

VAD SKULLE ETT UTVIDGAT RÄTTIGHETS-ANSVAR INNEBÄRA?

Av Bertil Bengtsson¹

Artikeln tar upp den aktuella tanken att skadeståndsrätten håller på att förändras – den skulle, med förebild i Europadomstolens praxis, bygga snarare på ett rättighetstänkande än på traditionella principer, närmast culparegeln. En fråga är om vi i svensk rätt bör gå vidare på vägen mot ett sådant utvidgat rättighetsansvar. Enligt författaren bör vi först ha klart för oss vad en sådan förändring egentligen skulle innebära; det framgår knappast av diskussionen i ämnet, och den framtida utvecklingen är osäker. Därför är det också svårt att bedöma hur pass önskvärt det är med en sådan förändring av regelsystemet.

I. INLEDANDE ANMÄRKNINGAR

Att skadeståndsrätten inte minst i Sverige är inne i en brytningstid är välkänt. Det gäller inte så mycket den klassiska skadeståndsrätten, reglerad i skadeståndslagen (SkL) jämte en rad speciallagar, utan främst i fråga om det allmännas ansvar mot medborgarna. Också bestämmelser om detta finns ju i SkL, där ansvaret förutsätter fel eller försummelse (culpa) vid myndighetsutövning och i annat sammanhang. Detta regelsystem undergår nu en ganska genomgripande förändring genom den konkurrerande ordning som härrör från Europakonventionen och Europadomstolens tolkning av dess regler. Här är vi på väg bort från culparegeln: en överträdelse av någon av de mänskliga rättigheter som anges i konventionen kan medföra skadeståndsansvar också i fall där stöd saknas i svensk lagstiftning. Det är alltså ett nytt synsätt som framträder. En rad rättsfall från de senaste åtta åren belyser denna utveckling.² Ett utredningsförslag (SOU 2010:87) föreslår att regler som nära ansluter till HD:s praxis skall föras in i SkL. Staten eller en kommun ska ersätta skada (inbegripet ideell skada) som uppkommit till följd av att den skadelidandes rättigheter enligt Europakonventionen överträtts – dock bara om det är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen.³ Detta tillägg innebär att rätten till ersättning kan reduceras eller falla bort, om den skadelidande kunnat gottgöras för kränkningen på annat sätt.⁴

1 Professor i rättsvetenskap och f.d. justitieråd.

2 Se Bertil Bengtsson & Erland Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, avsnitt 3:2.2 med hänvisning till NJA 2005 s. 462 och en rad senare rättsfall.

3 Se närmare förslag till 3 kap. 3 § och 5 kap. 6 § SkL.

4 Situationen illustreras av två domar av HD i december 2012 (B 1982-11 och T 5644-11, dom 2012-12-21).

Utvecklingen har väckt åtskillig debatt. Av intresse är inte så mycket diskussionen om den utgör en vinst för svensk rätt eller inte – vare sig man gillar eller ogillar detta nya inslag i vår skadeståndsrätt har det kommit för att stanna. Det är knappast möjligt att nu frigöra sig från det inflytande Europarätten fått på denna del av vår rättsordning. Man får acceptera det säregna resonemang som domstolarna ofta nödgas föra, där rationella överväganden kan behöva korrigeras inte på grund av överordnad lagstiftning – som när det gäller EU-rätten – utan av förmodanden vad Europadomstolen kan tänkas tycka och eventuellt kritisera, om saken någon gång skulle komma upp till prövning där.

Vad som skall uppmärksammas här är i stället frågan om vi bör gå vidare på denna väg, även utan att Europadomstolens praxis gör det nödvändigt. Skadeståndsrätten skulle alltså frigöra sig från de nuvarande principerna också utanför Europakonventionens räckvidd och ge rättighetsbegreppet en central betydelse. Det är tankar som allt oftare framförs i senare års debatt. Man talar om en rättighetsrevolution – ett nytt paradigm som skulle ingripa i privaträttens grundläggande struktur.⁵ Försiktigtvis vill jag dock formulera frågeställningen litet annorlunda, i varje fall i detta sammanhang. Skall vi införa vad man kan kalla ett *utvidgat rättighetsansvar*, genom en fortsatt utveckling i rättspraxis liknande den som redan skett, eller kanske rentav genom lagstiftning?

Att man på rättsvetenskapligt håll intresserar sig för dessa nya perspektiv på skadeståndsrätten är naturligt;⁶ det är inte heller så konstigt att många advokater har stora förhoppningar på de skadeståndsmöjligheter som skulle öppnas. Men liknande inställning förekommer troligen också på annat håll, inte minst bland politiker. Över huvud taget har det varit tradition särskilt bland välfärdsstatens kritiker att framhålla hur överlägsna de allmäneuropeiska (närmast kontinentala) rättsprinciperna är jämförda med svensk rätt; såvitt gäller rättighetsskyddet synes man då framför allt ha fäst sig vid det skydd för äganderätten som Europakonventionen ger. Den minnesgode kan erinra sig den entusiasm som hälsade avgörandet i Sporrang-Lönnroth-målet år 1982, där Europadomstolen underkände en – för övrigt redan avskaffad – svensk lagstiftning under hänvisning just till konventionens egendomsskydd.⁷ Också under den nuvarande

5 Se Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i skadeståndsrätten*, SvJT 2011, s. 1016 ff.

6 Se framför allt olika uppsatser och debattinlägg av Mårten Schultz, bl.a. *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del 1, 2011, s. 217 ff. (där även andra instämde med hans synsätt) och *Nya argumentationslinjer i skadeståndsrätten*, SvJT 2011, s. 989 ff. (där den teoretiska bakgrunden närmare utvecklas, med internationella utblickar).

