Svenska domstolars hantering av Europakonventionen

Av f.d. justitierådet DAG VICTOR

Underlag[1] till ett föredrag den 17 augusti 2012 på konferens anordnad av Nordiska Föreningen för Processrätt

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning 343
Inledning 344
Nya faktorer 344
En utgångspunkt 347
Innan konventionen blev lag 348
Konventionen blir lag 352
Konventionen i Högsta domstolens praxis 355
Förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden i artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet (ne bis in idem) 356
Artikel 2: Rätten till liv 364
Artikel 3: Förbudet mot tortyr 367
Artikel 5: Rätten till frihet och personlig säkerhet 371
Artikel 6: Rätten till en rättvis rättegång 373
Artikel 7: Legalitetsprincipen 378
Artikel 8: Rätten till skydd för privat- och familjeliv 381
Artikel 9: Rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet 383
Artikel 10: Rätten till yttrandefrihet 385
Artikel 13: Rätten till ett effektivt rättsmedel 390
Framtiden 391

[1] Denna text utarbetades ursprungligen i syfte att användas som underlag för en muntlig framställning vid den i rubriken nämnda konferensen. Den har i efterhand kompletterats främst genom att vad som tidigare endast var ”stolpar” för den muntliga framställningen ersatts med löptext. Strukturen och det sakliga innehållet är dock i allt väsentligt bibehållen. Jag har också, då det förefaller mig kunna underlätta läsning, bibehållit markeringar i form av *kursiveringar*, som jag gjorde för att enklare kunna orientera mig i texten under ett anförande. Markeringarna i löptext motsvarar i huvudsak de ursprungliga ”stolparna”. Vad gäller markeringarna i citat är de nästan genomgående av det slaget att det normalt skulle angetts vid varje tillfälle att markeringen är gjord av mig. Då det skulle bli alldeles för mycket nöjer jag mig dock med att ange detta här. Tilläggas ska väl, som läsaren nog anar, att underlaget svällde långt utöver vad som var lämpligt för den muntliga framställningen. Vid denna fick jag därför i betydande omfattning gena genom underlaget.

Inledning

> I förarbetena till inkorporeringen av Europakonventionen sägs att det även efter inkorporeringen av Europakonventionen i första hand ankommer på lagstiftaren att se till att den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser. … Det är emellertid uppenbart att detta ansvar i första hand tar sikte på den allmänna utformningen och avsedda tillämpningen av ny lagstiftning. Om det i sådant hänseende uppkommer frågor vid svensk domstol om förenligheten med Europakonventionen gör sig också särskilda hänsyn gällande vid tillämpningen (jfr t.ex. NJA 2004 s. 840). I stor utsträckning, inte minst när det gäller skyddet av yttrandefriheten, *gäller emellertid frågan om förenligheten med Europakonventionen inte lagstiftningen som sådan utan dess tillämplighet i enskilda fall. I sådana fall måste de rättstillämpande organen på ett helt annat sätt ta ett självständigt ansvar för att tillämpningen inte kommer att stå i strid med bestämmelserna i Europakonventionen.* Det måste också förutsättas att lagstiftaren vid antagandet av ny lagstiftning, … utgått från att de rättstillämpande organen iakttar detta ansvar.
>
> *Dag Victor, tillägg i NJA 2006 s. 467 (flygbladsspridningen)*

När jag blev tillfrågad om jag under rubriken De nordiska domstolarna och EKMR kunde tänka mig att tala om nationella domstolars hantering av Europakonventionen tyckte jag att det verkade som en ganska behändig uppgift. Jag hade ju en ganska stor praktisk erfarenhet på området som jag skulle kunna falla tillbaka på. I vanlig ordning visade det sig dock att just detta var vad som gjorde uppgiften besvärlig. Det finns alldeles för mycket att säga för att få rum med det inom ramen för ett anförande. Jag har alltså blivit tvungen att skära kraftigt i underlaget för mitt anförande. Detta är anledningen till att jag i princip inte bara begränsar mig till svenska domstolar utan av dessa också lämnar förvaltningsdomstolarna åt sidan och av de allmänna domstolarna nöjer mig med Högsta domstolen (HD) och av dess avgöranden huvudsakligen håller mig till sådan som jag själv deltagit i.

Innan jag går in på hur HD i praktiken har behandlat Europakonventionen i sin rättstillämpning vill jag dock något beröra vissa faktorer som är av betydelse för bedömningen av den tillämpningen och för tillämpningens framtida utveckling. Inte minst under senare tid har en rad nya sådana faktorer tillkommit.

Nya faktorer

> 52. Against this background, the Court considers that *the case-law established over the last seven years by the Supreme Court*, together with the Chancellor of Justice's more recent practice, must be regarded as sufficiently certain to find that *there now exists an accessible and effective remedy in Sweden* that is capable of affording redress in respect of alleged violations of the Convention. *Potential applicants may therefore be expected to lodge a domestic claim to seek compensation for alleged breaches of the Convention before applying to the Court.*

Europadomstolen, dom den 12 april 2012 i målet Eriksson mot Sverige (Application no. 60437/08)

Den 1 januari 2011 trädde omfattande ändringar av regeringsformen (RF) i kraft. Ändringarna innebar bl.a. att det s.k. *uppenbarhetsrekvisitet* i bestämmelserna om lagprövning i RF 11:14 (numera 11:14 och 12:10) togs bort. Bestämmelsen i 2:23 om förbudet mot att meddela lag eller annan föreskrift i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) justerades också språkligt och flyttades till 2:19. Formellt sett innebar ändringarna inte någon förändring av Europakonventionens ställning i svensk rätt och frågan om konventionens ställning berördes inte heller närmare i den bakomliggande propositionen (prop. 2009/10:80). En följd av ändringarna är emellertid att det krav på att felet är uppenbart för att en domstol (eller annat offentligt organ) ska få åsidosätta en konventionsstridig föreskrift som beslutats av riksdagen eller regeringen har tagits bort.

I *beredningsunderlaget* till propositionen ägnades däremot Europakonventionen och dess ställning i svensk rätt mer uppmärksamhet. Jag tänker då i första hand på den av Grundlagsutredningen publicerade *expertgruppsrapporten (SOU 2007:85) Olika former av normkontroll*, vars redogörelse för det svenska normkontrollsystemet också innehåller en förhållandevis fyllig redovisning för hur konflikter mellan konventionen och rent svenska normer behandlats.[2] Flera av artiklarna i det *temanummer* om rapporten som *SvJT* publicerade samma år handlade också om eller berörde konventionens betydelse ur ett normkontrollperspektiv. Till en del kan också den bok som *Karin Åhman* gav ut hösten 2011 uppfattas som en uppföljning till dessa texter. Bokens titel är *Normprövning — Domstols kontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000–2011* och i boken lämnas inte endast en fyllig redovisning av bl.a. hur domstolar hanterat Europakonventionen under den angivna tidsperioden utan också av tidigare motsvarande redovisningar och diskussioner kring konventionen och dess betydelse.[3]

Ytterligare ett viktigt dokument från senare tid när det gäller konventionen och dess ställning i svensk rätt är *betänkandet (SOU 2010:87) Skadestånd och Europakonventionen* som inte endast innehåller förslag till lagreglering av rätten till ersättning vid överträdelser av konventionsrättigheter utan också viktiga analyser av

[2] Se även avsnitt 24 (särskilt 24.1 under rubriken Lagprövning i praxis) samt 25.2 i Grundlagsutredningens betänkande (SOU 2008:125) En reformerad grundlag.

[3] En värdefull översikt över var Europakonventionens olika artiklar aktualiserats i lagstiftning och rättspraxis finns också i Holmberg m.fl., Grundlagarna, 3:e uppl. 2012, s. 198 ff.

olika problem när det gäller tillämpningen av konventionens bestämmelser på nationell nivå.

Under det senaste året har det också kommit *ett antal avgöranden från Europadomstolen* där svenska domstolars hantering av konventionen blivit föremål för prövning. Målen har gällt beslut om att hinder enligt konventionen mot *utlämning till Rwanda* inte förelåg (domstolens dom den 27 oktober 2011 i målet *Ahorugeze* mot Sverige, no. 37075/09), domar för hets mot folkgrupp för *spridning av flygblad* med uttalanden om homosexuella (domstolens dom den 9 februari 2012 i målet *Vejdeland och andra* mot Sverige, no. 1813/07) och frikännande för *smygfilmning* av duschande flicka (domstolens dom den 21 juni 2012 i målet *E. S.* mot Sverige, no. 5786/08). Därtill kommer en rad avgöranden i vilka HD:s (och Justitiekanslerns) *praxis när det gäller ersättning för konventionsöverträdelser* bedömts av Europadomstolen.

Vad som också bör nämnas är den ”*krissituation*” som Europadomstolen för närvarande befinner sig i

> ”till följd av den mycket höga ökande målbalansen, ifrågasättandet av dess praxis och minskad vilja/förmåga hos en del stater till implementering av domstolens domar”.[4]

Det skulle vara lockande att här ta upp och diskutera denna utveckling och dess betydelse för domstolarnas hantering av Europakonventionen. En viktig sådan fråga är hur man bör se på förhållandet mellan hanteringen av konventionen och *lagprövningsproblematiken.* Personligen tror jag, som delvis torde framgå av den följande framställningen, att det från lagprövningsområdet hämtade ”*konfliktperspektivet*” i alltför hög grad präglat synen på konventionens betydelse för rättstillämpningen. Om jag skulle driva någon ”*tes*” är den närmast att *förhållandet mellan konventionens bestämmelser och annan lagstiftning snarare ska ses som ett system med en rad olika slags förbindelser än som begränsat till alternativen ”harmoni” och ”strid*” som regeringsformens bestämmelse om lagprövning inbjuder till.[5] På motsvarande sätt skulle det vara intressant att diskutera *Europadomstolens ”liturgiska” praxis* och då inte minst hur domstolen hanterar figurer som ”*living instrument*”, ”*margin of appreciation*” och ”*subsidiarity*” och den praxisens betydelse för de nationella domstolarnas tillämpning av konventionen.[6] En sådan diskussion

---

[4] Citatet är hämtat från Carl Henrik Ehrenkrona, Europadomstolen — vadan och varthän? SvJT 2012 s. 360. Se vidare t.ex. Pauliine Koskelo, Rättsvård i ett multipolart system — samspel, spänningar och utmaningar, JFT 4/2012 s. 298 och Fredrik Stenhammar, Internationell anarki i svenska domstolar? Ett folkrättsligt perspektiv på ”HD-upproret” om skattetilläggen, JT 2011–12, s. 477.

[5] En mer träffande jämförelse skulle kunna vara med det förhållande som exempelvis finns mellan den allmänna och den speciella delen inom straffrätten.

[6] Se härtill exempelvis Andenæs och Bjørge, Norske domstoler og utviklingen av mennskeretterna, Jussens venner 2011, s. 251.

skulle dock i bägge fallen kräva ett sådant utrymme att det varit nödvändigt att lämna det åt sidan. Den uppmärksamme lyssnaren (eller läsaren) torde dock av den följande texten kunna dra vissa slutsatser angående mina uppfattningar i dessa frågor.

En utgångspunkt

> *Som lag här i landet skall gälla den europeiska konventionen* den 4 november 1950 angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
> - med de ändringar som gjorts genom ändringsprotokoll nr 11 och 14 till konventionen, och
> - med de tillägg som gjorts genom tilläggsprotokollen nr 1, 4, 6, 7 och 13 till konventionen.
>
> *Lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*

Även om vi under senare tid haft en intensiv och spännande utveckling när det gäller Europakonventionens ställning tror jag att den *naturliga utgångspunkten* för att tala om svenska domstolars hantering av Europakonventionen är den *1 januari 1995* då lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna trädde i kraft. I lagen föreskrivs att Europakonventionen och dess tilläggsprotokoll ska gälla som lag i Sverige. Ser man till hur konventionen tillämpats och åberopats i HD:s dömande råder det inte heller någon tvekan om att inkorporeringen av konventionen som svensk rätt rent faktiskt inneburit att dess bestämmelser fått en allt större betydelse. *Före år 1995* åberopades Europakonventionen eller Europadomstolen endast i ett *20-tal avgöranden* i NJA (varav en klar majoritet under åren 1992–1994) medan antalet *därefter* ligger *runt 200*.

Själv kom jag till HD ett par år efter att konventionen började gälla som lag och har därigenom på nära håll kunnat följa utvecklingen i domstolen. Alla avgöranden för vilka konventionen varit av betydelse har jag förvisso inte deltagit i men jag har ändå haft turen att vara med i en stor och väsentlig del av dessa. Som jag redan sagt kommer jag i huvudsak att utgå från dessa även om jag i viss mån kommer att komma in även på andra avgöranden.

Innan jag går in på domstolens praxis efter det att konventionen fick ställning som lag vill jag emellertid mer kortfattat beröra bakgrunden då jag tror att den är av väsentlig betydelse för att förstå de meningsbrytningar som präglat och följt frågan om konventionens ställning i svensk rätt.

Innan konventionen blev lag

> När Sverige anslöt sig till konventionen i början av 1950-talet, tog regeringen ganska lätt på de förpliktelser som den medförde för oss. Den proposition som avgavs till riksdagen 1951 var till ytterlighet summarisk och innehöll nästan ingenting av analys av hur svensk rätt uppfyllde konventionens krav. I propositionen genomgicks konventionens innehåll på cirka två trycksidor, varefter departementschefen kort konkluderade: "En granskning av de i konventionen upptagna rättigheterna ger vid handen, att det i beskrivningen av desamma icke lärer möta något hinder för Sverige att ansluta sig till konventionen."
>
> *Hans Danelius, SvJT 1989 s. 653*

Europakonventionen trädde i kraft den 3 september 1953 sedan den ratificerats av 10 stater, däribland Danmark, Island, Norge och Sverige. Konventionen blev därigenom bindande för Sverige men i enlighet med den s.k. *dualistiska* syn på internationella överenskommelser som ansågs gälla i Sverige innebar det inte att konventionen var direkt tillämplig vid domstolar (och andra rättstillämpande organ). Om det förelåg en konflikt mellan konventionen och svensk lag skulle rättstillämparen tillämpa svensk lag. Det var *lagstiftaren som ansvarade för att svensk rätt överensstämde med konventionen.* Ratificeringen föregicks också på sedvanligt sätt av en analys av i vilken mån konventionen påkallade några lagändringar. Svensk lag ansågs emellertid stå i god överensstämmelse med konventionen och konventionen kunde därför ratificeras utan några lagändringar.

Det synsätt som på detta sätt präglade uppfattningen av Europakonventionens ställning enligt svensk rätt har *påtagliga likheter med den då traditionella uppfattningen av förhållandet mellan regeringsformen och annan lag* (eller författning). Någon bestämmelse om lagprövning fanns inte och utrymmet för domstol att med tillämpning av grundlag och principen om lex superior underlåta tillämpning av en lag ansågs obefintligt eller begränsat. När det gäller grundlag ansågs riksdagen vara den främste uttolkaren och den tolkning som den lagt till grund för sina beslut borde därför i princip respekteras. I grunden för detta synsätt låg *folksuveränitetsprincipen* enligt vilken riksdagen (politikerna) som folkets främsta företrädare (se 1:4 RF) inte borde underordnas domstolarna.[7]

En viktig sak att komma ihåg i det sammanhanget är dock att RF (i motsats till TF) vid den här tiden *inte innefattade något egentligt rättighetsskydd* av det slag som finns i Europakonventionen.[8] RF var vad

---

[7] Jfr härtill Grundlagsutredningens betänkande (SOU 2008:125) En reformerad grundlag, s. 375 f.

[8] Se till detta t.ex. Erik Holmberg, På spaning efter rättigheterna, SvJT 1987 s. 653.

som kallats ”*politikernas egen ordningsstadga*”.[9] Det innebar också att den *lagprövning* som kunde komma i fråga främst var av *formell* art. Att sådana fel bör vara uppenbara för att en föreskrift inte ska få tillämpas är också lättare att förstå än vad detta rekvisit egentligen skulle innebära vid sådan *materiell* lagprövning som en rättighetsreglering kan ge anledning till. I det formella fallet är det ju överenstämmelsen mellan ett faktiskt handlande och en norm som prövas medan det i det senare fallet är förhållandet mellan två olika normer. Och förutom att normer alltid kräver tolkning kan förhållandet mellan dem vara på så många andra sätt än förenliga eller ”i strid” med varandra.

Europakonventionen avvek emellertid i ett väsentligt hänseende från internationella överenskommelser i övrigt genom det institutionella kontrollsystem som knöts till systemet med möjlighet till *individuell klagorätt* och ytterst prövning av klagomål i Europadomstolen. Sverige godtog individuell klagorätt (till den dåvarande kommissionen) redan i samband med ratificeringen men *erkände domstolens kompetens först år 1966*. Den möjlighet som därigenom öppnades att få till stånd en domstolsprövning av den svenska efterlevnaden av konventionens bestämmelser fick inledningsvis inte någon större praktisk betydelse. Antagandet att svensk rätt stod i god överenstämmelse med konventionen föreföll i allt väsentligt hålla.

År 1982 fälldes dock Sverige för första gången i Europadomstolen (domstolens dom den 23 september 1982 i målet *Sporrong och Lönnroth* mot Sverige no. 7151/75, 71527/75). Domstolen fann att både skyddet för äganderätten i artikel 1 i första tilläggsprotokollet och rätten till domstolsprövning i artikel 6.1 hade kränkts. Avgörandet blev en *vändpunkt både när det gäller mängden av klagomål och efterhand också i antalet mål som resulterade i fällningar mot Sverige*. Från slutet av 80-talet till den 1 januari 1995 då konventionen blev svensk lag fälldes Sverige i ett 20-tal mål. *Fällningarna uppfattades i första hand som ett problem för lagstiftaren* och föranledde också en rad ändringar i den svenska lagstiftningen.

I flera fall hade fällningarna sin bakgrund i att Europadomstolen tolkade olika uttryck i konventionen som ”*autonoma begrepp*” med en annan betydelse än den som motsvarande termer ansågs ha i svensk rätt. Detta gäller exempelvis det i artikel 6.1 använda uttrycket ”civil rights and obligations” som enligt Europadomstolen var tillämpligt i förhållande till en rad förvaltningsrättsliga beslut som enligt svensk

[9] Eivind Smith, Politikernas konstitution — eller folkets?, SvJT 2004 s. 676 (på s. 680). I artikeln belyser Smith ett antal svenska konstitutionellas egenheter som lindrats men till stora delar finns kvar även efter den senaste grundlagsrevisionen. Se även samme författare, Sverige som konstitutionell demokrati, SvJT 2000 s. 11 och Noen konstitusjonelle aspekter, SvJT 2001 s. 272 samt Regeringsrätten som ”domstol”, i Regeringsrätten 100 år, 2009 s. 477.

rätt inte omfattades av någon sådan rätt till domstolsprövning som krävs enligt artikel 6.1. De flesta fällningarna avsåg just den rätten och det naturliga remediet uppfattades vara ändrad lagstiftning (märk dock *NJA 1994 s. 657*).

Ett annat exempel är den i artikel 5.3 stadgade rätten för den som frihetsberövats att ”promptly” ställas inför ”a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power”. Från svensk sida hävdades att åklagaren var en sådan ämbetsman som avsågs i konventionen. Kommissionen gjorde emellertid i ett par fall en annan bedömning och hänsköt fallen till domstolen.

Sverige förklarade sig då berett att föreslå sådana ändringar i rättegångsbalken som kunde behövas för att *ingen tvekan skulle råda om att svensk lag överensstämde med konventionen* i detta hänseende. Ett av fallen avskrevs därefter (domstolens dom den 2 oktober 1984 i målet *Skogström* mot Sverige no. 8582/79) sedan den klagande och Sverige förlikts medan Sverige i det andra fälldes (domstolens dom den 26 oktober 1984 i målet *McGoff* mot Sverige no. 9017/80) på den grunden att förfarandet inte uppfyllde kravet på ”promptness” men utan att domstolen tog klar ställning till i vad mån åklagaren kunde anses vara en sådan ämbetsman som avsågs i konventionen.

