



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karolina Kordula

Margin of Appreciation

– En diskriminerande doktrin?

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats med teori och metod

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: HT 2013

Innehåll

| | |
|----------------------|---|
| SUMMARY..... | 1 |
| SAMMANFATTNING | 3 |
| FÖRORD | 5 |

Table of Contents

| | |
|--|-----------|
| 1 INLEDNING..... | 6 |
| 1.1 SYFTE | 7 |
| 1.2 FRÅGESTÄLLNING..... | 7 |
| 1.3 METOD OCH TEORI..... | 7 |
| 1.4 FORSKNINGSLÄGE..... | 8 |
| 1.5 MATERIAL..... | 9 |
| 1.6 DISPOSITION..... | 9 |
| 2 EUROPAKONVENTIONEN..... | 11 |
| 2.1 KONVENTIONENS TILLKOMST OCH SYFTE..... | 11 |
| 2.2 TOLKNING AV KONVENTIONEN | 12 |
| 2.3 TOLKNING GENOM WIENKONVENTIONEN | 12 |
| 2.4 STATERNAS SUVERÄNITET VS. KONVENTIONENS SUBSIDIARITET | 13 |
| 3 MARGIN OF APPRECIATION..... | 14 |
| 3.1 DOKTRINENS TILLÄMPNING I KONVENTIONEN | 15 |
| 3.2 PRINCIPER VID TILLÄMPNING AV DOKTRINEN | 16 |
| 3.2.1 <i>Principen om nödvändighet</i> | 16 |
| 3.2.2 <i>Proportionalitetsprincipen</i> | 17 |
| 3.2.3 <i>Moral</i> | 18 |
| 3.3 MÅNGKULTURALISM | 19 |
| 4 PRAXIS | 20 |
| 4.1 PRINCIPEN OM NÖDVÄNDIGHET I PRAXIS..... | 20 |
| 4.2 PRINCIPEN OM PROPORTIONALITET I PRAXIS | 22 |
| 5 ANALYS | 24 |
| 5.1 LEDER EUROPADOMSTOLENS TILLÄMPNING AV DOKTRINEN TILL KRÄNKNING AV DET ENSKILDA INTRESSET? | 24 |
| 5.1.1 <i>Moral – vägledande vid bedömning</i> | 24 |
| 5.1.2 <i>Olika intressen i konflikt</i> | 25 |
| 5.1.3 <i>Europeisk samsyn – rättfärdigad inskränkning av den enskildes rättigheter</i> | 26 |
| 5.1.4 <i>En balansgång mellan det enskilda och det allmänna</i> | 27 |
| 5.2 FÅR DOKTRINEN DISKRIMINERANDE EFFEKTER GENTEMOT HOMOSEXUELLA? | 28 |
| 5.2.1 <i>Yttrandefrihet förenlig med europeisk standard</i> | 28 |
| 5.2.2 <i>Rättigheter i konflikt</i> | 29 |
| 5.2.3 <i>Staternas suveränitet</i> | 30 |
| 5.2.4 <i>Doktrinens breda ramar</i> | 31 |
| 5.3 SAMMANFATTANDE KRITIK | 32 |
| 6 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING..... | 34 |

Summary

The European Convention on Human Rights (ECHR) has up till now been signed by 47 of its member states. By signing the convention the member states undertake to follow the regulations regarding the freedom and rights of the individual, which the convention prescribes. The European Court of Human Rights is the highest condemnatory instance in Europe, with its seat in Strasbourg, where cases regarding the enforcement of the convention are being handled. The court has through praxis developed a doctrine, the Margin of Appreciation, with the purpose of expanding the scope within which the states can enforce and implement the regulations mentioned in the convention. This additional scope gives the states a possibility to adjust these regulations according to the needs and conditions of each individual state, such as cultural patterns and national regulations. The purpose of the ECHR is to make sure that the member states follow the rules and regulations of the court, without violating the sovereignty of each individual state. A constant struggle between confinement and sovereignty has contributed to the way the court enforce the doctrine, which is by giving the states room to act independently through the national courts. The doctrine gives states room to apply the agreements of the convention with national law, cultural patterns and moral codes taken into consideration.

Restrictions of the rights mentioned in the convention can be made by an implementation of the doctrine, where the interest of the individual is balanced against the common good. The essay describes the applicability of the doctrine and its consequences, with a focus on the consequences it has for the individual. By foremost examining the practice of the court, in cases where the doctrine has been applied, one can reach the conclusion that the rights of the individual are being put in the shadow of the interest of the public. The doctrine has also been proven to lead to a discrimination of homosexual rights, even though this seems to have been unconsciously done by the ECtHR. The doctrine doesn't always seem compatible with the

purpose of the ECHR, as the rights of the individual are being violated more often than would be desirable. The essay describes how the use of the doctrine works in practice; alongside with the negative consequences this has for individual rights, and also among these, homosexual rights.

Sammanfattning

Europakonventionens skydd för de mänskliga rättigheterna är i skrivande stund undertecknad av 47 medlemsstater. Vid undertecknande av konventionen förbinder sig medlemsstaterna att följa de bestämmelser om individens fri- och rättigheter som konventionen stadgar. Europadomstolen är högsta dömande instans med säte i Strasbourg, här avgörs mål mot stater där tillämpning av konventionens rättigheter tas upp. Europadomstolen har genom praxis utvecklat en doktrin, Margin of Appreciation, vars syfte är att utvidga utrymmet för stater vid tillämpning och implementering av konventionsbestämmelserna. Detta utrymme ger stater en möjlighet att anpassa konventionsbestämmelserna efter statens individuella behov, såsom kulturmönster och nationella bestämmelser. Europakonventionen har i syfte att binda medlemsstaterna till konventionens bestämmelser, samtidigt vill Europadomstolen undvika kränkning av staternas suveränitet. En ständig balansgång mellan bundenhet samt suveränitet har bidragit till Europadomstolens tillämpning av doktrinen, genom att ge staterna utrymme att självmant, vid tillämpning och implementering, agera genom de nationella domstolarna. Doktrinen ger stater ett utrymme att tillämpa konventionsbestämmelser med hänsyn till bland annat nationell lagstiftning, kulturmönster och moral.

En inskränkning av konventionsbestämmelserna kan ske genom tillämpning av doktrinen, där individens intresse vägs gentemot det allmänna. Uppsatsen beskriver doktrinens tillämplighet och konsekvenser i praktiken, med fokus på konsekvenser gentemot individen. Genom att undersöka praxis från främst Europadomstolen, där doktrinen tillämpats, kan slutsatsen dras att individens rättigheter diskrimineras till förmån för det allmänna intresset. Doktrinen har även visat sig leda till diskriminering av homosexuellas rättigheter, även om diskrimineringen tycks vara omedveten från Europadomstolens sida. Doktrinen verkar inte alltid vara förenlig med Europakonventionens syfte, då individens rättigheter kränks mer än vad som

anses önskvärt. Uppsatsen beskriver hur tillämpningen av doktrinen fungerar i praktiken samt de negativa konsekvenser som drabbar individens rättigheter, däribland homosexuellas.

