



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Emma Svensson

# Högsta domstolens hantering av Europakonventionen i brottmål

– en praxisanalys med fokus  
på rättigheter och rättssäkerhet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Christoffer Wong

Termin för examen: VT 2014

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

---

<b>Förkortningar</b> .....	<b>i</b>
<b>Summary</b> .....	<b>ii</b>
<b>Sammanfattning</b> .....	<b>iv</b>
<b>1. Inledning</b> .....	<b>1</b>
1.1. Bakgrund .....	1
1.2. Syfte och frågeställningar .....	2
1.3. Metod och avgränsningar .....	2
1.4. Några klargöranden .....	5
1.5. Disposition .....	7
1.6. Forskningsläge .....	7
<b>2. Utgångspunkter Europakonventionen</b> .....	<b>9</b>
2.1. Europakonventionen .....	9
2.1.1. Något om tolkningsprinciper och konventionens dynamiska natur .....	10
2.2. Konventionen i svensk rätt .....	13
2.2.1. Något om konventionens ställning och normkonflikter .....	15
2.3. Inhemskt rättsmedel .....	18
2.4. Tillräcklig gottgörelse och klagorättens betydelse .....	21
<b>3. Europakonventionen i svensk praxis</b> .....	<b>23</b>
3.1. Inledning .....	23
3.2. Systematisering .....	24
3.3. Europakonventionen påverkar straffbarheten .....	25
3.3.1. Yttrandefrihet .....	25
3.3.1.1. Hets mot folkgrupp .....	26
3.3.1.2. Journalistik och yttrandefrihet .....	28
3.3.1.3. Övriga fall yttrandefrihet .....	29
3.3.2. Polisens provokationer .....	30
3.3.3. Övriga aspekter av art. 6 Europakonventionen .....	34
3.3.4. Legalitet .....	34
3.3.5. Rätten till liv .....	36
3.3.6. Lagstiftningens förenlighet med konventionen .....	37
3.3.7. Sammanfattning rättigheter och straffbarhet .....	39
3.4. Europakonventionen påverkar processen .....	41
3.4.1. Bevisning .....	41
3.4.2. Anklagelse .....	42
3.4.3. Frånvaro .....	45
3.4.4. Jäv .....	46
3.4.5. Sammanfattning rättigheter och process .....	47
3.5. Europakonventionen påverkar påföljden .....	49
3.5.1. Rättegång inom skälig tid .....	49
3.5.1.1. Flera betydelser av dröjsmål .....	49
3.5.1.2. Självständig prövning av kränkningen .....	51
3.5.1.3. Dröjsmålets lindringsvärde .....	51
3.5.1.4. Relevant tid .....	52
3.5.1.5. Kompensation genom påföljdsval .....	53

3.5.1.6. Påföljds lindring inte tillräcklig kompensation .....	54
3.5.1.7. Problem med kompensationsformen.....	55
3.5.1.8. Grundlagsändring .....	55
3.5.2. Påföljd i övriga fall .....	56
3.5.3. Sammanfattning rättigheter och påföljd .....	57
<b>4. Några rent statistiska slutsatser .....</b>	<b>58</b>
<b>5. Analys och avslutande diskussion.....</b>	<b>59</b>
5.1. Övergripande .....	59
5.2. Rättsliga förändringar .....	60
5.3. Processens ramar.....	61
5.4. Konventionens roll i brottmål .....	63
5.5. HD:s roll .....	65
5.6. Polycentriskt rättssystem.....	67
5.7. Rättssäkerhet .....	69
5.8. Slutord .....	72
<b>Käll- och litteraturförteckning .....</b>	<b>73</b>
Offentligt tryck .....	73
Litteratur .....	74
Artiklar och bidrag till samlingsverk .....	75
Övrigt.....	76
<b>Rättsfallsförteckning .....</b>	<b>77</b>
Fall från Högsta domstolen .....	77
Avgöranden från Europadomstolen.....	78
<b>Bilaga 1: Rättsfall enligt systematiseringen .....</b>	<b>81</b>

## FÖRKORTNINGAR

---

BrB	Brottsbalk (1962:700)
dir.	direktiv
ECHR	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
ECtHR	European Court of Human Rights
EKMR	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
Europadomstolen	Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JK	Justitiekanslern
JO	Justitieombudsmannen
prop.	proposition
RB	Rättegångsbalk (1974:152)
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
TF	Tryckfrihetsförordning (1949:105)

## SUMMARY

---

At the time when the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) was incorporated in Swedish law much emphasis was made by the legislator on the need to fulfil the requirements in the Convention as the European Court of Human Rights (ECtHR) in Strasbourg interpreted them. The responsibility to fulfil the requirements was first and foremost laid upon the legislator, not upon the Swedish courts. ECHR states that the Convention should be interpreted dynamically and that the meaning of certain provisions can change over time. This paper aims at examining the effect that the Convention has had on Swedish criminal law in precedent cases from the Supreme Court of Sweden and to analyse the consequences in a perspective of legal certainty in the criminal procedure.

In examining a fairly large number of cases I have found that the Convention has affected Swedish criminal law in three areas: criminal liability, procedural rules and in assessing penalties. The most common way of influence is through a ‘conformal’ interpretation of Swedish law by the Supreme Court to avoid violations of the Convention.

The majority of the cases in the examined case law since 1995 concerned aspects of the right to a fair trial according to article 6 of the Convention. One of the aspects of the article has also led to a new way of assessing compensation of a violation through lessening the punishment. This type of compensation is possible in cases of unreasonable delay in the criminal process. Another example of change in Swedish law is shown in judgements concerning acts provoked by the Police. In a case of a flagrant breach of the right to a fair process, criminal acts have been deemed as non-punishable, without strict legal support, as a way of avoiding a violation of the Convention. The provision of punishment for a crime of racially motivated hate (*hets mot folkgrupp* in chapter 16 section 8 of the Swedish Penal Code) in Swedish law has been interpreted in a more restrictive sense than was intended in the *travaux préparatoires* of the regulation.

These are examples of changes in criminal law due to the Convention. In the analysis I have found that there has been a shift of responsibility from the judge towards the prosecutor in the proceedings in court. The change lies in the interpretation of article 6 of the Convention that the criminal charge has to be more precise, both legally and linguistically, than according to Swedish law. In terms of legal certainty and consistency, I found no major problem for the

defendant. The Supreme Court has shown a slight aversion to the dynamic changes in case law from ECtHR, but a greater adherence to the Convention than the legislator. The Convention is not at document for the legislator, rather a document for every legally active profession and the case law of ECtHR is for everyone to observe.

## SAMMANFATTNING

---

När Europakonventionen inkorporerades som svensk lag betonades starkt att det var lagstiftarens ansvar att se till att kraven enligt konventionen, såsom de uttolkas enligt Europadomstolen, skulle upprätthållas. Ansvaret att upprätthålla konventionens krav låg inte på svenska domstolar. Europakonventionen ska enligt Europadomstolen tolkas dynamiskt och rättigheternas innehåll och omfattning kan förändras över tid. Uppsatsens syfte är att undersöka vilka förändringar Europakonventionen lett till inom den svenska brottmålsprocessen genom prejudicerande fall och analysera om dessa förändringar har någon inverkan på rättsäkerheten i processen.

Genom att undersöka praxis från Högsta domstolen har konventionens inverkan kartlagts inom olika områden. Europakonventionen har påverkat gärningars straffbarhet, den straffrättsliga processen och påföljdsbedömningen i brottmål. Det är vanligast att svenska bestämmelser tolkas konventionskonformt för att kränkningar av enskildas rättigheter ska undvikas.

Majoriteten av fall i undersökningen av HD:s praxis rörde olika aspekter av art. 6 Europakonventionen om rätten till rättvis rättegång. Vid oskäligen dröjsmål har artikeln legat till grund för att HD genom praxis skapat ett nytt sätt att kompensera rättighetskränkningar. Gottgörelsen sker genom påföljds lindring eller påföljdsval och grundas direkt på Europadomstolens praxis. Ett annat exempel på förändring av den svenska rätten är bedömningen vid provokativa åtgärder av polisen. I fall där den tilltalades rätt till rättvis rättegång oåterkalleligen kränkts har provokationen, utan direkt lagstöd, beaktats som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Förändring märks även genom att straffbarheten för hets mot folkgrupp enligt 16 kap. 8 § BrB har inskränkts med hänvisning till yttrandefriheten enligt art. 10 Europakonventionen. Uttalanden i förarbeten till lagen frångicks för att tolka straffbestämmelsen fördragskonformt.

Detta är tydliga exempel på vilken förändring Europakonventionen har medfört i svensk straffrätt. I analysen har jag funnit att ansvaret i brottmålsprocessen skiftats något från domaren till åklagaren. Skälen för detta är att tolkningen av art. 6 Europakonventionen medför att åtalet och gärningsbeskrivningen måste vara mer precist, både språkligt och juridiskt, än som tidigare varit fallet enligt svensk rätt. Jag fann inget större rättssäkerhetsproblem för den tilltalade, men det är viktigt att Europakonventionens roll inom straffrätten framhålls, både i förarbeten och domar. HD har uttryckt viss tveksamhet inför Europadomstolens dynamiska och föränderliga tolkning, men har ändå en mer följsam inställning

till Europakonventionen än lagstiftaren har. Förändringarna som konventionen medfört är väl motiverade även om rättstillämpningen blivit något mer nyckfull. Europakonventionen är inte enbart ett dokument för lagstiftaren, vilket betonas i förarbeten, utan en rättskälla att ta hänsyn till i rättstillämpningen. Alla juridiskt yrkesaktiva har anledning att observera rättsutvecklingen vid Europadomstolen.



# 1. INLEDNING

---

## 1.1. Bakgrund

Utvecklingen av skyddet för mänskliga rättigheter går snabbt och det finns många intressanta aspekter av utvecklingen. Europakonventionen är ett folkrättsligt traktat till skydd för mänskliga rättigheter, men den har en särställning i Sverige efter att den – till skillnad från andra internationella konventioner – inkorporerats i svensk rätt och sedan 1995 gäller som lag. Den har även förstärkt skydd i grundlag genom ett stadgande i regeringsformen (RF) som hänvisar till Europakonventionen och hindrar att lag stiftas i strid med konventionens bestämmelser. Konventionens speciella ställning ger upphov till en del tolkningsproblem. Några specifika nationella rättsmedel för konventionskränkningar har inte lagstiftats i svensk rätt.<sup>1</sup> Att både ekonomiskt och ideellt skadestånd kan grundas på kränkning av Europakonventionen är fastslaget i praxis och en utredning pågår om lagstiftning på området.<sup>2</sup>

I straffrätten finns andra möjligheter till gottgörelse och det är därför intressant att titta på Europakonventionen ur ett straffrättsligt perspektiv. Ofta finns utrymme att tolka bestämmelser för att undvika en konventionskränkning eller att kompensera kränkningen med andra medel än skadestånd inom en brottmålsprocess.

Europakonventionen riktar sig till stater men det finns ett system för övervakning av konventionen i Strasbourg, främst genom Europadomstolen dit även enskilda kan vända sig med klagomål. Det kontrollsystemet för Europakonventionen är subsidiärt och konventionsstaterna ansvarar primärt för att rättigheterna respekteras.<sup>3</sup>

I doktrin har det konstaterats att straffrätten har både kollektiva och individuella intressen, medan rättigheter helt fokuserar på individen och att hindra statligt maktmissbruk. I brottmål finns intressen för effektiv brottsbekämpning och lagföring, brottsprevention, demokratiska värderingar om rättssäkerhet och individens enskilda rättigheter. I ett historiskt perspektiv råder det ingen tvekan om att mänskliga rättigheter behövs. Ingen stat har heller vågat avstå från ett straffrättsligt system.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CAMERON, 2011 s. 192-193.

<sup>2</sup> NJA 2005 s. 462. Se även t.ex. de relativt nya domarna NJA 2012 s. 211, NJA 2012 s. 1038 och NJA 2013 s. 842 samt SOU 2010:87. Jfr även CAMERON, 2011 s. 194-195.

<sup>3</sup> DANELIUS, s. 36.

<sup>4</sup> ASP M.FL. 2013 s. 36 och JAREBORG s. 40-52.

## 1.2. Syfte och frågeställningar

Skälen som presenteras ovan ger anledning att undersöka vilken inverkan Europakonventionen har haft på den svenska straffrätten och hur rättigheter skyddas i brottmålsprocessen. Med en annan formulering, vilka konsekvenser har Europakonventionen lett till i brottmål? Har straffrätten förändrats genom Europakonventionens inverkan? Och har de (eventuella) förändringarna någon inverkan på rättssäkerheten i processen?

Dessa frågeställningar ska undersökas genom att studera hur rättigheterna har hanterats i praxis, i första hand genom att rättighetskränkningar undviks och i förekommande fall hur kränkningar gottgjorts inom ramen för brottmål i rättstillämpningen. För att besvara frågorna har en undersökning av svensk rättspraxis från Högsta domstolen (HD), sedan konventionen lagfästes 1995, genomförts. Praxisundersökningen utgör underlag för vidare analys.

## 1.3. Metod och avgränsningar

Uppsatsen grundar sig till största del på praxis från HD för att undersöka vilken inverkan Europakonventionen haft i brottmål och hur kränkningar kompenseras. Jag har begränsat mig till att belysa de materiella rättigheterna i den ursprungliga konventionen, det vill säga art. 2 till och med art. 14 i Europakonventionen. Europakonventionen har förändrats över tid och nya rättigheter har lagts till genom olika tilläggsprotokoll. Tilläggsprotokollen är i sig separata traktat som måste ratificeras av stater för att bli bindande.<sup>5</sup> Av utrymmesskäl kommer inga rättigheter i tilläggsprotokoll att behandlas i denna uppsats. Avgränsningen innebär att problematiken kring förbudet mot dubbelbestraffning (*ne bis in idem*) inte innefattas. Den problematiken är säregen och därför skulle en detaljerad analys av problematiken göra förevarande uppsats svåröverskådlig. *Ne bis in idem* har dessutom redan gett upphov till mycket diskussion och analys i doktrin.<sup>6</sup>

För att uppfylla syftet med uppsatsen har jag endast tittat på fall från HD som har prejudicerande verkan eftersom de fallen har störst inverkan på rättssystemet och ger vägledning för hur rätten ska tolkas av rättsväsendet i framtiden.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Detta innebär att t.ex. det omdebatterade förbudet mot dubbelbestraffning och frågor relaterade till egendomsskyddet inte tas upp inom uppsatsens syfte. Se vidare CAMERON, 2011 s. 42.

<sup>6</sup> Några artiklar som publicerats är till exempel GULLIKSSON, ”Klart till halvklart – om *ne bis in idem* och skattetilläggen”, CAMERON, 2001 ”Skattetilläggen och Europakonventionen”, ÅHMAN 2010

”Europakonventionen och förbudet mot dubbelbestraffning” och TRÄSKMAN ”Förbudet mot dubbelbestraffning och skillnaden mellan brottslig gärning och brott”.

<sup>7</sup> Se även nedan 1.4.

Undersökningen sträcker sig tillbaka till 1995, vilket var året då konventionen blev gällande som lag i Sverige.

Mängden fall har begränsats genom att jag enbart undersökt fall från HD som publicerats i Nytt Juridiskt Arkiv (NJA). Praxisgenomgången utgör till största del underlag för arbetet och totalt har 43 fall undersökts. I rättsfallsgenomgången har varje fall inledningsvis undersökts och analyserats separat för att sedan struktureras och grupperas för att kunna presenteras på ett överskådligt och systematiskt sätt. Systematiseringen som presenteras vidare nedan hade inte varit möjlig utan en grundlig inledande genomgång av samtliga fall för att organisera materialet och finna gemensamma ansatser för HD:s argumentation kring Europakonventionen. Denna kvantitativa metod har valts för att ge en bred bild och överblick över den roll Europakonventionen har haft i HD:s prejudicerande bedömningar i brottmål.

För att hitta rättsfallen sökte jag i elektroniska juridiska databaser<sup>8</sup>. Jag gjorde två separata sökningar, först med sökordet ”Europakonvention\*”, sedan med sökorden ”europ\*” tillsammans med ”konv\*”. De två separata sökningarna samt trunkeringarna<sup>9</sup> av orden gjordes i syfte att få en så uttömmande sökning som möjligt. Jag gjorde även en sökning på förkortningen ”EKMR”, men det gav inga träffar. I domar skrivs hänvisningarna till konventionen ut som det fullständiga namnet ”europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna” alternativt något förkortat ”europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna” eller helt enkelt ”Europakonventionen”. I uppsatsen används genomgående benämningen Europakonventionen, alternativt förenklat till konventionen.

De två träfflistorna jag fått jämförde jag sedan och sorterade ut fall där Europakonventionen haft inverkan på brottmålet. Fall som trots sökorden inte rörde Europakonventionen, men ändå kommit med i listan rensades också ut i den första översikten av sökträffarna. Även fall där Europakonventionen enbart nämndes men inte hade inverkan på brottmålet sorterades bort, t.ex. då domstolen enbart gjort en kort hänvisning till Europakonventionen.<sup>10</sup> Om domstolen inte gjorde en materiell bedömning eller tolkning av konventionen gav fallen ingen substans för analys.

Efter denna första genomgång återstod 57 fall. Ett ytterligare kriterium för urval var som nämnts ovan att fallen skulle behandla de ursprungliga rättigheterna och

---

<sup>8</sup> *Infotorg Juridik* fann jag var den mest användbara för sökning. I viss mån har jag även använt *Karnov* och *Zeteo*. Alla databaser finns tillgängliga på internet.

<sup>9</sup> Trunkering är en sökteknik för att få med varierande ändelser av sökorden, efter en ordstam skrivs vanligtvis ”\*”, men andra tecken kan förekomma. Exempelvis skulle europ\* ge träff på både ”europeiska” och ”Europa”.

<sup>10</sup> Se t.ex. NJA 2005 s. 33 eller NJA 2009 s. 776.

friheterna i konventionen, kompletterande bestämmelser i tilläggsprotokoll lämnades därhän. Nio av fallen<sup>11</sup> rörde förbudet mot dubbelbestraffning<sup>12</sup> vid åtal för skattebrott respektive miljöbrott då en tidigare administrativ sanktionsavgift påförts den tilltalade. Två fall rörde egendomsskyddet<sup>13</sup> som finns i konventionens första tilläggsprotokoll<sup>14</sup>. Den problematiken faller utanför uppsatsens ändamål. Genom denna avgränsning sorterades således 11 fall bort.

Efter sammanställning av fall från HD gjorde jag en sökning, med samma sökord som ovan, på fall från hovrätterna (HovR) för att eventuellt utöka materialet. Sökningen resulterade i 312 träffar. Många av dessa kunde härledas till tilläggsprotokoll, men materialet var alltför omfattande för att arbeta med urval och analys av även dessa fall skulle hinnas med inom tidsbegränsningen för denna uppsats. Fallen avgränsades därför bort av både utrymmes- och tidsskäl.

Efter urvalsprocessen återstod 43 fall från HD vilka utgör grunden för denna analys. Av dessa var sju fall av mindre betydelse då Europakonventionen endast förekom i justitiesekreterarens betänkande, i ledamöters skiljaktiga meningar eller i en undre instans. Eftersom prejudikatvärdet av dessa fall är lågt kan inga slutsatser dras av fallen, men de har ibland använts i belysande syfte. Fallen har jag betecknat som *perifera fall* i systematiseringen.

I den inledande analysen av fallen fann jag att rättigheterna påverkade brottmål på tre olika vis. Ibland påverkades *processen*, i andra fall påverkades den åtalade gärningens *straffbarhet* med hänsyn till konventionen och i den sista formen påverkades *påföljden* för brottet av den aktuella konventionsbestämmelsen. Systematiken enligt denna indelning används för att presentera bilden av vad jag kommit fram till i undersökningen och presenteras närmare nedan. Flest fall, 18 stycken, faller under straffbarhet i indelningen ovan. I kategorin som påverkar processen finns 12 fall. Endast sex fall i urvalet påverkar påföljden för det åtalade brottet. I bilaga 1 finns en sammanställning av de refererade fallen enligt systematiseringen.

Till den deskriptiva delen i avsnitt 2 av uppsatsen har jag använt klassiska juridiska källor i form av doktrin och artiklar publicerade i juridiska tidskrifter.

Det bör påpekas att syftet med uppsatsen inte är att redogöra för det materiella innehållet och omfånget av rättigheterna i Europakonventionen som löpande tolkas av Europadomstolen. Uppsatsen behandlar det rent inhemska systemet

---

<sup>11</sup> NJA 2000 s. 622, NJA 2004 s. 510, NJA 2004 s. 840, NJA 2005 s. 856, NJA 2004 s. 840, NJA 2007 s. 557, NJA 2010 s. 168, NJA 2011 s. 444 och NJA 2013 s. 502.

<sup>12</sup> Se tilläggsprotokoll 7, art. 4.

<sup>13</sup> NJA 2007 s. 918 och NJA 2008 s. 1165.

<sup>14</sup> Se tilläggsprotokoll 1, art. 1.

och kommer därmed inte att behandla klagomål vid Europadomstolen. För redogörelser av Europadomstolens praxis hänvisas till befintliga sammanställningar (se nedan 1.6).<sup>15</sup>

En genomgång av praxis från HD medför att endast fall av prejudikatintresse ligger till grund för undersökningen. HD:s prövning ska klargöra rättsläget och ge vägledande avgöranden. Om en fråga har blivit slutligt avgjord och det inte finns några ytterligare överväganden att göra finns det ingen anledning för HD att ta upp några fler fall gällande liknande omständigheter. Underlaget gör det därför svårt att dra slutsatser om Europakonventionens tillämpning och genomslag rättssystemet som helhet. Några slutsatser om prejudikatens efterlevnad i rättssystemet i övrigt kan inte härledas från underlaget till denna uppsats.

Ett kvantitativt underlag möjliggör inte djupanalys av argumentationer i enskilda fall och det finns inte utrymme att ge fördjupande redogörelser av enskilda spörsmål. Metoden har valts för att ge en större bild av Europakonventionens inverkan i olika områden av straffrätten och analysera rättsutvecklingen. Analysen kommer inte att följa en kronologisk utveckling utan görs utifrån olika former av inverkan som konventionen haft.

#### 1.4. Några klargöranden

Uppsatsen behandlar *Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* som inkorporerats som lag (1994:1219).<sup>16</sup> Konventionen finns i två officiella språkversioner, franska och engelska, och det är dessa lydelse som är bindande för konventionsstaterna.<sup>17</sup> För syftet med denna uppsats krävs ingen närmare språklig analys av rättighetsbestämmelserna i de olika språkversionerna. Ibland används engelska termer i texten och begrepp som utvecklats av Europadomstolen i praxis. Detta för att ge tydlig och enhetlig bild av terminologin och argumentationen i Europadomstolen, vars praxis är viktig för att tolka Europakonventionen.

Jag kommer att hänvisa till den svenska lydelsen som inkorporerats enligt lagen som nämnts ovan genom förkortningen ”Europakonventionen”. Angivelsen hänvisar till den inkorporerade lagens lydelse, men innebörden av lagen är densamma som för det folkrättsliga traktatet och uttolkningen av rättigheterna som görs av Europadomstolen. Ibland förkortas Europakonventionen ytterligare

---

<sup>15</sup> Europadomstolens domar hittas enklast i domstolens databas HUDOC som finns tillgänglig på internet, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>16</sup> Förarbeten till lagstiftningen prop. 1993/94:117 och SOU 1993:40.

<sup>17</sup> Se CAMERON 2011, s. 22.

och benämns enbart som ”konventionen”, vilket avser samma hänvisning. Konventionens ställning i svensk rätt klargörs tydligare i nästa avsnitt.

Benämningen ”Europadomstolen” syftar på *Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna* med säte i Strasbourg. Domstolen har en domare från varje konventionsstat och prövar enskilda klagomål och mellanstatliga mål baserade på Europakonventionen. Europadomstolen kan avgöra mål i olika sammansättningar. Avgöranden i så kallad stor kammare (”*Grand Chamber*”), med sju domare, har särskilt stort prejudikatvärde.<sup>18</sup>

I genomgången av rättsfall i avsnitt 3 skriver jag i förekommande fall att HD refererar till ”Danelius” vilket avser författarens praxissammanställning av fall från Europadomstolen *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* som utgivits i flera upplagor, den senaste från år 2012.

Undersökningen av praxis aktualiserar såväl bestämmelser i brottsbalken (BrB), som specialstraffrättsliga bestämmelser i andra lagar exempelvis tryckfrihetsbrott och tullbrott. Många fall berör även processuella regler i rättegångsbalken (RB). För att inte tynga ned texten anges laghänvisningar ibland i notsystemet istället för i den löpande texten. Lagrum som berörs och de straffrättsliga bestämmelsernas innebörd kommer inte att förklaras eller utredas närmare då det faller utanför uppsatsens syfte.

Jag har endast studerat fall från HD och något kort kan sägas om domarnas prejudikatvärde. De justitieråd som avgör målet bestämmer om det ska refereras i NJA. Om fallet inte belyser en prejudikatfråga kan fallet tas in i en notisavdelning, vilket markerar att avgörandet inte bör uppfattas som vägledande eller principiellt intressant. Det finns ingen skyldighet för lägre domstolar att följa prejudikat från HD, men i praktiken följs prejudikaten noga. Avvikelse från prejudikat kan bli rättade i högre instans. Detta är viktigt för att skapa förutsättningar för att kunna förutse hur olika rättsfrågor kommer att bedömas. Enhetlighet i rättstillämpningen anses i doktrin ha ett egenvärde och bör eftersträvas.<sup>19</sup>

I analysen diskuteras rättssäkerhetsproblem i förhållande till rättstillämpningen av Europakonventionen. Jag utgår i diskussionen från Frändbergs definition av det mångtydiga rättssäkerhetsbegreppet. Definitionen han använder och argumenterar för utgår från ”*förutsebarhet i rättsliga angelägenheter*”. Fränberg utvecklar definitionen ”*med rättssäkerhet i denna mening avses, grovt uttryckt, att rättssystemet skall tillhandahålla klara, tydliga och pålitliga svar på frågor av rättslig karaktär.*” Han uppställer tre nödvändiga villkor för att rättssäkerhet

---

<sup>18</sup> Se DANELIUS, s. 22-23.

