



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Charlotte Gershagen

Integritetskränkande fotografering ur ett rättighetsperspektiv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: VT13

Innehåll

INTEGRITETSKRÄNKANDE FOTOGRAFERING UR ETT RÄTTIGHETSPERSPEKTIV	1
SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	8
1.1 Bakgrund	8
1.2 Syfte och frågeställning	9
1.3 Avgränsning	10
1.4 Disposition	10
1.5 Metod och material	11
2 VAD ÄR PERSONLIG INTEGRITET OCH VILKET ÄR SAMBANDET MED OLOVLIG FOTOGRAFERING?	14
2.1 Vad innebär en rätt till personlig integritet och varför är det skyddsvärt?	14
2.1.1 Inledning	14
2.1.2 Introduktion till personlig integritet	15
2.1.3 Slutsatser	19
2.2 Vilket är sambandet mellan personlig integritet och fotografering?	20
2.3 Var går gränsen för vad som är skyddsvärt i den personliga integriteten?	21
2.3.1 Inledning	21
2.3.2 Var går gränsen vid fotografering?	22
2.4 Sammanfattning	23
3 EUROPAKONVENTIONEN OCH SKYDDET FÖR PERSONLIG INTEGRITET VID FOTOGRAFERING	25
3.1 Rätten till privatliv och personlig integritet enligt artikel 8	25
3.1.1 Skyddet för personlig integritet	25
3.1.2 Skyddet mot integritetskränkande fotografering	26
3.1.2.1 Vilken betydelse har det <i>var</i> fotograferingen sker?	27
3.1.2.2 Vilken betydelse har fotografiernas <i>innehåll</i> ?	30
3.1.2.3 Vilken betydelse har <i>spridningen</i> av fotografierna?	30
3.1.2.4 Sammanfattning	33

3.1.3	Statens skyldighet att agera	33
3.1.3.1	Statens positiva förpliktelser att skydda den personliga integriteten	33
3.1.3.2	Statens förpliktelser vid <i>val av metod</i> för att skydda den personliga integriteten	34
3.1.3.3	Betydelsen av vilken aspekt av privatlivet som berörs för statens skyldigheter	35
3.1.3.4	Sammanfattning	36
3.2	Avvägning av rätten till privatliv mot yttrandefrihet och undantagen i artikel 8.2	36
3.2.1	Undantagsbestämmelsen i artikel 8.2 och dess betydelse vid statens positiva förpliktelser	36
3.2.2	Yttrandefriheten i artikel 10 och dess förhållande till personlig integritet vid fotografering	37
3.3	Slutsatser om vilket skydd som krävs för den personliga integriteten vid vissa specifika fotograferingssituationer	39

4 SVENSK NATIONELL RÄTT OCH SKYDDET FÖR PERSONLIG INTEGRITET VID FOTOGRAFERING 42

4.1	Inledning	42
4.2	Grundlagsskyddet för fotografering	42
4.2.1	Tillämpliga regelsystem – Yttrandefrihetsgrundlagarna eller regeringsformen	42
4.2.2	Skydd för fotografering <i>enligt</i> yttrandefrihetsgrundlagarna	43
4.2.3	Skyddet för fotografering <i>utanför</i> yttrandefrihetsgrundlagarna	44
4.3	Grundlagsskyddet för personlig integritet vid fotografering	45
4.3.1	Målsättningsstadgandet i regeringsformen	45
4.3.2	Materiellt grundlagsskydd	45
4.4	Det straffrättsliga skyddet för integriteten vid fotografering	47
4.4.1	Inledning	47
4.4.2	Ofredande och sexuellt ofredande	48
4.4.2.1	Om brottens tillämplighet vid integritetskränkande fotografering	48
4.4.2.2	Analys av ofredandebrottens tillämplighet och brister vid integritetskränkande fotografering	51
4.4.3	Förtal	51
4.4.3.1	Om förtalbrottets tillämplighet vid integritetskränkande fotografering	51
4.4.3.2	Analys av förtalsbrottets tillämplighet och brister vid integritetskränkande fotografering	54
4.4.4	Propositionen om kriminalisering av "kränkande fotografering"	55
4.4.4.1	Kort om bakgrunden och tidigare utredningar	55
4.4.4.2	Förslaget om "kränkande fotografering"	56
4.5	Rätten till kränkingsersättning vid integritetskränkande fotografering	57
4.5.1	Allmänt om ideellt skadestånd	57
4.5.2	Kan <i>en enskild person</i> åläggas skadeståndsansvar för <i>kränkning</i> med direkt tillämpning av Europakonventionen?	58
4.6	Skyddet mot integritetskränkande fotografering enligt övrig materiell rätt	59
4.7	Avslutande kommentar	60

5 SVENSK NATIONELL RÄTTS FÖRENLIGHET MED EUROPAKONVENTIONEN 61

5.1	Inledning	61
5.2	Skydd mot fotografering som är integritetskränkande	62
5.2.1	Allmänt om skyddet	62
5.2.2	Smygfotografering i intima situationer och på privata platser	62

5.2.3	Fotografering på allmän plats	63
5.2.3.1	Fotografering utan att det föreligger ett allmänintresse	63
5.2.3.2	Bedömningen då ett allmänintresse förligger vid fotografering	65
5.2.4	Analys av <i>E.S. mot Sverige</i> angående skyddet mot smygfilmning av intima situationer	66
5.3	Skydd mot <i>spridning</i> av integritetskränkande fotografier	67
5.3.1	Publicering av integritetskränkande fotografier i och utanför yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde	68
5.3.2	Övrig spridning av kränkande bildupptagning	70
5.4	Avslutande kommentarer	71
6	AVSLUTNING	73
6.1	De lege ferenda	73
6.1.1	Inledning	73
6.1.2	Smygfotografering i intima situationer och på privata platser	73
6.1.3	Annan påträngande fotografering på allmän plats	74
6.1.4	Olovlig publicering av bildupptagning i och utanför yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde	75
6.1.5	Övrig spridning av integritetskränkande bildupptagning	75
6.2	Slutord	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	79
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	83

Summary

Is the possibility for privacy long gone as a consequence of mobile cameras and easily attainable surveillance camera equipment?

The discussion on personal integrity and its correlation with photography is not a new one. However, recent inventions and new fast communication channels through the internet has elevated the actuality of the issue, and a stronger protection against secret photographing and filming (the technological “Peeping Tom”) has become increasingly important. Furthermore, the question is closely connected to media’s taking and publishing of photographs of public figures, also in utterly private situations.

The purpose of the essay is to examine whether the protection under Swedish national law against images taken and spread (including through publishing) without consent is sufficient. The purpose is attained by comparing the protection for private life in the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) article 8 to Swedish national law. Photographing by public authorities is excluded, and while only photography is mentioned in the text, filming is also included.

The task to define personal integrity and the limits for what should be considered a protected area is a difficult one, especially considering its subjective character. Two main characteristics can however be found in the legal doctrine: firstly, the individual’s right to his/her own body and the control thereof and further considerations of his/her well being; and secondly, the individual’s interaction with society/the group/other human beings and the importance of having control over what is communicated about oneself to others. The individual’s right to decide over his/her body includes a right not to be photographed without having consented to it, since it breaches the right to control the use of one’s image. Furthermore, the spreading of one’s image infringes the right to decide by whom it may be viewed, and consequently people, who were not intended to, receive private information about the individual.

Article 8 of the ECHR protects (inter alia) the right to private life, which extends to protection of a persons picture against the abuse of others. The member states have positive obligations to secure the right to private life also in the sphere of the relations of individuals between themselves. The obligation depends on which aspect of private life that is at issue. Recourse to criminal law is not necessary, except when fundamental values and essential aspects of private life are concerned. For the rest, the right to damages or other measures may be employed, providing they are clear and provides a practical and effective protection.

According to the case-law of the European Court of Human Rights (ECtHR), three different acts can be distinguished that may give rise to an infringement of the right to private life: the taking of photographs without consent, the possession of the taken photographs and thirdly the spreading of such photographs. Regarding the taking of photos, naked and intimate situations that show a persons sexual life or sexual orientation concern such fundamental values and essential aspects of private life as

mentioned above. The same is true regarding a person's home or other private places, such as toilets and dressing rooms. A more difficult situation to assess is when someone is photographed in a public place in a non-intimate situation. The ECtHR has established that those situations are included in the protection of private life, and in such cases private life shall be balanced against the freedom of expression in article 10 in order to decide whether the means used to protect it falls within the state's margin of appreciation. The principles derived from *Von Hannover v. Germany (no. 2)* decide, and a decisive factor is whether the photos contribute to a debate of general interest.

The spreading of photos give rise to the protection of the reputation *and* the right not to be viewed by more people than what a person in that situation could legitimately expect. Also in these situation a fair balance shall be struck according to the Von Hannover-case above.

Swedish national law lacks a general right to privacy. It is not included in the Constitution's (*Regeringsformen*) catalogue of rights or otherwise protected in a practical way under the Constitution. As to criminal law, one is limited to the crimes of molestation and sexual molestation which, however, require that the victim must have perceived the filming (concerning sexual molestation this criterion is unclear); and defamation, which requires that the photograph is meant to expose someone for the contempt of others. The government proposed in a bill in February 2013 to criminalize "intrusive photography" (*kränkande fotografering*) which refers to unauthorized photographing in homes or other similar private places.

There is a necessity in Swedish national law to strengthen privacy protection in relation to photographs, since Sweden does not live up to the requirements of the ECHR. One reason is the strong constitutional safeguards in the Freedom of the Press Act (TF) and the Fundamental Law on Freedom of Expression (YGL), which protect inter alia free publication and anonymity of photographers. An adoption of the government's bill will bring the legislation one step closer to fill the gap. However, it remains a deficiency that public persons are not protected from the taking or publishing of their images under Swedish national law except for the few circumstances where the defamation offence may be applied, which also is a crime under TF and YGL. Furthermore, some kind of increased protection against photographing in public places is necessary, whereas in those circumstances private law provisions would be sufficient.

Finally, I advocate that the government's bill is adopted, and that a privacy violation offense concerning the spreading of photographs could be included in the Penal Code and the catalogue of offences in TF and YGL. Furthermore, a ground for indemnity liability could be established for violations of someone's right to privacy.

Sammanfattning

Är tiden för privatliv förbi i och med de nya möjligheterna att fotografera med mobilkameror och installera privat övervakningsutrustning?

Diskussionen om personlig integritet och dess samband med bildupptagning är inte ny. Däremot har teknikens utveckling och nya snabba kommunikationsvägar via internet bidragit till att frågan är högaktuell och ett ökat skydd mot smygfotoografering och filmning blivit allt viktigare. Tätt sammankopplat är frågan om pressens fotoografering och publicering av fotografier av offentliga personer, även i synnerligen privata situationer.

Uppsatsens syfte är att mot den bakgrunden utreda om det finns ett tillräckligt starkt skydd i Sverige mot *fotografering* som sker utan den avbildades samtycke och *spridning* av sådana fotografier, genom att jämföra skyddet för privatlivet enligt Europakonventionen med skyddet enligt svensk nationell rätt. När enbart fotoografering nämns åsyftas även filmning. Fotoografering och filmning som sker av det allmänna utesluts från uppsatsen.

Det är svårt att definiera personlig integritet och var gränsen för ett skyddsvärt område bör gå då det främst bygger på en subjektiv upplevelse. Man kan däremot finna två grundläggande tankar för skyddet inom den rättsliga litteraturen: individens självbestämmanderätt och välbefinnande respektive den sociala gruppgemenskapen och vikten av att kunna bestämma själv vilken bild som ska förmedlas och vad omvärlden får ta del av. Av hänsyn till individens självbestämmanderätt ingår en rätt att inte utan samtycke bli fotograferad av annan då det strider mot rätten att själv kontrollera användandet av den egna bilden. Därutöver innebär spridning av fotografier att andra människor och gruppgemenskapen får ta del av information om individen som inte var avsedd för dem.

I Europakonventionens artikel 8 skyddas bland annat rätten till privatliv. Olovlig fotoografering omfattas av skyddet för privatliv och medlemsstaterna har en positiv förpliktelse att skydda enskilda vis-à-vis andra enskilda. Kraven på skyddsåtgärder beror på vilken aspekt av privatlivet som berörs och hur allvarlig kränkningen är. Det krävs inte nödvändigtvis straffrättsligt skydd, förutom då fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet står på spel. I övrigt kan skadeståndsrättsliga regler eller andra metoder vara tillräckliga, så länge de är tydliga samt ger ett praktiskt och effektivt skydd.

Olika typer av handlingar vid olovlig fotoografering kan enligt Europadomstolens praxis utgöra kränkningar: själva fotoograferingen (även i uppsatsen kallat bildupptagning), innehav av tagna fotografier, och spridning av desamma. Avseende olovlig fotoografering utgör nakna eller annars intima situationer som blottar en persons sexualliv eller sexuella läggning sådana fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet som erfordrar starkare skydd. Likaså fotografier tagna i hemmet eller på andra särskilt privata platser såsom toaletter och omklädningsrum. En mer svårbedömd situation är då en person fotograferas på en allmän plats i färd att utföra all dagliga

sysslor. Europadomstolen har dock slagit fast att det inkluderas i rätten till privatliv och att en sådan situation ska vägas mot yttrandefriheten, enligt de fem faktorerna i *Von Hannover mot Tyskland (Nr 2)*, för att pröva om det ryms inom statens ”margin of appreciation”, då en avgörande faktor är huruvida det finns ett allmänt intresse av sådan fotografering. Spridning av fotografier aktualiserar skydd för ryktet och rätten att inte bli beskådad, och en persons legitima förväntan av hur många som i en viss situation kan beskåda ens handlingar blir då avgörande. I dessa situationer ska en avvägning återigen göras mot yttrandefriheten enligt de fem faktorerna i *Von Hannover mot Tyskland (Nr 2)*.

I svensk nationell rätt saknas ett generellt skydd för privatlivet. Det finns inte upptaget i regeringsformens rättighetskatalog eller skyddas på annat praktiskt sätt enligt grundlagen. Straffrättsligt är man hänvisad till ofredande och sexuellt ofredande, vilket dock erfordrar att den filmade ska ha uppfattat filmningen (vid sexuellt ofredande är det oklart om det gäller eller inte) samt förtal, vilket förutsätter att det spridda fotografiet är ägnat att utsätta någon för andras missaktning. Regeringen lade fram en proposition i februari 2013 om att kriminalisera ”kränkande fotografering”, vilket åsyftar olovlig fotografering i hemmet eller liknande privata platser.

Det finns ett behov i svensk rätt att stärka integritetsskyddet vid fotografering då det i jämförelsen med Europakonventionen konstateras att Sverige inte lever upp till dess krav. En orsak är yttrandefrihetsgrundlagarnas starka skydd för publicering av fotomaterial och fotografers meddelarfrihet. Om propositionen antas fylls en del av bristen. Återstår gör dock det faktum att offentliga personer inte över huvud taget skyddas mot fotografering och publicering av fotografier av dem enligt svensk rätt, med undantag för enligt förtalsbrottet som kan tillämpas även på grundlagsskyddade medier. Det krävs någon form av förstärkning av skyddet mot fotografering på allmän plats, även om det är tillräckligt med civilrättsligt skydd.

Slutligen förespråkas att regeringens proposition antas och att det läggs fram förslag om ett privatlivskränkingsbrott som tar sikte på spridning/publicering i brottsbalken och yttrandefrihetsgrundlagarnas brottskatalog. Vidare skulle en skadeståndsgrund kunna utformas som ger rätt till ideellt skadestånd vid kränkning av privatlivet.

Förord

Tack Karol Nowak (som aldrig badade i Genesarets sjö, men i kunskapens källa) för inspirerande och trevlig handledning, och tack även Jan Södergren som med stor generositet delat med sig av sina dokument rörande *E.S. mot Sverige*.

Ett speciellt tack till Martina Blomberg som genom åren i Lund berikat mitt liv med musik, mat, kloka tankar och rödvin. Slutligen, vänner i exjobbsrummet under våren 2013, tusen tack för en härlig tid!

Förkortningar

EKMR	Den europeiska konventionen (den 4 november 1950) om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ERT	Europarättslig Tidskrift
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakommissionen	Den europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Se EKMR ovan
JO	Justitieombudsmannen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
RF	Regeringsformen (KK 1974:152)
SkL	Skadeståndslagen
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen (KK 1949:105)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen (SFS 1991:1469)

”I said be careful, his bow tie is really a camera”

America, by Simon & Garfunkel,

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Är tiden för privatliv förbi i och med de nya möjligheterna att fotografera med mobilkameror och installera privat övervakningsutrustning? Får vem som helst ostraffat fotografera någon annan och publicera fotografiet?

Diskussionen om personlig integritet är på intet sätt ny. Inte heller den om personlig integritet vid olovlig fotografering. Vad som däremot är nytt är tekniken och dess användning. Idag kan vem som helst med sin mobiltelefon ta ögonblicksbilder och filmer eller köpa billig övervakningsutrustning och installera på hemliga ställen. Addera internet och dess nya kommunikationsvägar och därmed möjligheten att med blixstens hastighet sprida intima fotografier som kan drabba den avbildade mycket hårt och personligt. I digital version kan fotografier och filmer snabbt överföras och sparas ner för att därigenom förevigas.

Den nya tekniken är positiv på många sätt men det finns faror. Ulf Widebäck menar att den nya tekniken har överfört ”skräcken för Storebror staten” till en skräck för andra individers intrång, då de så lätt kan ta fotografier och sprida dem.¹ Under december 2012 spred sig ett ungdomsupplopp i Göteborg mot bakgrund av ett konto på det bildbaserade sociala nätverket Instagram² där unga flickor hade hängt ut genom fotografier med nedsättande kommentarer. Vidare har integritetsfrågan vid fotografering aktualiserats av Prinsessan Caroline av Monaco som i flera år drivit kampanjer för att förbjuda publicering av bilder på henne av privat karaktär, vilket slutligen ledde hela vägen till Europadomstolen och resulterade i två domar varav en från stor kammare.³ Dessutom, när denna uppsats författas, uppmärksammas i media Drottning Silvias anmälan av ett fotomontage föreställande Drottningen i kränkande ställning till Pressens Opinionsnämnd.⁴

Inom den juridiska sfären kan man i nuläget ana en inte oväsentlig utveckling. Redan 1966 föreslog Integritetsskyddskommittén en straffbestämmelse om olovlig fotografering, men först i februari 2013 lade regeringen fram en, jag vill påstå efterlängtd, proposition om kriminalisering av ”kränkande fotografering”. Lagstiftaren arbetar således med frågan om olovlig och integritetskränkande fotografering och Sverige är under uppsatsens författande under prövning i

¹ Widebäck, Något om integritetsskydd och Internet, s. 367.

² Instagram är ett socialt nätverk med ca 80 miljoner användare där man kommunicerar genom bilder som även kan kommenteras. För mer information, se till exempel www.icakuriren.se/Test-Rad/Konsument/Sa-funkar-det-Instagram/ eller <http://instagram.com/>.

³ Se Von Hannover mot Tyskland (Europadomstolens dom den 24 juni 2004) och Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) (Europadomstolens dom den 7 februari 2012).

⁴ Se till exempel <http://bloggar.expressen.se/thomasMattsson/2013/02/drottningen/>, http://www.svd.se/kultur/drottningen-anmaler-tidningar_7931046.svd, <http://www.dagensmedia.se/nyheter/print/article3642835.ece>.

Europadomstolens stora kammare avseende integritetsskyddet vid fotografering, en dom som väntas på med spänning.

Således är det oerhört aktuellt och viktigt att ställa frågan på sin spets. Vilket skydd finns det mot att andra olovligen fotograferar oss och/eller sprider dessa fotografier, och hur bör det skyddet lämpligast utformas? Detsamma gäller för filmmaterial, vilket kan vara ännu intimare, och exempel från rättspraxis visar att smygfilmning av andras samlag inte är straffbart under svensk rätt, inte heller spridning av sådan film om inte andra omständigheter föranleder att förtalsbrott har begåtts. Att tekniken kommer långt före lagstiftningen är inte så konstigt, Ulf Widebäck menar till och med att det ligger i sakens natur.⁵ Men hur långt efter bör lagstiftaren inträda?

Följaktligen har den tekniska utvecklingen skapat en rädsla att smygfilmning med dold kamera är den nya flugan.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att utreda om det finns ett tillräckligt starkt skydd i Sverige mot fotografering som sker utan den avbildades samtycke, eftersom det är ett problem som ökar i takt med den tekniska utvecklingen vilken möjliggör snabb spridning av sådana fotografier genom nya kommunikationskanaler. Utredningen genomförs ur ett rättighetsperspektiv – enligt rätten till privatliv och personlig integritet – och ambitionen är att analysera det skydd som finns och huruvida det är tillfredsställande. Utifrån detta syfte kan en huvudsaklig frågeställning formuleras:

Vad finns det för skydd i Sverige för den personliga integriteten vid kränkande och/eller olovlig bildupptagning och vid spridningen av sådan bildupptagning, som sker av enskild, och är skyddet tillfredsställande?

Uppsatsen behandlar både filmning och fotografering, då det inte finns någon anledning att skilja de båda åt. För enkelhetens skull och av meningsbyggnadsskäl skrivs oftast enbart fotografering ut, men såvida inget annat särskilt anges åsyftas även filmning. Även bildupptagning används som samlingsbegrepp för fotografering/filmning.

För att förtydliga dispositionen delas frågeställningen upp i delmoment enligt följande.

- a) Vad menas med personlig integritet och varför är det skyddsvärt?
- b) Vilket skydd erbjuder *Europakonventionen* personer vid integritetskränkande fotografering och spridning av sådana fotografier?
- c) Vilket rättsligt skydd har personer enligt *svensk nationell rätt* för sin personliga integritet vid integritetskränkande fotografering och spridning av sådana fotografier?
- d) Uppfyller det svenska skyddet *Europakonventionens* krav och tillhandahålls ett även i övrigt önskvärt skydd för integriteten?

I uppsatsen talas om *Europakonventionen* respektive *svensk nationell rätt*, trots att *Europakonventionen* de facto utgör svensk lag. Detta görs för att tydliggöra vilka krav

⁵ Widebäck, Något om integritetsskydd och Internet, s. 365.

Europakonventionen ställer, och eftersom det rör sig om statens positiva förpliktelser, hur de har införlivats i svensk rätt.

1.3 Avgränsning

Ämnet måste avgränsas i vissa aspekter. Vad gäller Europakonventionens status enligt svensk lag nöjer jag mig med antagandet att Sverige är bunden av Europakonventionen och av det följer postulatet att *Sverige är skyldig följa Europadomstolens praxis*.

Fotografering och filmning som sker av *det allmänna* utesluts eftersom det aktualiserar annorlunda motstående intressen (till exempel intresset av brottsprevention och den allmänna säkerheten) och kan rättfärdigas av skäl som inte är relevanta då enskilda individer är aktörer.

Vidare utesluts de pressetiska reglerna och Pressetiska ombudsmannen, eftersom reglerna inte är bindande lagregler utan ”tumregler som anvisar tidningarna rörande publicistiska beslut”.⁶ Därmed kan de inte försäkra enskildas skydd på samma sätt som bindande normer.

För att utreda vilket skydd som finns enligt svensk nationell rätt behandlas en del straffrättsliga bestämmelser. Dock ligger fokus i uppsatsen på ett rättighetsperspektiv och inte på straffrättsliga aspekter. Trots att frågan om en kriminalisering av olovlig eller kränkande fotografering diskuteras utesluts diskussionen kring vad som krävs för en nykriminalisering av ett tidigare straffritt beteende.⁷

Förhållandet mellan yttrandefriheten och rätten till privatliv är ett problematiskt ämne som har engagerat många flitiga skribenter. Det är relevant för mitt arbete, då en utvidgning av rätten till privatliv inte sällan oundvikligen medför en inskränkning av yttrandefriheten och informationsfriheten, och det förstärkta grundlagsskyddet i Tryckfrihetsförordningen och Yttrandefrihetsgrundlagen måste beaktas vid ett skydd mot olovlig fotografering. Emellertid bör understrykas att yttrandefrihetsrättsliga frågor behandlas med olika djup med hänsyn till vad som kan anses vara intressant ur integritetssynpunkt. Till exempel uppmärksammas kort processrättsliga aspekter vid yttrandefrihetsmål och gränsdragningen för vad som är grundlagsskyddade medier, men det analyseras inte på djupet. Fokus ligger istället på när yttrandefriheten kan anses påverka integritetsskyddet.

1.4 Disposition

Uppsatsens disposition följer delmomenten a) – e) i stigande ordning enligt kapitel 1.1. Kapitel 2 inleder med en introduktion till personlig integritet och dess utveckling som beaktansvärd rättighet samt vad personlig integritet innebär i samband med integritetskränkande fotografering. Det följs i kapitel 3 av en redogörelse för Europakonventionens skydd för privatlivet och dess koppling till integritetskränkande

⁶ <http://www.po.se/regler/lagregler>.

⁷ För en närmare analys av den frågan, se istället Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder*.

fotografering i kapitel tre. Vidare utgör kapitel 4 en beskrivning och analys av skyddet för integritetskränkande fotografering enligt svensk nationell rätt.

De tre inledande kapitlen är till stor del deskriptiva med både löpande analys och separata avsnitt som betecknats analys. Formatet har valts för att undvika upprepningar under uppsatsens gång och för att en röda tråd ska kunna följas genom hela uppsatsen.

Kapitel 5 utgör till stor del en analys av resultatet av kapitel 3 och kapitel 4 i förhållande till varandra, med andra ord jämförs svensk nationell rätt med Europakonventionens rättighetskydd.

Avslutningsvis framförs vissa kommentarer och ett de lege ferenda resonemang anförs i syfte att stärka skyddet.

1.5 Metod och material

Vilken metod som använts skiljer sig bitvis åt mellan de olika kapitlen och därför redovisas varje kapitel för sig. Kapitel 2-4 är delvis deskriptiva och delvis analytiska, genom att analysen av skyddet sker löpande i texten. Kapitel 5 och 6 utgörs främst av analys och slutsatser som baseras på tidigare redogörelser.

I **kapitel 2** är ambitionen inte att vara heltäckande och redogöra för alla tankar om vad personlig integritet är, utan att ge en introduktion till dess utveckling som beaktansvärd rättighet och vad personlig integritet innebär. Således har inledningsvis de främsta och tidigaste amerikanske verken använts (Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, och Westin⁸, *Freedom and Privacy*). De har även citeras av inom ämnet erkända författare inom svensk juridisk doktrin, bland annat Åke Lögberg och Stig Strömholm, samt i flera statliga utredningar och betänkanden. Stig Strömberg är välciterad inom svensk doktrin om personlig integritet och har publicerat flera artiklar och böcker i ämnet. Övrig doktrin utgörs av vedertagna verk inom svensk juridik. Vidare har Integritetskyddskommitténs och andra statliga utredningars betänkande citerats som väl sammanfattar rättsläget. Även i den löpande texten i kapitlet kommenteras citerat material och författares bakgrund.

I **kapitel 3** redogörs för Europakonventionens skydd för privatlivet och således har ”Europakonventionsrättslig” juridisk metod tillämpats, med löpande analys av Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Till hjälp har jag, utöver konventionstexten och rättsfallsanalyser, främst hänvisat till de stora verken på området; a) Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, b) van Dijk et al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, c) Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights* och d) Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*. Jag har tagit hjälp av

⁸ Alan F. Westin gick bort kort tid innan denna uppsats färdigställdes. Till minne av honom publicerades flera artiklar om den mycket framträdande roll hade i debatten om privacy i USA. Se till exempel New York Times, ”Alan F. Westin, Who Transformed Privacy Debate Before the Web Era, Dies at 83”, http://www.nytimes.com/2013/02/23/us/alan-f-westin-scholar-who-defined-right-to-privacy-dies-at-83.html?_r=0.

dessa verk och SOU 2008:3 för att få en inblick i rättsläget men har i arbetet använt primärkällorna (huvudsakligen Europadomstolens domar).

En tolkning av Europakonventionen ska ske med ledning i Wienkonventionen om traktaträtten (Wien den 23 maj 1969, SÖ 1975:1) artikel 31 och 32.⁹ Artikel 31 innebär enligt Danelius att ”det är ordalagen som framför allt ska tillmätas betydelse, men att orden skall läsas i sitt sammanhang och i ljuset av traktatsbestämmelsernas syfte”.¹⁰ Konventionen skall tolkas som en helhet så att de olika bestämmelserna tillsammans får en rimlig innebörd.¹¹ Övriga källor för tolkning av Europakonventionen är främst av Europadomstolens domar. Både enligt Wienkonventionen artikel 32 och Europadomstolens praxis är förarbeten en sekundär källa och med hänsyn till den dynamiska tolkning som ska göras av konventionen, och den tid som förflutit sedan Europakonventionens undertecknande 1950, finns det anledning att vara återhållsam med tolkning med ledning av förarbeten.¹² Enligt dessa principer har Europadomstolens praxis (och i ett fall Europakommissionens rapport) tolkats, vilken under årens lopp har utvecklats och därmed har hänsyn tagits till dess dynamiska funktion. Förarbeten inte använts överhuvudtaget. Därutöver har vägledning funnits i Europarådets utgivna handböcker om Europakonventionen och en artikel publicerad i Europarättslig tidskrift¹³. Avseende *Von Hannover mot Tyskland (Nr 2)* har även en slutsats dragits genom deduktiv metod, det vill säga en slutsats som inte direkt framgår av domskälen, men som genom logisk härledning framgår av domstolens resonemang.¹⁴

Kapitel 4 utgörs av en redogörelse för och analys av svensk rätt. Det utgår från en klassisk rättsdogmatisk metod, det vill säga att traditionella rättskällor som lag, förarbeten, praxis samt doktrin använts i syfte att utreda gällande rätt.¹⁵ Den doktrin som använts är för omfattande för att alla författare och verk ska anges och diskuteras här. Konstateras kan dock att det utgörs av artiklar publicerade i de allmänt vedertagna juridiska tidskrifterna (främst SvJT och ERT) och verk av välkända författare inom den juridiska doktrinen. Hans-Gunnar Axberger (JO) har citerats flitigt, och i övrigt har fokus legat på analys av rättsfall och de utredningar som vidtagits om integritetsskyddet i Sverige (främst SOU 2008:3 och prop. 2012/13:69).