I det förra fallet var det tre av de sju domarna som ansåg att målet borde ha tagits upp till materiell prövning särskilt med hänsyn till att målet skulle ge en möjlighet att avgöra frågan om en distriktsåklagare kunde betraktas som ”judicial” ämbetsman. I den proposition (*prop. 1986/87:112*) där de aviserade förslagen lades fram gjorde det föredragande statsrådet gällande att Sverige hade ”*ett system*” för att pröva straffprocessuella frihetsberövanden som fyllde högt ställda anspråk på rättsäkerhet och att den föreslagna *anpassningen av de svenska reglerna till* ”de normer som har kommit fram i praxis vid tolkningen av Europakonventionen” därför mer var att betrakta som en ”anpassning till ett formellt system än en fråga om rättssäkerhet i egentlig mening”.

I de nu berörda exemplen var det förståeligt att intresset i första hand inriktades på frågan om den svenska lagstiftningens överensstämmelse med konventionen och att ändrad lagstiftning betraktades som det naturliga botemedlet mot brister i det hänseendet. Frågan om förhållandet mellan svensk rätt och konventionen *aktualiserades emellertid också i rättstillämpningen* och redan innan konventionen blev svensk lag utvecklades här efterhand principer om *konventionsenlig tolkning* av svensk rätt enligt vilken *inte endast konventionen som sådan utan också domstolens praxis beaktades.*

Som ett tidigt exempel kan *NJA 1981 s. 1205* nämnas. I det målet åberopade en part 11:3 RF och rätten till domstolsprövning enligt artikel 6 i konventionen. När det gäller den senare rätten anförde HD att det i vårt land var en vedertagen uppfattning att bestämmelser i internationella överenskommelser — i den mån de inte redan har

motsvarighet i vår lagstiftning eller sedvanerätt — inte utan förmedling av lagstiftning blev gällande svensk rätt. Samtidigt framhöll man dock att det fick

> ”förutsättas, att bestämmelserna i regeringsformen, som tillkommit efter Sveriges ratifikation av Europeiska konventionen, står i överensstämmelse med dennas föreskrifter, och de senare kan därjämte belysa innebörden av bestämmelserna i regeringsformen”.

I *NJA 1991 s. 188* var frågan om i vad mån ett förvaltningsbeslut som hade fattats med stöd av jordförvärvslagen kunde omprövas eller sättas åt sidan i ett verkställighetsförfarande och om rätten till muntligt förhör i besvärsmålet.

HD konstaterade vad det gäller den förra frågan att det av Europadomstolens praxis framgick att rätten till domstolsprövning enligt konventionen omfattade beslut av det slag som var föremål för verkställighetsförfarandet och att det lagts fram förslag till ändrad lagstiftning för att tillgodose den rätten. I avvaktan på den lagändringen fanns det emellertid enligt HD *anledning att i görligaste mån utnyttja den möjlighet till domstolsprövning som förelåg på verkställighetsstadiet* även om det för att fullt ut tillgodose Europakonventionens krav torde krävas en annan domstolsprövning än som kan ske inom ramen för ett verkställighetsförfarande.

När det gäller frågan om *muntlig förhandling* förklarade HD att de skäl som anförts för en sådan *inte var av sådan tyngd som förutsätts enligt rättegångsbalkens bestämmelser.* Även här fanns det emellertid enligt HD anledning att ta hänsyn till bestämmelserna i Europakonventionen och avgörandena av Europadomstolen om rätt till muntlig förhandling. Då det *av praxis framgick att det fanns en sådan rätt och då något hinder i svensk lag inte mötte mot ett sådant förfarande fann HD att muntligt förhör borde hållas i målet.* Att något sådant förhör inte hållits i hovrätten ansågs emellertid inte utgöra domvilla.

Just frågan om rätten till *muntlig förhandling* blev under den här tiden en *återkommande fråga i HD:s praxis.* Snart ansågs det också att det var ett rättegångsfel om rätten till muntlig förhandling hade åsidosatts. Överhuvudtaget utvecklade HD en alltmer ”aktivistisk” hållning där konventionen och *Europadomstolens praxis inte endast användes som ett allmänt tolkningsstöd utan i praktiken fick ställning som en självständig normkälla.* Hållningen kom bl.a. till uttryck i *NJA 1992 s. 532* där HD förklarade att domstolarna i brottmål skulle *tillämpa rättegångsbalkens bestämmelse* om möjligheten att åberopa skriftlig uppteckning av någons berättelse *på ett mera restriktivt sätt än ordalagen medgav och avsikten synes ha varit.* Hovrättens fällande dom undanröjdes på grund av *rättegångsfel* och målet återförvisades för erforderlig behandling då den tilltalade *inte ansågs ha fått en sådan rättvis rättegång som Europakonventionen föreskriver.* HD uttalade också att om det skulle visa sig omöjligt att höra målsäganden vid domstolen

så fick uppteckningen av hans berättelse *enligt Europadomstolens nämnda praxis* inte ensam läggas till grund för en fällande dom.

Frågan om betydelsen av Europadomstolens praxis utvecklades vidare i ett *tillägg av justitierådet Johan Lind*. Efter en anmärkning om att internationella överenskommelser som Sverige tillträder enligt vedertagen uppfattning inte därigenom blir direkt tillämplig rätt framhöll Lind att domstolarna emellertid vid tillämpningen av svensk lag *så långt det överhuvudtaget var möjligt borde tolka lagen på det sätt som bäst överensstämmer med en av Sverige ratificerad konvention*. Särskilt viktigt var det att domstolarna använde en sådan tolkningsprincip när det gäller konventioner rörande grundläggande fri- och rättigheter. I enlighet härmed borde man vid tolkningen av ett lagrum ge *företräde åt Europadomstolens praxis framför därmed oförenliga uttalanden i förarbeten och doktrin*. Om det fanns ett äldre avgörande av högsta instans, som stod i klar konflikt med en *senare dom av Europadomstolen* skulle, åtminstone i princip, det *äldre svenska avgörandet inte längre anses vägledande*. Först om den *svenska lagtexten lade avgörande hinder i vägen* för en tillämpning av en av Europadomstolen fastslagen princip fick den inhemska lagen ges företräde.

Även om tillägget gjordes för egen del kan det antas att detta i denna del i allt väsentligt återspeglade även de övriga ledamöternas uppfattning.

Konventionen blir lag

> I samband med att Europakonventionen antogs som svensk lag gjordes tämligen *omfattande uttalanden i förarbetena* (se prop. 1993/94:117 s. 32 ff. och 53 f. samt KU 1993/94:24 s. 18 ff.) om tolkningsfrågor i sådana fall då en motsättning skulle kunna anses föreligga mellan annan svensk lag och konventionen. Uttalandena, som delvis anknyter till det samtidigt i 2 kap. 23 § RF införda förbudet att meddela lag eller föreskrift i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen, *framstår inte i alla hänseenden som klara och övertygande och deras betydelse för rättstillämpningen kan diskuteras*. Det får emellertid anses stå klart att en viss försiktighet måste iakttas med att underkänna en enligt intern svensk rätt gällande ordning utan klart stöd i konventionen eller i Europadomstolens praxis (jfr NJA 2000 s. 622). Detta får anses gälla särskilt i ett fall som det förevarande när lagstiftningen antagits efter det att konventionen trädde i kraft som svensk lag.
>
> *Dag Victor, tillägg i NJA 2004 s. 840 (miljösanktionsavgifterna)*

I januari *1992 tillkallades en kommitté* som bl.a. fick till uppgift att överväga om, och i så fall hur, Europakonventionen kunde ”införlivas med den interna svenska rätten”. Redan i direktiven framhölls inte bara att kommittén borde eftersträva att finna samlande lösningar utan också att det var *angeläget att de förslag som lades fram hade en bred politisk förankring*. Utredningsarbetet resulterade också, som det uttrycktes i statsrådsskrivelsen i betänkandet (SOU 1993:40), i ”en

uppgörelse mellan företrädarna för socialdemokraterna, moderata samlingspartiet, folkpartiet liberalerna och centerpartiet". Förslaget lades senare till grund för förslaget i den 9 december 1993 dagtecknade prop. 1993/94:117. I propositionen framhölls åter *vikten av största politiska enighet* och att det framlagda förslaget var "resultatet av överläggningar med företrädare för riksdagspartierna".

Om man endast ser till den lagstiftning som föreslogs är det inte helt enkelt att förstå varför frågan var så politiskt känslig. Förslaget innebar att det i en särskild lag föreskrevs att konventionen skulle gälla som lag här i landet och dessutom att en särskild regel skulle införas i regeringsformen med det tämligen självklara innehållet att det inte fick meddelas lag eller annan föreskrift i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen. *Vad som vållade problem var knappast lagstiftningen i sig utan hur skälen för och innebörden av lagstiftningen skulle utvecklas.* Detta illustrerades på ett tydligt sätt vid riksdagsbehandlingen.

I en socialdemokratisk motion hävdades att skrivningarna i avsnitt 10 i propositionen om Europakonventionens rättsliga ställning efter en inkorporering avvek från den överenskommelse som riksdagspartierna enats om den 2 december 1993 och det yrkades att riksdagen skulle godkänna vad som anfördes i motionen om innebörden av lagförslaget (den text som man enligt motionen kommit överens om vid partiöverläggningarna). Avvikelsen var att *bisatsen* "i enlighet med vad som ovan anförts" skjutits in i den första meningen i det avslutande stycket i avsnittet. Enligt motionärerna hade tillägget

> "betydelse för tolkningen av hela texten (s. 35–38) när det gäller hur konflikter mellan konventionen och svensk lag skall lösas och därmed den politiskt känsliga frågan om balansen mellan den lagstiftande och den dömande makten".

I sitt betänkande (bet. 1993/94:KU24) konstaterade konstitutionsutskottet att propositionstexten avvek från den överenskomna texten på det sätt som påtalats i motionen. Med motiveringen att den överenskomna texten borde ligga till grund för riksdagens beslut tillstyrkte utskottet motionen. "För sammanhangets skull" återges därefter i betänkandet i princip hela den överenskomna texten som alltså överensstämmer med propositionstexten utom i så måtto att den inskjutna bisatsen strukits.

Vad var det då som sas i denna i sådan detalj politiskt förhandlade text? Mycket känns igen från debatten om lagprövningen och någon tvekan råder inte om att motionärerna hade rätt när de sa att "den politiskt känsliga frågan" var den om "balansen mellan den lagstiftande och dömande makten".

Det är därför inte ägnat att förvåna att vad som inledningsvis sägs är att det "liksom hittills" i första hand ska ankomma på lagstiftaren att

löpande se till att ”den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser” att den ”i vårt demokratiska statsskick grundade balansen mellan den lagstiftande och dömande makten” inte borde rubbas och att det var en ”uppgift för lagstiftaren att bedöma vilka förändringar av den inhemska rätten som kan vara påkallade”.

Även om det ansågs att det generellt sett inte fanns några motsättningar mellan en inkorporerad Europakonvention och andra lagbestämmelser kunde det dock ”inte helt uteslutas” att det uppkom fall där det kunde ifrågasättas att en sådan konflikt förelåg. Det visar sig nu att det var för detta ändamål som förslaget till bestämmelse i regeringsformen om förbud mot att meddela lag eller annan föreskrift i strid med Sveriges åtaganden enligt Europakonventionen var avsett. Bestämmelsen gav, enligt vad som uttalades i överenskommelsen, domstolar och myndigheter *möjlighet att tillämpa reglerna om lagprövning i regeringsformen (med det dåvarande uppenbarhetsrekvisitet)* ”om det osannolika skulle inträffa att riksdagen i en framtid väljer att lagstifta i uttrycklig strid med konventionen”.

Det ska i sammanhanget anmärkas att *HD:s ledamöter hade avstyrkt förslaget*, som i remissvaret (Ds 1993:90 s. 202 ff.) betecknades som ”*något egendomligt*”, med bl.a. den motiveringen att det framstod som ovisst om den, annat än skenbart skulle bidra till att öka konventionens genomslagskraft. Bestämmelsen skulle enligt ledamöterna tvärtom kunna *leda till att normkollisioner mellan två lagar på samma nivå sågs som lagprövningsfrågor vilket till följd av uppenbarhetsrekvisitet skulle kunna medföra att konventionen fick en mera begränsad betydelse.* (Jfr härtill även Lagrådets yttrande, a. prop. s. 74 f.) Inte helt oväntat lämnas denna invändning i princip *helt okommenterad* under den fortsatta beredningen.

Efter att möjligheten till lagprövning behandlats tillfogas att konventionens tillämpning i Sverige inte borde begränsas till sådan utan

> ”i fall av verklig eller skenbar konflikt mellan konventionen och annan lag — och där motstridigheten inte är av den uppenbara karaktär som förutsätts i lagprövningsregeln — måste konflikten lösas genom lagtolkning eller med hjälp av rättstillämpningsmetoder”.

Enligt den överenskomna texten förklarade sig regeringen i den delen inledningsvis, med ”hänsyn till de farhågor för problem i tillämpningen som en del remissinstanser” hade, vilja redogöra för *de principer som kunde bli aktuella.* De principer som regeringen redovisade och delvis utvecklade var ”*fördragskonform tolkning*” samt företräde för *lex posterior* och *lex specialis.*

I texten nämns vidare att *HD:s ledamöter i sitt remissyttrande pekat på ytterligare en princip* som skulle kunna vägas in i en konfliktsituation enligt vilken

”en konvention om mänskliga rättigheter, även om den i den inhemska laghierarkin inte har högre rang än vanlig lag, ändå bör på grund av sin speciella karaktär ges en särskild vikt i fall av konflikt med inhemska lagbestämmelser”.

Om detta är en princip som enligt överenskommelsen ska beaktas är inte lätt att säga. Vad som sägs i texten är endast att detta synsätt *kan* ”sägas ansluta till principen om fördragskonform tolkning”. Det lär dock på goda grunder kunna antas att motionen om ”den inskjutna bisatsen” främst motiverades av en farhåga att bisatsen på ett inte avsett sätt skulle inkludera den av ledamöterna hävdade principen på bekostnad av textens avslutande upprepning av att den löpande uppgiften att se till att den inhemska rätten överensstämde med konventionen ankom på lagstiftaren och att redogörelsen för de principer som kunde bli aktuella ”när det eventuellt kan bli en konflikt mellan konventionens bestämmelser och inhemska lagregler har lämnats utifrån denna inställning”. Propositionen och riksdagsbehandlingen av denna utgör under alla förhållanden en intressant illustration till tilltron att kunna styra rättstillämpningen genom motivuttalanden men också till *svårigheten att översätta politiska kompromisser till användbara rättstillämpningsprinciper.*[10]

Konventionen i Högsta domstolens praxis

> Vad som utgör ett flagrant brott mot principerna i artikel 6 kan naturligtvis vara *föremål för olika bedömningar. En sak är under vilka förutsättningar som Europadomstolen skulle finna att en utlämnande stat gjort sig skyldig till ett konventionsbrott. En annan sak är när en stat tar ställning till en utlämningsframställning i ett enskilt fall. Det torde i det fallet regelmässigt finnas anledning att utgå från strängare krav på det rättsliga förfarandet.* Situationen kan vara den att frågan är svårbedömd och att risken för att Europadomstolen skulle finna en utlämning konventionsstridig inte kan uteslutas. I de fall då staten själv kan avgöra vilka krav som bör ställas för att utlämning skall ske kan det finnas anledning att vägra utlämning med hänsyn till intresset av en rättvis rättegång helt oberoende av risken för ett flagrant brott mot principerna.
>
> *NJA 2009 s. 280 (Rwandautlämning)*

Antagligen var det när konventionen fick ställning som svensk lag få som förutsåg i vilken utsträckning konventionen skulle komma att uppfattas som ett integrerat inslag i den svenska rätten och få betydelse för den konkreta rättstillämpningen. Utvecklingen och konventionens betydelse kan naturligtvis beskrivas på olika sätt. Här tänkte jag inte göra någon tidsmässigt eller sakligt systematisk

[10] En sak som kan vara ägnad att förvåna är att frågan om vilken betydelse som Wienkonventionen om traktaträtten skulle få för den svenska rättstillämpningen inte alls diskuteras i förarbetena till antagandet av konventionen som lag. Jfr härtill t.ex. NJA 1999 s. 485 och prop. 2008/09:204, avsnitt 4.4.

genomgång av hur konventionen tillämpats av den svenska Högsta domstolen utan endast utifrån några av de artiklar som aktualiserats i rättspraxis göra en exemplifierande genomgång av främst sådana mål som jag själv deltagit i och då med särskild inriktning på det sätt som konventionen beaktats. Som jag tidigare antytt är den ”*tes*” som jag har, om jag nu kan sägas ha någon sådan, närmast att *det konfliktperspektiv som tidigare präglade synen på konventionen och dess betydelse visat sig vara alltför snävt och efterhand ersatts med ett synsätt där konventionen uppfattas som en naturlig integrerad del av den svenska rättsordningen som inte bara sätter spärrar för tillämpningen av annan lag utan också används aktivt som underlag för rättsbildning genom praxis.*

Den bristande systematiska ambitionen kan anses som en ursäkt för att helt enkelt ta upp konventionens olika artiklar i nummerordning. Det tänker jag också göra med det undantaget att jag först behandlar den mycket omdiskuterade frågan om det i artikel 4 i det sjunde tilläggsprotokollet intagna förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden (inte endast dubbelbestraffning så som ofta sägs).

Förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden i artikel 4.1 i sjunde tilläggsprotokollet (ne bis in idem)

> *Men om* förbudet mot dubbelbestraffning slår till mot att någon åläggs skattetillägg och döms för skattebrott i skilda procedurer på grund av att skattetillägg och skattebrott anses gälla samma brott, *är det helt övervägande antalet domar avseende skattebrott konventionsstridiga sedan det sjunde tilläggsprotokollet trädde i kraft den 1 november 1988. Sedan konventionen den 1 januari 1995 fått giltighet som svensk lag skulle de i så fall även vara lagstridiga.*
>
> *SOU 2001:25 s. 199*

Den fråga i HD:s praxis som legat närmast lagstiftarens bild av hur en *normkonflikt* mellan konventionen och annan svensk lag skulle se ut är utan tvekan den om det svenska systemet med att en gärning kan prövas såväl i ett brottmålsförfarande som i ett administrativt sanktionsförfarande är förenligt med konventionens förbud mot dubbla straffrättsliga förfaranden. Frågan gäller här inte endast tillämpningen av rent interna bestämmelser i ett enskilt fall eller detaljer i ett internt regelsystem utan *den allmänna tillåtligheten av ett sådant system.*

Frågan om tillåtligheten av dubbla förfaranden av det aktuella slaget har också uppmärksammats i lagstiftningssammanhang. I 1999 års skattetilläggskommittés betänkande *(SOU 2001:25) Skattetillägg m.m.* [11], som främst behandlade frågan om skattetilläggen och artikel 6 i konventionen, uttalades (s. 199) att

[11] Redan tidigare hade företagsbotsutredningen (med mig som särskild utredare) i betänkandet (SOU 1997:127) Straffansvar för juridiska personer funnit att

”övervägande skäl talar för att det inte skulle kunna betraktas som stridande mot förbudet i konventionen om någon efter att i administrativ ordning ha ålagts skattetillägg döms till straffansvar för samma oriktiga uppgift som den som har legat till grund för skattetillägget. Helt säker kan man visserligen inte vara med hänsyn till att det erfarenhetsmässigt är mycket svårt att förutse hur Europadomstolen kan komma att resonera i de fall då konventionstexterna inte är fullt tydliga, men en motsatt tolkning är så pass långsökt att det synes försvarligt att utgå från att det svenska systemet står sig i nu aktuellt hänseende. Sannolikt förhåller det sig också så att tidigare påfört skattetillägg inte hindrar ett åtal för skattebedrägeri … Här är man dock inne på något mera osäker mark”.

I betänkande lämnades vissa förslag till lagändringar som bl.a. motiverades med ”intresset av att vi inte skall vara i *riskzonen* för konventionsbrott” (s. 338). Förslagen togs dock inte med i den lagrådsremiss som utarbetades på grundval av betänkandet. Regeringen gjorde i remissen den bedömningen, som angavs ”*i stort sett*” överensstämma med kommitténs, att det var förenligt med konventionens förbud ”att ha en ordning med ett administrativt skattetilläggsförfarande och ett straffrättsligt förfarande vid lämnande av en oriktig uppgift”. Lagrådet (i vilket jag deltog som ledamot) fann för sin del (*prop. 2002/03:106 s. 332 ff.*) att det var tvivelaktigt om förslaget i alla delar var förenligt med förbudet i konventionen. Enligt Lagrådet väckte förslaget

”den principiella frågan om det är lämpligt att ändra i en reglering i medvetande om att den föreslagna ordningen kan komma att underkännas vid prövning i Europadomstolen. I andra sammanhang har det ansetts lämpligt att laborera med en viss ”*säkerhetsmarginal*” för att undvika en risk för konflikt med konventionen. Lagrådet finner att ett sådant synsätt skulle ha varit att föredra även i detta fall.”

