

## DE STRAFFRÄTTSLIGA PRINCIPERNA OCH DEN EUROPEISKA MÄNNISKORÄTTSDOMSTOLENS STRÄVANDEN ATT REALISERA DE POSITIVA MÄNSKLIGA RÄTTIGHETERNA

AV PROFESSOR, JURIS DOKTOR PER OLE TRÄSKMAN

*This article deals with a development seen in some of the more recent judgments of the European Court of Human Rights. This development concerns a re-interpretation of human rights as being not only a protection of citizens against the encroachments of public authorities, but also as a principle that requires pro-active efforts to prevent infringements committed by one citizen against another. The decision in the case MC versus Bulgaria provides a good example for discussion.\**

### 1. Problemformulering samt några relevanta begrepp och straffrättsliga principer

*"Undertecknade regeringar [...] som beaktar den allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna som antagits av Förenta nationernas generalförsamling [...] som beaktar att denna förklaring syftar till att trygga ett universellt och verksamt erkännande och iakttagande av de rättigheter som där angetts [...] som bekräftar sin djupa tro på de grundläggande friheterna som utgör själva grundvalen för rättvisa och fred i världen och som bäst bevaras, å ena sidan, genom en verklig politisk demokrati samt, å den andra, genom en gemensam grundsyn på och respekt för de mänskliga rättigheterna, på vilka de förlitar sig, samt såsom regeringar i europeiska stater vilka besjålas av samma anda och äger ett gemensamt arv i sina politiska traditioner, sina ideal, sin frihet och sin grundläggande rättsuppfattning och är beslutna att vidta de första åtgärderna ägnade att åstadkomma en kollektiv garanti för vissa av de rättigheter som angetts i den allmänna förklaringen [...]" Preambeln till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad 4 november 1950.*

*"Motsatsen till framsteg är tillbakagång. Tillbakagång betyder försämring och förfall. Det som följer är inte lika gott som det som kom före. Precis som det existerar ett åsiktsklimat som uttrycker tro på framsteg, så finns det ett som tror på tillbakagång. Det första är optimistiskt, framåtblickande och väl-*

---

\* Title in English: *Penal Principles and the Efforts of the European Court of Human Rights to Implement Positive Human Rights*. Original in Swedish.

*kommnar förändringar. Detta är vad vi kallar en progressiv attityd. Det andra lutar mer åt det pessimistiska, nostalgiska och konservativa. I sina extrema former är det vad vi kallar reaktionärt eller bakåtsträvande." Georg Henrik von Wright: Myten om framsteget (1993)*

Det kan inte – och det ska inte bestridas - att den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (vanligen bara kallad Europakonventionen) har utgjort och fortfarande utgör ett viktigt framsteg i de mänskliga rättigheternas universella utveckling. Konventionen och den rättsutveckling som den har gett upphov till värderas vanligen väldigt positivt och konventionen beskrivs ofta som en av de verkliga grundpelarna för de mänskliga rättigheterna så som de allmänt accepteras idag. Som en viktig förklaring till den positiva bedömningen av Europakonventionen framhålls ofta det system för internationell övervakning som infördes genom antagandet av konventionen. Detta var en central fråga under arbetet med konventionen. Vad man enades om var att det skulle finnas en rättslig kontroll genom en europeisk domstol och att det skulle finnas en möjlighet för enskilda människor att själva föra talan inför ett europeiskt forum. Sedan det elfte tilläggsprotokollet till konventionen antogs år 1994 sker detta genom Europadomstolen.

De samlade normerna i Europakonventionen är med säkerhet en av de allra viktigaste, vid sidan om EU-traktaterna kanske till och med den viktigaste, av alla rättsliga regleringar i Europa. Regleringens betydelse särskilt för den konstitutionella rätten, den administrativa rätten, straffrätten och straffprocessrätten är fundamental i alla av konventionens medlemsstater såframt de – vilket vi ska anta - uppfyller konventionsförpliktelseerna. Genom den rättsliga utvecklingen inom Europeiska unionen och Lissabontraktaten har konventionens betydelse ytterligare förstärkts. Genom en bestämmelse i artikel 6 stycke 2 i traktaten om den Europeiska unionen tillträdde unionen den europeiska människorättskonventionen, samtidigt som man antog en deklaration (stycke 3) om att de grundläggande rättigheterna som är garanterade i konventionen ska utgöra "generella principer i EU-rätten".

I konventionen ges ett särskilt internationellt skydd för flera av de grundläggande mänskliga rättigheterna och friheterna. Med tanke på straffrätten och straffprocessrätten kan särskilt följande bestämmelser framhävas. Skyddet för liv i artikel 2, förbudet mot tortyr samt omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning i artikel 3, rätten att inte utsättas för slaveri eller tvångsarbete i artikel 4, rätten till personlig frihet i artikel 5, rätten till domstolsprövning och en rättvis rättegång i artikel 6, förbudet mot bestraffning utan stöd i lag i artikel 7, rätten till respekt för privatliv etc. i artikel 8, rätten till tankefrihet, samvetsfrihet

och religionsfrihet i artikel 9, rätten till yttrandefrihet i artikel 10 och rätten till mötes- och föreningsfrihet i artikel 11. Bland bestämmelserna i tilläggsprotikollen kan särskilt nämnas förbudet mot dödsstraff i tilläggsprotokoll 6 och 13, rätten till förfarandegarantier i utvisningsärenden i tilläggsprotokoll 7, rätten att överklaga straffdom och förbudet mot *ne bis in idem* i tilläggsprotokoll 7.

