

Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling

JAN KLEINEMAN

1. Inledning

En av det svenska 1900-talets mest omstridda personer – Olof Palme – skall en gång ha betecknat den europeiska konventionen för mänskliga rättigheter som ”Gustaf Petréns lekstuga”. Petrén, en hög svensk förvaltningsdomare som var starkt engagerad i medborgarrättsfrågor vid en tidpunkt då inte sällan statsintresset av vissa ansågs viktigare än individintresset, hade varit med att lyfta fram Europakonventionen som en konkret och praktisk rättskälla.

Olof Palmes uttalande som av vissa mer ansågs karaktärisera upphovsmannen än domstolen och konventionen visar i vart fall att inställningen i Sverige länge präglades av tanken att det svenska samhället var organiserat så, att konventionen inte var något praktiskt problem. Förmodligen fokuserades därvid på konventionens skydd för de mänskliga rättigheterna varvid frågan om tortyr och andra liknande övergrepp aldrig hade stått på agendan som ett aktuellt samhällsproblem i vårt land. Trots detta synes det ha rätt visst tvivelsmål om konventionen inte kunde medföra problem ur ett svenskt perspektiv.

Inte minst kom ideologiska företrädare för starkt naturrättsligt präglade rättighetstankar att tidigt använda konventionen och då särskilt skyddet för ”civila rättigheter” enligt artikel sex som språngbräda mot statliga ambitioner. Det var säkerligen detta som Olof Palme hade i åtanke när han irriterades över regeringsrådet Petréns åberopande av Europakonventionen. Palmes uttalande är emellertid intressant även ur den synvinkeln att han ställer Europadomstolen och inte konventionens betydelse som svensk rättskälla i förgrunden för sina besvärjelser.

Tanken att svenska politiker, myndigheter och intressen skulle bli ”angripna” i Strasbourg var en sak, medan frågan om konventionens ställning som omedelbart tillämplig rättskälla i direkt konkurrens med riksdagens lagstiftningsmakt framstod vid denna tidpunkt då Sverige ännu inte anslutit sig

till den Europeiska unionen som helt främmande. Rättighetsdilettanternas arena var en främmande domstol vars inflytande på svensk rätt ansågs begränsad. I efterhand kan nog inte förnekas att vad som brukar beskrivas som det demokratiska etablissemangets inställning till denna ”rörelse” nog präglades av en överslätande arrogans och man tog inte argumenten på särskilt stort allvar, åtminstone på vissa håll. Det var detta förhållningssätt som kom till uttryck i Palmes berömda ord.

På samma sätt synes det emellertid i viss utsträckning ha förhållit sig med 1975 års regeringsform (RF). Den stora grundlagsreform som hade föregått tillkomsten av (RF) gav mer intryck av att vara att betrakta som en symbol för den djupa demokratiska förankring som RF hade än som en levande rättskälla som kunde åberopas av individer inför domstolar. Sådana synsätt framstod mera som Hollywood-manuskript för beskrivning av vad som förekom i det amerikanska samhället där domstolar snarare betraktades som skydd mot statsmakten än väktare av individens rättigheter mot staten.

Man behöver emellertid erinra sig den diskussion som bl.a. Bertil Bengtsson och andra förde i början av 1990-talet kring äganderätten och rättighetskyddet. Två nya lagbestämmelser från år 1994 kommer därvid i förgrunden. I 2 kap. 23 § RF fastslås numera att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtagande på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Samtidigt därmed utfärdades en särskild lag som explicit angav att konventionen skulle gälla ”som lag här i landet”. Inte heller denna formella integrering av Europakonventionen synes först ha tilldragit sig särskild uppmärksamhet, men saker och ting skulle komma att ändras.

Trots att det således genomfördes flera formella förändringar av det nationella rättsläget, synes länge konventionen enbart ha uppfattats som något som den svenska staten hade att gå i svaromål för och då endast vid domstolen i Strasbourg och inte som en integrerad och självständig rättskälla som Sveriges riksdag och svenska domstolar hade att åtlyda. En intressant fråga var således om t.ex. förbudet att stifta lag – således något där regeringsformen riktade sig till riksdagen – också medförde ett förbud att tillämpa en lag som innefattade ett åsidosättande av konventionen, dvs. skulle vara direkt tillämplig enligt svensk rätt.

I samband med att 2 kap. 18 § RF samtidigt fick sin nuvarande lydelse fördes en omfattande debatt om lagstiftaren hade givit allt för långtgående skydd för äganderätten. Föga torde debattörerna ha anat att vad som väntade

bakom Europakonventionens reella upptagande i svensk rätt var en renässans för äganderättstankar som i sin tur inte sällan byggde på naturrättsligt färgade tankegångar som länge varit främmande för svensk rätt. Avståndet mellan den etablerade rättsrealismen och dess avståndstagande från absoluta i det närmast okränkbara rättigheter och Europakonventionen som ett fundament för individens rättigheter kunde knappast ha varit större vid tidpunkten för Olof Palmes berömda ord.

Engagemanget för Europakonventionens synsätt var emellertid starkt hos ett litet fåtal som av vissa beskrevs som eldsjälur men av vissa andra mer uppfattades som rättshaverister. Klart är emellertid att det etablerade juristsamhället inkluderande den ledande rättsvetenskapen och domstolarna länge förhöll sig avvaktande till det nya rättighetsinriktade tänkandet.

Diskussionen kring 1994 års ändringar mellan framförallt justitieråden Bengtsson och Vängby tyckes emellertid ha fört fram äganderättsdiskussionen inom Högsta domstolen. Att något var på väg att hända kan skymta i rättsfallet NJA 1996 s. 110 som handlade om något så pass pragmatiskt som frågan om ändringar av ett servitut hade inneburit olägenheter av betydelse för den tjänande fastigheten. Visserligen fann HD att den nya bestämmelsen i 2 kap. 18 § RF saknade betydelse för bedömningen av den aktuella frågan och att fastighetsbildningslagens bestämmelser om tvångsförfoganden inte hade påverkats av grundlagsändringen, men samtidigt är det intressant att domstolen – närmast som det tycks *ex officio* – väckt frågan om grundlagens kvalifikationskrav vad gäller rätten till ingrepp i annans egendom vid tillämpningen av fastighetsbildningslagen.

Redan en granskning av lagbokseditionens rättsfallshänvisningar visar att det är först vid denna tidpunkt som konventionen – och då särskilt art. 6 om rätten till rättvis rättegång – börjar bli aktuell som rättskälla i svenska domstolar.

Det är emellertid huvudsakligen frågan om iakttagandet av vissa formaliteter som ställs i förgrunden för prövningen i de flesta fall, medan däremot frågan om konventionens betydelse som rättskälla ”här i landet” i övrigt inte tilldrar sig större uppmärksamhet. Europakonventionens ställning som ersättningsregel förefaller inte lika intressant som frågan om underkännande av nationella avgöranden på grund av underlåtenheten att iakttaga konventionens formaliteter.