Med hänsyn till bl.a. att förslaget i andra hänseenden (i förhållande till artikel 6 i konventionen) innebar en bättre ordning än den gällande avstyrkte emellertid Lagrådet inte förslaget men förordade att det skulle kompletteras på visst sätt för att ”motverka att det svenska skattetilläggssystemet anses stå i strid med artikel 4 i protokoll 7”. I propositionen vidhöll emellertid regeringen bedömningen att ”den svenska ordningen med största sannolikhet är förenlig med dubbelbestraffningsförbudet” och fann därför att det inte heller fanns anledning att förslå någon sådan komplettering av förslaget som Lagrådet förordat (a. prop. s. 102 ff.). Riksdagen följde regeringens förslag. Slutresultatet blev alltså att det inte genomfördes några ändringar i svensk lag med anledning av förbudet i konventionen mot dubbla straffrättsliga förfaranden.

---

sanktionsavgifter som ”konkurrerar” med straffbestämmelser som regel kunde tas bort om straffansvar för juridiska personer infördes.

I HD kom frågan om betydelsen av förbudet i konventionen för första gången upp till bedömning i *NJA 2000 s. 622*. Det var då känt att frågan skulle behandlas av skattetilläggskommittén men dess betänkande hade inte publicerats. Vad som skulle bedömas var alltså förenligheten mellan det som svensk lag gällande förbudet i konventionen och en lagstiftning som antagits innan konventionen blev svensk lag.

Det var i detta mål som vad som på vissa håll har kommit att kallas ”*klart stöd-doktrinen*” första gången formulerades.[12] Enligt domen borde det, när konventionens ordalydelse inte gav något stöd, krävas klart stöd i Europadomstolens praxis för att ”underkänna den ordning som gäller enligt intern svensk reglering”. När det gäller rättstillämpningen tänker sig alltså HD i detta sammanhang *inte någon sådan säkerhetsmarginal* som Lagrådet senare ansåg att lagstiftaren borde upprätthålla för att undvika risken för en konflikt med konventionen. Det bör emellertid betonas att kravet på klart stöd är begränsat till *”underkännande” av en gällande ”ordning”*. När det gäller beaktande av bestämmelserna i konventionen i enskilda fall kan det, som jag återkommer till, finnas goda skäl för att också i rättstillämpningen laborera med en sådan ”säkerhetsmarginal” som Lagrådet rekommenderade lagstiftaren.

Nästa gång som frågan tas upp till närmare övervägande[13] i HD är i *NJA 2004 s. 840* I och II (*miljösanktionsavgifterna*) med i detta hänseende likalydande skäl. Personligen trodde jag att det målet skulle komma att handla om i vilken utsträckning skillnader i subjektivt hänseende kunde läggas till grund för att anse att det inte föreligger något hinder mot dubbla förfaranden. Förutsättningarna för prövningen förändrades dock helt genom Europadomstolens under målets handläggning meddelade avgörande den 14 september 2004 i målet *Rosenquist* mot Sverige (ansökan 60619/00). Avgörandet innebar att ”de brott” som prövades i skattetilläggsförfarandet och i brottmålet, även i de hänseenden som skattetilläggsutredningen och Lagrådet satt frågetecken för, ansågs vara ”helt fristående och skilde sig åt i sina väsentliga element”. Målen i HD angick visserligen inte skattetillägg utan miljösanktionsavgifter men enligt HD syntes det inte

---

[12] Det kan i sammanhanget noteras att när det gäller den då fortfarande inte avgjorda frågan om tillämpligheten av artikel 6 i konventionen på skattetilläggsförfarandet uttalade HD att ”*starka skäl*” talade för att artikeln var tillämplig och baserade sitt fortsatta resonemang på den premissen. Av visst intresse är också att HD i domen, i strid med normal praxis, efter att ha anfört ett som tillräckligt för slutet ansett skäl anför ytterligare ett sådant skäl. Nämnas kan också att HD nämner, men inte går in på, den senare aktualiserade frågan om *parallella förfaranden*.

[13] Den behandlas också i NJA 2004 s. 510 (I och II). I de fallen säger HD, efter redovisning av ny praxis från Europadomstolen, att förbudet ”i och för sig [är] tillämpligt på beslut om skattetillägg” men att förutsättningen att det tidigare beslutet ska var slutligt brister i fallen varför det inte finns något hinder mot att pröva åtalen.

finnas några särskilda omständigheter som kunde medföra att Europadomstolens ställningstagande beträffande skattetilläggen inte var tillämpliga också på miljösanktionsavgifter. HD tillade att det

”för att med hänvisning till Europakonventionen underkänna den ordning som gäller enligt intern svensk reglering [också bör] krävas att det finns klart stöd för detta i konventionen eller Europadomstolens praxis”.

I ett *särskilt tillägg* anförde jag att frågan om *skillnader mellan olika bestämmelser i subjektivt hänseende* kunde eller borde kunna läggas till grund för att anse att det inte förelåg något hinder mot dubbla förfaranden uppenbarligen kunde vara föremål för olika bedömningar. *Att de inte var av betydelse när det gäller de svenska bestämmelserna om brottmålsdomens rättskraft ansåg jag klart* och jag menade att det *inte* heller framstod som *antagligt att Europadomstolen skulle göra någon annan bedömning i förhållande till bestämmelsen om ne bis in idem om det var fråga om två rent straffrättsliga förfaranden.*

Avgörandet i fallet Rosenquist mot Sverige fick emellertid,

”även om det delvis bygger på en missvisande redovisning av innehållet i svenska bestämmelser, anses innebära att bestämmelsen om ne bis in idem i tilläggsprotokollet inte lägger hinder mot att på områden som det skatterättsliga vid sidan av ett rent straffrättsligt ansvar för klandervärda/straffvärda uppsåtliga och oaktsamma förfaranden också ha ett administrativt sanktionssystem med ansvar utan krav på sådan klandervärdhet/straffvärdhet”.

I tillägget anförde jag vidare bl.a. vad som tidigare har citerats under rubriken *Konventionen blir lag* om förarbetena i samband med att konventionen antogs som svensk lag och om det av HD uppställda kravet på *klart stöd* för att underkänna en enligt intern svensk rätt gällande ordning. En anledning till att jag tog upp den frågan är att *lagstiftningen om miljösanktionsavgifter, i motsats till den om skattetillägg, ändrats i relevanta hänseenden efter det att konventionen blev lag.* Detta skulle, om man tog de nämnda förarbetena på orden, kunna leda till att den lagstiftningen endast skulle kunna sättas åsido efter lagprövning med tillämpning av då gällande uppenbarhetsrekvisitet. Innebörden av det av HD uppställda kravet på klart stöd är emellertid att *vid motstridighet mellan lagar på samma nivå är det, oberoende av om den rent interna ordningen reglerats före eller efter det att konventionen blev svensk lag, tillräckligt för att underkänna den rent interna ordningen att det finns klart stöd för detta i konventionen eller Europadomstolens praxis.*[14]

Efter Rosenquistavgörandet trodde nog de flesta att frågan om skattetilläggsförfarandets förenlighet med förbudet mot dubbla

[14] Frågeställningen har förlorat det mesta av sin betydelse i och med att uppenbarhetsrekvisitet tagits bort. Fortfarande måste det emellertid anses gälla att bestämmelsen i 2 kap. 19 § RF inte kan förvandla en konflikt mellan lagar på samma nivå till en lagprövningsfråga.

straffrättsliga förfaranden var avgjort. När det på den grunden i *NJA 2005 s. 856* framfördes en invändning mot ett åtal för skattebrott nöjde sig också HD med att kort konstatera att det inte fanns något sådant stöd (alltså klart) i Europadomstolens praxis som borde krävas för att på den grunden avvisa talan (det förtjänar att noteras att det inte sas att den praxis som fanns gav stöd för att talan inte skulle avvisas).[15]

I februari 2009 kom emellertid Europadomstolens avgörande i stor sammansättning i fallet *Zolotukhin* mot Ryssland (no. 14939/03, den 10 februari 2009). Domstolen fann där att domstolens praxis visade "*en mångfald av synsätt*" på hur man skulle fastställa vad som är ett och samma brott, att detta skapade en rättslig osäkerhet som är oförenlig med en grundläggande rättighet och att domstolen därför ansåg sig vara *nödgad att tillhandahålla en enhetlig tolkning av begreppet samma brott.* Enligt det nya avgörandet skulle, föga förvånande, ett andra brott anses vara detsamma som ett tidigare *om det härrörde från identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt var desamma.* Detta innebär att skillnader i subjektivt hänseende mellan olika bestämmelser inte längre kan åberopas som grund för att anse att förfarandena gäller olika brott. Med en sådan utgångspunkt kan någon tvekan knappast råda om att i de fall som samma oriktiga uppgifter ligger till grund för såväl ett skattetilläggsförfarande som ett straffrättsligt förfarande så är det också fråga om samma brott.

I det första avgörande där HD efter avgörandet i Zolotukhin prövar frågan skattetilläggsförfarandets förenlighet med förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden (*NJA 2010 s. 168 I och II*) fann också fyra av de fem ledamöterna i HD[16] (punkt 18 i domen) att det måste anses vara *ställt utom varje tvivel tidigare praxis när det gäller bedömningen av vad som utgör samma "brott" numera var överspelad,* att *frågan om det är samma "brott" fortsättningsvis ska bedömas med tillämpning av de i Zolotukhin och senare fall utvecklade kriterierna* samt att det är *uteslutet att Europadomstolen med hänvisning till skillnaderna i subjektivt hänseende*

[15] Härutöver angav HD, och då utan någon reservation angående stöd, att förbudet inte kunde läggas till grund för en frikännande dom. I motsats till vad som HD ansåg gälla beträffande brottsprovokation i NJA 2007 s. 1037, där varken konventionen eller domstolens praxis ansågs innebära något krav på att efterlevnaden av konventionen skulle tryggas på något visst sätt, utgick alltså HD från att förbudet mot dubbla förfaranden ska beaktas genom avvisning i de fall där det är tillämpligt.

[16] Justitieråden Lundius, Victor, Lindskog och Lambertz. Justitierådet Blomstrand, som var skiljaktig beträffande motiveringen, anförde att "den nya linje som Europadomstolen har lanserat i Zolotukhin-målet har inte tagit sikte på den svenska ordningen och Sverige har inte varit part i det målet eller i något av de efterföljande målen där frågan om ne bis in idem har behandlats. En förnyad prövning av den svenska ordningen skulle — beroende på hur talan skulle föras från svensk sida — antagligen komma att avse ett flertal olika aspekter på frågan. Särskilt med tanke på hur Europadomstolens praxis skiftar går det inte att med tillräcklig säkerhet förutse resultatet av en sådan prövning".

skulle anse att förfaranden som avser samma oriktiga uppgiftslämnande inte avser identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma.

Enligt HD kunde det mot den bakgrunden kunna synas som att det stod klart att det svenska skattetilläggssystemet inte längre kunde anses förenligt med förbudet mot dubbla förfaranden. Den nya praxisen kunde emellertid enligt HD inte anses ha minskat de möjligheter som enligt tidigare praxis ansetts föreligga att ha flera sanktioner för samma ”brott” som också kan beslutas av olika organ vid skilda tillfällen (”*parallella” förfaranden*). Efter att ha redovisat för denna praxis övergår HD i punkterna 31 och 32 till att behandla frågan om Europakonventionens ställning i svensk rätt.

HD framhåller i den delen bl.a. att ett av skälen för att inkorporera konventionen i svensk rätt var att skapa ett *uttryckligt underlag för att direkt tillämpa konventionen*, inklusive dess innebörd enligt konventionsorganens praxis, vid svensk domstol och att HD i flera avgöranden slagit fast att detta kan innebära att *man måste kunna frångå sådana uttalanden om en lagregels innebörd som gjorts i lagförarbeten eller rättspraxis om detta krävs enligt den konventionstolkning som kommer till uttryck i Europadomstolens avgöranden.*[17]

HD framhåller dock att det sagda främst rör frågor *om tillämpningen av konventionen i enskilda fall* och inte mer *allmänna frågor om svensk lagstiftnings förenlighet med konventionen.* När det gäller den senare typen av frågor erinrar HD om de förarbetsuttalanden enligt vilka det även efter inkorporeringen i första hand ankommer på lagstiftaren att se till att den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser. När det i rättstillämpningen uppkommer sådana frågor gör sig enligt HD de särskilda hänsynen gällande att det för att

> ”med hänvisning till Europakonventionen […] underkänna den ordning som gäller enligt intern svensk reglering, [bör] krävas att det finns *klart stöd* för detta i konventionen eller i Europadomstolens praxis”.[18]

Så långt är fyra av de fem ledamöterna ense beträffande domskälen. Någon oenighet mellan dess beträffande principerna för konventionens tillämpning förelåg alltså inte och inte heller när det gäller betydelsen av Europadomstolens avgörande i fallet

[17] HD hänvisar i den delen till NJA 2008 s. 946 (olovlig fotografering) och NJA 2006 s. 467 (flygbladsspridningen) med vidare hänvisningar.

[18] HD hänvisar i den delen till NJA 2004 s. 840 (miljösanktionsavgifterna) med ett jfr NJA 2000 s. 622 (första skattetilläggsmålet). Bakom HD:s formuleringar i de nu berörda delarna står alltså fyra av de fem ledamöterna. Den femte, den beträffande motiveringen skiljaktige ledamoten Blomstrand, hänvisar till samma rättsfall och anför att ”*det saknas således klart stöd i Europakonventionen eller i Europadomstolens praxis för att generellt underkänna den enligt intern svensk rätt gällande ordningen*” (jfr punkt 33 i HD:s dom). Någon egentligen skillnad i sak mellan Blomstrand och de övriga ledamöterna i nu berörda hänseenden torde knappast ha förelegat

Zolotukhin[19]. Oenigheten gällde endast i vad mån det svenska systemet med skattetillägg kunde vara konventionsenligt med hänsyn till utrymmet för att ha flera sanktioner för samma ”brott” som också kan beslutas av olika organ vid skilda tillfällen. Enligt majoritetsskrivningen kunde frågan vara föremål för olika bedömningar men något klart stöd för att det svenska systemet inte kunde vara konventionsenligt på den grunden gav emellertid varken artikeln eller Europadomstolens praxis.[20] Det var i den delen som minoriteten gjorde en annan bedömning.

Hur Europadomstolen bedömer det svenska systemet med skattetillägg kommer vi att få reda på med tiden.[21] *I februari 2012 kommunicerade domstolen fyra svenska klagomål, däribland ett som avser ett av de fall som prövades av HD,* som gäller skattetillägg och förbudet mot dubbla förfaranden.[22] Med tanke på hur HD:s avgörande refererats på

---

[19] Det var i den delen som ledamoten Blomstrand var skiljaktig. Enligt honom tog avgörandet i det fallet inte sikte på den svenska ordningen och det gick då inte att med tillräcklig säkerhet att förutse resultatet av en sådan prövning.
Jfr Regeringsrättens avgörande i RÅ 2009 ref. 94 där motsvarande fråga behandlades och Regeringsrätten som grund för att anse att Europadomstolens praxis inte kunde tas till intäkt för att underkänna det svenska skattetilläggssystemet anförde att den praxisen inte avsåg det svenska rättssystemet med dess olika särdrag.
Jfr också österrikiska Verfassungsgerichtshofs avgörande den 2 juli 2009 i mål B559/08. Verfassungsgerichtshof ansåg att avgörandet i fallet Zolotukhin inte medförde hinder i Österike mot att låta samma faktiska händelseförlopp ligga till grund för såväl ett förvaltningsstraff som ett vanligt straff. Verfassungsgerichtshof hänvisade i sin motivering bl.a. (avsnitt 4.5) till att principerna för konventionstolkning och menade att om den nationella praxisen tidigare varit konventionsenlig så förutsatte en ändring av denna att de rättsliga ramarna ändrats på ett sådant sätt att tidigare praxis var otillräcklig för att upprätthålla ett effektivt människorättsskydd. I vad mån det var fallet ansåg emellertid domstolen inte kunde bedömas på samma sätt för alla konventionsstater utan berodde på utformningen av den nationella rätten.

[20] De kan i sammanhanget noteras att Finska Högsta domstolen i ett avgörande den 29 juni 2010 (HD 2010:46) funnit att förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden inte innebar ett förbud mot parallella förfaranden och att norska Høyesterett i ett avgörande den 27 september 2010 (Rt 2010 side 1121) fann att ett fall av utdömande av såväl tilläggsskatt som vanligt straff utgjorde ett fall av tillåten parallellbehandling.

[21] Frågan om systemets förenlighet med principen om ne bis in idem är också föremål för bedömning av EU-domstolen efter det att Haparanda tingsrätt framställt en begäran om förhandsavgörande (mål C-617/10). Besked från EU-domstolen kan i och för sig förväntas komma väsentligt snabbare än ett avgörande från Europadomstolen. Det förefaller dock troligt att EU-domstolen, i enlighet med generaladvokatens förstahandsförslag, kommer att förklara sig sakna behörighet att besvara de framställda frågorna (jfr *NJA 2011 s. 444*) vilket inte utesluter att avgörandet kommer att kunna vara mycket intressant just när det gäller behörighetsfrågorna. I generaladvokatens förslag behandlas däremot också sakfrågorna, ”för det fall att domstolen skulle finna att den är behörig att avgöra målet i sak”. Vad som sägs i den delen måste emellertid anses sakna egentligt värde då det bygger på okunskap om eller missuppfattningar av innebörden av HD:s avgöranden.

[22] Ett av de övriga klagomål som kommunicerades gäller det fall som dåvarande Regeringsrätten prövade i RÅ 2009 ref. 94.

olika håll[23] kan det finnas anledning att stryka under att majoritetsskrivningen inte innefattar något påstående om att systemet *är* förenligt med förbudet mot dubbla förfaranden i konventionen eller någon prognos av hur Europadomstolen kommer att bedöma frågan. Vad majoriteten tagit ställning till är endast om det (innan Europadomstolen prövat frågan) finns klart stöd för att systemet *inte är* förenligt med förbudet.

Zolotukhinavgörandet och dess efterspel i HD liksom i andra svenska och utländska domstolar (se noterna 19 och 20) illustrerar ett av problemen med *den "dynamiska" tolkningsmetod* som avgörandet är ett exempel på.[24] Vad jag tänker på är att det vid ändrad rättstillämpning genom praxis (eller prejudikat) inte finns samma möjlighet som vid ändrad lagstiftning att lösa "*övergångsproblem*".

När det gäller mer *speciella tillämpningsfrågor (enskilda fall)* är problemen begränsade. En ändrad rättstillämpning är endast möjlig inom ramen för vad som kan anses vara en korrekt tolkning av ett tillämpat regelverk. Praxis och prejudikat kan påverka den ramen för framtiden men inte ändra den för förfluten tid. Härigenom sätts också gränser för vilka ändringar som kan göras genom praxis liksom också för andra rättstillämpares bundenhet av en ny rättstillämpning. Som exempel från svensk rätt[25] på en ändring som får anses ligga i utkanten av vad som är möjligt genom rättspraxis kan nämnas det *nya uppsåtsbegrepp* som HD introducerade genom *NJA 2004 s. 176*. Omständigheterna i det fallet var dock speciella och en sak som var naturligt att beakta i det fallet var att begreppsändringen inte skulle leda till så omfattande praktiska konsekvenser att det skulle kunna sägas att det måste ankomma på lagstiftaren att ta ställning till om en sådan förändring borde genomföras.

---

[23] Att HD skulle ha funnit att den svenska ordningen *inte* står i strid med förbudet i konventionen sägs t.o.m. i exempelvis Eka m.fl., Regeringsformen, 2012, s. 474 trots att det naturligtvis är en annan sak att *inte* finna att ordningen står i strid med förbudet.

[24] Det grundläggande är naturligtvis den om förhållandet mellan önskemålen att konventionen ska fungera som "ett levande instrument" och att förändringar ska vila på demokratisk legitimitet, eller, om man så vill, balansen mellan dömande och lagstiftande makt. Jfr t.ex. avsnitt 6 Legitimitetsgränser i Pauliine Koskelos artikel Rättsvård i ett multipolart system — samspel, spänningar och utmaningar, JFT 4/2012 s. 298.