<sup>19</sup> BERNITZ M.FL. 2012 s. 134-135.

ska råda. Det måste, för det första, finnas klara och adekvata regler för att besvara juridiska frågor. Reglerna måste, för det andra, finnas tillgängliga, vilket innebär att de måste ha publicerats. Det tredje villkoret Frändberg uppställer är att reglerna måste tolkas lojalt och korrekt så att man kan lita på innehållet i bestämmelserna.<sup>20</sup>

## 1.5. Disposition

För en förståelse av ämnet krävs en beskrivning av bakgrunden till Europakonventionen, en genomgång av några övergripande tolkningsfrågor i Europadomstolen samt en redogörelse för bakgrunden till konventionens införande och plats i det svenska rättssystemet. Dessa områden samt vilka problem de medför beskrivs i det inledande avsnitt 2. Denna deskriptiva del gör inte anspråk på att vara uttömmande utan är anpassad efter uppsatsens frågeställning och begränsad av uppsatsens längd.

Därefter följer ett avsnitt som beskriver det empiriska underlag som analysen sedan grundas på. Sammanfattningarna av rättsfallen är mer eller mindre kortfattade med fokus på Europakonventionens betydelse i respektive fall. Systematiseringen av underlaget presenteras närmare i avsnitt 3. En sammanfattning följer efter varje del. Hänvisningar till fall från Europadomstolen görs i vissa fall, men kommer inte att utgöra en fullständig redogörelse av rättsläget enligt Europadomstolens tolkning eftersom fokus ligger på det svenska rättsväsendet och de domar från Europadomstolen som HD hänvisar till.

Uppsatsen avslutas med en analys och avslutande synpunkter i avsnitt 4 och 5. En sammanställning av rättsfallen enligt systematiseringen i uppsatsen finns i bilaga 1.

## 1.6. Forskningsläge

Det finns mycket skrivet om Europadomstolens praxis och rättigheternas innehåll och räckvidd. Ur svenskt perspektiv kan nämnas Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*<sup>21</sup>, som även flitigt refereras till i HD:s domar. Flera internationella praxissammanfattningar finns även bland annat *Theory and*

---

<sup>20</sup> FRÄNDBERG s. 269.

<sup>21</sup> DANELIUS.

*Practice of the European Convention on Human Rights*<sup>22</sup> av van Dijk m.fl. En annan sammanställning med fokus på brott har gjorts av Emmerson, Ashworth m.fl., *Human Rights and Criminal Justice*<sup>23</sup>.

I doktrin har Europakonventionen även behandlats i ett konstitutionellt perspektiv, då i relation till normprövning. Åhman har gjort en omfattande genomgång av praxis med ett normprövningsperspektiv utifrån såväl Europakonventionen som EU-rätten och RF, *Normprövning – domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000-2010*<sup>24</sup>. Nergelius skrev i *Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt*<sup>25</sup> bland annat om Europakonventionens betydelse för förvaltnings- och förvaltningsprocessrätten, där konventionen fått stort inflytande.

Skadestånd baserat på Europakonventionen har väckt uppmärksamhet på senare tid. Särskilt praktiskt aktiva jurister har argumenterat för att det ska vara möjligt att utdöma skadestånd och för att beloppet ska vara jämförligt med det belopp som Europadomstolen kan utdöma. Frågan har behandlats i juridiska artiklar, bland annat av Crafoord<sup>26</sup> samt Bratt och Södergren<sup>27</sup>. Det pågår även en statlig utredning om lagstiftning på området, *Skadestånd och Europakonventionen*<sup>28</sup>.

I slutskedet av arbetet med denna uppsats presenterades en doktorsavhandling av Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*<sup>29</sup>. Sunnqvist har gjort en komparativ rättshistorisk analys av nordiska domares inställning till att kritiskt granska lagars förenlighet med konstitutionella normer, däribland Europakonventionen. Sunnqvist menar att domaren har fått en ny position i rättssystemet eftersom det numera är i domstol de konstitutionella normerna förverkligas och ges sitt konkreta innehåll. Avhandlingen kan på grund av dess sena publicering och dess omfattning inte beaktas vidare i denna uppsats.

Den stora mängden doktrin på området ger en indikation på hur aktuellt och viktigt ämnet är i den juridiska världen. Jag har avgränsat mig till att behandla endast brottmål där Europakonventionen förekommer och se på hur det har påverkat straff- och straffprocessrätten över en längre tidsperiod.

---

<sup>22</sup> VAN DIJK M.FL.

<sup>23</sup> EMMERSON M.FL.

<sup>24</sup> ÅHMAN, 2011.

<sup>25</sup> NERGELIUS.

<sup>26</sup> CRAFOORD, ”Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen”, 2001.

<sup>27</sup> BRATT OCH SÖDERGREN ”Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet – bringing rights home”, 2000.

<sup>28</sup> SOU 2010:87.

<sup>29</sup> SUNNQVIST, 2014.



## 2. UTGÅNGSPUNKTER EUROPAKONVENTIONEN

---

### 2.1. Europakonventionen

Europakonventionen utarbetades av Europarådet efter andra världskriget för att öka europeiskt samarbete och förståelse mellan staterna. Rådets uppgift var att genom konventionen främja mänskliga rättigheter, demokrati och rättsstatliga principer. Syftet med konventionen är först och främst att skydda individer från rättighetskränkningar av konventionsstaterna, vilket skulle uppnås genom att upprätthålla och främja demokratiska värden.<sup>30</sup>

Konventionen var nydanande inom folkrätten i tre viktiga aspekter. För det första inskränkte Europakonventionen statssoveräniteten genom att staterna överlämnade ansvar att övervaka rättigheterna till en överstatlig organisation. Mänskliga rättigheter var inte lägre varje enskild stats angelägenhet, utan ett gemensamt ansvar inom Europarådet. För det andra gav Europakonventionen enskilda medborgare klagorätt på det internationella planet med anledning av statens kränkningar av konventionsrättigheter. För det tredje upprättades Europadomstolen med en domare från varje medlemsstat, vilket möjliggjorde att staterna gick med på de ovan nämnda förändringarna. Domstolen skulle avgöra mål och i förekommande fall utdöma gottgörelse till den klagande.<sup>31</sup> Stater måste enligt art. 46 Europakonventionen rätta sig efter Europadomstolens domar och Europarådets ministerkommitté övervakar att domar blir verkställda.

De materiella föreskrifterna finns i konventionens avdelning I, art. 2 till och med art. 18, i Europakonventionen. Varje konventionsstat åtar sig att tillförsäkra alla under sin jurisdiktion de rättigheter som följer av konventionen, oberoende av medborgarskap, enligt formuleringen ”*var och en*” i art. 1 Europakonventionen. Inga ytterligare kvalifikationer krävs för att kunna åberopa rättigheter i konventionen. Annan åtskillnad mellan människor kan dessutom hindras av diskrimineringsförbudet i art. 14 Europakonventionen.

Konventionen har en bred förankring och har tillträtts av Europarådets samtliga 47 länder (däribland alla EU:s medlemsländer), som alla accepterat den enskilda

---

<sup>30</sup> CAMERON 2011, s. 35-36 och EMMERSON M.FL., s. 80. Idag är Europakonventionen ratificerad av samtliga 47 medlemmar i Europarådet.

<sup>31</sup> EMMERSON M.FL., s. 5-6.

klagorätten och domstolens jurisdiktion.<sup>32</sup> Det innebär att över 500 miljoner människor har rätt att lämna klagomål till Europadomstolen.

Konventionen var, när den skrevs 1950, tänkt att skydda de mest grundläggande mänskliga rättigheterna. Europakonventionens rättigheter har sedan dess aktivt tolkats och utvecklats, enligt Cameron mer än vad som förutsetts, eventuellt mer än önskvärt.<sup>33</sup>

Kontrollsystemet som skapades för att Europakonventionen skulle efterlevas är subsidiärt till den inhemska tillämpningen. En klagande får endast vända sig till Europadomstolen om alla nationella rättsmedel är uttömda enligt art. 35 Europakonventionen. Att vända sig till Europadomstolen ska vara den sista utvägen och konventionsstaterna har det primära ansvaret för att individer garanteras de fri- och rättigheter som konventionen skyddar. Även art. 13 Europakonventionen ger uttryck för denna subsidiaritetsprincip. Artikeln stadgar att var och en vars rättighet kränkts ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet.<sup>34</sup>

Subsidiaritetsprincipen har blivit allt viktigare i takt med att klagomålen till Europadomstolen ökat. Ungefär 60 000 klagomål per år har inkommit till Europadomstolen under de senaste åren. Vid årsskiftet 2011/2012 fanns det 150 000 oavgjorda mål hos domstolen.<sup>35</sup>

Det är viktigt att konventionsstaterna följer Europadomstolens domar, men även att staterna anpassar sin lagstiftning eller vidtar andra åtgärder för att undvika kränkningar i framtiden. Konventionsstaterna är bundna av domar där staten är part enligt art. 46 Europakonventionen, men måste även ta hänsyn till domar som rör andra stater.<sup>36</sup>

### *2.1.1. Något om tolkningsprinciper och konventionens dynamiska natur*

Europakonventionen ska ses som en helhet och tolkas så att konventionen i sin helhet får en rimlig innebörd. Tolkning av en bestämmelse ska göras så att det inte uppstår konflikt med andra bestämmelser i konventionen. Europadomstolen har även framhållit att konventionen ska tolkas i ljuset av samhällsutvecklingen och förändringar i rättsuppfattningen hos konventionsstaterna. Detta ger

---

<sup>32</sup> SOU 2010:87 s. 122. Numera är det ett krav att acceptera detta för nytilträdande medlemsländer i Europarådet enligt tilläggsprotokoll 11.

<sup>33</sup> CAMERON 2011, s. 73.

<sup>34</sup> DANELIUS, s. 36.

<sup>35</sup> EHRENCRONA, s. 360.

<sup>36</sup> CAMERON 2011, s. 47-48.

rättigheterna en dynamisk innebörd som kan förändras över tid och konventionen benämns ofta som ett levande dokument.<sup>37</sup>

Danelius illustrerar den dynamiska utvecklingen med bedömningen av homosexualitet. I tidiga domar från Europadomstolen bedömdes straffrättsliga ingrepp mot homosexuella handlingar som tillåtna inskränkningar av rätten till privatliv enligt art. 8 Europakonventionen. Senare ändrades bedömningen och liknande straffbestämmelser underkändes av Europadomstolen. Numera kan skillnader i villkor för heterosexuella och homosexuella samboförhållanden bedömas som diskriminerande.<sup>38</sup>

I första hand tolkar Europadomstolen rättigheternas *ordalydelse* för att fastställa betydelsen av olika begrepp i konventionen. Europakonventionens originaltexter är franska och engelska och det är dessa språkversioner som är formellt bindande för konventionsstaterna. Språkversionerna är likvärdiga och presumeras ha samma innebörd.<sup>39</sup>

Europadomstolen har vid uttolkning av konventionen tagit avstånd från en formalistisk inställning. Avsikten med Europakonventionen, framhåller domstolen, är att ge rättigheterna praktiskt och effektivt genomslag, de ska inte vara illusoriska eller teoretiska. Denna *effektivitetsprincip* genomsyrar hela konventionen.<sup>40</sup>

Även *proportionalitet* präglar hela konventionen, vilket Europadomstolen ofta hänvisar till. Inskränkningar i de rättigheter konventionen skyddar kan godtas om de är proportionerliga, har ett legitimt syfte och stöd i lag. Åtgärden som inskränker en rättighet ska stå i rimlig relation till det intresse den är avsedd att skydda.<sup>41</sup> Prövningen innefattar en bedömning av om inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle och har ett legitimt syfte. Exempelvis gör domstolen avvägningar mellan syftet med en rättighetsinskränkning och det skyddade intresset. Om inskränkningen är alltför ingripande kan åtgärden vara konventionsstridig trots att typen av åtgärd generellt kan vara tillåten.<sup>42</sup>

I Europadomstolens praxis har fler principer vuxit fram. Konventionen ska etablera en minimistandard som ska vara enhetlig för alla konventionsstater. Mot den bakgrunden har Europadomstolen tolkat vissa begrepp *autonomt*, alltså

---

<sup>37</sup> EMMERSON M.FL. s. 79-80 samt DANELIUS, s. 50-51.

<sup>38</sup> DANELIUS, s. 54-55.

<sup>39</sup> EMMERSON M.FL. 2012, s. 96-97 (stycke 2-33).

<sup>40</sup> EMMERSON M.FL. 2012 s. 83 (stycken 2-08 t.o.m. 2-09) och SOU 2010:87 s. 142.

<sup>41</sup> Se andra stycket till respektive bestämmelse i art. 8-11 Europakonventionen.

<sup>42</sup> DANELIUS, s. 53 samt SOU 2010:87 s 148-149.

fristående, oavsett innebörd av liknande nationella begrepp. Konventionens innehåll ska tolkas så att den får samma materiella innehåll för alla stater.<sup>43</sup>

Europadomstolen har i sin praxis gett nationella domstolar visst utrymme att tolka rättigheter och inskränkningar av dessa, ofta kallat ”*margin of appreciation*”. Utrymmet för tolkning kan dock variera beroende på arten av det skyddade intresset. Så länge det inte finns en någorlunda sammanhållen uppfattning i en fråga bland konventionsstaterna finns en bredare bedömningsmarginal. Danelius menar att utrymmet för tolkning generellt är större när det gäller statsintressen (exempelvis nationell säkerhet), allmän moral (exempelvis ingripande mot pornografi) och andra frågor där det inte finns någon enhetlig, europeisk uppfattning. I dessa frågor anser Europadomstolen att varje konventionsstat är bättre lämpat att avgöra vad som bör vara tillåtet eller förbjudet i just det landet.<sup>44</sup>

Principen för att ge nationella domstolar utrymme för egen tolkning bygger även på att nationella domstolar ofta har bättre underlag för att göra vissa bedömningar. Europadomstolen gör inga överprövningar av nationella beslut utan bedömer enbart om de krav som ställs i konventionen upprätthålls. Europadomstolen framhåller även att den inte utgör en överklagandeinstans och inte ska pröva bevisfrågor eller nationella avgöranden i sak. Domstolen har endast att pröva om konventionsstaterna lever upp till de krav Europakonventionen ställer. Europadomstolen utgör således inte en *fjärde instans* till den nationella rättsordningen.<sup>45</sup>

Den primära skyldigheten för staten enligt konventionen definieras negativt genom att staten ska avstå från att göra ingrepp i enskildas rättigheter. Europadomstolen har dock uttolkat även *positiva förpliktelser* ur vissa rättigheter för att tillse att enskilda kan åtnjuta dem. En sådan skyldighet är, för att ge ett exempel, att staten ska utreda dödsfall som förekommit under oklara omständigheter med anledning av rätten till liv i art. 2 Europakonventionen.<sup>46</sup>

Det finns tillgängliga *förarbeten* till konventionen, men de har allmänt sett getts begränsad betydelse i Europadomstolens praxis. De har inte alls samma vikt som svenska förarbeten har i rättskällevärdet.<sup>47</sup>

I en svensk utredning framhålls att Europadomstolens resonemang i sina domar ofta är kasuistisk, med betydelsen att de är starkt präglade av omständigheterna i

---

<sup>43</sup> Exempelvis ”*anklagelse för brott*” enl. art. 6 och ”*straff*” enligt art. 7. DANELIUS, s. 51 och SOU 2010:87 s. 143-145.

<sup>44</sup> DANELIUS, s. 51-52 och SOU 2010:87 s. 145-146.

<sup>45</sup> *Edwards mot Storbritannien*, 1992. Se även SOU 2010:87 s. 145-146.

<sup>46</sup> DANELIUS, s. 53-54. Art. 2 finns återgiven i sin helhet på s. 36.

<sup>47</sup> SOU 2010:87 s. 141-142. Rättskällevärdet avser hierarkin i ordningen 1. Lagar och andra författningar 2. Lagförarbeten 3. Rättspraxis 4. Doktrin, se vidare BERNITZ M.FL. 2012, s. 32-33.

det enskilda fallet. Därför bör man ha i åtanke att domarna avser en mängd skilda rättssystem och att det ibland kan det vara svårt att läsa ut allmänna principer ur domarna.<sup>48</sup>

## 2.2. Konventionen i svensk rätt

Europakonventionen gjordes till en del av svensk rätt när den inkorporerades genom lagstiftning 1995.<sup>49</sup> Direktivet gav utredningen som föregick lagförslaget i uppdrag att lägga fram förslag med bred politisk förankring och utredningen resulterade i en uppgörelse mellan olika politiska partier.<sup>50</sup> Det var, bland annat, eller kanske framförallt, det stundande inträdet i EU som föranledde den politiska kompromiss inkorporeringen innebar.<sup>51</sup>

Sverige var redan tidigare bundet av Europakonventionen som ett folkrättsligt dokument, vilket undertecknades 1950 och ratificerades drygt ett år senare.<sup>52</sup> Vid undertecknandet av konventionen konstaterades att Sverige levde upp till rättigheterna som stadgades och ingen lagstiftningsåtgärd vidtogs vid det tillfället eftersom det råde normharmonin.<sup>53</sup>

Sverige har ett dualistiskt rättssystem där traktat och intern rätt ses som artskilda rättskällor. Trots Sveriges folkrättsliga bundenhet var domstolar i princip endast bundna att beakta intern rätt om ingen åtgärd togs för att införliva internationella traktat.<sup>54</sup> Detta var i ett europeiskt perspektiv en ovanlig inställning till internationella överenskommelser och det var därför naturligt att inkorporera konventionen enligt regeringens proposition. Europakonventionen var direkt tillämplig i nästan samtliga övriga konventionsstater.<sup>55</sup>

Regeringen kommenterade i propositionen som föregick inkorporeringen även att Europakonventionen skilde sig från andra folkrättsliga traktat, eftersom den bygger på en utpräglad juridisk grund, med prövning i domstol på talan av enskilda. Dessa omständigheter ansåg regeringen ha medfört att konventionen fått en särställning i det allmänna rättsmedvetandet i de europeiska länderna och det fanns, jämfört med andra rättighetsdokument, skäl för att införa Europakonventionen i svensk lag.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> SOU 2010:87 s. 142-143.

<sup>49</sup> Lag (1994:1219), prop. 1993/94:117, SOU 1993:40 del B.

<sup>50</sup> Se dir. 1991:119 och SOU 1993:40 del B.

<sup>51</sup> Se BERNITZ, 2010/11, vid s. 828-829.

<sup>52</sup> Prop. 1993/94:117 s. 11.

<sup>53</sup> Prop. 1951:165 s. 11.

<sup>54</sup> DANELIUS, s. 36.

<sup>55</sup> Prop. 1993/94:117 s. 32-34.

<sup>56</sup> Prop. 1993/94:117 s. 34.

Inkorporeringen innebar ingen dramatisk förändring i sak eftersom HD även tidigare hänvisat till Europakonventionen i sina avgöranden och tolkat svensk rätt konventionsenligt.<sup>57</sup> Syften som utredningen lyfte fram för att inkorporera konventionen i svensk rätt var, utöver EU-tillträdet, bland annat att det skulle stärka medborgarnas skydd av fri- och rättigheter samt att fler mål gällande konventionens rättigheter skulle komma att slutbehandlas vid svensk domstol.<sup>58</sup> I propositionen betonades att införlivandet markerade konventionens betydelse och klargjorde dess status samt skapade ett uttryckligt underlag för domstolar att direkt tillämpa konventionen.<sup>59</sup> Slutligen befästes Europakonventionens internrättsliga ställning av det vid tidpunkten stundande medlemskapet i EU. Att skapa rättslikhet mellan Europas stater när det gällde mänskliga rättigheter skulle markera den värdegemenskap som råder. Intresset för och betydelsen av grundläggande fri- och rättigheter skulle öka genom inkorporeringen.<sup>60</sup>

Den svenska konventionstexten fastställdes genom inkorporeringen som lag och i RF infördes en hänvisning som stadgade att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av konventionen. Fullt grundlagsskydd för Europakonventionen hade inneburit en dubbelreglering som regeringen fann olämplig eftersom det redan fanns rättigheter i RF vilka hade utformats med Europakonventionen som inspiration. Europakonventionen gavs därför status som vanlig lag. Bestämmelsen i 2 kap. 19 § RF ändrade inte konventionens status. Regeln var tänkt som en markering av konventionens särskilda betydelse och ger ett underlag för utövande av domstolarnas lagprövningsrätt enligt 11 kap. 14 § RF om en nationell föreskrift skulle finnas oförenlig med konventionen.<sup>61</sup>

Förarbetena till inkorporeringen var kortfattade och har kritiserats i efterhand. Danelius kallar inkorporeringen halvhjärtad<sup>62</sup> och Bernitz kallar den för en halvmesyr<sup>63</sup>. En del av kritiken är den starka betoningen på att det är lagstiftaren som ska se till att konventionen efterlevs. Den praktiska betydelsen av möjligheten att inte tillämpa lag som stod i strid med grundlag begränsades av det då gällande uppenbarhetsrekvisitet i lagprövningsparagrafen. Lagstridigheten var tvungen att vara uppenbar för att åsidosätta lagen. Rekvisitet har därefter avskaffats och friheten för domstolar att pröva konfliktfrågor mellan konventionen och annan lag har blivit större.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> DANELIUS, s. 37 med där gjorda hänvisningar.

<sup>58</sup> SOU 1993:40 del B s. 123-124.

<sup>59</sup> Prop. 1993/94:117 s. 33.

<sup>60</sup> Prop. 1993/94:117 s. 32-34.

<sup>61</sup> Prop. 1993/94:117 s. 35-38. Bestämmelsen finns numera i 2 kap. 19 § RF.

<sup>62</sup> DANELIUS, s. 37-38.

<sup>63</sup> BERNITZ, 1994/95, s. 259.

<sup>64</sup> DANELIUS, s. 37-39.

Nergelius kritiserar förarbeten till införandet eftersom de inte klargör konventionens status. Han drar slutsatsen att Europakonventionen formellt gäller som vanlig lag, men att det finns en svag presumtion för att konventionen ska ges företräde framför andra lagar vid en konflikt. Han avslutar med passusen ”*Alla lagar har lika värde, men ...[Europakonventionen]... är mer lik än andra.*”<sup>65</sup> Problemen är enligt Nergelius två, dels Europakonventionens rang i förhållande till svensk lag och grundlag, dels möjligheterna att använda konventionen i normprövningsfall.<sup>66</sup> Bernitz lyfter även kritiken att frågan om svensk rätts möjlighet att tillhandahålla rättsmedel inte berördes vid införlivandet, till exempel föreslogs inga utvidgningar av rätten till domstolsprövning. Lagstiftare och domstolar har i efterhand försökt tillgodose konventionens krav.<sup>67</sup>

Bernitz beskriver Europakonventionens status och genomslag i svensk rätt sammanfattningsvis med en dröjande utveckling, där våra högsta domstolar ofta framstått som pådrivande och den svenske lagstiftaren närmast som motsträvig.<sup>68</sup> Europakonventionens betydelse och genomslagskraft har efterhand ökat i svensk rätt på grund av lagstiftningen. Särskilt de högsta instanserna i svenska domstolar har visat sig benägna att tillämpa inhemska lag på ett sådant sätt att deras avgöranden inte ska riskeras att underkännas vid en prövning av Europadomstolen.<sup>69</sup> Cameron skriver att konventionsrättsliga argument inte får lika stor betydelse i underrätterna. Hans teori för detta är att undre instanser har mindre tid att överväga eventuella rättighetsaspekter eftersom de måste döma i högt tempo och avverka fall. Högre instans, menar han, har mer tid och kreativitet att fundera över rättighetsproblem.<sup>70</sup>

### 2.2.1. Något om konventionens ställning och normkonflikter

Europakonventionens speciella ställning som lag, med betydelse fastställd i grundlag medför oklarheter om konventionens status. Nowak skriver att ”*eftersom det inte finns en tredje typ av lag har Europakonventionen fått en olycklig mellanställning*”<sup>71</sup>. Den konstitutionella och hierarkiska betydelsen av skyddet av konventionen i 2 kap. 19 § RF kan ifrågasättas och är inte helt tydlig. Enligt Nergelius var bestämmelsen inte nödvändig för syftet att skapa underlag

---

<sup>65</sup> NERGELIUS, s. 49.

<sup>66</sup> NERGELIUS, s. 46 och 49. Europakonventionens status kompliceras ytterligare genom att konventionen idag även är integrerad i EU-rätten, detta kommer dock inte att behandlas i denna uppsats.

<sup>67</sup> BERNITZ, 2010/11 vid s. 830.

<sup>68</sup> BERNITZ 2010/11 vid s. 844.

<sup>69</sup> DANELIUS, s. 39 och SOU 2010:87, s. 123.

<sup>70</sup> CAMERON 2011, s. 188-189.

<sup>71</sup> NOWAK, s. 328.

att tillämpa konventionen och har ingen rättslig betydelse. Eventuellt har omnämmandet i grundlag en viss symbolisk betydelse enligt honom.<sup>72</sup>

Ytterligare problematiskt var att lagprövningsbestämmelsen fram till 2011 hade en lydelse där lag endast fick sättas åt sidan om konflikten med överordnad författning var *uppenbar*. Enligt den nya lydelsen som trädde i kraft 2011 har uppenbarhetsrekvisitet tagits bort, men lagstiftaren har lagt till en markering att vid lagprövning ska beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare.<sup>73</sup> Ändringen ger domstolar större frihet att pröva lagkonflikter mellan svensk lag och Europakonventionen.<sup>74</sup>

Även om regeringen i propositionen var noga med att påpeka att svensk rätt stod i överensstämmelse med konventionen angavs vissa tolkningsprinciper för fall där konflikt med annan lag kunde uppkomma. Hänvisningen i RF att ingen annan lag får meddelas i strid med Europakonventionen gav möjlighet att sätta andra föreskrifter åt sidan med stöd av lagprövningsregeln i 11 kap. 14 § RF.<sup>75</sup> Konventionens tillämplighet skulle dock inte begränsas till en lagprövningsfråga och enligt regeringen innebar bestämmelsen i 2 kap. 19 § RF ingen ny nivå i lagstiftningshierarkin.<sup>76</sup> Fall av verklig eller skenbar konflikt mellan konventionen och annan lag, som inte var uppenbar, skulle lösas genom lagtolkning eller rättstillämpningsmetoder som angavs i propositionen.<sup>77</sup>

Till att börja med uppmanades domstol noga överväga om det verkligen fanns någon motstridighet mellan bestämmelserna som till synes stod i konflikt med varandra. Därefter förespråkade regeringen *konventionskonform tolkning* för att ge konventionen genomslag i rättstillämpningen. Vid konflikt hänvisades rättstillämparen till principen om att yngre lag går före äldre, *lex posterior*, eller principen om att en mer precis lag går före en allmänt hållen lag, *lex specialis*. HD:s ledamöter anförde i sitt remissyttrande att en konvention om mänskliga rättigheter med sin *speciella karaktär* bör ges större vikt vid konflikt mellan lagbestämmelser, vilket regeringen även lyfte till ledning för rättstillämpningen. I övrigt lämnade propositionen det upp till domstolarna att avgöra hur konflikter skulle lösas i ”*de säkerligen fåtal fall då en svensk lagregel kan anses strida mot konventionen*”.<sup>78</sup>

Kritik kan framföras mot de tolkningsprinciper som framförts i propositionen. *Lex posterior* har problemet att den inte ger konventionen företräde vid lagar

---

<sup>72</sup> NERGELIUS, s. 51.