Diskussionen är emellertid under 1990-talet i tilltagande och när justitiekanslern i ett sedermera publicerat föredrag anslog det statliga perspektivet

synes debatten ha tilltagit.¹ JK Lambertz noterar att sedan *flera* hovrätter hade valt att *avvisa* käromål där skadeståndsanspråk mot staten hade grundats direkt på konventionen hade Högsta domstolen gått på motsatt linje och i rättsfallet NJA 2003 s. 217 hade HD där uttalat följande:

”Frågan om *n.n.* har rätt till skadestånd för den påstådda kränkningen av hans rättigheter enligt Europakonventionen och vilka rättsregler som i så fall skall tillämpas är ett spörsmål rörande själva saken och borde inte ha tagits upp som en fråga om rättegångshinder.”

Lambertz konstaterar vidare att konventionen visserligen är svensk lag men då den inte innehåller några skadeståndsbestämmelser ”ämnade för tillämpning i nationella domstolar” det därför var sannolikt att man inte kunde få skadestånd direkt på grundval av Europakonventionen. Denna slutsats grundar emellertid Lambertz inte på lämplighetsövervägande utan närmast på vad jag skulle vilja beskriva som en lagpositivistisk uppfattning om hur rättsläget fick anses vara beskaffat i avsaknad av en uttrycklig lagbestämmelse om rätt till skadestånd vid kränkning av konventionen i den nationella lagstiftningen.

Lambertz menar nämligen att det ”i längden” fick anses otillfredsställande att människor skulle vara hänvisade till att vända sig till Strasbourg ”för att få rätt”.² Emellertid menar författaren att det måste till någon form av lagändring och man borde diskutera ”om man inte i så fall bör införa en direkt hänvisning till konventionen i skadeståndslagen.”

Lambertz påpekar att han vid den aktuella tidpunkten som företrädare för staten är inblandad i en tvist där frågan ställts på sin spets som ett resultat av att HD menat att frågan kan bli föremål för en materiell prövning.

Domen i det målet kom genom rättsfallet NJA 2005 s. 462 och rörde enskilds rätt till skadestånd av staten för att brottsmisstankar mot honom inte hade prövats inom skälig tid. Det kan därvid vara anledning att först något beröra frågan om det allmännas ansvar enligt svensk nationell rätt.

När den svenska skadeståndslagen tillkom 1972 var en av de viktigare reformerna införandet av regler om skadeståndsansvar för stat och kommun mot enskilda vid skador förorsakade genom – som det kom att betecknas i lagtexten – ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning. Denna terminologi kan i sig förefalla missvisande eftersom den antyder att ansvaret skulle

¹ Se Lambertz, Göran, Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och ersättningsmöjligheter, JT 2004–05 s. 3 ff.

² Se a.a. s. 9.

inträda vid varje avvikelse från vad som kan krävas, men det framgår av lagmotiven att lagstiftaren här endast har valt en utformning för att möjliggöra att ansvar inträder vid oaktsamhet hos en juridisk person.

I detta fall avses således med lokutionen ”fel” oaktsamhet begånget hos det offentlighetsrättsliga rättssubjektet utan att man behöver identifiera vem eller vilka fysiska personer som kan läggas oaktsamheten till last och där rättssubjektet blir s.a.s. identifierat med den eller de fysiska personernas oaktsamhet. Lokutionen ”fel eller försummelse” inkluderar med detta synsätt *såväl* anonym culpa, dvs. då man inte kunnat identifiera *vem* som varit oaktsam, oaktat det ändå måste vara *någon* för vilket rättssubjektet svarar, *som* kumulerad culpa, dvs. där flera varit i sådan grad oaktsamma att deras beteende sammantaget kan betecknas som oaktsamt.

Vidare innefattade skadeståndslagen initialt en egendomlighet betecknad som ”standardregeln” och som var placerad i 3 kap. 3 § SkL. Det rörde sig om en slags ”dubbel-culparegel” som för ansvar förutsatte inte bara att det förelåg just ”fel eller försummelse” utan jämväl att de krav på verksamheten hade åsidosatts som skäligen kunna ställas på dess utövande. Bestämmelsen blev tidigt hårt kritiserad – inte minst för att det var svårt att först uttala att det offentlighetsrättsliga rättssubjektet varit vårdslöst och därefter – trots detta – göra denna andra bedömning som innefattade en slags tilläggsprövning.

Efter en utredning genomförd av Bertil Bengtsson avskaffades densamma också 1989. Kritiken mot reglerna om det allmännas ansvar hade sin grund i ett något säreget rättsfall från 1987 varigenom fastställdes att Konsumentverket – trots att man gjort sig skyldig till ett flagrant fall av felaktigt informering om ett företags produkter – undgick ansvar. Detta blev startpunkten på en diskussion kring olika lagförslag som slutligen ledde fram till den bestämmelse om det allmännas informationsansvar som numera återfinns där standardregeln tidigare var placerad, dvs. 3 kap. 3 § SkL.

Det är mot bakgrund av den nu angivna legala bakgrunden som prövningen i 2005 års fall skall ses. Högsta domstolen konstaterar i sina domskäl att en tidigare brottsmisstänkt som hade yrkat skadestånd av staten för bl.a. inkomstförluster m.m. grundande på påståenden om att åklagarmyndigheten hade underlåtit att medverka till att anklagelserna mot honom blev prövade inom ”skälig tid”. Den skadelidande hade anfört att denna underlåtenhet var ersättningsgrundande såväl enligt skadeståndslagen som enligt Europakonventionen. Han hade även yrkat ersättning för ideell skada och då gjort gällande att företrädare för åklagarmyndigheten genom att underlåta en handläggning gjort sig skyldig till tjänstefel vilket medförde att han ansåg sig

berättigad till skadestånd enligt konventionen ”och grunderna för skadeståndslagen”. Han pekade på lagbestämmelserna om s.k. kränkingsersättning.

Högsta domstolen konstaterade att art. 6.1 i konventionen angav att var och en vid prövning av anklagelser mot honom för brott var berättigad till en domstolsprövning inom skälig tid samt att tidsåtgången här varit ungefär sju år från den tidpunkt han fick kallelse till förhör hos polisen på grund av misstanke om brott till dess att tingsrättens fällande dom vann laga kraft. Visserligen hade utredningen varit förhållandevis komplicerad och omfattande samt därmed tidskrävande men det hade också funnits perioder när hanteringen hade präglats av inaktivitet. Det hade t.ex. förflutit drygt två år räknat från det att förundersökningen hade färdigställts till dess att åtal hade väckts. Det hade dröjt ungefär ett år innan en aviserad åtalsjustering hade genomförts. HD fann därför vid ”en samlad bedömning” att vad som framkommit gav vid handen att den skadelidandes rätt ”enligt Europakonventionen att få anklagelserna prövade i en rättegång inom skälig tid hade kränkts”.

Därefter konstaterade HD att den bestämmelsen om gottgörelse som fanns i själva konventionen (art. 41) inte ställde några krav på den nationella rätten eftersom bestämmelsen var riktad till Europadomstolen och bestämmelsen kunde därför inte läggas till grund för något krav på gottgörelse enligt nationell rätt.

HD prövade sedan betydelsen av art. 13. Var och en skulle enligt denna ha tillgång ”till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet”. Man noterar att denna bestämmelse har haft stor betydelse enligt Europadomstolens egen praxis när det gäller överträdelse av art. 6.1. Man noterar att Europadomstolen i fallet Kudla mot Polen slagit fast den 26 oktober 2000, med viss ändring av tidigare praxis, att det förelåg en skyldighet just enligt art. 13 för en konventionsstat att tillhandahålla ett effektivt nationellt rättsmedel för att förebygga och kompensera kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid enligt art. 6.1.

