

# OLOVLIG FOTOGRAFERING - STRAFFRÄTTSLIGA TANKAR KRING ETT NYTT LAGFÖRSLAG

Av Anders Öhlin<sup>1</sup>

*I januari 2008 presenterade Integritetsskyddskommittén sitt slutbetänkande, SOU 2008:3 Skyddet för den personliga integriteten. I betänkandet berörs flera viktiga frågor om skyddet för den personliga integriteten. Förevarande artikel är inriktad på kommitténs förslag till kriminalisering av olovlig fotografering. Förslaget avser att täcka den ”lucka i lagen” som uppmärksammas genom flertalet rättsfall den senaste tiden där djupt integritetskränkande gärningar inte ansetts straffbara. Artikelförfattaren är kritisk mot utformandet av lagförslaget. Kritiken bottnar främst i att den tänkta kriminaliseringen ”slår fel” i det avseendet att den dels är för omfattande, dels inte ens når upp till det krav på skydd som erfordras enligt Europakonventionen. En alternativ lösning – som på ett bättre sätt kan uppfylla Europakonventionens krav – diskuteras i artikeln.*

## 1. INLEDNING

I april 2004 bemyndigade regeringen chefen för Justitiedepartementet att tillkalla en kommitté med uppdrag att (i) kartlägga och analysera sådan lagstiftning som rör den personliga integriteten, (ii) överväga om regeringsformens bestämmelse om skyddet för den personliga integriteten behöver ändras, samt (iii) överväga om det, vid sidan av befintlig lagstiftning, behövs generellt tillämpliga bestämmelser till skydd för den personliga integriteten.<sup>2</sup> Kommittén antog senare namnet Integritetsskyddskommittén och överlämnade i januari 2008 sitt slutbetänkande, SOU 2008:3. I betänkandet föreslår kommittén bl.a. att en ny bestämmelse om olovlig fotografering ska införas i brottsbalkens fjärde kapitel. Kriminaliseringen ska i princip göra det förbjudet att olovligen fotografera eller filma personer som befinner sig på platser dit allmänheten inte har insyn. Den föreslagna kriminaliseringen har följande lydelse:

4 kap. 6a § Den som olovligen fotograferar någon som befinner sig på en plats dit allmänheten inte har insyn döms, om inte gärningen med hänsyn till omständigheterna var

<sup>1</sup> Jur. stud. vid Uppsala universitet.

<sup>2</sup> Dir 2004:51.

försvarlig, för *olovlig fotografering* till böter eller fängelse i högst två år.<sup>3</sup>

Avsikten med denna artikel är att granska kommitténs förslag till kriminalisering. Härvid är syftet att bedöma kriminaliseringens omfattning och bedöma om förslaget är väl avgränsat i förhållande till sitt ändamål (att skydda den enskildes integritet). För att avgöra detta kommer bl.a. Europakonventionens<sup>4</sup> krav att behandlas. Redan här kan förutskickas att förslaget enligt min mening har stora brister. En huvudfråga blir därmed att avgöra huruvida den straffbara gärningen på ett bättre sätt kan knytas till den skada som straffbudet avser att förhindra, eller om en sådan avgränsning är omöjlig att göra vid delikt som avser att skydda abstrakta värden såsom personlig integritet.

## 2. KORT OM KRIMINALISERING M.M.

För att kunna avgöra huruvida kommitténs lagförslag är rimligt bör något kort sägas om kriminalisering som företeelse. Avsnittet syftar även till att klargöra viss terminologi som kommer att användas i det följande.

Kriminalisering, dvs. att belägga vissa handlingar med straff, kan beskrivas som ett försök till formell social kontroll. Försöket består av att förmå samhällsmedborgare att avstå från handlingar som värderas negativt. Straffhotet fungerar därvid som ett handlingsskäl för medborgarna.<sup>5</sup> Syftet med denna kontroll är att skydda något som värderas positivt; ett intresse eller ett värde. Dessa värden/intressen brukar inom doktrinen benämnas som straffbudets *skyddsintresse* eller *skyddsobjekt*.<sup>6</sup> Exempel på skyddsintressen är liv, hälsa, frihet och äganderätt. Innehavaren (bäraren) av ett skyddsintresse brukar benämnas som straffbudets *angrepps-* eller *gärningsobjekt*.<sup>7</sup> En levande person är exempelvis bärare av flertalet skyddsintressen såsom liv och ära.

---

3 SOU 2008:3 s. 32: Skyddet för den personliga integriteten.

4 Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (härefter även "konventionen" eller EKMR). Konventionen är sedan 1995 inkorporerad i svensk lag, se SFS 1994:1219. Se även 2 kap. 23 § RF.

5 Jareborg, Nils, Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 46 f.

6 Jareborg, s. 51. Se även Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne, Straffansvar, 7 uppl., Stockholm 2004, s. 50, vars definition lyder: "det i förarbetena mer eller mindre klart angivna abstrakta intresse som man avser att skydda genom straffhotet".