[25] Här skulle också kunna hänvisas till den förändring av praxis för påföljdsbestämning i narkotikamål som HD inledde genom *NJA 2011 s. 357*. När det gäller den förändringen kan det dock på goda grunder hävdas att praxis hade svagt stöd i lag, förarbeten och prejudikat och i viss utsträckning skulle kunna betecknas som direkt felaktig (utan att därför kunna sägas vara resningsgrundande; men rimligtvis åtminstone i viss mån borde vara nådegrundande). Jfr härtill justitierådet Stefan Lindskogs tillägg till Högsta domstolens dom den 17 juli 2012 i mål B 1018-12 (*NJA 2012 s. 535*). I sammanhanget kan också erinras om den diskussion som föranletts av Högsta domstolens dom i *NJA 2011 s. 563*. (Se t.ex. SvJT 2012 s. 337.)

Om det skulle slås fast att svenska systemet med skattetillägg är generellt konventionsstridigt skulle *konsekvenserna bli genomgripande.*[26] Vid sidan av betydelsen för framtida beslutsfattande skulle man också behöva ta ställning till i vilken utsträckning bedömningen träffar också redan fattade beslut och i vilken utsträckning en sådan konventionsstridighet i så fall skulle kunna anses *skadeånds- och/eller resningsgrundande.*[27] Vilken eller vilka *tidpunkter* som i ett sådant fall bör anses relevanta är inte lätt att säga.

Det händelseförlopp som kan ligga till grund för ett sådant ställningstagande kommer självfallet att ligga åtskilligt tidigare än det avgörande i vilket ställningstagandet görs. Går man tillbaka till Zolotukhinavgörandet meddelades det den *10 februari 2009.* I det avgörandet (punkt 78) säger domstolen att den ”*nu*” har till uppgift att lämna en harmoniserad tolkning av begreppet ”samma brott”. Det händelseförlopp som domstolen i det fallet bedömde som en överträdelse av konventionen och för vilket skadestånd dömdes ut inträffade dock redan *under år 2002.* Rosenquistavgörandet, där Europadomstolen avvisade ett klagomål mot det svenska systemet som ”uppenbart ogrundat”, meddelades *år 2004.*

Artikel 2: Rätten till liv

> Den mest grundläggande av de mänskliga rättigheterna är rätten till liv. … Vi har därför tagit upp frågan om ett stadgande om rätten till liv skall införas i den svenska grundlagen. Vi har emellertid funnit att befintlig lagstiftning väl motsvarar de krav som kan ställas i en rättsstat. Vi lägger därför inte fram några förslag i denna del. Vi vill emellertid framhålla att en inkorporering av Europakonventionen, som vi föreslår i detta betänkande, innebär att rätten till liv kommer till positivt uttryck i svensk rätt.
>
> *SOU 1993:40 s. 200*

[26] När två ledamöter i Högsta domstolen i ett avgörande funnit att systemet är konventionsstridigt medan de övriga tre ledamöterna inte funnit att det är konventionsenligt utan endast att stödet för att det är konventionsstridigt inte är tillräckligt klart (och ledamöter inom bägge grupperna i tillägg uttalat sig för en översyn) skulle man kanske ha kunnat vänta sig att regeringen i stort sett omedelbart skulle sätta igång med överväganden om hur de syften som ligger bakom systemet skulle kunna tillgodoses för det fall att detta skulle befinnas vara konventionsstridigt. Ändå dröjde det två år innan regeringen beslöt om direktiv för en utredning (Dir. 2012:14) som bl.a. har till uppgift att ”analysera systemet med skattetillägg och skattebrott respektive tulltillägg och tullbrott, bl.a. med beaktande av Europakonventionen, samt ge förslag på lämpliga författningsändringar i syfte att ytterligare stärka rättssäkerheten för enskilda”.

[27] Jfr t.ex. betänkandet Skadestånd och Europakonventionen (SOU 2010:87) avsnitt 4.2.4 och 6.4.5, Fitger, Rättegångsbalken (1 april 2012, Zeteo) kommentaren till 58 kap. 1 § under första stycket tredje och fjärde punkterna samt Ehrenkrona Europakonventionens betydelse för den svenska rättegångsordningen i SvJT 1999 s. 486 (på s. 493 f.).

Att förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden kan tolkas på ett sätt som gör att en hel etablerad nationell ordning kan uppfattas som stridande mot konventionen är inte helt förvånande. I likhet med vad som gäller för de processuella grundgarantierna i artikel 6 är det naturligt att begreppen i artiklarna ges en autonom tolkning vilket naturligtvis ökar risken för att nationella system som bygger på en annan systematik kan komma att anses stå i strid med konventionen.[28] När det gäller den enligt artikel 2 skyddade rätten till liv är riskerna för en sådan *"systemteknisk" normkonflikt* väsentligt mindre. Det är mindre de i artikeln använda begreppens innehåll än hur långt kraven på skydd för livet, i lagstiftning och praktisk tillämpning, sträcker sig som är avgörande för konventionsenligheten.

Kraven för konventionsenlighet framstår knappast heller som en rimlig måttstock för *ambitionsnivån när det gäller skyddet för liv.* Vi har här att göra med ett värde som både får och av goda skäl bör tillmätas en större betydelse än de minimikrav som måste tillgodoses för att undvika en lagstiftning eller tillämpning som av Europadomstolen skulle bedömas stå i strid med konventionen.

Det är mot den bakgrunden inte ägnat att förvåna att frågan om normkonflikt mellan konventionen och rent intern rätt inte aktualiserats när det gäller artikel 2. Detta utesluter emellertid inte att artikeln åberopats och tillmätts betydelse som *tolkningsunderlag* när det gäller intern rätt.

I punkt 2 i artikeln anges tre särskilda fall då dödande inte ska anses stå i strid med artikeln. Ett av undantagen avser *nödvärn* eller dödande som "är en följd av våld som var absolut nödvändigt för att försvara någon mot olaglig våldsgärning".

När HD i nödvärnsmålet *NJA 2005 s. 237* uttalade att det

> "trots den marginal till förmån för den angripne som förarbetena talar om, vid användande av dödligt våld [måste] ställas höga krav på att något alternativ för att avvärja angreppet inte förelegat för att våldet inte skall anses vara uppenbart oförsvarligt"

åberopades konventionen "*jämförelsevis*". Någon direkt konventionskonform tolkning var det alltså inte fråga om utan mer en erinran om

[28] Jfr här de problem för svensk rätt som förelegat när det gäller tillämpligheten av bestämmelserna i artikel 5 om rätten att vid frihetsberövande utan dröjsmål ställas inför domare eller annan som enligt lag får fullgöra dömande uppgifter i förhållande till åklagare samt bestämmelserna i artikel 6 om rätt till domstolsprövning av civila rättigheter och skyldigheter i förhållande till förvaltningsbeslut, och om rättigheter vid anklagelse för brott i förhållande till skattetilläggsförfaranden. Det kan i sammanhanget noteras att det beträffande normkonflikter av det nu nämnda slaget är vanligt att det, i likhet med i prop. 1986/87:112, förekommer uttalanden av innebörden att konventionens krav mer avser en "anpassning till ett formellt system än en fråga om rättssäkerhet i egentlig mening". Se t.ex. punkterna 1 och 2 i justitierådet Stefan Lindskogs tillägg i NJA 2010 s. 168 I.

det höga skyddsvärde som rätten till liv tillerkänns också enligt konventionen.

Också i *NJA 2007 s. 891* åberopades artikel 2 och den särskilda skyldighet som staterna har enligt Europadomstolens praxis att vidta ändamålsenliga åtgärder för att skydda häktades och andra frihetsberövades liv. Målet gällde skadeståndskrav mot staten enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen från efterlevande till en i häkte intagen som hängt sig i sin cell sedan häktespersonal underlåtit att vid avvisitering ta hand om hans livrem. I domskälen säger HD att *frågan i vad mån överträdelse av vissa meddelade handlingsföreskrifter skulle medföra skadeståndskyldighet enligt skadeståndslagen borde bedömas i ljuset av Europakonventionen och erinrade om tidigare uttalanden om att svensk lagstiftning,* ”i den utsträckning som Europakonventionen kan anses ge anledning till detta, [ska] tolkas fördragskonformt”.

Av domskälen får anses framgå att en överträdelse av föreskrifterna (enligt rent intern rätt) inte i sig ansågs tillräckligt för skadeståndsskyldighet[29] men att sådan ändå (i enlighet med Europadomstolens praxis) skulle kunna aktualiseras om ”staten genom kriminalvården borde ha insett att det fanns en verklig och omedelbar risk för att B.T. skulle begå självmord”. Då utredningen inte visade att kriminalvården borde ha insett detta följde inte heller någon skadeståndsskyldighet av en *fördragkonform tolkning*.[30] Det bör kanske betonas att även om en fördragskonform tolkning i det aktuella fallet (men väl under andra omständigheter) enligt HD:s bedömning inte gav stöd för skadeståndsskyldighet så innebar konventionen självfallet inte heller något hinder mot skadestånd.[31]

---

[29] Om än, som Bertil Bengtsson uttryckt det i SvJT 2010 på s. 759 f., motiverat på ”ett diskret sätt”.

[30] Avgörandet har blivit omdiskuterat och kritiserat i den juridiska litteraturen. Se exempelvis Håkan Anderssons analys av fallet på InfoTorg den 11 december 2007. Här är inte platsen att ta upp en mer allmän diskussion av avgörandet. Låt mig dock nämna att en anledning till den tvekan som avgörandet väckt, såvitt jag förstår, är hur man bör uppfatta det förhållandet att staten medgav *försummelse* men bestred *vållande*. Själv har jag, mot bakgrund av vad som anförs i avgörandet om Europadomstolens praxis, svårt att förstå annat än att HD uppfattat statens inställning som att man medgav ”objektiv” men inte ”subjektiv” culpa (eller, för att använda en inom straffrätten vanlig terminologi, ”gärningsculpa” men inte ”personlig culpa”). För övrigt tycker jag att det är i hög grad olyckligt att det kommit att utvecklas två till synes oberoende ramverk för culpabedömningarna inom skadeståndsrätten och straffrätten. Jfr härtill Sandra Fribergs avhandling Kränkningsersättning, 2010, avsnitten 4.2.3 (Gärningskontroll och gärningsculpa) och 4.3.4 (Skadeståndsrättsligt krav på uppsåt eller oaktsamhet).

[31] Den rättsliga grunden för talan var *skadeståndslagens bestämmelser* och inte, som Europadomstolen anger i bl.a. domen den 12 april 2012 i målet Eriksson mot Sverige (no. 60437/08) punkt 32, en *påstådd kränkning av artikel 2*. Detta förklarar också varför HD i sin slutsats endast uttalar sig om *skadeståndsskyldigheten* och inte uttryckligen, som Europadomstolen anger, om *kränkningsfrågan*.

Artikel 3: Förbudet mot tortyr

> Frågan om kompetensfördelningen mellan regeringen och HD när det gäller beslut i utlämningsfrågor kan i viss mån sägas ha komplicerats i och med att Europakonventionen började gälla som svensk lag från den 1 januari 1995. I sin praxis … har Europadomstolen fastslagit att det kan utgöra konventionsbrott att utlämna någon till en annan stat. Detta gäller särskilt i fall då en *utvisning innebär risk för att den berörde personen skall utsättas för behandling i strid med artikel 3 i konventionen.* …
>
> Att Europakonventionen numera gäller som svensk lag innebär att det också vid sidan av utlämningslagen finns lagliga hinder mot utlämning. Hur förhållandet mellan dessa och bestämmelserna i utlämningslagen, som inte minst när det gäller 7 och 8 §§ syftar till att bereda skydd av liknande slag som konventionen, bör uppfattas kan vara föremål för olika bedömningar. …
>
> Av de redovisade avgörandena framgår att det, trots formuleringen i 18 § utlämningslagen, ansetts ankomma på HD att i utlämningsärenden, vid sidan av om det föreligger hinder enligt bestämmelserna i utlämningslagen, *även pröva frågan om den i ärendet föreliggande utredningen ger underlag för bedömningen att det finns lagliga hinder mot utlämning enligt bestämmelserna i Europakonventionen.*
>
> *NJA 2009 s. 280 (Rwandautlämningen)*

Förbudet mot tortyr i konventionen har aktualiserats i några fall i HD. De flesta har gällt frågan om på vilket sätt HD i ett *utlämningsärende* bör beakta risken för tortyr (liksom risken för andra konventionskränkningar) i ”den främmande staten” som ett hinder mot utlämning.

Beslut i utlämningsfrågor fattas alltid av regeringen. Om det inte är uppenbart att en framställan inte bör bifallas ska dock alltid riksåklagaren avge ett yttrande och om den berörde inte samtycker till att utlämnas ska ärendet dessutom prövas av HD. Vad HD då ska ta ställning till är enligt utlämningslagen (18 §) ”huruvida utlämning kan lagligen beviljas enligt vad i 1–10 §§ sägs”. Har HD funnit att det finns sådant hinder får regeringen inte besluta om utlämning. Däremot är det fullt möjligt för regeringen att vägra utlämning även om HD inte har funnit att det finns något sådant hinder som sägs i lagen.

De risker för konventionsstridig behandling som enligt Europadomstolens praxis kan utgöra hinder för utlämning är till stor del av det slaget att de också innebär hinder för utlämning enligt utlämningslagen. Enligt utlämningslagens ordalydelse skulle HD emellertid inte i ett utlämningsärende ha till uppgift att pröva i vad mån bestämmelserna i Europakonventionen innebär ett lagligt hinder mot utlämning och regeringen således inte heller vara bunden om HD ändå prövar frågan och finner att det finns ett sådant hinder. HD har behandlat denna frågeställning i en serie avgöranden (*NJA 2002 s. 624, NJA 2007 N 36, NJA 2007 s. 574 och NJA 2009 s. 280,*

med en översikt av utvecklingen i det sistnämnda avgörandet). Innebörden av avgörandena är i korthet

att HD ska pröva också frågan om en utlämning står i strid med konventionen (vilket väl också innebär att HD utgår från att regeringen skulle respektera bedömningen att konventionen innebar ett lagligt hinder mot utlämning),
att prövningen enligt konventionen ska göras vid sidan av och efter prövningen enligt utlämningslagen samt
att utgångspunkten för prövningen enligt utlämningslagen ska vara den berördes personliga förhållanden medan utgångspunkten för den efterföljande fristående prövningen enligt konventionen ska vara de allmänna förhållandena i den anmodande staten.[32]

De nu nämnda avgörandena är inte exempel på någon normkonflikt mellan konventionen och annan svensk lag och inte heller på konventionskonform tolkning eller annan användning av konventionen som tolkningsunderlag för annan svensk lag. Avgörandena är istället exempel på hanteringen av den normativa lucka som uppstår genom att uppkomsten av ett nytt lagligt hinder mot utlämning utan någon reglering av i vilken ordning detta hinder ska prövas. Vad HD gjort i avgörandena är alltså att, mot bakgrund av konventionen och den interna svenska utlämningsregleringen, tillhandahålla en hanteringsordning, dvs. *normutfyllnad*.

En av de frågor som HD behandlar i det senaste av de nämnda avgörandena (som gällde utlämning till Rwanda) är avgränsningen av det material som ska ligga till grund för värderingen av de allmänna förhållanden som är avgörande för utlämningsfrågan. HD hänvisar till avgöranden i Europadomstolen enligt vilka det i princip ankommer på den som gör gällande att det finns hinder mot utlämning att visa detta men att hänsyn också ska tas till ”fakta som var kända eller borde ha varit kända av beslutsstaten”.

Uppenbart är att regeringen står mycket friare när det gäller dessa frågor än vad HD kan göra inom ramen för sin prövning av ett utlämningsärende. Utrymmet för domstol att på egen hand sörja för utredning eller komplettering av utredning får antas vara

[32] Den senare uppdelningen anknyter till vad HD uttalade i NJA 1993 s. 242 om att vad ”makarna anfört om de allmänna förhållandena inom rättsskipningen och fängelserna … kan inte beaktas inom ramen för den prövning som skall göras enligt 7 och 8 §§ utlämningslagen huruvida hinder möter mot utlämning på grund av förhållanden som rör makarna personligen”. Innebörden av det avgörandet, som alltså ligger före den tidpunkt då konventionen blev svensk lag, var närmast frågan om i vad mån allmänna förhållanden av det aktuella slaget förhindrade utlämning inte var en domstolsfråga utan en fråga för regeringen. Den senare utvecklingen innebär alltså ett övergivande av den ståndpunkten. Frågan om konventionen lägger hinder i vägen för en utlämning ska prövas av domstol och detta just med utgångspunkt i allmänna förhållanden. Framhållas bör dock att i den mån som en sådan prövning inte leder till bedömningen att det finns något lagligt hinder för en utlämning kan regeringen ändå, om det inte finns någon särskild internationalrättslig förpliktelse, vägra utlämning.

förhållandevis begränsat. Bedömningen får normalt göras på det underlag som åberopas av den som begärs utlämnad eller av riksåklagaren. Det är mot den bakgrunden som man får se HD:s avslutande bedömning i sitt yttrande till regeringen att den

”i HD förebringade utredningen ger inte tillräckligt stöd för att göra bedömningen … att det föreligger ett generellt lagligt hinder mot utlämning till Rwanda för folkmord och liknande brott”

men att

”det får förutsättas att frågan om behovet av ytterligare underlag för ett slutligt ställningstagande i frågan beaktas i den fortsatta beredningen av ärendet”.

Också i ett annat hänseende distanserade sig HD i förhållande till den slutliga prövningen i regeringen. HD framhöll att olika bedömningar kunde göras av de omständigheter som åberopades som grund för hinder mot utlämning.

”En sak är under vilka förutsättningar som Europadomstolen skulle finna att en utlämnande stat gjort sig skyldig till ett konventionsbrott. En annan sak är när en stat tar ställning till en utlämningsframställning i ett enskilt fall.”

Med hänvisning till att HD enligt utlämningslagen endast ska uttala sig om utlämning lagligen kan beviljas fann HD att det låg nära till hands för domstolen att pröva frågan med utgångspunkt i den restriktivitet som kommit till uttryck i Europadomstolens praxis när det gäller bedömningen av om det föreligger hinder för utlämning

”även om goda skäl kan anses tala för att *regeringen i sin praxis bör ta större hänsyn* till det i konventionen skyddade intresset än vad som följer av en sådan utgångspunkt”.

Vad HD här bl.a. pläderar för är att inte endast när det gäller lagstiftning utan också vid tillämpning i enskilda fall iaktta en viss *säkerhetsmarginal* för att undvika risk för konflikt med konventionen.

Den 9 juli 2009 beslöt emellertid regeringen att den person som yttrandet avsåg skulle utlämnas till Rwanda. Denne anmälde då Sverige till Europadomstolen och gjorde gällande att en utlämning skulle stå i strid med konventionen. Den 15 juli 2009 begärde Europadomstolen att utlämningsbeslutet tills vidare inte skulle verkställas och den 20 juli 2009 beslöt regeringen inhibera verkställigheten i avvaktan på Europadomstolens prövning. Domstolen meddelade dom i målet den 27 oktober 2011 (målet

Ahorugeze mot Sverige, no. 37075/09). Enligt domen skulle en utlämning inte innebära en kränkning av konventionen.[33]

Europadomstolens avgörande kan naturligtvis ses som en slags bekräftelse på den bedömning som HD gjorde. Några egentliga skillnader när det gäller den formella uppläggningen av prövningen föreligger inte heller (vilket knappast är ägnat att förvåna då HD vid sin prövning utgått från praxis i Europadomstolen). Det bör emellertid betonas att *Europadomstolen inte gjorde sin bedömning på samma underlag som HD* (och regeringen). Detta sammanhänger med att Europadomstolen (om utlämningen inte verkställts) gör sin bedömning av om en utlämning *skulle* innebära en kränkning med utgångspunkt från förhållandena när domstolen prövar frågan och då beaktar det material som åberopats i domstolen eller som, vid behov, *anskaffats "proprio motu" (på eget initiativ)*. Av domstolens avgörande framgår också att man vid sin bedömning beaktat omständigheter som inträffat efter det att HD beslöt om sitt yttrande och regeringen om utlämning. Något "facit" när det gäller den nationella bedömningen ger alltså inte domstolens avgörande. Att domstolen gör samma bedömning som den nationella beslutsfattaren utesluter inte att det nationella beslutet var "*fel*" liksom en annan bedömning inte utesluter att det nationella beslutet var "*rätt*". Domstolens funktion ligger härigenom i dessa fall mycket nära den som en traditionell överinstans har.[34]

Artikel 3 aktualiserades också i *NJA 2011 s. 638* som handlade om tillåtligheten och betydelsen av *bevisprovokation*. När det gäller den förra frågan konstateras i avgörandet att det inte i svensk rätt finns någon särskild reglering av frågan och att artikel 6 i Europakonventionen inte i sig innefattar något förbud mot att åberopa bevisning som anskaffats på ett sätt som inte är förenligt med konventionen (men att anskaffningssättet påverkar värdet av bevisningen). I undantagsfall "— närmast då uppgifter har skaffats fram i strid med ett absolut förbud som det i Europakonventionens artikel 3 —" finns det emellertid enligt avgörandet "anledning att överväga om beviset över huvud taget får läggas till grund för en fällande brottmålsdom".