I **kapitel 5** har resultatet av kapitel 3 och kapitel 4 analyserats i förhållande till varandra, med andra ord har svensk rätt jämförts med Europakonventionens krav på rättighetsskydd. Jämförelsen har genomförts med beaktande av de principer som gäller för Europakonventionens implementering i nationell rätt. Till hjälp har jag funnit vägledning främst i publiceringar av Jan Södergren och Axel Calissendorff. Södergren är tillika ombud i *E.S. mot Sverige*, vilket har beaktats i min bedömning av materialet. Europadomstolens dom *E.S. mot Sverige* har analyserats i ljuset av analysen av Europakonventionen och svensk nationell rätt. I liten omfattning har tidningsartiklar hänvisats till för att belysa frågans aktualitet. Som belysts i texten skulle det lika gärna

⁹ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 50.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Jonsson, Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan.

¹⁴ Se Nationalencyklopedin, www.ne.se/lang/deduktiv-metod.

¹⁵ Lehrberg, Praktisk juridisk metod, s. 87f och 167.

kunna göra hypotetiska situationer och därmed är sanningshalten inte avgörande och ingen närmare efterforskning därom har utförts.

Det är svårt att inom den juridiska doktrinen finna material som argumenterar emot ett starkare skydd för integriteten. Det påträffas främst i remissvar från journalistiska kretsar eller debattartiklar i dagspressen, men då ligger fokus nästan uteslutande på yttrande- och tryckfriheten. Motargument som direkt tar sikte på personlig integritet och varför ett främjande inte alltid är lämpligt är svåra att finna. Jag har i alla fall inte lyckats. Vad det beror på är svårt att säga, men min egen teori är att det inte är en lockande åsikt att propagera för; ”minskat skydd för personlig integritet - tillåt intim kränkande fotografering” klingar inte så väl i dagens samhälle. Det blir främst i avvägningen mot andra skyddsvärda intressen som motargumenten tydligare träder fram. Trots det har ansträngningar gjorts för att dra skäligen gränser, vara objektiv och inte läsa in mer än vad som står i all den litteratur som förespråkar ett starkare skydd för den personliga integriteten vid fotografering.

2 Vad är personlig integritet och vilket är sambandet med olovlig fotografering?

2.1 Vad innebär en rätt till personlig integritet och varför är det skyddsvärt?

”The right to be let alone is the fount of all freedom; and privacy depends upon the scope and function of individual freedom in society.”¹⁶

- Louis Blom-Cooper

2.1.1 Inledning

I detta kapitel diskuteras vad som menas med personlig integritet, om och i så fall vad som bör skyddas och varför det kan anses skyddsvärt. Det inledande avsnittet utreder innebörden av personlig integritet på ett generellt plan genom en redogörelse för den rättsfilosofiska diskussionens argument och idéer om varför den personliga integriteten är skyddsvärd. En viktig del, nämligen Europadomstolens praxis och syn på skyddet för personlig integritet som inryms under rätten till privatlivet, utlämnas och redogörs för under kapitel 3. Upplägget har valts av pedagogiska skäl och för att läsaren först ska kunna bilda sig en egen uppfattning och få en större utblick innan Europadomstolens praxis redovisas. Kapitlet är viktigt för att läsaren ska få en utgångspunkt att förhålla sig till, och för att förstå vad som i uppsatsen menas med ”integritetskränkande fotografering”. Begreppet används för att hänvisa till fotografering eller filmning som kan anses utgöra ett intrång i den personliga integriteten, och är följaktligen inte ett begrepp med lagens skydd som huvudsaklig utgångspunkt.

Jag skulle vilja inleda med ett kort resonemang utifrån ”sunt förnuft”. Självfallet är sunt förnuft något väldigt subjektivt, men det är även där likheten med personlig integritet ligger – det är något vi upplever subjektivt och det varierar från person till person och från kultur till kultur. Vi gör ett tankeexperiment! Om läsaren sluter ögonen (inte nu utan först vid slutet av detta stycke) och drömmer sig bort till den ultimata världen och – efter att ha föreställt sig porlande bäckar kantade av färgglada blommor/flygande bilar i ultrarapid/trollspön och godisberg eller vad som kan tänkas motsvara paradiset – funderar över var gränsen går för andras tillgång till ens person, ens kropp, ens tankar och ens privata sfär.

Jag vågar påstå att de allra flesta vill ha en egen sfär där man själv får bestämma vem som får inträda och hur nära andra får komma, både vad avser fysiska och psykiska

¹⁶ Blom-Cooper i förordet till Westin, Privacy and Freedom, s. vii.

närmanden. Hur stor denna sfär är varierar från person till person, men betoningen är på självbestämmanderätten. Det är i just detta integriteten ligger – känslan av att vilja vara fredad, och bli lämnad ifred, på en personlig nivå. Att få äga rätten till sin kropp och sin person och allt som ligger däri. Den fysiska integriteten fokuserar på just det fysiska/kroppsliga medan den personliga integriteten tar sikte på andra mer psykiska och personrelaterade aspekter. Vi kan genom ett e contrarieslut anta att det som inte faller under den fysiska integriteten hör till personlig integritet. Vad som då faller innanför denna sfär är subjektivt, vilket gör det svårt – och måhända inte ens önskvärt – att klart avgränsa och definiera begreppet personlig integritet.

2.1.2 Introduktion till personlig integritet

Efter detta inledande ”sunt förnuft”-resonemang redogörs nedan för mer etablerade åsikter om personlig integritet inom doktrinen, den juridiska såväl som den rättsfilosofiska. Avsikten är inte att ge en heltäckande bild av den filosofiska diskussionen kring rätten till personlig integritet, utan snarare att genom en introduktion sätta in läsaren i ämnet. För att kunna resonera kring personlig integritet och fundera mer självständigt hur det borde vara och vilket typ av skydd vi vill ha i dagens samhälle är det viktigt att ta fasta på äldre etablerade idéer och grunden, eller motiven bakom om man så vill, till varför vi har just den rättigheten.

Att definiera personlig integritet har visat sig inte vara helt lätt. Samuel D. Warren och Louis D. Brandeis (som senare blev justitieråd i USA:s Högsta Domstol) skrev redan år 1890 i en artikel om rätten till ”privacy”¹⁷ enligt amerikansk skadeståndsrätt att det tidigare endast hade funnits skydd för fysiska ingrepp mot liv och egendom, men att det under senare tid hade framstigit ett rättsligt erkännande av människans spirituella natur, känslor och intellekt.¹⁸ De ansåg att skyddsobjektets omfång stegvis hade breddats och att då (år 1890) rätten till liv innebar rätten att *uppskatta livet*, vilket ansågs vara en utveckling från att enbart gälla ett fysiskt skydd till rätten att bli lämnad ifred.¹⁹ Vidare menade de att räckvidden för mänskliga känslor utsträckts bortom individens kropp, och individens rykte och ställning hos gruppen erkändes som ett rättsligt värde.²⁰ Warren och Brandeis ansåg att det heliga privata rummet hade invaderats av den tidens uppfinningar, nyhetspressen samt möjligheten att ta fotografier, och att det var nödvändigt att vidta åtgärder för att skydda ”rätten att bli lämnad ifred”.²¹ Författarna menade att det fanns en sådan rätt, och att den grundade sig i principen om okränkbar personlighet (”inviolable personality”).²²

¹⁷ På engelska används begreppet *privacy*. Det skiljer sig från privatliv, och även Europadomstolen har använt dessa olika begrepp med skilda meningar. Det är svårt att direkt översätta, men Strömholm har använt sig av ”personlighetssfär” eller ”privatsfär”, vilka han anger i den senare debatten har kommit att betecknats som ”integritet” (se Strömholm, *Individens skyddade personlighetssfär*, s. 27 in fine), och därmed kan sägas innebära ungefär samma sak. Enligt Integritetsskyddskommittén har dock ”privacy” en något vidare syftning än vad som hos oss i allmänhet menas med personlig integritet och täcker in även vad som kallas personligt oberoende och självständighet. 2007:22 s. 53. I denna uppsats ämnar jag att utreda vad som är ett skyddsvärt intresse vid olovlig fotografering, och den exakta skillnaden mellan personlig integritet och *privacy* har liten betydelse. Om något bidrar den engelska varianten med fler nyanser och nya synvinklar.

¹⁸ Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, s. 193.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.* s. 194.

²¹ *Ibid.* s. 195.

²² *Ibid.* s. 205.

Artikeln av Warren och Brandeis blev enligt Stig Strömholm (som är en av de svenska pionjerna på området²³) mycket inflytelserik och deras slutsats – att det existerar en ”right to privacy” som syftar till att skydda den okränkbara personligheten – kom att influera lagstiftning och även domstolsavgöranden i USA.²⁴ Det är ett exempel från USA på hur synen på rättigheter har utvecklats i och med att samhället förändras och värderingar därmed. Det är viktigt att ha i åtanke att det vi anser självklart idag inte alltid har varit så, och synen på vår integritet idag har förändrats mycket från förr.

Alan F. Westin²⁵ har på flera håll ansetts vara en av dem som på 1960-talet på riktigt initierade den vetenskapliga debatten inom området i USA, främst genom publiceringen av det ofta citerade²⁶ verket ”Privacy and Freedom” 1970.²⁷ Istället för att enhetligt definiera rätten till ”privacy” utpekade Westin fyra faktorer som ett rättsligt skydd för individens privata sfär bör tillgodose i ett modernt samhälle²⁸, även de välciterade och fortfarande aktuella²⁹. De fyra funktionerna är: känslan av personlig självbestämmanderätt (önskan att inte bli manipulerad och dominerad av andra), känslomässig befrielse (”emotional release”), själv-värdering (”self-evaluation”) och slutligen, en begränsad och skyddad kommunikation. Det senare har två aspekter, både att individen kan anförtro sig åt dem hon litar på, och för det andra att det sätter nödvändiga gränser mellan individer utefter deras relation.³⁰

Westins första funktion om personlig självbestämmanderätt, som är relevant i sammanhanget, har flera aspekter. Det baseras på tron på varje individs unika karaktär, dess basala värdighet och värde som människa, och på det behov som därför skapats för sociala processer som skyddar den heliga individualiteten.³¹ Enligt denna teori beskrivs individens relationer med andra som att varje person har olika zoner av ”privacy” vars innersta zon är kärnan, ”the core self”. Olika zoner är öppna för olika personer, beroende på deras närhet till individen. Hotet för individens självbestämmande ligger främst i att någon kommer in till den innersta zonen, kärnan, eftersom det skulle innebära ett blottläggande av dess inre och individen skulle följaktligen bli kontrollerad av de som känner till dennes hemligheter.³² Enligt Westins teori finns det en skillnad mellan vad människan vill vara och vad hon de facto är, vad världen ser hos henne och vad hon vet är hennes riktiga jag. Blottläggande av den mask som bärs utåt är enligt Westin farligt som ansåg att sådana förfaranden hade bidragit till självmord och nervösa sammanbrott som hade skett i samhället. Därför fann Westin att enbart ”grave social need” kunde motivera ett intrång i den formen av privacy.³³

²³ Se t.ex. SOU 2007:22, Skyddet för den personliga integriteten - kartläggning och analys, s. 56.

²⁴ Strömholm, Right of Privacy and Rights of the Personality, 25f.

²⁵ Professor Emeritus i offentlig rätt (”Public Law”) på Columbia University Department of Political Science, New York, se <http://polisci.columbia.edu/people/profile/314>. Avled dock i februari 2013.

²⁶ Se bl.a. Lögdberg, Personlighetsrätten, s. 82 och SOU 2007:22, Skyddet för den personliga integriteten - kartläggning och analys, s. 55.

²⁷ Se Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, s. 1003.

²⁸ Westin, Privacy and Freedom, s. 32.

²⁹ Se Lögdberg, Personlighetsrätten, s. 82ff, SOU 2007:22, s. 55ff.

³⁰ Westin, Privacy and Freedom, s. 32-35.

³¹ Ibid. s. 33.

³² Ibid.

³³ Ibid.

Enligt Stig Strömholm har jurister ofta gett upp försöken att positivt bestämma integritetsbegreppet, och istället försökt beskriva det genom att försöka precisera vilka åtgärder som utgör kränkningar.³⁴ Det anges vara den lämpligaste metoden att få grepp om det vaga ämnesområdet och Strömholm skriver att "[i] varje fall har jag inte påträffat någon klart bättre".³⁵ Strömholm har skapat en sådan "kränkingsförteckning" i sitt arbete "Right of Privacy and Rights of the Personality" (1967), där handlingar är listade som kan anses utgöra integritetskränkningar. Däribland anges olovlig fotografering och filmupptagning i sjätte punkten.³⁶ Strömholm föreslår att den skyddade sfären således skulle kunna beskrivas som kärnan av de intressen som kränks eller kan kränkas genom de uppräknade handlingarna. Han försöker sig på en, enligt egen mening, "mycket grov sammanfattning" av denna sfär som "*en beteckning för den enskildes intresse av att själv och ensam s.a.s. reglera dels flödet av den information som utgår beträffande hans förhållanden dels nyttjandet av sådan information samt av speciella identifikationsdata (namn, bild, röst)*".³⁷

Strömholms kränkingsförteckning synes leda till ett cirkelresonemang – han anger handlingar som ger upphov till kränkningar av integriteten, för att fastställa vad som anses vara en skyddad sfär och således vad som inte får kränkas genom referens till intrångshandlingarna. Detta framstår enligt min mening som ett effektivt sätt att undvika att besvara frågan om vad som är kärnan bakom begreppet. Däremot konkretiseras det i sammanfattningen som betonar individens intresse av att ensam få reglera flödet av information beträffande sig själv.

Enligt Integritetsskyddskommittén är det svårt att definiera personlig integritet och kommittén anser att det inte går att fastställa genom en definition vad som anses skyddsvärt.³⁸ I Sverige har således omfattningen av skyddet för den personliga integriteten inte utgått från en allmängiltig definition utan istället utgjorts av en flora av befintliga konkreta skyddsbestämmelser.³⁹ I kommitténs slutbetänkande från 2008 anges att det är svårt att genom en positiv och heltäckande beskrivning täcka in begreppet personlig integritet, att det saknas en heltäckande definition och att substansen av rättigheten istället mejslas fram genom domstolsavgöranden i enskilda fall.⁴⁰ Enligt kommittén saknar de flesta länders rättsordningar en sådan beskrivning, och inte heller i Europakonventionen finns det en heltäckande positiv definition av vad som innefattas i konventionens skydd för privatliv.⁴¹ Tidigare försök att beskriva en kärna i skyddet för den enskilda integritet som är av ett sådant värde att det inte får kränkas, hade enligt kommittén misslyckats.⁴²

Integritetsskyddskommittén uppger istället vissa moment i den personliga integriteten som anses vara av omistligt värde när rättighetsinskränkande åtgärder övervägs. Bland annat anges att det måste finnas ett skydd som tar sikte på individens kroppsliga

³⁴ Strömholm, Individens skyddade personlighetssfär, s. 30.

³⁵ Strömholm, Integritetsskyddet – ett försök till internationell lägesbestämning, s. 698.

³⁶ Strömholm, Right of Privacy and Rights of the Personality, s. 60-61.

³⁷ Strömholm, Individens skyddade personlighetssfär, s. 31.

³⁸ SOU 2007:22, s. 52.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ SOU 2008:3, Skyddet för den personliga integriteten – bedömningar och förslag, s. 14.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid. s. 244f.

integritet och som möjliggör att individen själv får avgöra om utomstående ska få ta del av känsliga uppgifter som rör t.ex. hälsa eller sexualliv. För det andra, enligt kommittén, måste det finnas ett skydd för rätten att stänga om sig, det vill säga att utgångspunkten ska vara att den enskilda skall vara fri att avskärma sig från omgivningen.⁴³

Vi kan konstatera att det inte är en lätt uppgift att definiera rätten till personlig integritet, eller de liknande begrepp som använts inom litteraturen. Istället för att resignera inför denna till synes omöjliga uppgift kan vi ta fasta på vad och vari det skyddsvärda ligger, och försöka kvalificera rättigheten som sådan. Det senare har skett av Torben Spaak⁴⁴, som i en artikel resonerar kring ”the moral right to privacy”. Enligt honom innebär en rätt till ”privacy” en rätt till en personlig, skyddad sfär och det utgör en kravrättighet; att var och en har ett krav mot alla andra att bli lämnad ifred, som i sin tur har en korresponderande plikt att lämna andra ifred.⁴⁵

Vad gäller rätten till integritet innebär det snarare att andra personer har en plikt att avstå från att intränga i den, snarare än endast en frihet att vara ifred. Friheten har inget värde utan plikten för andra, då det inte är ett särskilt agerande som skyddas, eller aktiva handlingar utåt gentemot andra, utan individen är skyddad hela tiden, genom att bara vara, och bör vara skyddad oavsett tid eller rum. Av dessa anledningar är jag benägen att hålla med Spaak om karaktären på rätten till ”privacy” som en kravrättighet.

Den amerikanska filosofiprofessorn Jeffrey Reiman⁴⁶ har försökt att finna och förklara det fundamentala intresse som ligger till grund för rätten till privacy för alla individer.⁴⁷ Reiman anser att ”[p]rivacy is a social ritual by means of which an individual’s moral title to his existence is conferred”. Reiman menar således att privacy är en viktig del av det sociala beteende genom vilket en grupp erkänner och kommunicerar till en individ att dess existens är hennes/hans egen, vilket är en förutsättning för att kunna vara en person. Reiman menar att en individ måste inse att hon har en exklusiv rätt att forma sitt öde, och att den verklighet som hon lever i tillhör henne.⁴⁸ Denna äganderätt till sin kropp bygger på två grundläggande förutsättningar: Rätten att göra vad man vill med sin kropp, och rätten att kontrollera när och av vem ens kropp är upplevd.⁴⁹

Spaak hänvisar till Reiman och tolkar honom som att syftet med en rätt till privacy är att ge en person en moralisk ”äganderätt” till sin egen existens och att det är en nödvändig förutsättning för att vara en person och äga sin personlighet.⁵⁰

⁴³ SOU 2008:3, s. 14.

⁴⁴ Professor i allmän rättslära vid Uppsala Universitet.

⁴⁵ Spaak, *The Idea of a Right to a Genetic Privacy*, s. 328

⁴⁶ William Fraser McDowell (beteckning på professuren) Professor of Philosophy Department of Philosophy and Religion på American University Washington, D.C.

⁴⁷ Se Reiman, *Privacy, Intimacy and Personhood*. Artikel rekommenderas för en djupare diskussion om vad ”privacy” är och vari det grundläggande intresset som rättfärdigar rättigheten består.

⁴⁸ Reiman, *Privacy, Intimacy and Personhood*, s. 38f.

⁴⁹ *Ibid.* s. 42.

⁵⁰ Spaak, *The Idea of a Right to a Genetic Privacy*, s. 329f.

I lagrådsremissen år 1958 utvecklades bakgrunden till kriminaliseringen av förtalsbrottet. Det angavs att människan i ett modernt samhälle är hänvisad till att leva i gruppgemenskap med andra, och att angripa en annan person genom att sprida nedsättande uppgifter och försöka rikta gruppens känslor mot den beskyllde är därför ett farligt angrepp, som kan leda till uteslutning ur gruppgemenskapen eller försvårande livsbetingelser på olika sätt.⁵¹ Det angavs vara straffvärt att angripa en annan persons ställning i samhället. Lagrådet i sin tur anförde att även hänsyn till den angripne personens känslor och dennes psykiska balans och välbefinnande skulle beaktas.⁵²

2.1.3 Slutsatser

För att försöka sammanfatta och dra några slutsatser av redogörelsen ovan kan följande konstateras. Rätten till personlig integritet är en återkommande idé som har betecknats på olika sätt. Som rätten att bli lämnad ifred, rätten att ha en personlig och skyddad sfär, som en rättighet som korresponderas av andras plikt att hålla avstånd och inte göra intrång och en okränkbar personlighet. Det grundas på tanken om en fredad zon från andra människor och att den enskilda ska ha en möjlighet att själv avgöra vem som ska få ta del av personliga uppgifter och vem som ska få närma sig, fysiskt och psykiskt. Det är svårt att mer precist definiera vad rätten till personlig integritet är, då dess innehåll bestäms av den subjektiva uppfattningen av den enskilda situationen. Det behöver inte vara ett problem för uppsatsens syfte, vilket är att se på en konkret situation (då någon olovligen fotograferar annan och/eller sprider sådana fotografierna) och inte att generellt utreda den personliga integritetens innebörd. En generell strikt definition kan dessutom medföra att vissa situationer faller utanför definitionen, som egentligen borde uppfattas som intrång i det privata.

Det framgår ovan att det är främst två idéer som ligger till grund för rätten till en fredad zon: individens självbestämmanderätt och välbefinnande respektive den sociala gruppgemenskapen. Båda idéer synes relevanta och skyddsvärda. Den första grundas på individens rätt att bestämma över sig själv och sin kropp, vilket har betecknats som äganderätten till den egna existensen, som ”principen om en inviolable personality” och ansetts vara ett fundamentalt mänskligt behov⁵³ (som även djuren har och inte bara människor⁵⁴). Sammanfattningsvis kan slutsatsen dras att det finns ett individuellt behov av att vara sin egen härskare – att få bestämma över sig själv, sin kropp, tankar, känslor och när andra ska få närma sig. Den enskildas välmående kan sägas bygga på en okränkbar personlighet, som är nödvändigt för personlig utveckling. Det är intressant att det även i lagrådsremissen från 1958 konstateras att den enskilda personens känslor och välbefinnande är rättsligt erkända inom svensk straffrätt som beaktansvärda egenskaper, vilket borde vara ett tungt argument för att personlig integritet, som rör just en känsla av att man vill bli lämnad i fred, bör åtnjuta ett starkt skydd.

Den andra idén grundar sig på att människan inte lever isolerat utan i en social verklighet med sociala normer och en grupp att ta hänsyn till. Oavsett om man tror på

⁵¹ Berggren, (red.) m.fl., Brottsbalken: en kommentar, del 1, 5 kap s. 2.

⁵² Ibid. s. 3.

⁵³ Se Abrahamsson, Integritetsskyddet i lagstiftningen, s. 412.

⁵⁴ För mer läsning om djurens behov av att vara ifred, se Westin, Freedom and Privacy, s.8-11.

att vi lever med en mask och sociala roller som Westin framhäver, så anser jag att faktum kvarstår: Vi går inte nakna på gatan (även under varma sommarkvarnar), vi håller vissa saker för oss själva och vi lever efter samhällets normer. Ärekränkingsbrotten infördes på grund av risken att personer vid äreangrepp riskerade att uteslutas ur gruppgemenskapen. Att vara del av en grupp är viktigt och att i det sammanhanget få avgöra vad andra ska få reda på och beskåda av ens inre är grundläggande för rätten att självbestämmanderätten.

Avslutningsvis hänvisas till Olle Abrahamsson, som anser att vi behöver behålla vårt mest personliga för oss själva och att hänsyn till den personliga integriteten inte är en lyx som samhället kan kosta på sig och skänka till medborgarna under lugna tider, utan det rör ett fundamentalt mänskligt behov. En fredad privat sfär är enligt Abrahamsson villkoret för att vi ska kunna leva ett fullvärdigt liv.⁵⁵

2.2 Vilket är sambandet mellan personlig integritet och fotografering?

I detta avsnitt diskuteras hur personlig integritet förhåller sig till integritetskränkande fotografering och rätten att inte utsättas för det. För att på ett praktiskt och konkret sätt få vara ifred och ha en skyddad zon, måste det även ingå en rätt att inte utan samtycke bli avbildad på ett sätt som kan väcka obehagskänslor och få den berörde att förlora kontrollen över sin egen kropp och hur den gestaltas och används.

Olika typer av kränkningar är möjliga. Själva fotograferingen eller filmningen kan i sig medföra ett intrång i en annars fredad zon. Dessutom innebär det ett anskaffande av privat information, vilket kan ge upphov till lidande på grund av vetskapen om att bilderna kan betraktas av den som tagit dem och att de kan spridas vidare. En tredje form av kränkning är då bilderna faktiskt sprids vidare till andra.⁵⁶

Individen behöver en privat och fredad sfär. Att få råda över sin egen kropp och därmed få bestämma vem som ska få ta del av den, var och när det ska ske och hur avbildningar av den ska användas är grundläggande behov. I rätten till en okränkbar personlighet och rätten att få vara ifred inkluderas att ingen får fotografera någon annan utan samtycke, vilket innebär en förlust av kontroll över den egna bilden.

En annan aspekt grundar sig i tanken att vi lever i ett samhälle med sociala normer där gruppgemenskap och andras åsikter är betydelsefulla. Oavsett om man vill dra det så långt som att påstå att vi lever med masker i sociala roller, eller om man bara anser att social gemenskap är viktigt, så bör var och en få bestämma vilka personliga uppgifter som ska förmedlas till andra och vad som ska förbli privat.

Dessa resonemang måste kopplas till dagens digitaliserade samhälle där väldigt många har smartphones eller på något sätt bär runt på kamera och videokamera hela tiden, och det samtidigt går snabbt att sprida fotomaterial genom internet, vilket ökar behovet av skydd.

⁵⁵ Abrahamsson, Integritetsskyddet i lagstiftningen, s. 412.

⁵⁶ Se Bergendahl, Integritetsskyddet vid smygfotografering, s. 453.

2.3 Var går gränsen för vad som är skyddsvärt i den personliga integriteten?

“Nothing was your own except the few cubic centimeters inside your skull.”

— George Orwell, 1984

2.3.1 Inledning

Frågan om vad som är ett skyddsvärt intresse, eller var gränsen bör gå för den så kallade kärnan i skyddet, är nära relaterat med vad som utgör personlig integritet och varför det är skyddsvärt. Det förtjänar ändå att lyftas ut som ett eget stycke och gränsen för det skyddsvärda diskuteras i detta avsnitt. Dock utesluts diskussionen om avvägningar mot andra intressen såsom yttrandefriheten och fokus är istället på den personliga integriteten i sig och dess kärna. I nästa avsnitt knyts säcken samman och de mer generella slutsatserna om personlig integritet kopplas till fotografering och möjliga integritetsintrång med anledning därav.

Det är svårt att finna en enhetlig definition av personlig integritet och därmed även för det skyddsvärda området. Ovan har begreppet sfär nämnts och rätten att ha en fredad personlig sfär till vilken inte andra medborgare eller massmedier skulle äga tillträde. Stig Strömholm uttrycker sig kritiskt till användandet att detta bildspråk, vilket han menar ”i bästa fall [är] ägnat att åskådliggöra men i sämsta fall snarare ägnat att skapa tankeoreda”.⁵⁷ Och tankeoreda är ju inte eftersträvansvärt. Strömholm menar att en sfär ger intrycket av ett klot av skydd, men att det skydd som överhuvudtaget kan existera har betydligt ojämna ytterkonturer än klotets jämna och avrundade krets.⁵⁸ Strömholm menar istället att ”ge skydd” åt personligheten innebär att ta ställning till otaliga helt olikartade intressekonflikter mellan individ och omvärld, och att dessa konflikter inte kan undanröjas med en formel, utan kräver en ingående analys av varje enskild konflikt där beaktansvärda intressen står mot varandra.⁵⁹

Enligt Integritetsutredningens slutbetänkande varierar uppfattningen om hur stor den skyddande sfären ska vara mellan människor beroende på kulturella, etniska, religiösa och sociala skillnader.⁶⁰ Enligt F. Westin finns det till och med samhällen där önskan om en fredad zon inte existerar, och enligt hans mening måste därför varje samhälle studeras utifrån dess sociala normer och vanor.⁶¹ Justitieråd Per Jermsten har uttryckt att gränsen för det skyddsvärda området beror på subjektiva upplevelser vilket förändras med tidens gång och i takt med den allmänna samhällsutvecklingen. Jermsten anser att det är svårt att närmare avgränsa skyddssfären än att det innefattar

⁵⁷ Strömholm, Individens skyddade personlighetssfär, s. 23.

⁵⁸ Ibid. s. 23f.

⁵⁹ Ibid. s. 23f.

⁶⁰ SOU 2002:18, Personlig integritet i arbetslivet, betänkande från *Integritetsutredningen*, vilket ska skiljas från från Integritetsskyddskommittén.

⁶¹ Westin, Privacy and Freedom, s. 11-12.

”vad som normalt framstår som angeläget att värna om för att den enskilda skall vara tillförsäkrad en rimlig, fredad, privat zon”.⁶²

Med anledning därav kan konstateras att behovet av en privat zon skiljer sig åt vid olika tider och platser. Det lär även skilja väsentligen mellan olika individer som lever under samma tid i samma samhälle. Med denna uppsats ämnar jag inte att granska skyddet globalt, utan istället fokusera på Sverige i nutid och framtid de lege ferenda. Med anledning av den snabba samhällsutvecklingen och digitaliseringen så är utgångspunkten ett samhälle där människor kan fotograferas och filmas överallt och billig teknik erbjuder lättillgängliga övervakningsmöjligheter.