Förord

Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna är en betydelsefull och hyllad konvention. Ur ett historiskt perspektiv, med konventionens tillkomst efter andra världskriget, förstår den uppmärksamme att konventionen ger Europa och dess befolkning en trygg grund där individens rättigheter står i fokus. De rättigheter som tas upp i konventionen är idag någonting som de flesta skulle anse självklara. Vid en överblick över rättigheterna och Europadomstolens arbete tycks rättigheterna stå fast i både vått och torrt. Men vid en närmare analys av Europadomstolens praxis samt de olika intressen som står i konflikt med varandra, skildras en verklighet som inte alltid är lika glasklar. Uppsatsen fokuserar på att framhäva bristerna i konventionen samt Europadomstolens tillämpning av den. Genom att framhäva individen med utgångspunkt i de homosexuellas rättigheter kommer uppsatsen skildra den problematik som uppstår då Europadomstolen måste tillgodose både staternas suveränitet och konventionens bestämmelser. Under arbetets gång har jag fått stor hjälp av min handledare, som kommit med nyttiga synpunkter. Jag har även, genom kontakt med professor Gudmundur Alfredsson (före detta professor på Lunds universitet) förstått att Europadomstolen har en svårare uppgift än jag dessförinnan trott. Att tillgodose samtliga behov är inte alltid lika enkelt som det till en början verkar vara. Men som Alfredsson själv uttryckte i en av våra mailkonversationer:

”It is not a perfect world in which we live, and the standards and institutions are established by States which for sure do and will take care of their own interests.”¹

¹ Gudmundur Alfredsson, före detta professor på Juridiska Fakulteten i Lund, föreståndare för Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt.

1 Inledning

Europakonventionen med skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) trädde i kraft 1950. Efter andra världskriget skapades ett behov av att säkerställa människans rättigheter i samhället. Europakonventionen innebar ett sätt att garantera och stärka skyddet för dessa rättigheter. Idag är konventionen undertecknad av 47 medlemsstater som alla har en skyldighet att tillämpa konventionens bestämmelser. Europadomstolen med säte i Strasbourg är avgörande domstol i mål som rör konventionsrättigheterna och staternas skyldigheter i förhållande till konventionen. Genom praxis har Europadomstolen utvecklat en doktrin ”Margin of Appreciation”.

Doktrinen ger alla medlemsstater en marginal för skönsmässig bedömning vid implementering och tillämpning av konventionen. Detta innebär att den nationella domstolen i en stat avgör hur rättigheterna i konventionen på bästa sätt skall anpassas till den nationella rätten. Det är därför främst de nationella domstolarna, med ledning av Europadomstolens praxis, som avgör huruvida en inskränkning av konventionsbestämmelserna är rättfärdigad eller inte.

Doktrinen utvecklades i syfte att tillgodose staternas suveränitet, olika samhällsstruktur samt varierande rättskultur. Genom en tillämpning av doktrinen ger Europadomstolen en möjlighet för medlemsstaterna att inskränka konventionens rättigheter för att tillgodose staternas individuella behov. Genom att ge staterna ett visst svängrum vid implementering av rättigheterna, har Europadomstolen funnit ett sätt att förena staternas olikheter med de rättigheter som konventionen fastställer.

Följande framställning kommer att redogöra för innebörden av doktrinen samt dess tillämplighet i praktiken. Framställningen kommer behandla problematiken mellan konventionens syfte att stärka de mänskliga rättigheterna samt staternas möjlighet att inskränka rättigheterna genom

tillämpning av doktrinen. Den allmänna frågan i uppsatsen är således huruvida doktrinen bidrar till inskränkning av individens rättigheter. Den allmänna frågan illustreras genom en undersökning av homosexuellas rättigheter genom tillämpning av doktrinen.

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida doktrinen bidrar till oönskade inskränkningar av konventionsbestämmelserna. Genom att redogöra för doktrинens tillämplighet och praxis är syftet att hitta svaga punkter i Europadomstolens bedömning, där doktrинens tillämpning bidrar till diskriminering av individens rättigheter. Individens rättigheter är således uppsatsens övergripande fråga som preciseras genom en undersökning av homosexuellas rättigheter.

1.2 Frågeställning

Följande framställning kommer att avgränsas till doktrинens tillämplighet vid två av Europakonventionens artiklar, artikel 8 (rätten till privatliv) samt artikel 10 (yttrandefrihet). Syftet med frågeställningen är att redogöra för huruvida doktrинens tillämpning resulterar i en kränkning av den enskildes intresse, till förmån för det allmänna. Genom att studera praxis har jag även valt att fokusera på en minoritetsgrupp som visat sig vara vanligt förekommande i praxis, homosexuella. Den allmänna frågan är således:

1. Leder Europadomstolens tillämpning av doktrinen till kränkning av det enskilda intresset?
Ovanstående fråga illustreras genom en undersökning av:
2. Om doktrinen får diskriminerande effekter gentemot homosexuella?

1.3 Metod och teori

Genom att utvärdera och analysera doktrinen är syftet att se huruvida doktrinen uppfyller de moraliska mål som ligger till grund för konventionens rättigheter. De intressen som står mot varandra är det

enskilda och det allmänna, alltså individens mot samhällets. Uppsatsen kommer således präglas av en rättsdogmatisk teori för att beskriva rättsläget. Detta ligger till grund för en analys som sker utifrån ett internrättsligt perspektiv, genom att kritiskt granska doktrinen i förhållande till de moraliska mål som ligger till grund för konventionen. Uppsatsen kommer sammanfattningsvis att ta upp konventionens syfte och tillkomst, därefter följer en beskrivning av doktrinen och dess tillämplighet. Genom att studera Europadomstolens praxis, kommer jag att lyfta fram ett antal principer som Europadomstolen använder sig av vid tillämpning av doktrinen. Doktrinen tillämplighet är utbredd, varför jag valt att avgränsa min analys till att beröra det enskilda intresset gentemot det allmänna. Vidare precisering sker därefter genom en illustration av homosexuellas rättigheter. Den praxis som valts ut begränsas till rättsfall som på ett eller annat sätt berör homosexuellas rättigheter.

1.4 Forskningsläge

Doktrinen, Margin of Appreciation, är vanligt förekommande i Europadomstolens praxis. Kritik mot tillämpningen av doktrinen har framförts i litteratur som beskriver konventionen och dess implementering. I litteraturen framhävs vikten av att undvika missbruk av doktrinen och i praxis visas en vilja av medlemsstaterna att undvika konflikt mellan doktrinen och konventionens syfte. Genom mailkontakt med Gudmundur Alfredsson, föreståndare för Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt, har jag fått intrycket av att doktrinen är ett omdiskuterat ämne inom de mänskliga rättigheternas område. Doktrinen öppnar upp för ett hänsynstagande av staternas suveränitet, liksom vikten av att behålla respektive stats kulturmönster och traditioner. Samtidigt riskerar doktrinen att leda till att individens rättigheter kränks till förmån för det allmänna intresset, dvs. samhället och staten. Gudmundur Alfredsson menar vidare att staternas intresse att följa konventionsbestämmelserna är större än intresset av att missbruka konventionen, men att det ändå är viktigt att hela tiden ha ett kritiskt perspektiv då man tillämpar doktrinen. Jag har, liksom forskningen på området, i uppsatsen valt att förhålla mig kritiskt till

tillämpningen av doktrinen. I uppsatsen är syftet att betona de svagheter som doktrinen ger uttryck för, dessa svagheter betonas som sagt även i forskningen.

1.5 Material

För att på ett korrekt sätt kunna redogöra för konventionen samt doktrинens innebörd och syfte har jag använt mig av litteratur på området. Litteraturen har främst behandlat Europakonventionen där doktrinen endast utgjort en liten del i framställningen. Därför har jag vidare använt mig av elektroniska källor, för att hitta utförligare information beträffande doktrинens tillämplighet i förhållande till konventionsbestämmelserna.

