

# Europakonventionen och svensk skadeståndsrätt

av Simon Arvmyren



Simon Arvmyren  
simon.arvmyren@tkl.dom.se

*Genom Europakonventionens allt större inflytande åberöpas grundläggande rättigheter vid svenska domstolar som kanske aldrig förr. En anledning till detta är måhända de möjligheter till skadestånd som erbjuds genom konventionsrätten. Härvid väcks frågan hur svenska domstolar skall hantera en sådan talan. Hur skall konventionsrätten behandlas inom den svenska skadeståndsrätten?*

## I. Inledning

Grundläggande rättigheter i Sverige skyddas främst av Europakonventionen (EK). Vid tillämpning av EK aktualiseras även frågan hur en kränkning<sup>1</sup> skall *gottgöras*. Härvid har anförts bl a dels att svensk, inhemsk, skadeståndsrätt inte i tillräcklig utsträckning medger gottgörelse av den kränkte och dels att EK i dessa fall bör inträda och fylla ut svensk skadeståndsrätt.

Den här artikeln tar därför sin utgångspunkt i *svensk skadeståndsrätt*. Syftet är att söka beskriva hur EK och Europadomstolens praxis kan förstås ur svenskt skadeståndsrättsligt perspektiv. Sättet att gottgöra en kränkning i det konventionsrättsliga systemet harmonierar inte med svensk skadeståndsrätt. EKs särskilda lösningar kan emellertid inte lämnas utan avseende utan måste tolkningsvis ges genomslag. En skadeståndstalan i svensk

domstol kan visserligen inte grundas direkt på EK.<sup>2</sup> EKs särskilda lösningar måste således passas in i det svenska skadeståndsrättsliga systemet och förstås ur dess perspektiv.

## 2. Allmänt om kränkning som ansvarsgrund

### 2.1 Skadestånd som gottgörelse

Den naturliga gottgörelsen av en kränkning är *skadestånd*. Alternativet är att enbart *fastställa* kränkningen. Skadeståndet är emellertid det enda medel som kan göra anspråk på att verkligen väga upp en kränkning. En fastställelse av en kränkning är visserligen viktig men knappast tillräcklig som gottgörelse.

**Simon Arvmyren** är tingsnotarie vid Kalmar tingsrätt. Artikeln utgör en sammanfattning av examensarbetet *Grundläggande rättigheter och skadeståndsrätt*, Stockholms universitet, ht 2003. *Handledare*: Bill Dufwa.

## 2.2 Prövning i två steg

Prövningen av en talan om en påstådd kränkning omfattar *två steg*. Först skall det ske en prövning av huruvida en enskilds rättigheter har kränkts eller inte, och herefter – om en kränkning anses föreligga – en prövning av hur kränkningen skall gottgöras.<sup>3</sup> I Europadomstolen (ED) sker prövningen enligt dessa två steg och en talan i svensk domstol bör prövas på samma vis.

## 2.3 Förutsättningar för kränkning som ansvarsgrund

Enligt artikel 41 EK utgör en kränkning en egen ansvarsgrund. En kränkning skall enligt ordalydelsen *alltid* gottgöras. Denna utgångspunkt medför att det inte finns särskilt utförlig praxis från ED avseende vilka förutsättningar för ansvar som därutöver skall vara uppfyllda. Den skadeståndsrättsliga bedömningen i det *andra steget* är helt enkelt inte särskilt utvecklad. Avsteg från rätten till skadestånd förklaras inte utifrån det skadeståndsrättsliga systemet utan tas för givna.

I svensk skadeståndsrätt utgör en kränkning *inte* en egen ansvarsgrund. *Tesen* som framförs här är emellertid att en motsvarande rätt till skadestånd för kränkningar ändå skulle kunna finnas om en kränkning med dess konsekvenser uppfyller de objektiva och subjektiva *förutsättningarna för ansvar* enligt svensk rätt. Skulle undersökningen visa att ansvarsförutsättningarna är uppfyllda i detta avseende krävs det inte att svenska domstolar vid varje kränkning också gör en heltäckande skadeståndsrättslig prövning. I princip skulle prövningen inskränka sig till den omfattning som görs i ED, dvs att fastslå att skadan beror av kränkningen och fastställa skadeståndets storlek.

