



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Evelina Törnell

Rättsligt skydd vid olovlig fotografering

Examensarbete
30 högskolepoäng

Eva Lindell-Frantz

Skadeståndsrätt, Straffrätt

Vårterminen 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod och material	6
1.2.1 Konventionsrätt	6
1.2.2 Svensk rätt	8
1.2.3 Sammanfattning	9
1.3 Definitioner	10
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Disposition	12
2 EKMR	14
2.1 EKMR:s rättsliga status i svensk rätt	14
2.2 Privatlivet och yttrandefriheten	16
2.2.1 Rätten till respekt för privatlivet	16
2.2.2 Rätten till yttrandefrihet	19
2.2.3 Privatlivet och yttrandefriheten i konflikt	20
3 TRYCK – OCH YTTRANDEFRIHETEN I SVENSK RÄTT	23
3.1 RF	23
3.2 TF	23
3.2.1 Meddelarskydd och anskaffarfriheten	24
3.2.2 Tryckfrihetsbrott	25
3.3 YGL	27
3.4 Det pressetiska granskningssystemet	28
3.5 Svenska yttrandefriheten och EKMR	29
4 STRAFFRÄTTEN OCH OLOVLIG FOTOGRAFERING	30
4.1 Tidigare förslag till kriminalisering	30

4.2	Brott som kan aktualiseras vid olovlig fotografering	31
4.2.1	Ofredande	31
4.2.2	Sexuellt ofredande	33
4.2.3	Hemfridsbrott	35
4.2.4	Förtal	36
4.3	Straffrättens förenlighet med EKMR	37
5	KRÄNKNINGERSÄTTNING ENLIGT SKL OCH OLOVLIG FOTOGRAFERING	39
5.1	En historisk tillbakablick	39
5.2	Förutsättningarna för kränkingsersättning	40
5.2.1	Brott som förutsättning	41
5.2.2	Kränkning – en objektiv bedömning	41
5.3	Kränkningens begreppet	42
5.4	Kränkingsersättningens förenlighet med EKMR	43
6	NYTT FÖRSLAG TILL KRIMINALISERING AV OLOVLIG FOTOGRAFERING	45
6.1	Ds 2011:1, Olovlig fotografering	45
6.1.1	Grundläggande förutsättningar	46
6.1.2	Platsanknuten fotografering	47
6.1.3	Situationsanknuten fotografering	48
6.1.4	Fotografering som undantas	48
6.1.5	Inget förbud mot spridning	49
6.2	Kritik mot förslaget	49
6.2.1	Kritik mot de straffrättsliga verkningar av förslaget	50
6.2.2	Kritik mot de yttrandefrihetsrättsliga verkningarna av förslaget	51
7	ANALYS	53
7.1	Möjlighet till kränkingsersättning vid olovlig fotografering enligt gällande rätt	53
7.2	Gällande rätts förenlighet med EKMR	54
7.3	Nya förslaget om kriminalisering av olovlig fotografering	56
7.3.1	Straffrättsliga verkningar av förslaget	56
7.3.2	Skadeståndsrättsliga verkningar av förslaget	58
7.3.3	De yttrandefrihetsrättsliga verkningarna av det nya förslaget	59
7.3.4	Nya förslagens förenlighet med EKMR	61
8	SAMMANFATTNING	64
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65

Summary

To be photographed by another, without consent, can feel like a very serious violation of one's personal integrity, especially if the photography is hidden and depicts private situations which one does not wish to share with others. In Swedish law today, there is no general criminalization of non-consensual photography. As a result there are very limited possibilities of receiving non-pecuniary damages for the violation of the personal integrity the photography has caused due to the requirement in chapter 2 section 3 The Tort Liability Act, that an injury must have been caused by a criminal act.

According to article 8 in the European Convention on Human Rights (ECHR) everyone has the right to respect for his private life. The European Court of Human Rights has in several judgments established that this right includes inter alia the right to one's picture and the right to be left alone. In the precedent case of *von Hannover v. Germany*, where Princess Caroline of Monaco had been persecuted and photographed by so-called paparazzi for a long time, the court established that article 8 includes not only a negative obligation for each convention state to refrain from interfering in this right, but also includes a positive obligation for the states to make sure that individuals do not interfere in each other's private life.

In January 2011 the Ministry of Justice presented a proposition to a criminalization of non-consensual photography. The proposition, which only encompass the photography as such and not the dissemination of photographs without consent, can be viewed as an attempt to make Swedish law compatible with the demands on the national law that the European Court has established under article 8 ECHR.

This essay investigates which possibilities a person that has been exposed to non-consensual photography has to receive non-pecuniary damages, if Swedish law can be viewed as compatible with article 8 ECHR, whether the new proposition of a criminalization of non-consensual photography can be viewed as compatible with the ECHR and which criticism can be put forward against the new proposition.

As a conclusion I found that there are very limited possibilities for a person that has been exposed to non-consensual photography to receive non-pecuniary damages and that this cannot be considered compatible with the requirements put up under article 8 ECHR. The proposition for a criminalization of non-consensual photography has, in my view, some ambiguities which need to be cleared up before the proposition can be implemented. It is my belief though, that a criminalization should be implemented as it, in my view, would make Swedish law more compatible with the ECHR. There is though, even with the new proposition, a gap between Swedish law and the ECHR, as there is no proposal for a sanction

against the dissemination of photographs without consent. In my view, such a sanction needs to be implemented.

Sammanfattning

Att fotograferas av en annan, utan att ha givit sitt samtycke till detta, kan upplevas som mycket kränkande, särskilt om fotograferingen sker i smyg i privata situationer som man inte önskar dela med sig av till utomstående. Idag finns dock ingen direkt kriminalisering av olovlig fotografering i svensk rätt. Till följd av detta finns det därför även få möjligheter att begära kränkingsersättning för den kränkning som fotograferingen inneburit p.g.a. att det enligt 2 kap 3 § Skadeståndslagen (1972:207) (SkL) krävs att skadan orsakats av en brottslig gärning.

Enligt artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) har var och en rätt till skydd för respekten för sitt privatliv. Europadomstolen har i flertalet avgöranden fastställt att i denna rätt innefattas bl.a. en rätt till sin bild samt en rätt för den enskilde att lämnas ifred. I det ledande fallet *von Hannover mot Tyskland* där prinsessan Caroline av Monaco i flera år förföljts och fotograferats av s.k. paparazzis, fastställde domstolen att artikel 8 innefattar inte bara en negativ skyldighet för varje konventionsstat att avhålla sig från att inskränka denna rätt, utan att staterna även har en positiv skyldighet att se till att inte enskilda kränker varandras rättigheter.

I januari 2011 lämnade Justitiedepartementet ett förslag till kriminalisering av olovlig fotografering. Förslaget, som endast omfattar själva fotograferingen och inte spridandet av bilder utan samtycke, kan ses som ett försök att göra svensk rätt förenlig med de krav Europadomstolen ställer på svenska staten, genom sin praxis.

Arbetet utreder vilka möjligheter det finns enligt gällande rätt att få ut kränkingsersättning vid olovlig fotografering, huruvida gällande rätt kan anses förenlig med EKMR, om det nya förslaget kan anses förenligt med EKMR, samt vilken kritik som kan framföras mot det nya förslaget.

Slutsatserna har blivit att det idag finns väldigt begränsade möjligheter för den enskilda att erhålla kränkingsersättning vid en olovlig fotografering och att detta rättsläge inte kan anses förenligt med artikel 8 EKMR. Det nya förslaget till kriminalisering av olovlig fotografering har enligt min mening vissa straffrättsliga och skadeståndsrättsliga problem vilka bör klargöras innan en kriminalisering genomförs. Det är min uppfattning dock att en kriminalisering bör komma till stånd. Genom en kriminalisering kan det nämligen anses att svensk rätt, till viss del blir mer förenlig med EKMR. Det finns dock, även med det nya förslaget, en lucka i förhållande till EKMR, i och med att ingen sanktion mot spridande utan samtycke av fotografier föreslås. Det är min uppfattning att även en sådan sanktion måste införas.

Förkortningar

BrB	Brottsbalk (1962:700)
Ds	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätt
PK	Publicistklubben
PO	Allmänhetens Pressombudsman
PON	Pressens opinionsnämnd
Prop.	Proposition
PuL	Personuppgiftslag (1998:204)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SJF	Svenska Journalistförbundet
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SL	Strafflagen (1864:649 s.1)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)
TR	Tingsrätt
TU	Tidningsutgivarna
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

1 Inledning

Att fotografier som tas i hemlighet, i privata situationer eller i övrigt utan tillstånd kan vara oerhört kränkande för den som varit föremål för bilden, är naturligtvis ett förhållande som ingen skulle ifrågasätta och inte heller en diskussion som kan anses vara särskilt ”ny på tapeten”. Men i takt med teknikens hisnande framsteg och att man idag med ett enkelt knapptryck kan sprida bilder och filmer till potentiellt sett miljoners läsare över internet, har diskussionen om människors rätt till privatliv och personlig integritet kommit in i en andra andning. Ska kändisen behöva stå ut med s.k. paparazzis som följer varje fotsteg som tas utanför ytterdörren? Ska hyresvärderna kunna installera en dold kamera i hyresgästens dusch, utan konsekvenser?

Prinsessan Caroline av Monaco hade under flera år förföljts och smygfotoferats av paparazzis. Prinsessan, som fann detta mycket påträngande, inledde därför ett antal rättsliga förfaranden för att hindra tidningar från att publicera fotografierna. När prinsessan till slut klagade inför Europadomstolen fastslog domstolen att var och en har en rätt att, även i det offentliga, lämnas i fred och att det finns en gräns för vad den nyfikna läsarkretsen har rätt att få information om när det gäller andras privatliv. En jämförelse mellan Europadomstolens avgörande och den svenska rätten kan inte annat än leda till en undran om den svenska rätten idag verkligen kan erbjuda var och en ett sådant skydd som Europadomstolen menar att varje konventionsstat är skyldig att upprätthålla.

I januari 2011 lämnade Justitiedepartementet ett förslag till kriminalisering av olovlig fotografering. Här föreslås ett straffrättsligt skydd för den som fotograferas i sitt hem eller andra privata utrymmen, samt en rätt att i vissa fall slippa att fotograferas i det offentliga. Men motsvarar det nya förslaget det skydd som Europadomstolen kräver?

1.1 Syfte och frågeställningar

Enligt dagens bestämmelse om kränkingsersättning i 2 kap. 3 § Skadeståndslagen (SkL), är det en förutsättning att kränkningen orsakats genom en brottslig handling, för att skadestånd ska kunna utgå. Idag finns dock ingen kriminalisering av olovlig fotografering, utan den som känner sig kränkt har att försöka, med de begränsade möjligheter som finns, att övertyga domstolen om att gärningen motsvarar någon annan tillämplig brottsbeskrivning. Således riskerar den som utan tillstånd blivit fotograferad att stå utan en reell möjlighet till upprättelse, både straffrättsligt och skadeståndsrättsligt. Samtidigt har Sverige förbundit sig att genom Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) erbjuda var och en ett skydd för rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8. Innebär det faktum att det idag

saknas en kriminalisering av olovlig fotografering, ett problem för svensk rätt att kunna erbjuda ett tillräckligt skydd för de rättigheter som Sverige har åtagit sig att skydda genom EKMR? För att utreda detta problem har jag tagit hjälp av följande frågeställningar:

- Vilka möjligheter har en person enligt gällande rätt att erhålla kränkingsersättning när en annan olovligen fotograferat denne?
- Motsvarar gällande rätt de krav EKMR ställer på rätten till respekt för den enskildas privatliv i samband med olovlig fotografering?
- Kan en kriminalisering av olovlig fotografering ändra bedömningen om huruvida svensk rätt motsvarar de krav EKMR ställer på den svenska lagstiftningen? Vilken kritik kan framföras mot det nya förslaget?

Det huvudsakliga syftet med detta arbete har varit att skapa ny kunskap kring dessa frågor, genom att utreda och belysa de problem som finns på området och hur frågorna inom de olika rättsområdena förhåller sig till varandra.

1.2 Metod och material

Detta arbete tar sitt avstamp i att beskriva gällande rätt (de lege lata) vad gäller olovlig fotografering, inom både konventionsrätten, offentlighetsrätten och skadeståndsrätten. Arbetet är således till stor del deskriptivt.¹ Därefter kommer det även i arbetet utredas och analyseras hur olika lösningar på problemen kan se ut, d.v.s. hur rätten bör se ut (de lege ferenda). Således kommer även en normativ inriktning återfinnas i arbetet.

Arbetet omfattar många olika rättsområden som samspelar och påverkar varandra, för vilka det finns olika frågor att ta ställning till när det kommer till metod och material. För att tydliggöra mina olika ställningstaganden i dessa frågor delas detta avsnitt in i underrubriker, med sammanfattande reflektioner i slutet. Gemensamt för alla dessa områden är dock att en klassisk rättsdogmatisk metod har tillämpats. Med detta vill sägas att lagtext, förarbeten, praxis och doktrin har studerats.² För varje rättsområde finns dock anledning att ta ställning till vilket värde dessa olika rättskällor ska tilldelas och hur rättskällorna ska tolkas.

1.2.1 Konventionsrätt

I arbetet har EKMR ett betydande utrymme i avseendet att den kan sägas ha varit utgångspunkten för problemformuleringen. Som ovan nämnts har även

¹ Davidson Bo, Patel Runa, *Forskningsmetodikens grunder. Att planera, genomföra och rapportera en undersökning*, Tredje upplagan, Studentlitteratur AB, 2003 Lund, s. 13

² Bernitz Ulf, m.fl., *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Seipel Peter, *Uppsatsarbete*, Tionde upplagan, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2008, s. 237

här en rättsdogmatisk metod använts, om än med den skillnaden att värderingen av rättskällorna inte varit densamma som inom den svenska rätten. När det gäller tolkningen av EKMR finns det i Wienkonventionen³ allmänna principer för tolkning av internationella traktater, vilka är tillämpliga även för EKMR. Enligt artikel 31 i Wienkonventionen ska ordalagen framförallt ha betydelse, men dessa måste läsas i sitt sammanhang och i ljuset av traktatets syfte. Vid tolkning av bestämmelserna i EKMR innebär detta att tolkningen av en bestämmelse inte får komma i konflikt med en annan bestämmelse i konventionen. Detta har, i mitt arbete, haft särskild betydelse i konflikten mellan artikel 8 om rätten till respekt för sitt privatliv och artikel 10 om rätten till yttrandefrihet i EKMR och avvägningen mellan de båda rättigheterna.⁴

Vidare, enligt artikel 32 i Wienkonventionen, är traktatens förarbeten endast en sekundär rättskälla. Detta kan även sägas stämma överens med Europadomstolens praxis. Även om förarbetena har åberopats i avgöranden från Europadomstolen är det ändå något som hör till ovanligheten. Vidare har Europadomstolen slagit fast att konventionen ska tolkas dynamiskt, i ljuset av samhällsutvecklingen, och det kan därför framstå som mindre lämpligt att låta förarbeten från andra världskrigets slut ha en avgörande roll i tolkningen.⁵ Av denna anledning har inga förarbeten till EKMR studerats i detta arbete. Istället har konventionstexten och Europadomstolens praxis fått ett stort utrymme i beskrivningen av gällande rätt inom konventionsrätten. Dessutom har även doktrin haft en stor del i beskrivandet av konventionsrätten och i att hitta relevanta rättsfall. Detta har jag ansett vara en acceptabel arbetsmetod, då jag tycker det saknas anledning att ”återuppfinna hjulet på nytt” och göra om ett arbete som auktoriteter på området redan gjort. Särskilt har jag använt mig mycket av Hans Danelius bok *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Detta har jag gjort eftersom Danelius är en auktoritet på området och hans arbete har nyttjats som källa i flera förarbeten och boken därför, i min mening, är originalkälla i förhållande till dessa.⁶ Jag har också använt mig av Iain Camerons bok *An introduction to the European Convention on Human Rights* som flitigt hänvisat till rättsfall i Europadomstolen, som jag i min tur kunnat studera närmare. Slutligen kan också nämnas att jag naturligtvis även använt mig av Europadomstolens egna hänvisningar till rättsfall, samt domstolens databas över rättsfall; HUDOC.

³ The Vienna Convention on the Law of Treaties, från 1969

⁴ Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Tredje upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 46f

⁵ Ibid., s. 46f

⁶ Se exempelvis SOU 2007:22, *Skyddet för den personliga integriteten, kartläggning och analys*, s. 46f; Ds 2011:1, *Olovlig fotografering*, s. 17ff; SOU 2008:3, *Skyddet för den personliga integriteten, bedömningar och förslag*, s. 71ff. I SOU 1993:40, *Fri – och rättighetsfrågor, Del B, Inkorporering av Europakonventionen*, användes Danelius arbete så mycket utan korrekt hänvisning att texten i det närmaste var ett plagiat, se Bernitz Ulf, *Sverige och europarätten*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2002, s. 143

1.2.2 Svensk rätt

När det gäller den svenska rätten har även här, som ovan nämnts, den rättsdogmatiska metoden använts, men till skillnad från inom konventionsrätten har förarbetena, som brukligt är inom svensk rätt, haft ett stort utrymme i arbetet med att tolka gällande rätt.⁷ Även lagtext och praxis har självfallet haft stor betydelse i denna del av arbetet, liksom doktrin.

Vid beskrivandet av den svenska tryck – och yttrandefriheten, har lagtext, förarbeten och doktrin använts. Framförallt har jag använt mig mycket Håkan Strömberg och Hans – Gunnar Axbergers bok *Yttrandefrihetsrätt*. Detta för att boken på ett mycket begripligt och koncist sätt beskrivit regleringen i Tryckfrihetsförordningen (TF) och Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) utan att gå allt för djupt in på detaljer, vilket jag fann behjälpligt med hänsyn till att TF och YGL endast getts ett begränsat utrymme i detta arbete. I arbetet beskrivs även, förutom den svenska lagregleringen, pressens egna granskningssystem där bl.a. Pressens opinionsnämnd (PON) nämns. På grund av begränsat utrymme har inget studium av nämndens avgöranden gjorts. Detta även för att det kan sägas att nämndens avgöranden i viss mån inte är prejudikatbildande. Nämndens betydelse är dock, i det praktiska livet, stort och därför fann jag det nödvändigt att beskriva på vilka grunder detta arbete bedrivs.

När det gäller mitt arbete med att beskriva och tolka de straffrättsliga bestämmelserna har detta krävt ett beaktande av den s.k. legalitetsprincipen, som bl.a. finns uttryckt i 2 kap 10 § Regeringsformen (RF) och 1 kap 1 § Brottsbalken (BrB). Denna princip innebär i korta ordalag att straff inte får ådömas någon utan direkt stöd i skriven lag. Legalitetsprincipen ska garantera rättsäkerhet genom att det ställs sådana krav på lagstiftningen att medborgaren kan förutse när, och till viss del hur, de kan drabbas av straffrättsliga ingripande och därigenom anpassa sitt beteende för att undvika sådana ingripanden. Av detta följer att lagen måste vara tillräckligt begriplig och preciserad. En annan aspekt av principen är förbudet mot retroaktiv lagstiftning. Vidare förbjuds även analogisk rättstillämpning till den tilltalades nackdel.⁸ Detta innebär exempelvis att skulle en handling falla utanför det kriminaliserade området får ett analogislut aldrig tillämpas för att fylla en lucka i lagstiftningen, även om det kan anses att en viss gärning borde vara kriminaliserad. Inte ens om analogin har stöd i exempelvis EKMR är ett sådant slut tillåtet inom straffrätten.⁹ (Det kan nämnas att legalitetsprincipen är vidare en integrerad del av EKMR och något som måste beaktas vid tillämpning av konventionens bestämmelser.¹⁰) Legalitetsprincipen har påverkat både mitt val av material och min slutliga analys.

⁷ Bernitz Ulf, m.fl., *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Leijonhufvud Madeleine, *Förfaranden*, s. 102

⁸ Jareborg Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus Förlag, Göteborg 2001, s. 57f

⁹ *Ibid.*, s. 122f, se även HD:s resonemang i NJA 2008 s. 946

¹⁰ Se exempelvis *Sunday Times mot Förenade Konungariket*, nr 6538/74, den 26 april 1979

Mitt straffrättsliga material har främst varit lagtext, förarbeten och praxis. I det straffrättsliga avsnittet har jag överlag låtit ett rättsfall statuera som exempel för varje straffstadgande vid rättstillämpningen av olovlig fotografering. Att just dessa rättsfall valts beror delvis på att dessa omnämnts i förarbeten och delvis då rättsfallen i flera fall hänvisat tillbaka till varandra, samt att de kommit upp vid sökningar i olika databaser, så som Zeteo och Karnov. Av detta har jag slutit mig till att de refererade rättsfallen har stora prejudikatvärden och är nödvändiga i beskrivandet av gällande straffrätt vid olovlig fotografering. Ett undantag från detta är det rättsfall från Hovrätten över Skåne och Blekinge som refereras vid avsnittet om hemfridsbrott. Detta kom jag över vid en vanlig Google – sökning på ”olovlig fotografering”, där en doktorand i Folkrätt vid Stockholms universitet i sin blogg¹¹ refererat rättsfallet. Medveten om att fallet inte har något omedelbart prejudikatvärde, ansåg jag ändå att fallet var intressant och kunde fungera belysande av hur frågan om olovlig fotografering behandlats i underrätterna. Doktrin har jag använt mig av i ganska liten utsträckning, med beaktande av att dessa rättskällor i enlighet med legalitetsprincipen ibland anses ha begränsat värde. I stort sett har doktrin använts i de fall där rättsfall hänvisat till dessa. Dock kan det inte påstås att doktrin är helt irrelevant som rättskälla, särskilt som doktrinen ofta återkommer i rättsfall och förarbeten. Det är också här många begrepp, så som uppsåt och oaktsamhet, utvecklats, då dessa inte kan definieras i lagtext.¹²

När det gäller skadeståndsrätten har även här lagtext och förarbeten använts i stor utsträckning. Till skillnad från straffrätten har dock doktrinen här getts ett större utrymme. Detta med hänsyn till att inom civilrätten kan det påstås att doktrinens värde som rättskälla är större än inom straffrätten. Inom civilrätten är legalitetsprincipen inte lika stark utan diskussioner och uttalanden i doktrin tillåts påverka rättstillämpningen när en fråga inte kan lösas med hjälp av lagtext, förarbeten eller praxis. Inte heller finns något förbud för analogislut inom civilrätten.¹³ Jag har särskilt använt mig av Jan Hellners och Marcus Radetzkis bok *Skadeståndsrätt*, som får sägas vara något av en auktoritet inom skadeståndsrätten, samt Sandra Fribergs doktorsavhandling *Kränkningersättning, skadestånd för kränkning genom brott*, som på ett mycket heltäckande sätt beskrivit regleringen kring rätten till kränkningersättning.

