

Offentlighetsprincipen och den svenska tryck- och yttrandefrihetsmodellen — en ytterligare kommentar

Av professor INGER ÖSTERDAHL

Utgör offentlighetsprincipen och meddelarfriheten en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv? Vad betyder det? Hur besvärligt ska Sverige vara i EU och vilket är den svenska tryck- och yttrandefrihetens pris? Är den värd det? Vem bestämmer över den svenska modellen? Frågorna är rättspolitiska och bör diskuteras som sådana och i sak. Att gömma sig bakom hävdvunna rättsliga former är ofruktbart. De svenska lösningarna bör värderas förutsättningslöst och efter förtjänst. Är de värda att försvara så försvara dem. Framför allt, det finns inget oundvikligt i rättsutvecklingen.

1 Inledning

Intensiva debatter pågår om den svenska modellen på tryck- och yttrandefrihetens område i ett nytt tekniskt och internationaliserat landskap. Offentlighetsprincipen och den personliga integriteten står ofta i fokus. Lexbaseaffären 2014 utlöste en diskussion om hur ändamålsenlig vår generösa offentlighetsprincip är när allt om alla, nästan, kan spridas grundlagsskyddat över Nätet.

Ett intensivt svenskt utredande pågår också för att få grepp om utvecklingen; år 2014 tillsattes inte mindre än fyra utredningar för att kartlägga utvecklingen och analysera risker för intrång i den personliga integriteten i samband med användning av informationsteknik samt för att föreslå lagändringar på delvis överlappande och delvis olika områden, samtliga med anknytning till tryck- och yttrandefriheten, offentlighetsprincipen och den personliga integriteten.¹

¹ Den personliga integriteten (Integritetskommittén) (Dir. 2014:65, 2016:12), uppdraget ska delvis redovisas senast den 31 maj 2016 och i övrigt senast den 1 juni 2017; Ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten (Dir. 2014:74), uppdraget redovisades genom betänkandet Integritet och straffskydd (SOU 2016:7); En kommitté på det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området (Mediegrundlagskommittén) (Ju 2014:97), uppdraget ska redovisas senast den 1 september 2016; En myndighet med ett samlat ansvar för tillsyn över den personliga integriteten (Utredningen om tillsynen över den personliga integriteten) (Ju 2015:02), uppdraget ska redovisas senast den 30 september 2016. I år (2016) tillsattes ytterligare två utredningar: Dataskyddsförordningen (Dir. 2016:15), uppdraget ska redovisas senast den 12 maj 2017; och Genomförande av EU:s direktiv om skydd av personuppgifter vid brottsbekämpning, brottmålshantering och straffverkställighet (Dir. 2016:21), uppdraget ska delvis redovisas senast den 1 april 2017 och slutredovisas senast den 30 september 2017. Dessutom tillsattes år 2015 utredningen Kameraövervakning — brottsbekämpning och integritetsskydd (Ju 2015:14), uppdraget ska redovisas senast den 28 februari 2017.

Ett antal betänkanden, först av Tryck- och yttrandefrihetsberedningen och därefter av Yttrandefrihetskommittén, har också under den senaste tioårsperioden genomlyst den svenska tryck och yttrandefrihetsregleringen utan att gåtan om hur tryck- och yttrandefriheten bäst bör regleras har lösts.² En ytterligare betydelsefull utredning lämnade år 2015 sitt betänkande — Informationshanteringsutredningen, respektive betänkandet Myndighetsdatalagen — och en betydelsefull ny lag — domstolsdatalagen — har beslutats.³

Den här artikeln tar sitt avstamp i den diskussion som förts i Svensk Juristtidning (SvJT) mellan Olle Abrahamsson, Henrik Jermsten, Göran Lambertz och Magnus Schmauch.⁴ Abrahamsson och Jermsten hävdar å sin sida, i korthet, att Sverige gör sig omöjligt i EU genom att hålla fast vid sin speciella modell för att reglera tryck- och yttrandefriheten. Lambertz tycks hålla med till en viss gräns, men menar att det kan vara värt priset att fortsätta hävda vår originella regleringsmodell.⁵ Schmauch menar å sin sida att det finns mer frihet i EU-rätten — närmare bestämt i artikel 4(2) i Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt om medlemsstaternas nationella identitet — för Sverige och svenska domstolar att tillvarata sina nationella konstitutionella traditioner, varav vår särskilda modell för regleringen av tryck- och yttrandefriheten skulle vara en, än Abrahamsson och Jermsten vill låta påskina.⁶ Även om avstampet är debatten i SvJT är fokus för den här artikeln inledningsvis framför allt offentlighetsprincipen och skyddet för den personliga integriteten som inte diskuteras ingående i sig i debatten i SvJT. I den här artikeln betraktas offentlighetsprincipen som en del av den originella svenska regleringsmodellen i vidare bemärkelse på tryck- och yttrandefrihetens område. Denna författare har svårt att ansluta sig till den uppfattning som framförs av Abrahamsson och Jermsten, nämligen att, till skillnad från tryck- och yttrandefrihetsregleringen i övrigt, frågan om offentlig-