Nyttan av en sådan tillämpning motiveras av att man härigenom kan undvika situationen att en svensk domstol i det *första steget* fastställer att en kränkning föreligger, men att ett skadeståndsyrkande ändå inte kan bifallas på

grund av begränsningar i svensk skadeståndsrätt. Det är olämpligt att ta det kränkande handlandet som sådant och låta det analyseras på nytt, istället för att se kränkningen som en egen ansvarsgrund.<sup>4</sup>

## 3. Objektiva ansvarsförutsättningar

Det finns olika sätt att exakt formulera de *objektiva* ansvarsförutsättningarna. Den här framställningen inriktas på huruvida skada föreligger samt vilken typ av skada som en kränkning kan medföra. Vidare skall skadan ha träffat annan än skadevållaren och det skall finnas ett orsakssamband mellan kränkning och skada. Slutligen får det inte föreligga omständigheter som utesluter ansvar.

### 3.1 Skada i följd av kränkning

Generellt sett måste man medge att det är svårt att tänka sig hur det skulle vara möjligt att kränka en enskilds grundläggande rättigheter utan att samtidigt orsaka en skada av något slag. Det framgår av flera grundläggande rättigheter att en kränkning av dessa oundvikligen innebär skada. Som exempel kan nämnas artikel 3 EK, som förbjuder tortyr och annan omänsklig eller förnedrande behandling. En kränkning av denna rättighet måste nödvändigtvis medföra att personskada i en eller annan form uppstår. Antingen fysiska skador på den mänskliga kroppen – även dödsfall – eller i vart fall olika psykiska skador.<sup>5</sup>

I svensk skadeståndsrätt är bl a många slags ideella skador undantagna. I praxis från ED finns det emellertid exempel på ett stort antal olika slags skador som har erkänts och ersatts. För de fall där det inte ligger i sakens natur att skada måste ha inträffat, bör man fråga sig om det ligger implicit i varje slag av kränkning av grundläggande rättigheter att skada har uppstått?

Spörsmålet aktualiseras av artikel 41 EK, vilken på engelska och franska lyder (författarens kursiveringar):

#### Article 41 – Just satisfaction

If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial *reparation* to be made, the Court shall, *if necessary*, afford just satisfaction to the injured party.

#### Article 41 – Satisfaction équitable

Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'*effacer* qu'imparfaitement *les conséquences* de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, *s'il y a lieu*, une satisfaction équitable.

Artikel 41 EK är en handlingsregel för ED. Dess innehåll och den praxis som utvecklats under regeln är emellertid av betydelse även för svenska domstolar. Artikel 41 EK existerar inte självständigt i förhållande till rättigheterna i EK. I svensk domstol skall förvisso skadeståndsbedömningen göras enligt svensk skadeståndsrätt och en inhemsk talan kan då inte uttryckligen grundas direkt på artikel 41 EK.<sup>6</sup>

När man läser artikel 41 EK framgår det att *reparation* skall ske, företrädesvis på det nationella planet, samt att gottgörelse skall utges av ED om det är nödvändigt. Den engelska texten – som svenska jurister verkar konsultera nästan uteslutande – talar *uttryckligen* om reparation. Reparation är ett vedertaget skadeståndsrättsligt begrepp.<sup>7</sup> Finns det behov av reparation måste det finnas en skada.

Den franska texten ger ytterligare vägledning. Där talas om "effacer [...] les conséquences" som liktydigt med reparation. Det står således helt klart att en kränkning har effekter – *konsekvenser* – och att dessa skall repareras. I ljuset av hur *principen om full ersättning* formuleras i franska skadeståndsdomar, ser man att språkbruket överrensstämmer med den i artikel 41 EK. En vanlig formulering i

domar från La Cour de cassation är: "[...] rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit [...]".<sup>8</sup> Det är slående hur innebörden i formuleringarna påminner om varandra.

Om endast ofullständig – eller ingen – reparation medges av inhemsk rätt, skall ED utge skäligen gottgörelse om så anses nödvändigt. Passusen "if necessary" eller på franska "s'il y a lieu" får antas syfta på nödvändigheten av gottgörelse beroende av huruvida reparation medgivits eller medges av inhemsk rätt eller inte.<sup>9</sup> När man läser den engelska texten får man uppfattningen att även andra omständigheter kan vägas in, men den franska versionen är mer omedgörlig. Det franska "s'il y a lieu" får närmast översättas med: "om det har ägt rum att" eller "om det har inträffat att", syftandes på den inskjutna satsen om ofullständig inhemsk reparation. Det engelska "if necessary" har inte alls samma exakta syftning och det är på denna den svenska översättningen olyckligtvis verkar vara baserad.