1.2.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan sägas att jag har försökt vara så lojal som möjligt till den metod som kan anses mest riktig inom varje rättsområde, med beaktande av rättskällornas olika värde och de principer som måste beaktas vid tolkning och analys. Självklart har det inneburit en utmaning i

¹¹ <http://klamberg.blogspot.com/2011/01/valkommet-lagforslag-om-olovlig.html>, hämtat 2011 – 04 – 21

¹² Jareborg Nils, *Allmän kriminalrätt*, s. 104f

¹³ Agell & Malmström, *Civilrätt*, Nittonde upplagan, Liber AB, Falköping 2006, s. 31f

analysen att jämföra och göra en avvägning mellan de olika rättsområdena och hela tiden beakta vilka principer som styr och hur dessa ska värderas mot varandra. Kanske är det oundvikligen så att i mina slutsatser i analysen så blir det i slutändan fråga om en subjektiv värdering av vilka värden jag anser viktigast att skydda, men jag hoppas att det i sådana fall ska framgå varför och hur jag kommit fram till denna avvägning.

1.3 Definitioner

I detta arbete kommer jag använda mig av termen olovlig fotografering. Med detta avses, sådan fotografering av en annan person som sker utan att den person som är föremål för bilden givit sitt samtycke. I termen innefattas även, om inte annat anges, filmning utan sådant samtycke.

I arbetet har jag fått ta ställning till huruvida jag ska låta den som blivit föremål för en olovlig fotografering, ska benämnas som brottsoffer eller skadelidande. Av flera anledningar har jag beslutat att använda mig av begreppet skadelidande. Dels har det känts naturligt eftersom det huvudsakliga fokuset i arbetet är skadeståndsrättslig, snarare än straffrättsligt. Dels finns vidare vissa inneboende problem med begreppet brottsoffer. Vem som är att räknas som ett brottsoffer är allt annat än självklart och det finns ingen vedertagen definition av begreppet. Likaså har jag funnit det särskilt problematiskt att använda mig av begreppet brottsoffer när olovlig fotografering som sådan, idag inte är kriminaliserat. Slutsatsen av detta har därför varit att begreppet skadelidande har fått företräde och fungerar i arbetet därför som ett begrepp på den som blivit föremål för en olovlig fotografering.

1.4 Avgränsningar

Detta arbete behandlar flera olika rättsområden och ett antal olika regleringar. På grund av begränsat utrymme har därför vissa avgränsningar fått göras.

Eftersom arbetets fokus och utgångspunkt har varit vilken rätt det kan finnas till kränkingsersättning vid olovlig fotografering, har det fallit sig naturligt att hålla de straffrättsliga delarna något översiktligt. Därför har exempelvis inte alla relevanta delar i de olika straffbestämmelserna behandlats utan istället har jag valt att ta upp de rekvisit och omständigheter som jag funnit relevanta för utredandet av mina frågeställningar. Inte heller har frågor om uppsåt och oaktsamhet i samband med olovlig fotografering behandlats.

Arbetets fokus kring kränkingsersättningen enligt 2 kap. 3 § SkL har även inneburit att arbetet inte kommer ta upp andra möjligheter till skadestånd som skulle kunna aktualiseras vid olovlig fotografering, så som ersättning för sveda och värk. Arbetet kommer inte heller behandla vare sig

kränkingsersättningens storlek och hur denna bestäms, eller de straffrättsliga påföljderna (vilket annars hade kunnat bli aktuellt särskilt i samband med det nya förslaget om kriminalisering av olovlig fotografering).

Inte heller kommer arbetet att ta upp den typen av behandling av annans bild som hamnar under tillämpningsområdet för Personuppgiftslag (1998:204) (PuL) eller nyttjandet av annans bild i reklam som regleras i lagen (1978:800) om namn och bild i reklam. Likaså tas inte heller frågor kring kameraövervakning upp, även om det kan finnas många intressanta aspekter kring den personliga integriteten på detta område. Det finns vidare särskilda aspekter och regler kring publicerandet av annans bild på internet. Här uppkommer naturligtvis intressanta frågor, men eftersom fokuset i arbetet legat på själva fotograferandet snarare än spridningen av bilder kommer detta inte behandlas.

När det gäller den svenska regleringen av tryck – och yttrandefriheten har min framställning fått hållas betydligt avgränsat och min beskrivning kommer endast ta upp de delar som jag funnit vara relevanta för arbetets frågeställningar. Således kommer arbetet inte behandla alla de olika formella krav och villkor som ställs upp för att en skrift ska omfattas av TF, vilka regler som gäller för utländska skrifter och de olika ansvarssubjekt som kan komma ifråga (istället har jag valt att nämna den ansvariga utgivarens ansvar för periodiska skrifter, som alltså får fungera som ett exempel på ansvarssubjekt vid framställningen om tryckfrihetsbrott). Framställningen om YGL är än mer begränsad och fungerar närmast som en jämförelse till regleringen i TF. Detta ansåg jag vara nödvändigt för att framställningen inte skulle bli alltför omfattande, särskilt med hänsyn till att regleringen i många delar är identisk med den i TF.

En fråga som har kommit upp i samband med olovlig fotografering¹⁴ är frågan om huruvida svensk rätt kan erbjuda ett effektivt rättsmedel i enlighet med artikel 13 EKMR, när en enskild vill klaga på en konventionskränkning. Artikel 13 uttrycker en princip om att Europadomstolen ska vara subsidiär i förhållande till de inhemska domstolarna, när det gäller tillsynen av efterlevnaden av konventionen. Genom artikel 13 ges var och en således en materiell rätt till ett effektivt rättsmedel när man vill klaga på ett konventionsbrott inför en nationell myndighet.¹⁵ HD har i NJA 2005 s. 462 fastställt att artikel 13 innebär att en enskild kan få skadestånd från staten direkt grundad på EKMR vid en kränkning av konventionens rättigheter, utan att behöva vända sig till Europadomstolen. Några år senare konstaterade HD dock i NJA 2007 s. 747 att detsamma inte kunde göras gällande när en enskild gjort sig skyldig till en konventionskränkning. Enligt HD innebär konventionen endast förpliktelser för staten och kan därför inte åberopas för att ålägga enskilda några förpliktelser. Inte heller kan en följd av statens positiva skyldigheter enligt konventionen att tillskapa regler som ser till att enskilda inte kränker

¹⁴ se exempelvis det pågående ärendet E.S. mot Sverige, som refereras i kap 4

¹⁵ Danelius Hans, s. 427

varandras rättigheter, innebära en skyldighet för domstolen att tillskapa sådana regler när lagstiftaren försummat att göra så. En skadeståndstalan grundat på kränkning av konventionsrättigheterna kan således endast riktas vertikalt av enskild mot staten.¹⁶ HD:s avgörande i det senare fallet har dock inte varit helt okontroversiellt. Vid olovlig fotografering utgör en eventuell kränkning av artikel 8 att staten försummat att införa lagstiftning som skyddar enskilda mot att andra kränker rätten till respekt för privatlivet, genom att utan samtycke fotografera. För en enskild att klaga på en konventionskränkning från statens sida innebär därför att den enskilde måste stämna staten för underlåtenhet att lagstifta. Möjligheten att föra en sådan talan är dock kontroversiell.¹⁷ Av dessa anledningar har frågan uppstått om det finns ett effektivt rättsmedel i enlighet med artikel 13 i svensk rätt när en enskild vill klaga på en olovlig fotografering. Även om frågan är mycket intressant har jag ansett att denna fråga ligger utanför mina frågeställningar. Mitt arbete har inriktat sig på huruvida den svenska lagregleringen är förenlig med artikel 8 och inte hur en eventuell sådan brist kan läkas när en enskild har drabbats. Av utrymmesskäl har jag därför fått avgränsa mig från denna fråga.

1.5 Disposition

Arbetet inleds i kapitel 2 med en beskrivning av det krav på skydd för rätten till respekt för privatlivet som ställs upp i artikel 8 EKMR, samt en belysning av hur denna rätt har vägts mot rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10 i Europadomstolen.

Därefter följer i kapitel 3 en översiktlig beskrivning av hur yttrandefriheten regleras i Sverige genom grundlagsskyddet i TF och YGL, vilka överväganden som legat bakom regleringen, samt en beskrivning av medias egna initiativ att skydda bl.a. den personliga integriteten genom det pressetiska granskningssystemet.

I kapitel 4 följer en beskrivning av hur gällande rätt ser ut inom straffrättens område. En genomgång ges över vilka brott som främst kan aktualiseras vid olovlig fotografering, samt hur dessa har hanterats i praxis. Kapitlet avslutas med en belysning av hur straffrättens förenlighet med EKMR har uppfattats i doktrin och praxis, m.m.

Därefter följer, i kapitel 5, beskrivning av regleringen av kränkingsersättningen i 2 kap 3 § SkL. Här redogörs för vilken historisk bakgrund kränkingsersättningen har, vilka förutsättningarna är för att skadeståndet ska kunna utgå, vad som menas med kränkingsbegreppet,

¹⁶ Friberg Sandra, *Kränkingsersättning, skadestånd för kränkning genom brott*, Iustus Förlag, Uppsala 2010, s. 498ff

¹⁷ Cameron Iain, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 553 – 588, s. 574ff

samt hur kränkingsersättningens förenlighet med EKMR har uppfattats i doktrin m.m.

I kapitel 6 följer därefter en genomgång av det nya förslaget till olovlig fotografering. Det görs en beskrivning av vilka situationer som det nya straffbudet ämnar omfatta och vilka förutsättningar som krävs för att straffansvar ska kunna utkrävas. Därefter följer en redogörelse av vilken kritik som har framförts mot det nya förslaget ur straffrättslig och yttrandefrihetsrättslig synpunkt.

Kapitel 7 har ägnats åt min egen analys, där jag ämnat besvara mina frågeställningar som jag ställt inledningsvis.

Arbetet avslutas i kapitel 8 med en kort sammanfattning av de slutsatser jag har kommit fram till.

2 EKMR

Genom EKMR har Sverige förbundit sig att respektera de mänskliga fri – och rättigheter som skyddas genom konventionen. Bland dessa rättigheter återfinns rätten till skydd för privatlivet i artikel 8 och rätten till yttrandefrihet i artikel 10. I detta kapitel ämnar jag därför att utreda vad dessa rättigheter innebär i samband med olovlig fotografering.

2.1 EKMR:s rättsliga status i svensk rätt

Efter andra världskrigets slut fanns en allmän vilja att skapa starkare garantier för enskildas rätt till respekt för människans värdighet. Genom internationella överenskommelser skulle stater bindas att erkänna och respektera mänskliga rättigheter. I Europa fanns även en strävan att binda staterna närmare varandra och skapa gemensamma institutioner. Ett beslut av detta var att Europarådet bildades år 1949 och redan ett år senare hade EKMR arbetats fram (som trädde i kraft år 1953). EKMR ratificerades av Sverige redan 1952, men blev dock inte inkorporerad i svensk rätt. Trots att EKMR således inte blev en del av den svenska rätten fick dock konventionen efter hand allt större betydelse för svensk lagstiftning och rättstillämpning.¹⁸ Efter fällande domar i Europadomstolen genomfördes reformer i lagstiftningen, exempelvis infördes en lag om rättsprövning av förvaltningsbeslut efter att Europadomstolen funnit att svensk lag inte var förenlig med rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 EKMR.¹⁹ I rättstillämpningen ställdes även domstolarna inför frågan vilken betydelse EKMR skulle tillmätas i enskilda mål.²⁰ Domstolarna slöt sig till att EKMR inte var direkt tillämplig i den svenska rätten, men genom att tillämpa en *konventionskonform tolkning* skulle svensk lag så långt som möjligt tolkas så att den överensstämde med Sveriges åtaganden enligt EKMR. Detta innebar att EKMR och dess praxis var tillämpliga som rättskällor när den svenska lagen lämnade ett tolkningsutrymme.²¹ Denna tolkning kunde t.o.m. innebära att yttranden i förarbeten och tidigare svensk praxis fick åsidosättas för att, så lång som den svenska lagtexten tillät, låta tillämpningen vara förenlig med EKMR.²²

Det var inte förrän år 1995 som EKMR slutligen blev inkorporerad och kom att gälla såsom svensk lag. Samtidigt infördes även en bestämmelse i Regeringsformen (1974:152) (RF) att ingen lag eller annan föreskrift får införas i strid med Sveriges åtaganden enligt EKMR (numer 2 kap 19 § RF).

¹⁸ Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri – och rättighetsfrågor*, s. 10ff

¹⁹ SOU 1993:40, *Fri – och rättighetsfrågor, Del B, Inkorporering av Europakonventionen*, s. 20

²⁰ Se exempelvis NJA 1989 s. 131, NJA 1991 s. 188 och NJA 1991 s. 512

²¹ SOU 1993:40, Del B, s. 25

²² NJA 1992 s. 532

Genom en inkorporering skulle EKMR:s status i den inhemska rätten markeras och det skulle också bli möjligt med en direkt tillämpning av konventionen i svenska domstolar och myndigheter.²³ Genom införlivandet fick EKMR dock endast samma status som vanlig svensk lag och har alltså i princip ingen företrädesrätt i förhållande till andra svenska lagar. I förarbetena till inkorporeringen av EKMR sägs att i händelse av konflikt mellan en inhemsk lag och EKMR ska denna lösas så långt det är möjligt genom en konventionskonform tolkning. I de fall konflikten mellan den inhemska lagen och konventionen dock inte kan lösas genom sådan tolkning, hänvisar förarbetena till principerna om *lex posterior*; yngre lag går före äldre lag, samt principen om *lex specialis*; en specialregel går före en allmänt hållen regel. Vidare nämns, i förarbetena, att HD i ett remissyttrande hänvisat till en tredje princip, nämligen att även om konventionen som sådan inte har en högre rang än vanlig lag, så bör en konvention om mänskliga rättigheter p.g.a. sin speciella karaktär ges en särskild vikt vid konflikt med inhemsk lag, men detta, menar utredarna, hör till den konventionskonforma tolkningen.²⁴ Ulf Bernitz är kritisk till det sätt EKMR införlivades på och kallar det för en halvmesyr. Han menar att det mycket väl kan uppkomma en situation där en inhemsk lag tillkommit senare än lagen om inkorporering, som är tydligare och mer specialiserad i sin utformning och som kan anses strida mot EKMR. Därmed lämnas en möjlighet en möjlighet att ”lagstifta bort” EKMR.²⁵

Trots den något osäkra status EKMR fick gentemot svensk rätt har rättsutvecklingen visat att de svenska domstolarna tar EKMR på stort allvar och i den konventionskonforma tolkningen ger EKMR särskild vikt.²⁶ Domstolarna är numera obenägna att tillämpa svensk lag på ett sådant sätt att avgörandet skulle riskera att senare underkännas av Europadomstolen.²⁷

Att nämna är även EKMR:s status inom Europeiska Unionen (EU). Allt sedan 1970 – talet har EU – domstolen allt oftare låtit EKMR vara en del i sina avgöranden.²⁸ Konventionens plats i EU – rätten har nu dessutom fått en allt tydligare status genom att det i det s.k. Lissabonfördraget som trädde i kraft 1 december 2009 och som innebar en modernisering och omstrukturering av EU:s fördragsverk,²⁹ har fastslagits att EU ska respektera de grundläggande rättigheter som garanteras i EKMR (artikel 6.3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU)). Vidare har EU förbundit sig att så småningom ansluta sig till EKMR (artikel 6.3 FEU).³⁰ Vid tillämpning av unionsrätten har alltså medlemsstaterna numer en skyldighet att tillämpa denna så att den även är förenlig med EKMR. När EU så småningom även ansluter sig till EKMR, kommer även EU:s institutioner att vara skyldiga att

²³ SOU 1993:40, Del B, s. 123f

²⁴ Prop. 1993/94:117, s. 37f

²⁵ Bernitz Ulf, *Sverige och europarätten*, s. 151ff

²⁶ *Ibid.*, s. 155

²⁷ Danelius Hans, s. 34ff

²⁸ Bernitz Ulf, Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Fjärde upplagan, Nordstedt Juridik AB, Mölnlycke 2010, s. 127f

²⁹ *Ibid.*, s. 16

³⁰ *Ibid.*, s. 126

beakta EKMR vid tillämpningen av unionsrätten. Detta innebär att klagomål mot EU – domstolen kommer kunna prövas av Europadomstolen.³¹ En följd av EKMR:s således starka status inom EU – rätten är att inom områden som berör unionsrätten, har EKMR en starkare status vid konflikt med inhemsk rätt, än inom andra områden.³²

2.2 Privatlivet och yttrandefriheten

I artikel 8 EKMR stadgas en rätt för var och en till respekt för sitt privatliv. Europadomstolen har fastställt att detta innefattar en rätt till skydd både för en persons goda rykte³³, men också för en persons fysiska och psykiska integritet³⁴. I många fall kommer dock denna rätt i konflikt med rätten till yttrandefrihet i artikel 10 och därför måste en avvägning göras mellan den enskildas intresse att lämnas i fred och samhällets intresse av tillgång till information.³⁵ På grund av artiklarnas nära samband följer nedan en beskrivning av de båda rättigheterna, med ett avslutande avsnitt över hur Europadomstolen har vägt dessa rättigheter mot varandra.

2.2.1 Rätten till respekt för privatlivet

Enligt artikel 8 i EKMR har var och en rätt till respekt för sitt privat – och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. I denna rätt får dock staten göra inskränkningar så länge det sker med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri – och rättigheter.

Artikel 8 innebär, i första hand, att staten har en skyldighet att avhålla sig från ingrepp i de rättigheter artikeln skyddar. Sådana ingrepp kan bestå både av ingrepp mot enskilda liksom generella inskränkningar i människors frihet. Staten har alltså en negativ skyldighet att frånhålla sig vissa typer av handlingar. Av artikeln följer dock även en positiv skyldighet för staten att vidta åtgärder för att skydda den enskildas privata sfär. Denna skyldighet gäller inte enbart att skydda mot handlande från myndigheter och andra offentliga personer, utan innebär även en skyldighet att skydda från ingrepp från andra enskilda. Alltför långtgående åtgärder kan dock inte begäras, utan de åtgärder som staten kan åläggas att vidta måste vara rimliga. Normalt kan krävas att en stat utfärdar lagar och förordningar som ger ett tillfredsställande skydd och att myndigheterna ser till att dessa bestämmelser respekteras.³⁶

³¹ Ibid., s. 134

³² Ibid., s. 227f

³³ *White mot Sverige*, nr 42435/02, den 19 september 2006

³⁴ *von Hannover mot Tyskland*, nr 59320/00, den 24 juni 2004

³⁵ Danelius Hans, s. 308f

³⁶ Ibid., s. 302

I *X och Y mot Nederländerna* hade en mentalt handikappad flicka utsatts för ett sexuellt övergrepp. Enligt nederländsk lag kunde åtal för brottet dock inte väckas utan angivelse av målsägande, vilket inte kunde ske i det aktuella fallet p.g.a. flickans mentala tillstånd. Europadomstolen konstaterade till att börja med att vilken metod staten beslutar att använda sig av för att tillförsäkra den enskilda ligger delvis inom statens s.k. *margin of appreciation* (se nedan), och att straffrättsliga åtgärder inte alltid är den enda lösningen, utan att detta beror på vilken aspekt av privatlivet det är som är hotad. I detta fall fann dock domstolen att så allvarliga aspekter av privatlivet hade hotats att möjligheten till civil skadeståndstalan inte kunde anses som tillräckligt för att skydda flickans rätt till respekt för privatlivet. P.g.a. den nationella lagens krav på angivelse av målsäganden fann Europadomstolen vidare att flickan inte hade ett reellt eller effektivt skydd för sina rättigheter under artikel 8. Därmed hade staten inte uppfyllt sina positiva skyldigheter under artikeln eftersom den nationella lagstiftningen inte erbjöd ett tillräckligt skydd.³⁷ I *Stubbings m.fl. mot Förenade Konungariket* fastställde domstolen dock att möjligheten till straffrättsliga sanktioner fick anses tillräckligt, och en brist på möjlighet att föra civil skadeståndstalan kunde därför inte medföra att det inte kunde anses att det saknades tillräckligt skydd för den enskildes rätt till respekt för privatlivet enligt artikel 8.³⁸

Enligt andra stycket i artikel 8 kan en stat, under vissa förutsättningar, göra inskränkningar i den enskildes rätt. En första förutsättning är dock att ingreppet har gjorts med stöd av lag, eller överensstämmer med lag.³⁹ Europadomstolen har fastställt att i bedömningen om ingreppet varit lagenligt ska även praxis, förordningar och andra föreskrifter beaktas. Vidare måste lagen vara tillgänglig för allmänheten och tillräckligt preciserad så att den kan anses vara så förutsägbar att den enskilde kan anpassa sitt beteende efter lagen.⁴⁰ Ett visst utrymme för skönmässiga bedömningar är dock inget som automatiskt underkänner lagens förutsägbarhet. Avgörande är att gränserna för dessa bedömningar är tillräckligt tydliga för att ge individen skydd mot godtyckliga ingrepp.⁴¹

För att ett ingrepp i rätten till respekt för privatlivet ska vara tillåtligt krävs vidare enligt andra stycket i artikel 8, att ingreppet gjorts med hänsyn till vissa intressen, så som statens säkerhet eller skyddet för andra personers fri – och rättigheter. Dessa intressen kan dock sägas vara så allmänt utformade att det tämligen ofta går att hänvisa ett ingrepp till något av dem. Av större intresse är därför kravet på att ingreppet ska vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.⁴² I praxis har Europadomstolen menat att ordet

³⁷ *X and Y mot Nederländerna*, nr 8978/80, den 26 mars 1985

³⁸ *Stubbings m.fl. mot Förenade Konungariket*, nr 22083/93, den 22 oktober 1996

³⁹ Cameron Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Sjätte upplagan, Iustus Förlag AB, Västerås 2011, s. 110

⁴⁰ *Sunday Times mot Förenade Konungariket*

⁴¹ Danelius Hans, s. 304f

⁴² *Ibid.*, s. 304f

nödvändigt inte ska ses som synonymt med *oundvikligt*, utan vad som krävs är att det ska finnas ett *angeläget samhällligt behov*. Vidare måste inskränkningen vara proportionerlig i förhållande till det syfte den ska tjäna. I denna bedömning tillerkänns staten ett visst utrymme att avgöra om ingreppet är nödvändigt. Staten har en s.k. *margin of appreciation*.⁴³ Statens utrymme i bedömningen är dock inte obegränsad, utan Europadomstolen har alltid behörighet att göra en bedömning av om inskränkningen gjorts på ett rimligt sätt, om den i sin helhet varit proportionerligt med hänsyn till det intresse man försökt uppnå, samt om skälen till inskränkningen varit relevanta och tillräckliga.⁴⁴

Den rätt, som var och en, genom artikel 8 tillförsäkras, är svårdefinierad och kan innefatta många olika aspekter. I Europadomstolens praxis finns en mängd avgöranden, gällande artikel 8, att studera för att få en tydligare bild av de olika aspekter som artikeln skyddar. När det gäller begreppet privatliv (som är det som främst aktualiseras vid olovlig fotografering), har, som ovan nämnts, Europadomstolen fastställt att denna rätt innefattar en rätt till respekt både för en persons goda rykte⁴⁵, men också för en persons fysiska och psykiska integritet⁴⁶. Vidare har domstolen fastställt, att i begreppet innefattas uppgifter kopplade till en persons identitet, så som namn⁴⁷ och bild⁴⁸. Rätten innebär även att den enskilde har en rätt att bli lämnad i fred. Detta innebär bl.a. att den enskilde har rätt att skyddas från att bli fotograferad eller avlyssnad⁴⁹, samt att slippa få fotografier etc. med privat innehåll att bli publicerade. I många fall finns dock starka motstående intressen som måste vägas emot den enskildes intresse att bli lämnad i fred.⁵⁰

I *Peck mot Förenade Konungariket* hade en man filmats av en övervakningskamera när han försökte ta sitt liv på en allmän plats. Fotografier över händelsen publicerades av bl.a. kommunen för att belysa nyttan med kameraövervakning. Europadomstolen fastslog att spridningen av bilderna utan hans samtycke var ett allvarligt och oproportionerligt ingrepp i mannens rätt till respekt för privatlivet.⁵¹

Som ett utfall av statens positiva skyldigheter, kan staten också ha skyldighet att genom olika medel se till att den enskilde har rätt att lämnas i fred även från andra privatpersoner. I *Verliere mot Schweiz* hade en kvinna skadat sig i en bilolycka och fått ersättning från bilens försäkring. Efter en tid upphörde dock försäkringsbolaget att utge ersättning och kvinnan stämde därför bolaget. Vid domstolsförhandlingarna framkom att bolaget hade låtit

⁴³ *Handyside mot Förenade Konungariket*, nr 5493/72, den 7 december 1976

⁴⁴ *Observer och Guardian mot Förenade Konungariket*, nr 13585/88, den 26 november 1991

⁴⁵ *White mot Sverige*

⁴⁶ *von Hannover mot Tyskland*

⁴⁷ *Burghartz mot Schweiz*, nr 16213/90, den 22 februari 1994

⁴⁸ *Schüssel mot Österrike*, (dec) nr 42409, den 21 februari 2002

⁴⁹ *P.G. and J.H. mot Förenade Konungariket*, nr 44787/98, den 25 september 2001

⁵⁰ Danelius Hans, s. 308f

⁵¹ *Peck mot Förenade Konungariket*, nr 44647/98, den 28 januari 2003

privatdetektiver filma och fotografera kvinnan i smyg, för att utreda kvinnans fysiska tillstånd. Kvinnan stämde bolaget inför nationell domstol, men utan framgång. Europadomstolen konstaterade att det visserligen ingick i statens skyldighet enligt artikel 8 att skydda personer från sådana ingrepp, men domstolen ansåg att de inhemska domstolarna i detta fall gjort en väl avvägd bedömning mellan kvinnans rätt till privatliv och bolagets legitima intresse att skydda sin ersättningsskyldighet. Därmed hade artikel 8 inte kränkts.⁵²

2.2.2 Rätten till yttrandefrihet

I artikel 10 EKMR anges att var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Artikeln hindrar inte en stat att kräva tillstånd för radio-, televisions-, eller biografföretag. Vidare anges att eftersom utövandet av dessa friheter medför ansvar och skyldigheter, får det underkastas sådana föreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet, till den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolarnas auktoritet och opartiskhet.