Det organ som har det centrala ansvaret och den yttersta rättigheten att tolka och tillämpa bestämmelserna om rättigheternas och friheternas betydelse och innebörd är Europadomstolen. Det är den som, för att citera konventionspreampeln, ska stå som en garant för att de rättigheter och friheter som anges i konventionen ska erkännas, tryggas och iakttas på ett universellt och verksamt sätt. En kritik som i sin essens ger uttryck för att domstolens beslut utgör ett hot mot grundläggande straffrättsliga principer kan därför inte ignoreras. Det är en fundamental kritik som ska tas på allvar. Vad som ska diskuteras är om kritiken är berättigad. Har vi att göra med en tillbakagång som betyder försämring och förfall? Är det som följer efter vissa av domstolens avgöranden inte lika gott som det som kom före? Eller är kritiken förfelad? För att ställa det på sin spets. Är vår ståndpunkt till utvecklingen progressiv eller ger vi genom kriktiken uttryck för en reaktionär syn.

För att kunna genomföra denna granskning vill jag börja med att försöka ange innehållet i vissa relevanta begrepp och beskriva vissa av de straffrättsliga grundprinciperna och deras betydelse i sammanhanget.

Jag börjar med begreppen. De fyra begrepp som jag tar upp är "rättsskydd", "säkerhet" "rättssäkerhet", och "effektivitet".

Med *rättsskydd* förstår jag ett rättsligt skydd av vissa erkända intressen och värden. Detta skydd kan realiserars inom ramen för skilda rättsområden. Det straffrättsliga skyddet är bara ett av flera. Andra exempel är det civilrättsliga skyddet för äganderätt och besittning, det rättsskydd som barn ges genom familjelagstiftning, det immaterialrättsliga skyddet för intellektuella rättigheter och det sakrättsliga skyddet av egendom och förmögenhet etc. Hela rättsordningens funktion är att ge enskilda individer, sällskap och andra kollektiv etc. skydd genom varierande rättsliga normer.

*Säkerhet* är ett begrepp som fått stor betydelse i synnerhet inom EU-rätten. Detta har särskilt skett genom den devis som införts för den europeiska säkerhetspolitiken och kriminalpolitiken som bygger på tanken om ett område för "frihet, säkerhet och rättvisa (Träskman 2002). Dessa tre begrepp är nära förbundna med varandra. I alla officiella EU-ställningstaganden betonas att det viktigaste av dem är "frihet". Säkerhet och rättvisa uppfattas närmast vara nödvändiga förutsättningar för att skapa frihet. Friheten förlorar sin betydelse eller blir meningslös om medborgarna inte kan åtnjuta sin frihet i en trygg och säker miljö med fullt stöd av ett rättssystem som åtnjuter deras fulla förtroende.

Uttrycket frihet används i detta sammanhang i en betydelse som ger det en bred betydelse. Det betonas att friheten inkluderar rätten att leva i en miljö som karaktäriseras av trygghet och laglydnad. Medborgarna ska kunna lita på myndigheterna och att de gör allt som står i deras makt när det gäller att bekämpa dem som försöker missbruka friheten eller att störa friheten att vara trygg. Avsikten med alla säkerhetsskapande åtgärder, som till en väsentlig del utgörs av brottsbekämpning, är att skapa grunderna och garantierna för frihet. Med säkerhet avses således den rätt som alla människor har att leva i en miljö som karaktäriseras av trygghet och laglydnad, utan risk för att bli offer för brott. De säkerhetsskapande åtgärderna utgörs i praktiken framför allt av en effektiv brottsbekämpning. Genom denna brottsbekämpning skapas – anför man – den grund som utgör en nödvändig förutsättning för verklig frihet.

*Rättssäkerhet* är någonting annat (se också Zila 1990). Med detta avses alla de garantier som ska finnas för att ett rättsligt avgörande blir riktigt. Ibland gör man en distinktion mellan ”materiell” och ”formell” rättssäkerhet. Oftast hänvisar begreppet rättsäkerhet till den formella rättssäkerheten. Vad som då avses är uttryckligen ett avgörande som har tillkommit i enlighet med lag, i stöd av gällande lag och med en rättslig procedur som iakttar alla processuella villkor. Vad som betonas är alla garantier för den person som är part i ett rättsligt förfarande.

*Effektivitet* är ett mer besvärligt begrepp. Särskilt i kriminalpolitiska sammanhang har det under de senaste åren blivit allt vanligare att framställa kravet på effektivitet som det viktigaste kravet för all brottsbekämpning. Vad som krävs – inte minst inom den kriminalpolitiska debatten – är en ”effektiv brottsbekämpning” och en ”effektiv brottskontroll”. Man vill se resultat av effektivitet. Man efterlyser straffbestämmelser som är mer effektiva, man klandrar en brottsefterforskning som inte är tillräckligt effektiv, brottsmålsrättegångar kritiseras för att inte vara tillräckligt effektiva och i det stora hela kritiseras hela det straffrättsliga systemet för att inte vara tillräckligt effektivt. Den svåra frågan blir vad som avses med effektivitet i dessa sammanhang.

I det allmänna språkbruket används uttrycket ”effektiv” vanligen för att beskriva ett visst medel eller en viss åtgärd som har den effekt som eftersträvas i ett visst fall. Man kan tala om ett effektivt redskap, t.ex. en yxa om man vill hugga träd. Man kan tala om en effektiv maskin, t.ex. en destrueringsmaskin som är effektiv om man ska förstöra dokument som inte ska spridas. Ett läkemedel, t.ex. ett preventionspiller som förhindrar graviditet eller som nedsätter ett för högt blodtryck, kan betecknas som effektivt om det är detta som man vill uppnå. Det gemensamma för alla dessa exempel är att det som betecknas som effektivt är ett medel eller en åtgärd som är verksam och god för att uppnå bestämda, definierade mål som man vill realisera. Det är alltså medel som är förnuftiga för att realisera bestämda

mål. De krav som ställs på effektivitet är vanligen att medlen eller åtgärderna är kostnadseffektiva (inte alltför dyra i jämförelse med andra alternativ) och tidseffektiva. De ska alltså vara driftssäkra.

