten.

Vidare kan *systemrationaliteten* begrundas i förhållande till de alternativa tillvägagångssätten. Att tillåta horisontellt skadeståndsansvar baserat direkt på

Europakonventionen ter sig systematiskt fördelaktigt eftersom det annars kan ifrågasättas varför en stat alls ska ansluta sig till konventionen. Om en stat inte fullt ut ämnar följa effektivitets- och subsidiaritetsprinciperna och därmed upprätthålla rättigheterna och göra dem praktiska och tillgängliga för enskilda på nationell nivå, varför skulle den alls skriva under konventionen? Denna fråga kan givetvis besvaras med att en stat av politiska skäl kan vilja framstå som förkämpe för mänskliga rättigheter, men i min analys har jag valt att utgå från att detta inte motiverade Sveriges tillträde. Vidare uppstår ineffektiviteter i systemet om inte ett direkt horisontellt skadeståndsansvar tillåts. Detta då en skadelidande kan föra talan vid Europadomstolen. Motsatt, finns det likaså argument som talar emot att införa ett horisontellt skadeståndsansvar med hänsyn tagen till systemrationaliteten. Skulle överträdelse av konventionen utgöra en självständig ansvarsgrund uppkommer vissa komplikationer i relation till det redan gällande svenska regelsystemet i skadeståndsrätten. Det kan ifrågasättas om exempelvis culpa skulle krävas av den enskilde och utgöra ett kumulerat rekvisit med konventionsöverträdelsen, vilket skulle stämma överens med systemet i nuvarande nationell skadeståndsrätt. Europakonventionen kräver dock inte culpa för ansvar, och den lösning som valts i skadeståndslagen 3:4 i förhållande till det allmänna ansvar innebär att överträdelsen som sådan är tillräcklig för ansvar. Om en motsvarande regel införs för privata rättssubjekt undergrävs kravet på culpa vilket annars uppställs i skadeståndslagen. Detta medför risk att ett parallellt, konventionsgrundat, skadeståndssystem utvecklas vilket gör Europakonventionen till ett åberopbart trumfkort och undanröjer eventuellt välbetänkta regler och principer som utvecklats i nationell rätt.

Enligt min mening finns det välgrundade argument både för och emot ett direkt horisontellt skadeståndsansvar vid beaktande av lösningarnas systemrationalitet. Detta innebär att jag anser att det råder viss jämvikt mellan de två tillvägagångssätten ifråga om vilket som bör väljas med hänsyn till systemrationaliteten. Utan att väga in rättspolitiska argument, och de konnotationer som begreppet mänskliga rättigheter har, vill jag i detta jämviktsläge poängtera att en för systemrationaliteten avgörande aspekt är Sveriges konventionsåtaganden. Staten är skyldig att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel i alla de situationer som omfattas av konventionen. Detta kan uppnås utan horisontellt skadeståndsansvar om samtliga, individuella, potentiella kränkningar regleras i straffrätten eller via ett annat rättsområde. Kanske kan det uppnås genom någon övergripande reglering inom förvaltningsrätten, som exempelvis medför att staten ersätter alla kränkningar. Legalitetsprincipen torde sätta stopp för någon mer generell regel i straffrätten. Alternativt kan detta uppnås genom att bara ett horisontellt skadeståndsansvar, av slasktratts-karaktär, implementeras. Vid beaktande av dessa möjliga tillvägagångssätt är det, enligt min mening, mest rationellt ur systemhänsyn att införa ett uttryckligt horisontellt skadeståndsansvar som omfattar samtliga potentiella konventionskränkningar.

6 Avslutande reflektioner

Detta arbete behandlar horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen. Frågan om dess vara eller icke vara är komplicerad ur både ett de lege lata- och ett de lege ferenda-perspektiv.

Det som har kunnat konstateras angående den svenska rättsordningen är att Trygg Hansa-fallet fortsatt omöjliggör ett direkt skadeståndsansvar grundat på konventionen enskilda emellan. Praxis visar dock att Europakonventionen har indirekta effekter på svensk skadeståndsrätt. Lagstiftaren måste verka för att garantera de rättigheter som stadgas i konventionen, domstolarna får inte döma så att en enskilds konventionsrättigheter kränks genom deras agerande och svenska rättsprinciper influeras av konventionens handlingsnormer och värderingar.

