

Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Mårten Schultz

Förtal och integritet

Ursprungligen publicerad i JP 2/2012

Särtryck ur Jubileumsnumret 2019.

FÖRTAL OCH INTEGRITET

Av Märten Schultz¹

En aspekt av integritetsskyddet är rätten att få vara ifred, däri inbegripet rätten att få ha en sfär skyddad från insyn, men även möjligheten att kunna kontrollera information om sitt privatliv. Regeringsformens integritetsskydd är till sin form begränsat till enskildas relationer med det allmänna. Huruvida dessa rättigheter har ett reellt skydd i det avseendet att dessa är sanktionerade är enligt författaren oklart. Medan vissa har uttalat sitt stöd för att en rätt till ersättning borde kunna utgå på denna grund har andra varit mer skeptiska. Författaren menar att regeringsformens regler om skydd för privatlivet – sedda i ljuset av Europakonventionen och hur den sanktionerats i praxis – ger stöd för argument om att kränkning av integritetsskyddet borde kunna föranleda rätt till ersättning.

I. INLEDNING

I.1 PÅ ALLAS LÄPPAR

Det är inte så länge sedan integritetsskyddet blev en fråga på alla läppar. Bakgrunden var den s.k. FRA-lagsdebatten. Förslaget att Försvarets Radioanstalt skulle få möjlighet att utöva signalspaning i omfattande skala förde med sig en allmän, livlig diskussion om integritet och integritetsskydd.² Det förde också med sig ett intensivt kampanjarbete på Internet av aldrig tidigare skådat slag, vilket kulminerade i vad massmedierna träffande beskrivit som en ”bloggbävning”.

Integritetsfrågan demokratiserades därmed. Den engagerade breda masor på ett sätt som integritetsfrågor av denna typ aldrig tidigare engagerat.³ Intresset i den allmänna debatten har därefter hållit i sig genom andra lagstiftningsarbeten. Reformen av yttrandefrihetsgrundlagarna, förslagen om förbud mot kränkande fotografering och utredningen om hemliga tvångsmedel (bugning m.m.) har samtliga fört integritetsamtalet framåt.⁴

1 Professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet och verksam vid Stockholm Centre for Commercial Law. Artikeln är tidigare publicerad i Juridisk Publikation nr 2/2012.

2 Se prop. 2011/12:179, med en redogörelse för det tidigare lagstiftningsarbetet på s. 5 ff.

3 Samtidigt får man väl säga att frågan delvis också infantilisierades. Engagemanget i bloggssfären men också i mer traditionella opinionsjournalistiska sammanhang gjorde att den komplicerade frågan om balanserandet mellan det allmännas intresse (bl.a. av kontroll av potentiella brottslingar och terrorister, bl.a.) och den enskildes intresse (av att slippa få sin elektroniska kommunikation potentiellt avlyssnad av staten) inte sällan blev svart-vit, och staten stod i den uppdelningen för det mefistofeliskt svarta. Så enkel var aldrig frågan. Daniel Solove har f.ö. argumenterat för att det är en falsk föreställning att integritetsskyddet ibland måste stryka på foten för att sörja för allmänhetens säkerhet. Hans argument för detta är övertygande, även om jag inte håller med honom om den slutsats som kommer till uttryck i titeln på hans bok, Daniel Solove, *Nothing to Hide: The False Tradeoff between Privacy and Security*, New Haven 2011.

4 Se för de senaste publikationerna: SOU 2012:55: En översyn av tryck- och yttrandefriheten;

1.2 INTEGRITETSSKYDD OCH RÄTTSBILDNING

Medan samtalet om integritetsskydd har förts framåt mycket på kort tid har juridiken inte hängt med. Det finns fortfarande stora brister i det svenska integritetsskyddet, vilka delvis är kända, delvis mindre kända. Det är dessutom brister som på det hela taget det inte finns anledning att anta att vare sig lagstiftaren eller Högsta domstolen kommer att läka genom några mer genomgripande åtgärder. I stället har de rättsbildande instanserna ägnat sig åt att lappa och laga. Detta har skett genom olika strategier.

Lagstiftaren har kittat en del av hålen i integritetsskyddet genom detaljregleringar. Viktiga insatser gjordes således i Internet-erans begynnelse – och man kan fundera över om åtgärder som dessa skulle vara politiskt möjliga idag – för att möta de särskilda integritetsproblem som den digitala masskommunikationen medförde. I en särskild personuppgiftslag infördes skyddsregler för hur vissa uppgifter kopplade till människor kunde användas i digitala sammanhang.⁵ Genom den s.k. BBS-lagen reglerades vissa ansvarsfrågor.⁶ I sammanhanget bör också nämnas de särskilda regleringarna om informationshantering hos det allmänna och dess översynsfunktioner.⁷ På det område som denna artikel skall fokusera har emellertid rättsordningen förlitat sig på gamla regler för att lösa nya problem.

1.3 INTEGRITETSPROBLEM EFTER INTERNET

Uppfattningen att vi har nya problem är inte okontroversiell. Människor har borrar hål in till badrum, tjuvlyssnat och skvallrat elakt om sina grannar i alla tider. Det är inget nytt med det. Min uppfattning är att den masskommunikationsmiljö som i princip alla idag lever i innebär inte bara att redan existerande integritetsproblem förvärras utan att den situation som vi har idag är ur integritetsskyddssynvinkel är fundamentalt annorlunda än den vi hade fram till 1990-talets början.

Omfattningen av hoten för den personliga integriteten är – och detta hopas och tror jag betraktas som en truism – väsensskild från situationen innan

Lagrådsremiss: Kränkande fotografering, 1 mars 2012; SOU 2012:44: Hemliga tvångsmedel mot allvarliga brott.

⁵ Personuppgiftslag (1998:204).

⁶ Lag (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor. Lagen innefattar ansvarsregler för den som tillhandahåller en ”elektronisk anslagstavla”, vilket i lagen är ett uttryck för tjänster om elektronisk förmedling av meddelanden. Ansvaret är emellertid begränsat till, vad gäller föremålet för denna artikel, sådana uppgifter som kan utgöra brott enligt vissa regler i brottsbalkens 16 kap., uppvigling, hets mot folkgrupp, barnpornografi och olaga våldsskildring. Det kan särskilt noteras att ärekränkingsbrotten inte omfattas av ansvarsreglerna. Lagen blev föremål för HD:s behandling i NJA 2007 s. 805.

⁷ Se t.ex. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), särskilt 21–40 kap.

Internet blev ett självklart inslag i vår kommunikation. Globala informationsföretag, varav vissa hör till världens största företag, är idag i besittning av personlig information av en omfattning världen aldrig tidigare har sett. Denna information kan användas – och används – för att bistå stater t.ex. i deras brottsbekämpande funktioner.⁸ De inledande exemplen från svenska lagstiftningsarbeten vittnar om hur staten och andra offentliga organ återkommande ger upphov till integritetsutmaningar.

Det största integritetsproblemet är dock inte storebrorshotet, utan lillasystemen. Enskilda människor, särskilt när de spontant interagerar i löst sammankopplade grupper, t.ex. i den digitala erans motsvarighet till pogromen: de virala och i allmänhet anonyma hat- eller smutskastningskampanjerna.

Integritetsproblem är idag dessutom av *ett annat slag*. Socialpsykologiska och sociologiska studier visar hur beteendemönster kan förändras på Internet. Enligt vissa sådana studier finns det t.ex. en ökad benägenhet att tro på falska rykten i vissa digitala sammanhang: osanna uppgifter om olika personer har lättare att få rot i t.ex. diskussionsföra på Internet.⁹ Tonläget påverkas av formerna för kommunikation via datorn: I sammanhang där kommunikationen i hög grad sker anonymt eller pseudonymt kan tonläget skruvas upp, bli mer tillspetsat och ibland aggressivt.¹⁰ Personer som hyser uppfattningar som i traditionella sociala sammanhang skulle uppfattas som extrema kan i Internetmiljöer påverkas i en än mer extrem riktning genom ömsesidig bekräftelse och en genom interaktionen med meningsfränder upptrissad stämning.¹¹ Dessa är bara några iakttagelser som stödjer antagandet att vår tids integritetsutmaningar är väsensskilda från dem före Internet.

8 Google rapporterar fortlöpande hur insamlade och aggregerade uppgifter från våra sökdressökningar lämnas ut till olika länders rättsväsenden, se Google Transparency Report (<http://www.google.com/transparencyreport/>). Det kan härvid noteras att den överlägset dominerande staten i statistiken är USA. Sociala medieföretag som Facebook, Twitter och Instagram redovisar inte någon motsvarande statistik. Personligen skulle jag gissa att av de stora sociala medieföretagen är det i princip enbart Facebook som i allmänhet framstår som relevant i den brottsbekämpande verksamheten, även om det naturligtvis emellanåt kan aktualiseras situationer där någon i samband med en misstänkt brottslighet t.ex. kommunicerat via privata (icke-publika) meddelanden via ett socialt medium.

9 Cass Sunstein, *Believing False Rumours*, i Saul Levmore och Martha Nussbaum (red.), *The Offensive Internet*, Cambridge Mass., 2010, s. 91 ff.

10 Se Saul Levmore, *The Internet's Anonymity Problem*, i Saul Levmore och Martha Nussbaum (red.), *The Offensive Internet*, Cambridge Mass., 2010, s. 50 ff.

11 Rättegången mot den norska massmördaren Anders Behring Brevik kan sägas illustrera detta fenomen.

1.4 INTEGRITETSBEGREPPE

En analys av integritetsfrågor i rätten behöver om inte en definition så åtminstone någon form av konturer av begreppets innebörd.¹² Att i ett sammanhang som detta, med mer konkreta juridiska frågeställningar i fokus, föreslå en definition vore förmätet. Integritetsbegreppet är notoriskt svår-greppbart. Rättskällorna kan ge vägledning i bestämmandet av begreppets innebörd.¹³ Skyddet för den personliga integriteten utgör ett självklart inslag i många, förmodligen de flesta, kataloger om mänskliga rättigheter. I sådana kataloger är det sedvanliga att rättigheter som begrepp ges en monistisk innebörd – rätten till liv antas kunna reduceras till att tjäna ett övergripande syfte (rätten till livet per se) – men integritetsskyddet betraktas nog i allt högre grad som en pluralistisk företeelse.¹⁴ Ett skydd för integriteten har flera, delvis skilda, syften: rätten att slippa insyn i privata situationer, rätten att kunna kommunicera utan att avlyssnas, rätten att kunna kontrollera hur privat information används, etc.

1.5 ARTIKELNS INNEHÅLL

I denna artikel skall jag behandla en facett av integritetsskyddet, nämligen rätten att få vara ifred. Rätten att få vara ifred har i sin tur olika implikationer. De implikationer jag skall fokusera på är intresset av att få ha *en sfär skyddad*

12 Traditionellt har skyddet för integriteten, åtminstone mot sådana angrepp på integriteten som betecknas som integritetskränkningar, betecknat något annat än det som denna artikel behandlar. "Integritetskränkningar" är i skandinavisk skadeståndsrättshistoria ett uttryck för vissa särskilda skador, med personsador i centrum. När uttrycket "integrity" används i engelskspråkiga sammanhang är det likaså ofta den fysiska integriteten som är i fokus. Det kan finnas anledning att framhålla, eftersom man kan förledas att anta att rätten att slippa fysiska angrepp är en rättighetsfråga som är en gång för alla avgjord och därmed teoretiskt ointressant, att även integritetsskyddet i sin fysiska form fortfarande kan vara i allra högsta grad kontroversiellt. Erfarenheterna från debatten rörande kvinnlig könsstympning illustrerar denna integritetsproblematik med nedslående tydlighet, se Kelly J. Shannon, *The Right to Bodily Integrity: Women's Rights as Human Rights and the International Movement to End Female Genital Mutilation, 1970s–1990s*, i Akira Iriye m.fl. (red.), *The Human Rights Revolution*, Oxford 2012, s. 285 ff.