Europadomstolens internationella hemsida har varit till stor hjälp vid införskaffande av mer utförlig information rörande doktrinen. Därefter har jag i praxis från Europadomstolen, men även Högsta domstolen, funnit tolkningar kring doktrинens tillämplighet i praktiken, samt de principer som doktrinen ger uttryck för.

1.6 Disposition

Framställningen kommer beröra Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna samt tillhörande doktrin, kallad Margin of Appreciation. För att underlätta för läsaren har jag valt att benämna Europakonventionen som *konventionen* och Margin of Appreciation som *doktrinen*.

Inledningsvis kommer uppsatsen att redogöra för konventionens tillkomst samt syfte. För att bättre förstå syftet med konventionen ges en överblick i tolkningen av konventionstexten. Därefter redogörs för doktrinen, dess innebörd och hur den är avsedd att tillämpas. Viktiga principer beträffande tillämpligheten kommer även att tas upp. För att på bästa sätt kunna besvara uppsatsens frågeställning kommer en överblick att ges över Europadomstolens praxis, där doktrinen varit avgörande för utgången i målen. Jag har valt att ta upp fall som berör inskränkningar i artikel 8 (rätten

till privatliv) samt artikel 10 (yttrandefrihet). Detta för att på bästa sätt koppla huvudtexten till analysen. Analysen kommer att ta upp de två frågeställningar som uppsatsen har i syfte att besvara. För en tydligare överblick har analysen delats upp i ett antal rubriker avsedda att betona problematiska områden.

2 Europakonventionen

Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna utgör idag en bindande konvention för de stater som valt att underteckna och ratificera den. Europadomstolen med säte i Strasbourg är avgörande domstol vid mål som berör konventionen och staternas överträdelse av de rättigheter som görs gällande i den.²

2.1 Konventionens tillkomst och syfte

Europarådet bildades efter andra världskriget, de konsekvenser som kriget medfört skapade ett behov av en europeisk sammanhållning. Europarådets syfte var att skapa ett forum för samarbete inom Europa, ett forum präglad av demokrati och rättsstatlighet. Den stadga som undertecknades i London den 5 maj 1949 ingicks till en början av tio stater: Belgien, Danmark, Frankrike, Storbritannien, Nordirland, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Norge och Sverige. Staternas främsta uppgift var att stärka och främja respekten för människors rätt. Kriget hade resulterat i en strävan efter att förhindra liknande ingrepp på människans fri och rättigheter som kriget medfört. En konvention utarbetades där garantier för individens mänskliga rättigheter slogs fast. Den 4 november 1950 undertecknades i Rom den *Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*, Europakonventionen. Konventionen innehöll regler som blev förpliktande för de stater som undertecknade den.³ Under senare tid har konventionen undertecknats av flertalet europeiska länder och nu (2013) är konventionen undertecknad av 47 medlemsstater.

² [Http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SWE.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SWE.pdf).

³ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 8.

2.2 Tolkning av konventionen

De rättigheter som står uppräddade i konventionen är många menade att tolkas autonomt, dvs. begreppen skall ha en gemensam tolkning för samtliga stater.⁴ Samtidigt är flertalet begrepp definierade i abstrakta termer, detta för att ge medlemsstaterna ett utrymme för en vidare tolkning. De abstrakta termerna ger medlemsstaterna en möjlighet att anpassa bestämmelserna till den nationella rätten och den nationella domstolen i respektive stat. Eftersom konventionen är översatt till flertalet språk, ges det ännu en möjlighet för stater att tolka begrepp och bestämmelser olika. Det faktum att konventionen är översatt till fler språk medför dels olika uppfattningar men också olika betydelser av konventionsbestämmelserna.⁵

2.3 Tolkning genom Wienkonventionen

Europakonventionen är ett internationellt traktat. Vid tolkningen av internationella traktater bör man söka sig till Wienkonventionen om traktaträtten. Artikel 31 i Wienkonventionen menar att tolkning av traktat ska ske i ljuset av bestämmelsernas syfte, och enligt artikel 32 i Wienkonventionen utgör förarbeten en sekundär rättskälla vid tolkning.⁶ När det gäller Europakonventionen tycks denna tolkningsmetod vara rimlig med tanke på konventionens ålder. Konventionen tillkom år 1950, vilket bidrar till en viss återhållsamhet vid tolkning genom förarbeten. Europadomstolen framhåller att konventionen snarare bör tolkas dynamiskt, samhällets utveckling och den allmänna rättsuppfattningen förändras med tiden, varför även konventionens bestämmelser bör anpassas. Bestämmelserna bör därför ses som en helhet.⁷

⁴ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 51.

⁵ Cameron, Ian, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s 72-75.

⁶ Wienkonventionen om traktaträtten.

⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* s 50.

2.4 Staternas suveränitet vs. konventionens subsidiaritet

Konventionens subsidiära natur och staternas suveränitet utgör en balansgång mellan tillämplighet och rättfärdigade inskränkningar av rättigheterna. Europadomstolen är därför till synes återhållsam vid bedömningen av en stats nationella avgöranden. Det är staterna som har det primära ansvaret vid tillämpningen av konventionens rättigheter och Europadomstolen förlitar sig i de flesta fall på de nationella bestämmelserna. Europadomstolen ingriper endast om det finns goda skäl att anta att en stats tillämpning av en rättighet är bristfällig eller rent av felaktig.⁸

⁸ Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 52.

3 Margin of Appreciation

Europakonventionen är framtagen som en minimistandard för mänskliga rättigheter. Staterna får därför tillämpa en högre standard än den som föreskrivs i konventionen. Margin of Appreciation ger staterna en möjlighet att inskränka konventionsbestämmelserna genom den nationella lagstiftningen och anpassa dessa till behovet och rättskulturen i respektive stat. Genom doktrinen har Europadomstolen funnit ett sätt att förena de medborgerliga rättigheterna med staternas suveränitet. Doktrinen utgör en så kallad marginal, ett handlingsutrymme, för medlemsstater vid implementering och tillämpning av konventionen. De kulturella och rättsliga traditionerna i varje medlemsstat skiljer sig åt, varför doktrinen är ett sätt att tillgodose och respektera dessa skillnader.

Grunderna till doktrinen kan återfinnas i bland annat rättsvetenskapen men även inom civilrätten. Den största och mest utvecklade läran återfinns i Tyskland, på svenska kan läran beskrivas som *teorin om skönsmässig bedömning*. Den marginal som ges inom den tyska rätten är dock smalare än marginalen som återfinns i Europadomstolens praxis. Det utrymme som ges till medlemsstaterna vid tillämpningen av konventionens bestämmelser, är ett sätt att undvika konflikt mellan medlemsstaternas suveränitet och konventionsbestämmelserna.⁹

Doktrinen ger stater möjlighet att under vissa förutsättningar inskränka konventionsbestämmelserna. En rättighet kan inskränkas om det görs genom lag och om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Europadomstolen avgör huruvida en inskränkning är rättfärdigad genom att ta hänsyn till en rad olika faktorer så som; hälsa och moral, andras fri- och rättigheter, den allmänna säkerheten i staten samt den allmänna ordningen. Doktrinen

⁹ [Http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp).