7 Entusiasmen belyses av att denna något genanta miss i svensk lagstiftning fick ge namn åt den prestigefyllda tävlingen om det s.k. Sporrang-Lönnrothska priset – en namngivning ungefär lika naturlig som om en återkommande militär tävling i Sverige skulle kallas tävling om Poltavapriset.

borgerliga regimen finns nog föreställningar kvar om Europakonventionens allmänna överlägsenhet i jämförelse med vår grundlag och rättsordning i övrigt. Det kan göra det naturligt att se fram mot en skadeståndsrätt som mera än nu präglas av Europadomstolens rättighetstänkande. På sina håll diskuterar man en sådan utveckling inte bara beträffande det allmännas ansvar utan också när det gäller förhållandet mellan enskilda personer – konventionen skulle få en s.k. horisontell effekt.⁸ Det öppnar naturligtvis ännu mera spännande perspektiv. Allt som allt finns det goda skäl att räkna med en utvidgning av rättighetssansvaret i olika hänseenden.

Sådana frågor diskuterades vid Det nordiska juristmötet 2011 under rubriken ”Skadestånd som medel för ersättning vid kränkning av mänskliga rättigheter”, där vissa deltagare visade stor entusiasm för tanken.⁹ Vikten av en påföljd för sådana kränkningar betonades; dessa ansågs riktade inte bara mot det omedelbara föremålet för kränkningen utan också mot hela samhällsordningen – det var fråga om en kränkning av rättsstatens grundvalar.¹⁰ Med detta synsätt är det naturligt att ett utvidgat skadeståndsansvar ter sig närmast självklart.

Denna diskussion, liksom debatten i övrigt, ger emellertid inte klarhet om vad en rättighetsinriktad skadeståndsrätt egentligen innebär. Det gäller tydligen en ändrad syn på skadeståndsfrågor – beträffande inte bara det allmännas utan kanske också enskilda personers ansvar. Men hur skiljer det sig närmare bestämt från det nuvarande rättsläget? Vad som kännetecknar en rättighet går nog att få klarhet om, men vad innebär egentligen en kränkning (eller en överträdelse) i detta fall? Skall alla kränkningar medföra skadeståndsansvar? Vad skulle en horisontell verkan av rättighetsreglerna betyda? Vad skall gälla om skadeståndets bestämmande? Man kan hålla med om att en anknytning till konventionens rättighetsregler kan vara en lämplig metod för att komma fram till ett skadeståndsansvar i en del situationer där detta ter sig särskilt angeläget, och diskussionen har framför allt inriktat sig på sådana fall. Men meningen kan inte gärna vara att lagstiftaren eller domstolarna skulle stanna vid sådana punktinsatser. Det skulle som sagt vara fråga om ett nytt paradigms för bl.a. skadeståndsrättens del. Och för att ta ställning till en mera allmän utveckling

8 Se härom t.ex. Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i skadeståndsrätten*, SvJT 2011, s. 1012 ff. och *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del 1, 2011, s. 230 ff.

9 Dock inte alla; märk särskilt den danske professorn Mads Bryde Andersens kritik mot Europadomstolens inflytande, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del 1, 2011, s. 250 f.

10 Se korreferenten Suviaana Hakalehto-Wainio, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del 1, 2011, s. 237.

i denna riktning behöver man veta mera om vilka rättsliga förändringar den skulle medföra.

Några synpunkter skall jag ge på dessa frågor; men om mina antaganden kommer att stämma med den kommande utvecklingen är förstås ovisst. Särskilt gäller det Europadomstolens framtida praxis; dess vägar kan ibland verka tämligen outgrundliga. På den punkten skall jag inte göra några förutsägelser. Vad som skall diskuteras är bara vilken väg svenska domstolar och svensk lagstiftning kan tänkas slå in på inom områden där man har kvar sin frihet att utforma en svensk modell av rättighetsansvaret. Utgångspunkten skulle alltså bli det nuvarande regelsystemet. Till en början behandlar jag då ansvaret för det allmänna – staten och kommun.¹¹

2. VILKA RÄTTIGHETER KAN GRUNDA SKADESTÅND?

Man kan till en början fråga sig vilka rättigheter man egentligen avser i denna diskussion. Ofta anges de på ett allmänt sett, men vad som avses är rimligen, åtminstone i första hand, de som anges i Europakonventionen med tilläggsprotokoll. Om några absoluta rättigheter är det inte så ofta fråga – de modifieras på olika vis (jfr nedan) – men det torde stå klart att alla, på ena eller andra sättet, kan ligga till grund för en talan om skadestånd.