Problemet med uttrycket effektivitet i ett kriminalpolitiskt sammanhang är både att man inte alltid tillräckligt explicit har angett vilket målet som man vill uppnå med medlen är, att målet som man önskar uppnå är realistiskt eller att man i verkligheten inte tillräckligt säkert vet vilka effekterna av olika medel och åtgärder är. Kravet på effektivitet ska enligt min mening kopplas samman med kraven på rättskydd, säkerhet och rättssäkerhet som också ska gälla och upprätthållas. Effektiva åtgärder inom kriminalpolitiken är således sådana som tillfredsställer kravet på säkerhet, kravet på rättskydd för alla rättssubjekt och kravet på rätts-säkerhet inom aktuella förfaranden för alla involverade parter. Att bara koppla samman effektiviteten med antalet och andelen fällande domar är ett allvarligt missförstånd. Ett rättssystem med en stor andel fällande domar med en betydande risk för felaktigt fällande domar som drabbar oskyldiga kan inte betecknas som effektivt.

För att de grundläggande straffrättsliga principerna ska vara förnuftiga och godtagbara bör de kunna stöda och garantera de krav som följer av innebörden av de fyra begreppen. Också det motsatta gäller. De fyra begrepp vilkas innebörd jag har beskrivit måste bygga på och ge uttryck för accepterade straffrättsliga principer. Men vilka är de grundläggande straffrättsliga principerna som har relevans i detta sammanhang. I detta avseende kan det finnas varierande bud. Men de mest centrala menar jag vara legalitetsprincipen, skuldprincipen, humanitetsprincipen och proportionalitetsprincipen (Se Asp m.fl. 2010, s 62-70).

*Legalitetsprincipen* betecknas vanligen som den allra mest grundläggande. Legalitetsprincipen utgör en garanti för rättssäkerheten (Frände 1989, s 160-214). Den betyder att medborgarna kan förutse när och hur de kan komma att bli utsatta för åtgärder av straffrättsligt slag. Legalitetsprincipen kan sägas innehålla fyra normer som kompletterar varandra. Den första ger uttryck för kravet på stöd av en föreskrift för alla ingripanden och åtgärder. För att ett brott ska föreligga och straff kunna utdömas måste det finnas en föreskrift till stöd för detta. Den andra normen innehåller ett förbud mot retroaktiv tillämpning av en föreskrift. Den föreskrift som åtgärden eller ingripandet bygger på får inte införas eller tillämpas retroaktivt (till nackdel för den anklagade). Det tredje förbudet är analogiförbudet. Föreskriften som åberopas får inte genom analogisk tillämpning utsträckas utöver vad ordalydelsen tillåter. Den sista och fjärde normen riktar sig i motsats till de tre första huvudsakligen till lagstiftaren. En straffrättslig föreskrift måste i rimlig utsträckning vara bestämd till sin utformning. Vad som uppställs som ett krav är tillräckligt begriplighet och precision.

Innehållet i *skuldprincipen* är kort sagt att endast den som har ådagalagt skuld bör drabbas av straffrättsligt ansvar. Det ansvar som påläggs honom (henne) får inte heller vara mer omfattande än vad hans eller hennes skuld ger uttryck för. En del av skuldkravet kommer till uttryck genom de två skuldformerna som vanligen uppställs som ett krav för straffansvar, uppsåt och oaktsamhet. Men skuldprincipen innebär mycket mer än bara kravet på uppsåt alternativt oaktsamhet för straffansvar. Man kan säga att varje etisk värdering av den handlandes skäl eller motiv är en skuldbedömning. Skuldprincipen får därför en stor betydelse bland annat för bedömningen av den möjliga existensen av grunder som utesluter rättsstridighet eller skuld samt för straffmätningen.

I bakgrunden för skuldprincipen finns *konformitetsprincipen*. Den säger att straff eller annan brottspåföljd endast kan drabba den som kunnat rätta sig efter lagen. Straffansvar förutsätter att den anklagade hade kunnat handla annorlunda – han eller hon hade både förmåga och tillfälle att handla utan att begå den brottsliga gärningen.

All modern straffrätt måste bygga på ett krav på *humanitet*. Särskilt de s.k. abolitionisterna har framhållit och kritiserat att straffsystemet egentligen bygger på en ansenlig grad av våld. Redan i den kristna moralläran finns ett uttalat krav på humanism och avstående från våld för att möta våld.

I Bergspredikan (Matteus V 38-39) förkunnas följande: ”I haven hört att det är sagt: Öga för öga tand för tand. Men jag säger eder att I icke skolen motstå den som är ond.” Vad som sägs här är egentligen tämligen revolutionerande: Det är i grunden fel att bekämpa våld särskilt när det sker med våld. Våld kan inte och ska inte bekämpas med våld för det är inte effektivt (von Wright 1994, s 278-282).

I dagens kriminalpolitik är man inte lika drastisk som Jesus var eller abolitionisterna är. Men att hota med straff och verkställa straff är moraliskt förkastligt, om samma mål kan uppnås med svagare medel. Humanitetsprincipen har också en grundläggande betydelse för straffmätningen och påföljdsvalet samt för verkställigheten av alla straffrättsliga påföljder.