² Jfr SOU 2004:114 Vissa tryck- och yttrandefrihetsrättsliga frågor. Internationellt rättsligt bistånd, brottskatalogen, målhandläggningsfrågor m.m.; SOU 2006:96 Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten?; SOU 2009:14 Grundlagsskydd för digital bio och andra yttrandefrihetsrättsliga frågor; SOU 2010:68 Ny yttrandefrihetsgrundlag? Yttrandefrihetskommittén presenterar tre modeller; respektive SOU 2012:55 En översyn av tryck- och yttrandefriheten.

³ SOU 2015:39; Domstolsdatalag (SFS 2015:728), i kraft 1 januari 2016.

⁴ Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten, "Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell", SvJT 2014 s. 201; Göran Lambertz, "Grundbultarna kan behållas", SvJT 2014 s. 440; Magnus Schmauch, "Tryck- och yttrandefrihetsgrundlagarna och EU-rätten — en kommentar till en kommentar", SvJT 2014 s. 520; Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten, "Myter och missförstånd om TF och YGL i ett EU-perspektiv — replik", SvJT 2015 s. 8; Magnus Schmauch, "Fler besynnerligheter — slutreplik till Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten", SvJT 2015 s. 199. Se även Elisabet Fura, "Våga värna öppenheten — den behövs nu mer än någonsin!", SvJT 2014 s. 267.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid. Se vidare Elke Cloots, *National Identity in EU Law*, Oxford: Oxford University Press, 2015.

hetsprincipens bestånd är och förblir en rent nationell angelägenhet.⁷ Snarare ansluter sig denna författare till uppfattningen som hyses av Cecilia Magnusson Sjöberg, som inte har deltagit i debatten i SvJT, att för Sveriges del utgör intressemotsättningen mellan den grundlagsstadgade insynsrätten och EU-rätten (närmast skyddet för personuppgifter, vilket är det Magnusson Sjöberg åsyftar) en konstitutionell utmaning.⁸

Den här artikelns bidrag till debatten är att på ett övergripande plan diskutera vilken typ av argument som framförs och vad det egentligen är vi diskuterar, och varför, samt vad vi borde diskutera och hur. Daniel Westman har inte heller deltagit i debatten i SvJT om den svenska regleringsmodellen, men kommer in från sidan med sin tankvärda färska kartläggning av medierättens utmaningar i det nya medielandskapet.⁹ Westmans perspektiv på den svenska tryck- och yttrandefrihetsmodellen mot bakgrund av den tekniska utvecklingen är ännu mer omvälvande än kritikerna Abrahamssons och Jermstens.

Fokus i den här artikeln kommer inledningsvis att ligga på offentlighetsprincipen och dess tekniska och europarättsliga utmaningar, men oundvikligen kommer hela systemet för den svenska regleringen av tryck- och yttrandefriheten till slut in i bilden. Personuppgiftslagen (PUL),¹⁰ Lexbaseaffären och direktiven till de pågående utredningarna i Lexbaseaffärens och näthatets spår kommer att analyseras och kommenteras ur ett rättspolitiskt perspektiv för att se hur konflikten mellan de nya utvecklingarna och den gamla regleringen kommer till uttryck och hur konflikten är tänkt att kunna lösas.

2 Personuppgiftslagen och Lexbaseaffären

Personuppgiftslagen (PUL) har alltid varit problematisk för Sverige i och med att vi saknar ett starkt skydd för den personliga integriteten i vår lagstiftning medan vi har ett starkt skydd för öppenhet och informationsfrihet. Denna svenska tradition manifesterar sig bl.a. i de intressanta skrivningarna i PUL i paragraferna 7 och 8 att tryck- och yttrandefriheten i TF och YGL går före PUL:s bestämmelser respektive att PUL inte ska tillämpas i den mån det skulle inskränka en myndighets skyldighet enligt offentlighetsprincipen att lämna ut personuppgifter. I den nya domstolsdatalagen finns samma tradition uttryckt i paragraf 5 punkt 2 som innehåller en hänvisning till para-

⁷ Abrahamsson och Jermsten 2014, ovan not 4, s. 202. Även påståendet att TF:s och YGL:s väl kända avvikelser från EU:s dataskyddsdirektiv i praktiken har visat sig ganska enkla att hantera, framstår som svärförståeligt (ibid., s. 214) — särskilt mot bakgrund av Mediegrundlagskommitténs uppdrag att överväga grundlagsändring för att komma till rätta med en av de mest flagranta avvikelserna (skyddet för databaser, se vidare nedan).

