



Yttrandefrihetskommittén

Ju 2003:04

Göran Lambertz, ordförande

goran.lambertz@dom.se

08 – 561 666 13

070 – 31 288 31

Hur ska kommittén förhålla sig i sina betänkandetexter till skyldigheten att följa Europakonventionen?

Kommitténs preliminära ställningstagande i frågan om skydd för privatlivet innebär att vi ställs inför den fråga som promemorians rubrik innehåller: Hur ska kommittén förhålla sig i sina betänkandetexter till skyldigheten att följa Europakonventionen? Det kan kanske hävdas att detta inte är något problem, men promemorian lär visa motsatsen. Som kommitténs ordförande anser jag mig ha en skyldighet att peka på problemet och ge ett underlag för en diskussion och ett ställningstagande. Denna promemoria är avsedd att utgöra ett sådant underlag.

Frågeställningar och alternativ

1. I kommittén finns olika uppfattningar i ett par frågor som gäller Sveriges internationella förpliktelser. Det gäller i relation till dels EU-rätten, dels Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Oavsett vad var och en anser i dessa frågor kan kommittén behöva förhålla sig bl.a. till det som vi kan kalla för ”sanningsfrågan”. Den kan formuleras så här:

Om vi anser att Sverige har en internationell förpliktelse att vidta en viss lagstiftningsåtgärd men ändå inte vill föreslå en sådan åtgärd, ska vi då motivera det med att vi inte har någon förpliktelse (nej = osanning) eller med att vi visserligen har en förpliktelse (ja = sanning) men anser att vi (för närvarande) inte bör följa den?

2. Det är tänkbart att kommittén anser sig inte behöva förhålla sig till sanningsfrågan. Det måste i så fall bero på, *antingen* att vi anser att Sverige inte har någon internationell förpliktelse som måste föranleda lagstiftningsåtgärder, *eller* att vi anser Sverige ha en sådan förpliktelse och

att vi föreslår åtgärder till uppfyllande av den, *eller* att vi väljer att bortse från frågan om internationella förpliktelser.

3. Låt oss tills vidare utgå från det mest aktuella exemplet för kommittén. Är Sverige internationellt förpliktat att införa en lagbestämmelse om skydd för privatlivet? Det finns, i enlighet med vad som har sagts i punkt 2, tre alternativa ställningstaganden om vi tills vidare väljer att inte förhålla oss till sanningsfrågan:

1. Vi anser att Sverige inte har någon internationell förpliktelse att införa en sådan bestämmelse.
2. Vi anser att Sverige har en sådan förpliktelse och föreslår lagstiftning för att uppfylla den.
3. Vi bortser från frågan om internationella förpliktelser och väljer att inte svara på frågan om vi är förpliktade att genomföra lagstiftningsåtgärder eller inte.

4. Låt oss också utgå från kommitténs beslut den 1 februari, dvs. att vi inte ska föreslå någon lagbestämmelse till skydd för privatlivet. Det innebär att alternativ 2 i punkt 3 faller. Vi måste då välja ett av de återstående alternativen i punkt 3 eller – om vi anser att Sverige har en internationell förpliktelse att lagstifta – svara på sanningsfrågan (p. 1). Vi har alltså fyra alternativ:

1. Vi anser att Sverige inte har någon internationell förpliktelse att införa en bestämmelse om skydd för privatlivet.
2. Vi bortser från frågan om internationella förpliktelser och väljer att inte svara på frågan om vi är förpliktade att genomföra lagstiftningsåtgärder eller inte.
3. Vi anser att Sverige har en internationell förpliktelse att lagstifta men svarar nej på sanningsfrågan. (Vi påstår att vi inte har någon förpliktelse.)
4. Vi anser att Sverige har en internationell förpliktelse att lagstifta och svarar ja på sanningsfrågan. (Vi säger öppet att vi har en förpliktelse men att vi anser att vi inte bör följa den.)

5. Alla dessa fyra alternativ är möjliga. Eftersom vi är en utredning och därför inte bör glida förbi för utredningen centrala frågor, bör vi i varje fall intellektuellt göra klart för oss vilket alternativ vi väljer. Vill vi vara både ärliga och öppna måste vi också redovisa vårt val.

6. En avgörande fråga är, till att börja med, om vi har en internationell förpliktelse att lagstifta om skydd för privatlivet eller inte. Låt oss därför ta upp den frågan nu.