Den sista principen som jag kort ska beröra är *proportionalitetsprincipen*. Vad den går ut på är ett krav på proportionalitet mellan en otillåten gärningstyps straffvärde och dess straffsats och ekvivalens mellan olika gärningstypers straffsatsar så att gärningstyper med samma straffvärde tilldelas samma straffskalor. Vid bestraffning av konkreta brott förutsätter proportionalitetsprincipen att det straff som utdöms för brottet står i rättvis proportionalitet till brottets straffvärde.

Flera av de straffrättsliga principerna har formulerats för att garantera rätts-säkerheten. Detta gäller i högsta grad legalitetsprincipen. Men det gäller också för skuldprincipen. Skuldprincipen kan till en del härledas från konformitetsprincipen och konformitetsprincipens motivering finns i kravet på rätts-säkerhet, alltså

förtusbarhet och trygghet vad gäller offentlig maktutövning. En kriminalisering som inte ansluter sig till konformitetsprincipen är orättvis. Kravet på humanitet har betydelse både för rättssäkerheten och rättsskyddet samt också för effektiviteten. Ett straffsystem som använder sig av våld utan att detta är nödvändigt är inte bara inhumant utan också förfelat bedömt ur effektivitetssynpunkt. Men samtidigt förutsätter kravet på medborgarnas säkerhet och rättsskydd tillräckligt verksamma medel för att skydda dem mot brott. I humanitetskravet finns också ett krav på prevention mot brottslighet. Också i detta avseende krävs tillräcklig effektivitet.

## **2. Europakonventionen och kraven på rättssäkerhet, säkerhet rättsskydd och effektivitet**

Europakonventionen utarbetades efter andra världskriget och är i mycket en produkt av de värden, förhoppningar, önskningar och ideal som då var rådande. Tilläggsprotokollen har utarbetats under det drygt halva sekel som har förflutit sedan dess och i dem återspeglas till en del andra värderingar. Bestämmelserna i den ursprungliga konventionen och konventionens tilläggsprotokoll är inte helt homogena. En tolkning och tillämpning av skilda bestämmelser förutsätter ofta avvägningar av olika slag. Den uppgiften ankommer huvudsakligen på Europadomstolen.

Den rätt som Europakonventionen ger uttryck för är i praktiken i betydande utsträckning en rätt som bygger på domstolsavgöranden. Flera av bestämmelserna i konventionen är vagt och mycket generellt formulerade. För att nämna ett exempel: den oskuldspresumtion som finns reglerad i artikel 6 stycke 2 har bara formulerats genom satsen "Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts". I praktiken har denna norm, framför allt genom otaliga avgöranden från Europadomstolen fått en mycket vidsträckt och fundamental betydelse som gäller bevisföringen i brottmål, bevisbördans fördelning i brottmål, beviskravet i brottmål, konsekvenserna av en friande dom i brottmål m.m.

Från första början har rättsskipningen vid de organ som upprättats för att pröva en klandertalan avseende överträdelse av Europakonventionen, alltså numera Europadomstolen, haft vissa särdrag med stor betydelse för rättsutvecklingen. Det ena gäller den autonoma tolkningen av begrepp som används vid tillämpningen av Europakonventionen (Danelius 2007, s 46-53). De begrepp som används ges den innebörd som anses vara den riktiga i konventionssammanhang, trots att denna innebörd möjligen står i strid med den innebörd som begreppen ges i relevant nationell rätt. Det andra gäller en medveten strävan till en progressiv (dynamisk) tolkning av de mänskliga rättigheter som konventionen önskar befästa. Rättighe-

terna ska inte förbli statiska, utan de ska utvecklas progressivt genom domstolens avgöranden.

De mänskliga rättigheterna kan indelas i tre grupper. I den första gruppen finns det som kan kallas "negativa rättigheter" eller "passiva rättigheter". Här har vi att göra med individuella rättigheter och friheter som staten ska respektera genom att inte kränka dem. Staten har alltså en förpliktelse att respektera vissa individuella rättigheter och det finns ett förbud gällande för staten att företa arbiträra ingrepp i en rättighet eller frihet.

I den andra gruppen finns rättigheter som kan kallas "positiva" eller "aktiva". I fråga om dessa rättigheter har staten inte bara en förpliktelse att avhålla sig från arbiträra ingrepp utan en positiv förpliktelse att skydda medborgarna mot övergrepp från andra människors sida. Denna positiva förpliktelse till aktiva åtgärder förstärks ytterligare när det gäller rättigheterna och friheterna i den tredje gruppen. Här har statens förpliktelse utsträckts till en positiv förpliktelse att säkra ett ekonomiskt, socialt och rättsligt grundlag för alla medborgare som möjliggör för dem att åtnjuta rättigheterna och friheterna till fullo.

En granskning av Europadomstolens praxis över tid visar på en utveckling som går från ett erkännande av rättigheterna i den första gruppen, över rättigheterna i den andra gruppen mot rättigheterna i den tredje gruppen (Danelius 2007, s 50-51). Som ett exempel på ett avgörande som behandlar de mänskliga rättigheterna som i huvudsak negativa kan nämnas det i Norden ofta nämnda fallet *Hauschildt mot Danmark* från år 1989. Den norm som tillämpades var den som gäller kravet på en rättvis rättegång inför en oavhängig och opartisk domstol (artikel 6 stycke 1). I detta fall hade ordföranden i den domstol som dömde Hauschildt till ett långt fängelsestraff tidigare vid ett stort antal tillfällen beslutat att Hauschildt skulle kvarstanna i häkte, och han hade också fattat en rad andra beslut om tvångsmedel och bevisupptagning under förundersökningen. Europadomstolen framhöll att det förhållandet att en domare i ett system som det danska före rättegången fattat beslut i målet, bl.a. om häktning, inte kunde i och för sig skapa berättigade tvivel om hans opartiskhet. Men i detta tillfälle hade en särskild häktningsgrund tillämpats, vilken krävde *särskilt bestyrkt misstanke*. När en så stark misstanke funnits föreligga vid häkningen, hade domaren enligt Europadomstolens mening varit mycket nära att konstatera att Hauschildt var skyldig till brottet. Med hänsyn härtill kunde hans opartiskhet vid rättegången ofrågasättas och förfarandet var därför en kränkning av artikel 6 stycke 1. Hauschildt hade inte fått åtnjuta det rättsskydd som han hade krav på enligt Europakonventionen.

