



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

HÅKAN ANDERSSON

EKMR:s varierande horisontella effekter på olika civila krav
– problem och konstruktiva möjligheter

Särtryck ur häfte 2/2013

EKMR:S VARIERANDE HORISONTELLA EFFEKTER PÅ OLIKA CIVILA KRAV

– PROBLEM OCH KONSTRUKTIVA MÖJLIGHETER

Av Håkan Andersson¹

Ett spännande tema inom den nutida juridiken är hur de europarättsliga källorna kan påverka utvecklingen av den svenska rättsdiskursen. Om man bara (ytligt) anknyter till terminologin med ”rättigheter” i exempelvis Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR), kanske man når en (prematyr) slutsats om att vi nått ett paradigmskifte eller en rättighetsrevolution. En närmare analys av hur argumenten fungerar i en större kontext, samt hur de appliceras i den svenska rätten, torde däremot ge en såväl mer varierad som mindre revolutionerande bild. Det rättsliga skydd och argumentationsutrymme som artiklarna om ”rättigheter” i EKMR innebär, bidrar på så sätt till den vanliga pragmatiska diskussionen och avvägningen av olika regler, principer, källställen, argument och hanteringsmetoder. Således tillförs ytterligare källmaterial, vilket innebär ett positivt nyhetsvärde – men ingen revolutionerande omvälvning.

En fråga som väckt debatt, är möjligheten av horisontell verkan av EKMR mellan enskilda subjekt. Med denna artikel söker författaren inordna den rättsliga argumentationen utifrån EKMR och övriga källor i en större kontext. Därvid kan noteras problem, samtidigt som konstruktiva öppningar för olika former av horisontell verkan kan analyseras. När blicken sänks från de stora allmänna frågorna (högt uppe i det blå), kan konkretion och detaljgranskning sättas in på planet för de olikartade reella problemen. Då visar det sig att (den till synes entydiga) frågan om horisontell verkan, kan differentieras i flera (åtminstone fyra) olika frågor och typfall – och att olika argument respektive svar kan ges för dessa olika situationer.

I. DEN EUROPARÄTTSLIGA KONTEXTEN OCH DEN SVENSKA SKADESTÅNDRÄTTEN

Det händer då och då att ett ämnesområde – exempelvis skadeståndsrätten – får en rejäl och *nyttig vitamininjektion*, genom att yttre influenser sätter igång en stimulerande prövning av de traditionella källorna i ett delvis nytt sammanhang. Varje gång kan det – för dem som då är nya inom disciplinen – upplevas epokgörande, och det kan hända att någon vill utropa just ”revolution” eller (nuförtiden) ”paradigmskifte”. Man kan dock betänka, att dylika influenser under de senaste hundra åren dykt upp mer eller mindre varje decennium: Den moderna teknikens genombrott, arbetarskyddet, trafikskadorna, olika strikta

¹ Professor i civilrätt, Uppsala universitet.

ansvarsformer, samordningen mellan privat och offentlig försäkring, utvecklandet av välfärdsstaten, miljörettens påverkan, professionsansvaret, de ideella skadorna, olika steg i utvecklingen av det allmännas ansvar; se där, ett axplock av teman som vid en viss tid varit så ”heta”, att de kunnat formuleras som sin tids ”typiska predikament” inom skadeståndsrätten. Med mångsidig analys och reflektiv eftertanke smälter dessa nytillskott in i – samt nyanserar därmed – den skadeståndsrättsliga teorin och praktiken.² Om man odlar idealet med eftertänksam diskursavläsning, bör man överhuvudtaget vara sunt skeptisk när man tvingas höra att ett visst ”paradigmskifte” plötsligt inträffat. Vid närmare analys synes det oftast snarare handla om formulerade ytfenomen – eller upphovsmannens egen rättspolitiska (eller direkt politiska) önskan om en förändring ... som omsätts i ett lömskt imperativ, att det åstundade redan inträffat.

Detta kan vara ett memento att ha med sig, när man närmar sig EKMR-skadeståndsrätten. Ingen behöver dock tvivla på att *européiseringen* är ett av de största temana i dagens rättsvetenskapliga debatt. EU-rätten och EKMR är givna ingredienser som genom direktiv, regler och principer syns direkt på det enklast iakttagbara ytplanet. Onekligen har EKMR tillfört många stimulerande frågor, som aktualiserat och utvecklat synen på statens ansvar; personligen anser jag att denna utveckling är en av de mest positiva och spännande företeelserna inom skadeståndsrätten under det senaste decenniet. Det som initialt, vid ratificeringen, måhända framstod som en formalitet – att den demokratiska svenska staten ska respektera det som benämns ”mänskliga fri- och rättigheter” – har med åren visat sig medföra direkt materiella verkningar. Den tiden är helt enkelt (äntligen) förbi, då ledande politiker kunde avfärda Europadomstolen som ”en lekstuga för Gustaf Petré”³ eller då vanliga jurister såg domstolen som ett tillhåll för ”rättshaverister”.⁴

2 Den som intresserar sig för en pluralistisk, empirisk och konkret närläsning av skadeståndsrättens diskursutveckling – genom distinktioner och differentieringar, dvs olika frågor och olika argument – kan läsa vidare i H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013); till att börja med kan metodspörsmålen noteras, a a s 29–60.

3 Se Sterzel, Gustaf Petré till minne (Våra rättigheter V, Stockholm 2007) s 11 och 14, om detta omtalade citat som levt vidare som ”ett pregnant uttryck för ett äldre sätt att betrakta rättighetsfrågorna, numera dessbättre övergivet”.

4 Jfr vidare Petri, Debattinlägg i Sterzel (red), Europakonventionens införlivande med svensk rätt (Stockholm 1993) s 67: ”När man var domare i Sverige på 1960-talet och någon återopade Europakonventionen, ansåg man honom antingen som rättshaverist eller galning. I dag tar man konventionen på största allvar. Det är ingen tvekan om att det i svenskt tänkande har skett en oerhörd utveckling, och det är glädjande.” Jfr även Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling (JT 2008–09) s 546 f.

Ett antal argumentativa rättsliga mönster kan börja skönjas när konventionen omsätts i nationell skadeståndsrätt.⁵ Jag har i annat sammanhang uppmärksammat, att juridiken inte ”tar slut” så fort EKMR kan åberopas, utan att den svenska skadeståndsrätten just då ”startar” sin översättning av EKMR till juridik här och nu.⁶ Praxis från Högsta domstolen – samt senare lagstiftningsarbete⁷ – har klarlagt *EKMR som en möjlig ansvarsgrund*, emedan artikel 13 stadgar, att den vars konventionsenliga fri- och rättigheter kränkts ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet.⁸ HD:s etablerade prioriteringsordning sätter främst culparegeln i 3:2 SkL om ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning; därvid kan EKMR-praxisen ge ytterligare källor för att fastlägga vad som utgör culpa i dessa situationer (dvs att överträda en EKMR-artikel, är i regel liktydigt med att begå ”fel eller försummelse”). I andra hand kommer en i EKMR:s anda konventionskonform tolkning av de svenska reglerna, vilket innebär att diverse begränsningar av ansvaret eller hinder för talan bortfaller, om dessa står i strid med EKMR:s intentioner (exempelvis taleförbudet i 3:7 SkL).⁹ Överträdelse av en EKMR-artikel får därutöver – som tredje steg – självständig betydelse utöver culparegeln och den konventionskonforma tillämpningen i vissa fall, nämligen med avseende på den ideella ersättningen; man måste dock även avgöra om andra remedier än skadestånd kan vara tillfyllest.¹⁰ Det är alltså EKMR-kränkningen såsom

5 Se H Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringskiss (JFT 2007) s 390 ff, för exempel på dylika argumentativa när läsningar kring teman såsom kausalitet, formella respektive materiella fel, ansvarsgräns, ersättningsnivåer etc. Se även H Andersson, Den svenska EKMR-skadeståndsrätten (I)–(III) (InfoTorg Juridik, juli och augusti 2011).

6 Se vidare H Andersson, Ansvarproblem i skadeståndsrätten s 544–749 (kapitel 8), för en större framställning om denna utveckling.

7 Det finns för närvarande ett utredningsförslag i SOU 2010:87, som förordar ett principiellt införande av en regel i skadeståndslagen (i kapitel 3 om myndighetsansvaret), som visar att skadeståndsansvar för EKMR-kränkning kan förekomma om det är nödvändigt för att Sveriges konventionsförpliktelser ska uppfyllas. Lagstiftningen kommer därmed att klarlägga det rättsläge som HD:s praxis redan nått fram till.

8 Se rättsfallsserien i HD, NJA 2005 s 462, NJA 2005 s 726, NJA 2007 s 295, NJA 2007 s 584 samt NJA 2009 s 463. För detaljanalyser av respektive fall, se H Andersson, Ansvarproblem i skadeståndsrätten s 580 ff, 596 ff, 647 ff, 655 ff och 661 ff.

9 Se SOU 2010:87 s 90 ff och 461 ff, där möjligheten av ett avskaffande av 3:7 diskuterades, men där man – möjligen lite märkligt under anförande av tidsskäl – inte framlade något sådant förslag.