Av det ovan anförda framgår även att räckvidden för skyddet inte är ett symmetriskt skyddande klot runt individen, utan för att bestämma räckvidden måste den specifika situationen som avses analyseras. Av den anledningen är det inte nödvändigt, om ens möjligt, att komma fram till en allmängiltig gräns. Nedan ska därför rätten till personlig integritet diskuteras i samband med integritetskränkande fotografering och filmning.

2.3.2 Var går gränsen vid fotografering?

Var går då gränsen för skyddet av den personliga integriteten vid fotografering? Har man alltid ett skydd mot att bli fångad på bild?

”The individual’s desire for privacy is never absolute, since participation in society is an equally powerful desire.”⁶³
- Alan F. Westin

Som Westin uttrycker det kan skyddet inte vara absolut, eftersom människan vill vara delaktig i samhället. Detsamma stämmer vid fotografering. Idag lever vi i ett ”privatövervakat”⁶⁴ samhälle där ett totalt privatliv synes vara en omöjlighet, i alla fall om man vistas i närheten av andra människor. Det tas fotografier till höger och vänster, och ingen kan vara fullständigt fredad från att råka hamna i bakgrunden på en bild när man befinner sig på en allmän plats. Det vore en omöjlig önskan i dagens samhälle, och det kan dessutom vara svårt att kalla en sådan situation en kränkning av individens rätt att bestämma över sig själv. Att någon dessutom självmant befinner sig på en allmän plats visa på ett visst samtycke att dela med sig av sig själv till allmänheten.

Även om det är en svår gränsdragning bör en kärna av skyddet vara självklart: fotografier på en icke-allmän plats där personer har en känsla av att vara ensamma och fria från beskådning, samt sådant som kretsar kring nakenhet, sensualitet, sex och liknande mycket personliga och utlämnande situationer.

⁶² Ds 1994:51, Skyddet för enskilda personers privatliv, s. 8-9.

⁶³ Westin, Privacy and Freedom, s. 7.

⁶⁴ Sverige 2013 kan beskrivas som att alla andra människor och deras mobilkameror är den nya Big Brother som kan fånga allt som händer på bild. Det må vara en något överdriven liknelse men huvudtanken finns där: det du gör syns och kan fångas på film och fotografier.

Andra situationer är mer svårbedömda. Försvinner rätten till privatliv så fort vi inträder i offentligheten utanför våra skyddade rum? Och tvärtom, inträder den så fort vi lämnar offentligheten? Att befinna sig i sitt hem, fullt påklädd, i färd att laga mat eller syssla med andra vardagliga sysslor? Att vara iklädd badkläder på en strand, då man befinner sig på en allmän plats men ändå avklädd på ett sätt som inte skulle lämpa sig mer centralt i en stad?

Att upprätthålla den fredade zonen på gator och torg vore omöjligt. Vi interagerar med andra många gånger varje dag och måste tillåta intrång i vår integritet dagligen vid kontakt med andra. Däremot borde det finnas gränser för vad som är acceptabelt.

I svårbedömda situationer får man måhända i sista hand överlåta bedömningen av vad som utgör ett intrång i någons personliga integritet till sunt förnuft och "I know it when I see it"-regeln, för att citera det amerikanska justitierådet Potter Stewarts resonemang (vid bedömningen av huruvida visst filmmaterial utgjorde obscenitet och därmed var undantaget från skyddet för yttrandefrihet enligt konstitutionen):

"I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But *I know it when I see it*, and the motion picture involved in this case is not that"
[egen kursiv].⁶⁵

2.4 Sammanfattning

Det är svårt att definiera rätten till privatliv, den personliga integriteten och att fastställa var gränsen för ett skyddsvärt område ska gå. Det kan ifrågasättas om det ens är önskvärt med en enhetlig definition av personlig integritet. Då det är subjektiva element som är kopplade till begreppet (individens upplevelse av att bli kränkt) kan en klar definition leda till att fler upplevda kränkningar faller utanför definitionen.

Rätten till personlig integritet inbegriper en rätt att bli lämnad ifred och att själv bestämma över sin kropp, sina handlingar, vad andra ska få ta del av och vad som inte ska komma till andras kännedom. Man finner två grundläggande tankar för skyddet inom den rättsliga litteraturen: individens självbestämmanderätt och välbefinnande respektive den sociala gruppgemenskapen och vikten av att kunna bestämma själv vilken bild som ska förmedlas och vad omvärlden får ta del av.

Av hänsyn till individens självbestämmanderätt ingår en rätt att inte utan samtycke bli fotograferad då det strider mot rätten att vara ifred och bestämma över sin kropp. Vid fotografering förloras kontrollen över den egna kroppen och vem som kan beskåda den. Därutöver innebär spridning av fotografier att andra människor och gruppgemenskapen får ta del av information om individen som inte var avsedd för dem. Det finns vissa situationer som hör till kärnan av privatlivet, såsom vid nakenhet och intimitet, och i hemmets vrå. Därutöver finns tillfällen då ett skydd mot fotografering inte är möjligt på grund av den exponering och kontakt med andra som

⁶⁵ *Jacobellis v. Ohio* 378 U.S. 184 (1964), se Justitieråd Stewarts skiljaktiga mening.

sker på allmänna platser, vilket är svårt att freda sig mot. I sista hand får det sunna förnuftet avgöra.

3 Europakonventionen och skyddet för personlig integritet vid fotografering

Efter introduktionen till begreppet personlig integritet i föregående kapitel redogörs här för Europakonventionens artikel 8 och Europadomstolens praxis avseende skyddet för personlig integritet som ryms inom ramen för artikeln. En utgångspunkt för uppsatsen är att Sverige är bunden av Europakonventionen och Europadomstolens praxis. Av utrymmesskäl hoppar jag rakt ner i artikeln utan en genomgång av allmängiltiga principer för tolkning av Europakonventionen. Inledningsvis redogörs för det materiella skyddet och vad som ryms inom rätten till privatliv, vilket följs av en diskussion kring statens positiva skyldigheter att tillhandahålla individer skydd. Efter detta kapitel följer en redogörelse i kapitel 4 för skyddet för personlig integritet vid olovlig fotografering enligt svensk nationell rätt och i kapitel 6 en analys om huruvida det lever upp till Europakonventionens krav.

3.1 Rätten till privatliv och personlig integritet enligt artikel 8

3.1.1 Skyddet för personlig integritet

Enligt Europakonventionens artikel 8 har var och en rätt till respekt för bland annat sitt privatliv. Artikeln lyder enligt följande.

Artikel 8 - Rätt till skydd för privat- och familjeliv

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Rättigheterna i artikeln är inte absoluta utan de kan inskränkas med stöd av lag under vissa angivna förutsättningar i andra stycket. Mer om undantagen nedan under 3.2.1.

Av domstolens resonemang i *Pretty mot Förenade Kungariket* framgår att konceptet privatliv är en bred term som inte lämpar sig för en uttömmande definition.⁶⁶

⁶⁶ *Pretty mot Förenade kungariket* (Europadomstolens dom den 29 april 2002), s. 33 § 61.

Rättigheten har därför avgränsats och formats främst genom rättspraxis.⁶⁷ Den innefattar en persons fysiska och personliga integritet och exempelvis faktorer som sexuell orientering, könsidentitet och sexuallivet.⁶⁸ Kommissionen för mänskliga rättigheter uttalade i *Friedl mot Österrike* (1994) att skyddet för privatliv inte enbart inrymmer en innersta cirkel i vilken individen kan dra sig undan och exkludera sig från världen utanför, utan att det även innefatta en rätt att etablera relationer med andra människor och världen utanför.⁶⁹ Detsamma har senare fastslagits av Europadomstolen i (bland annat) *Peck mot Förenade kungariket*.⁷⁰ Således finns det en ”interaktionszon”, då någon interagerar med andra, även i en offentlig kontext, som kan falla inom privatlivets räckvidd.⁷¹ Vidare omfattas rätten till personlig utveckling, inom vilket både personligheten och den personliga autonomi faller.⁷²

I artikel 8 ingår det en rätt att bli lämnad ifred, alltså ett skydd mot alltför närgången uppmärksamhet.⁷³ Det kan innefatta ett skydd mot att bli fotograferad eller filmad och mot att få fotografier eller filminspelningar av privat karaktär publicerade eller utnyttjade för ovidkommande syften.⁷⁴

Enligt Europadomstolens praxis har personer, i vissa situationer, en legitim förväntan (”legitimate expectation”) att få skydd för sitt privatliv.⁷⁵ I *Halford mot Förenade kungariket* fann domstolen således att vid avlyssning av telefonsamtal på ett affärsställe hade den avlyssnade en skälig förväntan att få tala privat vid sådana samtal.⁷⁶ Denna skäliga förväntan om ”privacy” är en viktig, men inte nödvändigtvis avgörande, faktor.⁷⁷

Rätten till skydd för privatlivet omfattar även en rätt till skydd för en persons rykte, vilket innebär en rätt till skydd mot förtal och nedsättande uppgifter.⁷⁸

3.1.2 Skyddet mot integritetskränkande fotografering

Vilket skydd åtnjuter en person enligt artikel 8 mot integritetskränkande fotografering? Inom ramen för frågan ryms ett flertal delfrågor, såsom vilken betydelse det har var den fotograferade befunnit sig vid tillfället, vad fotografierna föreställer samt om och hur fotografierna sprids. Dessa frågor utreds nedan med ledning av Europadomstolens praxis.

⁶⁷ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 346.

⁶⁸ *Pretty mot Förenade kungariket*, s. 33 § 61.

⁶⁹ *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter, Report, 19 maj 1994.

⁷⁰ *Pretty mot Förenade kungariket*, s. 33 § 61.

⁷¹ *Von Hannover mot Tyskland* (Europadomstolens dom den 24 juni 2004), s. 20 § 50.

⁷² *Reklos och Davourlis mot Grekland* (Europadomstolens dom den 15 april 2009), s. 10 § 39.

⁷³ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 357.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Se t.ex. *Halford mot Förenade kungariket* (Europadomstolens dom den 25 juni 1997), s. 10 § 45 och *Von Hannover mot Tyskland* (Europadomstolens dom den 24 juni 2004), s. 20 § 51.

⁷⁶ *Halford mot Förenade kungariket*, s. 10 § 45.

⁷⁷ *P.G. och J.H. mot Förenade kungariket* (Europadomstolens dom den 25 december 2001), s. 15 § 57.

⁷⁸ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 355.

Europadomstolen refererar i bland annat *Peck mot Förenade Konungariket*⁷⁹ till en rapport från den Europeiska kommissionen för mänskliga rättigheter som i *Ludwig Friedl mot Österrike* utredde huruvida polisens tagande av vissa fotografier utgjorde ett intrång i rätten till privatlivet.⁸⁰ Kommissionen fann att följande frågor var avgörande: huruvida fotografierna utgjorde ett intrång i klagandens ”privacy” (exempelvis genom att beträda och fotografera i en persons hem, dess ”innersta cirkel”; man kan anta att kommissionen använder uttrycket privacy liknade ”privat sfär”), om det gällde privata eller offentliga ärenden samt huruvida materialet var ämnat för en begränsad användning eller för att göras tillgängligt för allmänheten.⁸¹ Kommissionen fann att dessa avvägningar var avgörande i ett mål som gällde *statens* ingripande⁸² men det synes vara frågor som är lämpade att ställa oavsett vem som begär det eventuella intrånget, eftersom de fokuserar på hur allvarligt intrånget är för den utsatta och inte på aktören. Dessutom refererar Europadomstolen till Kommissionens uttalande i andra mål som inte rör statens maktutövning. De tre frågorna kan sägas motsvara uppdelningen i delfrågor som görs ovan i första stycket⁸³ och de flesta situationer kan belysas utifrån dessa tre perspektiv.

Frågor om skydd för privatlivet vid fotografering och spridning av fotografier har oftast uppkommit i Europadomstolens praxis i samband med fotografier föreställande offentliga personer som publicerats i tidningar eller andra medier, då det även i de flesta fall inneburit en stor spridning av fotografierna. I de fallen, om ett intrång i privatlivet har konstaterats ska en avvägning av rätten till privatliv göras mot rätten till yttrandefrihet i artikel 10, vilket redogörs för nedan under 3.2.2. Fotografering och spridning av fotografier kan då vara då acceptabelt bland annat om det bidrar till en debatt av allmänt intresse.⁸⁴

Fotografier kan således bli publicerade och vitt spridda, eller inte, och frågan om fotografering måste skiljas från spridande av fotografier.

3.1.2.1 Vilken betydelse har det var fotograferingen sker?

Vilken betydelse har det var fotograferingen sker? Med andra ord, måste det ske i en persons hem, dess ”innersta cirkel”, eller på en plats där det finns en förväntan om att få vara ifred, för att betraktas som en kränkning av privatlivet? Som ovan anförts uttalade Kommissionen för mänskliga rättigheter att skyddet för privatliv inte enbart inrymmer en innersta cirkel i vilken individen kan dra sig undan och exkludera sig från världen utanför, utan att det även innefattar en rätt att etablera relationer med andra människor och världen utanför.⁸⁵ Med andra ord kan skyddet för privatlivet, och därmed även skyddet vid fotografering utan samtycke, göras gällande utanför den inre

⁷⁹ *Peck mot Förenade kungariket*, (Europadomstolens dom den 28 april 2003), s. 14 § 61. Även i *Von Hannover mot Tyskland* (2004), s. 20 § 52.

⁸⁰ *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter, § 49-52.

⁸¹ *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter, § 48-49, även citerat i *Peck mot Förenade kungariket*, s. 14 § 61, och *Hannover mot Tyskland* (2004), s. 20 § 52.

⁸² *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter, § 48.

⁸³ För att förenkla kan de förkortas enligt följande: var? vad? spridning?

⁸⁴ Se till exempel *Reklos och Davourlis mot Grekland* s. 11 § 41 och *Von Hannover mot Tyskland* (nr. 2) (Europadomstolens dom den 7 februari 2012), s. 34 § 109.

⁸⁵ *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter.

skyddade kärnan, vilken får förstås som de privata platser dit allmänheten inte äga tillträde, såsom hemmet eller liknande. Fokus har i flera fall legat på *vilken legitima förväntan* en person kan ha på att få vara i fred.⁸⁶

Den legitima förväntan om ”privacy” är enligt Europadomstolen en viktig, men inte nödvändigtvis avgörande faktor, vilket framgår av *P.G. och J.H. mot Förenade kungariket*.⁸⁷ Målet rörde bland annat polisens användning av hemlig avlyssning av intagna på en polisstation och är intressant eftersom domstolen redogjorde för vilka faktorer som ska beaktas vid en avvägning av om ett intrång i privatlivet har skett genom åtgärder vidtagna utanför hemmet eller liknande privata platser. Domstolen fann att det finns tillfällen då en person vetandes eller frivilligt deltar i aktiviteter som är eller kan bli inspelade, och att en persons skäliga förväntan om privatliv kan vara en *viktig, men inte nödvändigtvis avgörande, faktor* i bedömningen. En person som går på en gata kommer därigenom oundvikligen att bli sedd av folk som befinner sig där. Teknisk övervakning av samma plats är, enligt domstolen, av liknande karaktär, vilket jag tolkar som att man då får räkna med att man blir övervakad när man befinner sig på en sådan plats. Domstolen fann att intrång i privatlivet i sådana fall kan uppstå först när en permanent inspelning uppstår från sådant material från allmänna platser.⁸⁸ Domstolen uttryckte det e contrario i *Peck mot Förenade kungariket* och förtydligade att enbart övervakning inte ger upphov till intrång, utan det är när övervakning blir till en permanent inspelning som intrång anses kunna föreligga.⁸⁹

I *Peck mot Förenade kungariket* betonades att den avbildades fotografi hade bevitnats i en omfattning som vida överskred vad han möjligen hade kunnat förutse genom att befinna sig på en allmän plats⁹⁰. Målet rörde ett filmklipp föreställande klaganden (inspelat av det brittiska övervakningskamerasystemet) som sedan spreds via media till allmänheten. Att klaganden hade befunnit sig på en allmän gata innebar inte att han fick räkna med att bli filmad och att få filmen spridd i vilken omfattning som helst. Att befinna sig på en allmän plats innebär att man får acceptera att de som befinner sig där kan se en, men inte att vem som helst får ta ens bild och sprida den vidare. Mowbray anser att domen drar gränsen för hur och när sådan övervakning får ske samt att den ställer upp krav på att identiteten av den som blivit filmad måste skyddas från ”public disclosure”.⁹¹

Reklos och Davourlis mot Grekland rörde fotografering av ett nyfött barn på ett sjukhus utan att samtycke givits av barnets föräldrar. Domstolen gav inget tydligt svar på frågan om betydelsen av var fotografiet tagits, men det är likväl intressant att uppmärksamma att den fotograferade i sammanhanget befann sig just på ett skyddat område dit normalt enbart läkare och sjuksköterskor ägde tillträde.⁹²

I *Von Hannover mot Tyskland* (den första domen år 2004) var klaganden prinsessan Caroline von Hannover av Monaco. Hon klagade på att tyska domstolar hade nekat att

⁸⁶ Se till exempel *Peck mot Förenade kungariket*, s. 15 § 62 och *P.G. och J.H. mot Förenade kungariket*, s. 15 § 57.

⁸⁷ *P.G. och J.H. mot Förenade kungariket*, s. 15 § 57.

⁸⁸ *Ibid.* s. 15 § 57.

⁸⁹ *Peck mot Förenade kungariket*, s. 14 § 59.

⁹⁰ *Ibid.* s. 15 § 62.

⁹¹ Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, s. 511f.

⁹² Se *Reklos och Davourlis mot Grekland*. För närmare beskrivning av fallet, se 3.1.2.3.

förbjuda publicering av fotografier på henne i tyska tidningar, och fick rätt i Europadomstolen. Enligt domstolen föll dessa fotografier, tagna på klaganden i sitt dagliga liv, utan tvekan inom ramen för skyddet för privatlivet i artikel 8.⁹³ De aktuella bilderna förställde prinsessan i hennes vardagsliv när hon satt på hästryggen, var på skidsemester i Österrike, spelade tennis, shoppade, snubblade på Monte Carlo Beach Club och liknande.⁹⁴

Målet rörde främst avvägningen mellan rätten till privatlivet enligt artikel 8 och rätten till yttrandefrihet i artikel 10, vilket diskuteras nedan under 3.2.2. Det är ändå relevant att uppmärksamma här, eftersom de fotografier vars publicering ansågs utgöra ett intrång i klagandens privatliv var all dagliga bilder av prinsessan på stranden eller ute på shoppingtur. Domstolen uttryckte att en av de grundläggande principerna bakom skyddet för privatlivet är att den *personliga utvecklingen* ska skyddas, och därför måste alla, oavsett om man är känd för allmänheten, kunna få ha en *legitim förväntan* ("legitimate expectation") om skydd och respekt för sitt privatliv.⁹⁵ Tysklands fälldes för brott mot Europakonventionens artikel 8, eftersom domstolen slutligen fann att det inte var acceptabelt att klaganden enbart under tysk lag var skyddad från fotografering, och spridning av fotografierna, när hon befann sig på en avskild plats.⁹⁶

Intressant att poängtera enligt min mening är att klagandens ansökan enbart gällde *publiceringen* av fotografier med sammanhängande artiklar, men att domstolen ändå markerade att kontexten i vilken fotografierna var *tagna* inte kunde ignoreras.⁹⁷ Fotografierna hade tagits utan den avbildades vetskap och samtycke, och särskilt fotografiet då prinsessan snubblar på Monte Carlos strand var taget i smyg från flera hundra meter och på ett ställe dit fotografer eller journalister inte ägde tillträde.⁹⁸ Det är dock svårt att utröna vilken betydelse det hade i utgången av målet.

Caroline von Hannover och Prince Ernst August von Hannover klagade återigen till Europadomstolen i Strasbourg under 2008 då de ansåg att de tyska domstolarna trotsade den första domen.⁹⁹ Målet hänsköts till prövning i stor kammare med 17 ledamöter vilket avgjordes i och med domen *Von Hannover mot Tyskland (No2)*. Återigen låg fokus på avvägningen mellan integritetsskyddet och pressfriheten (se avsnitt 3.2.2). Klagandena hade i tyska domstolar försökt att stoppa publiceringen av fotografier av dem i tyska tidningar. De hade fått avslag avseende vissa fotografier, som föreställde prinsessan Caroline ute på promenad och i skidliften i olika alpina miljöer.¹⁰⁰ Utan att vidare diskutera huruvida de aktuella fotografierna i sig är skyddsvärda fann domstolen att rätten till privatliv ska vägas mot yttrandefriheten.¹⁰¹ Europadomstolen måste därmed, enligt all logik, ha ansett att publiceringen av fotografierna i sig hade utgjort en integritetskränkning och ett intrång i Carolines privatliv, även om det inte uttryckligen påstås i domen. Hade det inte varit fallet och

⁹³ Von Hannover mot Tyskland (2004), s. 20 § 53.

⁹⁴ För en komplett lista över aktuella foton, se Von Hannover mot Tyskland (2004), s. 19 § 49.

⁹⁵ Ibid. s. 24 § 69.

⁹⁶ Ibid. s. 25 § 74.

⁹⁷ Ibid. s. 24 § 68.

⁹⁸ Ibid. s. 24 § 68.

⁹⁹ Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) s. 1 § 1-2.

¹⁰⁰ Ibid. s. 5-7 § 15-20.

¹⁰¹ Ibid. s. 30 § 100.

domstolen hade ansett att det inte utgjorde en integritetskränkning hade en avvägning mot yttrandefriheten inte varit nödvändig.¹⁰²

Intressant att notera är, liksom i det första Hannover-målet, att klaganden befann sig utomhus på allmänna platser och inte på privata, skyddade platser. Visserligen fann domstolen att yttrandefriheten vann kampen (mer om det nedan), men faktum kvarstår: även på allmän plats i färd att vidta alldagliga sysslor har offentliga personer ett skydd mot fotografering som inryms i rätten till privatliv.

3.1.2.2 Vilken betydelse har fotografiernas innehåll?

Ytterligare en fråga av relevans är vilken betydelse bildernas innehåll har för bedömningen. Måste fotografier vara utlämnande eller ha ett förnedrande innehåll för att rymmas under Europakonventionens skydd för privatlivet? Europadomstolen har besvarat den frågan nekande, vilket framgår av *Reklos och Davourlis mot Grekland* (se utförlig redogörelse nedan under 3.1.2.3) och de båda målen *Von Hannover mot Tyskland* (nr. 1 och 2). I de båda Hannover-målen var det inget naket, skamset eller väldigt personligt över de aktuella fotografierna utan de föreställde klaganden i vardagliga bestyr, bland annat prinsessan med familj fullt påklädda i färd att göra något så socialt accepterat som att ta en promenad och sitta i skidliften.¹⁰³

Enligt Reklos mot Grekland utgör en persons foto en viktig del av personligheten. Det fanns inget förnedrande över det i målet aktuella fotografiet av en nyfödd pojke, men fotograferingen av honom befanns ändå utgöra ett intrång i rätten till privatliv. Det var således inte fotografiets innehåll (vilket var varken förnedrande eller generellt sätt kunna sägas kränka dess personliga rättigheter) som var avgörande, utan att fotografen behållit dem utan samtycke.¹⁰⁴

Det är följaktligen inte enbart den innersta kärnan av en persons privatliv som skyddas. Däremot finns det vissa aspekter som har ansetts vara extra skyddsvärda. En person sexualliv har ansetts vara en särskilt skyddsvärd aspekt av privatlivet¹⁰⁵, och i *Smith och Grady mot Förenade kungariket* fann Europadomstolen att en persons sexuella läggning var en ytterst intim del av privatlivet som kräver särskilt starka skäl för att inskränkas (mer om inskränkningar enligt artikel 8.2 nedan).¹⁰⁶ Även här kan principen om en persons legitima förväntan av att få vara ifred ha betydelse, och medföra att en persons kropp, nakenhet och liknande skyddas extra starkt.

3.1.2.3 Vilken betydelse har spridningen av fotografierna?

Här ska diskuteras vilken betydelse det har det om, och i vilken omfattning, fotografierna sprids. Ovan har det i flera fall varit fråga om spridning av fotografier och filmer genom media, men det har även förekommit mål i Europadomstolen som rör fotografier som inte har blivit spridda utan där fokus är på att någon utan samtycke har tagit fotografier och sedan behållit dem.

¹⁰² Ibid. s. 29f § 95-100.

¹⁰³ Von Hannover mot Tyskland (2004), s. 24 § 69 och Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) s. 34 § 123.

¹⁰⁴ Reklos och Davourlis mot Grekland, s. 11 § 42.

¹⁰⁵ Mowbray, Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights, s. 491.

¹⁰⁶ Smith och Grady mot Förenade kungariket, s. 21 § 89.

Inledningsvis bör upprepas att rätten till skydd för privatliv omfattar även en rätt till *skydd för rykte* (det vill säga skydd mot förtal eller nedsättande uppgifter)¹⁰⁷ vilket aktualiseras vid just spridning av integritetskränkande fotografier. Då kan det vara ett brott mot artikel 8 att nationell rätt inte ger skydd mot ärekränkande uppgifter.

Det är en skillnad på att ta fotografier, att inneha tagna fotografier och att sprida sådana fotografier¹⁰⁸ och den kränkning av rätten till privatlivet som följer av de olika momenten. Jag anser att Europadomstolen dock inte alltid håller isär de tre, utan istället fokuserar på individens rätt till privatliv och individens behov, även när det gäller spridningens effekter i kränkningshänseende. I *Von Hannover mot Tyskland* (Nr 2), då fotografier hade spritts vitt genom publicering, var det inte klaganden rykte som skyddades, utan rätten till en legitim förväntan att bli lämnad ifred och skyddet för personlig utveckling utan inblandning utifrån. Domstolen lade tonvikten på sättet och kontexten i vilken fotografierna var tagna, men det är oklart vilken betydelse själva spridningen hade för utgången i målet. Domstolen fann även att den tekniska utvecklingen, som gör det möjligt att lagra och återskapa personlig information, nödvändiggör ett ökat skydd för privatlivet.¹⁰⁹ Publicering av *fotografier* befanns vara ett område då rättighetsskyddet och skyddet för ryktet är extra viktigt (i förhållande till publicering av exempelvis textmaterial).¹¹⁰

Likaså i *Peck mot Förenade kungariket* ansågs ett filmklipps spridning ha medfört att den hade visats för många fler än vad klagandens hade haft en legitim förväntan att anta skulle ske genom att befinna sig på just den platsen. Europadomstolen behandlar inte frågan om förnedrande uppgift eller skydd för ryktet, utan spridningen ansågs istället medföra att hans skäliga förväntan om privatliv kränktes.

Enligt ovan refererad praxis har spridningen gett upphov till två olika konstaterbara effekter. Antingen bidrar spridning till att klagandens rätt till skydd för sitt rykte kränks, eller så bidrar det till ett intrång i rätten till en legitim förväntan att bli lämnad ifred och skyddet för personlig utveckling utan inblandning utifrån. I det sistnämnda fallet är spridningen en del av bedömningsgrunderna och inte en nödvändig förutsättning för kränkningen, medan i det förstnämnda fallet det är själva spridningen som kan ge upphov till en kränkning.

Vad för skydd åtnjuter då enbart *tagande*, utan att det sker någon spridning, av integritetskränkande fotografier? I *Reklos och Davourlis mot Grekland*, då Grekland dömdes för brott mot artikel 8, hade ett nyfött spädbarn blivit fotograferat på sjukhuset utan medgivande av föräldrarna, utan att fotografierna publicerades. Situationen skiljde sig därigenom från tidigare fall som hade rört publicering av foton av offentliga och icke-offentliga personer.¹¹¹

¹⁰⁷ Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s. 355.

¹⁰⁸ Hädanefter betecknas dessa tre som ”tagande, innehav och spridning” av fotografier.

¹⁰⁹ *Von Hannover mot Tyskland* (2004), s. 24 § 70.

¹¹⁰ *Ibid.* s. 22 § 59.

¹¹¹ Se *Reklos och Davourlis mot Grekland*, s. 10 § 38.

Europadomstolen tog ställning till själva tagandet av ett foto utan den fotograferades samtycke, och konstaterade.¹¹²

“A person’s image constitutes one of the chief attributes of his or her personality, as it reveals the person’s unique characteristics and distinguishes the person from his or her peers. The right to the protection of one’s image is thus one of the essential components of personal development and presupposes the right to control the use of that image. Whilst in most cases the right to control such use involves the possibility for an individual to refuse publication of his or her image, it *also covers the individual’s right to object to the recording, conservation and reproduction of the image by another person* [egen kursiv]. As a person’s image is one of the characteristics attached to his or her personality, its effective protection presupposes, in principle [...], obtaining the consent of the person concerned at the time the picture is taken and not simply if and when it is published. Otherwise an essential attribute of personality would be retained in the hands of a third party and the person concerned would have no control over any subsequent use of the image”.¹¹³

Det står med detta långa yttrande klart att inte bara publicering, utan även själva tagandet av ett fotografi kräver den fotograferades samtycke. Resonemanget grundas på att en persons fotografi utgör ett av viktigaste personliga attributen, eftersom det avslöjar unika egenskaper och särskiljer en person från andra. Rätten till skydd vid fotografering är därmed en av de viktigaste komponenterna för den personliga utvecklingen och förutsätter rätten att kontrollera användandet av fotografiet. Rätten att kontrollera användandet av ett fotografi innefattar även rätten att motsätta sig att en annan person tar, behåller och publicerar bilden.¹¹⁴

Domstolen konstaterade att fotografen behöll negativen utan föräldrarnas samtycke, och barnets bild var därmed i händerna på fotografen i en identifierbar form med möjlighet till användning utan samtycke från den fotograferade/föräldrarna. Det var således inte fotografiets innehåll (vilket domstolen ansåg varken vara förnedrande eller generellt kunna sägas kränka personliga rättigheter) eller dess spridning, som var avgörande, utan att fotografen behållit dem utan samtycke.¹¹⁵ Grekland dömdes för brott mot artikel 8 eftersom de grekiska domstolarna vid den nationella prövningen (då klagande bland annat krävt att utfå negativen) inte hade beaktat att klaganden varken hade samtyckt till tagande av fotografierna eller till att fotografen behöll negativen.¹¹⁶

Domen bekräftar enligt min mening att skyddet vid fotografering inte är beroende av spridning eller att innehållet är av särskilt kränkande eller förnedrande slag. Jag tolkar denna dom som ett fastställande av skyddet mot fotografering i sig; att en person vid

¹¹² Det citerade stycket är måhända ovanligt långt för att vara just ett citat, men det belyser väl principen vid tagande av fotografi utan samtycke. Det vore synd att bryta ner en sådan välskriven motivering i smådelar.