Under senare tid har Europadomstolen i flera avgöranden uppfattat rättigheterna och friheterna i konventionen som "positiva". Det betyder att man utgår från att det i konventionsstaternas förpliktelser också ingår en positiv skyldighet



att i rimlig mån ge enskilda människor rättsligt skydd mot sådana handlingar från andra människor sida som kränker en viss rättighet eller frihet. Det mest omdiskuterade avgörandet är fallet *M.C. mot Bulgarien* från år 2003 där Europadomstolen tog ställning till en konventionsstats skyldighet enligt artikel 3 angående förbudet mot tortyr etc. och artikel 8 angående rätten till privatliv att motverka och bestraffa sexuellt tvång. Domstolen uttalade bl.a. att staternas positiva skyldighet numera får anses innebära en skyldighet att straffbelägga och åtala sexuella handlingar som utförts utan samtycke också om det inte är bevisat att offret gjort nämnvärt fysiskt motstånd.

Frågan om ett ännu mer omfattande ansvar för staten till positiva åtgärder har också aktualiserats i ett antal fall. Här kan nämnas fallet *Botta mot Italien* från år 1998, som visserligen slutade med att Europadomstolen fann att någon kränkning av rätten till privatliv inte hade förekommit. Fallet gällde en fysiskt handikappad person som var beroende av tekniska anordningar för att kunna få tillträde till en badstrand. Det fanns i italiensk lag en skyldighet för kommunerna att tillhandahålla sådana anordningar, men i den kommun som målet gällde hade detta inte skett. Frågan var om denna underlåtenhet innebar att den handikappades rätt till respekt för privatlivet hade kränkts. Innehåller Europakonventionen inte en förpliktelse till att säkerställa att alla människor till fullo kan åtnjuta de rättigheter och friheter som garanteras? Jo förvisso, men i detta fall fann Europadomstolen att fråga inte var om en konventionskränkning, eftersom den rätt som gällde, nämligen att under semester få tillträde till stranden och havet, inte hade ett tillräckligt tydligt samband med rätten till respekt för privatlivet.

Det finns inte någon tvekan om att Europakonventionen ursprungligen, till den del dess bestämmelser har straffrättslig och straffprocessuell relevans, primärt utformades för att förstärka den individuella rätts säkerheten särskilt för den som anklagas för brott. En förstärkt rätts säkerhet är den uttryckliga intentionen särskilt för artikel 5 om rätten till frihet, artikel 6 och rätten till en rättvis rättegång samt artikel 7 om legalitetsprincipen. Det betyder också att bestämmelserna i konventionen kan ses som manifestationer av den innebörd som legalitetsprincipen och skuldprincipen har. I detta avseende har det knappast skett några förändringar under den tid som konventionen har varit i kraft.

Men genom den senaste utvecklingen, då man i konventionsbestämmelserna har intolkat också en positiv förpliktelse för konventionsstaterna att vidta åtgärder för att förhindra att rättigheter och friheter blir kränkta genom gärningar från medmänniskornas sida har kraven på säkerhet och rättsskydd fått en klart mer framträdande position. Också kravet på effektivitet kan utläsas ur vissa av bestämmelserna i konventionen. Som exempel kan nämnas att Europadomstolen i ett antal avgöranden har fastslagit att konventionsrättigheterna måste vara effektiva och

inte enbart formella rättigheter. Det har bl.a. ansetts betyda att det vid tolkningen och tillämpningen av artikel 6 stycke 3 avseende den anklagades minimirättigheter i brottmålsrättegången inte har funnits vara tillräckligt att en offentlig försvarare förordnas, utan det måste krävas att försvararen ger den tilltalade ett reellt och effektivt bistånd.

Ibland har man kritiserat Europadomstolen för dess avgöranden i fall där den springande frågan har varit om den klagande har fått en sådan behandling som han eller hon har rätt till avseende kravet på tillräcklig rättssäkerhet. Men i det stora hela har man respekterat Europadomstolens avgöranden och nationellt försökt uppfylla kraven genom ändrad lagstiftning eller ändrad praxis. Kritiken mot Europadomstolen har skärpts sedan domstolen också börjat härleda en förpliktelse till positiva åtgärder från konventionsstaterna sida för att förhindra rättighetskränkningar från medmänniskors sida. Är det ett framsteg eller en tillbakagång att Europadomstolen står upp som en garant inte bara för rättssäkerheten utan också för säkerheten, rättsskyddet och det effektiva straffrättsystemet? Det är detta som denna diskussionsfråga gäller.

### 3. Legalitetsprincipen

Europakonventionen artikel 7 innehåller en explicit bestämmelse som gäller legalitetsprincipen. Enligt det första stycket får ingen fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet som vid den tidpunkt då den begicks inte utgjorde ett brott enligt nationell eller internationell rätt. Inte heller får strängare straff utmätas än som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks.