⁸ "Digital informationshantering i offentlig verksamhet", i Cecilia Magnusson Sjöberg (red.), *Rättsinformatik: Juridiken i det digitala informationssamhället*, Lund: Studentlitteratur, 2015, s. 235–358, 325.

⁹ "Nya utmaningar för medierätten", i Gunnar Karnell et al. (red.), *Liber Amicorum Jan Rosén*, Visby: eddy.se (distributör), 2016, s. 853–882.

¹⁰ SFS 1998:204.

graf 8 i PUL.¹¹ Även beträffande domstolsdata gäller således i förekommande fall att domstolsdatalagen inte ska tillämpas i den mån det skulle strida mot offentlighetsprincipen i TF:s kapitel 2 att inte lämna ut personuppgifterna ifråga. Att grundlag går före vanlig lag är inget sensationellt i och för sig och hade som påpekats t.ex. i propositionen till domstolsdatalagen inte ens behövt skrivas ut explicit i domstolsdatalagen (eller personuppgiftslagen); paragraf 8 i PUL refereras till som ”upplysningsbestämmelse” i propositionen till domstolsdatalag.¹²

Mer sensationellt än konstaterandet av det uppenbara, nämligen att grundlag går före vanlig lag, är den underförstådda kopplingen i PUL till EU-rätten — i form av persondatadirektivet och markeringen att PUL, som är baserad på EU-rätten, inte ska tillämpas om en tillämpning av PUL skulle inskränka offentlighetsprincipen.¹³ Sverige hävdar alltså indirekt att TF går före EU-rätten vid konflikt. Frågan om offentlighetsprincipens förenlighet med EU-rätten har aldrig ställts på sin spets inför EU-domstolen.¹⁴

Mot fortsatt tolerans inför offentlighetsprincipen i EU-domstolen talar dels det starka materiella skydd som finns i EU-rätten för personuppgifter, dels att ur EU-rättslig konstitutionell synvinkel EU-rätten trots allt är överordnad nationell lag inklusive grundlag. För tolerans inför offentlighetsprincipen talar olika argument av rättspolitisk karaktär och inte minst det faktum att Sverige i alla år hittills tillåtit behålla sin höga grad av öppenhet trots att Sverige om inte bryter mot så åtminstone töjer kraftigt på EU-rätten på området offentlighet kontra skydd för personuppgifter. Sverige har exempelvis inte stämts inför EU-domstolen av Kommissionen eller blivit föremål för några skarpa markeringar p.g.a. sin långtgående offentlighetsprincip. Rättspolitiska argument som också talar för att EU-domstolen trots allt skulle visa förståelse för Sveriges speciella avvägning mellan offentlighet och personuppgiftsskydd är också att det sedan början av 1990-talet varit politiskt opportunt att verka för ökad öppenhet även i EU-organisationen. I dagens läge har skyddet för personuppgifter ökat i betydelse på den politiska agendan, men öppenhet har förblivit en viktig politisk punkt sedan den först lanserades i samband med Maastrichtfördraget 1991.¹⁵ Det kanske därför skulle ta emot att direkt

¹¹ I SOU 2015:39 Myndighetsdatalag föreslås en motsvarande bestämmelse i paragraf 6 punkt 2 (s. 38, 692–694).

¹² Prop. 2014/15:148 Domstolsdatalag, s. 30, 103.

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

¹⁴ Jfr Bodil Lindqvist, C-101/01, dom av den 6 november 2003; jfr även Magnusson Sjöberg, ovan not 8 s. 326.

¹⁵ Official Journal of the European Communities, 92/C/191/01, 29 July 1992, Treaty on European Union, Declaration (No. 17) on the right of access to information: “The Conference considers that transparency of the decision-making process strengthens the democratic nature of the institutions and the public's confidence in the administration. The Conference accordingly recommends that the Commission submit to the Council no later than 1993 a report on measures de-

konfrontera Sveriges öppenhet. EU kanske inte heller vill konfrontera Sverige som medlemsstat i en så viktig profilfråga för Sverige oavsett vad artikel 4(2) i EU-fördraget om nationell identitet må omfatta. Den nya personuppgiftsförordningens bestämmelser om tillämpligheten av nationell lag tyder på att det fortsatt kommer att finnas en tolerans från EU:s sida mot den svenska offentlighetsprincipen.¹⁶