Har vi en internationell förpliktelse att lagstifta eller inte?

7. Artikel 8.1 i konventionen lyder: ”Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.” Detta har i fråga om rätten till privatliv av Europadomstolen uttytts så att männi-

skor har en rätt till visst skydd mot närgången uppvaktning o.d.¹ I olika avgöranden har bedömts hur långt denna rätt sträcker sig, bl.a. i relation till yttrandefriheten. Men en rätt till ett visst skydd ska finnas. Avgörandet den 7 februari 2012 i Europadomstolen, i ”det andra Caroline-målet”, kommer att bekräfta detta. Avgörandet kommer dessutom att med mycket stor sannolikhet dra upp snävare gränser för skyddet än som görs i den första Caroline-domen, men detta saknar betydelse för principfrågan.

8. I svensk rätt finns på sätt och vis ett skydd mot närgången uppvaktning o.d. genom konventionens egen bestämmelse. Men den ger inte något straffrättsligt skydd och inte heller något skadeståndsrättsligt skydd för den kränkte (se bl.a. rättsfallet NJA 2007 s. 747). (Statens skadeståndsansvar när *bristande* skydd uppdragas innebär naturligtvis inte att vi tillgodoser konventionens krav.) Konventionen i sig gör alltså inte – en självklarhet, men det bör ändå sägas – att vi uppfyller konventionens krav.

9. I övrigt är vårt skydd för privatlivet, såvitt nu är av betydelse, väsentligen begränsat till skydd mot ärekränkning (inkl. förolämpning) samt (utanför TF:s och YGL:s tillämpningsområden) viss behandling av personuppgifter utan samtycke (enligt personuppgiftslagen), ofredande och sexuellt ofredande.

10. Vi har alltså inte något lagskydd mot närgången uppvaktning o.d., det som vi något förenklat kan kalla för ”privatlivskränkningar”. Det betyder att den kränkte inte har någon möjlighet att få kränkningen beivrad. En rad exempel kan nämnas för att visa detta. Ett sådant exempel är att en man fotograferar en kvinna i en mycket intim situation och gör bilderna tillgängliga på en grundlagsskyddad webbplats på Internet (jfr rättsfallet NJA 2008 s. 946).

11. Det sagda innebär att vi inte har något sådant lagskydd mot kränkningar som vi är skyldiga att ha. Entydig praxis från Europadomstolen visar att vad som fordras är just lagskydd. Det är alltså inte tillräckligt att det finns ett självsaneringssystem enligt vilket man försöker se till att det inte blir några kränkningar.

12. Men då återstår ändå frågan om denna brist på det lagskydd som konventionen fordrar innebär att vi har en internationell förpliktelse att införa en lagbestämmelse som beivrar privatlivskränkningar. Alternativet skulle kunna vara att vi inte har någon sådan förpliktelse utan kan vänta till dess att Europadomstolen har slagit fast i ett enskilt fall att Sverige inte uppfyller konventionens krav.

¹ Se bl.a. domen *von Hannover mot Tyskland* den 24 juni 2004 och domen *Peck mot Förenade Konungariket* den 28 januari 2003.

13. Innebörden av en stats förpliktelse att uppfylla ett krav i ett internationellt instrument – här Europakonventionen – är just att staten är skyldig att lagstifta så att kravet tillgodoses i den nationella rätten. Om en konvention som Sverige är bundet av fordrar t.ex. att staterna bestraffar människohandel med minst ett års fängelse, är Sverige skyldigt att införa sådana regler. Om människohandel kan straffas mildare bryter vi mot konventionen. Har vi inte konventionsenlig lagstiftning uppfyller vi alltså inte våra krav enligt konventionen, dvs. våra internationella (folkrättsliga) förpliktelser.

14. En internationell förpliktelse är inte bara en skyldighet mot de andra staterna, dem som Sverige har ingått avtal med, utan också en skyldighet mot dem som den internationella förpliktelsen är till för att skydda. I Europakonventionen visar sig detta bl.a. genom en skyldighet för staterna att betala skadestånd till personer som drabbas av konventionskränkningar.

15. Svaret på rubrikens fråga är alltså ja. Vi är skyldiga att lagstifta om skydd för privatlivet. Det bör sägas att detta är en fråga om juridisk analys, om den internationella rättens obönhörliga logik. Det är alltså inte en fråga som man kan tycka som man vill om. Om man inte förstår analysens resultat beror det, som jag tycker att man måste se det, på att man antingen inte vill eller inte kan förstå det.