De båda versionerna måste tolkas tillsammans och det är naturligt att ge företräde till den version som ger mest ledning – den franska. Vidare gäller att om de två officiella texterna i något avseende kan tolkas olika skall den tolkning som bäst överrensstämmer med EKs syfte ges företräde.<sup>10</sup> Det bör vara den version som ger den enskilda *starkast skydd* som bäst överrensstämmer med EKs syfte, dvs den version som starkare än den andra medger att kränkning orsakar skada som skall repareras – dvs i förlängningen en rätt till skadestånd.

#### 3.1.1 Gottgörelse genom fastställelse av en kränkning

Det har invänts att en ovillkorlig rätt till skadestånd enligt EK inte finns eftersom ED även har erkänt "reparation" i form av *fastställelse* av en kränkning.<sup>11</sup> Mot bakgrund av vad som ovan framförts kan det verka märkligt att ED å ena sidan betonar hur allvarlig en kränkning

är och vilka oundvikliga ödesdigra konsekvenser den får för den enskilde i form av inte minst olika ideella skador, medan man å andra sidan använder sig av en form av ”reparation” som är helt okänd i andra skadeståndsrättsliga system. Det kan verka motsägningfullt, men har kanske sin förklaring?

Oavsett om det finns fog för uppfattningen att en kränkning faktiskt *alltid* medför någon slags skada måste en enskild som blivit kränkt naturligtvis kunna *bevisa* sin skada – om inte annat för att kunna fastställa att skadan är *orsakad* av kränkningen och *hur stort* skadeståndet skall vara. ED hamnar emellertid i ett dilemma om den kränkte inte har någon bevisning för att styrka sina påståenden om skada. ED måste i sådana fall avstå från att utge skadestånd även om den nästan helt säkert kan säga att skada faktiskt ändå uppstått. På något sätt måste den kränkte ändå bli kompenserad, då formuleringen i artikel 41 EK inte medger några undantag från skyldigheten att utge gottgörelse. I fallet *Engel m fl mot Nederländerna* uttalade ED angående huruvida skada uppstått först att (författarens kursiveringar):

“[the victims] do not *seem* to have suffered on that account”,

samt vidare:

“these three applicants have *not put forward any argument* capable of disturbing this provisional conclusion”.<sup>12</sup>

Offren hade sålunda inte presenterat bevisning att de lidit någon slags skada av kränkningen, vilket ED gör tydligt i sin dom.<sup>13</sup> Däremot säger ED inte att skada därmed inte har uppstått, tvärtom reserverar den sig och antyder att detta visst har varit möjligt. Klaganden, som har bevisbördan för att skada föreligger, kunde emellertid inte presentera någon bevisning. Avslutningsvis fastslår ED att fastställelse av kränkningen utgör tillräcklig gottgörelse.

Det är naturligtvis också möjligt att den enskilde överhuvudtaget inte gör några preciserade anspråk på skada, vilket i ännu större utsträckning gör det svårt för ED att utdöma skadestånd.<sup>14</sup>

Man kan naturligtvis fråga sig varför en klagande som inte lyckats visa på någon skada ens skall få gottgörelse i form av en fastställelse av kränkningen? Har klaganden inte styrkt sin skada borde inte gottgörelse utgå *överhuvudtaget*. Man kan också fråga sig hur fastställelsen av en kränkning kan anses vara en gottgörelse när det samtidigt är en *förutsättning* för att artikel 41 EK överhuvud skall kunna vinna tillämpning.

Dessa observationer sammantaget visar att fastställelse av en kränkning är en udda företeelse, vilken inte kan göra anspråk på att reparera någon påvisbar skada. Det är fråga om någon annan slags gottgörelse och kan inte tillåtas utgöra stöd för att skadeståndsansvar inte skall anses vara förhanden, ty denna populära ”slutkläm” i EDs domar har inget med skadestånd att göra. Däremot kan EDs behov av att alltid *åtminstone*, såsom gottgörelse, fastställa kränkningen tas som intyg för att om skada kan visas skall skadeståndsyrendet bifallas.