<sup>73</sup> 11 kap. 14 § RF. Tidigare lydelse enligt lag (1979:933). Ändringen av paragrafens formulering genom prop. 2009/10:80, införd genom lag (2010:1408).

<sup>74</sup> Lagändring genom prop. 2009/10:80. Se även DANELIUS, s. 38.

<sup>75</sup> Prop. 1993/94:117 s. 36-37.

<sup>76</sup> I hierarkin står grundlag över vanlig lag, lag över förordning och förordning över myndighetsföreskrift.

<sup>77</sup> Prop. 1993/94:117 s. 36-37.

<sup>78</sup> Prop. 1993/94:117 s. 37-38. Citat s. 38.



som stiftats efter inkorporeringen. Tanken var att lagrådet skulle upptäcka och stoppa lagar i strid med konventionen. Problemet med principen *lex specialis* är att Europakonventionen är formulerad i generella termer och skulle därför sällan få företräde före en annan lag med mer specifik formulering. Normsystemen som skulle ställas mot varandra är även utformade av olika lagstiftare. Konventionskonform tolkning är bara användbart så länge ingen direkt konflikt mellan lagar uppstår.<sup>79</sup>

I utredningen som föregick inkorporeringen betonades att det ska ankomma på lagstiftaren att löpande se till att den inhemska rätten överensstämmer med konventionen och dess praxis även efter inkorporeringen. Eftersom det primära ansvaret lagts på lagstiftaren framhöll kommittén även att domstolar och myndigheter borde tolka konventionen med försiktighet.<sup>80</sup> Avslutningsvis skrev kommittén:

*”Vi anser således att även efter en inkorporering av Europakonventionen bör den nuvarande balansen mellan den lagstiftande och den dömande makten upprätthållas.”*<sup>81</sup>

Crafoord ser inget problem med maktfördelningen mellan lagstiftarens funktion å ena sidan och domstolarnas rättsskipande funktion å andra sidan, efter inkorporeringen av Europakonventionen. Han menar att lagstiftaren genom inkorporeringen själv valt att Sverige till fullo ska respektera konventionens rättigheter, Europadomstolens praxis och de allmänna konventionsrättsliga principer som Europadomstolen utvecklar. Lagstiftaren har därmed medgett att viss makt överlämnats till domstolarnas rättsskipning.<sup>82</sup> Cameron däremot ser att störst vikt i det svenska rättssystemet även fortsättningsvis kommer att ligga hos lagstiftaren. Enligt honom är det rätt och riktigt att tonvikten i det svenska systemet ligger på lagstiftaren.<sup>83</sup>

Victor (då justitieråd) höll ett föredrag vid en konferens för Nordiska föreningen för processrätt 2012 angående svenska domstolars hantering av Europakonventionen som sedan publicerats i *Svensk Juristtidning*. Hans tes är att den konfliktinriktade syn på Europakonventionen som tidigare rådde har ersatts av en synsätt där konventionen uppfattas som en naturlig och integrerad del av den svenska rättsordningen. Konventionen sätter inte enbart spärrar för hur lag får tillämpas utan används aktivt som underlag för rättsbildning genom praxis.<sup>84</sup> Victor visar i artikeln att Europakonventionen använts som normutfyllnad,

---

<sup>79</sup> CAMERON 2011, s. 186-187 och CAMERON 2007, s. 851.

<sup>80</sup> SOU 1993:40 del B s. 126.

<sup>81</sup> SOU 1993:40 del B s. 127.

<sup>82</sup> CRAFOORD, s. 519.

<sup>83</sup> CAMERON 2011, s. 191.

<sup>84</sup> VICTOR, s. 343, se främst s. 355-356.

tolkningsunderlag eller komplement till lagstiftningen. Ambitionen bör, enligt honom, vara högre än att undvika kränkningar av konventionen, och han avslutar med uppmaningen att det finns goda skäl att hålla ett ”*respektavstånd*” eller ”*säkerhetsmarginal*” i förhållande till den gräns för konventionsbrott som Europadomstolen upprätthåller.<sup>85</sup>

Sunnqvist skriver i en artikel att lagprövningen blir allt mindre relevant efter att han analyserat argumentationen i två prejudikat från HD. Han anser att det är mer värdefullt att domaren tolkningsvis väger in Europakonventionen i bedömningarna, istället för att i ett fåtal fall pröva förekomsten av renodlad, uppenbar lagsstridighet enligt lagprövningsregeln. Han menar vidare att den äldre nationella, hierarkiska rättsordningen med en högsta lagstiftare har ersatts med en polycentrisk rättsordning med ett flertal högsta rättsbildare.<sup>86</sup>

Åhman har gjort en genomgång av normprövning som skett i praxis under 2000-talets första decennium i syfte att visa utvecklingen, belysa metoder för kontroll och analysera i vilken grad europarätten (såväl Europakonventionen som EU-lagstiftning) påverkat denna utveckling. Åhman och hennes assistenter konstaterade att förarbetens betydelse har minskat i svensk rätt och europarätten har fått mer inflytande. Lagprövningspraxis hade dock inte ändrats varken i omfattning eller i resonemang med inflytandet av europarätten. Åhman fann att domstolarna hellre använde sig av europarättsliga resonemang i sina domar när så var möjligt, istället för att uttryckligen åsidosätta en underläggande regel till förmån för lag eller grundlag.<sup>87</sup>

### 2.3. Inhemskt rättsmedel

Var och en vars konventionsenliga fri- eller rättighet kränkts har enligt art. 13 Europakonventionen rätt till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet. I den engelska originaltexten av artikeln används begreppet ”*effective remedy*”. Artikeln förutsätter enligt formuleringen att det finns tillgängliga inhemska rättsmedel.<sup>88</sup> Europadomstolen har inte tolkat artikeln som att inhemska myndigheter direkt måste kunna pröva om konventionens bestämmelser överträtts. I praxis har domstolen fastslagit att varken art. 13 Europakonventionen eller någon annan artikel anvisar någon särskild metod som staterna måste använda för att ge effekt åt konventionens bestämmelser.<sup>89</sup>

---

<sup>85</sup> VICTOR, s. 395.

<sup>86</sup> SUNNQVIST 2008, s. 645.

<sup>87</sup> ÅHMAN 2011, s. 193.

<sup>88</sup> VAN DIJK M.F.L. s. 998.

<sup>89</sup> DANELIUS, s. 510.

Rätten till effektivt rättsmedel berör inte alla klagomål om kränkningar av någons fri- eller rättigheter. Europadomstolen har begränsat artikelns räckvidd i praxis genom att begränsa rätten till klagomål som har rimliga grunder ("arguable claim"). Europadomstolen kräver inte att staterna ska pröva klagomål som är uppenbart ogrundade.<sup>90</sup> Klagomålet behöver inte vara kopplat till någon annan rättighet i Europakonventionen, vilken ordalydelsen kan tyckas indikera. Det räcker med att någon påstår sig vara ett offer för ett brott mot konventionen.<sup>91</sup> Bedömningen av klagomålet kan jämföras med Europadomstolens bedömning av den enskilda klagorätten enligt art. 34 och 35 Europakonventionen.<sup>92</sup>

Artikeln är enligt en svensk utredning svåruttolkad, bland annat eftersom det är svårt att hitta en lämplig översättning av begreppet "remedy". Rättsmedel enligt svensk processrätt förknippas med rätten att överklaga, men har enligt konventionen en vidare betydelse. Begreppet innefattar såväl möjligheten till rättelse och möjligheten till gottgörelse eller avhjälpande, det vill säga såväl processuella som materiella aspekter. Europadomstolens tillämpning av artikeln gör det även svårt att förutse vilka krav som ställs.<sup>93</sup> Danelius skriver att ett effektivt rättsmedel är ett rättsmedel som medger tillfredställande prövning av ett klagomål, oavsett om det leder till framgång för den klagande. Artikeln kräver inte att rättsmedlet ska vara inför en domstol, även administrativa rättsmedel kan vara tillräckliga för att uppfylla konventionens krav. Vidare måste det vara praktiskt möjligt för den klagande att använda rättsmedlet.<sup>94</sup>

På senare tid har artikeln getts ökad självständig betydelse i praxis. Utvecklingen framhålls ofta ha samband med Europadomstolens ständigt ökande arbetsbörda och ställer högre krav på staternas subsidiära ansvar att upprätthålla rättigheterna i konventionen. Ett vanligt klagomål till Europadomstolen är kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid. I *Kudła mot Polen* slog Europadomstolen (i stor kammare) fast att om en stat inte tillhandahåller effektivt rättsmedel mot långsam handläggning kan det innefatta en kränkning av både art. 6 och art. 13 Europakonventionen.<sup>95</sup>

Art. 13 Europakonventionen ska även den ses som ett uttryck för subsidiaritetsprincipen som berörts ovan.<sup>96</sup> Syftet med artikeln är att tillhandahålla medel för enskilda att få gottgörelse för kränkningar på nationell nivå innan de vänder sig till Europadomstolen. Staterna har viss handlingsfrihet att välja vilken form

---

<sup>90</sup> DANELIUS, s. 505-506.

<sup>91</sup> DANELIUS, s. 505.

<sup>92</sup> VAN DIJK M.F.L. s. 1001.

<sup>93</sup> SOU 2010:87 s. 152-153 och BERNITZ, 2010/11 vid s. 830.

<sup>94</sup> DANELIUS, s. 506.

<sup>95</sup> SOU 2010:87 s. 152-153, *Kudła mot Polen*, 2000.

<sup>96</sup> Jfr ovan avsnitt 2.1.

prövningen ska ha och hur staten ska uppfylla sina skyldigheter.<sup>97</sup> Viktigt att poängtera i sammanhanget är att enligt Europadomstolens bedömning ställer konventionen inget krav på att länderna ska införa ett system för lagprövning i författningsdomstol. Ett sådant krav har funnits alltför långtgående. Art. 13 Europakonventionen ger alltså ingen rätt till rättsmedel riktat mot lagstiftningen som sådan.<sup>98</sup>

Som artikeln tolkats av Europadomstolen innebär kravet på ett effektivt rättsmedel att den som på rimliga grunder påstår sig ha blivit utsatt för ett konventionsbrott ska ha möjlighet att få sitt påstående prövat inför nationell myndighet och att få rättelse eller gottgörelse för konstaterade kränkningar. Det står staterna fritt att välja metod för att ge effekt åt konventionens bestämmelser. Prövningen av kränkningen måste i princip sträcka sig lika långt som Europadomstolens egen prövning om en överträdelse har skett.<sup>99</sup>

Kravet på effektivitet innebär att det måste vara praktiskt möjligt för den berörda personen att använda rättsmedlet i fråga, vilket inte innebär att det måste leda till framgång för klaganden. Kravet att rättigheten inte får vara teoretisk eller illusorisk, utan ska vara praktisk och effektiv, gäller även rätten till effektivt rättsmedel på nationell nivå.<sup>100</sup>

En lag som införts i Sverige på senare tid är lagen om förtursförklaring<sup>101</sup> som trädde i kraft 2010. Lagändringen är en direkt följd av att problem med långsam handläggning var stort i Sverige enligt JO och JK:s statistik och att Europadomstolen fällt Sverige för kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid enligt art. 6 Europakonventionen. Möjligheten att få förtursförklaring skulle enligt förarbeten bidra till ökad efterlevnad av kravet på domstolsprövning i skälig tid och uppfylla kravet på effektivt rättsmedel enligt art. 13 Europakonventionen.<sup>102</sup>

I en statlig utredning anfördes att ekonomisk kompensation inte bör vara det första rättsmedel som kommer i fråga vid rättighetskränkningar. I första hand bör överträdelser, i den utsträckning det är möjligt, avhjälpas eller gottgöras inom ramen för den process där de uppkommer. För att detta ska kunna ske måste domstolar och förvaltningsmyndigheter vara uppmärksamma på frågor som har bäring på Europakonventionen, både i processuellt och materiellt

---

<sup>97</sup> SOU 2010:87 s. 154-156.

<sup>98</sup> DANELIUS, s. 514.

<sup>99</sup> SOU 2010:87 s. 156-158 och 163.

<sup>100</sup> SOU 2010:87 s. 156-158.

<sup>101</sup> Lag (2009:1058).

<sup>102</sup> Prop. 2008/09:213 och SOU 2008:16. Se även SOU 2010:87, s. 215.

hänseende. Betydelsen av nationella rättsmedel mot konventionskränkningar spås öka än mer med tanke på belastningen i Europadomstolen.<sup>103</sup>

Starka rättspolitiska och ekonomiska skäl talar enligt utredningen för en ordning som inte utgår från att skadestånd inte ska vara den sanktion som tillgrips i första hand. Möjligheten till kompensation i efterhand bör finnas, men en sådan lösning är ofta inte den mest ändamålsenliga i det enskilda fallet.<sup>104</sup>

## 2.4. Tillräcklig gottgörelse och klagorättens betydelse

Enskildas klagorätt inför Europadomstolen stadgas i art. 34 Europakonventionen. För talerätt krävs även att alla inhemska rättsmedel uttömts enligt art. 35 Europakonventionen.<sup>105</sup> För att tillerkännas klagorätt krävs enligt Europadomstolen att personen har blivit direkt påverkad av den påstådda kränkningen. Enligt den engelska formuleringen av artikeln tillfaller klagorätten alla som påstår sig vara offer för en kränkning, ”*claiming to be a victim*”.<sup>106</sup>

Om tillräcklig gottgörelse för en kränkning har givits inom det nationella rättssystemet har individen inte längre klagorätt vid Europadomstolen. Om åtgärderna däremot är otillräckliga kan den enskildes status som ”*victim*” kvarstå.<sup>107</sup> I praxis från Europadomstolen har detta tolkats som att det krävs att klagomålet om en konventionskränkning har prövats i sak, eller åtminstone i huvudsak, inför nationella myndigheter samt att rättelsen eller gottgörelsen är adekvat och tillräcklig. Till exempel har fall av påstådda kränkningar av art. 6 Europakonventionen i brottmål avvisats av Europadomstolen om den klagande blivit frikänd, domen upphävts eller kränkningen kompenserats i högre instans. I brottmål kan gottgörelse även ske genom att straffet lindras eller åtal läggs ned. Vad som utgör tillräcklig gottgörelse beror på den påstådda kränkningen. För att kränkningen ska vara fullt kompenserad, och klagorätten vid Europadomstolen därmed bortfalla, krävs att det framgår att åtgärden vidtogs i syfte att kompensera kränkningen och åtgärden innebär tillräcklig gottgörelse. Åtgärder till fördel för den klagande är inte tillräckliga som gottgörelse om kränkningen inte erkänts och prövats av nationella myndigheter. I sådana fall har den enskilde fortfarande klagorätt vid Europadomstolen.<sup>108</sup>

---

<sup>103</sup> SOU 2010:87, s. 179-130 och s. 271.

<sup>104</sup> SOU 2010:87 s. 287.

<sup>105</sup> SOU 2010:87 s. 162.

<sup>106</sup> EMMERSON M.FL. s. 41.

<sup>107</sup> SOU 2010:87 s. 162.

<sup>108</sup> EMMERSON M.FL. s 41-45 och DANELIUS s. 306-307.

Crafoord argumenterar för tesen att gottgörelse i inhemsk rätt ska motsvara gottgörelse som Europadomstolen skulle ha fastställt om fallet hade prövats där. Därför menar han att skadestånd ska utgå i samma nivå som Europadomstolen utdömer vid konstaterade kränkningar. I främst straffrätt finns möjlighet till icke-ekonomisk gottgörelse i form av strafflindring eller åtalsnedläggning i inhemsk rätt. Europadomstolen har i sin praxis ibland nöjt sig med att konstaterandet av en kränkning innebär tillräcklig gottgörelse om skadestånd utdömts av nationell domstol.<sup>109</sup>

Även Bratt och Södergren menar att en finns en skyldighet för stater att utdöma skadestånd för att gottgöra kränkningar. Staterna har enligt Europadomstolen viss frihet att avgöra på vilket sätt gottgörelse ska ske, men enligt argumentationen ska gottgörelsen, likt övriga rättigheter i konventionen, vara praktisk och effektiv. Bratt och Södergren menar att Europadomstolens praxis och skadeståndsnivåer ska vara vägledande för svenska domstolar.<sup>110</sup>

En utredning från 2010 om att införa en lagregel för rätt till skadestånd vid överträdelse av konventionen framhåller att skadestånd endast ska ses som ett rättsmedel bland andra tillgängliga. Ekonomisk ersättning är sällan det mest effektiva rättsmedlet.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> CRAFOORD, vid s. 526.

<sup>110</sup> BRATT & SÖDERGREN, vid s. 419-421.

<sup>111</sup> SOU 2010:87.

## 3. EUROPAKONVENTIONEN I SVENSK PRAXIS

---

### 3.1. Inledning

Nedan presenteras sammanfattningar av praxis från HD gällande Europakonventionen i brottmål. Underlaget utgörs av 43 fall från HD sedan 1995 där Europakonventionen förekommit i domstolens bedömning. Fallen återges i korta sammanfattningar med fokus på de aspekter som är relevanta för syftet med denna uppsats. Fallen behandlar många olika brott i såväl BrB som specialstraffrättsliga bestämmelser i andra lagar och tryckfrihetsmål. Varken straffbestämmelserna i sig eller omfattningen av den berörda rättigheten kommer att behandlas ingående utan fokus ligger på vilken inverkan Europakonventionen fick i målet.

Som läsaren snart kommer att märka rör många fall art. 6 Europakonventionen. För att underlätta förståelsen av praxisgenomgången som följer återges artikel i fulltext. Artikelns innehåller många aspekter av rätten till rättvis rättegång och lyder som följer:

#### ***Artikel 6 – Rätt till en rättvis rättegång***

*1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.*

*2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.*

*3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter*

*a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,*

*b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,*

*c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,*

*d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopats mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,*

*e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.*

Jämfört med andra artiklar i Europakonventionen är rätten till rättvis rättegång relativt detaljerad. Stora nationella variationer förekommer i konventionsstaternas reglering av rättegångsförfaranden och regler om rörande bevisning. Rättigheten är generell och gäller för både civilrättsliga mål och brottmål, men i andra och tredje stycket preciserats förhållanden som gäller brottmål.<sup>112</sup> Övriga artiklar i Europakonventionen återges i sammanhanget där de först behandlas.

### 3.2. Systematisering

Under arbetet med rättsfallsgenomgången har jag funnit att Europakonventionen påverkar brottmål på tre olika vis. Av pedagogiska skäl presenteras rättsfallen grupperat efter detta system. Vanligast förekommande var att Europakonventionen påverkade en åtalad gärnings *straffbarhet*. I vissa fall väckte Europakonventionen processuella frågor eller påverkade *processen* genom att kränkningen av konventionen bedömdes som ett rättegångshinder. I några fall påverkade konventionen *påföljden* för brottet. Rubriksättningen i detta avsnitt följer denna huvudsakliga systematisering.<sup>113</sup>

För att ytterligare strukturera framställningen har fallen under varje huvudindelning även grupperats utifrån ämnet som behandlas i respektive rättsfall. Fall som behandlar samma ämne presenteras sammanhållet för att ställningstaganden och gränsdragningar ska kunna jämföras. I varje avsnitt finns därför underrubriker som visar dessa grupperingar. Underrubrikerna ska inte förstås

---

<sup>112</sup> CAMERON 2011, s. 94

<sup>113</sup> I bilaga 1 finns en sammanställning av fallen enligt uppdelningen i dessa tre kategorier.



som något annat än en ämnesgruppering av fallen under den huvudsakliga systematiseringen som presenterats ovan. För att upprätthålla denna gruppering avviker några fall från den huvudsakliga systematiseringen, med den pedagogiska fördelen att liknande fall ska kunna jämföras och tydligare belysa skillnader i argumentation och bedömning. Avvikelser från huvudsystematiseringen uppmärksammas löpande, i anslutning till de aktuella fallen.

### 3.3. Europakonventionen påverkar straffbarheten

Flest fall i undersökningen, 18 stycken, tillhör gruppen där Europakonventionen påverkade gärningens straffbarhet på något sätt, och därmed den tilltalades ansvar för den otillåtna gärningen. Bland dem var nästan hälften, sju stycken, relaterade till yttrandefriheten i art. 10 Europakonventionen. Fyra fall berörde provokativa metoder i polisens utredningsarbete i relation till rätten till rättvis rättegång, art. 6 Europakonventionen. Övriga fall berörde andra avseenden av art. 6, legalitet enligt art. 7, rätten till liv i art. 2 och integritetsaspekter av art. 8 Europakonventionen.

#### 3.3.1. Yttrandefrihet

Rätten att yttra sig enligt art. 10 Europakonventionen kan komma i konflikt med bestämmelser som skyddar andra värdefulla intressen. Brottet hets mot folkgrupp står ofta i direkt motsättning till rätten till yttrandefrihet. Även andra aspekter av yttrandefrihet har aktualiserats i praxis, nämligen meddelarskyddet och journalistisk verksamhet. Artikel 10 Europakonventionen lyder:

#### ***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 biografföretag.*

*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.*

### 3.3.1.1. Hets mot folkgrupp

När bedömningen gäller yttrandefrihet och hets mot folkgrupp blir frågan om den straffrättsliga bestämmelsens inskränkning av rättigheten är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Bestämmelsen i 16 kap. 8 § BrB straffbelägger att hota eller uttrycka missaktning för en folkgrupp eller annan grupp av människor.

Yttrandefriheten innefattar enligt Europadomstolen en rätt att framföra information och åsikter som kränker, chockerar eller stör. Undantag från yttrandefriheten ska göras restriktivt och behovet av inskränkningar måste redovisas på ett övertygande sätt. För politiska yttranden och debatter är utrymmet för inskränkningar särskilt begränsat. Att inskränkningar ska vara nödvändiga i ett demokratiskt samhälle innebär att det ska föreligga ett angeläget samhällsligt behov. Det krävs inte att inskränkningen ska vara fullt ut oundgänglig. Vikt ska läggas vid yttrandets innehåll och syfte, till vem eller vilka yttrandet riktar sig, i vilket sammanhang det lämnas och i vilken egenskap personen yttrar sig.<sup>114</sup>

Uttalanden och uttryckssätt som sprider, förespråkar, uppmuntrar eller rättfärdigar hat grundat på intolerans benämner Europadomstolen som ”*hate speeches*”. Domstolen anser att det kan vara nödvändigt att bestraffa eller hindra uttalanden av det slaget och hänvisar till det kriteriet som avgörande för att bedöma om inskränkningar i yttrandefriheten varit nödvändiga.<sup>115</sup>

En pastor, Åke Green, åtalades för hets mot folkgrupp efter att ha talat om homosexuella som ”*en cancersvulst på samhället*”. HD bedömde, med användning av Europadomstolens begrepp, att uttalandet inte utgjorde ett ”*hate speech*” eftersom det inte var hotfullt eller uppmuntrade hat. Hans uttalande gjordes i en predikan inför en församling och temat för talet återfinns i bibeln. HD ansåg att det var:

*”sannolikt att Europadomstolen, vid en prövning av den inskränkning i Å.G:s rättighet att förkunna sin i bibeln grundade uppfattning som en fällande dom skulle utgöra, skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen.”<sup>116</sup>*

---

<sup>114</sup> T.ex. *Jerusalem mot Österrike*, 2001, och *Gündüz mot Turkiet*, 2003.

<sup>115</sup> *Gündüz mot Turkiet*, 2003.

<sup>116</sup> Citat NJA 2005 s. 805, s. 830.

Med stöd av denna prognosbedömning tolkade HD straffbestämmelsen mer restriktivt än vad som angetts i förarbetena för att tillämpningen skulle bli konventionsenlig. HD argumenterar utifrån Europakonventionen först efter att ha konstaterat att pastorns predikan klart överskrider gränsen för saklig och vederhäftig diskussion om gruppen homosexuella och därmed uppfyllde rekvisitet missaktning enligt den avsedda betydelsen i förarbeten. HD för ett väl underbyggt resonemang och hänvisar till både Danelius och till ett flertal fall från Europadomstolen<sup>117</sup>. Enligt resonemanget står det klart att yttrandena inte är hatfulla eller uppmuntrar eller rättfärdigar hat mot homosexuella. HD konstaterar att ordet missaktning i straffbestämmelsen inte har en så entydig innebörd att verklig lagkonflikt uppkom mellan Europakonventionen och BrB. Med hänvisning till att Europakonventionen ska tillämpas direkt i svensk rätt efter inkorporeringen fann HD stöd för sin slutsats och ogillade åtalet.<sup>118</sup>

En konventionsenlig tolkning av bestämmelsen i ett annat fall ansågs tillåta utdömmande av straffansvar för hets mot folkgrupp. De åtalade hade i det fallet delat ut flygblad med nedvärderande uttalanden om homosexuella där de bland annat beskrevs som ”*avarter*” och deras levnadssätt ”*samhällsskadlig*”. Syftet med dem var att väcka debatt om skolans objektivitet. Likt ovan konstaterar HD först att yttrandena faller inom betydelsen av missaktning som avsetts i förarbeten för att sedan övergå till att pröva om yttrandefriheten påverkar ansvarsfrågan. Bedömningen utgår, men hänvisning till Europakonventionen, från bedömningen om inskränkningen av yttrandefriheten är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. I enlighet med Europadomstolens praxis tar HD fasta på sammanhanget för spridningen, syftet och innehållet i yttrandet, till vem eller vilka det riktar sig och i vilken egenskap yttrandet lämnas.<sup>119</sup> Med den bakgrunden tog HD fasta på vissa skillnader jämfört med fallet med pastorn. I det aktuella fallet hade flygblad delats ut på en skola dit de åtalade inte haft tillträde, de hade lagts i elevens skåp utan möjlighet för eleverna att ta ställning till om de ville ta emot dem. Syftet med spridningen var av allmänt intresse, men majoriteten i HD ansåg att syftet hade kunnat uppnås utan nedsättande uttalanden. Att skydda homosexuella mot hot och missaktning är ett skäl som kan medge inskränkning i yttrandefriheten. Enligt argumentationen ansåg HD att straffansvar var förenligt med Europakonventionen och dömde de tilltalade för brottet.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Främst *Kokkinakis mot Grekland*, 1993, och *Feridun Yazar m.fl. mot Turkiet*, 2004.