¹¹³ Reklos och Davourlis mot Grekland, s. 10f § 40.

¹¹⁴ Översättning från citatet ovan, Ibid. s. 10f § 40.

¹¹⁵ Ibid. s. 11 § 42.

¹¹⁶ Ibid. s. 11 § 42f.

fotografering förlorar kontrollen över sin bild, och kontrollen därav är en viktig komponent för personlig utveckling. Att utan samtycke fotografera en individ och behålla negativet (eller fotografiet, oberoende av format) innebär en kränkning av rätten till privatliv enligt artikel 8.

Om det finns ett allmänt intresse av att sprida bilder på en person så ska en avvägning göras mot yttrandefriheten i artikel 10 (se 3.2.2 för närmare redogörelse), och en handling som annars skulle betraktas som integritetskränkning och ett intrång i privatlivet kan därigenom vara acceptabel. Det sagda innebär att offentliga personer kan behöva stå ut med mer än icke-offentliga personer, men inte när det saknas ett legitimt allmänt intresse av att publicera sådana bilder.

3.1.2.4 Sammanfattning

Sammantaget har en individ, oavsett om den är känd för allmänheten eller inte, en rätt att bli lämnad ifred och inte bli fotograferad även utanför hemmet, även på allmän plats och även om gestaltningen inte på något sätt är förnedrande. Vägledande (men inte helt avgörande) är den enskildes legitima förväntan om att bli lämnad ifred. Dessutom kan en stor spridning av fotografier påverka kränkning, då fler personer därmed kan beskåda en person än vad den borde räkna med ("enligt dess legitima förväntan") genom att befinna sig på en viss plats.

Smygfotografering i hemmet eller på privata platser är extra starkt skyddat enligt konventionen, då det rör de mest intima aspekterna av privatlivet och där förväntan på att bli lämnad ifred är stark och nödvändigt för att ha möjlighet att dra sig tillbaka till ett privat rum.

Det ska understrykas att även själva tagandet av ett fotografi, utan att det sedan sprids, kräver den fotograferades samtycke och kan strida mot rätten till privatliv. Rätten till skydd vid fotografering är en av de viktigaste komponenterna för den personliga utvecklingen och förutsätter rätten att kontrollera användandet av fotografiet, vilket även innefattar rätten att motsätta sig att en annan person tar, behåller och publicerar bilden.

Efter denna redogörelse av vad som skyddas enligt Europakonventionen vid integritetskränkande fotografering följer i nästa avsnitt frågan om hur detta skydd bör se ut och vilka förpliktelser staten har att erhålla ett skydd i sfären mellan individer. Denna situation skiljer sig från vad som kallas statens negativa förpliktelser som avser att staten ska avhålla sig från att kränka enskildas rättigheter, då det rör statens skyldighet att aktivt verka för att upprätthålla skydd individer emellan.

3.1.3 Statens skyldighet att agera

3.1.3.1 Statens positiva förpliktelser att skydda den personliga integriteten

Artikel 8 medför primärt en förpliktelse för staten att avhålla sig från ingrepp i enskildas privatliv, men ålägger även staten en skyldighet att vidta positiva åtgärder för att skydda den enskildes privatsfär, vilket framgår av bland annat målet *X och Y mot*

Nederländerna.¹¹⁷ Det kan innebära en skyldighet att anta lagstiftning med syfte att skydda privatlivet även i sfären mellan individer.¹¹⁸ Staten kan således bryta mot artikel 8 genom att tolerera en existerande situation eller genom att inte skapa tillräckligt skydd, och därigenom bli ansvarig för sin underlåtenhet att handla trots att övergreppet har utförts av någon annan än staten.¹¹⁹ Denna skyldighet kallas för statens positiva förpliktelser enligt konventionen, och det relevanta i denna uppsats är när *icke-statliga* aktörer kränker andras personliga integritet och vilken skyldighet staten har att förhindra dessa kränkningar.¹²⁰

I *Von Hannover mot Tyskland (2004)* underströk Europadomstolen att den positiva skyldigheten att vidta åtgärder för att försäkra skyddet för privatliv även *innefattar skydd för en person av dess foto gentemot andra personers utnyttjande*, inklusive journalister.¹²¹

Enligt Elisabeth Jonsson har Europadomstolen inte formulerat en generellt gällande teori om positiva förpliktelser, men hon anser att man dock kan se en röd tråd i domstolens resonemang, som betonar att konventionen ska utgöra ett praktiskt och effektivt skydd.¹²²

3.1.3.2 Statens förpliktelser vid *val av metod* för att skydda den personliga integriteten

Vilken metod en konventionsstat väljer för att försäkra skyddet för privatlivet individer emellan enligt artikel 8 är en fråga som faller inom ramen för staternas tolkningsutrymme ("margin of appreciation"¹²³). Det finns olika sätt att försäkra enskildas respekt för privatlivet och statens skyldighet beror på vilken aspekt av privatlivet som aktualiseras.¹²⁴ Staten har således en frihet att bestämma vilka metoder som är lämpliga. Europadomstolen har velat avstå från att ålägga medlemsstaterna omöjliga eller oproportionerliga krav på åtgärder¹²⁵, utan kraven på skyddsåtgärder ska vara rimliga.¹²⁶ Den metod som väljs måste dock ge ett praktiskt och effektivt skydd.¹²⁷ Det förväntas att staten utfärdar lagar som ger ett tillfredsställande skydd åt privatlivet och att de rättsvårdande myndigheterna håller kontroll över att dessa lagar respekteras.¹²⁸ Dessutom ska reglerna vara klara och tydliga så det framgår var skyddets gränser går.¹²⁹

¹¹⁷ X och Y mot Nederländerna, (Europadomstolens dom den 26 mars 1985), s. 7 § 23.

¹¹⁸ Ibid. s. 7 § 23.

¹¹⁹ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 347.

¹²⁰ Jonsson, Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan, s. 654.

¹²¹ Von Hannover mot Tyskland (2004), s. 21 § 57.

¹²² Jonsson, Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan, s. 655.

¹²³ Danelius har även översatt begreppet som en "viss diskretionär prövningsrätt" och "en viss frihet" i Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 53 och 351. Framöver bevaras den engelska titeln av tydlighetsskäl.

¹²⁴ X och Y mot Nederländerna, s. 7 § 24.

¹²⁵ Se Akandji-Kombe, Human Rights handbooks No 7, s. 17f.

¹²⁶ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 347.

¹²⁷ X och Y mot Nederländerna, s. 8f § 29-30.

¹²⁸ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 347.

¹²⁹ Von Hannover mot Tyskland (2004), s. 25 § 73.

För att avgöra var gränsen går och vilka positiva åtgärder som krävs ska en bedömning göras av vad som är en rimlig avvägning ("fair balance") mellan individens intresse och motstående legitima allmänna intressen. Avgörande är flera faktorer, bland annat vikten av det motstående allmänna intresset och vilken aspekt av privatlivet som aktualiseras.¹³⁰ De intressen som anses utgöra sådana beaktansvärda motstående intressen motsvarar de som anges i artikel 8.2 som legitima skäl till undantag, då domstolen har fastslagit att de ska tillämpas analogt.¹³¹ Principerna är således desamma för de krav som ställs på en stat både avseende positiva och negativa förpliktelser. Samma slutsats framgår under 3.2.1 där undantagsbestämmelsens (i artikel 8.2) tillämplighet vid positiva förpliktelser utreds.

3.1.3.3 Betydelsen av vilken aspekt av privatlivet som berörs för statens skyldigheter

Statens skyldighet är beroende av vilken aspekt av privatlivet som aktualiseras. När det rör en viktig aspekt av en individs existens eller identitet, är statens skönsrättsliga utrymme ("margin of appreciation") mindre. Detsamma gäller när handlingar rör en väldigt intim del av privatlivet.

Domstolen fann i *Smith och Grady mot Förenade kungariket* att en persons sexuella läggning var en ytterst intim del av privatlivet som kräver särskilt starka skäl för att inskränkas.¹³² Ett sexuellt övergrepp, för att ge ännu ett exempel, innebär ett allvarligt ingrepp i den enskildas privatliv, och staten förväntas då både kriminalisera sådana handlingar, och effektivt beivra dem.¹³³ Emellertid underströk Europadomstolen i *X och Y mot Nederländerna* att användandet av straffrättsliga lösningar inte nödvändigtvis är det enda svaret.¹³⁴ Målet rörde ett processuellt hinder vid brottmålsrättegång för en mentalt handikappad flicka (vid tillfället 16 år gammal) som blev tvingad till sexuella handlingar av en man på hemmet för handikappade barn där hon bodde.¹³⁵ Enligt nederländsk lag kunde åtal enbart väckas efter angivelse av målsäganden, men flickan var inte kapabel att göra en sådan angivelse och mannen kunde därför inte dömas för övergreppet.¹³⁶ Domstolen ansåg att civilrättsligt skydd (till exempel möjlighet att erhålla skadestånd) inte var tillräckligt i den typ av allvarlig kränkning som klaganden utsatts för. Domstolen betonade att det var ett fall då *fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet*¹³⁷ stod på spel och effektivt avskräckande var nödvändigt, vilket ansågs endast kunna åstadkommas genom straffrättslig reglering. I andra fall kan civilrättsliga eller offentlighetsrättsliga

¹³⁰ Akandji-Kombe, Human Rights handbooks No 7, s. 19.

¹³¹ Ibid. s. 20. Se även *Von Hannover mot Tyskland* (2004), s. 21 § 57, då Europadomstolen bekräftar att de tillämpliga principerna är desamma för positiva som negativa skyldigheter för staten.

¹³² *Smith och Grady mot Förenade kungariket*, (Europadomstolens dom den 27 september 1999), § 89.

¹³³ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 347.

¹³⁴ *X och Y mot Nederländerna*, s. 7 § 24.

¹³⁵ Ibid. s 3f § 7-13.

¹³⁶ Ibid. s. 5 § 16 samt s. 8f § 29.

¹³⁷ "fundamental values and essential aspects of private life"

regler vara tillräckliga.¹³⁸ Nederländerna hade gjort sig skyldig för ett brott mot artikel 8 genom att inte ha skapat ett tillräckligt skydd i den situationen.¹³⁹

3.1.3.4 Sammanfattning

Staten har en positiv förpliktelse att skydda enskilda från andra enskilda. Det erfordras inte nödvändigtvis straffrättsliga bestämmelser, förutom då fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet är på spel och avskräckande regler är nödvändiga. I övrigt kan skadeståndsrättsliga regler eller andra metoder tillämpas, så länge de är tydliga samt ger ett praktiskt och effektivt skydd. Det är svårt att finna närmare konkreta krav på medlemsstaternas skydd vid olika former av integritetskränkande fotografering. Om det kan konstateras att rätten till privatliv inte åtnjuter tillräckligt skydd enligt en strikt tolkning av artikel 8 så tillåter medlemsstaternas ”margin of appreciation” en vis avvikelse vid en avvägning mot andra intressen, som motsvarar de som undantas enligt 8.2. Kravet på avvägningen är att den ska utgöra en ”fair balance”. Intressen som kan väga mot rätten till personlig integritet vid olovlig fotografering är främst yttrandefrihet enligt artikel 10. Se 3.2.2 för en närmare redogörelse.

3.2 Avvägning av rätten till privatliv mot yttrandefrihet och undantagen i artikel 8.2

I detta avsnitt utreds vilken betydelse undantagen i artikel 8.2 har vid statens positiva förpliktelser samt hur en rimlig avvägning ska göras mot rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10, eftersom det är i förhållande till yttrandefriheten som rätten till privatliv främst har kommit att prövas.

Om det kan konstateras att rätten till privatliv inte åtnjuter tillräckligt skydd enligt artikel 8 så tillåter medlemsstaternas ”margin of appreciation” en vis avvikelse vid en avvägning mot andra intressen, som motsvarar de som undantas enligt 8.2. Kravet på avvägningen är att den ska utgöra en ”fair balance”.

3.2.1 Undantagsbestämmelsen i artikel 8.2 och dess betydelse vid statens positiva förpliktelser

Rättigheterna i artikel 8 är inte absoluta utan de kan inskränkas med stöd av lag under vissa angivna förutsättningar i andra stycket (se 3.1.1 för fulltext). Utifrån en bokstavstolkning av texten blir undantagen endast tillämpliga när det gäller *statens* intrång i den enskildas privatliv, då det formulerats ”*Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet [...]*”. Den tolkningen finner stöd i bland annat Europarådets utgivna *handbok om positiva förpliktelser* i vilken det redogörs för betydelsen av vilken typ av förpliktelse för staten som är för handen, en positiv eller en negativ förpliktelse. Är det fråga om en negativ förpliktelse för staten, ska det bedömas om ingreppet omfattas av undantagsbestämmelsen i artikel 8.2. Däremot om det rör en

¹³⁸ X och Y mot Nederländerna, s. 8 § 27.

¹³⁹ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 349, samt X och Y mot Nederländerna, s. 5 § 16 och s. 8f § 29.

positiv förpliktelse som har försummats av staten, då är det ”the merits of that failure” som ska bedömas.¹⁴⁰

Emellertid ska undantagsbestämmelsen tillämpas analogt och samma principer ska ligga till grund för prövningen. Frågan illustreras i *Powell och Rayner mot Förenade kungariket*, då domstolen fann att oavsett om målet ska analyseras utifrån statens försummelse av positiva förpliktelser enligt artikel 8.1 eller utifrån ett statligt intrång som kan rättfärdigas enligt stycke 2 (artikel 8.2) så är tillämpliga principer i stort sett desamma.¹⁴¹ Uttalandet är enligt handboken en numera klassisk formulering.¹⁴² Därmed framgår att domstolen anser att artikel 8.2 är direkt tillämplig på staters negativa förpliktelser och inte de positiva, men att de underliggande principerna likväl är desamma. Vidare fann domstolen att även vid positiva förpliktelser enligt artikel 8.1 så kan de intressen som är angivna i undantagsbestämmelsen i 8.2 vara ledande för vilka intressen som ska beaktas för den avvägning som ska göras.¹⁴³ Att samma principer ligger till grund för prövningen vid positiva såväl som negativa skyldigheter bekräftas även senare i *Von Hannover mot Tyskland* (2004).¹⁴⁴

Slutsatsen av det ovan är följande. Artikel 8.2 listar undantag då ett privatlivsintrång är acceptabelt. Det gäller enligt lydelsen negativa, inte positiva förpliktelser, men den avvägning som ska göras angående vad som tillåts enligt ”the margin of appreciation” ska göras enligt samma principer. Ledning för vilka intressen som kan beaktas sökes därmed i andra stycket, som bland annat nämner andra rättigheter. Utrymmet enligt den marginal staten har kräver en skälig avvägning mellan privatliv och relevant rättighet, oftast gentemot yttrandefriheten, och avseende individens rätt att vara ifred bör privatlivet vägas mot skälighet i ett modernt samhälle då människor lever i samspel och nära varandra. För den avvägning som ska göras, se nedan under 3.3.3 om yttrandefrihet.

3.2.2 Yttrandefriheten i artikel 10 och dess förhållande till personlig integritet vid fotografering

I vissa situationer måste skyddet för ryktet och för rätten att bli lämnad ifred (skyddet mot alltför närgången uppmärksamhet) balanseras mot yttrandefriheten i artikel 10. Detta gäller främst när fotografier sprids genom publicering, vilket kan utgöra ett intrång i privatlivet enligt artikel 8. Även tagande av fotografier borde därmed kunna aktualisera samma avvägning, då det sker i syfte att publicera resultatet och för att ett effektivt och praktiskt skydd för yttrandefriheten ska kunna föreligga måste det även vara möjligt att skaffa sådant material. Eftersom uppsatsens fokus är på personlig integritet och rätten till privatlivet uppmärksammas enbart sådana aspekter av yttrandefriheten som aktualiseras vid intrång i rätten till privatlivet, och en mer generell introduktion till yttrandefrihet enligt artikel 8 utelämnas.

¹⁴⁰ Akandji-Kombe, Human Rights handbooks No 7, s. 13.

¹⁴¹ *Powell och Rayner mot Förenade kungariket*, (Europadomstolens dom den 21 februari 1990), s. 15 § 41.

¹⁴² Akandji-Kombe, Human Rights handbooks No 7, s. 13.

¹⁴³ *Powell och Rayner mot Förenade kungariket*, s. 15 § 41.

¹⁴⁴ *Von Hannover mot Tyskland* (2004), s. 21 § 57.

Om det föreligger ett tillräckligt starkt intresse av att fotografier som är integritetskränkande publiceras kan yttrandefriheten ta över. I andra fall, om balanseringen av de båda intressena enligt ”fair balance”-vågen leder till motsatt resultat kan det vara ett brott mot artikel 8 att inhemska lag inte ger nog starkt skydd för förtal eller rätten att bli lämnad ifred.¹⁴⁵

Enligt Elisabeth Fura, den f.d. svenska domaren i Europadomstolen, som var i tjänst i Strasbourg vid den aktuella tiden, tog Europadomstolen i och med *Hannover mot Tyskland (Nr 2)* 2012 slutligen ställning till hur den svåra balansen mellan integritetsskyddet och pressfriheten ska göras.¹⁴⁶

I *Hannover mot Tyskland (Nr 2)* prövades i stor kammare den svåra avvägningen mellan integritetsskyddet och pressfriheten, rättigheter vilka anses vara lika skyddsvärda.¹⁴⁷ Yttrandefriheten inkluderar rätten att publicera fotografier, men domstolen framhöll att det dock är ett område där skyddet för privatlivet och ryktet är särskilt viktigt då fotografier kan innehålla väldigt personlig eller intim information om en individ.¹⁴⁸

Domstolen redogjorde för vilka omständigheter som är av betydelse vid avvägningen som ska göras vid publicering av information som berör en persons personliga integritet enligt följande. *a)* Bidrar det till en debatt av allmänt intresse? Detta kriterium är avgörande och vid bristande allmänintresse av publicering kan det inte försvaras genom artikel 8. *b)* Hur välkänd är personen och vad är ämnet för publiceringen? *c)* Hur har personen ifråga betett sig innan publicering (exempelvis om den har accepterat tagande av fotografier eller samarbetet med pressen). *d)* Innehåll, form och följer av publicering. *e)* Omständigheter under vilka fotografierna tagits (exempelvis om det har skett olovligen eller i hemlighet).¹⁴⁹

Vad bidrar till en debatt av allmänt intresse? Omfattas gör inte enbart sådant som rör politiska frågor, utan även information relaterat till sport och artister kan räknas in. Däremot har rykten om en presidents äktenskapsproblem och en sångares finansiella problem ansetts inte bidra till en debatt av allmänt intresse. I *Hannover (Nr. 2)* ansågs det finnas ett allmänintresse i uppgiften om den i Monaco regerande prinsens sjukdomstillstånd och att det därför var befogat att rapportera om hur prinsens barn, däribland Caroline, hanterade sina familjeplikter under sjukdomsperioden. Bedömningen som den tyska domstolen gjorde, att fotografier som beskrev vad prinsessan gjorde när prinsen var sjuk utgjorde ett legitimt allmänintresse, kunde enligt Europadomstolen inte kritiseras under artikel 8.¹⁵⁰ Europadomstolen fann att fotografierna, i ljuset av medföljande artiklar om prinsens sjukdomstillstånd, i alla fall till viss del bidrog till en debatt av allmänt intresse.¹⁵¹ Vidare fann Europadomstolen

¹⁴⁵ Se Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, s. 355.

¹⁴⁶ Elisabeth Fura, Sverige bör avvakta nya Caroline-domen, <http://www.expressen.se/debatt/elisabeth-fura-sverige-bor-avvakta-nya-caroline-domen/>.

¹⁴⁷ Von Hannover mot Tyskland (nr. 2), s. 33 § 106.

¹⁴⁸ Ibid. s. 32 § 103.

¹⁴⁹ Ibid. s. 34-36 § 108-113.

¹⁵⁰ Ibid. s. 37 § 117f.

¹⁵¹ Ibid. s. 37f § 118.

att prinsessan Caroline är en offentlig person oaktat om hon uppbär en officiell funktion eller inte i Monaco.¹⁵² Ytterligare faktor som beaktades var att fotografierna, som föreställde henne ute på gatan, inte var kränkande i sådant slag att det i sig borde ha föranlett ett publiceringsförbud.¹⁵³ Domstolen fann att publicering av fotografierna således uppvägdes av det allmänna intresset av en sådan publicering och därmed föll det inom ramen för statens skönsrättsliga tolkningsutrymme.

Således kan viss vägledning finnas i Hannover-domen om vad som anses utgöra ett allmänintresse. I den första domen relaterade inte fotografierna till information av allmänt intresse (såsom en sjuk monark), prinsessan Caroline utförde ingen officiell funktion och fotografierna relaterade enbart till hennes privatliv. Därmed fanns inget allmänt intresse av en publicering och en kränkning av privatlivet förelåg.

3.3 Slutsatser om vilket skydd som krävs för den personliga integriteten vid vissa specifika fotograferingssituationer

Olovlig fotografering omfattas av skyddet för privatliv enligt artikel 8 och medlemsstaterna har en positiv förpliktelse att skydda enskilda vis-à-vis andra enskilda. Kraven på skyddsåtgärder beror på vilken aspekt av privatlivet som berör och hur allvarlig kränkningen är. Domstolen har inte velat utforma en generell regel och det är därför svårt att dra en allmän slutsats som kan appliceras på alla tänkbara situationer. Dock kan vissa riktlinjer urskiljas i Europadomstolens praxis. Såsom ovan redogjorts för har staten en ”margin of appreciation” och för att staten ska hamna inom den krävs det att bristen på skydd beror på en avvägning mot ett annat skyddsvärt intresse, vilka utgörs av de intressen som uppräknas i artikel 8.2 som tillämpas analogt. Kraven på avvägningen är att staten har gjort en ”fair balance”. Nedan redogörs för olika former av kränkningar, vilka motstående intressen som kan tänkas aktualiseras i dessa specifika situationer och var gränsen för ”fair balance” kan antas dras.

1. Första tänkbara kränkning är smygfotografering eller filmning av nakna eller i övrigt intima situationer, som blottar en persons sexualliv eller sexuella läggning. Det är ett typexempel på fundamentala värden och essentiella aspekter vilket kräver straffrättslig reglering, och Domstolen fann även i *Smith och Grady mot Förenade kungariket* att en persons sexuella läggning är en ytterst intim del av privatlivet som kräver särskilt starka skäl för att inskränkas.¹⁵⁴ Enligt min mening bör den principen kunna tillämpas vid alla fall av fundamentala värden och essentiella aspekter. Vid en avvägning mot yttrandefriheten kan enkelt konstateras att det uppenbarligen inte finns något legitimt allmänt intresse av en sådan publicering, och inte heller något annat beaktansvärt intresse som kan göra att bristen på skydd ändå faller inom ”the margin of appreciation”, särskilt då intresset måste vara särskilt starkt.

¹⁵² Ibid. s. 38 § 120.

¹⁵³ Ibid. s. 39 § 123.

¹⁵⁴ *Smith och Grady mot Förenade kungariket*, § 89f.

2. Ett liknande exempel är smygfotoografering som sker i hemmet eller på andra särskilt privata platser såsom toaletter och omklädningsrum. Där anser jag att samma principer bör tillämpas som ovan (under punkt 1) då det rör fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet. Det krävs särskilt starka skäl för att avvika från att skydda privatlivet till förmån för ett annat intresse, och straffrättslig reglering fordras. Det tycks svårmotiverat att andra intressen skulle väga starkare i dessa situationer än rätten till privatliv. Det kan dock diskuteras om inte intresset av yttrandefriheten och medias roll som granskare av makten och samhället i stort kan ha viss tyngd, och att granskning skulle kunna godtas av offentliga personer på sådana platser. Det är en svår gränsdragning, och skulle i alla fall kunna falla inom ramen för ett allmänintresse. Vid en avvägning enligt principerna från Hannover (Nr 2) är det främst den sista punkten e) som aktualiseras: ”Omständigheter under vilka fotografierna tagits (exempelvis om det har skett olovligen eller i hemlighet)”, och med beaktande av att fotografierna tagits i hemlighet, olovligen och på synnerligen privata platser torde rätten till privatliv ha övervägande tyngd, då det är en så fundamentalt aspekt av rätten till privatliv och rätten att vara ifred.

3. Ytterligare ett exempel är då en icke-offentlig person blir fotograferad på allmän plats, utan att något allmänt intresse kan aktualiseras. Det är inte fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet som står på spel eftersom man genom att befinna sig på allmän plats får räkna med vissa intrång i den personliga integriteten. Då det inte finns något allmänt intresse som rättfärdigar intrånget enligt rätten till yttrandefrihet är frågan om det finns andra intressen som rättfärdigar en sådan bildupptagning. Beroende på situationen kan frågan besvaras både ja och nej. I ett samhälle får man räkna med att ses och beskådas av andra, och det finns ett intresse av att ha ett fungerande samhälle där människor kan leva tillsammans. Man bör därmed, enligt min mening, och utifrån en rimlighetsbedömning av vilken sorts kränkning som skulle kunna aktualiseras, räkna med viss fotoografering på allmän plats. Kraven på skyddsåtgärder ska dessutom vara rimliga, och det borde vara orimligt att staten ska vara förpliktad att ingripa i sådana situationer som troligtvis uppstår frekvent och innebär ett relativt litet intrång i integriteten.

4. Vid samma situation som under punkt fyra men då fotografierna sprids aktualiseras olika aspekter. Det kan rymmas inom ramen för skyddet för ryktet, och graden av kränkning blir avgörande. Är det bara ett alldagligt fotografi av en icke-offentlig person torde det inte lyckas att göra gällande att det finns något allmänt intresse för publicering. Enligt artikel 8 har man även en rätt att inte bli beskådad av så många, och en persons legitima förväntan av hur många som i en viss situation kan beskåda ens handlingar blir avgörande.¹⁵⁵ Det torde dock inte i de flesta fall uppnå sådana ”fundamentala värden och essentiella aspekter” som kräver straffrättsligt skydd. Troligt är att kraven på staten i de fallen är att publicering av liknande fotografier kan förbjudas (jämför med *Von Hannover mot Tyskland*, 2004) eller att den fotograferade kompenseras för sin kränkning.

5. Slutligen kan det utgöra en kränkning av rätten till privatliv när fotografier sprids till en större krets genom publicering och även tas för det syftet. Detta måste vägas mot rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10, med vägledning från kraven på avvägningen i

¹⁵⁵ Jfr *Peck mot Förenade kungariket*.

Von Hannover mot Tyskland (Nr 2). Om det inte finns ett legitimt allmänt intresse så har staten en skyldighet att införa skydd. Dock ställs inget krav i en sådan situation på strafflagstiftning utan jag anser att en möjlighet att ansöka i domstol om publiceringsförbud borde vara tillräckligt, i enlighet med de två Hannover-domarna. Inom ramen för det tillgängliga skyddsrättsmedlet måste påvisas att de fem faktorerna enligt Hannover (Nr. 2) har beaktats. Endast det faktum att det avbildade är en offentlig person är inte per se tillräckligt för att ett allmänt intresse ska föreligga. Dock ansågs något så privat som ett sjukdomstillstånd vara ett sådant intresse då den sjuka var regent och det kunde påverka hans officiella förpliktelser.

Som synes är det inte lätt att formulera en allmängiltig regel utan varje situation får analyseras för sig själv utifrån vilken aspekt av privatlivet som det gäller och om en skälig avvägning ("fair balance") mot motstående legitima intressen har uppnåtts. Det stämmer väl överens med synen på integritetens skyddsvärda gränser enligt det förra kapitlet, då en dominerande uppfattning kunde urskiljas som ansåg att en prövning måste avgöras i varje konkret situation. Europadomstolen tycks ha löst problemet med privatlivets och den personliga integritetens svårdefinierbarhet genom att utveckla vissa principer enligt praxis och sedan utvecklat dem allteftersom. En annan mer generell lösning hade varit mer förutsebar men möjligtvis utelämnat integritetskränkande handlingar som hamnat utanför definitionen.

4 Svensk nationell rätt och skyddet för personlig integritet vid fotografering

4.1 Inledning

I tidigare kapitel redogörs för vad personlig integritet är och varför det är skyddsvärt (kapitel 2) och för Europakonventionens artikel 8 och Europadomstolens praxis avseende skyddet för personlig integritet inom ramen för artikeln (kapitel 3). I detta kapitel behandlas de rättsregler som enligt svensk nationell rätt skyddar en person mot integritetskränkande fotografering, för att sedan följas av en analys av huruvida svensk rätt lever upp till kraven på skydd enligt Europakonventionen (kapitel 6). Inledningsvis presenteras gällande rätt med fokus på grundlagsskyddet (för fotografering respektive för personlig integritet vid fotografering) och straffrätten, varpå följer en kort redogörelse för skadeståndsrätten och övrig materiell rätt. I februari 2013 lade regeringen fram en proposition till riksdagen med förslag om en ny straffbestämmelse om ”kränkande fotografering”, vilken presenteras och diskuteras under avsnittet om straffrätten nedan.