Lexbaseaffären ställde konflikten mellan PUL — eller snarare EU:s persondatadirektiv som PUL genomför — och offentlighetsprincipen på sin spets 2014. Konflikten har sitt upphov i den s.k. databasregeln i YGL 1 kap. 9 § som trädde i kraft så sent som år 2003. Databasregeln innebär att vem som helst genom ett utgivningsbevis kan skaffa sig grundlagsskydd för en databas fylld med personuppgifter och, i kombination med åtalsreglerna för tryckfrihetsbrott, därmed i princip immunitet mot påföljder trots att databasen uppenbarligen strider mot EU-rätten. Förmodligen är det ingen slump att regeringen bestämde sig för att tillsätta inte mindre än fyra utredningar med fokus helt eller delvis på skyddet för den personliga integriteten under det år Lexbaseaffären bröt ut. En del av mandatet för Mediegrundlagsutredningen är direkt utformat för att komma till rätta med det rättsliga problem en fritt tillgänglig databas med sökbara personuppgifter orsakar i förhållande till skyddet för den personliga integriteten.¹⁷ Intressant nog framfördes farhågan före antagandet av regeln om det frivilliga databasskyddet just att det fanns en risk att rena personregister skulle kunna få grundlagsskydd.¹⁸ Så sent som i slutbetänkandet från Ytrandefrihetskommittén 2012 konstaterades att de databaser som erhållit det frivilliga grundlagsskyddet huvudsakligen ägnade sig åt seriös verksamhet och gav värdefulla bidrag till ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning.¹⁹

Lexbase innehåller bl.a. information om domar i brottmål och tvistemål och beslut från hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN) och från inspektionen för vård och omsorg (IVO). Lexbase innehåller information om både fysiska och juridiska personer. På Lexbase hemsida står som överskrift ”Offentliga handlingar online”. När Lexbase lanserades utbröt en omfattande debatt och den internetleverantör Lexbase anlitat ”drog ur sladden” som internetleverantören — Bahn-

signed to improve public access to the information available to the institutions.” För en skildring av de tidiga stadierna i öppenhetsutvecklingen i EU, se Inger Österdahl, ”The ECJ and soft law: Who’s Afraid of the EU Fundamental Rights Charter?”, i Ulrika Mörth (ed.), *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham; Northampton MA: Edward Elgar, 2004, s. 37–60, 51–57.

¹⁶ Se t.ex. artikel 86 i den nya förordningen (Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), 8 April 2016, 5419/1/16 Rev. 1, Interinstitutional File: 2012/0011 (COD).

¹⁷ Dir. 2014:97 s. 14–16.

¹⁸ Konstitutionsutskottets betänkande 2001/02:KU21 s. 32.

¹⁹ SOU 2012:55 s. 430.

hof — själv uttryckte det i en debattartikel i Dagens Nyheter (DN).²⁰ Detta trots, som Bahnhof också skriver, att ”namnpubliceringarna ännu inte hade bedömts vara olagliga”.²¹ Datainspektionens generaldirektör krävde i en egen debattartikel i DN att databasregeln i YGL skulle ändras i syfte att stävja det missbruk som enligt Datainspektionen äger rum av den frihet att publicera personuppgifter som utgivningsbeviset ger.²² I direktivet till Mediagrundlagsutredningen återspeglas Datainspektionens krav direkt i uppdraget att ta ställning till om förändringar i databasregeln behövs för att tillgodose integritetsskyddet.²³

Lexbasefallet visar, menar Bahnhof, att internetleverantören, i extrema fall, kan kliva in och skydda integriteten där den ansvariga utgivaren misslyckats.²⁴ Lagstiftning vore fel väg att gå, anser Bahnhof, eftersom det skulle hota det fria ordet.²⁵ Vidare nackdelar med lagstiftning enligt Bahnhof är att lagändringar ofta blir ett slag i luften och helt eller delvis får fel effekt.²⁶ Risken är också överhängande att nya lagar skulle bli kontraproduktiva eller rentav repressiva, skriver Bahnhof.²⁷ En ytterligare hypotetisk nackdel med lagstiftning som Bahnhof bara tar upp indirekt är den förhållandevis stora mängd tid som går åt för att stifta lag, för att inte tala om grundlag.²⁸ Ur tidsperspektiv är kontrasten slående mellan den långsamma lagstiftningsprocessen och de snabba utvecklingarna på informations- och kommunikationsområdet, vilket kan bidra till att göra själva lagstiftningsinstrumentet mindre ändamålsenligt.

3 Mediagrundlagskommittén

Om vi studerar direktiven till de utredningar på temat yttrande- och informationsfrihet och integritet som tillsattes 2014 kan vi konstatera följande.²⁹ ”Mediagrundlagskommittén” är den mest centrala för denna artikels vidkommande och de delar i kommitténs mandat som rör den personliga integriteten kontra offentlighetsprincipen i synnerhet. I direktivet konstateras rakt på sak att PUL:s regler i praktiken inte gäller i medier som omfattas av TF och YGL samt att genom att ansöka om utgivningsbevis kan var och en få grundlagsskydd för sin databas och därmed utesluta personuppgiftslagens tillämpning.³⁰ Me-

²⁰ Johan Karlung, ”Vi höjer kraven på kunderna för att säkra det fria ordet”, Dagens Nyheter, 9 februari 2014, www.dn.se/debatt.