10 Se vidare H Andersson, Ansvarproblem i skadeståndsrätten s 550 ff och 567 ff, om denna prioriteringsordning samt om skadeståndet som sekundärt i förhållande till andra remedier vid konventionskränkning. Det är med andra ord ingen automatik mellan en EKMR-kränkning och en framgångsrik talan om ideellt skadestånd, utan det måste även prövas om skadestånd är nödvändigt i det konkreta fallet – varvid bland annat förekomsten av andra rättsmedel är en relevant faktor. Se om detta, SOU 2010:87 s 167 ff, 179 ff, 227 ff, 284 f, 329 ff och 334 ff. Se även NJA 2012 s 1038 I–II, om en normalmodell för avräkning av strafftid med hänsyn till kränkning

”ingång” till skadeståndsrätten som är nyheten; men sedan ansvarsgrunden väl etablerats har HD tydligt och explicit visat, att skadeståndspåföljden – och dess beräkning respektive bestämning – är en del av den allmänna svenska skadeståndsrätten. HD har numera avvisat tanken på fasta taxor enligt Europadomstolens praxis; dels därför att sådana taxor inte finns, dels därför att skadeståndet ska ses som ett nationellt rättsmedel – på samma sätt som vid övriga europarättsliga regler. Den ordning som etablerats i svensk praxis – och som även influerat i lagstiftningsprocessen – är att man anknyter till de ersättningsnivåer som gäller enligt kränkingsersättningen vid brott.¹¹

2. ARGUMENTATIONENS RÄTTSLIGA OCH RÄTTSPOLITISKA DIMENSIONER

Det är bland annat genom skadeståndsrätten som EKMR kan bli ett verkligt redskap, för att transformera det som benämns mänskliga rättigheter till en levande del av rätten – istället för abstrakta komponenter i en fin rättighetskatalog; därvidlag kan erkännansamt framhållas värdet av organisationers och fristående sakkörars arbete.¹² En utveckling, där positionerna stegvis skjutits

av artikel 6 (långsam process). 2012 års mål visar att en EKMR-kränkning i första hand ska kompenseras inom ramen för det ärende vari den uppstått – och att skadeståndet kommer in som en sekundär påföljd, för det fall full kompensation inte är möjlig via det primära remediet. Det betyder att man normalt inte kommer att kombinera påföljds lindring och skadestånd för en och samma kränkning. Att så skedde i mål (II) är således helt att tillskriva, att kraven på domstolarna att beakta kränkingserkännande, kompensations syfte, påföljds relevans samt genomförandemätbarhet inte ansågs uppfyllda. Mål (II) är således inte ett prejudikat – med glädjande budskap till Sveriges kriminella – om att resultatet av långsamma brottmålsprocesser alltid ska vara både straffnedsättning och skadestånd. HD:s dom kommer inte i framtiden att innebära framgångsrika krav från brottslingar, att de både ska helt slippa sina mångåriga fängelsestraff och dessutom belönas med stora skadeståndsbelopp. Istället har vi fått ett prejudikat – med uppfordrande maning till domstolarna – om att iaktta de nya explicita tydlighetskraven om kränkingserkännande och angivande av beräkningsgrund etc, så att resultatet i detta fall aldrig behöver upprepas. Se vidare om fallet, H Andersson, Remediekombinationer vid EKMR-kränkning (InfoTorg Juridik, januari 2013).

¹¹ NJA 2012 s 211 I. För en närmare behandling av detta fall, se H Andersson, Ansvarproblem i skadeståndsrätten s 716 ff; se även a a s 697 ff, om NJA 2010 s 363 och utvecklingen mot en beloppsbestämning i enlighet med den allmänna svenska skadeståndsrätten, varvid jämförelser med liknande kränkningar enligt 2:3 och 5:6 SkL visats vara den framkomliga vägen (istället för de betydligt högre beloppsyrkanden som tidigare ofta – och alltid förgäves – gjordes gällande). Eftersom de detaljerade anvisningarna i 5:6 sällan passar på EKMR-fall, får man nöja sig med en allmän formulering avseende hänsyn till överträdelsens (eller kränkningens) ”art och omständigheterna i övrigt”; se SOU 2010:87 s 54, 400 ff och 477 f. Jfr även Bengtsson, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? (JP I/2013) s 148.

¹² Jfr Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst (JT 2007–08) s 142, om skadeståndsrättens betydelse för förändringen av EKMR:s status samt möjligheten av ”juridisk aktivism”. Se Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt (Helsingfors 2001) s 134 ff och 186 ff, om

fram, har kunnat iakttas. Delvis beror EKMR:s genomslag på förtjänstfull och framgångsrik ”*rättslig aktivism*” från engagerade praktiker.¹³ Rättens – och domstolarnas – roll i samhället kan numera sägas inrymma en rättspolitisk funktion.¹⁴ Den rättsliga aktivismen just på fri- och rättighetsområdet är ett exempel på detta; genom att väcka talan i ett EKMR-mål kan parten – och kanske framförallt ombudet – starta eller bidra till en debatt. Ett omtalat fall kan generera såväl medial som rättslig diskussion, vilket kan påverka andra medborgare, myndigheter ... och lagstiftaren. I en sådan situation kan det till och med stundtals vara mindre viktigt att vinna det enskilda målet, eftersom ett uppmärksammat processuellt nederlag kan vara den behövliga grogrunden för igångsättandet av en lagstiftningsprocess.¹⁵

Från rättsvetenskaplig horisont kan man dock ha vissa dubier mot att EKMR – och överhuvudtaget *allmänna referenser* till rättigheter, rättighetsrevolutioner etc¹⁶ – nyttjas inom en retorisk agenda för att åstadkomma (åtminstone

dylika strategiska potentialer inom skadeståndsrätten. Se även Strømmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter (Våra rättigheter V, Stockholm 2007) s 208 ff, om sådan aktivism på fri- och rättighetsområdet; jfr Lindblom, Grupptalan (Stockholm 1989) s 667 ff, om ”class action” avseende medborgerliga fri- och rättigheter.

13 Se Strømmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter s 202 ff, om inspirationen från den amerikanska medborgarrättsrörelsen och andra verksamheter som långsiktigt och systematiskt kan driva fri- och rättighetsfrågor; se även a a s 204 ff och 208 ff, om de svenska erfarenheterna med advokater som på ad hoc-basis driver mål om fri- och rättigheter samt det år 2002 startade ”Centrum för rättvisa”, som organiserat tar sig an ärenden såsom ”public interest litigation”. Strømmer själv kan tas som exempel på en rättslig aktivist, som man bör ha stor respekt för. Se vidare Lindblom, Sena uppsatser (Stockholm 2006) s 278 ff och 304 ff, om processens rättspolitiska funktion samt så kallade ”altruistiska processer” och ”public interest litigation”. Se vidare Brännström, Förrättsligande (Malmö 2009) s 131 f, 140 ff och 313 ff, om de ”indirekta” aktörernas roll i skapandet av rätten och dess diskurs.

14 Se Lindblom, Sena uppsatser s 301 ff och 304 ff, om att processens funktioner – utöver allmänt och enskilt genomslag för den materiella lagstiftningen, kontroll av lagstiftande makt samt rättsskapande – även förnyats med bland annat deltagarperspektiv och den nu aktuella rättspolitiska funktionen; jfr även Lindblom, Grupptalan i Sverige (Stockholm 2008) s 172 ff och 176 ff. Jfr även Graver, Juss, politik och dommeraktivisme i en flytande europeisk rettsorden (FS Fleischer, Oslo 2006) s 203 f och 213 ff, om möjligheter respektive problem med en allt starkare rättslig aktivism, som söker övertyga resten av samhället om ett visst moraliskt eller rättsligt ramverk.

15 Se vidare Lindblom, Sena uppsatser s 306, om denna ”paradox of defeat”, då ett välexponerat nederlag i den judiciella processen ökar trycket för en kraftfull och bestående förändring på legislativ väg; det kan till och med vara så, att en seger i rättegången passiviserar lagstiftaren och debatten, vilket kan försena mera effektiva lagstiftningsreformer, varför man kan tala om en ”paradox of victory”.

16 Detta tema planerar jag att närmare belysa i en kommande artikel, varför problematiken här endast nämns i förbigående.

propagera för) skadestånd på alltför lösa boliner.¹⁷ Om även domare och andra praktiserande jurister tog dessa förenklade rättighetsförfaktanden på allvar, skulle grava problem drabba hela rättsordningen. De flesta krav mot det allmänna kan ju låta sig formuleras – åtminstone vagt tematiseras – utifrån någon av rättighetsartiklarna i EKMR; alla kan ju i någon mån alltid känna sig – och sina ”rättigheter” – ”kränkta” av myndigheterna, om de inte får som de vill.¹⁸ Juristerna får besinna, att allt ont som drabbar en människa inte är ”samhällets fel”, även om man ofta retrospektivt kan ange att det inträffade hade kunnat undvikas om den och den åtgärden satts in – varvid man får beakta, att samhälleliga ingrepp likaså kan innebära rättighetskränkningar för individer.¹⁹ Såväl HD:s praxis som lagstiftningsförslagets krav på påvisad kränkning enligt Europadomstolens praxis visar också, att man inte redan med en språklig utformning av sin talan utifrån de ord som finns i artiklarna, kan kräva att svensk domstol ”fördragskonformt” omvandlar dessa tematiseringar till ny gällande svensk rätt.²⁰

Skadeståndsrätten lär till och med fungera bättre som värdemätare, för det fall olika svar kan ges på olika frågor; det är genom *balanseringen och avvägningen* av olika principer, intressen, sakomständigheter etc som man kan nå de varierande (och rättsligt motiverade) svaren ”ersättning” respektive ”icke-ersättning” som respons på skadestandsfrågan. Lösningen att skadeståndsrätten skulle

17 Jfr dock Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – rättighetsargument (SvJT 2011) s 1016 ff, för funderingar kring en ”rättighetsrevolution” och ett nytt ”rättighetsparadigm”. Som torde framgå av min text, delar jag Schultz positiva syn på EKMR; men jag tillåter mig att rättsvetenskapligt analysera och ”problematisera” bilden av genomslaget och hur detta faktiskt påverkar de många detaljfrågorna inom skadeståndsrätten.