öppnar således upp för att konventionsbestämmelserna implementeras olika i de olika medlemsstaterna.¹⁰

3.1 Doktrinen tillämpning i konventionen

Doktrinen härstammar från konventionens subsidiära betydelse, där konventionen får en begränsad roll i förhållande till nationell rätt. Artiklarna 8-11 i konventionen speglar tydligast doktrinen tillämplighet då det andra stycket i varje artikel presenterar ett undantag till huvudregeln i första stycket.¹¹ De undantag som räknas upp och som gör det möjligt att inskränka rättigheterna är bland annat: om det står föreskrivet i lag, nödvändighet, skydd för hälsa och moral, samt nationell säkerhet. Praxis visar att två av dessa artiklar har en tendens att kollidera, artikel 8 (rätten till privatliv) och artikel 10 (yttrandefrihet). Båda artiklarna berör dels ett allmänt intresse men är främst avsedda att skydda den enskildes intressen. För att ge ett tydligare exempel på artiklarnas uppbyggnad presenteras de nedan:

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 välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.*

¹⁰ [Http://ojls.oxfordjournals.org/content/26/4/705.full.pdf+html](http://ojls.oxfordjournals.org/content/26/4/705.full.pdf+html).

¹¹ Cameron, Ian, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s 113.

ARTIKEL 10

Yttrandefrihet

1. Var och en har rätt till yttrandefrihet. Denna rätt innefattar åsiktsfrihet samt frihet att ta emot och sprida uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Denna artikel hindrar inte en stat att kräva tillstånd för radio-, televisions- eller biograföretag.

2. Eftersom utövandet av de nämnda friheterna medför ansvar och skyldigheter, får det underkastas sådana formföreskrifter, villkor, inskränkningar eller straffpåföljder som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till den nationella säkerheten, den territoriella integriteten eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral, till skydd för annans goda namn och rykte eller rättigheter, för att förhindra att förtroliga underrättelser sprids eller för att upprätthålla domstolarnas auktoritet och opartiskhet.¹²

3.2 Principer vid tillämpning av doktrinen

Hela konventionens regelverk vilar på en rörlig grund där utvecklingen i samhället och i medlemsstaterna hela tiden påverkar konventionens bestämmelser och tillämpning. Det är medlemsstaternas utveckling som styr utformningen av rättigheterna. Därför måste en utveckling av reglerna ske gradvis, i takt med staternas utveckling. Europadomstolen har i praxis pekat på ett flertal principer som är vägledande vid bedömning av staternas tillämpning av doktrinen. Nedan presenteras de för detta arbete två mest relevanta principerna.

3.2.1 Principen om nödvändighet

Artiklarna 8-11 i konventionen ger en tydlig bild av doktrинens tillämplighet. I artiklarna stadgas att inskränkningar av rättigheterna kan

¹² Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna art. 8, art. 10.

beviljas om det föreligger *nödvändighet*. Med nödvändighet förstås intresset av att skydda vissa viktiga intressen såsom allmänna intressen men även minoritetsgrupper, exempelvis homosexuella. Vid inskränkning av en rättighet i konventionen krävs att inskränkningen är *nödvändig i ett demokratiskt samhälle*.¹³ Med nödvändighet förstås således avvägningen mellan det enskilda intresset och samhället, dvs. det allmänna intresset. För att en inskränkning enligt Europadomstolen skall anses nödvändig måste inskränkningen vara proportionerlig i förhållande till allmänintresset. Europadomstolen har i praxis slagit fast att nödvändighet innebär något mer än vad som är önskvärt eller rimligt.¹⁴ Kravet på nödvändighet kan även variera beroende på hur starkt skyddet av en rättighet är. Vissa rättigheter får till exempel aldrig inskränkas, som individens skydd mot att utsättas för tortyr.

3.2.2 Proportionalitetsprincipen

Vid bedömningen av huruvida en inskränkning anses nödvändig tillämpas proportionalitetsprincipen där en avvägning görs mellan den enskildes intresse och det allmänna intresset. Om inskränkningen är rimlig i förhållandet mellan det allmänna och det enskilda anses inskränkningen vara proportionerlig. Det är endast i dessa situationer som en inskränkning kan anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle.¹⁵ En stat som vill inskränka konventionen genom att använda doktrinen måste således uppvisa någon eller några väsentliga argument till varför inskränkning bör vara rättfärdigat. Sakliga och adekvata argument skall presenteras samt vara proportionerliga i förhållande till allmänna intressen och konventionens syfte. Rättigheterna är primära, således ska möjligheten för en stat att inskränka dem vara snäv. Vad som är proportionerligt varierar från fall till fall, bland annat beroende på inskränkningens storlek och vem inskränkningen de facto drabbar.¹⁶ Europadomstolen har genom praxis

¹³ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 53.

¹⁴ Sunday times v. The United Kingdom p. 59.

¹⁵ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 53.

¹⁶ Cameron, Ian, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s 112.

kommit fram till en metod som kan användas vid prövning av proportionaliteten av en inskränkning. Denna metod är strikt och skall tillämpas vid inskränkning av de grundläggande friheterna. Metoden består av fyra frågor:

1. Finns det ett trängande socialt behov av en begränsning av konventionen?
2. Om så är fallet, motsvarar begränsningen detta behov?
3. Om så, är inskränkning proportionerlig i förhållande till behovet?
4. Är skälen för inskränkning relevanta och tillräckliga?

Sammanfattningsvis är kravet på proportionalitet olika starkt beroende på vilken rättighet det är som inskränks.¹⁷

3.2.3 Moral

Doktrinen omfattning är varierande beroende på arten av det skyddande intresset. Doktrinen beviljar inskränkningar i rättigheter med hänvisning till allmän moral, men vad som är moral är svårt att fastställa. Europadomstolen har i praxis påpekat att det inte finns någon gemensam samsyn i moralfrågor mellan de europeiska länderna. Därför är de nationella domstolarna bäst lämpade att avgöra vad som bör respektive inte bör vara tillåtet i landet i fråga. Ett tydligt exempel är staternas olika syn på abort.¹⁸

Vid bedömning av staternas agerande ser Europadomstolen till en s.k. europeisk standard, dvs. en europeisk samsyn. Genom att se till den europeiska standarden kan Europadomstolen också fastställa en slags gemensam moral. I takt med samhällets utveckling utvecklas även bedömningen av moral och vad som är accepterat i ett demokratiskt samhälle. En europeisk standard utvecklas således hela tiden. Därför finns det ingen fast grund för domstolen att luta sig tillbaka på vid bedömning av

¹⁷ Handyside v. The United Kingdom p.48-49.

¹⁸ Danelius Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, s 52.

staternas agerande. De stater som väljer att stanna kvar i en mer konservativ syn på utveckling i moraliska frågor riskerar sålunda sanktioner.¹⁹

3.3 Mångkulturalism

Europa består av många länder där värdet av dess olika kulturer spelar en viktig roll. Mångkulturalism är ett begrepp som skildrar respekten för de olikheter och traditioner som utgör medlemsstaterna, olika samhällen skapar olika värden och normer. Det är därför svårt, eller rent av omöjligt att helt och hållet överföra värden och normer från ett sammanhang till ett annat, utan att det skapar någon form av kulturkrock eller konflikt. De mänskliga rättigheterna ger en ram för bestämmelsen om människans rätt till liv, rättigheterna är s.k. minimirättigheter, dessa ska respekteras och uppfyllas, men tolkningen av rättigheterna kan se olika ut från stat till stat.²⁰ Det är till synes ovanligt att konflikter uppstår mellan de mänskliga rättigheterna och olika kulturmönster. Doktrinen ger utrymme till vissa anpassningar som anses befogade enligt den europeiska lagstiftningen. Vidare ges ett utrymme för tolkningar av folket i dess helhet, kvinnor och minoritetsgrupper. Dessa tolkningar utgör ett legitimt kulturmönster, ett intresse att bevara kulturen i landet och därför anpassa konventionen efter dessa intressen. Makthavare eller kulturella eliter som försöker upprätthålla makten i en stat skall inte åtnjuta denna rätt att inskränka konventionen. En anpassning av konventionen skall således stämma överens med de grundläggande bestämmelserna inom en stat. Doktrinen är följaktligen inte menad att missbrukas samtidigt som det i vissa fall är svårt att dra gränserna för när en inskränkning anses vara rättfärdigad.²¹

¹⁹ [Http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp).

