

Konstitutionell skadeståndsrätt*

– *Framtidsvision eller demokratisk återvändsgränd?*

JAN KLEINEMAN**

1. Inledning

Man känner genast historiens vingslag när man erinrar sig att vid återuppväckandet av Åbo akademi 1918 efter dess 100-åriga törnrosasömn, så gällde om än blott för en kort tid, *Gustaf III:s regeringsform* som Finlands grundlag. Denna lagakt som i praktiken hade gjort kungen enväldig 1772 blev dock inte långlivad i Finland som fick en ny regeringsform redan i juli 1919, som i sin tur gällde ända fram till år 2000 då Finlands nuvarande grundlag trädde ikraft. Tanken att en undersåte skulle kunna åberopa reglerna för rikets styre mot konungen eller hans *befallningshavande*¹ hade varit omöjlig 1772 och hade i svensk rätt varit det säkert långt före Gustaf Vasas tid och gällde i Sverige ända fram till tillkomsten av 1972 års skadeståndslag.

I likhet med den svenska regeringsformen från år 1974 finns i den finska grundlagen ett andra kapitel om *de grundläggande fri- och rättigheterna*, vilket synes lämpligt att jämföra med motsvarande bestämmelse i den svenska regeringsformen som ju också i sitt andra kapitel har en mängd föreskrifter avseende de s.k. grundläggande fri- och rättigheterna. Dessa fanns emellertid inte med vid lagens tillkomst, utan infördes 1994 och genomgick sedan

* Uppsatsen har tidigare publicerats i Juridisk Tidskrift 2018/19 nr 1, s. 23.

** Professor i civilrätt, verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law, Stockholms universitet. Uppsatsen utgör en skriftlig version av författarens festföreläsning den 24 maj 2018 i anslutning till mottagandet av ett hedersdoktorat vid Åbo Akademi i samband med 100-års firandet av återuppväckandet av det svenskspråkiga universitetet i Finland.

¹ Jag har noterat att begreppet konungens befallningshavande förekommit i såväl svensk som finsk förvaltningsrättslig terminologi och normalt betytt landshövding men i vidare bemärkelse företrädarna för kungamakten ute i landet, dvs. vad som brukade betecknas som fogdarna. Se Förvaltningshistorisk ordbok, Svenska litteratursällskapet i Finland 2016, <http://fho.sls.fi>, hämtad 25.4.2018. Jfr härtill Herlitz, Nils, Grunddragen av det svenska statsskickets historia, Stockholm: Norstedt 1928, s. 111.

vissa ändringar år 2010. Särskild uppmärksamhet har i svensk rätt givits RF 2:15 om bl.a. *egendomsskydd*. Kanske inte av en ren händelse innefattar den finska grundlagens 2:15 också den en bestämmelse om *egendomsskydd* och med den kärva formuleringen ”*Vars och ens egendom är tryggad.*” I likhet med det andra kapitlet i den svenska regeringsformen har motsvarande kapitel i Finlands grundlag formen av *en rättighetskatalog* och den finska grundlagens § 7 p. 3 innefattar följande bestämmelse:

”Den personliga integriteten får inte kränkas och ingen får berövas sin frihet godtyckligt eller utan laglig grund. Straff som innefattar frihetsberövande får dömas ut endast av domstol. Lagligheten av andra frihetsberövanden skall kunna underkastas domstolsprövning. Rättigheterna för den som har berövats sin frihet skall tryggas genom lag.”

Vidare anges i Grundlagens § 22 under rubriken ”*Respekt för de grundläggande fri- och rättigheterna*” att ”*[d]et allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses*”. Den bestämmelsen visar som jag förstår det, hur man i finsk konstitutionell rätt kopplar den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) direkt till Grundlagen. Hur denna koppling konkret skall uppfattas har ju den finska Högsta domstolen nyligen uttalat sig om på ett sätt som ger klara besked om vissa av de frågor som här fortsättningsvis skall behandlas. Jag väljer därför att initialt upprätthålla mig något vid denna intressanta dom.²

Här hade en oskyldig suttit anhållen, men under en så kort tid att ersättning inte kunde utgå enligt den speciella lagen ”*om ersättning av statens medel som till följd av frihetsberövande skall betalas till oskyldigt häktad eller dömd 1 §*” och den skadelidande yrkade därför ersättning med återopade av artikel 5.5 i Europeiska människorättskonventionen, ”*enligt vilken envar som utsatts för arrestering eller annat frihetsberövande i strid mot bestämmelserna i denna artikel ska ha rätt till skadestånd.*” Finska staten bestred märkligt nog anspråket, dock enbart med stöd av den nämnda speciallagstiftningen som emellertid inte var återopad medan man inte berörde frågan om betydelsen av EKMR. Såväl tingsrätten som Åbo hovrätt biföll talan, men varken tingsrätten eller hovrätten tillämpade nationell finsk rätt utan hovrätten konstaterade att frihetsberövandet ”*av de skäl som tingsrätten nämnt anses sakna lagliga grunder. P hade således på grund av frihetsberövandet i strid med artikel 5 i*

² Se Finlands högsta domstol 2013:52.

Europeiska människorättskonventionen rätt att med stöd av punkt 5 i artikeln få skadestånd av staten.”

Från mitt perspektiv är det av särskilt intresse att, medan Staten intog ståndpunkten att det saknades rätt till ersättning enligt den särskilda nationella lagstiftningen, så framträder ingen subsidiär argumentation vad avser inverkan av vad som stadgas i Grundlagen. Oviljan att se EKMR som en integrerad del av den nationella rätten har varit lika framträdande i Finland som i Sverige.

Finlands högsta domstol fann emellertid att Grundlagen skyddade de intressen som uppbärs av EKMR och kunde därmed – som jag läser domen – direkt enligt Grundlagen utdöma skadestånd, bl.a. med ett påpekande om att det måste finnas nationella rättsregler som skyddar den enskilde. Från det förhållandet att domstolen funnit att en föreskrift i EKMR hade åsidosatts, via bestämmelsen i EKMR att åsidosättande av EKMR fordrar förevaro av ett nationellt regelverk som tillhandahåller ersättning, låter man avsaknaden av stöd för ersättning i såväl den angivna speciallagstiftningen och den finska skadeståndslagen ersättning utgå enligt Finlands Grundlag eftersom den just har den ovan nämnda särskilda föreskriften i § 22 som föreskriver att det *”allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses”*. Skadestånd utdöms – som jag ser det – med stöd direkt av denna föreskrift i Grundlagen. Detta uttrycks på följande sätt i avgörandet:

”P har på det sätt som framgår av punkterna 6–10 ovan inte rätt till skadestånd med stöd av lagen om ersättning av statens medel som till följd av frihetsberövande skall betalas till oskyldigt häktad eller dömd och inte heller med stöd av skadeståndslagen. P:s rätt till ersättning för det olagliga frihetsberövandet ska därför bedömas utifrån artikel 5.5 i Europeiska människorättskonventionen med tillämpning av de tolkningsgrunder som beskrivs ovan i punkt 14.”