²¹ Ibid.

²² Kristina Svahn Starrsjö, ”Grundlagen missbrukas och måste ändras snarast”, Dagens Nyheter, 28 januari 2014, www.dn.se/debatt.

²³ Dir. 2014:97 s. 15–16.

²⁴ Karlung, ovan not 20.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Jfr även Ekots lördagsintervju, P1, 21 november 2015, med den då tillträdande ordföranden i Högsta domstolen, Stefan Lindskog.

²⁹ Jfr ovan not 1.

³⁰ Dir. 2014:97 s. 14.

diegrundlagskommitténs direktiv säger vidare att möjligheten att få grundlagsskydd genom utgivningsbevis infördes 2003 som en anpassning till den tekniska utvecklingen och till förhållandet att alltmer nyhetsförmedling, opinionsbildning och upplysning bedrivs av andra aktörer än traditionella massmedieföretag.³¹ Tanken var alltså främst att skydda nya former av massmedial verksamhet.³² Vid en ansökan om utgivningsbevis görs det dock inte någon prövning av databasens innehåll eller syfte, konstateras det i direktivet, utan det går att få grundlagsskydd även för databaser som inte har någon massmedial karaktär.³³ Det finns skäl att överväga om skyddet för den personliga integriteten är ändamålsenligt utformat i databaser med utgivningsbevis eller om regleringen bör förändras, säger direktivet.³⁴ Eftersom det inte finns något obligatoriskt skydd för integriteten, utöver TF:s och YGL:s regler, i databaser med utgivningsbevis torde det uppenbara svaret på den första frågan vara nej, dvs. att skyddet inte är ändamålsenligt utformat under antagande att det är den personliga integriteten man vill skydda.

Svaret på den andra frågan är inte lika uppenbart. Det kan ju hypotetiskt bli så att kommittén kommer fram till att skyddet för den personliga integriteten inte är ändamålsenligt utformat i databaser med utgivningsbevis — kommitténs direktiv på denna punkt torde när allt kommer omkring ha ett direkt samband med Lexbaseaffären — men att regleringen (ändå) inte bör ändras mot bakgrund t.ex. av den svenska öppenhetstraditionen. Det är en osannolik slutsats från kommitténs sida, enligt denna författares bedömning, men den är fullt möjlig.

I en annan del av direktivet som handlar om en övergripande översyn av det automatiska grundlagsskyddet för traditionella massmedieföretag kontra det frivilliga grundlagsskyddet för nya former av massmedial verksamhet, står tydligt att utgångspunkten ska vara att grundlagsskyddet inte heller i fortsättningen ska styras av yttrandenans innehåll.³⁵ Kommittén ska analysera för- och nackdelar med att det automatiska grundlagsskyddet är knutet till traditionella medier och överväga om det, bl.a. med hänsyn till den snabba tekniska utvecklingen, finns skäl att förändra denna ordning.³⁶ Om grundlagsskyddet inte ska styras av yttrandenans innehåll är det svårt att föreställa sig att syftet med verksamheten — massmedial verksamhet — skulle kunna få styra grundlagsskyddet i bemärkelsen att endast den som bedriver massmedial verksamhet kan få grundlagsskydd. Över båda de delar av

³¹ Ibid.; drygt tio år senare kan det konstateras att inte ens innebörden i begreppet "traditionella massmedieföretag" har relativiserats och att nya medier blivit huvudregel snarare än undantag.

³² Ibid.; även innebörden i begreppet "massmedial verksamhet" kan idag sägas vara betydligt relativiserad i förhållande till tidigare.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid. s. 15.

³⁵ Ibid. s. 9.

³⁶ Ibid.

kommittédirektivet som handlar om grundlagsskydd för traditionella respektive nya medier svävar den snabba tekniska utvecklingen som gör att vilken ändring som helst, i synnerhet en detaljerad och teknikberoende ändring, snabbt kan bli obsolet; med tanke på att grundlagsändring dessutom tar längre tid än vanlig lagändring är risken överhängande att teknikutvecklingen springer ifrån eventuella ändringsförslag redan innan de hunnit antas av riksdagen.

Kanske för att till viss del råda bot på det senare problemet har Mediegrundlagskommittén också fått mandatet att tämligen fritt överväga om detaljbestämmelser i grundlagarna bör flyttas till vanlig lag.³⁷ Detta inom ramen för en språklig och strukturell översyn av RF och YGL i syfte att göra dem tydligare och därmed mer lättillämpade.³⁸

En ytterligare intressant anvisning i direktivet med bäring på frågan om grundlagsskydd och utgivningsbevis för databaser är det inskränkande som görs mot slutet, av att uppdraget inte omfattar att förändra de grundläggande principer som bär upp tryck- och yttrandefriheten.³⁹ Anvisningen väcker en hel rad frågor — bl.a. om vilka som är de grundläggande principer som bär upp tryck- och yttrandefriheten — och det återstår bara att se hur kommittén tolkar mandatet på denna punkt.⁴⁰ Kanske markerar anvisningen en presumtion, t.o.m. stark, mot alla förändringar i TF och YGL som i något avseende rubbar den speciella svenska modellen och går EU-rätten och teknikutvecklingen alltför beredvilligt till mötes.