18 Jfr Bengtsson, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011) s 247, om de problem som skulle uppstå om alla krav avseende ”bristande respekt för egendom” och liknande skulle ge rätt till skadestånd; se även dens, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? s 144 f. Jfr även SOU 2010:87 s 305, om risken med att uppmuntra till åberopanden av ett antal rättighetsregler.

19 Se även Graver, Bør alle krenkelser likestilles? (LoR 2009) s 374 f, som varnar för ett vagt och obestämt åberopande av rättigheter, och som därmed förordar det stegvisa utvecklandet av ett finmaskigt nät av avvägningar. Detta är även, enligt ovan, min ambition med analyserandet av distinktioner och differentieringar.

20 Se vidare van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (4 ed, Antwerpen–Oxford 2006) s 191 f, med exempel från Europadomstolens praxis på diverse fantasifulla – men misslyckade – försök att bygga upp klagomål avseende hävdade ”fri- och rättigheter”. Jfr även Vedsted-Hansen, Menneskeretlige argumenter som spydspids eller tveægget sværd? (FS Dalberg-Larsen, København 2000) s 115 och 118 ff, om den retoriska uppfinningsrikedomen, men också risken med att dylika tvivelaktiga krav – genom överexponering – försvagar normernas genomslag i nationell rätt. Se även Andersen, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011) s 250 f, med ytterligare argument mot en expansiv rättighetsutveckling.

bli ett processmaskineri, som göder en industri av lycksökande ideella skadeståndskrävande (respektive deras ombud) är inte att föredra.²¹ Det vore faktiskt att skapa rejäla samhällsproblem, för det fall man skulle tillåta att all missbelåtenhet med det ena och andra, alltid skulle kunna snabböversättas i en penningssumma – särskilt om det rör sig om krav som ska kompensera diverse ideella, icke-ekonomiska värden.²² Överhuvudtaget bör vi i Norden kritiskt överväga, om vi verkligen vill införa nya ”punitiva” element i skadeståndsrätten, med risk för att rättsområdet blir ett osäkert bihang till straffrätten.²³

HD har dock redan börjat etablera en mer rättslig – istället för parternas och aktivisternas, av förståeliga (och givetvis acceptabla) skäl, rättspolitiskt skadeståndsfrämjande – betoning av specifika skadeståndsrättsliga frågor och begrepp. Och lagstiftningsförslaget har inordnat dessa frågor i skadeståndslagens struktur. Därför finns förutsättningar, att den framtida utvecklingen av den nationella EKMR-skadeståndsrätten kan uppvisa mer *specificerade verktyg* som ger allt *konkretare argument* både för och emot utdömande av skadestånd.

3. OLIKA HORISONTELLA SPÖRSMÅL – DIFFERENTIERING AV VARIERANDE FRÅGOR OCH VARIERANDE SVAR

När horisontell EKMR-verkan diskuteras synes ofta problemställningen förenklas därhän, att det skulle handla om ett enkelt svar – ”ja” eller ”nej” – på en enda fråga. Men såväl frågan som svaret (svaren) måste differentieras. För att på allvar se diskursens möjligheter, ska nedan (förvisso kortfattat) analyseras *fyra olika teman*. (1) Först har vi frågan, huruvida skadeståndskrav mellan enskilda subjekt direkt kan grundas på EKMR (dvs i fall då enskilda skulle ha kränkt

21 Jfr Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna (SvJT 2006) s 584, om att det säkert finns advokater vilka ser EKMR ”som en slags lönsam affärsidé”, men att flertalet sannolikt drivs av ”rättspatos snarare än vinningssyfte”. Jag instämmer till fullo i det senare antagandet, men just därför är det så enormt viktigt, att rättighetsäberopandena inte ensidigt nyttjas för pro-argument i samtliga (även tvivelaktiga) fall; det blir mer intressant och balanserat om såväl pro- som contra-argument får synas – och detta anser jag vara en lämplig uppgift för rättsvetenskapen.

22 Jfr Kleineman, Skadeståndsrättens tillväxt – ett samhällsproblem eller en rättvisefråga? (SvJT 2003) s 319 ff. Se även Syse, Om erstatningsadvokaters moral og noko attått (LoR 2000) s 175 ff, för en liknande debatt i norsk rätt. Se vidare Kjønstad, Erstatningsretten i utvikling (Oslo 2003) s 51 ff; Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrett s 172 ff och 179 ff, om diskussionen kring för- och nackdelar med en amerikaniserad skadeståndsrätt.

23 Jfr T Andersson, Rättsskyddsprincipen (Uppsala 1997) s 90, om att inte heller EU-rätten ställer något krav på att nationell skadeståndsrätt innehåller punitiva skadestånd, utan endast kräver att för det fall denna skadeståndstyp är erkänd nationellt, ska dylik ersättning även utgå vid brott mot EU-rätten; jfr a a s 83 ff och 189 ff, om det generella kravet att nationella sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avhållande. Jfr Wahl, Konkurrentskada (Stockholm 2000) s 152 ff, om punitiva, multiplicerade skadestånd enligt den amerikanska modellen.

andra enskildas rättigheter enligt någon artikel i EKMR).²⁴ (2) Därefter behandlas utifall dylika handlingar mellan enskilda kan ådra staten skadeståndsansvar enligt EKMR (dvs i fall då statens positiva förpliktelser att åtgärda kränkningar inte efterlevts).²⁵ (3) Nästa tematik berör EKMR:s inverkan på andra krav (än skadestånd) mellan enskilda, varvid EKMR ”negativt” kan innebära att domstolar (och andra myndigheter) förvägrar genomförandet av vissa anspråk (dvs i fall då staten annars skulle ”hjälpa” en part att kränka en annan parts rättigheter enligt någon artikel i EKMR).²⁶ (4) Slutligen kan konstruktivt diskuteras möjligheten av att EKMR-standarden kan påverka tolkningen av nationella skadeståndsregler (dvs i fall då tillämpningen av givna handlingsnormer kan influeras av etablerad skyddsstandard enligt EKMR).²⁷ Situation (1) har i svensk domstolspraxis uteslutits som en möjlighet. Avseende situationerna (2) och (3) finns ett argumentativt utrymme för framgång vid EKMR-åberopanden – bara man preciserar de normativa värderingarna och faktiska situationerna på ett rättsligt relevant sätt. Situation (4) kan ses som ett konstruktivt försök till vidareutveckling av den nationella rätten; därvidlag är dock restriktivitet en viktig komponent, emedan den nationella skadeståndsrätten inte på ett rättsosäkert sätt kan omvandlas bortom sin egen horisont (egentligen handlar det mer om en retorisk förstärkning, utifrån EKMR, av de värderingar och bedömningsgrunder som de nationella civila handlingsreglerna redan innehåller).

3.1 NEGERAD ”POSITIV” VERKAN – ”NEGATIVT” UTESLUTANDE AV SKADESTÅNDSKRAV MELLAN ENSKILDA

Den ovan nämnda rättsliga aktivismen har även prövats för att förändra partsbilden, nämligen genom hävdandet att svenska domstolar skulle vara förpliktade att skapa nya ansvarsgrunder (utifrån EKMR) för privata ansvarssubjekt.²⁸ I den rättsvetenskapliga debatten diskuterar det stora flertalet författare

24 Se nedan, 3.1.

25 Se nedan, 3.2.

26 Se nedan, 3.3.

27 Se nedan, 3.4.

28 Se praktiskt verksamma jurister som – före det motsatta ställningstagandet från HD i NJA 2007 s 747 – förordade en dylik horisontell tillämpning av EKMR mellan enskilda, Jonsen, *Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan mellan enskilda* (ERT 2007) s 667 ff; Södergren, *Axplock V* (ERT 2005) s 671 f; Södergren, *Axplock VI* (ERT 2007) s 20 ff. Även efter domen har dylika skrivelser med hätsk kritik av HD:s dom publicerats; se Södergren, *Axplock VII* (ERT 2008) s 87 ff. Jfr vidare Schultz, *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – rättighetsargument* s 1007 f och 1015 f; dens, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter* (NJM 2011) s 230 ff, som för egen del – men likväl under redovisning av att EKMR inte i nuläget kan ges horisontell effekt – rättspolitiskt diskuterar och förfäktar sådana synpunkter utifrån en viss rättighets- och rättvisekonception. Se även Crafoord/Scheiman,

skadeståndsansvar för staten endast som ett resultat av icke uppfyllda positiva förpliktelser,²⁹ medan man inte utifrån EKMR – oberoende av nationell reglering – argumenterar för någon *skadeståndsrätt mellan enskilda*. Det finns dock minoritetsröster som argumenterar för en vidgning av de mänskliga rättigheternas effekt, så att de även i viss mån ska kunna appliceras mellan privata parter.³⁰ Det kan i sammanhanget nämnas, att Europadomstolen inte kan ta upp sådana mål; denna domstol har vidare uttryckligen konstaterat, att den inte finner det önskvärt eller nödvändigt att utarbeta någon generell teori kring hur rättigheterna skulle kunna utvidgas till att även gälla mellan enskilda.³¹ Och som strax nedan framgår, har i svensk HD-praxis valet gjorts, att inte medge dylik talan.³²

Sedan flera positiva domar i den principiella frågan om EKMR:s tillämpning i nationell domstol, enligt ovan, förekommit, visade sig EKMR:s utvidgnings-tendens stöta på motstånd avseende denna horisontalfråga. Högsta domstolen satte genom *NJA 2007 s 747* en tydlig och viktig gräns – hit men inte längre! Bakgrundsomständigheterna utgjordes av att en försäkringstagare anmälde försäkringsfall, i form av handikapp, varefter försäkringsgivaren – genom ett anlitat bevakningsföretag – kontrollerade försäkringstagaren och videofilmade

Skadeståndsskyldighet vid rättighetskränkningar på arbetsmarknaden (JP 2/2012) s 323 ff; Schultz, Förstal och integritet (JP 2/2012) s 218. Jfr Andersen, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter s 250 f, om den "ulycke" en sådan horisontell tillämpning skulle innebära; jfr även Bengtsson, Vad skulle ett utvidgat rättighetsansvar innebära? s 148 f och 150, om att en "återhållsam inställning" är naturlig för domare och lagstiftare.