---

[33] Den beslutade utlämningen har dock inte verkställts. Den 27 juli 2011 hade HD fattat beslut om att upphäva häktningsbeslutet och personen lämnade därefter landet. I sitt beslut (NJA 2011 s. 518) riktar HD kritik mot Europadomstolen både för den långa handläggningstiden och att domstolen inte lämnat någon förklaring till denna.

[34] Jfr härtill Carl Henrik Ehrenkrona, Europadomstolen — vadan och varthän? SvJT 2012 s. 360 under rubriken Särskilt om utlänningsmål. Samma problematik som vid utlämning gäller vid avvisning och utvisning. Se härtill exempelvis Europadomstolens beslut den 29 maj 2012 i målet B.Z. mot Sverige (no. 74352/11) och Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, 4:e uppl. 2012, s. 85 ff. Jfr också RÅ 2006 ref. 5, RÅ 2007 not. 106 och RÅ 2010 not. 7 och MIG 2012:2

Inte heller här har vi alltså någon egentlig normkonflikt utan fråga är endast om att ett slags konventionsbrott (mot artikel 3) skulle kunna åberopas som grund för att med stöd av en annan artikel i konventionen (artikel 6) göra ett *undantag* (”användningen av sådana bevis kan leda till att hela rättegången anses vara orättvis”) från principerna om fri bevisföring och fri bevisvärdering (35 kap. 1 § rättegångsbalken).

Artikel 5: Rätten till frihet och personlig säkerhet

> I bägge de nu berörda propositionerna synes frågan om förenligheten med Europakonventionen närmast ha behandlats som *en fråga om den aktuella lagstiftningens förenlighet med Europakonventionen*. I den senare propositionen hänvisas det emellertid till Europadomstolens praxis vilken enligt propositionen innebär att gränsdragningen mellan frihetsberövanden och andra ingripanden är *beroende av de närmare omständigheter som förelegat i den konkreta situationen* och påverkas av en mängd olika faktorer som karaktären, varaktigheten och resultatet av åtgärden i fråga samt det sätt på vilket åtgärden verkställts.
>
> I linje härmed kan det hävdas att *det avgörande för konventionsenligheten inte är lagstiftningens utformning i sig utan att denna i enskilda fall inte tillämpas på ett sätt som står i strid med konventionens bestämmelser*. Det finns i det sammanhanget anledning att framhålla att efter den tidigare av de nämnda propositionerna har Europakonventionen fått ställning av svensk lag. Detta stryker under att konventionens bestämmelser under alla förhållanden måste beaktas också vid tillämpningen av polislagens bestämmelser om omhändertagande.
>
> *Lagrådet i prop. 2011/12:171 s. 64*

I artikel 5 finns bestämmelser om *i vilka fall som frihetsberövanden är tillåtna och om de rättigheter som den som frihetsberövas har*. Redan innan konventionen började gälla som svensk lag var, som tidigare berörts, den rättighet som anhållna eller häktade (artikel 5.1.c) har enligt 5.3 att ”utan dröjsmål ställas inför domare eller annan ämbetsman, som enligt lag får fullgöra dömande uppgifter” ett av de områden där den svenska regleringens förenlighet med konventionen kom att ifrågasättas och som föranledde ändrad lagstiftning. Också i andra lagstiftningssammanhang förekom det överväganden om den svenska regleringens förenlighet med artikel 5. I *prop. 1990/91:86* om polisens åtgärder i samband med ingripanden mot ungdomar, gjordes exempelvis den bedömningen att *omhändertaganden av unga enligt 12 § polislagen stod i överensstämmelse med artikel 5.1.d* om frihetsberövanden av underåriga ”för att undergå skyddsuppfostran eller för att inställas inför behörig rättslig myndighet”.

I domstolspraxis har frågan om olika ingripandens förenlighet med bestämmelserna i artikel 5 inte satt några egentliga spår.[35] Däremot har frågan återkommit i lagstiftningssammanhang. I *en våren 2012*

[35] Se dock NJA 1989 s. 131 om den s.k. kommunarresten

avlämnad Lagrådsremiss lämnades förslag till ändringar av bl.a. 12 § polislagen. I remissen sades att det *inte fanns anledning till någon annan bedömning än den som gjordes i den nyss nämnda propositionen* att omhändertaganden enligt den aktuella paragrafen stod i överensstämmelse med artikel 5.1.d. Lagrådet, i vilket jag ingick, förklarade sig i sitt yttrande inte vara övertygat om att den bedömningen är korrekt och hänvisade till bl.a. de skiftande bedömningar av närliggande frågor som senare gjordes i *prop. 1996/97:175.* Lagrådet *lade därefter till vad som citerats inledningsvis* i detta avsnitt.[36]

Att jag i ett anförande som handlar om svenska domstolars hantering av Europakonventionen tar upp ett yttrande av Lagrådet beror på att det enligt min mening väl illustrerar *två olika synsätt på konventionen* som också är av betydelse för hur man ska se på tillämpningsfrågor i domstol.

Resonemangen i prop. 1990/91:86 (och senare i prop. 1996/97:175) ligger väl i linje med det synsätt på konventionen som ursprungligen dominerade i Sverige och som fortfarande präglade propositionen där det föreslogs att konventionen skulle gälla som svensk lag. *Det grundläggande perspektivet är förhållandet mellan konventionen och svensk lag, eller, med andra ord, den eventuella förekomsten av normkonflikt*, vilket också gör det naturligt att se ansvaret för den svenska rättens konventionsenlighet som i första hand en fråga för lagstiftaren. I förlängningen av ett sådant synsätt skulle det kunna göras gällande att lagstiftaren tagit ställning till att ingripanden med stöd av 12 § polislagen är konventionsenliga och att det skulle behövas ”klart stöd” för att domstol i ett enskilt fall skulle göra en annan bedömning.

Det är mot ett sådant synsätt som Lagrådet vänder sig. *Konventionen lägger inte i sig hinder mot sådana bestämmelser om omhändertagande som finns i 12 § polislagen men dessa måste tillämpas så att de inte kommer i strid med konventionens bestämmelser om frihetsberövanden.* För att i enskilda fall beakta de intressen som dessa är avsedda att skydda krävs inte att det finns ”klart stöd” för att något annat skulle innebära ett konventionsbrott. Snarare finns det i dessa sammanhang anledning att i tillämpningen upprätthålla en ”säkerhetsmarginal” för att undvika risken för en konflikt med konventionen. Konventionens bestämmelser är närmare att uppfatta *som ett allmänt komplement till och*

[36] Efter konferensen, den 30 augusti 2012, beslöt regeringen om proposition i lagstiftningsärendet (prop. 2011/12:171 om samverkan föra att förebygga ungdomsbrott). Lagrådets yttrande finns på s. 62 ff. och regeringens kommentar till detta på s. 37 f. Det kan noteras att regeringen i propositionen endast i andra hand vidhåller den ståndpunkt som redovisades i remissen utan i denna, i anslutning till uttalanden i prop. 1996/97:175, i första hand gör gällande att ”ett tillfälligt omhändertagande, som utförs i enlighet med 12 § polislagen, inte torde vara att anse som ett frihetsberövande i Europakonventionens mening och därutöver utgör en tillåten inskränkning av rörelsefriheten” (artikel 2.3 i fjärde tilläggsprotokollet).

tolkningsstöd för den rent interna regleringen än som en potentiell källa till normkonflikt.

Under artikel 5 kan det också finnas anledning att nämna *NJA 2007 s. 295*. Avgörandet gällde en från Stockholms tingsrätt enligt 56 kap. 13 § rättegångsbalken hänskjuten prejudikatsfråga. I tingsrätten hade käranden yrkat skadestånd av staten i anledning av en häktning med påstående om att den stått i strid med artikel 5.3 (rättegång inom skälig tid). Enligt artikel 5.5 ska den som berövats friheten i strid med artikel 5 ha rätt till skadestånd. Den *hänskjutna frågan* var om svensk domstol kunde

> ”döma ut skadestånd *direkt på grundval av artikel 5.5* i Europakonventionen för det fall skadeståndslagen och lagen (1998:714) om ersättning vid frihetsberövande och andra tvångsåtgärder inte skulle anses medge att ersättning utgår fullt ut enligt konventionens principer”.

Det kan noteras att HD, på sätt som EU-domstolen ofta gör i mål om förhandsavgöranden, omformulerar den ställda frågan genom att säga att genom

> ”den hänskjutna frågan vill tingsrätten få veta om svensk rätt innebär att staten kan åläggas att betala skadestånd till B.H.S. fullt ut enligt Europakonventionens principer, i den mån så inte kan ske med tillämpning av skadeståndslagen eller frihetsberövandelagen”.

Det svar som HD lämnar på den sålunda omformulerade frågan är att i den mån som Sveriges förpliktelser att utge skadestånd enligt artikel 5 inte kan uppfyllas genom en fördragskonform tillämpning av de nämnda lagarna ”får detta ske genom att domstolen dömer ut skadestånd utan särskilt lagstöd”. Svaret på den ursprungligen ställda frågan skulle alltså bli nej. Artikel 5.5 innefattar inte i sig någon rätt till skadestånd för enskild utan endast en plikt för staten. För att uppfylla denna förpliktelse ska skadestånd dömas ut utan särskilt lagstöd. Någon normkonflikt föreligger inte heller här utan konventionen används som underlag för *normutfyllnad*.

Artikel 6: Rätten till en rättvis rättegång

24. Sedan år 1995 gäller vidare Europakonventionen som lag här i landet. Skuldprincipen har visserligen inte kommit till direkt uttryck i konventionen. Enligt artikel 6.2 gäller emellertid att var och en som har blivit anklagad för brott ska betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen har fastställts. Europadomstolen har med stöd av den artikeln bl.a. prövat utrymmet för att tillämpa faktiska och rättsliga presumtioner enligt vilka någon under vissa omständigheter antas ha begått ett brott utan något krav på uppsåt eller oaktsamhet. Europadomstolen har inte ställt sig helt avvisande till användningen av sådana presumtioner. Man har emellertid framhållit att konventionen kräver att staterna håller dessa inom rimliga gränser med beaktande av vad som står på spel och med bevarande av rätten att försvara sig. (Se domstolens dom den

7 oktober 1988 i målet Salabiaku mot Frankrike, p. 28, Series A nr. 141-A, jfr även domen den 23 juli 2002 i målet Janosevic mot Sverige, p. 100–101, ECHR 2002-VII.) Det kan på goda grunder sättas i fråga om en eftergift av kravet på uppsåt i mål som gäller ansvar för allvarliga brott är förenlig med de principer som ligger till grund för Europakonventionen.

NJA 2011 s. 563 (straffansvar vid rus)

Bestämmelserna i artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång har aktualiserats i ett förhållandevis stort antal fall av olika slag. Ett betydande antal har gällt *rätten till rättegång inom skälig tid (t.ex. NJA 2003 s.407, NJA 2005 s. 462 och NJA 2005 s. 726)*. Konventionens bestämmelse, som den tillämpats av Europadomstolen, har när det gäller bedömningen av konventionsbrott förekommit använts som *komplement* till svensk lag. Till frågan om rättsmedel mot sådana återkommer jag under artikel 13. Flera fall har också gällt *rätten till muntlig förhandling*. HD har i dessa i allmänhet begränsat sig till att säga att en rätt till muntlig förhandling vid domstol i ärenden som gäller parts civila rättigheter eller skyldigheter kan grundas på artikel 6 i konventionen (som numera har ställning av svensk lag) och därefter prövat om förutsättningarna för en sådan rätt förelegat.[37] Konventionen har alltså även här använts som *komplement* till den rent interna regleringen. Ett liknande förhållande gäller också beträffande jäv (opartisk domstol) med den skillnaden att konventionen här använts som *tolkningsunderlag* för den allmänna jävsbestämmelsen i 4 kap. 13 § 10 rättegångsbalken.[38]

Av större intresse ur tillämpningssynpunkt är *NJA 2007 s. 1037* (*brottsprovokationen*) som gäller om, och i så fall hur, den omständigheten att polisen provocerat någon att begå ett brott ska påverka bedömningen av ett åtal för brottet. Efter att ha konstaterat att det inte finns någon svensk lagstiftning som rör frågan och att svensk praxis är begränsad så redovisar HD för Europadomstolens praxis. HD sammanfattar genomgången med att säga att det avgörande

”för om förekomsten av provokation skall anses innebära att rätten till en rättvis rättegång blivit oåterkalleligen undergrävd är således *enligt Europadomstolens praxis* om infiltratören agerat enbart som sådan eller om denne därutöver provocerat fram ett brott som den provocerade annars

[37] Se t.ex. NJA 1998 s. 232, NJA 1999 s. 602 och NJA 2000 s. 161. NJA 2003 s. 407 avviker från andra avgöranden i så måtto att HD markerar att ”härtill är vi nödda och tvungna” (”*Även när värdet av en muntlig förhandling kan ifrågasättas har Europadomstolen upprätthållit kravet på muntlig förhandling. K.B. får därför enligt artikel 6 i Europakonventionen anses ha haft rätt till en muntlig förhandling*”). I sammanhanget kan nämnas att klagomål till Europadomstolen angående brist på muntlig förhandling i många fall avvisas som ”*manifestly ill-founded*”. Se t.ex. avgörandet 22 maj 2012 i målet Osorio mot Sverige (no. 21660/09).

[38] Se NJA 2008 s. 893. ”Jävsbestämmelsen skall tillämpas med beaktande av artikel 6.1 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna och den praxis som kommit till uttryck i Europadomstolens avgöranden.”

inte skulle ha begått. En annan slutsats man kan dra av *Europadomstolens praxis* är att domstolen gör en klar åtskillnad mellan tillåtligheten av provokationen som sådan och möjligheten att lagföra den provocerade. Europadomstolen synes i och för sig acceptera relativt långtgående provokationer så länge staten inte ingriper straffprocessuellt mot de personer som begått de gärningar som provocerats fram".

Vad därefter angår frågan hur de provokativa åtgärderna ska beaktas säger HD att i

"de fall då rätten till en rättvis rättegång får anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd som en direkt följd av de provokativa åtgärderna torde det enligt *Europadomstolens praxis* föreligga en skyldighet för de nationella domstolarna att avbryta ett straffrättsligt förfarande så snart det visar sig att ett brott föreligger mot artikel 6 i Europakonventionen. Två olika möjligheter står härvid till buds. Antingen kan domstolen avvisa talan eller också utan vidare prövning lämna åtalet utan bifall. Enligt det förra alternativet skulle polisprovokationen uppfattas som ett rättegångshinder medan den enligt det senare betraktas som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse".

När det gäller valet mellan dessa bägge alternativ menar HD att varken

"konventionen eller Europadomstolens avgöranden kan emellertid anses innebära något krav på att efterlevnaden av konventionen skall tryggas i någon viss ordning. Såvitt avser polisprovokation är det väsentliga att domstolen har möjlighet att avbryta ett inlett förfarande. Om detta sker genom att talan avvisas eller genom att den lämnas utan bifall är däremot från konventionsenlighetssynpunkt likgiltigt".

Enligt HD synes emellertid vid en samlad bedömning

"övervägande skäl tala för att i sådana fall som Europadomstolens praxis avser, polisprovokation enligt svensk rätt bör betraktas som en bristande materiell straffbarhetsbetingelse. Något direkt lagstöd för en sådan tillämpning finns visserligen inte men inte heller något lagligt hinder mot att på detta sätt tillgodose de krav som följer av Europakonventionen och den praxis som Europadomstolen utvecklat".

Inte heller här hittar man alltså något normkonfliktperspektiv. Vad HD gör är att utnyttja Europadomstolens praxis som ett *materiellt komplement* på ett i princip oreglerat område för att därefter med den praxisen som underlag *konstruera en formell regel* för hur det materiella innehållet ska beaktas.

I *NJA 2011 s. 563* fann HD, med avvikelse från bedömningen i NJA 1973 s. 590, att bestämmelsen i 1 kap. 2 § andra stycket BrB om *självförvållat rus* och liknande tillstånd inte innebar att de krav på uppsåt som annars gäller för ansvar ska efterges. För den bedömningen, som blivit mycket omdiskuterad, åberopades en rad argument. Ett av dem var den *hänvisning till artikel 6 som citerats*

inledningsvis i detta avsnitt. Fråga var alltså inte om någon direkt tillämpning av konventionen utan principerna i denna användes som ett av flera *tolkningsunderlag*.

Frågan om innebörden av rätten enligt artikel 6.3 a för den som blivit anklagad för brott att ”i detalj underrättas om innebörden och grunden för anklagelsen mot honom” har aktualiserats i några mål.[39] I *NJA 2003 s. 486* meddelade HD s.k. prejudikatsfrågedispens (54 kap. 11 § första stycket rättegångsbalken) beträffande frågan om hovrätten ”till grund för sin bedömning av om ett våldtäktsbrott varit att anse som grovt kunnat lägga andra försvårande omständigheter än dem som den tilltalades motparter åberopat som gärningsbeskrivning”.

HD fann att det i och för sig inte var nödvändigt att gärningsbeskrivningen innehåller de omständigheter som läggs till grund för att bedöma ett brott som grovt men att det strider mot den kontradiktoriska rättskipningens princip om för den tilltalade överraskande moment ges betydelse vid bedömningen av om ett brott är grovt och att detta också *kan innebära avsteg från det krav på en rättvis rättegång med rätt att kunna försvara sig som ställs i artikel 6 i Europakonventionen*. Enligt HD var förhållandena sammantaget sådana att den tilltalade fick anses ha varit berövad möjligheten att försvara sig beträffande en viktig del av de förhållanden som hovrätten ansett vara försvårande och motivera att brottet skulle bedömas som grovt. Mot den bakgrunden gav HD det något kryptiska svaret på den dispenserade frågan att hovrätten

> ”till grund för sin bedömning av om våldtäktsbrottet varit att anse som grovt *inte på det sätt som skett i målet* kunnat lägga andra försvårande omständigheter än dem som den tilltalades motparter åberopat som gärningsbeskrivning”.[40]

---

[39] Förutom till de i löptexten nämnda avgörandena kan hänvisas till *NJA 2003 s. 567* där HD uttalar följande: ”Att domstol i princip endast får döma för sådana gärningsmoment som angetts i gärningsbeskrivningen sammanhänger med den grundläggande rättighet som en tilltalad har att i detalj underrättas om innebörden av och grunden för anklagelser som riktas mot honom (jfr artikel 6.3 a i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna). En gärningsbeskrivning är dock av naturliga skäl ofta kortfattad och behöver ibland tolkas bl.a. i belysning av hur åklagaren eller målsäganden i övrigt för sin talan. Av betydelse i detta avseende är även den skyldighet som domstolen har att utöva processledning när det råder oklarhet om den närmare innebörden av en talan. Som Europadomstolen framhållit i olika sammanhang får en helhetsbedömning göras av om rätten att underrättas om anklagelser tillgodosetts i enskilda fall varvid gärningsbeskrivningens utformning är en av de faktorer som är av betydelse.” Se även *NJA 2006 s. 467* som behandlas nedan under artikel 10.

[40] Formuleringen förklaras av behovet av att kunna undanröja domen och återförvisa målet på grund av det rättegångsfel som förekommit. Jfr vad som sagts ovan under artikel 5 angående HD:s omformulering av en hänskjuten fråga i NJA 2007 s. 295.

Återigen ser vi hur konventionen används som *tolkningsunderlag*.[41]

Artikel 6.3 a åberopades också i NJA 2011 s. 611 där HD slog fast att

”preskriptionsavbrott enligt 35 kap. 1 § BrB i princip förutsätter att den misstänkte inte endast har fått del av en gärningsbeskrivning som kan anses innefatta påstående om brott enligt en viss straffbestämmelse utan också har fått reda på att denna straffbestämmelse kan vara tillämplig”.