4.2 Grundlagsskyddet för *fotografering*

4.2.1 Tillämpliga regelsystem – Yttrandefrihetsgrundlagarna eller regeringsformen

Det måste inledningsvis redogöras för det *skydd som fotografering och publicering av fotografier* har enligt den svenska grundlagen. Tack vare yttrandefrihetsgrundlagarna Tryckfrihetsförordningen (TF) och Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) är skyddet för publicering av fotografier starkt i Sverige, och därmed till viss del även tagande av fotografier för sådant syfte. Yttrandefrihetsgrundlagarna ger skydd till vissa medieformer och dess tillämpningsområde bestäms utifrån vissa formella, materiella och territoriella krav.¹⁵⁶

En fullständig redogörelse för de *formella kraven* faller utanför ramen för uppsatsen.¹⁵⁷ Däremot kan vissa grundläggande principer sammanfattas enligt följande. TF tillämpas på ”skrifter” och ”till skrift hänföres bild, även om den ej åtföljes av text”¹⁵⁸. YGL tillämpas å andra sidan på ljudradio, television och liknande överföringar, samt filmer, videogram, ljudupptagningar och andra tekniska upptagningar under vissa förutsättningar. Sammantaget så krävs det att viss teknik har använts och att det

¹⁵⁶ SOU 2012:55, En översyn av tryck- och yttrandefriheten. Slutbetänkande av Yttrandefrihetskommittén, s. 166.

¹⁵⁷ För en djupdykning i TF:s och YGL:s tillämplighet avseende olika medieformer se SOU 2012:55.

¹⁵⁸ 1 kap. 5 § 3 st. tryckfrihetsförordningen.

aktuella massmediet har spridits till en större krets. Tryckt skrift ska enligt 1 kap 6 § TF vara utgiven. Omfattas gör bland annat böcker, tidningar, cd-skivor, dvd-filmer, radio, tv och olika webbplatser.¹⁵⁹ I vissa fall uppställs frivilligt grundlagsskydd, till exempel enligt YGL för den som tillhandahåller allmänheten information ur en databas, då skydd uppkommer genom att utgivningsbevis utfärdas. Vidare förutsätter yttrandefrihetsgrundlagarna att yttranden är offentliga och sker via ett massmedium och inte genom direkt kommunikation till allmänheten, såsom vid teater, demonstrationer och utställningar.¹⁶⁰

De finns även vissa *materiella* krav för TF:s och YGL:s tillämplighet, vilka kommer till uttryck genom undantag från grundlagarnas tillämpningsområde. De är av två slag, för det första sådana som har skrivits in i grundlagarna, och för det andra finns det oskrivna undantag som grundas i en tolkning av grundlagarnas innebörd och syfte.¹⁶¹ Till exempel undantas rent kommersiell marknadsföring enligt en syftestolkning¹⁶² (vilket innebär att det underkastat exempelvis lagen om namn och bild i reklam) och skildring av barn i pornografisk bild undantas uttryckligen enligt 1 kap. 10 § TF och 1 kap. 12 § YGL.

De *territoriella* kraven behandlar vilken anknytning en viss skrift eller teknisk upptagning ska ha till Sverige för att yttrandefrihetsgrundlagarna ska bli tillämpliga. En närmare redogörelse ligger utanför uppsatsen ramar och är inte direkt relevant för frågeställningen, och utelämnas därför.¹⁶³

Utöver TF och YGL är varje medborgare enligt 2 kap. 1 § 1 st. RF gentemot det allmänna tillförsäkrad yttrandefrihet och informationsfrihet. Det stadgas i 2 kap 1 § 2 st. RF att beträffande *tryckfriheten och motsvarande frihet att yttra sig i radioprogram, television eller liknande överföringar, offentliga uppspelningar ur en databas samt i tekniska upptagningar* gäller vad som förskrivs i TF och YGL. Bestämmelsen är således subsidiär i förhållande till yttrandefrihetsgrundlagarna.

Sammanfattningsvis skyddas alla yttranden, vilket inkluderar publicering av fotografier, av antingen skyddet för yttrandefrihet i RF, eller av TF och YGL om mediet till formen uppfyller där ställda krav. De medieformat som omfattas av TF och YGL kallas hädanefter för de *grundlagsskyddade medierna*.

4.2.2 Skydd för fotografering enligt yttrandefrihetsgrundlagarna

TF och YGL bygger bland annat på principerna om censurförbud, etableringsfrihet och meddelarskydd, och på att inga andra begränsningar får göras i tryck- och yttrandefriheten är de som följer av de två grundlagarna.¹⁶⁴

¹⁵⁹ SOU 2012:55, s. 166.

¹⁶⁰ Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, s. 28-32.

¹⁶¹ SOU 2012:55 s. 169.

¹⁶² Ibid. s. 172.

¹⁶³ För mer information, se till exempel SOU 2012:55, del 1, s. 173.

¹⁶⁴ SOU 2012:55 s. 156f.

Om fotografier *publiceras* i grundlagsskyddade medier så får de extra skydd. Skyddet består i att publicering endast kan beivras genom straffbestämmelserna i TF:s uppställda brottskatalog (däri förtal uppräknas), och de särskilda processuella regler som då gäller (till exempel särskilda former för åtal och prövning av jury). Dessutom skyddas själva *tagandet* av integritetskränkande fotografier av meddelarskyddet. Inom meddelarskyddet ryms meddelarfriheten, som innebär att var och en har rätt att straffritt lämna uppgifter för publicering i ett grundlagsskyddat medium i vilket ämne som helst (med vissa undantag, såsom om grövre brott begåtts mot rikets säkerhet), och anskaffarfriheten, som innebär att var och en har rätt att straffritt anskaffa uppgifter avsedda för publicering i ett grundlagsskyddat medium.¹⁶⁵ Vidare tillkommer rätten till anonymitet bland annat fotografier när publicering i grundlagsskyddade medier är syftet med bildupptagningen.¹⁶⁶

Noteras bör att vanlig lag tillämpas på det sätt genom vilket anskaffandet sker och fotografen kan således dömas för diverse brott i och med fotograferingen, men det är fotografens anonymitet som är skyddad genom att dess identitet inte får röjas, och det är inte heller tillåtet för myndigheter att efterforska vem som har tagit fotografier publicerade i grundlagsskyddade medier enligt efterforskningsförbudet i TF och YGL.¹⁶⁷

Att yttrandefriheten har fått så starkt skydd genom TF och YGL innebär dock inte att den är utan gränser. Den främsta gränsen dras genom brottskatalogen som anger vilka brott som kan begås i grundlagsskyddade medier. Principen om *dubbel kriminalisering* innebär att ett brott måste finnas upptaget i brottskatalogen och i brottsbalken för att kunna bestraffas.¹⁶⁸ Det bör understrykas redan nu att i brottskatalogen finns förtalsbrottet men inte ofredande upptaget, vilka är de två brotten som aktualiseras vid fotografering och redogörs för nedan.

4.2.3 Skyddet för fotografering utanför yttrandefrihetsgrundlagarna

Om ett fotografi publiceras via ett medium som faller utanför TF och YGL gäller istället 2 kap. 1 § 1 st. RF om yttrandefrihet och informationsfrihet samt bestämmelser i vanlig lag. I yttrandefriheten ingår en rätt att fritt i tal, skrift eller bild eller på annat sätt meddela upplysningar samt uttrycka tankar åsikter och känslor. Dessa friheter är inte absoluta utan kan begränsas genom lag med vissa begränsningar enligt 2 kap. 20-23 §§ RF. Gränser för skyddet kan sägas utgöras av brottsbalkens bestämmelser om bland annat förtal och ofredande samt övriga materiella lagar (se nedan under 4.6 för kort sammanfattning av dem).

¹⁶⁵ Ibid. s. 161.

¹⁶⁶ Ibid. s. 162.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, s. 15.

4.3 Grundlagsskyddet för *personlig integritet* vid fotografering

4.3.1 Målsättningsstadgandet i regeringsformen

I regeringsformen 1 kap. 2 § 4 st. stadgas att:

“Det allmänna ska verka för att demokratins idéer blir vägledande inom samhällets alla områden samt *värna den enskildes privatliv* och familjeliv” [egen kursiv].

Det är ett målsättningsstadgande och inte rättsligt bindande.¹⁶⁹ Därmed ger det inte heller upphov till några individuella rättigheter.¹⁷⁰ Integritetsskyddskommittén beskriver stadgandet som att det ger den enskilda ett skydd *med hjälp av* det allmänna, till skillnad mot fri- och rättigheterna i 2 kap. regeringsformen som snarare garanterar ett skydd *mot* det allmänna.¹⁷¹ Bestämmelsen infördes på förslag av Fri- och rättighetsutredningen, som ansåg att det var uteslutet med en allmän bestämmelse om skydd för integriteten utformad som en rättsregel eftersom det skulle vara alldeles för vagt.¹⁷² Istället för en rättsregel fann utredningen att principen om att den enskilde ska ha rätt till en fredad sektor är så grundläggande att den borde införas i ett målsättningsstadgande som slår fast vissa grundläggande värden.¹⁷³

Problemet med ett målsättningsstadgande är just att det är en målsättning, och att det inte är bindande eller går att konkretisera. Därmed kan dess effektivitet ifrågasättas, vilket bekräftas av Hans-Gunnar Axberger som anser att målsättningsstadgandet om den enskildas privatliv inte blivit en levande del av den svenska författningen.¹⁷⁴

4.3.2 Materiellt grundlagsskydd

Det finns i dagsläget inget materiellt grundlagsskydd för privatlivet, den personliga integriteten eller liknande mot intrång från enskilda aktörer, det vill säga från vad som inte utgör ”det allmänna”. Regeringsformen 2 kap. 6 § 2 st. infördes i och med grundlagsreformen 2010.¹⁷⁵ Den lyder enligt följande:

”Utöver vad som föreskrivs i första stycket är var och en *gentemot det allmänna* skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten,

¹⁶⁹ Se bl.a. Prop. 2009/10:80, En reformerad grundlag, s. 173 och Widebäck, Något om integritetsskydd och Internet, s. 365.

¹⁷⁰ Se bl.a. Prop. 2009/10:80 s. 173

¹⁷¹ SOU 2008:3, s. 96.

¹⁷² Ibid. s. 97.

¹⁷³ Se ibid.

¹⁷⁴ Axberger, Integritetsskydd i perspektiv, s. 471.

¹⁷⁵ Ändring skedde i kammaren den 2 juni 2010 då utskottets betänkande (2009/10:KU19, En reformerad grundlag) bifölls. Utskott tillstyrkte i sitt betänkande regeringens förslag i prop. 2009/10:80 om ett förstärkt integritetsskydd för det allmänna i 6 § 2 st., ett förslag vilket i sin tur byggde på integritetsskyddskommitténs förslag. Se bet. 2009/10:KU19, s. 40 och 43 och Riksdagsskrivelse 2009/10:304 samt 2009/20:305. Ändring genomförd genom SFS 2010:1408, Lag om ändring i regeringsformen.

om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden” [egen kursiv].

Det utökade grundlagsskyddet gäller, som framgår redan av lagtexten, enbart skydd gentemot integritetsintrång från det allmänna, vilket tar sikte på statens negativa förpliktelser. Det hindrar därmed inte enskilda från att göra intrång i andra enskildas integritet. Integritetsskyddskommittén, vars förslag till utvidgat grundlagsskydd ledde till införandet av 6 § 2 st., fann att det inte var nödvändigt med ytterligare skydd för integriteten individer emellan i grundlagen, och hänvisade till Europakonventionens skydd och att det enligt RF 2 kap. 19 § inte är tillåtet att stifta lagar som strider mot Europakonventionen.¹⁷⁶

Enligt kommittén skulle ett stadgande om positiva förpliktelser¹⁷⁷ för det allmänna innebära ett avsteg från den uppbyggnad som fri- och rättighetsskyddet har idag, vilket reglerar förhållandet mellan det allmänna och enskilda och inte mellan enskilda inbördes, (dock med ett par undantag).¹⁷⁸ Kommittén föreslog istället att det parallellt med grundlagsändringen skulle införas skydd enskilda emellan i vanlig lag genom förbud mot vissa former av smygfilmning, så att rättighetsskyddet får sin substans genom vanlig lag istället för i grundlag.¹⁷⁹

Grundlagens rättighetsskydd, dess uppbyggnad och rättigheternas tillämpning i det enskilda fallet är en större diskussion som inte ska föras här, utan det är tillräckligt att konstatera att det inte har ansetts lämpligt att införa ett generellt skydd för privatlivet i regeringsformens rättighetsstadga. Utöver målsättningsstadgandet finns det inte ett uttryckligt grundlagsskydd för personlig integritet vid fotografering vidtagen av någon annan än ”det allmänna”, med undantag för Europakonventionens artikel 8 och dess särskilda status enligt regeringsformen 2 kap. 19 §.

Hans-Gunnar Axberger har uttryckt kritik mot att det inte infördes en allmän grundlagsbestämmelse om rätten till privatliv, vilket det vid grundlagsreformen gjorde beträffande rätten till rättvis rättegång. Axberger menar att grundlagskommittén inte behandlade frågan om artikel 8 och rätten till privatlivet, vilket en så omfattande grundlagsutredning borde ha gjort, då det finns flera likheter mellan de två rättigheterna (rätten till privatliv och rätten till en rättvis rättegång); de är båda allmänt hållna, överlämnar stort tolkningsutrymme åt domstolar och jurister och båda har sedan tidigare ansetts för otydliga för att passa in i RF:s rättighetskapitel. En skillnad enligt Axberger vore dock att en regel om skyddet för privatlivet skulle ha en praktisk betydelse.¹⁸⁰ Det finns således inget praktiskt tillämpbart skydd i grundlagen utan man är hänvisad till ”vanlig lag”, då främst straffrätten.

¹⁷⁶ SOU 2008:3, s. 19.

¹⁷⁷ D.v.s. förpliktelser för det allmänna att vidta positiva åtgärder för att ge den enskilda skydd för dennes personliga integritet gentemot andra individer.

¹⁷⁸ SOU 2008:3 s. 245f.

¹⁷⁹ Ibid. s. 19.

¹⁸⁰ Axberger, Integritetsskydd i perspektiv, s. 472.

4.4 Det straffrättsliga skyddet för integriteten vid fotografering

4.4.1 Inledning

I nuläget finns det inte något straffrättsligt skydd som direkt tar sikte på integritetskränkande fotografering, inte heller då det är djupt integritetskränkande.¹⁸¹ Man är istället hänvisad till andra straffbestämmelser, främst ofredande, sexuellt ofredande och förtal.

Högsta domstolen har konstaterat i flera domar, bland annat i NJA 1992 s. 594, det så kallade ”Videomålet”, att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke filma en person eller att för andra visa en film där en annan person förekommer, trots att det kan vara djupt integritetskränkande för den berörda personen.¹⁸² HD uttrycker vidare angående spridning av integritetskränkande fotografier att:

”Frånsett mera speciella situationer, såsom då en film utan samtycke utnyttjas i kommersiell reklam (se 1978 års lag om namn och bild i reklam), är man för närvarande hänvisad till det skydd som reglerna om straff för ärekränkning i 5 kap BrB tillsammans med skadeståndsbestämmelsen i 1 kap 3 § skadeståndslagen kan erbjuda.”¹⁸³

Hans-Gunnar Axberger menar att HDs uttalande visar på en viss otillfredsställelse av rättsläget.¹⁸⁴ Det har även konstaterats på andra håll och föranlett förslag i statliga utredningar om kriminalisering av olovlig fotografering ända sedan 1970-talet och senast i Integritetsskyddskommitténs betänkande SOU 2008:3. Nyligen, i februari 2013, lade regeringen slutligen fram en proposition om kriminalisering av ”kränkande fotografering” (prop. 2012/13:69). Nedan redogörs först för aktuellt rättsläge och möjligt straffrättsligt skydd, vilket följs av en presentation av det nya förslaget och dess bakgrund.

Det straffrättsliga skyddet är relevant i ett rättighetsperspektiv då det skulle syfta till att ha en avskräckande effekt, straffa den som kränker någon annans integritet och även ge rätt till kompensation för den utsatta genom rätt till kränkningssersättning. Förmodligen skulle det även kunna bidra till en känsla av ett erkännande från samhället att man blivit felaktigt behandlad.

Man bör skilja på *själva fotograferingen* (även kallat bildupptagning) och *spridningen* av fotografier och filmer, vilket kan aktualisera olika straffbestämmelser. Vid integritetskränkande fotografering av annan är bestämmelserna om ofredande och sexuellt ofredande i brottsbalken mest aktuella. Den straffbestämmelse som främst kan

¹⁸¹ Se Prop. 2012/13:69, Kränkande fotografering, s. 10.

¹⁸² NJA 1992 s. 594, s. 597.

¹⁸³ Ibid. s. 597.

¹⁸⁴ Axberger, Ära och integritet, s. 722.

komma att tillämpas på spridning av integritetskränkande fotografering är förtalsbrottet, vilket är ett ärekränkingsbrott.¹⁸⁵

Såsom ovan har konstaterats innehåller yttrandefrihetsgrundlagarnas brottskatalog förtalsbrottet, vilket således kan tillämpas även på publicering av fotografier i grundlagsskyddade medier, trots att grundlagarnas ansvarsregler har en speciell karaktär med ensamansvar och särskild tryckfrihetsprocess. Avseende ofredande så skyddar inte yttrandefrihetsgrundlagarna det sätt på vilket en uppgift (här: bildupptagning) har anskaffats och det är därmed inte tillåtet att begå brottsliga handlingar för att anskaffa information i publiceringssyfte.¹⁸⁶ Ofredande kan därför bli aktuellt även om fotografier tas i syfte att publiceras i grundlagsskyddade medier. (En annan sak är att fotografen kan få skydd för sin anonymitet.)

4.4.2 Ofredande och sexuellt ofredande

4.4.2.1 Om brottens tillämplighet vid integritetskränkande fotografering

I brottsbalkens fjärde kapitel, som rör brott mot frihet och frid, finns flera bestämmelser av intresse ur integritetssynpunkt som riktar sig mot annans frihet och kränker rent personliga intressen.¹⁸⁷ Vid olovlig fotografering aktualiseras bestämmelsen i 7 §, enligt vilken den döms för ofredande som ”handgripligen antastar eller medelst skottlossning, stenkastning, oljud eller annat hänsynslöst beteende eljest ofredar annan”. Relevant för integritetskränkande fotografering är då någon genom *annat hänsynslöst beteende ofredar annan*. Under straffbestämmelsen hör många gärningar som inte liknar de uppräknade exemplen, och fokus skall i de fallen ligga på uttrycket ofredande, som står både i brottsbeskrivningen och som brottsrubricering.¹⁸⁸ För ett ofredande genom hänsynslöst beteende krävs att det enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning.¹⁸⁹ Det förutsätter att den utsatte verkligen ska ha blivit störd,¹⁹⁰ vilket i sin tur fordrar att den angripne har uppfatta angreppet när det företogs.¹⁹¹ Gärningen måste även vara ett uttryck för hänsynslöshet.¹⁹² Exempel på straffbara gärningar är upprepade telefonringningar och att störa grannar genom hög musik. Av relevans här är att det har bedömts som ofredande att olovligen filma nakna män på en badinrättning, så att de märker det.¹⁹³

Även sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § 2 st. brottsbalken kan bli aktuellt, som stiftar att de som ”[...] annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet”. Enligt sexualbrottsutredningen är brottet ett sexualbrott och till skillnad mot fridsbrotten bör det därmed omfatta även handlingar som riktar sig mot personer som är medvetlösa eller sover. Således bör

¹⁸⁵ Axberger, Ära och integritet, s. 716.

¹⁸⁶ Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, s. 153.

¹⁸⁷ Holmqvist, Brottsbalken: en kommentar, s. 4:2.

¹⁸⁸ Ibid. s. 4:31.

¹⁸⁹ Ibid. s. 4:31.

¹⁹⁰ SOU 2008:3 s. 127.

¹⁹¹ Se NJA 2008 s. 946, s. 961 och Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 59.

¹⁹² Se SOU 2008:3 s. 127 och Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 58.

¹⁹³ Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, s. 58-59.

det, enligt kommittén, komma ifråga att bedöma situationer där en person på ett sexuellt kränkande sätt har filmat eller fotograferat en annan person i smyg som sexuellt ofredande.¹⁹⁴ Dock har frågan om huruvida hemlig fotografering skulle kunna omfattas av bestämmelsen om sexuellt ofredande behandlats olika i rättspraxis.¹⁹⁵ Det sagda demonstreras av bland annat NJA 1996 s. 418 och Svea hovrätts dom 2012-04-20, mål nr B 10342-11, vilka refereras nedan.

NJA 1996 s. 418 rörde en man som hade videofilmade ett av honom utfört sexuellt övergrepp på en sovande kvinna, och var åtalad för sexuellt utnyttjande, alternativt sexuellt ofredande. Relevant för denna uppsats är frågan om sexuellt ofredande. Både hovrätten och HD konstaterade inledningsvis att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera en enskild person (med tillägg i hovrätten att det gäller trots att ett sådant förfarande i vissa fall kan vara djupt integritetskränkande för den berörda personen).

Hovrätten framhöll att vid sexuellt ofredande måste handlingen såra en persons sexuella anstötighetskänsla. Då målsägande sovit under hela det aktuella händelseförloppet och sålunda inte varit medveten om den tilltalades handlande kunde hon enligt hovrätten inte ha kunnat ta anstöt av det. Att målsäganden senare fått reda på vad som hänt ändrar enligt hovrätten inte bedömningen och den tilltalade friades från sexuellt ofredande.¹⁹⁶ Även HD friade från sexuellt ofredande men med en annorlunda motivering, nämligen att den tilltalades handlingar överensstämde med sexuella handlingar som han och målsäganden hade brukat företa, och med hänsyn därtill kunde handlandet inte innebära att han uppträtt anstötligt mot målsäganden.¹⁹⁷

Intressant att lyfta fram är även Svea Hovrätts dom den 16 oktober 2007, som ledde till klagomålet mot Sverige i Europadomstolen i *E.S. mot Sverige*. En redogörelse för målet och domen i Europadomstolen finns nedan under 5.2.4. I målet hade en man, som tillika var styvfader till målsäganden, monterat en kamera i badrummet och startat inspelning innan målsäganden skulle duscha. Avsikten var att smygfilma målsäganden, i ett sexuellt syfte. Målsäganden upptäckte dock kameran och det är inte klarlagt om det blev någon inspelning av henne.¹⁹⁸ Trots att hovrätten ansåg att den situation som avsågs att filmas innebar en allvarlig integritetskränkning, och att målsäganden hade blivit kränkt och lidit skada av handlandet, friades den tilltalade från sexuellt ofredande. Hovrätten fann, med hänvisning till NJA 1996 s. 418 att det inte fanns något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera eller filma en enskild person. Den tilltalades uppsåt täckte inte att målsäganden skulle få veta att han försökt filma henne. Därför utgjorde styvfaderns handlingar inte sexuellt ofredande.¹⁹⁹

I NJA 2008 s. 946 hade en man installerat dold videoutrustning i en lägenhet som därefter nyttjades av hans före detta flickvän. Den tilltalade hade med hjälp av utrustningen spelat in ljud- och bildupptagningar av sexuell samvaro, bland annat intimt umgänge mellan den f.d. flickvännen och dennes nya pojkvän. Dessutom hade

¹⁹⁴ SOU 2010:71, Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag, s. 381-382.

¹⁹⁵ SOU 2010:71 s. 380f och prop. 2012/13:69 s. 10.

¹⁹⁶ NJA 1996 s. 418, s. 425.

¹⁹⁷ Ibid. s. 427.

¹⁹⁸ Hovrättens dom 2007-10-16 mål nr B 1831-06 s. 3.

¹⁹⁹ Ibid. s. 4f.

han bifogat delar av ljud- och bildupptagningarna till ett antal e-postmeddelanden, i vilka han även lämnat uppgifter som enligt HD varit ägnade att utsätta den f.d. flickvännen för andras missaktning.²⁰⁰

Målet aktualiserade flera straffbestämmelser, men HD meddelande prövningstillstånd enbart i fråga om ofredande. HD konstaterade att det i svensk lag inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke filma en enskild person eller att för andra visa en film där en enskild person förekommer, även om filmningen eller visningen i det enskilda fallet är djupt integritetskränkande. HD ifrågasatte huruvida det är förenlighet med Europakonventionen att förfarandena i det aktuella målet lämnas osanktionerade. Enligt HD ska det i sådana fall prövas om bestraffning kan ske med stöd av andra bestämmelser.²⁰¹ Frågan var då om den tilltalade genom hänsynslöst beteende eljest hade ofredat annan. Enligt HD förutsätts det för den typen av ofredande att gärningen inneburit en kännbar fridskränkning, vilket i sin tur förutsätter att den angripne uppfattat angreppet när det företogs. Det hade inte påståtts i målet att de som blev filmade varit medvetna om inspelningen.²⁰² Därför kunde handlingen inte anses utgöra ett ofredande enligt 4 kap. 7 § brottsbalken.

HD prövade om ofredande kunde anses ha fullbordats i och med att målsäganden senare hade fått kännedom om inspelningarna, vilket förmedlades av annan än den tilltalade, men besvarade det nekande, eftersom filmningen i sig inte utgjort ofredande, och att ”det skulle vara mindre följdriktigt att betrakta det som ett led i ett ofredande vars väsentliga del skulle bestå i ett informationslämnande”.²⁰³ Med andra ord, ofredande kan inte begås genom att lämna information till en person om att samlag med denna hemligen har spelats in.²⁰⁴

HD avslutade med det mycket intressanta uttalandet att:

”En annan sak är att goda skäl kan anföras för att förfaranden av det slag som är föremål för HD:s bedömning i detta mål borde vara straffbara. Det får emellertid, oavsett det nuvarande rättslägets förenlighet med Europakonventionen, anses ankomma på lagstiftaren att ta ställning till om en sådan kriminalisering bör införas och i så fall till hur den bör utformas.”

Med NJA 2008 s. 946 står det således klart att ofredande förutsätter en kännbar fridskränkning, vilket fordrar att den avbildade uppfattar angreppet när det vidtas. Det är inte tillräckligt att få reda på i efterhand. Att fotografera eller filma någon utan samtycke, som inte märker fotograferingen/filmningen, kan därmed inte utgöra ofredande, även om filmningen i sig är djupt integritetskränkande.

I ett senare dom från Svea hovrätt (2012-04-20, mål nr B 10342-11) dömdes en man för sexuellt ofredande. Det rörde visserligen inte upptagande eller spridning av film eller

²⁰⁰ NJA 2008 s. 946, s. 957.

²⁰¹ Ibid. s. 960-961.

²⁰² Ibid. s. 961.

²⁰³ NJA 2008 s. 946, s. 962.

²⁰⁴ För denna förkortade slutsats, se Jareborg & Friberg, Brotten mot person och förmögenhetsbrotten, s. 59.

fotografi, utan den tilltalade hade tryckt sitt könsorgan mot den ovetande målsäganden. Intressant i detta mål är att hovrätten skiljer på sexualbrott och fridsbrott och då det var fråga om ett sexualbrott ansågs den sexuella integriteten kränkt trots att beröringen inte uppfattades. Det hade således ingen betydelse om målsäganden var medveten om vad som hände.²⁰⁵

4.4.2.2 Analys av ofredandebrottens tillämplighet och brister vid integritetskränkande fotografering

Av ovan refererad rättspraxis kan följande slutsatser dras. För att ofredande ska föreligga måste den avbildade känna till bildupptagningen under tiden den sker, det är således inte tillräckligt att få reda på det i efterhand. Det följer av kravet på att det måste innebära en kännbar fridskränkning. Följaktligen är det inte straffbart att smygfilma någon som inte märker det. Emellertid, om den filmade (eller fotograferade) lägger märke till filmningen, kan en sådan fridskränkning uppstå. Av Svea Hovrätts dom den 16 oktober 2007 demonstreras problematiken med dagens lagstiftning, nämligen att det är svårt, om inte omöjligt, att visa på ett uppsåt hos den som smygfilmade att det ska bli upptäckt. Det blir ett slags moment tjugotvå som leder till konstaterandet att enbart att filma någon annan i en integritetskränkande situation (vare sig det rör sig om en mycket intim situation eller en ”icke-intim” situation på en plats där man bör få vara ifred) inte är straffbart.

Det bör dock understrykas att bara för att filmningen/fotograferingen i sig inte utgör ett brott, kan det ske på ett sådant sätt att andra brott kan ha begåtts. HDs domslut i NJA 2008 s. 9946 bör därför inte tolkas som att fotografering av andra utan samtycke, i hemlighet, alltid är tillåtet, något som hovrätten verkar göra i domen den 16 oktober 2007.

Den brist i lagstiftningen som uppstår har kritiserats på flera håll, och frågan har utretts under lång tid. Mot den bakgrunden presenterade regeringen proposition 2012/13:69 om kriminalisering av ”kränkande fotografering”, som redogörs för nedan under 4.4.4.

Sexuellt ofredande har bedömts olika enligt praxis. Enligt sexualbrottsutredningen är det ett sexualbrott som följaktligen inte är beroende av att övergreppet uppfattas. Jag avser inte i denna uppsats att göra en fullständig analys av rättspraxis utan nöjer mig med att konstatera att det finns brister, både avseende den spretiga praxis som nämnda utredning och regeringen menar förekommit, samt i det avseende att filmning (eller fotografering) av sexuellt intim karaktär har befunnits inte vara straffbart, och därmed kan inte det anses utgöra ett effektivt och praktiskt skydd i sådana intima situationer.