Yttrandefriheten har av Europadomstolen uttryckts som en av de viktigaste grunderna för ett demokratiskt samhälle. Denna rättighet tillkommer inte endast information och idéer som är positiva eller neutrala, utan även sådana som förolämpar, upprör eller chockar staten eller befolkningen. De krav på tolerans som därmed ställs på staten innebär att varje inskränkning i rätten måste vägas i sin proportionalitet till det ändamål som eftersträvas med inskränkningen.⁵³

Svensk rätt kan i många delar sägas erbjuda ett starkare skydd för yttrandefriheten än EKMR. Dock är TF och YGL begränsade i viss mån till vissa typer av åsiktsuttryck (se nedan kap 3), medan artikel 10 EKMR omfattar alla slags uttryck.⁵⁴ Det kan vara fråga om konstnärliga uttryck eller kommersiell reklam och både muntlig och skriftlig spridning omfattas. Således är spektrumet brett. Många situationer omfattas och i många delar överlappar yttrandefriheten till andra rättigheter i konventionen, så som religionsfriheten i artikel 9 EKMR. Många gånger kommer yttrandefriheten dessutom i konflikt med andra rättigheter och en avvägning måste därför göras.⁵⁵ Enligt andra stycket i artikel 10 får inskränkningar⁵⁶ i

⁵² *Verliere mot Schweiz*, nr 41953/9, den 28 juni 2001

⁵³ *Handyside mot Förenade Konungariket*

⁵⁴ Cameron Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 127

⁵⁵ Danelius Hans, s. 366

ytrandefriheten göras om det är nödvändigt bl.a. med hänsyn till en annan persons goda namn och rykte, eller rättigheter, d.v.s. situationer som även kan komma att skyddas av artikel 8. Av intresse för detta arbete är därför hur Europadomstolen vägt rätten till respekt för privatlivet mot rätten till ytrandefrihet.

2.2.3 Privatlivet och ytrandefriheten i konflikt

När det gäller konflikten mellan den enskildes skydd för sitt rykte och rätten till ytrandefrihet, kan det först konstateras att politiker både åtnjuter en större ytrandefrihet till följd av deras viktiga roll att representera sina väljare och bidra till den politiska debatten⁵⁷, men att de också får acceptera en mer påträngande uppmärksamhet från massmedia.⁵⁸

I *Radio Twist A.S. mot Slovakien*⁵⁹ hade ett telefonsamtal mellan två regeringsmän, som avslöjade deras inblandning i korruption, spelats in (illegalt) och därefter sänts i radio. En av männen stämde radioföretaget för intrång i hans personliga integritet och företaget ålades, av de nationella domstolarna, bl.a. att betala skadestånd till mannen. Företaget klagade så småningom inför Europadomstolen och menade att de inhemska domstolarna hade kränkt företagens rätt till ytrandefrihet. Europadomstolen fann att domstolarnas sätt att begränsa företagens ytrandefrihet inte kunde anses nödvändigt och proportionerligt. Domstolen menade att samtalet mellan männen hade klar politisk bakgrund och att samtalet hade tydligt allmänintresse och att då begränsa företagens ytrandefrihet hade inte haft tillräckligt starka och tydliga skäl.

Det är dock inte bara politiker som får räkna med mer påträngande rapportering i massmedia utan även andra offentliga personer kan räkna med att t.o.m. delar ur deras privatliv granskas. Gränsen har av Europadomstolen dragits dock vid vilket allmänintresse som kan finnas i de lämnade uppgifterna.

I *Campmany y Diez de Revenga och Lopez-Galiacho Perona mot Spanien*⁶⁰ hade en tidning publicerat bilder tagna på ett hotell och tillhörande artiklar på två kända personer som påstods bevisa att de haft en utomäktenskaplig relation med varandra. Tidningens redaktör och journalisten som författat artiklarna stämdes vid spansk domstol och dömdes att betala skadestånd för intrång i de enskildas ära. Redaktören och journalisten klagade inför Europadomstolen att deras rätt till ytrandefrihet kränkts. Domstolen fann

⁵⁶ Grunderna för godtagbara inskränkningar är i övrigt till stor del de samma som gäller för artikel 8, när det gäller kraven på lagenlighet, nödvändighet och statens *margin of appreciation*. (Se Cameron Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 108) För att undvika upprepning hänvisar jag därför i dessa delar till avsnitt 2.2.1.

⁵⁷ *Castells mot Spanien*, nr 11798/85, den 23 april 1992

⁵⁸ Cameron Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s. 131

⁵⁹ *Radio Twist A.S. mot Slovakien*, nr 62202/00, den 19 december 2006

⁶⁰ *Campmany y Diez de Revenga och Lopez-Galiacho Perona mot Spanien*, (dec), nr 54224/00, den 12 december 2000

dock att bilderna och artiklarna berörde uteslutande personernas privatliv och även om dessa personer var kända för allmänheten, kunde inte de lämnade uppgifterna bidra till en debatt som har ett allmänt intresse.

I det mycket omdebatterade fallet *von Hannover mot Tyskland* som avgjordes i Europadomstolen år 2004, hade prinsessan Caroline av Monaco stämt den tyska staten för bristande skydd för hennes rätt till privatliv. Prinsessan hade under flera år, fotograferats i smyg av s.k. paparazzis, i privata sammanhang. Fotografierna, som bl.a. avbildade henne på restaurang med en man, när hon red, umgicks med sina barn och solade på en privat s.k. beach club m.m., publicerades i ett antal olika tyska tidningar. Enligt de nationella domstolarna innebär tysk rätt att som offentlig person får man tåla fotografering på offentliga platser, eftersom allmänheten ofta har ett legitimt intresse av att informeras om hur personen uppträder och beter sig även i sammanhang där man inte utför offentliga uppdrag, dock med vissa undantag. När den offentliga personen visserligen befinner sig på allmän plats, men tydligt drar sig undan från allmän insyn i en önskan att vara ifred ska, så länge inget större informationsintresse föreligger, rätten till personlig frihet väga tyngre. Av detta följde att fotografierna där Caroline umgicks med sina barn och de som tagits på henne och en man på en restaurang, bedömdes som icke tillåtna ingrepp i prinsessans privatliv. Caroline menade dock i Europadomstolen, att den tyska regleringen inte gav henne tillräckligt skydd för hennes rätt till respekt för sitt privatliv. Undantaget där fotografering kunde förbjudas om personen drar sig undan från allmän insyn, menade hon var för snävt och lade dessutom en orättvist tung bevisbörda på henne, vilket innebär att hon måste ständigt föra dokumentation om vilket platser hon befunnit sig på var dag, för att kunna bemöta tidningarna och hävda sin rätt. Tyska staten menade däremot att de tyska domstolarna hade hittat en väl avvägd balans mellan rätten till respekt för privatlivet (artikel 8) och yttrandefriheten (artikel 10). Skyddet för privatlivet för en offentlig person är visserligen mindre, men detta är förenligt med EKMR, eftersom skyddet begränsats med hänsyn till allmänhetens legitima intresse att informeras om den offentliga personens förehavanden.

Europadomstolen konstaterade att domstolen tidigare har fastställt att rätten till privatliv innefattar en rätt till både fysisk och psykisk integritet, där artikel 8 ska försäkra den enskilda rätten till personlig utveckling, utan påverkan utifrån, i kontakten med andra människor. Av detta följer att det även finns områden när en person interagerar med andra människor i det offentliga som omfattas av skyddet i artikel 8. Denna rätt måste dock vägas mot rätten till yttrandefrihet i artikel 10. I de aktuella foton förmedlades dock, enligt domstolen, inga ”idéer”, utan snarare förmedlades väldigt personlig information om en enskilds privatliv. Fotografierna var dessutom tagna på ett sätt som ofta innebär kontinuerlig förföljelse och trakasseri som kan uppfattas som grova intrång i personens privatliv. Inte heller hade prinsessan, vid något tillfälle, utövat någon form av officiellt uppdrag. Domstolen menade att det måste göras skillnad på när pressen bevakar politiker i deras officiella funktion för att väcka debatt, som är så viktig för

det demokratiska samhället, och när det endast rapporteras om detaljer i enskildas privatliv som inte fullgör någon officiell funktion. Även om allmänheten ibland kan sägas ha ett legitimt intresse att informeras om personers privatliv, särskilt politikers, kunde det inte sägas vara fallet här. I det aktuella fallet var fotografierna inte en del av den offentliga debatten, utan förmedlade uteslutande information vars syfte var att stilla nyfikenheten hos vissa läsare kring prinsessan Carolines privatliv. Rätten till yttrandefrihet måste därför i detta fall tolkas mer restriktivt. De nationella domstolarnas tolkning av den inhemska lagen hade inte i tillräcklig grad försäkrat prinsessan Carolines rätt till respekten för hennes privatliv. Domstolen menade att principen om att personen drar sig undan till avskilt område i realiteten blir för vag, för svår bevisad och för oförutsägbar. Bara att konstatera att prinsessan Caroline tillhör kategorin offentlig person rättfärdigade inte ett sådant intrång i privatlivet. Slutligen menar domstolen att avvägningen mellan rätten till skydd för privatlivet och rätt till yttrandefrihet måste göras utifrån på vilket sätt fotografiet kan sägas tillföra något till den allmänna debatten. Allmänheten har inte alltid ett legitimt intresse att veta detaljer om prinsessan Carolines privatliv, även om hon befinner sig på offentlig plats där allmänheten kan se och även om hon är en offentlig person. Och även om ett sådant allmänt intresse kan sägas finnas bland pressens läsare, måste dessa intressen ge vika till förmån för prinsessans intresse att skydda sitt privatliv. Därmed hade den tyska staten, genom att försumma sina positiva skyldigheter att erbjuda prinsessan skydd från andra enskildas intrång i hennes privatliv, brutit mot artikel 8.

3 Tryck – och yttrandefriheten i svensk rätt

Som nämnts i föregående kapitel begränsas det skydd för den personliga integriteten som finns i EKMR, i viss mån av rätten till yttrandefrihet. När ett fotografi som tagits olovligen publiceras måste därför en avvägning göras mellan den enskildes rätt till privatliv och rätten till yttrandefrihet. Dessa avvägningar har även påverkat den svenska lagstiftaren och därför följer nedan en kort beskrivning av hur regleringen av tryck – och yttrandefriheten i den svenska rätten ser ut. Eftersom olovlig fotografering främst hamnar i konflikt med yttrandefriheten när det gäller spridning av fotografier (vilket endast utgör en liten del av de aspekter detta arbete avhandlar), och då främst i media, är följande framställning endast översiktlig och gör inte anspråk på att ge en heltäckande beskrivning av områdets alla relevanta delar.

3.1 RF

I 2 kap. 1 § RF finns ett allmänt stadgande om vars och ens rätt till yttrandefrihet gentemot det allmänna. I detta stadgande omfattas alla typer av åsiktsyttringar, d.v.s. även de som inte omfattas av TF och YGL, så som teaterföreställningar, utställningar, demonstrationer m.m. Dessa reglers karaktär är dock sådana att de främst riktar sig till lagstiftaren och kan inte naturligen åberopas av en enskild i en domstol.⁶¹ Enligt 2 kap. 23 § RF får yttrandefriheten begränsas genom lag, bl.a. med hänsyn till enskildas anseende och privatlivets helgd. Begränsningen måste dock tillgodose ett ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle och det får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet (2 kap. 21 § RF).

3.2 TF

Tryckfriheten har en lång historia i svensk rätt. Sverige var det första land i världen som, redan år 1766, gav tryckfriheten grundlagsskydd, även om skyddet för tryckfriheten därefter växlade kraftigt under årens lopp. I dagens reglering i 1949 års TF, som trädde i kraft år 1950, har dock tryckfriheten återigen fått en stark ställning genom skydd i grundlag.⁶²

Enligt 1 kap. 1 § TF tillförsäkras varje svensk medborgare en rätt att i tryckt skrift fritt yttra sina tankar och åsikter, offentliggöra allmänna handlingar samt meddela uppgifter och underrättelser i vilket ämne som helst.

⁶¹ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2004, s. 9ff

⁶² *Ibid.*, s. 13f

Tryckfriheten innebär att vem som helst ska få framföra sina åsikter i tryckt skrift, utan att myndigheter i förväg lagt ut hinder. Således kan inte myndigheter, utan att det följer av reglerna i TF, hindra tryckning, utgivning och spridning av skrifter (1 kap. 2 § TF). För ansvar för missbruk av tryckfriheten får vidare en person endast ådömas enligt de regler som följer av TF (1 kap. 3 § TF). Denna frihet följer dock, naturligtvis, med vissa villkor och begränsningar.

Enligt 1 kap. 1 § 2 st. TF syftar tryckfriheten till att säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning. Vid TF:s införande uttrycktes det i förarbetena att det var tryckfrihetens politiska funktion som var särskilt viktigt att säkerställa. Den tryckta skriften hade fått allt större betydelse för spridande av nyhetsmaterial i den politiska debatten och det ansågs viktigt att denna publicitet byggde på yttrandefrihet. Pressens kontrollfunktion av myndigheterna ansågs vidare mycket viktig för att framtvinga noggrannhet och offentlighet i myndigheters beslutsfattande. Utredarna uttryckte att det demokratiska samhället kunde sägas fungera genom det fria ordet och därmed blev tryckfriheten kännetecknet för ett fritt statskick.⁶³ Regleringen i TF omfattar dock inte bara upplysningar i samhällsfrågor utan även religiösa, kulturella, skönlitterära, vetenskapliga m.fl., former av yttrandefriheten omfattas. Vad som däremot inte skyddas är skrifter som inte har något med nyttjandet av det fria ordet att göra.⁶⁴

TF omfattar tryckta skrifter så som tidningar, böcker flygblad m.m. Med skrift menas även, enligt 1 kap. 5 § 3 st. TF, bild, även när denna inte åtföljs av skrift. Ett avgörande moment för om en skrift omfattas av TF är hur den har framställts.⁶⁵ Exempelvis omfattas alltid skrifter som framställts i tryckpress av TF (1 kap. 5 § TF). Avgörande är även huruvida skriften blivit utgiven, d.v.s. lämnad för försäljning eller spridning i Sverige (1 kap. 6 § TF).

3.2.1 Meddelarskydd och anskaffarfriheten

Förutom rätten att utan hinder trycka, utgiva och sprida skrifter, finns vidare i TF en viktig reglering av tryckfriheten i det s.k. meddelarskyddet och anskaffarfriheten; en fråga som kan komma att aktualiseras när ett olovligt taget fotografi, samt när detta lämnas för publicering. Rätten att skydda den som vill förmedla information till en författare eller utgivare, ansågs vid TF:s införande viktigt för den fria nyhetsförmedlingens verksamhet.⁶⁶

Enligt 1 kap. 1 § 3st. TF, har var och en rätt att meddela uppgifter och underrättelser i vad ämne som helst för att offentliggöra dem i tryckt skrift till författare eller annan upphovsman till skriften, till skriftens utgivare eller

⁶³ SOU 1947:60, *Förslag till Tryckfrihetsförordning*, s. 45f

⁶⁴ Warnling – Nerep Wiweka, *En orientering i tryckfrihet & yttrandefrihet*, Andra upplagan, Jure AB, Stockholm 2003, s. 35

⁶⁵ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 9

⁶⁶ SOU 1947:60, s. 50

redaktion. Meddelaren har härigenom en rätt att fritt lämna uppgift och åtnjuter olika slags skydd vid utövandet av denna rätt. Detta förutsätter dock att meddelandet lämnats i publiceringssyfte (oavsett om uppgifterna sedan publiceras eller ej) samt att det lämnats till någon av de mottagare som räknas upp i bestämmelsen.⁶⁷ I första hand åtnjuter meddelaren i stort sett ansvarsfrihet för de uppgifter han lämnar.⁶⁸ Utöver detta har meddelaren även rätt till anonymitet (3 kap. 1 § TF). Väljer meddelaren att förbli anonym har denne även en rätt att skyddas från att identiteten på något sätt röjs. Enligt 3 kap. 2 § TF får ingen, i ett mål om tryckfrihetsbrott, efterfråga vem meddelaren är (dock med vissa undantag). Inte heller får någon som tagit befattning med meddelandet röja identiteten på meddelaren (3 kap. 3 § TF), annat under vissa särskilda omständigheter, exempelvis om meddelaren genom meddelandet gjort sig skyldig till högförräderi. Dessutom är även myndighet eller annat offentligt organ förhindrad att efterforska vem meddelaren är, annat än vad som är behövligt för åtal eller annat ingripande som inte är oförenligt med TF (3 kap. 4 § TF). Det kan slutligen nämnas att meddelare till periodisk skrift aldrig kan bli ansvarig utan härför svarar i första hand den ansvarige utgivaren (8 kap. 1 § TF) (se nedan). Därför är efterforskning av meddelarens identitet i dessa fall meningslös.⁶⁹

Av reglerna om meddelarskydd skyddas även andra personer, i viss mån, som har medverkat i en skrifts tillkomst, nämligen anskaffaren av uppgifter, författaren och utgivaren av en icke periodisk skrift (1 kap. 1 § TF). Det kan dock nämnas att anskaffarfriheten inte är obegränsad, utan har uppgifterna anskaffats genom brottsliga metoder kan anskaffaren åtalas i vanlig ordning (1 kap. 9 § 5 p. TF). Inte heller har anskaffaren något anonymitetsskydd. Författares och utgivare till en icke periodisk skrifts skydd från ansvarsfrihet är vidare endast relativ beroende på om dessa väljer att lämna ut sitt namn eller inte (8 kap. 5 – 6 §§ TF).⁷⁰

3.2.2 Tryckfrihetsbrott

De straff – och processrättsliga reglerna i TF är i många delar mycket olika de i den allmänna straffrätten. Här finns egna brottsbeskrivningar, de vanliga uppsåtsreglerna är inte tillämpliga och inte heller BrB:s medverkansregler.⁷¹

Som tidigare nämnts stadgar 1 kap. 3 § TF att för missbruk av tryckfriheten får en person hållas ansvarig för en skrifts innehåll endast enligt reglerna i TF. TF är härigenom exklusiv som straff – och processrättslag vid missbruk av tryckfriheten. Att märka är dock att detta inte gäller alla handlingar som begås i tryckt skrift.⁷² Gränsdragningen för vad som hamnar inom

⁶⁷ Ibid., s. 51f

⁶⁸ Se dock 7 kap 3 § TF om meddelarens ansvar för spioneri m.m.