### 3.2 Olika typer av skada

I princip *alla* typer av skada kan inträffa i följd av en kränkning. *Sak-* och *personskada* är en naturlig följd av en kränkning av många av EKs rättigheter och dessa skador har också erkänts och ersatts.<sup>15</sup> *Renförmögenhetsskada* utgör inte något undantag härvid.<sup>16</sup>

När det gäller personskadorna är dessa ofta av den karaktär som kan jämföras med vad som brukar kallas *kränkning (lidande)* i svensk rätt, en särskild form av personskada.<sup>17</sup> Det är inte invändningsfritt att karaktärisera kränkning (lidande) som en personskada, skadan är i princip ideell. I EDs praxis görs uppdelningen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk skada och därmed slipper man gränsdrag-

ningsproblemet. Klart är emellertid att ersättningen för ideell skada går betydligt längre i EDs praxis, där även *ren ideell* skada ersätts. Text skulle det vara svårt att inordna den skada som någon lider vid en kränkning av skydd för familjelivet enligt artikel 8 EK under det kränkningensbegrepp som gäller enligt skadeståndslagen (SkL). Skadan kan utgöras av exempelvis förlorad tid tillsammans med barnet, missade personliga ögonblick eller helt enkelt avsaknaden av det grundläggande behovet av värme och kärlek mellan föräldrar och barn.<sup>18</sup>

### 3.3 Har skada träffat annan än skadevållaren?

Huruvida skadan träffat annan än skadevållaren bör inte bereda några större problem i praktiken. Frågan om skada träffat annan än skadevållaren har såvitt författaren känner till aldrig behandlats i det *andra steget* i EDs prövning av en talan. Detta har sin naturliga förklaring i att bedömningen i det *första steget* här måste bli helt prejudicerande. En stat kan inte kränka sig själv. Skulle klaganden identifieras med det allmänna kan kränkning inte föreligga och därmed inte heller skadeståndsskyldighet. Frågan kan omformuleras till huruvida kränkningen har träffat *annan än det allmänna*. Det blir här en fråga om gränsdragningen mellan det allmänna och enskilda.

Huruvida någon som påstår sig ha blivit kränkt också har rätt att få sin talan prövad av ED beror av reglerna om s k *aktiv legitimation*.<sup>19</sup> Här måste bortses från den rent folkrättsliga möjligheten för en stat att rikta en talan mot en annan stat, bara *individuella klagomål* är av intresse när det gäller skadeståndsaspekten.

Den individuella klagorätten regleras i artikel 34 EK (författarens kursiveringar):

Article 34 – Individual applications

The Court may receive applications from any *person, non-governmental organisation or group of individuals* claiming to be

the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

*Individer* har naturligtvis klagorätt och denna bör vara absolut, dvs även personer som är riksdagsmän, tjänstemän eller håller andra positioner inom det allmänna måste alltid kunna få en talan prövad av ED. Till och med vår statschef – kungen – bör kunna vända sig till ED om han gör det som privatperson och inte i egenskap av statschef. I vart fall har medlemmar av en före detta kungafamilj kunnat vända sig till ED med anspråk som uppstått i samband med att kungahuset avsatts från tronen.<sup>20</sup>

Vad gäller olika former av *juridiska personer* är rättsläget mera oklart. Självskrivet är att organ som är en del av staten, såsom myndigheter, inte kan få en talan sakprövad. Det är också klart att andra offentliga förvaltningsorgan – främst kommuner – inte anses ha klagorätt.<sup>21</sup> Detta gäller även när en kommun driver rent privaträttslig verksamhet.<sup>22</sup> Det är sålunda den juridiska personens *formella status* som främst verkar vara avgörande.

Frågan är emellertid om juridiska personer som otvivelaktigt inte är offentliga subjekt, men som ägs av det allmänna, uppfyller kravet på aktiv legitimation och kan få en talan sakprövad? Ett statligt bolag skulle troligtvis inte vara ”illojalt” och ställa en talan till ED eller ens i svensk domstol, men ett bolag ägt av en kommun torde inte alltid vilja visa samma hänsyn. Spelar det någon roll om bolagets verksamhet är i form av delegerad myndighetsutövning, annan förvaltning eller av rent kommersiell karaktär? Författaren känner inte till någon praxis från ED eller Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter (EKOM) som ger klart svar i frågan.

I målet *Ayuntamiento de Mula mot Spanien*

var frågan huruvida en kommun som drev privaträttslig verksamhet kunde få en talan prövad när den påstådda kränkningen innebar ett ingrepp i den privaträttsliga verksamheten. EDs fastslog att en kommun inte kan vända sig till ED oavsett vilken verksamhet som bedrivs. ED tog sålunda inte alls hänsyn till vilken slags verksamhet som bedrevs i det enskilda fallet utan såg strikt till den juridiska personens formella status. Skall samma princip tillämpas avseende privaträttsliga juridiska personer på motsvarande sätt bör dessa *alltid* kunna få en talan prövad av ED oavsett om det allmänna är ägare och oavsett om verksamheten består av delegerad eller på annat sätt överförd förvaltning. EKOM har emellertid vid behandling av offentligrättsliga juridiska personers talan även lagt vikt vid vilken verksamhet som bedrivits och verksamhetens stöd i lag. I målet *Ayuntamiento de X mot Spanien*<sup>23</sup> uttalade EKOM (författarens kursiveringar):

”[La Commission] constate que les collectivités locales sont des organismes de droit public qui *exercent des fonctions officielles* qui lui sont *attribuées par la Constitution et par la loi*.”