<sup>118</sup> NJA 2005 s. 805. När det gäller grundlagen ansåg HD att det var klart att religionsfriheten enligt RF inte kunde fria från straffansvar och att det inte var uppenbart att yttrandefriheten enligt RF inte hindrade åtal (med hänvisning till lagprövningsbestämmelsen).

<sup>119</sup> Se bl.a. *The Sunday Times mot Storbritannien*, 1979, *Gündüz mot Turkiet*, 2003, och *Jerusalem mot Österrike*, 2001.

<sup>120</sup> NJA 2006 s. 467. Två skiljaktiga ledamöter ansåg att intresset för yttrandefriheten skulle ges större vikt och att uttalandena bättre skulle bemötas i en fri och öppen debatt. Fallet har därefter prövats av Europadomstolen i *Vejdeland m.fl. mot Sverige*, 2007. Inskränkningarna i yttrandefriheten ansågs rimligen

Uttalanden om homosexuella som uppfyller vad som avses i straffbestämmelsen för hets mot folkgrupp har i andra fall spridits på forum på internet, dels i en gästbok, dels som artiklar på en hemsida.<sup>121</sup> HD bedömde att uttalandena inte uppfyllde villkoren för att betraktas som ”*hate speech*” enligt Europadomstolens praxis eftersom de i båda fallen knöt an till bibeltexter och inte uttryckte hat. Uttalandena var kränkande värdeomdömen och innehöll inga falska påståenden om fakta. I fråga om spridningskriteriet som berörts ovan nådde uttalandena endast personer som aktivt sökte upp respektive hemsida och hade, i fallet med gästboken, skett inom ramen för ett samtal mellan personer. HD ogillade åtalen i båda fallen men domstolen var oenig. Två skiljaktiga ledamöter i respektive fall som ansåg att de tilltalade kunde hållas ansvariga.<sup>122</sup>

Domarna i fallen ovan har frångått uttalanden som gjorts i förarbeten till straffbestämmelsen hets mot folkgrupp. Bestämmelsen har tolkats mer restriktivt än vad som var avsikten vid införandet för att leva upp till konventionens krav.<sup>123</sup> I ett fall anförde dock HD angående konventionsförenligheten:

*”Det kan i sammanhanget anmärkas att konventionen i många hänseenden har en ganska allmän avfattning och att Europadomstolens praxis på grund av den kasuistiska rättstillämpningen hos domstolen inte alltid ger någon klar ledning vid prövningen av ett enskilt fall vid nationell domstol.”*<sup>124</sup>

### 3.3.1.2. Journalistik och yttrandefrihet

Media och tidningars verksamhet bygger på att sprida information och aktualiserar yttrandefrihet. En utgivare åtalades i ett fall för att ha röjt en meddelares identitet. Meddelaren var en politiskt aktiv person och tidningens utgivare hävdade att det låg i allmänhetens intresse att informeras om detta faktum. HD hade att pröva om tystnadsplikten enligt tryckfrihetsförordningen oproportionerligt inskränkte yttrandefriheten. Europadomstolen har i praxis framhåvt att anonymitetsskyddet har stor betydelse för pressens frihet. Om källor, ifall de stod utan skydd, skulle bli avskräckta från att lämna uppgifter av allmänt intresse till pressen skulle det få negativa konsekvenser för pressens möjlighet att förse allmänheten med relevant och tillförlitlig information. Rätten

---

godtagbara i ett demokratiskt samhälle till skydd för andras rykte och rättigheter och utgjorde ingen kränkning av art. 10 Europakonventionen.

<sup>121</sup> NJA 2007 s. 805 I och II. Gärningen bedömdes enligt lag (1998:112) om elektroniska anslagstavlor där hets mot folkgrupp är straffbelagt om brottet är uppenbart.

<sup>122</sup> NJA 2007 s. 805 I och II.

<sup>123</sup> Se NJA 2005 s. 805 s. 830-831 i domen samt NJA 2006 s. 467 s. 479 i domen.

<sup>124</sup> Se NJA 2006 s. 467, s. 479 i domen.

för meddelare att vara anonyma och pressens skydd mot att avslöja sina källor ska enligt Europadomstolen ses som en del av själva yttrandefriheten och inte en begränsning därav.<sup>125</sup> Utgivaren dömdes därför för brott mot tystnadsplikten 3 kap. 3 § TF.<sup>126</sup>

HD fick i ett fall anledning att avväga art. 8 om rätt till privat- och familjeliv mot yttrandefriheten i art. 10 i Europakonventionen. I fallet hade en man publicerat en lista med namn på bankchefer på en hemsida tillsammans med nedvärderande uppgifter om dem.<sup>127</sup> Mannen hänvisade till sin rätt till yttrandefrihet som försvar. Rätten att sprida och ta emot uppgifter utan myndigheters inblandning tillkommer var och en konstaterade HD. Rätten till privat- och familjeliv skyddar enligt HD inte uppgifter som hänför sig till personers offentliga liv, men angår uppgifterna någons privatliv spelar det ingen roll vilken karaktär uppgifterna har.<sup>128</sup> Både yttrandefriheten och rätten till privatliv får inskränkas om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle med hänsyn till bland annat till andras fri- och rättigheter. Rättigheterna kan på så vis komma i konflikt med varandra och respektive rättighet kan tjäna som syfte att inskränka motsatt rättighet. Avvägningen mellan dem ska göras med proportionalitetsprincipen. HD förde resonemanget med hänvisning till Europadomstolens praxis i allmänhet, utan att hänvisa till specifika fall.

HD ansåg att den tillämpliga lagen i fallet betonade vikten av fri informations-spridning, vilket, enligt honom själv, hade varit mannens syfte med att lägga ut informationen på hemsidan. I fallet blev yttrandefriheten skäl för att ett undantag tillämpades och spridandet av uppgifterna var inte straffbelagt.<sup>129</sup>

### 3.3.1.3. Övriga fall yttrandefrihet

I ett fall betonade HD vikten av vidaste möjliga yttrande- och informationsfrihet eftersom den ansågs vara grundläggande i ett demokratiskt samhälle. Fallet rörde mangateckningar som föreställde barn i pornografiska situationer. Skyddsintresset bakom att straffbelägga innehav av barnpornografi, att skydda barn från övergrepp, motiverade inskränkningar i yttrande- och informations-

---

<sup>125</sup> *Goodwin mot Storbritannien*, 2002, och *Roemen och Schmit mot Luxemburg*, 2003.

<sup>126</sup> NJA 2012 s. 342.

<sup>127</sup> Art. 8 finns återgiven nedan på s. 37.

<sup>128</sup> NJA 2001 s. 409.

<sup>129</sup> NJA 2001 s. 409. Mannen ansågs ha journalistiska ändamål vilket är ett undantag till straffansvar enligt 7 § 2 st personuppgiftslagen (1998:204). Han behövde därmed inte inhämta tillstånd från Datainspektionen för att upprätta personregistret.

friheten. Skyddsintresset aktualiserades dock inte i fallet eftersom risken för identifikation var liten och teckningarna inte kränkte barn i allmänhet.<sup>130</sup>

Yttrandefriheten berördes till sist kort i ett fall från 1998, där HD konstaterade att det var möjligt att rätten kunde ges företräde framför skyddet för upphovsrätten i vissa fall och då fria från ansvar för upphovsrättsintrång. Omständigheterna i fallet friade dock inte den åtalade från straffansvar.<sup>131</sup>

### 3.3.2. Polisens provokationer

Provokativa åtgärder kan användas av polisen i utredningssyfte vid misstänkta brott. Åtgärder ska godkännas av åklagare, men spaningsmetoden är inte reglerad i svensk lag.<sup>132</sup> I den yttersta formen utgör provokativa åtgärder anstiftan till brott vilket påverkar straffbarheten. Provokativa åtgärder har även påverkan brottmål på andra vis med hänvisning till Europakonventionen men alla fall presenteras sammanhängande i detta avsnitt, vilket i någon mån bryter den huvudsakliga systematiseringen.

Begreppet provokation har ingen entydig juridisk innebörd, men kan beskrivas som att polisen lockar eller utmanar en person till en handling eller ett uttalande som är negativt för personen själv eller någon i dennes närhet. Om åtgärden endast är ett neutralt svar på den misstänkte gärningspersonens eget initiativ innefattas den inte i begreppet. Provokationer delas in i brottsprovokation och bevisprovokation. Bevisprovokation syftar till att skaffa bevisning för ett redan begånget brott medan brottsprovokation har som syfte att framkalla en brottslig gärning. Gränsen mellan åtgärderna är inte alltid tydlig och bevisprovokation, som generellt anses tillåtet, kan innehålla inslag av otillåten brottsprovokation.<sup>133</sup>

Riksåklagaren har utfärdat riktlinjer om hur provokativa åtgärder ska hanteras. Beslut om åtgärd ska fattas av åklagare och åtgärderna ska dokumenteras.<sup>134</sup> Åklagarmyndigheten använder i sina riktlinjer en definition av provokativa åtgärder som innefattar frestelse, initiativ, uppmuntran eller annan starkare påverkan på en person att vidta en handling som kan leda till att han eller hon begår en kriminaliserad gärning.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> NJA 2012 s. 400.

<sup>131</sup> NJA 1998 s. 838.

<sup>132</sup> Provokativa åtgärder har behandlats i delbetänkandet SOU 2003:74 om ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen.

<sup>133</sup> SOU 2010:103 s. 124-125.

<sup>134</sup> RättsPM 2007:4 s. 6.

<sup>135</sup> RättsPM 2007:4 s. 4.

HD betonar att prövningen i domstol inte gäller tillåtligheten av polisens åtgärder och hur de förhåller sig till gällande regler utan inriktar sig på frågan om den genomförda åtgärden i något avseende påverkar bedömningen i brottmålet.<sup>136</sup> Europadomstolen har bedömt att den tilltalades möjlighet till en rättvis rättegång kan undergrävas oåterkalleligt redan från början om polisens infiltratörer anstiftat ett brott och det inte fanns något som tydde på att ett brott hade begåtts utan polisens inverkan.<sup>137</sup>

Provokationer har förekommit i HD:s bedömning i olika situationer och gett anledning till olika bedömningar. Avgörande för att straffansvar ska aktualiseras är att det i utredningen finns stöd för att annat likartat brott skulle ha begåtts även utan polisens åtgärd.<sup>138</sup> Annars är den tilltalades rätt till rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävd.<sup>139</sup> I ett fall som prövades av HD agerade polisen köpare till ett parti narkotika. Eftersom misstankar om brott förelåg innan polisens inblandning samt att det var den sedermera tilltalade personen som tagit den initiala kontakten med infiltratören ansågs det styrkt att en liknande gärning hade begåtts oavsett provokationen.<sup>140</sup>

Polisens åtgärder i ett annat fall bedömdes utgöra bevisprovokation, till skillnad från brottsprovokation. Fallet rörde en mordutredning där offrets kropp inte hade hittats, men det fanns en misstänkt gärningsman till brottet. Polisens infiltratör knöt kontakt med den misstänkte mannen och förmådde honom att avslöja var offrets kropp var gömd. Kroppen hittades där mannen sagt att den skulle finnas och blev sedan avgörande i utredningen. Infiltratören hade lockat den misstänkte mannen med att han kunde få pengar från ”ryska maffian” om offrets kropp hittades. För att förstärka detta hade en grupp poliser agerat rysktalande män och dykt upp utanför den misstänkte mannens hem. Den situationen bedömde HD var otillbörlig och skrämmande för den tilltalade. Att märka är även att mannen vid det senare erkännandet var klart drogpåverkad, som tingsrätten uttryckte det.<sup>141</sup>

HD tillmätte erkännandet av brottet mycket lågt bevisvärde. I övrigt påverkades inte utredningens bevisvärde, trots att den i övervägande del framkommit som en följd av provokationen. Bevisningen som hade kunnat tas fram till följd av att

---

<sup>136</sup> Bl.a. NJA 2011 s. 638, punkt 15 i domen. Jfr. även Petter Asps indelning av provokationsproblematiken i tre frågeställningar om a) åtgärdens tillåtlighet som arbetsmetod, b) provokatörens straffansvar och c) den provocerades ansvar, ASP, 2008, s. 780.

<sup>137</sup> *Teixeira de Castro mot Portugal*, 1998, och *Vanyan mot Ryssland*, 2005.

<sup>138</sup> Utredning till stöd för detta bedömdes finnas i NJA 2009 s. 475 II och NJA 2012 s. 650. Resonemanget kan jämföras med det Europadomstolen för i fallet *Vanyan mot Ryssland*, 2005.

<sup>139</sup> Rätten bedömdes oåterkalleligen undergrävd i NJA 2007 s. 1037 och NJA 2009 s. 475 I.

<sup>140</sup> Exemplet beskriver situationen i NJA 2009 s. 475 II, fallet är ett resningsärende och HD fann av ovan nämnda anledning inte skäl att bevilja resningsansökan eftersom de tidigare okända uppgifterna om provokation inte skulle föranleda någon annan bedömning (varken i ansvars- eller påföljdsfrågan) än den lagakraftvunna domen.

<sup>141</sup> NJA 2011 s. 638.

kroppen hittats, till exempel den rättsmedicinska undersökningen, ansåg HD kunde åberopas och bedömas på sedvanligt sätt. HD anmärkte även att de hotfulla inslagen i provokationen var otillbörliga, genom att de pressade den tilltalade att lämna negativa uppgifter om sig själv. Det otillbörliga inslaget påverkade inte rättegångens rättvisa i en helhetsbedömning. Den tilltalade fanns skyldig till mordet, även bortsett från erkännandet, eftersom det fanns övrigt stöd i bevisningen.<sup>142</sup>

HD underströk att principen om fri bevisprövning gäller i svensk straffprocessrätt. Huvudregeln är därför att alla bevis är tillåtna, men ursprunget kan påverka bevisningens värde. Endast i rena undantagsfall kan det finnas skäl att överväga att avvisa bevisning, exempelvis om den framkommit i strid med art. 3 Europakonventionen om förbud mot tortyr. Bevisning som provocerats fram tillåts därför, men måste (för att inte stå i strid med art. 6 i konventionen) vägas mot annan bevisning och bedömas med extra stor försiktighet. En förutsättning för att rättegången ska anses rättvis är även att försvaret ska få tillfälle att ifrågasätta den framprovocerade bevisningen och föra motbevisning. Åklagaren måste därför förebriga utredning om den provocerande åtgärdens syfte och genomförande. Ytterst har domstolen att bedöma rättvisan i rättegången sett som en helhet.<sup>143</sup>

Rätten till rättvis rättegång hade enligt HD blivit oåterkalleligen undergrävd i ett fall med anledning av polisens provokation. Fallet rörde en av de stulna tavlorna från Nationalmuseum. HD och amerikansk polis hade i samråd, genom provokativa åtgärder, skaffat fram den värdefulla tavlan och de inblandade hade åtalats för häleri enligt 9 kap. 6 § BrB. Utgångspunkten för att bedöma tillåtligheten av provokationen var praxis från Europadomstolen eftersom fråga inte var reglerad i svensk rätt. HD radar därför upp många fall från Europadomstolen där provokativa åtgärder behandlats.<sup>144</sup> HD refererade i sitt resonemang till en rad fall från Europadomstolen. När det gäller provokationer tog HD fast på främst *Allan mot Storbritannien, PG och JH mot Storbritannien* och *Bykov mot Ryssland*.<sup>145</sup> Argumenten att rätten till rättvis rättegång kan vara definitivt undergrävd redan från början kommer från fallet *Teixeira de Castro mot Portugal* och förstärktes i *Vanyan mot Ryssland* där begreppet oåterkalleligt användes.<sup>146</sup> Inget i målet visade att de tilltalade skulle ha tagit befattning med tavlan om de inte provocerats till det genom polisens åtgärder. Därmed var deras rätt till rättegång oåterkalleligen undergrävd.<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> NJA 2011 s. 638, se fr.a. punkt 22 och punkt 28 i HD:s resonemang.

<sup>143</sup> NJA 2011 s. 638.

<sup>144</sup> Se s. 1055-1056 i domen.

<sup>145</sup> *Allan mot Storbritannien*, 2002, *PG och JH mot Storbritannien*, 2001, och *Bykov mot Ryssland*, 2009.

<sup>146</sup> *Teixeira de Castro mot Portugal*, 1998, och *Vanyan mot Ryssland*, 2005.

<sup>147</sup> NJA 2007 s. 1037, se s. 1057-1058 i domen.



HD förde ett långt resonemang om hur detta skulle beaktas i målet. Alternativen som fördes fram av HD var att åtalet för häleri kunde (a) avvisas till följd av att provokationen sågs som ett processhinder, eller (b) så kunde provokationen ses som en ansvarsfrihetsgrund, eller (c) så kunde bevisningen som provocerats fram vara otillåten att använda eller (d) så kunde provokationerna utgöra skäl för strafflindring eller påföljdseftergift. Eftersom Europadomstolens praxis tolkats som att det i den aktuella situationen (när brott mot art. 6 Europakonventionen föreligger) krävs att nationella domstolar ska avbryta ett straffrättsligt förfarande hade HD att välja mellan att avvisa talan eller att utan vidare prövning lämna åtalet utan bifall, det vill säga antingen som ett rättegångshinder (a) eller som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse (b).<sup>148</sup>

Om åtalet skulle avvisas ansåg HD att olämpliga processuella konsekvenser skulle uppkomma. För det fall åtalet överklagades skulle nämligen högre rätt inte kunna göra en materiell prövning utan endast pröva avvisningsbeslutet och återförvisa målet till undre rätt om den kom fram till att beslutet var felaktigt. HD ansåg inte heller att gärningen skulle ses som rättsenlig eller ursäktad. Som grund för att avvisa talan kom HD fram till att provokationer som oåterkalleligt undergrävt den tilltalades rätt till en rättvis rättegång skulle ses som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. I det fallet saknas det vid konstaterad provokation sannolika skäl för en fällande dom och åtal ska inte väckas. Om åtal ändå väcks ska rätten lämna åtalet utan bifall. Lösningen hade inget direkt lagstöd, men det fanns inte heller något lagligt hinder för att på detta tillgodose kraven som följer av Europakonventionen. HD lämnade det dock öppet för att fall av provokation inte alltid uteslöt straffbarhet, och då istället kunde beaktas genom påföljdsindring eller påföljdseftergift.<sup>149</sup>

Detta kan jämföras med fallet där bevisprovokation förekommit. HD ansåg då att det otillbörliga inslaget i provokationen, som i övrigt inte förringat den enskildes rätt till rättvis rättegång, gav anledning till sådan påföljdsindring med stöd av 29 kap. 5 § 8 p BrB. Nedsättningen ansågs motsvara två års fängelsestraff.<sup>150</sup>

Med anledning av slutsatserna i praxis angående provokativa åtgärder ansåg HD att det förelåg synnerliga skäl att bevilja resning i ett fall där brottsprovokation uppdragats, enligt 58 kap. 2 § 4 p RB.<sup>151</sup> I ett fall där HD funnit att ett brott skulle ha begåtts oavsett provokationen fanns inte skäl att bevilja resning.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> NJA 2007 s. 1037, se s. 1058-1059 i domen.

<sup>149</sup> NJA 2007 s. 1037.

<sup>150</sup> NJA 2011 s. 638. En sådan hantering finner stöd i Europadomstolens dom i fallet *Sequiera mot Portugal*, 2009.

<sup>151</sup> NJA 2009 s. 475 I.

<sup>152</sup> NJA 2012 s. 650 respektive NJA 2009 s. 475 II där HD inte fann skäl att bevilja resning.

### 3.3.3. Övriga aspekter av art. 6 Europakonventionen

Europadomstolen har fastslagit att det inte är förenligt med art. 6.1 i Europakonventionen att någon under straffansvar åläggs att lämna uppgifter som avslöjar att personen begått ett brott och uppgifterna senare kan användas som bevisning i en kommande rättegång.<sup>153</sup> Med hänvisning till Europadomstolens praxis på området bedömde HD därför att den tilltalade i ett menedsmål hade haft rätt att vägra yttra sig under ed enligt 6 kap. 5 § 2 st konkurslagen<sup>154</sup>. Den tilltalade hade haft skälig ursäkt att medvetet lämna oriktiga uppgifter under edgångssammanträde eftersom sanningsenliga uppgifter hade kunnat läggas till grund för åtal om medhjälp till ett oredlighetsbrott. HD ogillade åtalet för mened på denna grund, en fällande dom hade stått i strid med Europakonventionen.<sup>155</sup>

Uppsåtsbedömning i förhållande till självförvållat rus har påverkats av Europakonventionen. Enligt tidigare praxis har kravet på uppsåt vid rus i viss mån eftergetts i svensk rätt.<sup>156</sup> HD uttalade i ett fall att det kan ifrågasättas om det i mål som gäller ansvar för allvarliga brott är förenligt med principer som ligger till grund för Europakonventionen att efterge krav på uppsåt. Skuldprincipen kommer inte till direkt uttryck i konventionen, men utifrån art. 6.2 Europakonventionen har Europadomstolen prövat olika presumtioner där brott under vissa omständigheter anses begånget utan krav på uppsåt eller oaktsamhet. Dyliga presumtioner måste enligt Europadomstolen hållas inom rimliga gränser med beaktande av vad som står på spel och med bevarande av rätten att försvara sig.<sup>157</sup> HD ansåg av flera skäl att det inte längre var motiverat att upprätthålla äldre praxis och fastslog att en sedvanlig uppsåtsbedömning ska göras vid självförvållat rus.<sup>158</sup>

### 3.3.4. Legalitet

Principen om legalitet är en grundläggande rättsstatlig princip och återfinns i art. 7 Europakonventionen enligt följande lydelse:

---

<sup>153</sup> *Funke mot Frankrike*, 1993, *Saunders mot Storbritannien* 1996 och *Heaney och McGuinness mot Irland*, 2000.

<sup>154</sup> Konkurslag (1987:672).

<sup>155</sup> NJA 2001 s. 563.

<sup>156</sup> Jfr NJA 1973 s. 590.

<sup>157</sup> *Salabiaku mot Frankrike*, 1988, och *Janosevic mot Sverige*, 2002.

<sup>158</sup> NJA 2011 s. 563.

## **Artikel 7 – Inget straff utan lag**

*1. Ingen får fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde ett brott enligt nationell eller internationell rätt. Inte heller får ett strängare straff utmätas än som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks.*

*2. Denna artikel skall inte hindra lagföring och bestraffning av den som gjort sig skyldig till en handling eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks var brottslig enligt de allmänna rättsprinciper som erkänns av civiliserade stater.*

Motsvarande bestämmelse finns i svensk rätt i 1 kap. 1 § BrB. Olika legalitetsaspekter har inverkat på HD:s bedömningar. En aspekt är förbudet mot analogisk tolkning av straffbestämmelser. Med anledning av förbudet ansåg HD att egenmäktighet med barn i 7 kap. 4 § BrB första stycket, andra meningen, inte kunde tolkas analogiskt och sträckas utanför ordalydelsen ”*egenmäktigt bortför barnet*”. I det aktuella fallet hade modern gått med på att barnet skulle resa till Somalia med fadern, men därefter hade fadern kvarhållit barnet i landet mot moderns vilja. HD hänvisade i sitt resonemang kort till legalitetsbestämmelsen i art. 7 Europakonventionen utan att referera till några rättsfall. Med hänsyn till konventionen och den restriktivitet som uttalats i förarbeten till BrB ansåg HD att straffbestämmelsen enligt ordalydelsen inte kunde innefatta gärningen att kvarhålla barnet på en plats dit barnet ursprungligen förts i samförstånd mellan vårdnadshavarna. Målet återförvisades till HovR för förnyad prövning med anledning av HD:s ställningstagande.<sup>159</sup>

Legalitetsprincipen innehåller även en annan aspekt som påverkar formuleringen av en straffbestämmelse, nämligen ett obestämdhetsförbud. Principen ställer krav på att straffbestämmelser formuleras med viss precision. I ett fall som rörde tullbrott hade HD att bestämma om 8 § 1 st smugglingslagen<sup>160</sup> var förenlig med principen. Enligt bestämmelsen förutsätter straffansvar att det finns en skyldighet att betala tull, annan skatt eller avgift för den vara som förs in i landet, men det finns ingen vidare hänvisning till vilket föreskrift skyldigheten kommer till uttryck. Bestämmelsen är på det viset öppen. Det finns omfattande och komplicerad reglering på området med anknytning till EU. Europa-

---

<sup>159</sup> NJA 2006 s. 708.

<sup>160</sup> Lag (200:1225) om straff för smuggling.

domstolen har godkänt att föreskrifter i viss mån får vara öppna i den meningen att de kompletteras av bestämmelser på annat håll. HD hänvisade i resonemanget till Danelius och till några konkreta fall från Europadomstolen.<sup>161</sup> HD ansåg att öppenhetens betydelse i bestämmelsen var begränsad av att det inte var det enda kriteriet för ansvar för tullbrott. Rätten fastslog därför att 8 § smugglingslagen inte stod i strid med legalitetsprincipens obestämdhetsförbud och återförvisade målet till HovR för erforderlig handläggning.<sup>162</sup>

### 3.3.5. Rätten till liv

Rätten till liv som finns i art. 2 Europakonventionen har inverkat på bedömningen av nödvärnsrätten i ett fall från HD. Rätten har i Europakonventionen formulerats som följer:

#### *Artikel 2 – Rätt till liv*

*1. Envars rätt till liv skall skyddas genom lag. Ingen skall avsiktligen berövas livet utom för att verkställa domstols dom i det fall då han dömts för ett brott som enligt lag är belagt med sådant straff.*

*2. Ingen skall anses ha berövats livet i strid med denna artikel, när detta är en följd av våld som var absolut nödvändigt*

*a) för att försvara någon mot olaglig våldsgärning,*

*b) för att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra någon som lagligen är berövad friheten att undkomma,*

*c) för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror.*

I fallet som HD bedömde hade två unga män hamnat i knivbråk och den ena av dem avled till följd av skadorna. Den andra unga mannen tilltalades för mord, alternativt grov misshandel och vållande till annans död.<sup>163</sup> Med hänvisning till konventionen menade HD att det vid dödligt våld måste ställas höga krav på att något alternativ för att avvärja angreppet inte förelegat för att våldet inte ska anses vara uppenbart oförsvarligt. HD gjorde här endast en jämförande referens

---

<sup>161</sup> *Kokkinakis mot Grekland*, 1993, *Larissis m.fl. mot Grekland*, 1998 och *Cantoni mot Frankrike*, 1996.