⁶⁹ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 36ff

⁷⁰ Ibid., s. 33ff

⁷¹ Ibid., s. 65

⁷² Warnling – Nerep Wiweka, s. 33ff

respektive utom TF:s tillämpningsområde avgörs delvis med ledning av tryckfrihetens syfte, och delvis med vissa specialregler i TF där vissa områden uttryckligen undantas från tryckfrihetens skydd, så som skildringar av barnpornografiska bilder (1 kap. 10 § TF). Således är det endast om en skrifts innehåll är att betraktas som ett bruk av yttrandefriheten som ett eventuellt brott ska bedömas enligt TF:s regler. Av detta följer att om en skrift utgör ett medel för en handling som begås i rent ekonomiskt syfte omfattas detta handlande inte av TF. Inte heller omfattas otillbörlig reklam som har ett rent kommersiellt syfte. Dessa typer av handlingar ska således bedömas enligt vanlig lag.⁷³

För att en person ska kunna dömas för tryckfrihetsbrott p.g.a. en skrifts innehåll krävs det vidare att gärningen omfattas av den s.k. dubbelkriminaliseringen. Med detta menas att brottet delvis måste vara uppräknad i TF:s ”brottskatalog” i 7 kap. 4 – 5 §, samt att gärningen omfattas av en brottsbeskrivning i vanlig lag. I TF:s 7 kap. 4 § finner man brotten som hänför sig till otillåtna yttranden, så som obehörig befattning med hemlig uppgift, hets mot folkgrupp, förtal, förolämpning m.m. I 7 kap. 5 § återfinns brott som hänför sig till otillåtna offentliggöranden genom hänvisningar till vanlig lag. Denna typ av reglering innebär att det är förhållandevis enkelt att avkriminalisera ett tryckfrihetsbrott, genom vanlig lag, medan en nykriminalisering blir betydligt svårare, eftersom en utvidgning av brottskatalogen kräver en grundlagsändring.⁷⁴

Det straffrättsliga ansvaret för tryckfrihetsbrott kan enligt TF:s speciella ansvarsregler endast utkrävas av en ensam gärningsman. Ansvarsgrunden avgörs på formell grund med ledning av TF:s mycket detaljerade regler. Dessa är dessutom helt oberoende av uppsåtskrav. Istället presumeras att den som formellt är ansvarig också haft uppsåt till skriftens innehåll. Vem som blir ansvarig beror på vilken typ av skrift som brottet begåtts i.⁷⁵ När det gäller periodiska skrifter, så som tidningar och tidsskrifter, (som kanske främst är aktuella vid frågan om spridning av olovligt tagna fotografier) finns det särskilda regler i TF. Dels stadgas det att för varje periodisk skrift ska finnas en ansvarig utgivare (5 kap. 2 § TF). Det är också denna utgivare som ansvarar för innehållet i skriften och som därmed i första hand är ansvarig för eventuella tryckfrihetsbrott som begås i skriften (8 kap. 1 § TF). Detta ansvar kan, om det finns några formella brister, ledas vidare till skriftens ägare, tryckaren respektive utspridaren (8 kap. 2 – 4 §§ TF).

Vidare kan den som ansvarar för ett tryckfrihetsbrott, även bli skyldig att betala skadestånd (11 kap. 1 § TF). För periodiska skrifter kan dock även skriftens ägare hållas skadeståndsansvarig (11 kap. 2 § TF). Detta är naturligtvis av betydelse för den enskildes möjlighet att få ut större ersättningssummor.⁷⁶

⁷³ Ibid., s. 63ff

⁷⁴ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 65f

⁷⁵ Ibid., s. 66

⁷⁶ Ibid., s. 73f

TF innehåller dessutom exklusiva processregler i 9 – 12 kap. som ska tillämpas vid missbruk av tryckfriheten.

3.3 YGL

Trots att TF gällt i Sverige ända sedan år 1950, skulle det dröja till år 1992 innan en reglering för radio, TV och film m.m. infördes, där även dessa medier skulle kunna åtnjuta grundlagsskydd för sin yttrandefrihet. Regelverket i YGL bygger i stora delar på regleringen i TF, och därför kommer följande avsnitt endast väldigt kort behandla huvuddragen i YGL. I övrigt hänvisas till avsnittet om TF.⁷⁷

Enligt 1 kap. 1 § YGL är var och en tillförsäkrad en rätt att i ljudradio, television och andra liknande överföringar, offentliga uppspelningar ur en databas samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar uttrycka tankar, åsikter och känslor och i övrigt lämna uppgifter i vilket ämne som helst. Således motsvarar bestämmelsen om yttrandefrihet den om tryckfrihet som var och en tillförsäkras i TF. Regleringen i YGL är vidare teknikbunden i den meningen att det är endast yttranden i de medieformer som träffas av de beskrivningar som finns i YGL omfattas av grundlagsskyddet.⁷⁸

Precis som i TF finns ett utgivningskrav i YGL för att yttrandet ska omfattas av regleringen. Kraven som ställs är olika beroende på vilken medieform yttrandet lämnats i, men i korta ordalag kan man sammanfatta kraven till att yttrandet ska ha gjorts tillgängligt för allmänheten (1 kap. 6 och 10 §§ YGL).⁷⁹

Liksom TF är YGL exklusiv straff – och processrättslag (1 kap. 4 § YGL) vid sanktionering av missbruk av yttrandefriheten och liksom TF har YGL bestämmelser som uttryckligen undantar vissa områden från grundlagens tillämpningsområde.⁸⁰ För yttrandefrihetsbrotten i YGL gäller i stort sett samma reglering som i TF. I 5 kap. 1 § YGL hänvisas, för yttrandefrihetsbrotten, direkt till brottskatalogen i 7 kap. 4 och 5 §§ TF. Yttrandefrihetsbrottet olaga våldskildring har dock ett vidare tillämpningsområde i YGL än i TF. När det gäller ansvarsdelen är regleringen i stort sett densamma som i TF.⁸¹

⁷⁷ Prop. 1990/91:64, *Om yttrandefrihetsgrundlag m.m.*, s. 3

⁷⁸ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 122f

⁷⁹ *Ibid.*, s. 126

⁸⁰ *Ibid.*, s. 127

⁸¹ Warnling – Nerep Wiweka, s. 140ff

3.4 Det pressetiska granskningsystemet

Den svenska pressen har länge haft ett eget pressetiskt granskningsystem, i syfte att upprätthålla god publicistisk sed och ge allmänheten en klagoinstans. Dagens system grundas på ett avtal mellan Tidningsutgivarna (TU), Svenska Journalistförbundet (SJF) och Publicistklubben (PK), som alla samverkar i Pressens samarbetsnämnd. Nämnden ger ut ”Spelregler för press, TV och radio” som innehåller pressetiska regler samt instruktioner för de granskande organen Allmänhetens Pressombudsman (PO) och PON.⁸² PON fungerar här som en slags hedersdomstol i ärenden om god publicistisk sed, medan PO fungerar som en slags åklagare inför nämnden.⁸³ Bland de pressetiska reglerna återfinns bl.a. publicistetsreglerna som PO och PON tillämpar i sin granskningsverksamhet.⁸⁴ Enligt dessa regler ska medierna åtnjuta största möjliga yttrandefrihet som nyhetsförmedlare och granskare av samhällslivet, samtidigt som enskilda ska slippa oförskyllt lidande genom publicitet. I reglerna konstateras även att etiken inte tar sig i uttryck av en formell regeltillämpning utan snarare i en ansvarig hållning inför den publicistiska uppgiften.⁸⁵ Härigenom fastslås att bedömningen av pressetiken är fri och inte hårt bunden till regler. Tanken är att etik är något föränderligt och ingen publiceringsfråga kan vara identisk med en annan. Därför måste varje fråga bedömas för sig.⁸⁶ Organen undviker också härigenom i viss mån prejudikatbildning i sina avgöranden.⁸⁷

Systemet bygger på att PO tar emot anmälningar från enskilda mot olika publiceringar eller i vissa fall att PO själv inleder granskningar. I första hand ska PO medla eller rådgiva i tvister mellan enskilda och tidningar. Den enskilda kan då erbjudas att skriva ett genmäle för att bemöta tidningens publicering, eller så kan tidningen göra en rättelse när ett faktapåstående blivit felaktigt. Kan tvisten inte lösas på detta sätt får PO göra en bedömning om han anser att publiceringen brutit mot god publicistisk sed och i sådana fall hänskjuta ärendet för prövning i PON. Vid prövningen består nämnden av sex ledamöter; tre representanter från TU, SJF och PK, två personer som representerar allmänheten och en ordförande som är jurist och har erfarenheter som domare. PON lämnar i sina avgöranden ett opinionsuttalande där tidningen frias eller fälls. Vid ett fällande uttalande förväntas tidningen dels publicera nämndens uttalande, samt betala en expeditionsavgift som går till finansieringen av granskningsverksamheten. Däremot kan PON inte besluta om skadestånd till en enskild. Bedömningen som PO/PON gör utgår ifrån huruvida publiceringen stridit mot god publicistisk sed. Inte sällan behövs då en avvägning göras mellan allmänhetens rätt till information och hänsynen till den enskilde. Som

⁸² Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 101f

⁸³ Warnling – Nerep Wiweka, s. 119

⁸⁴ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 101f

⁸⁵ *Etiska regler för press, TV och radio*, <http://www.po.se/regler/pressetiska-regler>, hämtat 2011-04-17

⁸⁶ Olsson R Anders, *Yttrandefrihet & tryckfrihet. Handbok för journalister*, Sjätte upplagan, Studentlitteratur AB, Ungern 2009, s. 208

⁸⁷ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 102

huvudregel kan nämnas att en ”offentlig person” enligt nämnden bör tåla mer än en privatperson.⁸⁸

Granskningsverksamheten brukar beskrivas som pressens frivilliga självsanering och har använts som skäl för lagstiftaren att avstå från en hårdare reglering av yttrandefriheten eftersom man ansett att systemet på egen hand lyckats bra med att hålla undan den värsta skandaljournalistiken.⁸⁹

3.5 Svenska yttrandefriheten och EKMR

Den yttrandefrihet som erbjuds i TF och YGL är tydligt reglerad och erbjuder därmed i många delar ett starkare skydd än den yttrandefrihet som stadgas i artikel 10 EKMR. Artikel 10 är dock i sin tur tekniskt obunden, omfattar alla typer av yttranden (även kommersiell reklam) och oavsett om yttrandet spridits till allmänheten eller bara varit ett förtroligt meddelande mellan enskilda.⁹⁰ I och med att EKMR numera är gällande som svensk lag, och konventionen och dess praxis blivit direkt tillämplig i svensk rätt kan det dock hävdas att konventionen i viss mån sluter upp och kompletterar där den svenska regleringen faller till korta.⁹¹

⁸⁸ Ibid., s. 102ff

⁸⁹ Olsson R Anders, s. 209

⁹⁰ Warnling – Nerep Wiweka, s. 168

⁹¹ Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, s. 11

4 Straffrätten och olovlig fotografering

Enligt dagens bestämmelse om kränkingsersättning i 2 kap. 3 § SkL, är det en förutsättning att kränkningen orsakats genom en brottslig handling, för att ersättning ska kunna utgå (se nästa kapitel). Som tidigare nämnts, finns dock idag ingen kriminalisering som särskilt avser olovlig fotografering. Istället har den som känner sig kränkt och vill söka ersättning för detta, att försöka övertyga domstolen om att gärningen passar in under någon annan brottsbeskrivning, så som ofredande, förtal, etc. I praxis har dessa försök nått olika framgång, och i detta avsnitt beskrivs därför några av de brott som kan komma ifråga, främst med utgångspunkt i den praxis som finns på området.

4.1 Tidigare förslag till kriminalisering

Problemet med olovlig fotografering och de starkt integritetskränkande inslagen som sådana gärningar kan innebära, har redan tidigare behandlats i olika utredningar och förslag till en kriminalisering, dock utan resultat.

År 1966 tillsattes en utredning om förstärkt integritetsskydd på personrättens område. Utredningen tog namnet Integritetsskyddskommittén⁹² och skulle utreda vilka åtgärder som var möjliga att vidta mot de risker för integritetskränkningar som den moderna tekniken för ljudupptagning och fotografering medför.⁹³ År 1970 lämnade kommittén sitt första delbetänkande; Skydd mot avlyssning (SOU 1970:47), som resulterade i dagens bestämmelse i 4 kap. 9a § BrB om olovlig avlyssning.⁹⁴ Kommittén lämnade därefter, i oktober 1974, betänkandet Fotografering och integritet (SOU 1974:85), där förslag till två nya straffbestämmelser lämnades; olovlig fotografering och otillbörlig fotografering. Enligt kommittén kan en individ skadas, inte bara genom spridandet av privat information utan även av själva anskaffningen av informationen. Bara vetskapen om att en person innehar sådana, olovligen anskaffade, uppgifter kan orsaka en allvarlig oro, vilket ansågs motivera en kriminalisering redan på anskaffningsnivån.⁹⁵ Det nämndes också att den skada som dessa gärningar orsakat en annan skulle även kunna innebära en rätt till skadestånd, för lidande enligt 5 kap. 1 § SkL⁹⁶, dvs. vad som idag motsvaras av bestämmelsen om kränkingsersättning. Förslaget ledde dock, p.g.a. yttrandefrihetsrättsliga skäl, aldrig till någon lagstiftning.⁹⁷

⁹² SOU 1974:85, *Fotografering och integritet*, s. 3

⁹³ *Ibid.*, s. 11

⁹⁴ SOU 2008:3, s. 46

⁹⁵ SOU 1974:85, s. 57

⁹⁶ *Ibid.*, s. 83

⁹⁷ SOU 2008:3, s. 51

Inte heller utnyttjande av privat information kom att leda till någon lagstiftning. I Integritetsskyddskommitténs slutbetänkande, *Privatlivets fred* (SOU 1980:8), var utredningen splittrad över hur problemet bäst skulle lösas och redovisade olika förslag. Tre ledamöter föreslog en kriminalisering i 5 kap. BrB om kränkning av privatlivets fred.⁹⁸ Utredningens förslag kom sedan att beaktas av den s.k. Yttrandefrihetsutredningen, som slutligen i betänkandet *Värna yttrandefriheten* (SOU 1983:70), menade att den fina gränsen som gick mellan tryck – yttrandefrihetsintressen och integritetsintressen, lämpade sig bäst för en bedömning inom pressens etiska självsanering istället för inom lagstiftningen.⁹⁹

Under 1990-talet genomfördes ett par utredningar kring integritetsskyddet, utan att leda fram till någon lagstiftning, eftersom det ansågs för svårt att kombinera en lagstiftning med grundlagsskyddet i TF och YGL.¹⁰⁰ År 2004 tillsattes en ny Integritetsskyddskommitté, vars uppgift var att kartlägga och analysera lagstiftning gällande den personliga integriteten.¹⁰¹ I januari 2011 lämnade, med bakgrund i kommitténs förslag, Justitiedepartementet ett förslag till kriminalisering av olovlig fotografering i 4 kap. 6a § BrB (se nedan kap 6).¹⁰²

4.2 Brott som kan aktualiseras vid olovlig fotografering

4.2.1 Ofredande

Enligt 4 kap. 7 § BrB, döms den som handgripligen antastar eller medelst skottlossning, stenkastning, oljud eller annat hänsynslöst beteende eljest ofredar annan, för ofredande. I förarbetena till 2 kap. 3 § SkL om kränkingsersättning, nämns ofredandebrottet som ett exempel på de brott som kan anses som angrepp mot annans frid enligt bestämmelsen.¹⁰³ Beroende på hur en olovlig fotografering har gått till, kan också straffansvar för ofredande föreligga för en sådan gärning¹⁰⁴, vilket i sin tur kan öppna upp för möjligheten till kränkingsersättning.

Vad som främst blir aktuellt vid olovlig fotografering är en bedömning om gärningen är att anses som *annat hänsynslöst beteende*. För att gärningen i detta fall ska kunna vara straffbar krävs dock att gärningen kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning¹⁰⁵, dvs. att någon störs.¹⁰⁶ Av detta följer att den

⁹⁸ SOU 1980:8, *Privatlivets fred*, s. 9ff

⁹⁹ SOU 1983:70, *Värna yttrandefriheten*, s. 246ff

¹⁰⁰ SOU 2008:3, s. 64ff

¹⁰¹ SOU 2007:22, s. 3

¹⁰² Ds 2011:1, s. 11ff

¹⁰³ Prop. 2000/01:68, *Ersättning för ideell skada*, s. 64

¹⁰⁴ Ds 2011:1, s. 16

¹⁰⁵ SOU 1953:14, *Förslag till Brottsbalk*, s. 169

ofredade måste ha uppfattat angreppet när det företogs. Således kan straffansvar för ofredande inte kan aktualiseras för den som fotograferar någon i smyg, men i de fall den olovliga fotograferingen varit synlig och fotografen exempelvis varit särskilt påträngande kan straffansvaret aktualiseras.¹⁰⁷

I NJA 2008 s. 946 hade en man installerat en dold filmkamera och dolda mikrofoner i sin före detta sambos lägenhet. Med hjälp av dessa spelade han, med ljud och bild, in olika möten kvinnan haft med en annan man, däribland tillfällen då de båda haft intimt umgänge. Därefter skickade mannen, via e-mail, ut delar av materialet till bl.a. kvinnans släkt och vänner. E-mailed innehöll bl.a. filmer och ljudupptagningar av samlag mellan kvinnan och den nya mannen, samt en skriftlig beskrivning av innehållet i filmerna och ljudupptagningarna. Mannen åtalades för ofredande, förtal och olovlig avlyssning.

I TR och HovR dömdes mannen för olovlig avlyssning och för förtal, beträffande ljudupptagningarna och de utskickade e-mailed. I dessa delar meddelades inte prövningstillstånd i HD utan domarna stod fast.

Medan HovR dömde mannen, beträffande smygfilmandet, för ofredande, kom HD dock till en annan slutsats. HD konstaterade att det i gällande rätt inte finns någon generell lagstiftning till skydd mot olovliga ljud – och bildupptagningar. I praxis har dock flertalet liknande fall kommit upp till prövning i domstol, vilka lett till olika utgångar. (HD nämner här bl.a. NJA 1992 s. 594 (se nedan) där en man dömdes för förtal.) HD konstaterade vidare att det inte heller finns någon bestämmelse om rätten till skydd till privatliv i 2 kap RF, där de grundläggande fri – och rättigheterna finns uppräknade. Däremot finns i EKMR, som numera är svensk lag, i artikel 8 en rätt till respekt för privat – och familjelivet. Att det idag saknas ett generellt förbud mot olovlig fotografering, samt uppvisning av sådant material, innebär också, påpekar HD att det många gånger saknas möjligheter till skadestånd. Enligt HD kan det därför starkt ifrågasättas om det är förenligt med EKMR att sådana gärningar kan gå förbi helt osanktionerade.

Vad gäller åtalet för ofredande, konstaterar HD att vid ansvar för ofredande genom annat hänsynslöst beteende krävs att angreppet inneburit en kännbar fridskränkning, vilket i sin tur kräver att den angripne uppfattat angreppet när det företogs. I det aktuella fallet hade varken kvinnan eller mannen uppfattat att de smygfilmats. Åklagaren hade dock menat att mannens uppsåt även innefattat att filmen skulle komma till de bådaskäns kändedom och att brottet därför fullbordades när så skedde. Med detta synsätt skulle dock, enligt HD, grunden för ofredande ligga i själva informationslämnandet av filmen (vilket skett genom kvinnans mamma), eftersom det redan

¹⁰⁶ Jareborg Nils, *Brotten, Första häftet, Grundbegrepp, Brotten mot person*, Andra upplagan, P A Nordstedt & söners förlag, Stockholm 1984, s. 280

¹⁰⁷ Friberg Sandra, s. 566f, se även uttalanden i SOU 1974:85, s. 66 där utredningen menar att endast ett öppet fotograferande kan leda till straffansvar för ofredande.

konstaterats att filmningen inte utgjort ett ofredande. Även om det inte omedelbart fråntar mannen ansvar att någon annan förmedlat informationen åt honom, har HD svårt att finna klara grunder på vilka man kan göra skillnad på ansvaret hos mannen och den som förmedlat informationen. Även om ofredandebestämmelsen lämnar utrymme för högt skiftande tolkningar anser HD att det, av legalitetsskäl, finns anledning att inte göra alltför pressade tolkningar av bestämmelsen och mannen friades därför från ansvar för ofredande.

Slutligen, uttalar HD, att det finns goda skäl att anse att gärningar av det aktuella slaget borde vara straffbara, särskilt med hänsyn till kravet på svensk rätts förenlighet med EKMR, men att detta är en fråga upp till lagstiftaren att bedöma.

4.2.2 Sexuellt ofredande

Enligt 6 kap. 10 § 2st. BrB kan den som blottar sig för en annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handling ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet, dömas för sexuellt ofredande. Enligt 1st kan även den som sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd dömas för sexuellt ofredande.

Bestämmelsen om sexuellt ofredande i 6 kap. 10 § BrB, är subsidiär till kapitlets 1-9 §§. Detta innebär bl.a. att om ett barn utnyttjas för att framställa pornografiska bilder, tillämpas istället 6 kap. 8 § BrB om utnyttjande av barn för sexuell posering.¹⁰⁸

Vid olovlig fotografering är det regleringen i 6 kap. 10 § 2st. BrB, om den som annars genom handling ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet som blir aktuell för bedömning. Här är det tillräckligt att handlingen typiskt sett duger för att kränka en annans integritet, och därigenom krävs inte att någon sådan kränkning uppkommit i det enskilda fallet.¹⁰⁹ Vidare är handlingar som syftar till att reta eller tillfredsställa gärningsmannens sexualdrift som, enligt förarbetena, avses omfattas av bestämmelsen.¹¹⁰

Vid en allmän utvärdering av sexualbrottslagstiftning som tillsattes år 2008¹¹¹ säger utredningen, i samband med lagstiftningen kring sexuellt ofredande, att det i praxis har blivit en allt snävare tillämpning av bestämmelsen sedan reformen av 6 kap. BrB år 2005. Detta ser man som ett problem och lämnar därför förslag på en något annorlunda formulerad

¹⁰⁸ Holmqvist m.fl., *Brottsbalken. En kommentar, Del I*, Studentutgåva 6, Nordstedts Juridik, Vällingby 2009, 6:44

¹⁰⁹ *Ibid.*, 6:45f

¹¹⁰ Prop. 2004/05:45, *En ny sexualbrottslagstiftning*, s. 149

¹¹¹ SOU 2010:71, *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*, s. 3 *Till chefen för Justitiedepartementet*

bestämmelse där det tydliggörs att det inte ska krävas att gärningsmannen har en särskild avsikt att med sin handling reta eller tillfredsställa sin sexualdrift. Utredningen föreslår därför att ”den som genom ord eller handlande ofredar en person på ett sexuellt kränkande sätt” ska kunna dömas för sexuellt ofredande. Utredningen menar att eftersom brottet hör till kategorin sexualbrott och att det är tillräckligt att den sexuellt ofredande handlingen typiskt sett kränker offrets sexuella integritet är det också följdriktigt att brottet kan begås även mot den som sover. En följd av detta är, menar utredningen, att även den som på ett sexuellt kränkande sätt smygfilmar en annan ska kunna dömas för sexuellt ofredande.¹¹² Utredningens förslag har dock ännu inte lett till någon lagstiftning, utan är fortfarande under beredning.¹¹³

I NJA 1996 s. 418 hade en man, vid flera olika tillfällen, sexuellt berört sin sambo medan hon sov och både filmat och fotograferat händelserna. Både HovR och HD menar att eftersom det saknas ett generellt förbud mot att fotografera en annan utan dennes samtycke, kan inte filmandet och fotograferingen utgöra brott. När det gällde den sexuella beröringen menade HovR:en att eftersom ansvar för sexuellt ofredande kräver att ”någon genom ord eller handling på ett uppenbart sedlighetssårande sätter uppträder anstötligt mot annan” (enligt den äldre lydelsen av bestämmelsen¹¹⁴), kan mannen inte dömas till ansvar eftersom kvinnan sov och därför ”självfallet inte heller kunnat ta anstöt av detta”. HD menade emellertid att eftersom mannens beröring inte avvikit från de sexuella handlingar som mannen och kvinnan brukade företa kunde han inte anses ha uppträtt anstötligt mot kvinnan.