När det gäller delegerad eller på annat sätt överförd förvaltning, kan konstateras att privaträttsliga juridiska personer i sådana fall utför offentligrättsliga uppgifter. Denna förvaltning finner sitt stöd i lag och ytterst i konstitutionerna.<sup>24</sup>

Det kan tyckas orimligt att ett företag som till hundra procent ägs av stat eller kommun skall få vända sig i en talan om kränkning mot sin ägare. Möjligen skulle ED här finna att detta vore oskäligt mot det allmänna som inte har något att vinna på att kränka sitt eget företags rättigheter. Skulle detta vara fallet kan man konstatera en diskrepans med vad som gäller inom svensk skadeståndsrätt där varje juridisk person betraktas som en enhet för sig.<sup>25</sup> I svensk rätt bör här inte göras någon

skillnad vid vilken verksamhet som bedrivs i den juridiska personen. I avvaktan på ett avgörande från ED måste rättsläget betraktas som oklart.

### 3.4 Orsakssamband och adekvansbedömning

Det är självklart att det måste föreligga ett orsakssamband mellan en kränkning och en skada för att skadestånd skall komma i fråga. Det är däremot inte lika självklart att man också uppställer ett krav på att orsakssambandet skall vara adekvat.

Det finns tämligen omfattande praxis från ED om i vilken utsträckning det krävs orsakssamband mellan en kränkning och en skada. Det framgår av flera fall att ett sådant samband krävs. I fallet *König mot Tyskland* hade klaganden krävt ersättning för den ekonomiska skada han påstod sig ha lidit genom att hans yrkeskarriär ödelagts, samt att hans ära och yrkesmässiga rykte indirekt också svärtats ned. ED uttalade emellertid i sitt avgörande om huruvida det förelåg en kränkning av klagandens rättigheter enligt artikel 6 EK att den endast hade att bedöma det utdragna förfarandet i förvaltningsprocessen, inte huruvida indragandet av klagandens läkarlicens var befogat i sig. ED fastslår sedan:

”The various heads of injury possibly occasioned by the withdrawals [of authorisation] themselves cannot therefore be treated as relevant items.”<sup>26</sup>

ED nämner också *uttryckligen* att det måste finnas ett orsakssamband mellan kränkning och skada. Den använder då till exempel uttrycket ”causal connection” eller på franska ”lien de causalité”.<sup>27</sup>

När det gäller kravet på *adekvans* innebär detta enligt svensk rätt att rent slumpmässiga orsaker samt orsaker som är avlägsna inte skall medföra skadeståndsansvar. Såvitt författaren känner till har adekvanskravet aldrig ställts på sin spets i ED. Det är sålunda svårt –

eller omöjligt – att dra några slutsatser. Är det till exempel rimligt att skadestånd skall utgå till föräldrarna till ett barn som tvångsomhändertagits i strid med artikel 8 EK och som avlider i en brand orsakad av ett blixtnedslag i barnhemmet? Om barnet inte omhändertagits skulle det inte ha omkommit, men å andra sidan kunde en brand på grund av blixtnedslag likaväl ha inträffat i hemmet. Problemet är klassiskt inom skadeståndsrätten.<sup>28</sup> Det kan tyckas orimligt att sådana slumpmässiga skador skall ersättas, men å andra sidan kan man argumentera för att en kränkning är ett så förkastligt handlande att skadeståndsansvar skall utgå även för den här typen av skador. Man kan jämföra förhållandet med *principen om casus mixtus cum culpa* som är vedertagen i svensk rätt.<sup>29</sup> Tills vidare måste man utgå från att det inte ställs ett krav på adekvans enligt EK, då ingen praxis visar på att så skulle vara fallet.