7 Jareborg, Allmän kriminalrätt s. 51.

En handling som kränker ett visst skyddsintresse kan beskrivas som *straffvärd* i det avseendet att den är icke-önskvärd, och att det finns goda skäl att belägga den med straff.<sup>8</sup> Alla handlingar som kränker ett skyddsintresse bör dock inte kriminaliseras eftersom medborgarnas handlingsfrihet därmed skulle inskränkas mer än nödvändigt.<sup>9</sup> Handlingar med ringa eller inget straffvärde bör således inte kriminaliseras. I andra termer kan man uppställa ett krav på *skada* för kriminalisering. Med skada avses då ett intrång i skyddsintresset av viss kvalitativ grad (vid personliga skyddsintressen krävs exempelvis ett större intrång än blott obehag).<sup>10</sup>

Vad som ovan anförts kan sammanfattas med att det för kriminalisering krävs åtminstone två *nödvändiga förutsättningar*; dels ett skyddsintresse av vikt, dels en handling som utgör ett hot mot eller en kränkning av detta intresse och som kan beskrivas i termer av skada.

### 3. PERSONLIG INTEGRITET SOM SKYDDSINTRESSE

Med anledning av kommitténs direktiv (se ovan) och kommitténs antagna namn (Integritetsskyddskommittén) torde det inte råda någon större tvekan om vilket intresse som kommittén avser att skydda.<sup>11</sup> Innebörden av begreppet ”personlig integritet” är dock mindre klart och har varit föremål för diskussion i årtionden.

Oftast har skyddet för den personliga integriteten beskrivits som en negativ rättighet (en rätt för individen att bli lämnad i fred) och mera sällan som en positiv rättighet (en rätt till handlingsfrihet). Flertalet utredningar har sålunda konstaterat att skyddet för integriteten är ett skydd mot ingrepp i den

---

8 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 52. Jfr även 29 kap. 1 § 2 st. BrB.

9 På samma sätt bör inte alla intressen som värderas positivt (skyddsintresse) skyddas genom kriminalisering, utan de måste begränsas till att avse de mest centrala värdena, jfr 2 kap. RF och Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 51 och 53.

10 Jfr Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 53 och 180. Jfr även Lernestedt, Claes, Kriminalisering – problem och principer, Uppsala 2003, s. 180.

11 Dock blir man lite konfunderad då kommittén skriver att straffbudets skyddsobjekt är ”identifierbara personer”, se SOU 2008:3 s. 304. Använder man den terminologi som bl.a. Jareborg använder (se ovan) torde ”identifierbar person” avse straffbudets angrepps- eller gärningsobjekt och inte dess skyddsintresse/objekt.

”privata sfären”.<sup>12</sup> Andra har försökt att definiera begreppet genom att skilja mellan den rumsliga integriteten (hemfriden), den materiella integriteten (egendomsskyddet), den kroppsliga integriteten (skydd för liv och hälsa), den personliga integriteten i fysisk mening (skyddet för den personliga friheten och rörelsefriheten) och den personliga integriteten i ideell mening (skyddet för privatlivet och för personligheten).<sup>13</sup> Andra har sökt en definition av begreppet genom att försöka bestämma vad som faktiskt kan anses utgöra en kränkning av integriteten istället för att definiera begreppet i sig. Stig Strömholm har i detta avseende delat in kränkningarna i tre huvudgrupper: (i) intrång i en persons privata sfär, oavsett om det sker i fysisk eller annan mening; (ii) insamlande av uppgifter om en persons privata förhållanden; och (iii) offentliggörande eller annan användning av uppgifter om en persons privata förhållanden.<sup>14</sup>

Europadomstolen har på liknande sätt undvikit att ge någon klar definition av vad som kan inrymmas under rätten till privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen. I *Niemietz mot Tyskland* (dom den 16 december 1992) uttalade domstolen att det varken var möjligt eller nödvändigt att försöka att ge en uttömmande definition om vad skyddet för privatlivet innebär.<sup>15</sup> Domstolen har dock tolkat artikel 8 extensivt och fastslagit att rätten till privatliv bl.a. innefattar ett skydd för individens personliga integritet.<sup>16</sup> Vad detta skydd *egentligen* innefattar kan dock endast bestämmas från fall till fall. Praxis spelar därmed en stor roll (se mer nedan).

## 4. BEHOVET AV NY LAGSTIFTNING

### 4.1 RÄTTSPRAXIS

Högsta domstolen har vid ett flertal tillfällen fastslagit att det i svensk rätt inte finns något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera en enskild person,

---

12 Se bl.a. SOU 2002:18 s. 52 f. där Integritetsutredningen fastslår att: ”begreppet personlig integritet innebär att alla människor har rätt till en personlig sfär där ett oönskat intrång, såväl fysiskt som psykiskt, kan avvisas”.

13 Se SOU 1984:54 s. 42.

14 Stig Strömholm, Integritetsskyddet - Ett försök till internationell lägesbestämning, SvJT 1971 s. 695 på s. 698.

15 Punkt 29 i domskälen.

16 Se *Pretty mot Förenade Konungariket* (dom den 29 april 2002) punkt 61 med vidare hänvisningar.

trots att ett sådant förfarande i vissa fall kan vara djupt integritetskränkande.<sup>17</sup> Det finns dock exempel från rättspraxis där den tilltalade blivit dömd för gärningar som företagits i anslutning till fotograferingen,<sup>18</sup> och man kan även hitta (extraordinära) exempel där den tilltalade möjligen hade kunnat dömas till ansvar om åtalet hade utformats på ett annorlunda sätt.<sup>19</sup> Rättspraxis är dock entydig och klar: att filma eller fotografera en person utan dennes samtycke är – enligt gällande rätt – inte förbjudet. Högsta domstolen har även uttalat kritik mot avsaknaden av ett straffstadgande, och ställt sig frågandes till om nuvarande lagstiftning är förenlig med Europakonventionen.<sup>20</sup> Detta diskuteras i följande avsnitt.