29 Se nedan, 3.2. Förklaringen är att alla rättigheter är uttryckta just som åligganden för staten ("de höga fördragsslutande parterna", enligt artikel 1). Se vidare om den givna folkrättsliga utgångspunkten, att förpliktelser bara åläggs stater samt att därmed någon tvingande horisontell effekt på grund av EKMR – så kallad "Drittwirkung" – är utesluten, Brüggemeier, *Horizontal Effects of Fundamental Rights – A Critical View on the German Cathedral and Beyond* (FS Dufwa, Stockholm 2006) s 324 ff och 326 ff; Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* (6 ed, Uppsala 2011) s 48 f; Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna* s 580 ff; van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* 28 ff och 184 ff; Harris m fl, *Law of the European Convention on Human Rights* (2 ed, Oxford 2009) s 18 ff; Jacobs/White, *The European Convention on Human Rights* (4 ed, Oxford 2006) s 51 f och 242 ff; Pellonpää, *Europeiska människorättskonventionen* (Helsingfors 2007) s 22 ff.

30 Denna linje har framförallt lanserats av Clapham. Se Clapham, *Human Rights in the Private Sphere* (Oxford 1993), passim. Jfr även Clapham, *Human Rights of Non-State Actors* (Oxford 2006) s 25 ff och 347 ff.

31 Se Cameron, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna* s 580 ff; van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 29, med referenser till domar från Europadomstolen.

32 Se även SOU 2010:87 s 61, 150 ff och 358 ff, för utredningens val att inte reglera denna fråga samt angående att man därvidlag skiljer detta spörsmål från det om statens positiva förpliktelser.

hennes rörelsemönster; resultatet blev att försäkringstagaren nekades ersättning. Försäkringstagaren stämde då försäkringsgivaren, med krav på att utfå skadestånd för bolagets filmning av henne – emedan hennes privatlivsskydd hävdades ha kränkts (artikel 8 EKMR). Käranden åberopade att det i statens positiva förpliktelser ingår, att åstadkomma regler som medger skadestånd mellan enskilda – då enskilda kränker andras konventionsrättigheter – och att det ankommer på domstolarna att tillskapa sådana regler, om lagstiftaren försummat att göra det. Men utöver statens eget ansvar, ville HD inte gå så långt: ”I fråga om skadeståndsansvar för enskilda ställer sig saken annorlunda. Särskild vikt måste då fästas vid att enskilda skall kunna förutse de rättsliga följderna av sitt handlande.” HD betonar särskilt Europadomstolens dynamiska tolkning, som görs i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden.³³ ”Det kan då vara förenat med svårigheter för enskilda att förutse vad som kan strida mot artikel 8 Europakonventionen. Än mer överraskande blir det om den enskilde åläggs en skadeståndsskyldighet som inte framgår vare sig av konventionens text eller av Europadomstolens praxis.” HD betonade också att ”förutsebarhet har ett centralt rättsstatligt värde”, vilket talade emot åläggande av skadeståndsskyldighet mot enskild enligt EKMR ”i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning”.³⁴ Denna sista notering kan ses som en effektiv spärr mot en alltför nyskapande nationell fortbildning av de ansatser, vilka Europadomstolen uppvisat i sin dynamiska tolkning. Detta har även därefter poängterats i lagstiftningsarbetet, då det framhållits att det ställs höga krav för att rättstillämparen ska vara övertygad om att en viss handling utgör en EKMR-kränkning.³⁵ Alltså, det är en sak att Europadomstolen på ett framåtsträvande sätt förändrar rättsläget, men rättssäkerheten i nationell tillämpning påbjuder, att om inte ens Europadomstolen tagit dessa dynamiska steg, så bör man vara försiktig med att göra det nationellt – i synnerhet som det här handlade om åläggande av nya förpliktelser för enskilda.³⁶

33 Jfr T Andersson, Domstolsskapad rätt och retroaktivitet (JFT 2001) s 175 f, om motsvarande problematik avseende EU-domstolens praxis. Jfr även Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder (4 uppl, Stockholm 2010) s 35 f, om att EU-domstolen tidigare ibland kritiserades för att vara för interventionistisk, men att den nu förefaller ha slagit in på en försiktigare linje.

34 Se vidare nedan, 3.4, om möjligheten av att redan befintliga ansvarsregler kan hämta argumentativ förstärkning av etablerad EKMR-praxis, som exempelvis kan visa en skäligen handlingsstandard.

35 SOU 2010:87 s 316 ff och 476.

36 Se Bengtsson, Skadestånd utom kontraktsförhållanden 2007–2009 (SvJT 2010) s 755, om att domen därvidlag synes välbetänkt. Se även Madsen, Debattinlägg om skadestånd och mänskliga rättigheter (NJM 2011) s 249, om samma lösning i dansk praxis.

Även Arbetsdomstolen har i *AD 2012 nr 74* explicit anslutit till HD:s beslut från 2007, varvid domstolen angav att det står ”klart att en enskild part inte kan grunda ett skadeståndskrav direkt på Europakonventionen gentemot en annan enskild part”. Just det målet handlade dock inte om ett sådant krav, utan om den nedan behandlade situationen med förvägrade krav i de fall den hävdade förpliktelsen skulle ha inneburit att någons rättigheter enligt EKMR kränkts.³⁷ Ytterligare ett mål med arbetsrättslig anknytning är av intresse i detta sammanhang, nämligen *Svea HovR:s dom den 28.5 2013* (T 7280-12). En företagare hade stämt facket på ekonomiskt och ideellt skadestånd, sedan bolaget gått i konkurs i tiden efter det att facket 2006 utsatt honom för stridsåtgärder, då han vägrade teckna kollektivavtal; avtalet innehöll en sådan klausul om granskningsarvode som var aktuell i (det senare dömda) *Evaldsson m fl mot Sverige (2007)*, där Sverige fälldes för att man hade tillåtit (dvs inte förhindrat) dylika villkor.³⁸ Hovrätten betonade att det är Sveriges ansvar som fördragsslutande part, att tillse att effektiva rättsmedel skyddar mot kränkningar; vidare följdes HD:s beslut i *NJA 2007 s 747*, varför fackföreningen – såsom ett privat rättssubjekt – inte kunde göras skadeståndsskyldig för kränkning av EKMR. Måhända kan målet gå vidare till HD, varvid den principiella frågan skulle vara, huruvida arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer har en sådan särställning – genom deras reglering av arbetsmarknaden – att de får bära ett horisontellt ansvar.³⁹ Nu är det dock inte unikt, att den svenska rättsordningen avstår från detaljregleringar av olika branscher eller verksamhetsfält; branschorganisationer, partssammansatta organ, enskilda storbolag eller vilka företag som helst har genom en vid flora av standardavtal reglerat stora delar av den svenska civilrätten – och man har ofta nämnder eller andra organ som löser tvister inom sina egna områden. Det torde vara svårt att likställa dessa organisationer med staten och dess myndighetsutövning; tvärtom ser man att staten fortfarande har det yttersta ansvaret, avseende ramverket för vad rättsordningen ska acceptera, tolerera eller ingripa mot. Detta kunde tala för att undantag för horisontell talan inte torde etableras för vissa av dessa privata aktörer, utan

37 Se nedan, 3.3, om denna fråga.

38 Evaldsson domen kommenteras nedan, 3.3.

39 Crafoord/Scheiman, Skadeståndsskyldighet vid rättighetskränkningar på arbetsmarknaden s 324 f, förordar denna lösning, varvid det anföras att arbetsmarknadsparterna i praktiken ägnar sig åt ”lagstiftning och myndighetsutövning” samt att staten delegerat makten till dessa parter, varför de även måste ”ta ansvar för sina egna övertramp”. Utan att därigenom frångå argumentationen den kraft den kan ha, bör dock nämnas att dessa två författare tillika var ombud för den förlorande parten i det nu aktuella hovrättsfallet. Det handlar således om ett exempel på (helt legitim) rättslig aktivism, där en nyordning förespråkas parallellt i artikelform och käromål.

att staten även framgent har att ansvara för eventuella kränkningar av EKMR – då man inte fullgjort sina positiva förpliktelser att ingripa mot, eller skapa rättsmedel avseende, dessa parters ageranden.⁴⁰

Som en exkurs till NJA 2007 s 747 kan för övrigt noteras, att det i Europadomstolens praxis inte finns stöd för att det skulle vara förbjudet ens för staten – exempelvis genom försäkringskassor och liknande organ – att via filmning kontrollera riktigheten i framförda ersättningskrav. Det kan tvärtom vara ganska rimligt, att en gäldenär ges rätten att kontrollera en borgenärs hävdade fordringskrav,⁴¹ exempelvis vid krav på försäkringsersättning och andra förmåner⁴² – åtminstone inom ramarna för inte alltför intima och känsliga områden. Det råkar till och med vara så, att Europadomstolen dömt i ett mål som i princip är en dubbelgångare till det nu aktuella – med enda undantaget att den klagande stämt rätt part, dvs staten. I fallet *Verliere mot Schweiz (2001)* hade också ett försäkringsbolag låtit övervaka och fotografera en försäkringsstagare, som gjorde anspråk på ersättning, i syfte att kontrollera om hon hade så allvarliga skador som hon angett. Talan gällde därmed om schweizisk rätt gav tillräckligt skydd mot åtgärder, vilka kunde kränka rätten till privatliv; Europadomstolen fäste vikt vid det legitima syftet med övervakningen, varför domstolen nådde konklusionen att artikel 8 inte hade kränkts. Som så ofta, måste det som benämns en ”rättighet” vägas mot *andra värnade intressen* i en rättsstat, och kan inte tillåtas bli ett odiskutabelt hinder för den rättsliga argumentationen och dess pragmatiska avvägningsoperation. Man måste således kunna skilja på argument om kärnan i, respektive avvägningar av, rättigheterna.⁴³ EKMR kan hursomhelst aldrig användas som ett generellt och undantagslöst stöd för någon form av ”rättighet”, att slippa upptäckt vid försök till brott,

40 Se vidare nedan, 3.2–3, om att staten rättsligt har att bära ansvaret för exempelvis kollektivavtalsinnehåll som den svenska rättsordningen godtar i strid med EKMR.