Frågan är emellertid om det räcker med dem. Ett naturligt steg vore att likställa rättigheterna i 2 kap. regeringsformen (RF) med konventionsrättigheter. Det är svårt att se varför de svenska rättighetsreglerna, som är anpassade efter svenska förhållanden och erfarenheter, skulle ha mindre betydelse och lättare kunna överträdas. Ett sådant steg har också förordats i debatten.¹² Som jag nämnde nyss är troligen en lagstiftning på väg där man tar in en regel i SKL om skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen, och en konsekvent fortsättning kunde vara att man inför en motsvarande reglering beträffande RF. Det finns ju en lång rad rättighetsregler i 2 kap. RF – fler än i konventionen – och de skulle i så fall alla kunna läggas till grund för ett skadeståndsanspråk i varje fall mot det allmänna.¹³ Överträdelser av grundlagsreglerna om yttrande-

11 Om horisontell effekt se avsnitt 6 nedan.

12 Framförallt av Clarence Crafoord bl.a. i *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009, s. 1062 ff.

13 Jag har själv behandlat möjligheten till en sådan utvidgning av rättighetsansvaret i Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen*, SvJT 2011, s. 605 ff., t.o.m. med ett förslag till lagtext, men det förslaget tycks inte ha uppskattats så mycket ens av dem som förespråkade ett sådant ansvar – möjligen på grund av att jag samtidigt betonat ett antal tekniska och andra problem med förslaget. Ett helt annat engagemang möter man i Clarence Crafoords mera allmänt hållna diskussion av frågan i *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009, s. 1062, som nog väger tyngre på politiskt håll.

frihet, informationsfrihet, mötesfrihet, demonstrationsfrihet, föreningsfrihet och religionsfrihet skulle åtminstone i princip kunna medföra ansvar, liksom t.ex. kränkningar av egendomsskyddet och rätten till näringsfrihet.

Det är klart att skadeståndsregeln inte kan bli alldeles densamma i detta fall, där man inte behöver tänka på att tillgodose de krav Europakonventionen ställer. Frågan om den svenska domstolen skall hålla sig inom det tillåtna bedömningsutrymmet (margin of appreciation) faller bort. Också på annat sätt ändras läget. HD har sammanfattningsvis beskrivit sin rättstillämpning så, att i den mån Sverige har en förpliktelse att gottgöra överträdelse av Europakonventionen genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse inte kan uppfyllas genom en tillämpning av nationell skadeståndsrätt, inte ens efter en fördragskonform tolkning, får förpliktelsen uppfyllas genom att skadestånd döms ut utan särskilt lagstöd.¹⁴ Grundlagens rättighetsregler tvingar däremot inte lagstiftaren att ställa upp några särskilda regler om skadestånd eller annat effektivt rättsmedel – någon motsvarighet till art. 13 i konventionen finns inte – och det saknas därför anledning att som i 2010 års förslag kräva att skadestånd skall framstå som ”nödvändigt”.¹⁵ Över huvud taget kan man i detta fall utforma en förnuftig ordning – ett ”grundlagskonformt” system – som passar svenska förhållanden utan att behöva fundera på vad Europadomstolen eventuellt kan tycka om saken.

Problemet är bara hur domstolarna (och eventuellt lagstiftaren) skall utnyttja denna möjlighet. Det är tydligt att förutsättningarna för rättighetsansvar här får prövas efter andra riktlinjer än dem HD hittills följt, men vilka dessa blir har jag inte sett diskuterat.¹⁶

Hur som helst innebär båda sidorna av en sådan reform stora tekniska problem eftersom Europakonventionens bestämmelser inte är lämpliga som grund för skadeståndsansvar. Åtskilliga av rättigheterna är formulerade på ett sätt som gör det svårt att konstatera ansvar vid en överträdelse. Exempel är rätten till rättegång inom ”skälig tid” (art. 6), som vållat sådana tolkningssvårigheter; kravet på ”respekt” för privat- och familjeliv (art. 8) respektive egendom (art. 1 första tilläggsprotokollet); möjligheten att av vissa vägande skäl inskränka rätten till respekt för privat- och familjeliv respektive rätten till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet (art. 9), yttrandefrihet (art. 10) samt frihet att delta i sammankomster och föreningsfrihet (art. 11); den oklara möjligheten att reglera nyttjandet av egendom (art. 1 tilläggskonventionen) och den oklara

14 NJA 2009 N 70.

15 Se Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen*, SvJT 2011, s. 610 f.

16 Inte heller i den uppsats jag nämnt i föregående not, där jag huvudsakligen velat peka på möjligheten att ge vissa allmänna regler om rättighetsansvaret.

rätten till undervisning (art. 2 första tilläggsprotokollet). Så skulle artiklarna knappast ha utformats om skadeståndssanktionen från början ansetts som ett viktigt inslag i systemet.¹⁷

Liknande problem ger många formuleringar i RF. I 2 kap. finns t.ex. en rad regler om att olika fri- och rättigheter kan inskränkas efter en intresseavvägning, något som ju alltid ger en osäker gränsdragning (se 2 kap. 20, 21, 23 och 24 §§). Något likande kan sägas om hänvisningar till rättvisa och skälighet ("utan oskäligt dröjsmål", 9 §; "rättvist och inom skälig tid", 11 §) och till "angelägna allmänna intressen" (2 kap. 15 och 17 §§).¹⁸ I dessa fall är det ännu klarare att man inte tänkt sig att reglerna skulle ligga till grund för skadeståndsskyldighet. Det är inte troligt att grundlagen skulle ändras för att underlätta en tillämpning, med alla de komplikationer det innebär. Man får försöka komma till rimliga resultat ändå.