#### 4.2 EUROPAKONVENTIONENS KRAV

Europadomstolen har vid ett antal tillfällen haft anledning att bedöma huruvida den enskildes respekt för sitt privat- och familjeliv, såsom den garanteras i Europakonventionens artikel 8, blivit kränkt på grund av fotografering.<sup>21</sup> Europadomstolen har även vid ett flertal tillfällen fastslagit att konventionsstaterna inte bara har en negativ skyldighet (att *inte* handla på ett visst sätt), utan att de även har en positiv skyldighet att se till att individers rättigheter enligt konventionen skyddas, även i förhållandet mellan enskilda.<sup>22</sup> En stats underlåtenhet att vidta åtgärder för att skydda enskilda mot övergrepp – från andra enskilda – kan således utgöra ett brott mot konventionen. Av artikel 13 framgår vidare att var och en, vars i konventionens angivna fri-

---

17 Se NJA 1992 s. 594, NJA 1996 s. 418 och NJA 2008 s. 946.

18 Se exempelvis NJA 1992 s. 594 där den tilltalade dömdes för grovt förtal eftersom han, genom att ha visat filmen för andra, lämnat uppgifter om kvinnan som ansetts ägnade att utsätta henne för andras missaktning.

19 Se Svea hovrätts dom den 16 oktober 2007 i mål B 1831-06 (s. 4 i domskälen) där hovrätten explicit framför att ett åtal om försök till barnpornografibrott möjligen hade kunnat leda till en fällande dom.

20 Se exempelvis NJA 2008 s. 946.

21 Se exempelvis Caroline von Hannover mot Tyskland (dom den 24 juni 2004), Verliere mot Schweiz (beslut den 28 juni 2001) och Peck mot Förenade Konungariket (dom den 28 januari 2003); målen refereras nedan.

22 Angående artikel 8, se Caroline von Hannover mot Tyskland (dom den 24 juni 2004) punkt 57 med vidare hänvisningar.

och rättigheter har kränkts, skall ha tillgång till ett *effektivt rättsmedel* inför en nationell myndighet.<sup>23</sup>

För att besvara frågan om Sverige, på grund av sitt konventionsåtagande, är tvungen att kriminalisera fotografering utan samtycke, måste följaktligen två frågor besvaras jakande. För det första måste fotograferingen anses utgöra en kränkning av konventionen, och för det andra måste lindrigare åtgärder än kriminalisering (såsom rätt till skadestånd) anses vara otillräckliga. Svaren på frågorna kan endast hämtas från Europadomstolens praxis.

I *Caroline von Hannover mot Tyskland* (dom den 24 juni 2004) hade prinsessan Caroline under en längre tid sökt förhindra (vidare) publicering av vissa fotografier i den tyska (skvaller)pressen. Fotografierna var tagna av s.k. paparazzis och visade Caroline i privata situationer, dock i offentlig miljö. De tyska domstolarna hade därvid gjort en avvägning mellan å ena sidan Carolines rätt till privatliv (artikel 8) och å andra sidan den tyska pressens rätt till yttrandefrihet (artikel 10). Europadomstolen fann, till skillnad från de tyska domstolarna, att avvägningen mellan dessa två intressen borde ha vägt över till Carolines fördel, och fällde Tyskland för att de inte uppnått rätt balans ("fair balance") i sin bedömning.<sup>24</sup> Rättsfrågan i detta fall var således inte om själva *anskaffandet* inneburit en kränkning av konventionen, utan huruvida *publiceringen* av fotografierna inneburit en kränkning av konventionen.

I ett annat rättsfall, *Verliere mot Schweiz* (beslut den 28 juni 2001), hade ett försäkringsbolag smygfilmatiserat en försäkringstagare på offentlig plats i syfte att bevisa att försäkringstagaren inte var berättigad ersättning. Europadomstolen konstaterade till en början att den schweiziska lagstiftningen innefattade såväl civilrättsliga som straffrättsliga möjligheter till skydd för den enskildes personliga integritet, och att de schweiziska domstolarna gjort en noggrann och korrekt avvägning mellan försäkringsgivarens och försäkringstagarens konkurrerande intressen. Mot bakgrund av detta konstaterade domstolen att Schweiz levde upp till sina konventionsåtaganden och att det inte förelåg någon kränkning av artikel 8.

23 Artikel 8 och artikel 13 överlappar således delvis varandra genom att de föreskriver staten en positiv förpliktelse. Förpliktelsen i artikel 13 är dock främst av processrättslig natur, se Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, 4 uppl., Uppsala 2002, s. 126 ff.