4.4.3 Förtal

4.4.3.1 Om förtalbrottets tillämplighet vid integritetskränkande fotografering

Ärekränkingsbrotten, såsom framgår av namnet, avser att skydda en persons ära och utgörs av förtals- och förolämpningsbrotten. Begreppet ära inkluderar å ena sidan ära i objektiv mening, vilket innefattar den aktning och det anseende som en person åtnjuter

²⁰⁵ Svea hovrätt, 2012-04-20, mål nr B 10342-11, s. 4-5.

bland sina medmänniskor och en persons ”goda namn och rykte”, och å andra sidan ära i subjektiv mening, vilket är en persons känsla av att vara sålunda aktad och ansedd.²⁰⁶

I 1958 års lagrådsremiss utvecklades bakgrunden till att ärekränkning är kriminaliserat. Det anges att människan i ett modernt samhälle är hänvisad till att leva i gruppmedskap med andra och att angrepp mot individen kan leda till att känslorna för individen försvagas och medför uteslutning ur gruppen.²⁰⁷ Hans-Gunnar Axberger anser att det har skett en förskjutning av synen på äran, från begreppen ära och heder till dagens mening då motsvarande anspråk uttrycks som privatlivets helgd och personlig integritet.²⁰⁸

Vid spridning av kränkande information via en bildupptagning aktualiseras förtalsbrottet. Det finns upptaget i den särskilda brottskatalogen i TF och YGL, vilket medför att det kan beivras även om de sker inom ramen för ett grundlagsskyddat medium.²⁰⁹

Förtal regleras i 5 kap. 1 § brottsbalken och har följande lydelse:

”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** till böter.

Var han skyldig att uttala sig eller var det eljest med hänsyn till omständigheterna försvarligt att lämna uppgift i saken, och visar han att uppgiften var sann eller att han hade skälig grund för den, skall ej dömas till ansvar.”

Förtal innefattar typiskt sett en sådan beskyllning om brott eller annan gärning eller sådan uppgift om faktisk omständighet som meddelas till någon annan än den angripne och som är ägnad att nedsätta dennes anseende inom omgivningen.²¹⁰ Den brottsliga gärningen vid förtal består av att någon lämnar en uppgift om en person till en tredje person, och att uppgiften är ägnad att utsätta denne för andras missaktning.²¹¹

För att spridning av en integritetskränkande bildupptagning ska utgöra förtal krävs således att det utgör *ett uppgiftslämnande till en tredje person*. Med uppgiftslämnande avses både det fall då gärningsmannen själv framställer uppgiften, och att denne sprider vidare en uppgift. Det kan ske på olika sätt. Enligt Suzanne Wennberg sker det vanligen genom yttranden i tal eller skrift, men även andra sätt, till exempel genom bildupptagning som innehåller beskyllningar av slag som anges i paragrafen. Lagtexten anger ett utpekande som exempel, men en uppgift kan lämnas på flera andra sätt.²¹² Det krävs inte att uppgiften nått viss större spridning.²¹³

²⁰⁶ Berggren, (red.) m.fl., Brottsbalken: en kommentar s. 5:1.

²⁰⁷ Holmqvist, Brottsbalken: en kommentar s. 5:2.

²⁰⁸ Axberger, Ära och integritet, s. 720.

²⁰⁹ Widebäck, Något om integritetsskydd och Internet, s. 366.

²¹⁰ Holmqvist, Brottsbalken: en kommentar s. 5:1.

²¹¹ Berggren, (red.) m.fl., Brottsbalken: en kommentar, s. 5:2.

²¹² Ibid.

²¹³ Ibid.

Är att sprida ett fotografi eller en film ett *uppgiftslämnande* i sig? HD fick tillfälle att reda ut rekvisitet i NJA 1992 s. 594, det så kallade Video-målet. Domen föll samtidigt som huvudförhandling i HD hölls för Hustler-målet, NJA 1994 s. 637.²¹⁴ De båda målen redogörs för nedan. Det framgår i dessa mål klart och tydligt att en film och en bild kan lämna en uppgift, med eller utan tillhörande text.

Vidare ska den lämnade uppgiften vara *ägnad att utsätta någon för andras missaktning*. För straffbarhet är det tillräckligt att upplysningen är *ägnad att utsätta* den beskyllde för *andra människors missaktning*, och en sådan faktisk verkan är inte nödvändig.²¹⁵ Det är tillräckligt att det funnits en risk för att den berörde under föreliggande omständigheter skulle komma att utsättas för andras missaktning.²¹⁶ Bedömningen av vad som kan anses vara nedsättande skall göras ur den kränktes och dess omgivnings synvinkel.²¹⁷ Enligt Wennberg är det inte förtal att lägga ut en nakenbild på en person på till exempel en hemsida. För att en sådan gärning ska utgöra förtal måste något ytterligare moment till så att en nedsättande bild kan anses ha lämnats.²¹⁸ Ett exempel som anges är det fall då en bild läggs ut av en person, som inte vet om det, på en sida där sexuella tjänster erbjuds. Den nedsättande uppgiften vore i ett sådant fall att personen prostituerar sig.²¹⁹

I NJA 1992 s. 594, ”Videomålet”, hade den tilltalade videofilmat ett samlag med målsäganden, utan dennas vetskap. Den tilltalade hade därefter visat filmen för ett antal personer, bland annat för målsägandens arbetskamrater, lånat ut filmen och dessutom hotat med att visa filmen för målsägandens förman på hennes arbetsplats. Frågan var huruvida filmupptagningen och visandet att filmen utgjorde förtal. I domen anförde HD att ”den som visar en enskild person på film får anses därigenom lämna de uppgifter om denna som filmen förmedlar”.²²⁰ Enligt HD visade den aktuella videofilmen uppgifter om att målsäganden hade haft samlag med den tilltalade och om hur samlaget genomfördes. Dock ansågs de uppgifterna inte i sig nedsättande för målsäganden.²²¹ Däremot fann HD att ”[d]en som ser filmen får emellertid lätt det felaktiga intrycket att [målsäganden] kände till att samlaget filmades. Slutsatsen ligger då nära till hands att hon inte hade något emot att filmen visades för andra.”²²² Den bild som därmed förmedlades av filmen; att kvinnan kände till filmningen och att hon då inte hade något emot att filmen visades, ansåg HD måste anses nedsättande, och de uppgifter som genom visningen av filmen lämnats om målsäganden hade därigenom varit ägnade att utsätta henne för missaktning. Därmed dömdes den tilltalade för förtal, och brottet ansågs som grovt med hänsyn bland annat till att uppgifterna hade lämnats i en mycket integritetskränkande form och fått stor spridning.

Enligt Hans-Gunnar Axberger innebar Videomålet ett nedtonande av kravet på uppgiftslämnande till förmån för ett beaktande av den effekt som en gärning har vid

²¹⁴ Axberger, Ära och Integritet, s 722

²¹⁵ Holmqvist, Brottsbalken: en kommentar s. 5:9.

²¹⁶ NJA 1994 s. 637, s. 648.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Berggren, (red.) m.fl., Brottsbalken: en kommentar, s. 5:3.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ NJA 1992 s. 594, s. 597.

²²¹ Ibid.

²²² Ibid. s. 597f.

förtalsbrott.²²³ Fokus låg inte på uppgiften men på effekten av att filmen sändes till andra.

I ”Hustler-målet”, NJA 1994 s. 637, hade en tidning publicerat fotografier av kända personer i ett bildmontage där deras ansikten hade fogats samman med andra personers kroppar i olika sexuella situationer. Enligt HD kunde det lätt konstateras att bilderna inte var autentiska. Reportaget hade rubriken ”En smygtitt i kändisarnas hemliga fotoalbum” och texten beskrev kändisar bland annat som ”ännu mer sexuellt lössläppta och perversa än vanligt folk”. HD fann att det lätt kunde konstateras att bilderna inte var autentiska, men att de med tillhörande textvinjetter ansågs kunna förmedla intrycket att målsäganden var sådana ”kändisar” som enligt den inledande texten är sexuellt lössläppta och perversa. HD menade att särskilt i förening med reportaget i övrigt måste bilderna anses ägnade att utsätta målsägandena för andras missaktning. Den ansvariga utgivaren dömdes för tryckfrihetsbrott innefattande förtal (och grovt förtal).²²⁴

Hans-Gunnar Axberger drar slutsatsen att uppgiftslämnandet därmed ska ses som en helhet och inte behöver vara en uppgift i bokstavstolkningens mening utan det är tillräckligt med ett visst förfarande, en gärning eller dylikt.²²⁵ Fotografier och filmer utgör visserligen en konkret uppgift, då det går att ta på och har ett beständigt uttryck, men Axbergers åsikt innebär att även omständigheter runt omkring fotografiet beaktas. Man kan tänka sig att sådana exempel är text som ackompanjerar fotografier, hur det lämnats, av vem och vad som anförts runtomkring uppgiftslämnandet.

Även i NJA 2008 s. 946 tog HD upp frågan om förtal vid spridning av uppgifter, trots att domen inte hade överklagats i den delen. Filmen i fråga var olovligen tagen och visade två personers intima umgänge. Utan att ta ställning påpekade HD att det inte var säkert att den aktuella filmen, om den hade spridits till andra, var sådan att den hade bedömts som nedsättande och ägnad att utsätta de avbildade för andras missaktning.²²⁶

4.4.3.2 Analys av förtalsbrottets tillämplighet och brister vid integritetskränkande fotografering

De ovan redovisade rättsfallen visar att spridning av ett fotografi eller en film utan tvekan utgör ett uppgiftslämnande i lagens mening. Därtill följer av HD:s rättspraxis att sådant i anslutning till fotografier ska beaktas, samt även själva framställningssättet och vad det förmedlar. Mer problematiskt i sammanhanget är rekvisitet ”ägnad att utsätta någon för andras missaktning” vid integritetskränkande fotografering. Det finns fotografier som är integritetskränkande, till och med grovt integritetskränkande, men där spridning till andra inte uppfyller rekvisitet. Ett tydligt exempel ges i Videomålet då enbart en film av något så privat som ett samlag inte är tillräckligt. Vad HD istället tog fasta på var att filmen förmedlade det felaktiga intrycket att målsäganden samtyckte till inspelning och visning av samlagsfilmen, vilket ansågs nedsättande för henne.

²²³ Axberger, Ära och integritet, s. 723.

²²⁴ NJA 1994 s. 637, s. 648.

²²⁵ Axberger, Ära och integritet, s. 724.

²²⁶ NJA 2008 s. 496, s. 961.

Det är oklart var gränsen går för att en nedsättande bild ska vara för handen. Enbart nakenhet eller samlagsbilder är inte tillräckligt. Däremot att framställas som pervers, sexuellt lössläppt eller villig att spela in och visa samlagsfilm har ansetts nedsättande på sätt som erfordras för förtal.

Innebörden blir att det vi gör ensamma i hemmets vrå inte skyddas mot smygfotoografering och påföljande spridning av samma fotografier. Om inte ens spridning av en film av ett samlag, då två personer befinner sig i en mycket intim och naken situation, anses utgöra förtal anser jag att det finns stora luckor i skyddet för privatlivet som bör fyllas. Av förståeliga skäl kan inte varje privatlivsintrång genom spridning av bildupptagning föranleda förtalsansvar, då det inte nödvändigtvis utgör en kränkning av äran. Dessutom bygger förtalsbrottet på att en nedsättande uppgift ska spridas och inte på hur den utsatta (i detta fall den fotograferade) upplever situationen och dess förväntningar på personlig integritet. Däremot finns det ingen annan tillämplig straffbestämmelse i integritetskränkande situationer och den enskilda står utan skydd.

I sammanhanget bör understrykas att det nya förslaget i prop. 2012/13:69 enbart syftar till att förbjuda vissa specifika former av bildupptagning av annan och innehåller ingen nyhet avseende spridningen av desamma.

4.4.4 Propositionen om kriminalisering av ”kränkande fotoografering”

4.4.4.1 Kort om bakgrunden och tidigare utredningar

Skyddet för kränkningar vid fotoografering och filmning av enskilda utan samtycke har länge ansetts vara bristfälligt. Redan 1974 föreslog 1966 års integritetsskyddskommitté straffbestämmelser om olovlig respektive otillbörlig fotoografering, och sedan dess har frågan om skydd för den enskildes integritet utretts vid flera tillfällen.²²⁷ Senast år 2008 föreslog 2004 års integritetsskyddskommitté en kriminalisering av ”olovlig fotoografering”.²²⁸

Förslaget tog sikte på olovligt *tagande* av fotografier som sker på en *plats dit allmänheten inte har insyn*, och uteslöt frågan om spridning av fotoografering. Med anledning av remissinstansernas kritik mot förslaget utarbetade justitiedepartementet en departementspromemoria (Ds 2011:1, Olovlig fotoografering), med en något annorlunda utformad straffbestämmelse,²²⁹ vilken i sin tur blev föremål för revidering i regeringens lagrådsremiss ”Kränkande fotoografering”.²³⁰ Lagrådet avstyrkte förslaget då det ansågs som tveksamt framför allt med anledning av att det endast omfattade sättet att anskaffa uppgifter, men i praktiken utformats så att vad som avbildas, det vill säga fotografiernas innehåll, skulle vara avgörande och inte själva förfaringsättet. Lagrådet föreslog att en eventuell straffbestämmelse skulle avse intrång i rätten till en

²²⁷ Prop. 2012/13:69, s. 7. För mer utvecklad redogörelse av tidigare utredningar och överväganden, se propositionen s. 7-9.

²²⁸ SOU 2008:3, s. 13.

²²⁹ Prop. 2012/13:69, s. 7f.

²³⁰ Lagrådsremiss, Kränkande fotoografering, 1 mars 2012.

fredad personlig sfär inom vilken olovlig avbildning är att uppfatta som ett intrång *helt oberoende av bildens innehåll*.²³¹

Vidare ansåg Lagrådet att frågan om olovlig *upptagning* av integritetskränkande fotografering bör behandlas tillsammans med frågan om *spridning* av sådana bilder, och hänvisade till det då pågående utredningsarbetet av Yttrandefrihetskommittén.²³² Lagrådet menade följaktligen att man skulle invänta betänkande från kommittén, som hade som deluppdrag att överväga och lämna förslag beträffande behovet av ett förstärkt integritetsskydd inom det grundlagsskyddade området.²³³ Sagt och gjort. Yttrandefrihetskommittén fann att det *inte* borde införas en straffbestämmelse i TF och YGL om integritetsskydd. Det noterades att det i nationell svensk rätt finns begränsningar i skyddet för den enskildes privatliv och att det lagstiftade skyddet vid en internationell jämförelse är relativt svagt.²³⁴ Kommittén ansåg dock att det varken fanns ett behov att införa en särskild straffbestämmelse eller att förpliktelserna enligt Europakonventionen är tillräckligt tydliga för att ensamma motivera införandet av ett nytt tryck- och yttrandefrihetsbrott. Slutligen ansågs att det finns en risk att en ny straffbestämmelse får en återhållande effekt på de grundlagsskyddade mediernas publicistiska verksamhet.²³⁵ Det bör dock framhållas att kommittén ansåg att det utanför det grundlagsskyddade området fanns ett behov av en straffbestämmelse.²³⁶

4.4.4.2 Förslaget om ”kränkande fotografering”

Efter många turer fram och tillbaka presenterade regeringen i februari 2013 sitt förslag till införande av bestämmelse om ”kränkande fotografering” i brottsbalken.²³⁷ Förslaget lyder enligt följande.

”Den som olovligen med tekniskt hjälpmedel i hemlighet tar upp bild av någon som befinner sig inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett omklädningsrum eller ett annat liknande utrymme, döms för **kränkande fotografering** till böter eller fängelse i högst två år.

Till ansvar ska det inte dömas om gärningen med hänsyn till syftet och övriga omständigheter är försvarlig.

Första stycket gäller inte den som med tekniskt hjälpmedel tar upp bild av någon som ett led i en myndighets verksamhet.”

Den föreslagna kriminaliseringen omfattar endast *fotografering* och inte *spridning* av fotografier. Dessutom omfattar den enbart fotografering av personer som befinner sig på sådana platser som tillhör den enskildes personliga sfär, där det framstår som verkligt angeläget att undvika eller beivra intrång i den personliga integriteten och där behovet av rättsskydd är särskilt stort. Enligt regeringen omfattar det platser som tillhör den enskildas privata miljö eller annars är avsedd för privata förhållanden.²³⁸ Exempel som anges i lagtexten är inomhus i en bostad eller på en toalett, i ett

²³¹ Se Lagrådets yttrande i protokoll vid sammanträde 2012-03-13.

²³² Ibid.

²³³ SOU 2012:55, En översyn av tryck- och yttrandefriheten, s. 28.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid. s. 29.

²³⁶ Ibid. s. 29.

²³⁷ Prop. 2012/13:69.

²³⁸ Ibid. s. 18.

omklädningsrum eller ett annat liknande utrymme. Det är således irrelevant vad fotografierna föreställer. Fotograferingen ska vidare ske olovligen och i hemlighet.²³⁹ Försvarlig fotografering ska undantas, vilket avgörs genom en helhetsprövning i det enskilda fallet, då den enskildes intresse av skydd ska vägas mot fotograferingens syfte.²⁴⁰ Exempel på omständigheter som enligt propositionen är av stor betydelse för försvarlighetsbedömningen är om fotograferingen sker som ett led i nyhetsförmedling eller i något annat sammanhang av samhälleligt intresse. Det sistnämnda kan inkludera fotografering i syfte att i massmedier kunna visa på missförhållanden i samhället eller i syfte att dokumentera bevisning om ett pågående brott, och det spelar i sammanhanget ingen roll om det är en yrkesfotograf, en journalist eller någon annan som fotograferar. Dock anges att utrymmet för att fotografering i kulturellt eller vetenskapligt syfte ska anses försvarligt torde vara mycket litet.²⁴¹

Följaktligen är förslaget ett resultat av många års utredningsarbete. Det tar emellertid enbart sikte på bildupptagning och inte spridning av densamma, vilket utelämnar många skyddsvärda situationer. Dessutom är det var fotografiet tagits som är avgörande och inte dess innehåll. Således skyddas de mest privata platserna från olovlig fotografering i hemlighet. I kapitel 5 (främst under 5.2) analyseras regeringens proposition utifrån Europakonventionen och Europadomstolens praxis.

4.5 Rätten till kränkingsersättning vid integritetskränkande fotografering

4.5.1 Allmänt om ideellt skadestånd

Frågan om skadestånd ligger egentligen på gränsen till frågeställningarnas räckvidd då uppsatsens fokus ligger på ett rättighetsperspektiv och substansen i rätten till privatliv/personlig integritet. Det är dock svårt att helt utelämna skadestandsfrågan vid en redogörelse av vilket skydd den enskilde har enligt svensk nationell rätt. I detta avsnitt redogörs därför mycket kortfattat för rätten till skadestånd för den kränkning som integritetskränkande fotografering eller spridning av sådana bilder utgör. Angränsande frågor, såsom ersättning för personskada, storleken på ett eventuellt skadestånd och grundläggande skadeståndsrättsliga principer behandlas inte.²⁴²

Enlig rådmannen Märith Bergendahl är möjligheten att få skadestånd vid en kränkning som består av i princip fullt laglig smygfotografering i det närmaste obefintlig. Det menar hon beror på den begränsade möjlighet att få ideellt skadestånd i Sverige, främst genom att det endast är fall då skadan uppstått genom ett brottsligt angrepp som avses.²⁴³

Ideellt skadestånd ska utdömas till den som enligt 2 kap. 3 § skadeståndslagen (SkL) allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes

²³⁹ Ibid. s. 23f och s. 27-30.

²⁴⁰ Ibid. s. 30.

²⁴¹ Ibid. s. 30f.

²⁴² Den nyfikna läsaren hänvisas till Hellner och Radetzki, *Skadeståndsrätt*, för fördjupad läsning.

²⁴³ Bergendahl, Märith, *Integritetsskyddet vid smygfotografering*, s. 459.

person, frihet, frid eller ära. Angrepp på frid avser angrepp mot rätten att vara i fred och få hålla sitt privatliv okänt för andra och inkluderar ofredandebrottet.²⁴⁴ Angrepp mot ära i sin tur avser angrepp mot annans anseende eller självkänsla och inkluderar, såsom framgår av ordalydelsen, ärekränkingsbrottet förtal.²⁴⁵ Slutsatsen blir att den skadelidande har rätt till ersättning vid olovlig fotografering om det har skett genom ofredande eller förtal.²⁴⁶

Det finns inget hinder mot att en domstol utdömer kränkingsersättning även utan stöd i 2 kap. 3 § SkL.²⁴⁷ Av intresse här är att stat och kommun vid flera tillfällen har utdömts att betala skadestånd för kränkning som orsakats av att rättigheter i Europakonventionen blivit åsidosatta,²⁴⁸ och staten har då således utdömts skadestånd *direkt med stöd i Europakonventionen*.²⁴⁹ Då uppsatsen främst rör förhållandet individer emellan har stat och kommuns skadeståndsansvar i sig liten betydelse. Intressant är dock att det har utdömts skadestånd direkt med stöd i EKMR. Frågan är därmed om skadestånd även kan utdömas då en enskild person har kränkt en rättighet i Europakonventionen?

4.5.2 Kan en enskild person åläggas skadeståndsansvar för kränkning med direkt tillämpning av Europakonventionen?

Den stora frågan är således om även *en enskild person* kan åläggas skadeståndsansvar för kränkning med direkt stöd i EKMR? HD har besvarat frågan nekande i NJA 2007 s. 747; ett enskilt rättssubjekt kan inte åläggas att betala skadestånd till en annan enskild med direkt tillämpning av artiklarna 8 och 13 EKMR.²⁵⁰

HD fann att konventionen inte innehåller några regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter, och än mindre förskriver att enskilda kan vara skyldiga att betala just skadestånd, och skadeståndsskyldighet kan inte åläggas enskild med tillämpning av europakonventionen, även om den utgör svensk lag.²⁵¹ Till stöd härför anförde HD att Europakonventionen inte innebär några förpliktelser för enskilda samt att det finns ett grundläggande krav på att enskilda ges möjlighet att förutse de rättsliga följderna av sina handlingar.²⁵² HD satte därigenom, för att citera Håkan Andersson, ”en tydlig och viktig gräns för [en] utvidgande tendens – hit men inte längre”.²⁵³

Därigenom framstår svaret klart på ett nationellt plan. Svaret är nej. För att få rätt till skadestånd för kränkningen vid integritetskränkande fotografering eller spridande av sådana fotografier krävs i nuläget att ett brott har begåtts i form av ofredande eller

²⁴⁴ Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 80.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid. s. 81. med hänvisning till prop. 2000/01:68, Ersättning för ideell skada, s. 48.

²⁴⁷ Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 83.

²⁴⁸ Som exempel kan anges NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 295, NJA 2007 s. 584, NJA 2009 s. 463.

²⁴⁹ Hellner & Radetzki, Skadeståndsrätt, s. 83.

²⁵⁰ Se NJA 2007 s. 747, i ”målmeningen”.

²⁵¹ NJA 2007 s. 747, s. 751.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Andersson, Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan.

förtal/förolämpning. Skadeståndstalan mot en enskild kan inte grunda sig direkt på Europakonventionens artikel 8.

4.6 Skyddet mot integritetskränkande fotografering enligt övrig materiell rätt

Integritetsskydd finns i svensk lagstiftning och är enligt Axberger ett icke försummat ämne.²⁵⁴ Det finns åtskilliga lagstiftningar med rättsligt bindande skydd för den enskildes integritet på olika områden, och enligt Ulf Widebäck kan lagstiftningen liknas vid ett stort lapptäcke.²⁵⁵ Dessa lagar är dock väldigt specifika, och det krävs ytterligare moment för att få skydd för fotografering. De kan inte anses ge ett heltäckande skydd för integritetskränkande fotografering, trots Widebäcks lapptäckesliknelse, och kräver en ingående analys av brister och luckor i täcket, något som av utrymmesskäl inte vidtas inom ramen för detta arbete. Därför ska de bara snabbt nämnas, för att sedan lämnas därhän.

I lagen (1978:800) om namn och bild i reklam skyddas användandet av annans bild i kommersiella sammanhang.²⁵⁶ Personuppgiftslagen (SFS 1998:204) innehåller bestämmelser till skydd för enskildas integritetsskydd när det gäller kränkningar som sker med hjälp av automatiserad databehandling. Båda de lagar som reglerar filmning, lagen (1995:1506) om hemlig kameraövervakning samt lag (1998:150) om allmän kameraövervakning förutsätter uppfästning av fasta kameror och annan utrustning,²⁵⁷ vilket utesluter många av de situationer av integritetskränkande fotografering som behandlas i denna uppsats. Offentlighets- och sekretesslagen (SFS 2009:400) innehåller ett omfattande skydd för den enskildes privatliv och integritet i övrigt och kan även skydda ett fotografi mot att lämnas ut om det omfattas av sekretess.

Det finns även en självsanerande verksamhet som pressbranschen har inrättat, med syftet att upprätthålla god publicistisk sed och ge den enskilde skydd mot publicitetsskador utöver lagens skydd. Det är en från staten fristående verksamhet som bedrivs genom Allmänhetens pressombudsman (PO) och Pressens Opinionsnämnd (PON) som kan prova en viss publicering utifrån de pressetiska reglerna.²⁵⁸ Det syftar till att hjälpa personer som känner sig personligen kränkta genom publiceringar i papperstidningar och tidningars hemsidor.²⁵⁹ Dess konkreta skydd i det specifika fallet kan dock ifrågasättas och reglerna är inte bindande²⁶⁰ eller innebär en säkerhet för den enskilda. Därför behandlas de inte närmare här. Dessutom är de enbart tillämpliga på publicering av fotografier i vissa tidningar och ger ingen allmängiltigt skydd för integriteten vid fotografering.

²⁵⁴ Axberger, *Integritetsskydd i perspektiv*, s. 471.

²⁵⁵ Widebäck, *Något om integritetsskydd och internet*, s. 366.

²⁵⁶ NJA 1992 s. 594, s. 597.

²⁵⁷ Andersson, *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan*.

²⁵⁸ SOU 2012:55, s. 423.

²⁵⁹ www.po.se/regler.

²⁶⁰ *Ibid.*

4.7 Avslutande kommentar

Det framgår att det svenska skyddet mot integritetskränkande fotografering är bristfälligt, och att inget generellt skydd finns i grundlagen, inom straffrätten eller skadeståndsrätten. Frågan har utretts under lång tid men ändå är rättsläget inte tillfredsställande. Eventuella orsaker därtill och en analys av rättsläget framförs inte här utan i kapitel 5, för att undvika otaliga upprepningar.

5 Svensk nationell rätts förenlighet med Europakonventionen

5.1 Inledning

Efter att skyddet för integritetskränkande fotografering enligt svensk nationell rätt och Europakonventionen redovisats och analyserats i tidigare kapitel ska nu saken knytas ihop. I detta kapitel behandlas frågan om huruvida svensk nationell rätt är förenlig med Europakonventionen genom en jämförelse av de båda systemen. Vissa aspekter belyses löpande i tidigare kapitel men förtjänar även att åskådliggöras här. Det bör understrykas att Europakonventionen enbart utgör en miniminivå och det kan finnas skäl för att stärka skyddet även om inte det krävs enligt konventionen.

Inledningsvis jämförs bildupptagning och innehav²⁶¹ av integritetskränkande fotografier, vilket av pedagogiska skäl skiljs från själva spridningen av desamma. En svårare skiljelinje är den mellan vad som aktualiserar extra skydd enligt de svenska grundlagarna TF och YGL och vad som inte gör det. Det här är inte en yttrandefrihetsrättslig uppsats, och således avser jag inte att fokusera på *var* den skiljelinjen går. Däremot belyses dess betydelse i fotograferingsskyddshänseende genom att diskutera skillnaden mellan dessa två situationer, eftersom det är omöjligt att komma ifrån den viktiga roll yttrandefriheten spelar i svensk rätt och följaktligen hur stor påverkan den har på integritetsskyddet. I ett flertal situationer är det yttrandefriheten som hindrar ett starkare integritetsskyddet. Ambitionen är att försöka peka på när den grundlagsskyddade yttrandefriheten kan påverka bedömningen och på vilket sätt.

Två synsätt på personlig integritet går att urskilja ur redogörelsen i kapitel 2 och dessutom ur Europadomstolens praxis: individens självbestämmanderätt och individers behov av att bli accepterade av den sociala gemenskapen. Det reflekteras även av den svenska strafflagstiftningen och de olika straffrättsliga bestämmelserna om ofredande och förtal som skyddar individens känsla respektive relationen till gruppgemenskapen.

En viktig distinktion måste göras. Det finns en sorts intrång i andra människors liv som aldrig någonsin kan försvaras med hänsyn till yttrandefriheten eller andra intressen. Och det finns situationer som är mer på kollisionkurs med dessa intressen och där en närmare avvägning är lämplig.

Staten har en positiv förpliktelse att aktivt verka för individens skydd enligt konventionen, även individer emellan. Enligt Jan Södergren har det emellertid haft svårt att få fotfäste i svensk rättstillämpning och han anser att lagstiftaren och andra rättsvårdande myndigheter inte sällan uttalar att konventionen enbart gäller i förhållandet mellan staten och den enskilda.²⁶² Många röster har höjts för att Sveriges

²⁶¹ Med ”innehav” avses att någon behåller fotografiet/filmen/negativet i sin ägo eller under sin kontroll, och därmed bevarar det utan samtycke.

²⁶² Södergren, *Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning*, s. 26.

skydd är otillräckligt, och då är det främst två situationer som avses: pressens publicering av kändisbilder utan något allmänintresse och smygfotoografering av intima och sexuella situationer. Första exemplet är definitivt krångligare ur ett yttrandefrihetsperspektiv.