<sup>162</sup> NJA 2007 s. 227.

<sup>163</sup> Mord 3 kap. 1 § BrB, grov misshandel 3 kap. 6 § BrB respektive vållande till annans död 3 kap. 7 § BrB.

till art. 2 i Europakonventionen utan att hänvisa till praxis från Europadomstolen. Under omständigheterna som förelåg i fallet ansåg HD att våldet var uppenbart oförsvarligt. Den tilltalade dömdes av majoriteten i HD för dråp.<sup>164</sup>

### **3.3.6. Lagstiftningens förenlighet med konventionen**

I ett par fall kommenterade HD lagstiftningen generellt. En dom från Europadomstolen 2003, *M.C. mot Bulgarien* gav HD anledning att analysera den svenska våldtäktslagstiftningen närmare.<sup>165</sup> Europadomstolen fann i det aktuella fallet att alla medlemsstater har en positiv förpliktelse enligt art. 3 och art. 8 Europakonventionen att straffbelägga och effektivt lagföra alla former om sexuella handlingar utan samtycke, även om offret inte gjort fysiskt motstånd.<sup>166</sup> Europadomstolen konstaterade att den internationella rättsutvecklingen talade för att brist på samtycke skulle vara avgörande istället för tvång.<sup>167</sup> De aktuella artiklarna i konventionen har följande lydelse:

#### ***Artikel 3 – Förbud mot tortyr***

*Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning*

#### ***Artikel 8 – Rätt till skydd för privat- och familjeliv***

*1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.*

*2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.*

---

<sup>164</sup> NJA 2005 s. 237.

<sup>165</sup> *M.C. mot Bulgarien*, 2003.

<sup>166</sup> Se *M.C. mot Bulgarien*, punkt 152-153.

<sup>167</sup> Se *M.C. mot Bulgarien*, punkt 154-166.

Våldtäktslagstiftningen blev aktuellt i HD i ett fall från året efter domen i Europadomstolen. HD gjorde en kort sammanfattning av slutsatsen i *M.C. mot Bulgarien* och förklarade vidare att syftet med de svenska sexualbrottsbestämmelserna<sup>168</sup> främst var att skydda den enskildes sexuella integritet. Våldtäkt föreligger om gärningspersonen genom våld eller hot som innebär, eller för den hotade framstår som, trängande fara tilltvingar sig samlag eller annat jämförligt sexuellt umgänge. Kravet på våldet som förekommit har satts lågt i praxis och likställs med att försätta offret i vanmakt eller annat sådant tillstånd. Det våld, hot eller tvång som förekommit tjänar som bevis på att det sexuella umgänget inte var frivilligt. Det finns även straffbestämmelser som skyddar särskilt utsatta grupper där straffansvar aktualiseras oberoende av samtycke. Med utsatta grupper avsåg HD underåriga, personer som står i beroendeställning till gärningspersonen eller lider av psykisk sjukdom. Samtycke befriar inte från ansvar för sexuellt utnyttjande som bygger på intresset att skydda personer som på grund av särskilda omständigheter kan sakna förmåga att motsätta sig ett sexuellt umgänge.<sup>169</sup>

Vidare kommenterar inte HD lagstiftningen utan går vidare till att pröva omständigheterna i fallet. Med argumentationen utgår jag från att HD menade att den svenska lagstiftningen lever upp till konventionens krav. Victor anser att det är uppenbart att HD inte anser att lagstiftningen står i strid med förpliktelser enligt Europakonventionen.<sup>170</sup>

I ett annat fall hade en gärningsperson filmat sin före detta fru och hennes nya partner med hjälp av en dold kamera i deras sovrum. Filmer av paret när de hade sex spreds sedan till målsägandens familjemedlemmar och vänner. HD konstaterade att det inte fanns något generellt förbud mot att utan samtycke filma en enskild person eller att visa en film där en enskild person förekommer, trots att detta i vissa situationer kan vara djupt integritetskränkande. I de fallen kan inte heller skadestånd utdömas, eftersom inget brott förelåg.<sup>171</sup> I svensk rätt är personlig integritet inte skyddad i rättighetskatalogen i 2 kap. RF. Motivet till detta har varit att det inte går att ge begreppet en entydig definition och avgränsning. Däremot finns ett stadgande i 1 kap. RF, som mer är en målsättning för det allmänna att värna om enskildas privatliv och familjeliv. Rätten till respekt för privat- och familjeliv tillkommer var och en enligt art. 8 Europakonventionen. I första hand gäller artikeln godtyckliga ingrepp från det allmänna, men ger även det allmänna skyldighet att se till att respekten för privat- och familjeliv upprätthålls i förhållande mellan enskilda.<sup>172</sup> HD

---

<sup>168</sup> Se 6 kap. BrB, våldtäkt regleras i 6 kap. 1 § BrB.

<sup>169</sup> NJA 2004 s. 231.

<sup>170</sup> VICTOR, vid s. 383.

<sup>171</sup> Se 2 kap. 3 § skadeståndslagen (1997:207), kränkingsersättning p.g.a. brott.

<sup>172</sup> Jfr. positiv förpliktelse ovan 2.1.1.

ifrågasatte i domen om det är förenligt med Europakonventionen att lämna ett sådant förfarande osanktionerat. Hänvisning gjordes till HD:s tidigare praxis och till ett fall från Europadomstolen.<sup>173</sup> Åtalet skedde under rubriceringen ofredande, men HD fann inte lagligt stöd för att döma den tilltalade till ansvar för det brottet, bland annat med hänvisning till legalitetsprincipen i art. 7 Europakonventionen och krav på klart och tydligt lagstöd för straffansvar.<sup>174</sup>

Sveriges lagstiftningskyldigheter angående smygfilmning har senare prövats av Europadomstolen i ett fall där en klagande anförde att svenska staten inte uppfyllt skyldigheten enligt art. 8 Europakonventionen att tillhandahålla rättsmedel för en integritetskränkande smygfilmning. En flicka hade i fallet filmats i duschen av sin styvpappa. Fallet prövades av Europadomstolen i stor kammare och domstolen fann att Sverige hade kränkt den klagandes integritet enligt art. 8 Europakonventionen eftersom det varken fanns civilt eller straffrättsligt rättsmedel mot kränkningen.<sup>175</sup> En ny bestämmelse har sedan dess införts i 4 kap. 6a § BrB om kränkande fotografering, som började gälla 1 juli 2013.<sup>176</sup>

### 3.3.7. Sammanfattning rättigheter och straffbarhet

HD försöker i stor utsträckning tolka bestämmelser så att de står i överensstämmelse med rättigheterna enligt Europakonventionen. Straffbarheten för brottet hets mot folkgrupp har begränsats med hänvisning till yttrandefriheten enligt konventionen. Av betydelse är om uttalandena uppmanar eller förespråkar hat och sammanhanget där yttrandena lämnas. Uttalanden i förarbeten har frångåtts för att tolka bestämmelsen fördragskonformt.

Provokativa åtgärder av polisen kan inverka på gärningars straffbarhet. Om rätten till rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävs på grund av provokationer utgör det en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Om det inte var frågan om en flagrant kränkning av rätten till rättvis rättegång utan så kallad bevisprovokation beaktades provokationen vid straffmätningen och gav anledning till strafflindring. Omständigheter som framkommer i brottsutredningar kan ges lägre bevisvärde om de föregåtts av provokation. HD har även bedömt att provokationen inte behöver påverka straffbarheten av en gärning om det finns stöd i utredningen att brott skulle ha begåtts oavsett de provokativa åtgärderna. Provokation har även varit grund för resning.

---

<sup>173</sup> Se NJA 2008 s. 946, s. 960 i domen. Hänvisning till NJA 2007 s. 747 och till *von Hannover mot Tyskland*, 2004.

<sup>174</sup> NJA 2008 s. 946.

<sup>175</sup> *Söderman mot Sverige*, 2013.

<sup>176</sup> Lagändring genom prop. 2012/13:69.

Legalitetsprincipen i konventionen har gjort att innebörden av straffbestämmelser inte får utvidgas utanför den bokstavliga lydelsen av brottet. Att en vårdnadshavare kvarhåller ett barn på en plats dit det förts med den andra vårdnadshavarens tillåtelse kunde inte medföra ansvar under formuleringen egenmäktigt bortföra barnet. När en straffbestämmelse hänvisar till annan lagstiftning utan direkt hänvisning till bestämmelser har öppenheten ansett förenlig med legalitetsprincipens obestämdhetsförbud.

I ett fall fann inte HD lagligt stöd för straffansvar för en integritetskränkande smygfilmning, men uttalade det olämpliga i att gärningen var osanktionerad som en uppmaning till lagstiftaren. Ämnet har senare prövats av Europadomstolen och en ny bestämmelse har införts i BrB om integritetskränkande fotografering.

Rätten till liv enligt konventionen har inverkat på HD:s bedömning av nödvärnsrätten. Europadomstolen ställer krav på att det vid dödligt våld inte ska ha funnits några alternativ för att avvärja angreppet.

Några övriga aspekter av Europakonventionen har inverkat på straffbarheten bland annat för mened genom rätten att inte lämna uppgifter om egen brottslighet under straffansvar. Konventionen är även en del av bedömningen i att kravet på uppsåt vid självförvållat rus inte får efterges.



### 3.4. Europakonventionen påverkar processen

Den andra gruppen av fall gäller situationer då Europakonventionen påverkar processen i något avseende. Av totalt 12 fall i gruppen var alla relaterade till olika aspekter av art. 6 Europakonventionen. Även rätten till privatliv enligt art. 8 Europakonventionen aktualiserades i ett fall. Artiklarna finns återgivna i fulltext i avsnittet ovan.<sup>177</sup>

#### 3.4.1. Bevisning

I svensk processrätt råder fri bevisprövning enligt 35 kap. 1 § 1 st RB, vilket inkluderar såväl fri bevisföring som fri bevisvärdering. Detta innebär att all bevisning kan läggas fram och domstolen får fritt bedöma värdet av all bevisning som förekommer i målet. Ett undantag från principen finns i 35 kap. 7 § RB som tillåter att bevisning avvisas om den uppenbart skulle bli utan verkan. Vid bedömning av bevisningens tillåtlighet visar HD:s praxis att hänsyn måste tas även till Europakonventionen.

I ett fall där den tilltalade ville åberopa vittnesförhör med sju personer för att styrka att målsäganden i fallet led av mytomani och inte var trovärdig hade HovR avvisat förhören. Efter en beskrivning av innehållet i art. 6.3 d) Europakonventionen med hänvisning till Danelius fann HD att det stred mot artikeln, som tillåter den tilltalade att kalla och förhöra vittnen för egen räkning, att avvisa de vittnesförhör som åberopats. HD motiverade sitt ställningstagande med utgångspunkt från Europadomstolens avgörande i fallet *Jerusalem mot Österrike* där Europadomstolen påpekat att det är inkonsekvent av nationella domstolar att å ena sidan finna vissa påståenden obevisade och å andra sidan vägra att uppta erbjuden bevisning på grund av att den ansågs irrelevant.<sup>178</sup> HD menade att det var extra viktigt för HovR att vara generös med bevisning eftersom målsägandens berättelse i huvudsak låg till grund för bedömningen. Målet återförvisades till HovR för ny handläggning sedan HD beslutat att tillåta vittnesförhören och upphävt HovR tidigare beslut om avvisning.<sup>179</sup>

Bevisning i form av en film som inkommit till Åklagarmyndigheten från en anonym avsändare ansåg HD vara tillåten, och inte strida mot art. 6 i Europakonventionen, om bevisningen fick stöd i övrig utredning i målet. HD baserade slutsatsen på Danelius redogörelse för innebörden av art. 6 Europakonventionen. Om det råder oklarheter om bevisningens tillkomst, konstaterade HD vidare att

---

<sup>177</sup> Art. 6 Europakonventionen på s. 23-24 och art. 8 Europakonventionen på s. 37.

<sup>178</sup> *Jerusalem mot Österrike*, 2001.

<sup>179</sup> NJA 2007 s. 547.

det kan påverka vilka slutsatser som kan dras på grundval av denna. Under omständigheterna i fallet fann HD inte åtalet styrkt, varken av videon eller av övrig utredning.<sup>180</sup>

Under hemlig teleavlyssning hade information framkommit som rörde annan brottslighet än den som föranlett spaningsåtgärden att avlyssna personen. Bevisningens tillåtlighet i detta fall aktualiserade inte bara art. 6, utan även rätten till privatliv enligt art. 8 i Europakonventionen. Ett krav för att inskränka rättigheten är att åtgärden har stöd i lag som inte är alltför otydlig eller allmänt formulerad. Frågan var vid tillfället inte reglerad i lag, men påverkade i sig inte frågan om bevisvärdet av överskottsinformation. Enligt art. 6 Europakonventionen är det i första hand upp till den nationella domstolen att avgöra tillåtlighet av bevisning och Europadomstolen har ibland ansett att det kan vara legitimt att åberopa utredning som framskaffats i strid med konventionen.<sup>181</sup> Domstolen lägger vikt vid om utredningen är det enda som ligger till grund för en fällande dom eller om domen grundats på en samlad bedömning av olika bevis, vilket HD tar fasta på. HD hänvisar till några olika fall från Europadomstolen och tar främst fasta på *Khan mot Storbritannien*. Under omständigheterna i det fallet hade bevisning som tagits fram genom teleavlyssning utan uttryckligt lagstöd godtagits som grund för en fällande dom utan ytterligare stödbevisning.<sup>182</sup> HD beslutade att det inte fanns skäl att avvisa bevisningen. Vid bevisvärdering betonade HD att informationen skulle värderas med försiktighet, men att den under omständigheterna ändå styrkte åtalet på grund av detaljnivån och uttryckssätten som använts.<sup>183</sup>

Det bör här anmärkas att efter rättsfallet har hantering av överskottsinformation från hemlig teleavlyssning lagreglerats i 27 kap. 23a § RB.<sup>184</sup>

### 3.4.2. Anklagelse

En annan minimirättighet som tillkommer alla som anklagats för ett brott är rätten att i detalj bli underrättad om innebörden av anklagelsen och grunden för den enligt art. 6.3 a) Europakonventionen. I svensk rätt regleras utformningen av åklagarens gärningsbeskrivning i 45 kap. 4 § 3 p RB, som anger att den ska innehålla tid och plats, kännetecknande omständigheter för gärningen samt åberopade bestämmelser.

---

<sup>180</sup> NJA 1998 s. 204.

<sup>181</sup> Bl.a. *Schenk mot Schweiz*, 1988, *Khan mot Storbritannien*, 2000, och *PG och JH mot Storbritannien*, 2001.

<sup>182</sup> *Khan mot Storbritannien*, 2000.

<sup>183</sup> NJA 2003 s. 323. Slutsatsen kan även jämföras med ovan angivna fall.

<sup>184</sup> Införd genom prop. 2004/05:143. Frågan har även behandlats i SOU 2012:44.

En aspekt av en brottsanklagelse som varit föremål för HD:s prövning är gärningsbeskrivningens utformning. HovR hade i ett fall beaktat en omständighet som försvårande utan att den var upptagen i själva gärningsbeskrivningen. Omständigheten var avgörande för att brottet kvalificerades som grovt. Om ett överraskande moment ges betydelse vid bedömningen om ett brott är grovt kan det innebära avsteg från rätten att kunna försvara sig enligt art. 6 i konventionen, menade HD med hänvisning till Danelius. Även om det inte finns något krav enligt svensk rätt att försvårande omständigheter ska tas upp i gärningsbeskrivningen ansåg HD att den tilltalade i praktiken saknat möjlighet att effektivt försvara sig i detta hänseende. Detta bedömdes vara ett rättegångsfel vilket medförde att domen upphävdes och målet återförvisades till HovR för ny handläggning.<sup>185</sup>

I ett annat fall analyserades gärningsbeskrivningens språkanvändning. Åtalet gällde tryckfrihetsbrottet förtal<sup>186</sup> och frågan var om ”erotisk film” var liktydigt med ”pornografisk film”. Som uttryck har ”erotisk film” inte någon klar och otvetydig innebörd, men HD ansåg att så som målsäganden använt uttrycket i gärningsbeskrivningen och utformat sin talan var den tilltalade redan i tingsrätten införstådd med den avsedda betydelsen av uttrycket. På grund av detta och eftersom ”pornografisk film” är en möjlig tolkning av uttrycket i gärningsbeskrivningen fann HD att den tilltalades rätt att försvara sig och i detalj bli underrättad om anklagelsen emot honom inte hade kränkts. Till stöd för detta refererade HD till sitt eget resonemang i en tidigare dom, inte till något konkret fall från Europadomstolen.<sup>187</sup> Därmed förelåg inget hinder att mot att lägga påståendet till grund för prövningen.<sup>188</sup>

I ytterligare ett annat fall fann HovR att gärningen inte var brottslig under rubriceringen som åklagaren angivit, men väl under rubriceringen förtal enligt 5 kap. 1 § BrB.<sup>189</sup> Enligt 30 kap. 3 § RB är rätten inte bunden av yrkande om brottets rättsliga beteckning eller tillämpligt lagrum, men hänsyn måste ändå tas till Europakonventionen. HD hänvisar svepande till art. 6 Europakonventionen utan att gå in på specifika rättsfall. HD bedömde att rätten att försvara sig inte kränkts eftersom HovR inhämtat yttrande från åklagaren och den tilltalade med angivelse av den rubricering domstolen lade till grund för sin senare dom.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> NJA 2003 s. 486.

<sup>186</sup> 7 kap. 4 § 14 p TF, jfr. med 5 kap. 1 § BrB.

<sup>187</sup> HD:s dom den 29 oktober 2003 i mål B 2740-03, senare refererat i NJA 2003 s. 486. Fallet har sammanfattats ovan.

<sup>188</sup> NJA 2003 s. 567.

<sup>189</sup> Åklagaren hade väckt åtalet som bland annat sexuellt ofredande enligt 6 kap. 10 § BrB.

<sup>190</sup> NJA 2004 s. 757.

Åklagaren hade i ett åtal om insiderbrott<sup>191</sup> i gärningsbeskrivningen namngett en person som skulle ha gett den tilltalade information om en affärshändelse vilken inte var allmänt känd. Varken HovR eller HD fann det styrkt att den tilltalade fått information från den utpekade personen. Frågan var därför om rätten kunde pröva om den tilltalade fått informationen från någon annan person (vem som helst), utan att inskränka den tilltalades rätt att i detalj bli underrättad om anklagelsen riktad mot honom eller hans möjlighet att försvara sig. I resonemanget hänvisade HD endast till Danelius angående innebörden av art. 6 Europakonventionen och menade att gärningsbegreppet skulle vara snävare än RB:s innebörd med anledning av rätten att försvara sig. Enligt 30 kap. 3 § RB får en dom inte avse annan gärning än den som åtalet gäller, men rätten är inte bunden av åklagarens hänvisning till tillämpligt lagrum. Regelns syfte är att ge den tilltalade ett skydd mot att bli dömd för en gärning som han eller hon inte haft anledning att försvara sig emot. Gärningsbeskrivningen sätter ramen för processen och styr processens innehåll. Målet aktualiserade även problematik kring s.k. överskottspåstående. Vem den tilltalade fått informationen från ingår nämligen inte som ett nödvändigt moment i brottsbeskrivningen för insiderbrott, utan det avgörande är informationens karaktär som allmänt känd eller inte. HD kom fram till att påståendet hade ett förhållandevis nära samband med brottsrekvisiten i det aktuella fallet och fann att påståendet om vem informationen kommit ifrån måste bevisas för att aktualisera straffansvar. Att döma efter påståendet ”vem som helst” ansåg HD vara att döma över en annan gärning än åtalet avsåg. Den tilltalade frikändes eftersom det inte var bevisat att han fått information från den namngivna personen.<sup>192</sup>

När åklagaren inför förhandlingen i HD angående ett åtal för mordbrand justerade gärningsbeskrivningen genom att lägga till ett andrahandsyrkande gällande allmänfarlig vårdslöshet<sup>193</sup> fick HD anledning att ta ställning till innebörden av art. 6 Europakonventionen. Med hänvisning till praxis från Europadomstolen, främst *Pélissier mot Frankrike*, konstaterade HD att rätten att i detalj bli underrättad om en brottsanklagelse hade utvecklats och även innefattade en rätt för den tilltalade att bli underrättad om den rättsliga kategoriseringen av anklagelsen.<sup>194</sup> Den tilltalade kunde inte längre enligt HD dömas enligt en viss straffbestämmelse utan att i förväg ha fått reda på att den skulle kunna vara tillämplig samt beretts möjlighet att anpassa sitt försvar därefter. Detta fick betydelse eftersom preskriptionstiden för allmänfarlig vårdslöshet hade löpt ut vid justeringen av åtalet, men däremot inte preskriptionstiden för mordbrand. Eftersom den tilltalade inte hade underrättats om kategoriseringen av gärningen som allmänfarlig vårdslöshet hade inget

---

<sup>191</sup> 2 § lag (2005:377) om straff för marknadsmissbruk vid handel med finansiella instrument.

<sup>192</sup> NJA 2013 s. 7.

<sup>193</sup> Mordbrand regleras i 13 kap. 1 § BrB och allmänfarlig vårdslöshet i 13 kap. 6 § BrB.

<sup>194</sup> *Pélissier mot Frankrike*, 1999.

preskriptionsavbrott skett och majoriteten i HD lämnade åtalet utan bifall. Två skiljaktiga ledamöter ansåg att brister i rätten att försvara sig botas genom förhandling i högre rätt med en allmän hänvisning till praxis från Europadomstolen.<sup>195</sup>

I sammanhanget bör nämnas att en statlig utredning nyligen föreslog att ansvaret i brottmålsrättegångar ska ses över och rollerna mellan åklagare, domare och tilltalad i viss mån förändras. Utredningen har ännu inte lett till någon lagstiftningsåtgärd.<sup>196</sup>

### 3.4.3. Frånvaro

Den tilltalades rätt att närvara vid förhandling i domstol är en del av rätten att försvara sig enligt art. 6.3 c) Europakonventionen. HD betonar i avgöranden i detta hänseende att den tilltalades närvaro är viktig för rättssäkerhet i brottmål och för att förtroendet för rättsväsendet kan ta skada av att en tilltalad i sin frånvaro döms till en ingripande påföljd.<sup>197</sup> Europadomstolen har i praxis ställt krav på att, om en betydande straffskärpning förväntas, bör den tilltalades närvaro krävas i så lång utsträckning som möjligt med hänsynstagande till intresset av en rimligt effektiv lagföring. Detta oberoende av den tilltalades inställning till att infinna sig.<sup>198</sup> Mål kan enligt svensk rätt avgöras enligt bestämmelsen i 51 kap. 21 § 4 st första meningen RB om den tilltalade i HovR inställt sig endast genom ombud.

I ett av fallen som berörde frånvaro befann sig den tilltalade utomlands vid tiden för förhandlingen i HovR och inställde sig endast genom sin offentlige försvarare. Den tilltalade hade blivit kallad i vederbörlig ordning och fått ett vitesföreläggande att inställa sig, vilket HD lade vikt vid. I resonemanget hänvisades till ett par fall från Europadomstolen men HD drog slutsatsen att ifall den tilltalade kallats till förhandling i behörig ordning, men själv valt att inställa sig endast genom ombud, så kan det inte vara oförenligt med art. 6 Europakonventionen att hålla förhandling utan den tilltalades personliga närvaro. Med anledning av detta samt att påföljden för brottet inte kunde förväntas bli annat än böter ansåg HD att inget rättegångshinder förelegat att pröva åtalet i HovR. Handläggningen anmärktes dock ha varit olämplig.<sup>199</sup>

---

<sup>195</sup> NJA 2011 s. 611.

<sup>196</sup> SOU 2013:17.

<sup>197</sup> NJA 2000 s. 661, se s. 665 i domen samt NJA 2009 s. 836, se s. 843 i domen.

<sup>198</sup> Bl.a. *Cooke mot Österrike*, 2000.

<sup>199</sup> NJA 2000 s. 661.

Straffskärpningsen var betydande i ett annat fall då den tilltalade inte närvarat vid en förhandling. Efter att ett åtal om grovt narkotikabrott och narkotikasmuggling ogillats i tingsrätten, dömde HovR den tilltalade till 10 års fängelse. HD förde resonemang att det inte fanns någon ovillkorlig rätt att närvara i högre rätt med referens till Danelius. Med tydlig kontrast till fallet ovan ansåg HD att det förelegat hinder för förhandlingen i HovR på grund av straffskärpningsen med direkt hänvisning till *Cooke mot Österrike*.<sup>200</sup> Domen undanröjdes och återförvisades till HovR för ny behandling i.<sup>201</sup>

#### 3.4.4. Jäv

Jävsbestämmelsen i 4 kap. 13 § RB har tolkats med hänsyn till Europakonventionen. Två fall har behandlats i HD sedan 1995. Jäv föreligger enligt Europadomstolen när en part kan hysa objektivt berättigat tvivel angående domstolens opartiskhet.<sup>202</sup> Om en domare har deltagit i ett tidigare mål där uppgifter om den tilltalades skuld förekommit är domaren att anse som partisk.<sup>203</sup>

Den tilltalade i ett fall som togs upp i HD hade tidigare fällt för medhjälp till mened. Det aktuella fallet rörde åtal för mutbrott och en fråga uppkom om det förekommit jäv i HovR:s handläggning. En av nämndemännen hade deltagit i den tidigare menedsförhandlingen där samma person var under åtal. Målen rörde delvis överlappande omständigheter och uppgifterna i menedsmålet var enligt HD av avgörande betydelse för åtalet om mutbrott. HD hänvisade till art. 6 Europakonventionen som utfyllnad till RB:s generalklausul om jäv i 4 kap. 10 § RB. I artikeln stadgas att varje anklagelse för brott ska prövas inför en opartisk domstol. I resonemanget redogjorde HD för *Hauschildt mot Danmark* och *Ferrantelli och Santangelo mot Italien*. Praxis från Europadomstolen angående vad som utgör en opartisk domstol tolkades av HD som att nämndemannens deltagande utgjorde jäv. HD återförvisade målet i denna del till HovR för ny behandling.<sup>204</sup>

I ett annat mål hade HovR funnit en man skyldig till grovt sexuellt utnyttjande av underårig och sexuellt ofredande och förordnat om en rättspsykiatrisk undersökning.<sup>205</sup> Den tilltalade hade därefter åberopat ny muntlig och skriftlig

---

<sup>200</sup> *Cooke mot Österrike*, 2000.