24 Se punkterna 79–80 i domskälen.

Att fotografera någon utan dennes samtycke behöver således inte *i sig* innebära en kränkning av konventionen, utan en samlad bedömning måste ske i varje enskilt fall där olika intressen vägs mot varandra. Vid bedömningen av själva fotograferingen (graden av kränkning) är det enligt min uppfattning främst fyra faktorer ("rekvisit") som Europadomstolen beaktar, nämligen: (i) fotograferingens syfte, där ett legitimt syfte (jfr Verliere) kan rättfärdiga ett större integritetsintrång än exempelvis ett rent kommersiellt syfte (jfr von Hannover); (ii) var den fotograferade befinner sig (offentlig eller icke-offentlig miljö); (iii) om fotografierna spridits (jfr von Hannover); och (iv) vad som faktiskt upptagits genom fotograferingen. För att illustrera den fjärde faktorn kan målet *Peck mot Förenade Konungariket* (dom den 28 januari 2003) nämnas. I målet hade den klagande försökt att begå självmord på en kameraövervakad offentlig plats. I syfte att illustrera nyttan med övervakningskameror hade händelsen visats i tv. Domstolen fann att övervakningen, och spridandet, tjänade ett legitimt syfte (allmän säkerhet etc.) men att bilderna var av sådan privat karaktär att en kränkning ändå förelåg.<sup>25</sup>

När det gäller den andra frågan (vilka åtgärder som krävs av staten) har Europadomstolen uttalat att det finns olika sätt att skydda rätten till privatliv, och att det är upp till varje konventionsstat att avgöra hur det skall ske (det faller under staternas "margin of appreciation").<sup>26</sup> I vissa fall kan det således vara tillräckligt med ett civilrättsligt skydd (skadestånd), medan det i andra fall kan krävas en kriminalisering.<sup>27</sup> Avgörande för valet av skydd är att åtgärden står i proportion till det intresse som skall skyddas.<sup>28</sup> Följaktligen bör allvarliga kränkningar av artikel 8 beivras genom ett straffstadgande medan ett sanktionsstadgande kan anses vara tillräckligt vid mindre allvarligare kränkningar.

---

25 Se punkterna 67 och 87 i domskälen.

26 X och Y mot Nederländerna (dom den 26 mars 1985) punkt 24.

27 Såsom den svenska skadeståndslagen är utformad idag krävs det dock att brott har förövats för att kunna utkräva ideellt skadestånd, se 2 kap. 3 § skadeståndslagen. Högsta domstolen har även, med anledning av legalitetsprincipen, förklarat att en enskild (A) inte kan åläggas att betala skadestånd till en annan enskild (B), om A kränkt B:s rättigheter enligt artikel 8, se NJA 2007 s. 747. I dessa fall torde dock den enskilde (B) kunna utkräva skadestånd av staten för dennes underlåtenhet att skydda den enskildes rättigheter såsom de garanteras i artikel 8. Skadeståndet torde i sådant fall baseras på artikel 13 (i förening med artikel 8), se Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna, SvJT 2006 s. 553 på s. 563.

28 Se X och Y mot Nederländerna (dom den 26 mars 1985) punkt 24.

Avslutningsvis bör nämnas att det krav som Europakonventionen ställer på konventionsstaterna endast utgör en nedre gräns (minimikrav) och att staterna naturligtvis har möjlighet att överskrida denna gräns (dvs. erbjuda ett starkare skydd). Försiktighet är dock påkallad eftersom ett alltför starkt skydd kan komma att inskränka andra rättigheter.<sup>29</sup> (Ett totalförbud mot fotografering skulle exempelvis utgöra en oproportionell inskränkning av informationsfriheten i 2 kap. 1 § RF.)

Av det ovan anförda kan sammanfattningsvis konstateras att olovlig fotografering i vissa fall kan utgöra en kränkning av artikel 8, och att staterna är skyldiga att (försöka) förhindra sådana kränkningar. Den totala avsaknaden av ett förbud mot olovlig fotografering i svensk lagstiftning,<sup>30</sup> torde därmed innebära att svensk rätt *inte* uppfyller det minimikrav som Europakonventionen uppställer. Behovet av ett starkare rättsligt skydd mot kränkningar är därmed tydligt.

## 5. KOMMITTÉNS FÖRSLAG

### 5.1 INLEDNING<sup>31</sup>

Enligt kommitténs förslag består den straffbelagda gärningen av att någon olovligen fotograferar eller filmar annan som befinner sig på en plats dit allmänheten inte har insyn. Fotograferingen är dock inte straffbelagd om den med hänsyn till omständigheterna var försvarlig. För personligt ansvar fordras uppsåt.<sup>32</sup>

---

29 Jfr SOU 2006:96 del 2 s. 351 f., där docent (nu professor) Thomas Bull beskriver situationen som det "europarättsliga dilemmat" ("hur man än gör, så gör man fel").

30 Här bortses från fotograferingsförbudet i 5 kap. 9 § RB och reglerna i lagen (1998:150) om allmän kameraövervakning.

31 Följande diskussion kräver att systematiken i brottsbegreppet klargörs. Brottsbegreppet består av två huvudelement: otillåten gärning och personligt ansvar. För att en otillåten gärning skall vara begången fordras att alla rekvisit i den aktuella brottsbeskrivningen är uppfyllda, att gärningskontroll/gärningsculpa föreligger, att gärningen strider mot svensk lag, samt att gärningen är rättsstridig (dvs. någon undantagsregel som gör gärningen tillåten får ej föreligga, exempelvis nödvärn). För personligt ansvar fordras uppsåt (eller oaktsamhet om det särskilt stadgas), samt att någon ursäktande omständighet (exempelvis straffrättsvillfarelse) inte föreligger. Brott kan sålunda endast konstateras om bägge dessa huvudelement är uppfyllda. Se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 33–39.