Emellertid kunde ett sådant nationellt rättsmedel vara utformat på olika sätt och i den mån detta syftar till compensation denna ”inte nödvändigtvis behöver resultera i en ekonomisk gottgörelse”. HD fann med en hänvisning till rättsfallet NJA 2003 s. 414 att en kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid kunde gottgöras i form av en lindrigare påföljd än den tilltalade annars skulle ha dömts till. Problemet var att det saknades möjlighet att applicera denna i ett fall då åtalet – som här var fallet – hade ogillats i alla delar.

2. Prövning i sak av skadestandsfrågorna

Vid sin genomgång av tillämpliga skadestandsregler börjar HD med att ange att frågan i första hand skulle prövas just enligt reglerna i skadeståndslagen om det allmännas ansvar. Vid den prövningen skulle bestämmelserna ”i den utsträckning som Europakonventionen kan anses ge anledning till detta, tolkas fördragskonformt” vilket kunde innebära ”att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kommer att kunna upprätthållas”.

Här hänvisar HD – liksom tidigare även Lambertz hade gjort – till rättsfallet NJA 2003 s. 217 där frågan redan hade aktualiserats. Här har vi synbarligen en fråga av betydande intresse. Innebär fördragskonform lagtolkning att det skulle vara lättare att avvika från lagmotiven till den nationella lagen, men att det vid icke-fördragskonform tolkning därmed skulle vara svårare? Hänvisningen till doktrinen framstår som egendomlig i detta sammanhang eftersom densamma ju saknar självständig auktoritet medan däremot tanken att fördragskonform tolkning skulle innebära att det lättare skulle gå att avvika från praxis närmast framstår som en egendomlighet åt motsatt håll. Prejudikatvärdet av tidigare avgöranden av nationell rätt borde väl inte påverkas av fördragskonform lagtolkning eller?

Det ansågs att ersättningskyldighet för inkomstförlust skulle utgå om adekvat kausalitet styrktes. Eftersom det skäligen här hade kunnat krävas att tingsrättens dom i brottmålet skulle ha meddelats långt tidigare än vad som skedde men det samtidigt inte gick att exakt fastställa längden av det obefogade dröjsmålet fick man utgå från en mer övergripande bedömning och då uppskattade man dröjsmålet till två år.

Eftersom man vidare fann det uteslutet med hänsyn till de allvarliga misstankarna om bedrägeri och svindleri att den skadelidande skulle ha fått en anställning inom sitt verksamhetsområde förelåg det ett orsakssamband mellan brottsmisstankarna och den inkomstförlust som uppstått på grund av att misstankarna inte hade prövats inom skälig tid. Skadan var inte helt realiserad före dröjsmålet men detta räckte för att han skulle ha styrkt att orsakssamband. Emellertid förelåg även i visst hänseende en s.k. konkurrerande skadeorsak av de skäl som kanslern hade anfört (förhållandena på arbetsmarknaden, tidigare arbetslöshet m.m.).

Utgången i denna del kan inte i något hänseende betraktas som sensationell, vilket däremot nog får sägas om HD:s fortsatta överväganden. Den skadelidande har ju också yrkat ersättning för ideell skada. Här bör anmärkas att

svensk rätt intar en traditionellt mycket restriktiv inställning till frågan om rätt till sådan ersättning. Det fordras lagstöd och utgångspunkten är att det finns speciella regler vid personskada och eljest gäller ett krav på brottslig gärning. Till skillnad från vad gäller motsvarande krav enligt 2 kap. 2 § SkL vad avser ren förmögenhetsskada är det här inte fråga om en uttunnad huvudregel försedd med olika undantag utan snarare en i det närmaste strikt och konsekvent tillämpad föreskrift.

HD tvingas här, med den utgångspunkten att kravet på ideellt skadestånd inte kan bifallas enligt skadeståndslagen eftersom det inte har visats föreligga någon kränkning som kunde knytas till ett brott, att ta ställning till frågan på ett sätt som en svensk domstol tidigare aldrig gjort.

Först konstateras att Europadomstolen med stöd av art. 41 normalt dömer ut ersättning vid kränkningar av rätten till prövning inom skälig tid enligt art. 6.1. Det konstateras vidare att Europadomstolen i målet Zullo mot Italien den 10 november 2004 angivit kriterier om hur man tillämpar principerna om ersättning för ideell skada vid oskälig lång handläggningstid. Man dömer då ut ersättning med 1 000–1 500 euro per år som handläggningen – inte dröjsmålet – varat och att ersättningen sammanlagt ökar med 2 000 euro om målet rör något för den enskilde särskilt betydelsefull fråga, men att ersättningen minskar om flera domstolar handlagt målet eller om den drabbade genom sitt handlande förorsakat delar av tidsutdräkten.

Frågan som HD nu hade att ta ställning till var om det krav Sverige hade enligt art. 13 nämligen att tillhandahålla ett effektivt rättsmedel för att förebygga eller kompensera kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid fick anses vara uppfyllt genom möjligheten att erhålla ersättning för inkomstförlust till följd av kränkningen. Emellertid finns det fall då sådan ersättning för förlorad inkomst inte kan utgå och det inte heller i övrigt finns något annat rättsmedel, och skulle då den enskilde komma att ställas utan ersättning utgör detta ett konventionsbrott.

Slutsatsen är synnerligen intresseväckande. Det anförs nämligen följande:

”Traditionellt har svensk rätt intagit en restriktiv attityd till möjligheterna att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av gärningar som innefattat en kränkning av någon annans rättigheter eller intressen. Det har brukat anses att detta fordrar särskilt lagstöd. Denna princip återgår dock inte i sig på någon uttrycklig lagregel.

När det gäller kränkningar av rätten enligt artikel 6.1 till prövning om skälig tid får, mot bakgrund av den praxis som Europadomstolen etablerat genom domen i målet Kudla mot Polen och den skyldighet att vid påföljdsbestämningen

beakta denna typ av kränkningar som kommit till uttryck i NJA 2003 s. 414, övervägande skäl anses tala för att ideellt skadestånd skall kunna dömas ut även av svensk domstol. Det måste betraktas som en naturlig utgångspunkt att vid prövningen av anspråk på sådant skadestånd ta hänsyn till Europadomstolens praxis, låt vara att det inte finns någon på konventionen grundad skyldighet att exakt följa denna. Med denna utgångspunkt bör ersättning för ideell skada tillerkännas [den skadelidande] trots att han även erhållit ersättning för inkomstförlust.”

Citatet återger på många sätt vad som måste betraktas som *modern skadeståndsrättslig historia*. För första gången dömer vår prejudikatinstans ut ideell ersättning utan stöd i lag eller ens därför att man är tvungen att göra det i detta fall enligt Europakonventionen, utan därför att man finner det vara en naturlig utgångspunkt att ”ta hänsyn till Europadomstolens praxis”. Om nu den tveågsne fortfarande skulle ha känt någon osäkerhet inför påståendet att HD här tar helt nya steg från skadeståndsrättslig utgångspunkt så fullföljs tanken strax efter genom avgörandet i NJA 2005 s. 726. Frågan var densamma som i det första fallet. Den skadelidande ansåg sig genom brottsmiss-tankar mot honom som inte hade prövats inom skälig tid ha lidit skada. Dröjsmålet var emellertid inte av den omfattningen att ersättning skulle utgå.