Jan Södergren sammanfattar problemet på ett tydligt sätt:

”Det lär finnas en uppsjö av uppgifter som berör privatlivet och således en tillämpning av artikel 8, utan att de för den skull är föremål för någon som helst kriminalisering i svensk rätt. Härigenom kan en konflikt mellan konventionsrätten och svensk lag uppstå.”²⁶³

Emellertid bör understrykas att det inte krävs straffrättsligt skydd i alla sammanhang utan civil- eller offentlighetsrättsliga alternativ kan vara tillräckliga.

5.2 Skydd mot *fotografering* som är integritetskränkande

5.2.1 Allmänt om skyddet

Europakonventionen innehåller ett skydd mot själva fotoograferingen, vilket utgör en del av rätten att bli lämnad i fred och skyddet för personlig utveckling utan att andra gör intrång i den egna sfären. Dessutom ingår kontrollen av den egna bilden i rätten till privatliv, och således erfordras visst skydd mot att andra inte behåller och bevarar ens bild helt obegränsat. Enligt svensk rätt finns inget generellt skydd mot fotoografering eller filmning, bortsett från enligt lagen om kameraövervakning, vilket dock begränsas till fasta kameror och därmed utesluter stor del av den smygfotoografering gentemot vilken det borde finnas skydd.

Det finns således stora luckor att fylla. Det är främst två situationer som avses: olovlig smygfotoografering av intima och sexuella situationer och pressens tagande av kändisbilder utan något allmänintresse. Det sistnämnda exemplet är definitivt mer komplext ur ett tryckfrihetsperspektiv och tar sikte på skyddet mot närgången uppmärksamhet, vilket är tätt sammankopplat med publicering av sådana bilder, men det förtjänar ändå att belysas även frikopplat, ur ett tagande-perspektiv.

5.2.2 Smygfotoografering i intima situationer och på privata platser

Enligt svensk rätt finns det inget skydd för olovlig bildupptagning i smyg av intima och sexuella situationer. Ofredande kan endast komma på tal då den som blir filmad upptäcker filmandet och därigenom uppfattar angreppet och verkligen blir störd av det. I de situationerna torde det sällan kunna bevisas att gärningsmannens uppsåt täcker själva upptäckandet. Vad gäller sexuellt ofredande är det enligt praxis oklart vilka krav som ställs på att den fotoograferade uppfattar kränkningen. Konsekvensen är att intima situationer som av Europadomstolen skulle bedömas som kärnan av privatlivet och

²⁶³ Södergren, Axplock III – Ur svensk konventionstillämpning, s. 718.

betecknas som fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet står utan skydd enligt svensk rätt, både avseende sådant som är mycket intimt och personligt, men även avseende särskilt skyddsvärda platser, såsom hemmet.

Regeringens nya förslag om kriminalisering av kränkande fotografering är ett välkommet steg på vägen, och skulle skydda många situationer av smygfilmningar in i privata hem och andra privata rum. Om det antas av riksdagen skulle det leda till att flera fall av smygfilmning och fotografering som tidigare lämnats ostraffat nu skulle kunna utgöra brott, bland annat händelsen i Video-målet, NJA 1992 s. 594. Förslaget tar emellertid enbart sikte på hemmet och liknande särskilt skyddade platser och har enligt regeringen utformats så att det bara gäller det sätt uppgifter anskaffats och inte med utgångspunkt i innehållet i bilder och filmer. Enligt förslaget är försvarlig fotografering undantagen, vilket anges innefatta fotografering som sker i syfte att publicera bilderna i ett grundlagsskyddat medium. Regeringen avfärdade alternativet att göra ett generellt undantag för sådan fotografering, då det ansågs svårt att avgränsa och därigenom skulle urholka skyddet.²⁶⁴ Således omfattas all form av fotografering av förslaget, även sådan som sker i syfte att publicera i grundlagsskyddade medium, vilket dock kan inbegripas i försvarlighetsundantaget.

5.2.3 Fotografering på allmän plats

Vad gäller vid fotografering på allmän plats?²⁶⁵ Om det föreligger ett allmänt intresse av fotografering (för publiceringsändamål, märk dock att det här rör själva bildupptagningen och inte publiceringen) kan fotograferingen falla under vad som av Europadomstolen uttryckts som ”a category, which in certain circumstances may justify, on public-interest grounds, the recording of a person’s image without his knowledge or consent”²⁶⁶. Med andra ord så ska det skiljas på situationer då fotografering kan utgöra ett allmänintresse och när det inte gör det. I sistnämnda fallet får kriterierna enligt *Hannover mot Tyskland (nr2)* avgöra den avvägning som ska göras mot yttrandefriheten i artikel 10.

5.2.3.1 Fotografering utan att det föreligger ett allmänintresse

Enligt min mening går det att ur Europadomstolens praxis urskilja ett mönster att det är ett extra moment som krävs för att fotografering på allmän plats ska utgöra ett intrång i rätten till privatliv. Det stämmer även väl med det ursprungliga uttalandet från kommissionen i *Friedl mot Österrike* om de tre aspekterna som ska beaktas och att resultatet slutligen blir en avvägning av de tre: huruvida fotografierna utgör ett intrång i klagandens ”privata sfär”, om det gäller privata eller offentliga ärenden samt huruvida materialet är ämnat för en begränsad användning eller för att göras tillgängligt för allmänheten.²⁶⁷ I *Von Hannover-domarna* betonas även det påträngande sätt på vilket fotografering sker, och det går inte att komma runt att spridningen av fotograferingen borde ha en viss inverkan. Likaså i *Peck mot Förenade kungariket* är det en mycket personlig situation (klagande försöker att ta sitt liv) och bilderna som

²⁶⁴ Prop. 2012/13:69.

²⁶⁵ Allmän plats betecknar i sammanhanget platser som vid en e contrarietolkning inte omfattas av ”privata platser” i regeringens proposition.

²⁶⁶ *Reklos och Davourlis mot Grekland*, s. 11 § 41.

²⁶⁷ *Friedl mot Österrike*, Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter, § 48-49, även citerat i *Peck mot Förenade kungariket*, s. 14 § 61, och *Hannover mot Tyskland (2004)* s. 20 § 52.

sprids till andra. Trots att det är klagandens rätt att vara ifred som skyddas har spridningen och graden av intrång i det privata beaktats. Således drar jag slutsatsen att en fotografering på allmän plats inte i sig torde innebära ett intrång i rätten till privatliv, utan något ytterligare moment måste adderas, exempelvis att fotograferingen är påträngande.

Enligt Europadomstolens praxis ska personer, till och med offentliga personer, erkännas en legitim förväntan att få vara ifred från påträngande fotografering, även på allmänna platser, vilket dock inte täcks av det nya förslaget till straffbestämmelse om ”kränkande fotografering”. Det fanns tidigare lagförslag om kriminalisering som inkluderade fotografering som sker på ett sätt som är påträngande, närgånget eller dolt och ägnat att allvarligt kränka den enskildes personliga integritet som privatperson,²⁶⁸ men det är nu slopat i den nya propositionen. Enligt regeringen behöver en kriminalisering avgränsas till sådan integritetskränkande fotografering som inte behöver tålas och därmed anses det nödvändigt att begränsa straffansvaret till fall där behovet av rättsskydd är särskilt stort. Enligt regeringen är rätten att bli lämnad i fred inte absolut utan begränsas bland annat av omgivningens krav och vad som är praktiskt möjligt. Således måste intresset vägas mot andra berättigade intressen, såsom att enskilda måste räkna med att kunna bli fotograferade på när de rör sig bland folk där vem som helst kan iaktta dem, samt att intresset av massmedias tillgång till information anges väga tungt. Därmed ansåg regeringen att sådan fotografering inte utgjorde fall där behovet av rättsskydd är särskilt stort, och att straffansvaret istället bör avgränsas att gälla vissa platser.²⁶⁹

Om fotografering på allmän plats anses utgöra ett intrång i rätten till privatliv rör det troligtvis oftast inte vad Europadomstolen betecknar som *fundamentala värden och essentiella aspekter*, då man har accepterat att i alla fall bli beskådad. I situationer då en fotografering anses vara ett brott mot skyddet för privatliv men inte uppnår till ”*fundamentala värden och essentiella aspekter*” är straffrättslig reglering inte nödvändigt utan skyddet kan utformas annorlunda, med civilrättsliga eller offentligrättsliga regler, så länge det är tydligt och klart²⁷⁰. Ett alternativ till straffrättslig lagstiftning skulle kunna vara att införa skadeståndsskyldighet för en kränkning av rätten till privatliv enligt Europakonventionen. Det har emellertid HD med NJA 2007 s. 747 i nuläget satt stopp för, och det är även skadestandsfrågan som klaganden fokuserar på i sitt överklagande av *ES mot Sverige* i Europadomstolen (det målet rör dock en grövre kränkning, nämligen smygfilmning av en naken person i det egna hemmet). Axel Calissendorff förespråkar en lösning där det införs en positiv rätt till skadestånd i händelse att någon kränker rätten till privatlivet enligt artikel 8 EKMR.²⁷¹

Sammantaget finns det inget skydd mot fotografering på allmän plats enligt svensk nationell rätt, och regeringens proposition föreslår ingen ändring i rättsläget. Om fotograferingen i sig skulle ske på ett påträngande sätt som utgör en kännbar fridskränkning och den fotograferade uppfattat angreppet kan ofredande aktualiseras

²⁶⁸ Ds 2011:1, Olovlig fotografering.

²⁶⁹ Prop. 2012/13:69 s. 24f.

²⁷⁰ X och Y mot Nederländerna, s. 8 § 27,

²⁷¹ Calissendorff, Det undermåliga integritetsskyddet – en skamfläck för Sverige, s. 94.

(självfallet måste dock övriga rekvisit uppfyllas, vilket inte genomgås här). Utöver det står den fotograferade skyddslös. Däri anser jag föreligger en brist i skyddet för privatliv enligt artikel 8. Frågan är om den då kan anses falla inom Sveriges ”margin of appreciation” och därigenom vara försvarlig, till exempel genom att det inte anses skäligt att sådan skyddsstiftning erfordras vi lever i ett samhälle tätt intill varandra.

5.2.3.2 Bedömningen då ett allmänintresse förligger vid fotografering

Om bildupptagning kan anses ha ett allmänintresse kan det vara försvarligt att inget skydd föreligger enligt svensk rätt om det är proportionerligt i en avvägning mot yttrandefriheten.

Yttrandefriheten är en grundsten i ett demokratiskt samhälle och har tung historisk vikt i Sverige, och den ska beaktas även vid tagande av fotografering, inte bara vid spridning, och blir avgörande för bedömningen om Sveriges skydd faller inom dess ”margin of appreciation”. Europadomstolens avvägning i *Hannover mot Tyskland (2004)* är välbalanserad och innebär enligt min mening inte en för stor inskränkning av yttrandefriheten. I alla fall, som minnivå, ska en person som inte är offentlig person, inte har samtyckt till fotografering och då det inte finns något allmänt intresse av att sprida fotografier om den, inte behöva utsättas för att bli fotograferad i yttrandefrihetens namn. Enligt svensk yttrandefrihetsrätt skyddas visserligen inte själva förfarandesättet under fotografering av yttrandefrihetsgrundlagarna. Som anförts tidigare finns det dock skydd för fotografers anonymitet och ett efterforskandeförbud för svensk myndigheter av vem som är upphovsmannen, vilket medför att såvida fotografen inte ger sig till känna kan denna inte hållas ansvarig för olovlig fotografering. Det utesluter helt och hållet en prövning i det enskilda fallet om det har begåtts hemfridsbrott, olovlig avlyssning eller liknande som inte utgör tryckfrihetsbrott. Det framstår som klart att det krävs någon form av ökat skydd för att leva upp till Europakonventionen. Dock är rättsläget sådant att även om meddelarskyddet hade slopats skulle det inte finns några tillämpliga ansvarsbestämmelser enligt svensk rätt och inte heller kompensationsmöjligheter för den avbildade.

Även regeringen stödjer denna ståndpunkt genom uttalandet att det kan ifrågasättas att svensk rätt, när det gäller kränkande fotografering av enskilda personer, ger uttryck för en i alla hänseenden rimlig avvägning mellan skyddet för privatliv och skyddet för yttrandefriheten enligt Europakonventionen.²⁷²

Vilken sorts skydd som erfordras för konventionsenlighet är en fråga som faller inom Sveriges ”margin of appreciation”. Metoden är sålunda valfri så länge den erbjuder ett effektivt skydd. Det fordras inte nödvändigtvis straffrättslig reglering utan lösningen skulle kunna vara skadeståndsrättslig eller innefatta en möjlighet att genom domstol förbjuda innehav av sådana tagna bilder. Vidare kan tänkas att ett skydd mot spridning av sådana fotografier skulle ha en positiv verkan även på tagandet därav. I dagsläget finns dock inte någon form av rättsligt skyddsmedel (vilket även strider mot artikel 13 EKMR).

²⁷² Prop. 2012/13:69, s. 11.

5.2.4 Analys av *E.S. mot Sverige* angående skyddet mot smygfilmning av intima situationer

Slutligen ska Europadomstolens dom i *E.S. mot Sverige*²⁷³ analyseras utifrån ovanstående slutsatser. Europadomstolens stora kammare ska pröva målet under 2013 och domen är därmed inte slutlig. Det är ändå av värde att diskutera den och hur Europadomstolen har uttalat sig om bristen på skydd för kränkande bildupptagning i Sverige.

Målet rörde en ung flicka vars styvfader hade försökt smygfilma henne i duschen genom att gömma en videokamera i badrummet. Flickan upptäckte dock kameran och filmen förstördes innan det konstaterades om filmning hade skett eller inte. Klaganden hade vid brottmålsrättegången i Sverige begärt 25000 kronor i skadestånd för kränkningen det hade inneburit. Styvfadern kunde dock inte dömas för något brott enligt svensk lag, flickan blev utan skadestånd och väckte talan vid Europadomstolen mot Sverige som uppgavs inte ha uppfyllt sina positiva skyldigheter att skydda klagandens rätt till privatliv. Den svenska hovrättsdomen som målet baseras på redogörs för under 4.2.2 ovan.

Europadomstolen framhävde att enbart signifikanta brister i lagstiftning och dess tillämpning kan innebära ett brott mot den positiva skyldigheten enligt artikel 8.²⁷⁴ Sverige fälldes inte av Europadomstolens kammare, då det ansågs att den svenska lagstiftningen i det specifika fallet inte hade sådana ”signifikanta brister”. Domstolen hänvisade till flera faktorer av vikt och särskilt den omständigheten att den aktuella gärningen kunde vid den relevanta tidpunkten, *i alla fall i teorin*, täckas av bestämmelsen om barnpornografi i brottsbalken. Övriga omständigheter som beaktades var utvecklingen i Sverige och de aktiva steg som hade tagits för att bekämpa bildupptagning i smyg som innebär ett intrång i den personliga integriteten, Sveriges margin of appreciation samt legalitetsprincipen starka ställning inom straffrätten.²⁷⁵

Domstolen gjorde inte en prövning av svensk lagstiftning generellt utan ansåg att dess uppgift istället var att pröva de specifika omständigheterna i målet, och därför vidtogs inte en abstrakt prövning av huruvida frånvaron av straffrättsliga bestämmelser om olovlig filmning är ett brott mot konventionen,²⁷⁶ vilket kan tyckas är synd för denna uppsats ändamål.

Jag finner Europadomstolens motivering inkonsekvent. Först anför domstolen att den inte har i uppgift att göra en generell abstrakt prövning av lagstiftningen, eller bristen på lagstiftning, i Sverige. Sedan beaktade domstolen utvecklingen i Sverige och det tagits aktiva steg för att bekämpa smygfotografering och filmning då det innebär ett intrång i den personliga integriteten.²⁷⁷ Det senare är enligt min mening ett tydligt uttryck för att den allmänna situationen beaktats, vilken inte på något sätt har inverkat på klagandens konkreta möjlighet att få upprättelse.

²⁷³ *E.S. mot Sverige*, (kammarens dom den 21 juni 2012, ej slutlig).

²⁷⁴ *Ibid.* s. 18 § 59.

²⁷⁵ *Ibid.* S. 20-22 § 66 - 72

²⁷⁶ *Ibid.* s. 21 § 67.

²⁷⁷ *Ibid.* s. 21f § 67 och § 71.

Slutligen fann domstolen att gärningen, *i alla fall i teorin*, kunde utgöra barnpornografibrott. Det bör ställas mot en väletablerad princip som framkommer ibland annat X och Y mot Nederländerna att skyddet ska vara praktiskt och effektivt.²⁷⁸ I det målet utreddes betydelsen av en straffrättslig bestämmelse som inte hade tillämpats och som inte det var helt klart att den hade varit tillämplig i målet i den nationella domstolen. Ingen, inte ens åklagaren, hade funderat över att tillämpa den bestämmelsen vid tiden för brottet och brottmålsprocessen, eller att ens hänvisa till den innan Strasbourg. Därför kunde den inte anse ge klaganden praktiskt och effektivt skydd och domstolen fann skyddet vara bristfälligt vilket utgjorde ett brott mot art 8.²⁷⁹ Det är en mycket liknande situation men i E.S. mot Sverige resonerar domstolen omvänt, och anför att den teoretiska möjligheten medför att Sverige uppfyllt sin förpliktelse.

Domen kritiserar även av Axel Calissendorff, som på det stora hela anser att domskälen ter sig tunna. Särskilt, menar han, är det tveksamt att i det aktuella fallet beakta föreliggande lagförslag, i synnerhet då ingenting har hänt sedan det första förslaget lades fram för 46 år sedan och inget har åstadkommit sedan dess, samt att 8 år passerat sedan Von Hannover (”nr 1”)-domen föll 2004 (skrivet 2012). Dessa argument borde, enligt Calissendorff, snarare anföras till nackdel för den svenska staten.²⁸⁰

Understrykas bör att det var på håret att Sverige fälldes då tre av sju domare var skiljaktiga och ville fälla Sverige för brott mot artikel 8. De ansåg att det var ett fall då fundamentala värde och essentiella aspekter av privatlivet aktualiserades och att därmed straffrättsliga skyddsbestämmelser var nödvändiga, vilket inte uppfylldes då filmningen inte utgjorde ett brott enligt svensk lag.

Det blir spännande att följa målet i stor kammare, då jag har förhoppning om att Europadomstolen tittar mer på helheten av den svenska lagstiftningen, och samtidigt fokuserar på klagandens konkreta situation och brist på skydd. Förhoppningsvis ges ett tydligt svar som gör att Sverige måste på allvar vidta åtgärder och ändra sin lagstiftning.

5.3 Skydd mot spridning av integritetskränkande fotografier

Vid spridning av integritetskränkande fotografier aktualiseras enligt Europakonventionen både skyddet för ryktet och rätten att bli lämnad ifred. Enligt svensk rätt är skyddet för ryktet och äran starkt på grund av förtalsbrottet och dess tillämplighet även vid publicering i grundlagsskyddade medier. Därför lämnas det därhän och skyddet kan anses tillfredsställande.

²⁷⁸ X och Y mot Nederländerna s. 9 § 30.

²⁷⁹ Ibid. s. 8f § 29-30.

²⁸⁰ Calissendorff, Det undermåliga integritetsskyddet – en skamfläck för Sverige, s. 92.

När rätten att bli lämnad ifred avses håller Europadomstolen inte alltid isär begreppen och det är inte helt tydligt när det tar sikte på tagandet eller spridningen av fotografering. Spridningen utgör, i enlighet med kommissionens uttalande, en del av prövningen om huruvida fotografering kränker exempelvis rätten att bli lämnad ifred. Klart är att den legitima förväntan på hur många som kan antas beskåda ens handlingar på ett visst ställe är vägledande för huruvida det föreligger en kränkning av rätten att bli lämnad ifred. En persons fotografi skyddas från spridning genom rätten till personlig utveckling utan andras intrång och av rätten att reglera vilken information som ska spridas om en själv till allmänheten. Inte all form av fotografering skyddas mot spridning eller publicering. Klart är att det inkluderar nakenbilder, samlagsfilmer och liknande intima situationer.

Svårigheten att dra en skarp skiljelinje till trots så bör spridning av bildupptagning delas upp i två huvudkategorier: För det första bildupptagning som sker inom ramen för journalistisk verksamhet eller som ske med syfte att publiceras offentligt eller i alla fall låta påskina att det finns ett allmänt intresse av spridning av sådana bilder, oavsett om det sker i grundlagsskyddade medier eller ej. För det andra sådana kränkande och intima situationer där det inte ens går att argumentera utifrån ett bidragande till en debatt av allmänt intresse då fotografierna är av en sådan förnedrande art. Den senare formen bör inte förringas då det sker en ökning av sådana kränkningar. Nedan följer redogörelsen denna uppdelning.

5.3.1 Publicering av integritetskränkande fotografier i och utanför yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde

Spridning av fotografier och skyddet mot det måste vägas mot rätten till yttrandefrihet enligt artikel 10, med vägledning av de krav på avvägning som Europadomstolen uppställer i *Hannover mot Tyskland (Nr2)*. Om det inte finns ett legitimt allmänt intresse så har staten en skyldighet att införa skydd. Något sådant skydd finns inte enligt svensk rätt, särskilt inte i grundlagsskyddade medier då det enda hindret för publicering är de brott som uppräknas i brottskatalogen.

Enligt svensk nationell rätt är frågan om spridning ofrånkomligen ihopkopplad med yttrandefrihetsgrundlagarnas skydd vid publicering. Det görs en viktig distinktion mellan grundlagsskyddade medier (enligt TF och YGL) och andra icke-skyddade medieformer. Yttrandefrihetskommittén utredde huruvida det generella skyddet för enskildas integritet och privatliv i TF och YGL behövde stärkas och vilka effekter det skulle få för tryck- och yttrandefriheten.²⁸¹ Bland annat övervägdes just behovet av en straffbestämmelse om skydd för privatlivet i brottskatalogen som tar sikte på kränkande spridning av uppgifter (däribland fotografier) i de grundlagsskyddade medierna. Kommittén ansåg dock att det är tillräckligt med det skydd som erbjuds genom bland annat ärekränkingsbrotten och massmedias självsanerande verksamhet. Det befanns inte föreligga ett sådant angeläget behov då de flesta fall av smygfilmning och påföljande spridning av exempelvis sexuella eller intima situationer enligt kommitténs utredningar varit sådana utanför det grundlagsskyddade området.²⁸²

²⁸¹ SOU 2012:55 s. 420.

²⁸² Ibid. s. 438-440.

Vidare fann kommittén att de förpliktelser som följer av Europakonventionen inte är tillräckligt tydliga för att ensamma motivera förändringar i TF och YGL.

I Yttrandefrihetskommitténs betänkande så gjorde ordföranden Göran Lambertz något så ovanligt som att reservera sig mot kommitténs slutsatser, däribland vad avsåg skyddet för privatlivet inom det grundlagsskyddade området. Lambertz föreslog en straffbestämmelse om skydd för privatlivet i yttrandefrihetsgrundlagarna. Han menade att det enligt Europakonventionen bör vara straffbart att fotografera en person i en intim situation och sprida bilderna på internet, även om det sker i ett grundlagsskyddat medium.²⁸³ Ytterligare en ledamot, Ingvar Svensson, reserverade sig och ansåg att det borde införas en straffbestämmelse i TF och YGL om integritetsskydd.²⁸⁴ Även Axel Calissendorff är av samma uppfattning och anser att kommitténs slutsats är oriktig, att det finns ett behov av ett förstärkt integritetsskydd i grundlagarna, samt att Sverige därför i nuläget är ”vidöppet för fällningar i [Europadomstolen]”.²⁸⁵

Sålunda anser även jag att det är bevisat att skyddet för publicering av integritetskränkande fotografering i grundlagsskyddade medier inte är tillräckligt starkt, oaktat kommittén motsatta bedömning.

Utanför det grundlagsskyddade området är skyddet snarlikt. En skillnad kan det nya förslaget till lag medföra om det antas, nämligen att fotografen kan vara benägen att avhålla sig från spridning av fotografier av den art som straffbestämmelsen tillämpas på då det skulle utgöra bevisning om kränkande fotografering. Annorlunda förhåller det sig med de grundlagsskyddade medierna, där fotografer, uppgiftslämnare och meddelare uppbär ett starkt anonymitetsskydd.

Skyddet för publicering av fotografier av offentliga personer i svensk media är i det närmaste obefintligt. Ytterst få förtalsmål väcks av JK²⁸⁶ och det finns inget annat sätt att förhindra publicering av fotografier i grundlagsskyddade medier (vilket kan antas utgör den stora grupp medier där dessa fotografier sprids). För prinsessan Caroline i den föreliggande situationen i *Von Hannover mot Tyskland (Nr 2)* finns det inget skydd enligt svensk lag. Publicering kan inte stoppas på grund av privatlivskränkning eller liknande bestämmelse, och det synes vara en brist att det i yttrandefrihetsgrundlagarna inte vidtagits en avvägning enligt domen mot skyddet för personlig integritet. Det verkar således ofrånkomligt att i slutändan hamna i diskussionen om yttrandefrihetsgrundlagarna och dess särskilda status enligt svensk grundlag. Jag anser det vara tämligen klart att, inom ramen för dem, har inte Europadomstolens praxis följts och ingen skälig avvägning har gjorts mellan yttrandefriheten och integritetsfrågan. En bestämmelse av den art som diskuterades i Yttrandefrihetskommittén men sedan förkastades skulle kunna vara en lösning enligt svensk rätt.

Jan Södergren har uttryckt att von Hannover-domen (med syftning till den första domen 2004) innebär att det svenska skyddet för integriteten är otillräckligt då domen medför en förpliktelse att väga integritetsskyddet mot yttrandefriheten i en

²⁸³ SOU 2012:55 s. 685f.

²⁸⁴ Ibid. s. 696f.

²⁸⁵ Calissendorff, Det undermåliga integritetsskyddet – en skamfläck för Sverige, s. 89.

²⁸⁶ Se SOU 2012:55 s. 445.

proportionalitetsprövning. Södergren anser att systematiken i TF och YGL till och med utesluter en sådan prövning i vissa situationer, och drar slutsatsen att det svenska skyddet därmed är otillräckligt, men tillägger dock att det gäller ”om inte svenska domstolar i större utsträckning och mer vidsträckt börjar tillämpa s.k. fördragskonform lagtolkning”.²⁸⁷

Det är dock inte så lämpligt vid straffrättslig lagstiftning, då det torde finnas ett litet fördragskonform tolkningsutrymme, eftersom den strikt bör följa legalitetsprincipen. Systemet med en brottskatalog i TF krockar enligt Södergren med konventionssystemet och leder till en svårlöslig krock mellan grundlag och Europakonventionen.²⁸⁸ Dessutom följer processen en särskild ordning och avgörs av en jury.²⁸⁹

Intressant i sammanhanget är uttalandet i förarbetena till inkorporeringslagen till EKMR:

”regeringen [vill] framhålla att någon risk för en konflikt mellan Europakonventionens bestämmelser och föreskrifterna i 2 kap. regeringsformen inte gärna kan uppstå [...] Detsamma kan sägas gälla om tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagens förhållande till konventionen.”²⁹⁰

Trots allt har just sådana brister uppstått, på grund av, enligt Södergren ”den klassiska konflikten mellan integritet och yttrandefrihet” och Fri- och rättighetskommitténs okunnighet om Europakonventionens evolutiva karaktär.²⁹¹

De brister som har identifierats ovan har utretts och diskuterats i olika statliga utredningar under många år. Trots det är skyddet bristfälligt och med undantag från propositionen om kränkande fotografering tyder övrig utveckling på att ingen större förändring kommer att ske. Enligt min mening kan det finnas behov att blicka utanför det straffrättsliga området för att se om det finns andra möjliga lösningar. Klart är att det blanco-skydd som TF och YGL ger grundlagsskyddade medier är tveksamt med hänvisning till rätten för privatliv då ingen avvägning av de båda motstående intressena sker.

5.3.2 Övrig spridning av kränkande bildupptagning

Fotografier som föreställer intima, mycket personliga eller nakna situationer förtjänar extra skydd även vid spridning. Denna form av spridning utgör en mer kvalificerad form av spridning av bildupptagning utan att ett allmänt intresse över huvud taget kan anses föreligga. Det är dock av värde att utpeka vissa aspekter som är särskiljande vid

²⁸⁷ Södergren, Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning, s. 25.

²⁸⁸ Södergren, Axplock III – Ur svensk konventionstillämpning, s. 719.

²⁸⁹ För en intressant och kritisk synvinkel på jurysystemet enligt svensk tryckfrihetsrätten rekommenderas Södergren, Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning, s. 30-33.

²⁹⁰ Se prop. 1993/94:117, Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor, s. 37 och Södergren, Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning, s. 33.

²⁹¹ Se Södergren, Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning, s. 33.

ett sådant starkt skyddsintresse. Sålunda är även de påpekanden som gjorts ovan tillämpliga här.

Oavsett om spridning sker i ett grundlagsskyddat medium eller ej aktualiseras förtalsbrottet eftersom det är upptaget i brottskatalogen i TF och YGL. För förtal krävs dock att uppgiftslämnandet skall vara ägnat att utsätta någon för andras missaktning. Enligt HD är enbart en film av ett samlag inte av det slaget, trots att det är av mycket integritetskränkande art, och många andra intima situationer faller utanför lagens räckvidd. Enligt Europakonventionen ska även rätten att bli lämnad ifred skyddas från just spridning av foton på en person; man har rätt till sin bild på grund av självbestämmanderätten. Det krävs inte att materialet ska vara ägnat att skapa missaktning eller förnedrande på något sätt. Regeringens proposition om kränkande fotografering gäller enbart tagande av fotografier på vissa ställen och tar inte sikte på spridning av sådan fotografering. Däri finns en brist i förhållande till Europakonventionens krav och den kommer inte att överbryggas enbart genom antagandet av förslaget i propositionen.