32 SOU 2008:3 s. 312.



Lagförslaget är sålunda kasuistiskt till sin utformning. Istället för att straffbelägga fotografering som innebär en kränkning av den enskildes integritet, har kommittén valt att straffbelägga *vissa* handlingar som *kan* kränka den enskildes integritet. Eller annorlunda uttryckt: kommittén har skapat ett beteendedelikt och inte ett effektdelikt.<sup>33</sup> Detta val, menar jag, skapar vissa problem som ska belysas i det följande.

## 5.2 KRITIK

Att kriminalisera ett beteende (t.ex. fotografering) och inte ett beteende som orsakar en effekt (t.ex. kränkande fotografering) är vanligt förekommande och medför inga problem så länge det föreligger ett *starkt kausalsamband mellan effekten och handlingen*. I sådana fall är det s.a.s. uppenbart att gärningen även innebär en skada. Som exempel kan nämnas våldtäkt (6 kap. 1 § BrB). Vid andra beteendedelikt – t.ex. vårdslöshet i trafik (1 § lagen (1951:649) om straff för vissa trafikbrott) – där sambandet mellan handlingen och effekten inte är lika stark, kan kriminaliseringen ändå rättfärdigas på grund av att handlingen i sig är straffvärd, oberoende av om skada skett (handlingen kan t.ex. orsaka fara för skada).<sup>34</sup> Men i de fall en kriminalisering enbart avser en handling, och något starkt samband mellan handlingen och effekten inte föreligger, eller då handlingen i sig inte är straffvärd, uppstår problem. I dessa fall är risken nämligen stor att icke-straffvärda handlingar kriminaliseras. Risken är även stor att kriminaliseringen blir ineffektiv i den meningen att handlingar som faktiskt innebär skada (straffvärda handlingar) inte kriminaliseras (se mer nedan).

Vid bedömningen av kommitténs förslag kan alltså två alternativa förutsättningar utformas. Antingen skall den straffbelagda gärningen vara så starkt förknippad med skadan att någon effekt inte behöver urskiljas eller så skall handlingen i sig, oberoende av effekten, vara straffvärd. På grund av skäl som utvecklas nedan uppfyller kommitténs förslag enligt min mening inte någon utav förutsättningarna.

33 Medveten om vanskligheten med att försöka dela in straffbud i olika delikt, avser jag att ej använda termerna i någon större utsträckning. I de fall begreppen ändå används fordras en definition. Beteendedelikt avser straffbud vars straffbelagda gärning blott kräver en viss handling eller underlåtenhet, medan effektdelikt även kräver en viss följd (effekt) av handlingen eller underlåtenheten, se Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 129.

34 Jfr Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 37 f.

Fotografering utan samtycke på en plats dit allmänheten inte har insyn kan onekligen vara integritetskränkande, men gärningen kan också innefatta mycket vardagsnära situationer som ej kan anses utgöra någon större kränkning (detta torde inte kräva någon exemplifiering). Straffbudet omfattar således handlingar som inte är straffvärda. Detta har kommittén försökt att undvika genom att från straffansvar undanta gärningar som med hänsyn till omständigheterna var försvarliga. Kommittén hänvisar dock i denna del till fall då fotografen har ett berättigat intresse, såsom att avslöja brott.<sup>35</sup> Försvarlighetsbedömningen synes således inte (i vart fall inte primärt) avse fall där gärningen blott är mindre straffvärd utan där anskaffaren har ett konkurrerande intresse (jfr ovan om EKMR). Även om försvarlighetsrekvisitet skulle fånga upp alla icke-straffvärda handlingar anser jag att straffbudet är felkonstruerat; en kriminalisering ska nämligen inte behöva rättfärdigas genom otydliga undantagsregler!

Ovan antydde att ett straffbud, som inte har ett starkt samband mellan handlingen och effekten, kan bli ineffektiv genom att den inte straffbelägger straffvärda handlingar. Detta visar sig genom kommitténs förslag ur främst två avseenden. Eftersom kommittén inte har valt att knyta den brottsliga gärningen till effekten (skadan) har den varit tvungen att avgränsa det straffbara området på annat sätt. Härvid utgör kravet på att fotograferingen skall ha skett på en plats "dit allmänheten inte har insyn" den största avgränsningen. Fotografering på dessa platser täcker naturligtvis många integritetskänsliga situationer, dock innebär det även att vissa kränkande handlingar inte täcks eftersom de företas på "fel plats". Det torde exempelvis inte innebära några större svårigheter att konstruera exempel på integritetskränkande fotografering som sker på platser dit allmänheten *har* insyn. Kommittén anför själva följande exempel när den diskuterar huruvida enbart dold eller öppen fotografering skall vara straffbart: "[s]ituationen kan exempelvis vara den att några personer förmått en flicka att visa bröstet varefter en tredje person som råkar bli vittne till händelsen passar på att fullt synligt för flickan, men utan att vara påträngande, ta ett foto av henne."<sup>36</sup> Denna situation skulle enligt min uppfattning mycket väl kunna utspela sig på exempelvis en skolgård, varav flickan i detta fall inte skulle erbjudas något straffrättsligt skydd. Mot bakgrund av den ovan anförda diskussionen om skyddet enligt artikel 8 i Europakonventionen kan det starkt ifrågasättas om en dylik situation inte kräver ett straffrättsligt skydd.