Frågan om europakonventionen och skadeståndsansvar blev ånyo aktuellt i HD:s dom den 29 oktober 2007 i NJA 2007 s. 747. Frågan gällde här en person som ansåg att ett försäkringsbolag genom att bedriva spaning på henne sedan hon hade anmält en s.k. whiplashskada efter en trafikolycka år 1999 att spaningen hade utgjort en sådan kränkning av hennes rätt till privatliv enligt art. 8 i konventionen att försäkringsbolaget därför var skadeståndsskyldigt mot henne i enlighet med art. 13 i konventionen. Tingsrätten hade beslutat hänskjuta frågan om svensk domstol kunde ålägga bolaget skadeståndsskyldighet till kvinnan med direkt tillämpning av art. 8 och 13 till HD som konstaterade att konventionen syftar till att skydda individers grundläggande fri- och rättigheter.

Vad gäller den aktuella bestämmelsen i konventionen – art. 8 – föreskriver den att envar skall ha en rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Bestämmelsen uppges vara så utformad så att staten primärt har en s.k. negativ skyldighet, dvs. en skyldighet att inte handla på ett visst sätt. Staten kan i så måtto även enligt Europadomstolens praxis ha en viss skyldighet att tillse att individers rättigheter skyddas även i förhållande till andra enskilda. Härvid åberopade HD den mycket uppmärk-

sammade domen i Europadomstolen *Hannover v. Germany*, men HD anger att Europadomstolen i annat sammanhang har förklarat att den inte anser det önskvärt eller nödvändigt ”att utveckla en allmän teori om hur långt konventionens garantier bör utsträckas när det gäller förhållandet mellan enskilda”.

Därefter konstaterade HD att art. 8 således tillförsäkrar enskilda vissa rättigheter samt att det av art. 1 följer att staten även är förpliktad att se till att var och en kommer i åtnjutande av dessa rättigheter och om staten inte uppfyller sina förpliktelser kan staten bli skadeståndsskyldig men att däremot konventionen inte ålägger staten några förpliktelser mot enskilda och vars åsidosättande skulle kunna medföra skadeståndsskyldighet för dem. Det konstaterades därför att ”i strikt mening” kunde inte skadeståndsskyldighet åläggas en enskild med tillämpning av Europakonventionen även om konventionen utgör svensk lag.

Emellertid anförde HD att man måste gå vidare i sin analys eftersom kvinnan hade hävdat att det av Europadomstolens praxis rörande staternas positiva förpliktelser skulle följa att det i den nationella rätten måste finnas regler om att enskilda som kränker andras konventionsrättigheter skulle ha att gottgöra kränkningen genom att betala skadestånd samt att det ankom på domstolarna att tillskapa sådana regler om lagstiftaren försummar att göra detta. Med stöd i de berörda rättsfallen från 2005 och 2007 menade kvinnan att HD skulle ha fastslagit att staten utan särskilt lagstöd kunde åläggas skadeståndsansvar när staten var förpliktad att gottgöra överträdelse av artiklar i konventionen.

HD kom emellertid fram till att denna praxis sammanhänger med att staten inte bör ha möjlighet att freda sig mot skadeståndsskyldighet ”genom att åberopa sin egen försummelse att uppfylla en konventionsgrundad förpliktelse att införa lagregler om skadeståndsskyldighet”. När det däremot gällde frågan om skadeståndsskyldighet för enskild ställde sig saken annorlunda, menade domstolen. Den enskilde måste kunna förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande. Europakonventionens innehåll har i väsentliga delar skapats genom Europadomstolens praxis. HD konstaterar dessutom med bruk av starkt positiva uttryckssätt att ”Europadomstolens tolkning är dynamisk och konventionen tolkas i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden.”

Det kan då – menar HD – ”vara förenat med svårigheter för enskilda att förutse vad som kan strida mot artikel 8 i Europakonventionen”. Det skulle i detta läge bli än mer överraskande om den enskilde kunde åläggas en skadeståndsskyldighet ”som inte framgår vare sig av konventionens text eller av

Europadomstolens praxis”. Sammantaget talade ”övervägande skäl” *mot* att en enskild skulle kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär överträdelse av art. 8 i Europakonventionen i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt eller inom ramen för en föredragskonform tillämpning.

Nu bör påpekas att HD eftersom fråga här är om en s.k. hissprövning inte har att ta ställning till om försäkringsbolagets privatspaning i sig utgör en kränkning av hennes rätt till privatliv. Prövningen av enskilds rätt till skadestånd av annan enskild är här en rent principiell prövning. Personligen menar jag att så inte kan vara fallet. Det måste finnas möjligheter att kontrollera att försäkringstagare som påstår sig ha lidit allvarliga men av en trafikolycka verkligen har gjort det och även att samla bevisning som visar motsatsen. Det är emellertid en helt annan historia som intet har med Europakonventionen att skaffa.

I oktober-domen hänvisade även HD till en dom som hade avkunnats en månad tidigare. I Högsta domstolens dom i NJA 2007 s. 584 prövades frågan om skadestånd enligt skadeståndslagen alternativt Europakonventionen kunde utdömas för den ideella skada som inte var en följd av en personskada, utan på grund av de läkarundersökningar som hade genomförts efter beslut av polismyndigheten. Det fanns i målet initialt ett påstående om att två markar skulle ha begått brott mot tre döttrar. Socialnämnden hade därför beslutat inleda en utredningen enligt den då gällande socialtjänstlagen samt att även omedelbart omhändertaga döttrarna med stöd av 6 § lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga. I samband med omhändertagandet läkarundersöktes barnen efter beslut av polismyndigheten. Detta beslut om omhändertagande hävdades påföljande dag varefter åklagaren lade ner förundersökningen. Barnen var vid tillfället ett halvt, tre respektive fyra år. Efter utredning av såväl JK som JO vilka funnit anledning till kritik i vissa avseende hade familjen A yrkat att staten skulle utge skadestånd till dem.

HD började med att konstatera att det inte fanns ”någon lagbestämmelse som tillåter att en presumtiv målsägande läkarundersöks utan att ha lämnat sitt samtycke” i svensk rätt. Döttrarnas låga ålder hade fordrat vårdnadshavarens samtycke. I ett fall som det föreliggande hade vidare socialnämnden vissa befogenheter ”bl.a. att besluta om läkarundersökning” men i det föreliggande fallet hade samtycke inte inhämtats av vårdnadshavare eller beslut fattats av socialnämnden, och polismyndigheten hade således beslutat om läkarundersökning utan stöd i lag.

HD konstaterade att de av polismyndigheten fattade besluten om läkarundersökning av döttrarna hade utgjort ett ingrepp i den rätt till respekt för privatlivet som följer av art. 8.1 Europakonventionen. Beträffande ingreppet fastslog HD att detta ”får anses avse både döttrarnas och föräldrarnas rätt till respekt för sitt privatliv.” Vidare angav HD att enligt art. 8.2 ”får offentlig myndighet inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och med ett sådant, i ett demokratiskt samhälle nödvändigt, syfte som anges i artikeln.” Då polismyndighetens beslut inte hade lagstöd saknar det däremot betydelse att beslutet framstod som förenligt med de syften som anges i art. 8.2, påpekar HD vidare.