16. Den som anser att svaret i stället är nej bör enligt min mening motivera denna ståndpunkt, som måste innebära att resonemanget i 8 – 13 ovan brister på åtminstone någon punkt. Under kommitténs diskussioner har jag ännu inte hört något argument som skulle kunna sätta ståndpunkten i fråga ens i någon mån.

Slutsats

16. Slutsatsen om ställningstagandet i p. 15 håller är att kommittén har tre alternativ, se punkt 4 ovan. Dessa är (nu omnumrerade):

1. Kommittén bortser från Sveriges internationella förpliktelse och väljer att inte svara på frågan om vi är förpliktade att genomföra lagstiftningsåtgärder eller inte.
2. Kommittén svarar nej på sanningsfrågan, dvs. vi påstår att Sverige inte har någon förpliktelse.
3. Kommittén svarar ja på sanningsfrågan, dvs. säger öppet att Sverige har en förpliktelse men också att kommittén anser att Sverige (för närvarande) inte bör följa denna förpliktelse.

17. Om vi vill vara hederliga, vilket jag anser att vi som utredning måste vara, är alternativ 2 inte tänkbart. Om vi vill agera som en utredning bör agera och svara ärligt och öppet på frågor som gäller juridisk analys, är även alternativ 1 otänkbart. Det enda alternativ som återstår är då det

tredje. Detta är emellertid problematiskt eftersom Sverige inte vill säga öppet att vi väljer att inte följa en internationell förpliktelse.

18. Jag föreslår en skrivning som utgår från punkt 3 men där kommittén uttrycker sig på ett sätt som innebär att vi inte direkt tar avstånd från vår internationella förpliktelse utan skjuter det slutliga avgörandet framför oss, eller något liknande. Det är enligt min mening den bästa vägen ut ur det intellektuella dilemmat, framför allt därför att kommittén undgår att göra en direkt felaktig analys. (Själv kommer jag att reservera mig mot ställningstagandet med hänvisning till våra internationella förpliktelser och föreslå lagstiftning, men det är en annan sak.) Jag avser att sätta upp frågan för diskussion i mån av tid vid sammanträdet i mars.

Tillägg angående frågan om skadestånd

19. I sammanhanget bör också beaktas vad som gäller om skadestånd vid lagstiftning i strid med Europakonventionen. Denna fråga har jag behandlat i en uppsats i Festskriften till Bill Dufwa (2006).² Jag bifogar den för dem som är intresserade. Den för oss viktigaste slutsatsen är att staten blir skadeståndsansvarig mot den som drabbas, om lagstiftningsbristen utgör ”fel eller försummelse” enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Det innebär att det ska vara fråga om en oaktsamhet på en viss nivå; inte varje liten försummelse medför skadeståndsansvar för staten. Att inte skydda enskilda mot privatlivskränkningar är enligt min mening utan tvivel ett tillräckligt allvarligt fel för att det ska ådra staten skadeståndsansvar. Det betyder att exempelvis den kvinna som fotograferas i en mycket intim situation, varefter bilderna görs tillgängliga på en grundlagsskyddad webbplats på Internet (jfr punkt 10 ovan), har rätt till skadestånd av staten så länge den svenska rättsordningen innebär att hon inte kan få det från den som utsätter henne för kränkningen.

20. Det nu sagda kan snart vara delvis historia, nämligen om förslaget i SOU 2010:87 om skadeståndsansvar enligt 3 kap. 3 § skadeståndslagen vid brott mot Europakonventionen antas som lag. Förslaget innebär att staten ska ge ersättning till den som drabbas av en kränkning, bl.a. om lagstiftningen inte är i överensstämmelse med konventionen.

21. Vad betyder detta för hur kommittén bör förhålla sig i sina överväganden? Enligt min mening bör vi skriva som har sagts i punkt 18, men vi bör också nämna att staten sannolikt kommer att vara skadeståndsskyldig mot eventuella skadelidande till dess att lagen har ändrats. – Skulle en domstol välja att döma ut skadestånd med hänvisning till de krav som Europakonventionen ställer (konventionen gäller som svensk lag, alltså i strid med nationell svensk lag, undgår staten skadeståndsansvar. Detta är dock i praktiken inte mer än ett teoretiskt möjligt scenario,

² Göran Lambertz, Skadestånd vid fel av lagstiftaren, i Festskrift för Bill Dufwa 2006.

i varje fall innan Högsta domstolen har anvisat en sådan tillämpning (jfr målet med pastor Green där Högsta domstolen dömde enligt konventionen och i strid med nationell svensk lag i ett mål om hets mot folkgrupp).