Vad som sedan blottställer den metod som domstolen använder återfinns sålunda i domen p. 14:

”Enligt 7 § 3 mom. grundlagen får den personliga integriteten inte kränkas och ingen får berövas sin frihet godtyckligt eller utan laglig grund. Bestämmelsen ger uttryck för vikten av skydd mot olagligt och godtyckligt frihetsberövande. Friheten är på det sätt som beskrivs i punkt 11 även tryggad i människorättskonventionen, enligt vars 13 artikel envar vars rättigheter och friheter enligt denna konvention har kränkts ska ha tillgång till effektiva rättsmedel inför nationella myndigheter. Rättsmedlen bestäms således enligt den nationella rättsordningen,

men de måste vara effektiva såväl i praktiken som rättsligt. Grundlagens 22 § förutsätter att man i rättstillämpningen tolkar lagen på ett sätt som främjar ett förverkligande av de grundläggande och mänskliga rättigheterna.”

Domstolen uttalar visserligen att det frihetsberövande för vilket den skadelidande har rätt att få skadestånd, utgår med stöd av artikel 5.5 i människorättskonventionen men så vitt jag förstår är – trots att detta inte framgår av själva domen – EKMR liksom i Sverige att anse som lag i Finland. I en senare dom³ uttrycker ju domstolen saken så, att EKMR ”gäller i Finland såsom en författning på vanlig lagnivå”. I 2013 års dom uttrycker sig domstolen emellertid så, att ersättningen utgår enligt ”de tolkningsgrunder” som innebär att man skall tolka Grundlagen på det viset, att man ”främjar ett förverkligande av de grundläggande och mänskliga rättigheterna”. Utan större åthävor eller betänkligheter löser man i finsk rättspraxis problem, som i svensk rätt varit så påtagliga och fortfarande leder till krav på ytterligare klargöranden. Det återkommer jag strax till. Inte ett ord i det finska avgörandet om att det t.ex. saknades en uttrycklig skadeståndsbestämmelse för det fall Grundlagen hade åsidosatts.

I det senare avgörandet – HD 2015:14 – finner dock domstolen behov av att något gå på djupet i *de strukturella betingelserna* eller om man så vill tolkningsgrunderna för EKMR:s genomslag i finsk rätt. I domens p. 21 återfinns följande:

”Syftet med 1995 års grundrättighetsreform var enligt förarbetena (RP 309/1993 rd s. 16) att utveckla skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna genom att utvidga och precisera de i grundlagen tryggade grundläggande friheterna på det sätt som anges i de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter samt genom att öka möjligheten att direkt tillämpa de grundläggande fri- och rättigheterna i domstolarna och hos andra myndigheter. Likaså ville man stärka ställningen för de för Finland bindande internationella konventionerna om mänskliga rättigheter i det finska rättssystemet.”

För mig blir den mest intressanta lokutionen ”*möjligheten att direkt tillämpa de grundläggande fri- och rättigheterna i domstolarna och hos andra myndigheter*” och jag läser vidare i denna mer teoretiskt djuplodande dom:

”Genom revideringen strävar man efter att innehållsmässigt närma det inhemska systemet för grundläggande fri- och rättigheter och de internationella för-

³ Se Finlands högsta domstol 2015:14 p. 14.

pliktelserna beträffande mänskliga rättigheter till varandra. T.ex. den föreslagna bestämmelsen om rättvis rättegång (16 § regeringsformen, numera 21 § grundlagen) innebär att systemet för grundläggande fri- och rättigheter kompletteras med centrala delar av den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter. Bestämmelsen får tolkningsstöd av motsvarande bestämmelser i den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter. Avsikten med dessa strävanden påvisas bl.a. av den föreslagna bestämmelsen (16 a § regeringsformen, numera 22 § grundlagen) om det allmännas skyldighet att sörja för att de grundläggande och mänskliga rättigheterna förverkligas samt bestämmelsen (46 § riksdagsordningen, numera 74 § grundlagen), enligt vilken det hör till grundlagsutskottets uppgifter att pröva lagförslags och andra ärendens förhållande även till de internationella fördragen om mänskliga rättigheter.”

Vad jag söker efter här är den skadeståndsrättsliga ansatsen, men jag finner istället mera uttryck för *ett statsrättsligt betraktelsesätt*, där jämförelse mellan grundlagsutskottets *förhandskontroll* av rättsenligheten ställs mot domstolarnas *efterhandskontroll*. Jag känner igen diskussionen om normkontroll från den svenska diskussionen kring frågan om konflikt mellan grundlagsnormer och normer på lägre nivå som förts vid såväl införandet av den särskilda bestämmelsen i svensk rätt av domstolarnas möjligheter att åsidosätta en lagnorm vid konflikt med en norm av högre rang som vid direkt tillämpning av EKMR, men jag saknar i detta sammanhang diskussionen om de skadeståndsrättsliga implikationerna för den enskilde. Det är en analys på hög nivå i ett plenumavgörande som behandlar relationen mellan nationella lagregler, internationella konventionsåtaganden och principerna för grundlagens skydd av primärt mänskliga rättigheter vid rättstillämpningen, men man får ingen anvisning om den enskildes rättsliga ställning.

Mellan skadeståndsmålet och plenumavgörandet finns ytterligare ett rättsfall som berör relationen mellan konstitutionella frågor och skadestånd, men i det fallet finska statens ansvar vid överträdelse av EU-rätten. I HD 2013:58 uttalade domstolen följande:

”EU-domstolen har ansett att man inte i det nationella regelverket kan göra skadeståndet beroende av att det statliga organ som försummat sina förpliktelser har handlat uppsåtligen eller oaktsamt. I så fall skulle förutsättningarna vara strängare än en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten (förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame, punkt 80). Den nämnda bestämmelsen i skadeståndslagen måste således åsidosättas när man bedömer skadeståndsansvaret enligt EU-rätten, eftersom bestämmelsen uppställer strängare villkor för skadeståndsansvar.