Ur Europadomstolens praxis när det gäller tolkningen och tillämpningen av denna bestämmelse framgår det att man framför allt har lagt vikt på kravet på förutsebarhet (Danelius 2007, s 292-300). Principen är att var och en ska kunna i förväg bedöma eller ta reda på om en handling är brottslig eller laglig och vilket straff som eventuellt kan följa på gärningen. Detta krav på förutsebarhet innebär också att nya straffbestämmelser inte får tillämpas retroaktivt på tidigare utförda gärningar, om detta är till nackdel för den anklagade. I praxis har ett antal fall som gällt retroaktivitetsförbudets räckvidd uppkommit. Frågorna har bl.a. handlat om en retroaktiv tillämpning av preskriptionsregler, alltså en fråga som också har aktualitet i de nordiska länderna, möjligheten att grunda ett avgörande på en klar och entydig rättspraxis som inte framgår av lagtexten, samt utrymmet för att utveckla eller till och med utvidga tillämpningsområdet för en viss straffrättslig bestämmelse genom ny rättspraxis. Dessa frågor ska inte behandlas mer utförligt i detta sammanhang.

Man kan knappast påstå annat än att bestämmelsen om legalitetsprincipen i artikel 7 Europakonventionen helt överensstämmer med det som man vanligen

anser vara principens beståndsdelar. Det finns inskrivet ett krav på lagstöd för alla ingrepp och åtgärder - också om det speciella i detta fall är att lagstödet också kan finnas i internationell rätt. Det finns ett retroaktivitetsförbud och det finns ett förbud mot analog tolkning samt ett krav på tillräcklig precision när det gäller den föreskrift som ingreppet eller åtgärden stöder sig på. Det sistnämnda framgår framför allt av det krav på förutsebarhet som betonas i de skilda avgörandena. Några tydliga tecken på att man i Europadomstolens praxis har önskat försvaga de krav som ingår i legalitetsprincipen har jag inte noterat.

#### **4. Positiva förpliktelser**

De flesta av bestämmelserna i Europakonventionen är formulerade som förbud mot att göra ingrepp i den enskilda människans rättigheter. Vi kan som exempel ta bestämmelsen om rätten till liv i artikel 2. Enligt denna bestämmelse ska envars rätt till liv skyddas genom lag. Ingen ska avsiktligt berövas livet förutom i vissa explicita fall som uttryckligen uppräknas. Dessa är enligt den ursprungliga konventionen först och främst det fall då någon dömts för brott som enligt lag är belagt med dödsstraff. Genom två tilläggsprotokoll har detta förbud skärpts. Genom tilläggsprotokoll 6 avskaffades dödsstraffet i fredstid: "Dödsstraffet skall vara avskaffat. Ingen får dömas till ett sådant straff eller avrättas." Men det öppnades en möjlighet för undantag för handlingar som begåtts under krigstid eller under överhängande krigshot. Genom tilläggsprotokoll 13 togs också denna undantagsmöjlighet bort. Förbudet mot dödsstraff blev nu absolut. Denna utveckling bör enligt min mening tolkas som en betydande förstärkning framför allt av humanitetsprincipen.

Förbud som detta mot dödsstraff riktas primärt till staten. De innebär således att staten ska avhålla sig från handlingar som inkränkar på en persons grundläggande rättigheter, i detta fall den absoluta rätten till liv. Bestämmelserna innebär att den enskilda individen ska ha en privat sfär där han eller hon skyddas mot ingrepp från myndigheternas sida. Det är detta som utmärker de s.k. negativa eller passiva mänskliga rättigheterna.

Exempel på rättigheter av detta slag finner man i artiklarna 2, 3, 5, 8, 9, 10 och 11. Staten ska inte beröva någon livet, ska inte tortera, inte beröva någon friheten utan särskild grund, inte ingripa i privat- och familjelivet, inte hindra någon att utöva sin religion, inte hindra någon att uttala sina åsikter, att delta i sammankomster eller att ansluta sig till föreningar, med undantag för de fall då det i konventionen finns ett stöd för sådana ingrepp.

Men genom senare praxis har Europadomstolen upprepat fastslagit att en positiv skyldighet för konventionsstaten att handla är kopplad till den negativa skyldigheten att inte ingripa i den skyddade privata sfären. Genom den positi-

va skyldigheten att ingripa ska staten förhindra att rättigheten eller friheten blir kränkt genom handlingar från medmänniskors sida. Denna skyldighet kan gå ut på att formulera lagregler som ger ett grundläggande skydd (t.ex. genom en straffbestämmelse som kriminaliserar dödande), genom att inrätta särskilda offentliga organ som ingriper mot förekommande ingrepp (t.ex. organ som med tillräckliga befogenheter övervakar att press- och yttrandefriheten realiserar) etc. Också i detta fall gäller att konventionens bestämmelser är effektiva i verkligheten och inte enbart formellt gällande utan reell betydelse.

De artiklar som framför allt har gett upphov och anledning till att formulera en positiv förpliktelse för staten att ingripa med tillräckligt effektiva medel för att förhindra kränkningar av de garanterade rättigheterna och friheterna mot övergrepp från medmänniskors sida är artikel 2 avseende rätten till liv, artikel 3 avseende förbudet mot tortyr samt omänsklig eller förnedrande behandling och bestraffning samt artikel 8 avseende rätten till privatliv. Jag nöjer mig med några exempel. När det gäller rätten till liv enligt artikel 2 är det självklart att det krävs att staten kriminaliserar både uppsåtligt och oaktsamt dödande. Det kan också anses som självklart att bestämmelsen förutsätter att det finns polis, åklagare och domstolar som aktivt och verksamt beivrar våldsbrott med dödlig utgång. Men det finns också en förpliktelse för staten att skydda personer som de annars ansvarar för mot att bli dödade och att ge personer som löper en särskild risk för dödligt våld ett särskilt skydd (Danelius 2007, s 61-64).