<sup>201</sup> NJA 2009 s. 836.

<sup>202</sup> *Hauschildt mot Danmark*, 1989.

<sup>203</sup> *Ferrantelli och Santangelo mot Italien*, 1996.

<sup>204</sup> NJA 1998 s. 228. Mened regleras i 15 kap. 1 § BrB och mutbrott vid tidpunkten i 20 kap. 2 § BrB (numera bland korruptionsbrotten i 10 kap. BrB).

<sup>205</sup> Grovt sexuellt utnyttjande av barn 6 kap. 2 § BrB och sexuellt ofredande 6 kap. 10 § BrB (båda bestämmelserna har ändrad lydelse sedan fallet).

bevisning med syfte att belysa målsägandens trovärdighet. HovR avvisade bevisningen med stöd av 35 kap. 7 § RB efter att en annan avdelning i HovR konstaterat att jäv inte förelåg för domstolen (i den aktuella sammansättningen) att fatta beslut om den tillkomna bevisningen. HD gjorde en annan bedömning med hänvisning till ett fall från Europadomstolen där uttrycket ”*objektivt berättigat tvivel angående domstolens opartiskhet*” använts.<sup>206</sup> HD ansåg att den tilltalades önskan att nya ledamöter skulle pröva hans yrkande om bevisning var förståelig och anförde även att ställningstagandet i skuldfrågan gjorde att domstolens opartiskhet kunde ifrågasättas ur objektiv synvinkel. HD undanröjde HovR beslut att avvisa bevisningen och återförvisade målet till HovR för ny behandling.<sup>207</sup>

### 3.4.5. Sammanfattning rättigheter och process

Europakonventionen har fått betydelse för bevisning i brottmål, anklagelsens formulering, den tilltalades närvaro vid förhandling i domstol och frågor om ledamöters jäv. Principen om fri bevisvärdering råder i Sverige men ska beaktas med försiktighet med hänvisning till Europakonventionen. Det finns anledning att tolka undantaget från principen mer restriktivt och inte avvisa bevisning som den tilltalade vill framföra angående målsägandens trovärdighet. Bevisning med okänt ursprung är inte heller förbjuden enligt Europakonventionen men bör tolkas med försiktighet och slutsatserna bör ha stöd i annan bevisning. Så kallad överskottsbevisning vid hemlig teleavlyssning bör också ha stöd i annan bevisning för att läggas till grund för straffansvar. Frågan har senare lagreglerats.

För att rätten att försvara sig inte ska kränkas är det viktigt att den tilltalade får möjlighet att närvara vid domstolsförhandlingar. Frånvaro kan utgöra ett rättegångshinder, men bedömningen beror på vilken grad av straffskärpning som förväntas. Innebörden av rättigheten kräver även att den tilltalade i detalj blir underrättad om anklagelsen som riktats emot honom eller henne. HD har tolkat denna som att gärningspåståendet bör innehålla den rättsliga kategoriseringen av gärningen och även de försvårande omständigheter som ska beaktas. Av vikt är även att den rent språkliga formuleringen är tydlig och att innebörden av anklagelsen framgår.

Europakonventionen har inverkat på tolkningen av RB:s jävsbestämmelse. Ledamöter som tidigare har deltagit i förhandlingar där den tilltalade deltagit anses jäviga. Om ledamöter redan har fattat beslut i skuldfrågan föreligger jäv att bedöma om nytillkommen bevisning ska tillåtas. Europadomstolen utgår från om

---

<sup>206</sup> *Hauschildt mot Danmark*, 1989.

<sup>207</sup> NJA 1998 s. 82.

en part har objektivt berättigat tvivel om domstolens opartiskhet vid bedömningen om jäv föreligger. Jäv utgör ett rättegångshinder och leder till att förhandlingar får tas om.



### 3.5. Europakonventionen påverkar påföljden

Påföljden har påverkats av Europakonventionen i sex fall i undersökningen. Den vanligaste anledningen var långa handläggningstider och kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid enligt art. 6 Europakonventionen. Även rätten till privatliv enligt art. 8 Europakonventionen och aspekten av rätten till rättvis rättegång enligt art. 6 Europakonventionen som aktualiseras när en åtalad får strafflindring för att vittna mot sina medbrottslingar.<sup>208</sup>

#### 3.5.1. Rättegång inom skälig tid

Långsam handläggning har varit ett problem såväl i svensk rättsskipning som vid klagomål till Europadomstolen. Problemen har kort berörts ovan i denna uppsats. Dröjsmål har i tre fall påverkat påföljden av brott och kommer att behandlas ingående nedan.

##### 3.5.1.1. Flera betydelser av dröjsmål

Var och en har rätt till rättvis rättegång inom skälig tid enligt art. 6.1 Europakonventionen. Rätten kan jämföras med ett av billighetsskälerna i 29 kap. 5 § BrB, där tidsutdräkt kan medföra strafflindring. HD fastslog i ett rättsfall från 2003 att kompensation för långsam handläggning enligt Europakonventionen måste göras i en självständig prövning.<sup>209</sup> Bakgrunden till fallet var att Europadomstolen i fallet *Kudla mot Polen* fastslog att art. 13 Europakonventionen, som stadgar var och ens tillgång till effektivt nationellt rättsmedel, även gäller klagomål angående rätten till rättegång inom skälig tid. Tidigare hade domstolen prövat långa handläggningstider enbart utifrån art. 6.1 Europakonventionen, men i *Kudla-fallet* fastslog Europadomstolen i stor kammare att det finns en särskild skyldighet att tillhandahålla effektivt nationellt rättsmedel för prövning av påstådda kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid.<sup>210</sup> Enligt Europadomstolen behöver rättsmedlet inte ge möjlighet till ekonomisk gottgörelse i form av skadestånd, i brottmål kan kompensationen bestå i att påföljden påverkas till den tilltalades förmån. Syftet med kompensationen (det vill säga att gottgöra kränkningen) ska i så fall tydligt framgå, kompensationen ska vara tydlig och mätbar samt ha varit av väsentlig betydelse för påföljden. Om det inte finns tillgång till ett effektivt rättsmedel för prövning av dröjsmål

---

<sup>208</sup> Artiklarna finns återgivna i fulltext ovan, art. 6 Europakonventionen s. 23-24 och art. 8 s. s. 37.

<sup>209</sup> Se NJA 2003 s. 414, s. 433 i domen.

<sup>210</sup> Ett av skälen till avgörandet var den stora måltillströmningen till Europadomstolen, se inledningen samt DANELIUS, s. 511.

föreligger därför i princip två konventionsbrott, dels av rätten till rättegång inom skälig tid, dels av rätten till effektivt rättsmedel.<sup>211</sup> Dröjsmålet har därför dubbel konventionsrättslig betydelse. Eftersom dröjsmål även kan beaktas enligt svensk rätt som ett billighetskäl vid påföljdsbedömning enligt 29 kap. 5 § BrB får dröjsmålet ytterligare en betydelse.

HD har fastslagit att påföljds lindring ska vara det primära rättsmedlet vid långsam handläggning.<sup>212</sup> I en dom skriver HD:

*”I ett mål i svensk domstol angående frågan huruvida staten har respekterat den enskildes rättigheter enligt konventionen är det primärt konventionens ställning såsom svensk lag som får betydelse. Det ankommer därför på domstolen att göra en egen bedömning av den innebörd som artiklarna i konventionen har. Det innebär att artiklarna kan tolkas och preciseras så att de ger en enskild längre gående rättigheter enligt svensk rätt än enligt vad som följer av konventionen och Europadomstolens hittillsvarande praxis. Detta förhållningssätt leder till att i takt med utvecklingen av den svenska rättsbildningen kommer Europadomstolens praxis att få allt mindre betydelse när det gäller tillämpningen av Europakonventionen såsom svensk lag. Dess relevans kommer främst att ligga i att den sätter gränser för vad som är en tillåten nationell rättsutveckling. Att rättsbildningen håller sig inom konventionens gränser ankommer såvitt gäller de allmänna domstolarnas kompetensområde främst på HD att vaka över”<sup>213</sup>*

Prövningen om det finns anledning att beakta sen lagföring med hänvisning till 29 kap. 5 § 7 p BrB respektive påföljds lindring såsom kompensatoriskt rättsmedel måste göras åtskilt.<sup>214</sup> HD har inte funnit stöd i svensk rätt för att åtal skulle avvisas eller ogillas på grund av att rättegång inte hållits inom skälig tid, utan frågan prövas som skäl för en lindrigare påföljd.<sup>215</sup> Ågren beskriver det som att dröjsmål som billighetskäl vilar på en princip om hänsynstagande till att lång tid har gått utan att brottet preskriberats, eftersom behovet av rättsligt ingripande minskar ju längre tid som har förflutit sedan brottet begicks. Hänsyn tas till de sociala konsekvenser den långa väntan faktiskt eller typiskt sett inneburit för den tilltalade. Straff lindringen till följd av art. 6 Europa-

---

<sup>211</sup> *Eckle mot Tyskland*, 1982, och *Beck mot Norge*, 2002.

<sup>212</sup> Se NJA 2012 s. 1038 I, punkt 17 i HD:s dom.

<sup>213</sup> Se NJA 2012 s. 1038 I, punkt 15 i HD:s dom.

<sup>214</sup> ÅGREN, s. 266.

<sup>215</sup> NJA 2003 s. 414 s. 432-433 i domen.

konventionen har sin grund i att den tilltalade drabbats av rättssäkerhetskränkningar.<sup>216</sup>

### 3.5.1.2. Självständig prövning av kränkningen

I fallet från 2003 konstaterade HD att kraven som Europadomstolen ställt i praxis kräver att en kränkning enligt Europakonventionen måste göras i en självständig prövning, inte inom ramen för 29 kap. 5 § 7 p BrB. *Kudla-fallet* var centralt i resonemanget och HD hänvisade även till andra fall från Europadomstolen där det konstaterats att gottgörelse inte måste ske genom ekonomisk kompensation.<sup>217</sup> Dröjsmålstiden i fallet bedömdes vara ungefär nio år vilket utgjort en kränkning av art. 6 Europakonventionen. HD beaktade dröjsmålet i två hänseenden. För det första ansåg HD, utan närmare resonemang, att kränkningen var gottgjord genom att fängelsestraffet halverades i förhållande till brottslighetens straffvärde. Ursprungligen var straffvärdet tre års fängelse men sänktes härigenom till ett år och sex månaders fängelse. För det andra beaktades dröjsmålet i straffmätningen med hänsyn till billighetsskäl i 29 kap. 5 § BrB tillsammans med övriga omständigheter som avses i paragrafen. HD sänkte därmed straffet ytterligare sex månader.<sup>218</sup> HD fann inga skäl som talade för en lindrigare påföljd än fängelse och dömde den tilltalade till ett års fängelsestraff.<sup>219</sup>

### 3.5.1.3. Dröjsmålets lindringsvärde

Några år senare klargjorde HD genom två förenade mål hur kompensation vid dröjsmål ska ske. HD för ett utförligt resonemang med hänvisning till tidigare prejudikat och till fall från Europadomstolen. Främst tar HD fasta på fallet *Scordino mot Italien*.<sup>220</sup> Påföljds lindring som kompensatoriskt rättsmedel skulle enligt HD så långt som möjligt anpassas till det straffrättsliga systemet. Kränkningen av art. 6 Europakonventionen ska prövas efter det att den rent straffrättsliga bedömningen av påföljdsfrågan har gjorts. När detta görs ska kränkningsgraden fastställas, på ett sätt som låter sig jämföras med den påföljd som annars skulle ha dömts ut, i ett ”lindringsvärde”. HD fastslog att utgångspunkten ska vara att påföljds lindring blir aktuellt först efter en viss nivå

---

<sup>216</sup> ÅGREN, s. 272-274.

<sup>217</sup> *Eckle mot Tyskland*, 1982, *Beck mot Norge*, 2002 och *Pietiläinen mot Finland*, 2002.

<sup>218</sup> Utöver dröjsmålet var omständigheterna HD tog fasta vid att den tilltalade hade avskedats från sin tjänst, inte kunnat få nytt arbete och varit underkastad reseförbud under 11 månader.

<sup>219</sup> NJA 2003 s. 414.

<sup>220</sup> *Scordino mot Italien*, 2006. Jfr. punkt 7 t.o.m. punkt 16 i NJA 2012 s. 1038 I. Resonemanget ligger även till grund för avgörandet i NJA 2012 s. 1038 II som meddelades samma dag.

av kränkning. En riktpunkt domstolen uttalar är att ett års dröjsmål svarar mot ett straffmättningsmässigt lindringsvärde på ungefär en månads fängelse. Hänsyn ska även tas till hur allvarligt brottet är, samt att lindringen inte kommer till åtnjutande förrän i slutet av avtjänandetiden av långa fängelsestraff. Sådana faktorer kan höja kränkingsgraden och leda till att kompensationen bör höjas. Dröjsmålet ska dock vara huvudfaktor för bestämmande av kränkingsgrad och lindringsvärde.<sup>221</sup>

Likt omständigheterna i 29 kap. 5 § BrB får minimistraffen för brott underskridas och villkorlig dom får väljas istället för fängelse till följd av kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid enligt art. 6 Europakonventionen. Rättstillämpningen ska följa de allmänna reglerna om påföljdsbestämning.<sup>222</sup>

Straffvärdet för den samlade brottligheten i fallet var 10 månaders fängelse. Fram till TR:s dom var dröjsmålstiden uppskattningsvis två år vilket innebar ett lindringsvärde på två månader. Handläggningstiden fram till HD:s dom var ungefär sex år och nio månader. Målet borde där ha hanterats med viss prioritet eftersom det redan var fördröjt. Punkt 7 i 29 kap. 5 § BrB motiverade enligt HD en sänkning av straffvärdet med tre månader, men den sena lagföringen i sig motiverade inte någon annan påföljd än fängelse enligt 30 kap. 4 § BrB. Handläggningen hade fördröjts ungefär sex månader även i HD. Omständigheterna motiverade ett sammanlagt lindringsvärde motsvarande tre månaders fängelse. Till grund för påföljdsbestämningen låg ett straffmättningsvärde på fyra månader efter att kränkningen korrigerats. Värdet talade inte i sig för fängelse, men på grund av brottets art och tidigare brottslighet dömdes den tilltalade till fyra månaders fängelsestraff.<sup>223</sup>

#### 3.5.1.4. Relevant tid

Den relevanta tiden för bedömning av dröjsmålet i brottmål är enligt Europakonventionen från den dagen en person kan sägas vara anklagad för brott till den dag det föreligger en slutlig dom i fallet. Bedömningen om tiden är skälig får göras med beaktande av målets komplexitet och om den tilltalade har agerat på något sätt som förlängt handläggningstiden.<sup>224</sup> Europadomstolens bedömning av relevant tid skiljer sig från bedömningen enligt 29 kap. 5 § 7 p BrB. Enligt den bestämmelsen i BrB räknas tiden från det att brottet begicks till dess att den

---

<sup>221</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>222</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>223</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>224</sup> NJA 2003 s. 414.

tilltalade fått del av åtalet. Handläggningstiden i domstol räknas således inte in i den relevanta tiden för billighetsskäl.<sup>225</sup>

I ett fall från 2001 åberopade den tilltalade att åtalet skulle ogillas eller påföljden efterges på grund av lång handläggningstid med hänvisning till art 6.1 Europakonventionen. I målet hade förundersökningen successivt utvidgats och blivit tämligen omfattande trots att målet inte var särskilt komplicerat. I HD hade handläggningen dragit ut på tiden på grund av den tilltalades sjukdom, att hon bytt försvarsadvokat som var förhindrad att delta i förhandling under flera månader. Detta var omständigheter HD inte ansåg att staten kunde hållas ansvarig för och fann inget skäl att låta utgången i målet påverkas av dröjsmålet.<sup>226</sup>

HD fastslog att erkännandet av kränkningen i domar ska förenas med att dröjsmålstiden anges (skilt från den totala handläggningstiden), vilket i sig är en bekräftelse på kränkningen. Dröjsmålstiden är även av betydelse för kränkningsgraden och genom att den anges förbättras mätbarheten av compensationens inverkan på påföljdsbestämningen. I argumentationen hänfördes dessa skäl till tidigare domar från HD.<sup>227</sup>

### 3.5.1.5. Kompensation genom påföljdsval

HD har i praxis även godtagit att kränkning på grund av för lång handläggningstid kompenseras genom påföljdsvalet. Brottsligheten hade i detta fall ett straffvärde på sex månaders fängelse. HD bedömde att en presumtion för att fängelse skulle väljas som påföljd förelåg i fallet, men, genom att beakta Europakonventionen inom ramen för 29 kap. 5 § BrB som hänvisas till i 30 kap. 4 § BrB, gjorde dröjsmålet att påföljden skulle bestämmas till en icke-frihetsberövande sådan. HD konstaterade kort att kränkning av rätten till rättegång inom oskäligen tid enligt art. 6 Europakonventionen, med stöd av dessa bestämmelser, skulle beaktas i påföljdsbedömningen och hänvisade ett tidigare prejudikat från HD.<sup>228</sup> Den tilltalade dömdes istället för fängelsestraffet till skyddstillsyn förenat med en särskild föreskrift att genomgå ett behandlingsprogram.<sup>229</sup>

---

<sup>225</sup> SOU 2010:87 s. 223.

<sup>226</sup> NJA 2001 s. 35.

<sup>227</sup> NJA 2012 s. 1038 I. Se punkt 27 i domen.

<sup>228</sup> HD hänvisar i fallet till NJA 2003 s. 414 utan närmare resonemang.

<sup>229</sup> NJA 2011 s. 386.

### 3.5.1.6. Påföljds lindring inte tillräcklig kompensation

Om påföljds lindring inte medger tillräcklig kompensation ska det kompletteras med ekonomisk gottgörelse. I ett fall i HD hade den tilltalade dömts till villkorlig dom istället för fängelsestraff av HD för att kompensera för dröjsmål. HD bedömde att lindringen inte utgjort tillräcklig kompensation och dömde ut skadestånd för att ytterligare gottgöra den tilltalade. I bedömningen uttalade HD principer för bestämmande av beloppet. Påföljds lindringen skulle beaktas som en reduktionspost vid beräkandet av skadeståndet, dvs. först beräknas det skadeståndsbelopp som skulle ha utgått om ingen påföljds lindring skett och därefter minskas beloppet med värdet av påföljds lindringen. Att bestämma värdet av påföljds lindringen är svårt, därför menade HD att en förenklad bedömning får ske så länge domstolen öppet redovisar sitt resonemang. Ett tillvägagångssätt är att utgå från dröjsmålstiden och uppskatta hur stor del som kompenseras genom påföljds lindringen och sedan utgå från återstående tid för att bedöma skadeståndsbeloppet. Det finns enligt HD anledning att visa välvilja mot den tilltalade i bedömningen om påföljds lindringen inte varit tillräcklig eftersom denne i det fallet tvingats återkomma i kompensationsfrågan.<sup>230</sup>

I det aktuella fallet hade brottsligheten ett straffvärde motsvarande tre års fängelse. Den tilltalade dömdes på grund av dröjsmålet till villkorlig dom istället för fängelse. HD hade inte med önskvärd tydlighet redovisat i vilken mån dröjsmålet beaktats som kränkning respektive billighetsskäl enligt 29 kap. 5 § BrB och därför inte uppfyllt kravet på mätbarhet. HD uppskattade att dröjsmålstiden var cirka tio år och att den tilltalade kompenseras för en betydande del av denna tid genom påföljds lindringen. Tiden HD ansågs skulle kompenseras genom skadestånd var fem år. Målet hade rört förhållandevis allvarlig brottslighet och den tilltalade hade stått inför risken för ett långt fängelsestraff. Mot den bakgrunden och förhållandena i övrigt bestämde HD skadeståndet till 60 000 kr.<sup>231</sup>

Det finns fall där påföljds lindring inte låter sig göras, givetvis då domen är frikännande, men även t.ex. vid livstids fängelsestraff, då brottet har lågt straffvärde men högt så kallat artvärde<sup>232</sup>, eller då den tilltalade inte kompenseras nog med en påföljdseftergift. Kompensation får då ske i den ordning som gäller för statens skadereglering. Detsamma gäller om kompensation inte lämpligen kan hanteras i brottmålet, till exempel om

---

<sup>230</sup> NJA 2012 s. 1038 II.

<sup>231</sup> NJA 2012 s. 1038 II.

<sup>232</sup> Brottslighetens art är en omständighet som enligt 30 kap. 4 § 2 st BrB kan bryta presumtionen mot fängelse som påföljd. Omständigheter som är hänförliga till den brottsliga gärningen kan tala för att fängelse bör väljas som påföljd istället för villkorlig dom eller skyddstillsyn, trots att gärningen har ett lågt straffvärde som i sig inte talar för fängelse. Benämningen *artvärde* avser de styrka med vilken brottslighetens art i ett särskilt fall talar för att ett fängelsestraff ska väljas, se vidare BORGEKE S. 259.

omfattande utredning krävs, eller innefattar avvägningar som inte lämpar sig för ett brottmål eller om hanteringen av frågan under brottmålet påverkar förtroendet för rättsväsendet. HD fäste i fallet vikt vid hur ställningstaganden uppfattas såväl av den tilltalade som av allmänheten. Om handläggning av frågan inom brottmål inte bedöms leva upp till det kravet får kompensationsfrågan behandlas i ett skadeståndsmål istället.<sup>233</sup>

### 3.5.1.7. Problem med kompensationsformen

Påföljds lindring som kompensatoriskt rättsmedel har vissa fördelar framför skadestånd som HD identifierade i sitt resonemang. Rättsmedlet är mer tillgängligt för den tilltalade eftersom det inte kräver en ny process, HD såg även en viss preventiv effekt i att den pågående handläggningen skulle påskyndas. Påföljds lindring ska därför enligt HD vara det primära rättsmedlet vid fällande dom. Nackdelen är att det kan framstå svårförklarligt att det vid en friande dom, vid samma tidsmässiga dröjsmål och omständigheter blir fråga om skadestånd istället. Prövning av kränkningen i ett brottmål är inte heller bindande i en senare skadeståndsprocess i samma frågor. Samma kränkning kan alltså bli föremål för olika slutsatser i olika mål. Invändningar kan också göras mot att domstolen prövar sin egen fördröjning.<sup>234</sup>

En del av problematiken ligger i att kompensationsformen inte är anpassad till det straffrättsliga påföljdssystemet, utan ligger vid sidan av detta. Lindringen vilar på konventionsrättslig grund medan påföljdssystemet är straffrättsligt och därför har ett annat ändamål. Påföljds lindringen ska gottgöra att det allmänna kränkt en enskilds rätt till rättegång inom skälig tid, en rätt som tillkommer både den tilltalade och målsäganden och kränkingsfrågan påverkas inte av utgången i målet. Enligt HD kunde inte rättspraxis påverka valet av kompensatoriskt rättsmedel, men rättsbildning bör ske så att kompensationen anpassas till det straffrättsliga systemet.<sup>235</sup>

### 3.5.1.8. Grundlagsändring

Numera är rätten till rättvis rättegång inom skälig tid markerats genom en ändring införd i RF som trädde i kraft 2010.<sup>236</sup> I propositionen framhölls att det saknades reglering på konstitutionell nivå om rätten till domstolsprövning och

---

<sup>233</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>234</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>235</sup> NJA 2012 s. 1038 I.

<sup>236</sup> 2 kap. 11 § 2 st RF. Lydelse införd genom prop. 2009/10:80.

ett rättvist rättegångsförfarande och hänvisade till den stora betydelse art. 6 Europakonventionen haft rättegångsförfarandet i svenska domstolar. Ändringen ansåg inte innebära någon förändring av rättsläget, utan klargjorde redan gällande processrättsliga principer. En skillnad jämfört med art. 6 Europakonventionen är att regeln i RF gäller alla former av rättegångar i domstol, inte enbart frågor om civila rättigheter och skyldigheter eller anklagelser för brott. Bestämmelsen skulle enligt regeringen ges en självständig betydelse, reserverade sig för att framtida praxis från Europadomstolen skulle läggas till grund för tolkning av grundlagen.<sup>237</sup>

*”... praxis från Europadomstolen, som tillkommer efter det att den nya grundlagsbestämmelsen har antagits och som inte kunnat förutses av lagstiftaren i samband med grundlagsändringen, [...] bör [inte] tolkas in i bestämmelsen.”*<sup>238</sup>

Bestämmelsens innebörd ska dock knytas an till motsvarande bestämmelse i Europakonventionen. Det var enligt regeringen inte lämpligt att i en grundlagsbestämmelse direkt hänvisa till en specifik bestämmelse i Europakonventionen och därmed Europadomstolens löpande praxisförändringar.<sup>239</sup>

### 3.5.2. Påföljd i övriga fall

Rätten till familjeliv enligt art. 8 Europakonventionen har påverkat HD:s bedömning av utvisning till följd av brott. HD upphävde ett förordnande om utvisning av en man till Gambia som funnits skyldig till grovt narkotikabrott. Bedömningen grundades på hans långvariga vistelse och starka anknytning till Sverige i kombination med att han hade en dotter här i landet. Europadomstolens riktlinjer för om utvisning i det enskilda fallet innebär ett ingrepp i personens rätt till familjeliv enligt art. 8 Europakonventionen överensstämmer enligt HD med den svenska prövningen av de nämnda faktorerna.<sup>240</sup>

I ett annat fall vittnade en tilltalad medlem av ett kriminellt gäng emot de medtilltalade som var medlemmar i samma gäng. Åtalet gällde försök till mord och allmänfarlig ödeläggelse.<sup>241</sup> Mannen som vittnat fick strafflindring enligt 29 kap. 5 § 8 p BrB eftersom han skulle leva under hot om allvarliga repressalier i framtiden efter att ha angivit gängmedlemmarna. Ett system för att gynna personer som avslöjar medbrottslingar genom att utlova förmåner, ett så kallat

---

<sup>237</sup> Prop. 2009/10:80 s. 158-159.

<sup>238</sup> Prop. 2009/10:80 s. 160.

<sup>239</sup> Prop. 2009/10:80 s. 160-162.

<sup>240</sup> NJA 2005 s. 283. Jfr *Benhebbä mot Frankrike*, 2003. Det kan påpekas att utvisning formellt sett inte är en påföljd av ett brott utan en särskild rättsverkan av brott.