31. Enligt 3 kap. 5 § skadeståndslagen får talan om ersättning för skada som förorsakats genom beslut av statsrådet, ministerium, statsrådets kansli, domstol eller domare inte väckas, om inte beslutet ändrats eller upphävts eller den felande funnits skyldig till brott i tjänsten eller ålagts att ersätta skadan. Har ändring i ett beslut av en förvaltningsmyndighet sökts hos statsrådet, högsta förvaltningsdomstolen eller tjänsteöverdomstolen, får talan om ersättning för skada med anledning av beslutet inte väckas till den del beslutet lämnats bestående.
32. EU-domstolen har i sin praxis ansett att unionsrätten inte utgör hinder för tillämpningen av en nationell lagstiftning där det föreskrivs att en enskild inte kan erhålla ersättning för skada om vederbörande har av oaktsamhet försummat att anlita rättsskyddsmedel i syfte att förhindra skada. En förutsättning är dock att det är rimligt att kräva av den skadelidande att denne använder sig av rättsskyddsmedlet i fråga (mål C-445/06, Danske Slagterier, dom 24.3.2009, punkt 69). EU-rätten hindrar således i allmänhet inte att man tillämpar en nationell bestämmelse enligt vilken det av den skadelidande förutsätts att denne överklagar det avgörande som denne anser strida mot EU-rätten.
33. Den EU-rättsliga principen att medlemsstaterna är skyldiga att ersätta skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas medlemsstaterna även är tillämplig när överträdelsen i fråga beror på ett avgörande av en domstol i högsta instans (mål C-224/01, Köbler, punkt 39–40 och 59). Eftersom 3 kap. 5 § skadeståndslagen skulle omöjliggöra skadestånd när det är fråga om att en domstol i högsta instans har fattat ett beslut som strider mot EU-rätten, uppställer paragrafen ett ytterligare, strängare krav än unionsrätten och måste åsidosättas. Det finns således inte något hinder mot väckande av talan.”

I likhet med vad som kunnat konstateras beträffande den svenska skadeståndslagen så har den i många hänseenden likartade finska vissa föreskrifter som inte är förenliga med gemenskapsrätten. Med detta avgörande klargör finska HD den skadeståndsrättsliga konsekvensen av bristande harmoni mellan regelverken ur den enskildes synvinkel.

Vi har således tre centrala finska rättsfall i finsk rätt som klargör *relationen mellan domstolarnas rättstillämpning och konflikt mellan normer på olika konstitutionell nivå, individens skadeståndsskydd vid statens åsidosättande av gemenskapsrätten och slutligen individens rätt enligt den rättighetskatalog som*

återfinns i 2 kapitlet i *Grundlagen*. Alla tre frågorna är centrala men det är den sistnämnda frågan som är föremålet för mitt intresse eftersom den drar upp gränserna för det ämne jag valt att kalla konstitutionell skadeståndsrätt och från och med nu blir min berättelse svensk, men med möjligheter till tydliga rättsjämförelser mellan de två rättighetskatalogerna i den finska *Grundlagen* och den svenska regeringsformen.

Jag har i en tidigare artikel i JT berört vissa av de frågor som nu fått förnyad aktualitet och det finns därför anledning att göra en viss rekapitulering, men jag hänvisar även till vad jag då anförde.⁴ Det hela tog sin början i Sverige med *tillkomsten av den rättighetskatalog* som sålunda återfinns i andra kapitlet i RF. Den initierade en – för tiden ny och oväntad diskussion i och med att JustR Bengtsson utgav skriften ”*Grundlagen och fastighetsrätten*”⁵ som bl.a. berörde det förhållandet att den nya lagtextens ordalydelse kom att ge ett långtgående skydd för en rad rättigheter, t.ex. rätten till skydd för privat egendom och Bengtsson fann den ändring av bestämmelsen som då tillkom ”*något brådstörtat och utan att man tillräckligt analyserat dess innebörd*”.⁶

Bengtsson hade noga studerat lagmotiven som ju traditionellt tillmäts utomordentlig betydelse i svensk rättstillämpning och kunde konstatera att den då nya ersättningsregeln i RF 2:18 2 st. inte föreföll vara kongruent med lagmotiven utan lovade ”*ett ännu längre gående egendomsskydd än man egentligen tänkt sig*”; bl.a. skulle rådighetsinskränkningar medföra rätt till ersättning, oavsett vad som var orsaken till inskränkningen – något som inte ansågs vara fallet ”*enligt gällande rätt*.” Detta medförde att den enskilde ”*på detta vis*” skulle skyddas också i situationer ”*där detta ter sig föga naturligt, ibland direkt stötande*”.

Bengtsson menade att då den nya utformningen av RF 2:18 var ”*relativt tydlig till sin utformning*” och den inte lämnade ”*språkligt sett*” något tvivel om innebörden var man tvungen att ta ”*lagstiftaren på orden och låta grundlagsregeln påverka tillämpningen av gällande rätt*.” För en kollega till Bengtsson – JustR Vängby – kom emellertid ”*statsintresset*” till undsättning, och även om han var lika ogillande i sin attityd som Bengtsson var i förhållande till detta nya påhitt med rättighetskatalogen, var han alls inte på samma sätt

⁴ Se Kleineman i JT 2014–15 s. 495 ff.

⁵ Se Bengtsson, *Grundlagen och fastighetsrätten*. Stockholm 1996.

⁶ Han var alls inte ensam, den ansedde professorn i offentlig rätt i Lund Håkan Strömberg skrev t.ex. i *Statsvetenskaplig tidskrift* 1997 s. 231 beträffande den då nya föreskriften om egendomsskydd följande: ”*Om den skall tillämpas efter ordalydelsen riskerar den att få besvärande praktiska konsekvenser vid konfrontationen med den civilrättsliga lagstiftningen*.”

bekymrad över tanken att lagstiftaren skulle ha tillskapat civila rättigheter för medborgarna som Bengtsson var. Vängby angav att dessa ”*rättighetsbestämmelser*” med nödvändighet var komprimerade ”*och har sällan den konkretion som skulle krävas, om rättstvister skulle kunna avgöras med en direkt tillämpning av bestämmelsernas ordalydelse.*”

Vängby menade därför att rättighetskatalogen snarast riktade sig till ”*lagstiftaren än till domstolar och andra rättstillämpande myndigheter.*” Vad som gör denna initiala diskussion särskilt historiskt och konstitutionellt intressant, var att Bengtsson i sin replik i SvJT fann att kollegans ”*tolkning av 2 kap. 18 § regeringsformen leder till mycket tilltalande resultat*”. Bengtsson anförde bl.a. att det från ”*lagteknisk synpunkt är det självfallet angeläget att inte bara förarbetsuttalanden utan också lagtexten i olika lagar går att förena med varandra*”, men menade att man, för att resonera som Vängby gjorde, det var nödvändigt att man såg dennes ”*tolkning som annat än en nödfallsutväg för att klara av ett tekniskt missnöje vid lagstiftningen*”. Bengtsson fann emellertid svårt att även för de mest förarbetstrognas – och det var de vid den tidpunkten överväldigande flesta svenska domarna – kunde övertyga allmänheten:

”att välmenta motivuttalanden av låg kvalitet [skulle ta] över ordalagen i en färsk grundlagsregel innebär det en juridisk nedvärdering av regeringsformen som kanske är välförtjänt men ändå är svår att acceptera; skall man också beträffande andra rättighetsregler kunna säga till den enskilde, att visserligen står det så i regeringsformen, men det är inte mycket att fästa sig vid – läs riksdagstrycket så får du se!”.