---

35 SOU 2008:3 s. 309.

36 SOU 2008:3 s. 305.

Ett annat avseende som gör straffbudet ineffektivt, på grund av att brottet inte är knutet till själva kränkningen, är fall då samtycke visserligen föreligger för själva fotograferingen men inte för efterföljande spridning. Låt oss exempelvis antaga att någon samtycker till att fotograferas i en intim situation med löfte om att bilderna inte skall spridas till tredje man. Antag vidare att osämja sedan uppstår mellan fotografen och den fotograferade varpå fotografen sprider bilderna på internet i rent hämndmotiv.<sup>37</sup> Tvivelsutan föreligger här en grov integritetskränkning som inte täcks av kommitténs förslag.<sup>38</sup>

### 5.3 EN ALTERNATIV LÖSNING

Med anledning av den ovan anförda kritiken skall jag i det följande diskutera huruvida det är möjligt att utforma ett straffbud som är närmare knutet till sitt skyddsintresse. Avsikten är därmed att skapa ett mera ändamålsenligt straffbud som även kan uppfylla Europakonventionens krav.

Ett alternativ vore att för straffrättsligt ansvar kräva att den fotograferade blivit kränkt.<sup>39</sup> Därmed skulle endast fotografering som innebär en (allvarlig) kränkning av den fotograferades integritet omfattas av bestämmelsen. Fördelen med en sådan lösning är att avståndet minskar mellan den straffbelagda gärningen och skadan, varav kriminaliseringen faktiskt avser de straffvärda handlingarna. Bättre koherens skapas därmed med de i avsnitt 2 angivna principerna för kriminalisering. För erforderligt skydd mot integritetskränkningar skulle även *spridningen* av sådan bildupptagning behöva kriminaliseras (jfr exemplet ovan och von Hannover-fallet).<sup>40</sup>

Vad som talar emot en dylik lösning är svårigheten med att klart definiera skadan (jfr ovan om definitionsproblemet av begreppet "integritet"). Avgörande för om skada föreligger i dessa fall bygger ju inte på ett (objektivt) faktum utan på en slutsats av en (subjektiv) bedömning eller värdering. Med beaktande av

---

37 Exemplet skulle även kunna konstrueras på så sätt att fotografen redan från början hade "ont uppsåt".

38 En annan sak är att nämnda situation möjligen skulle kunna beivras genom en extensiv tolkning av förtalsparagrafen, jfr NJA 1992 s. 594.

39 Rent lagtekniskt skulle kommitténs "platsrekvisit" kunna ersättas, alternativt kompletteras, med ett skaderekvisit.

40 En jämförelse kan i detta hänseende göras med den tyska motsvarigheten av olovlig fotografering som dels innehåller ett skaderekvisit, dels förbjuder spridning, se 201a § p. 1–3 Strafgesetzbuch.

legalitetsprincipens obestämdhetsförbud kan en sådan lagstiftning därmed te sig problematisk.<sup>41</sup>

Problematiken varierar emellertid beroende på vilket sätt domstolen avgör om det föreligger en straffrättsligt relevant skada. Om domstolen låter individen (dvs. den kränkta) avgöra om skada inträffat är problematiken stor eftersom straffansvaret i sådant fall skulle grundas på en individs subjektiva uppfattning (det straffrättsliga ansvaret skulle därmed variera beroende på vem som var angreppsobjekt).<sup>42</sup> Om bedömningen istället företas på objektiva grunder minskar problematiken betydligt. (Avgörande för bedömningen skulle sålunda vara om gärningen *typiskt sett* är kränkande.) Liknande gärningar skulle därmed bedömas på liknande sätt, oberoende av vem som var angreppsobjekt. Väljer man den senare lösningen föreligger det dock fortfarande ett avstånd mellan gärningen och skadan, i det avseendet att någon skada i det *enskilda fallet* inte behöver konstateras för straffrättsligt ansvar. Fördelarna väger dock över. Vid avgörandet av vad som objektivt sett kan anses utgöra en kränkning torde ledning kunna hämtas från Europadomstolens praxis (se ovan).

Andra frågor som kan göra ett dylikt straffbud problematiskt är frågan om gärningskontroll (alt. gärningsculpa) och det personliga ansvaret (den subjektiva täckningen). Dessa frågor diskuteras var för sig i det följande.

### 5.3.1 GÄRNINGSKONTROLL

Kravet på gärningskontroll innebär i korthet att det för straffansvar krävs att gärningsmannen har kontroll över hela det händelseförlopp som konstituerar den straffbelagda gärningen.<sup>43</sup> Exempel på brottstyper där gärningskontroll (nästan) alltid föreligger är stöld, mened och våldtäkt (dvs. sådana brottstyper som jag ovan beskrev som brott där det föreligger ett starkt kausalsamband mellan handlingen och effekten).

Olovlig fotografering (som utformats av kommittén) är ett brott där gärningskontroll föreligger eftersom brottet fullbordas i samma ögonblick som fotografiet tas. Detta är oproblemiskt och kräver ingen vidare diskussion. Intressantare blir det om olovlig fotografering skulle utformas som ett effektdelikt

41 Jfr Lernestedt, Kriminalisering - problem och principer, s. 326 f.

42 Jfr Lernestedt, Kriminalisering - problem och principer, s. 328 om stadgandet i 11 kap. 15 § SL före 1948 års ändringar om förargelseväckande beteende, där det för ansvar blott krävdes att någon "eljest kommer förargelse åstad".