41 Jfr Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling s 554. Jfr även Bergendahl, Integritetsskyddet vid smygfotoografering (SvJT 2009) s 466, om andra berättigade intressen av smygfotoografering, exempelvis avseende den avslöjande journalistiken.

42 Se Van Kesbeeck Andersson, Försäkringsfusk (Stockholm 2011) s 146 ff och 158 ff, om fuskbekämpande åtgärder, samarbetet mellan försäkringskassor och försäkringsbolag samt problemet med förtroendet för systemet, för det fall ingen skulle ha något att förlora på fuskförsök. Se vidare Strömbäck, Oriktig uppgift vid skaderegleringen – några praktiska problem (FS Hellner, Stockholm 1984) s 635 ff, om ”mörkertalet” och svårigheterna att komma åt försäkringsbedrägerier via straffprocesser. Se även Beskow/Lind, Försäkringsbedrägerier i Sverige (NFT 2003) s 285 ff; Köhler, Försäkringsbedrägerier i Sverige – några synpunkter (NFT 1985) s 134 ff.

43 Jfr Graver, Bør alle krenkelsler likestilles? s 374 f, om att den rättsliga argumentationen utifrån EKMR ständigt innebär avvägningar av olika rättigheter mot varandra och av medborgarnas rätt till självbestämmande, varför det skulle vara mindre lyckat att entydigt – utan ett detaljerat nätverk av avvägningar – diskutera även gränsdragningsfrågorna som om de handlade om den konventionsrättsliga kärnan av övergrepp etc.

oberättigade krav eller underlåtenhet att fullgöra förpliktelser – exempelvis upphovsrättsbrott via Internet, försäkrings- och socialförsäkringsbedrägerier, skatteundanhållande etc. Givetvis innebär privatlivsskyddet i artikel 8, att en enskild ska ha rätt att hålla många saker hemliga – även, ja kanske främst, sådana omständigheter som är negativa, besvärande och känsliga. Men rättigheten stöter alltid på sin gräns vid vägningen av legitima intressen för andra – inklusive staten – att få kännedom om dessa förhållanden. Det som diskuteras i termer av integritetsskydd, innebär alltid en avvägning av vilken skyddad sfär den enskilde kan kräva gentemot den offentliga makten, den allmänna offentligheten och andra individer.⁴⁴ Det är givet att attityderna till vad som är trängande integritetsproblem varierar över tiden. Generellt gäller att kraven på myndigheterna är hårdare, medan man avseende andra privata subjekts ”snokande” ganska snart möter dilemman, att inskränkningar av deras rätt kan vara just ... en kränkning av privatlivet.

3.2 INDIREKT ”POSITIV” VERKAN – STATENS ANSVAR FÖR EGNA RESPEKTIVE ANDRAS FEL

Statens skyldigheter enligt EKMR har såväl en ”negativ” som en ”positiv” sida. Exempelvis är artikel 8 EKMR om skyddet för privatliv utformad på så sätt, att staten primärt har en ”*negativ skyldighet*” att inte agera så att enskildas privatliv kränks. Europadomstolens praxis visar, att staten också i vissa fall har en ”*positiv förpliktelse*” att värna individens rättighetsskydd.⁴⁵ Det kan – som i det kända fallet *von Hannover mot Tyskland (2004)*⁴⁶ – handla om att tillse att

44 För en översikt av rättsliga synpunkter på integritetsskydd, se SOU 2007:22, Del I s 445 ff; Aarli, Vern av ”privatlivets fred” (TfR 2005) s 527 ff, 539 ff och 558 ff; Abrahamsson, Integritetsskyddet i lagstiftningen (SvJT 2006) s 411 ff och 418 ff; Andersen, Hvornår er privatlivet beskyttelseværdigt? (FS Blume, København 2010) s 163 ff; Lögdberg, Personlighetsrätt (Stockholm 1972) s 82 ff; Schultz, Förtal och integritet s 207 ff; Strömholm, Individens skyddade personlighetsfär (Våra rättigheter V, Stockholm 2007) s 35 ff.

45 För exempel på sådana positiva förpliktelser för staten, se van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 353 ff, 739 ff, 784 ff och 836 ff; Janis m fl, European Human Rights Law (3 ed, Oxford 2008) s 153 ff och 389 ff. Se vidare om parallelliteten mellan negativa och positiva förpliktelser, Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis (4 uppl, Stockholm 2012) s 53 f och 65 ff; Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 28 f.

46 Se Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 66 ff, om liknande finska fall där en vägning mellan rättigheterna yttrandefrihet (artikel 10) och privatliv (artikel 8) fått göras, vid bedömningen av statens ansvar. Se även Janis m fl, European Human Rights Law s 272 ff, om engelska och amerikanska fall. Man kan notera, att dessa engelska och finska fall – med deras vägning av EKMR-artiklarna – inte innebär att man horisontellt ”skapar” en ny skadeståndsrätt utifrån konventionen, utan att man tillämpar nationella ansvarsgrunder, men att man vid avgörandet om en skadeståndsrätt ska ”uteslutas” låter artikel 8 och 10 inbördes belysa varandra. Se vidare Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 581 f, för en betoning av att Hannoverfallet handlade om konkurrerande rättigheter (privatliv och yttrandefrihet) och

de nationella myndigheterna, inklusive domstolarna, tillämpar de nationella reglerna på ett sådant sätt att privatpersoner kan ges ett reellt skydd, inklusive remedier, mot kränkningar från andra privata subjekt.⁴⁷ Kraven på positiva åtgärder måste vara rimliga, vilket i princip innebär att staten ska tillse, att rättsregler finns som ger ett tillfredsställande skydd samt att domstolarna håller kontroll över att denna befintliga reglering respekteras.⁴⁸

Att staten, mot bakgrund av vad som initialt är en kontrovers mellan privata subjekt, kan ha en positiv förpliktelse att häva kränkande behandling eller ha lagstiftning som förhindrar vissa åtgärder av privata subjekt mot andra är en sak,⁴⁹ men något stöd finns inte för att denna statens förpliktelse även skulle inkludera en skyldighet för en domstol, att ålägga enskilda civila parter skadeståndsansvar utöver den nationella regleringen.⁵⁰ Därmed kan man säga att terminologin ”*tredjemansverkan*” – eller ”Drittwirkung” (som blivit den internationella termen även i engelskspråkig litteratur) – är missledande, emedan ansvaret aldrig går över på tredje man utan stannar på staten.⁵¹

Om den nationella regleringen – exempelvis avseende förhindrande av enskildas intrång i andras privatliv – inte uppfyller de krav som EKMR ställer på staten, har staten brutit mot sina åligganden enligt konventionen. I så fall har *staten kränkt rättigheten* ifråga och kan bli skadeståndsskyldig, även om förvisso den positiva handlingen utförts av en enskild person, för vilken stat-

att det i Tyskland finns en grundlagsskyddad rätt till privatlivet, men att de tyska domstolarna vid tillämpningen av denna nationella reglering inte nått rätt balans.

47 Jfr Cameron, *An Introduction to the European Convention on Human Rights* s 117 f, om von Hannover-fallet och dess kontroversiella verkningar för den svenska pressen, inklusive skandalpressen. Se vidare van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 784 ff, om statens plikter avseende individers efterlevnad av artikel 10, som kan innefatta ansvar vid både uteblivet och för starkt skydd; jfr vidare a a s 788 ff, om relationen mellan artikel 10 och de övriga artiklarna, framförallt artikel 8 och 9.

48 Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* s 347; jfr a a s 428 ff och 468 f, om att dessa positiva åtgärder exempelvis kan vara beroende av en vägning av vilket intresse – privatliv enligt artikel 8 eller yttrandefrihet enligt artikel 10 – som i den konkreta situationen är mest skyddsvärt.

49 Exempelvis att nyttja eventuella gällande regleringar om förhindrande av publicering av paparazzibilder; jfr den ovan nämnda von Hannover- domen från Europadomstolen 2004. Angående att staten kan kränka en rättighet, genom att ha en lagstiftning som tillåter privata subjekt – exempelvis fackföreningar eller privatskolor – att åsidosätta andras rättigheter, se Palm/Ericsson, *Att klaga till Europadomstolen* (Stockholm 2005) s 36. Jfr även van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 186 ff; Harris m fl, *Law of the European Convention on Human Rights* s 342 ff och 446 f; Jacobs/White, *The European Convention on Human Rights* s 31 f och 51 f.