13 En av poängerna med mänskliga rättigheter är att de antas vara supra legala. Mänskliga rättigheter är något som människor har i kraft av att vara människor, oavsett vad rättsordningen ställer upp för regler. Idag finns det i och för sig ett robust positivrättsligt stöd i svensk rätt för mänskliga rättigheter, genom 2 kap. regeringsformen men framför allt genom Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). De rättighetskataloger som har sin bakgrund i internationella överenskommelser, särskilt de som tog sitt avstamp i erfarenheterna från andra världskriget är tydliga med att de rättigheter som skyddas genom de olika dokumenten inte skapas genom dokumenten. De juridiska verken är istället erkännanden av de rättigheter som de för respektive katalog relevanta människorna redan har. Se för några reflektioner kring detta Mårten Schultz, *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten: Rättighetsargument*, SvJT 2011, s. 989 ff.

14 Den kanske mest kända företrädaren för en pluralistisk syn på integritet är Daniel Solove, vars undersökningar har varit inflytelserika. Se framför allt Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Cambridge Mass., 2008.

från insyn och intresset av att kunna *kontrollera information om ens privatliv*. Däremot kommer jag inte att ägna aspekter som ”rätten att bli bortglömd” eller det ekonomiska exploaterandet av privat information särskilt intresse, även om en del av mina argument har en sådan allmän karaktär att de i och för sig kan appliceras även i dessa fält av integritetsfrågan.¹⁵ Emfasen i artikeln kommer att ligga på hur de behandlade integritetsproblemen framträder i en Internetmiljö, särskilt i s.k. interaktiva medier.

2. ALLMÄNNA NORMER OM SKYDDET FÖR PRIVATLIVET

2.1 INTEGRITETSSKYDDET OCH REGERINGSFORMEN

Privatlivsskyddet tas upp i konstitutionella och vissa liknande sammanhang på olika sätt. I regeringsformen finns ett skydd mot olika former av integritetskränkningar. Enligt 2 kap. 6 § är envar gentemot det allmänna skyddad mot kroppsliga ingrepp men även ”husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande” samt även andra ”betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden”. Den senare delen av integritetsskyddsregel infördes förhållandevis nyligen efter integritetsskyddskommitténs förslag.

Regeringsformens integritetsskydd är till sin form begränsat till enskildas relationer med det allmänna, d.v.s. stat och kommun samt de offentligtrettsliga

¹⁵ ”The right to be forgotten” är en aspekt av integritetsskyddsdiskussionen som har diskuterats särskilt under senare tid på ett europeiskt plan. EU-kommissionen förde i januari 2012 fram ett förslag om en rätt att bli bortglömd i samband med en reform av det europeiska dataskyddet. I fokus för den diskussionen är ofta personer som tidigare, kanske för länge sedan, gjort något klandervärt och kanske avtjänat ett straff. Tidigare kunde sådana snedsteg i en människas historia ofta glömmas bort, åtminstone kunde en reformerad syndare ofta undvika att förföljas av sina tidigare oförrätter, genom att byta miljö och umgänge etc. Situationen är annorlunda idag. ”Internet glömmet aldrig”, brukar det sägas. Den information som någon gång placerats i det digitala blodomloppet förblir där. Detta anses understundom vara en brist av integritetskaraktär: Man skall ha en möjlighet att kunna socialt rehabilitera sig själv och det förutsätter att tidigare misstag och felsteg kan tillåtas blekna bort. Se för kritiska reflektioner kring kommissionens förslag Jeffrey Rosen, *The Right to be Forgotten*, 64 Stanford Law Review Online, 2012, s. 88 ff. Den europeiska diskussionen har härvid möjligen blivit alltför färgad av situationen där någon som dömts för brott har ett intresse av att bli bortglömd. Mer skyddsvärda framstår ofta de som i ungdomligt oförstånd frivilligt exponerat sig i situationer de som vuxna ångrar. Se för goda synpunkter kring detta Anupam Chander, *Youthful Indiscretion in an Internet Age*, i Saul Levmore och Martha Nussbaum (red.), *The Offensive Internet*, Cambridge Mass., 2010, s. 124 ff. I svensk rätt är tanken att man skall kunna bli bortglömd inte i sig kontroversiell – även om den säkert skulle kunna göras kontroversiell om företrädare för medierna fick klart för sig hur rättsläget egentligen är. Sedan länge har förtalsreglerna i svensk rätt t.ex. skyddat personer som dömts för brott från att i och för sig sanna uppgifter om dessa brott sprids.

entiteter som faller under dessa. Det är därtill oklart om regeringsformens rättigheter går att använda till något reellt i en situation där rättigheterna inte respekterats. Regeringsformens rättighetskatalog har traditionellt betraktats som tandlös som verktyg för upprättelse eller ansvarsutkrävande. Möjligen är ett förändrat synsätt under uppsegling.

I ett flertal processer som när detta skrivs fortfarande inte avslutats har enskilda begärt skadestånd och direkt grundat sin talan på regeringsformens rättigheter. Frågan har diskuterats en tid. Vissa har uttalat sitt stöd för att en rätt till ersättning borde kunna utgå på denna grund.¹⁶ Andra har varit mer skeptiska.¹⁷ För egen del finner jag det naturligt att regeringsformens regler i denna del borde kunna användas som ansvarsgrundsargument, när nu Europakonventionen använts på detta sätt (se nedan). Frågan är emellertid fortfarande öppen.

2.2 INTEGRITETSSKYDDET OCH UNIONSRÄTTEN

Det finns därtill normer i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, särskilt artikel 7 – Respekt för privatlivet och familjelivet – och artikel 8 – Skydd för personuppgifter.¹⁸ Stadgan är en del av unionsrätten och verkar i ett samspel med Europakonventionen.¹⁹

2.3 INTEGRITETSSKYDDET OCH EUROPAKONVENTIONEN

Det är emellertid inte i vare sig regeringsformen eller stadgan som det effektiva skyddet för mänskliga rättigheter tagit sitt avstamp. Istället är det Europakonventionen som utgjort katalysatorn för det moderna rättighetsskyddet. Den centrala normen om skyddet för den personliga integriteten i den mening som denna artikel fokuserar på är därvid Europakonventionens artikel 8. Artikel 8 ger en rätt till ”respekt för privatliv och familjeliv, till hem och korrespondens”. I Europadomstolens ”dynamiska tolkning” av artikeln har den kommit att täcka situationer som inte uppenbart faller under dess ordalydelse. Mot denna bakgrund finns det anledning att se närmare på hur rättighetsskyddet, som det kommer till uttryck i Europakonventionen, fått genomslag i svensk rätt som en normkälla för konkret ansvarsutkrävande.²⁰

16 Clarence Crafoord, *Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd*, SvJT 2009 s. 1062 ff.

17 Bertil Bengtsson, *Skadestånd vid brott mot regeringsformen*, SvJT 2011, s. 605. Bengtsson skisserar dock, utan entusiasm, hur en skadeståndsmöjlighet på denna grund skulle kunna formuleras.

18 Härvid kan noteras att det i stadgan finns en särskild artikel med rubriken ”Människans rätt till integritet”, som tar upp bl.a. att envar ”har rätt till fysisk och mental integritet”.

19 Se vidare Ulf Bernitz, *Rättighetsskyddets genomslag i svensk rätt – konventionsrättsligt och unionsrättsligt*, JT 2010-11, s. 821 ff. (cit. Bernitz 2010).

20 Denna del av artikeln bygger delvis på min uppsats *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten: Rättighetsargument*, SvJT 2011, s. 989 ff., vilken i sin tur bygger på det anförande jag höll

2.3.1 SVERIGE OCH EUROPAKONVENTIONEN

Sverige ratificerade tidigt Europakonventionen och var därtill bland de första nationerna att acceptera Europadomstolens mandat.²¹ Inledningsvis antogs det nog generellt att Sverige inte skulle riskera att hamna under domstolens kritik särskilt ofta.²² Inte nog med att Sverige klarat sig undan alltför stora utmaningar under kriget, Sverige var dessutom en väl fungerande demokrati utan några sentida upplevelser av folkmord, slaveri eller folkfördrivningar: ett sådant samhälle borde väl inte löpa risk att fällas för kränkningar av mänskliga rättigheter?²³ Denna självgodhet ställdes om inte tidigare på ända i och med fallet Sporrong och Lönnroth.²⁴

Sporrong och Lönnroth blev en vattendelare. I avgörandet gjordes klart att svensk rätt inte levde upp till Europakonventionens krav. Effekterna av avgörandet blev dramatiska. Med Sporrong och Lönnroth öppnades svenskars ögon för att det fanns en extern instans som kunde pröva övergrepp eller övertramp begångna av nationella myndigheter eller domstolar, vilket ledde till att fler svenskar utnyttjade detta rättsmedel för att klaga på den nationella rättsordningen.²⁵

Rättighetsskyddet förblev dock, om inte ihåligt, i alla fall i praktiken begränsat eftersom det dels var få förunnat att kunna klämma sig igenom nålsögat till Europadomstolen, dels på grund av Europadomstolens case-overload. Situationen för Europadomstolen betraktas idag ofta som ohållbar när det gäller relationen mellan antalet inkommande klagomål (och de balanser som därvid uppstått) och domstolens kapacitet.²⁶

Ett reellt rättighetsskydd är därför en arbetsuppgift för de nationella rättsordningarna. Detta har även framhållits av Europadomstolen:

på Nordiska juristmötet i Stockholm 2011. Redogörelsen i denna del är tämligen ingående. Det motiveras av att den rättsutveckling som beskrivs enligt min mening har en central position i integritetsskyddet mot det allmänna.

21 Se härom Jacob W. F. Sundberg, *Harakiri*, Stockholm 2001, s. 127.

22 Se vidare om konventionens bakgrund i Bernitz 2010, särskilt inledningen.

23 Se på temat Carl H. Ehrenkrona, *Svenska erfarenheter av Europakonventionen*, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1992, 25 ff., på s. 25 (cit. Ehrenkrona 1992) och Hans Danelius, *Europadomstolen och den svenska rättsordningen*, SvJT 1989 s. 654.

24 Sporrong och Lönnroth mot Sverige, avgörande från 23 september 1982, Ser. A Vol. No. 88.

25 Se om effekterna av Sporrong och Lönnroth i Ehrenkrona 1992, på s. 27 och Hans Corell, *The European Convention on Human Rights: Swedish Experiences – Thoughts for the Future*, i Festskrift till Lars Hjernér, Stockholm, 1990, s. 103 ff., på s. 113 ff. (där förändringen i atmosfären efter Sporrong och Lönnroth diskuteras), samt Jacob W. F. Sundberg, *Om Europakonventionen och språnget österut*, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2003, s. 532 ff.

26 Detta noteras även av HD i NJA 2005 s. 462. Se vidare strax nedan.

Europakonventionen kan inte betraktas som enbart en angelägenhet för Europadomstolen om den skall ges reell effekt. Fröet till en sådan utveckling fanns i SFS 1994:1219 varigenom konventionen gjordes till svensk lag. Ett problem med att låta konventionen spela en viktig roll redan i de svenska domstolarna var dock att införlivandet av Europakonventionen i svensk rätt inte innebar den skjuts för det nationella rättighetsskyddet som behövdes för att nå upp till kraven.