Tillägg angående ”Caroline 2-domen” och ”Springerdomen”

22. Den 7 februari 2012 meddelade Europadomstolen i Strasbourg sina domar i två uppmärksammade mål, Springer mot Tyskland (Springermålet) och von Hannover mot Tyskland (Caroline 2-målet). Medieföretaget Axel Springer AG hade stämt Tyskland för brott mot artikel 10 (yttrandefriheten) med anledning av att tysk domstol hade förbjudit en tidning att publicera uppgifter om en känd tysk skådespelares kokainbruk. Prinsessan Caroline von Hannover hade stämt Tyskland för brott mot artikel 8 (respekt för privatlivet) med anledning av att tyska domstolar inte hade beivrat publicering av fotografier som hade tagits av henne. Domarna meddelades samtidigt, båda efter avgörande i s.k. Grand Chamber. Det rör sig sålunda om två helt centrala domar vad gäller gränsdragningen mellan å ena sidan yttrandefriheten och å andra sidan skyddet för privatlivet.

23. Domstolen tog ett väntat men inte desto mindre mycket välkommet steg ”mot mitten” i båda målen. Tyskland fälldes i Springermålet; det stred mot Europakonventionens krav på skydd för yttrandefriheten att tidningen inte fick publicera de ifrågavarande uppgifterna om skådespelaren. I Caroline 2-målet friades Tyskland; det stred inte mot Europakonventionens krav på respekt för privatlivet att domstolarna tillät den ifrågavarande publiceringen av fotografier.

24. Domstolens resonemang i de båda domarna var så gott som helt parallella. Det anfördes i båda domarna att domstolar och myndigheter ska balansera yttrandefriheten mot skyddet för privatlivet när de båda står emot varandra. Och man angav fem resp. sex kriterier som ska beaktas när det bedöms om ett brott mot yttrandefriheten resp. skyddet för privatlivet har förekommit. Det finns alltid ett visst handlingsutrymme för staterna (”margin of appreciation”), men det finns också klara gränser för detta. De kriterier som nämndes i de båda domarna var dessa:

Caroline 2-domen:

- (α) Contribution to a debate of general interest
- (β) How well known is the person concerned and what is the subject of the report?
- (γ) Prior conduct of the person concerned
- (δ) Content, form and consequences of the publication
- (ε) Circumstances in which the photos were taken

Springer-domen:

- (α) Contribution to a debate of general interest
- (β) How well known is the person concerned and what is the subject of the report?

- (γ) Prior conduct of the person concerned
- (δ) Method of obtaining the information and its veracity
- (ε) Content, form and consequences of the publication
- (ζ) Severity of the sanction imposed

25. Det har sedan länge framgått klart av domstolens praxis att de båda friheterna / rättigheterna ska balanseras mot varandra vid bedömningen av om ett brott har skett mot konventionen. Nu anges de kriterier som ska beaktas på ett tydligare sätt än som har skett tidigare.

26. Det får betraktas som en självklarhet att de stater som är bundna av Europakonventionen är skyldiga att tillhandahålla rättsliga instrument som möjliggör den anvisade balansakten. Om någon t.ex. inte får skadestånd för en privatlivskränkning på grund av att lagen inte lämnar något utrymme för skadestånd, har staten brutit mot personens mänskliga rättigheter. Det samma gäller om en tidning exempelvis hindras att publicera vissa uppgifter eftersom statens lag inte ger utrymme för att tillgodose yttrandefrihetens krav vid en vägning mot de bestämmelser som finns i staten om skydd för privatlivet.

27. Det har alltså blivit om möjligt ännu tydligare genom de båda domarna att staterna måste se till att skyddet för privatlivet balanseras mot yttrandefriheten när människor berörs i enskilda fall. Staterna kan välja att förlita sig på Europakonventionen för att detta ska tillgodoses, men om en domstol dömer enligt nationell rätt i stället för enligt konventionen och därvid inte upprätthåller den nödvändiga balansen, sker ett brott mot den berördes mänskliga rättigheter.