50 Se ovan, 3.1, samt jfr nedan, 3.4.

51 Harris m fl, *Law of the European Convention on Human Rights* s 20. Jfr även SOU 2010:87 s 150 f och 358 f.

en annars inte ansvarar;⁵² förvisso krävs också ett kausalsamband avseende att kränkningen sannolikt hade kunnat förhindras, om bristen på lagstiftning etc hade åtgärdats.⁵³

3.3 BEJAKAD "NEGATIV" VERKAN – "POSITIVT" FÖRHINDRANDE AV ANDRA KRAV

Enligt ovan, kan de positiva skyldigheterna stundtals ådra staten skadeståndsansvar för brister i skyddet mot enskildas störningar av diverse rättigheter;⁵⁴ däremot kan enskilda subjekt inte åläggas skadeståndsskyldighet direkt grundat på EKMR.⁵⁵ En annan sak är att en horisontell effekt kan uppkomma mellan enskilda på andra områden än avseende positivt åläggande av skadeståndsansvar. Om exempelvis ett förfarande enligt Europadomstolens praxis strider mot en EKMR-artikel (särskilt i fall då den ifrågavarande staten redan fällt) blir följden ett *förhindrat åberopande* av enskild part i en nationell domstol, för att underbygga ett fordringskrav som baseras på detta agerande. Om exempelvis staten fällt för kränkning av rätten till egendom (enligt tilläggsprotokoll 1 till EKMR), genom att ha en reglering som tillåter fackföreningarna att göra uttag av granskningsarvoden avseende oorganiserade arbetstagare, utan att det klart framgår vad medlen används till – *Evaldsson m fl mot Sverige (2007)*⁵⁶ – torde det vara en tämligen given konsekvens, att en eventuell talan i domstol från facket om utfående av dessa arvoden ska ogillas.⁵⁷ Det är att märka, att Europadomstolens fällning av Sverige i Evaldssonmålet således baserade sig på tilläggsprotokoll 1, inte artikel 11 om föreningsfrihet,⁵⁸ dvs de oorganiserades

52 Om dessa "indirekta" Drittwirkung-effekter, se Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 23. Se även Andenæs/Bjørge, *Menneskerettene og oss* (Oslo 2012) s 129 ff; Bergendahl, *Integritetsskyddet vid smygfotografering* s 460 och 462 f.

53 Se Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 24, med referens till praxis från Europadomstolen.

54 Se ovan, 3.2.

55 Se ovan 3.1.

56 Se om fallet, Danelius, *Europadomstolens domar – första kvartalet 2007* (SvJT 2007) s 454; Källström, *Granskningsarvoden och äganderätt* (MSVictorin, Uppsala 2009) s 320 ff.

57 En sak för sig är att de oorganiserade förvisso drar nytta av fackföreningens villkor och kontroll, varför man inte kan utesluta en skyldighet att betala ett granskningsarvode som reellt motsvarar kostnaden för det arbete som läggs ned. Se om detta, Källström, *Granskningsarvoden och äganderätt* s 323.

58 Jfr allmänt om statens positiva förpliktelser till skydd för föreningsfriheten, vilka även kan innefatta att ingripa i enskildas relationer, van Dijk m fl, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* s 836 ff; Janis m fl, *European Human Rights Law* s 320 f och 397. Se vidare van Dijk m fl, a a s 831 ff, om EKMR och erkännandet av den negativa föreningsrätten. Se även Källström, *Granskningsarvoden och äganderätt* s 318 och 320, om att det fortfarande får anses oklart vilket skydd den negativa föreningsrätten ska ges i de fall centrala fackliga intressen står på spel; jfr Källström, *Föreningsfriheten efter Sørensen och Rasmussen* (FS Seipel, Stockholm

rätt till deras egendom kränktes, när de i realiteten – genom löneavdraget som gick till facket – tvingades finansiera den förening man valt att stå utanför.⁵⁹ En granskningsavgift i sig ansågs inte kränkande, men däremot det faktum att åtgärden inte kunde anses stå i proportion till de allmänna syften, vilka systemet med den kollektivavtalsskyddade rätten att debitera ut avgiften avsåg att skydda; stor vikt fästes i det sammanhanget vid, att det inte gått att reda ut hur granskningsarvodena i praktiken användes av fackföreningen. Genom att ha en rättsordning som tillät dessa konsekvenser, hade alltså staten brutit mot den positiva förpliktelsen att skydda de klagandes intressen.⁶⁰

Arbetsdomstolen har i några fall på ett allmänt (och därmed otydligt) sätt uttalat, att EKMR kan åberopas i tvister mellan enskilda parter på arbetsmarknaden.⁶¹ Arbetsdomstolens uttalanden har inte konkret avsett skadeståndspåföljden, utan har haft en mer allmän syftning; och i det ovan (och strax nedan) nämnda fallet AD 2012 nr 74 uttryckte AD, att en enskild part inte kan grunda ett skadeståndskrav direkt på Europakonventionen gentemot en annan enskild part. Däremot kan EKMR indirekt få effekt avseende att förhindra myndigheterna (främst domstolarna) att låta enskilda parter genom-

2006) s 311 ff.

59 Jfr Sigeman, Gustafsson domens konsekvenser för svensk arbetsrätt (Agell, red, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden, Uppsala 1999) s 66 ff, som före 2007 års Ewaldsson dom diskuterade, huruvida den negativa föreningsrätten kunde kränkas genom löneavdrag som innebär bidrag till fackföreningens allmänna verksamhet; han konkluderade att det låg nära till hands att det skulle anses som en kränkning, men att slutsatsen inte var självklar. Jfr vidare Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 540 ff; Källström, Föreningsfriheten efter Sørensen och Rasmussen s 308 ff, om den negativa föreningsrätten och EKMR.

60 Se vidare om proportionen mellan en vidtagen åtgärd och de intressen den värnar, Källström, Proportionalitetsprincipen i svensk arbetsrätt (FS Fahlbeck, Lund 2005.) s 398 ff. Jfr även SOU 2010:87 s 148 f; Harris m fl, Law of the European Convention on Human Rights s 10 f och 358 f. Jfr vidare Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp I (Stockholm 1986) s 69 ff, om den känsliga frågan kring lagstiftning som kränker enskilda rättigheter till förmån för annan enskild person eller organisation.

61 Se exempelvis AD 1997 nr 57; AD 1998 nr 17; AD 1998 nr 97; AD 2001 nr 20. Jfr Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 90 ff, med diskussion av EU-rättens så kallade triangulära direkta effekt eller spärrverkansseffekt, vilken innebär att EU-domstolens avgöranden avseende unionsrättsstridiga nationella bestämmelser som sidoeffekt får verkningar för enskilda parter, som är inblandade i de aktuella situationerna. Källström, Kellerman och omfattningen av den negativa föreningsrätten (JT 1997–98) s 1160, anför att den nämnda ståndpunkten – att EKMR skulle fungera som civilrättsliga rättsregler – inte är självklar; han ifrågasätter om man inte kan ställa vissa ”kvalitativa krav” på en konventionsnorm, för att den ska erkännas som civilrättslig regel, nämligen att den ska vara ”så preciserad att den ger uttryck för en avvägning mellan de intressen som gör sig gällande”. Se vidare Källström, Föreningsfriheten efter Sørensen och Rasmussen s 312, om statens indirekta brott mot konventionen vid försummelser att på ett rimligt sätt tillförsäkra en medborgare föreningsfrihet.

driva krav, som skulle innebära att skyddet enligt EKMR åsidosätts (eftersom staten annars skulle begå en EKMR-kränkning, genom att ha en lagstiftning och domstolstillämpning som medför dylika överträdelser). Därmed kan man tala om en ”negativ” horisontell effekt, då privata krav inte vinner gillande – trots överensstämmelse med de inhemska rättskällorna – om de baseras på ett sakförhållande vars genomdrivande i domstol skulle innebära att staten begick en EKMR-kränkning.⁶²

Arbetsdomstolen visar i *AD 2012 nr 74* hur denna negativa effekt kan förhindra betalnings- och skadeståndskrav mellan enskilda (vilket alltså är den följdriktiga motsatsen till positiv horisontell effekt – med tillskapande av skadeståndskrav – som HD redan förkastat).⁶³ Fallet handlar om kontrollavgifter (ofta används termen granskningsarvode), vilka är konstruerade så att avdrag görs på arbetstagarnas lön för att bekosta fackets arbete med kontroll av ackordlistor. Bestämmelser om sådana avdrag finns i många kollektivavtal, och enligt dessa avtal ska arbetsgivarna genomföra avdraget avseende både fackanslutna och utomstående. I det nu aktuella AD-fallet var rollerna (och kraven) ombytta, jämfört med Ewaldssonfallet. Kärandepart i 2012 års mål var inte de arbetstagare som valt att inte vara med i facket, utan just den fackförening som ville få avdragen enligt kollektivavtal fullgjorda. Bakgrunden var nämligen, att ett antal arbetsgivare – i tiden efter Ewaldsson domen – underlätit att, avseende oorganiserade arbetstagare, göra det ifrågasvarande löneavdraget för fackförbundets räkning. Yrkandet i AD var således, att arbetsgivarna skulle åläggas skadeståndsskyldighet för kollektivavtalsbrott (och indirekt avsåg därmed talan, att arbetsgivarna i framtiden skulle genomföra dessa löneavdrag och inbetalningar till fackförbundet). Genom att Europadomstolen fällt Sverige för tillåtandet av just denna form av avtal – med löneavdrag till fackförening – skulle den ovan skisserade ohållbara inkonsekvensen uppstå, om domstolarna skulle behöva genomdriva krav baserade på dylika avtal. AD konstaterade att

62 Jfr Sigeman, Gustafsson domens konsekvenser för svensk arbetsrätt s 52, som anför exemplet med en pågående kränkning av den negativa föreningsrätten då tvisten dras inför domstol; han menar att en domstol i det läget förmodligen skulle anse sig berättigad, att förelägga den kränkande parten att upphöra med åtgärden – jfr samma uppfattning hos Agell, Gustafssonmålet och blockadåtgärder mot småföretag i rättspolitiskt perspektiv (Agell, red, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden, Uppsala 1999) s 106. Sigemans resonemang synes väl förenligt med den ovan anförda restriktiva linjen, att staten – exempelvis via domstolarna – kan behöva ställa upp med hjälp, så att den kränkande parten inte ”positivt” ska få dra nytta av kränkningen, medan statens positiva förpliktelser inte kan sträckas så långt så att man ”positivt” – dvs ”negativt” för den berörda – ålägger en civil part sanktioner i form av skadestånd.