Dialogen mellan Bengtsson och Vängby hade emellertid ytterligare en dimension som Vängby fångade upp genom sina referenser till det uppmärksammade rättsfallet NJA 1996 s. 110. Högsta domstolen hade där med stöd av principen *jura novit curia* resonerat kring en i doktrinen vid denna tidpunkt uppmärksammat spörsmål om just den då nya lydelsen av 2 kap. 18 § RF möjligen medförde en övergång till en mer restriktiv tillämpning av de regler i FBL som medgav tvångsförfogande över annans fasta egendom. Doktrinen var visserligen här just högst densamme kollegan Bengtsson – nu som professor – och gav således uttryck för samma bekymmer som denne kände inför den alltför medborgarvänliga lagtextens ordalydelse. Skulle ”*den nya lydelsen av 2:18 RF [...] föranleda en övergång till en mer restriktiv tillämpning av de regler i FBL som medger tvångsförfogande över annans egendom.*”? I domen sades det följande:

”I förarbetena behandlas också den allmänna frågan om den gällande lagstiftning, som medger ingrepp i annans egendom, uppfyller det uppställda kvalifikationskravet på att ingreppet skall tillgodose angelägna allmänna intressen (SOU 1993:40 del A s. 90 och 235 samt prop. 1993/94:117 s. 16). Slutsatsen blev att grundlagsändringen inte skapade något behov av följdändringar i sådan lagstiftning. Vad som sålunda förekommit vid genomförandet av grundlagsändringen föranleder slutsatsen att grundlagsändringen ej påverkar tillämpningen av FBL:s bestämmelser om tvångsförfogande i en mer restriktiv riktning än vad som förut gällt.”

Vängby hänvisade härvid till ytterligare en kollega – JustR Johan Lind – som hade uttalat i en uppsats ”*Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*”⁷ att ”*om lagstiftaren tänker sig att grundlagsändring skall påverka tillämpningen av gällande civilrättslig lagstiftning, så måste han säga ifrån*” och för Vängby betydde detta att HD därmed undvek att döma i strid med ”*lagstiftarens allmänna syfte med lagstiftningen*”.

Den ytterligt påläste Bengtsson låg som alltid emellertid ett steg före, då ”*HD:s praktiskt motiverade grundlagstolkning i detta fall stod i viss strid också med grundlagsmotiven; i propositionen med förslag till 1994 års grundlagsändringar utgick man från att just fastighetsbildningslagens regler skulle påverkas av ändringen; se prop. 1993/94:117 s. 49.*”

Man kan här notera flera tidstypiska tecken, ledande domare som klargör att domstolen inte vill se rättighetskatalogen som ett uttryck för en medborgarnas på privaträttslig grund präglad norm som skall leda till underkännande av lagar av lägre dignitet på sådant sätt som t.ex. finska HD slog fast saken i den tidigare berörda domen från 2015, och någon på skadeståndsrättslig grund fotad rätt till ersättning vid åsidosättande av rättighetskatalogen var det inte tal om. Vem man egentligen var trogen vid denna tid är nog – som Bengtsson själv konstaterade den enligt svensk rätt så vanliga förarbetstroheten – något som kan diskuteras eftersom det alltmer rörde sig om en fråga där politisk splittring nu alltmer förelåg, men debatten avklingade och skulle inte få ny fart förrän i och med att frågan om Europakonventionens ställning ånyo uppmärksammades.

Det var med det epokgörande avgörandet NJA 2005 s. 462 som rättsläget kom att ändras på nytt och även vid prövningen av det fallet hade man att utgå just från den stora grundlagsreformen i mitten av 1990-talet som hade

⁷ Se JT 1996–97 s. 352 ff.

lett fram till den ovan berörda ordväxlingen mellan kollegerna Bengtsson och Vängby, eftersom en betydande del av denna rättighetsreform som Bengtsson tycks ha varit så kritisk mot även omfattade att man i RF 2:19 angav att ”Lag eller annan föreskrift får inte meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”. I en särskild lag från just 1994 hade stipulerats att ”som lag här i landet skall gälla den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.” Hade man inte ålagt staten skadeståndsansvar när Europadomstolen gör det med stöd av samma konvention hade emellertid tolkningen av 1994 års lag närmast framstått som ett slags konstitutionellt skådebröd.

Knappast någon kunde emellertid förutse det flöde av nya avgöranden som skulle följa som ett resultat av att HD tog ställning i den principiella frågan som innebar att EKMR var att anse som direkt tillämplig rätt i Sverige, men inte heller nu hade någon reflekterat över frågan om denna rättsutvecklings inverkan på en än mer principiell fråga som nog kunde formuleras på följande sätt: *om skadestånd enligt svensk rätt kan utgå vid åsidosättande av EKMR utan att domstolen måste gå över Europadomstolen, varför skulle då åsidosättande av de mest grundläggande rättigheterna, dvs. de som skyddades av 2 kap. i regeringsformen inte åtnjuta samma skydd?*

Det rörde sig ju här om än mer grundläggande rättigheter i ett demokratiskt samhälle. Frågan om en ytterligare expansion av åsidosättande av grundläggande demokratiska rättigheter kom att ställas på sin spets i två mycket uppmärksammade avgöranden, rättsfallen NJA 2014 s. 323 och NJA 2014 s. 332. Dessa kom enligt mitt förmenande att förändra gällande rätt så, att lokutionen konstitutionell skadeståndsrätt inte längre framstod som en ren framtidsvision för den som sökte rättighetsskydd.⁸

Högsta domstolen tillsåg nämligen här att en fortsatt förvandling av skadeståndsrätten i riktning mot ett ökat rättighetsskydd för grundläggande demokratiska värden blev en realitet. En så pass dramatisk nyordning har emellertid inte kunnat gå spårlost förbi, utan har föranlett oro och kritik från många höga jurister som kanske får antas företräda en mer traditionell syn. Bertil Bengtsson har i mera konkreta termer delvis följt upp den kritik som

⁸ Jag introducerade uttrycket i min festskriftsartikel till Gustaf Lindencrona 2003, *Har politiker något ansvar?*, a.a. s. 211 ff.