I ett fall från Svea HovR från år 2007 hade en man riggat en filmkamera i en tvättkorg och sedan smygfilmat sin sambos 14-åriga dotter när hon bytte om för att duscha. Hovrätten fann att mannens avsikt var att smygfilma flickan och att han således inte hade för avsikt att detta skulle komma till flickans kännedom. Enligt Hovrätten kan därför inte HD:s praxis fastställt i NJA 1996 s. 418, uppfattas på annat sätt än att ett sådant handlande inte är brottsligt, hur klandervärt handlandet än framstår. Mannen friades därför från ansvar i denna punkt.¹¹⁵ Flickan överklagade men HD meddelade inte prövningstillstånd, varför flickan klagade inför Europadomstolen.¹¹⁶ Flickan

¹¹² Ibid., s. 377ff

¹¹³ Ds 2011:1, s. 13

¹¹⁴ Dagens bestämmelse fick den nu lydande utformningen genom den allmänna reformen av 6 kap. BrB år 2005. Ändringen av bestämmelsen var dock närmast av språklig karaktär. Se Prop. 2004/05:45, s. 88f. Jfr dock SOU 2010:71, s. 373ff, där, som ovan nämnts, utredningen menar att tillämpningsområdet för sexuellt ofredande i själva verket minskat sedan reformen.

¹¹⁵ Svea HovR mål nr B 1831-06

¹¹⁶ Artikel från

https://www5.infotorg.se/rb/premium/straffratt/brottmotperson/article98111.ece?q=smygfil m*&id=98111&start=1&filter=%2528meta.collection%253APLAR01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLAN01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLPA01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLIR01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLKR01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLDE01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLTV01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLFS01%2BOR%2Bmeta.collection%253APLBR01%2529&rID=13003656053

menade att hennes rätt till respekt för hennes privatliv enligt artikel 8 EKMR hade kränkts och att svensk rätt saknade ett effektivt rättsmedel att utfå kompensation för detta, vilket var ett brott mot artikel 13 EKMR. Europadomstolen lämnade den svenska staten en möjlighet att yttra sig och frågade:

1. Utgör de faktiska omständigheterna i detta mål en kränkning av rätten till respekt för privatlivet enligt artikel 8? Med andra ord: Fanns det en brist när det gällde att ge den sökande tillräckligt skydd med tanke på att styvpappan inte fälldes för de påstådda gärningarna, särskilt filmningen eller försöket till filmning av styvdottern med en dold kamera utan hennes medgivande?
2. Har den sökande haft möjlighet att föra talan om skadestånd i ett efterföljande civilrättsligt förfarande?
3. Har den sökande haft ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 i konventionen när det gäller skydd av sitt privatliv?¹¹⁷¹¹⁸

4.2.3 Hemfridsbrott

Istället för att lagföra den olovliga fotograferingen i sig har det förekommit fall där straffansvar kunnat dömas ut för hemfridsbrott p.g.a. det sätt på vilket fotografen berett sig möjligheten att fotografera i smyg.¹¹⁹ Enligt 4 kap. 6 § BrB, kan nämligen den som olovligen intränger eller kvarstannar där annan har sin bostad, dömas för hemfridsbrott. Som bostad menas här inte bara en permanent bostad, utan även en tillfällig sådan, så som hotellrum etc.¹²⁰ Att olovligen kvarstanna innebär att på uppmaning underlåta att avlägsna sig, att gömma sig så att sådan uppmaning inte kan lämnas eller annars att stanna kvar utan tillåtelse. Med olovligen intränga menas att ta sig in i bostad, eller liknande utrymmen, genom att övervinna något hinder av fysisk eller psykisk art.¹²¹ Hemfridsbrottet anses vara ett sådant brott som kan utgöra ett angrepp mot annans frid vilket kan aktualisera kränkingsersättning.¹²²

I en dom från Hovrätten över Skåne och Blekinge (B 218-05), hade en hyresvärd installerat en kamera i sin hyresgästs badrum. Hyresgästen, en ung kvinna, hade av en slump sett kameran i en ventil när hon befunnit sig i badrummet. Med hjälp av några grannar hade hon följt sladden från kameran, till ett förrådsutrymme där det fanns inspelningsapparat. Domstolen fann att hyresvärden installerat kameran en dag när hyresgästen inte var hemma, och att han, även om han upplevt sig haft tillstånd att tillträda lägenheten för att lämna vin till kvinnan, när han stannat kvar för att montera kameran hade olovligen kvarstannat i kvinnans bostad. Eftersom

[50&index=3&desc=Fria+s%C3%B6kord+%28smygfilm*%29&sf=FD&fhe=0&docType=plar&db=PLEX&sw=smygfilm*](#), hämtat 2011-03-17

¹¹⁷ Europadomstolens beslut i mål E.S. mot Sweden den 14 januari 2009, s. 1 – 5, frågorna översatta på Infotorg, Ibid.

¹¹⁸ Statens svar på fråga 1 (som jag ansett vara mest relevant för detta arbete) behandlas nedan på s. 38 och 43f

¹¹⁹ Ds 2011:1, s. 16

¹²⁰ Holmqvist m.fl., 4:25

¹²¹ Jareborg Nils, *Brotten*, s. 277

¹²² Prop. 2000/01:68, s. 64

syftet med mannens vistelse i kvinnans bostad var att filma och övervaka henne i badrummet, fann domstolen att mannen gjort sig skyldig till grovt hemfridsbrott. Kvinnan tillerkändes även bl.a. 10 000 kr i kränkingsersättning.

4.2.4 Förtal

I 5 kap. 1 § BrB sägs att den som utpekar någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsätta denne för andras missaktning, dömes för förtal. I andra stycket sägs dock att uppgiftslämnandet ursäktas om gärningsmannen var skyldig att uttala sig eller om det eljest med hänsyn till omständigheterna var försvarligt att lämna uppgift i saken och han kan visa att uppgiften var sann eller att han hade skäligen grund för den. Förtal, som hör till ärekränkingsbrotten, nämns i förarbetena till 2 kap. 3 § SkL om kränkingsersättning som exempel på gärningar som kan utgöra ett angrepp mot annans ära enligt bestämmelsen.¹²³ Eftersom det är själva uppgiftslämnandet som är kriminaliserat, kan knappast den olovliga fotograferingen i sig utgöra ett förtal. Om bilderna däremot visas upp för annan kan uppgiftslämnaren, beroende på innehållet i bilderna, dömas för förtal¹²⁴, vilket kan öppna upp för möjligheten för kränkingsersättning.

I NJA 1992 s. 594 hade en man, utan kvinnans vetskap, filmat de båda när de hade samlag. Mannen hade senare visat filmen för flera av kvinnans vänner och arbetskamrater. Åklagaren väckte åtal för grovt förtal. HD konstaterade till en början att det i gällande rätt inte finns något generellt förbud vare sig att filma någon utan samtycke eller att visa upp en film där en annan person förkommer utan samtycke från denne. Vad man har är istället att bedöma om gärningen är att beakta som något av ärekränkingsbrotten i 5 kap. BrB. Att visa en film för andra där en person förekommer får anses vara ett lämnande av uppgift av denna person. Är dessa uppgifter av sådant slag att de är ägnade att utsätta personen för andras missaktning, kan uppgiftslämnaren dömas för förtal. HD menar att den aktuella filmen förmedlar uppgift om att kvinnan i fallet har haft samlag med mannen och hur detta genomfördes. I detta avseende kan uppgifterna inte anses nedsättande för henne. Däremot anser HD att filmen även förmedlar intrycket av att kvinnan kände till att samlaget spelades in och att hon därmed även inte skulle haft något emot att filmen visades för andra. Dessa uppgifter måste, menar HD, anses nedsättande för kvinnan och vara ägnade att utsätta henne för andras missaktning. Eftersom uppgifterna haft ett mycket integritetskränkande innehåll och filmen spridits till ett stort antal människor, dömdes mannen för grovt förtal.

En begränsning i förtalsbrottet är dock som ovan angivits att de uppgifter som den olovliga fotograferingen förmedlar måste anses nedsättande för

¹²³ Ibid., s. 65

¹²⁴ Ds 2011:1, s. 35

personen och utsätta denne för andras missaktning. En följd av detta är att även bilder som innehåller starkt privata uppgifter trots allt bedöms som tillåtna. HD uttalade i NJA 2008 s. 946 (se ovan), trots att en bedömning om förtal inte var upp till prövning, att det inte var säkert att filmerna hade varit att bedöma som förtal då det inte är givet att de uppgifter som lämnades var att anses som nedsättande med beaktande vad som slagits fast i 1992-års fall.

4.3 Straffrättens förenlighet med EKMR

Tydligt är att det i dag inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera en annan. Samtidigt visar ovanstående genomgång av de brott som skulle kunna aktualiseras vid olovlig fotografering, att utformningen av dessa lagrum och den praxis som utvecklats här ur gjort att det idag finns väldigt begränsade möjligheter att utkräva ansvar. Beroende på hur fotograferingen gått till, om fotografen senare sprider materialet samt vilka slags uppgifter detta spridande förmedlar kan eventuellt ansvar utkrävas, men utrymmet är detta är uppenbarligen litet.

Uttalanden om huruvida svensk rätt för närvarande kan anses förenlig med EKMR är väldigt samstämmiga kring uppfattningen om att det svenska skyddet har brister. Däremot är det inte alltför många som gett sig in på en djupdykning i jämförandet av de båda rättsområdena.

HD konstaterar kort i NJA 2008 s. 946 att det i ljuset av Europadomstolens praxis starkt kan ifrågasättas om svensk rätt är förenlig med artikel 8 i EKMR. Ett konstaterande som även justitieråd Johan Munck ansluter sig till i en artikel i Svensk Juristtidning, där han kallar nuvarande rättsläge rent absurt.¹²⁵

Rådmannen Märith Bergendahl går något djupare i sin analys av svensk rätts förenlighet med EKMR. Bergendahl menar att Europadomstolens praxis i *von Hannover – fallet* och *Verliere – fallet* visar att den enskildes rätt att lämnas i fred enligt artikel 8 innebär en rätt att slippa fotograferas och filmas i smyg utan samtycke, och att få sådana fotografier och filmer offentliggjorda för ovidkommande syften. Bergendahl konstaterar vidare att svensk rätt idag saknar ett direkt förbud mot att olovligen filma eller fotografera någon. Vidare är möjligheterna att döma någon för förtal vid spridande av sådana bilder, kraftigt begränsade. Möjligheten till kränkingsersättning blir då även i det närmaste obefintlig. Av detta sluter sig så Bergendahl till att svensk rätt inte kan anses förenlig med EKMR.¹²⁶

I en artikel i Juridisk Tidskrift framför Gunnar Persson kritik mot dagens förtalsparagraf, bl.a. med hänsyn till att det enligt bestämmelsen inte görs någon bedömning av om de uppgifter som lämnas varit av privat karaktär

¹²⁵ Munck Johan, *Synpunkt på integritetsskyddsfrågor*, SvJT 2009 s. 499 – 505, s. 505

¹²⁶ Bergendahl Märith, *Integritetsskyddet vid smygfilmning*, SvJT 2009 s. 452 – 467, s. 459ff

och att offentliggörandet därmed orsakat en kränkning av privatlivet, utan att fokuset istället ligger vid om uppgifterna varit ägnade att utsätta personen för andras missaktning. Enligt Persson blir det då, vid ett studium av förtalsparagrafen, tydligt att det idag saknas ett skydd motsvarande det som Europadomstolen sätter upp i *von Hannover – fallet*.¹²⁷

I det enskilda fallet kan nämnas att staten, i sitt svar på fråga 1 till Europadomstolen i det pågående ärendet E.S. mot Sverige (se ovan i avsnitt 4.2.2.), ansåg att inget brott mot artikel 8 EKMR förelåg. Staten menade inledningsvis att vilken typ av reglering som kan krävas för att skydda enskilda mot angrepp beror på vilken typ av angrepp det är fråga om. Denna bedömning faller också till viss del under statens *margin of appreciation*. I det aktuella fallet har inget hot mot E.S. fysiska integritet förelegat, vilket torde innebära att statens utrymme är stort. Staten påpekade dock att en person som fotograferar annan utan samtycke kan, under vissa omständigheter, fällas till ansvar som exempelvis förtal, ofredande, etc. I det aktuella fallet, menade staten, att fadern inte kunde fällas till ansvar eftersom man inte kunde visa att styvfadern hade uppsåt till att flickan skulle upptäcka filmningen. Det kunde därför inte påstås att det var bristande lagstiftning som gjorde att styvfadern inte kunde dömas, utan brist på uppsåt. Därutöver hade det kunnat bli möjligt att döma fadern för barnpornografibrott om tillräcklig bevisning funnits. Av detta slöt sig staten till att det fanns ett tillräckligt skydd för flickans rätt till respekt för sitt privatliv.¹²⁸ Ärendet är ännu inte avslutat utan parterna inväntar fortfarande dom eller beslut från Europadomstolen.

¹²⁷ Persson Gunnar, *Förtal i kvällspressen – Mikael Persbrandt mot Expressen*, JT 2006/07 s. 907, s. 907f

¹²⁸ Statens svar till Europadomstolen i ärendet E.S. mot Sverige nr 5786/08, den 5 maj 2009, stycke 25ff

5 Kränkningersättning enligt SkL och olovlig fotografering

Att bli utsatt för ett brott är för många en traumatisk upplevelse. Särskilt när brottet riktar sig mot den egna personen och dess frid kan offret inte sällan drabbas av en mängd olika känslor, så som rädsla, ilska, skuld, skam m.m.¹²⁹ Genom historien har ett angrepp mot en person bemötts med olika former av reaktioner, för att på något sätt återställa balansen mellan offer och gärningsman. I dagens rätt ligger fokus på den ekonomiska kompensationen och därför behandlas, i nedanstående kapitel, grunderna för att kränkningersättning ska kunna utgå enligt 2 kap. 3 § SkL.

5.1 En historisk tillbakablick

I de gamla samhällena där det inte fanns en domsmakt, var det upp till offret att hävda sin rätt mot en angripare. Ett angrepp på en person ansågs som kränkande och nedsättande och berättigade offret att utkräva hämnd. Denna sedvänja ledde dock många gånger till att släkter hamnade i oöverskådliga hämndspiraler, och för att förhindra detta utvecklades så småningom ett botsystem. Istället för hämnd skulle den angripne få ekonomisk kompensation för sitt lidande.¹³⁰ Under medeltiden levde detta system kvar och kom att bli den vanligaste påföljden vid skadegörande handlingar. Boten hade dock både en straffande och ersättande funktion och det kunde vara svårt att skilja på de syften den tjänade. När boten helt tillföll det offentliga sågs boten mer som ett straff, medan när den helt eller delvis tillföll den skadelidande ansågs mer som en gottgörelse för den skada personen lidit.¹³¹ Vidare ansågs det irrelevant huruvida skadevällaren hade en skuld i orsakandet av skadan eller inte. I enlighet med kausalitetsprincipen ansågs det vara en tillräcklig förutsättning att det objektiva faktumet förelåg, att skadan orsakats genom handling. Kompensationen var heller oftast inte individuellt anpassad, utan följde skönmässigt fixerade belopp.¹³²

Snart började dock tankar om skuld få allt större betydelse. Under 1800-talet hade culpaprincipen fått allt starkare fäste ute i Europa, och när Strafflagen (SL) infördes 1864, anslöt sig även svensk rätt till detta synsätt. I 6 kap. SL kom skadeståndsskyldighet på grund av brott att regleras och genom dessa regler avskaffades botsystemet och skadeståndet blev självständigt. Enligt

¹²⁹ <http://www.brottsoffermyndigheten.se/default.asp?id=2321>, hämtat 2011-01-04

¹³⁰ Diesen Christian (red), *Brottsoffrets rätt*, Billström Magnus, *Brottsoffrets rätt – historik*, s. 15f

¹³¹ Friberg Sandra, s. 44

¹³² Karlgren Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, Femte upplagan, P.A. Nordstedt & Söners Förlag, Stockholm 1972, s. 8f

huvudregeln krävdes nu uppsåt eller oaktsamhet för att skadeståndsansvar skulle föreligga.¹³³

Enligt 6 kap. 3 § SL skulle vedergällning utgå för lidande som orsakats genom brott mot den personliga friheten, genom falsk angivelse eller annan ärekränkande gärning. Stora likheter till dagens reglering om kränkingsersättning i 2 kap. 3 § SkL kan alltså iakttas redan här. Genom att använda ordet ”vedergällning” istället för ”ersättning” tycks lagstiftaren ha velat markera att ersättningen inte varit tänkt att reparera en kostnad utan snarare fungera som tröstpenning. Vidare tycks lagstiftaren, genom att använda sig av ordet ”lidande” istället för ”kränkning”, velat tydliggöra separationen mellan skadeståndet och straffet och göra en mer individriktad ersättningsrätt.¹³⁴

Skadeståndsbestämmelsen om ersättning för lidande i 6 kap. 3 § SL kom att tillämpas ända fram till dess att SkL infördes 1972. (Detta trots att den nya Brottsbalken (BrB) infördes redan 1965.)¹³⁵ Den nya Skadeståndslagen byggde, som förut, i stort på culpaprincipen och likaså vidhölls kravet att en skada skulle orsakats genom brott för att kränkingsersättning skulle kunna utgå.¹³⁶

Därefter skulle det dröja flera decennier innan skadeståndsreglerna skulle genomgå nästa förändring. År 2001 lämnades förslag på ändringar i SkL, där den nu gällande regleringen om kränkingsersättning återfinns i 2 kap. 3 §.¹³⁷

5.2 Förutsättningarna för kränkingsersättning

Enligt 2 kap. 3 § SkL ska den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära ersätta den skada som kränkningen innebär. Den kränkingsersättning som utgår enligt bestämmelsen syftar till att kompensera sådana känslor som rädsla, skam, förnedring, etc. som den kränkande handlingen framkallat hos den skadelidande, utan att de tar sig sådana medicinska uttryck att det kan betraktas som personskada. I förarbetena till bestämmelsen konstateras att en ekonomisk ersättning av detta slag naturligtvis inte kan göra skadelidandes upplevelse ogjord men att compensationen ändå kan erbjuda upprättelse för offret, hjälpa till att återupprätta självkänslan och kanske även erbjuda en möjlighet för den skadelidande att förändra sin livssituation

¹³³ Hellner Jan, Radetzki Marcus, *Skadeståndsrätt*, Sjunde upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2006, s. 30f

¹³⁴ Friberg Sandra, s. 48ff

¹³⁵ Hellner Jan, Radetzki Marcus, s. 31ff

¹³⁶ Friberg Sandra, s. 54

¹³⁷ Prop. 2000/01:68

efter en grov kränkning, eller en möjlighet att unna sig något extra för att skingra tankarna på kränkningen.¹³⁸

5.2.1 Brott som förutsättning

Som synes är det avgörande att kränkningen orsakats genom en brottslig handling för att kränkningsersättning ska kunna utgå. Det krävs dock inte att skadevållaren faktiskt dömts för brottet, utan tillräckligt är att handlingen uppfyller brottsrekvisiten i den aktuella straffbestämmelsen. Av detta följer att ingenting hindrar att även den som exempelvis är under 15 år eller som på grund av sitt psykiska tillstånd inte kan ådömas straffansvar, döms att betala kränkningsersättning. Inte heller är rätten till ersättning begränsad till handlingar som omfattas av brotten i BrB, utan även de olika kriminaliseringarna i specialstraffrätten omfattas.¹³⁹

Utöver kravet på brottslig handling är det dessutom endast sådana brott som angriper vissa, i paragrafen uppräknade, skyddade intressen som kan föranleda skadeståndsansvar. I förarbetena har förslag lämnats på vilka brott det kan vara frågan om som typiskt sett angriper dessa intressen. Med brott som innebär ett angrepp mot annans person menas brott som riktar sig till den kroppsliga integriteten, så som misshandel och mord. Angrepp mot annans frihet har ansetts omfatta brott som riktar sig till den personliga rörelse – och handlingsfriheten, som exempelvis människorov och olaga tvång. Med angrepp mot annans frid menas att den enskildes rätt att få vara i fred och hålla sitt privatliv i fred från andra. Här räknas bl.a. upp brott som hemfridsbrott, olovlig avlyssning och övergrepp i rättssak som innefattar hot. Kränkningar mot annans ära och anseende, så som förtal och förolämpning, anges som exempel på brott som kan anses som angrepp mot annans ära.¹⁴⁰

Vidare måste den brottsliga handlingen beröra en person särskilt för att denne ska kunna anses kränkt. Av detta följer att brott som inte riktar sig mot någon särskild och påverkar en stor massa, inte kan medföra en rätt till kränkningsersättning för den enskilda.¹⁴¹ Dock är det inte bara uppsåtliga brott som kan leda till en rätt till kränkningsersättning. Enligt praxis kan även oaktsamhetsbrott vara skadeståndsgrundande. Dock verkar det krävas att det varit fråga om en mycket allvarlig form av oaktsamhet.¹⁴²

5.2.2 Kränkning – en objektiv bedömning

Den kränkning som någon utsatts för måste även ha varit allvarlig för att ersättning ska kunna utgå. Vad som är att anses som allvarligt måste

¹³⁸ Ibid., s. 48

¹³⁹ Hellner Jan, Radetzki Marcus, s. 81

¹⁴⁰ Prop. 2000/01:68, s. 64

¹⁴¹ Ibid., s. 64f

¹⁴² Hellner Jan, Radetzki Marcus, s. 80

bedömas genom beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. I förarbetena anges dock att viss ledning kan tas av de faktorer som räknas upp i 5 kap. 6 § SkL för bedömningen av skadeståndets storlek, där omständigheter som om kränkningen haft förnedrande eller skändliga inslag, varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa, varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet m.m. räknas upp.¹⁴³ Skadelidandes egen medverkan eller provokation kan utesluta rätt till ersättning om det kan anses att denne gett upp kravet på respekt för den egna integriteten. Även ett medvetet risktagande kan under vissa omständigheter vara något som kan minska kränkningen.¹⁴⁴ Vid sexualbrotten är dock den skadelidandes egna uppträdande inte något som normalt är av betydelse vid bedömningen om kränkningen varit allvarlig.¹⁴⁵

Både när det gäller bedömningen av graden av kränkning och ersättningens storlek, ska denna utgå, inte från skadelidandes subjektiva upplevelse, utan från objektiva grunder där man ser till vilken kränkning som typiskt sett kan anses ha förekommit i situationen.¹⁴⁶ Att bestämmelsen utformats på detta sätt, motiveras i förarbetena av att det ofta kan vara svårt att göra en korrekt beskrivning av skadan som uppkommit. Skadelidande kan ofta ha olika förmåga kommunicera sina upplevelser, detta särskilt när det är fråga om barn eller personer med förståndshandikapp. Likaså ansågs det finnas en risk att skadelidande, medvetet eller omedvetet, överdriver sin upplevelse.¹⁴⁷

5.3 Kränkningensbegreppet

En viktig del är att på något sätt försöka ringa in begreppet kränkning¹⁴⁸, vilket är en förutsättning för att ersättning ska kunna utgå. Dessvärre är det kanske snudd på omöjligt att klart fastställa vad som menas med begreppet. Ordet kan ha olika innebörd beroende på i vilket sammanhang det används. I allmän folkmun kan man nog påstå att begreppet fått en allt vidare innebörd och omfattar allt från besvikelse till oönskad fysisk beröring.¹⁴⁹ Av intresse för detta arbete är dock närmast vad lagen menar med begreppet och vilka situationer som ska anses ge rätt till ersättning. Begreppets öppna avfattning och otydlighet har dock åtföljts av viss kritik.