HD prövar nu frågan enligt den modell man lagt fast i det tidigare berörda rättsfallet NJA 2005 s. 462 dvs. först enligt skadeståndslagen och anger då att bestämmelserna skall ”i den utsträckning som Europakonventionen kan anses ge anledning till detta, tolkas fördragskonformt, vilket enligt tidigare uttalanden av Högsta domstolen kan innebära att vissa i lagmotiv, praxis eller doktrin antagna begränsningar i tillämpningsområdet inte kan upprätthållas.”

Den enda möjligheten enligt skadeståndslagen 3 kap. 2 § att erhålla ideellt skadestånd vore med stöd av en nytillkommen p. 2 i lagrummet varigenom ersättningskyldigheten för stat och kommun även omfattar ”skada på grund av att någon annan kränkts på ett sätt som anges i 2 kap. 3 §”. Det skall då vara fråga om att ”någon allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet eller ära”. Då skall ersättning utgå för den skada som kränkningen innebär.

HD finner att familjen A inte hade kunnat precisera vilket brott det skulle kunnat röra sig om men att det som ligger närmast till är tjänstefel. HD finner att detta brott i och för sig är sådant att det kan föranleda ersättning för kränkning ”men bara när det i undantagsfall framstår som en allvarlig kränkning av en viss person”. Omständigheterna i det föreliggande fallet var enligt HD emellertid inte sådana att det kunde anses föreligga en undantagssituation av detta slag.

HD går därför vidare och tar upp frågan om skadeståndsbedömningen med stöd av sina slutsatser i NJA 2005 s. 462 och prövar frågan om skadestånd med direkt tillämpning av konventionen.

I NJA 2007 s. 295 – till vilket avgörande man nu hänvisar – hade HD således förklarat att principen i 2005 års fall ”beträffande rätt till rättegång inom skälig tid måste gälla även beträffande de rättigheter som avhandlas i

artikel 5 i Europakonventionen, vilken artikel uttryckligen föreskriver en rätt till skadestånd.”

Frågan var emellertid – anförde HD nu i NJA 2007 s. 584 – om principen skall ha ett ännu vidare tillämpningsområde och då principen innebär att ”i den mån Sverige har en förpliktelse att gottgöra överträdelse av de angivna artiklarna i Europakonventionen genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse” således inte kan uppfyllas genom en tillämpning av nationell skadeståndsrätt ens ”efter en fördragskonform tolkning, så får förpliktelsen uppfyllas genom att skadestånd döms ut utan särskilt lagstöd” varför det saknas skäl att begränsa rätten till skadestånd till brott mot artiklarna 5 och 6. Här inför således HD en generell rätt till skadestånd.

Här aktualiseras frågan om art. 13 och rätten till ett s.k. effektivt rättsmedel. Denna artikel innefattar en förpliktelse för staten ”att tillhandahålla rättsmedel men förpliktelsen innebär inte någon rätt till ekonomisk ersättning vid varje konventionskränkning” utan gottgörelse kan ske i andra former varvid man hänvisar till det tidigare behandlade rättsfallet NJA 2003 s. 414 och frågan om gottgörelse kunde ske genom en lindrigare påföljd.

Här aktualiseras således i materiellt hänseende frågan om rätt till kränkingsersättning bortom 3 kap. 2 § 2 st. skadeståndslagen, med stöd av skyddet för privatlivet enligt art. 8. Det kan vara fråga om – som i det var i NJA 2007 s. 584 – om ersättning när fråga var om allvarligt ingrepp i barnens fysiska integritet såväl för föräldrarna som måste ha känt obehag som för barnen och om ersättning rent principiellt skulle utgå trots att sådan ersättning inte alltid måste utgå vid kränkning av art. 8. Ersättning utgick med ett belopp om 15 000 kr och var densamma för alla familjemedlemmar.

Vi har fram till november år 2007 således en serie med fyra avgörande av största intresse. Först introducerade HD en möjlighet till skadestånd vid kränkning enligt Europakonventionen utöver vad som kan följa enligt skadeståndslagen och utdömer ideellt skadestånd genom NJA 2005 s. 462. HD fullföljer tanken att ersättning inte bör utgå blott vid kränkningar av art. 5 och 6 utan att sådan kan utgå vid varje kränkning av Europakonventionen och således vid allvarliga kränkningar av art. 8, även om så inte alltid måste ske i sådana fall. HD valde i oktober-domen att på ett tämligen ovanligt sätt karaktärisera Europadomstolens handläggning eller hanterande av dessa spörsmål som en *dynamisk tolkning av konventionen samt att konventionen har tolkats i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden*.

Jag skulle vara beredd att även karaktärisera HD:s hantering av denna serie av fyra avgöranden på samma sätt. HD har här visat på en ovanligt skarp

vilja att ge Europakonventionen en stark ställning i svensk rätt genom att sanktionera kränkningar omedelbart med skadestånd. De två domarna år 2005 och september- och oktober-domarna ifrån år 2007 är starka bevis för detta. Jag önskar därför att det inte hade funnits någon månad november året 2007 i Högsta domstolen.

För efter en serie klargörande avgöranden där ersättning kan utgå men att enskilda kränkning av konventionen inte medför skadeståndsansvar enligt konventionen följer ett ytterligare avgörande som är mycket svårförklarat. Detsamma kräver emellertid en egen förhistoria. Avgörandet utgör nämligen det sista i en serie med inte mindre än fyra domar i prejudikatinstans i samma tvist. Det måste vara i det närmaste unikt i svensk rättshistoria.

3. Slarvet i Regeringsrätten

Bakgrunden är följande märkliga historia som är direkt saxad ur NJA 2007 s. 862

Länsstyrelsen i Uppsala län meddelade genom beslut den 6 april 1992 Skanska Sverige AB och Aktiebolag Vendels Grustag tillstånd att bedriva bergtäkt m.m. på vissa fastigheter i Uppsala kommun. Efter överklagande fastställde Koncessionsnämnden för miljöskydd den 2 juli 1993 tillståndsbeslutet. Koncessionsnämndens beslut fick inte överklagas.

Den 30 september 1993 ansökte två sakägare om rättsprövning i Regeringsrätten. I ansökningshandlingen saknades uppgift om på vilket sätt avgörandet enligt sakägarnas mening stred mot någon rättsregel och vilka omständigheter som åberopades till stöd för ansökan. Den 1 november 1993 inkom komplettering från sökandena och en begäran om inhibition. Målet föredrogs för fullsutten avdelning i Regeringsrätten den 16 november 1993. Den 29 november 1993 hölls ett nytt sammanträde med avdelningen för överläggning till dom. Regeringsrätten meddelade dom den 17 december 1993 (RÅ 1993 ref. 97). Genom domen upphävde Regeringsrätten Koncessionsnämndens tillståndsbeslut och återförvisade målet till Koncessionsnämnden för ny behandling. Ansökan om rättsprövning kommunicerades inte med tillståndshavarna. Den 30 juni 1994 meddelade Koncessionsnämnden ett nytt beslut enligt vilket bolagen åter fick tillstånd att bedriva bergtäkten.

Bolagen begärde i oktober 1995 hos Justitiekanslern ersättning av staten för skada som uppkommit till följd av fel eller försummelse vid myndighetsutövning av bl.a. Regeringsrätten. Justitiekanslern avslog ansökan om ersättning.