En annan intressant aspekt av Mediegrundlagskommitténs mandat är uppdraget att överväga om det går att utöka möjligheterna för Sverige att delta i internationellt rättsligt samarbete — t.ex. vad gäller internationell rättslig hjälp i brottmål — på det av TF och YGL grundlagsskyddade området.⁴¹ Idag är dessa möjligheter i praktiken obefintliga, konstateras det i direktivet.⁴² Direktivet ställer emellertid frågan huruvida våra internationella åtaganden kan förenas med en sådan strikt hållning, särskilt som utvecklingen går mot ett alltmer utökat rättsligt samarbete, framför allt inom EU.⁴³

³⁷ Ibid. s. 6.

³⁸ Uppdraget att modernisera TF och YGL, ibid. s. 4–6.

³⁹ Ibid. s. 24.

⁴⁰ Om de grundläggande principerna motsvarar de sex s.k. grundbultarna utgörs dessa av: censurförbudet, etableringsfriheten, ensamansvaret, meddelarskyddet, särskilda brottskatalogen samt särskild rättegångsordning.

⁴¹ Ibid. s. 16–18.

⁴² Ibid. s. 16.

⁴³ Ibid. s. 18. Frågeställningen har vissa likheter med de upplevda problemen för Sveriges del i det internationella samarbetet som ledde till en ändring i offentlighets- och sekretesslagen om utrikessekretess fr.o.m. 2014. I det senare fallet utökades möjligheterna till sekretess för att underlätta svenskt internationellt samarbete; se vidare Inger Österdahl, "Offentlighetsprincipen och det internationella samarbetet", SvJT 2015 s. 239.

4 Ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten

En ytterligare utredning som ska redovisa sina förslag år 2016 är Ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten.⁴⁴ Mot bakgrund av den tekniska utvecklingen och framväxten av internet ska utredningen till att börja med ta ställning till om straffbestämmelserna om olaga hot, ofredande, förtal och förolämpning och möjligen andra straffbestämmelser till skydd för den personliga integriteten, bör förtydligas, utvidgas eller på annat sätt ändras.⁴⁵ Försåvitt utredaren finner att straffbestämmelserna bör ändras ska hon föreslå de ändringar som behövs.⁴⁶ De brott som framför allt ska analyseras är, enligt direktivet, olaga hot och ofredande.⁴⁷ Även brotten förtal och förolämpning är av särskilt intresse.⁴⁸ Brottet ofredande anses dock inte omfatta kränkande yttranden på internet, t.ex., och utgör därför i sin nuvarande utformning inget starkt skydd mot kränkningar av den personliga integriteten.

Nästa punkt som utredaren av ett modernt och starkt straffrättsligt skydd för den personliga integriteten ska ta ställning till är om det finns behov av ett utvidgat straffrättsligt skydd mot spridning av bilder eller andra uppgifter med ett integritetskänsligt innehåll utanför det grundlagsskyddade området.⁴⁹ Även om utredaren skulle anse att det inte finns något sådant behov ska hon lämna förslag till hur ett sådant skydd skulle kunna utformas.⁵⁰ Den näst senaste tryck- och yttrandefrihetskommittén — Yttrandefrihetskommittén — ansåg att det i princip inte förekommer några integritetskränkningar inom det grundlagsskyddade området som kan motivera en särskild straffbestämmelse.⁵¹ Däremot ansåg kommittén att det fanns ett tydligt behov av en generell straffbestämmelse utanför det grundlagsskyddade området.⁵² När det gäller de befintliga straffbestämmelserna vars ändamålsenlighet utredningen ska analysera, så får utredningen föreslå nödvändiga ändringar även i TF:s och YGL:s brottsbeskrivningar.

Utredningen ska för det tredje analysera om ansvaret för tillhållare av elektroniska anslagstavlor bör utvidgas till att omfatta ytterligare brott, som uppenbart innebär en kränkning av enskildas personliga integritet, t.ex. olaga hot.⁵³ Om utredaren anser att ansvaret bör utvidgas ska hon föreslå de ändringar som behövs i lagen om ansvar för elektroniska anslagstavlor.⁵⁴ Lagen gäller inte tjänster som

⁴⁴ Ovan not 1.

⁴⁵ Dir. 2014:74 s. 1, 12.

⁴⁶ Ibid. s. 12.

⁴⁷ Ibid. s. 5–7.

⁴⁸ Ibid. s. 5.