Som grund för denna princip hänvisades det till att det i

”artikel 6 i Europakonventionen, som sedan år 1995 gäller som svensk lag, föreskrivs bl.a. att var och en som anklagas för brott har rätt att i detalj underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom. Av senare praxis från Europadomstolen framgår att detta inte endast gäller vilken gärning som anklagelsen gäller utan också den rättsliga kategoriseringen. … Konventionen och den praxis som har utvecklats av Europadomstolen innebär att det numera, i motsats till vad som tidigare har antagits, inte är möjligt att döma enligt en viss straffbestämmelse utan att den tilltalade i förväg har fått reda på att bestämmelsen skulle kunna vara tillämplig och har beretts möjlighet att anpassa sitt försvar efter detta”.

Det bör noteras att HD endast åberopade praxis när det gäller rätten att bli informerad om den rättsliga kategorisering som ligger till grund för ett åtal som ett skäl för att tolka de svenska preskriptionsreglerna på ett visst sätt och således inte gjorde gällande att konventionen och domstolens praxis innebar ett krav på att tillämpa den princip för preskriptionsavbrott som slogs fast i avgörandet. En minoritet inom HD ställde sig inte heller bakom den princip som majoriteten slog fast med bl.a. den motiveringen att det inte bör ”komma i fråga att förändra tolkningen av preskriptionsbestämmelserna på grundval av ett krav i konventionen som avser en helt annan situation”. Återigen utnyttjades alltså konventionen som *tolkningsunderlag*.

Enligt artikel 6.3 c har den som blivit anklagad för brott rätt att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde. Bestämmelsen aktualiserades i *NJA 2009 s. 836* som gällde en tilltalad som efter en frikännande dom i tingsrätten dömts till tio års fängelse i hovrätten utan att ha varit personligen närvarande vid förhandlingen. I sitt överklagande till HD yrkade den tilltalade att HD skulle undanröja hovrättens dom och återförvisa målet till hovrätten för ny handläggning. HD meddelade prövningstillstånd i frågan om den tilltalades frånvaro från huvudförhandlingen inneburit hinder mot att hovrätten prövade åtalet mot honom. En enig domstol fann att

[41] Det ska nämnas att HD:s avgörande utsatts för kritik på den grunden att det inte skulle stå i överensstämmelse med Europakonventionens krav. Se Lars Heuman, Är vaga och oklara gärningsbeskrivningar godtagbara enligt Europakonventionen?, JT 2005–06 s. 536. Jag, som inte deltog i detta avgörande, har kommenterat Heumans kritik i JT 2006–07 s. 759 f.

frånvaron inneburit ett sådant hinder. Däremot var två ledamöter (varav jag var en) skiljaktiga beträffande motiveringen.

Majoriteten redovisar i sina domskäl för den svenska regleringen när det gäller den tilltalades personliga närvaro och säger efter detta att frågan (i målet) emellertid är ”om ett krav på personlig närvaro ändå kan anses gälla med utgångspunkten att utredningsskäl för det saknas”. Enligt majoriteten finns ett sådant krav även om frågan om i vilka fall inte ”låter sig [ ] uttryckas i en för alla fall gällande princip”.

När de gäller de hållpunkter som majoriteten anför för bedömningen av i vilka fall kravet skulle gälla hänvisar man bl.a. till ett avgörande av Europadomstolen utan att, såvitt jag förstår[42], för den skull göra gällande att det följer av domstolens praxis. Konventionen och domstolens praxis används alltså snarast som underlag för *regelkonstruktion* på ett oreglerat område.

Också minoriteten redovisar i sina domskäl för den svenska regleringen och säger att denna innebär att den tilltalade oberoende av skyldighet haft rätt att närvara personligen vid förhandlingen. För det fall att den tilltalade

> ”önskat att närvara vid förhandlingen men varit förhindrad av omständighet som utgjort laga förfall har det därför förelegat hinder för huvudförhandling helt oberoende av om det, som hovrätten ansett, inte skulle vara nödvändigt med personlig närvaro av utredningsskäl. Av Europadomstolens praxis framgår att en tilltalad visserligen kan avstå från rätten att vara närvarande vid en förhandling men att en förutsättning för att han ska anses ha avstått är att detta framgått på ett otvetydigt sätt (”a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner …)”

Enligt minoriteten har omständigheterna inte

> ”varit sådana att hovrätten haft rätt att dra den slutsatsen att [den tilltalade] avstått från att vara personligen närvarande vid förhandlingen. … Det saknas under sådana förhållanden anledning att särskilt pröva i vad mån det vid sidan härav också förelegat hinder mot huvudförhandling av utredningsskäl eller på annan grund (jfr majoriteten)”.

Minoriteten utnyttjar alltså Europadomstolens praxis som tolkningsunderlag för (komplement till) den rent svenska regleringen.

Artikel 7: Legalitetsprincipen

Som framgår av vad som redovisats tidigare finns det i svensk rätt inte något generellt förbud mot att utan samtycke filma en enskild person eller att för andra visa en film där en enskild person förekommer även om filmningen och visningen i det enskilda fallet är djupt

[42] Jag ska, även om jag hyser sympati med majoritetens ställningstagande, inte fördölja att jag finner skrivningarna problematiska från prejudikatssynpunkt.

> integritetskränkande. I de fall då filmningen eller visningen inte utgör brott kan något skadestånd inte heller utdömas. *Det kan starkt ifrågasättas om det är förenligt med Europakonventionen att förfaranden av det aktuella slaget lämnas helt osanktionerade.* Det är under sådana förhållanden naturligt att fråga sig om bestraffning kan ske med stöd av andra bestämmelser. När det gäller tolkningen av sådana bestämmelser finns det skäl att erinra om att HD i flera avgöranden slagit fast att uttalanden om lagreglers innebörd som har gjorts i lagförarbeten eller i rättspraxis måste kunna frångås när detta krävs enligt den konventionstolkning som kommer till uttryck i Europadomstolens avgöranden (se t.ex. NJA 2005 s. 805 med hänvisningar). Ett annat krav enligt Europakonventionen (artikel 7) är emellertid *att ingen får fällas till ansvar för en gärning utan stöd i vid gärningen gällande klar och tydlig lag.*
>
> … Det får emellertid, *oavsett det nuvarande rättslägets förenlighet med Europakonventionen, anses ankomma på lagstiftaren* att ta ställning till om en sådan kriminalisering bör införas och i så fall till hur den bör utformas.
>
> *NJA 2008 s. 946 (den dolda fotograferingen)*

Skyddet för legalitetsprincipen i konventionen illustrerar väl ett förhållande som ibland tenderar att komma i skymundan när innebörden av konventionens bestämmelser diskuteras. De fri- och rättigheter som konventionen skyddar är *inte unika för konventionen* utan de kommer, i överensstämmande eller snarlik utformning, till uttryck i en rad andra internationella överenskommelser och nationella regleringar och brukar också även helt oberoende av detta i stor utsträckning anses tillhöra sådana ”allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser”[43] som ska beaktas i rättstillämpningen. Legalitetsprincipen är ett tydligt exempel på detta vilket också medför att konventionen endast är en av de ”källor” för principen som brukar åberopas.[44]

Det ska också betonas att det *inte finns någon ”given” nivå* för de krav som principen kan anses ställa. Att en *konventionsstat måste leva upp till den nivå som Europadomstolen kan antas kräva* för att ett förfarande inte ska anses stå i strid med artikel 7 är självfallet men *konventionen lägger inte något hinder mot att staterna tillmäter principen en större betydelse* än vad som krävs för att undvika konventionsbrott.[45]

---

[43] Jfr artikel 38 i Internationella domstolens stadga.

[44] Som exempel kan hänvisas till NJA 2006 s. 708 där HD uttalade följande: ”Mot nu angiven bakgrund får det med hänsyn till lagrummets avfattning och till legalitetsprincipen (se 1 kap. 1 § BrB, artikel 7 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt t.ex. NJA 1994 s. 480) anses otillåtet att utsträcka straffbarheten på det sätt som domstolarna gjort i målet.” När det gäller sakbedömningen i det citerade avgörandet tillåter jag mig att hänvisa till mitt tillägg i NJA 2007 s. 326.

[45] När HD i *NJA 2008 s. 946* diskuterar tillämpningen av bestämmelsen om ofredande från ett legalitetsperspektiv sker det utan någon hänvisning till konventionen. (”*Det kan diskuteras om bestämmelsen om ofredande genom hänsynslöst beteende fyller rimliga anspråk på klar och tydlig strafflag (jfr a. prop. s. B 117). Även om bestämmelsen är vag och lämnar formellt utrymme för högst skiftande tolkningar finns det emellertid, inte minst av legalitetshänsyn, skäl att undvika tolkningar som framstår som pressade (jfr NJA 2005 s. 712). Frågan om ansvar för olovlig bildupptagning (och spridning av sådana upptagningar) har varit föremål för lagstiftarens överväganden under lång tid.*

Problematiken kan illustreras av Europadomstolens dom i målet *E.S.* mot Sverige den 21 juni 2012 (no. 5786/08). Målet gällde en 14-årig flicka som hade blivit dolt filmad av sin styvfar när hon duschade. Styvfadern åtalades för sexuellt ofredande för vilket han också dömdes i tingsrätten. I hovrätten frikändes han däremot och HD meddelade inte prövningstillstånd. Flickan klagade då till Europadomstolen och gjorde gällande att svenska staten inte levt upp till sin skyldighet enligt artikel 8 att tillhandahålla henne rättsmedel mot styvfaderns gärning. Europadomstolen fann, med röstsiffrorna 4 mot 3, att

”the Swedish legislation and practice and their application to the case before it, did not suffer from such significant flaws that it could amount to a breach of Sweden’s positive obligations under Article 8 of the Convention”.

I domen (punkt 23) redovisar Europadomstolen bl.a. den dom från HD som det inledande citatet i avsnittet är hämtat från.[46] Europadomstolens domskäl kan också, även om domstolen uttryckligen framhåller (punkt 67) att det inte är dess uppgift att värdera HD:s avgöranden, i viss mån läsas som en kommentar till dessa.

Enligt Europadomstolen (punkt 68) måste domstolen i det aktuella fallet begränsa sig till att pröva om

”in September 2002 when the incident took place, the absence of a provision in the Penal Code on attempted covert filming constituted a significant flaw in Swedish legislation. More specifically, in the present case, should the legislators have foreseen that … the provision of sexual molestation could not cover the act, and a charge of attempted child pornography offence would not necessarily be brought”.

I den prövningen utgår domstolen från legalitetsprincipen (punkt 69) men tillägger att det ”will always be a need for elucidation of doubtful points and for adapting to changing circumstances” och att “the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition”. Domstolen tillägger därefter (punkt 71) vissa uttalanden om staternas “margin of appreciation” och (punkt 72) om den tekniska utvecklingen på filmområdet och svenska lagstiftningsinitiativ (Ds 2011:1; redovisad i punkterna 24–25). Den ovan redovisade slutsatsen dras därefter (punkt 72) i ljuset av detta och

”having regard to the special circumstances of the present case, notably the fact that at the relevant time, in September 2002, the disputed act of the stepfather was in theory covered by the provision in the Penal Code

Inte i något sammanhang har det antagits att den nu gällande lagstiftningen skulle kunna tillämpas på det sätt som åklagaren gjort gällande i detta mål. Med hänsyn härtill och vad i övrigt anförts ovan kan lagligt stöd för att döma A.B. för ofredande inte anses föreligga.”)

[46] Dessutom redovisas NJA 1992 s. 594 och NJA 1996 s. 418.

concerning sexual molestation and by the provision on attempted child pornography".

Majoritetens ståndpunkt är alltså den kanske inte helt lättbegripliga att det inte kunde begäras att lagstiftaren år 2002 skulle ha förutsett att filmning av det aktuella slaget inte skulle kunna straffas. Skrivningarna andas att majoriteten inte skulle ansett det stå i strid med legalitetsprincipen om det hade blivit fällande domar i de avgöranden av HD som Europadomstolen refererar till.[47] Det är dock svårt att tänka sig annat än att också majoriteten anser att lagstiftaren i dag kan förutse att det inte finns sanktioner mot åtskilliga fall av djupt integritetskränkande fotografering och spridning av bilder och att lagstiftning därför är nödvändig.[48]

I motsats till majoriteten fann minoriteten att det fanns "a significant omission in the relevant Swedish legislation which resulted in the applicant being left without protection" och därigenom ett brott mot statens positiva skyldigheter enligt artikel 8. Minoriteten framhöll särskilt att hovrätten funnit att styvfaderns gärning inte utgjorde brott enligt svensk lag och därigenom klart bekräftat att det fanns en lucka i den svenska lagstiftningen.[49]

Artikel 8: Rätten till skydd för privat- och familjeliv

> Enligt artikel 8 i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som sedan den 1 januari 1995 gäller som lag här i landet, är däremot rätten till respekt för privat- och familjelivet en av de rättigheter som tillkommer var och en. Artikeln tar i första hand sikte på att bereda den enskilde skydd mot godtyckliga ingripanden från det allmänna. Den anses emellertid också innefatta skyldigheter för det allmänna att se till att respekten för privat- och familjelivet upprätthålls i förhållandet mellan enskilda. (Jfr NJA 2007 s. 747 och beträffande fotografier särskilt det där

---

[47] Däremot kan det väl knappast antas att HD:s tillämpning av legalitetsprincipen i NJA 2008 s. 946 skulle anses stå i strid med artikel 8.

[48] Ett förslag till en straffbestämmelse för kränkande fotografering lades fram i en lagrådsremiss våren 2012. Lagrådet, i vilket jag ingick, avstyrkte lagstiftning på det föreliggande beredningsmaterialet. Enligt Lagrådet finns det mycket starka skäl för att behandla frågorna om olovlig upptagning och spridning av integritetskänsliga bilder i ett sammanhang och såvitt Lagrådet kunde bedöma borde det också inom kort kunna finnas förutsättningar för en sådan behandling med hänsyn till det uppdrag och den tidsplan som gäller för Yttrandefrihetskommitténs arbete. Den kommitténs betänkande lades fram i augusti 2012. Arbetet avslutades dock i sådan tid att kommittén inte kunnat beakta Europadomstolens dom den 21 juni. Enligt majoriteten borde det inte införas någon straffbestämmelse om integritetsskydd i TF och YGL men däremot borde regeringen överväga en sådan utanför det grundlagsskyddade området. Enligt regeringens lista över planerade lagrådsremisser ska en ny remiss om kränkande fotografering läggas fram under hösten 2012.

[49] Efter konferensen (19 november 2012) har det beslutats att målet ska tas upp av domstolen i "Grand Chamber".

nämnda avgörandet von Hannover v. Tyskland, no. 59320/00, ECHR 2004-VI.)

NJA 2008 s. 946 (den dolda fotograferingen)

Det kanske mest utmärkande för artikel 8 är att den i så pass hög grad aktualiserar de s.k. *positiva förpliktelser* som följer av konventionen. Ett tydligt sådant exempel är det under artikel 7 redovisade fallet *NJA 2008 s. 946* där HD trots de skäl som kunde anföras att en sådan förpliktelse förelåg ansåg sig förhindrad att straffa en kränkande fotografering.

I *NJA 2007 s. 747* yrkade en kvinna skadestånd av ett försäkringsbolag för att de utsatt henne för övervakning som skulle stå i strid med artikel 8. I sina domskäl konstaterar HD att artikeln är utformad så att staten primärt har en *negativ skyldighet*, dvs. en skyldighet att inte handla på visst sätt, men att Europadomstolen i sin praxis har utvecklat skyldigheten enligt artikeln så att staten i vissa fall också har en *positiv förpliktelse* att se till att individers rättigheter skyddas, även i förhållande till andra enskilda. *Konventionen innehåller däremot inga regler som uttryckligen ålägger enskilda några skyldigheter*; än mindre föreskriver konventionen att enskilda kan vara skyldiga just att betala skadestånd. *I strikt mening kan därför skadeståndsskyldighet enligt HD inte åläggas en enskild med tillämpning av Europakonventionen, även om konventionen utgör svensk lag.*

HD övergår därefter till att behandla frågan *om det, på motsvarande sätt som skett i förhållande till staten, finns anledning att utveckla en sådan skadeståndsskyldighet utan särskilt lagstöd.*

I fråga om skadeståndsansvar för enskilda ställer sig emellertid saken enligt HD annorlunda. *Särskild vikt måste då fästas vid att enskilda skall kunna förutse de rättsliga följderna av sitt handlande.* Europakonventionens innehåll har i väsentliga delar skapats genom Europadomstolens praxis. *Europadomstolens tolkning är dynamisk och konventionen tolkas i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden. Det kan då vara förenat med svårigheter för enskilda att förutse vad som kan strida mot artikel 8 Europakonventionen.* Än mer överraskande blir det om den enskilde åläggs en skadeståndsskyldighet som inte framgår vare sig av konventionens text eller av Europadomstolens praxis. Vid en samlad bedömning, och då förutsebarhet har ett centralt rättsstatligt värde, får enligt HD övervägande skäl anses tala mot att en enskild skall kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en gärning som innebär en överträdelse av artikel 8 Europakonventionen i fall där skadestånd inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en fördragskonform tillämpning.

Frågeställningen i domen är alltså inte innehållet i konventionen i sig utan i vilken utsträckning den kan eller bör läggas till grund för

utveckling av det kringliggande regelsystemet, eller med andra ord *regelkonstruktion.*

Under artikel 8 bör kanske också *NJA 2004 s. 231* nämnas där HD berört Europadomstolens mycket omdiskuterade dom den 4 december 2003 i målet M.C. mot Bulgarien (no 39272/98). I domen gör Europadomstolen en genomgång av bl.a. lagstiftningen om våldtäkt i ett flertal europeiska länder och avgöranden av Internationella krigsförbrytartribunalen för forna Jugoslavien. Med stöd av denna genomgång har domstolen funnit att artiklarna 3 och 8 i Europakonventionen ålägger staterna att *straffbelägga och effektivt lagföra varje form av sexuellt umgänge (sexual act) utan samtycke, även om offret inte har gjort fysiskt motstånd.* Domen har föranlett åtskillig debatt angående om svensk lagstiftning kan anses stå i överensstämmelse med denna positiva förpliktelse.[50] Enligt vad *HD uttalar i sin dom är bristen på samtycke grundläggande när fråga om våldtäkt eller sexuellt tvång prövas och det våld, hot eller tvång som förekommit kan sägas tjäna som bevis på att det sexuella umgänget inte varit frivilligt.* Uppenbart är att den svenska lagstiftningen enligt HD inte står i strid med förpliktelserna enligt konventionen.

Artikel 9: Rätten till tanke-, samvets- och religionsfrihet

> Den bedömning som då skall göras är i vad mån Europakonventionen påverkar frågan om ansvar för Å.G. Religionsfriheten regleras där i artikel 9 och yttrandefriheten i artikel 10. Det kan redan här påpekas att den förstnämnda friheten är mera vidsträckt än enligt RF men i viss utsträckning begränsningsbar genom vanlig lag, medan yttrandefriheten är densamma i båda regleringarna, dock med snävare begränsningsramar i konventionen. …
>
> I första hand är då av intresse Europadomstolens tillämpning av artikel 9 som kan sägas utgöra ett specialfall av yttrandefrihetsskyddet när det gäller att ge uttryck för tankar och idéer grundade i en religion i ett sådant sammanhang som en predikosituation ... *Det avgörande synes vara huruvida inskränkningen av Å.G:s frihet att predika är nödvändig i ett demokratiskt samhälle, vilket innebär att en värdering måste göras av om inskränkningen är proportionerlig i förhållande till det skyddade intresset.* …
>
> Med hänsyn till den centrala betydelse som en religiös övertygelse har för den enskilde måste det antas att vid tillämpning av Europakonventionen en viss återhållsamhet skall iakttas när det gäller att godta inskränkningar som legitima enligt artikel 9. Motsvarande gäller om Å.G:s yttranden skulle vara att bedöma enligt artikel 10. Europadomstolens praxis vid tillämpning av artikel 10 kan ge ledning även om bedömningen sker på grundval av artikel 9. …
>
> Under sådana omständigheter *är det 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

---

[50] Omfattande litteraturhänvisningar finns i Petter Asp, Sex och samtycke, 2010.

inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen.