I fråga om konventionsrätten menar jag att även om viss oklarhet råder kring huruvida samtliga stater måste följa all praxis från Europadomstolen, talar effektivitetsskäl för detta. Domstolen har i flera rättsfall, med olika stater som svarandepart, krävt att konventionens materiella rättigheter ska beaktas i förhållanden mellan enskilda. Effektivitets- och subsidiaritetsprincipen kan anses medföra att Sverige måste erbjuda skydd och gottgörelse för konventionskränkningar i motsvarande mån Europadomstolen hade gjort så. I de fall nationell rätt inte på motsvarande vis skyddar dessa rättigheter brister staten i sina konventionsåtaganden om inte det effektiva rättsmedel, som krävs enligt artikel 13, ändå tillämpar konventionen.

Mitt syfte med uppsatsen har varit att utreda förenligheten mellan den svenska rättsordningen och Europakonventionens krav med fokus på horisontellt skadeståndsansvar grundat direkt på konventionen. Jag är av uppfattningen att det finns luckor i den svenska rättsordningen vilket medför en viss asymmetri mellan det skydd som svensk rättsordning garanterar och det skydd som Europakonventionen stadgar och kräver att staterna ska garantera. För Sveriges del utgör fallet *Söderman mot Sverige* ett praktexempel på problematiken. Att Europakonventionen inte uttryckligen kräver att vara en självständig ansvarsgrund innebär att Trygg Hansa-fallet i sig är i linje med konventionens krav; det går inte att påstå att oförenlighet föreligger endast baserat på att Sverige generellt inte tillåter horisontellt skadeståndsansvar direkt baserat på Europakonventionen.

Som framkommit i föregående avsnitt talar mycket för att Sverige inte lever upp till samtliga av konventionens krav. Brister i konventionsförenlighet har dock hittills främst uppmärksammats då talan förts mot Sverige i Europadomstolen. Jag är av åsikten att en statlig utredning bör tillsättas för att undersöka hur de luckor som föreligger ska kunna åtgärdas. Enligt min mening går det emot Europakonventionens syfte att blunda för brister i säkerställandet av rättigheterna tills att de uppmärksammats genom en fällande dom i Europadomstolen. Att införa ett horisontellt skadeståndsansvar grundat direkt på konventionsöverträdelser utgör inte den enda möjliga lösningen på oförenlighetsproblemet. Däremot kräver konventionen att de materiella rättigheterna tillämpas i förhållanden mellan

enskilda. Krav uppställs likaså på att staterna i samtliga fall tillhandahåller ett effektivt rättsmedel och att det i var fall under vissa omständigheter ska innebära en möjlighet till ekonomisk gottgörelse och riktas mot den egentlige skadevållaren. Sammantaget anser jag att det är på skadeståndsrättens område sådan flexibilitet föreligger att en förändring kan ske där samtliga av dessa krav kan säkerställas. Införande av ett horisontellt skadeståndsansvar direkt grundat på Europakonventionen torde inte vara tvunget med hänsyn till Sveriges konventionsåtaganden, även om en förändring av rättsordningen krävs. Däremot, liksom jag framför i min analys de lege ferenda, anser jag att det är den mest lämpliga lösningen för att säkerställa konventionsförenlighet.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Prop. 1972:5 - *Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m*

Prop. 1993/94:117 – *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*

Prop. 2000/01:68 – *Ersättning för ideell skada*

SOU 2010:87 – *Skadestånd och Europakonventionen*

SÖ 1975:1 – *Sveriges överenskommelser med främmande makter, nr. 1., Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23e maj 1968*

Lagkommentarer:

Persson Härneskog, Gudrun, *Diskrimineringslag (2008:567), 5:1 Karnov, 01/07/2017*

Litteratur:

Andersson, Håkan, *Ansvarsproblem i skadeståndsrätten*, Iustus förlag, Uppsala, 2013a

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2003

Bogdan, Michael, *Concise Introduction to Comparative Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2013

Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 7. uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2014