Det kan tilläggas att också reglerna i 1 kap. 2 § RF ger uttryck för en rad rättigheter för den enskilde, visserligen föga preciserade; bl.a. rätt till personlig, ekonomisk och kulturell välfärd, till arbete, bostad och utbildning, till en god miljö samt rättigheter för samiska folket och andra minoriteter. Man kunde tycka att åtskilliga av dessa också kunde förtjäna att skyddas genom skadeståndsregler. Dessvärre är de dock så allmänt beskrivna i lagtexten att de inte gärna kan i och för sig grunda en rätt till skadestånd.¹⁹ Vad som sägs i fortsättningen gäller inte dessa rättigheter.

Som grund för det utvidgade rättighetsansvaret skulle alltså ligga ett antal delvis oklart uttryckta rättigheter. Ofta talas det om mänskliga rättigheter utan åtskillnad, men det står klart att de har en varierande dignitet; det lär t.ex. inte vara så många som anser rätten till egendom vara lika viktig och okränkbar som rätten till liv eller frihet från tortyr och slaveri.²⁰ Också i övrigt måste rimligen rättigheterna ha växlande skyddsvärde. Det vore överraskande om bedömningen av vad som utgör överträdelse och förutsättningarna i övrigt för skadestånd ändå skulle vara desamma oavsett vad för rättighet som kränktes. I varje fall Europadomstolen synes resonera på varierande sätt i olika situationer

17 Särskilt gäller detta den lagtekniskt bedrövliga bestämmelsen om egendomsskydd i art. 1 första tilläggsprotokollet.

18 Se närmare Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen*, SvJT 2011, s. 613 ff., där åtskilliga andra exempel nämns.

19 Ett rättighetsansvar som utvidgats till dessa områden kan dessutom antas bli alltför dyrt för det allmänna för att bli politiskt acceptabelt.

20 Det skall dock medges att rätten till egendom faktiskt sagts vara lika viktig som rätten till liv (i en uppmärksammas diskussion mellan entusiastiska moderater i dagspressen i början av 1990-talet). Idag verkar inställningen annorlunda också på detta håll.

där frågan om kränkning uppkommer. Något mera allmänt använt mönster är svårt att konstatera.

3. FÖRHÅLLET TILL CULPAREGELN

Nuvarande skadeståndsansvar för staten och kommun vilar i princip på culparegeln: enligt 3 kap. 2 § SkL förutsätts ju fel eller försummelse vid myndighetsutövning för skadestånd, och skulle inte myndighetsutövning förekomma från det allmännas sida gäller ansvaret för arbetsgivare i 3 kap. 1 § (vilket dock inte omfattar ren förmögenhetsskada utom vid brottslig gärning). För ansvar grundat på Europakonventionen är däremot inte culpa ett nödvändigt rekvisit. I flera fall har HD ansett tillräckligt att konstatera att det handlande som medfört skada utgjort en överträdelse av konventionen. Ett exempel är NJA 2007 s. 584, där skadestånd utgick för en läkarundersökning av barn som på grund av ett formellt fel skett utan vederbörligt tillstånd (se även bl.a. NJA 2007 s. 295). I de fall där frågan om rättighetskränkning kommit upp i HD:s praxis har man på det allmännas sida varit medveten om att en åtgärd eller ett beslut berört en enskilds rättighet; i fortsättningen skall talas om *medvetna ingrepp*. Man kan tycka att en sådan överträdelse av Europakonventionens rättighetsregler normalt skulle innebära ett fel eller en försummelse i SkL:s mening; har verkligen en skärpning av SkL:s ansvar någon betydelse? Detta blir emellertid aktuellt t.o.m. vid dessa ingrepp, nämligen när en domstol eller en myndighet feltolkar en lagbestämmelse eller använder en rättsprincip oriktigt; culpa i SkL:s mening anses då föreligga bara när felet är uppenbart, men är det fråga om överträdelse av konventionen kan skadestånd utgå också annars (jfr bl.a. NJA 2007 s. 584 och NJA 2007 s. 862). I ett rättsfall från 2003 (*Stockholms försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB mot Sverige*²¹) ansåg Europadomstolen på detta vis, att den svenska regeln om ansvar för det allmänna endast vid uppenbart oriktiga bedömningar²² inte var ett effektivt rättsmedel när den skadelidande felaktigt ålagts utge vissa konkurskostnader, utan ansåg konventionen ha överträtts. Också när domstolen tillämpar proportionalitetsprincipen i olika sammanhang kan det innebära att tämligen ursäktliga felbedömningar medför ansvar i större utsträckning än enligt SkL.

Det är oklart om motsvarande gäller vid kränkning av *alla* rättigheter enligt Europakonventionen, men siktar man till en rättighetsinriktad skadeståndsrätt borde detta vara en naturlig konsekvens. Samtidigt kan sägas att när en lagregel ger utrymme för olika handlingssätt är det naturligt att beakta om myndigheten uppträtt på försvarligt sätt eller inte. Ett handlande som med hänsyn till omständigheterna är försvarligt lär i regel inte kunna anses som en kränkning av den enskildes rättighet.