Rent språkligt kan begreppet ”kränkning” förstås, både som en gärning (att kränka någon) och som en skada (att bli kränkt).¹⁵⁰ Enligt 2 kap. 3 § SkL

¹⁴³ Prop. 2000/01:68, s. 64f

¹⁴⁴ Ibid., s. 52

¹⁴⁵ Ibid., s. 64f

¹⁴⁶ Ibid., s. 49f

¹⁴⁷ Ibid., s. 51

¹⁴⁸ I Nationalencyklopedins ordbok förklaras ordet ”kränka”, att ”behandla någon nedsättande genom att angräpa den personliga hedern i ord eller genom handling”.
<http://www.ne.se/sve/kr%C3%A4nka>, hämtat 2011-02-11

¹⁴⁹ Friberg Sandra, s. 26f

¹⁵⁰ Ibid., s. 351

ersätts ”den skada som kränkningen innebär”. Enligt lagtexten är det alltså själva skadan som ska ersättas. Denna skada ska dock, som ovan nämnts, bedömas på objektiva grunder utifrån den skada som typiskt sett kan anses uppkommit, med ledning av omständigheterna kring den skadegörande handlingen. I förarbetena säger man därför att det är korrekt att tala om en ersättning för själva kränkningen (handlingen), även om det i själva verket är skadan som ersätts. Man säger vidare att det i praktiken bör sakna betydelse för rättstillämpningen att dra en skiljelinje mellan de båda grunderna och att lagtexten utformats på aktuellt vis av systematiska skäl¹⁵¹ så att den får samma utformning som de övriga ansvarsbestämmelserna i SkL.¹⁵²

Sandra Friberg, Jur. dr. vid Uppsala universitet, menar dock att oklarheten i just denna utformning av kränkningbegreppet innebär problem och att detta även visat sig i praxis. I NJA 2007 s. 540 hade en treårig flicka utsatts för sexuella övergrepp, medan hon sov, vid tre tillfällen, av moderns sambo. Modern upptäckte vad som hänt när hon hittat fotografier som mannen tagit av händelserna. Enligt modern hade flickan inte visat några tecken på att hon varit medveten om övergreppen, och modern uppgav även att hon inte hade för avsikt att berätta för flickan vad som skett. Mannen dömdes i HovR:en för grovt sexuellt utnyttjande av underårig. I HD var frågan om flickan kunde ha rätt till kränkningersättning. HD konstaterade att det enligt förarbetena är skadan som i ”strängt logisk mening” ska ersättas. Men HD fortsatte med att framhålla att det är gärningen som är utgångspunkten för bedömningen och som ska värderas. Av denna anledning är det naturligt att kränkningersättningen inte avser de efterföljande reaktionerna, utan tar sikte på kränkningen av den personliga integriteten. Enligt HD var det faktum att flickan sov därför inte något som hindrade att kränkningersättning kunde utgå. Friberg menar att man genom domen tagit avsteg från kravet på skada. Enligt Friberg saknar bedömningen i HD kausalitet mellan gärningen och skadan, och härigenom blev det skadestånd som HD dömde ut en civilrättslig sanktion.¹⁵³

5.4 Kränkningersättningens förenlighet med EKMR

När det gäller den skadeståndrättsliga delen i ärendet E.S. mot Sverige (se ovan i avsnittet 4.2.2. samt 4.3.) hade E.S. hävdats att de bristande möjligheter för henne att erhålla kränkningersättning innebar att staten inte har uppfyllt sina positiva skyldigheter att erbjuda ett tillräckligt skydd för hennes rätt till respekt för privatlivet. Staten ansåg inledningsvis, som ovan redovisat, att det fanns ett straffrättsligt skydd för flickans rätt till respekt för privatlivet. Således kan inget krav på en obegränsad möjlighet att föra skadeståndstalan göras gällande, enligt Europadomstolens beslut i *Stubbings m.fl. mot*

¹⁵¹ Prop. 2000/01:68, s. 66

¹⁵² Ibid., s. 49

¹⁵³ Friberg Sandra, s. 352ff

Förenade Konungariket. Vidare ansåg staten att flickan kunde fört talan om skadestånd för sveda och värk p.g.a. oaktsamhet av styvfadern enligt 2 kap. 1 § SkL. Denna grund hade inte varit avhängig av domstolens slut att ingen brottslig gärning begåtts utan kunde ha prövats fristående, men p.g.a. att flickan inte åberopat denna grund kunde denna grund inte prövas.¹⁵⁴

Friberg menar att när det gäller just olovlig fotografering så bör det finnas utrymme för en diskussion om det inte borde finnas möjlighet till kränkingsersättning utan krav på brottslig gärning. Hon menar att det finns en inkonsekvens i att en person som olovligen avlyssnar ett samtal mellan två personer, kan åläggas att utge kränkingsersättning, medan om samtalet filmas kan skadestånd inte utgå för den kränkning som filmningen innebär.¹⁵⁵ Friberg konstaterar att Sverige är det enda land i Norden där det finns ett absolut krav på brott som ansvarsgrund och hon menar att det (bl.a. med hänsyn till regleringen kring olovlig fotografering) finns skäl att överväga en alternativ grund för kränkingsersättning vid annat kränkande beteende.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Statens svar till Europadomstolen i ärendet E.S. mot Sverige, stycke 49ff

¹⁵⁵ Friberg Sandra, s. 569

¹⁵⁶ *Ibid.*, s. 908ff

6 Nytt förslag till kriminalisering av olovlig fotografering

I april 2004 tillsattes en kommitté vars uppgift bl.a. var att kartlägga och analysera befintlig lagstiftning som rör den personliga integriteten. Kommittén kom att kallas Integritetsskyddskommittén.¹⁵⁷ Arbetet mynnade ut i två betänkanden; SOU 2007:22 som innehöll en analys av befintlig lagstiftning samt SOU 2008:3 som innehöll författningsförslag om bl.a. olovlig fotografering. Efter att remissinstanserna haft synpunkter lämnade Justitiedepartementet i januari 2011 förslag till en något annorlunda utformad kriminalisering av olovlig fotografering.¹⁵⁸ Hur förslaget är tänkt att träffa olika situationer av kränkande fotografering utan samtycke ska diskuteras i följande kapitel. Vidare kommer jag ta upp vilka straffrättsliga och skadeståndsrättsliga verkningar förslaget får, vilken kritik som framförts i anslutning till förslaget samt huruvida det nya förslaget lever upp till de krav EKMR ställer på den enskildes rätt till skydd för privatlivet.

6.1 Ds 2011:1, Olovlig fotografering

Enligt det nya förslaget till kriminalisering av olovlig fotografering, har personers fotograferande av andra utan samtycke länge varit ett problem, men i takt med den tekniska utvecklingen har problematiken på senare tid ökat. Idag blir det allt lättare att ta bilder i alla möjliga situationer, med eller utan andra människors vetskap. Fotografering av en person som befinner sig i en privat situation kan vara mycket kränkande, oavsett om personen uppfattar fotograferingen i stunden eller senare får reda på den. Bara vetskapen om att en annan innehar en privat och känslig bild som denne kan sprida till andra, kan upplevas som mycket obehagligt för den drabbade.¹⁵⁹

I utredningen nämns att beroende på hur fotograferingen gått till och vad som senare skett, kan visserligen andra kriminaliseringar komma ifråga, men att den allt annat än täckande kriminaliseringen upplevts som problematisk av domstolar, som har att tillämpa gällande rätt. Vidare nämns att det skydd för privatlivet som finns EKMR, har genom Europadomstolens praxis fastslagits även innefatta rätten att slippa bli fotograferad i privata situationer. Mot bakgrund av detta anses det inte tillfredställande att det saknas en direkt kriminalisering av olovlig fotografering. Eftersom sådan fotografering kan upplevas som mycket kränkande och att det idag saknas ett effektivt medel att hindra sådant oönskat beteende, anser utredningen att

¹⁵⁷ SOU 2007:22, s. 3

¹⁵⁸ Ds 2011:1, s. 11ff

¹⁵⁹ Ibid., s. 15f

det är nödvändigt att en sådan ny kriminalisering införs, för att tillförsäkra den enskildes skydd för privatlivet gentemot andra enskilda.¹⁶⁰

Utredningen föreslår att den nya bestämmelsen i Brottsbalkens 4 kap. 6a § ska få lydelsen;

Den som olovligen, på ett sätt som är ägnat att kränka den enskildes personliga integritet, fotograferar eller annars med tekniskt hjälpmedel tar upp bild av någon som befinner sig inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett omklädningsrum eller i ett annat liknande utrymme, döms för *olovlig fotografering* till böter eller fängelse i högst ett år. Detsamma gäller den som olovligen fotograferar eller annars med tekniskt hjälpmedel tar upp bild av någon på ett sätt som är påträngande, närgånget eller dolt och ägnat att allvarligt kränka hans eller hennes personliga integritet som privatperson.

Till ansvar döms inte om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig.

Första stycket gäller inte den som fotograferar eller annars tar upp bild av någon som ett led i en myndighets verksamhet.¹⁶¹

6.1.1 Grundläggande förutsättningar

Den nya bestämmelsen avser att omfatta både fotografering och filmning, oavsett vilken teknik som används. Det är den som fotograferar som ska anses som gärningsman, men enligt utredningen kan även medverkansbestämmelsen i 23 kap. 4 § BrB vara tillämplig. Brottsoffret är den som fotograferingen avser, men eftersom det är fotograferandet som straffbeläggs och som är det som kränker integriteten, så är det inte nödvändigt att identifieringen kan göras endast via fotografiet.¹⁶²

En förutsättning för att gärningen ska kunna vara straffbar, är att fotograferandet skett utan samtycke. Ett giltigt samtycke kan ges av den som är behörig att förfoga över den enskildes intresse att skyddas mot fotografering. En underårig sägs kunna lämna ett giltigt samtycke, så länge denna kan förstå innebörden av samtycket, men samtycket kan också lämnas av exempelvis en förälder. Vidare sägs att även ett tyst samtycke kan vara giltigt.¹⁶³ Däremot är ett hypotetiskt samtycke inte tillräckligt. Samtycket måste vara frivilligt och ha givits med insikt om alla relevanta förhållanden. Det måste också vara allvarligt menat.¹⁶⁴

Utöver detta måste gärningsmannen ha uppsåt till samtliga gärningsrekvisit, för att straffansvar ska kunna bli aktuellt.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Ibid., s. 16ff

¹⁶¹ Ibid., s. 44

¹⁶² Ibid., s. 25f

¹⁶³ Ibid., s. 26

¹⁶⁴ Ibid., s. 45

¹⁶⁵ Ibid., s. 45

6.1.2 Platsanknuten fotografering

Som synes har utredningen valt att i bestämmelsen räkna upp vissa platser där fotografering utan samtycke som är ägnat att kränka den personliga integriteten inte ska vara tillåten. Uppräkningen avser platser som hör till den privata miljön och det är tänkt att uppräkningslistan tydligt ska avgränsa de platser där straffbestämmelsen är tillämplig.¹⁶⁶

Först och främst nämns bostaden som en plats där den enskilde har rätt att vara fredad från kränkande fotografering och detta skydd ska gälla oavsett var i bostaden personen befinner sig. Med bostad menas både sådan plats där en person bor långvarigt och där man bor tillfälligt, så som hotellrum. Vidare påpekas att skyddet även ska omfatta den som befinner sig i någon annans bostad. Detta för att det skulle kunna leda till en svårmotiverad skillnad i integritetsskyddet och en risk för otydlighet. Det görs heller ingen skillnad, om fotografen befinner sig i eller utanför bostaden. Vad som däremot inte anses räknas in som bostaden, och som därför inte erbjuder ett skydd mot fotografering, är området runt bostaden, så som trädgården. Utredningen anser att den som vistas i sin trädgård får generellt räkna med att andra iakttar en och ett fotograferingsskydd på en sådan plats skulle då vara alltför långtgående.¹⁶⁷

Toaletter, omklädningsrum och andra liknande utrymmen, är de andra utrymmen som tas upp som platser där en persons förehavanden normalt är av mycket privat karaktär och där denne bör kunna räkna med att vara fredad från kränkande fotografering. Som förslag på vad som kan anses vara ett liknande utrymme nämns provhytter.¹⁶⁸

En ytterligare förutsättning för bestämmelsens tillämplighet är att fotograferingen är ägnad att kränka den enskildes personliga integritet. Detta krav ställs upp för att markera att det endast är fotografering som inte ska behöva tålas, som faller in under det straffbara området, även om fotograferingen sker på en sådan plats som räknas upp i bestämmelsen.¹⁶⁹ Av detta följer även, enligt förslaget att, om någon fotograferar ett hus och av misstag även då fotograferar en person som befinner sig i sin bostad och syns genom fönstret, inte ska omfattas av straffansvaret. Fotograferingen ska vara av sådant slag att den typiskt sett kan sägas kränka den personliga integriteten. Detta innebär att brottsoffrets personliga uppfattning saknar betydelse.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Ibid., s. 27f

¹⁶⁷ Ibid., s. 28f

¹⁶⁸ Ibid., s. 29f

¹⁶⁹ Ibid., s. 28

¹⁷⁰ Ibid., s. 46

6.1.3 Situationsanknuten fotografering

Enligt förslaget till en ny bestämmelse om olovlig fotografering kan dock, utöver de fall som ovan beskrivits, olovlig fotografering även ske utanför de direkt angivna utrymmena. Utredningen menar att det finns situationer där fotografering kan vara djupt integritetskränkande, men som inte är knutet till platsen för fotograferingen, utan situationen. Detta kan gälla fotografering som är påträngande, närgående, men också den som är dold.¹⁷¹ Med påträngande menas sådan fotografering som är störande. Med närgående menas att fotograferingen innebär en ingående skildring och med dold avses situationer när fotograferingen maskeras.¹⁷² I vissa fall kan dessa situationer medföra straffansvar för ofredande, men utredningen menar att eftersom denna bestämmelse inte täcker alla situationer bör en ny kriminalisering införas för att ge ett heltäckande skydd. Att märka är dock att för att en sådan situationsanknuten fotografering ska kunna leda till straffansvar, krävs det att fotograferingen är ägnad att *allvarligt* kränka den enskildes integritet som *privatperson*. Det krävs alltså en mer allvarlig kränkning för att straffansvaret ska aktualiseras i dessa fall än när fotograferingen är platsanknuten. Utredningen ger här som exempel fotografering av någon som blir utsatt för våldtäkt eller misshandel eller som har varit med om en olycka. Fotograferingen ska även här kunna anses typiskt sett kränka den enskilde och dennes integritet som privatperson för att omfattas av bestämmelsen. Avgränsningen till den enskildes integritet som privatperson har gjorts för att skydda tryck – och yttrandefriheten. Straffansvar ska härigenom inte kunna åläggas för den som filmar en myndighetsperson med dold kamera under en intervju för exempelvis ett granskande tv-program eller som fotograferar en person som deltar i en officiell middagsbjudning.¹⁷³

6.1.4 Fotografering som undantas

I den nya bestämmelsen om olovlig fotografering anges vissa situationer där straffansvar inte ska föreligga trots att rekvisiten i första stycket är uppfyllda. I första hand undantas sådan fotografering som med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig. Eftersom liknande försvarlighetsundantag redan existerar i andra straffbestämmelser, så som exempelvis vid förtal, så anser utredningen att det inte finns något som hindrar att ett sådant undantag förs in i bestämmelsen om olovlig fotografering. Vid bedömningen om gärningen varit försvarlig ska särskilt beaktas om det varit ett led i nyhetsförmedling eller i något annat sammanhang av allmänt intresse, varit en del i undervisning eller vetenskapligt arbete, eller haft ett konstnärligt syfte.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ibid., s. 30f

¹⁷² Ibid., s. 46

¹⁷³ Ibid., s. 31f

¹⁷⁴ Ibid., s. 32f

Vidare har även sådana situationer undantagits från det straffbara området som gäller fotografering som sker i myndighetsverksamhet. Detta gäller alltså även sådan fotografering som utförs av myndigheter utan särskilt författningsstöd, exempelvis i den polisiära verksamheten.¹⁷⁵

6.1.5 Inget förbud mot spridning

I utredningen har beaktats om huruvida spridning av fotografier som tagits i strid med bestämmelsen om olovlig fotografering, bör kriminaliseras. Spridning av kränkande bilder har idag blivit allt lättare och billigare och problemet tycks bara öka. Dessutom kan spridningen av sådana bilder i sig innebära en mycket allvarlig kränkning av den personliga integriteten. Utredningen menar dock att det finns ett antal olika argument mot en sådan reglering. Dels kommer spridningen bli ett mindre problem redan genom ett förbud mot själva fotograferingen, eftersom bilderna inte från första början får tas. Straffansvar kommer kunna föreligga när fotografen och spridaren är samma person, för den olovliga fotograferingen. När fotograf och spridare är olika personer kan spridaren, i vissa fall, ändå komma att träffas av förtalsbestämmelsen, vilken även kan bli aktuell för spridning av bilder i de medier som skyddas i TF och YGL.¹⁷⁶

Vidare anser utredningen att ett förbud mot spridning inte skulle erbjuda ett korresponderande skydd med förbudet mot olovlig fotografering. Som exempel nämns situationen att någon samtycker till att fotograferas i en intim situation, men att bilden sedan sprids utan att personen samtyckt till detta. En följd av detta skulle också kunna vara att det uppkommer problem för spridaren att avgöra om fotografiet tagits olovligen, vilket i sin tur skulle kunna leda till att beslut tas att inte sprida bilden. Detta skulle då kunna få oönskade effekter på tryck – och yttrandefriheten. Även om problemet med spridning av integritetskränkande fotografier kan antas vara störst i medier som inte träffas av grundlagsskyddet anser utredningen att införande av en kriminalisering som endast omfattar den sortens spridning som hamnar utanför TF och YGL vore en svårmotiverad gränsdragning.¹⁷⁷

Således lämnades inget förslag på kriminalisering av spridande av fotografier som tagits olovligen.

6.2 Kritik mot förslaget

Det nya förslaget har bemötts av kritik från olika håll, men det är främst media som har varit kraftigt avståndstagande under påståendet att det nya förslaget inskränker yttrandefriheten på ett oacceptabelt sätt. Nedan

¹⁷⁵ Ibid., s. 26

¹⁷⁶ Ibid., s. 35

¹⁷⁷ Ibid., s. 36

behandlas därför den kritik som framförts över förslaget till kriminalisering av olovlig fotografering.

6.2.1 Kritik mot de straffrättsliga verkningar av förslaget

När det gäller de straffrättsliga verkningarna av det nya förslaget har jag haft svårt att hitta några uttalanden kring det nya förslaget (de remissvar jag tagit del av har till stor del lämnat förslaget utan erinran¹⁷⁸). Vilket kanske beror på att förslaget är förhållandevis nytt. Datainspektionen har dock i sitt remissvar om förslaget bl.a. ställt sig frågande till vilken funktion rekvisitet ”i egenskap av privatperson” vid en situationsanknuten fotografering har i förhållande till ”försvarlighetsundantaget”. Man menar att de situationer som utredningen vill undanta straffansvaret med detta uttryck, så som exempelvis en dold filmning av en myndighetsperson i en intervju för ett granskande TV-program, ändå kommer kunna undantas från straffansvar genom försvarlighetsundantaget.¹⁷⁹ Både Datainspektionen och Socialförvaltningen i Stockholms Stad uttrycker vidare i sina remissvar att det finns starka skäl att fortsättningsvis se över möjligheterna att kriminalisera även spridande av kränkande fotografier.¹⁸⁰

Integritetsskyddskommitténs tidigare förslag, på vilket det nuvarande förslaget bygger, bemöttes dock av viss kritik från flera håll, vilken jag anser kan vara värd att kommentera i detta sammanhang. Förslaget byggde nämligen även här på att förbudet skulle aktualiseras på vissa platser. Till skillnad från det nya förslaget räknades dock inga särskilda platser upp, utan istället var det platser där ”allmänheten inte äger insyn” som olovlig fotografering skulle kunna aktualiseras på. Hans – Gunnar Axberger framförde i en artikel i Svensk Juristtidning att det var oklart på vilka platser förbudet skulle aktualiseras. Axberger menar att problemet ligger i att kommittén haft en utgångspunkt i den enskildes rätt till skydd för sin personliga integritet och dennes rätt att själv bestämma när han eller hon blir fotograferad och att den som inte respekterar detta ska straffas. Denna utgångspunkt är dock för allmän och något orealistisk. Han menar att istället fråga sig vad som bör skyddas, bör fokus ligga på vad som bör förbjudas. Enligt Axberger är de flesta smygfotograferingar som upplevs som mest problematiska de som innehåller sexuella inslag. Dessa situationer skulle kunna göras straffbara med ett utvidgande av sexuellt ofredande paragrafen,

¹⁷⁸ Se exempelvis Kammarrätten i Sundsvalls remissyttrande över förslaget, 2011-03-21, <http://www.kammarrattenisundsvall.se/Om-kammarratten/Remissvar/>, hämtat 2011-04-28; Brottsförebyggandet rådets remissvar över förslaget, 2011-04-19, http://www.bra.se/extra/news/?module_instance=5&id=380&full=true, hämtat 2011-04-28; Skatteverkets yttrande över förslaget, 2011-04-26, http://www.skatteverket.se/rattsinformation/remissvar/2011/remissvar2011/1318712611112_5.70ac421612e2a997f85800051098.html, hämtat 2011-04-28

¹⁷⁹ Datainspektionens yttrande över förslaget, 2011-04-19, Diariern 128-2011, s. 2f

¹⁸⁰ Ibid., s. 2; Socialförvaltningen i Stockholms Stads yttrande över förslaget, 2011-02-15, DNR 1. 60029/2011, s. 3

där den som olovligen avbildar annan i ett sexuellt eller annat intimt sammanhang döms till ansvar. Även spridning av sådana bilder skulle då kunna kriminaliseras. Här skulle inga försvarlighetsundantag göras. Att fotografera in i annans bostad skulle vidare kunna utgöra ett virtuellt hemfridsbrott, varför hemfridsbrottet skulle kunna utökas med ett förbud mot att ”olovligen fotografera in i bostad”. Det senare skulle dock kräva betydliga avgränsningar så att inte sådant fotograferande av byggnader, där privata bostadsmiljöer kan urskönjas, blir straffbara. Axberger konstaterar att media säkerligen skulle protestera mot en sådan kriminalisering, men han anser att det knappast finns yttrandefrihets skäl att fotografera in i människors bostäder, även när det rör sig om offentliga personer. Genom en sådan reglering skulle den enskildes intima sfär och dennes bostad skyddas, men inte i övrigt. På detta sätt menar Axberger att de mest straffvärda beteendena skulle fångas in men skära bort sådant som leder till oförutsägbarhet och gränsdragningsproblem.¹⁸¹

6.2.2 Kritik mot de yttrandefrihetsrättsliga verkningarna av förslaget

Starkast röster mot förslaget om kriminalisering av olovlig fotografering har nog höjts från media.