<sup>241</sup> Mord 3 kap. 1 § BrB och allmänfarlig ödeläggelse 13 kap. 3 § BrB.



kronvitnessystem, förekommer inte i svensk rätt men i fallet motiverades strafflindring av billighetsskäl av de allvarliga följderna som den tilltalade riskerade genom att avslöja andra medlemmar i gänget. Kronvitnessystem har inte helt avfärdats av Europadomstolen så länge de medtilltalades rätt till rättvis rättegång inte kränks. HD påpekade därför att det var viktigt att uppgifter som lämnas i syfte att uppnå strafflindring för egen del måste bedömas med stor försiktighet i en samlad bevisvärdering. Brottet i fallet hade ett straffvärde på sju år, men med beaktande av strafflindringen bestämdes fängelsestraffet till fyra år.<sup>242</sup>

### 3.5.3. *Sammanfattning rättigheter och påföljd*

Påföljdsindring och påföljdsval kan utgöra gottgörelse för kränkning av Europakonventionen. Framförallt används denna kompensationsform för att gottgöra långa handläggningstider. HD har i praxis utvecklat principer för att bedöma lindringens värde för dröjsmålstiden och ungefärliga riktvärden för strafflindring. HD har också bedömt att påföljdsvalet kan gottgöra en kränkning genom att en icke-frihetsberövande påföljd väljs. Dröjsmål som inte beror på staten utan på den tilltalades agerande ska inte läggas till grund för bedömningen. Bedömningen ska göras självständigt, skiljt från de billighetsskäl som ska beaktas vid straffmätning. Dröjsmålet kan därför få dubbel betydelse i två olika led i bedömningen.

Hänsyn till Europakonventionen ska även tas i de fall någon ska utvisas till följd av brott, då rätten till familjeliv kan aktualiseras. Europakonventionen hindrar inte att den som vittnar mot sina medbrottslingar får ett sänkt straff så länge de medtilltalades rätt till rättvis rättegång respekteras. Det är därför viktigt att bedöma uppgifter som lämnats i syfte att uppnå egen strafflindring med stor försiktighet.

---

<sup>242</sup> NJA 2009 s. 599.

## 4. NÅGRA RENT STATISTISKA SLUTSATSER

---

Jag har undersökt en mängd rättsfall från HD där Europakonventionen haft inverkan på utgången i syfte att undersöka om straffrätten har förändrats sedan Europakonventionen lagfästes 1995. Grunden för analysen har varit 43 fall som förekommit i HD. Att 43 brottmål har avgjorts med inverkan av Europakonventionen sedan 1995 kan tyckas vara lite. Som jämförelse avgjorde HD 36 brottmål endast under år 2013 enligt statistik från Domstolsverket.<sup>243</sup> Det är vanskligt att härleda några slutsatser från denna statistiska jämförelse. Jag kan endast spekulera kring frågan om Europakonventionen borde ha tagits upp i fler fall där individens rättigheter borde ha värnats. Individens rättigheter kan i många fall upprätthållas med hänvisning till inhemska regler. Som påpekats ovan har dock fallen där Europakonventionen tas upp en bred spridning och det är viktigt att följa utvecklingen av Europadomstolens praxis.

Knappt hälften av fallen påverkade gärningars straffbarhet, vanligen genom fördragskonform tolkning eller utfyllnad. Näst vanligast var att Europakonventionen påverkade processen, vilket skedde i knappt en tredjedel av fallen. Även i de fallen kunde HD tolkningsvis undvika att rättigheter kränktes genom att använda Europadomstolens praxis som tolkningsunderlag. Endast i ett fåtal fall har kränkningar gottgjorts genom strafflindring eller påföljdsval. Så har skett vid kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid enligt art. 6 Europakonventionen.

Allra vanligast var att rätten till rättvis rättegång inverkade i bedömningen. Drygt hälften, 27 fall, berörde den artikeln i konventionen. Artikeln ligger till grund för en ny bedömningsprocedur för bedömning av dröjsmål som utvecklats och preciserats av HD. Den har även legat till grund för tolkning av processuella bestämmelser enligt RB och lett till att en ny bestämmelse införts i RF.

---

<sup>243</sup> Domstolsverket, *Domstolsstatistik 2013*.

## 5. ANALYS OCH AVSLUTANDE DISKUSSION

---

### 5.1. Övergripande

I analysen lämnas systematiseringen som uppsatsen hittills följt. Systematiseringen hade främst syfte att presentera rättsfallen på ett logiskt och följdriktigt vis där fallen grupperades efter gemensamma nämnare. Diskussion och analys förs istället utifrån olika ämnen för analys som framkommit av praxisgenomgången, med anknytning till uppsatsens syfte och frågeställning. Avsnittet har därför strukturerats i underrubriker för varje fråga som analyseras.

Inledningsvis kan konstateras att Europakonventionen har påverkat brottmål i många olika hänseenden. Den har haft inverkan på tolkningen av straffbestämmelsers omfång, kränkning av rättigheter har utgjort bristande straffbarhetsbetingelse och grund för resning, brottmålsprocesser har fått tas om i nya förhandlingar och HD har utvecklat bedömningsprinciper i praxis, utan direkt stöd i lag, för vissa kränkningar. Tydligt är att konventionen getts långtgående verkningar. Europakonventionen har även gett upphov till konkreta lagförändringar, bland annat gällande integritetskränkande filmning och grundlagsändringen som betonade rätten till rättegång inom skäligen tid.

Vid en överblick blir det snabbt påtagligt att majoriteten av fallen rör någon aspekt av rätten till rättvis rättegång enligt art. 6 Europakonventionen, vilket även konstaterats i numeriska termer ovan.<sup>244</sup> Processuella frågor med individen i fokus är viktigt i ett konventionsrättsligt perspektiv och artikeln har påverkat såväl straffbarhet som process och inte minst påföljd där kränkningar på grund av dröjsmål gett upphov till en ny, parallell bedömning av dröjsmålets lindringsvärde vid påföljdsbestämningen. Långsam rättsskipning är ett problem i såväl svensk domstol som i Europadomstolen. Problemet har gjort att Europadomstolen betonar det primära ansvaret som vilar på konventionsstaterna allt mer.

Vanligast är att konventionen får genomslagskraft genom att svenska regler tolkas fördragskonformt, för att på så sätt förekomma eller undvika en kränkning. Tolkningarna är ibland vidsträckta och har frångått uttalanden i förarbeten. Resonemangen har förts utan att någon argumentation utifrån lagprövningsbestämmelsen i RF. HD ligger före lagstiftaren i många fall i fråga om att förena svensk lagstiftning med Europakonventionen, även om en tveksam inställning till konventionen ibland märks i domstolens argumentation. HD har ibland ansett att det inte funnits utrymme att tolka rätten så att den uppfyller

---

<sup>244</sup> Se avsnitt 4.

kraven enligt Europakonventionen och markerat lagstiftarens roll att se över reglernas förenlighet med konventionen.

Rättigheterna i Europakonventionen ska ges ett faktiskt och reellt skydd i alla konventionsstater. Genomgången av fallen i HD visar hur stor spridning rättigheterna har genom att de aktualiseras i många olika aspekter av brottmålsprocessen. Alla parter i brottmål, domare, åklagare och försvarare, har anledning att följa Europadomstolens praxisutveckling.

## 5.2. Rättsliga förändringar

HD har i praxis visat flexibilitet och har intagit en fördragsvänlig inställning vid tolkning av gällande rätt. HD:s avgöranden har lett till förändringar av rättsläget på ett flertal områden.

Det tydligaste exemplet på flexibilitet är gottgörelse för kränkning när det gäller dröjsmål och rätten till rättegång inom skälig tid. HD har i det fallet utformat principer för bedömning av hur stor strafflindring som ska ges vid fördröjning av processen vid sidan av den straffrättsliga bedömningen. När det gäller kompensationen för långa handläggningstider kan en utveckling och precisering skönjas i genomgången av praxis. Till en början gav HD svepande riktlinjer för att kompensation ska ges genom strafflindring och att bedömningen skulle vara självständig. I senare rättsfall definierar HD olika metoder för respektive typfall och ger en fingervisning om hur mycket strafflindring som ska utgå vid olika långa dröjsmål. Kompensationsformen ges även tydlig och uttalad prioritet framför skadestånd som gottgörelse.

Bevisnings tillåtlighet och principen om fri bevisvärdering står fast i svensk rätt. Europakonventionen medför dock krav som bör uppmärksammas inom ramen för denna princip. Bevisning från anonyma källor och överskottsinformation vid hemlig teleavlyssning finns anledning att bedöma med försiktighet och bör ha stöd i övrig utredning för att tillmätas betydelse. Användning av överskottsinformation har numera även lagreglerats. Bevisning som åberopats till stöd för målsägarens trovärdighet bör inte avvisas för lättvindigt utan bör värderas tillsammans med övrig utredning. HD har inte gått så långt i bedömningen att det skulle finnas anledning för legala bevisregler och bevisförbud.

Bevisning som skaffats fram genom provokativa åtgärder av polisen får likt övrig bevisning bedömas inom ramen för den fria bevisvärderingen utan att det står i strid med konventionen, så länge bevisvärdet justeras efter omständigheterna i varje enskilt fall. I fall där provokationen är så allvarlig att rätten till rättvis rättegång oåterkalleligen undergrävs visade HD kreativ rättstillämpning genom att, utan uttryckligt lagstöd, bedöma det som en

bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Provokativa åtgärder av polisen är ett tydligt exempel på att en rättighetskränkning kan få genomgripande verkningar i svensk rätt. Alla provokativa åtgärder friar dock inte från åtal. I fall där utredningen i övrigt ger stöd för att brott skulle ha begåtts oavsett polisens åtgärder kränks inte den tilltalades rätt till rättvis rättegång. Vid bevisprovokation har HD genom bevisvärderingen tagit hänsyn till att åtgärderna från polisens sida är otillbörliga. Ett brottserkännande som otillbörligen provocerats fram tillmättes mycket lågt bevisvärde. Bevisningen som polisen tagit fram till följd av bevisprovokationen tillmättes däremot fullt bevisvärde.

När det gäller yttrandefriheten får Europakonventionen genomslag genom att ett rekvisit i straffbestämmelsen tolkas enligt Europadomstolens praxis istället för att rekvisitet tolkas enligt uttalanden i förarbeten till lagen. Utvecklingen började med att HD i Åke Green-fallet<sup>245</sup> frångick förarbeten genom en prognosargumentation om hur Europadomstolen skulle bedöma fallet vid en eventuell prövning. I domen var domstolen enig, men uttryckte en viss osäkerhet i formuleringen att det var *sannolikt* att en fällande dom skulle stå i strid med Europadomstolens praxis. Bestämmelsen tolkades med viss marginal för att undvika att kränka Europakonventionen, men formuleringen antyder viss tveksamhet. Den tveksamma inställningen till Europakonventionen märktes även i domsskrivningen i fallet med flygbladen<sup>246</sup>, där HD kommenterade att Europadomstolens praxis inte gav någon klar och tydlig ledning för nationella fall på grund av de kasuistiska bedömningarna. HD:s ledamöter var oeniga, men dömde de tilltalade till ansvar för hets mot folkgrupp i det fallet. I några efterföljande fall försökte en fortsatt oenig domstol sätta gränser för hur stor betydelse som skulle läggas vid yttrande- och religionsfrihet. HD har lagt vikt vid sammanhanget där uttalanden gjorts. En skola ansågs vara en skyddad miljö där uttalanden kunde medföra straffansvar, men ett forum på Internet riktade sig främst till dem som sökte sig dit och därför var straffansvar för uttalanden mer begränsat i den miljön. Rättsutvecklingen angående brottet hets mot folkgrupp har förändrat svensk rätt i den mån att rekvisitet missaktning ska tolkas snävare med hänvisning till konventionen än vad som uttalats i förarbeten. HD har gett Europadomstolens dynamiska rättsutveckling företräde framför statiska, oföränderliga förarbeten som har stor betydelse i uttolkningen av svensk rätt.

### 5.3. Processens ramar

Europakonventionen har stramat upp ramarna för brottmålsprocessen i och med att processuella principer har tolkats snävt på grund av rätten till rättvis

---

<sup>245</sup> NJA 2005 s. 805.

<sup>246</sup> NJA 2006 s. 467.

rättegång. Anklagelser för brott måste vara precist formulerade. Detta visas tydligt i fallen under avsnittet där Europakonventionen påverkat processen.<sup>247</sup> Anklagelsen ska innehålla den rättsliga klassificeringen av gärningen och försvårande omständigheter som ska ligga till grund för bedömningen. Rent språkligt ska den också vara tydlig och precist formulerad. Allt för att den tilltalade ska ha möjlighet att försvara sig. I viss mån har detta lett till att principen om *jura novit curia* (domaren känner lagen) fått mindre betydelse och ansvar flyttats till åklagaren som utformar åtalet. En tilltalad ska bli underrättad om anklagelsens betydelse och ges möjlighet att försvara sig, oavsett domarens klassificering av gärningen. Om domaren vill ändra gärningens brottsrubricering ska den tilltalade informeras och ges möjlighet att bemöta detta. I denna aspekt kan Europakonventionen sägas ha ruckat det svenska brottmålsförfarandet gällande funktionsfördelning mellan domare och åklagare. Det ska bli intressant att se vad utredningen om brottmålsprocessen<sup>248</sup> leder till och hur aktörernas roller kommer att förändras i framtiden.

Frågor om domstolens opartiskhet har tolkats in i jävsbestämmelsen i RB. Kränkningar har i det fallet tolkningsvis utgjort rättegångsfel och lett till att brottmålsförhandlingar har fått tas om. Jävsbestämmelsen är utformad som en generalklausul och lämpar sig väl för en sådan tolkningsutfyllnad. Europakonventionen får på det viset betydelse enligt de inhemska reglerna. Likaså har Europadomstolens krav på utformningen av en brottsanklagelse tolkats in i de inhemska bestämmelserna. Europakonventionen ställer enligt Europadomstolen strängare krav på tydlighet och precision än som tidigare varit fallet enligt svensk rätt.

Europakonventionen har även gjort att HD tolkat straffbestämmelsers ordalydelser enligt den språkliga innebörden av rekvisiten som stadgas med hänvisning till legalitetsprincipen. Att utsträcka straffrättsliga bestämmelser ska göras med stor försiktighet för att inte kränka den tilltalades rättigheter enligt konventionen. Att en straffbestämmelse hänvisar till en skyldighet att betala tull utan vidare precisering ansågs förenligt med legalitetsprincipen. På tullområdet finns komplex EU-reglering som den tilltalade i fallet enligt domens utslag borde ha känt till.<sup>249</sup> Detta kan ses som en tendens till ökad europeisering av rätten. Det finns fler regelkomplex att förhålla sig till än den svenska lagstiftningen, inte minst från EU. Till vilken grad detta sker och hur omfattande inverkan europeisering har finns inte underlag att vidare analysera inom ramen för denna uppsats.

---

<sup>247</sup> Se avsnitt 3.4.

<sup>248</sup> SOU 2013:17.

<sup>249</sup> Se avsnitt 3.3.4.

## 5.4. Konventionens roll i brottmål

Europakonventionen har fått materiell genomslagskraft i straffrätten. Fördelen i straffrätten är att HD visat att det finns utrymme att tolka regler fördragskonformt och använda Europakonventionen som utfyllnad till svenska regler. Uttalanden i förarbeten till inkorporeringslagen och inställningen att Sverige levde upp till konventionens krav trots medvetenhet om Europadomstolens dynamiska tolkning var möjligtvis något naiv enligt min uppfattning. I förarbeten uttalades att kränkningar av Europakonventionen säkerligen skulle förekomma endast i ett fåtal fall. I det perspektivet framstår inte underlaget för denna uppsats lika magert som det möjligtvis gjorde i jämförelsen som gjordes ovan med antalet brottmål i HD per år.<sup>250</sup> Regeringen verkar inte, enligt uttalandet, ha förutsett att 43 fall skulle förekomma i prejudikatinstansen enbart rörande brottmål sedan införandet.

Lagstiftarens inställning till Europakonventionen förstås när man läser den språkliga formuleringen av rättigheterna. Det finns bestämmelser i svensk rätt som motsvarar kraven enligt konventionen, exempelvis regler om domstolens opartiskhet och bestämmelser som ger den tilltalade möjlighet att försvara sig. Det är i Europadomstolens tolkning av rättigheternas innebörd som motsättningar uppstår. Eftersom antalet mål i Europadomstolen ständigt ökar ges varje rättighet en mer och mer definierad och preciserad innebörd. Många av förändringarna som följt har varit svåra att förutse på grund av Europadomstolens kasuistiska bedömningar, men principerna för svensk rätt och konventionsrätt vilar på samma rättsstatliga värderingar. Det finns en oundviklig spänning mellan lagtext – som måste formuleras generellt och övergripande – och rättstillämpning – som måste applicera skriven lag på varje uppkommen situation. Europakonventionen formulerades medvetet generellt och mandat gavs till en överstatlig domstol att tolka konventionens bestämmelser.

Europakonventionen utgör i huvudsak ett tolkningsunderlag i praxis vid sidan av andra regler i brottmål. En ståndpunkt kan därför vara att Europakonventionens förändring av den svenska straffrätten förstärkt och preciserat den. HD har inte sett konventionen som en källa till konflikt med inhemsk lagstiftning utan som en rättskälla som samverkar med annan lag och förarbeten. Med tillgång till fler rättskällor för att utreda rättsläget kan en mer nyanserad bedömning göras. På det viset menar jag att Europakonventionen är en tillgång i brottmål i form av en extra rättskälla som balanserar det statliga maktingripande ett åtal utgör. Lag och förarbeten, liksom åklagarens befogenhet att åtala är sprunget ur samma källa till

---

<sup>250</sup> Se avsnitt 4.

makt, medan tolkning av Europakonventionen görs av en överstatlig domstol som inte behöver ta hänsyn till några straffrättsliga intressen. Staten har ett intresse av att effektivt lagföra och bekämpa brottslighet, vilket Europadomstolen inte har. Europadomstolen kan bedöma nationella förfaranden med individens rättigheter i fokus. Praxis från Europadomstolen är, som domstolen ofta påpekar, inte överprövningar av nationella beslut utan enbart tolkning av överensstämmelse med konventionen. Som underlag för bedömning i de nationella domstolarna är Europakonventionen en motvikt till de statliga intressen som finns i brottmål.

Att Europakonventionen kan beaktas inom ramen för brottmål är även praktiskt och processekonomiskt fördelaktigt. Om HD (och övriga domstolar) tar hänsyn till praxis från Europadomstolen och lägger det till grund för bedömningen i sina avgöranden behöver ingen ny skadeståndsprocess inledas och Sverige riskerar inte heller en talan inför Europadomstolen. Detta får jämföras med processekonomiska konsekvenser som bedömningarna i vissa fall leder till när en rättegång får tas om för att återställa ett felaktigt förfarande (till exempel vid jävssituationer då mål återförvisas till undre rätt för ny behandling). I flertalet fall är detta mer fördelaktigt för staten och borde av den anledningen föredras. HD har inte förbehållslöst tolkat svensk rätt fördragskonformt, det finns fall där domstolen visat en mer restriktiv inställning. HD har i ett par fall markerat lagstiftarens roll utan att kunna tolka regler fördragskonformt. Noteras bör att i de fallen har den tilltalade friats. Vidsträckta tolkningar av svensk rätt har inte skett till den tilltalades nackdel. Konventionen sätter gränser för åtal som är ett kraftigt ingrepp i enskildas frihet.

Även om största delen av ansvaret att uppfylla kraven som ställs enligt Europakonventionen faller på lagstiftaren, visar HD en viktig roll i att tillämpa svensk rätt flexibelt och tolkningsvis undvika och gottgöra kränkningar som förekommer inom straffrätten. Den stora fördelen inom straffrätten är att det finns utrymme för att rättstillämpningen kan vara flexibel. Åtal förs av staten och rättigheternas syfte är att skydda individen från statlig maktutövning. Märkas kan att HD aldrig tolkat regler till nackdel för den tilltalade<sup>251</sup> utan endast tagit hänsyn till konventionen när det ger större skydd mot makt-ingripande än svensk lagstiftning.

---

<sup>251</sup> Jfr. smygfilmningsfallet i avsnitt 3.3.6.



## 5.5. HD:s roll

HD har visat en lite tvetydig inställning till Europakonventionen. I vissa fall markeras endast frågor som lagstiftaren borde se över, medan HD i andra fall går långt för att tolka svensk rätt fördragsvänligt. Längst gick HD möjligtvis när de tolkade hets mot folkgrupp enligt en hypotetisk prognos av Europadomstolens proportionalitetsbedömning och friade Åke Green från straffansvar även om formuleringen i domen inte var helt övertygande. HD argumenterade utifrån en prognos om hur Europadomstolen troligen skulle bedöma fallet vid en eventuell prövning och utgick inte från den etablerade praxis som fanns angående yttrande- och religionsfrihet.<sup>252</sup> HD gick alltså längre än vad dittills krävts av Europadomstolen för att undvika att en individs rättigheter skulle kränkas och Sverige riskera en talan inför Europadomstolen.

Med hänsyn till de krav som ställts i Europadomstolens praxis om rätt till effektivt rättsmedel och rätt till rättegång inom skälig tid har HD också visat en progressiv rättstillämpning. Utan uttryckligt lagstöd har HD utformat principer för gottgörelse för dröjsmål genom strafflindring och påföljdsval. Dessa principer har inte heller uttryckligt lagstöd, men kompensationsformen hade tidigare godtagits av Europadomstolen. HD har med direkt grund i praxis från Europadomstolen försökt skapa en metod för bedömning som anpassats efter det svenska straffrättsliga systemet.

HD markerar i ett av dröjsmålsfallen sin egen roll som uttolkare av Europakonventionen i en citerad passage i avsnitt 3.5.1. En ambition framhålls där att konventionens bestämmelser kan tolkas och preciseras för att ge enskilda längre gående rättigheter enligt svensk rätt än enligt Europadomstolens praxis. HD tar på sig rollen att övervaka att nationell rättsbildning inom de allmänna domstolarnas kompetensområde håller sig inom konventionens gränser. Med den ambitionen skulle Europadomstolens praxis få mindre betydelse och HD:s avgöranden skulle bli vägledande. Uttalandet gjordes i ett rättsfall från 2012 och det återstår att se vilken betydelse det faktiskt får och om HD vidhåller den ambitionen. I vissa argumentationer hänvisar HD till sin egen tidigare praxis istället för att referera direkt till fall från Europadomstolen. Därigenom fastställs Europakonventionens position i svensk rätt och HD kan fastställa en skyddsnivå med eventuell marginal till Europadomstolens krav. Den roll HD tar på sig gör att underrätterna eventuellt inväntar prejudikat istället för att självständigt analysera fall från Europadomstolen. Detta gör att HD har ett stort ansvar att lämna vägledande prejudikat i takt med att Europadomstolen tolkar konventionen för att ge underrätter anvisningar i sitt dömmande.

---

<sup>252</sup> Se avsnitt 3.3.1.1.

Uttalandet att HD ska övervaka nationell rättsbildning visar även att HD inte inväntar lagstiftarens agerande, utan tar på sig ansvar att beakta och följa praxis från Europadomstolen. Inget tyder egentligen på att den inställningen kommer att förändras, men det är också oklart i vilken utsträckning rättighetsaspekter kommer att aktualiseras i HD i framtida fall om både lagstiftaren och underrätter efter HD:s prejudikatfall är uppmärksamma på Europadomstolens praxis.

Domstolens inställning till konventionen är i andra uttalanden inte lika ambitiös, utan ger istället intrycket av att inställningen till Europakonventionen är att den är något besvärlig. Bland annat gjordes ett sådant uttalande i Åke Green-domen som citerats ovan i avsnitt 3.3.1.1. Med svensk rättstradition kan den rättsutvecklingen verka besvärlig eftersom en rättighet inte är konstant över tid utan kan tolkas och förändras i takt med samhällsutvecklingen. Europadomstolens praxisutveckling är ett ytterligare moment för domare och rättstillämpare, men även andra praktiskt aktiva jurister, att hålla reda på.

HD ligger i många fall före lagstiftaren och har drivit anpassningen av svensk lag efter Europakonventionen. Detta kan relateras till att praxisutvecklingen i Strasbourg går fort och det är naturligt att lagstiftningsprocessen har en mer långsam takt än rättstillämpningen. För lagstiftning krävs även en politisk förändringsvilja, vilken kanske inte alltid är lyhörd för Europadomstolens domar. Som visats fortlöpande i denna uppsats har Europakonventionen dock gett upphov till utredningar och lagstiftningsåtgärder på olika områden.

HD ska tillämpa gällande rätt på gärningar som åtalats utifrån vad som bevisats i målet. När HD tolkar svenska regler fördragskonformt implicerar det mer än en tillämpning av rätten. Fördragskonforma tolkningar ändrar innebörden av rätten på ett sätt som lagstiftaren inte förutsett eller tagit ställning till. Frågan är då om domstolen tagit sig för stora friheter i sitt dömande och rubbat balansen mellan lagstiftande och dömande makt. HD har en position mellan den svenska lagstiftaren och Europadomstolen i Strasbourg. De båda aktörerna har olika inställning till konventionen och HD måste i sina bedömningar balansera däremellan. Europadomstolen trycker mer och mer på subsidiaritetsprincipen och staternas ansvar att upprätthålla enskildas rättigheter. Lagstiftaren markerar gärna sitt överordnade ansvar för att Sverige ska leva upp till sina åtaganden enligt Europakonventionen, men lagstiftningsstakten är ibland för långsam för att hänga med. Allt eftersom Europadomstolen starkare betonar det primära ansvaret ökar vikten av HD:s intagna roll att värna om rättigheter i konventionen. Följden av att inte döma praxis från Europadomstolen är att fler klagomål kan riktas mot Sverige, likt smygfilmningsfallet.<sup>253</sup> Även om HD inte kunde beakta Europakonventionen direkt i fallet har Europakonventionen på det

---

<sup>253</sup> Se ovan avsnitt 3.3.6.

viset drivit fram lagstiftning till skydd för målsägarens integritet. Svenska staten, och lagstiftaren, har anledning att vara positiva till HD:s fördragsvänliga praxis.

I fråga om maktfördelning har HD:s roll möjligtvis inskränkt lagstiftarens makt något. HD har tagit rollen att uttolka och klargöra hur rättigheterna ska behandlas i svensk rätt. I vissa fall märks dock en försiktig inställning till områden där lagstiftning krävs. Legalitet, som är en grundläggande princip och del i såväl svensk rätt som Europakonventionen, hindrar HD att göra alltför stora utsvävningar i rättstillämpningen. Europakonventionen är en rättskälla som ska tas hänsyn till och är en del av det svenska rättssystemet. Men även i den relativt nya propositionen som föregick grundlagsändringen<sup>254</sup> betonades lagstiftarens roll och en mycket försiktig inställning togs till oförutsedda praxisändringar i Europadomstolen. Grundlagsbestämmelsen hänvisar inte direkt till Europakonventionen, men betydelsen av bestämmelsen skulle enligt propositionen knytas an till motsvarande bestämmelse i konventionen.