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012

van Dijk, Pieter, & van Hoof, Godefridus Josephus Henricus, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. uppl., Kluwer, The Hague, 1998

Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Verlag C. H. Beck oHG, München, 2014

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 10. uppl., Iusté, Uppsala, 2018

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, 2. uppl., Almqvist & Wiksell Förlag, Stockholm, 1980

Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis & Bergholtz, Gunnar, *Juridisk argumentation: en lärobok i allmän rättslära*, Fritzes Förlag, Stockholm, 1990

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Fritzes Förlag, Stockholm, 1995

Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare, *The European Convention on Human Rights*, 7. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2017

Artiklar:

Agell, Anders: "Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap" I: *Festskrift till Stig Strömholm*, (red.), Frändberg, Åke, Göranson, Ulf & Håstad, Torgny, D. 1 uppl., Iustus, Uppsala, 1997, s. 35-62.

Agell, Anders: "Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen" I: *SvJT*, Stockholm, 2002, s. 243-260.

Andersson, Håkan: "Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss" I: *JFT*, Helsingfors, 2007, s. 377-414.

Andersson, Håkan: "EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav – problem och konstruktiva möjligheter" I: *Juridisk Publikation*, Stockholm, 2013b, s. 249-271.

Bengtsson, Bertil: "Om allmänna skadeståndsrättsliga principer" I: *JT*, Stockholm, 2017/18, s. 265-275.

Bernitz, Ulf: "Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyra" I: *JT*, Stockholm, 1994/95, s. 259-269.

Bernitz, Ulf: "Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt" I: *JT*, Stockholm, 2010/11, s. 821-845.

Bratt, Percy & Södergren, Jan: "Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet: Bringing the Rights Home" I: *ERT*, Stockholm, 2000, s. 407-426.

Crafoord, Clarence: "Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen" I: *ERT*, Stockholm, 2001, s. 519-547.

Crafoord, Clarence: "Skadestånd och Europakonventionen – klarlägganden från Högsta domstolen på vägen mot den inhemska debattens slutpunkt" I: *ERT*, Stockholm, 2007, s. 926-938.

Danelius, Hans: "Europadomstolen och den svenska rättsordningen" I: *SvJT*, Stockholm, 1989, s. 653-670.

Ehrenkrona, Carl Henrik: "Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen" I: *SvJT*, Stockholm, 2007, s. 38-49.

Jareborg, Nils: "Rättsdogmatik som vetenskap" I: *SvJT*, Stockholm, 2004, s. 1-10.

Jonsson, Elisabeth: "Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan" I: *ERT*, Stockholm, 2007, s. 653-670.

Lambertz, Göran: "Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter" I: *JT*, Stockholm, 2004/05, s. 3-24.

Mielnicki, Philip: "Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?" I: *JT*, Stockholm, 2008/09, s. 357-366.

Mörk, Martin & Hermansson, Magnus: "Enskildas rättsskydd vid lagstiftarens försummelse – om estoppelargumentet i svensk rätt" I: *SvJT*, Stockholm, 2008, s. 229-261.

Olsen, Lena: "Rättsvetenskapliga perspektiv" I: *SvJT*, Stockholm, 2004, s. 105-145.

Peczenik, Aleksander: "Juridikens allmänna läror" I: *SvJT*, Stockholm, 2005, s. 249-272.

Polacchini, Francesca: "The Relationship Between Positive Obligations of Incrimination Under the ECHR and the Constitutional Principle of Legality in Criminal Matters in the Italian Legal System" I: *Rule of Law, Human Rights and Judicial Control of Power: Some Reflections from National and International Law*, (red.) Arnold, Rainer & Martínez-Estay, José Ignacio, Springer, Cham, 2017, s. 377-389.

Schultz, Mårten: "Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst" I: *JT*, Stockholm, 2007/08, s. 140-147.

Schultz, Mårten: "Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten: Rättighetsargument" I: *SvJT*, Stockholm, 2011a, s. 989-1018.

Schultz, Mårten: ”Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter” I: *Digitaliseringen av det 39:e Nordiska Juristmötet i Stockholm*, Köpenhamn, 2011b, s. 217-236.