### 3.5 Omständigheter som utesluter ansvar

I svensk rätt räknar man med *fyra* omständigheter som utesluter skadeståndsansvar: nödvärn, nöd, tjänsteplikt och samtycke.<sup>30</sup> Dessa frågor ger inte upphov till några större problem utan får vid fastställandet av om det föreligger en kränkning avgöras inom ramen för en proportionalitetsbedömning. När man tittar på systemet för gottgörelse av kränkningar undrar man emellertid om det inte kan finnas *ytterligare omständigheter* som utesluter skadeståndsansvar.

#### 3.5.1 Gottgörelse genom avräkning på strafftid

En omständighet som anförts till stöd för påståendet att det inte föreligger en ovillkorlig rätt till skadestånd för kränkningar av grundläggande rättigheter i EK är att ED vid frihetsberövanden i strid med EK har godkänt inhemska myndigheters *avdrag på strafftid* som tillräcklig gottgörelse.<sup>31</sup>

Den som begår ett brott har naturligtvis rätt att bli behandlad på ett sådant sätt att hans grundläggande rättigheter inte kränks. Trots detta går det inte att bortse från att kränkningen inte skulle ha inträffat överhuvudtaget om den dömde valt att leva efter de normer som samhället har satt upp. Förutsatt att det allmänna kompenserar den dömde för den *tidsutdräkt* som kränkningen har inneburit, vore det orimligt att den som själv försatt sig i denna situation skulle få ersättning i form av ett skadestånd för t ex ideell skada. Någon tid har den enskilde i princip inte förlorat eftersom han ändå skulle ha suttit fängslad motsvarande period om kränkningen inte inträffat.

Utöver de fyra klassiska omständigheterna som utesluter skadeståndsansvar måste man i svensk rätt räkna med att det kan finnas *ytterligare omständigheter* som har samma verkan.<sup>32</sup> En sådan ytterligare omständighet bör vara att en person som har begått ett brott måste *räkna med risken* att bli infångad och inspärrad. Om en brottsling sedan får sina grundläggande rättigheter kränkta genom en fördröjning i processen, förtar detta inte i någon grad förkastligheten av den egna handlingen. Det är fullt normalt att den enskilde vid fördröjd rättegång kompenseras genom avräkning på straffet, men det är orimligt att den enskilde *dessutom* skall få skadestånd för att han har utstått ett obehag i följd av sin brottsliga gärning. Något som han måste ha räknat med som en risk när han begick brottet. Det kan inte sedan spela någon roll att obehaget blev större än i normalfallet. Den brottsliga handlingen måste fortsatt ha sina konsekvenser och för detta skall inte den enskilde kompenseras, ty denna omständighet bör utesluta skadeståndsansvar.

INJA 1963 s. 39 har ett liknande handlande medfört att en skadelidande blev utan skadestånd på grund av att omständigheten uteslöt ansvar. Vid lek med explosiva varor skadades en av de fyra unga män som deltog. Skadan

var mycket allvarlig och kunde ha kostat offret livet. Leken utgjorde samtidigt vårdslöst handhavande med explosiva varor – en brottslig gärning. Den skadade mannen hade själv deltagit aktivt i leken och angående skadeståndstalan mot de övriga uttalade HD att skadeståndsskyldighet i och för sig förelåg, men att den skadelidande deltagit i samma utsträckning och *bort in sefaran* med sitt handlande. Detta uteslöt skadeståndsansvar för de övriga.

Det är vid en kränkning på motsvarande vis inte fråga om att skada inte anses ha uppstått i och med att en kompensation har skett med andra medel än skadestånd. Den kränkte kan ha upplevt en känsla av betydande osäkerhet och mått dåligt psykiskt på grund av detta. Inte heller kan man säga att det är fråga om en fullständig reparation att ge kompensation genom avräkning i strafftid. Tiden är bara en aspekt som måste vägas in. Ansvar är emellertid härvid uteslutet. Den bristande ansvarförutsättningen i detta fall rubbar dock inte på något sätt rätten till skadestånd vid kränkningar i övrigt.

#### 4. De subjektiva ansvarsförutsättningarna

##### 4.1 *Culpa* eller strikt ansvar

I svensk rätt är skadeståndsansvaret som utgångspunkt ett *culpaansvar* (2 kap 1 § SkL). Det allmännas skadeståndsansvar är också utformat på detta sätt även om bedömningen är objektiviserad i den meningen att det krävs fel eller försummelse för att ansvar skall inträda (3 kap 2 § SkL).