2.3.2 KONVENTIONEN MÖTER SKADESTÅNDRÄTTEN

Det var i skadeståndsrätten som tanken på ett reellt rättighetsskydd med Europakonventionen (och inte regeringsformen) som bas lyfte. I början av 2000-talet aktualiserades frågan om det gick att erhålla skadestånd för kränkningar av Europakonventionen i svenska domstolar i frånvaro av annat rättsligt stöd än just konventionen (de allra flesta rättighetskränkningar har naturligtvis sedan länge varit sanktionerade även enligt ”vanliga” skadeståndsrättsliga normer).

Formerna för en sådan utveckling tedde sig till en början inte självklara (jmf. NJA 2003 s. 217). Europakonventionens normer är inte skadeståndsrättsliga till sin karaktär. I Europakonventionen finns förvisso en skadeståndsregel med Europadomstolen som adressat, men den regeln låter sig svårligen överföras direkt till en nationell kontext. Katalysatorn i utvecklingen blev konventionens artikel 13 som kräver av de nationella rättsordningarna att de tillhandahåller effektiva rättsmedel för de individer som faller under konventionens skydd.

2.3.3 LUNDGREN-DOMEN

Paradigmskiftet kom genom NJA 2005 s. 462. 2005 års fall, den s.k. Lundgren-domen, rörde skadestånd för långsam handläggning i domstol. Lundgren, som fick vänta ungefär åtta år på ett slutligt avgörande efter det att han delgivits misstanke om brott, erhöll skadestånd för att hans rätt till en rättvis rättegång, skyddad genom artikel 6 i Europakonventionen, kränkts. Artikel 6 innefattar inte bara rätten till en opartisk domstol utan också rätten att få sin sak prövad inom rimlig tid. Tidsutdräkten i Lundgrens fall ansågs alltför omfattande och därmed hade hans rättigheter kränkts.

HD fick i fallet anledning att ifrågasätta ett antal föreställningar, varav en är närmast en dogm i svensk skadeståndsrätt: ideella skador antas i allmänhet omfattas av rätten till skadestånd enbart om det finns ett särskilt lagstöd för detta. Sådant lagstöd finns i olika regler. Sedan några år finns det dessutom en generell regel om rätt till ersättning för rent ideell skada i 2 kap. 3 § skadeståndslagen (1972:207).²⁷

²⁷ En utförlig undersökning av regeln görs i Sandra Friberg, Kränkningersättning, Uppsala, 2010 (cit. Friberg 2010).

Regeln i skadeståndslagen kan dock inte användas i Europakonventionssituationen eftersom den enligt sin ordalydelse bara är tillämplig om skadan uppstått i samband med vissa utpekade typer av brott. Inte heller finns det någon annan regel som tillhandahåller ett lagstöd för att ersättning skall kunna utgå för kränkningar av de mänskliga rättigheterna i Europakonventionens mening.

Inställningen till rätten till ersättning för ideell skada åskådliggör skadeståndsrättens svårfångade rättskällebalans. Det finns inget i skadeståndslagen som säger att ideell skada *inte* kan ersättas i frånvaro av lagstöd. Grundprincipen, eller dogmen om man så vill, har sina rötter längre tillbaka än skadeståndslagen och hör till de gamla principer, liksom tredjemanssskadeprincipen, som lever vidare i rättskällornas skymningsland.

Grundprincipen att ideell skada inte ersätts utan lagstöd har dessutom sin utgångspunkt i en äldre skadebegreppsdistinktion mellan ideell och ekonomisk skada som är svår att förena med skadeståndslagens begreppsbildning, där skadebegreppen är personskada, sakskada, ren förmögenhetsskada och kränkning – och där de tre första skadetyperna samtliga kan medföra ersättning för såväl ekonomiska som ideella skador. I Lundgren-domen åsidosatte HD således dogmen om att ideellt skadestånd fordrar särskilt lagstöd.²⁸

Formellt tog HD avstamp i Europakonventionens artikel 13.²⁹ Artikel 13 framhåller att de nationer som underkastat sig konventionens regelverk har en skyldighet att tillhandahålla effektiva rättsmedel – juridiska verktyg för den individ som fått en konventionsskyddad rättighet kränkt.³⁰ Det innebär att den svenska rättsordningen under artikel 13 har en skyldighet att tillhandahålla juridiska instrument som den som blivit kränkt kan använda sig av för att söka upprättelse eller reparation. Sådana rättsmedel kan vara av olika slag; när det gäller långsam rättskipning i ett brottmål kan det vara tillräckligt att rättsordningen låter dröjsmålet påverka i påföljdsbestämningen, till exempel.³¹

28 I en mening finns det naturligtvis lagstöd i och med att Europakonventionen är svensk lag. Men Europakonventionen tillhandahåller inte i sig någon tillämplig regel för att utifrån konventionens regler utdöma skadestånd i ett nationellt system. Det finns emellertid en särskild artikel som handlar om hur Europadomstolen kan utdöma skadestånd vid kränkningar men den har just Europadomstolen i fokus och låter sig inte användas i en nationell rättstillämpning.

29 Se Friberg 2010, s. 502 ff. Se vidare SOU 2010:87, s. 139 ff.

30 Se om rättsmedelskravet Bernitz 2010, s. 821 ff., på s. 830 ff.

31 Se för en färsk dom på temat Högsta domstolens avgörande den 17 juni 2011 i B 193-10 (där en utdragen rättskipning påverkade påföljdsbestämningen i lindrande riktning). Jmf. Hans Danelius, Har svensk rätt ett effektivt rättsmedel mot långsam rättskipning?, i Festskrift till Bill Dufwa, Stockholm, 2005, s. 370 f. Det skall dock noteras att Danelius uppsats publicerades innan Lundgren-domen (se härom s. 368 f. i Danelius artikel).

I praktiken torde dock skadeståndet ofta vara det enda rättsmedel som de facto kan leda till en adekvat upprättelse som dessutom kan göras effektiv.³² Vidare är skadeståndsrätten flexibel och tillåtande när det gäller dynamisk utveckling, vilket också illustreras genom HD:s nyss diskuterade åsidosättande av det eljest allmänt omfattade kravet på särskilt lagstöd för skadestånd för ideell skada. Det är mot bakgrund av denna iakttagelse som skadeståndsrätten kommit att bli central för den svenska rättsordningens upprätthållande av kravet på effektivt rättsmedel och dessutom, i praktiken minst lika viktigt, tillskapandet av *nya* rättsmedel genom framför allt den utveckling som inleddes med NJA 2005 s. 462.

2.3.4 EFTER LUNDGREN-DOMEN

Lundgren-domen kom att utgöra startskottet för en intensiv relation mellan skadeståndsrätten och Europakonventionen. Efter att HD i NJA 2005 s. 726 kort efter Lundgren-domen ogillat ett käromål med hänvisning till att det krävs att tidsutdräkten är av viss omfattning för att skadeståndsskyldighet skall kunna komma ifråga under artikel 6 så kom HD att i en rad fall etablera skyddade skadeståndsrättsliga intressen med stöd i konventionens olika artiklar. I NJA 2007 s. 295 framhölls att artikel 5 i Europakonventionen liksom artikel 6 var skadeståndsrättsligt sanktionerad.³³ Samma år konstaterades att det också gäller för artikel 8, NJA 2007 s. 584.

Genom dessa fall och särskilt HD:s tydliga domskäl i det senare målet står det klart att Europakonventionens artiklar numera är förenade med en skadestånds-

32 Vad som krävs för att ett skadestånd skall vara ett effektivt rättsmedel ur Europakonventionens synvinkel är dock svårt att säga. Det finns dessutom en komplikation i själva frågeställningen. Frågan om en rätt till skadestånd är ett effektivt rättsmedel kan antingen formuleras utifrån statens ansvar i en Europakonventionsrättslig synvinkel: Är det skadestånd som utgår vid förtal i svensk rätt tillräckligt för att integritetsskyddet i konventionens artikel 8 skall anses förenad med ett effektivt rättsmedel? Formuleras frågan på ett sådant sätt så kan det måhända hävdas att ett skadestånd är ett effektivt rättsmedel så länge bara staten skulle "klara sig" vid en prövning i Europadomstolen om kränkning mot artikel 13. Men det finns även ett annat perspektiv, som bättre överensstämmer med den inställning som Europadomstolen givit uttryck för i Kudla mot Polen, vilken framhålles också i NJA 2005 s. 462, nämligen att prövningen av kränkningar mot Europakonventionen i högre grad måste inordnas i de nationella rättsordningarnas kontrollapparat. Frågan om huruvida ett skadestånd utgör ett effektivt rättsmedel skall med ett sådant perspektiv prövas utifrån en autonom men rättighetslojal prövning ur den nationella rättsordningens perspektiv. Den svenska domstol som skall bedöma om ett rättsmedel är effektivt måste ställa sig frågan: Vad krävs vid en självständig bedömning för att ett skadestånd skall kunna sägas utgöra ett effektivt rättsmedel för kränkningar mot konventionens skyddade rättigheter? Det är en helt annan fråga än frågan om skadeståndet är så pass lågt eller på andra sätt svagt att det kan medföra att den svenska staten skulle fällas för kränkning av artikel 13 i Strasbourg. Det innebär också att Europadomstolens bedömningar generellt inte bör tillåtas påverka i inskränkande mening. Ur ett engelskt perspektiv har liknande reflektioner framförts i Jason N. E. Varuhas, *A Tort Based Approach to Damages under the Human Rights Act 1998*, *Modern Law Review* 2009, s. 750 ff.

33 Se Mårten Schultz, *Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst*, JT 2007-08, s. 140 ff.

rättslig sanktion när det gäller statens ansvar gentemot enskilda.³⁴ Det gäller alltså även för den allmänna integritetsskyddsregeln i artikel 8.

2.3.5 KOMMUNERS ANSVAR

I svensk skadeståndsrätt brukar statens och vissa andra offentliga organs ansvar betraktas ur ett helhetsperspektiv. Skadeståndslagens ansvarsregler talar således om ansvaret för ”det allmänna”, med vilket förstås staten och kommunerna samt de myndigheter som lyder under dessa. En liten kommuns skadeståndsansvar behandlas således i samma regler i skadeståndslagen som statens ansvar.

HD konstaterade i NJA 2009 s. 463 att den enhetliga inställningen till det allmänna som skadeståndslagen intar också skall gälla för skadeståndsansvar under Europakonventionen. Genom avgörandet står det klart att även kommuner kan bli skadeståndsskyldiga för att inte ha iakttagit de krav som Europakonventionen ställer. Detta avgörande innebär att HD menar att Europakonventionen kan ge upphov till förändringar av rättsläget i svensk skadeståndsrätt, men där de svenska reglerna är mer förmånliga än de förändringar som konventionen kan anses motivera så skall de svenska reglerna gälla.

HD valde härmed den för de skadelidande mest förmånliga tolkningen att även kommuner kan ansvara direkt på konventionsgrund. En utsträckt tolkning av detta innebär att analysen växelvis kan ta intryck av Europakonventionens (och Europadomstolens) praxis och svensk praxis på så sätt att den mest förmånliga standarden i respektive system bör användas. Det är i linje med tanken om att Europakonventionen enbart tillhandahåller en minimistandard.³⁵ Europakonventionen – och den praxis som utvecklats i Europadomstolen – bör inte tillämpas på ett sätt som inskränker rättigheter som ställs upp i nationell rätt.