Det finns ett antal avgöranden som slår fast att staten har ett särskilt ansvar för personer som har berövats friheten. Ett fall med ett väsentligt budskap till kriminalvården är *Paul och Audrey Edwards mot Förenade Konungariket* från år 2002. Klagandens son hade medan han var häktad dödat av en cellkamrat. Med hänsyn till vad som var känt om cellkamratens våldsbänagenhet och psykiska status hade de två männen inte bort placeras i samma cell, varför rätten till liv i artikel 2 inte hade respekterats. Ett i många avseende speciellt fall är fallet *Osman mot Förenade Konungariket* från år 1998. Det gällde en lärare som, efter att på olika sätt ha visat ett säreget personligt intresse (med homosexuella undertoner) för sin elev Osman, sköt dennes far till döds och allvarligt sårade sonen själv. Frågan var om myndigheterna hade gjort vad som ankommit på dem för att skydda Osmans liv. Europadomstolen fann i detta fall att omständigheterna var så speciella att polisen inte hade haft anledning att inse att medlemmarna i familjen Osman var utsatta för livsfara.

Fallet prövades också med stöd av artikel 8 om rätten till privatliv. I rätten till privatliv ingår också ett krav på skydd mot ingrepp från andra människors sida. Om en person är utsatt för konkreta hot eller trakasserier finns det en skyldighet för myndigheterna att vidta rimliga åtgärder för att avvärja hotet eller få trakasse-

rierna att upphöra. Slutsatsen i fallet Osman blev emellertid också i detta avseende att myndigheterna inte hade brustit i sin skyldighet att skydda familjen mot trakasserier från lärarens sida.

I konventionsstaternas åligganden enligt artikel 3 anses det också ingå en positiv skyldighet att i rimlig mån ge enskilda människor rättsligt skydd mot sådan behandling som är omänsklig eller förnedrande. Våldtäkt, förstått som påtvingat samlag eller annan motsvarande sexuell handling, ska anses utgöra en omänsklig och förnedrande handling. I fallet *M.C. mot Bulgarien* uppfattade Europadomstolen rättsläget i Bulgarien som sådant att det inte gav ett tillräckligt effektivt skydd mot våldtäkt och det var huvudsakligen detta som föranledde den fällande domen. Men det finns också andra avgöranden som går i samma riktning när det gäller kravet på positiva preventiva åtgärder. I fallet *E m.fl. mot Förenade Konungariket* (från år 2002) klagade tre systrar som under sin barndom hade varit utsatta för upprepade sexuella övergrepp. Enligt Europadomstolens bedömning hade det förelegat sådana omständigheter som borde ha gjort myndigheterna uppmärksamma på de risker som de tre flickorna löpte. Trots detta hade myndigheterna inte vidtagit åtgärder för att utreda sakförhållandena och skydda flickorna mot övergrepp. Detta betecknades som en överträdelse av artikel 3.

Artikel 8 avseende rätten till privatliv anses innehålla ett betydande krav på positiva åtgärder för att förhindra kränkningar och skydda den enskildes privatliv. Förpliktelsen innehåller både ett krav på en tillräckligt effektiv lagstiftning och ett aktivt skydd mot övergrepp i särskilda situationer. De krav på skyddsåtgärder som ställs måste vara rimliga. Man har anfört att vad som förväntas av en konventionsstat är att den utfärdar lagar och förordningar som ger ett tillfredsställande skydd åt privatliv, familjeliv, hem och korrespondens och att de rättsvärdande myndigheterna håller kontroll över att gällande lagar respekteras.

Ett särskilt känsligt område i detta avseende gäller sexuallivet. I rätten till privatliv ingår också en rätt till ett sexualliv efter eget förgottfinnande så länge som detta inte kränker andra. Utgångspunkten är att staten inte ska ingripa med lagstiftning eller på annat sätt utom när det finns mycket starka skäl för detta, t.ex. för att skydda barn eller andra svaga personer. Men ett sexuellt övergrepp är alltid ett allvarligt ingrepp i en enskild persons privatliv. Staten har därför inte bara en förpliktelse att kriminalisera sådana handlingar på ett tillräckligt effektivt sätt utan att också beivra övergrepp som inträffat effektivt. En par fall kan särskilt nämnas. Det första är det redan nämnda fallet *M.C. mot Bulgarien*. I fallet kom Europadomstolen fram till att ett tillräckligt effektivt skydd mot våldtäkt bara kan uppnås genom att i praktiken ge den avgörande betydelsen för om brott begåtts eller inte om ömsesidigt samtycke till den sexuella handlingen de facto förelåg. Bedömningens tyngdpunkt ska således inte läggas vid om den sexuella handlingen

genomförts med våld eller hot, utan vid frivilligheten. Bruket av våld eller hot degraderas således närmast till en bevisfråga för att komma fram till om samtycke förelegat eller inte.

Ett annat äldre fall är *X och Y mot Nederländerna* från år 1985. Målet gällde en mentalt handikappad kvinna som utsatts för övergrepp. Enligt då gällande nederländsk lag kunde åtal för brottet endast väckas efter angivelse av målsäganden. Men offret för övergreppet var på grund av sitt mentala tillstånd inte kapabelt att göra en sådan angivelse. Nederländerna ansågs ha brutit mot artikel 8 genom att underlåta att genom tillräcklig lagstiftning ge ett effektivt skydd mot övergrepp.

Ett nytt problemområde utgörs av problemen kring transsexualitet. Ska respekten för privatlivet också innebära att byte av könstillhörighet genom ett operativt ingrepp ska tillerkännas rättsverkningar. Vilka positiva förpliktelser har en stat när det gäller en person som har skiftat kön för att säkerställa att den transsexuella fullt ut kan åtnjuta de rättigheter och friheter som normalt tillkommer en människa?