²⁰ Namil E, m.fl. *Allas värde och lika rätt, perspektiv på mänskliga rättigheter*, s 291-293.

²¹ Namil E, m.fl. *Allas värde och lika rätt, perspektiv på mänskliga rättigheter*, s 335-336.

4 Praxis

Nedan presenteras fem rättsfall där Europadomstolen i samtliga fall tillämpat doktrinen. Fokus har lagts på de delar där Europadomstolens behandlat frågan om homosexualitet och den europeiska samsynen kring moralfrågor. Avsnittet delas upp i de fall som berör principen om nödvändighet samt principen om proportionalitet. Varje avsnitt avslutas med avgöranden från Högsta domstolen, där domstolens bedömning grundats på en hypotetisk bedömning av Europadomstolen. Sammantaget berör nedanstående fall frågan om europeisk samsyn på moralfrågor och doktrинens inverkan på yttrandefriheten samt rätten till privatliv, i dessa fall homosexualitet.

4.1 Principen om nödvändighet i praxis

En tillämpning av doktrinen skedde första gången 1976 i målet ”Handyside v. United Kingdom. Målet beskriver hur en bok, ämnad för skolungdomar, enligt staten inte fick bli utgiven på grund av ett kapitel innehållande beskrivningar av sexuella aktiviteter. Kapitlet ansågs strida mot den rådande moralen i det engelska samhället. Inskränkningen av yttrandefriheten på grund av landets moral, utgjorde enligt staten Storbritannien ett ”legitimt syfte”.²² Europadomstolen slog i fallet fast att en inskränkning kräver relevanta och tillräckliga skäl för att vara motiverad såsom nödvändig.²³ Boken var utgiven och tillgänglig i länder som Danmark och Belgien, den moral som Storbritannien argumenterade för var således inte förenlig med den allmänt rådande synen på moral i stora delar av Europa. Trots att boken var utgiven i stora delar av Europa kunde Europadomstolen inte hitta någonting som tydde på att det rädde en enhetlig syn på moral i Europa under denna period. Därför menade Europadomstolen vidare att brist på en allmän syn på moralfrågor resulterade i en större marginal för Storbritannien vid tillämpning av konventionens undantag. En inskränkning av artikel 10 i

²² Cameron, Ian, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, s 111.

²³ *Handyside v. United Kingdom* p. 50.

konventionen ansågs således proportionerlig och nödvändig i ett demokratiskt samhälle.²⁴

Principen om nödvändighet gjorde sig även tydlig i fallet Muller mot Schweiz där staten ville förbjuda publicering av tavlor med sexuella motiv, däribland homosexualitet. Tavlorna utgjorde en kränkning av den rådande moralen i Schweiz, varför staten menade att en inskränkning av yttrandefriheten var nödvändig, genom ett förbud mot publicering av tavlorna. Liksom i Handyside-målet menade Europadomstolen att det ännu inte fanns någon enhetlig europeisk syn på moral. Därför ansåg Europadomstolen att staten själv var bäst lämpad att avgöra frågan om moral. En inskränkning av artikel 10 genom punkten 2 i konventionen ansågs således rättfärdigad.²⁵

Den rådande europeiska synen på moral visade sig även vara avgörande för Europadomstolens bedömning av nödvändighet i fallet mot Nordirland 1981. Den dåvarande nordirländska lagen reglerade homosexuellas rättigheter, där homosexuellt umgänge mellan personer som ännu inte fyllt 21 år kriminaliserades. Europadomstolen menade i sin dom att lagen inte var nödvändig i ett demokratiskt samhälle eftersom den stred mot den rådande europeiska samsynen på homosexualitet. Lagen i Nordirland ansågs inte nödvändig i ett demokratiskt samhälle och utgjorde således ett brott mot artikel 8 i konventionen.²⁶

Avslutningsvis presenteras ett svenskt fall från Högsta domstolen där domstolens bedömning vägledades av Europadomstolens praxis. Målet behandlade spridningen av flygblad till en skola där texten på flygbladet bland annat innehöll kränkande uttalanden om homosexuella. Högsta domstolens tog vid bedömningen upp huruvida dessa flygblad utgjorde hets mot folkgrupp. Enligt denna bedömning kom Högsta domstolen fram till att

²⁴ Handyside v. United Kingdom p. 48.

²⁵ Muller & Others v. Switzerland p. 43-44.

²⁶ Dudgeon v. The United Kingdom p. 60.

flygbladen förvisso innehöll kränkande uttalanden om homosexuella, men att dessa uttalanden inte kunde anses tillräckligt grova för att utgöra skäl för inskränkning av yttrandefriheten enligt artikel 10 i konventionen. En inskränkning av yttrandefriheten ansågs inte nödvändig i ett demokratiskt samhälle och vid en helhetsbedömning ansåg Högsta domstolen att yttrandefriheten i detta fall hade högre prioritet än artikel 8 i konventionen.²⁷

4.2 Principen om proportionalitet i praxis

Principen om att en inskränkning skall vara proportionerlig i förhållande till konventionens syfte utgjorde Europadomstolens ledning i en dom mot staten Frankrike 2012. Målet beskriver ett lesbiskt par där den ena kvinnan blivit gravid genom insemination. Kvinnans partner ville begära adoption av barnet för att paret tillsammans skulle få vårdnaden. Den franska domstolen nekade adoptionen med hänvisning till att paret inte var gifta, enligt landets lag var äktenskap ett krav för adoption. Enligt den franska lagen fick homosexuella inte ingå äktenskap vilket omöjliggjorde adoptionen helt. Europadomstolen menade i sin dom att doktrinen Margin of Appreciation tillät stater, vid reglering av civila äktenskap, att neka homosexuella äktenskap på grund av den skilda europeiska synen på giftermål i Europa. Vidare menade Europadomstolen att lika villkor för adoption gällde heterosexuella par, varför nekandet av adoption i det enskilda fallet ansågs proportionerligt. Heterosexuella ogifta par nekades adoption liksom det homosexuella paret vilket utgjorde en likabehandling. Statens förbud mot adoption utgjorde således ingen kränkning av artikel 8 i konventionen.²⁸

Högsta domstolen har i flera fall tagit hänsyn till Europadomstolens praxis i avgöranden beträffande konventionsbestämmelser. Sålunda följer här ett mål som för allmänheten är mer känt som fallet mot Åka Green. Målet berörde en frikyrklig pastor i Sverige, som i sina predikningar uttryckte ett misstycke för homosexualitet. Predikningarna innehöll bland annat kränkande uttalanden om homosexuella där ord som abnormitet och

²⁷ NJA 2006 s.467.