en lika inflytelserik jurist, Fredrik Wersäll, hade framfört⁹, i sin dåvarande egenskap av hovrättspresident. Bengtsson var som så ofta skarp genom sin ”*undran över domstolens talföra och ibland svärgripbara sätt att utforma sina prejudikat och över dess benägenhet att ingripa i gällande rätt även när det inte verkar påkallat av någon passivitet hos lagstiftaren.*”¹⁰

Bengtssons kritik inriktade sig just på de två nyss nämnda fallen där staten ålades *ersättningskyldighet för ideell skada* vid åsidosättande av rättigheter skyddade av andra kapitlet regeringsformen. Det första avsåg olaglig avregistrering av svenskt medborgarskap med stöd av 1 kap. 1 § och 2 kap. 7 § regeringsformen. Här hade Regeringsrätten i sin dom kommit fram till att den skadelidande, som hade fötts inom äktenskap, felaktigt hade avregistrerats som svensk medborgare då den uppgivne fadern förklarats ej vara far till barnet, vilket enligt domstolen skulle ”*avgöras mot bakgrund av allmänna rättsprinciper och särskilt med beaktande av bestämmelserna i 2 kap. 7 § RF*”.

Då emellertid RF:s bestämmelser i princip utesluter att någon mot sin vilja fräntas sitt svenska medborgarskap, fanns det inte någon möjlighet att återkalla ett beslut om medborgarskap som hade meddelats ”*på grundval av felaktiga uppgifter eller annars på felaktigt sätt.*” HD konstaterade att det enligt Regeringsrätten inte kunde ”*komma ifråga att i vissa situationer bringa ett svenskt medborgarskap att upphöra genom att fingera att något medborgarskap aldrig hade kommit till stånd*”. Den dom varigenom den utpekade fadern förklarades inte vara far till den skadelidande var inte nog för att medföra att vederbörande skulle förlora sitt svenska medborgarskap, varför myndig-

⁹ Se Wersäll, En offensiv Högsta domstol. Några reflektioner kring HD:s rättsbildning, SvJT 2014 s. 1 ff. som visserligen huvudsakligen uppehåller sig vid HD:s straffrättsliga aktivism men som också uppehåller sig vid det pleniavgörande – NJA 2013 s. 502 – där HD underkände sin några år tidigare antagna ståndpunkt (NJA 2010 s. 168 I och II) om skattetillägg och dubbelbeskattning och därvid även genom resning – vilket Wersäll finner djärvt – genom NJA 2013 s. 746 tillerkänner ny rättstillämpning ställning som resningsgrund. Wersäll är kritisk och anför därvid följande: ”*Det kan förutses att denna nya resningsgrund kan bli ett populärt sätt att angripa lagakraftvunna domar, inte minst eftersom bara fantasin sätter gränser för hur Europakonventionen kan åberopas.*” Även Elisabeth Fura är inne på samma sak i sin artikel En offensiv Högsta domstol – en kommentar, SvJT 2014 s. 101, där hon uttalar följande ”*Från en inledande skepsis till en försiktig nyfikenhet har vi nu fått se en stor entusiasm, på gränsen till överutnyttjande. Kanske har tiden kommit för pendeln att svänga tillbaka något?*” Bengtsson beskriver sin egen skeptiska inställning som traditionell och troligen något föråldrad inställning, men är definitivt således inte ensam om att se entusiasmen över det nya rättighetstänkandet i rättspraxis.

¹⁰ Se Bengtsson, Högsta domstolen fortsätter omvandlingen av skadeståndsrätten, SvJT 2014 s. 431 ff. Se särskilt a.a. s. 438.

hetens åtgärd att ändra uppgiften om medborgarskap i registret var felaktig. HD konstaterade att enligt ”2 kap. 7 § andra stycket RF får ingen svensk medborgare som är eller har varit bosatt i riket fråntas sitt medborgarskap” och rättigheten var absolut och kunde inte begränsas, varefter domstolen gör sitt i detta sammanhang viktiga konstaterande att

”överträdelse i ett enskilt fall av förbudet i 2 kap. 7 § andra stycket RF betar den drabbade de rättigheter som följer av medborgarskapet. Den innebär att staten bryter mot den grundläggande skyldigheten i det rättsliga förhållande som medborgarskapet utgör. En sådan överträdelse har skadeverkningar som inte låter sig värderas efter en allmän måttstock. Även om bestämmelsen i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter, utgör en överträdelse av den ett sådant avsteg från statsskickets grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadeståndsskyldighet för staten.”

Det förefaller som man här i HD:s domskäl kan finna en helt ny av domstolen skapad norm, nämligen när rättighetskatalogen i regeringsformen inte blott utgör en bestämmelse som ”i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter” utan ”utgör ett sådant avsteg från statsskickets grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadestånd mot staten”.

Man skall således finna det klarlagt att det skett ett sådant avsteg ”från statsskickets grunder” som ger upphov till en skadeståndsrättslig förpliktelse för staten men HD återkom samma dag till ytterligare ett fall då man kunde utdöma skadestånd som gällde ett område där man kände större säkerhet, nämligen de klassiska rådighetsinskränkningarna.

Även i NJA 2014 s. 332 återspeglas ett synsätt som klart avviker från det ovan berörda rättsfallet NJA 1996 s. 110 och vi möter nu en enig domstol som framstår som påtagligt bestämd i sitt rättighetstänkande nämligen att ”2 kap. 18 § andra stycket RF anses ge uttryck för en allmän rättsgrundsats om rätt till ersättning vid rådighetsinskränningar i vissa fall”. Domstolen väljer rentav att direkt anknyta till den ovan berörda 90-talsdiskussionen mellan Vängby och Bengtsson:

”Svårigheterna med formuleringen av 2 kap. 18 § andra stycket RF behandlades av 1999 års författningsutredning, som hade fått i uppgift att tydliggöra och precisera ersättningsregelns tillämpningsområde vid rådighetsinskränningar på ett sådant sätt att den gav ett klart uttryck för lagstiftarens vilja. Utredningen kunde emellertid efter att ha prövat ett antal förslag konstatera att man hade

misslyckats med att nå en bred uppslutning kring en formulering som otvetydigt överensstämde med syftet bakom stadgandet.”

Då vissa av restriktionerna i rätten till fiske utgjorde ”en så väsentlig begränsning i den verksamhet som klagandena hade byggt upp med användning av sina enskilda mark- och vattenområden att det måste anses råda ett klart missförhållande mellan det allmännas fördel av rådhetsinskränkningen och den belastning som denna medförde för klagandena” att det vid en intresseavvägning därmed framstod – ”också med beaktande av den principiella utgångspunkten att ersättning normalt inte utgår vid inskränkningar av miljöskyddsskäl – inte som rimligt att inskränkningen av klagandenas rådhetsinskränkning till sina områden ska kunna göras utan att någon ersättning utgår för den förlust som restriktionerna har orsakat dem.” Slutsatsen blev därför att hänsynen ”till klagandenas intressen” påfordrade att dessa fick ersättning för rådhetsinskränkningen.