## 5. Diskussion och konklusion

Hur ska vi ställa oss till denna utveckling som förutsätter allt fler positiva åtgärder från konventionsstaternas sida för att garantera ett effektivt skydd mot kränkningar av de mänskliga rättigheterna och friheterna? Ska vi vara positiva och berömma Europadomstolen för en progressiv inställning till ett ökat skydd eller ska vi vara kritiska och deklarerat att allt var bättre förr?

Jag kan inte se att Europadomstolen under senare tid har tagit kravet på rätts-säkerhet på mindre allvar än tidigare. Jag kan inte heller se att domstolen på något väsentligt sätt skulle ha gett avkall på de krav som legalitetsprincipen ställer. Men vad som kan ses enligt min mening är en starkare betoning än tidigare av kravet på säkerhet (i den mening som detta begrepp används inom EU) och individuellt rättsskydd samt i viss mån på effektivitet. Kontentan av domen i fallet *M.C. mot Bulgarien* kan beskrivas som att man genom domen önskade förstärka det individuella offrets rättsskydd mot sexuella övergrepp och därigenom förstärka skyddet mot förnedrande behandling och för den sexuella integriteten.

En annan sak är att domen har tolkats på skilda sätt och att den i den politiska debatten ofta har använts som ett tillhygge för att realisera kriminalpolitiska program som uttolkaren själv önskar genomföra. Detta har inte minst skett i den ofta överhettade våldtäktsdebatten i Sverige under de senaste fem åren (Träskman 2007). Det ska noteras att Europadomsolen inte entydigt fördömde den bulgariska lagstiftningen utan accepterade att våldtäkt förutsatte att den sexuella handlingen krävde visst våld eller hot. Vad som blev avgörande för utgången var – förutom brister särskilt under förundersökningen – den innebörd som man i praxis gav

uttrycken våld eller hot. Vad man särskilt framhölls i domen var att bevisningen skulle fokuseras mot frågan om samtycke till den sexuella handlingen förelåg eller inte, och inte mot frågan om offret fysisk hade motsatt sig handlingen (Utriainen 2010, s 218-226). Detta är en ståndpunkt som inte är så svår att acceptera också om samtycke är ett betydligt mer komplicerat juridiskt och faktiskt begrepp än vad man ofta framställer det som (Asp 2010).

Men går inte Europadomstolen i detta fall alltför långt genom att diktera eller åtminstone klart anbefalla en viss kriminalpolitisk lösning i ett fall där det med goda skäl kan finnas divergerande meningar? Kunde domstolen inte ha nöjt sig med att konstatera att en öveträdelse av konventionen förelåg på grund av att myndigheterna genom sitt passiva agerande och sin försumlighet inte hade säkrat en rimlig människorättsstandard? Är inte domstolens dom i grunden ett politiskt avgörande av det slag som domstolen borde avhålla sig från?

Jag menar att en sådan kritik av domstolen inte är ogrundad. Men samtidigt är grunden för denna kritik inte något nytt. Konventionsbestämmelserna är som tidigare konstaterats generellt utformade och ger möjligheter till långtgående tolkning. Det har hela tiden förutsatts att Europadomstolen driver rättsläget framåt genom en progressiv och dynamisk tolkning och tillämpning av bestämmelserna. I flera avgöranden försöker domstolen komma fram till vad som är en ”rimlig europeisk standard” och det kan man också säga att domstolen gjorde i fallet M.C. mot Bulgarien.

Men konstitutionellt sett är det svårt att placera in domstolen i rådande uppfattningar om demokrati, och domstolen har med visshet en betydande politisk makt som sträcker sig över nationalstaternas gränser. En sådan politisk makt kan missbrukas, antingen av domstolen själv eller genom att den och dess avgöranden används som redskap av vissa individer eller grupper i ett kriminalpolitiskt eller politiskt spel i konventionsstaterna. Detta är en risk som man ska vara väl medveten om.

Men trots detta vill jag gärna fortfarande ge mitt stöd till Europakonventionen, dess tilläggsprotokoll och dess viktigaste uttolkare, Europadomstolen. Jag kan inte se detta människorättsystem som ett hot mot rättsliga principer eller mot de grundläggande mänskliga rättigheterna – inte ens mot de grundläggande straffrättsliga principerna. Mitt åsiktsklimat i denna fråga domineras alltså av en tro på framsteg och inte av en attityd innebärande att allt var bättre förr.

**Litteratur**

Petter Asp, Magnus Ulväng & Nils Jareborg: Kriminalrättens grunder. Svensk straffrätt I. Iustus förlag 2010.

Petter Asp: Sex och samtycke. Iustus förlag 2010.

Hans Danelius: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen och de mänskliga rättigheterna. Tredje upplagan. Norstedts Juridik 2007.

Dan Frände: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie N:o 52.

Per Ole Träskman: Strafflagen för Europeiska Unionen – Fakta och fiction. Svensk Juristtidning 2002, s 345-362.

Per Ole Träskman: Har det gått mus i kvinnofriden? Festskrift till Madeleine Leijonhufvud. Stockholm 2007, s 315-336.

Terttu Utriainen: Raiskaus rikosoikeudellisenä ongelmana [Våldtäkt som ett rättsligt problem]. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta 2010.

Georg Henrik von Wright: Myten om framsteget. Tankar 1987-1992 med en intellektuell självbiografi. Albert Bonniers förlag 1993.

Georg Henrik von Wright: Att förstå sin samtid. Tanke och förkunnelse och andra försök 1945-1994. Bonniers 1994.

Josef Zila: Om rättssäkerhet. Svensk Juristtidning 1990, s 284-305.

Adresse:

Juridiska fakulteten

Lunds Universitet

Box 207

SE - 22100 Lund

e-post: per\_ole.traskman@jur.lu.se