²⁸ Gas & Dubios v. France p. 66-68, 72.

cancersvulsts används. Åtalet mot pastorn gick upp till Högsta domstolen där domstolen gav en frikännande dom.²⁹ Högsta domstolen gjorde en hypotetisk bedömning av vad Europadomstolen teoretiskt skulle ha yttrat i det aktuella fallet. Högsta domstolen menade i sin dom att Europadomstolen troligtvis, vid eventuell bedömning, skulle finna att pastorns rättigheter enligt konventionen kränkts i det fall domen blivit fällande i Sverige. Pastorns rättighet enligt artikel 10 i konventionen ansågs ha företräde framför en fällande dom genom artikel 8. En inskränkning av yttrandefriheten var således inte proportionerlig i förhållande till graden av kränkning enligt artikel 8.³⁰ Högsta domstolen friade således pastorn från brottet hets mot folkgrupp till förmån för Europakonventionens 10 artikel.³¹

²⁹ NJA 2005 s. 805.

³⁰ Även artikel 9 i Europakonventionen (religionsfrihet) nämns i domen.

³¹ Brandberg U, m.fl. *Advokaten nr 7*, Åke Green-målet.

5 Analys

Utifrån ovanstående fakta kring doktrinen tillämplighet samt de principer som aktualiseras i Europadomstolens praxis, skall uppsatsens två frågeställningar besvaras. Ett kritiskt perspektiv gentemot doktrinen rättsverkningar kommer att belysas, samt doktrinen konsekvenser gentemot individen.

5.1 Leder Europadomstolens tillämpning av doktrinen till kränkning av det enskilda intresset?

Konventionen byggde från första början och bygger fortfarande på rättigheter som på ett eller annat sätt är kopplade till människans syn på moral. Andra världskriget och dess konsekvenser bidrog till en vilja att skapa ett samhälle där staternas intresse skulle ligga i att skydda individens rättigheter. Denna moral och viljan att skapa ett tryggt Europa utvecklade konventionen. Men utan några fundamentala tankar kring vad som faktiskt skulle utgöra den europeiska moralen skapades doktrinen som gav varje medlemsstat en chans att själv utveckla rättigheterna anpassade efter statens syn på vad som är rätt och fel.

5.1.1 Moral – vägledande vid bedömning

Europas moral blir vägledande vid Europadomstolens bedömning av mål mellan staten (det allmänna) och den enskilde. Samtidigt som den europeiska standarden är vägledande för Europadomstolen så är det konventionens syfte som avgör huruvida europeisk standard är förenlig med konventionens moral. Självklart är det svårt att definiera begreppet moral och det är inte förvånande att domstolen väljer att vägledas av den allmänna moralen i Europa. Beroende på religiös åskådning, kultur och samhällsuppbyggnad har människor olika åsikter angående moral. Det är inte rätt att låta Europadomstolen helt och hållet avgöra i frågan om moral, därför har Europadomstolen valt att använda den europeiska samsynen vid

sin bedömning. Det är bra att det finns en doktrin som gör det möjligt för staternas åsikter att framträda. Men att helt okritiskt hävda en europeisk samsyn, och dennas avgörande kraft vid mål rörande moralfrågor, känns med tanke på Europas historia inte helt säkert. Just nu lever vi i ett till synes stabilt Europa, demokratin är utbredd och människans rättigheter tycks stå i fokus. Men konventionen är menad att förhindra att förödelser, liksom de som andra världskriget förde med sig, inträffar igen. Den europeiska samsynen är ombytlig. Europadomstolen har genom praxis visat att det inte finns någon fundamental reglering kring frågan om moral och att bedömningen tycks variera beroende på tid och staternas utveckling. Individens rättigheter borde inte utsättas för prövningar som endast lutar sig på samsynen i Europa. Individens rättigheter skall vara garanterade ett skydd, oavsett vad den för tillfället rådande moralen är.

Individens rättigheter ska enligt Europadomstolen stå i proportion till det allmänna intresset. Konsekvensen som uppstår då Europadomstolen inte tycks ha någon fundamental grund att luta sina avgöranden på, blir att samhällsvärden får den avgörande rollen. Men samhällsvärden speglar kanske inte alltid de värden som är rätta ur ett enskilt perspektiv. Trots att en tolkning av doktrinen pekar på att det inte är önskvärt att politiska eliter skapar sig möjligheter för missbruk av doktrinen tror jag att det i många fall kan visa sig på det sättet. Oavsett om den rådande samhällsmoralen är önskvärd eller inte så är det den moral som domstolen lutar sina avgöranden mot. Utan en tillräckligt kritisk granskning av huruvida moralen faktiskt är god eller ond. Att moralen sedan speglar en s.k. europeisk samsyn borde stå i skymundan för den faktiska innebörden av moralen i fråga. Vad är det som säger att majoriteten av staterna faktiskt har rätt i sin uppfattning av vad som är moraliskt rätt eller fel.

5.1.2 Olika intressen i konflikt

I Europadomstolens praxis berörs proportionalitetsprincipen och striden mellan det enskilda intresset och det allmänna. Dessa skilda intressen står ofta i konflikt med varandra, vilket tvingar Europadomstolen att inskränka

antingen det enskilda eller det allmänna intresset. Inskränkningar får göras i individens rättigheter för att det anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, om det föreligger ett allmänintresse. En problematik som uppstår vid en sådan bedömning (låt oss ta yttrandefriheten som exempel) är att tanken bakom rättigheten är att varje människa ska ha rätt att (här) yttra sin åsikt. Oftast är det minoritetsgrupper av olika slag som behöver skyddet av en sådan rättighet. Ett yttrande och en tanke som bestryks av majoriteten i ett samhälle, däribland även staten, behöver inte samma skydd. Därför är det värt att ifrågasätta huruvida stater skall ha möjlighet att inskränka yttrandefriheten om det föreligger ett allmänt intresse. Yttrandefriheten ska inte ge det allmänna ett skydd, utan vara till hjälp just för den enskilde. Att inskränka yttrandefriheten genom att åberopa ett allmänintresse och en europeisk samsyn tycks vara tvärt emot vad som faktiskt är ämnat att skyddas av konventionen, nämligen den enskildes intresse. I rättsfallet Muller (10737/84) blev en konstnär nekad publicering av sina tavlor eftersom det ännu inte fanns någon europeisk samsyn, och att statens syn på sexualitet därför var avgörande. Storbritanniens syn på sexualitet fick av Europadomstolen således rätt att inskränka yttrandefriheten (publiceringen av tavlor). Europadomstolen missade hela poängen med att yttrandefrihet främst bygger på yttranden som troligtvis inte delas av majoriteten av människor samt att dessa yttranden genom konventionen bör ges ett skydd.

5.1.3 Europeisk samsyn – rättfärdigad inskränkning av den enskildes rättigheter

I målet Handyside (5493/72) slog Europadomstolen fast att en inskränkning av de mänskliga rättigheterna kräver *relevanta* och *tillräckliga* skäl för att inskränkningen skall vara motiverad. Frågan återstår vad som faktiskt utgör dessa skäl. Enligt praxis tycks en inskränkning av individens rättigheter vara rättfärdigad såvida resterande Europa är av samma åsikt som den berörda staten. Men en medborgare som står inför domstol skall inte behöva vara införstådd med den allmänna europeiska synen på fallet i fråga, utan på huruvida konventionen faktiskt skyddar dennes rättighet eller inte. Förutsebarheten i ett avgörande vilar i nuläget på hur frågan hade lösts i

majoriteten av staterna, vilket knappast kan anses vara särskilt rättssäkert. Ska en medborgare innan avgörande behöva göra sig införstådd med den allmänna synen i Europa? Detta är varken önskvärt eller någonting som främjar konventionens rättigheter. Rättigheterna ska stå fast, oavsett vem som har eller tar makten i Europa. Istället för en europeisk samsyn som måttstock vid bedömning, borde Europadomstolen fokusera på skyddet av individen. Individens rättigheter är de mest utsatta. Att ge staterna en större marginal vid brist på europeisk samsyn respektive en mindre marginal vid europeisk samsyn är inte något som bör vara vägledande. De svagas rätt skyddas inte alltid av Europas stater, därför är det önskvärt att de svaga skyddas av en konvention som i varje hänseende värnar om att skydda det enskilda intresset. För vem ska annars göra det?