21 Dom 16/9 2003.

22 Jfr Bertil Bengtsson & Erland Strömbäck, Skadeståndslagen. En kommentar, avsnitt 3:2.4.

Särskilda problem vållar den nämnda regeln i art. 1 första tilläggsprotokollet om rätten till respekt för egendom (eller, enligt den engelska texten, ”to the peaceful enjoyment of his possessions” – en något mindre lovande formulering från den skadelidandes synpunkt). I NJA 2010 s. 112 hade en byggnadsnämnd felaktigt vägrat en sakägare att yttra sig i ett byggnadslovärende; han ansågs inte berättigad till skadestånd på grund av brott mot konventionsregeln, eftersom det inte innebar en kränkning av respekten för hans egendom i regelns mening att myndigheten åsidosatt en processuell regel av detta slag. Men antag att en domstol i stället gör en ursäktlig feltolkning av lagen i en tvist om en fastighet. Då är det inte en processuell utan en materiell regel som åsidosatts, och har det uppkommit skada utesluter 2010 års rättsfall inte att skadestånd utgår på grund av en överträdelse av konventionen. Ett motsatsslut kan ligga nära till hands när man läser HD:s motivering.

Ett sådant resultat skulle få vittgående konsekvenser; man skulle i så fall få bedöma alla möjliga oriktiga avgöranden i förmögenhetsrättsliga tvister på samma sätt. Även när de ändrats i högre instans kan ju skada uppkomma. Att märka är också att konventionen, i motsats till 2 kap. 15 § RF, ger all egendom ett lika starkt skydd – den likställer lös egendom med fast. Och egendom är ju i detta sammanhang inte bara fastigheter och lösöre utan också andra ekonomiska rättigheter.²³ Visserligen tillerkänner Europadomstolen som sagt den nationella rätten en viss bedömningsmarginal bl.a. när det gäller egendomsskyddet, men man vet inte hur HD ser på denna marginal – när känner domstolen sig tvungen att följa konventionens strängare linje? Läget är oklart, och det måste vara oroande i vart fall för dem som har någon omtanke om det allmännas ekonomi och domstolarnas arbetsbörda.

Redan de medvetna ingreppen kan alltså medföra problem. Självfallet kan det förekomma skada också genom åtgärder av annat slag från det allmännas sida. Ett beslut kan få återverkningar på en rättighet som man inte räknat med. En offentlig verksamhet kan utan vållande på det allmännas sida skada enskildas egendom eller person. Kan sådana icke åsyftade effekter också ses som en kränkning t.ex. av rätten till egendom eller familjeliv som motiverar skadestånd? Det finns såvitt jag kan finna inget avgörande av HD som tyder på ett sådant synsätt; om utvecklingen i Europadomstolens praxis vågar jag som sagt inte uttala mig. Man får kanske räkna med att en underlåten tillsyn som fått allvarliga konsekvenser för enskilda skulle kunna uppfattas som en kränkning, även om detta stämmer illa med allmänt språkbruk i Sverige.²⁴ (En

23 Jfr här Europadomstolens avgörande Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB mot Sverige (dom 16/9 2003), där en felaktigt ålagd skyldighet att betala konkurskostnader ansågs som intrång i egendomsskyddet.

24 Jfr NJA 2007 s. 891 (underlåtenhet att hindra att häktad begick självmord), där talan dock ogillats.

”överträdelse”, som 2010 års lagförslag talar om, kan möjligen vara ett något vidare begrepp.) I alla händelser är det troligaste att ett utvidgat rättighetsansvar i stort sett inskränker sig till medvetna ingrepp i en rättighet, såvida inte kommande lagstiftning föreskriver något annat.²⁵ Goda sakliga skäl talar också för att begränsa de nya möjligheterna till ansvar på detta vis; väsentligen är det den medvetna maktutövningen som motiverar avstegen från ordinär skadeståndsrätt. I övrigt skulle alltså det traditionella kravet på vållande gälla. Frågor om strikt ansvar för farlig verksamhet eller liknande lär knappast bli aktuella i detta sammanhang.

Vad som nu har sagts gäller överträdelser av Europakonventionen. I fråga om grundlagens rättighetsregler saknas i varje fall det ovisshetsmoment som Europadomstolens praxis utgör. Samtidigt är det svårt att förutse hur domstolarna skulle tillämpa en eventuell lagstiftning om ersättning vid kränkningar av rättigheter enligt 2 kap. RF, liksom om HD utan lagstöd kan slå in på en sådan väg. Domstolen har de senaste åren visat stora ambitioner att föra rättsutvecklingen vidare; men hur naturligt det än kan vara att jämställa regeringsformens och konventionens rättighetsskydd skulle det ändå innebära en sådan radikal förändring av rättsläget som annars brukar kräva ett lagstiftningsförfarande, med åtföljande utredningar och politiska överväganden.