Här var Högsta domstolen enig, medan i det första fallet en ledamot i avsaknad av uttryckligt lagstöd, fann att ersättning inte skulle utgå. En intresseavvägning mellan det allmännas fördel av ifrågavarande rådhetsinskränkning och den enskildes belastning skulle avgöra om ersättning skulle utgå. Här var dock saken enklare då det fanns ett uttalande i ett tidigare rättsfall – NJA 2007 s. 695 – som visade att ersättning kunde utgå och där hade man hänfört sig till Bengtssons utvärdering av den utformning lagstiftningen hade fått genom förarbetsuttalandena i 1994 års ändringar av regeringsformen. HD uttalade:

”Ersättningen skall alltså bestämmas enligt grunder som anges i lag. För fall då den aktuella lagbestämmelsen inte når upp till den nivå som grundlagen kan anses kräva har det i den juridiska litteraturen ansetts att den naturliga konsekvensen är att ingreppet tillåts men, trots den alltför begränsade eller obefintliga lagbestämmelsen, medför ersättningskyldighet till det belopp grundlagsregeln får anses minst kräva (jfr Bengtsson, Ersättning vid offentliga ingrepp 1, 1986 s. 59 och Holmberg m.fl., Grundlagarna, 2 uppl. 2006 s. 172).”

Vi har således några klara utgångspunkter i skadestandsregleringen enligt rättighetskatalogen; medan rådhetsinskränkningar ansågs kunna medföra skadestånd på grund av de förarbetsuttalanden som gavs till grundlagsreformen 1994 så valde HD att utan stöd i några sådana av lagstiftaren givna uttalanden, likväl utdöma skadestånd när det förelåg ett åsidosättande även av 2 kap. 7 § RF och detta trots att ”bestämmelsen i första hand riktar sig till lagstiftaren och myndigheter” eftersom en ”överträdelse av den är ett sådant

avsteg från statsskicketts grunder att överträdelsen även bör kunna åberopas av den enskilde som grund för skadeståndsskyldighet för staten.”

Problemet med att Europakonventionen gav den enskilde rätt till skadestånd mot staten vid åsidosättande av dess rättigheter direkt vid svensk domstol hade fött ett nytt och större problem, nämligen hur det skulle vara möjligt att de rättigheter av än mer grundläggande karaktär som fanns, nämligen rättigheterna i andra kapitlet regeringsformen – med undantag för sådana som innefattade skydd mot rådighetskränkningar – samtidigt skulle vara skadeståndsrättsligt osanktionerade. Minoriteten i NJA 2014 s. 323 såg och vidgick problemet, men menade att det var något som lagstiftaren hade att lösa i avsaknad av ett uttryckligt lagstöd medan majoriteten valde att utan stöd i lag införa ett skydd, t.o.m. för ideella skador, något som varit mycket svårt att erhålla enligt svensk rätt utan stöd i lag. Vi möter här en påtaglig skiljelinje i svensk prejudikatlära: vissa domare i HD *ser pragmatiskt på saken* och anser att domstolen i ett sådant läge måste gå in och agera så att inte uppenbara anomalier får framträda, medan andra ser bristen men menar att det är en uppgift som måste ligga på lagstiftaren.

Den svenske lagstiftaren har emellertid inte varit pigg på att ens anpassa den svenska skadeståndslagen till gällande rätt på detta område. Principen om ersättning för skadestånd vid åsidosättande av Europakonventionen som ju infördes genom HD år 2005 medförde förslag till en ytterst begränsad formell anpassning i skadeståndslagen genom en offentlig utredning 2010¹¹ som dock låg på hyllan i regeringskansliet och det i närmare åtta år, och den reglering som då följde tog ingen hänsyn till den fortsatta rättsutvecklingen efter 2010 års rättsläge och framför allt inte framväxten av en konstitutionell skadeståndsrätt. Medan Högsta domstolen hastade på så drog lagstiftaren benen efter sig. Bengtsson har dock sett med oblida ögon på Högsta domstolens iver att gå före men godtar tydligen om än med viss försiktighet utgången i dessa två fall, men föreslår nu att regeringen borde tillsätta en ny utredning ”om en motsvarande lagstiftning om skadestånd vid överträdelse av regeringsformens rättighetsregler”. Det ser Bengtsson, som identifierar sig, efter sina oerhört många år som lagstiftare, med lagstiftaren och ser det hela så, att i ”varje fall från lagstiftarens synpunkt får man hoppas att HD då om möjligt lämnar dessa frågor i fred; inhopps under pågående lagstiftningsarbete kan erfarenhetsmässigt ställa till åtskilliga problem.” Han tycks dock inte utesluta

¹¹ Se Skadestånd och Europakonventionen, SOU 2010:87, Betänkande av Utredningen om det allmännas ansvar enligt Europakonventionen.

frågan om att en sådan lagstiftning skulle kunna innefatta reglering om förbud mot skadestånd vid grundlagsbrott.¹²

2. Fortsatt rättsutveckling i praxis?

Om många kommentatorer beskrev NJA 2014 s. 223 som ett undantag och inte som ett tecken på fortsatt rättsutveckling, kan nämnas att det f.n. förs ytterligare mål på samma tema och ett har nyligen avgjorts i Högsta domstolen¹³ som gällde även det verkan av avregistrerat medborgarskap men nu gällde frågan principerna för preskription och skadeståndets storlek. HD gick på en mycket medborgarvänlig linje och justitiekanslerns samtliga invändningar ogillades. Fler avgöranden skulle kunna komma och i vart fall kommer flera liknande fall om skadestånd att avgöras. Särskilt som HD tycks ha varit hågad att t.o.m. ge mer än de 150 000 kr som yrkades om statslöshet hade förelegat länge och motsatte sig justitiekanslerns måhända njugga inställning att redan 100 000 kr fick vara nog.

Den helt centrala frågan är dock vilka övriga bestämmelser i andra kapitlet än de som prövades i de två avgöranden år 2014 som kan anses vara riktade till lagstiftare, och vilka som kan åberopas av enskilda som grund för skadestånd och då i första hand för skadestånd för staten. Vilka lagbestämmelser är kanske för allmänt hållna och vilka är tillräckligt konkretiserade för att innefatta sådana väsentliga skyddsbestämmelser att den enskilde kan påräkna ersättning? Måste man kanske rentav se dessa två fall som särfall förorsakade av ”*den juridiska oreda som politikerna ställt till*” som Bengtsson uttryckt saken och följa dennes råd att fortsättningsvis invänta lagstiftningsinitiativ?