Bolagen väckte talan i HD mot staten. I beslut den 29 januari 2001 avvisade HD bolagens talan med hänvisning till 3 kap. 7 § skadeståndslagen (1972:207) (NJA 2001 s. 31).

Bolagen ansökte därefter om resning i Regeringsrätten och yrkade att Regeringsrättens dom i rättsprövningsärendet skulle undanröjas eftersom Regeringsrätten förfarit felaktigt under handläggningen av målet genom att inte kommunicera ansökan med bolagen.

Regeringsrätten avlog resningsansökan (RÅ 2001 not 94). I beslutet konstaterade Regeringsrätten att särskilda regler om kommunikering av ansökningar om rättsprövning saknades i lagen om rättsprövning av vissa förvaltningsbeslut (1988:205) (rättsprövningslagen) och att handläggningen av rättsprövningsmål i detta hänseende alltså skulle följa förvaltningsprocesslagens (1971:291) bestämmelser. Regeringsrätten anförde vidare att frågan huruvida undantagsregeln i 10 § förvaltningsprocesslagen gav utrymme för att i det aktuella rättsprövningsmålet underlåta kommunikation kunde vara föremål för delade meningar. Mot bakgrund av den vikt som i förvaltningsprocessen lagts vid kommunikationsprincipen och med tanke på de följder som ett undanröjande av Koncessionsnämndens beslut fick för bolagens möjligheter att utnyttja täktillståndet ansåg Regeringsrätten att kommunikation borde ha skett innan Koncessionsnämndens beslut upphävdes. Regeringsrätten konstaterade att oavsett hur man bedömde underlåtenheten att föranstalta om kommunikation så saknades skäl att pröva saken på nytt eftersom frågan om sökandenas rätt till bergtäkt m.m. avgjorts slutligt genom att länsstyrelsens tillstånd blivit bestående.

I ett nytt avgörande – NJA 2003 s. 263 – fann HD att hinder enligt 3 kap. 7 § skadeståndslagen inte längre kunde anses föreligga mot att ta upp bolagens skadeståndstalan till prövning. HD uttalade bl.a. i det fallet följande:

I HD:s beslut den 29 jan. 2001 (NJA 2001 s. 31) att avvisa en av bolagen tidigare väckt skadeståndstalan har konstaterats att bestämmelsen i 3 kap. 7 § skadeståndslagen inte hindrar att en skadeståndstalan tas upp till prövning i ett fall där en resningsansökan, trots att resningsskäl i och för sig befunnits föreligga, inte har beviljats av formella skäl eller t.ex. därför att frågan ansetts överspelad. Avvisningen grundades på att det i första hand ansågs ankomma på RegR att i extraordinär väg pröva domstolens handläggning av rättsprövningsmålet.

Det handläggningsfel som gjorts gällande i målet är i och för sig av sådant slag att det kunnat medföra att den dom som handläggningen lett fram till kunnat angripas med extraordinärt rättsmedel. Vid tidpunkten för HD:s beslut måste det emellertid ha framstått som uppenbart att resning inte skulle kunna beviljas vare sig med avseende på beslutet att inte kommunicera ansökningen om rättsprövning eller beträffande domen i rättsprövningsmålet, som i detta läge var

överspelad. Tanken måste i stället antas ha varit att RegR vid prövning av en resningsansökan skulle få tillfälle att uttala sig i frågan om det innebar ett handläggningsfel att underlåta kommunikation, även om ansökan som sådan skulle komma att avslås. RegR har också gjort ett sådant uttalande, låt vara att RegR inte uttalat sig i frågan om handläggningsfelet skulle ha kunnat föranleda resning. Enligt RegR:s beslut d. 13 juni 2001 borde sålunda kommunikation ha skett innan Koncessionsnämndens beslut upphävdes. I detta läge kan något hinder enligt 3 kap. 7 § skadeståndslagen inte längre anses föreligga mot att ta upp bolagens skadeståndstalan till prövning.

Av 3 kap. 10 § skadeståndslagen jämförd med 3 kap. 3 § RB följer att talan om ersättning enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen på grund av fel eller försummelse av regeringsråd skall tas upp av HD. Fel eller försummelse av regeringsrättssekreterare omfattas inte av denna särskilda forumregel, vilket i princip innebär att talan i sådant fall enligt allmänna forumregler skall anhängiggöras och handläggas vid allmän underrätt.

En sådan tillämpning av behörighetsregeln i 3 kap. 10 § skadeståndslagen i situationer som den förevarande skulle emellertid leda till att det även efter ett slutligt avgörande blir erforderligt att avgöra huruvida ett fel skall tillräknas regeringsrättssekreteraren eller regeringsråden. Problem uppstår vidare vid tillämpningen när, såsom i förevarande mål, skadeståndsskyldighet på grund av kumulerad eller anonym vårdslöshet åberopas. Med det angivna synsättet skulle resultatet kunna bli antingen att sådana grunder för skadeståndsskyldigheten inte skulle kunna prövas alls eller också att HD ansåg sig behörig även till den del som annan än ett regeringsråd medverkat, trots att domstolen inte skulle få ta ställning till om vederbörandes handlande ensamt var tillräckligt för skadeståndsskyldighet. Ingen av dessa lösningar kan anses godtagbar. Det anförda leder till att HD får anses vara behörig att utan begränsning pröva frågan om skadeståndsskyldighet för staten när på grundval av käromålets utformning skadeståndsgrundande fel eller försummelse av regeringsråd kan komma att prövas i målet (jfr 10 kap. 14 § och 19 kap. 3 § RB för fall då talan riktas mot befattningshavarna personligen).

I förevarande fall är emellertid frågan om skadeståndsskyldighet för staten mot bolagen på grund av fel eller försummelse i rättsprövningsmålet före d. 16 nov. 1993 anhängig vid Stockholms TR. Enligt 13 kap. 6 § RB föreligger därför för närvarande hinder mot att i HD pröva bolagens talan i denna del.

Personligen var jag helt övertygad efter dessa tre prövningar i högsta instans av i grunden samma tvist (!) att den återstående rättsfrågan nu var tämligen ointressant ur prejudikatsynvinkel och att HD nu således blott hade att uppfylla Europakonventionens krav genom att materiellt i sak pröva talan i högsta instans för att härigenom just uppfylla konventionens konkreta krav på

prövning av den materiella principen om s.k. kumulerad och/eller anonym culpa. En prövning av denna fråga hade ju inte varit möjlig att få till stånd med den uppdelning som Stockholms tingsrätt hade ex officio valt att göra. Det kan kanske inte ha varit någon eftersträvansvärd uppgift för vår prejudikatinstans att s.a.s. agera tingsrätt men på Europakonventionens altare får även den främste offra sin prestige. Att vi därför skulle få ett helt nytt och synnerligen anmärkningsvärt avgörande kring Europakonventionen igen var däremot inte att vänta. Det är också den första gången HD blir djupt splitt-rad vid tillämpningen av Europakonventionen liksom av de nationella svenska rättsreglerna. Avgörandet har således förmodligen visat sig vara det mest kontroversiella hittills.