När det handlar om kränkningar av grundläggande rättigheter kan man emellertid ifrågasätta om det är lämpligt med ett ansvar som bygger på vårdslöshet. Alternativet är ett *rent strikt ansvar* för kränkningar och en sådan lösning bör överrensstämma väl med det allmänna rättsmedvetandet.<sup>33</sup>

Det kan med stor säkerhet fastslås att skadeståndsansvaret *enligt EK* är ett rent strikt ansvar. ED tar ingen hänsyn till om det allmänna har varit vårdslöst eller inte när den i det *andra steget* av sin behandling av ett mål skall avgöra frågan om gottgörelse. När en kränkning väl konstaterats i det *första steget* av bedömningen begränsar sig EDs intresse till vilken skada som uppstått och om det föreligger ett orsakssamband mellan kränkning och skada. Är dessa förutsättningar uppfyllda kommer ett yrkande om skadestånd att bifallas.

I det *första steget* av prövningen finns det däremot ett subjektivt moment – den så kallade *bedömningsmarginalen*.<sup>34</sup> Bedömningsmarginalen innebär att det allmänna har rätt till ett visst mått av godtycke, när den inskränker enskildas grundläggande rättigheter.<sup>35</sup> En kränkning föreligger således inte ovillkorligen vid alla inskränkningar. Det kan inträffa att en rättighet inskränkts av det allmänna, men att omständigheterna var så svårbedömda för staten att handlandet ligger inom bedömningsmarginalen och därmed ändå kommer att accepteras av ED.

Det finns ingen anledning att en *svensk domstol* i skadeståndspråget skall avgöra huruvida det allmänna har varit vårdslös eller inte, om den redan har fastslagit att en kränkning föreligger. Frågan om det finns omständigheter som kan ursäkta det allmännas handlande bedöms redan i det *första steget* och att göra en dubbel bedömning skulle kunna leda till det orimliga resultatet att det allmänna inte anses vara ursäktat avseende ansvaret för kränkningen, men slipper skadeståndsansvar för att man samtidigt inte förfarit vårdslöst. Författaren frågar sig om en sådan utgång överhuvudtaget är möjlig om de två systemen skall harmoniera?

Kritik har framförts mot påståendet att bedömningen i det *andra steget* av prövningen skulle vara grundad på ett rent strikt ansvar. Det har helt korrekt påståtts att flera av de artiklar som finns i EK – bl a artikel 6 EK –



innehåller begrepp som innefattar den typ av risk- och intresseavvägningar som kännetecknar culpaparekvisitet. Ett av dessa begrepp som anses visa att det inte kan vara fråga om ett strikt ansvar är ”inom skäligen tid”<sup>36</sup>, där ordet *skäligen* enligt ”traditionellt, svenskt, juridiskt språkbruk” inte kan medge en strikt ansvarsgrund.<sup>37</sup>

Denna kritik bygger på två missuppfattningar. För det första är det helt oväsentligt hur de begrepp som finns i EK tolkas enligt ”traditionellt, svenskt, juridiskt språkbruk”. Begreppen i EK är *autonoma* och svenska domstolar skall rätta sig efter EDs uppfattning om begreppets innebörd oavsett vilken betydelse begreppet har i svensk rätt.<sup>38</sup> För det andra sker här en *förväxling* av det *första* och det *andra steget* i EDs prövning av ett mål. Det kan inte påverka det rent strikta skadeståndsansvaret i prövningens andra steg, att det vid prövningen i det första steget finns faktorer som medger visst skön. EKs system har redan tagit detta i beaktning genom det allmännas bedömningsmarginal. Mycket talar för att det är fråga om ett rent strikt ansvar för kränkningar av EK.

### 5. Sammanfattande slutsatser

Skillnaderna mellan svensk skadeståndsrätt och skadeståndsrätten enligt EK går att överbrygga. Det går att skadeståndsrättsligt tolka de egenheter som EK uppvisar. Vid jämförelsen är det EDs erkännande av ett vidare spektrum av ideella skador som utgör den största klyftan. EDs praxis måste ges genomslag vid skillnader mellan de två systemen och vill inte svenska domstolar själva ta detta steg måste lagstiftaren ingripa. Enligt författarens åsikt finns det emellertid tillräcklig grund för att domstolarna själva skall kunna ta detta steg. Genom att låta ansvarsförutsättningarna anses vara uppfyllda i och med att en kränkning med dess konsekvenser fastställs är inte en lagändring nödvändig.

### Noter

- <sup>1</sup> Med ordet ”kränkning” avses i denna artikel en kränkning av grundläggande rättigheter om inte annat anges.
- <sup>2</sup> NJA 2003 s 217. Jfr dock angående skadeståndets storlek Scordino mfl mot Italien, beslut av den 17 mars 2003, Appl 36813/97.
- <sup>3</sup> Crafoord, C, Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen, Europarättslig tidskrift nummer 4, 2001, s 519.
- <sup>4</sup> En sådan tillämpning förordas emellertid av Andersson, H, Europakonventionen och nationella skadeståndsmål, Pointlex, juni 2003, s 5.
- <sup>5</sup> Jfr Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 98.
- <sup>6</sup> Jfr NJA 2003 s 217.
- <sup>7</sup> Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 37 f.
- <sup>8</sup> Se Dufwa, B, Flera skadeståndsskyldiga I, Stockholm, 1993, nr 114.
- <sup>9</sup> Jfr domare Verdross utveckling av sin dom i De Wilde, Ooms and Versyp (”lösdriveri”) mot Belgien, dom av den 10 mars 1972, Appl 2832/66 m fl. Jfr även Scordino mfl mot Italien, beslut av den 17 mars 2003, Appl 36813/97.
- <sup>10</sup> van Dijk, P, van Hoof, G J H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Haag, 1998, s 72.
- <sup>11</sup> Crafoord, C, Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen, Europarättslig tidskrift nummer 4, 2001, s 529 ff.
- <sup>12</sup> Engel mfl mot Nederländerna, dom av den 23 november 1974, Appl 5100/71 mfl, § 11.
- <sup>13</sup> Jfr även Benthem mot Nederländerna, dom av den 23 oktober 1985, Appl 8848/80, § 46.
- <sup>14</sup> Eckle mot Tyskland, dom av den 21 juni 1983, Appl 8130/78, § 24.
- <sup>15</sup> För en översikt av olika skador se Crafoord, C, Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen, Europarättslig tidskrift nummer 4, 2001, s 534.
- <sup>16</sup> Bergens Tidende mfl mot Norge, dom av den 2 maj 2000, Appl 26132/95, § 62.
- <sup>17</sup> Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 98.

- <sup>18</sup> Jfr Olsson (1) mot Sverige, dom av den 24 mars 1988, Appl 10465/83, § 102.
- <sup>19</sup> van Dijk, P, van Hoof, G J H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Haag, 1998, s 118.
- <sup>20</sup> Före detta Kung Constantinos av Grekland mfl mot Grekland, dom av den 23 november 2000, Appl 25701/97, § 3 och 61-66.
- <sup>21</sup> Sexton österrikiska kommuner (1) och några av deras kommunalråd mot Österrike, beslut av den 31 maj 1974, Appl 5767/72 m fl.
- <sup>22</sup> Ayuntamiento de Mula mot Spanien, beslut av den 1 februari 2001, Appl 55346/00.
- <sup>23</sup> Ayuntamiento de X mot Spanien, beslut av den 7 januari 1991, Appl 15090/89.
- <sup>24</sup> Jfr 11 kap 6 § 3 st regeringsformen.
- <sup>25</sup> Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 103.
- <sup>26</sup> König mot Tyskland, dom av den 10 mars 1980, Appl 6232/73, § 18. Jfr även Airey mot Irland, dom av den 6 februari 1981, Appl 6289/73, § 12.
- <sup>27</sup> Quaranta mot Schweiz, dom av den 24 maj 1991, Appl 12744/87, § 43.
- <sup>28</sup> Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 203.
- <sup>29</sup> A a s 213 f.
- <sup>30</sup> A a s 113 ff.
- <sup>31</sup> NJA 2003 s 414.
- <sup>32</sup> Hellner, J, Johansson, S, Skadeståndsrätt, sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s 120.
- <sup>33</sup> Motsatt åsikt företräds av Andersson, H, Europakonventionen och nationella skadeståndsmål, Pointlex, juni 2003, s 12. Andersson antyder att åtminstone kränkningersättning inte bör utgå för alla kränkningar utan bara de där ”intressen på ett tydligare sätt åsidosatts av myndigheterna”.
- <sup>34</sup> På engelska ”margin of appreciation” och på franska ”la marge d’appréciation”.
- <sup>35</sup> van Dijk, P, van Hoof, G J H, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Haag, 1998, s 83 ff.
- <sup>36</sup> På engelska ”reasonable time” och på franska ”dans un délai raisonnable”.
- <sup>37</sup> Andersson, H, Europakonventionen och nationella skadeståndsmål, Pointlex, juni 2003, s 5.
- <sup>38</sup> Danelius, H, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, Stockholm, 2000, s 59.