Skulle utvecklingen gå i denna riktning, finns det emellertid anledning att liksom när det gäller konventionsbrott kräva att rättigheten kränkts genom ett medvetet ingrepp. Det skulle inte räcka med att rent missöde i den offentliga verksamheten råkat drabba en enskild person. Utan en sådan begränsning hamnar man i en juridisk vildmark där även framstående jurister lätt kan gå vilse. Det kan ändå bli svårt nog att tillämpa ett rättighetsansvar som utvidgats till RF:s område; det blir en annan sorts prövning än den vanliga culpabedömningen, där man också får ta hänsyn till hur pass skyddsvärd rättigheten är. Som förut nämnts finns det däremot knappast skäl att upprätthålla den förutsättning som föreslagits i 2010 års betänkande, att ersättning skall vara nödvändig för att gottgöra överträdelsen – en regel som saknar motsvarighet i svensk skadeståndsrätt. Vid överträdelser av RF bör den skadelidandes möjlighet att få kompensation på annat sätt i stället kunna beaktas när det gäller bestämmandet av skadeståndet.²⁶

25 I det praktiska fallet då kränkningen består i försenad rättegång (art. 6 konventionen) är det naturligtvis tänkbart att dröjsmålet beror på ren passivitet av en domstol, men denna måste rimligen från början ha varit medveten om processen och registrerat denna.

26 Jfr Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen*, SvJT 2011, s. 623 ff.

4. TREDJEMANSSKADOR OCH ADEKVANS

Gäller ett krav på medvetet ingrepp kan det få betydelse för bedömningen av mera indirekta skador, som drabbar tredje man. Kan man tala om kränkning av en rättighet när skadevällarens handlande inte riktat sig mot en skadelidande utan mot en annan person? I det förut nämnda avgörandet NJA 2007 s. 584, där ett felaktigt beslut om läkarundersökning av tre barn medförde ansvar också mot barnens föräldrar, har en tredjemansskada ersatts, men det kan förklaras av att undersökningen föranletts av brottsmisstanke mot föräldrarna; den kunde därför verka kränkande också för dem – de var inte vilka skadelidande som helst. När sådana återverkningar av ett beslut varit svårare att förutse, t.ex. när ett avslöjande om en persons privatliv blir en chock för en närstående, är det mera tveksamt om ett ansvar för kränkning är berättigat. Också här kan man hänvisa till vad en kränkning innebär enligt allmänt språkbruk. I vart fall får man räkna med att vissa avvikande regler gäller om tredjemansskador vid ett rättighetsansvar.

Något liknande kan sägas om tillämpningen av kravet på adekvat kausalitet; det är sällan HD idag ogillar ett skadeståndskrav av sådan anledning, men redan att ett skadeförlopp är i någon mån svårförutsebart, säreget eller avlägset från skadevällarens synpunkt kan tala emot att det skulle uppfattas som en kränkning av en skadelidande. Det gäller i vart fall ekonomiska konsekvenser av en överträdelse; att t.ex. den skadelidande blivit så upprörd av ett ingrepp mot hans egendom att han inte orkat sköta sin ekonomi lär i och för sig inte motivera någon ersättning för ekonomisk förlust. Ideellt skadestånd (se avsnitt 5 nedan) lär däremot bestämmas efter en mera allmän skälighetsbedömning utan några adekvansresonemang, och då kan sådana speciella förhållanden beaktas. Mycket säregna individuella reaktioner eller mycket överraskande händelseförlopp bör dock knappast kunna åberopas heller vid denna bedömning.

5. KRAV PÅ ALLVARLIG KRÄNKNING?

Ett bekymmer vid diskussionen om en rättighetsinriktad skadeståndsrätt är naturligtvis att denna kan ge upphov till mängder av krav och processer mot det allmänna, delvis rörande bagatellartade missöden och förbiseenden som inte ens kan tillskrivas fel eller försummelse i den offentliga verksamheten. Det är lätt att uppfatta det allmännas åtgärder som kränkande, i den vidsträckta mening som uttrycket idag används.²⁷ Vissa typer av rättigheter – inte bara rätten till egendom utan också bl.a. rätten till privat- och familjeliv – kan dessutom ges en omfattande tolkning. Även myndighetsåtgärder som inte är så värst ingripande för den enskilde kan t.ex. påstås kränka hans rätt till privatliv. HD gav som sagt i NJA 2007 s. 584 både föräldrar och barn skadestånd med

27 Jfr Ds 2007:10, s. 41 ff.

15 000 kr var på grund av ett sakligt motiverat men formellt felaktigt beslut om läkarundersökning av barnen; det tyder på en generös tolkning åtminstone av den aktuella konventionsregeln. Som redan framhållits innehåller också RF åtskilliga vaga beskrivningar av rättigheternas innebörd, vilka lätt kunde ge upphov till processer.

Man kunde tycka att en begränsning av antalet tvister av denna typ kan vara motiverad. Särskilt gäller detta om ansvaret omfattar också ideell skada på grund av överträdelsen. Över huvud taget är ju den ökade möjligheten till ideellt skadestånd en av de viktigaste konsekvenserna av rättsutvecklingen på senare år. Det skärpta ansvaret för det allmänna avser till stor del situationer där de ekonomiska följderna inte spelar någon större roll. Vid ett utvidgat rättighetsansvar kommer de ideella skadorna att stå i förgrunden.²⁸