Schultz, Mårten: ”Skadeståndsrättens framtid” I: *SvJT*, Stockholm, 3016 [*sic!*], s. 111-120.

Södergren, Jan: ”Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen” I: *JT*, Stockholm, 2004/05, s. 762-775.

Södergren, Jan: ”Axplock VII – ur inhemsk konventionstillämpning” I: *ERT*, Stockholm, 2008, s. 87-112.

Elektroniska källor:

Andersson, Håkan: ”EKMR och allmänna skadeståndsprinciper (I) -betydelsen av argumentationsstrukturer och rättsliga avvägningar” I: *InfoTorg Juridik Index: Analys*, publicerad 4 februari 2016, hämtad 21 februari 2018

European Court of Human Rights Statistics: ”Violations by Article and by State 1959-2017”, via:

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_ENG.pdf, publicerad 2017, hämtad 26 mars 2018

Södergren, Jan: ”Efter fällningen mot Sverige i Europadomstolen måste HD ändra sin praxis” I: *Dagens Juridik: Debatt/Analys*, publicerad 28 januari 2014, hämtad 26 mars 2018

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

NJA 1987 s. 692 (Kone-fallet)

NJA 1991 s. 720 (Fjärrvärmeverks-fallet)

NJA 2003 s. 217 (Holm II-fallet)

NJA 2005 s. 462 (Lundgren-fallet)

NJA 2005 s. 608 (Max och Frasses-fallet)

NJA 2007 s. 295 (Långdragen häktnings-fallet)

NJA 2007 s. 584 (Läkarundersöknings-fallet)

NJA 2007 s. 747 (Trygg Hansa-fallet)

NJA 2007 s. 891 (Livrems-fallet)

NJA 2014 s. 323 (Medborgarskaps-fallet)

NJA 2015 s. 899 (Blockad-fallet)

Arbetsdomstolen:

AD 2012 nr 74 (Granskningsavgifts-fallet)

Europadomstolen:

Airey v. Ireland, no. 6289/73, Series A No 32

Akdivar v. Turkey, no. 21893/93, ECHR 1996-IV

Bako v. Slovakia, no. 60227/00, decision: ECHR 2005/03/15

Blumberga v. Latvia, no. 70930/01, decision: ECHR 2008/10/14

Cantoni v. France, no. 17862/91, ECHR 1996-V

Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, no. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 1 EHRR 252

Eckle v. Germany, no. 8130/78, Series A No 51

Evaldsson and Others v. Sweden, no. 75252/01, ECHR 2007

Golder v. United Kingdom, no. 4451/70, Series A No 18

von Hannover v. Germany, no. 59320/00, ECHR 2004-VI

Hatton and Others v. United Kingdom, no. 36022/97, ECHR 2003-VIII

Keegan v. United Kingdom, no. 28867/03, ECHR 2006-X

Khan v. United Kingdom, no. 35394/97, ECHR 2000-V

Klass and Others v. Germany, no. 5029/71, Series A No 28

Krasuski v. Poland, no. 61444/00, ECHR 2005-V

K.U. v. Finland, no. 2872/02, (2009) 48 EHRR 1237

Kudla v. Poland, no. 30210/96, ECHR 2000-XI

Lithgow and Others v. United Kingdom, no. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, Series A No 102

Marckx v. Belgium, no. 6833/74, Series A No 31

Scordino v. Italy (no. 1), no. 36813/97, ECHR 2006-V

Silver and Others v. United Kingdom, no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, Series A No 61

Sporrong and Lönnroth v. Sweden, no. 7151/75, 7152/75, ECHR 1982-V

Söderman v. Sweden, no. 5786/08, ECHR 2013-VI

T.P and K.M v. United Kingdom, no. 28945/95, ECHR 2001-V

Verliere v. Switzerland, no. 41953/98, ECHR 2001-VII

VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI

Wemhoff v. Germany, no. 2122/64, Series A No 7

Wolfmeyer v. Austria, no. 5263/03, decision: ECHR 2005/05/26

Z and Others v. United Kingdom, no. 29392/95, ECHR 2001-V

Öneryildiz v. Turkey, no. 48939/99, ECHR 2004-XII