5.1.4 En balansgång mellan det enskilda och det allmänna

Vid en tillämpning av doktrinen bör Europadomstolen ta hänsyn till vem eller vilka en inskränkning drabbar negativt. En avvägning mellan det enskilda och det allmänna intresset blir således reell. I annat fall bygger hela det europeiska rättsystemet på vilken syn de resterande medlemsstaterna har i moralfrågor, inte på vilka rättigheter som skyddas av konventionen och *varför* rättigheterna faktiskt åtnjuter detta skydd. För att undvika missbruk genom doktrinen vid tillämpning av konventionsrättigheterna krävs således en bredare tillämpning av individens rättigheter och en starkare roll hos Europadomstolen. Doktrinen blir då, vilket tycks vara önskvärt enligt konventionen, ett säkert sätt att tillgodose det allmänna intresset, utan att därigenom kränka den enskildes rättigheter. Det är den enskildes rättigheter som är de mest utsatta, därför bör Europadomstolen öka skyddet för den enskildes intressen och göra det svårare för staterna att inskränka dem. På så vis kan Europadomstolen, genom tillämpning av doktrinen skapa en trygg balansgång mellan det enskilda och det allmänna.

5.2 Får doktrinen diskriminerande effekter gentemot homosexuella?

Vid tillämpning av doktrinen och staternas rätt att inskränka konventionens rättigheter har Europadomstolen en skyldighet att beakta många parametrar; proportionalitet, nödvändighet, europeisk standard, staternas suveränitet och moralen i respektive stat. Doktrinens syfte är att så långt det är möjligt tillgodose allas behov. Men vid bedömningen tycks det inte alltid vara enkelt för Europadomstolen att garantera de homosexuellas rättigheter. En viss kränkning av homosexuella tycks enligt praxis vara godtagbart.

5.2.1 Yttrandefrihet förenlig med europeisk standard

Artikel 10 i konventionen har i praxis visat sig vara svår att inskränka, samtidigt som staterna tyckts ha en stor marginal vid tillämpningen av artikeln. Det som är värt att beakta är dock att staternas moral och den europeiska samsynen påverkar domstolens bedömning. I fallet mot Schweiz (10737/84) ansåg domstolen att en inskränkning av yttrandefriheten, dvs. ett förbud mot publicering av tavlor med homosexuella motiv, var rättfärdigat på grund av en bristande europeisk samsyn. Medan en inskränkning i fallet mot Nordirland (7525/76) inte var förenlig med den europeiska synen på homosexualitet. Två skilda domar, men båda behandlade på ett eller annat sätt homosexualitet i förhållande till frågan om moral. Förutsebarheten i Europadomstolens domar tycks vara bristfällig, eller så grundar sig förutsebarheten helt enkelt på den för tillfället europeiska standarden. Europadomstolen menar troligtvis inte att diskriminering av homosexuella är godtagbart i ett demokratiskt samhälle, men en *viss* diskriminering tillåts ändå. Homosexuella borde godta, eller acceptera en viss grad av diskriminering till förmån för yttrandefriheten. Detta framgår tydligt vid en närmare titt på Högsta domstolens domar i NJA 2005 s. 805 och NJA 2006 s. 467. I båda fallen kan man utläsa Högsta domstolens försök att tillgodose både artikel 10 och 8 i konventionen, där resultatet i båda domarna resulterade i ett visst acceptande av diskriminering utav homosexuella.

5.2.2 Rättigheter i konflikt

Artiklarna 8 och 10 i konventionen hamnar enligt praxis ofta i konflikt med varandra. Rätten till yttrandefrihet är en grundläggande frihet, liksom rätten till privatliv. Rätten till privatliv enligt artikel 8 innefattar även rätten till sexualitet, däribland homosexualitet. Vid en konflikt mellan artiklarna åläggs domstolen i respektive stat ett ansvar att iaktta proportionalitetsprincipen, genom att väga två skilda intressen. Hur stor ska friheten vara att yttra sig kränkande om homosexuella? Europadomstolens syfte är att tillgodose både det enskilda och det allmänna intresset, en artikel kan beröra båda dessa intressen. Europadomstolen menar i sina domar att en rättfärdigad inskränkning av yttrandefriheten i artikel 10 föreligger om kränkningen av artikel 8 är *grov*. Endast ett nedlåtande yttrande om homosexualitet är således ingen grund för inskränkning av yttrandefriheten. Det tycks enligt praxis således vara svårare att inskränka yttrandefriheten än rätten till privatliv. Vid en konflikt mellan konventionsrättigheterna verkar doktrinen ge ett bredare utrymme för viss kränkning av de homosexuellas rättigheter. I NJA 2005 s.805 låg bedömningen dels mellan den enskildes rätt att yttra sig och dels homosexuellas rätt att undgå kränkning. De homosexuella utgjorde en grupp, det fanns ingen enskild individ utpekad i de kränkande yttrandena. Förhoppningsvis hade Högsta domstolens bedömning blivit annorlunda om det varit *en* person som blivit utpekad. Men eftersom de homosexuella i detta fall var en grupp verkade Högsta domstolen anse att det var lämpligare att döma i enlighet med den enskildes rätt till yttrandefrihet. Genom en tolkning av praxis kan man slå fast att homosexuella som *grupp* bör utstå ett större mått av kränkning än en homosexuell som utpekad individ. Det är inte föga förvånande att svårigheter uppstår då domstolar i staterna, samt Europadomstolen, gör ett försök att tillgodose både yttrandefrihet och rätten till privatliv. Men den gyllene medelvägen tycks ändå, vid beaktande av praxis, luta åt att minoritetsgrupper diskrimineras, oavsett om detta är önskvärt eller inte.

I fallet mot Nordirland (7525/76) tog Europadomstolen endast upp artikel 8, här handlade det alltså inte om vilken artikel som skulle ha företräde framför

en annan. I detta fall ansåg Europadomstolen att en inskränkning av artikel 8 inte var tillåten. Men i de fall där Europadomstolen står mellan frågan om yttrandefrihet och rätten till privatliv tycks resultatet bli att yttrandefriheten har företräde framför rätten till privatliv, såvida kränkningen av artikel 8 inte anses *grov*. Ska en minoritetsgrupp, i detta fall homosexuella, tvingas att acceptera ett visst mått av kränkning, till förmån för yttrandefriheten? Vid jämförelse av ovanstående rättsfall tycks problematiken ligga i en avvägning mellan vilket intresse som är mest relevant att tillgodose. Den enskildes rätt att yttra sig, eller minoritetsgruppens rätt att undgå kränkning. Men vilket intresse är viktigast att beakta? Den enskilde ska ha rätt att yttra sina åsikter, men fler drabbas negativt av dessa yttranden än den person som får möjlighet att yttra dem. Minoritetsgrupper, liksom homosexuella, ska garanteras ett skydd av staten. Men skyddet ska inte minska till förmån för den enskildes rätt att uttrycka föraktfulla åsikter. En tydligare gräns och striktare regler för vad som utgör hets mot folkgrupp borde således iakttas, oavsett vad Europadomstolens doktrin säger.