I HD:s dom den 22 november 2007 i NJA 2007 s. 862 ogillar nämligen HD slutligt den av Skanska förda skadeståndstalan. Detta trots att HD i och för sig instämmer med Regeringsrätten i dess tidigare bedömning och således finner ”att ansökan om rättsprövning borde ha kommunicerats med bolagen innan Regeringsrätten upphävde Koncessionsnämndens beslut.” HD anför vidare följande

En självständig informationsskyldighet av nu aktuellt slag kan inte läsas in i förvaltningsprocesslagen eller dess förarbeten. Domstolarnas skyldighet att kommunicera mål och ärenden vilar på den grundläggande princip som brukar uttryckas med orden att ”ingen skall dömas ohörd” (se t.ex. prop. 1986/87:113 s. 7 och prop. 1995/96:22 s. 83). Ett föreläggande för motparten att svara på en framställning gör det möjligt för motparten att lägga fram sin syn på saken innan domstolen fattar beslut. Härigenom bidrar kommunikering till utredningen av målet och främjar så långt möjligt en materiellt riktig utgång. Att motparten får kännedom om målet genom kommunikationen är således att se som ett led i motpartens rätt att yttra sig över framställningen.

Den rättspraxis som har utvecklats enligt artikel 6 Europakonventionen får uppfattas på samma sätt. I flera av de tidigare angivna rättsfallen från Europadomstolen talas visserligen om en möjlighet för parterna att få kännedom om den andra partens yttrande och bevisning. Men även här får det anses vara en rätt inte i första hand att bli informerad om målet utan i stället att bemöta vad som anförs inom ramen för ett kontradiktoriskt förfarande. Europakonventionen har därmed inte medfört någon längre gående skyldighet än förvaltningsprocesslagen att kommunicera målet om rättsprövning.

Någon skyldighet att särskilt beakta bolagens intresse av information när kommunikationsfrågan bedömdes kan Regeringsrätten således inte anses ha haft. Det kan inte heller anses ha förelegat en skyldighet att ha sådana särskilda rutiner för rättsprövningsärenden som bolagen har gjort gällande.

Utgör den underlåtna kommunikeringen före beslutet skadeståndgrundande fel eller försummelse?

Frågan är då om den underlåtna kommunikeringen före beslutet utgör fel eller försummelse vid myndighetsutövning och om ett skadeståndsansvar kan läggas på staten för detta. För ett sådant ansvar anses det inte räcka att en domstol eller en myndighet har gjort en felaktig bedömning av en rätts- eller bevisfråga eller kan kritiserats för sitt ställningstagande i en fråga där det har funnits utrymme för en skönsmässig bedömning. Endast rena förbiseenden av en bestämmelse eller uppenbart oriktiga bedömningar anses utgöra fel eller försummelse i den mening som avses i 3 kap. 2 § skadeståndslagen. (Se bl.a. NJA 1994 s. 194 och 654 samt 2003 s. 285.) Dessa begränsningar har visserligen inte ansetts kunna upprätthållas fullt ut i sådana fall då ett fel eller en försummelse innefattar en överträdelse av Europakonventionen (jfr bl.a. NJA 2003 s. 217 och 2005 s. 462). Som förut har framgått ligger emellertid inte det intresse som konventionen i detta fall skyddar till grund för bolagens talan.

Utredningen får anses visa att Regeringsrätten i rättsprövningsmålet inte förbisåg frågan om ansökningen skulle kommuniceras, men ansåg att en underrättelse var uppenbart onödig. En tillämpning av det undantaget får dock anses förutsätta att en kommunikation uppenbarligen inte har någon uppgift att fylla i det enskilda fallet (jfr prop. 1971:30 del 2 s. 469 f. och 546). Att Regeringsrätten underlät kommunikation berodde bl.a. på att prövningen var av uteslutande processrättslig karaktär. Detta innebär emellertid inte att en kommunikation kan betraktas som uppenbart onödig (jfr bl.a. NJA 1993 s. 13 och 1999 s. 629).

Som framgått redan av det föregående gör HD således – liksom Regeringsrätten i resningsärendet – en annan bedömning än den som gjordes i målet om rättsprövning. Uppfattningarna kan dock växla i en sådan fråga, och Regeringsrättens bedömning i rättsprövningsmålet kan inte betecknas som uppenbart oriktig.

Det har därmed inte förekommit fel eller försummelse i den mening som en tillämpning av 3 kap. 2 § skadeståndslagen anses förutsätta. Redan detta innebär att den underlåtna kommunikationen inte kan grunda en skadeståndsskyldighet för staten mot bolagen under de förutsättningar som anges i mellandomstemat.

Minoriteten har däremot en helt annan uppfattning. Den anför nämligen följande:

Vi är ense med majoriteten om att HD är behörig att pröva bolagens talan även till den del den grundar sig på ett påstående om försummelse av kanslichefen vid Regeringsrätten. Liksom övriga ledamöter ansluter vi oss också till Regeringsrättens uppfattning i 2001 års resningsärende att ansökningen om rättsprövning borde ha kommunicerats med bolagen innan Regeringsrätten upphävde Konces-

sionsnämndens beslut. Att någon kommunikation inte ägde rum utgjorde följaktligen ett åsidosättande av den i 10 § förvaltningsprocesslagen föreskrivna kommunikationsskyldigheten. Vi är även ense med majoriteten om att det inte har förelegat någon skyldighet för Regeringsrätten att införa särskilda rutiner för handläggning av rättsprövningsärenden.

Bolagens talan avser ersättning för kostnader som har blivit onyttiga genom att Regeringsrätten inte kommunicerade ansökningen om rättsprövning och genom det för bolagen oförutsedda uppehållet i taktverksamheten. Bolagen har inte påstått att de vid en kommunikation skulle ha kunnat anföra argument som kunnat leda till ett avslag på ansökningen om rättsprövning. Deras talan får därmed anses grundad på det förhållandet att bolagen som en följd av den uteblivna kommunikationen inte blev upplysta om att ansökningen var föremål för behandling. Fråga uppkommer om detta intresse skall anses i skadeståndsrättslig mening skyddat genom bestämmelsen om kommunikation.

Enligt 10 § förvaltningsprocesslagen utgörs myndighetens skyldighet att kommunicera en ansökningshandling av två moment: handlingen skall tillställas den som berörs samt denne skall beredas tillfälle att yttra sig över den. I första hand syftar givetvis kommunikationsförfarandet till att parten får tillfälle att yttra sig. Genom att parten får kännedom om att en talan väckts bereds parten emellertid också möjlighet att inrätta sig efter detta förhållande. Det intresset torde visserligen inte i några svenska lagmotiv eller andra liknande sammanhang uttryckligen ha åberopats som skäl för kommunikationsskyldigheten, men det har berörts i skilda sammanhang, se t.ex. Besvärssakkunnigas slutbetänkande SOU 1964:27 s. 326. Även i den juridiska doktrinen har det betonats att kommunikationsskyldigheten även skyddar parts intresse av att få kännedom om att en åtgärd som berör honom eller henne satts i fråga, se Wennergren, *Handläggning*, 19 uppl. 1996 s. 73 och *Förvaltningsprocess*, 5 uppl. 2005 s. 190. Också i flera domar av Europadomstolen har detta intresse särskilt understrukits (se bl.a. *Beer v. Austria*, judgment of 6 February 2001, application no. 30428/96).