2.3.6 DET ALLMÄNNAS ANSVAR FÖR INTEGRITETSKRÄNKNINGAR

Genom den ovan beskrivna rättsutvecklingen har HD gjort klart att Europakonventionen är skadeståndssanktionerad, när det gäller relationer mellan

34 Se Philip Mielnicki, *Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?*, JT 2008-09, s. 357 ff.

35 Att konventionen skall betraktas som en minimistandard har aktualiserats i debatten om ersättningsnivåerna vid långsam handläggning (där HD nyligen tagit ställning genom NJA 2009 s. 70). Se för ett uttryck för synsättet att i detta sammanhang Europakonventionen måste betraktas som en minimistandard Clarence Crafoord, *Justitiekanslern, gör om och gör rätt! Kommentar till Magnus Hermansson angående ersättningsnivåerna vid kränkningar av rätten till rättegång inom skäligen tid*, ERT 2/2008, s. 534 ff., på s. 540. Angående ersättningsnivåerna kan hänvisas till SOU 2010:87, s. 400 ff.

enskilda och det allmänna.³⁶ Det innebär att även integritetsskyddet, som en abstrakt rättighet, är förenad med ett rättsmedel i formen av en rätt till skadestånd. Denna form av integritetsskydd gäller privatlivet i stort, men fångar också in s.a.s. informationsintegriteten (informationsinhämtning och informationshantering rörande privata uppgifter).

2.3.7 INTERPRIVATRÄTTLIGT ANSVAR UNDER EUROPAKONVENTIONEN

Det allmänna kan således bli skadeståndsskyldigt för kränkningar av Europakonventionen, såväl staten som kommunerna. En annan fråga är om även privaträttsliga rättssubjekt kan bli skadeståndsskyldiga på samma grund. Det finns ännu bara ett avgörande och det tycks tala emot en sådan horisontell tillämpning av konventionen.

I NJA 2007 s. 747 hade en privatperson yrkat ersättning från ett försäkringsbolag. Bakgrunden var att försäkringsbolaget hade betalat ut försäkringsersättning till personen som ansågs fullständigt arbetsförmögen. Bolaget fick misstankar om att personen i realiteten inte var så skadad som hon uppgivit och lät därför utföra en undersökning, varvid försäkringstagaren i hemlighet filmades i privata sammanhang. Undersökningen lades till grund när försäkringsbolaget ändrade sitt beslut att utge ersättning. Försäkringstagaren yrkade därför skadestånd från bolaget under påståendet att de oönskade filmningarna utgjorde en kränkning av hennes privatliv som skyddas i artikel 8 i Europakonventionen och att integritetsintrånget borde berättiga henne till skadestånd. Yrkandet grundades rättsligt på just Europakonventionen, eftersom smygfilmningar av det aktuella slaget inte är kriminaliserade i svensk rätt (vilket innebär att kränkingsersättning på skadeståndslagens grund inte var möjlig). HD ogillade käromålet och framhöll bl.a. att allmänna förutsebarhetshänsyn talade emot att utvidga det interprivaträttsliga skadeståndsansvaret på detta sätt.³⁷

HD:s avgörande kan tolkas som att rättstillämpningen helt stängt dörren för skadeståndskrav mot privaträttsliga subjekt baserade på Europakonventionen.

³⁶ Mot bakgrund av domstolarnas utvecklande av en rättighetsbaserad skadeståndsrätt beslutade regeringen våren 2009 att tillsätta en utredning som skulle undersöka förutsättningarna för en kodifiering av den nya skadeståndsrätten. Utredningen lade i slutet av 2010 fram sitt betänkande: Skadestånd och Europakonventionen (SOU 2010:87). Remissinstanserna var överlag positiva, men utredningen har när detta skrivs ännu inte lett till några ytterligare åtgärder från regeringen.

³⁷ Frågan är om detta över huvud taget skulle kunna anses utgöra en kränkning även om anspråket hade riktats mot staten. I Europadomstolsfallet *Verliere mot Schweiz* (dom den 28 juni 2001) var omständigheterna snarlika dem i NJA 2007 s. 747. En försäkringstagare hade låtit övervaka en kvinna som begärt försäkringsersättning för att kontrollera hennes skador. Övervakningen ansågs inte utgöra en kränkning eftersom syftet var legitimt. Se härvid även SOU 2008:3, s. 77 f.

Det framstår dock som en övertolkning, även om avgörandet säkert (och korrekt) kommer att tolkas som en indikation på en restriktiv inställning till att grunda skadeståndsskyldighet för enskilda på Europakonventionens rättighetskatalog. På sikt kan den restriktiva inställningen ifrågasättas.

3. INTEGRITETSSKYDDET GEMEMOT ENSKILDA

Om utvecklingen av en civilrättsligt sanktionerad Europakonvention åtminstone teoretiskt inneburit att det finns ett rättsmedel för integritetskränkningar av det slag som utgör ämnet för denna artikel ligger det annorlunda till när det gäller kränkningar av enskilda, vare sig dessa är privatpersoner, organisationer eller företag (t.ex. mediebolag). I relationerna mellan enskilda är skyddet inte sällan svagt, dessutom är de integritetsskyddsregler som finns svåröverskådliga och systematiskt disharmoniska.

Rätten till ett privatliv löper samma risk som andra rättigheter att hamna mellan två stolar. I rättsordningens systematiska fördelning av arbetsuppgifter har traditionellt relationerna mellan enskilda och det allmänna reglerats i den offentliga rätten. Relationerna mellan enskilda faller däremot i det privaträttsliga facket. Uppdelningen är förstås inte så grovhuggen vid närmare betraktelse: Rättsordningen sörjer för skyddet för enskildas rättigheter mot andra enskilda i viktiga avseenden genom att samhället utkräver ansvar av den som kränker någon annan, straffrättsligt eller på andra sätt. Men när det gäller enskildas möjligheter att själva tillvarata sina rättigheter är det framför allt privaträtten som tillhandahåller ett regelverk. Helt centralt i detta regelverk är civilrättens ansvarsnormer: Den som får sina rättigheter kränkta skall själv kunna utkräva ansvar i domstol från den som kränkt.

Olika rättighetsskyddande normer har olika funktioner – och olika temporalt fokus. Straffrätten och andra sanktionssystem i den offentliga rätten skyddar enskilda från rättighetskränkningar genom att försöka påverka incitamenten för den som potentiellt kan antas kränka någon: Sanktionshotet antas verka avskräckande.

Civilrättens ansvarssystem är i grunden annorlunda konstruerat. Det är *reaktivt* – det tillhandahåller regler efter att en kränkning inträffat. Det ger den enskilda tillgång till *ett eget rättsmedel* – den enskilda förfogar själv över möjligheten att utkräva ansvar.³⁸ Det syftar till *upprättelse för den kränkta* – det är återställandet av den drabbade som står i fokus.

38 Nu finns det förstås en möjlighet för enskilda att driva åtal under vissa omständigheter men det kan i sammanhanget betraktas som en undantagsmöjlighet.

För den enskilda är det civilrättsliga ansvarssystemet många gånger den enda realistiska möjligheten för offret att få upprättelse från den som har ansvar för kränkningen. Det finns härvid ett betydelsefullt samspel mellan de rättighetsnormer som i första hand riktar sig mot det allmänna och de privaträttsliga remedierna. Europakonventionen kräver av den nationella rätten, det svenska rättssystemet, att det skall finnas rättsmedel som den enskilda kan använda till skydd för sina rättigheter.³⁹ Inte nog med det, konventionen kräver dessutom *effektiva* rättsmedel. Rättsordningen måste med andra ord innehålla lämpliga rättsliga instrument som vi som individer kan använda oss av när våra rättigheter blivit kränkta.

När det gäller skyddet för privatlivet innehåller ”vanlig” svensk rätt ett antal disparata normer som kan ge oss rätt till upprättelse i någon form. Inte bara är dessa regler disparata, de anses i den rättsliga kategoriseringen, vilket mer eller mindre tas för givet i de flesta juridiska sammanhang, höra till helt olika delar av det rättsliga systemet vilket gör reglerna svåröverskådliga.

3.1 RÄTTEN ATT FÅ VARA IFRED OCH CIVILRÄTTENS RÄTTSMEDEL

Vad finns det då för regler som kan ge effektiva rättsmedel som en enskild kan använda gentemot andra enskilda i de fält som denna artikel behandlar? Egentligen finns det inte så många regler som tar sikte på privatlivsskyddet som sådant. För den digitala miljön finns det som nämnts en särskild *personuppgiftslag*, som också innehåller civilrättsliga remedier.

Därtill finns den allmänna möjligheten att erhålla *skadestånd för kränkning* vid brottslig gärning.⁴⁰ Denna möjlighet förutsätter dels att kränkningen faller inom vissa brottsliga kategorier och dels att kränkningen är ”allvarlig”. Kopplingen till brottsbalkens regler innebär att det i första hand är de fysiska kränkningarna som omfattas (med undantag för ärekränkingsbrotten som behandlas särskilt strax nedan), men det finns en del regler som mer direkt tar sikte på privatlivet. I brottsbalkens kapitel om brott mot frihet och frid finns vissa normer som ger skydd för angrepp på den privata sfären – intrång i förvar, olovlig avlyssning och dataintrång – samt den mer klassiska regeln om skydd för postförsändelse som utvidgats till att också omfatta elektronisk kommunikation. Dessa regler kan understundom medföra en rätt till ersättning för ett brottsoffer, men det förutsätter att brottet når upp till den ribba som sätts av kravet på allvarlighet.

³⁹ Artikel 13 lyder: “Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.”

⁴⁰ Jmf. 2 kap. 3 § skadeståndslagen.

Indirekt kan ett civilrättsligt skydd för privatlivet uppnås genom att ett fysiskt agerande som föregår ett intrång i vad vi kan kalla för informationsintegriteten, kan ge tillgång till civilrättens sanktionsinstrument. Om jag fysiskt trycker upp en kamera i ansiktet på någon kan jag (understundom) ådra mig skadeståndsskyldighet för kränkning (och straffansvar) för det ofredandebrott jag gjort mig skyldig till. Men privatlivet i sig – rätten att slippa insyn i privata situationer och att kunna kontrollera privat information – faller i det stora hela utanför skyddet.

Fläckvis finns därtill särskilda rättsmedel. När privat information används för *kommersiella ändamål* är situationen för offret på vissa områden starkare.⁴¹ Det finns en särskild liten lag som kan ge en rätt till ersättning om någon använder sig av identifierbara personers namn eller bild i reklamsammanhang.⁴² Andra immaterialrättsliga regleringar kan också innefatta ett privatlivsskydd. Dessa regler fångar emellertid inte in det berättigade intresset av att få vara ifred från insyn eller av att kunna kontrollera viss information om sin person i sin helhet. I praktiken är det reglerna om ärekränkning, särskilt förtal, som får bära en stor del av bördan.

3.2 ÄREKRÄNKNING, GREVEN OCH TJUVJAKTEN

”Ära”, ”ärekränkning”, ”heder”. Orden har en konservativ klang.⁴³ Det finns något arkaiskt över skyddet för ”äran”. Det påminner om svunna tider med adelsnamn som omgärdades med sträng varumärkesvård och en (inte sällan akademisk) överklass fixering vid att säkra sina eftermälen. Men reglerna om ärekränkning har genomgått en modernisering.

Klassiska ärekränkingsbrott såsom kränkande av främmande makt och missfirmelse mot kunglig person, riksdagen eller tjänsteman har blivit rättshistoria.⁴⁴ De kvarvarande ärekränkingsbrotten, med därtill knutna civilrättsliga sanktioner, har däremot visat sig anpassningsbara till informationsålderns krav. Inte bara det, ärekränkingsreglerna har använts för att i praktiken skydda även andra intressen än ”äran”.

41 En möjlighet som ibland framhålls är att integritetsskyddet skall kunna stärkas genom att man betonar det ekonomiska värdet av personlig information. I en skadeståndsrättslig kontext skulle det kunna innebära att privatlivsskyddet stärks inom den kommersiella skadeståndsrätten. Se för en genomgripande analys av dessa frågor mot komparativrättslig bakgrund Hugh Beverley-Smith, Ansgar Ohly och Agnès Lucas-Schloetter, *Privacy, Property and Personality*, Cambridge, 2005.