43 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 209 ff.

där det för straffansvar krävs att handlingen orsakat skada. Vid delikt där den straffrättsligt relevanta effekten inträder *efter* det att gärningsmannen inte längre har kontroll över händelseförloppet föreligger nämligen inte gärningskontroll. Här uppställs istället ett krav på *gärningsculpa* för att kunna konstatera att en otillåten gärning företagits.<sup>44</sup> Den straffrättsliga bedömningen påverkas således av *när* skadan anses inträffa, vilket i sin tur bestäms av vad skadan relaterar till.

Om skada relaterar till kränkningar av skyddsintresset uppstår skadan i samma ögonblick som fotografiet tas (förutsatt att fotograferingen objektivt sett anses vara kränkande). I sådant fall föreligger gärningskontroll (jfr kommitténs förslag). Om skada däremot relaterar till direkta kränkningar av angreppsobjektet (dvs. bäraren av skyddsintresset) kan skadan uppkomma betydligt senare (alternativt aldrig).<sup>45</sup> I dessa fall måste gärningsculpa konstateras för straffansvar.

Kravet på gärningsculpa innebär i korthet att det för straffansvar krävs att den kontrollerade handlingen (fotograferingen) innefattar ett otillåtet risktagande och att handlingen orsakat den enligt straffbudet erforderliga följderna.

---

44 Kravet på gärningsculpa har sitt ursprung i tyskans "objective Zurechnung" som växte fram på 1930-talet och som senare utvecklades av Claus Roxin på 1970-talet. För en jämförelse mellan Jareborgs gärningsculpa och tyskans "objective Zurechnung", se Frände, D., Gärningsculpa och "objective Zurechnung" – några jämförelser, Flores Juris et Legum, Festskrift till Nils Jareborg, s. 237–250. Leijonhufvud & Wennberg diskuterar i termer om kausalitet och adekvans istället för gärningsculpa, se Leijonhufvud & Wennberg, Straffansvar, s. 44–49. Se även Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 235 f. om varför det är bättre att använda sig av gärningsculpa.

45 Skillnaden kan illustreras med ett exempel. Antag att en enskild blivit smygfilmad i sitt hem. Skada kan här konstateras på skyddsintresset (integritetskränkning). Skada på angreppsobjektet föreligger dock först då den enskilde upplever ett obehag av smygfilmningen, vilket uppstår då (alt. om) han/hon får vetskap om sin medverkan i filmen. Jämförelse kan i detta hänseende göras med Berglund då hon definierar begreppen skada och kränkning. Enligt henne är skada en kränkning av skyddsintresset, medan begreppet kränkning avser ett angrepp som drabbar den enskilde (dvs. angreppsobjektet), se Berglund, Kerstin, Straffrätt och kön, Uppsala 2007, s. 53, främst not 65. Enligt min mening skulle man även kunna uttrycka skillnaden i termer av direkt och indirekt kriminalisering, där en direkt kriminalisering av kränkningar av skyddsintresset samtidigt är en indirekt kriminalisering av kränkningar av angreppsobjektet.

(kränkning) på ett relevant sätt.<sup>46</sup> Bedömningen skall ske objektivt utifrån gärningsmannens synpunkt.<sup>47</sup>

För att ett otillåtet risktagande skall anses vara för handen skall två frågor besvaras jakande. För det första skall handlingen (fotograferingen) innebära en risk för att följden (kränkning) skall inträffa. Svaret på denna fråga torde inte sällan bli jakande. För det andra skall gärningsmannen, på grund av denna risk, haft goda skäl att avstå från handlingen.<sup>48</sup> Denna bedömning är utpräglat normativ där oskrivna sociala och kulturella standarder (pseudostandarder) får avgöra utgången.<sup>49</sup> Relevanskravet är uppfyllt om orsakandet utgör ett förverkligande av någon av de risker som gjorde att handlingen ansågs vara ett otillåtet risktagande (en spegelbild av goda skäl).<sup>50</sup>

Vid avgörandet av om en fotografering är gärningsculpös skall man enligt min mening främst beakta *vad* som upptagits, *var* bilden tagits, och på *vilket sätt* den tagits (jfr Europadomstolens ”rekvisit” ovan). Att smygfilma någon i dennes hem i intima situationer skulle således vara synnerligen gärningsculpöst eftersom risken för kränkning därigenom är stor (kvantitativt *och* kvalitativt).

Enligt min mening bör dock skada relatera till kränkningar av skyddsintresset och inte blott till kränkningar av angreppsobjektet. Det främsta skälet till detta är att straffbudets omfång därmed blir större varav den täcker fler klandervärda handlingar – samtidigt som den inte täcker handlingar som inte kan anses vara straffvärda.

### 5.3.2 PERSONLIGT ANSVAR

Olovlig fotografering är ett uppsåtsbrott. För fullbordat brott krävs således, i enlighet med täckningsprincipen, att gärningsmannens uppsåt täcker hela den otillåtna gärningen. Enligt kommitténs förslag måste alltså gärningsmannen vara medveten om att en person avbildas och att denne befinner sig på en plats som omfattas av bestämmelsen. Det krävs dock inte att gärningsmannen är

46 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 212.