## 5.6. Polycentriskt rättssystem

Syftet vid inkorporeringen av Europakonventionen var att skapa underlag för att direkt tillämpa konventionen. Det är också tydligt i genomgången att HD tillämpar praxis från Europadomstolen som en rättskälla och grund för sina ställningstaganden. Sunnqvist och Victor har, enligt min mening, goda synpunkter i att konventionen ska ses som en av flera tillgängliga rättskällor i ett (med Sunnqvist formulering) polycentriskt rättssystem.<sup>255</sup> Detta ämne för analys faller utanför syftet med uppsatsen, men många intressanta aspekter har framkommit av uppsatsens underlag. Rättssystemet och rättskällorna ägnas därför, trots uppsatsens syfte, uppmärksamhet i förevarande analys.

Europakonventionen ska inte ses som ett inkorporerat folkrättsligt traktat med oklar rättslig ställning i det svenska systemet, utan som en av flera tillgängliga rättskällor i svensk rätt. Konventionen är inte en lag som kan komma i konflikt med andra lagar, utan ska behandlas som en av rättskällorna som ligger till grund för juridiska bedömningar. HD har intagit denna ställning i sin prejudikatbildande verksamhet. Prioriteringen mellan rättskällor i den hierarkiska ordningen som ansetts gälla i svensk rätt har förändrats genom att Europakonventionen har getts företräde framför uttalanden i förarbeten. Genom fördragskonform tolkning har HD gett konventionens rättigheter och Europadomstolens praxis stor betydelse i brottmål. Var går då gränsen för

---

<sup>254</sup> Se citat ovan i avsnitt 3.5.1.8.

<sup>255</sup> Jfr. ovan avsnitt 2.2.1.

legalitet och fördragskonform tolkning? Hur långt kan HD gå i sina bedömningar?

Det har ovan visats exempel på hur HD har avgränsat sin tillämpning av Europakonventionen. En tydlig avgränsning är att de positiva förpliktelser som ställs genom Europadomstolens praxis inte kan grunda en fällande dom utan stöd i lag. HD har i de situationerna avvaktat lagstiftning. I övrigt ses ett samspel mellan domstol och lagstiftare som inte tidigare varit fallet. HD har gått långt i sina bedömningar och utvecklat nya principer för bedömning grundat på Europakonventionen. Lagstiftaren har genom inkorporeringen av Europakonventionen velat skapa underlag för domstolar att tillämpa rättigheterna i konventionen och har därigenom medgett den praxisutveckling som ägt rum. Att inkorporera Europakonventionen hade medfört rättsliga förändringar även om HD inte intagit en lika progressiv roll. Tolkningen av vilka krav Europadomstolen ställt hade möjligtvis kunnat skilja sig mellan HD och lagstiftaren, men till sist hade förändringar ändå varit nödvändiga. Varken lagstiftaren eller HD kan frångå Europadomstolens krav och det är upp till båda aktörerna att uppfylla Sveriges åtaganden enligt konventionen i en ständig maktbalansering.

Är lagstiftarens försiktiga inställning till Europakonventionen fortfarande motiverad snart 20 år efter inkorporeringen? Kritik kan framföras mot Europadomstolens motvilja att göra generella uttalanden och utveckla allmänna principer för bedömning. I den mån är praxisutvecklingen nyckfull och oförutsägbar. Att ifrågasätta och motsätta sig bedömningarna som görs i Europadomstolen är dock svårt efter att Sverige har accepterat Europadomstolens befogenhet att tolka konventionen och överlämnat makt till domstolen. Sverige har valt att ta del i den europeiska rättsutvecklingen och måste respektera rättigheterna som stadgas i Europakonventionen. Europadomstolens system för kontroll och uttolkning av rättigheter är väsensskild från svensk rätt. Den försiktiga inställningen lagstiftaren har till förändringar utom den folkvalda riksdagens makt är förståelig på det planet, men efter den långa tid av giltighet konventionen har och erfarenheter av rättighetstillämpning i svensk rätt ges anledning att inta en mindre misstänksam position. Uppenbarhetsrekvisitet i lagprövningsregeln har tagits bort, vilket tyder på att lagstiftaren visar mer tillit till den dömande verksamheten. Samtidigt som det gjordes markerades folksuveränitetsprincipen i paragrafen. Därmed poängterades åter den parlamentariska makten. Det finns inte samma anledning för domstolar att ha lika trevande inställning till Europakonventionen. I de fall det finns utrymme för tolkning står det klart att Europakonventionen och praxis från Europadomstolen är en lika viktig rättskälla som förarbeten. Detta betyder inte att domstolarnas makt ska vara oinskränkt. Denna uppsats ger dock inte tillräcklig grund för att ta diskussionen vidare och analysera om en författningsdomstol med behörighet att underkänna lagstiftning om den strider

mot Europakonventionen eller annan författning bör införas. Tydligt är dock att HD har ett markant ansvar för att konventionen efterlevs och att det är större än tidigare. Sverige har sedan länge en stark princip om folksuveränitet och det är därför viktigt att inte flytta för mycket makt från lagstiftaren till domstolarna. Med Europakonventionen som tolkningsunderlag och utfyllnad kan den rådande balansen mellan lagstiftare och domstolar bibehållas.

## 5.7. Rättssäkerhet

Hur är det då med rättssäkerheten när Europakonventionen tolkas och tillämpas? Den största förändringen i rättssäkerhetshänseende är att förarbeten frångåtts till förmån för konventionskonform tolkning av svensk rätt. Utfallet i HD:s domar kan inte alltid ha varit förutsägbara och uppfyllt rättssäkerhetskravet att regler ska tolkas lojalt och korrekt. Europakonventionen har ändrat innebörden av rekvisit i straffbestämmelser och vidgat respektive minskat tillämpligheten av undantag till bestämmelser. I ett större perspektiv kan förändringarna argumenteras ha varit förutsebara, eftersom Europakonventionen gäller som lag i svensk rätt. Uttolkningen av rättigheternas omfång gäller därför även Sverige, eftersom rättigheterna är generellt formulerade och har en föränderlig innebörd. Europadomstolens kasuistiska bedömningar gör det dock svårt för inhemska domstolar att tolka kraven som Europakonventionen uppställer. Om Europadomstolen i sin praxis skulle uttala övergripande principer för tolkning av Europakonventionen skulle det underlätta efterlevandet av konventionen och eventuellt även minska antalet mål vid Europadomstolen. En sådan utveckling skulle stärka förutsägbarheten i rättsliga angelägenheter för alla konventionsstater och deras medborgare.

Att uttala generella principer som ska vara allmänt gällande i alla konventionsstater är dock ingen lätt uppgift. Den dynamiska tolkningen från fall till fall är anpassad för de många olika rättssystemen i Europa. Europadomstolens praxis kommer sannolikt vara kasuistisk även i fortsättningen. Kritiken som kan framföras i ett rättssäkerhetsperspektiv kommer därför att kvarstå. Det är viktigt att Europadomstolen är så konsekvent och stringent som möjligt i praxis även om bedömningarna görs utifrån konkreta fall. Bristande förutsebarhet kan inte anses ligga i att HD tillämpar Europakonventionen eftersom den gäller som svensk lag. Förutsebarheten härleds istället till Europadomstolen och dess tolkning av konventionens rättigheter.

HD har varit beredda att gå långt för att tolka svenska bestämmelser fördragskonformt. Enskildas rättigheter har stärkts genom redan gällande svenska regler. Mänskliga rättigheter ska skydda individer mot godtyckligt statligt maktutövande samtidigt som straffrätten i sig berättigar statligt maktutövande. Två

intressen vägs mot varandra och den bristande rättssäkerheten är ofta till fördel för den tilltalade i en brottmålsprocess. Att gärningen inte är straffbar till följd av polisens agerande eller med hänvisning till yttrandefriheten innebär positiva konsekvenser för den tilltalade som undgår straffansvar. Fokus på strikt tillämpning av processuella bestämmelser och gottgörelse av kränkning genom straffflindring medför också positiva konsekvenser ur den enskildes perspektiv, även om de inte var förutsedda. Bristen på rättssäkerhet begränsar i dessa fall snarare åklagarens möjlighet att förutspå utgången av mål. Det finns en osäkerhetsfaktor när åtal väcks, men den osäkerheten är enligt mig inte ett lika stort hot mot rättssäkerheten som negativa och oförutsedda konsekvenser för den tilltalade.

Denna argumentation bör inte dras för långt, då förutsebarhet är en viktig och angelägen princip i rätten som inte helt ska sättas ur spel med hänvisning till ett legitimt intresse av mänskliga rättigheter. Jurister bör även i fortsättningen kunna lita på uttalanden som görs i förarbeten och kunna förutspå hur rättsliga frågor kommer att tolkas av domstolar. Viktigt är därför att Europakonventionen berörs tydligare i svenska förarbeten, vilket även skulle markera konventionens numera centrala plats i det svenska rättssystemet. Eftersom förarbeten inte uppdateras efter lagstiftningens införande kan hänvisningar till specifika domar från Europadomstolen snabbt bli utdaterade, men det är i sig inte ett skäl att avstå från hänvisning och kartläggning av praxis. En markering om Europakonventionens relevans på området riktar uppmärksamhet till att det finns rättighetsaspekter att väga in i bedömningen. På det viset stärks Europakonventionens ställning och ökar förutsebarheten i den juridiska bedömningen.

Lagstiftarens försiktiga inställning märks i propositioner genom den skepsis som visas mot framtida praxis från Europadomstolen. Lagstiftaren anser det fortfarande viktigt att markera sitt ansvar för svensk lagstiftning. Innebörden av förbehåll i förarbeten kan dock ifrågasättas eftersom HD visat vilja att värna om Europakonventionen i praxis. Utvecklingen av rättigheter enligt Europadomstolen kan få genomslag i svenska domstolar trots uttalanden i förarbeten med direkt tillämpning av konventionen. Aktörer är hänvisade till ett, förvisso större och mer komplext, underlag att basera rättsliga bedömningar på. På det viset har även underrätter incitament att ta hänsyn till Europakonventionen i sina avgöranden och därmed stärks rättssäkerheten för den enskilde. Betraktar man Europakonventionen som en direkt tillämplig lag och en del i ett polycentriskt rättssystem snarare än som en potentiell konflikt med svensk lag minskar oförutsägbarheten. HD har en poäng i att den är svår att följa eftersom utvecklingen sker så snabbt och konventionen utgör en stor kontrast till tolkning av inhemska rättskällor. Inte desto mindre är det en viktig rättskälla som värnar om mänskliga rättigheter med stark förankring i demokratiska värden. Europadomstolens praxis måste noga följas och aktivt tolkas av både lagstiftare och domstol i rättssäkerhetens intresse.

I rättssäkerhetshänseende är det även mycket viktigt att domstolar, inte minst HD, tydligt redovisar och utvecklar sina resonemang kring bedömningen enligt Europakonventionen. Även när en kränkning inte bedömts förekomma är det viktigt att ställningstagandet motiveras och utförligt beskrivs med hänvisning till relevant praxis som legat till grund för bedömningen. Jag beskrev ovan Europakonventionen som en tillgång i brottmålsprocessen som ger bredare underlag för bedömning och större skydd för individen. Det är den funktionen Europakonventionen har som jag slutligen vill betona.

## 5.8. Slutord

Tillämpning av Europakonventionen handlar om att efterleva krav på mänskliga rättigheter. De förändringar som konventionen har lett till i svensk straffrätt får anses motiverade även om rättstillämpningen blivit något mer nyckfull. Några större rättssäkerhetsproblem kan inte anses föreligga även om det, som HD gett uttryck för, är omständligt att följa Europadomstolens omfattande praxisutveckling.

Att nöja sig med inställningen som visats i förarbetena, att svensk rätt är förenlig med konventionen, framstår med all önskvärd tydlighet som olämpligt. Vid både undertecknande och inkorporering accepterade Sverige ett rättighetsdokument som inte hade en konstant, oföränderlig innebörd. Konventionen skiljer sig från svensk rätt på många sätt men både Europakonventionen och Europadomstolens praxis måste accepteras som en rättskälla i svensk rätt. Europakonventionen är inte ett dokument enbart för lagstiftaren.

Under arbetet med denna uppsats har många spännande sidofrågor dykt upp. Intressant att undersöka vore till exempel målsägarperspektivet av rätten till rättegång inom skälig tid. Polisens arbetsmetoder samt åklagarens roll och processansvar kommer säkerligen ge upphov till framtida diskussion och möjligen även lagstiftningsåtgärder. Det är dessutom värt att undersöka påskyndade rättsmedel vid oskäligen dröjsmål och Europakonventionens genomslag i EU-rätten. En intressant utveckling som följer är även förhållandet mellan Europakonventionen och rättighetskatalogen i RF.



## KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

---

### Offentligt tryck

Proposition 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*

Proposition 2004/05:143 *Överskottsinformation vid användning av hemliga tvångsmedel m.m.*

Proposition 2008/09:213 *Förtursförklaring i domstol*

Proposition 2009/10:80 *En reformerad grundlag*

Proposition 2012/13:69 *Kränkande fotografering*

SOU 1993:40 *Fri- och rättighetsfrågor, delbetänkande B Inkorporering av Europakonventionen*

SOU 1993:40 *Fri- och rättighetsfrågor, delbetänkande A Regeringsformen*

SOU 2003:74 *Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen*

SOU 2008:16 *Förtursförklaring i domstol*

SOU 2010:103 *Särskilda spaningsmetoder*

SOU 2012:44 *Hemliga tvångsmedel mot allvarliga brott*

SOU 2013:17 *Brottmålsprocessen*

Direktiv 1991:119 *Utvidgat skydd för grundläggande fri- och rättigheter samt ökade möjligheter till domstolsprövning av normbeslut och förvaltningsbeslut*

## Litteratur

- BORGEKE, MARTIN | *Att bestämma påföljd för brott* andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2012
- CAMERON, IAIN | *An introduction to the European Convention on Human Rights* 6th edition, Iustus förlag, Uppsala 2011 [cit. CAMERON 2011]
- DANELIUS, HANS | *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Upplaga 4:1, Norstedts Juridik, Vällingby 2012
- Finna rätt*, tolfte upplagan | U. BERNITZ, L. HEUMAN, M. LEIJONHUFVUD, P. SIEPEL, W. WARNLING-NEREP & H-H. VOGEL (red.) Norstedts Juridik, Stockholm 2012 [cit. BERNITZ M.FL. 2012]
- FRIBERG, SANDRA | *Kränkningersättning – Skadestånd för kränkning genom brott*, Iustus förlag, Uppsala 2010
- Human Rights and Criminal Justice*, third edition, | B. EMMERSON, A. ASHWORTH, A. MACDONALD, AL-T. CHOO, & M. SUMMERS (eds.) Sweet & Maxwell, London 2012 [cit. EMMERSON M.FL.]
- JAREBORG, NILS | *Allmän kriminalrätt*, Iustus förlag, Uppsala 2001
- Kriminalrättens grunder*, andra upplagan | P. ASP, M. ULVÄNG & N. JAREBORG (red.), Iustus förlag, Uppsala 2013 [cit. ASP M.FL. 2013]
- NERGELIUS, JOAKIM | *Förvaltningsprocess, normprövning och europarätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2000
- SUNNQVIST, MARTIN | *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, Jure, Stockholm 2014 [cit. SUNNQVIST 2014]
- Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* fourth edition | P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN & L. ZWAAK (eds.), Intersentia, Oxford 2006 [cit. VAN DIJK M.FL.]
- ÅGREN, JACK | *Billighetsskäl i BrB 29:5 – berättigande och betydelse vid påföljdsbestämning*, Jure Förlag AB, Stockholm 2013
- ÅHMAN, KARIN | *Normprövning – domstols kontroll av svensk lags förenlighet med Regeringsformen och Europarätten 2000-2010*, Norstedts Juridik, Stockholm 2011 [cit. ÅHMAN 2011]

## Artiklar och bidrag till samlingsverk

- ASP, PETTER | ”Om brottsprovokation och dess betydelse för den provocerades ansvar”, *Svensk Juristtidning* 2008 s. 779 [cit. ASP 2008]
- BERNITZ, ULF | ”Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt”, *Juridisk Tidskrift* 2010/11 s. 821 [cit. BERNITZ 2010/11]
- BERNITZ, ULF | ”Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr”, *Juridisk Tidskrift*, 1994/95 s. 259. [cit. BERNITZ 1994/95]
- BRATT, PERCY & SÖDERGREN, JAN | ”Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet – bringing rights home” *Europarättslig tidskrift*, 2000 s. 407
- CAMERON, IAIN | ”Normkonflikter och EKMR”, *Svensk Juristtidning* 2007 s. 851 [cit. CAMERON 2007]
- CAMERON, IAIN | ”Skattetilläggen och Europakonventionen” *Svensk Juristtidning* 2001 s. 745 [cit. CAMERON 2001]
- CRAFOORD, CLARENCE | ”Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen” *Europarättslig tidskrift*, 2001 s. 519
- EHRENCRONA, CARL HENRIK | ”Europadomstolen – vadan och varthän?”, *Svensk Juristtidning* 2012 s. 369
- FRÄNDBERG, ÅKE | ”Om rättssäkerhet”, *Juridisk Tidskrift*, 2000/01 s. 269
- GULLIKSSON, MAGNUS | ”Klart till halvklart – om ne bis in idem och skattetilläggen”, *Svensk Juristtidning*, 2013 s. 645
- NOWAK, KAROL | ”Europadomstolen som prejudikatinstans” i *Vänbok till Torleif Bylund T. Andersson, & B. Lindell*, (red.) s. 325
- SUNNQVIST, MARTIN | ”I gränslandet mellan lagprövning och lagtolkning”, *Svensk Juristtidning* 2008 s. 645 [cit. SUNNQVIST 2008]
- TRÄSKMAN, PER-OLE | ”Förbudet mot dubbelbestraffning och skillnaden mellan brottslig gärning och brott” *Juridisk Tidskrift*, 2004/05 s. 862

VICTOR, DAG | ”Svenska domstolars hantering av Europakonventionen” *Svensk Juristtidning* 2013 s. 343

ÅHMAN, KARIN | ”Europakonventionen och förbudet mot dubbelbestraffning” *Svensk Skattetidning*, 2010:1 s. 104 [cit. ÅHMAN 2010]

## Övrigt

Domstolsverket | *Domstolsstatistik 2013*, hämtat från [http://www.hogstادمstolen.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik\\_2013.pdf](http://www.hogstادمstolen.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2013.pdf), 2014-04-27

Åklagarmyndighetens RättsPM 2007:4 *Provokativa åtgärder* (uppdaterad i mars 2008), hämtat från <http://www.aklagare.se/PageFiles/3811/2007-04%20Provokativa%20%C3%A5tg%C3%A4rder.pdf>, 2014-05-05

## RÄTTSFALLSFÖRTECKNING

---

### Fall från Högsta domstolen

NJA 1973 s. 590	NJA 2005 s. 237
NJA 1996 s. 27	NJA 2005 s. 283
NJA 1998 s. 82	NJA 2005 s. 462
NJA 1998 s. 204	NJA 2005 s. 805
NJA 1998 s. 228	NJA 2005 s. 856
NJA 1998 s. 838	NJA 2006 s. 467
NJA 1998 s. 862	NJA 2006 s. 708
NJA 1999 s. 102	NJA 2007 s. 227
NJA 2000 s. 622	NJA 2007 s. 547
NJA 2000 s. 661	NJA 2007 s. 557
NJA 2001 s. 35	NJA 2007 s. 805
NJA 2001 s. 183	NJA 2007 s. 918
NJA 2001 s. 409	NJA 2007 s. 1037
NJA 2001 s. 563	NJA 2008 s. 946
NJA 2003 s. 323	NJA 2008 s. 1165
NJA 2003 s. 414	NJA 2009 s. 475
NJA 2003 s. 486	NJA 2009 s. 599
NJA 2003 s. 567	NJA 2009 s. 776
NJA 2004 s. 231	NJA 2009 s. 836
NJA 2004 s. 510	NJA 2010 s. 168
NJA 2004 s. 757	NJA 2011 s. 386
NJA 2004 s. 840	NJA 2011 s. 444
NJA 2005 s. 33	NJA 2011 s. 563

NJA 2011 s. 611	NJA 2012 s. 650
NJA 2011 s. 638	NJA 2012 s. 764
NJA 2012 s. 105	NJA 2012 s. 1038
NJA 2012 s. 211	NJA 2013 s. 7
NJA 2012 s. 342	NJA 2013 s. 502
NJA 2012 s. 400	NJA 2013 s. 842

## Avgöranden från Europadomstolen

*Allan mot Storbritannien*, 48539/99 Europadomstolens dom (fjärde avdelningen) den 5 november 2002

*Beck mot Norge*, 26390/95 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 22 oktober 2002

*Benhebba mot Frankrike*, 53441/99 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 10 oktober 2003

*Bykov mot Ryssland*, 4378/02 Europadomstolens dom (stor kammare) den 10 mars 2009

*Cantoni mot Frankrike* 17862/91 Europadomstolens dom (kammare) den 11 november 1996

*Cooke mot Österrike*, 25878/94 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 8 februari 2000

*Eckle mot Tyskland*, 8130/78 Europadomstolens dom (stor kammare) den 15 juli 1982

*Edwards mot Storbritannien*, 13071/87 Europadomstolens dom (kammare) den 16 december 1992

*Feridun Yazar m.fl. mot Turkiet* 42713/98 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 23 september 2004

*Ferrantelli och Santangelo mot Italien*, 19874/92 Europadomstolens dom (plenum) den 7 augusti 1996

*Funke mot Frankrike*, 10828/84 Europadomstolens dom (plenum) den 25 februari 1993

*Goodwin mot Storbritannien*, 28957/95 Europadomstolens dom (stor kammare) den 11 juli 2002

*Gündüz mot Turkiet*, 35071/97 Europadomstolens dom (första avdelningen) den 4 december 2003

*Hauschildt mot Danmark*, 10486/83 Europadomstolens dom (plenum) den 24 maj 1989

*Heaney och McGuinness mot Irland* 34720/97 Europadomstolens dom (fjärde avdelningen) den 21 december 2000

*Janosevic mot Sverige*, 34619/97 Europadomstolens dom (första kammaren) den 23 juli 2002

*Jerusalem mot Österrike*, 26958/95 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 27 februari 2001

*Khan mot Storbritannien*, 35394/97 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 12 maj 2000

*Kokkinakis mot Grekland*, 14307/88 Europadomstolens dom (kammare) den 25 maj 1993

*Kudła mot Polen*, 30210/96 Europadomstolens dom (stor kammare) den 26 oktober 2000

*Larissis m.fl. mot Grekland* 140/1996/759/958–960 Europadomstolens dom (kammare) den 24 februari 1998

*M.C. mot Bulgarien*, 39272/98 Europadomstolens dom (första kammaren) den 4 december 2003

*Pélissier och Sassi mot Frankrike*, 25444/94 Europadomstolens dom (stor kammare) den 25 mars 1999

*PG och JH mot Storbritannien*, 44787/98 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 25 september 2001

*Pietiläinen mot Finland* 35999/97 Europadomstolens dom (fjärde avdelningen) den 5 november 2002

*Roemen och Schmit mot Luxemburg*, 51772/99 Europadomstolens dom (fjärde avdelningen) den 25 februari 2003

*Salabiaku mot Frankrike*, 10519/83 Europadomstolens dom (plenum) den 7 oktober 1988

*Saunders mot Storbritannien*, 19187/91 Europadomstolens dom (stor kammare) den 17 december 1996

*Schenk mot Schweiz*, 10862/84 Europadomstolens dom (plenum) den 12 juli 1988

*Scordino mot Italien* 36813/97 Europadomstolens dom (stor kammare) den 29 mars 2006

*Sequeira mot Portugal*, 18545/06 Europadomstolens dom (andra avdelningen) den 20 oktober 2009

*Sporrong-Lönnroth mot Sverige* 7151/75 Europadomstolens dom (plenum) den 23 september 1982

*Söderman mot Sverige*, 5786/08 Europadomstolens dom (stor kammare) den 15 november 2013

*Teixeira de Castro mot Portugal*, 44/1997/828/1034 Europadomstolens dom (kammare) den 9 juni 1998

*The Sunday Times mot Storbritannien*, 6538/74 Europadomstolens dom (plenum) den 26 april 1979

*Vanyan mot Ryssland*, 53203/99 Europadomstolens dom (första avdelningen) den 15 december 2005

*Vejdeland och andra mot Sverige*, 1813/07 Europadomstolens dom (femte kammaren) den 9 februari 2012

*von Hannover mot Tyskland* 59320/00 Europadomstolens dom (tredje avdelningen) den 24 juni 2004

Domarna finns tillgängliga på Europadomstolens hemsida [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) i databasen HUDOC.



## BILAGA 1: RÄTTSFALL ENLIGT SYSTEMATISERINGEN

---

### *Fall där Europakonventionen påverkade straffbarheten*

NJA 1998 s. 838	NJA 2007 s. 805
NJA 2001 s. 409	NJA 2009 s. 475
NJA 2001 s. 563	NJA 2011 s. 638
NJA 2005 s. 237	NJA 2011 s. 563
NJA 2005 s. 805	NJA 2012 s. 342
NJA 2006 s. 467	NJA 2012 s. 400
NJA 2006 s. 708	NJA 2012 s. 650
NJA 2007 s. 1037	NJA 2004 s. 231
NJA 2007 s. 227	NJA 2008 s. 946

### *Fall där Europakonventionen påverkade processen*

NJA 1998 s. 204	NJA 2003 s. 567
NJA 1998 s. 228	NJA 2004 s. 757
NJA 1998 s. 82	NJA 2007 s. 547
NJA 2000 s. 661	NJA 2009 s. 836
NJA 2003 s. 323	NJA 2011 s. 611
NJA 2003 s. 486	NJA 2013 s. 7

### *Fall där Europakonventionen påverkade påföljden*

NJA 2001 s. 35	NJA 2009 s. 599
NJA 2003 s. 414	NJA 2011 s. 386
NJA 2005 s. 283	NJA 2012 s. 1038

*Perifera fall*

NJA 1996 s. 27

NJA 2012 s. 105

NJA 1998 s. 862

NJA 2001 s. 183

NJA 1999 s. 102

NJA 2012 s. 764

NJA 2007 s. 400