42 Se lag (1978:800) om namn och bild i reklam.

43 Alvar Nelson ger en gedigen rättshistorisk överblick i *Rätt och ära*, Uppsala, 1950, s. I ff. (cit. Nelson 1950).

44 Jmf. Nelson 1950, s. 285 ff.

Brottsbalkens ärekränkingsregler omfattar förutom förtal även förolämpning och en särskild norm för förtal av avliden. Till ärekränkingsbrotten anses understundom även andra regler höra, åtminstone ur ett civilrättsligt perspektiv (d.v.s. handlingarna anses utgöra brott mot ära i den innebörd som skadeståndslagens kränkingsregel ger brottskategorin): falskt och obefogat åtal, falsk och obefogad angivelse samt falsk och vårdslös tillvitelse anses utgöra brott mot ära i skadeståndslagens mening.⁴⁵

Det är emellertid förtal som utgör nyckelregleringen. Förtalsregeln i 5 kap. 1 § brottsbalken har följande lydelse: ”*Den som utpekar någon såsom brottslig eller klandervärd i sitt levnadssätt eller eljest lämnar uppgift som är ägnad att utsätta denne för andras missaktning, dömes för förtal till böter.*”

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

Det skyddade intresset i regeln är primärt det potentiella offrets rykte. Det är skyddet för vad andra kan anse om brottsoffret som utgör regelns kärna, inte offrets egna upplevelser eller känslor. Privatlivet som sådant är således inte föremålet för skyddet med en snäv läsning.

3.3 ASPEKTER AV FÖRTALSANSVARET

3.3.1 SPRIDNING

Ärekränkingsansvaret är knutet till *spridandet av uppgifter*. Ansvar förutsätter således inte att man är upphovsman till de uppgifter som sprids. Om det är kränkande lögnery som sprids i ett e-mail kan såväl den som skrivit det ursprungliga e-målet och skickat det, och de personer som tagit emot meddelandet och sedan vidarebefordrat det, hållas ansvariga.

3.3.2 IDENTIFIERBARHET

Den som förtalas måste vara *identifierbar*. Vad det innebär är inte helt klart. I NJA 1987 s. 285 ansågs förtal föreligga mot en polis som anklagades för att ha dödat en person. I avgörandet resonerades kring att polisen namngavs, vilket har tolkats som en indikation på att det troligen inte hade varit straffbart att framföra samma uppgifter om polisen inte nämnts vid namn.⁴⁶ Som utgångspunkt

⁴⁵ Se Bertil Bengtsson och Erland Strömbäck, Skadeståndslagen, Internetupplagan, kommentar till 2 kap. 3 §.

⁴⁶ Se för denna tolkning Hans-Gunnar Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, Stockholm, 2012, s. 93 (cit. Axberger 2012).

torde det krävas att uppgifterna kan knytas till en *fysisk* person. Baktalande av företag och grupper kan inte föranleda ansvar för förtal i svensk rätt.⁴⁷

Kopplingen till en identifierbar fysisk människa är inte oproblematisk i informationsåldern. Ett etablerat digitalt alias kan vara en lika viktig aspekt av en människas personlighet som ett vanligt namn knutet till en fysisk kropp. Mäniskor, vissa mer än andra, skapar sig idag digitala liv, och fyller dessa liv med ett innehåll som för många är meningsfullt och för vissa mer meningsfullt än den fysiska världen (eller som den ibland kallas: köttvärlden). En ärekränkning av en pseudonym kan i vissa sammanhang därmed vara lika skadlig som en ärekränkning av en fysisk person.

3.3.3 NEDSÄTTANDE

Uppgifter kan enbart innebära förtal om de är nedsättande. Bedömningen av om en uppgift är nedsättande skall göras utifrån den kontext som den utpekade personen befinner sig i. Att den som sprider uppgiften inte själv anser att uppgiften är nedsättande befriar inte från ansvar.

På samma sätt behöver inte uppgiften uppfattas som nedsättande av människor i största allmänhet, utan bedömningen får göras kontextuellt: att offentligen bli beskylld för att vara ateist ger olika effekter om det sker i ett kloster jämfört med ett möte för socialister.

I det s.k. Schyman-målet NJA 2003 s. 567 behandlade HD uppgifter i en artikel och en löpsedel från Expressen, där den senare hade texten (enligt HD:s dom): ”Gudrun Schyman spelar in EROTISK FILM med sin ex-man. ”MAN SKA BLI KÅT””. I sammanhanget ansågs uppgifterna ge intrycket av att dåvarande partiledaren Schyman medverkat i en pornografisk film – vilket inte var fallet – och uppgifterna ansågs ägnade att utsätta partiledaren för andras missaktning. När det gäller frågan om kontexten för bedömningen av vilka som är de andra som kunde tänkas missakta, gjorde HD följande principiella uttalanden:

47 Ekonomiskt förtal är det uttryck som brukar användas för när någon förtalar en kommersiell aktör, framför allt av företag. I många länder kan sådant förtal ge upphov till ansvar, framför allt genom att den som förtalar kan bli ersättningskyldig för den skada som de kränkande uppgifterna medför. Möjligheten att ansvara för ekonomiskt förtal har i Sverige varit ett rött skynke i den svenska diskussionen. Aversionen mot ansvar för förtal mot företag hänger samman med den svenska yttrandefrihetstraditionen. Att tvingas ansvara för sina ord, när de orsakar skada, riskerar att få en avkylande effekt på yttrandefriheten, menar de som är kritiska mot sådant ansvar. Se vidare Gunnar Persson, *Ekonomiskt förtal*, Stockholm, 2005. För en spännande redogörelse för hur regler om ekonomiskt förtal kan innebära ett yttrandefrihetsproblem, se Naomi Klein, *No Logo*, New York, 2000, s. 387 ff. (Det s.k. McLibel-målet rörande McDonalds.)

”Ofta sägs att utgångspunkten för bedömningen av om en uppgift i det konkreta fallet är ägnad att utsätta någon för andras missaktning skall vara de sociala värderingarna på den berördes ort och inom hans egen samhällsgrupp eller personkrets. Vad som då avses är att det för förtalsansvar är tillräckligt att en uppgift är nedsättande för en persons anseende i de särskilda kretsar som han tillhör. Det krävs inte att uppgiften är nedsättande enligt en allmänt rådande eller i samhället i dess helhet förhärskande uppfattning. En sådan allmän uppfattning är dock i princip också tillräcklig för ansvar även om undantag kan gälla när den utpekade och/eller de kretsar som denne tillhör är av motsatt uppfattning.”

Rena värdeomdömen anses inte kunna utgöra förtal. Om jag säger att jag anser att en viss politiker är en äcklig och ful människa är det ett värdeomdöme som inte kan medföra ärekränkningsansvar. Om jag däremot säger, för att ta det tydligaste exemplet, att samma politiker är en brottsling, så är jag inne på ärekränkningarnas område. Huruvida en uppgift är sann eller falsk är inte avgörande för om den skall anses nedsättande. Att sprida sanningar kan utgöra förtal. På samma sätt kan det utgöra förtal att sprida uppgifter som uppenbarligen är falska.

I NJA 1994 s. 637, det förmodligen mest kända prejudikatet rörande ärekränkning i tryckta medier, behandlade HD en situation där ett antal kända personer monterats in i bilder med pornografiskt innehåll, utförandes den typ av aktiviteter man förväntar sig skall förekomma i pornografiska tidningar samt i något avseende mer ovanliga aktiviteter. Publiceringen skedde i en tidning som hette Svenska Hustler.⁴⁸ Bilderna var förenade med viss bildtext, även den av pornografiskt slag, och ordet ”satir”. Trots att det var tydligt att bilderna inte återspeglade verkliga förhållanden fann HD att förtal förelåg:

”Det aktuella reportaget, som har rubriken ”En smygtitt i kändisarnas hemliga fotoalbum”, innehåller fotomontage där målsägandena

48 Svenska Hustler var en svensk utgåva av den likaledes hårdpornografiska amerikanska tidningen Hustler. Amerikanska Hustler har kommit ut sedan 1974 under ledning av Larry Flynt. Flynt har genom åren gjort sig känd, förutom som pornograf, också för sin politiska gärning – Hustler har utgjort en vänsterröst i det amerikanska politiska landskapet, med udden mot republikanerna och kristna traditionalister. Flynts historia är intressant ur ett svenskt yttrandefrihetsperspektiv, eftersom utgången kontrasterar med det svenska Hustler-målet. I Supreme Court-avgörandet *Hustler Magazine v. Falwell* (485 U.S. 46 (1988)) vann Flynt och tidningen ett tryckfrihetsmål rörande uppgifter publicerade i tidningen om predikanten Jerry Falwell med innebörden att Falwell hade haft incestuösa relationer med sin mor. Rättegången dramatiserades i filmen *The People v. Larry Flynt* av Milos Forman (1996).

förekommer i sexuella situationer genom att deras ansikten fogats samman med andra personers kroppar. Det kan i och för sig lätt konstateras att bilderna inte är autentiska. Bilderna med tillhörande textvinjetter kan emellertid förmedla intrycket att målsägandena är sådana "kändisar" som enligt den inledande texten är sexuellt lössläppta och perversa. Särskilt i förening med reportaget i övrigt måste bilderna anses ägnade att utsätta målsägandena för andras missaktning.⁴⁹

3.3.4 FÖRSVARLIGHET

Även om förutsättningarna för förtalsansvar föreligger kan den som spridit uppgifterna undgå ansvar om hon hade en skyldighet att lämna uppgiften (t.ex. en tjänsteman som lämnar ut en allmän handling innehållande kränkande uppgifter) eller om det var *försvarligt*.⁵⁰

HD har i NJA 2003 s. 567 framhållit att försvarlighetsprövningen när det gäller ärekränkingspåståenden mot grundlagsskyddade medier skall väga samhällets intresse av en granskande journalistik och nyhetsförmedling mot intresset att skydda den enskilde mot att genom kränkande uppgifter utsättas för andras missaktning. Offentliga personer får därvid räkna med att bli utsatta för en mera närgången och kritisk granskning bl.a. från företrädare för massmedierna än vad som gäller för enskilda personer utan publika uppdrag.

Om det är försvarligt att sprida en nedsättande uppgift krävs därutöver också att den som ansvarar för spridningen kan visa att uppgiften antingen var sann eller att det på andra grunder var skäligt.⁵¹ I Schymans fall var det i och för

49 Domen har framför allt tilldragit sig intresse för skadeståndsbestämningen. HD tilldömde de kränkta personerna 100 000 kr vardera i skadestånd med följande motivering: "I fråga om skadeståndens storlek bör till en början beaktas att fotomontagen med åtföljande text fått stor spridning och åstadkommit betydande obehag för målsägandena. Effekten har förstärkts av att målsägandena är välkända personer, för vilka det finns ett stort intresse hos allmänheten. Redan av dessa skäl är det motiverat att de tillerkänns betydande skadestånd för lidande och som upprättelse för den oförrätt de utsatts för. Härtill kommer att det med hänsyn till brottens karaktär och de ekonomiska överväganden som kan antas ha legat bakom publiceringen finns skäl att bestämma skadestånden på en så hög nivå att de också kan väntas verka preventivt och sålunda bidra till att förebygga fortsatt publicering av samma art i framtiden."

50 Se t.ex. tryckfrihetsmålet RH 2008:60. En lokalt känd journalist och företagare hade genom en hemsida förmedlat kontakt mellan kvinnor i Uzbekistan och svenska män. En tidning hade publicerat en insändare som bl.a. innehöll uppgift med innebörden att förmedlingsverksamheten var att jämställa med människohandel. Trots att insändaren varit ägnad att utsätta företagaren för andras missaktning ansågs det försvarligt med hänsyn till intresset av att fritt få framföra kritiska åsikter om förmedlingsverksamheten.