NJA 2005 s. 805 (Greenmålet)

Det avgörande angående Europakonventionens tillämpning vid svensk domstol som väckt störst uppmärksamhet och allmän diskussion är utan tvekan *NJA 2005 s. 805* som gällde åtal mot en frikyrkopastor (Å.G.) för hets mot folkgrupp (homosexuella).[51] Avgörandet är intressant mot bl.a. den bakgrunden att det, vid sidan av de mål som rört tillämpningen av förbudet mot dubbla straffrättsliga förfaranden i sjunde tilläggsprotokollet artikel 4, är det nästan enda avgörande som är *uppbyggt* utifrån ett sådant *normkonfliktsperspektiv* som vi återfann i motiven till den lag som gjorde konventionen till svensk lag.

I domskälen återger HD *först innehållet i straffbestämmelsen* och konstaterar därefter att kriminalisering av hets mot en grupp personer med anspelning på sexuell läggning skedde genom en lagändring som trädde i kraft den 1 januari 2003. (Lagändringen ligger alltså i tiden efter det att konventionen började gälla som svensk lag vilket, som vi sett, enligt motiven till den lagen skulle vara av vikt för tillämpningen.) HD redovisar därefter tämligen utförligt för *vad som förekommit under förarbetena* till lagändringen (3 av 7 och en halv sida). Slutsatsen av den genomgången blir att ”enligt den innebörd av 16 kap. 8 § BrB som kommit till uttryck i motiven” fick de åtalade yttrandena anses ha gett uttryck för missaktning av gruppen homosexuella. HD ser alltså här den konkreta tillämpningsfrågan utifrån ett (förmodat) renodlat subjektivt lagstiftarperspektiv.

Frågan anses emellertid inte vara löst genom detta utan domstolen måste också ta ställning till ”om hänsyn till religions- och yttrandefrihetsintressena skall medföra att ordet missaktning bör ges en mera restriktiv tolkning är vad som omedelbart framgår av lagtexten och dess förarbeten”. I den delen inleder HD med att säga att lagstiftarens avsikt har varit att ”2003 års lagändring” ska uppfylla förutsättningarna för begränsning av yttrandefriheten enligt såväl svenskt konstitutionellt skydd som Europakonventionen (lagstiftaren antas alltså även i denna mening ha tagit ställning till tillämpningsfrågan). Detta ligger som en bakgrund till den följande närmare uppgiftsformuleringen att HD

”måste emellertid nu pröva om en tillämpning av 16 kap. 8 § BrB i Å.G:s fall bör underlåtas därför att en sådan tillämpning skulle strida mot grundlag eller mot Europakonventionen”.[52]

---

[51] Se exempelvis artiklar av Inger Österdahl, Hans Ytterberg och Hans Danelius i SvJT 2006 s. 213, 227 respektive 240 samt Thomas Bull i JT 2005–06, s. 514.

[52] Vad gäller Europakonventionen hänvisas till de förarbetsuttalanden som jag redovisat för ovan under rubriken *Konventionen blir lag*.

HD övergår *därefter* till att pröva i vad mån en fällande dom skulle stå i strid med *grundlagsbestämmelserna*. Prövningen är kortfattad och utmynnar såvitt avser religionsfriheten i att det ”är *uppenbart* att grundlagsbestämmelsen om religionsfrihet inte kan medföra att Å.G. går fri från ansvar” och beträffande yttrandefriheten i att det ”är *inte uppenbart* att grundlagsskyddet för yttrandefriheten lägger hinder i vägen för att döma Å.G. enligt åtalet”.

Bägge formuleringarna ska naturligtvis ses mot den bakgrunden att uppenbarhetsrekvisitet i *regeringsformens bestämmelse om lagprövning* då fortfarande gällde.

Frågan är därmed, efter lagprövning, reducerad till om en fällande dom ”i Å.G:s fall skulle innebära ett brott mot Sveriges konventionsåtaganden.” I den delen redovisar HD för olika avgöranden från Europadomstolen och gör därefter ”en samlad bedömning av omständigheterna — mot bakgrund av Europadomstolens praxis — i Å.G:s fall” och gör därefter den bedömningen att det under sådana omständigheter är

> ”*sannolikt* att Europadomstolen, vid en prövning av den inskränkning i Å.G:s rättighet … som en fällande dom skulle utgöra, skulle finna att inskränkningen inte är proportionerlig och därmed skulle utgöra en kränkning av Europakonventionen”.

Enligt HD föreligger alltså en *konflikt* mellan Europakonventionen (som den sannolikt skulle tolkas av Europadomstolen) och straffbestämmelsen i BrB (i den tolkning som lagstiftaren kan förmodas ha avsett). Enligt HD har emellertid inte uttrycket missaktning i bestämmelsen ”en så entydig innebörd att en verklig lagkonflikt här uppkommer”. Någon sådan lagprövningssituation (med stöd av RF:s förbud att stifta lag i strid med Europakonventionen) som förutsågs i förarbetena när Europakonventionen fick ställning som svensk lag uppkommer därför inte.[53] ”Motstridigheten” löses i stället genom en *fördragskonform tolkning* enligt vilken ansvarsbestämmelsen med hänsyn till Europadomstolens avgöranden ”tolkas mera restriktivt än vad dess förarbeten ger vid handen”.

Artikel 10: Rätten till yttrandefrihet

> Regleringen i RF riktar sig i första hand till lagstiftaren och avser i den delen utrymmet och formerna för att genom lag begränsa bl.a. yttrandefriheten. Har lagstiftaren väl genom lag beslutat om en viss begränsning följer av 11 kap. 14 § RF att om en domstol finner att lagen ändå står i strid med föreskrifterna i grundlagen skall den underlåta att tillämpa lagen endast i det fall att den finner att felet är uppenbart. I praktiken är det emellertid *inte ovanligt att den närmare innebörden av en*

[53] Såvitt jag kunnat utröna är den här aktuella domen den enda där frågan om en sådan lagprövning ens antytts.

> *lagregel som i och för sig innefattar en begränsning av exempelvis yttrandefriheten inte står klar. Det är då naturligt att bestämmelsen tolkas med beaktande av innehållet i grundlagen (grundlagskonform tolkning;* jfr t.ex. Jareborg, Brotten III, 1987, s. 134 och NJA 2005 s. 33). Att bestämmelsen inte befinnes vara tillämplig i ett visst fall, exempelvis beroende på att sådan tillämpning skulle gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett bestämmelsen, är då *inte uttryck för lagprövning i den mening som avses i 11 kap. 14 § RF och förutsätter inte att en annan tolkning skulle vara uppenbart felaktig.*
>
> Vad som nu sagts innebär att frågan om den närmare avgränsningen av tillämpningsområdet för bestämmelsen om hets mot folkgrupp måste avgöras med beaktande av det skydd och den särskilda betydelse som yttrandefriheten tillerkänns enligt bestämmelserna i RF. Några utvecklade principer för hur en sådan prövning bör gå till finns emellertid inte. …
>
> I motsats till vad gäller bestämmelserna om skydd för yttrandefriheten i RF finns det beträffande motsvarande bestämmelser i Europakonventionen en genom Europadomstolen rikt utvecklad domstolspraxis. Denna praxis bör vara vägledande även när det gäller prövningen i svensk domstol av i vad mån ett visst ingripande i ett enskilt fall är förenligt med bestämmelserna i konventionen. Det bör emellertid noteras att *praxis i Europadomstolen i princip endast avser i vad mån en tillämpning i enskilda fall utgjort ett brott mot konventionens bestämmelser. Inte minst med hänsyn till den vikt som intresset av yttrandefrihet traditionellt tillmäts i svensk rätt framstår en sådan utgångspunkt som alltför snäv när det gäller att avgöra gränserna för den rent nationella tillämpningen.*
>
> *Dag Victor, tillägg i NJA 2006 s. 467 (flygbladsspridningen)*

Redan *något år efter Greenmålet* fick HD på nytt ta ställning till frågan om tillåtligheten av en begränsning av yttrandefriheten när det gäller uttalanden om gruppen homosexuella. Målet gällde åtal för hets mot folkgrupp mot personer som på en skola spritt flygblad med uttalanden om homosexuella. I motsats till i det tidigare avgörandet fann HD (*majoriteten*) i detta fall ”att en konventionsenlig tillämpning av 16 kap. 8 § BrB tillåter att ansvar utdöms enligt straffbestämmelsen under de i målet aktuella omständigheterna” och de åtalade dömdes således till ansvar. Även om slutsatsen här blev en annan är *domskälen i princip uppbyggda på samma sätt som i det tidigare avgörandet*[54] (vilket knappast är ägnat att förvåna med tanke på att två av de tre justitieråd som ingick i majoriteten deltagit också i det tidigare avgörandet varav en som referent).

Två ledamöter, jag och justitierådet Håstad, var *skiljaktiga* och ville frikänna.[55] Vad som är av särskilt intresse i detta sammanhang är dock

---

[54] Även om man i detta fall inte gör någon uttrycklig prognos över hur Europadomstolen skulle kunna komma att bedöma en fällande dom.

[55] Det kan anmärkas att utformningen av minoritetens votum och tillägg delvis har sin bakgrund i voteringsordningen. Justitierådet Håstad hänvisar i sitt tillägg till mitt tillägg. För detta föreligger naturligtvis inte något hinder. Däremot skulle en motsvarande hänvisning i ett votum till ett votum av mig vara svårförenligt med voteringsordningen (29 kap. 1 § andra stycket RB) eftersom Håstad enligt denna skulle yttra sig före mig.

mer *den annorlunda uppbyggnaden av skälen* än bedömningen i sak. Skillnaden syns redan i minoritetens kortfattade gemensamma vota som i sin helhet hade följande lydelse:

> Med beaktande av det skydd för yttrandefriheten som kommer till uttryck såväl i 2 kap. 1 § första stycket 1 och 12 § andra stycket RF som i artikel 10 Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som sedan den 1 januari 1995 gäller som lag här i Sverige, finner vi att det inte kan anses föreligga tillräckliga skäl för en fällande dom. De tilltalade skall därför frikännas från ansvar.

I motsats till majoriteten som gör fristående prövningar i förhållande till grundlag och konvention gör alltså minoriteten en *samlad prövning i förhållande till yttrandefrihetsintresset.*[56] Tillvägagångssättet utvecklas ytterligare i mitt tillägg och Håstad instämmer i sitt tillägg med vad jag ”anför om hur bestämmelsen i 16 kap. 8 § ska tolkas konformt med RF och Europakonventionen”. Jag ska inte här närmare redovisa för detta. En del viktiga inslag återspeglas i det inledande citatet i detta avsnitt. Förutom att prövningen görs i förhållande till yttrandefrihetsintresset[57] framgår bl.a. att minoriteten (i motsats till majoriteten) ser bestämmelsen om yttrandefrihet i RF som ett *tolkningsunderlag* (grundlagskonform tolkning) för den åberopade straffbestämmelsen (och inte som endast ett underlag för lagprövning) samt att minoriteten (i motsats till majoriteten) utgår från att yttrandefrihetsintresset enligt svensk rätt är av sådan betydelse att skyddet för detta kan antas sträcka sig klart längre än endast till vad som krävs för att undvika en fällande dom av Europadomstolen.

Minoritetens resonemang innehåller (i motsats till majoritetens) väl överväganden i förhållande till vart och ett av de fyra olika steg i vilka Europadomstolen brukar pröva tillåtligheten av yttrandefrihetsinskränkningar men låter *inte en prognos* av hur Europadomstolen skulle bedöma frågan vara avgörande för den egna bedömningen. Om man så vill kan man säga att minoritetens utgångspunkt är att det i tillämpningen bör upprätthållas en ”*säkerhetsmarginal*” i förhållande till konventionen.

---

[56] Jag har i artikeln *Något om domskrivning i högsta instans* i Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008, s. 541 berört frågan om i vad mån ett avgörande har prejudikatsverkan inte bara när det gäller utgången utan också när det gäller den ordning som prövningen skett och, med Greenmålet som exempel, förklarat att någon formell prejudikatverkan enligt min mening inte finns i det senare hänseendet.

[57] I den sammanfattande bedömningen anges ”att det *vid tillämpning av svensk rätt* inte föreligger tillräckliga skäl för att anse att en fällande dom är nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att ge skydd åt homosexuellas goda namn och rykte” och i de föregående övervägandena hänvisas inte endast till bestämmelserna i RF och konventionen utan också återhållsamheten i svensk rätt med bestämmelser till kollektiva enheters goda namn och rykte liksom, ”även om dessa inte är direkt tillämpliga”, till de principer som kommit till uttryck i de s.k. instruktionerna i TF och YGL.

Personerna som fälldes i målet klagade till Europadomstolen och gjorde där gällande att Högsta domstolens dom mot dem innebar en kränkning av deras av artikel 10 skyddade rätt till yttrandefrihet. Europadomstolen tog ställning till deras klagomål i en dom den 9 februari 2012 (målet *Vejdeland* och andra mot Sverige, no 1813/07). Domstolen fann i en enhällig dom att den inskränkning i de klagandes yttrandefrihet som de fällande domarna innebar på vissa angivna grunder *kunde* ”reasonably be regarded by the national authorities as necessary in a democratic society for the protection of the reputation and rights of others” och därför inte innefattade någon kränkning av artikel 10.

Inte mindre än fem av de sju domarna tillfogade dock särskilda yttranden. Enligt dessa var det i två fall ”*with the greatest hesitation*” och i ett fall ”*with some hesitation*” som de röstade för slutsatsen att domarna inte innebar en kränkning av artikel 10. Vad som var av avgörande betydelse för att dessa tre ändå röstade som de gjorde var den i paragraf 56[58] i domen behandlade omständigheten att gärningen ägt rum på en skola.[59]

---

[58] “56. The Court also takes into consideration that the leaflets were left in the lockers of young people who were at an impressionable and sensitive age and who had no possibility to decline to accept them (see, mutatis mutandis, Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, § 52, Series A no. 24). Moreover, the distribution of the leaflets took place at a school which none of the applicants attended and to which they did not have free access.” Detta kan jämföras med HD som i denna del uttalade följande: “Utdelningen av flygbladen har skett i en skola. De tilltalade har inte haft fritt tillträde till lokalerna som kan betecknas som en från politiska eller liknande aktioner från utomstående personer relativt skyddad miljö. Placeringen av flygblad i och på elevskåpen har inneburit att unga personer erhållit dessa utan att själva ha haft tillfälle att ta ställning till om de velat ta emot dem eller inte:”

[59] Jag tillåter mig att här citera något av vad jag sa om denna omständighet i mitt särskilda tillägg: ”Vad åklagaren avsett torde emellertid i första hand vara den omständigheten att de tilltalade berett sig tillträde till skolan utan tillstånd och att aktionen med utdelning av flygblad avbrutits genom att rektorn för skolan avvisat dem från denna. *Såsom målet föreligger till bedömning i HD* är emellertid utredningen i dessa delar mycket knapphändig. *Åtalet har inte heller utformats så att formerna för spridningen av flygbladen innefattar någon självständig grund för detta.* Frågan om det föreligger objektiva förutsättningar för ansvar skall under sådana förhållanden avgöras utan särskilt beaktande av att flygbladen spritts på en skola och riktat sig till eleverna vid denna.” Uttalandet, som kan sägas anknyta till den i artikel 6 skyddade rätten att i detalj underrättas om innebörden av och grunden för en anklagelse för brott, återges på ett inte rättvisande sätt i paragraf 16 i Europadomstolens dom (där det f.ö. felaktigt påstås att minoriteten *funnit att en fällande dom skulle innebära en kränkning av artikel 10* i konventionen). Frågan om, och i så fall hur, formerna för spridandet kan påverka bedömningen berörs också i ett av tilläggen till Europadomstolens dom (judge Spielmann med instämmande av judge Nussberger) på följande sätt: ”*6. Still, I agreed, albeit very reluctantly, to find no violation because the distribution of the leaflets took place at a school which none of the applicants attended and to which they did not have free access (paragraph 56). Admittedly, the “place of distribution” is neither an incriminating factor, part of the actus reus, nor an aggravating circumstance in Swedish law. However, the factual circumstances of the distribution have an impact regarding the scope of the margin of appreciation in a case where, as is rightly pointed out in paragraph 58, the penalties were not excessive or disproportionate.*” Skrivningen, som knappast är rättvisande när det gäller innehållet i svensk rätt, öppnar för att vid bedömningen av det nationella handlingsutrymmet

De fällande domarna i HD fick alltså *godkänt om än med viss tvekan.*[60] Det ska kanske framhållas att godkännandet av majoritetens fällande domar *inte på något sätt innebär att minoritetens frikännanden skulle vara ”fel” utifrån ett konventionsperspektiv.*

Frågan om förhållandet mellan ansvar för hets mot folkgrupp och skyddet för yttrandefriheten aktualiserades på nytt i Högsta domstolen i två avgöranden som är refererade i *NJA 2007 s. 805.* I bägge fallen ogillades åtalen med åtalen med tre röster mot två. I domskälen hänvisar HD såvitt gäller innehållet i och bakgrunden till straffbestämmelsen till *Greenmålet* och *flygbladsspridningen* och anför därefter att vid *tolkningen av brottsbalksbestämmelsen* så måste hänsyn måste tas till grundläggande fri- och rättigheter vilket i det aktuella fallen angavs gälla ”framför allt yttrandefrihetsintresset såsom detta kommit till uttryck i” 2 kap. 13 § RF och artikel 10 i Europakonventionen samt i det andra av de bägge fallen den s.k. instruktionen i YGL. HD övergår därefter till att i ett led göra den prövningen ”med tillämpning av de principer och bedömningar som Europadomstolen utvecklat i sin praxis”.

Konventionen och domstolens praxis används härvid som ett av flera tolkningsunderlag i förhållande till den svenska straffbestämmelsen. Domskälen är alltså närmast uppbyggda enligt det mönster som minoriteten använde i flygbladsspridningen.[61]

Under artikel 10 kan det slutligen finnas skäl att nämna *NJA 2001 s. 409.* Målet gällde åtal enligt *personuppgiftslagen* för publicering av integritetskränkande och andra uppgifter på internet. Frågan var om undantaget i lagen från straffansvar för behandling av personuppgifter ”som skett uteslutande för journalistiska ändamål” var tillämpligt. Målet är speciellt på det sättet att lagregleringen grundade sig på ett EG-direktiv som i sin tur hänvisade till Europakonventionen. Utan att gå närmare in på de särskilda frågor som detta innebar kan konstateras att HD, med stöd av bl.a.

---

enligt konventionen beakta också andra faktorer än sådana som är relevanta för den nationella straffrättsliga bedömningen. Det kan dock knappast antas att HD har gjort någon sådan skillnad.

[60] Att det kan finnas skäl att uttala sig så framgår uttryckligen av paragraf 51 där domstolen framhåller att den europeiska kontrollen omfattar ”*both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court” och paragraf 59 där domstolen uttalar att ”the reasons given by the Supreme Court in justification of those measures were relevant and sufficient*”.

[61] Detta är kanske inte förvånande med tanke på att de ledamöter som utgjorde minoritet i det tidigare avgörandet (Victor och Håstad) nu ingick i majoriteten. Hur minoriteten i de nu aktuella målen sett på tillämpningsfrågans uppbyggnad framgår inte helt klart. Att de i bägge målen talar om en ”*grundlags- och konventionsenlig*” *tolkning (tillämpning)* talar väl närmast för att de i den delen inte haft någon från majoriteten avvikande uppfattning. Det kan dock noteras att justitierådet Ella Nyström som tillhörde minoriteten i detta fall ingick i majoriteten i 2006 års fall. Bägge domarna och dessas förhållande till domarna i Greenmålet och flygbladsspridningen kommenteras av Martin Sunnqvist i artikeln I gränslandet mellan lagprövning och lagtolkning, SvJT 2008 s. 645 och Inger Österdahl i artikeln Har HD hittat en hets-doktrin?, SvJT 2008 s. 706.

artikel 10,[62] fann att undantaget för journalistiska ändamål i personuppgiftslagen inte förutsatte att publicerade uppgifter inte kunde anses utgöra ”angrepp på annans goda namn och rykte” (frågan om straffbarheten av sådana uppgifter skulle i stället prövas med tillämpning av förtalsbestämmelserna). Återigen användes alltså konventionen som tolkningsunderlag.