I själva verket öppnar sig genom den generösa skrivningen i 2 kap. RF betydande möjligheter för enskilda att genom s.k. närläsning av rättighetskatalogen hävda åsidosättande av speciella rättigheter, som t.ex. 2 kap. 6 § RF, att var och en är ”*gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.*” Det finns emellertid fler bestämmelser, som med den fantasi som Wersäll oroade sig för¹⁴ finns hos medborgare och deras ombud, kan tänkas få samma effekt, t.ex. vad som stadgas i 2 kap. 10 §:

¹² Se Bengtsson, a.a. s. 438.

¹³ Se HD:s dom 5 mars 2018 i T 2480-17.

¹⁴ Se ovan not 9.

”Finner riksdagen att det finns särskilda skäl för det, får en lag dock innebära att skatt eller statlig avgift tas ut trots att lagen inte hade trätt i kraft när omständigheten inträffade, om regeringen eller ett riksdagsutskott då hade lämnat ett förslag om det till riksdagen. Med förslag jämställs ett meddelande i skrivelse från regeringen till riksdagen om att ett sådant förslag är att vänta. Vidare får riksdagen föreskriva undantag från första meningen, om riksdagen finner att det av särskilda skäl krävs i samband med krig, krigsfara eller svår ekonomisk kris.”

I 2 kap. 11 § RF om förbud mot inrättande av domstol för enskild tvist finns en regel som aktualiserades i samband med finanskrisen 2009 då staten lät inrätta en domstol för att pröva en tvist avseende den lag som ansågs tillkommen för att skydda betydande finansiella intressen i samband med att Riksgälden ”*tog hand om*” aktierna i Carnegie för att skydda det svenska bankväsendet i egenskap av panthavare men sedan kom i tvist med aktieägaren om värderingen av panten.¹⁵ Lokutionen i nuvarande 2 kap. 18 § att ”*forskningens frihet är skyddad enligt bestämmelser som meddelas i lag*” kan nog tänkas medföra intressanta följdfrågor när den statliga detaljregleringen över universiteten och principuttalanden om hur forskningen bör bedrivas blir allt vanligare.

Det torde väl vara fullt möjligt att det ovan berörda finska avgörandet 2013:52 borde kunna tolkas så, att även för finsk rätts del förutsättningar finns att utifrån den finska grundlagens rättighetskatalog ytterligare bestämmelser kan komma att tolkas så, att skadestånd kan utgå vid kränkningar av rättighetskatalogen som direkt skadar den enskilde och därvid även ersättning för s.k. ideell skada.

Framtiden är emellertid alltid svår att förutse och vi jurister är nog ovanligt dåligt skickade att spå i glaskula eftersom vår huvudmetod, den rättsdogmatiska, snarare är tillbakablickande än framåtblickande. Ser man emellertid den effekt som HD:s dom i NJA 2005 s. 462 kom att få, så öppnades här ”*dammluckorna*” och prejudikatinstansen fick kontinuerligt pröva frågan om enskilds rättigheter gentemot staten och f.ö. frågan om enskilds rättigheter mot andra än staten baserat på EKMR.¹⁶

¹⁵ Även om den då inrättade domstolen inte formellt tillkom enbart för denna tvist så är det uppenbart att den syftade till att lösa just denna tvist och har sedan inte varit aktiv om än av naturliga skäl. Se lagen (2008:814) om statligt stöd till kreditinstitut.

¹⁶ Antalet prejudikat i tiden efter NJA 2005 s. 562 är naturligtvis i detta hänseende bara toppen på ett isberg vad gäller tvisten där ombud på goda eller mindre goda grunder anser sig kunna stödja sin argumentation på EKMR. Det ställer betydande krav på kunskaper om konventionen på underrättsdomare liksom om den praxis som inte bara utvecklats i svensk rätt utan även i Europadomstolen.

Är då denna ”*rättighetsfixerade*” rättsutveckling av godo eller finns här problem? Redan det faktum att svenska HD och måhända även finska HD utan särskilt mycket stöd i lagstiftning eller ens lagförarbeten – de senare är ju som bekant mycket populära som en trygg och säker rättskälla bland svenska domare fostrade i regeringskansliets lagstiftningsenheter – bryter mot den filosofiska överideologi som präglat svensk juristutbildning, den skandinaviska rättsrealismen, som inte såg något vetenskapligt utrymme för absoluta rättigheter och t.ex. brukade beskriva äganderätt som den funktion rättigheter som rättsordningen i varje enskilt ögonblick tillerkänner densamma, nu plötslig först utifrån EKMR och sedan utifrån regeringsformens rättighetskatalog tillerkänner enskilda som kränkts skadestånd, skapar inte därmed enbart ett helt nytt ämne – av mig betecknat som konstitutionell skadeståndsrätt – utan även ett helt nytt sätt att nalka sig *rättsliga föreställningar*.

Såväl enskilda som ombud och då oftast med utgångspunkt i ett starkt moralargument – kravet på *upprättelse* – prövar gränserna för hur långt man i praxis kan sträcka sig för att erhålla skadestånd enligt EKMR och det kan på goda grunder antas att möjligheten att erhålla skadestånd enligt regeringsformens rättighetskatalog och då inte enbart eller primärt vid oacceptabla rådhetsinskränkningar utan även andra grundläggande rättigheter *numera framstår som en klar realitet*. Ur ett individuellt perspektiv framstår ofta – om än inte alltid – dessa krav som förståeliga och acceptabla och ersättning i det enskilda fallet rör sälla belopp som skakar statsfinanserna. Det är ännu få som förfasar sig över denna utveckling utom möjligen således en del äldre jurister som är vana att värna om statens intresse mer än enskildas och kanske finner den rättighetsinriktade ”*diskursen*” främmande.

Jag minns själv ett seminarium för många år sedan då jag av min handledare Jan Hellner ålades att hålla en längre inledning om Uppsalaskolan och den skandinaviska rättsrealismen inför ett fint auditorium omfattande inte bara min egen lärare Jan Hellner – som sågs som elev om än indirekt till Hägerström och – direkt – till Lundstedt utan framför allt inför den siste store skolbyggaren i Uppsala Per Olof Ekelöf. Jag utbrast vid någon kommentar från Ekelöf, ”*men tänk professor Ekelöf, tänk på den enskilde skadelidande och denne svarade då med glimten i ögat, den enskilde skadelidande den ger jag fullständigt... i*”. Doktoranden förblev då stum inför denna storhet och dennes knappast individcentrerade synsätt på skadeståndsrätten.