63 Se vidare om fallet, H Andersson, EKMR:s ”negativa” horisontella effekt (InfoTorg Juridik, november 2012); Crafoord/Scheiman, Skadeståndsskyldighet vid rättighetskränkningar på arbetsmarknaden s 316 f.

kontrollavgiften var konstruerad på ett liknande sätt som granskningsarvodet i Ewaldsdomen. Utifrån en granskning av ingivet bevismaterial nådde AD även slutsatsen, att i vart fall viss del av avgiften fick anses bidra till förbundets allmänna fackliga verksamhet; vidare ansågs att de oorganiserades möjligheter att få insyn i hur avgifterna använts inte var stor, varför slutsatsen kunde dras att hanteringen av medlen inte varit genomskinlig. Likheter med Ewaldsdomen var därmed tämligen tydligt ådagalagda. AD konstaterade därvidlag, att om arbetsgivarna skulle ha gjort avdrag för icke-medlemmar, skulle detta ha stått i strid med skyddet för egendom i EKMR. AD anger uttalanden i doktrinen (bland annat av undertecknad) angående att förfaranden som enligt Europadomstolens praxis strider mot EKMR, knappast kan återopas av en enskild för att underbygga ett fordringsanspråk; enligt det synsättet innebär Ewaldsdomen, att svenska domstolar bör vägra att tillämpa de kollektivavtalsbestämmelser som innehåller otillåtna löneavdrag. *”Intresset av att hindra kränkningar av konventionen talar enligt Arbetsdomstolens mening starkt för att arbetsgivarna inte ska åläggas att betala skadestånd till förbundet för att de inte har följt en kollektivavtalsföreskrift när det skulle ha inneburit att vissa arbetstagares rättigheter enligt Europakonventionen skulle ha kränkts.”* Därmed avslogs fackförbundets talan.

Utifrån ovan redovisad teorikontext – med kravet på svenska domstolar att inte åstadkomma EKMR-kränkningar – kan man förstå det just citerade ”intresset av att hindra kränkningar” såsom riktat till domstolen själv; det är staten (via domstolarna) som ansvarar för kränkningar, och därför måste domstolarna via en positiv förpliktelse sörja för att undvika – dvs ”hindra” – en rättstillämpning som medför kränkningar. Med denna kontextuella inramning av kränkningen, ser man *parallelliteten mellan rättighets- och skyldighetsidan*: Det är staten som riskerar att kränka arbetstagarna, genom att inte följa den positiva skyldigheten att värna den konventionsbaserade rättigheten; däremot är det inte strikt korrekt att säga, att fackförbundet (eller arbetsgivarna) skulle ha kränkt rättigheterna (åtminstone inte i den meningen att rättighetskränkningen skulle ha kunnat följas av ett remedium). Förvisso kan man väl i vardagslag tala om att arbetstagarnas rättigheter ”skulle ha kränkts” om arbetsgivarna för fackets räkning gjort det ifrågakarande löneavdraget – bara man då inser att passivformen avseende den som ”kränkts” inte direkt relaterar till de agerande arbetsmarknadsparternas aktiva agerande (eller ”kränkning”) ... utan till statens kränkning för det fall man har en rättsordning och domstolar som genomför en dylik rättstillämpning.

3.4 MÖJLIG "POSITIV" VERKAN – TOLKNING AV NATIONELLA ANSVARSREGLER MELLAN ENSKILDA

Det är alltså en sak att låta EKMR ge ett "skydd mot krav" mellan enskilda, därför att staten – via myndigheter och domstolar – bör vara förhindrad att effektuera dylika anspråk.⁶⁴ Däremot är det en annan, och motsatt, sak – och en av HD avvisad möjlighet – att "skapa nya krav" (skadeståndskrav) mellan enskilda utöver den nationella regleringens ansvarsgrunder.⁶⁵ Den restriktiva horisontella tillämpningen synes endast inrymma, att "*negativt*" förvägra eller korrigera anspråk, så att domstolar inte ska vara behjälpliga med indrivandet av sålunda icke-berättigade krav, medan däremot ett "*positivt*" skadeståndsäläggande (direkt grundat på EKMR) mellan enskilda strider mot individernas rättssäkerhet.

En annan sak är att redan befintliga nationella skadeståndsregler kan användas – då skapas ingen ny ansvarsgrund direkt utifrån EKMR. Och om dessa regler innefattar *referenser till handlingsstandarder* – exempelvis avseende "skäliga" aktsamhetsnivåer, handlingsmönster och liknande – så kan EKMR-praxis avseende just sådan standard indirekt påverka bedömningen.⁶⁶ Då handlar frågan i princip om *culpaomdömet*, och därvidlag kan olika etiska och värderingsmässiga fragment ingå i avvägningen.⁶⁷ Men sådana influenser görs dock inom den interna nationella diskursens ram; och därvidlag kan man inte förvänta, att en svensk domstol skulle culpastämpla ett enligt svensk rätt accepterat beteende – och dessutom täcker exempelvis den vanliga culpapregeln vare sig ren förmögenhetsskada eller ideell kränkingsersättning. I de fall den nationella skadeståndsvärderingen skulle råka sammanfalla med de värderingar som associeras till EKMR,⁶⁸ kan förvisso en retorisk aktivitet förstärkas, men denna retorik är då egentligen överflödig.⁶⁹

64 Se ovan, 3.3.

65 Se ovan, 3.1.

66 Jfr Janis m fl, European Human Rights Law s 398, om påverkan på handlingsstandarder.

67 Se vidare HAndersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 63–109, om hur culpavärderingens differentiering och breda avvägningsoperation konkret genomförs.

68 Jfr Janis m fl, European Human Rights Law s 401.

69 Sigeman, Gustafssondomens konsekvenser för svensk arbetsrätt s 51 f, gör av rättssäkerhetsskäl en distinktion mellan kränkningar i respektive utom avtalsförhållanden, varvid endast det första fallet kan utfyllas med en sanktionsregel. Sigemans resonemang kan förstås som att man vid en svensk konventionskonform tolkning av redan befintliga civilrättsliga regler – dvs kontraktsrättens regler om skadestånd för ekonomisk skada – kan nyttja skadeståndspåföljden, och att således denna inhemska skadeståndsregel kan komma till användning utan att EKMR direkt skapar någon ny sanktion mellan parterna, medan det inte utan en sådan startpunkt går att skapa en helt fristående skadeståndsregel mellan enskilda.

4. KONSEKVENSTANKAR OM RÄTTSSÄKERHETEN

Det kan alltså tänkas situationer där staten blir skadeståndsskyldig för att inte – via regleringar eller myndighetsingripanden – ha förebyggt eller förhindrat enskilda, att störa andra enskildas rättigheter enligt EKMR. Men HD-beslutet *NJA 2007 s 747* visar, att den omvända situationen inte kan vara acceptabel från den enskildes rättssäkerhets synpunkt. Om en enskild agerar på ett enligt svensk rätt – och man kan tillägga ”tolkad fördragskonformt” för säkerhets skull – tillåtet sätt, ska denna enskilda part inte behöva bära ett ansvar för att staten ”egentligen borde ha tillskapat en rättsregel som förbjudit det faktiskt tillåtna handlandet”. Rättssäkerhetsaspekterna – som HD omnämnde avseende förutsebarheten för enskilda⁷⁰ – kan anses särskilt markanta, när privata parter nationellt blir involverade i tvister där internationell rätt tillämpas.⁷¹ Om den enskilde drabbades av en på så sätt oförutsebar skadeståndsförpliktelse, trots att denne agerat i enlighet med svensk rätt, skulle en position ha nåtts där man kunde tala om ett ”omvänt principalansvar”. Den enskilde skulle då få stå ansvar för att staten inte hindrat denne från att följa statens lagar, eller för att staten inte implementerat de och de reglerna som skulle ha förbjudit vad som nu var tillåtet. Även om *legalitetsprincipen* i artikel 7 EKMR endast gäller straffbestämmelser, kan man som en tämligen självklar – och varför inte ”fördragskonform” – grundprincip uppställa, att enskilda parter aldrig ska behöva bära ansvaret för statens försummelse vad avser att reglera sanktioner.⁷² Dessutom

70 Jfr även Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna s 582, som – före HD:s dom – tangerar motsvarande tankegång, då han menar att lösningen att lämna dessa avgöranden till domstolarna inte är tilltalande, eftersom dessa då genom en extensiv tolkning av den omtvistade Hannoverdomen skulle skapa en ny skadeståndsskyldighet i privata tvister: ”Det passar inte ihop med svensk rättskultur.” Jfr även avseende rättssäkerhetsaspekten, Jonsson, Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan mellan enskilda s 668 ff.