TU menar i sitt remissvar om förslaget att den största delen av den problematik som ligger bakom förslaget inte är kopplat till de grundlagsskyddade medierna utan handlar om enskilda personer som kränker varandra och det ifrågasätts därför om verkligen medierna som skyddas i TF och YGL ska omfattas. Vidare anser TU att förslaget brister i förutsägbarheten, och därmed rättssäkerheten, eftersom en fotograf ställs inför svåra avvägningar där han måste ta ställning till om en fotografering är försvarlig eller inte inom tiondelar av en sekund. Detta menar TU kommer få en avhållande effekt, vilket kommer påverka yttrandefriheten menligt. TU ifrågasätter även tydligheten i när någon uppträder som privatperson eller inte, samt hur bedömningen av om någon typiskt sett kränkts skall göras. Slutligen framför TU kritik mot att man genom förslaget flyttar ansvaret från den ansvarige utgivaren till den enskilda fotografen, genom att man griper in i anskaffarledet. TU konstaterar att enligt TF och YGL får anskaffningen visserligen inte gå till hur som helst, så som exempelvis genom inbrott, men enligt TU måste det vara skillnad på dessa typer av brott och det som är fotografens vanligaste arbetsmetod, nämligen anskaffandet av uppgifter genom fotograferandet. TU anser därför att förslaget inte bör genomföras.¹⁸²

¹⁸¹ Axberger Hans – Gunnar, *Integritetsskydd i perspektiv*, SvJT 2009 s. 468 – 482, s. 475ff

¹⁸² Svenska Tidningsutgivareföreningens remissvar om förslaget, 2011-04-12, http://www.tu.se/opinion/remissvar/3277-tu-avstyrker-foerslag-om-kriminalisering-av-fotografering#disqus_thread, hämtat 2011-04-28

Även Journalistförbundet anser att förslaget inte bör genomföras. Journalistförbundet anser till att börja med att en bättre lösning hade varit att se över om inte de straff som redan finns kunde förstärkas för att skydda den personliga integriteten. Förbundet säger att i flera av de fall som utredningen tar upp som exempel där människor fotograferats eller filmats i smyg har straffansvar kunnat utdömas för bl.a. förtal. Förbundet anser därför att det varken saknas kriminalisering eller sanktioner. Liksom TU anser Journalistförbundet att förskjutandet av ansvaret från utgivaren till anskaffaren innebär problem och att det riskerar att urholka grundlagsskyddet i TF och YGL. Förbundet anser dessutom att de pressetiska reglerna och yrkesreglerna redan skyddar den personliga integriteten.¹⁸³

¹⁸³ Journalistförbundets remissyttrande över förslaget, 2011-04-19, Dnr 12/2011, http://www.sjf.se/portal/page?_pageid=53,666291&_dad=portal&_schema=PORTAL, hämtat 2011-04-29

7 Analys

Följande kapitel ägnas åt min egen analys. Här ämnar jag besvara mina tre frågeställningar som jag ställde inledningsvis. För tydlighetens skull besvaras varje fråga i sin egen underrubrik.

7.1 Möjlighet till kränkningersättning vid olovlig fotografering enligt gällande rätt

Möjligheten att få kränkningersättning enligt 2 kap. 3 § SkL är idag avhängigt om den skadelidande kan visa att skadevållarens handling varit brottslig, samt att brottet angripit de intressen som räknas upp i lagrummet, så som exempelvis en persons frid. Idag finns dock inget generellt förbud mot att olovligen fotografera annan, eller att sedan sprida sådana bilder. Vid en genomgång av de brott som skulle kunna aktualiseras vid en olovlig fotografering, anser jag att det i mitt arbete framgår tydligt att den skadelidande har väldigt begränsade möjligheter att utkräva ett straffrättsligt ansvar (och i längden få en skadeståndsrättslig upprättelse). De möjligheter som finns enligt gällande straffrätt framstår som väldigt inkonsekventa och rent slumpmässiga huruvida ansvar kommer kunna utkrävas eller inte. För ofredande kan någon bara dömas i de fall där den skadelidande är medveten om fotograferingen. Fotografens beteende måste då även vara av sådant slag att han kan anses bete sig hänsynslöst genom att vara särskilt påträngande. För sexuellt ofredande kan ansvar heller inte aktualiseras vid en olovlig fotografering så länge inte den som fotograferas är medveten om fotograferingen. Har den som fotograferat berett sig möjligheten att fotografera, på ett sådant sätt att hemfridsbrott aktualiseras, kan ansvar utkrävas (och kränkningersättning utdömas). Dock fortfarande inte för själva fotograferingen. Att märka är dessutom att personen då måste ha olovligen inträngt eller kvarstannat i bostaden. I fallet med hyresvärden blir det tydligt att, hade kameran installerats innan hyresgästen flyttat in, hade hyresvärden inte olovligen vistats i lägenheten och ansvar för hemfridsbrott hade inte kunnat aktualiseras.

När det så slutligen gäller spridandet av ett olovligen taget fotografi är begränsningen i dagens lagstiftning tydlig. Förtal aktualiseras endast om de uppgifter som sprids kan anses nedsättande för personen och kan anses utsätta denne för andras missaktning. I NJA 1992 s. 594 kunde gärningsmannen dömas till ansvar endast av den anledningen att filmen enligt HD gav uppfattningen av att kvinnan visste om filmningen och att hon därför inte heller skulle haft något emot att filmen visades för andra. Denna uppgift var enligt HD av sådant slag att den måste anses vara nedsättande för kvinnan. En sådan slutsats känns enligt min mening inte bara krystad utan också farligt nära moraliserande av vad som kan anses

vara ”normalt” beteende i sängkammaren. Dessutom begränsas utrymmet att dömas för förtal kraftigt av om det kan anses att någon fotograferats på ett sådant sätt att det ger uppfattningen att personen är medveten om fotograferingen. HD antyder även i NJA 2008 s. 946 att det var allt annat än självklart att ansvar för förtal hade kunnat utdömas, med hänsyn till de bedömningar som gjordes i 1992 års fall. Således verkar det som att även ett fotograferat samlag, eller någon annan typ av intim situation, skulle osanktionerat kunna spridas. Att ha samlag eller exempelvis utträtta sina behov på en toalett kan ju knappast vara en ovanlig företeelse i en människas liv och inget som kan anses nedsättande för denne. Så länge innehållet i fotografierna alltså är ”normalt” och det är uppenbart att personen som fotograferas inte var medveten om fotograferingen, förmedlas alltså inga nedsättande uppgifter och ansvar för förtal kan inte komma i fråga, och då finns heller ingen möjlighet till kränkingsersättning. Vidare anser jag det som problematiskt ur legalitetssynpunkt att låta en så osäker aspekt som om fotografierna ger uppfattningen av om personen som fotograferas är medveten om detta, vara avgörande om ett straffansvar för spridandet av bilderna kan utkrävas. Det framstår som allt annat än självklart att kunna förutse hur en domstol skulle kunna uppfatta en sådan sak. Enligt min mening skulle i dessa fall ett krav på samtycke för spridning som den avgörande aspekten betydligt bättre motsvara kraven på förutsägbarhet enligt legalitetsprincipen.

Vidare anser jag, liksom Friberg, att gällande rätt är inkonsekvent med hänsyn till att den som i smygavlyssnar någon kan dömas för olovlig avlyssning (och härför bli skyldig att utge kränkingsersättning), medan den som i smygfilmar går fri såväl från straffansvar som från skadeståndsansvar. Detta framstår för mig som ett ologiskt rättsläge. Kränkningen att i smygfilmnas måste ju rimligen vara lika stor, om inte större, som att i smygavlyssnas?

Således anser jag att det i mitt arbete framgår att den som olovligen blivit fotograferad har väldigt begränsade möjligheter att utfå kränkingsersättning enligt gällande rätt och att de möjligheter som finns är beroende av tillfälligheter som framstår som högst slumpmässiga.

7.2 Gällande rätts förenlighet med EKMR

Enligt artikel 8 EKMR har var och en rätt till respekt för sitt privatliv. I begreppet privatliv innefattas enligt Europadomstolens praxis den enskildas goda rykte, den fysiska och psykiska integriteten, namn och bild, samt en rätt att lämnas i fred; aspekter som aktualiseras när någon fotograferas utan samtycke. Europadomstolen har vidare i flera rättsfall (se exempelvis *Verliere mot Schweiz* och *von Hannover mot Tyskland*) fastställt att denna rätt inte bara innebär att staten ska avhålla sig från sådant handlande som kan kränka denna rätt, utan att den även innebär bl.a. en positiv skyldighet för staten att vidta åtgärder för att skydda den enskilda mot ingrepp i privatlivet, även från andra enskilda. En åtgärd som rimligen kan krävas för

att tillse detta är att staten stiftar lagar eller förordningar som ska avskräcka från sådana ingrepp, samt möjliggöra för en upprättelse när ett sådant ingrepp trots allt skett. I *X och Y mot Nederländerna* konstaterades att, även om staten har ett visst utrymme att själv avgöra vilken typ av reglering som bäst tillförsäkrar den enskilde denna rätt, så måste dessa regleringar innebära ett praktiskt och effektivt skydd för att det ska kunna anses att staten uppfyllt sina positiva skyldigheter. Att det idag saknas ett generellt förbud mot olovlig fotografering kan inte utan vidare tas för intäkt att svensk rätt inte erbjuder det skydd som krävs enligt artikel 8 EKMR, utan det krävs även ett studium av vilka andra regleringar som finns som möjligen kan erbjuda ett skydd för den enskilde att slippa fotograferas utan sitt samtycke. Som ovan visat i avsnitt 7.1. anser jag att den svenska rätten idag dock inte kan erbjuda ett reellt och effektivt skydd. Vid en ”ren” olovlig fotografering (d.v.s. där den som fotograferas inte är medveten om fotograferingen och fotografierna därefter inte sprids) måste det anses att praxis är så pass tydlig på området att det får anses uteslutet att ett straffansvar skulle kunna göras gällande, vilket leder till följderna att inte heller en skadeståndstalan om kränkingsersättning skulle kunna göras gällande. Således kan inte den svenska lagstiftningen anses tillräcklig.

En jämförelse av de principer och situationer som avgjorts i Europadomstolen gällande olovlig fotografering med den svenska regleringen måste göra det än tydligare att den svenska rätten inte kan sägas motsvara det skydd som krävs enligt artikel 8.

I *Verliere mot Schweiz* hade en kvinna smygfilmats av sitt försäkringsbolag. Europadomstolen fastslog att det finns en rätt för den enskilde att slippa bli fotograferad av annan enskild, oavsett om dessa fotografier därefter sprids. Domstolen fann visserligen därefter att ingen kränkning av artikel 8 var för handen, men detta berodde på att schweizisk lag möjliggjorde för domstolarna att göra en avvägning mellan bolagets intresse och den enskildes intresse att inte bli fotograferad. I en liknande situation¹⁸⁴ i Sverige skulle en sådan avvägning inte kunna göras. I själva verket skulle det saknas en reell möjlighet att få saken prövad eftersom personen inte varit medveten om fotograferingen. Enligt min mening måste det stå klart att den här bristen på möjlighet att få sin sak effektivt prövad, där en domstol väger intressena mot varandra innebär att svensk rätt inte kan förenlig med EKMR. Det måste även kunna göras gällande att i situationer där en enskild fotograferar en annan för helt ovidkommande syften, i privata utrymmen, lägger en än större börda på staten att skapa ett skydd i lagstiftningen. Här anser jag, som ovan nämnt, att gällande rätt inte kan anses tillräcklig.

Vidare anser jag att mitt arbete visar på en tydlig lucka mellan det skydd som Europadomstolen ställer upp i *Campmany y Diez de Revenga och Lopez-Galiacho Perona mot Spanien* samt *von Hannover mot Tyskland* och

¹⁸⁴ En närmast identisk situation har faktiskt uppstått i NJA 2007 s. 747 (se avsnitt 1.4.). Rättsfrågan i HD i detta fall var emellertid inte om skadeståndsansvar kunde grundas på SkL, utan om en direkttalan grundat på EKMR kunde föras mellan enskilda. Denna fråga svarades nekande.

det skydd som svensk rätt erbjuder idag. Enda möjligheten idag att sanktionera publicering av fotografier är genom förtalsbestämmelsen. Denna begränsas dock starkt av att uppgifterna som förmedlas måste anses nedsättande för personen. Jag anser, liksom Gunnar Persson uttalat i Juridisk Tidskrift, att det inte hade kunnat komma ifråga att fälla till ansvar för förtal, om prinsessan Caroline blivit utsatt för samma situation i Sverige. De fotografier som publicerats på henne visade högst vardagliga scener, och hade, enligt min mening, inte kunnat bedömas som nedsättande i en svensk domstol.

Av detta sluter jag mig, liksom HD i NJA 2008 s. 946, justitieråd Johan Munck och rådmannen Märit Bergendahl, till att svensk rätt inte kan anses förenlig med EKMR.

7.3 Nya förslaget om kriminalisering av olovlig fotografering

I det följande avsnittet analyseras det nya förslaget ur de olika perspektiv som jag ansett aktuella för mitt arbete. I avsnittet behandlas både straffrätten, skadeståndsrätten, yttrandefriheten och konventionsrätten och hur förslaget ska ses ur dessa olika rättsområdens perspektiv samt hur jag anser att dessa ska vägas mot varandra i den aktuella frågan. Därefter följer en analys om hur det nya förslaget kan anses vara motsvara det skydd för respekten för privatlivet som tillkommer var och en i artikel 8.

7.3.1 Straffrättsliga verkningar av förslaget

Det nya förslaget reser enligt min mening vissa betänkligheter, främst ur legalitetssynpunkt. Mest kritik kan nog framföras mot tekniken att låta vissa platser vara avgörande för när ansvar för olovlig fotografering ska komma i fråga. Lämpligheten i detta kan nog diskuteras i det oändliga, men man kan märka att till skillnad från det tidigare förslaget i SOU 2008:3 har vissa förtydliganden gjorts, i form av ett uppräknande av de platser som typiskt sett aktualiseras, samt att begränsa den förbjudna fotograferingen till sådan som typiskt sett är ägnad att kränka den enskildes personliga integritet. Med detta sagt anser jag att det dock fortfarande kvarstår vissa avgränsningsproblem.

I förslaget säger man att det är fråga om platser som hör till den privata miljön eller annars är avsedd för privata förhållanden som ska aktualisera ett straffansvar för olovlig fotografering. Mest slående när det gäller regleringen om förbud mot olovlig fotografering i någons bostad, är att här inte omfattas trädgård. Detta för att man menar att människor normalt kan se in i andras trädgårdar och då får man även räkna med att bli fotograferad. Frågan är dock först och främst var bostaden slutar? Hur ska man bedöma balkong och veranda? Det skulle visserligen kunna räknas som en del av

trädgården eftersom de är utomhus, men görs det då skillnad om balkongen eller verandan är inglasad? Svårigheterna som framförts i att avgränsa trädgården gör sig således gällande även för bostaden.

När det gäller toaletter, omklädningsrum och andra liknande utrymmen uppkommer än större tolkningsutrymme, med följd att förutsebarheten minskar. Platserna beskrivs i förslaget som utrymmen där en person uppenbart bör fredas mot kränkande fotografering och där en persons förehavanden är av mycket privat karaktär. Även med denna ledning måste framstå som något oklart vad som ska räknas som annat liknande utrymme. Hur är det exempelvis med ett rum där någon ges massage? Är detta ett rum som alltid omfattas, där straffbarheten beror på exempelvis hur avklädd den som masseras är? Eller är detta inte alls ett rum där några privata förehavanden företas i förslagets mening?

Uppenbarligen anser jag liksom Axberger att det finns vissa gränsdragningsproblem, men jag kan ändå inte anse att det skydd som Axberger föreslår i sin artikel, genom utvidgning av sexuellt ofredande och hemfridsbrottet skulle vara en tillfredsställande lösning. Jag anser att en reglering som endast träffar olovlig fotografering av sexuella eller andra intima situationer, samt fotografering in i människors bostäder, skulle riskera att lämna ute en mängd olika situationer som kan kränkande. Exempelvis verkar det som om fotograferandet av någon som utträttar sina behov på en toalett här skulle falla mellan stolarna. Dessutom anser jag att många av de avgränsningsproblem som Axberger vill undvika, kvarstår i och med förslaget om virtuellt hemfridsbrott. Vidare ifrågasätter jag om det verkligen inte skulle kunna finnas situationer där fotograferande in i någons bostad skulle kunna anses vara försvarlig, och därför inte bör straffas. Detta särskilt med hänsyn till den grävande journalistiken.

Trots dessa gränsdragningsproblem, vill jag dock inte påstå att förslaget omedelbart kan sägas strida mot legalitetsprincipen. Ett visst tolkningsutrymme är acceptabelt, om det ges tydliga gränser och kriterier för detta i förarbetena. Det är här dock jag efterfrågar mer ledning i vilka kriterier som ska beaktas vid en bedömning om den plats där ett fotografi togs olovligen är en "annan liknande plats" med en toalett eller ett omklädningsrum.

När det gäller den situationsanknutna fotograferingen görs vidare en avgränsning till fotografering som är ägnad att kränka den enskildes integritet som privatperson. Jag anser, liksom TU, att det här kan uppkomma gränsdragningsproblem om när en person som fotograferas kränks som privatperson eller inte. När upphör exempelvis en artist, vars "image" och varumärke är så starkt knuten till den egna personen, att vara offentlig person och övergår till privatperson? Jag anser även liksom Datainspektionen att regleringen tenderar att bli överflödigt eftersom inte heller jag kan se några situationer där inte försvarlighetsundantaget skulle kunna fånga upp den typen av fotografering som man vill undanta från straffområdet. Det blir på något sätt en fråga om att man sätter upp dubbla

skyddsnet, men som tyvärr, istället för att skapa extra säkerhet, bara förvillar och skapar osäkerhet kring det straffbara i sitt handlande. (En vidare analys av den situationsanknutna fotograferingen görs i avsnittet om förslagets förenlighet med EKMR (nedan).)

När det så slutligen gäller försvarlighetsundantaget ser jag till skillnad från andra (se exempelvis Axbergers artikel i SvJT 2009 s. 468 – 482) inte några jätteproblem med en sådan avgränsning. Enligt min mening ligger det i sakens natur att en avvägning ofta måste ske mellan rätten till skydd för privatlivet och rätten till yttrandefrihet. Det är också vad Europadomstolen gör i sina bedömningar. Jag anser det då naturligt att låta lagrummet stadga om en sådan avvägning mellan dessa båda rättigheter i varje enskilt fall. Lagstiftarens fantasi kan nämligen, enligt min mening, omöjligen föreställa sig alla olika situationer som kan uppkomma där den journalistiska hänsynen kan behöva ges företräde framför den personliga integriteten och hur dessa ska bedömas. En sådan lag skulle också orimligen kunna formuleras. Enligt Europadomstolens praxis är inte heller ett visst skönmässigt utrymme oförenligt med kravet på tydligt lagstöd. (Här finns även, i den konventionskonforma tolkning som de svenska domstolarna tillåts att göra, ett stort antal rättsfall från Europadomstolen att vägledas av i denna avvägning.) En försvarlighetsbedömning är heller inget nytt fenomen inom den svenska lagstiftningen, utan förekommer exempelvis i förtalsparagrafen. Försvarlighetsundantaget blir enligt min mening absolut nödvändig för att en ganska omfattande kriminalisering, som denna, inte ska inskränka yttrandefriheten mer än nödvändigt.

7.3.2 Skadeståndsrättsliga verkningar av förslaget

I det nya förslaget till kriminalisering av olovlig fotografering, görs inga beaktanden av de verkningar bestämmelsen kommer få skadeståndsmässigt, utöver ett blankt konstaterande att kränkingsersättning enligt 2 kap. 3 § SkL kan utgå för den skada som fotograferingen inneburit.¹⁸⁵ Detta upplever jag som ganska förvånande då det kan antas att en betydande andel av dem som blir utsatta för en olovlig fotografering kommer söka ersättning för den kränkning de utsatts för. Största bristen anser jag är att förslaget inte anger vilka intressen som den olovliga fotograferingen kan anses kränka. Visserligen kan det antas att eftersom bestämmelsen placerats i 4 kap. BrB, d.v.s. bland fridsbrotten, att även olovlig fotografering är ett brott som anses angripa den enskildes frid. Av tydlighetsskäl hade det dock varit önskvärt att det hade framgått av förslaget, efter som ett annat intresse som en olovlig fotografering skulle kunna anses kränka är den enskildes ära. Skulle så vara fallet får det även den följden att brottsskadersättning enligt 2 § 2 st. Brottskadelag (1978:413) inte kan utgå.

¹⁸⁵ Ds 2011:1, s. 48

En fråga som kan ställas i samband med den nya reglering är hur ett fall av kränkande olovlig fotografering, där den som fotograferas inte är medveten om fotograferingen, skall bedömas. Eftersom det, enligt förslaget, är fotografering som typiskt sett är ägnat att kränka den personliga integriteten, där personens subjektiva upplevelse saknar betydelse, bör även en sådan fotografering bedömas som olovlig fotografering. När det kommer till kränkningssättning anser jag vidare att HD:s uttalanden i NJA 2007 s. 540, om att det är gärningen som är utgångspunkten för bedömningen och att det därför inte är avgörande om personen är medveten om kränkningen, att det även bör bli möjligt att döma ut kränkningssättning för en sådan fotografering. I sammanhanget vill jag även passa på att bemöta Friberg kritik av HD:s avgörande. Dels anser jag, liksom HD, att det framgår av förarbetena till 2 kap. 3 § SkL att skadan ska bedömas på objektiva grunder och att det därför blir korrekt att tala om en ersättning för själva kränkningen (d.v.s. handlingen). Enligt min mening finns det då kausalitet mellan gärningen och skadan, men att kausaliteten är så att säga hypotetisk, allt enligt ledningen i förarbetena. Men framförallt anser jag att Friberg och jag har olika uppfattningar om vad en kränkningsskada är. Friberg anser att kränkningsskada är efterföljande känslor av lidande, så som sorg, ilska, rädsla m.m. Jag däremot anser att skadan är kränkningen av den personliga integriteten, d.v.s. att någon utan tillstånd gör intrång i den privata sfären. För att en sådan skada ska uppstå, behöver därför inte enligt min mening den skadelidande vara medveten, utan skadan uppstår i och med handlingen.