Möjligheten för en part att, efter en bedömning av sannolikheten av att motpartens talan kan komma att bifallas, inrätta sig efter vetskapen om den och att tillvarata de intressen som angrips även på andra sätt än inom ramen för rättegången får anses vara av sådan vikt för allmänhetens förtroende för rättssystemet att intresset måste anses vara skyddat såväl av 10 § förvaltningsprocesslagen som av bestämmelsen i artikel 6 Europakonventionen. Detta behöver inte betyda att domstolen särskilt skall beakta partens informationsintresse när den bedömer frågan om kommunikation skall ske eller ej. Men har reglerna om kommunikationsskyldighet åsidosatts och skada med anledning härav uppkommit för parten på grund av att han inte fått kännedom om den talan som väckts, måste parten anses principiellt berättigad till ersättning även för en sådan skada.

Utredningen får anses visa att Regeringsrätten i rättsprövningsmålet inte förbisåg frågan om ansökningen skulle kommuniceras. Regeringsrättens bedömning att kommunikation inte behövde ske kan inte betecknas som uppenbart oriktig. Detta får dock anses sakna betydelse för tillämpningen av 3 kap. 2 § skadeståndslagen, när ett skadeståndsyrkande som i förevarande fall grundar sig på en försummelse som får antas ha innefattat en överträdelse av Europakonventionen (jfr NJA 2003 s. 217 och NJA 2005 s. 462 samt Ds 2007:10 s. 61 f.).

På grund av det anförda anser vi att Regeringsrättens underlåtenhet att kommunicera ansökningen om rättsprövning före målets avgörande innebar en skadeståndsgrundande försummelse enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen.

HD:s majoritet föll således tillbaka på den praxis som förelåg, närmast i form av två avgöranden från år 1994 varigenom HD lagt fast att felaktig rättstillämpning normalt inte kan grunda skadeståndsskyldighet. Liksom i avgörandet från år 2001 är HD alldeles ovanligt formell och påpekar att Skanska inte hade anfört att om de blivit kommunicerade före ansökan de då skulle ha haft möjlighet att anföra argument som kunnat leda till att ansökningen om rättsprövning hade avslagits. Emellertid hade ju inte Skanska ställning som part i rättsprövningsprocessen utan deras skyddsintresse enligt den övergripande principen ”ingen skall dömas ohörd” avser ju ett ännu mer fundamentalt rättsskyddsintresse, nämligen att ingen skall kunna fränkännas en materiell rättighet, i detta fall den lagakraftvunna grustäktsrätten, utan att ens bli informerad om denna risk.

Det handlar inte om hur Skanska skulle agerat om man hade fått informationen även om det då är tämligen sannolikt att man skulle ha protesterat, utan att man då i vart fall skulle ha kunnat anpassa sig till den nya situationen som man försatts i. Skadan är ju en följd inte av att Regeringsrätten ändrade beslutet – för det gjorde man inte, Skanska återfick sin grustäktsrätt – utan att man inte skulle ha ådragit sig stora kostnader under den tid som processen i rättsprövningsfrågan pågick. Varför principen *ingen skall dömas ohörd* inte skulle som skyddsändamål ha detta syfte förklarar inte heller majoriteten. Skanska skulle ju mycket väl ha kunnat dela miljövännernas synsätt men borde likväl blivit informerat så att man inte drog på sig ökade kostnader.

Majoriteten gör det således lätt för sig när man förklarar att det inte funnits någon kommunikationsplikt enligt Europakonventionen. Man påpekar visserligen att Europadomstolens egen praxis talar om vikten av att få kännedom om den andra partens yttrande och bevisning. Här är det emellertid fråga om något inom ramen för ett kontradiktoriskt förfarande menar majoriteten. Emellertid är det ju än värre i rättsprövningsfallet. Här gavs en svensk

domstol ex officio möjlighet att undanröja en lagakraftvunnen rätt utan att ens ägaren fick veta detta. Är detta inte en flagrant kränkning av äganderätten dvs. den civila rättighet som rättsordningen klart tillerkänt Skanska, oaktat själva kränkningen måhända endast är temporär? Här blir skillnaderna i synsätt mellan majoriteten och minoriteten förbluffande. Minoriteten finner att det visst är fråga om åsidosättande av konventionen genom en analys av kommunikationsskyldighetens innebörd såväl enligt förvaltningsprocesslagens 10 § som enligt Europakonventionen.

Det handlar om parts intresse av att få kännedom om att en åtgärd som berör honom satts i fråga. Skadan är ju här dessutom inte kausal till frågan om en eventuell invändning mot domstolens rättsprövning, utan till underlåtenheten att sådan information som Skanska behövde för att anpassa sig till det förhållande att lagakraften kunde komma att undanröjas respektive hade undanröjts och inte till de invändningar som hade kunnat göras mot beslutet. Mellan majoriteten och minoriteten står en avgrund vad gäller synen på ändamålet bakom kommunikationsreglerna.

4. Utvärdering av rättsläget och frågan om en ny skadeståndslag eller omarbetningar av den gamla

För jurister av den s.k. gamla skolan måste nog denna serie av avgöranden och dess innebörd ur svensk synvinkel komma något som en chock. För de som kunnat iakttaga förändringen i synsättet under ”resans gång” framstår kanske blott NJA 2007 s. 862 och det där tydliga vaktsläendet om det egna skråets stora frihet att göra fel utan påföljd som det mest anmärkningsvärda avgörandet i det att det avviker från en tydlig trend att vidga statens ansvar enligt Europakonventionen.³

Här föreligger eljest emellertid så mycket nytänkande att man frågar sig hur den svenska skadeståndslagen kan anses spegla gällande rätt. Det kan nog antas att tiden är mogen för att göra en översyn av skadeståndslagen. Jag hade nöjet att under fem år delta i det stora projekt Om en europeisk civillagskodifikation. Det arbetet har nu givits visst officiellt erkännande på EU-nivå, eftersom EU-kommissionen överväger att föreslå vad som beskrivits som a

³ Inte heller Högsta domstolens ordförande synes stolt över den serie av prejudikat som följde genom slarvet i Regeringsrätten. Särskilt anmärkningsvärt är Muncks konstaterande att Europakonventionens bestämmelser om ”fair trial” inte utgör ett självständigt skydd för parternas intresse av information. Se Munck i Vänbok till Bertil Södermark 2009 s. 151 ff., särskilt s. 161.

working tool box, dvs. en mindre ”modellag” för hur unionens egen lagstiftning på EG-nivå bör utformas.

Vid deltagandet i detta akademiska projekt ökade tveklöst min respekt för den svenska skadeståndslagen med dess ursprung i 1960-talets svenska lagstiftningskultur. Pragmatism istället för teoretisk exakthet och praktiska lösningar där sådana är möjliga och lakuner där lagstiftaren inte velat komplicera vad som kan och bör uttryckas i lagtextens form präglar skadeståndslagen. Det oaktat har mycket hänt sedan 1960-talet och behovet av en översyn är inte resultatet av brister i den dåtida lagen utan snarare ett resultat av förändrade rättspolitiska värderingar.

Det är kanske framför allt de något malplacerade talerätsreglerna som – inte minst efter den serie av avgöranden som avslutades med det ovan berörda rättsfallet NJA 2007 s. 862 – kräver en översyn. Även förhållandet till Europakonventionen liksom utvecklingen av ansvaret för ren förmögenhetskada i praxis borde medföra en översyn av lagens reglering. Även i övrigt kan en översyn vara befogad. Lagen var och är fortfarande genom sin metod emellertid en lyckad lösning på svåra juridiska problem, något som således enligt mitt förmenande bör bevaras.