71 Man kan som jämförelse iaktta den betoning av ”rättssäkerhetsprincipen” – särskilt i betydelsen förutsebar rättstillämpning – som förekommer inom EU-rätten. Se om detta, Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder s 137 ff. Jfr T Andersson, Rättsskyddsprincipen s 34, 69 f och 96, om problemet med förutsebarhet inom EU-rätten, och att denna omständighet har en begränsande inverkan på sanktioner i horisontella förhållanden. Jfr även som exempel T Andersson, Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler (Uppsala 1999) s 129 ff, 146 ff och 161 ff; Wahl, Konkurrensskada s 68 ff och 159 ff, om olika svårigheter som måste övervinnas, för att nationellt skadestånd ska kunna utdömas vid överträdelse av de EU-rättsliga konkurrensreglerna. Jfr även Greer, The European Convention on Human Rights (Cambridge 2006) s 215 f, angående att framtolkandet av de positiva förpliktelserna – som tillägg till de direkta, negativa förpliktelserna att avstå från kränkningar – inte ens för staternas del är en klar och förutsebar operation. Jfr även Janis m fl, European Human Rights Law s 402 f, om att en utveckling mot att enskilda skulle behöva efterleva värderingarna bakom EKMR, skulle utvidga området på ett sätt som utifrån rättssäkerhetsaspekter vore långt ifrån klart.

72 Jfr van Dijk m fl, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights s 652, om kravet på straffrättsligt analogiförbud samt därmed kravet, att en lagöverträdelse måste vara klart definierad. Se även Cameron, Normkonflikter och EKMR (SvJT 2007) s 856 f, om förutse-

skulle ju en horisontellt verkande skadeståndsrätt mellan enskilda som följer svenska regler medföra, att alla dessa enskilda – som får betala skadestånd på grund av statens bristande implementering – kunde åberopa EKMR (och fördragskonform tillämpning av SkL) för att få skadestånd av staten.⁷³

Den nu betonade rättssäkerhetsaspekten gäller med särskild styrka avseende förhållanden som redan förelåg, då Europadomstolen konstaterade Sveriges kränkning avseende en företeelse som tidigare inte prövats. Folkrättsligt anses nämligen – utöver att EKMR inte kan åberopas direkt mellan privata rättssubjekt – att Europadomstolens domar inte har retroaktiv verkan för privaträttsliga förhållanden.⁷⁴ Skadestånd mellan enskilda är alltså uteslutet redan av det första skälet, medan ytterligare rättsverkningar enligt *retroaktivitetsprincipen* således endast kan komma ifråga för tiden efter den konstaterade kränkningen. Ewaldsson domen (2007) innebär därför exempelvis, att svenska domstolar nu bör vägra att tillämpa de delar av kollektivavtalen som innehåller det otillåtna löneavdraget för granskningsarvode;⁷⁵ för den nu aktuella tiden efter domen bör vidare en svensk domstol finna, att krav på företagare att skriva under sådana avtal inte är lagliga.⁷⁶ Vad gäller skadestånd för att dylika avtal om granskningsarvoden överhuvudtaget existerar och tillåts, är dock staten den enda part som kan stämmas; och genom klarläggandet i Europadomstolens dom, är en underlåtenhet att göra något åt saken konventionsstridig.⁷⁷ Retroaktivitetsförbudet ger vidare, att om det ovedersägligt är så att den svenska arbetsrätten vid den aktuella tiden tillät denna typ av åtgärd – och det är ju just detta faktum som föranledde fällningen av Sverige i Ewaldsson domen – blir den domen det

barhetskravets tillämpning i svensk praxis.

73 Jfr Janis m fl, European Human Rights Law s 402, om problemet med att de individer vars handlande anges påfordra åtgärder från det allmännas sida, själva har rimliga argument avseende att dessa restriktioner kan vara en kränkning av deras rättigheter.

74 Cameron, Europadomstolen och granskningsarvodena (Nordiskt nyhetsbrev, Arbetslivsinstitutet, EU & arbetsrätt nr 1 2007) s 1. Jfr vidare Cameron, a a s 2: "Kraven i EKMR är sällan klara och tydliga förrän Europadomstolen har talat (och inte heller alltid efter att den har talat). Det är således i allmänhet orimligt att en dom ges retroaktiv verkan, om den kan påverka andra privata rättssubjekt negativt." Jfr även T Andersson, Domstolsskapad rätt och retroaktivitet s 164, 175 och 178, om den motsatta principen för EU-domstolens domar, men att denna domstol dock har möjlighet att ge sina tolkningsavgöranden verkan endast för framtiden. Se Cameron, Högsta domstolens beslut om dubbelbestraffning ur konstitutionellt perspektiv (JT 2010–11) s 121 f, om en möjlig utveckling där Europadomstolen skulle kunna formulera sina domar på ett sådant sätt att de öppnar för nationella skadeständsprocesser.

75 Cameron, Europadomstolen och granskningsarvodena s 2.

76 Jfr Strømmer, Betydelsen av mobiliserande strukturer för fri- och rättigheter s 217 f, som diskuterar denna och andra eventuella konsekvenser av Ewaldsson domen.

77 Cameron, Europadomstolen och granskningsarvodena s 2. Se vidare om statens ansvar för möjliggörande av vissa kollektivavtal, Pellonpää, Europeiska människorättskonventionen s 23.

bästa möjliga argumentet gentemot en skadeståndstalan mot privat part (och samtidigt grund för talan mot staten som tillät detta rättsläge).

5. NÅGRA AVSLUTANDE ORD OM VIKTEN AV ORDEN

Kanske kan de nu berörda fallen från HD och AD även på sikt medföra, att man får renodla mer framkomliga och rättsligt motiverade sätt att nyttja EKMR i den juridiska argumentationen. I den svenska rättspraktiken har, som ovan nämnts, EKMR-åberopanden stundtals brukats i en – förvisso legitim – agenda för att söka förändra det svenska rättssystemet. Det är onekligen en i många sammanhang lovvärd ambition; men HD har också under de senaste åren åskådliggjort, att EKMR inte kommer att tillåtas bli en löslig rättsgrund, som kan användas för allehanda önskemål om genomgripande förändringar. Konventionen är, och ska verkligen vara, den enskildes sista tillgripliga trumf mot den offentliga makten. Men konventionen ska vara ett *juridiskt trumfkort*, inte en trumf mot juridiken. Det handlar inte om en trumf som, genom åkallanden av stora ord på rättens ytplan, kan undvika de juridiska resonemangens applicering och prövningen av alla detaljfrågorna – distinktionerna och differentieringarna, som ovan berörts – för att söka uppnå diverse önskade, men ännu ej rättsligt underbyggda, mål.

Som diskursutforskande teoretiker – med intresse för *differentierade detaljer i de argumentativa mönstren* – anser jag det mest givande, att undersöka de faktiska och rättsliga elementen på ett specificerande sätt. Vid ett närläsande studium av resonemangsbanorna – inklusive de faktiska omständigheter som dessa kan inordna – visar sig efterhand allt fler små intressanta aspekter som byggstenar för legitimerande rättsliga berättelser. Om man tvärtom startar med den avrundande omformuleringen av slutpunkten för den rättsliga avvägningen – ordet ”rättighet” – är risken uppenbar, att man når ytligt motiverade (dvs omotiverade) lösningar. Slutsatsen är ju redan satt som premiss, varför man alltid når målet. För om trollkarlen ur sin hatt drar fram en kanin (eller en så kallad rättslig slutsats om en så kallad rättighet) så har han nog egentligen inte trollat fram den (eller dragit en rättslig slutsats) utan helt enkelt i förväg placerat den i hatten. Detta kan förvisso vara ett retoriskt gångbart hantverk för en sakförare – och då helt i sin ordning, eftersom en praktiker ska jobba för sin klients sak. Men samma trick inom rättsvetenskapen (eller domstolarna) vore ju utslag av negligerande oförståelse inför den mångfacetterade väv av olikartade bedömningar, avvägningar och stegvisa resonemang som utgör juristens intellektuella arbete inför slutsatsen ... som kan sammanfattas som ”rättighet” om man så vill. Det är skillnad på ”resonemang” – som steg för steg är uppbyggda av rättskällefragment och hanteringsprinciper – och ett ”*punktuellt påstående*” om en viss (önskad) slutpunkt för ett (icke genomfört) resonemang.

Nå, vem som helst kan via en ytlig betraktelse notera att ordet ”rättighet” allt oftare dyker upp i den vardagliga juridiska diskussionen (exempelvis eftersom de i EKMR givna reglerna, skyddade positionerna och avvägningsbara intressena åsatts denna vokabulär). Ordet är oftast helt oskyldigt, och vid behov kan man säkert återskapa det egentliga och riktiga juridiska resonemanget med avvägningar i flera led. Men jag ger likväl läsaren rådet, att kritiskt fundera över om begreppet verkligen hjälper fram till de rättsliga lösningarna eller om – enligt ovan – det mest är en omskrivning för resultatet (varvid risken ju är att de utslagsgivande momenten och avvägningarna blir dolda). När jag får tid ämnar jag mera noggrant analysera och behandla den så kallade *rättighetsdiskussionen*. Men tills vidare hänvisar jag den läsande juristen (och juriststudenten), att i sitt dagliga värv vara uppmärksam på ordbruket. Det noggranna, mödosamma arbetet med stegvisa, intellektuellt hållbara resonemang – inklusive pragmatiska rättsliga avvägningar – kan aldrig bytas ut mot det enkla trumfandet av slutpunkten för resonemanget ... hur vackra ord man än väljer för att förföriskt omskriva denna avslutning. 🐱