⁴⁹ Ibid. s. 13.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ SOU 2012:55, ovan not 1, s. 429–430, 433, 438–440; Dir. 2014:74 s. 12–13.

⁵² Ibid. s. 13.

⁵³ Ibid. s. 15.

⁵⁴ Ibid.

skyddas av TF eller YGL. Direktivens brasklappar när det gäller olika omständigheter utredaren ska ta hänsyn till, som talar emot ett utvidgat ansvar för tillhandahållaren tycks peka mot en viss ovilja att utvidga ansvaret för tillhandahållaren, av flera olika skäl inklusive den tekniska utvecklingen sedan lagens tillkomst.⁵⁵

Slutligen ska utredaren ta ställning till om mer kvalificerade ärekränkingsbrott bör kunna ge rätt till brottsskadeersättning och i så fall under vilka förutsättningar.⁵⁶

I betänkandet Integritet och straffskydd som presenterades i februari 2016 föreslås att en ny straffbestämmelse om olaga integritetsintrång införs i kap. 4 i BrB.⁵⁷

Enligt betänkandet bör den nya bestämmelsen endast omfatta allvarliga och uppenbara fall av intrång i privatlivet och kränkningar av den personliga integriteten.⁵⁸ Vidare föreslås i viss men inte total likhet med åtalsreglerna i kap. 5 § 5 i BrB rörande ärekränkingsbrotten, att olaga integritetsintrång ska åtalas av åklagare endast om målsäganden anger brottet till åtal eller om åtal är påkallat från allmän synpunkt.⁵⁹ Dessutom föreslår utredningen att straffbestämmelsen om olaga förföljelse ska utvidgas till att omfatta även gärningar som utgör olaga integritetsintrång.⁶⁰

Bestämmelserna om olaga hot, ofredande, förtal och förolämpning i BrB utvidgas och anpassas enligt utredningens förslag till förhållandena i dagens samhälle.⁶¹ Till följd av de föreslagna ändringarna i BrB föreslår utredningen även att motsvarande brottsbeskrivningar i TF ändras i förekommande fall.⁶²

Utredningen föreslår en viss utvidgning av straffansvaret för tillhandahållaren enligt BBS-lagen, men säger samtidigt, och viktigare, att det finns ett behov av att se över BBS-lagen i dess helhet i ljuset av den tekniska utveckling som skett sedan lagens tillkomst.⁶³

Slutligen föreslår utredningen att rätten till brottsskadeersättning ska omfatta kränkning som sker genom grovt förtal.⁶⁴ Den föreslagna nya bestämmelsen om olaga integritetsintrång medför att vissa brott som idag utgör grovt förtal istället kommer att rubriceras som olaga integritetsintrång, vilket innebär en rätt till brottsskadeersättning på samma sätt som för andra brott som regleras i BrB kap. 4.⁶⁵

⁵⁵ Ibid. s. 14–15.

⁵⁶ Ibid. s. 15.

⁵⁷ Ovan not 1, 3 februari 2016, s. 22; avsnitt 10 s. 207–213.

⁵⁸ Ibid. s. 22.

⁵⁹ Ibid. s. 24.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid. s. 24–28.

⁶² Ibid. s. 28.

⁶³ Ibid. s. 29.

⁶⁴ Ibid. s. 30.

⁶⁵ Ibid.

5 Integritetskommittén och En myndighet med ett samlat ansvar för tillsyn över den personliga integriteten

Två ytterligare utredningar tillsattes under 2014 med direkt fokus på den personliga integriteten: Den personliga integriteten och En myndighet med ett samlat ansvar för tillsyn över den personliga integriteten.⁶⁶ Integritetskommitténs uppdrag är att utifrån ett individperspektiv kartlägga och analysera risker för intrång i den personliga integriteten som finns i samband med användning av informationsteknik.⁶⁷ Intressant i kommitténs mandat är att den i sitt arbete ska beakta risker för intrång genom åtgärder såväl från andra individer och företag som från det allmännas sida.⁶⁸ Kommittén ska även anlägga ett könsperspektiv på riskerna för intrång i den personliga integriteten.⁶⁹

Integritetskommittén har även i uppgift att analysera effekterna i lagstiftningsarbetet av det förstärkta grundlagsskydd i RF 2 kap. § 6 för den personliga integriteten som trädde i kraft 2011.⁷⁰ Gissningsvis har inte grundlagsändringen gjort några avgörande avtryck i lagstiftningsarbetet eftersom grundlagsskyddet är tämligen snävt utformat och dessutom endast rör förhållandet mellan ”det allmänna” och individen, inte mellan individer.

Integritetskommittén har även i uppdrag att överväga inrättandet av ett integritetsskyddsråd som skulle följa utvecklingen på området för den personliga integriteten.⁷¹ Integritetskommittén ska också överväga om de uppgifter som ett integritetsskyddsråd bör ges lämpligen kan fullgöras av en befintlig myndighet.⁷² Svaret på den senare frågan torde vara givet.