En möjlighet att motverka mindre angelägna skadeståndskrav kunde vara att kräva en kvalificerad överträdelse för skadestånd. En handling skulle bedömas på detta sätt antingen genom att den utgör ett kännbart angrepp på en rättighet eller genom myndighetens inställning: åtgärden kan ha företagits hänsynslöst eller annars med insikt om att skada kunde uppkomma. Ett krav på allvarlig överträdelse har diskuterats i 2010 års betänkande men inte ansetts motiverat. Även om vissa exempel på en sådan bedömning förekommer i Europadomstolens praxis har en sådan begränsning befarats ge regeln ett snävare tillämpningsområde än vad som var förenligt med konventionen.²⁹

Hur man skall se på denna fråga beror naturligtvis på möjligheten av en lagstiftning på området och hur den i så fall närmare utformas. Såvitt angår överträdelser av konventionen vill statsmakterna självfallet undvika konflikter med Europadomstolens inställning, troligen med en betydande säkerhetsmarginal. När det gäller överträdelser av grundlagen står lagstiftare och domstolar friare. I varje fall här kunde man överväga en begränsning av rätten till ideellt skadestånd. Det är naturligt att klarare överträdelse krävs när en rättighet har en mindre tydlig utformning, men dessutom kunde man föreskriva att ideellt skadestånd bara skulle utgå när överträdelsen medfört väsentlig personlig olägenhet eller väsentligt lidande för den skadelidande. Men oavsett hur en sådan begränsande regel formuleras riskerar den att bli kontroversiell; engagerade anhängare av den diskuterade reformen skulle kräva större generositet av statsmakterna. Man kan nog säga att allmänheten gillar ideellt skadestånd betydligt mer än juristerna.³⁰

28 Ett undantag får kanske göras för kränkningar av rätten till egendom; också då får man dock – i varje fall vid överträdelse av Europakonventionen – räkna med en ersättning för den enskildes besvikelse och irritation, t.o.m. i affärsmässiga förhållanden. Vad HD egentligen anser om ersättning i sådana fall är dock alltjämt oklart.

29 Se SOU 2010:87, s. 388 f.

30 Bl.a. framgår detta av Karl Dahlstrands färska avhandling *Kränkning och upprättelse*. En

Under alla förhållanden kan ersättningsbeloppen för rättighetskränkningar bli en kontroversiell fråga. HD har velat bestämma ersättningen efter en jämförelse med de ersättningar som utgår enligt 2 kap. 3 § vid jämförbara fall (se särskilt uttalanden i NJA 2007 s. 584); beloppen skulle dock vara förenliga med Europadomstolens praxis. Det kan innebära att vid ett utvidgat rättighetsansvar, där man inte behöver ta hänsyn till Europadomstolens bedömningar, skulle relativt låga ideella ersättningar utgå vid mindre allvarliga överträdelser av olika rättigheter enligt grundlagen – i många fall kanske inte någon ersättning alls. Det kan bli en besvikelse för många vänner av det skärpta ansvaret.

6. HORIZONTELLT RÄTTIGHETSANSVAR?

Hittills har alltså diskuterats ett utvidgat rättighetsansvar för *det allmänna*. Men som nämndes inledningsvis ser man på sina håll också fram mot att rättighetsreglerna skulle ha horisontell effekt: även *andra enskilda* skulle kunna krävas på ersättning för kränkta rättigheter, oavsett vad skadeståndsrätten i övrigt föreskriver. Det kan tyckas närliggande att man inte skulle vara rättslös i ett sådant läge därför att det är ett privat företag som är den kränkande. Visserligen har en sådan utvidgning av ansvaret (ännu) inte något stöd i Europadomstolens praxis, och HD har tagit avstånd från den i NJA 2007 s. 747 (där en privatperson förde talan mot ett försäkringsbolag på grund av kränkning av hennes privatliv genom övervakning); ansvaret måste vara förutsebart för den enskilde. Men man vet inte vad utvecklingen kan innebära. I varje fall efter en lagstiftning på området går ju ett rättighetsansvar att förutse.

Vid Det nordiska juristmötet 2011 fördes en diskussion också om reformer i denna riktning. Referenten Mårten Schultz (i övrigt en engagerad anhängare av ett rättighetsansvar) fann det inte rimligt att idag tillskriva Europakonventionen en direkt horisontell effekt mellan enskilda, men ansåg dock undantag böra gälla när ett enskilt rättssubjekt tagit över maktfunktioner som hör till det allmännas område.³¹ Vad som avsågs synes vara fall av s.k. delegerad myndighetsutövning, där idag det allmänna svarar för fel och försummelser hos den som anförtrotts maktutövningen; i 3 kap. 2 § SkL talas med sikte på dessa fall om fel eller försummelse ”i verksamhet för vars fullgörande staten eller kommunen svarar”.³² Ett ansvar också för *medhjälparen* om denne kränker en enskild persons rättighet – visserligen oberoende av culpa – ter sig inte så radikalt, och för övrigt inte heller så angeläget; i de flesta fall torde kränkningen utgöra fel eller försummelse som det allmänna svarar för. Det kunde kan-

rättssociologisk studie av kränkningers ersättning till brottsoffer (2012).