5.2.3 Staternas suveränitet

I fallet mot Frankrike (25951/07) var det troligtvis inte Europadomstolens mening att de facto diskriminera det homosexuella paret genom att medge statens förbud mot adoption. Men Europadomstolen accepterade å andra sidan Frankrikes, och andra staters, förbud mot ingående av homosexuella äktenskap, med hänvisning till staternas olika moral i frågan. I brist på en enhetlig praxis på området, riskerar minoritetsgrupper att bli diskriminerande beroende på vilken stat de lever i. Europadomstolen måste följa principen om staters suveränitet, iaktta den europeiska samsynen samt den skilda moralen i staterna. Dessa principer tillsammans med principen om nödvändighet för inskränkning av rätten till privatliv, leder i viss mån till att minoritetsgrupper utsätts för diskriminering. Doktrinen tycks vid en första anblick vara ett bra sätt att tillgodose olika behov i olika stater, men den ger också ett bredare utrymme för diskriminering än vad som kanske från början var tanken.

5.2.4 Doktrинens breda ramar

Europadomstolens vägledning genom den allmänna europeiska synen på moral kan leda till att minoritetsgrupper kränks. Beroende på vilken moral som råder, eller inte råder, i Europa riskerar homosexuella att utsättas för kränkningar. Det tycks orimligt att vissa stater, ska få rätt att inskränka rätten för homosexuella och deras privatliv, endast på grund av en bristande europeisk samsyn. Skyddet för individens rättigheter bör vara starkare än så. Konventionen bör gå utöver den rådande moralen i Europa, eftersom moral har en tendens att variera. Politiska eliter, visioner, idéer och propaganda har en tendens att leda till orättvisa, orättvisa som drabbar de svaga i ett samhälle. Homosexuella är en minoritetsgrupp, således tillhör de en utsatt grupp och borde därför åtnjuta ett större skydd. Skyddet för privatliv, som garanteras genom konventionens rättigheter, försvagas genom en alltför bred tillämpning av doktrinen. Staternas olika intressen och suveränitet bör absolut tillgodoses, men inte genom en inskränkning av minoritetsgruppers rättigheter. Det tycks, vid en tolkning av Europadomstolens praxis, alltför enkelt för en stat att inskränka individens rättigheter till förmån för statens intressen. En stat som undertecknat konventionen skall ha rätt att behålla sin egen kultur, sina traditioner och suveränitet, men inte till priset av en minoritetsgrupps rättigheter. Doktrinen skapar ett svängrum för stater, tanken bakom detta svängrum är mycket fin och öppnar upp för acceptans av olikheter länder emellan. Europas stater präglas av mångkultur och traditioner som är värda att skydda, men doktrinen har också öppnat upp för möjligheter till diskriminering. Diskriminering drabbar oftast de svaga, därför borde Europadomstolen lägga större vikt vid att göra doktrинens ramar snävare, istället för att bredda dem. De gånger där staterna inte lyckas tillgodose både statens och den enskildes intressen, bör Europadomstolen stå med ett dömande finger och avgöra vilket intresse som faktiskt är mest skyddsvärt. Oftast går det att tillgodose flera intressen samtidigt, men det gäller att hålla hårt i principen om allas lika värde. Om Europadomstolen är sträng med att garantera de svagas rättigheter, så riskerar doktrinen därigenom inte att missbrukas. Kan missbruk av doktrinen undvikas, så

kommer homosexuellas rättigheter även erhålla ett starkare skydd än vad de tycks erhålla idag.

5.3 Sammanfattande kritik

Doktrinen bidrar till att staternas suveränitet kvarstår, den bidrar till att olika kulturmönster respekteras, att olika moral i olika stater får utrymme, men den bidrar också till att kränkningen av den enskilde och minoritetsgrupper blir ett faktum. Detta är, om vi ser till konventionens syfte att tillgodose människors individuella rättigheter, inte önskvärt enligt Europadomstolen. För att lyckas förena staternas suveränitet med förpliktelser enligt konventionen, så tvingas i många fall den enskilde eller minoritetsgrupper stå ut med en viss grad av kränkning. I praxis syns tydliga spår av den konflikt som uppstår då konventionsbestämmelserna krockar med antingen varandra eller staternas syn på vad som är moraliskt korrekt. Kanske är detta ett pris som är värt att betala för att stater ska vilja underteckna konventionen, som trots allt finns där för att tillgodose varje individs intressen. Konventionen har i uppgift att skydda intresset hos en stor och blandad grupp människor, där många intressen står på spel. Vid en första anblick kan det tyckas enkelt att uppfylla de krav som ställs på staterna genom konventionen. Men vid närmare analys pekar praxis på de svårigheter som uppstår då olika kulturer och uppfattningar speglar samma rättigheter på olika sätt. Europadomstolen har ingen enkelt uppgift framför sig då den ska avgöra vad som bör vara avgörande vid bedömning av konventionsbestämmelsernas tillämpning. Doktrinen är ett sätt att i största möjliga mån tillgodose allas behov, både de allmänna och de enskilda. Genom praxis visar Europadomstolen en önskan att eftersträva rättvisa, att inte kränka någon av de rättigheter som står på spel. Resultatet varierar, där åsikterna om vad som är rätt och fel säkerligen är lika varierande som antalet människor som står under konventionens skydd.

Vid en första anblick kan det tyckas enkelt att reglera rättigheter som vi alla har rätt att nyttja. Men vi lever i en värld där olika intressen ständigt står i

konflikt. Kanske är doktrinen trots allt det bästa sättet att tillgodose allas intressen, inte alltid hela vägen, men så gott det går.

6 Käll- och litteraturförteckning

Offentliga tryck

Den europeiska konventionen den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Wienkonventionen om traktaträtten, Recueil des traités des Nations Unies, Volym 1155, s. 331.

Litteratur

Cameron Ian, An introduction to the European Convention on Human Rights, 6th edition, Iustus Förlag AB 2011

Danelius Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, fjärde upplagan, Nordstedts 2012

Namli, Elena & Gunner, Göran, Allas värde och lika rätt, perspektiv på mänskliga rättigheter, Studentlitteratur 2005

Elektroniska källor

European Court of Human Rights, Domstolen i korthet (2013-11-29)
http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_SWE.pdf

Council of Europe, Judicial professions, The Lisbon Network (2013-12-01)
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp

Oxford Journal of Legal Studies (2013-12-05)
<http://ojls.oxfordjournals.org/content/26/4/705.full.pdf+html>

Högsta domstolen

NJA 2006 s.467

NJA 2005 s. 805

Europadomstolen

Case of Dudgeon v. The United Kingdom, judgement of 22 October, 1981, European Court of Human Rights, Application no. 7525/76

Case of Gas and Dubios v. France, judgement of judgement of 15 March, 2012, European Court of Human Rights, Application no. 25951/07

Case of Handyside v. The United Kingdom, judgement of 7 December, 1976, European Court of Human Rights, Application no. 5493/72

Case of Muller and others v. Switzerland, judgement of 24 May, 1988, European Court of Human Rights, Application no. 10737/84

Case of The Sunday Times v. The United Kingdom, judgement of 26 April, 1979, European Court of Human Rights, Application no. 6538/74

Övrigt

Brandberg, U & Knutson, T, Fakta Åke Green-målet, Advokaten Nr 7 2011 Årgång 77

Gudmundur Alfredsson, före detta professor på Juridiska Fakulteten i Lund, föreståndare för Raoul Wallenberginstitutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt