

# Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten

## Rättighetsargument

Av professor MÅRTEN SCHULTZ<sup>1</sup>

*Rättighetstanken har länge betraktats med skepsis i svensk rättskultur. Genom en serie avgöranden från Högsta domstolen har rättighetsargumenten fått en renässans i förmögenhetsrätten. I denna artikel undersöks och utvärderas vilka konsekvenser rättighetsterminologin får för den förmögenhetsrättsliga argumentationen ur praktiska, systematiska och argumentationsteoretiska perspektiv.*

### 1. Inledning

#### 1.1 Artikelserien

Denna artikel är den andra av tre artiklar som publiceras i Svensk Juristtidning under vinjetten ”Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten”. Den första artikeln, som publicerades i SvJT 2009 s. 946 ff. behandlade obehörig vinst-argument och en efterföljande artikel kommer att behandla komparativrättsliga argument. Förevarande artikel behandlar *rättighetsargument*.<sup>2</sup>

#### 1.2 Vad är ett rättighetsargument?

Rättighetsargument kan betyda många saker i juridiska sammanhang. Praktiskt verksamma jurister kanske i första hand associerar uttrycket med immateriella rättigheter. Det kan därför vara lämpligt att inleda med en terminologisk anteckning. ”Rättighetsargument” skall i denna

<sup>1</sup> En del av artikelns teser presenterades vid de Nordiska förmögenhetsdagarna i Oslo, 5 maj 2011. Jag vill härmed framföra mitt tack till de deltagare som därvid lämnade värdefulla kommentarer. Artikeln överlappar till viss del, men avviker också i väsentliga delar från, det anförande som jag höll på Nordiska juristmötet (NJM) i Stockholm i augusti 2011 och som kommer att tryckas tillsammans med NJM:s handlingar från mötet.

<sup>2</sup> Ämnet för förevarande artikel är föremål för ett så intensivt intresse i nuläget att det är omöjligt att upprätthålla idealet att kunna täcka in den svenska diskussionen på området. När denna artikel låg i korrektur har således ett viktigt bidrag kommit från Ulf Bernitz, se Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, Juridisk Tidskrift 2010–11, s. 821 ff. Vidare har Håkan Andersson publicerat två omfattande och djupa artiklar på Infotorg som, enligt uppgift, skall följas av en tredje artikel. Se Håkan Andersson, Den svenska EKMR-skadeståndsrätten (I) — lagregleringen, ansvarsförutsättningarna och ramverket för skadeståndsdiskussionen, publicerad på Infotorg.se den 22 juli 2011, och Den svenska EKMR-skadeståndsrätten (II) — europeiseringens diskurspåverkan och de ökade kraven på EKMR-argumentationens konkreta relevans, publicerad på Infotorg.se den 8 augusti 2011.

artikel förstås som argument som bygger på normer av abstrakt och fundamentalt slag och som kommer till uttryck i allmänna rättighetsstadgar, som regeringsformens andra kapitel eller Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna (Europakonventionen).

Rättighetsargument är alltså i förevarande sammanhang argument som hänger samman med grundläggande *mänskliga* rättigheter, vilket skall skiljas från andra former av rättighetsargument.<sup>3</sup> Ett rättighetsargument karakteriseras av åtminstone tre egenskaper, vill jag tentativt föreslå. Dessa egenskaper skall inte betraktas som absoluta krav, utan utgör ett försök att finna några hållpunkter för kategorisering. Egenskaperna är: 1) Hierarkisk placering; 2) Form; och 3) Relationen till traditionella rättskällor.

1) När det gäller den hierarkiska placeringen så karakteriseras rättighetsargument normalt, men inte nödvändigtvis, av att verka på en hög nivå, ofta den högsta nivån. Det går nog inte att föreställa sig positivrättsligt reglerade och tillämpbara rättighetsnormer som verkar underställda "vanliga" regler, t.ex. vanliga handlingsregler i lag eller annan förordning.<sup>4</sup> "Rättighet" skall således betraktas som ett djupare normativt argument än argument som tar stöd i "vanlig" lag.<sup>5</sup> Att hänföra sig till yttrandefriheten är ett djupare normativt argument än att hänföra sig till en viss regel i t.ex. brottsbalken.

2) Ett rättighetsargument är, formmässigt, ofta universellt konstruerat. Det är ett normativt argument som gäller helt generellt och för alla människor. Detta är dock en egenskap som inte alltid gäller. I vissa positivrättsliga inkarnationer kan rättighetsnormer ha en mer begränsad innebörd, t.ex. genom att rättigheterna tillskrivs enbart en

<sup>3</sup> Jane Wrights pionjärarbete på området, *Tort Law and Human Rights* (Oxford 2001 — en ny upplaga kommer enligt förlaget under 2012) har samma fokus som denna artikel, dvs. mötet mellan skadeståndsrätten och de mänskliga rättigheter som kodifierats genom Europakonventionen. Den framställning som idag är mest tongivande i många common law-rättsordningar, Robert Stevens *Torts and Rights* (Oxford 2007) har en betydligt mer extensiv syn på rättighetsbegreppet. I ett föredrag på den stora konferensen *Obligations* i Oxford den 16 juli 2010 förklarade Stevens närmare sin inställning. Stevens stora teori om att all skadeståndsrätt kan tolkas som ett skydd för rättigheter utgår från att det finns två former av rättigheter. Grundläggande rättigheter av universellt slag (som gäller mot alla) och som motsvarar plikter. Dessa normer tycks Stevens mena att vi alla accepterar och dessutom accepterar dem som närmast intrinsiskt givna: Vi har alla en skyldighet att inte äta barn. Andra rättigheter är däremot rättigheter enbart för att lagstiftaren har sagt att vi har sådana rättigheter, vilket Stevens exemplifierade med upphovsrätt. I en sådan uppdelning — om den nu är möjlig — är det framför allt den första typen av rättighetsargument som tas upp i denna artikel.

<sup>4</sup> Förhållandet mellan rättigheter som moraliskt ideal och deras positivrättsliga inkarnation är en av Sens centrala punkter i hans diskussion om rättigheter och rättvisa. Se Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Penguin, London 2009, s. 355 ff.

<sup>5</sup> I förordet till en komparativrättslig antologi om mänskliga rättigheter och rätten till privatlivet så förklaras det att "the concept of "human rights" with which we are concerned here entails that the rights or freedoms in question enjoy *enhanced* or *special* legal status and protection, over and above that provided by the ordinary domestic criminal or civil law". Se Dawn Oliver och Jörg Fedtke, *Human Rights and the Private Sphere*, New York 2007, s. 4.

viss etnisk grupp (som ursprungsbefolkningar) eller genom att begränsningar ställs upp. Men även där det finns sådana begränsningar är rättighetsnormer i allmänhet inklusivt formulerade. En särskild aspekt av detta är att rättighetsnormer ofta har en supranationell omfattning — normen formuleras på ett sätt som gör den språkligt applicerbar i andra rättsordningar än den som normens uttolkare eller ”stipulator” verkar i.

3) Ett rättighetsargument betraktas därtill ofta som speciellt ur rättskällesynvinkel, åtminstone av de som förordar rättighetsperspektiv i juridiken. Vad jag avser är att rättigheter antas gälla, i någon bemärkelse, oavsett om det finns positivrättsligt stöd i grundlag eller annan författning för sådana argument. Det är ofta en central aspekt av rättighetstanken. Rättigheterna kommer först, lagen kommer efteråt, men lagen tillför inte annat än en formalisering av ett redan existerande tillstånd. Som Michael Ignatieff, för att välja en känd rättighetsförespråkare, uttrycker det: ”Constitutions do not create our rights; they recognize and codify the ones we already have”.<sup>6</sup> Rättighetsnormer är rättsliga, men de är inte *enbart* rättsliga. Yttrandefriheten upphävs inte för att skyddsreglerna i Europakonventionen eller de svenska grundlagarna upphävs, enligt en sådan uppfattning. Det finns en naturrättslig ”touch” i denna karakteristik. Rättigheter uppfattas, således, som *normativt transcendentala*. Transcendentala argument har låg status i svensk rätt p.g.a. kopplingen till klassisk naturrätt, men inställningen i denna punkt kan motiveras med andra moraliska argument än vad som vanligtvis betraktas som naturrättsliga.

Dessa tre egenskaper kan utgöra hållpunkter för att skilja rättighetsargument från andra rättsliga argument. Det viktigaste härvidlag torde vara den första egenskapen, den hierarkiska placeringen.

## 2. Rättigheter och rättskultur

### 2.1 Inledning

Uttrycket äganderätt har inte mer betydelse än en papegojas pladder, framhöll Vilhelm Lundstedt på 1920-talet. Han fångar i det berömda uttalandet in den traditionella svenska inställningen till rättighetstanken. Rättighetstänkandet har stretat i motvind i det senaste seklets svenska rättspolitiska klimat. Motståndet mot rättighetsargumentet har varit teoretiskt motiverat och politiskt sanktionerat.

### 2.2 Teoretisk kritik: Uppsalaskolan

Det teoretiska motståndet mot rättighetstanken kan beskrivas utifrån de metaetiska och vetenskapsteoretiska uppfattningar som präglat svensk rättskultur sedan Uppsalaskolans dagar och som till stor del är en produkt av just denna skolas uppfattningar.<sup>7</sup> Härvid får särskilt

<sup>6</sup> Michael Ignatieff, *The Rights Revolutions*, 2 uppl., Toronto 2007, s. 28.

<sup>7</sup> Även Ulf Bernitz tar Uppsalaskolans tankar som startpunkt för intressanta reflektioner i en artikel som jag tyvärr fick tillgång till först när denna artikel låg i korrek-

Lundstedt, i egenskap av Uppsalaskolans mest betydelsefulla uttolkare på förmögenhetsrättens område, utgöra utgångspunkt för diskussionen.<sup>8</sup>

Hos Uppsalaskolan var rättighetskritiken mångbottnad. Rättighetsaversionen kan lämpligen betraktas i ljuset av Uppsalaskolans metaetiska program i stort. En rättighet är i detta sammanhang jämställt med ett *värde* och ett rättighetspåstående kan jämföras med ett *värdepåstående* — ur metaetisk synvinkel.<sup>9</sup> Min tolkning är att ett påstående som ”A har en äganderätt” i Uppsalaskolans paradigm, åtminstone hos Lundstedt, anses som metaetiskt likvärdigt och likställt ett påstående som ”A är ond”.<sup>10</sup>

Utifrån detta antagande kan, som jag förstår det, Uppsalaskolans kritik mot rättighetstanken anses ha haft ontologiska, sanningsteoretiska, epistemologiska, semantiska och metodologiska inslag.<sup>11</sup> Därtill fanns det nog, åtminstone hos Lundstedt, även en på moraliska eller närmast politiska grunder vilande skepsis.

Den *ontologiska* aspekten av kritiken innebar att rättigheter inte, i metafysisk bemärkelse, kunde anses ha en existens.<sup>12</sup> Existens skall förstås i en objektiv bemärkelse. Den fysiska världen har en objektiv existens, oberoende av mänskliga bedömningar eller kunskaper. Men rättigheter, eller ”rättigheter”, har inte någon sådan objektiv existens. (Uppfattningen att rättigheter kan ha en objektiv existens omfattas idag av begreppet värde realism, och är en grundtanke inom klassiska naturrättsläror, men är inte exklusiv för naturrättsliga uppfattningar.) Ett annat uttryck för den ontologiska uppfattningen hos Uppsalaskolan är *värdenihilism*.

tur, Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, Juridisk Tidskrift 2010–11, s. 821 ff.

<sup>8</sup> Lundstedt själv missade emellertid aldrig en chans att framhålla hur han influerats av sin läromästare Axel Hägerström och den ohejdade beundran Lundstedt därvid gav uttryck för står i bjärt kontrast till den nedlåtenhet och inte sällan blodtörst han uppvisade i polemik med sina samtida rättsvetenskapsmän. Som exempel på den märkligt underdåniga attityden kan tas Lundstedts bedömning av vilken betydelse Hägerströms forskning skulle få för de ”professionella romanisterna”: ”Sedan de hämtat sig från den första häpnaden över vad de genom hans arbete fått erfa, skola de icke kunna tillbakahålla sin beundran för den odödliga bragd, han utfört.” Vilhelm Lundstedt, Grundläggning av en ny rättsvetenskap, SvJT 1928 s. 460 ff., på s. 479.

<sup>9</sup> Det metaetiska arvet från Uppsalaskolan står framför allt att finna i arvet från Axel Hägerström. Lundstedt och andra efterföljare till Hägerström verkar i detta avseende i hög grad förhållit sig osjälvständiga till dessa filosofiska utgångspunkter för analysen. En fin introduktion till Hägerströms inställning i metaetiska frågor ges i Patricia Mindus, *A Real Mind*, Dordrecht 2009, s. 85 ff.

<sup>10</sup> Som Lundstedt sammanfattade det: ”[...]det icke finns något *objektivt* böra, följaktligen icke heller några rättigheter”, Vilhelm Lundstedt, Grundlinjer i skadeståndsrätten II:I, s. 533, n. 6.

<sup>11</sup> Patricia Mindus noterar att Hägerström anteciperade flera centrala frågor i samtida etik, Patricia Mindus, *A Real Mind*, Dordrecht 2009, s. 85. En pedagogisk metaetisk taxonomi återfinns hos Lars Bergström, *Grundbok i värde teori*, Stockholm 2004.

<sup>12</sup> ”[S]lutsatsen [blir] den, att det ur rättsvetenskaplig synpunkt *icke finns några rättigheter*.”, Vilhelm Lundstedt, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*, Uppsala 1942, s. 35

Den ontologiska uppfattningen har relevans för möjligheten att uttrycka *sanningar* (eller falskheter): Ett påstående om att A krossat B:s fönster är antingen sant eller falskt beroende på om A faktiskt krossat B:s fönster. Men ett påstående om att A kränkt B:s äganderätt kan inte vara sant eller falskt utifrån en sådan korrespondensmodell, eftersom det inte finns något faktiskt som påståendet kan korrespondera med på ett ur sanningssynvinkel relevant sätt.

Den *epistemologiska* aspekten av kritiken innebär att det inte går att ha kunskap, i någon relevant bemärkelse, i rättighetsfrågor. Inställningen kan tyckas naturligt hänga samman med den ontologiska och sanningsteoretiska aspekten, och enligt många uppfattningar gör den även det, men kunskapsbegreppet låter sig inte till fullo förklaras i termer av sanning eller existens.

Den *semantiska* kritiken innebär att påståenden om rättigheter är betydelselösa, eller möjligen meningslösa. Framför allt tycks det mig som att den semantiska tesen hos Uppsalaskolan tog sikte på rättighetspåståendens meningsfullhet, eller snarare, meningslöshet. Även den semantiska tesen kan anses följa naturligt av de övriga teserna, men det är möjligt att t.ex. kombinera uppfattningen att rättigheter saknar existens i metafysisk bemärkelse med den semantiska uppfattningen att rättighetspåståenden syftar till att beskriva en objektivt konstaterbar verklighet.<sup>13</sup>

Den *metodologiska* kritiken innebär att, mot bakgrund av de kritiska argument som nyss framhållits, rättighetsargument bör undvikas i den rättsliga diskursen, särskilt den rättsliga diskurs som förs med vetenskapliga ambitioner.<sup>14</sup> I praktiken visade det sig dock svårt att undvara rättighetsargument som därför kom att inflyta även i Lundstedts egna skrifter. Rättighetsargument borde dock betraktas som en form av skenargument som man möjligen kan unna sig av praktiska skäl om man gör tydligt att man inser att det är just skenargument.<sup>15</sup> (Ett utflöde ur denna metodologiska tanke var att ordet rättighet borde sättas inom parantes, "rättighet", för att signalera att begreppet saknade verklig förankring.)

<sup>13</sup> Det mest kända exemplet på denna uppfattning är John Mackies "misstagsteori". Enligt Mackie saknar värden existens i ontologisk bemärkelse och ett påstående i en värdefråga kan inte utvärderas utifrån hur det korresponderar med "verkliga" värden. Icke desto mindre strävar vi mot att fälla sådana omdömen, vi försöker så att säga det omöjliga.

<sup>14</sup> Lundstedt menade således, med ett märkligt åberopande av logikens slutledningar, att "det är *logiskt uteslutet* för rättsvetenskapen, när den vill framträda såsom vetenskap, att med dessa termer — "rättighet" [...] — avse de realiteter, som jag visat vara förhanden och för vilka jag av praktiska skäl bibehållit termerna, när detta på grund av sammanhanget icke behövde verka förvirrande.", Vilhelm Lundstedt, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*, Uppsala 1942, s. 41 f.

<sup>15</sup> Se vidare t.ex. Vilhelm Lundstedt, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget*, Uppsala 1942, s. 34 ff.

Dessa kritiska infallsvinklar anfördes med olika grad av precision och var till viss del implicit.<sup>16</sup> Den teoretiska kritiken innebar sammantaget att talet om rättigheter betraktades som tomt pladder, vilket inte kunde användas i seriösa samtal.

Nu har Uppsalaskolans teser förkastats och dödförklarats så många gånger att det kan framstå som onödigt att i detta sammanhang tilldelas dess uppfattningar så stort utrymme. Men det finns en anledning till att fortfarande påminna om skolans inställning härvidlag. Till stor del gör sig Uppsalaskolans kraftfulla kritik fortfarande gällande. I delar har kritiken ifrågasatts, kanske förkastats, men som program, som en vetenskapsteoretisk helhetslösning, har Uppsalaskolan inte förlorat sin betydelse.

Det har helt enkelt inte framförts några liknande "fullservice"-lösningar efter Uppsalaskolans program. Tvärtom tycks många av de teser som Uppsalaskolan i rättighetssammanhanget framfört betraktas närmast som sunt förnuft idag. Det är en upphöjd status skolan ingalunda längre förtjänar.

### 2.3 Politisk kritik

Förutom en teoretiskt motiverad antipati har rättighetsargument betraktats med skepsis även ur politisk synvinkel. Det politiska motståndet mot rättighetstanken tror jag i hög grad kan förstås utifrån den svaga svenska maktdelningstraditionen. Rättighetstanken ger makt till individen, på bekostnad av den offentliga makten. Tanken på en sådan mot den politiska makten motstående medborgarmakt uppfatta-

<sup>16</sup> Lundstedts tes var nog i första hand semantisk men hans kritik tog sikte även på andra aspekter. Rättighetsargument saknade enligt Lundstedt "betydelse", med vilket Lundstedt avsåg att de inte korresponderande mot något verkligt. Det är dock svårt att fånga in vad Lundstedt menade mer konkret med bristen på betydelse härvidlag. Enligt Lundstedt var alltså begrepp som "rättigheter" något som hörde till värdeomdömenas teoretiskt meningslösa kategori — omdömen om rättigheter var, i ordets egentliga mening, utan mening och borde därför undvikas i vetenskaplig diskurs. En central aspekt av detta var den värdenihilistiska tesen som innebar att värden inte kunde existera, och därmed inte heller ha sanningsvärde och ett omdömes förmåga att ha ett sanningsvärde var central för att kunna accepteras som ett rationellt argument. Lundstedt blandade emellertid ihop korten för sig själv. Inte nog med att rättighetsomdömen var meningslösa — de var dessutom falska. "As instances of the false notions in question the following may be mentioned: legal rights and duties, obligations, legal claims and demands, legal relationships (Rechtsverhältnisse), fault, guilt, liability, rules of law, (natural) justice etc.", Wilhelm Lundstedt, *Legal Thinking Revised*, Uppsala 1956, s. 16. Men om rättighetsomdömen, t.ex. påståendet att A har äganderätt till saken X, kan vara falska så kan de rimligtvis också vara sanna. De vetenskapsteoretiska svagheter i Lundstedts argumentation får ekon även i vår tids metoddebatt där det understundom framförs märkliga krav på att rättsvetenskapen skall uttrycka "sanningar", i något slags empirisk mening — ett krav som är grumligt ur såväl ontologisk, epistemologisk och metodologisk synvinkel. Lundstedt verkar i vilket fall inte ha något större intresse av att upprätthålla Freges redan under Lundstedts tid centrala distinktion mellan mening och betydelse (Gottlieb Frege, *Über Sinn und Bedeutung*, från 1892, finns tillgänglig på <http://www.gavagai.de/HHP31.htm> och i engelsk översättning, *On Sense and Reference*, på: [http://en.wikisource.org/wiki/On\\_Sense\\_and\\_Reference](http://en.wikisource.org/wiki/On_Sense_and_Reference)).

des som närmast subversiv i tider av socialstatsambitioner och distributiva rättviseideal.

Det finns även en annan maktdelningsaspekt som gör sig gällande. Rättighetstanken, i vart fall en rättighetstanke som kommer till konkret uttryck i rättstillämpning på nationell nivå, förutsätter också starka domstolar, som är beredda att skydda medborgare även mot parlamentets makt. Svenska domare har traditionellt fostrats i att vara lojala mot lagstiftaren (dvs. politikerna), inte minst genom att många domare varit verksamma som tjänstemän vid olika departement.<sup>17</sup> Det är ytterligare en förklaring till att rättighetsterminologin har varit en främmande fågel i de svenska domstolarna. Konsekvensen av ett rättighetsskydd är att de facto acceptera den offentliga maktens begränsningar, även där den — jmf. 3 st. i regeringsformens första regel — utövas under lagen.

Rättigheter är emellertid en fundamental aspekt av rättsstatsbegreppet.<sup>18</sup> Rättigheter är individens juridiska instrument mot majoritetens övergrepp. Genom rättsligt erkända rättigheter erhåller individen ett konkret verktyg för att förhindra intrång i hennes skyddade sfär, även om intrånget är sanktionerat eller tillåtet av den stat som styrs av majoriteten. Rättigheter är individens trumfkort.<sup>19</sup> Det är möjligheten för den enskilda medborgaren att få en gren av den offentliga maktapparaten — domstolarna — att skydda henne, även mot andra delar av den offentliga maktapparaten — staten, regeringen, kommuner och myndigheter.

Möjligheterna för de enskilda att få domstolarnas skydd mot den offentliga maktapparaten i övrigt har varit begränsade i det rättighetsaversiva paradigmen som präglat svensk rätt.<sup>20</sup> Men denna karakteristik

<sup>17</sup> Olof Ställvik för fram ett talande exempel i en intervju med en domare i sin framställning om domarrollen där den intervjuade beskriver sina kollegors integritet: "Jag har både träffat rejält självständiga domare [...] men också motsatsen; följsamma typer som ringer upp sin före detta kollega på departementet och hör efter "Hur var det nu egentligen vi tänkte om den här lagstiftningen"...", Olof Ställvik, *Domarrollen*, Uppsala 2009, s. 214.

<sup>18</sup> Rättigheter brukar dock ibland diskuteras ur ett närmast motsatt perspektiv: Rätten att handla *i strid med* rättsordningens normsystem, jmf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass. 1978, s. 186 (avsnittet i Dworkins berömda uppsats bär rubriken "Rights and the right to break the law").

<sup>19</sup> Metaforen med rättigheter som trumfkort är Dworkins, se Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, i Jeremy Waldron, *Theories of Rights*, Oxford 1984.

<sup>20</sup> En aversion mot mänskliga rättigheter kan ha olika prägel. Den kan vara substantiell och utgå från att rättighetstanken bygger på ett felaktigt antagande om mänsklig individualism. I Marx kritik mot de politiska rättighetsskyddande dokumenten som producerades i USA och Frankrike på 1700-talet var udden riktad mot vad han såg som den missriktade tron på individen som en autonom och frikopplad varelse, som en "isolerad monad". (Se Karl Marx, *On the Jewish Question* från 1844, som finns på Internet-samlingen med Marx-texter, <http://www.marxists.org/archive/marx/works/1844/jewish-question/index.htm>). Kritiken itereras f.ö. även i moderna utlöpare av den marxistiska traditionen, se t.ex. Costas Douzinas och Adam Gearey, *Critical Jurisprudence*, Oxford 2005, s. 179 och Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford 2000. En aversion mot rättigheter kan emellertid också vara riktad mot rättighetsterminologin, mot språket. Uppsalaskolans kritik var, liksom den logiska

utgår från den traditionella placeringen av rättighetsfrågan som en del av den offentliga rätten.

När svenska politiker har argumenterat för eller emot att domstolarna skall få makten att underkänna en lag genom att hävda att den strider mot grundlagen eller annan lag har de offentlighetsrättsliga aspekterna fått stå i förgrunden: Grundlagens regler och frågan om en konstitutionell domstol. Det är även dessa aspekter som stod i centrum för grundlagsutredningens nyligen avslutade arbete (vilket mynnade ut i det principiellt viktiga ställningstagandet att svenska domstolar skall få större makt att överpröva lagstiftarens bedömningar, som emellertid knappast kommer att ha någon avgörande betydelse för rättighetskyddet i ett kortare perspektiv).<sup>21</sup> Det är också där de flesta politiska kommentatorer har ställt in sin radar. Men medan rättighetsmotståndet levde vidare i den offentlighetsrättsliga diskursen så växte ett reellt rättighetskydd fram i privaträtten.

### 3. Rättigheter och privaträtt

Det finns en allmän tendens i västeuropeiska rättsordningar mot att låta mänskliga rättigheter spela en betydelsefull roll i privaträtten. Tendensen gör sig gällande på olika sätt. Det vanligaste torde vara att Europakonventionen ges effekt i privaträttsliga relationer. Det bör redan inledningsvis framhållas att det är ovanligt att med enbart Europakonventionen (eller dess nationella inkarnationer då konventionen införlivats i ett nationellt system genom lag) eller andra människorättsnormer ålägga privaträttsliga rättssubjekt skyldigheter eller handlingsplikter, sanktionerade genom rättsmedel som skadestånd eller straff (vad vi kan kalla för *direkt horisontell effekt*).<sup>22</sup> Ur ett kompa-

positivismens (en beröringspunkt som noteras i Georg Henrik von Wright, *Logik, filosofi och språk*, Nora 1994, s. 150, n. 15), i hög grad språkligt orienterad, ehuru förvirrad (se ovan n. 17). I den mer politiskt orienterade moderna debatten så är det framför allt Mary Glendons *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York 1991, som artikulerat idén om att rättighetsargument är meningslösa.

<sup>21</sup> Se vidare SOU 2008:125, s. 357 ff.

<sup>22</sup> I tysk rätt har en livlig diskussion förts om Europakonventionens direkta tillämplighet, s.k. "direkte Drittwirkung", i privaträttsliga relationer mellan privaträttsliga subjekt, men förespråkarna för denna approach tycks inte ha haft någon större framgång med att övertyga majoriteten eller, för den delen, de juridiska institutionerna. Se vidare Reinhard Ellger, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, i Daniel Friedmann och Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford 2003, s. 161 ff., på s. 166 (med referenser till den ledande förespråkaren för "direkte Drittwirkung", H. C. Nipperdey, i n. 19.) I engelsk rätt har Europakonventionen införlivats genom Human Rights Act (HRA) från 1998, som förbjuder offentliga institutioner — i vid mening — att handla i strid med Europakonventionen. (Se Hugh Beale och Nicola Pittam, *The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law*, i Daniel Friedmann och Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford 2003, s. 131.) Liksom i t.ex. den svenska SFS som införlivade Europakonventionen i det nationella systemet finns det inget i den engelska HRA som antyder att konventionen skulle ha någon effekt på privaträttsliga relationer. Icke desto mindre har vissa författare hävdats att konventionen har en direkt horisontell effekt, med innebörden att en domstol skulle kunna ålägga en enskild skyldigheter

rativrättsligt perspektiv är det förmodligen bara sydafrikansk lag som uttryckligt tillskriver mänskliga rättigheter en direkt horisontell effekt, om än med begränsningar.<sup>23</sup>

Det är däremot förhållandevis vanligt att Europakonventionen anses ha en *indirekt* eller *svag* effekt i privaträtten (vad vi kan kalla för *indirekt horisontell effekt*)<sup>24</sup>. En indirekt horisontell effekt uppnås genom att den nationella rättsordningen utvecklar rättsmedel vartefter som syftar till att se till att enskilda har rättsliga instrument för att skydda sina rättigheter och friheter även mot privaträttsliga rättssubjekt.

Ur ett svenskt perspektiv har skyddet för mänskliga rättigheter historiskt betraktats som en offentlighetsrättslig angelägenhet, om det har betraktats som en "angelägenhet" över huvud taget.<sup>25</sup> Genom en serie avgöranden från Högsta domstolen har detta emellertid kommit att förändras, på djupet, på kort tid. Även för svenskt vidkommande är det Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna som har utgjort nyckeln för att låsa upp dörren till en rättighetsdiskurs i privaträtten.<sup>26</sup>

Europakonventionen har visat sig kunna användas i juridiska sfärer där regeringsformens rättighetskatalog varit verkningslös eller tam.<sup>27</sup> Genom att konventionen kommit att betraktas som en självständig rättskälla i civilrätten, i vart fall i skadeståndsrätten, har ett de facto-rättighetsskydd av betydelse kommit att utvecklas.

#### 4. Skadeståndsrättens äktenskap med Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna

##### 4.1 Skadeståndsansvaret för det allmänna

Bakgrunden till den rättighetsorienterade skadeståndsrätten står att finna i utvecklingen av skadeståndsreglerna för det allmänna.<sup>28</sup> Tidi-

direkt på grundval av konventionen, se främst Sir William Wade, *Horizons of Horizontality*, 116 *Law Quarterly Review*, s. 217 ff. (2000).

<sup>23</sup> Se Sydafrikas Bill of Rights, artikel 8, som i sitt andra stycke stadgar att konstitutionella rättigheter binder privatpersoner: "if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right."

<sup>24</sup> Det här är en simplificering, men en simplificering som nog fortfarande är nödvändig i en svensk kontext där diskussionen om horisontell effekt av mänskliga rättigheter fortfarande är i sin linda. Se för en betydligt mer finkornig taxonomi, Alison Young, *Horizontality and the Human rights Act 1998*, i: Katja Ziegler (red.) *Human Rights and Private Law: Privacy and Autonomy*, Oxford 2007, s. 35 ff.

<sup>25</sup> Privaträtten som disciplin bygger på en tanke om parternas likhet inför lagen och makten medan den offentliga rätten utgår från motsatsen, vilket återspeglar sig i såväl processuella som materiella regler. Jmf. Daniel Friedmann och Daphne Barak-Erez, Introduction, i Daniel Friedmann och Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford 2003, s. 1.

<sup>26</sup> Konventionen är införlivad i Svensk Författningssamling genom SFS 1994:1219.

<sup>27</sup> Se för en plaidoyer för att tillmäta RF:s rättighetskatalog större betydelse i skadeståndsrätten, Clarence Crafoord, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009 s. 1062.

<sup>28</sup> Se för reflektioner kring denna viktiga utveckling Håkan Andersson, *Nationell EKMR-skadeståndsrätt — en argumentativ probleminventeringsskiss*, JFT 2007, s. 377 ff.; Percy Bratt och Jan Södergren, *Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet*, ERT 2000, s. 407 ff., Ian Cameron, *Skadestånd och Europakon-*

gare var skadeståndsansvaret för offentliga institutioner och makthavare begränsat. Även idag är rättsordningens inställning i alla fall delvis att *the king can do no wrong*, men tidigare så sträckte sig ansvarsfriheten över fler offentliga institutioner.<sup>29</sup>

Genom skadeståndslagen från 1972 tillförsäkrades medborgarna en rätt att söka skadestånd för skador vållade inom ramen för det allmännas verksamhet genom 3 kap. 2 § i lagen.<sup>30</sup> Regeln innebar att skadeståndsskyldigheten för skador orsakade av verksamheter som hörde till det "allmänna" allokterades till två ansvarssubjekt: Staten och kommunerna. Dessa ansvarssubjekt svarar således för fel eller försummelse inom sina respektive ansvarsområden, men också för ansvarsgrundande myndighetsutövning hos "underliggande" myndigheter.

Ansvaret begränsades inledningsvis genom den s.k. standardregeln i dåvarande 3 kap. 3 § skadeståndslagen till de fall då felet kunde anses innebära ett åsidosättande av de krav som med hänsyn till verksamhetens art och ändamål rimligen kunde ställas på dess utövning. Standardregeln avskaffades genom en reform 1989.<sup>31</sup>

Det finns emellertid begränsningar i ansvaret. Även det allmännas ansvar vilar på en *culpanorm*. Ansvar förutsätter således att den åtgärd för vilken staten eller kommunen ansvarar innebar "fel eller försummelse". Föreligger fel eller försummelse svarar staten eller kommunen för person- eller sakskador, samt — och det är en viktig skillnad jämfört med den "vanliga" culparegeln i 2 kap. 1 § skadeståndslagen — rena förmögenhetsskador. Vidare kan ansvar för brottsligt orsakade kränkningar numer föreligga.

ventionen för de mänskliga rättigheterna, SvJT 2006 s. 553 ff., Clarence Crafoord, Inhemsk gottgörelse för kränkning av Europakonventionen, ERT 2001, s. 519 ff., Sandra Friberg, Kränkningersättning, Uppsala 2010, s. 497 ff., Jan Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling, JT 2008–09, s. 546 ff., Göran Lysén, Två rättsfall från HD: Förvirrade käpphästar eller ny brytningstid?, ERT 2005, s. 645 ff., Philip Mielnicki, Europakonventionen och skadeståndsrätten — till vägs ände? JT 2008–09, s. 357 ff., Märten Schultz, Rights Through Torts, European Review of Private Law 2009, s. 305 ff., Märten Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst, JT 2007–08, s. 140 ff., Jan Södergren, Rätt till skadestånd i Sverige på direkt grundval av Europakonventionen, JT 2004–05, s. 762 ff. (Södergren publicerar vidare fortlöpande rapporter om utvecklingen i sin serie av Axplock i ERT), Wiweca Warnling-Nerep, Skadeståndstalan mot staten — en allt vanligare företeelse?, JT 2004–05, s. 170 ff., Karin Åhman, Skadestånd på grund av konventionsbrott — eller har HD blivit naturrättare, JT 2005–06, s. 424 ff. Utvecklingen har nyligen kulminerat i ett lagförslag, i utredningen Skadestånd och Europakonventionen, SOU 2010:87. Mer om utredningen nedan.

<sup>29</sup> Statschefen — idag alltså konungen — är straffrättsligt ansvarsbefriad genom regeringsformens 5 kap. 8 §. Regeln säger emellertid inget om skadeståndsansvarsfrågan. I skadeståndslagen finns immunitetsregler för vissa institutioner, 3 kap. 7 och 9 §§.

<sup>30</sup> En utförlig analys av regeln, dess bakgrund och betydelse ges i Bertil Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 2 uppl., Stockholm 1996.

<sup>31</sup> Rättsutvecklingen beskrivs i Bertil Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 2 uppl., Stockholm 1996, s. 57 ff.

Regeln ger till synes utrymme för ett omfattande skadeståndsansvar för det allmänna. Men det finns en betydelsefull inskränkning. Regeln omfattar enbart sådan skada som uppstått vid *myndighetsutövning*. Myndighetsutövningsbegreppet är svårfångat. Det är dessutom av stor praktisk betydelse. Tolkas begreppet myndighetsutövning extensivt vidgas det potentiellt ansvarsgrundande området medan en restriktiv tolkning ger motsatt resultat.<sup>32</sup>

I vissa fall har myndighetsutövningskriteriet av lagstiftaren uppfattats som alltför begränsande. Det har särskilt aktualiserats vid förmögenhetsskador orsakade av felaktig information. Genom en ändring av skadeståndslagen infördes därför en särskild regel i skadeståndslagens tredje kapitel.<sup>33</sup> Den nya regeln syftade till att ge ett utvidgat ansvar för felaktig information.<sup>34</sup> Informationsansvaret gäller enbart för rena förmögenhetsskador och dess omfattning har därtill inskränkts genom att det krävs "särskilda skäl" för dess tillämpning. Regeln i 3 kap. 3 § har aldrig tillämpats av Högsta domstolen.<sup>35</sup>

Genom den ovan tecknade rättsutvecklingen har möjligheterna att utkräva ansvar från det allmänna accentuerats. Härmed har privaträttsliga rättssubjekt i motsvarande mån fått ökad tillgång till rättsmedel att använda mot det allmänna när skada uppstår i följd av offentlig verksamhet. Den på detta vis övergripande trenden mot ökade möjligheter till ekonomisk gottgörelse för skada från det allmänna understryks även av att liknande tendenser kan skönjas i den lagreglerade specialskadeståndsrätten.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> HD framhåller i NJA 1999 s. 291 att kriteriet tolkats restriktivt, med hänvisning till NJA 1985 s. 696 I och II, 1987 s. 535, samt 1990 s. 705. Men fullt så entydig är inte bilden. Av NJA 2001 s. 210 (jmf. härvid Bengtssons kommentar om detta i Bertil Bengtsson, Om skyddade intressen vid felaktiga myndighetsbeslut, JT 2002–03, s. 127), NJA 2001 s. 755 och NJA 2005 s. 568 får man en annan bild. Faktum är att enligt min mening även NJA 1985 s. 696 uppvisar en för den skadelidande tämligen generös tolkning av begreppet. Se vidare Bertil Bengtsson, Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen, 2 uppl., Stockholm 1996, s. 38 ff. (även om det härvid bör noteras att Bengtssons framställning är mer än 15 år gammal.)

<sup>33</sup> En bakgrund står att finna i fallet NJA 1987 s. 535, där HD (med 3 mot 2) ogillade en skadeståndstalan mot Konsumentverket efter att verket hade orsakat skada genom felaktiga uppgifter i ett pressmeddelande. Fallet uppfattades som otillfredsställande och ses som en orsak till den "nya" regeln. Se härom Göran Lambertz, Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter, JT 2004–05, s. 3 ff., på s. 15 f.

<sup>34</sup> Prop. 1997/98:105, s. 32 ff.

<sup>35</sup> När justitiekanslern för några år sedan i en artikel behandlade det allmännas ansvar framhöll han att regeln enligt hans information aldrig använts i domstol och heller inte i JK:s egen praxis. Göran Lambertz, Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter, JT 2004–05, s. 3 ff., på s. 16 f. Sedan dess har regeln i något fall använts i JK:s praxis men jag känner fortfarande inte till några avgöranden från domstol — inte heller från underrätter — där den tillämpats.

<sup>36</sup> Skadeståndsrätten har även utanför området för det egentliga rättighetsskyddet uppfattats som en funktionell disciplin när det gäller att korrigera vad som betraktats som oförrätter begångna av det allmänna. Ett redan litet bortglömt men intressant exempel på detta var den speciella lag om ersättning till personer som tvångssteriliserats som var i kraft under en kort period för att ge en möjlighet till upprättelse för offren. Lagen (1999:332) om ersättning till steriliserade i vissa fall

Denna skadeståndsrättsliga utveckling kan beskrivas på olika sätt. Ett sätt att beskriva den är att genom de ökade möjligheterna att få ersättning det skadeståndsrättsliga skyddet för mänskliga rättigheter har stärkts. Skadeståndsrätten ligger så att säga ovanpå rättighetsskyddet. Icke desto mindre har det funnits — och finns — brister i det skadeståndsrättsliga skydd som de traditionella rättskällorna tillhandahåller. Det har särskilt aktualiserats i samband med upplevda rättighetskränkningar där reglerna i skadeståndslagen anses alltför begränsande, antingen p.g.a. kravet på culpa eller myndighetsutövningskravet, eller då ansvaret på andra grunder, t.ex. genom skyddsintresseavvägningar, begränsats. Det är dessa brister som givit upphov till ett behov av att direkt med stöd i rättighetsnormer kunna ålägga det allmänna skadeståndsansvar.<sup>37</sup>

Regeringsformen innehåller i och för sig en rättighetsstadga. Ur praktisk synvinkel har denna visat sig ineffektiv. Det har således (ännu) inte ansetts möjligt att direkt på basis av normerna i RF:s andra kapitel tillerkänna en enskild skadestånd för rättighetskränkningar som inte omfattas av mer konkreta skadeståndsrättsliga normer.<sup>38</sup> Detta är bakgrunden till Europakonventionens inträde i skadeståndsrätten.

#### 4.2 Europakonventionen och svensk rätt

Sverige ratificerade tidigt Europakonventionen och var därtill bland de första nationerna att acceptera Europadomstolens mandat.<sup>39</sup> Inledningsvis fanns det nog något av en överlägsen inställning att Sverige inte skulle riskera att hamna under domstolens kritik särskilt ofta.<sup>40</sup> Inte nog med att Sverige klarat sig undan alltför stora utmaningar under kriget, Sverige var dessutom en väl fungerande demokrati utan några sentida upplevelser av folkmord, slaveri eller folk-

gav en möjlighet till ersättning fram till och med juni 2001. (Lagen behandlas i prop. 1998/99:71 och följdes upp i en skrivelse från Socialdepartementet Skr. 2000/01:73.) Ett annat exempel på hur det allmänna använder skadeståndet närmast ad hoc i bland annat situationer där det finns en bakomliggande "orättvisa" är ex gratia-ersättningen, se härom Bertil Bengtsson, Om ex gratia-ersättning, SvJT 2009 s. 325 ff. Ett tredje exempel återfinns i förslaget till ersättning till de "vanvårdade barnen", se SOU 2011:17.

<sup>37</sup> Relationen mellan de olika ansvarsreglerna kan ge upphov till avvägningar: I första hand bör de vanliga skadeståndsreglerna användas när så är möjligt. Högsta domstolen behandlade nyligen förhållandet mellan ansvar enligt myndighetsutövningsregeln i skadeståndslagen och Europakonventionen vid fel i samband med konkursbeslut, Högsta domstolens dom den 22 juni 2011, i T 1295-09.

<sup>38</sup> Se om detta t.ex. Ian Cameron, Damages for Violations of ECHR Rights: The Swedish Example, Swedish Studies in European Law 2006: s. 97 ff. Jmf. dock Clarence Crafoord, Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd, SvJT 2009 s. 1062 ff., där Crafoord argumenterar för ett ökat utrymme för skadeståndsrättsliga sanktioner vid överträdelser av de i RF:s 2 kap. skyddade intressena. Frågan behandlas även av Bertil Bengtsson, Skadestånd vid brott mot regeringsformen, SvJT 2011, s. 605 ff.

<sup>39</sup> Se härom Jacob W. F. Sundberg, Harakiri, Stockholm 2001, s. 127.

<sup>40</sup> Se vidare om konventionens bakgrund Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, Juridiskt Tidskrift 2010–11, s. 821 ff., särskilt inledningen.

fördrivningar: Ett sådant samhälle borde väl inte löpa risk att fällas för kränkningar av mänskliga rättigheter?<sup>41</sup> Denna självgodhet ställdes om inte tidigare på ända i och med fallet Sporrong och Lönnroth.

Sporrong och Lönnroth blev en vattendelare.<sup>42</sup> I avgörandet gjordes klart att svensk rätt inte levde upp till Europakonventionens krav. Effekterna av avgörandet blev dramatiska. Med Sporrong och Lönnroth öppnades svenskars ögon för att det fanns en extern instans som kunde pröva övergrepp eller övertramp begångna av nationella myndigheter eller domstolar.<sup>43</sup> Svenska medborgare blev efter denna ögonöppnare överrepresenterade i Strasbourg-statistiken och klagade mer på sin nationella rättsordning än medborgare från nymornade demokratier och nyligen krigshärjade stater.<sup>44</sup>

Allt fler svenskar fick således med Sporrong-Lönnroth klart för sig att Europakonventionen kunde vara sprängstoff i den svenska rättskulturen. Men rättighetsskyddet förblev om inte ihåligt så i alla fall i praktiken begränsat eftersom det var få förunnat att kunna klämma sig igenom nålsögat till Europadomstolen. Dessutom ökade med tiden antalet klagande till Europadomstolen markant vilket ytterligare försvårade möjligheterna till prövning av klagomålen — åtminstone inom rimlig tid. Situationen för Europadomstolen betraktas idag ofta som ohållbar när det gäller relationen mellan antalet inkommande klagomål (och de balanser som därvid uppstått) och domstolens kapacitet.

Ett reellt rättighetsskydd är därför en arbetsuppgift för de nationella rättsordningarna. Detta har även framhållits av Europadomstolen: Europakonventionen kan inte betraktas som enbart en angelägenhet för Europadomstolen om den skall ges reell effekt. Fröet till en sådan utveckling fanns i SFS 1994:1219 varigenom konventionen gjordes till svensk lag. Ett problem för att låta konventionen spela en viktig roll redan i de svenska domstolarna var dock att införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt inte innebar den skjuts för det nationella rättighetsskyddet som behövdes för att nå upp till kraven.

Europakonventionens införlivande blev, för att använda Ulf Bernitz bevingade ord, en halvmesyr. Konventionen gavs status av lag och en till konventionen hänvisande passus togs in i regeringsformen, men rättighetskatalogen fick inte den konstitutionella status som verkar

<sup>41</sup> Se på temat Carl H. Ehrenkrona, Svenska erfarenheter av Europakonventionen, Juridiska föreningen i Finland Tidskrift 1992, 25 ff., på s. 25 och Hans Danelius, Europadomstolen och den svenska rättsordningen, SvJT 1989 s. 654.

<sup>42</sup> Sporrong och Lönnroth mot Sverige, avgörande från 23 september 1982, Ser. A Vol. No. 88.

<sup>43</sup> Se om effekterna av Sporrong-Lönnroth i Carl Henrik Ehrenkrona, Svenska erfarenheter av Europakonventionen, Juridiska föreningen i Finland Tidskrift 1992, s. 25 ff., på s. 27 och Hans Corell, The European Convention on Human Rights: Swedish Experiences — Thoughts for the Future, i Festskrift till Lars Hjerner, Stockholm, 1990, s. 103 ff., på s. 113 ff. (där förändringen i atmosfären efter Sporrong-Lönnroth diskuteras).

<sup>44</sup> Se härom Jacob W.F. Sundberg, Om Europakonventionen och språnget österut, Tidskrift för Juridiska Föreningen i Finland 2003, s. 532 ff.

vara en förutsättning för ett effektivt rättighetsskydd. Närmare bestämt förblev förhållandet mellan rättighetsskyddet och den nationella lagstiftningen tunt. I och för sig skulle lagstiftaren beakta Europakonventionens rättighetsskydd men det fanns samtidigt inte några tydliga regler om hur åtgärder i strid med Europakonventionen effektivt skulle kunna beivras eller sanktioneras.

#### *4.3 Konventionen möter skadeståndsrätten*

Det var i stället i skadeståndsrätten som tanken på ett reellt rättighetsskydd med Europakonventionen (och inte regeringsformen) som bas lyfte. I början på 2000-talet aktualiserades frågan om det gick att erhålla skadestånd för kränkningar av Europakonventionen i svenska domstolar i frånvaro av annat rättsligt stöd än just konventionen. (De allra flesta rättighetskränkningar har naturligtvis sedan länge varit sanktionerade även enligt ”vanliga” skadeståndsrättsliga normer.)

Formerna för en sådan utveckling tedde sig till en början inte självklara. Europakonventionens normer är inte skadeståndsrättsliga till sin karaktär. I Europakonventionen finns förvisso en skadeståndsregel med Europadomstolen som adressat, men den regeln låter sig svårigen överföras direkt till en nationell kontext. Katalysatorn i utvecklingen blev konventionens artikel 13 som kräver av de nationella rättsordningarna att de tillhandahåller effektiva rättsmedel för de individer som faller under konventionens skydd.

#### *4.4 Utvecklingen i praxis*

##### *4.4.1 De första fallen*

De första målen som kom att prövas av Högsta domstolen rörde de processuella förutsättningarna för att få ett skadeståndsanspråk direkt grundat på Europakonventionen och inte den materiella frågan. 2003 prövade således HD om ett krav på skadestånd direkt på grundval av artikel 6 i Europakonventionen kunde avisas, vilket hade skett i underinstanserna, eller om det förtjänade en materiell prövning. I sak var det fråga om en begäran om ersättning efter en alltför långdragen handläggning i domstol.

HD fastslog genom NJA 2003 s. 217 att käromålet inte skulle avisas, trots att det i och för sig fanns brister i stämningsansökan (som inte, enligt domstolen, präglades ”av önskvärd tydlighet”). HD:s beslut tydde på en öppenhet gentemot Europakonventionen. Beslutet innebär dock inte att ett käromål direkt baserat på Europakonventionen kunde räkna med bifall men många bedömare tolkade nog beslutet som en fingervisning om att HD var öppen för att betrakta Europakonventionen som en skadeståndssanktionerad rättskälla. Justitiekanslern var dock mer skeptisk och framhöll att han för sin del betraktade vägen till skadestånd direkt på grundval av konventionen som svårframkomlig givet de begränsningar i rätten till ersättning som gäller

för det allmänna enligt ”vanlig” skadeståndsrätt. JK framhöll också behovet av lagstiftning.<sup>45</sup>

#### 4.4.2 Lundgren-domen

Paradigmskiftet — en beteckning som för ovanlighetens skull inte är en överdrift — kom genom NJA 2005 s. 462. 2005 års fall, den s.k. Lundgren-domen, rörde skadestånd för långsam handläggning i domstol. Lundgren, som fick vänta ungefär 8 år på ett slutligt avgörande efter det att han delgivits misstanke om brott, erhöll skadestånd för att hans rätt till en rättvis rättegång, skyddad genom artikel 6 i Europakonventionen, kränkts. Artikel 6 innefattar inte bara rätten till en opartisk domstol utan också rätten att få sin sak prövad inom rimlig tid. Tidsutdräkten i Lundgrens fall ansågs alltför omfattande och därmed hade hans rättigheter kränkts.

Högsta domstolen fick i fallet anledning att ifrågasätta ett antal föreställningar, varav en är närmast en dogm i svensk skadeståndsrätt. Ideella skador antas i allmänhet omfattas av rätten till skadestånd enbart om det finns ett särskilt lagstöd för detta. Sådant lagstöd finns i olika regler. Sedan några år finns det dessutom en generell regel om rätt till ersättning för rent ideell skada i skadeståndslagen 2 kap. 3 §.<sup>46</sup>

Regeln i skadeståndslagen kan dock inte användas i Europakonventionssituationen eftersom den enligt sin ordalydelse bara är tillämplig om skadan uppstått i samband med vissa utpekade typer av brott. Inte heller finns det någon annan regel som tillhandahåller ett lagstöd för att ersättning skall kunna utgå för kränkningar av de mänskliga rättigheterna i Europakonventionens mening.

Inställningen till rätten till ersättning för ideell skada åskådliggör skadeståndsrättens svårfångade rättskällebalans. Det finns inget i skadeståndslagen som säger att ideell skada *inte* kan ersättas i frånvaro av lagstöd. Grundprincipen, eller dogmen om man så vill, har sina rötter längre tillbaka än skadeståndslagen och hör till de gamla principer, liksom tredjemansskadepincipen, som lever vidare i rättskällornas skymningsland trots att det finns goda argument som talar för att de helt borde förpassas till historien.

Grundprincipen att ideell skada inte ersätts utan lagstöd har dessutom sin utgångspunkt i en äldre skadebegreppsdistinktion mellan ideell och ekonomisk skada som är svår att förena med skadeståndslagens begreppsbildning, där skadebegreppen är personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och kränkning — och där de tre första skadetyperna samtliga kan medföra ersättning för såväl ekonomiska

<sup>45</sup> Se Göran Lambertz, Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden — trender och utvecklingsmöjligheter, JT 2004–05, s. 3 ff., på s. 9. Ett lagförslag föreligger nu genom SOU 2010:87 som remissbehandlas när detta skrivs.

<sup>46</sup> En utförlig undersökning av regeln görs i Sandra Friberg, Kränkningers ersättning, Uppsala 2010.

som ideella skador. I Lundgren-domen åsidosatte HD således dogmen om att ideellt skadestånd fordrar särskilt lagstöd.<sup>47</sup>

Formellt tog Högsta domstolen avstamp i Europakonventionens artikel 13.<sup>48</sup> Artikel 13 framhåller att de nationer som underkastat sig konventionens regelverk har en skyldighet att tillhandahålla effektiva rättsmedel; juridiska verktyg för den individ som fått en konventions-skyddad rättighet kränkt.<sup>49</sup> Det innebär att den svenska rättsordningen under artikel 13 har en skyldighet att tillhandahålla juridiska instrument som den som blivit kränkt kan använda sig av för att söka upprättelse eller reparation. Sådana rättsmedel kan vara av olika slag: När det gäller långsam rättsskipning i ett brottmål kan det vara tillräckligt att rättsordningen låter dröjsmålet påverka i påföljdsbestämningen, till exempel.<sup>50</sup>

I praktiken torde dock skadeståndet ofta vara det enda rättsmedel som de facto kan leda till en adekvat upprättelse som dessutom kan göras effektiv.<sup>51</sup> Vidare är skadeståndsrätten flexibel och tillåtande när

<sup>47</sup> I en mening *finns* det naturligtvis lagstöd i och med att Europakonventionen är svensk lag. Men Europakonventionen tillhandahåller inte i sig någon tillämplig regel för att utifrån konventionens regler utdöma skadestånd i ett nationellt system. Det finns emellertid en särskild artikel som handlar om hur Europadomstolen kan utdöma skadestånd vid kränkningar men den har just Europadomstolen i fokus och låter sig inte användas i en nationell rättstillämpning.

<sup>48</sup> Se Sandra Friberg, Kränkningersättning, Uppsala 2010, s. 502 ff. Se vidare SOU 2010:87, s. 139 ff.

<sup>49</sup> Se om rättsmedelskravet Ulf Bernitz, Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt — konventionsrättsligt och unionsrättsligt, JT 2010–11, s. 821 ff., på s. 830 ff.

<sup>50</sup> Se för en färsk dom på temat Högsta domstolens avgörande den 17 juni 2011 i B 193-10 (där en utdragen rättsskipning påverkade påföljdsbestämningen i lindrande riktning). Jmf. Hans Danelius, Har svensk rätt ett effektivt rättsmedel mot långsam rättsskipning?, Festskrift till Bill Dufwa, Stockholm 2005, s. 370 f. Det skall dock noteras att Danelius uppsats publicerades innan Lundgren-domen (se härom s. 368 f. i Danelius artikel.)

<sup>51</sup> Vad som krävs för att ett skadestånd skall vara ett *effektivt* rättsmedel ur Europakonventionens synvinkel är dock svårt att säga. Det finns dessutom en komplikation i själva frågeställningen. Frågan om en rätt till skadestånd är ett effektivt rättsmedel kan antingen formuleras utifrån statens ansvar i en Europakonventionsrättslig synvinkel: Är det skadestånd som utgår vid förtal i svensk rätt tillräckligt för att integritetsskyddet i konventionens artikel 8 skall anses förenad med ett effektivt rättsmedel? Formuleras frågan på ett sådant sätt så kan det måhända hävdas att ett skadestånd är ett effektivt rättsmedel så länge bara staten skulle ”klara sig” vid en prövning i Europadomstolen om kränkning mot artikel 13. Men det finns även ett annat perspektiv, som bättre överensstämmer med den inställning som Europadomstolen givit uttryck för i Kudla mot Polen, vilken framhålls också i NJA 2005 s. 462, nämligen att prövningen av kränkningar mot Europakonventionen i högre grad måste inordnas i de nationella rättsordningarnas kontrollapparat. Frågan om huruvida ett skadestånd utgör ett effektivt rättsmedel skall med ett sådant perspektiv prövas utifrån en autonom men rättighetslojal prövning ur den nationella rättsordningens perspektiv. Den svenska domstol som skall bedöma om ett rättsmedel är effektivt måste ställa sig frågan: Vad krävs vid en självständig bedömning för att ett skadestånd skall kunna sägas utgöra ett effektivt rättsmedel för kränkningar mot konventionens skyddade rättigheter? Det är en helt annan fråga än frågan om skadeståndet är så pass lågt eller på andra sätt svagt att det kan medföra att den svenska staten skulle fällas för kränkning av artikel 13 i Strasbourg. Det innebär också att Europadomstolens bedömningar generellt inte bör tillåtas påverka i inskränkande mening. Ur ett engelskt perspektiv har liknande reflektioner

det gäller dynamisk utveckling, vilket också illustreras genom HD:s nyss diskuterade åsidosättande av det eljest allmänt omfattade kravet på särskilt lagstöd för skadestånd för ideell skada. Det är mot bakgrund av denna iakttagelse som skadeståndsrätten kommit att bli central för den svenska rättsordningens upprätthållande av kravet på effektivt rättsmedel och dessutom, i praktiken minst lika viktigt, för tillskapandet av *nya* rättsmedel genom framför allt den utveckling som inleddes med NJA 2005 s. 462.

#### 4.4.3 Efter Lundgren-domen

Lundgren-domen kom att utgöra startskottet för en intensiv relation mellan skadeståndsrätten och Europakonventionen. Efter att HD i NJA 2005 s. 726 kort efter Lundgren-domen ogillat ett käromål med hänvisning till att det krävs att tidsutdräkten är av viss omfattning för att skadeståndsskyldighet skall kunna komma ifråga under artikel 6 så kom HD att i en rad fall etablera skyddade skadeståndsrättsliga intressen med stöd i konventionens olika artiklar.

I NJA 2007 s. 295 framhölls att artikel 5 i Europakonventionen liksom artikel 6 var skadeståndsrättsligt sanktionerad.<sup>52</sup> Samma år konstaterades att det också gäller för artikel 8, NJA 2007 s. 584. Genom dessa fall och särskilt HD:s tydliga domskäl i det senare målet står det klart att Europakonventionens artiklar numer är förenade med en skadeståndsrättslig sanktion när det gäller statens ansvar gentemot enskilda.<sup>53</sup>

Det betyder inte att ansvaret inte kan vara begränsat. HD har också i några fall ogillat konventionsbaserade krav. Det kan dock noteras att i två uppmärksammade fall där HD underkänt konventionsgrundade anspråk mot staten så ger såväl utgången som argumentationsstödet upphov till diskussion.

I den kontroversiella domen NJA 2007 s. 862 ansåg inte HD att någon rätt till skadestånd förelåg under Europakonventionen vid domstols underlåtenhet att kommunicera information trots att det (enligt min mening) fanns starkt stöd för en motsatt inställning (som intogs av en minoritet bestående av två justitieråd).<sup>54</sup>

En andra dom där ett konventionsbaserat skadeståndskrav mot staten ogillats är än mer kontroversiellt och dessutom svårbegripligt. I NJA 2007 s. 891 hade en person intagen på kriminalvårdsanstalt begått självmord, efter att personalen vid anstalten underlåtit att ta ifrån

framförts i Jason N. E. Varuhas, A Tort Based Approach to Damages under the Human Rights Act 1998, *Modern Law Review* 2009, s. 750 ff.

<sup>52</sup> Se Märten Schultz, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst, *JT* 2007–08, s. 140 ff.

<sup>53</sup> Se Philip Mielnicki, Europakonventionen och skadeståndsrätten — till vägs ände? *JT* 2008–09, s. 357 ff.

<sup>54</sup> Se Jan Kleineman, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling, *JT* 2009–10, s. 546 ff., på s. 557 ff.

honom hans livrem (som han sedan hängde sig i).<sup>55</sup> Frågan i målet var om underlåtenheten var ansvarsgrundande för staten. Talan ogillades med ett besynnerligt resonemang, som tycks innebära att staten undgick ansvar med stöd av något slags skyddsintresseavvägning där Europakonventionen (och Europadomstolens praxis) tillmättes betydelse som ett ansvarsbegränsande argument.<sup>56</sup>

#### 4.4.4 Kommuners ansvar

I svensk skadeståndsrätt brukar statens och vissa andra offentliga organs ansvar betraktas ur ett helhetsperspektiv. Skadeståndslagens ansvarsregler talar således om ansvaret för "det allmänna", med vilket förstås staten, kommunerna och de myndigheter som lyder under staten och kommunerna. En liten kommuns skadeståndsansvar behandlas således i samma regler i skadeståndslagen som statens ansvar — det allmänna behandlas enhetligt.

Högsta domstolen konstaterade i NJA 2009 s. 463 att den enhetliga inställningen till det allmänna som skadeståndslagen intar också skall gälla för skadeståndsansvar under Europakonventionen. Genom avgörandet står det klart att även kommuner kan bli skadeståndsskyldiga för att inte ha iakttagit de krav som Europakonventionen ställer. Detta avgörande innebär att Högsta domstolen menar att Europakonventionen kan ge upphov till förändringar av rättsläget i svensk skadeståndsrätt, men där de svenska reglerna är mer förmånliga än de förändringar som konventionen kan anses motivera så skall de svenska reglerna gälla.

HD valde härmed den för de skadelidande mest förmånliga tolkningen att även kommuner kan ansvara direkt på konventionsgrund. En utsträckt tolkning av detta innebär att analysen växelvis kan ta intryck av Europakonventionen (och Europadomstolens) praxis och

<sup>55</sup> Se om fallet Håkan Andersson, Ansvarsbedömning av underlåtenhet — konkretisering av skyddsåtgärder mot risker kontra den skadelidandes egna risker och självskadeåtgärder, *PointLex*, 11 december 2007.

<sup>56</sup> Se vidare Jonny Flodin, Skyddat intresse och Europakonventionen, *Nordisk Försäkringstidskrift* 2008, s. 329 ff. Se även SOU 2010:87, s. 304. Det är min bestämda uppfattning att Europakonventionen och Europadomstolspraxis kan stärka eller bekräfta den ersättningsökandes position men inte bör användas för att begränsa hennes möjligheter. Håkan Andersson gör en liknande poäng i relation till det traditionella culpaansvaret och gör därvid även följande metodologiska reflektion: "I allmänhet är åberopandet av EKMR en fördel, som kan vara den avgörande faktorn till stöd för ersättning. Det kan dock hända att hävdandet av den "europeiska standarden" kan bli en svag punkt i resonemanget. Prövningen av culpa inom svensk rätt grundas på avvikelse från svenska normer och värderingar, och det är i vart fall en teoretisk möjlighet, att denna svenska prövning i vissa fall kan leda till ansvar tidigare än enligt den "europeiska" värderingen (dvs. att den svenska standarden är högre). Pragmatiskt bör således en skadeståndskrävande part prioritera den svenska skadeståndsgrundens, vilken därefter kan bekräftas respektive stärkas genom referensen till EKMR." Se Håkan Andersson, Den svenska EKMR-skadeståndsrätten (I) — lagregleringen, ansvarsförutsättningarna och ramverket för skadeståndsdiskussionen, publicerad på [Infotorg.se](http://Infotorg.se) den 22 juli 2011, avsnitt 4 in fine.

svensk praxis på så sätt att den mest förmånliga standarden i respektive system bör användas. Det är i linje med tanken på att Europakonventionen enbart tillhandahåller en minimistandard.<sup>57</sup> Europakonventionen — och den praxis som utvecklats i Europadomstolen — bör inte tillämpas på ett sätt som inskränker rättigheter som ställs upp i nationell rätt.

#### 4.4.5 Interprivatrettsligt ansvar

Det allmänna kan således bli skadeståndsskyldigt för kränkningar av Europakonventionen, såväl staten som kommunerna. En svårare fråga är om även privatrettsliga rättssubjekt kan bli skadeståndsskyldiga på samma grund. Det finns ännu bara ett avgörande och det tycks tala emot en sådan horisontell tillämpning av konventionen.

I NJA 2007 s. 747 hade en privatperson yrkat ersättning från ett försäkringsbolag. Bakgrunden var att försäkringsbolaget hade betalat ut försäkringsersättning till personen som ansågs fullständigt arbetsoförmögen. Bolaget fick misstankar om att personen i realiteten inte var så skadad som hon uppgivit och lät därför utföra en undersökning, varvid försäkringstagaren i hemlighet filmades i privata sammanhang. Undersökningen lades till grund när försäkringsbolaget ändrade sitt beslut att utge ersättning. Försäkringstagaren yrkade därför skadestånd från bolaget under påståendet att de oönskade filmningarna utgjorde en kränkning av hennes privatliv som skyddas i artikel 8 i Europakonventionen och att integritetsintrånget borde berättiga henne till skadestånd. Yrkandet grundades rettsligt på just Europakonventionen, eftersom smygfilmningar av det aktuella slaget inte är kriminaliserade i svensk rätt (vilket innebär att kränkingsersättning på skadeståndslagens grund inte var möjlig). Högsta domstolen ogillade käromålet och framhöll bl.a. att allmänna förutsebarhetshänsyn talade emot att utvidga det interprivatrettsliga skadeståndsansvaret på detta sätt.<sup>58</sup>

HD:s avgörande kan tolkas som att rättstillämpningen helt stängt dörren för skadeståndskrav mot privatrettsliga subjekt baserade på Europakonventionen. Det framstår dock som en övertolkning, även om avgörandet säkert (och korrekt) kommer att tolkas som en indikation på en restriktiv inställning till att grunda skadeståndsskyldighet

<sup>57</sup> Att konventionen skall betraktas som en minimistandard har aktualiserats i debatten om ersättningsnivåerna vid långsam handläggning (där HD nyligen tagit ställning genom NJA 2009 N 70). Se för ett uttryck för synsättet att i detta sammanhang Europakonventionen måste betraktas som en minimistandard Clarence Crafoord, Justitiekanslern, gör om, gör rätt!, ERT 2008, s. 534 ff., på s. 540. Angående ersättningsnivåerna kan hänvisas till SOU 2010:87, s. 400 ff.

<sup>58</sup> Frågan är om detta över huvud taget skulle kunna anses utgöra en kränkning även om anspråket hade riktats mot staten. I Europadomstolsfallet *Verliere mot Schweiz* (dom den 28 juni 2001) var omständigheterna snarlika dem i NJA 2007 s. 747. En försäkringstagare hade låtit övervaka en kvinna som begärt försäkringsersättning för att kontrollera hennes skador. Övervakningen ansågs inte utgöra en kränkning eftersom syftet var legitimt. Se härvid även SOU 2008:3, s. 77 f.

för enskilda på Europakonventionens rättighetskatalog. På sikt kan den restriktiva inställningen ifrågasättas. Redan idag finns det vissa möjligheter att även i relationer mellan privaträttsliga subjekt beakta Europakonventionen. Jag återkommer till detta nedan.

#### 4.5 Utredningen

Mot bakgrund av domstolarnas utvecklande av en rättighetsbaserad skadeståndsrätt beslutade regeringen våren 2009 att tillsätta en utredning som skulle undersöka förutsättningarna för en kodifiering av den nya skadeståndsgrunden. Utredningen lade i slutet av 2010 fram sitt betänkande: Skadestånd och Europakonventionen (SOU 2010:87). Det finns mycket att säga om utredningens förslag. I detta sammanhang får det räcka med att göra några nedslag.

Utredningen föreslår att det i 3 kap. 3 § av skadeståndslagen skall införas en särskild skadeståndsregel knuten till Europakonventionen. Regelförslaget innebär att den vars rättigheter enligt konventionen "överträts" har rätt till ersättning för den skada som därmed uppstår, såväl ekonomiskt som ideellt. Den nya regeln kräver inte att skadan skall ha uppstått i följd av myndighetsutövning.

En särskild ersättningsregel föreslås också införas, i ett nytt stycke av skadeståndslagen 5 kap. 6 § (kränkningersättningsregeln). Nivån på ersättning enligt den nya lagen skall enligt utredningen relateras till kränkningsskadeståndsnivåerna enligt "vanliga" regler, men Europadomstolens praxis skall även beaktas.

#### 4.6 Skadeståndsrätt, rättigheter och rättvisa

I den allmänna skadeståndsrätten har det under kort tid skett en dramatisk utveckling mot att acceptera Europakonventionen som en självständig rättslig grund för skadestånd. Liknande tendenser finns i andra rättsordningar. I övriga Norden så finns det, när detta skrivs, ännu inte något avgörande från de högsta domstolarna, som kan sägas motsvara NJA 2005 s. 462 — dvs. som erkänner Europakonventionens status som en skadeståndsrättslig katalog över skyddade intressen. Men går man utanför Norden finns det erfarenheter liknande de svenska. Särskilt Storbritannien tillhandahåller härvid en intressant parallell.<sup>59</sup>

Det är inte förvånande att skadeståndsrätten blev nyckeln till utvecklandet av ett rättighetsskydd. Det finns på ett djupare plan en överlappning mellan skadeståndsrättens grundläggande värderingar och de värderingar som underbygger rättighetstanken. Båda paradigmen kan betraktas som utflöden ur deontologiska moralfilosofiska

<sup>59</sup> Se för en omfattande analys av skadeståndsrätten utifrån ett rättighetsperspektiv Robert Stephens, *Torts and Rights*, Oxford 2007 och för en undersökning närmare knuten till Europakonventionens regelverk Jane Wright, *Tort Law and Human Rights*, Oxford 2001. George Fletcher — verksam i USA — approacherar ämnet utifrån mer klassiska MR-perspektiv, med fokus på de allvarliga kränkningarna, George P. Fletcher, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Oxford 2008.

tankegångar.<sup>60</sup> Det är dessa tankegångar som i skadeståndsrättslig teori brukar diskuteras i termer av korrektiv, eller interaktiv, rättvisa.<sup>61</sup>

Korrektiv rättviseteori förklarar skadeståndsrätten i termer av korrelativa rättigheter och skyldigheter. Konkreta skadeståndsrättsliga principer — inkarnerade i rekvisten culpa, kausalitet, adekvans, skada — ingår i ett normativt samspel som syftar till att hitta en optimal balans mellan å ena sidan största möjliga utrymme för individuell handlingsfrihet och å andra sidan individuell säkerhet och trygghet. I en sådan förklaring utgör skadeståndssanktionen ett remedium som syftar till att återställa balansen när denna bryts: När någon tagit alltför stora risker på en annans bekostnad så skall hon ersätta i förhållande till hur det otillåtna risktagandet drabbat offret.

En sådan här förklaringsmodell framstår som tämligen esoterisk i det pragmatiska paradigmet som präglat traditionell svensk (och övrig nordisk) rättsvetenskap. Min uppfattning är att den korrekta rättvisan även i en sådan rättskultur utgör den bästa teoretiska förklaring till skadeståndsrätten som finns att tillgå, vida överlägsen rättsekonomiska eller postmoderna alternativ. Men det kan samtidigt konstateras att glappet mellan den praktiska traditionella skadeståndsrätts fenomen och den abstrakta, närmast filosofiska teorin är stort.

Den europakonventionsbaserade skadeståndsrätten ”synkar” mer uppenbart med den korrekta rättviseförklaringen. Den abstrakta beskrivning av skadeståndsrätts underliggande struktur som rättviseteorierna tenderar att utgå från tar i allmänhet stöd i rättighetsbegrepp för att identifiera enskildas befogade intresse av att undgå att bli skadad. Förenklat uttryckt utgår teoribildningen från att anledningen till att vi har en rätt att inte bli skadade är för att vi har vissa rättigheter.<sup>62</sup> Dessa rättigheter tar skadeståndsrätten för givna som skyddade positioner och när rättigheterna inte respekteras ger det offret rätt till upprättelse för de effekter som det medför. Detta förklarande paradigmet ligger nära den argumentation som förs inom den konventionsbaserade skadeståndsrätten.<sup>63</sup>

Låt mig uttrycka min tes provokativt. I metodologisk mening kan den konventionsbaserade skadeståndsrätten sägas stå för är en renare

<sup>60</sup> De moraliska likheterna betonas t.ex. i Richard Mullender, Tort, Human Rights, and Common Law Culture, 23 Oxford Journal of Legal Studies, s. 301 ff., särskilt på s. 307 ff. (2003).

<sup>61</sup> Se för en sådan beskrivning av svensk skadeståndsrätt Mårten Schultz, Kausalitet, Stockholm 2007, kap. 3. Tankegången återfinns också hos andra författare. Se t.ex. Bjarte Askeland, Erstatning for preventive utgifter, TfR 2010, s. 1 ff., på s. 65.

<sup>62</sup> Se t.ex. Jules Coleman, Risks and Wrongs, Cambridge Mass. 1992 och Ernest Weinrib, The Idea of Private Law, Cambridge Mass. 1995.

<sup>63</sup> Stephen Smith identifierar fyra parametrar för hur förklarande teorier av det här slaget kan utvärderas, se S. A. Smith, Contract Theory, Oxford 2004, s. 7 ff. En parameter är ”transparency”, som i vårt sammanhang tar sikte på hur väl teorin överensstämmer med de konkreta uttryck som används i praktisk juridik. Korrektiv rättviseteori får uppenbart högre förklaringspoäng i den konventionsbaserade skadeståndsrätten enligt denna punkt, liksom för övrigt enligt vissa av de andra punkterna.

skadeståndsrättslig diskurs. I den konventionsbaserade skadeståndsrätten ligger den tillämpade juridiken närmare de moraliska grundvalar som skadeståndsrätten i sin helhet bygger på. Rättighetsparadigmet återför skadeståndsrätten till sin moraliska grundstruktur. Det är den rättighetsorienterade skadeståndsrätten som är normaltillståndet; det är skadeståndslagens regelverk som är avvikelsen från de värderingar som systemet vilar på.

Ett rättighetsparadigm för skadeståndsrätten tillhandahåller en robust metodologisk grundposition. Att etablera en sådan grundposition har flera positiva effekter, inte minst pedagogiska och systematiska. Den åskådliggör också skadeståndsrättens immanenta moralitet, vilket kan användas för att ge riktlinjer i svåra frågor.<sup>64</sup> Det ger vidare en utgångspunkt för bedömning av reformförslag (t.ex. i diskussionen om en sameuropeisk skadeståndsrätt).

Ett rättighetsparadigm ger också upphov till ifrågasättanden. Det finns i detta sammanhang inte utrymme för att ta upp dessa frågor men vissa tankar som antingen influerat den nuvarande ordningen eller som förekommer i reformdiskussionen framstår intuitivt som svår-försvarbara i ett rättighetsorienterat paradigm. Några exempel på sådana svår-försvarbara inslag är immunitetsregler, de minimi-regler (som innebär att enbart skador av viss storlek omfattas av rättsordningens skydd) eller takbelopp, "caps" (som innebär att skador bara ersätts upp till ett visst, bestämt, belopp).

## **5. Europakonventionen i civilrätten utanför det allmänna skadeståndsansvar**

### *5.1 Nationella åtgärder*

Genom den skadeståndsrättsliga utvecklingen har Europakonventionen förankrats i den civilrättsliga diskursen. Men vad gäller för Europakonventionsrättsliga argument utanför skadeståndsansvaret för det allmänna? Kan andra former av anspråk, av något slag, direkt grundas på Europakonventionen med framgång?

Det kan härvid noteras att ett av de argument som Högsta domstolen tog fasta på för att initiera utvecklingen genom Lundgren-domen kan ha implikationer även för andra civilrättsliga discipliner än skadeståndsrätten.

Argumentet ifråga är belastningen för det konventionsrättsliga systemet, att Europadomstolen inte kan hantera den stora arbetsbörda som den drabbats av till följd av östutvidgningen och andra faktorer.

Detta argument har gjorts tydligt vid påstådda kränkningar av artikel 6 på grund av långsam handläggning. I fallet Kudla mot Polen från 2000 (26 oktober) framhöll Europadomstolen betydelsen av att artikel 13 användes för att skapa nationella rättsmedel för att hantera konventionsbaserade klagomål.

<sup>64</sup> Se för några sådana tankar Mårten Schultz, *Brottslingar förtjänar inte skadeståndsrättens skydd*, SvJT 2007 s. 477 ff.

”If Article 13 is, as the Government argued, to be interpreted as having no application to the right to a hearing within a reasonable time as safeguarded by Article 6 § 1, individuals *will systematically be forced to refer to the Court in Strasbourg* complaints that would otherwise, and in the Court's opinion more appropriately, have to be *addressed in the first place within the national legal system*. In the long term the effective functioning, on both the national and international level, of the scheme of human rights protection set up by the Convention is liable to be weakened.” (Min kursivering.)

Argumentet har dock relevans även utanför artikel 6 område.<sup>65</sup> Den svenska regeringen noterade den 4 juni 2008 i ett pressmeddelande hur Europadomstolen tyngdes av sina balanser:

”Domstolen har i dag över 100 000 klagomål som väntar på avgörande. Antalet ärenden som ännu inte behandlats av domstolen växer hela tiden. Sedan flera år pågår ett reformarbete inom Europarådet för att försöka lätta arbetsbördan. Samtidigt är det också viktigt att *medlemsstaterna vidtar åtgärder på nationell nivå* som kan bidra till att minska antalet klagomål till domstolen.” (Min kursivering.)<sup>66</sup>

Sedan detta uttalande har målbalansen ökat med närmare 50 %, och omkring 150 000 mål väntar idag på prövning i Strasbourg. Om inte det europeiska systemet skall implodera måste de nationella systemen bära en betydligt större del av bördan. Nu är det förvisso inte längre i huvudsak svenska rättssökande som vänder sig till Strasbourg. Europadomstolens arbetsbörda påverkas således enbart marginellt av att möjligheterna till upprättelse för rättighetskränkningar i nationell svensk rätt förbättras. Även marginella förbättringar är emellertid förbättringar. Dessutom finns det en möjlighet att svensk rätt härvid kan tjäna som ett föredöme för hanteringen av rättighetskränkningar, åtminstone i vårt närområde, och på så vis bidra till en utveckling där rättighetsskyddet enligt Europakonventionens regelverk alltmer kommer att betraktas som en nationell affär. (Det finns t.ex. redan idag ett tydligt intresse för den svenska rättsutvecklingen bland våra nordiska grannländer.) Men det viktigaste argumentet för att försöka skapa ett effektivt rättighetsskydd redan i svensk rätt är naturligtvis för att det är rättspolitiskt önskvärt att den svenska rättsordningen tillhandahåller självständiga nationella institutioner för upprättelse för kränkningar av mänskliga rättigheter. Sverige är en rättsstat. En rättsstat överläter inte rättighetsskyddet till supranationella institutioner.

## 5.2 Minimiskydd och konventionslojalitet

Ur ett svenskt perspektiv borde det ligga även i statens intresse att den nationella rättsordningen tillhandahåller ett starkt skydd för konven-

<sup>65</sup> Idealiskt borde rättighetskränkningar som inträffar vid rättstillämpning hanteras redan inom ramen för den process vari de uppkommit. Jmf. SOU 2010:87, s. 285 ff.

<sup>66</sup> <http://www.sweden.gov.se/sb/d/10684/nocache/true/a/106457/>

tionens rättigheter i nationella domstolar. Europakonventionens status förutsätter att den tas på allvar och att ta konventionen på allvar har i allt större utsträckning kommit att innebära att låta den spela en roll även i de nationella systemen. Om man delar dessa uppfattningar så är man också skeptisk mot att betrakta Europakonventionen som en minimistandard. En lojal inställning till Europakonventionens anda fordrar, enligt min mening, att den nationella rättsordningen "tar höjd" för de rättigheter som konventionen skyddar i den mån det inte riskerar att inskränka i någon annans rättigheter.<sup>67</sup> Det kan ske genom en dynamisk tolkning av konventionens regler utifrån men understundom mer extensivt än hur reglerna tolkats av Europadomstolen.

Ett argument som ibland hörts från företrädare för lagstiftaren, i praktiken främst från regeringen, är att det inte finns anledning att se över ett lagförslag, eller en lag, som kritiserats för att stå i strid med Europakonventionens regler förrän Europadomstolen underkänt det. Det är enligt min mening en inställning som inte är förenlig med ett konventionslojalt perspektiv. Värnar man om det europeiska systemet för skydd av de grundläggande mänskliga rättigheterna så måste det nationella systemet tillhandahålla egna prövningar av påstådda kränkningar. När statens företrädare argumenterar för att påstådda brister i det svenska systemet skall anses falla under något slags oskuldspresumtion — så länge Europadomstolen inte konstaterat att det föreligger en brist så är det ingen brist — borde varningsklockor ringa.<sup>68</sup>

### 5.3 Artikel 13 och "rätt" rättssubjekt

Det finns med andra ord skäl som talar för att försöka hantera konventionskränkningar på den nationella nivån när så låter sig göras. För det fall det inte finns några nationella rättsmedel så kan artikel 13 användas för att skapa sådana, åtminstone i vissa fall. Skadestånds-sanktionen ligger ofta närmast till hands, men kanske kan även andra rättsliga instrument tillskapas med stöd av artikel 13.

Genom NJA 2007 s. 747 kan det tyckas som att Högsta domstolen stängt dörren för interprivaträttsliga anspråk. Fullt så enkelt är det dock inte. Frågan är om vi ens vill att det skall vara så enkelt.<sup>69</sup>

Till att börja med så finns det argument som talar för att dörren inte *borde* vara stängd. I åtskilliga situationer kan vi konstatera att

<sup>67</sup> Om lojalitetsaspekter av Europakonventionen, se Karin Åhman, Lojalitetsprincipen i europarätten och mänskliga rättigheter, Europarättslig tidskrift 2010, s. 637 ff.

<sup>68</sup> Jmf. debattartikel av Gunnar Strømmer och Clarence Crafoord, verksamma vid Centrum för rättvisa, på "Brännpunkt" i SvD 26 augusti 2008: "Den enda rimliga hållningen borde vara att Sverige inte bör balansera på gränsen till vad som kan tänkas strida mot grundläggande mänskliga rättigheter."

<sup>69</sup> Se för en stark röst för att Europakonventionen borde kunna ha tillämpning även på privaträttsliga relationer mellan enskilda Andrew Clapham, Human Rights Obligations of Non-State Actors, Oxford 2006.

svensk rätt har svårigheter att nå upp till Europakonventionens krav på de nationella rättsordningarna att tillhandahålla effektiva rättsmedel, så som kraven definierats i Europadomstolens praxis. Sådana brister är understundom fullt förståeliga eftersom de bottnar i att svensk rätt gjort en annan avvägning än konventionens instanser, t.ex. genom att tryckfrihetsrätten ansetts generellt väga över rätten till ett skydd för den personliga integriteten i vissa.

Konsekvensen kan emellertid bli att för det fall en enskild blivit kränkt av en annan enskild person, utan att det finns tillgång till rättsmedel som kan användas i relationen mellan de enskilda, så kan staten under artikel 13 hållas ansvarig för underlåtenheten att till skapa rättsmedel för den drabbade. Ansvar för kränkningen hamnar på staten trots att det inte är staten som gjort sig skyldig till handlingen som medförde kränkningen. En sådan ordning innebär, för att uttrycka det i moralfilosofiska termer, att ansvaret övergår från att vara baserat på en *korrektiv* rättviseföreställning — att den som gör intrång i en annans skyddade sfär får kompensera för kostnaderna för intrånget — till en *distributiv* rättviseföreställning — compensationen utgår från kollektivet.<sup>70</sup>

Det framstår som lämpligare att så långt det låter sig göras inom ramen för en förutsebar rättstillämpning i stället allokera ansvaret för kränkningar till det rättssubjekt som gjort sig skyldig till kränkningen. Tillskapandet av sådana ansvarsmöjligheter kan i viss mån ske genom en organisk utveckling av ett konventionssynsätt också i interprivaträttsliga relationer, men på ett mjukare sätt än genom om konventionen betraktas som en ”vanlig” rättskälla även i privaträttsliga relationer mellan enskilda. Ett sätt att beskriva detta är att rättighetsargument med stöd i Europakonventionen kanske inte skall tillåtas ha en horisontell effekt, men däremot en ”diagonal” effekt eller en indirekt horisontell effekt. Ett utflöde ur denna tanke är att låta Europakonventionens normer influera tolkningen av andra regler.

#### *5.4 ”I ljuset av Europakonventionens skydd”: Europakonventionskonform tolkning*

Genom en rättighetsinfluerad tolkning kan t.ex. Europakonventionen få betydelse vid tillämpningen av ”vanliga” normer. Det finns således en möjlighet för domstolarna att tillämpa normer ”i ljuset av Europakonventionen”, s.k. fördragskonform tolkning. En sådan tolkning

<sup>70</sup> Jmf. slutsatserna i J.R. Spencer, *Tort Law Bows to the Human Rights Act*, 67 *The Cambridge Law Journal*, s. 15 ff., på s. 17 (2008). Det är dock fullt rimligt, att även på distributiva rättvisegrunder hävda staten borde ansvara för brister när det rättsliga maskineriet inte räcker till för att kräva upprättelse från den person eller företag som ansvarar för den handling som ansvar utkrävs för. Som Tsachi Keren-Paz uttrycker det: ”To the insight that tort law has inevitable distributive results we should add the insight offered by the legal realists: the state’s failure to intervene in interactions among individuals is just another form of regulation and intervention by the state.”, Tsachi Keren-Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Aldershot 2007, s. 25.

framträder tydligt i det ovan nämnda fallet NJA 2007 s. 891. Högsta domstolen framhöll därvid följande:

”Frågan i vad mån en överträdelse av dessa handlingsföreskrifter skall medföra skadeståndsskyldighet enligt skadeståndslagens (1972:207) bestämmelser om skadeståndsansvar för det allmänna bör bedömas i ljuset av de krav som den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna ställer. I enlighet med vad HD tidigare uttalat skall den svenska lagstiftningen, i den utsträckning som Europakonventionen kan anses ge anledning till detta, tolkas fördragskonformt (jfr t.ex. NJA 2003 s. 217 och 2005 s. 462).”

Den fördragskonforma tolkningen får olika relevans beroende på om det är en relation mellan enskilda eller en relation mellan enskilda och staten som är föremål för bedömningen i t.ex. ett skadeståndsmål. Det står genom NJA 2007 s. 747 klart att Högsta domstolen inte anser att Europakonventionsresonemang skall användas för att skapa oförutsebara förpliktelser för enskilda. Tas detta uttalande till intäkt för tolkningen att Europakonventionen över huvud taget inte kan påverka bedömningen av skadeståndsansvar för annan än staten eller en kommun blir det inte mycket kvar av den fördragskonforma tolkningen i tvister mellan privaträttsliga subjekt. Det är emellertid en ohållbar inställning. Fullständig förutsebarhet är vare sig möjlig eller önskvärd i civilrätten. De öppna bedömningar som präglar civilrättens allmänna begrepp — tillit, culpa, skada etc. — låter sig inte fångas in av allmängiltigt säkra definitioner. Men, viktigare, fullständig förutsebarhet är inte heller önskvärd: Förutsebarhetskravet är den goda rättsutvecklingens fiende.

På t.ex. straffrättens område kräver legalitetsskäl att förutsebarheten får försteg framför en i och för sig önskvärd rättsutveckling i rättstillämpningen.<sup>71</sup> I civilrätten kan vi emellertid inte förlita oss på att lagstiftaren skall ta fullt ansvar för rättsutvecklingen. Dessutom finns det en inbyggd spänning i förutsebarhetstanken mellan det enskilda fallet och framtida fall: Ett oförutsebart men genomargumenterat avgörande i ett enskilt fall kan främja förutsebarheten i rättstillämpningen avseende framtida fall av liknande slag.

Det finns sannolikt utrymme för att genom konventionskonform tolkning främja rättighetsskyddet på åtskilliga områden. Andra ersättningskrav mot det allmänna än i snäv mening skadeståndsrättsliga framstår som så pass närliggande att utvecklingen i den allmänna skadeståndsrätten kan anses om inte vägledande så i vart fall inspirerande — det var ju just ett fall av ”de facto-expropriation” (Sporrong och Lönnroth) som var utlösande för det svenska lämmeltåget till Strasbourg.

<sup>71</sup> Ett tydligt exempel på hur tunga rättspolitiska argument för att en handling borde vara straffbar får vika för legalitetsprincipen är NJA 2008 s. 946, som behandlar de välkända svagheterna i straffrättens integritetsskydd vid oönskad bildtagning i privata sammanhang.