51 I RH 2002:39 fann Svea hovrätt i ett tryckfrihetsmål att det var försvarligt att peka ut en person som Olof Palmes mördare, eftersom det hade ett betydande allmänintresse och det fanns

sig försvarligt med hänsyn till det allmänna intresset att lämna uppgift om att partiledaren medverkat i en pornografisk film, men ansvar förelåg ändå eftersom uppgiften var falsk och det saknades därtill skälig grund för den. I NJA 1994 s. 637 konstaterade HD bara helt kort att det var uppenbart att det inte var försvarligt att lämna uppgifterna ifråga, d.v.s. bildmontagen, trots att utgivaren möjligen kan ha satt förhoppningar till att ordet ”satir” skulle fungera som en friskrivning.

3.3.5 RÄTTENS SYSTEMATIK

Reglerna om förtal spänner över flera rättsområden. Den allmänna bestämmningen av förtalsbrottet ges i brottsbalkens regel. Denna utgör även utgångspunkten för den skadeståndsrättsliga bedömningen och får följeffekter även på andra rättsområden. När det gäller skadeståndsansvar kan de särskilda reglerna i skadeståndsrätten medföra särskilda avvägningar.⁵²

3.4 FÖRHÅLLET TILL YTTRANDEFRIHETEN

Det yttrandefrihetsrättsliga regelverket har särskild betydelse vid förtal när ärekränkande uppgifter förekommit i medier som faller under de särskilda grundlagarna på området.⁵³ Yttrandefrihetens *exklusivitetsprincip* innebär att de ansvarsfrågor som kan aktualiseras i de sammanhang som täcks av tryckfrihetsförordningen (nedan TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (nedan YGL) aktualiseras endast om det framgår av grundlagarna att så kan ske.⁵⁴

Det finns därvid ett krav på *dubbelkriminalisering*. Det krävs dels en ansvarsregel i den särskilda grundlag som reglerar det medium vari den påstått ärekränkande uppgiften förekommit, dels en ansvarsregel i vanlig strafflag. Brottsbalksregeln motsvaras i TF av regeln i 7 kap. 4 §, p. 14 (som YGL hänvisar till genom 5 kap. 1 §).

Ansvarsregleringen är särpräglad på yttrandefrihetens område. Bland de särskilda förutsättningarna kan nämnas reglerna om ensamansvar (vilka innebär att ansvaret för t.ex. förtal allokeras till ett särskilt ansvarssubjekt, såsom en ansvarig utgivare), den särskilda processordningen (som bl.a. kan inkludera prövning av tryckfrihetsjury) och uppsåtspresumtionen (som innebär att ett skälig grund för uppgiften. (För egen del finner jag inte hovrättens bedömning i det senare ledet särskilt övertygande.)

52 Se t.ex. NJA 1990 s. 231 i vilket en lagman som i tjänsten förtalat en person på ett oförsvarligt sätt undgick skadeståndsskyldighet med stöd av skyddsregeln för arbetstagare i 4 kap. 1 § skadeståndslagen (som kräver synnerliga skäl för skadeståndsansvar).

53 En när detta skrivs färsk översikt över dessa frågor är Axberger 2012, särskilt på s. 92 ff.

54 Se för en genomgripande och historisk analys av exklusivitetsprincipen Gunnar Persson, Exklusivitetsfrågan, Stockholm, 2002.

ansvarssubjekt, t.ex. en utgivare, inte kan undgå ansvar genom att hävda att hon inte kände till uppgiften).⁵⁵

Yttrandefrihetens särskilda ansvarsreglering omfattar även det civilrättsliga ansvaret. Det finns särskilda begränsningar i möjligheten (11 kap. TF resp. 8 kap. YGL) att erhålla skadestånd för skada som medierna vållat inom ramen för grundlagarnas skydd på så sätt att det krävs ett tryckfrihets- eller yttrandefrihetsbrott. Denna skadeståndsrättsliga begränsning är inte självklar och möjligen inte heller tillräckligt analyserad. Den avgörande skillnaden mellan å ena sidan förutsättningarna för det allmännas ansvarsutkrävande och å andra sidan privaträttens balanserande mellan två rättssubjekts motstående intressen av frihet respektive trygghet är styvmoderligt behandlad i såväl lagstiftningssammanhang som den rättsvetenskapliga litteraturen på området.⁵⁶

3.5 I FÖRTALSANSVARETS GRÄNSLAND

Behovet av en fredad zon, av ett privatliv utan insyn och att kunna kontrollera information av privat karaktär, är ämnet för denna artikel. Ärekränkingsreglerna kan bidra till att hålla privatlivet fredat, när någon sprider uppgifter, t.ex. sådana uppgifter som hör till den privata sfären. Det förutsätter att uppgifterna kan vara ägnade att utsätta personen för andras missaktning. I åtskilliga fall kan det inte anses kränkande i denna mening att sprida uppgifter ur någons privatliv – fotografier, filmer – trots att det kan uppfattas som djupt integritetskränkande för den som drabbas.

I NJA 1992 s. 594 tänjde HD på förtalsregeln för att åstadkomma ett skydd för åtminstone vissa av dessa situationer. En man hade filmat ett samlag mellan honom själv och en kvinna. Kvinnan var ovetande om att det sexuella umgänget filmades. Mannen visade filmen för andra. HD konstaterade att det inte fanns något generellt förbud mot att filma en enskild person eller för andra visa en film där en enskild person förekommer, trots att ett sådant förfarande i vissa fall kan vara djupt integritetskränkande för den berörda personen. Det innebär, konstaterade HD, att frånsatt mera speciella situationer (som då en film utan samtycke utnyttjas i kommersiell reklam), att det enda

⁵⁵ Angående ensamansvar och ansvarssubjekt, se Hans-Gunnar Axberger, *Yttrandefrihetens gränser*, Stockholm, 1984, s. 112 ff. och om uppsåtspresumtionen samma arbete på s. 97 ff. samt NJA 1991 s. 155 (krogkungen som blev kallad knarkkungen på löpsedel). Angående processordningen, se Axberger 2012, s. 167 ff. (om rättegången som sådan s. 180 ff.).

⁵⁶ För att ta ett exempel: i den senaste omfattande utredningen på området – SOU 2012:55: *En översyn av tryck- och yttrandefriheten* – förekommer ingen diskussion om det kan finnas utrymme att stärka de privaträttsliga rättsmedlen utan att för den skulle peta i brottskatalogen. Beskrivningen av skadeståndsrätten som ett balanserande mellan frihet och trygghet diskuteras i Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law*, Cambridge, 1999, s. 6 ff.

skydd rättsordningen tillhandahöll för den drabbade var reglerna om straff för ärekränkning i 5 kap. brottsbalken, samt den därtill knutna skadeståndsregeln för kränkning (som då reglerades i paragrafen om lidande i 1 kap. 3 § skadeståndslagen). Frågan var om de uppgifter som filmen ansågs förmedla kunde anses ägnade att utsätta kvinnan för andras missaktning. HD uttalade därvid följande:

”Den videofilm som F.J. visat för andra personer lämnar uppgifter om att J.M. haft samlag med honom och om hur samlaget genomfördes. Dessa uppgifter kan inte i och för sig anses nedsättande för henne. Den som ser filmen får emellertid lätt det felaktiga intrycket att J. kände till att samlaget filmades. Slutsatsen ligger då också nära till hands att hon inte hade något emot att filmen visades för andra. Den bild av J. som filmen sålunda förmedlar måste anses nedsättande för henne, vilket bekräftas av de reaktioner och attityder som hon mött i sin omgivning sedan filmen vid olika tillfällen visats för andra. De uppgifter som genom visningen av filmen lämnats om J. har alltså varit ägnade att utsätta henne för andras missaktning. F. har därför gjort sig skyldig till förtal.”

Det här är förstås ett avigt resonemang.⁵⁷ Uppgifter om att någon har sex med någon är inte i sig nedsättande, inte ens om uppgifterna sprids genom en film som någon i smyg tagit av samlaget. Den smygfilmade kan inte anses förtalad genom filmvisningen som sådan. Däremot kan det anses nedsättande om filmen ger intryck av att den som var med på filmen var med på att filmen visades. I brist på allmänna privatlivsregler nödgades domstolen töja på förtalsregeln för att åstadkomma ett skydd för den smygfilmade. Att använda sig av regeln om förtal för att skapa ett skydd för integriteten i sådana här situationer får emellertid effekter på olika sätt. En effekt är t.ex. att den som faller offer för brottsligheten inte omfattas av det statliga brottskadeersättningsystemet, som inte täcker ärekränkingsbrotten.⁵⁸

3.6 SÄRSKILT OM FÖRTAL PÅ INTERNET

3.6.1 INTET NYTT UNDER SOLEN (FÖRUTOM ATT FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR MÄNSKLIG INTERAKTION FÖRÄNDRATS I GRUNDEN)

Grundinställningen till informationssamhällets inträde har i svensk rätt varit att det inte finns något med Internet som ur normativ synvinkel är nytt. Vissa ansvarsregler har införts genom lagar med särskilt fokus på elektronisk

⁵⁷ Jmf. även NJA 2008 s. 946.

⁵⁸ Se om dessa frågor Märten Schultz, *Framtidens brottskadeersättning*, SvJT 2012, s. 591 ff., särskilt på s. 600 ff.

kommunikation, men i det stora hela har svensk rätt förlitat sig på de sedan tidigare etablerade lösningarna för att tillhandahålla rättsmedel för den som upplever att en privatlivskränkning ägt rum.

Kränkningar på Internet utgör idag närmast en egen disciplin. Möjligheten till anonym massspridning innebär att kränkande uppgifter på kort tid kan få global spridning, med långt värre skaderisker för offret än vad tidigare tekniker medförde. Riskerna blir särskilt tydliga i nya medier, inte minst sociala medier som kommentarsfält, bloggar, Twitter och Facebook som inte omfattas av de särskilda grundlagsregleringarna. Ännu har inga sådana fall varit föremål för HD:s prövning men några iakttagelser kan göras kring två tekniker: Bloggar och Twitter.

3.6.2 BLOGGAR

En blogg, enligt Wikipedia, ”innehåller periodiskt publicerade inlägg och/eller dagboksanteckningar på en webbsida där inläggen är ordnade så att de senaste inläggen oftast är högst upp”.⁵⁹ I praktiken använder sig de flesta bloggare av vissa tjänster, som Wordpress eller Blogger, för att konstruera en egen webbplats som sedan fylls med innehåll. Tjänsteleverantörerna tillhandahåller plattformen för kommunikationen men tar i allmänhet inget ansvar för innehållet (även om de flesta leverantörer i och för sig ställer upp begränsningar i sina användarvillkor vilket kan leda till att en blogg stängs av om reglerna inte uppfylls). Den som är ansvarig i praktisk mening för innehållet i bloggen är därmed dess innehavare eller moderator.

En blogg kan ansöka om ett utgivningsbevis hos Myndigheten för radio och tv enligt reglerna i YGL. Om ett utgivningsbevis utfärdats faller bloggen under de särskilda ansvarsreglerna i grundlagen. De flesta bloggar faller idag dock under de allmänna reglerna. Det innebär att den som lämnar ärekränkande uppgifter på sin blogg kan ådra sig ansvar enligt den vanliga förtalsregeln.

3.6.3 KOMMENTARSFÄLT

En speciell aspekt av bloggtekniken är att en innehavare inte bara har möjlighet att själv kommunicera. Ofta innehåller bloggen ett kommentarsfält. I en rad underrättsfall har domstolarna tagit ställning till vem som ansvarar för ärekränkande uppgifter som förekommit i kommentarsfälten.⁶⁰

⁵⁹ <http://sv.wikipedia.org/wiki/Bllogg> (kontrollerad 2012-10-23).