47 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 216. Jfr Asp, Petter, Plaidoyer för en objektiviserad gärningsculpa? Del I – Utgångspunkter och argumentation i ett svenskt perspektiv, Strafrecht aus nordische Perspektive, für Karin Cornils zum 25-jährigen Jubiläum als Referentin am Max-Planck-Institut, utg. av Mohr och Nemitz, 2003 s. 5-24.

48 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 212.

49 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 212 ff.

50 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 226.

medveten om att platsen omfattas av rekvisitet ”dit allmänheten inte har insyn”, utan det fordras enbart att han eller hon känt till de faktiska förhållandena om platsen som ligger till grund för domstolens bedömning.<sup>51</sup> Detsamma gäller för försvarlighetsbedömningen. Angående samtycket kan endast en felaktig tro utesluta uppsåt (uppsåtskravet är sålunda uppfyllt i denna del även om gärningsmannen är okunnig om huruvida samtycke föreligger).<sup>52</sup>

Uppsåtsbedömningen blir naturligtvis annorlunda om straffbudet skulle utformas likt ett effektdelikt (den alternativa lösningen). Ser man till hur liknande straffbud i brottsbalken är utformade brukar ”kränkingsrekvisitet” vara formulerat i termer av ”ägnat att” eller ”inneburit en kränkning av” etc.<sup>53</sup> Vid sådana rekvisit krävs det enligt gällande rätt endast att gärningsmannen har uppsåt till de faktiska omständigheterna som utgör underlag för värderingen eller bedömningen som företas av domstolen.<sup>54</sup> Gärningsmannens uppsåt behöver med andra ord inte täcka kränkingsrekvisitet. Detta, menar jag, rimmar illa med svensk rättstradition och täckningsprincipen. Lite tillspetsat skulle man, vid beskrivandet av gällande rätt, kunna använda uttryck såsom strikt ansvar och objektiva överskott; uttryck som näppeligen hör hemma inom den svenska straffrätten.

En bättre lösning enligt min mening vore att, för straffansvar, kräva att gärningsmannen åtminstone bedömer situationen på ett likartat sätt som domstolen. Detta kan jämföras med vad man inom tysk doktrin kallar innebördsförståelse eller parallellvärderingar i lekmannsfären.<sup>55</sup> I vårt fall skulle det sålunda krävas att gärningsmannen *åtminstone* har en misstanke om att fotograferingen typiskt sett skulle anses vara kränkande och att denna misstanke inte utgjorde ett relevant skäl för honom eller henne att avstå från att

---

51 SOU 2008:3 s. 312.

52 Jfr Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 342.

53 Se bl.a. grov kvinnofridskränkning (BrB 4 kap. 4a §), förtal (5 kap. 1 §), sexuellt ofredande (6 kap. 10 § 2 st.).


54 Se BrB 5 kap. 20 § (förtal) och 6 kap. 45 § (sexuellt ofredande). Ang. grov kvinnofridskränkning se prop. 1997/98:55 s. 133 f. ”[i] subjektivt hänseende krävs inte heller något syfte från gärningsmannens sida att allvarligt skada offrets självkänsla eller att kränka offrets integritet. [...] Det är tillräckligt att gärningsmannen har uppsåt beträffande de faktiska omständigheter som läggs till grund för bedömningen, men värderingen av frågorna om huruvida dessa inneburit [en] kränkning [...] görs av domstolen oavsett gärningsmannens egna värderingar och syften med handlingarna [...]”

55 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 351.

fotografera (likgiltighetsuppsåt i förhållande till kränkingsrekvisitet). Jareborg uttrycker en liknande uppfattning om bedömningen vid vissa normativa rekvisit. Han menar att domstolens värdering i vart fall inte skall komma som en överraskning för gärningsmannen.<sup>56</sup>

Uppsåtstäckning enligt denna ”förstärkta modell” skulle dock inte vara lika nödvändig om den gärning som faktiskt täcks av gärningsmannens uppsåt vore klandervärd och därmed värd att kriminalisera. När det gäller just olovlig fotografering har jag dock svårt att se någon sådan gärning (utan kränkingsrekvisitet återstår ju blott ett beteendedelikt, likt kommitténs förslag).

## 6. AVSLUTNING

Det torde av vad som ovan sagts framgå att lagförslaget i sin nuvarande utformning har vissa brister. I en del avseenden är kriminaliseringen alltför långtgående, medan den i andra avseenden inte når upp till Europakonventionens krav (något som ändå torde vara en given målsättning). Kriminalisering är dock en svår konst och den alternativa lösning som diskuterats i det föregående är naturligtvis inte fullständig. Att bidra med annat än blott tankar i en artikel av detta omfång är heller inte möjligt. Av utrymmesskäl har vissa frågor därmed även undvikits (exempelvis har diskussion inte förts om de intressekonflikter som kan uppstå om spridningen av vissa fotografier kriminaliseras). Istället har jag utrett hur den alternativa lösningen förhåller sig till brottsbegreppet. Vad jag funnit är att den straffrättsliga bedömningen visserligen skulle bli mera komplicerad, i jämförelse med kommitténs förslag, men att den på intet sätt är ogenomförbar. För individen, som lagstiftningen faktiskt är till för, torde en lösning av presenterat slag även vara mera ändamålsenlig och därmed att föredra. Exakt hur ett sådant straffbud skall utformas kräver dock vidare utredning. 

---

56 Jareborg, Allmän kriminalrätt, s. 351.