För att betona behovet av ett ökat skydd, särskilt på internet, ska några exempel ges från samhällslivet då det kan anses stötande att vissa handlingar tillåts då de är så klandervärda och kränker ett skyddsvärt intresse. Det skulle lika väl kunna ske med utpekande av hypotetiska situationer, men jag väljer att använda riktiga fall som skett nyligen såsom de har rapporterats i media.²⁹² Den 11 mars 2013 uppmärksammades en ung flickas suicid i Kumla utanför Stockholm. Polisens presstalesman uttalade att "[d]en här flickan har blivit filmad och fotograferad och bilderna har lagts ut på internet eller så har det hotats om att göra det."²⁹³ Under december 2012 spred sig ett ungdomsupplopp i Göteborg mot bakgrund av ett konto på det bildbaserade sociala nätverket Instagram där unga flickor hade hängts ut genom fotografier med nedsättande kommentarer (i det senare fallet kan förtal aktualiseras men även ett skydd mot enbart uthängningen av fotografier borde finnas).

Med anledning av dessa händelser, som dessutom rör ungdomar och användandet av internet för spridning av kränkande bildupptagningar, framgår att skyddsbehovet mot spridning av sådana bilder är särskilt starkt, men att tillgängliga skyddsmöjligheter är otillfredsställande.

5.4 Avslutande kommentarer

Slutligen anser jag att det inte kan utläsas ur Europakonventionens praxis att skyddet för privatlivet kräver grundlagsstöd. Å andra sidan betonar domstolen att skyddet ska vara effektivt och praktiskt, och dessutom klart och tydligt. Det skulle sålunda kunna tänkas vara en lämplig metod att få skyddet mot privatlivet generellt förstärkt och därmed kunde få större genomslagskraft inom svensk rätt, kanske till och med inom skadeståndsrätten. Dock visar ett nytt rättsfall från Svea hovrätt (dom 2012-11-09 mål nr T10639-11) att det är en svårframkomlig väg i nuläget att få skadestånd från *staten* med grund av en kränkning av en rättighet enligt Regeringsformen, och då torde det vara ännu svårare att grunda talan mot en *enskild* med grund i regeringsformens

²⁹² Således innebär en felaktig eller vinklad medierapportering inte att värdet av exemplet förtas.

²⁹³ Se www.svt.se/nyheter/regionalt/tvarsnytt/misstankt-brott-bakom-flickas-dod.

rättighetslista. Det är dock endast en spekulation, som omintetgör mitt eget argument om fördelen med grundlagsskydd för att likt ett cirkelresonemang återkomma till huvudprincipen: Det krävs praktiskt tillämpbara, klara och tydliga lagregler för att leva upp till Europakonventionens krav på positiva förpliktelser till skydd för privatlivet. I svensk nationell rätt saknas sådant skydd, och det är nödvändigt för Sveriges implementering av Europakonventionen att införa en straffbestämmelse om ”kränkande fotografering”, men det är otillräckligt då den utelämnar flera situationer då skydd erfordras enligt Europadomstolens praxis. Nedan följer en presentation av möjliga förslag till lösningar de lege ferenda.

6 Avslutning

6.1 De lege ferenda

6.1.1 Inledning

Det finns ett behov i svensk rätt att stärka integritetsskyddet, både enligt vad som kan anses önskvärt i vårt tekniktäta samhälle (vilket demonstrerats exempelvis i HD då mycket integritetskränkande filmning inte befunnits utgöra brott) och vad som enligt analysen av Europadomstolens praxis krävs för att leva upp till Europakonventionens krav på positiva förpliktelser för skydd för privatlivet. Eftersom Europakonventionens skydd för privatlivet under uppsatsens utarbetande har visat sig varit långtgående, fokuseras härnäst på huruvida svensk rätt lever upp till det skyddet, då jag anser att det väl uppfyller vad ”som i övrigt kan anses önskvärt”.

Frågan om ökat integritetsskydd vid fotografering har utretts av bland annat Integritetsskyddskommittén, Yttrandefrihetskommittén och Grundlagsutredningen. Det finns olika åsikter om hur långt skyddet bör gå och hur det i praktiken skulle kunna implementeras. Ett av de huvudsakliga skälen till varför skyddet inte har förstärkts tidigare är den starka grundlagstradition tryckfriheten har i Sverige. Därför måste yttrandefrihetsgrundlagarna beaktas vid en diskussion om nya förslag. Nedan presenteras de olika aspekterna av integritetskränkande fotografering och olika förslag läggs fram för en möjlig lösning. För tydlighetens skull presenteras möjliga förslag med ledning av slutsatserna om skydds krav under 3.3 punkt 1-5.

6.1.2 Smygfotografering i intima situationer och på privata platser

En av de främsta bristerna i svensk nationell rätt i jämförelse med Europakonventionen avser skyddet för smygfotografering i intima situationer, för vilket regeringen även har presenterat en proposition om kränkande fotografering (som dock tar sikte på fotografering på vissa särskilt privata platser, men därmed torde täcka in de flesta fall av fotografering i intima och sexuella situationer).

Det har föreslagits liknande lagregleringar sedan 1970-talet, men det är första gången nu som förslagen har lett till en proposition, vilket kan anses lovande. Det som särskiljer denna form av kränkning är att det råder konsensus om att det utgör ett klandervärd beteende men att problemet snarare ligger i hur en straffbestämmelse ska kunna formuleras utan att tryck- och yttrandefriheten inskränks på oproportionerligt vis. Tryck- och yttrandefriheten är mycket starka grundlagsskyddade friheter i Sverige och en förutsättning för en effektiv tillämpning är att material kan åtkommas och offentliga personer granskas, och risken är att det inskränks mycket med en straffbestämmelse om ”kränkande fotografering”. Trots det måste konstateras att det i sådana intima situationer som åsyftas och som uppmärksammas i uppsatsen inte finns något allmänintresse eller annat yttrandefrihetsrättsligt intresse att fotografera. Det är situationer som är så intima att det inte kan finnas något intresse av publicering och

spridning av sådana bilder eller filmer, och yttrandefrihetens värde är i det närmaste obefintligt, och bör därför inte heller få användas som svepskäl för att göra intrång i andras privatliv. Rätten för privatliv måste enligt min mening få företräde i dessa fall. Min förhoppning är därför att proposition 2012/13:69 antas av riksdagen. (En brasklapp - då jag inte har gjort en straffrättslig analys av förslaget kan jag inte lämna några omdömen om förslagets utformning och lämplighet i övrigt.)

Även *E.S. mot Sverige* rör smygfilmning i en intim och naken situation, och min förhoppning är att Europadomstolen i stor kammare är mer konsekvent, ser till bristen på skydd mer generellt och konkret i klagandens situation, och inte beaktar varken teoretiska möjligheter eller pågående lagstiftningsutredningsarbete. Dock kan nämnas att klagandens överklagande huvudsakligen rör rätten till skadestånd och att klaganden inte påstår att det nödvändigtvis behöver finnas straffrättsligt skydd. Klagandens argumentation var dock liknande i liten kammare, vilket inte hindrade domstolen att ändå behandla frågan om krav på straffrättslig reglering.

Om riksdagen antar regeringens förslag om kriminalisering av ”kränkande fotografering”, vilket vore en önskvärd utveckling, införs ett skydd mot de mest intima integritetsintrång som sker på privata platser som i nuläget står utan skydd. Återstår gör dock sådana intima situationer som äger rum och därmed även fotograferas på ”icke-privata” platser. De får stället ingå i prövningen av vad som gäller för påträngande fotografering på allmän plats.

Frågan om bildupptagning i hemmet och på andra särskilt privata platser korresponderar väl med den om intima situationer. För det första eftersom de flesta intima situationer inträffar på sådana platser och därmed inryms i skyddet mot bildupptagning på privata platser, och för de andra då båda situationerna har ansetts vara av så skyddsvärd art att straffrättslig reglering är nödvändigt. Det torde dock vara lättare att avgränsa och definiera denna form av privatlivskränkning. Ingen längre motivering krävs för påståendet att regeringens förslag väl skulle leva upp till kraven på skydd för fotografering på privata platser. Således är min förhoppning även av den anledningen att regeringens proposition antas.

6.1.3 Annan påträngande fotografering på allmän plats

I det nya förslaget omfattas inte sådan påträngande fotografering som sker på andra ställen än i hemmet eller de liknande platser som tillhör den enskildas privatas miljö eller annars är avsedd för privata förhållanden. Som ovan konstaterats utgör inte alltid sådan fotografering en kränkning av rätten till privatlivet, och i de fall då det anses göra det så ska valet av skyddsmetod falla inom ”the margin of appreciation”.

Skyddsåtgärder skulle i sådana fall kunna vara av civilrättslig karaktär, till exempel skulle en ”kvalificerad” privatlivskränkning kunna vara en grund för skadestånd. Även om det som avses är mycket intima och privata situationer, så skulle en straffrättslig reglering innebära svåra gränsdragningsproblem och därför inte vara lämpligt. En annan möjlighet vore att införa en möjlighet att i domstol förhindra publicering av sådana fotografier, liknande vad som prövades i tyska domstolar i *Hannover mot Tyskland* (båda målen), vilket förmodligen skulle mildra lidandet vid själva

bildupptagningen, om det fanns en möjlighet att stoppa en framtida spridning. Ett ytterligare alternativ vore att med tvångsmedel framtvinga ett återlämnande av bildupptagningen till den avbildade, i likhet med vad som Europadomstolen förordade i *Reklos och Davourlis mot Grekland*. I dagens digitala värld vore det dock en omöjlighet att kontrollera innehavet av digitala bildfiler, och förslaget synes därför otillräckligt i praktiskt hänseende. Med dessa exempel demonstreras att det finns mindre ingripande metoder att tillgripa än kriminalisering, vilket bör reserveras till de mest klandervärda gärningarna.

6.1.4 Olovlig publicering av bildupptagning i och utanför yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde

Vid olovlig publicering av bildupptagning går meningarna mer isär. Det skydd som ska ges mot paparazzifotografer och liknande, och publicering av sådana fotografier, bär inte samma konsensus-anda om klandervärdheten. En vågad gissning är att de medier som tjänar mycket pengar på sensationsjournalism inte anser att det är något felaktigt i att på allmänna platser fotografera offentliga personer. Men Europadomstolens praxis är tydlig – finns det inget allmänintresse så får inte fotografering eller spridning av fotografering ske. Det är skyddet enligt TF och YGL som är ”boven i dramat” (om man får svära i kyrkan genom att på sätt tala om en mycket viktig rättsstatsprincip i Sverige), då det medför att en avvägning av privatlivet mot yttrandefriheten inte är möjligt.

Det borde göras just en sådan avvägning mot yttrandefriheten, ett fundament enligt svensk rätt, och utredas när en förstärkning av skyddet för personlig integritet försvagar tryckfriheten och när det å andra sidan inte finns något allmänt intresse att tala om och tryckfrihetens skyddsvärde inte existerar.

Trots regeringens nya förslag, och dess eventuella påverkan på fotografer att inte sprida olovligen tagna fotografier, saknas det fortfarande direkt skydd mot den kränkning som en *spridning* av sådana bilder medför, oavsett om det sker i eller utanför de grundlagsskyddade medierna.

Här finns en stor brist i svensk lagstiftning där ingen lösning tycks kunna förväntas den närmaste tiden, eftersom Yttrandefrihetskommitténs betänkande presenterades förra året enligt vilket det konstaterades att det inte finns något behov att införa en straffbestämmelse om integritetsskydd i yttrandefrihetsgrundlagarnas brottskatalog. Jag är av motsatt mening, i gott sällskap av Axel Calissendorff, Göran Lambertz och Ingvar Svensson. Jag anser att införandet av en straffbestämmelse i brottskatalogen med utformning med utgångspunkt i de fem avvägningsspunkterna i Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) skulle kunna vara en lösning.

6.1.5 Övrig spridning av integritetskränkande bildupptagning

Vid en diskussion om konkreta förslag om lösningar och deras utformning bör det skiljas på sådan fotografering som utgör intrång på fundamentala värden och

essentiella aspekter av privatlivet, såsom vid spridning av fotografier av intim och mycket privat karaktär. Här avses sådana kvalificerade kränkningar, vilka dessutom ofta sker av privatpersoner på internet.

Ett förslag till lösning skulle kunna vara att införa ett brott om spridning av integritetskränkande fotografering i yttrandefrihetsgrundlagarnas brottskatalog, samt i brottsbalken, vilket skulle åtkomma alla former av spridning. Straffbestämmelsen skulle kunna motsvara det nuvarande förslaget om kränkande fotografering och omfatta spridning av samma slags fotografier. Alternativt en formulering med Europadomstolens praxis i åtanke, som skyddar *fundamentala värden och essentiella aspekter av privatlivet*, och kriminaliserar spridning av fotografier som innebär en kränkning av dessa värden. En sådan straffbestämmelse måste självfallet vara mer specifik och tydlig, men kan finna vägledning i Europadomstolens praxis. I nuläget existerar inget skydd från spridning såvida det inte utgör förtal.

Ytterligare en möjlighet vore att undanta kränkande fotografering och publicering därav från yttrandefrihetsgrundlagarnas skydd överhuvudtaget, i likhet med vad som gjorts med barnpornografi. Det är dock en mycket långtgående ändring som leder till svåra gränsdragningar. Dessutom är huvudprincipen inom TF och YGL att innehållet i publicerade uppgifter inte ska vara avgörande för dess tillämplighet, och ett avvikande genom ett uttryckligt undantag kräver starka skäl. Det är dock en lösning som skulle åtkomma problemet med anonyma fotografer som skyddas genom yttrandefrihetsgrundlagarna. Däremot skulle det fortfarande erfordras starkare skydd utanför grundlagarnas tillämpningsområde, vilket enligt den lösningen skulle kunna erhållas genom ett införande om särskilt brott i brottsbalken om spridning av integritetskränkande fotografering.

Mårten Schultz och Lars Arrhenius²⁹⁴ föreslår med anledning av det spridda näthatet att det inrättas en nätombudsman med möjlighet att driva skadeståndsprocesser.²⁹⁵ Utan att ha vidtagit en djupare analys av frågan anser jag att det utgör ett gott exempel på ett problemlösning ur ett vidare perspektiv, som möjligtvis kunde bidra till ett förstärkt rättighetskydd i praktiken.

6.2 Slutord

Vissa aspekter av privatlivet måste skyddas genom straffrättslig lagstiftning. Vissa aspekter kan skyddas av civilrättslig eller annan reglering. Frågan om skyddet för integritetskränkande fotografering är stor och har många infallsvinklar. Trots att det har diskuterats i flera utredningar senaste tiden verkar få konkreta förslag gått igenom. Utan att ha suttit med vid kommittémötena anar jag kompromisslösningar. Att göra avvägningar mellan yttrandefrihet och integritet vid publicering av fotografier skulle behöva innebära stora förändringar av det så välförankrade yttrandefrihetsskyddet och dess säregna system. Det finns dock mindre ingripande lösningar än att förändra det tryckfrihetsrättsliga systemet, vilket måhända är nödvändigt ur ett framtidsperspektiv, men i nuläget torde det kunna finnas lösningar inom det nuvarande systemet.

²⁹⁴ Mårten Schultz, professor i civilrätt samt forskare och lärare vid Stockholms universitet och Lars Arrhenius, jurist och generalsekreterare på antimobbingsorganisationen Friends.

²⁹⁵ www.dn.se/debatt/tillsatt-en-natombudsman-och-stark-polisens-resurser.

Exempelvis genom ett införande av privatlivsskydd i brottskatalogen. Eller att den drabbade kan få skadestånd gentemot en enskild med grund antingen direkt i Europakonventionen eller genom införandet av särskilt kränkingsersättning med grund i privatlivet.

Integritetskränkande fotografering kan aktualisera olika aspekter av privatlivet och det är viktigt att hålla isär de olika formerna av kränkning, hur de sker och hur pass allvarliga de anses vara enligt Europadomstolens praxis.

Den ökande användningen av sociala medier och andra snabba kommunikationsvägar har medfört att kränkningarna blivit allt vanligare och mer lättspredda. Tekniken utvecklas snabbare än rätten, men det innebär inte att lagstiftaren kan luta sig tillbaka utan snarare tvärtom, att det gäller att hålla sig hack i häl med en skenande utveckling. Tekniken har sprungit ifrån lagstiftaren. Lagstiftare och regering har än så länge försökt hålla uppe ett visst tempo genom återopade utredningar och förslag. Efter att yttranden av olika slag har presenterats de senaste åren²⁹⁶ håller jag mina förhoppningar uppe, att lagstiftaren är i god form och inte låter det motstånd den svenska tryckfrihetsregleringen innebär leda till platt fall. Det blir mycket intressant att följa utvecklingen det närmaste, både i lagstiftningsväg och då Europadomstolens stora kammare får säga sitt i E.S. mot Sverige.

Det förefaller vara svårigheten att definiera och fastställa gränsen för det skyddsvärda som skapar återkommande hinder. För en kriminalisering krävs att ett beteende är så klandervärdt att det bör förbjudas, i kombination med ett väl avgränsat skyddsintresse. Personlig integritet är något subjektivt, och därmed förenat med svårigheter att avgränsa. Ett grundlagsskydd för privatlivet har ansetts vara för vagt och oklart för att det ska förverkligas. Vidare skulle en skadeståndsskyldighet vid kränkning av privatlivet medföra att enskilda i sitt vardagsliv måste göra avancerade och välgenomtänkta analyser av innebörden av begreppet i sitt handlande (till exempel vid fotografering på allmän plats eller av händelser som ligger på gränsen till allmänintresse).

Det vore dock inte önskvärdt att helt gå i stå på grund av dessa oklarheter. Juridiken är full av dem och det borde inte stoppa rättsutvecklingen. Trots allt finns det vissa utgångspunkter att ta fasta på och med hjälp av Europadomstolens praxis skulle vissa riktlinjer kunna skissas. I Warren och Brandeis artikel från 1890 förfasades författarna över dåtidens mediala intresse för i deras tycke irrelevanta privata omständigheter och det intrång i privatsfären den dåvarande nya fotograferingstekniken innebar. Vad som då ansågs vara uppseendeväckande är idag vardagsmat för offentliga personer. Det kan visserligen utgöra en positiv utveckling i linje med ökad yttrandefrihet och ökad möjlighet till granskning av makthavare, men det borde alltmer ofta ifrågasättas när intresset för skvaller blev viktigare än de enskilda personer vars liv blivit en evig sprintmatch mot sensationsfotografer. I dagsläget är det dock inte enbart offentliga personer som drabbas av integritetskränkande fotografering och spridning därav. Barn i skolomklädningsrum fotograferas av skolkamrater, privatpersoner hängs ut på internet och övervakningskameror installeras i andras hem. Trots att vissa

²⁹⁶ Till exempel SOU 2008:3, Skyddet för den personliga integriteten; Prop. 2009/10:80, En reformerad grundlag; SOU 2012:55, En översyn av tryck- och yttrandefriheten och Prop. 2012/13:69, Kränkande fotografering.

gränsdragningar är svåra finns det således en kärna i skyddet för den personlig integritet vid fotografering som bör skyddas, inte bara för att leva upp till Europakonventionens skydd men likväl då det är nödvändigt för människans personliga utveckling och välmående.

Denna uppsats får utmynna i det sunda förnuftets tecken, och en önskan att inte bara lagstiftaren och domstolar utan även media och konsumenten tar sitt förnuft till fånga och funderar över vilka sorts integritetsintrång som bör accepteras i vårt samhälle. Trots definitionssvårigheter kan i flertalet fall integritetskränkande fotografering urskiljas – ”you’ll know it when you see it”.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Abrahamsson, Olle, Integritetsskyddet i lagstiftningen, *Svensk Juristtidning* 2006 s. 410-424.

Akandji-Kombe, Jean-François, *Positive obligations under the Convention on human rights - A guide to implementation of the European Convention on Human Rights*, Human Rights handbooks, No 7. Publicerad av Europarådet, 2007. [Cit. Akandji-Kombe, Human Rights handbooks No 7.]

Andersson, Håkan, *Gräns för Europakonventionens direkttillämpning vid horisontell skadeståndstalan*, artikel från Infotorg Juridik Index, 30 oktober 2007.

Axberger, Hans-Gunnar, Integritetsskydd i perspektiv. *Svensk Juristtidning* 2009 s. 468-482.

Axberger, Hans-Gunnar, Ära och integritet, *Juridisk Tidskrift* 1994/95, nr 4, s. 716-728.

Axberger, Hans-Gunnar, *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, Norstedts Juridik, 2012.

Berggren, Nils-Olof (red.) m.fl., *Brottsbalken: en kommentar*, Norstedts juridik, 2012.

Bergendahl, Märit, Integritetsskyddet vid smygfotoografering, *Svensk Juristtidning* 2009 s. 452-467.

Calissendorff, Axel, Det undermåliga integritetsskyddet – en skamfläck för Sverige. *Särtryck ur Sveriges advokatsamfund 125 år – 1887-2012*, Sveriges Advokatsamfund, (red.) Ramberg, Anne; Knutsson, Tom; Andersson, Magnus, 2013.

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, upplaga 4, Nordstedts Juridik, 2012.

van Dijk, Pieter; van Hoof, Fried; van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo (red.) [cit. Van Dijk m.fl.], *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, upplaga 4, Intersentia, 2006.

Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, upplaga 8, Norstedts Juridik, 2010.

Hohfeld, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale L.J. 16 (1913-1914), s.16-59.

Holmqvist, Lena, *Brottsbalken: en kommentar. Del 1, (1-12 kap.) : brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m.*, 6e studentutgåva, Norstedts juridik, 2009. [Cit. Holmqvist, Brottsbalken: en kommentar].

Jareborg, Nils & Friberg, Sandra, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, Iustus, 2010.

Jonsson, Elisabeth, Positiva förpliktelser och Europakonventionens verkan enskilda emellan, *Europarättslig tidskrift* 2007:3 s. 653-670.

Kilkelly, Ursula, *The right to respect for private and family life – A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 1, 2001. Publicerad av Europarådet. [cit. Kilkelly, Human rights handbooks, No. 1].

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, upplaga 6, Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), 2010.

Lögdborg, Åke, *Personlighetsrätt: med särskilt beaktande av dess funktioner och dess begränsning för vissa personkategorier*, Norstedt, 1972.

Mowbray, Alastair, *Cases, materials and commentary on the European Convention on Human Rights*, upplaga 3, Oxford University Press, 2012.

Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor: rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Norstedt, 1988.

Nergelius, Joakim, *Svensk statsrätt*, upplaga 4, Studentlitteratur, 2010.

Reiman, Jeffrey H., Privacy, Intimacy, and Personhood, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 6, No. 1 (Autumn, 1976), Princeton University Press. s. 26-44.

Spaak, Torben, The Idea of a Right to a Genetic Privacy. *Juridisk Tidskrift* 2008/09, nr 2, s. 326-339.

Södergren, Jan, *Axplock III – Ur svensk konventionstillämpning. Europarättslig Tidskrift* 2003:4, s. 706-724.

Södergren, Jan, *Axplock IV – Ur svensk konventionstillämpning. Europarättslig Tidskrift* 2005:1, s. 23-41.

Strömholm, Stig, *Right of privacy and rights of the personality: a comparative survey*, Norstedt, 1967.

Strömholm, Integritetsskyddet – ett försök till internationell lägesbestämning, *Svensk Juristtidning* 1971 s. 695-736.

Strömholm, Stig, Individens skyddade personlighetssfär, *Om våra rättigheter: Antologi utgiven av Rättsfonden*, 1980, s. 23-39.

Warren, Samuel D. & Brandeis, Louis D., *The right to privacy*, 4 Harv. L. Rev. i 1890-1891, s. 193-220.

Westin, Alan F., *Privacy and freedom*, The Bodley Head Ltd, 1970.

Widebäck, Ulf, Något om integritetsskydd och internet. *Vänbok till Per Anclow*, (red.) Gäverth, Leif; Lindgren, Per Anders, Iustus Förlag, 2004, s. 365-379.

White, Robin C. A., Ovey, Clare & Jacobs, Francis Geoffrey, *Jacobs, White and Ovey the European convention on human rights*, upplaga 5, Oxford Univ. Press, 2010.

Offentligt tryck

Bet 2009/10:KU19. En reformerad grundlag. Konstitutionsutskottet betänkande.

Ds 1994:51. Skyddet för enskilda personers privatliv – en studie.

Ds 2011:1. Olovlig fotografering.

Lagrådets yttrande i protokoll vid sammanträde 2012-03-13.

(<http://www.lagradet.se/yttranden/Krankande%20fotografering.pdf>) hämtat 2013-03-09.

Lagrådsremiss, Kränkande fotografering, 1 mars 2012.

Prop. 1993/94:117, Inkorporeringen av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 2000/01:68. Ersättning för ideell skada.

Prop. 2009/10:80. En reformerad grundlag.

Prop. 2012/13:69. Kränkande fotografering.

Riksdagsskrivelse 2009/10:304.

Riksdagsskrivelse 2009/20:305.

SFS 2010:1408. Lag om ändring i regeringsformen.

SOU 2002:18. Personlig integritet i arbetslivet. Betänkande från Integritetsutredningen.

SOU 2007:22, Skyddet för den personliga integriteten - kartläggning och analys.

SOU 2008:3. Skyddet för den personliga integriteten. Bedömningar och förslag. Slutbetänkande av Integritetsskyddskommittén.

SOU 2010:71. Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag.

SOU 2012:55. En översyn av tryck- och yttrandefriheten. Slutbetänkande av Yttrandefrihetskommittén.

Internet

– alla länkar senast besökta 2012-03-25

Alan F. Westin, Columbia University, Department of Political Science, New York.
<http://polisci.columbia.edu/people/profile/314>

Dagens Media, *Drottningen PO-anmäler tidningar*. Publicerad 2013-02-20.
<http://www.dagensmedia.se/nyheter/print/article3642835.ece>

Dagens Nyheter, Debatt, *Tillsätt en Nätombudsman och stärk polisen resurser*.
Publicerad 2013-02-17.
<http://www.dn.se/debatt/tillsatt-en-natombudsman-och-stark-polisens-resurser>

Datainspektionens ordlista.
www.datainspektionen.se/ordlista

Elisabeth Fura, *Sverige bör avvakta nya Caroline-domen*.
www.expressen.se/debatt/elisabet-fura-sverige-bor-avvakta-nya-caroline-domen/

Etiska regler för pressen, från hemsidan för Allmänhetens Pressombudsman (PO) och Pressens Opinionsnämnd (PON).
www.po.se/regler/lagregler

Expressen, *Drottningen PO-anmäler tidningar*. Publicerad 2013-02-20.
<http://bloggar.expressen.se/thomasmattsson/2013/02/drottningen/>

ICA-Kuriren, *Vad är Instagram*. Publicerad 2012-09-17.
www.icakuriren.se/Test-Rad/Konsument/Sa-funkar-det-Instagram/

Nationalencyklopedin, *Deduktiv metod*.
www.ne.se/lang/deduktiv-metod

New York Times, *Alan F. Westin, Who Transformed Privacy Debate Before the Web Era, Dies at 83*". Publicerad 2013-02-22. Skriven av Margelit Fox.
http://www.nytimes.com/2013/02/23/us/alan-f-westin-scholar-who-defined-right-to-privacy-dies-at-83.html?_r=0

Svenska Dagbladet, *Drottningen anmäler tidningar*. Publicerad 2013-02-20.
http://www.svd.se/kultur/drottningen-anmalar-tidningar_7931046.svd

SVT, *Näthat utreds efter 13-åringars död*. Publicerad 2013-03-13.
www.svt.se/nyheter/regionalt/tvarsnytt/misstankt-brott-bakom-flickas-dod

SVT, *Bra visa att man inte har något att skämmas för*. Publicerad 2012-12-18.
www.svt.se/nyheter/sverige/viktigt-visa-att-man-inte-har-nagot-att-skammas-for

Instagram.
<http://instagram.com/>

Rättsfallsförteckning

Högsta Domstolen

NJA 1992 s. 594.

NJA 1994 s. 637.

NJA 1996 s. 418.

NJA 2005 s. 462.

NJA 2007 s. 295.

NJA 2007 s. 584.

NJA 2007 s. 747.

NJA 2008 s. 946.

NJA 2009 s 463.

Hovrätt

Svea hovrätt 2007-10-16 målnr B 1831-06.

Svea hovrätt, 2012-04-20 målnr B 10342-11.

Svea hovrätt, 2012-11-09 målnr T10639-11.

Europadomstolen

E.S. mot Sverige (kammarens dom den 21 juni 2012, ej slutlig dom då beslut att ta upp till prövning i stor kammare meddelades den 19 november 2012).

Halford mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 25 juni 1997).

Peck mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 28 januari 2003).

Powell och Rayner mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 21 februari 1990).

Pretty mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 29 april 2002).

P.G. och J.H. mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 25 september 2001).

Reklos och Davourlis mot Grekland (Europadomstolens dom den 15 januari 2009).

Smith och Grady mot Förenade kungariket (Europadomstolens dom den 27 september 1999).

Von Hannover mot Tyskland (Europadomstolens dom den 24 juni 2004).

Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) (Europadomstolens dom den 7 februari 2012).

X och Y mot Nederländerna (Europadomstolens dom den 26 mars 1985).

Europeiska Kommissionen för mänskliga rättigheter

Friedl mot Österrike, Report of the Commission, 19 maj 1994, Application no. 15225/89. Finns i: "Volume 305-B of Series A of the publications of the Court".

US Supreme Court

Jacobellis v. Ohio 378 U.S. 184 (1964), skiljaktig mening av Justitieråd Stewart.