⁶⁰ I Norrköping tingsrätts dom 2010-06-11, mål nr. FT 3783-09 skriver domstolen (s. 3): ”I målet är ostridigt att den text som funnits som en kommentar på W:s blogg innefattar ett förtalsbrott av T. Som modererare av kommentarer på sin blogg har W ett ansvar även för innehållet i kommentarerna. Det han uppgett om att andra kan ha godkänt kommentaren är inte något som fråntar honom detta ansvar. Påståendet att kommentaren publicerats utan hans godkännande

När det gäller s.k. modererade bloggar får rättsläget betraktas som förhållandevis tydligt. Att en blogg är modererad innebär att dess innehavare eller moderator måste godkänna alla kommentarer innan de publiceras. I dessa situationer får det sägas stå klart att den som godkänner en ärekränkande kommentar kan ådra sig ansvar för förtal. Det är just genom godkännandet som uppgiften får spridning.

När det gäller omodererade bloggar är rättsläget mer oklart. Att ett kommentarsfält är omodererat innebär att vem som helst omedelbart kan publicera en kommentar, utan att en förhandsgranskning görs av en moderator. Moderatoren har dock i allmänhet alltid möjlighet att ta bort en kommentar i efterhand. Enbart tillhandahållandet av ett kommentarsfält kan inte medföra ansvar för vare sig moderatoren eller tjänsteleverantören (företaget som tillhandahåller tekniken). En sådan ordning skulle hämma såväl innovation som informationsutbyte på ett orimligt sätt.

Den svåra frågan rör istället situationer där en blogginnehavare blivit informerad om att en ärekränkande uppgift förekommer i kommentarsfältet till hennes blogg utan att ta bort kommentaren. Ett sådant ansvar förutsätter att underlåtenheten att ta bort den ärekränkande uppgiften i sig anses som ett spridande. En sådan tolkning är inte orimlig. Makten över den fortsatta spridningen av uppgiften ligger hos moderatoren. Moderatoren kan i allmänhet ta bort uppgiften utan några större ansträngningar. Det bör vidare beaktas att efter att en uppgift publicerats i ett kommentarsfält så är det i allmänhet *enbart* moderatoren som kan ta bort uppgiften. Kommentatorn själv saknar

på grund av något tekniskt fel är så osannolikt att tingsrätten lämnar det utan avseende.” Lunds tingsrätt skriver i dom 2010-10-12, mål nr. FT 2603-10 (s. 5):”Förtalet har gjorts på en webblogg som H. och hennes sambo vid tillfället stod som ansvariga för och hade gett namn åt. Hon har därmed varit med om att godkänna inläggen på bloggen och det är inte intressant vem som skrivit texten i inläggen. Såväl H:s som O:s ansvar för uppgifter på deras blogg har konstaterats i tingsrättens tidigare domar. Att en person som tar del i att starta, driva och underhålla en blogg inte skulle hållas hålls ansvarig för det innehåll som tillåts på den vore inte rimligt med hänsyn till intresset av att i olika avseende skydda enskilda mot angrepp.” (Min kursivering.) Spridningsaspekten påverkas härvid av Googles betydelse. Norrköpings tingsrätt skriver i sin dom från 2010-06-11, mål nr. FT 1065-10:”Vid huvudförhandlingen den 17 maj 2010 har visats att utdrag ur artikeln alltjämt är sökbar [sic!] på Internet genom sökmotorn Google under exempelvis ‘F. dömd’. [s 2 ...] Även om W. tagit bort inlägget efter kort tid har texten getts en sådan spridning som förutsätts enligt bestämmelsen om förtalsbrott, särskilt som uppgifterna alltjämt är sökbara på Internet. [s 3]”. Slutligen skriver Helsingborgs tingsrätt i dom 2009-04-21, mål nr. FT 31-09 (s. 5):”Däremot har F. genom en utskrift från sökmotorn Twingly bevisat att hans namn så sent som den 29 mars 2009 [förtälet skedde 11 maj 2008] förknippades med rubriken ‘Är detta sanningen om mytomanen F. och sökord som ‘alkoholism’ och ‘hustrumisshandlare’. Således ligger spår av K:s snabbt borttagna inlägg kvar, vilket innebär att förtalet indirekt fortsätter. Att så skulle kunna bli förhållandet måste K. ha insett.”

ofta möjlighet att på egen hand ”återkalla” sitt meddelande. I ljuset av de krav som Europakonventionen ställer på svensk rätt att tillhandahålla effektiva rättsmedel till skydd för privatlivet framstår det för mig inte som uteslutet att förtalsregeln skall anses omfatta en moderators underlåtenhet i nu angivet avseende.

I den mån legalitetshänsyn anses hindra en utveckling mot att ett straffrättsligt ansvar skall anses föreligga borde det ändå finnas utrymme för ett civilrättsligt ansvar. Det enda effektiva rättsmedel som kan konstrueras utan lagstiftning till skydd för en enskild person vid kränkningar i omodererade kommentarsfält på Internet är en skadeståndsrätt. Inom ramen för skadeståndslagens struktur förutsätter en sådan rätt ett brott. Om den straffrättsliga bedömningen mynnar ut i att en moderator inte har straffrättsligt ansvar för kommentarer i ett omoderat kommentarsfält, även om hon fått propåer om att ta bort en ärekränkande kommentar, kan hon således inte heller åläggas skadeståndsskyldighet under skadeståndslagens regel. Men det är inte den enda möjligheten.

När HD i NJA 2005 s. 462 fann att staten kunde åläggas skadeståndsskyldighet direkt på grundval av Europakonventionens regelverk så rundades samtidigt skadeståndslagens regel. Enligt HD fanns det utrymme för att döma ut skadestånd för ideell skada vid sidan om skadeståndslagens (och andra lagars) möjligheter, trots att det anses vara en allmän rättsprincip i svensk rätt att ideellt skadestånd förutsätter särskilt lagstöd. Nu fastslog HD i NJA 2007 s. 747 att Europakonventionen inte kunde användas för att direkt grunda ett ansvar mellan enskilda. Men en sådan direkt horisontell effekt är heller inte en nödvändig grund för att utveckla integritetsskyddet i en situation som den nu diskuterade.

Det är istället fullt möjligt att genom en utveckling i vår ”vanliga” svenska skadeståndsrätt, mot bakgrund av HD:s konstaterande att principen om att lagstöd krävs för att döma ut ideellt skadestånd inte är absolut och i beaktande av att HD betonat betydelsen av fördragskonforma tolkningar (NJA 2007 s. 295), steg för steg skapa möjligheter för ett privatlivsskydd i situationer som dessa. En på detta sätt mjuk rättsutveckling mot ett starkt integritetsskydd kan balansera de olika intressen som gör sig gällande på området: legalitetshänsyn, yttrandefrihetsintresset och integritetsskyddet.

3.6.4 TWITTER

Det kommunikationsverktyg som dominerat den informationsteknologiska diskussionen under senare tid är Twitter, som tillskrivits långtgående möjligheter att påverka den politiska agendan och understundom även makten att

kunna störta regeringar.⁶¹ Av de dominerande sociala medietjänsterna – Facebook, Twitter, Instagram etc. – är förmodligen Twitter den tjänst som har störst potential att användas för virala förtalskampanjer, inte minst genom understöd av aningslösa men inte medvetet ärekränkande användare.

Möjligen är inte alla bekanta med hur Twitter fungerar. Wikipedia förklarar att det ”är en social nätverkstjänst och mikroblogg som möjliggör för användare att skicka och läsa meddelanden, så kallade *tweets*. Meddelandena är textbaserade och får vara högst 140 tecken långa. Dessa visas öppet på användarens profilsida. Användare kan prenumerera på andra användares meddelandeflöde, vilket kallas ”att följa” (engelska *follow*), en prenumerant kallas ”följare” (engelska *follower*)”.⁶²

Den som skriver en tweet gör det i allmänhet alltså till en obegränsad krets av läsare.⁶³ Meddelandet kan läsas på Internet av vem som helst. I realiteten torde få tweets läsas på det sätt som en blogg läses, d.v.s. av någon som aktivt eller av en slump tar del av meddelandena över webben, med undantag för vissa kändisars konton.⁶⁴ Istället är det i första ledet de som prenumererar på ett visst kontos meddelanden som tar del av kommunikationen.

Det som är speciellt med Twitter ur ärekränkningssynvinkel är den kommunikation som sker i senare led. De meddelanden som lämnas på Twitter sprids nämligen ofta som ringar på vattnet, understundom långt bortom den ursprungliga lämnarens digitala bekantskapskrets, genom s.k. re-tweets. En re-tweet (förkortas RT) innebär att man sprider eller vidarebefordrar någon annans tweet.

Genom att ett meddelande re-tweetas kan det spridas till många människor och utanför den ursprungliga twittrarens kontroll och till skillnad från traditionella bloggar så är vidarebefordringstanken en integrerad del av Twitters teknik. Och till skillnad från Facebook finns det ingen begränsning genom den

61 Twitter har framhållits som en viktig faktor i organisationen och koordineringen av oppositionella under den s.k. arabiska våren, som innebar att ett antal diktatorer i framför allt nordafrikanska länder tvingades avgå. Internettjänsten har därför framhållits som ett verktyg i frihetskampens tjänst och en kampanj för att ge Twitter Nobels fredspris har fått stort genomslag. Se för en mer skeptisk syn på detta den tidigare Internet-evangelisten Evgeny Morozov, *The Net Delusion*, New York, 2011.

62 <http://sv.wikipedia.org/wiki/Twitter> (kontrollerad 2012-10-23).

63 Det går i och för sig att läsa sina tweets, vilket innebär att enbart de som följer kontot kan läsa, och det går därvid att också läsa kontot, så att enbart godkända personer kan följa. Med sådana inställningar fungerar Twitter mer som en form av intern kommunikation mellan på förhand utpekade personer, till skillnad mot standardinställningen som innebär att hela (den uppkopplade) världen har tillgång till meddelandena. I praktiken är dock lästa konton/meddelanden ovanligt.

64 Jag bör vara tydlig med att detta är ett intryck snarare än ett empiriskt grundat påstående.

sociala kontroll som åtminstone ganska många Facebook-användare utövar genom att ha någon form av relation med sina Facebook-vänner.

Ett exempel kan illustrera de kommunikationsmönster som kan uppstå.⁶⁵ Natten mellan den 17 och 18 mars i år fick en ung man, E., sitt Twitter-konto kapat. En uppgift var att någon i samband med en fest någon hade "lånat" E:s dator för att skriva ett rasistiskt och även i övrigt obehagligt meddelande från E:s Twitterkonto. Under natten spreds meddelandet i allt vidare cirklar och vidarebefordrades bl.a. av en journalist med väldigt många följare. När E. på morgonen vaknade möttes han av en massiv skörd av meddelanden, bl.a. "jag hoppas att du är medveten om att du är Twitters mest hatade just nu". E. försökte förklara att hans konto hade kapats – att han utsatts för, vad som med en stötande metafor kommit att benämnas som, en s.k. "rape". Den journalist som hade vidarebefordrat meddelandet ansåg inte att hon hade gjort något fel, trots att informationen gav ett missvisande intryck. Journalisten framhöll att E. ansvarade för sitt konto och tycktes mena att enbart E. ansvarade för informationen från kontot.

I exemplet drabbades kontoinnehavaren själv, men det kan naturligtvis lika gärna vara fråga om någon som omtalas i en tweet som utsätts för kränkningen. Förtalsreglerna fångar uppenbarligen in den som postar ett ärekränkande meddelande från sitt eget konto och i exemplet med E. finns det inte heller något tvivel om att den okända person som tillfälligtvis kapade kontot för att skriva det kränkande meddelandet kan hållas ansvarig om uppgiften i sig var sådan att den utgjorde förtal.