7.3.3 De yttrandefrihetsrättsliga verkningarna av det nya förslaget

Till att börja med vill jag kommentera TU:s åsikt att den största problematiken med olovlig fotografering sker mellan enskilda som kränker varandra, och att de grundlagsskyddade medierna därför inte bör omfattas. Det är svårt att ifrågasätta att kanske de grövsta fallen av integritetskränkningar sker mellan enskilda, men när man ser till vilken oerhörd genomslagskraft som medierna har idag och vilka konsekvenser ett spridande av kränkande fotografier i medierna kan få, så har jag svårt att se varför medierna ska ha en fredad rätt att klampa in på enskildas privatliv utan eftertanke. Liksom bedömningarna i Europadomstolen visat kan inte yttrandefriheten ges en omedelbar företrädesrätt framför rätten till skydd för privatlivet, utan dessa rättigheter måste vägas mot varandra. Ska detta kunna göras, krävs naturligen att även de grundlagsskyddade medierna omfattas av den nya kriminaliseringen.

När det gäller den kanske oftast framförda invändningen att det blir rättsosäkert för fotografen att inom en tiondels sekund ta ett beslut om straffbarheten i sitt handlande, anser jag att detta inte innebär någon skillnad mellan de överväganden som yrkesfotografens tvingas göra och hobbyfotografens. Självklart kan det påstås att en yrkesfotograf naturligen oftare kommer finna sig i en sådan situation där fotografering skulle kunna ses som känslig, men det kan inte heller bortses ifrån att en yrkesfotograf

även är bättre informerad om det straffrättsliga ansvaret som fotograferandet innebär och måste därför anses bättre lämpad att göra en avvägning än hobbyfotografen. Det ligger även i fotograferandets natur att handlandet går blixtnabbt. Detta förtar dock inte enligt min mening inte det ansvar man har gentemot varandra att visa respekt och beakta den andres integritet. Dessutom framstår det för mig som troligast att de situationer som en fotograf kan hamna i där fotograferandet kan upplevas som integritetskänsligt inte uppkommer på en tiondels sekund, utan oftast sker över en viss tid där fotografen hinner överväga vilka konsekvenser fotograferandet kan få.

När TU vidare påstår att det skulle vara skillnad att på ett brottsligt sätt anskaffa uppgifter genom inbrott och att olovligen fotografera någon, kan jag inte annat än instämma. Att kränka någons personliga integritet måste rimligtvis anses värre än att kränka hemfriden. Att kameran råkar vara fotografens arbetsverktyg istället för dyrken gör ingen skillnad. Det kan heller inte påstås att ansvaret, genom det nya förslaget, flyttas från den ansvariga utgivaren till fotografen. Fotografen har, som nämnts, redan idag straffrättslig ansvar när han anskaffar uppgifter på ett brottsligt sätt och skyddas inte heller av något anonymitetsskydd. Således har ingen ansvarsförskjutning skett.

Slutligen måste jag invända mot SJF:s påstående att det inte saknas kriminalisering eller sanktioner idag mot olovlig fotografering. Inte bara saknas det en sådan reglering rent formellt, men jag anser också att min analys av rättsläget ovan tydligt visar att skyddet är allt annat än tillfredsställande vare sig straffrättsligt eller skadeståndsrättsligt. Vidare kan PON kan inte enligt min mening idag erbjuda ett tillräckligt skydd för den enskildes rätt till respekt för privatlivet. Dels är att märka att majoriteten av PON:s ledamöter utgörs av intressenter från media självt. Dessutom kan nämnden inte besluta om något skadestånd till den enskilda.

Yttrandefriheten är naturligtvis en av de viktigaste grundpelarna i ett fritt och demokratiskt samhälle. Jag anser dock inte att denna rättighet kan anses överordnad alla andra fri – och rättigheter som tillkommer var och en. Vi lever idag i ett informationssamhälle där vi dagligen bombarderas av information om allt från vad Britney Spears gjorde förra helgen eller vad Carola åt till lunch, och jag frågar mig ständigt med vilken rätt media anser sig kunna publicera dessa ”nyheter”. Jag upplever att medias syn på kända personers rätt till sitt privatliv blir allt mer cynisk och rapporteringen blir allt mer närgången. Exempelvis kan nämnas en artikel av Mert Kubu¹⁸⁶, där denne raljerar över att drottning Silvia nyligen, i ett försök att undkomma en närgången fotograf i New York, ramlat och stukat både fot – och handled. Författaren frågar varför det var så farligt för Silvia att hamna på bild, och undrar om situationen skulle betraktas som olovlig fotografering enligt det nya förslaget. Min fråga är istället med vilken rätt fotografen ansåg sig

¹⁸⁶ Kubu Mert, *Drottning Silvias stukade fot – är det ”olovlig fotografering”?*, 2011-04-07, <http://www.blf.se/sv/nyheter/upphovsratt-juridik/582-drottning-silvias-stukade-fot-aer-det-golovlig-fotograferingq.html>, hämtat 2011-04-29

kunna jaga drottning Silvia nedför gatan i jakt på ett foto när drottningen handlade kläder? Borde inte drottningens rätt att vilja lämnas ifred, när hon ägnar sig åt tydligt privata vardagssaker, gå före den nyfikna läsarkretsens intresse att ständigt få veta vad drottning Silvia gör i varje vaken sekund? Enligt min mening kan man inte förringa den känslan som många kända personer har idag, av att de ständigt är bevakade så fort de går utanför dörren. Man behöver inte leta alltför långt tillbaka i minnet för att komma ihåg vad som hände med prinsessan Diana. Jag anser att den här mediekulturen måste förändras. Uppenbart är att de pressetiska reglerna och yrkesreglerna här inte räcker till. Och för att besvara Kubus fråga om situationen vore att anses som olovlig fotografering, (självklart med beaktande av att det alltid är bekymmersamt att uttala sig i det enskilda fallet om hur det hela skulle bedömts i en domstol) så anser jag att fallet ligger på gränsen med tanke på kravet att fotograferingen måste inneburi en allvarlig kränkning. Det faktum att fotografen jagat drottningen när hon försökte komma undan är enligt min mening att anse som en allvarlig kränkning, men en domstol skulle kunna se på saken annorlunda. Därutöver anser jag att fotografen kan ha gjort sig skyldig till ofredande enligt nu gällande reglering.

7.3.4 Nya förslagets förenlighet med EKMR

Genom det nya förslaget om kriminalisering av olovlig fotografering görs ett försök att närma sig det skydd för privatlivet i samband med fotografering som Europadomstolen ställt upp i sin praxis. Framgången i detta är dock enligt min mening inte utan sina reservationer.

Tydligt är att genom en direkt straffbestämmelse om olovlig fotografering, ger man den enskilde en bättre chans till en reell och effektiv prövning när denne blivit kränkt genom fotografering och den enskilde får härigenom både straffrättslig och skadeståndsrättslig upprättelse. Jag anser också att när det gäller den typiska smygfotograferingen vid en platsanknuten fotografering, där den som fotograferas inte är medveten om fotograferingen, så måste förslaget anses motsvara det skydd som krävs enligt artikel 8. När det gäller situationsanknuten fotografering finns det dock anledning att ifrågasätta huruvida den nya regleringen kan sägas vara förenlig med EKMR. I den nya regleringen görs, enligt min mening, ett försök att fånga upp den situation som prinsessan Caroline fann sig i. En omedelbar skillnad kan dock skönjas i att den nya regleringen ställer upp ett krav på att fotograferingen ska vara ägnad att *allvarligt* kränka den personliga integriteten. Här räknas som förslag upp att någon filmar när en annan blir våldtagen eller misshandlad. Dessa är uppenbarligen mycket allvarliga situationer som självfallet vore mycket integritetskränkande om de filmades, men med den höga tröskel som satts för att fotografering i det offentliga ska anses straffbart anser jag att man skjuter högt över målet om man avsett att fånga in Europadomstolens krav på skydd. Fotografierna tagna på prinsessan Caroline gjordes i hemlighet, i helt vardagliga situationer. Detsamma gällde i *Verliere mot Schweiz*. Domstolen

konstaterade att var och en har en rätt att lämnas i fred, även i det offentliga, däremot kan det inte sägas att domstolen krävt att fotograferingen ska ha *allvarligt* kränkt den enskildes rätt till privatliv. Istället lade domstolen fokus på avvägningen mellan de enskildas olika intressen. Kravet på allvarlig kränkning enligt det nya regelverket, kan inte tolkas på annat sätt än att de situationer som uppstått i *von Hannover mot Tyskland* och *Verliere mot Schweiz* inte skulle setts som allvarliga kränkningar i det nya systemet.

I det nya förslaget har, som ovan redogjorts för, inget förslag till kriminalisering av spridningen av olovligen tagna fotografier lämnats. Detta innebär, enligt mitt förmenande, att det fortfarande finns en avsevärd lucka mellan det skydd som Europadomstolen kräver för privatlivet och det som kan erbjudas i svensk rätt. Den enskilde står då nämligen, fortfarande, med enbart förtalsparagrafen som möjlig väg att gå för både en straffrättslig och skadeståndsrättslig upprättelse. Det kan då konstateras att de fotografier som spridits i *von Hannover mot Tyskland* knappats hade kunnat bedömas som förtal. Detta kan inte annat än tolkas som att det, trots det nya förslaget, inte ges ett tillräckligt skydd för privatlivet i svensk rätt för att det ska anses förenligt med EKMR. Jag inser dock, även med de begränsade kunskaper jag har kring de yttrandefrihetsrättsliga frågorna, att det finns många delar att beakta (bl.a. om huruvida brottskatalogen måste utvidgas) när det gäller om ett förbud mot att sprida olovligen tagna bilder ska införas. Jag anser därför att förslaget haft goda skäl att lämna över denna del till Yttrandefrihetskommittén. Däremot är det, enligt min mening, uppenbart att någon slags sanktion måste komma till stånd, både med hänsyn till utvecklingen i Europadomstolen och med hänsyn till den allmänna hänsynen till den personliga integriteten. En eventuell kriminalisering, anser jag dock, inte bör kopplas till huruvida fotografiet tagits olovligen eller inte. Istället bör fokus ligga på vilket innehåll fotografierna har och om spridandet av dessa innebär en kränkning av den personliga integriteten. Liksom utredningen anser jag att det kan blir svårt för en spridare, som inte själv tagit fotografiet, att veta om detta tagits olovligen, om detta skulle göras till ett rekvisit. Läggs istället fokus på vilket innehåll fotografiet har, kan spridaren alltid själv göra en bedömning av om hans eventuella spridande kan leda till straffansvar, med hänsyn till de uppgifter som förmedlas i fotografiet. Detta måste anses det mest riktiga ur legalitetssynpunkt. Jag anser vidare att den situation som utredningen använder för att argumentera emot en lagstiftning, nämligen att någon gett sitt samtycke att fotograferas i en intim situation men att dessa sedan sprids utan samtycke, tydligt visar att kriminaliseringen av spridandet måste vara mycket vidare än om fotografiet tagits olovligen. En situation som denna kan nämligen inte rimligen få gå förbi osanktionerad. En ytterligare anledning till att det behövs mer utredning är att inte heller jag anser att det finns några skäl på att göra skillnad på om spridningen sker i grundlagsskyddat medium eller inte. Att få kränkande fotografier av sig själv publicerade i pressen är antagligen ett än större ingrepp i den personliga integriteten än exempelvis att någon lägger ut fotografierna på Facebook eller ett annat socialt media, eftersom läsarkretsen i pressen är betydligt större.

Det finns vidare, enligt min mening, skäl att överväga om spridningen av integritetskränkande fotografier bäst sanktioneras genom straffansvar. Europadomstolen har fastställt att staten har ett visst utrymme att själv avgöra vilka medel som bäst tillförsäkrar den enskilde skydd mot privatlivet. I *X och Y mot Nederländerna* konstaterades det att det inte alltid är behövligt att den enskilde erbjuds ett straffrättsligt skydd, utan detta beror på vilken aspekt av privatlivet som kränkts. Eftersom det vid olovlig fotografering, handlar om en kränkning av den psykiska (eller ideella om man så vill) integriteten, skulle det kunna antas att en möjlighet till skadestånd skulle anses som tillräckligt för att avskräcka enskilda från att angripa den enskildes privatliv. I *von Hannover mot Tyskland* kan det inte anses framgå att spridandet av integritetskränkande fotografier måste åtföljas av ett straffansvar. Av yttrandefrihetsskäl bör det därför beaktas om inte en möjlighet att föra skadeståndstalan för spridningen av sådana fotografier ger ett tillräckligt skydd för den enskilde. Jag anser därför, liksom Friberg, att det i detta sammanhang finns skäl att se över kravet på brottslig handling vid kränkingsersättningen och överväga om det inte bör införas en alternativ grund för kränkingsersättning vid annat kränkande beteende. Möjligtvis skulle en kriminalisering kunna införas för de allra grövsta brotten, så som spridande av bilder på någon våldtas, på en död som obducerats eller bilder på ett samlag, m.m. En sådan kriminalisering bör rimligtvis inte inskränka yttrandefriheten något nämnvärt, eftersom det får antas att sådana fotografier skulle "rensas bort" redan på redaktionen.

8 Sammanfattning

Detta arbete har syftat till att belysa problematiken bakom en reglering av olovlig fotografering. Utgångspunkten har varit att det kan upplevas som oerhört kränkande att fotograferas utan samtycke och att den enskilde förtjänar någon form av upprättelse när så har skett. I arbetet har jag konstaterat att en person som fotograferats utan samtycke har, enligt gällande rätt, väldigt begränsade möjligheter att kräva ut vare sig straffansvar eller rätten till kränkingsersättning. Detta rättsläge har jag vidare funnit inte kan anses förenligt med det skydd för den enskildes rätt till respekt för sitt privatliv som Europadomstolen ställt upp i bl.a. *von Hannover mot Tyskland* och *Verliere mot Schweiz*. Problematiken i dagens rättsläge har dock inte gått obemärkt förbi, utan i januari år 2011 lämnade Justitiedepartementet ett förslag till kriminalisering av olovlig fotografering. Förslaget innehåller enligt min mening, vissa problem och det fordras vissa klargöranden innan kriminaliseringen kan genomföras. Att det dock behövs någon form av kriminalisering måste anses uppenbar. Genom förslaget görs ett försök att göra svensk rätt förenlig med EKMR. Jag har dock funnit att denna strävan lyckas man inte med fullt ut, framförallt p.g.a. att ingen kriminalisering (eller annan typ av sanktion) av spridande av olovliga tagna fotografier föreslagits. Även om jag anser det nödvändigt att det införs någon typ av sanktion mot spridande av kränkande bilder, bl.a. för att motsvara de krav Europadomstolen ställer på svensk rätt, så inser jag att en sådan reglering av yttrandefrihetsskäl behöver ytterligare utredning. Jag måste dock framhäva att jag, liksom Europadomstolen, inte anser att vare sig yttrandefriheten eller rätten till respekt till privatlivet är obegränsade rättigheter som kan tillåtas att fritt inskränka den andra rättigheten utan sanktioner. Att under yttrandefrihetens paroll tillåta sig att fotografera och publicera allsköns personliga fotografier av en annan enskild enbart för att tillgodose en nyfiken läsarkrets, utan att fotografierna kan anses bidra till den allmänna debatten, kan inte anses acceptabelt. Enligt min mening är dagens förtalsparagraf inte tillräcklig för att erbjuda den enskilde skydd mot sådan sensationsjournalistik, utan här måste en ny reglering införas.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Ds 2011:1, *Olovlig fotografering*
- Prop. 1990/91:64, *Om yttrandefrihetsgrundlag m.m.*
- Prop. 1993/94:117, *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri – och rättighetsfrågor*
- Prop. 1997/98:43, *Tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens tillämpningsområden – barnpornografifrågan m.m.*
- Prop. 2000/01:68, *Ersättning för ideell skada*
- Prop. 2004/05:45, *En ny sexualbrottslagstiftning*
- SOU 1947:60, *Förslag till Tryckfrihetsförordning*
- SOU 1953:14, *Förslag till Brottsbalk*
- SOU 1974:85, *Fotografering och integritet*
- SOU 1980:8, *Privatlivets fred*
- SOU 1983:70, *Värna yttrandefriheten*
- SOU 1993:40, *Fri – och rättighetsfrågor, Del B, Inkorporering av Europakonventionen*
- SOU 2007:22, *Skyddet för den personliga integriteten, kartläggning och analys*
- SOU 2008:3, *Skyddet för den personliga integriteten, bedömningar och förslag*
- SOU 2010:71, *Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag*

Litteratur

- Agell & Malmström, *Civilrätt*, Nittonde upplagan, Liber AB, Falköping 2006

- Bernitz Ulf, *Sverige och europarätten*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2002
- Bernitz Ulf, m.fl., *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Tionde upplagan, Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2008
- Bernitz Ulf, Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Fjärde upplagan, Nordstedts Juridik AB, Mölnlycke 2010
- Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Tredje upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2007
- Davidson Bo, Patel Runa, *Forskningsmetodikens grunder. Att planera, genomföra och rapportera en undersökning*, Tredje upplagan, Studentlitteratur AB, 2003 Lund
- Diesen Christian (red), *Brottsoffrets rätt*, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995
- Cameron Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Sjätte upplagan, Iustus Förlag AB, Västerås 2011
- Friberg Sandra, *Kränkningersättning, skadestånd för kränkning genom brott*, Iustus Förlag, Uppsala 2010
- Hellner Jan, Radetzki Marcus, *Skadeståndsrätt*, Sjunde upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm 2006
- Holmqvist m.fl., *Brottsbalken. En kommentar. Del I*, Studentutgåva 6, Nordstedts Juridik, Vällingby 2009
- Jareborg Nils, *Brotten, Första häftet, Grundbegrepp, Brotten mot person*, Andra upplagan, P A Nordstedt & söners förlag, Stockholm 1984
- Jareborg Nils, *Allmän kriminalrätt*, Iustus Förlag, Göteborg 2001
- Karlgren Hjalmar, *Skadeståndsrätt*, Femte upplagan, P.A. Nordstedt & Söners Förlag, Stockholm 1972
- Olsson R Anders, *Yttrandefrihet & tryckfrihet. Handbok för journalister*, Sjätte upplagan, Studentlitteratur AB, Ungern 2009
- Strömberg Håkan, Axberger Hans – Gunnar, *Yttrandefrihetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2004

- Warnling – Nerep Wiweka, *En orientering i tryckfrihet & yttrandefrihet*, Andra upplagan, Jure AB, Stockholm 2003

Tidsskrifter

- Axberger Hans – Gunnar, *Integritetsskydd i perspektiv*, SvJT 2009 s. 468 – 482
- Bergendahl Märith, *Integritetsskyddet vid smygfilmning*, SvJT 2009 s. 452 – 467
- Cameron Iain, *Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna*, SvJT 2006 s. 553 – 588
- Munck Johan, *Synpunkt på integritetsskyddsfrågor*, SvJT 2009 s. 499 – 505
- Persson Gunnar, *Förtal i kvällspressen – Mikael Persbrandt mot Expressen*, JT 2006/07 s. 907

Internet

- Hemsidan för Allmänhetens Pressombudsman www.po.se
- Brottoffermyndighetens hemsida, www.brottoffermyndigheten.se
- Infotorgs hemsida, <https://www5.infotorg.se>
- Mark Klambergers blogg, <http://klamberg.blogspot.com/>
- Nationalencyklopedins hemsida, www.ne.se

Övrigt

- Brottförebyggandet rådets remissvar över Ds 2011:1, 2011-04-19
- Datainspektionens yttrande över Ds 2011:1, 2011-04-19, Diariernr 128-2011
- *Etiska regler för press, TV och radio*, <http://www.po.se/regler/pressetiska-regler>
- Europadomstolens beslut i mål E.S. v. Sweden, nr 5786/08, den 14 januari 2009
- Journalistförbundets remissyttrande över Ds 2011:1, 2011-04-19, Dnr 12/2011
- Kammarrätten i Sundsvalls remissyttrande över Ds 2011:1, 2011-03-21
- Kubu Mert, *Drottning Silvias stukade fot – är det "olovlig fotografering"?*, 2011-04-07
- Skatteverkets yttrande över Ds 2011:1, 2011-04-26
- Socialförvaltningen i Stockholms Stads yttrande över Ds 2011:1, 2011-02-15, DNR 1. 60029/2011
- Statens svar till Europadomstolen i ärendet E.S. mot Sverige nr 5786/08, den 5 maj 2009
- Svenska Tidningsutgivareföreningens remissvar om Ds 2011:1, 2011-04-12

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

- NJA 1989 s. 131
- NJA 1991 s. 188
- NJA 1991 s. 512
- NJA 1992 s. 532
- NJA 1992 s. 594
- NJA 1996 s. 418
- NJA 2005 s. 462
- NJA 2007 s. 540
- NJA 2007 s. 747
- NJA 2008 s. 946
- Svea HovR mål nr B 1831-06

Europadomstolen

- *Burghartz mot Schweiz*, nr 16213/90, den 22 februari 1994
- *Campmany y Diez de Revenga och Lopez-Galiacho Perona mot Spanien*, (dec), nr 54224/00, den 12 december 2000
- *Castells mot Spanien*, nr 11798/85, den 23 april 1992
- *Handyside mot Förenade Konungariket*, nr 5493/72, den 7 december 1976
- *Klass m.fl. mot Tyskland*, nr 5029/71, den 6 september 1978
- *Observer och Guardian mot Förenade Konungariket*, nr 13585/88, den 26 november 1991
- *Peck mot Förenade Konungariket*, nr 44647/98, den 28 januari 2003
- *P.G. and J.H. mot Förenade Konungariket*, nr 44787/98, den 25 september 2001
- *Radio Twist A.S. mot Slovakien*, nr 62202/00, den 19 december 2006
- *Silver m.fl. mot Förenade Konungariket*, nr 5947/72 m.m., den 25 mars 1983
- *Stubbings m.fl. mot Förenade Konungariket*, nr 22083/93 .m.m., den 22 oktober 1996
- *Sunday Times mot Förenade Konungariket*, nr 6538/74, den 26 april 1979
- *Schiessel mot Österrike*, (dec) nr 42409, den 21 februari 2002
- *Swedish Engine Drivers' Union mot Sverige*, nr 5614/72, den 6 februari 1976
- *Verliere mot Schweiz*, nr 41953/9, den 28 juni 2001
- *von Hannover mot Tyskland*, nr 59320/00, den 24 juni 2004
- *White mot Sverige*, nr 42435/02, den 19 september 2006
- *X and Y mot Nederländerna*, nr 8978/80, den 26 mars 1985