Det finns emellertid inget hinder mot att tillmäta Europakonventionsargumentet, eller för all del andra typer av rättighetsargument, betydelse även i relationer mellan privaträttsliga subjekt. Faktum är att det i den teoretiska diskussionen om rättigheter idag börjar utvecklas konsensus kring att rättighetsargument både behövs och passar naturligt in i även i den rättsliga behandlingen av privaträttsliga relationer mellan enskilda.<sup>72</sup>

### *5.5 Horisontell effekt: Ett ställningstagande*

Mot bakgrund av ovanstående betraktelse kring rättighetsargumentens funktion i privaträttsliga relationer kan det finnas anledning att ge uttryck för en de lege ferenda-åsikt.

Min uppfattning är att det idag inte kan anses rimligt att tillskriva Europakonventionen en direkt horisontell effekt mellan enskilda, även om det i framtiden kan finnas anledning att se över detta ställningstagande men då genom en varsam steg-för-steg-process.

Det finns dock möjliga undantag. I vissa situationer kan det övervägas om inte redan idag konventionen bör ges en direkt horisontell effekt även mellan privaträttsliga rättssubjekt. Det gäller framför allt vid krav på skadestånd riktade mot rättssubjekt som genom lagstiftning eller annan normbildning tagit över funktioner som rimligen kan anses höra till det allmänna och då främst sådana funktioner som anses falla inom det allmännas maktmonopol. Själva idén bakom rättighetsskyddet är att tillvarata enskildas intressen även mot stater som är onda, eller stater som vill enskilda ont i vissa fall, eller som genom missriktade aktioner bidrar till att skapa onda resultat.<sup>73</sup> Rättighetsskyddets moderna historia börjar som en reaktion mot de övergrepp som skedde under andra världskriget. För svenska jurister kan det nog ibland framstå som främmande att utgå från en sådan "ondstatspresumption" i en debatt om en rättsutveckling. Men ett sådant perspektiv är nödvändigt. Det har visat sig att den svenska staten i ett flertal fall inte lever upp till Europakonventionens krav.

Om staten delegerar sin makt till privaträttsliga subjekt är det också rimligt att dessa subjekt får det allmännas ansvar med sig på köpet, åtminstone i vissa fall. En annorlunda ordning skulle innebära att den stat som tröttnat på att fällas till ansvar i Strasbourg helt enkelt skulle kunna privatisera en verksamhet som skaver mot rättighetsskyddet.

<sup>72</sup> Se t.ex. från engelsk rätt H. W. R Wade, *Horizons of Horizontality*, 116 *Law Quarterly Review*, s. 217 ff. (2000) och Helen Fenwick, *Civil Liberties and Human Rights*, s. 161 ff. Baroness Hale uttryckte det på följande sätt i *Campbell v. Mirror Group Newspapers* (2004), UKHL 22, "The 1998 Act [The Human Rights Act som införlivar Europakonventionen i engelsk rätt] does not create any new cause of action between private persons. But if there is a relevant cause of action applicable, the court as a public authority must act compatibly with both parties' Convention rights."

<sup>73</sup> I den filosofiska debatten talar man ibland om "wicked legal systems". Se för en filosofiskt hållen analys av ett sådant system, Sydafrika och då särskilt Sydafrika innan apartheidsystemets avskaffande, David Dyzenaus, *Hard Cases in Wicked Legal Systems*, 2 uppl., Oxford 2010.

Indirekt bör rättighetsargument vidare kunna ha betydelse även horisontellt. En tolkning av privaträttens regler utifrån ett rättighetsperspektiv kan Europakonventionen på ett mjukt sätt tillåtas influera interprivaträttsliga relationer, vilket medför en minskad risk för staten att hållas ansvarig för överträdelser som det är rimligare att den som utför kränkningen får ansvara för.

## 6. Den rättssystematiska rättighetsrevolutionen

### 6.1 Ett rättighetsparadigm

Ovanstående berättelse kan läsas på olika sätt. Den kan läsas som ett tecken på hur vi genom europeiseringen och inflytandet av europarätten också fått Europakonventionen med så att säga på köpet. En sådan läsning gör att renässansen för rättighetsargument framstår som underordnad den stora frågan, som därmed betraktas som rättsens allmänna europeisering.<sup>74</sup> Men det är enligt min mening en missriktad värdering av utvecklingslinjernas relativa betydelse.

Rättighetsrevolutionen — och detta är stora, men i sammanhanget berättigade, ord — i civilrätten har en mer fundamental betydelse än europeiseringen.<sup>75</sup> När dörren för rättighetsargument öppnas så öppnas samtidigt ett nytt paradigm upp; ett rättighetsparadigm.<sup>76</sup>

### 6.2 Rättighetsparadigmets strukturella betydelse

När rättighetsterminologin förs in i den privaträttsliga diskursen förändras rättsområdets struktur. De djupast liggande principer som en rättspolitisk reduktionsanalys stannar vid — en analys av typen ”varför ställer rättsordningen upp ett sådant här krav?” — ändrar karaktär. När vi söker ändamålsargument, bakom ytligare regler eller principer, så letar vi i ett rättighetsparadigm efter andra slags argument än vad som tidigare skulle ansetts som det djupaste.

Tag ett avtalsrättsligt exempel.<sup>77</sup> Avtalsrättsliga framställningar idag tar avstamp i intressen som definieras i termer av individuell frihet,

<sup>74</sup> Vissa författare menar f.ö. att processen mot en civilrättslig harmonisering är på kollisionkurs med rättighetsutvecklingen i privaträtten, se Paul. R. Dubinsky, *Human Rights Law Meets Private Law Harmonization: The Coming Conflict*, 30 *Yale Journal of International Law*, s. 211 ff. (2005).

<sup>75</sup> Uttrycket ”rättighetsrevolutionen” har använts av flera författare för delvis olika företeelser. Mest förknippad med uttrycket är förmodligen Michael Ignatieff, för *The Rights Revolution*, 2 uppl., Toronto 2007.

<sup>76</sup> Så har också skett i engelsk rätt och till viss del även i andra rättsordningar inom common law-familjen, även om perspektivet där säkert uppfattats som mindre främmande än i svensk rätt. Se särskilt Robert Stevens och Allen Beever's framställningar, Robert Stevens, *Rights and Torts*, Oxford 2007 och Allen Beever, *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford 2008. Särskilt Stevens bok har därefter givit upphov till en oerhört livaktig diskussion. Stevens tes är att skadeståndsrätten — den engelska skadeståndsrätten men även vissa andra rättsordningars skadeståndsrätt — kan förstås i sin helhet som en rättighetsorienterad del av rätten. Detta får konsekvenser för hela den skadeståndsrättsliga analysen, inklusive synen på ersättningsfunktioner och beräkning.

<sup>77</sup> Jmf. Roger Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, i Daniel Friedmann och Daphne Barak-Erez, *Human Rights in Private Law*, Oxford 2003, s. 181 ff. Se för några ytterligare betraktelser t.ex. Hugh Collins, *The*

friheten att ingå överenskommelser med andra, och den korresponderande möjligheten att ådra sig själv förpliktelser, skyldigheten att fullfölja sina åtaganden. Ur sådana iakttagelser om rättens grundantaganden kan sedan andra principer och läror med ökande grad av konkretion ”härledas”: Det är på grund av den förutsatta mänskliga friheten att ingå avtal och möjligheten att kunna ådra sig förpliktelser som principen om *pacta sunt servanda* ställs upp, det är för att principen om *pacta sunt servanda* ställs upp som vi har vissa undantag från avtalsbundenhet, etc.<sup>78</sup>

I ett rättighetsparadigm kan de basala principerna formuleras på ett annorlunda sätt. Avtalsrättens bas står kanske att finna i den mänskliga rättigheten till värdighet (”dignity”) — ett förvisso efemärt begrepp — ur vilken sedan mer konkreta institut och normer kan härledas.<sup>79</sup>

Med ett övergripande perspektiv tenderar i ett rättighetsparadigm privaträttens grundläggande principer att schematiskt ordnas i enlighet med hur mänskliga rättigheter ordnas i rättighetskataloger: Rätten till liv förklarar förbudet för statens tjänstemän att döda medborgarna men också, i kombination med rätten till effektiva rättsmedel, varför rättsordningarna tillhandahåller regler om förbud mot mord och dråp; rätten att slippa slaveri och tvångsarbete förklarar varför staten måste tillhandahålla effektiva rättsmedel vid människohandel; rätten till frihet förklarar varför staten inte kan internera ”säkerhetsrisker” utan individuella prövningar av skuld — etc. Rättighetskatalogen tillhandahåller underlaget för en rättslig systematik.

### 6.3 Rättighetsparadigm som förklaring

På ett teoretiskt plan kan rättighetstanken också uttryckas som en *interpretativ* inställning.<sup>80</sup> Rätten kan *förklaras* på ett koherent sätt (och möjligen även på andra sätt) genom att inordnas i ett rättighetsparadigm. Genom en sådan tolkning får juridiska företeelser en förklaring som får dem att hänga ihop med andra juridiska företeelser, menar dess företrädare. En sådan här interpretativ syn har just nu ett starkt rättsvetenskapligt genomslag i länder som Storbritannien, Australien och Kanada och har börjat få företrädare även i nordisk rättsvetenskap.

impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, *European Business Law Review* 2011, s. 425 ff. har nyligen ägnat ett temanummer åt förhållandet mellan mänskliga rättigheter och avtalsrätten, *European Business Law Review*, 4/2011.

<sup>78</sup> Jmf. härvid Jan Hellners mycket kritiska kommentarer mot *pacta sunt servanda*-resonemang i *Pacta Sunt Servanda*, i *Festskrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986, s. 335 ff.

<sup>79</sup> Se Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, London 1993, s. 233 ff.

<sup>80</sup> Interpretativismen förknippas främst med Ronald Dworkin. Den interpretativa uppfattningen operationaliseras på ett användbart sätt i Stephen Smiths kända kontraktsteoretiska undersökning, se Stephen A. Smith, *Contract Theory*, Oxford 2004, kap. 1.

#### 6.4 Rättighetsparadigm och den teoretiska kritiken

Hur förhåller sig då utvecklingen av ett rättighetsparadigm till den teoretiska kritik mot rättighetsargument som ovan redogjorts för?

För att återvända till de metaetiska punkter som härleddes ur Uppsalaskolans program kan framhållas följande. Sanning är inte nödvändigtvis ett metodologiskt riktmärke: Rättighetsterminologin kan vara fruktbar även om rättigheter inte har existens och även om det inte går att tillskriva rättighetsomdömen ett sanningsvärde.<sup>81</sup> Vidare kan det ifrågasättas om inte rättighetsargument idag kan anses uppfylla adekvata krav på sanning. Genom utvecklandet av en positivrättslig normmassa av sofistikerat slag, framför allt genom Europadomstolens praxis, framstår den epistemologiska skepsisen delvis som överspelad — uppenbarligen kan vi skaffa oss kunskaper om innehållet i den rätt som skapats genom och ur Europakonvention. Den semantiska tesen framstår därmed också som missriktad: Det är näppeligen meningslöst eller betydelselöst att i ett rättsligt sammanhang ge uttryck för rättighetsomdömen mot bakgrund av konventionens regelverk. Därmed faller även den metodologiska tesen: Varför skulle vi inte använda oss av en rättighetsterminologi när den intar en viktig och högst konkret roll i det rättsliga systemet?

Det viktigaste motargumentet ligger på ett annat plan än de metaetiska aspekterna och det är att rättighetsterminologin är *nyttig*, den tjänar ett viktigt syfte i såväl moralisk som juridisk diskurs. De flesta svenska jurister har nog någon gång hört domare raljant tala om att rättighetsargument är det samma som rättshaveristargument, men icke desto mindre har rättighetsargument vunnit gehör och även främjats genom vissa domstolars (inklusive Högsta domstolens) tillåtande inställning. Anledningen till detta erkännande av rättighetsargumentens status står snarare att finna i pragmatiska och rättspolitiska överväganden än i metaetiska ställningstaganden.

### 7. Slutord

Rättighetsargumentationen har länge kämpat i motvind, men vindarna har vänt. Ett rättighetsperspektiv på förmögenhetsrätten kan ta sig uttryck på olika sätt. Det kommer mest tydligt till uttryck i situationer där det allmännas ansvar aktualiseras, men perspektivet kan göras vidare. Det kan således tillåtas influera synen på ansvarsfrågor även när det utpekade ansvarssubjektet inte är staten, en kommun eller en myndighet. Det kan även användas som ett instrument för systematisering och för framtagandet av nya metodologiska grepp, också utanför ansvarsrätten. Rättighetsargument betraktas inte längre som en papegojas pladder utan som ett meningsfullt, och understundom fruktbart, inslag i den juridiska argumentationen.

<sup>81</sup> Etiketten *fiktionalism* används för uppfattningen att seriös intellektuell diskurs inte nödvändigtvis behöver sträva mot sanning. Se om moralisk *fiktionalism* Richard Joyce, *Moral Fictionalism*, i Mark Eli Kalderon, *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford 2005, s. 287 ff.