När det gäller de som vidarebefordrar meddelanden genom re-tweets tycks det har uppstått en myt om att förtalsreglerna på Twitter fungerar som en form av ensamansvar – att enbart den som ursprungligen skickat meddelandet har ansvar. Det framstår dock som klart att alla som sprider ett ärekränkande meddelande, även om det sker genom en re-tweet, kan ha ett självständigt ansvar. Varje vidarebefordran är i sig ett spridande av uppgiften. Det innebär att det i praktiken vid smutskastningskampanjer kan finnas väldigt många ansvarssubjekt.

3.6.5 HELVETET ÄR ANDRA MÄNNISKOR

Informationssamhället har inneburit nya möjligheter till masskommunikation. I masskommunikationens kölvatten uppstår nya integritetsproblem. De

⁶⁵ Se <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=125&artikel=5030545> (kontrollerad 2012-10-14). Se även journalisten Kjell Häggelunds krönika *En vädjan till alla journalister*, *Journalisten*, 20 mars 2012. Krönikan finns tillgänglig på <http://journalisten.se/kronika/en-vadjan-till-alla-journalister>.

tekniker som ovan tagits upp innefattar några av de största integritetsriskerna när det gäller spridandet av privat information och kommunikativa intrång i den privata sfären.

I situationer som dessa är det enskilda personer som står för hotbilden. Lillasyster, inte storebror. Hoten är särskilt allvarliga när enskilda personer tillsammans bidrar till att hota eller kränka någons privatliv, en samverkan som i den digitala miljön inte sällan är spontan, utan koordination och aningslös snarare än illasinnad.

Förtalsreglerna ger understundom ett ganska gott skydd när det gäller kränkande uppgifter i teorin. I praktiken försvåras ett ansvarsutkrävande av faktorer som avsändares anonymitet, ekonomiska begränsningar och komplikationen av att reglerna hör till de nationella rättsordningarnas medan kommunikationen tar sig globala former.

3.7 NÄR ÄREKRÄNKNINGEN INTE RÄCKER TILL

Det saknas generella integritetsskyddsregler för mellanmänskliga relationer. I förhållande till staten och andra offentliga organ har ett allmänt och med rättsmedel förknippat integritetsskydd, om än med brister, tillskapats genom HD:s utvecklande av en Europakonventionsskadeståndsrätt. Om domstolarna tar steget fullt ut i utvecklingen av ett civilrättsligt rättighetskydd och även tillerkänner regeringsformen status som skadeståndsrättslig normkälla förbättras skyddet ytterligare.

Mellan enskilda är det mer begränsade normer, särskilt ärekränkingsreglerna, som fått bära det tyngsta lasset för integritetsskyddet, utanför de situationer som är specialreglerade. Genom att tolka förtalsregeln extensivt har domstolarna skapat ett privatlivsskydd i vissa av de avseenden som behandlas här. Men det finns viktiga undantag. Dessa undantag är dessutom så omfattande att det pekar på en bristande respekt för grundtanken om att privatlivet per se förtjänar ett skydd och visar att det inte är tillräckligt att indirekt skydda privatlivet genom regler som primärt har ett annat syfte.

Några exempel illustrerar detta. Tag den situation som Europadomstolen prövade i det sorgliga målet *Peck mot Storbritannien*.⁶⁶ En person i psykisk kris filmas av kameror på allmän plats när han försöker ta livet av sig men räddas. En tid efter händelsen ser mannen på teve med sitt barn. Filmsekvensen från det desperata självmordsförsöket visas upp, efter att övervakningsfilmen läckt ut. I Europadomstolen ansågs händelsen vara en kränkning av den självmordsbenägnets rättigheter enligt art. 8.

⁶⁶ *Peck mot Storbritannien*, dom 28 januari 2003.

Hur hanteras en Peck-situation i svensk rätt? Om den som läckt filmen är offentliganställd så är hon i Sverige i allmänhet skyddad av yttrandefrihetsgrundlagarnas meddelarskyddsregler (om filmen lämnas till en tevekanal eller tidning). Kan medierna hållas ansvariga? Knappast i dagsläget. Hade Peck varit svensk hade han inte haft några juridiska möjligheter att kräva ut ansvar av någon av de inblandade. Rättsläget har vidare implikationer än man kan tro: Det finns i en Peck-situation inte någon möjlighet att lagföra någon av de som givit upphov till kränkningen, vare sig den som ansvarade för att bilderna togs (vilket i och för sig kan framstå som naturligt om bevakningskameran hade satts upp efter ett godkännande), inte den som spred bilderna (understundom inte heller om spridandet av bilderna skedde genom brott mot sekretessregler) och inte heller de som lät publicera bilderna för en vidare krets. Civilrättens rättsmedel, framför allt skadestånd, är härvid knutet till straffrättens ansvarssystem, vilket innebär att en svensk Peck inte heller skulle ha tillgång till skadeståndssanktionen. Han skulle vara helt utan rättsligt skydd.

Eller tag NJA 1996 s. 418. I fallet hade den kränkande personen klätt av offret ”på underkroppen medan hon sov, särat på hennes ben och därefter, medan han – för eget bruk – videofilmade skeendet, smekt henne på benen och flyktigt berört hennes könsorgan samt onanerat stående intill henne”, och ”två tillfällen medan [offret] sov, smekt och flyktigt berört hennes könsorgan och onanerat tills han fått utlösning, varvid han låtit uttömningen hamna på hennes kropp och könsorgan, att han därunder tagit de 11 fotografier som är beslagtagna i målet”. En beklagande hovrätt – HD gick p.g.a. rättsläget inte in på denna fråga närmare – tvingades konstatera att det ”i svensk rätt inte [finns] något generellt förbud mot att utan samtycke fotografera en enskild person, trots att ett sådant förfarande i vissa fall kan vara djupt integritetskränkande för den berörda personen”, varför filmningen och fotograferingen var straffria.

Implikationerna är liksom i Pecks fall att offret inte har tillgång till några rättsmedel, om inte domstolarna slår in på den väg som ovan föreslogs i samband med förtal i omodererade bloggars kommentarsfält och öppnar upp för en skadeståndssanktion i dessa fall. Bristen på straffrättsligt regelverk har emellertid i dessa situationer ytterligare en effekt, som jag förstår det. Bilderna kan inte heller förverkas om det inte finns något brott. Den som tagit bilder på det sätt som skedde i 1996 års fall har således rätt att behålla dem. Med tanke på vad den som drabbas kan tänka sig att bilderna används till är vetskapen om att dessa bilder fortfarande finns tillgängliga i sig en integritetskränkning. Dessutom förvärras situationen för offret av att i dessa situationer förtalsregeln inte heller kan användas för att förhindra spridning. Det finns därmed inget hinder mot att omsätta bilderna, eller till och med sälja dem.

Det finns med andra ord centrala integritetsområden där svensk rätt inte tycks nå upp till Europakonventionens krav. I vart fall når svensk rätt inte upp till berättigade krav. Bristerna gäller såväl när någon bereder sig tillgång till privat information, samlar på sig information och använder information. De rättsliga bristerna är tydligast i förhållande till enskilda, såväl medier som faller under de särskilda grundlagarna som andra privaträttsliga subjekt. Genom den informationsteknologiska revolution som Internet inneburit har dessa brister tydliggjorts.

4. AVSLUTANDE REFLEKTIONER

”Information wants to be free.” Informationsfriheten sammanfattas ofta i denna maxim. Slagordet ges såväl deskriptiv som normativ innebörd. Strävandet efter frihet, obundenhet, antas vara en intrinsikal egenskap hos information – åtminstone sådan information som gjorts digital. Som ett deskriptivt anspråk har argumentet begränsat värde. Det präglas av trosvisshet och en närmast antik syn på inneboende egenskaper. Slagordets normativa implikationer är mer intressanta. Informationsfriheten antas nämligen ofta utgöra en normativ presumtion – informationsfriheten (vare sig det gäller yttrandefriheten eller möjligheterna till tillgång till information) ska inte inskränkas genom legala eller liknande begränsningar om det inte är absolut nödvändigt. Om man betraktar informationsfriheten i isolering är det en självklar inställning och i linje med den presumtion som gäller för fri- och rättigheter i stort. Problemet är att det ofta antas att denna presumtion är lika självklar även när informationsfriheten kommer i konflikt med andra fri- och rättigheter.

I rättighetskonflikter är en presumtion för informationsfriheten vare sig rimlig eller fruktbar. En sådan presumtion saknar helt relevans vid värderingen av om, för att ta ett extremt exempel, ett yttrande som utgör anstiftan till mord skall medföra ansvar eller inte. Poängen med exemplet är inte det banala att rätten till trygghet väger över yttrandefriheten i denna situation, utan att grundantagandet om en presumtion för informationsfrihetens prioritet är feltänkt i rättighetskonflikter.


Grundtanken måste vara att alla grundläggande mänskliga rättigheter av s.k. negativt slag förtjänar ett skydd. När två människors rättigheter hamnar i konflikt med varandra får man göra en avvägning av vilken rättighet som väger tyngst. Om konflikten står mellan informationsfrihet och rätten till privatlivet kommer ibland informationsfriheten väga över, ibland integritetsintresset.

En fungerande rättsordnings inställning måste i dessa situationer vara att tillhandahålla rättsmedel för samtliga rättigheter. Det gäller också mellan

privaträttsliga rättssubjekt. Enskilda skall ha tillgång till juridiska vapen för att själva kunna ta tillvara sina rättigheter gentemot andra enskilda. Men i den svenska traditionen är matchen riggad. Informationsfriheten har fått tillgång till en full arsenal. Integritetsskyddet har fått en rostig fällkniv.

Det går att identifiera olika åtgärder. På den särskilt reglerade yttrandefrihetens område är möjligheterna begränsade att skjuta fram positionerna på annat sätt än genom lagstiftning. Det förslag om en särskild integritetsskyddsregel i yttrandefrihetsgrundlagarna som föreslagits i samband med Yttrandefrihetskommitténs förslag framstod som en lämplig åtgärd, men förslaget fick inte kommitténs stöd och dess politiska framtid tycks blek.⁶⁷

I mellanmänskliga relationer bortom yttrandefrihetens område kan man tänka sig olika strategier för att stärka integritetsskyddet genom små steg. Ovan beskrevs en öppning för att inom ramen för rättstillämpningen tillerkänna enskilda ett rättsmedel i formen av skadestånd vid privatlivskränkningar av olika slag. Förändrade förutsättningar för åklagare att driva åtal vid privatlivskränkningar är en annan möjlighet. Förbättringar av brotts-skadeersättningsystemet är en tredje åtgärd som kan öka möjligheten till ekonomisk kompensation för vissa offer. En fjärde åtgärd kan vara att lägga till förtal till ansvarsreglerna i den s.k. BBS-lagen. En femte möjlighet är att tillskapa en myndighetsfunktion med ökade befogenheter att driva mål till förmån för en person som drabbats av en integritetskränkning, närmast i formen av skadeståndsmål: En diskrimineringsombudsman för integriteten, s.a.s.

Det finns åtskilliga möjligheter. Den viktigaste integritetskampen är nog dock inte alltid den som förs inom ramen för rättsbildningen utan den som använder sig av de verktyg som redan idag finns. Fler stämningar, mot fler kränkningar; mer ansvarsutkrävande, av fler kränkande; fler anmälningar till tjänsteleverantörer och mellanmän. Så kan också integritetsskyddet förbättras. En stämning i taget. 

67 SOU 2012:55, s. 419 ff. och s. 685 ff.