Jag skall inte förneka att jag länge varit en varm anhängare av detta rättighetsbaserade skadeståndstänkande som måhända utgår från tanken om absoluta rättigheter som i viss mån är naturrättsligt baserade men som fått en

modern etiskt/rättsligt acceptabel form i t.ex. Ronald Dworkins tänkande, men jag har aldrig varit säker på om detta inte i viss utsträckning är en personlig reaktion på den kyliga, ofta betecknad som vetenskapligt korrekta, rättsvetenskap som jag uppfostrats med. Förslag att bjuda in Dworkin till Stockholm togs inte emot väl när doktoranden framförde det till sin handledare i mitten 1980-talet.

Kanske är inte en fortsatt utveckling av denna rättighetsbaserade skadeståndsrätt en önskvärd framtidsutopi, utan kanske snarare en fråga om hur stora ekonomiska belastningar individer får tillåtas lägga på staten. Om en utveckling kring rättighetskatalogen i 2 kap. RF skulle bli lika vidlyftig som den utveckling vi sett i svenska domstolar kring EKMR så finns anledning att ifrågasätta om inte detta undergräver den demokratiska trovärdigheten av en sådan rättighetskatalog. Man får emellertid räkna med att jämförelser med tidigare fall som medfört rätt till skadestånd kommer att trigga medial uppmärksamhet och att flera fall av skadestånd vid åsidosättande av 2 kap. RF står att vänta. Att däremot på traditionellt svenskt maner lagstifta kring omfattningen av domstolarnas rätt att sanktionera med ideellt skadestånd rättighetskränkningar ser jag inte som önskvärt. Redan den röra som uppstod i dessa frågor vid tillkomsten för 25 år sedan av RF:s rättighetskatalog förskräcker.

Vissa rättsvetenskapliga företrädare för nyare trender inom skadeståndsrätten ser ”*rättighetsparadigmet*” närmast som en början på något helt nytt, närmast en förnyelse av de rättsliga metodresonemangen. Mårten Schultz har påpekat, säkert helt riktigt, att ”*rättighetsargumentationen*”¹⁷ nog ”*länge [har] kämpat i motvind, men [att] vindarna har vänt*”. Han drar slutsatsen att ”*ett rättighetsperspektiv på förmögenhetsrätten kan ta sig uttryck på olika sätt*”. I likhet med vad jag funnit i min redogörelse här ovan menar Schultz att detta ”*kommer mest tydligt till uttryck i situationer där det allmännas ansvar aktualiseras*” men Schultz vill se längre än så. Han menar att detta perspektiv ”*således [kan] tillåtas influera synen på ansvarsfrågor även när det utpekade ansvarssubjektet inte är staten, en kommun eller en myndighet.*”

Han menar att detta synsätt ”*kan även användas som ett instrument för systematisering och för framtagandet av nya metodologiska grepp, också utanför ansvarsrätten.*” Med en ganska elak släng mot Lundstedt och den skandinaviska rättsrealismens absoluta ifrågasättande av rättighetsargument menar

¹⁷ Se Schultz, Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Rättighetsargument, SvJT 2011 s. 989 ff.

han att detta inte längre skulle kunna betraktas ”som en papegojas pladder utan som ett meningsfullt, och understundom fruktbart, inslag i den juridiska argumentationen.”¹⁸

Bengtsson har närmast den motsatta uppfattningen och varnar för ”att utveckla ett rättighetsansvar vid sidan av det culpaansvar som lagfästs i så många sammanhang” då detta culpaansvar ”gäller som vedertagen huvudregel också på icke lagreglerade områden” eftersom det skulle medföra stora problem då ”ett sådant dubbelt regelsystem skulle bli både svåröverskådligt och svårtillämpat.”¹⁹

Varje generation vill komma med något nytt inte bara inom rättsvetenskapen utan inom vetenskapen i stort. Den som kan bli ihågkommen för att ha introducerat ett nytt *vetenskapligt paradigm* kan luta sig nöjd bakåt och titta rättshistorien rakt i ögonen. Att den skandinaviska rättsrealismen och dess närmast vetenskapsteoretiska kritik mot rättighetsbegreppet inte för alltid skulle ha ett fast grepp om den rättsvetenskapliga metoddiskussionen är nog inte ägnat att förvåna. Den kom emellertid att ha detta grepp länge nog eftersom den fick rättsvetenskapens företrädare att känna sig trygga som utövare av *verklig vetenskap*.

När emellertid rättighetsdiskussionen tog fart på allvar vid det senaste millennieskiftet fick denna lära svårt att hålla sin ställning. Skadeståndsrätten hör till det område där rättsvetenskapen ofta utfört sina paradigmskiftet i det rättsliga tänkandet och numera således kommit att bli den verkliga tummelplatsen för rättighetstänkande, vilket knappast är ägnat att förvåna. Här som på så många andra områden är emellertid risken att vi som kände tyngden från den antikverade rättsrealismen lyftas bort från våra axlar får vara försiktiga då vi annars riskerar att hamna i ett nytt rättsligt tvångsäktenskap.

Det finns nog inte obetydliga risker att det nya rättighetstänkandet drivs för långt och att det medför att såväl allmänna som enskilda intressen kan trädas för när i iveren att vara ”*rättvis*”. Kanske har den nya trenden redan nått sin höjdpunkt och vi som gärna ser oss som företrädare för skeptisk pragmatism som ett synsätt som står över de tillfälliga vetenskapstrendernas nyckfulla grepp över tanken kanske kan få en ny chans. Det vore i så fall på tiden. Man får visserligen som Håkan Andersson påpekar erinra sig att ”*endast två*

¹⁸ Schultz går vidare i sin analys kring frågan om bl.a. Rättigheter och rättvisa i Högsta domstolen i sin nyligen publicerade artikel i Festskrift till Stefan Lindskog (2018) s. 627 ff.; ”Vid sakskada handlar det ytterst om egendomsskyddet” där uppsatsens rubrik är ett citat från Lindskogs tillägg för ”egen del” i NJA 2011 s. 576.

¹⁹ Se Bengtsson, Skadestånd vid överträdelse av Europakonventionen – den nya lagstiftningen, SvJT 2018 s. 93 ff.

rättsfall om RF och ersättningsrätten” liksom en svala inte gör någon sommar, men två har redan blivit tre och utblicken mot vårt östra grannland visar att samma frågor även där nyligen hanterats i högsta instans, och finska HD har ju ofta bedömts som mer försiktig än sin svenska motsvarighet.²⁰

²⁰ Se Håkan Andersson, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer*, bok III, 2017 s. 846.