31 Se Mårten Schultz, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del I, 2011, s. 235.

32 Se härom Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen*. En kommentar, avsnitt 3:2.6. Typfallet är när bilprovning anförtrotts AB Svensk Bilprovning och andra privata företag.

ske också verka önskvärt med ett rättighetsansvar i vissa andra situationer, då den skadelidandes situation liknar underläget i förhållande till det allmänna. Också här får väl ansvaret inskränkas till medvetna ingrepp av den ansvarige. Men då avlägsnar man sig längre från det nuvarande rättsläget, och för övrigt är det då ofta fråga om ett avtalsförhållande, där den enskildes rätt tillvaratas ganska väl av andra regler på konsumenträttens, arbetsrättens eller hyresrättens område. Det är inte särskilt troligt med en utveckling i denna riktning.

Mindre kontroversiellt borde det vara om staten skulle kunna ådra sig ett ansvar enligt konventionen för att en skadelidande saknar laglig rätt till gottgörelse för sådana kränkningar – ett resonemang om ”indirekt” horisontell effekt som förekommer från Europadomstolens sida i andra situationer.³³ Som framhållits i diskussionen kunde det vara ett tänkbart sätt att utvidga möjligheten till ersättning bl.a. för ren förmögenhetsskada utanför kontraktsförhållanden – ett område där svensk rätt ju inte är särskilt generös.³⁴ I alla händelser kan konstateras att rättighetsansvaret på detta vis kan ge vissa möjligheter att fylla ut en del besvärande luckor i det svenska rättsskyddet. Om man också här skall inskränka ansvaret till medvetna ingrepp är dock tveksamt.³⁵

Som jag nyss nämnde verkar det inte så angeläget att införa ett horisontellt rättighetsansvar i *kontraktsförhållanden* – t.ex. genom kränkningar av en medkontrahents rätt till egendom eller näringsfrihet. Jag har inte sett något förslag i denna riktning, och det är inte att undra på. Tydligen skulle en sådan utvidgning trassla till kontraktsrätten på ett helt oacceptabelt sätt, även om man får anta att ansvaret skulle kunna uteslutas eller begränsas genom avtalsvillkoren. Att fördjupa sig i konsekvenserna av en eventuell utvidgning lär inte ha större mening.

33 Frågan diskuteras av Mårten Schultz, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del I, 2011, s. 231. Jfr t.ex. återigen Stockholms Försäkrings- och Skadeståndsjuridik AB mot Sverige (dom 16/9 2003), där resonemanget förekommer.

34 Se Mårten Schultz, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del I, 2011, s. 234 f. Kanske kan samma resonemang bli aktuellt också beträffande rätten till ideellt skadestånd i vissa fall, t.ex. vid en del kränkningar av den personliga integriteten (jfr Mårten Schultz, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, Förhandlingarna vid Det 39:e nordiska juristmötet, Del I, 2011, s. 233 f.).

35 I vart fall om man talar om ”överträdelse av konventionen” – inte kränkning av en rättighet – kan formuleringen mycket väl täcka även andra situationer.

7. AVSLUTANDE SYNUNKTER

Meningen med den här översikten har varit att ge – eller kanske snarare få – ett begrepp om vad utvecklingen mot ett utvidgat rättighetsansvar egentligen kan väntas innebära. Men som synes har jag inte blivit så värst mycket klokare. Delvis är det svårt både att förutse och att påverka utvecklingen; det gäller i vart fall Europadomstolens praxis, och inte heller HD lär ta nämnvärt intryck av sådana här debattinlägg. I vissa avseenden ter sig en utvidgning ganska naturlig, åtminstone på sikt; det gäller framför allt ansvar för kränkning av grundlagsskyddade rättigheter. Fast också detta kan vara en kontroversiell reform.

På andra punkter är det ännu osäkrare hur långt reformtankarna går. De föregående resonemangen om möjliga utvecklingslinjer bygger mest på lösa antaganden. Det är kanske rimligt att anta att kränkning i princip tolkas som ett medvetet ingrepp, men man vet inte om vissa underlåtenhetsfall med olyckliga konsekvenser också kommer att räknas dit. Vad Europadomstolen i en framtid kommer att anse om rättigheternas horisontella verkan är också ovisst. Över huvud taget är det svårt att bedöma vad en reform egentligen kan innebära.

I alla händelser tycks det vara klart att det utvidgade ansvaret kan utnyttjas för att avhjälpa en del brister i den svenska skadeståndsrätten och redan därför kan bli av värde. Någon kanske kan säga att detta är tillräcklig motivering för att genomföra utvidgningen helt och hållet, t.o.m. med horisontell effekt; varför skulle man stanna på halva vägen? Så kan man nog resonera som advokat eller politiker med engagemang för vissa enskilda intressen; kanske också som rättsvetenskapsman – en ny skadeståndsrätt av denna typ skulle bli ett fascinerande område att analysera och utveckla. Men ser man på frågorna som domare, eller som medverkande i lagstiftningsarbetet, är det naturligt med en mera återhållsam inställning. Problemen med att införa ett så främmande element i svensk rätt är uppenbara; man bör nog inte kasta sig ut i det okända utan att kunna någorlunda säkert överblicka följderna. Såvitt jag förstår är detta inte möjligt idag – det bör förutsätta betydligt mera ingående utredningar, också med komparativa inslag. Och det dröjer nog ett tag innan några sådana föreligger. Tills vidare får reformfrågan i varje fall anses som ett lämpligt ämne för rättsvetenskapliga undersökningar, där de problem jag här bara kunnat antyda kan behandlas i detalj. 🙏