Artikel 13: Rätten till ett effektivt rättsmedel

> 50. However, as described above (§§ 29–34), the Court recognises that, over recent years, *the Supreme Court has developed case-law* concerning the possibility to claim compensation on the basis of alleged violations of the Convention *which is welcomed. In particular*, the Court wishes to highlight the Supreme Court judgment of December 2009 (*NJA 2009 N 70*) which affirmed that it was now a general principle of law that compensation for Convention violations could be ordered without direct support in Swedish law, to the extent that Sweden has a duty to provide redress to victims of Convention violations through a right to compensation for damages. In the Court's view, this judgment *shifts the Supreme Court's case-law from establishing precedent in specific matters to establishing a general principle* for the domestic courts and the Chancellor of Justice to follow in cases relating to all claims for compensation for alleged violations of the Convention. This view is also supported by the Supreme Court's judgment in June 2010 in which it clarified that the State must provide an effective remedy in accordance with Article 13 of the Convention for alleged breaches of the Convention.
>
> 51. Moreover, the Court notes that this case-law development has been going hand-in-hand with an increase in applications to the Chancellor of Justice requesting compensation for alleged violations under the Convention. Thus, over the last three years, the Chancellor of Justice has dealt with more than 1,000 requests by individuals claiming compensation for alleged breaches of the Convention, including under Articles 2, 5, 6, 7, 8, 10, 11 and 13 of the Convention (see above, § 36). In this respect, the Court observes that both the Supreme Court and the Chancellor of Justice have made frequent use of the Court's case-law when considering the cases before them. Thus, for example, the level of compensation for non-pecuniary damage has been determined, inter alia, with reference to the Court's case-law.
>
> *Europadomstolens dom den 12 april 2012 i målet Eriksson mot Sverige (no. 60437/08)*

I det avgörande som det inledande citatet är hämtat från lämnar Europadomstolen en fyllig redovisning för innehållet i och utvecklingen av HD:s praxis när det gäller rätten till skadestånd utan särskilt lagstöd vid konventionskränkningar.[63]

---

[62] Jfr Päivi Tiilikka, Avvägningen mellan yttrandefriheten och skyddet för privatliv i EMD:s praxis — lotteri eller enhetlig verksmhet?, NTfK 2012 s. 156.

[63] De mål som redovisas är *NJA 2005 s. 462, NJA 2007 s. 295, NJA 2007 s. 584, NJA 2007 s. 891, NJA 2009 N 70 och NJA 2010 s. 363.* Av dessa kanske *NJA 2007 s. 891* (som gällde krav på ersättning vid självmord i ett häkte; se ovan under artikel 2) är *mindre relevant* då frågeställningen där gällde fördragskonform

Frågan om rätten enligt artikel 13 till ett effektivt rättsmedel och behandlingen av den frågan i HD har därutöver behandlats utförligt på andra ställen (se särskilt *SOU 2010:87*) och ska därför inte beröras närmare här. Det ska emellertid betonas att den rätt till skadestånd vid konventionskränkningar som nu föreligger enligt HD:s praxis inte har sin grund i en normkonflikt mellan konventionen och annan svensk rätt. Inte heller är det fråga om en direkt tillämpning av konventionen. Vad som skett är att HD använt den förpliktelse för staten som artikel 13 innefattar till att genom praxis tillskapa en rätt för enskilda att erhålla skadestånd vid konventionskränkningar, dvs. *normutfyllnad*.

Framtiden

> Det finns ett starkt behov av att konventionsstaterna med sina nationella institutioner tar ett reellt ansvar för att konventionen efterlevs, men också att detta sker inom ramen för det gemensamma systemet, inte genom att det gemensamma systemet överges. Spänningar är oundvikliga, men utan ett långsiktigt fungerande samspel mellan den nationella och övernationella nivån hotar bakslag, som någon gång kan bli ödesdigra. Lika viktigt är dock att det gemensamma systemet måste vara funktionsdugligt för att fylla sin roll. Ansvaret är ömsesidigt. Varken Europadomstolen eller konventionsstaterna kan gå vidare som hittills, om ett hållbart rättighetsskydd ska kunna uppnås och bevaras.
>
> *Pauliine Koskelo, Rättsvård i ett multipolart system — samspel, spänningar och utmaningar, JFT 4/2012 s. 298*

Som jag berörde inledningsvis befinner sig Europadomstolen för närvarande i en besvärlig situation främst beroende på den mycket höga och ökande målbalansen. Vid årsskiftet 2011/2012 uppgick antalet oavgjorda mål till drygt 150 000. Det är svårt att inte se Domstolens ”välkomnande” av den svenska skadeståndspraxisen när det gäller kränkningar av konventionen i det perspektivet. Praxisen är något som inte krävs enligt konventionen men som ligger i linje med

---

tolkning av lag och inte ersättning utan lagstöd. Närmare till hands skulle väl varit att nämna *NJA 2009 s. 463* (kommuns skadeståndsansvar) och möjligen också *NJA 2003 s. 414* (hänsyn till konventionskränkning vid påföljdsbestämning i brottmål). Lite förvånande är vidare den betydelse som Europadomstolen fäster vid notisfallet *NJA 2009 N 70*. Vi som deltog i avgörandet (jag var referent) var nog av den uppfattningen att det var något som följde av tidigare rättspraxis att ”*det numera som allmän princip gäller att i den mån Sverige har en förpliktelse att gottgöra överträdelser av Europakonventionen genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse inte kan uppfyllas genom en tillämpning av nationell skadeståndsrätt ens efter en fördragskonform tolkning, så får förpliktelsen uppfyllas genom att skadestånd döms ut utan särskilt lagstöd*”. Hade vi tillmätt avgörandet den betydelse som Europadomstolen gör hade vi självfallet låtit referera avgörandet.

Nämnas ska också att HD dagen innan Europadomstolens dom meddelade två domar (*NJA 2012 s. 211 I och II*) angående statens skadeståndsansvar vid överträdelse av artikel 6.1 i Europakonventionen. I den första av dessa (punkterna 12 och 13) redovisar HD bl.a. för ett tidigare beslut av Europadomstolen den 24 januari 2012 i målet *Eskilsson* mot Sverige (no. 14628/08) som till stora delar överensstämmer med den senare domen.

den *subsidiaritetsprincip* som konventionen vilar på. Som framgår av citatet i inledningen av avsnittet om *Nya faktorer* innebär praxisen att *Europadomstolen i fortsättningen kommer att avvisa klagomål mot Sverige för konventionskränkningar om det inte först i Sverige framställts anspråk på skadestånd för den påstådda kränkningen.*[64] Detta är naturligtvis något som kommer att bidra till att minska Europadomstolens arbetsbörda och detta i så mycket högre grad om andra länder skulle införa en motsvarande ordning.[65]

För svensk del stryker Europadomstolens ställningstagande under konventionskränkningsmålens ställning som en ny, viktig och långtifrån lätthanterlig målkategori. En viktig frågeställning är naturligtvis hur långt som en skadeståndsskyldighet bör anses föreligga. Det ska då noteras att det enligt Europadomstolens praxis finns andra rättsmedel som kan vara tillräckliga och att det också kan förekomma att ett konstaterande av en konventionskränkning i sig innebär tillräcklig gottgörelse. I den av Europadomstolen särskilt harangerade domen i *NJA 2009 N 70* uttrycktes den nytillkommande skadeståndskyldigheten genom orden:

> ”i den mån Sverige har en förpliktelse att gottgöra överträdelser av Europakonventionen genom en rätt till skadestånd och denna förpliktelse inte kan uppfyllas genom en tillämpning av nationell skadeståndsrätt ens efter en fördragskonform tolkning”.

Formuleringen inbjuder närmast till att i tillämpningen lägga sig så nära Europadomstolens praxis som möjligt.

Ser man till de domar från HD som jag tidigare refererat till framstår från den synpunkten Greenmålet som mest förebildlig (”*under sådana omständigheter är det sannolikt att Europadomstolen, vid en prövning … skulle finna*”). Som knappast kunnat undgå någon tycker jag dock för egen del att den domen knappast bör anses förebildlig. Enligt min mening finns det som allmän princip inte bara anledning att hålla en ”*säkerhetsmarginal*” i förhållande till konventionen utan också anledning att tolka svensk rätt inte endast i förhållande till det skydd för ett visst intresse som konventionen ger utan också i förhållande till det skydd för ett sådant intresse som kommit till uttryck på annat sätt.

I och för sig finns det visserligen inte något som hindrar att man i det mål där betydelsen av hänsynen till Europakonventionen aktualiseras använder en annan bedömningsgrund än i ett mål där

---

[64] Undantag från detta gäller bl.a. sådana utlänningsärenden som jag berört under artikel 4.

[65] I den artikel som citeras i inledningen till detta avsnitt uttrycker Pauliine Koskelo i anslutning till domen i målet Eriksson mot Sverige en farhåga för att ett system som det svenska ”*i själva verket” innebär att staten har ”ett val mellan att se till att rättigheten förverkligas eller att ”köpa sig fri” genom att i efterhand ge ut en adekvat ersättning. Ett reellt eget ansvar för rättighetsskyddet fordrar därmed också en reell egen vilja hos konventionsstaterna att inte nöja sig med det senare alternativet*”.

frågan om skadestånd för en konventionskränkning aktualiseras. Det kan dock förefalla märkligt om man i ett mål av det senare slaget finner att exempelvis yttrandefrihetsintresset åsidosatts på ett sätt som inte är förenligt med svensk rätt men samtidigt underkänner ett skadeståndskrav därför att kraven enligt konventionen ”sannolikt” är lägre än enligt svensk rätt.

Frågeställningen har bl.a. nyligen uppmärksammats i en artikel i SvJT av Bertil Bengtsson (*Skadestånd vid brott mot regeringsformen? SvJT 2011 s. 605*) där han ställer frågan om inte överträdelser av regeringsformens rättighetsregler på liknande sätt som överträdelser av Europakonventionen borde kunna grunda skadeståndsansvar utöver vad som framgår av skadeståndslagen. Utan att därför ge ”uttryck för någon särskild entusiasm för den diskuterade reformen” lämnar Bengtsson i artikeln ett förslag till en tänkbar lagregel. Enligt denna skulle skadeståndsskyldighet föreligga för skada som uppkommit till följd av stat eller kommun överträtt någons rättigheter enligt 2 kap. regeringsformen med den begränsningen när det gäller ”ideell skada” att överträdelsen medfört väsentlig personlig olägenhet eller väsentligt lidande. Subsidiärt skulle det föreligga rätt till skadestånd för skada som uppkommit till följd av överträdelse av någons rättigheter enligt Europakonventionen men då utan den nyss nämnda begränsningen men i stället den begränsningen att skadeståndet ”är nödvändigt för att gottgöra överträdelsen av konventionen”. Den bristande entusiasmen motiveras bl.a. med det tveksamma i ”om det finns tillräckliga skäl att komplicera skadeståndsrätten på detta vis”.

En av orsakerna till att en reglering enligt vilken överträdelser av såväl grundlagens som Europakonventionens rättighetsbestämmelser skulle kunna föranleda skadestånd blir komplicerad är att *grundlagens bestämmelser till stor del utformats med konventionens bestämmelser som förebild*. Detta utesluter självfallet inte att bestämmelserna också i den utsträckning som överenstämmelse föreligger kan vara att tolka på olika sätt. Att Europadomstolen funnit att en viss slags inskränkning av en fri- eller rättighet är tillåten enligt konventionen utesluter självfallet inte att den inte anses tillåten enligt en på motsvarande sätt formulerad grundlagsbestämmelse. Också det motsatta förhållandet får anses principiellt möjligt även om det kan göras gällande att Europadomstolens bedömningar av vad som strider mot konventionen är en relevant rättskälla även i förhållande till tolkningen av den svenska grundlagen.[66]

[66] Det bör kanske framhållas att något motsvarande får anses gälla även förhållandet mellan konventionen ”*som sådan*” och ”*som lag här i landet*”. Att Europadomstolen funnit att något inte strider mot konventionen utesluter alltså inte att det kan anses konventionsstridigt när konventionen tillämpas som ”lag här i landet” medan det i den relationen får anses uteslutet att betrakta något som Europadomstolen funnit vara konventionsstridigt som förenligt med konventionen som ”lag här i landet”.

Men om förhållandet mellan grundlag och konvention kan vara komplicerat när bestämmelserna i princip överensstämmer blir det naturligtvis än mer komplicerat där grundlagens reglering avviker från konventionen utan att det därför klart framgår att avsikten är att ge skydd för någon fri- eller rättighet som inte skyddas av konventionen (t.ex. skyddet för den s.k. negativa opinionsfriheten i 2 kap. 2 § RF eller mot vissa intrång i den personliga integriteten i 2 kap. 6 § RF).[67]

En del av problematiken kan illustreras med den dom som HD nyligen meddelade i det s.k. *Mangamålet* (*NJA 2012 s. 400*). Målet gällde ett åtal för *barnpornografibrott* (16 kap. 10 a § BrB) för innehav av teckningar med påstående att teckningarna utgjorde pornografiska bilder av barn i straffbestämmelsens mening.

I domskälen lämnar HD inledningsvis viss information om straffbestämmelsen och motiven till denna samt om de aktuella teckningarnas utformning. Under rubriken *Bedömning utifrån straffbestämmelsen* finner HD därefter sammanfattningsvis (punkt 12) att ”avgränsningen av straffbestämmelsens tillämpningsområde [kan] anses oklar i förhållande till de nu aktuella 38 teckningarna” och tillägger att ”[t]olkningen av straffbestämmelsen måste då i ett fall som detta ske även med beaktande av *grundläggande principer om yttrandefrihet och informationsfrihet*”.[68] Beträffande den senare tolkningsoperationen säger HD (punkt 13) att prövningen

> ”av om det skulle innebära en otillåten begränsning i yttrandefriheten och informationsfriheten att fälla S.L. för innehav av de aktuella 38 teckningarna bör *i första hand göras enligt regeringsformen*”.

---

[67] När konventionen inkorporerades som svensk lag sas i motiven (prop. 1993/94:117 s. 36 att ”regler om mänskliga fri- och rättigheter visserligen [är] av sådan vikt att de har sin naturliga plats i en grundlag. I Sverige finns dock redan en omfattande reglering av fri- och rättigheter, inspirerad av Europakonventionen, i 2 kap. regeringsformen. Regeringen anser … att det bör undvikas att en inkorporering på grundlagsnivå medför en dubbelreglering på samma konstitutionella nivå av vissa rättigheter och av hur dessa får inskränkas.” När det gäller den ”dubbelreglering” på olika nivåer som i stället kom att införas sas (s. 37) att ”någon risk för en konflikt mellan Europakonventionens bestämmelser och föreskrifterna i 2 kap. regeringsformen inte gärna kan uppstå. I den mån de två regelsystemen inte ger samma skydd kommer den regel som går längst bli den som avgör hur långt skyddet för fri- och rättigheterna sträcker sig. Med andra ord kompletterar regelsystemen varandra.”

[68] Skrivningen kan framstå som förvånande med hänsyn till att grundläggande principer om yttrandefrihet och informationsfrihet rimligtvis ska beaktas vid tolkningen av straffbestämmelser även om ”*avgränsningen av straffbestämmelsens tillämpningsområde*” (utan ett beaktande av de aktuella principerna) skulle vara klar (jfr majoritetens resonemangsmodell i Greenmålet — ”*enligt den innebörd … som kommit till uttryck i motiven får uttalandena därför anses …*”). Förklaringen synes vara att den aktuella tillämpningsfrågan enligt HD rent praktiskt endast gör sig gällande i förhållande till de 38 teckningar som föreställer ”*fantasifigurer*” och inte till den ytterligare åtalade teckning där ”*barnet på bilden har drag som framstår som verkliga*”.

HD genomför därefter en sådan prövning som mynnar ut (punkt 24) i att straffbestämmelsen vid ”en tolkning i överensstämmelse med regeringsformen” inte kan anses omfatta innehav av de aktuella teckningarna. Med den utgångspunkten förklarar HD (punkt 25) att det inte finns ”någon anledning att undersöka i vad mån det skulle komma i konflikt med Europakonventionen att straffbelägga sådana teckningar”.

Domskälen *överensstämmer till sin uppbyggnad i flera hänseenden med domskälen i Greenmålet.* Liksom i det målet utgår HD från straffbestämmelsen som denna beskrivits i lagmotiven. I bägge fallen övergår HD därefter till en prövning enligt regeringsformen för att först därefter gå över till betydelsen av Europakonventionen. Det finns dock *också klara skillnader.*

En är att när HD gör sin prövning gentemot regeringsformen i Greenmålet görs den endast från ett normkonfliktperspektiv (*lagprövning*) medan HD i Mangamålet inte alls berör det perspektivet utan endast behandlar regeringsformen som ett tolkningsunderlag (*grundlagskonform tolkning*). Skillnaden kan möjligen förklaras av de olika utfallen av den inledande tolkningen utifrån endast lagtext och motiv (*klart utfall i Green, oklart i Manga*). Det skulle dock inte ha skadat om HD hade försökt att vara tydligare i den här delen av domskälen i Mangamålet, särskilt som många med mig torde ha svårt att se att lagtext och förarbeten i Greenmålet på ett klart tydligare sätt talade för en fällande dom än vad som var fallet i Mangamålet. Det skulle exempelvis ha varit av värde om HD på något sätt belyst frågan i vilken mån *avskaffandet av uppenbarhetsrekvisitet* vid lagprövning kunde få betydelse vid prövningar av det aktuella slaget även om det, som skälen byggts upp, i det aktuella fallet inte förefaller ha påverkat prövningen.

En annan skillnad mot Greenmålet är att HD på ett tydligt sätt *genomför prövningen enligt regeringsformen i fyra steg som motsvarar de som Europadomstolen regelmässigt brukar pröva motsvarande frågor enligt konventionen.* Det kan mot den bakgrunden vara ägnat att förvåna att HD inte gör en samtidig prövning enligt regeringsform och konvention (*grundlags- och fördragskonform tolkning*) då bestämmelserna till så stor del överensstämmer medan det finns en betydligt rikare praxis när det gäller konventionen och starka skäl talar för att inte endast vanlig lag utan också grundlag bör tolkas fördragskonformt.

De *två första stegen* gäller om en fällande dom skulle *innebära en inskränkning av yttrandefriheten* och om det finns *lagstöd* för en sådan. I dessa hänseenden föreligger inte någon skillnad mellan regeringsform och konvention och det är svårt att förstå varför man skulle försöka upprätthålla någon sådan.

Det *tredje steget* gäller om det finns *något sådant ändamål för en begränsning som gör att en sådan kan vara tillåten.* Här skiljer sig däremot

regeringsform och konvention. Medan det i *konventionen ges en uttömmande uppräkning* av tillåtna ändamål kompletteras regeringsformens motsvarande uppräkning med ett utrymme för begränsning ”i övrigt … om särskilt viktiga skäl föranleder det ”. När HD finner att det finns tillåtna skäl för en begränsning är det till att det ”*utan tvivel*” finns sådana ”*särskilt viktiga skäl*” som man hänvisar. De skäl som avses är att ”*skydda barn och unga*”. Nog hade det varit av värde om HD hade tagit ställning till i vad mån detta skäl också kan anses falla under något av dem som är tillåtna enligt konventionen.

Det *fjärde steget* avser enligt HD om begränsningen går *utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den* (eller om den sträcker sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar). HD finner i den delen att en kriminalisering skulle gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som föranlett den. Europadomstolens motsvarande prövning brukar anges avse om ”inskränkningen varit nödvändig i ett demokratiskt samhälle”.

Även i denna del kan man nog tycka att det hade varit av värde om HD behandlat frågan i vad mån regeringsformen och konventionen bör uppfattas och tolkas på olika sätt (vilket bl.a. innefattar frågan om i vilken utsträckning Europadomstolens praxis är av betydelse för tolkningen av grundlagen).

En sak kan man under alla förhållanden vara säker på. Mangadomen kommer inte att vara sista ordet när det gäller på vilket sätt de fri- och rättigheter som skyddas av Europakonventionen bör beaktas i domstolarnas verksamhet. Själv tycker jag kanske att konventionen *mindre bör ses som en potentiell källa till normkonflikter än som ett stöd för en rättstillämpning som präglas av omsorg om sådana värden som konventionen skyddar men som har giltighet och bör beaktas även helt oberoende av denna.* Det innebär också att den nivå som Europadomstolen kräver för att förfaranden inte ska stå i strid med konventionen sällan är den nivå som bör ställas upp som mål för den respekt som fri- och rättigheterna ska tillmätas på nationell nivå. *Ambitionerna bör vara högre.* Det finns goda skäl att hålla ett respektavstånd, en säkerhetsmarginal, i förhållande till den gräns för konventionsbrott som Europadomstolen bevakar.