Så ser också regeringen ut att ha resonerat att döma av direktivet till Utredningen om tillsynen över den personliga integriteten.⁷³ Där har utredaren bl.a. i uppgift att — i syfte att stärka skyddet för den personliga integriteten — överväga hur ett i högre grad samlat integritetsskydd kan fungera inom en och samma myndighetsstruktur genom att tillsynen över behandling av personuppgifter samlas hos en myndighet.⁷⁴ I uppdraget ingår också att lämna förslag som medför att myndigheten är förberedd för att kunna fullgöra de uppgifter som Integritetskommittén kan komma att föreslå att ett integritetsskyddsråd ska ha.⁷⁵ Medan Integritetskommitténs mandat vad gäller integritetsskyddsrådet tycks vara inriktat på att rådet endast ska följa utvecklingen på området för den personliga integriteten, även om kommitténs

⁶⁶ Ovan not 1.

⁶⁷ Dir. 2014:65 s. 10.

⁶⁸ Ibid. s. 11.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Dir. 2014:65 s. 12.

⁷³ Dir. 2014:164.

⁷⁴ Ibid., s. 1.

⁷⁵ Ibid.

mandat också tycks vara öppet vad gäller förslag på vilka uppgifter ett sådant råd bör ges, tycks mandatet för integritetsmyndighetsutredningen vara inriktat på tillsyn och utredaren ska bl.a. ge förslag på hur tillsynen över behandling av personuppgifter kan samlas hos en myndighet.⁷⁶

6 Den svenska modellen

Frågan är om det är just den form TF och YGL just nu har eller om det är substansen och de substansvärden som kommer till uttryck i TF och YGL som är det viktigaste för dem som argumenterar för TF/YGL:s bevarande; det kan också vara så att det är själva formen som utgör substansen i TF/YGL:s fall enligt vissas uppfattning. Vid förhållningssättet att TF/YGL-värdena ska bevaras, men inte nödvändigtvis TF/YGL i befintlig form, skulle många och väldigt grundläggande beslut behöva fattas angående vad som skulle bevaras och hur, och förstås vad som eventuellt skulle behöva läggas till i grundlags- respektive lagregleringen av tryck- och yttrandefriheten.

Det skulle tills vidare, i det samfund av stater i vilket vi tills vidare lever, röra sig om svenska beslut tagna under inflytande av den internationella rätt vi lyder under, inklusive EU-rätten, samt under inflytande av den informationstekniska utvecklingen. Det skulle samtidigt vara beslut genom vilka Sverige skulle manifesteras vilka värden på området tryck- och yttrandefrihet Sverige vill slå vakt om. I en pågående internationell dialog bör Sverige i ett sådant fall inte vara rädd för att gå längre i frihetlig riktning än andra aktörer i det internationella samhället, om Sverige anser att det är detta den svenska traditionen som ska värnas bjuder.

När det gäller att ge bidrag till den internationella dialogen finns det anledning att överväga om inte ett mer offensivt förhållningssätt har bättre chanser att skydda den svenska traditionen än ett förhållningssätt där Sverige defensivt anpassar sig till existerande internationella överenskommelser och EU-rättsakter. Kanske behövs det inte ett väldigt offensivt förhållningssätt för att värna de svenska värdena. Vid eventuellt uppfattad konflikt mellan svensk rätt och internationell/EU-rätt måste de svenska formerna i TF/YGL värderas och det måste då värderas i vilken mån formen bidrar till substansen i skyddet av det som ska skyddas och i vilken mån formen mest finns för formens egen skull, av tradition.

Hypotetiskt är det möjligt att Sverige anser sig ha det substansmässigt starkaste skyddet för tryck- och yttrandefriheten i hela världen och att inget annat existerande system med andra rättsliga lösningar ens teoretiskt skyddar dessa friheter lika bra. Därmed skulle alla förändringar i den befintliga svenska regleringsmodellen nödvändigtvis innebära försämringar. I så fall behövs ett offensivt svenskt förhållningssätt på en bredare front än om Sverige anser att substansen i de

⁷⁶ Ibid, s. 1, 5, 6.

svenska värdena kan skyddas även genom andra eller delvis andra lagtekniska lösningar än de förhandenvarande svenska. De svenska lösningarna skulle i realiteten behöva värderas efter förtjänst var och en för sig, i synnerhet idag när den tekniska utvecklingen tycks göra vissa av de äldre formerna inadekvata.⁷⁷

Snarare än att utgå från det internationella regelverket, inklusive EU-rätten, verkar det säkrare att förankra lagstiftningen i den svenska traditionen tills vidare; till dess någon annan grundläggande politisk organisationsform än den svenska staten omfattar Sverige. Viktigt att notera är att den svenska traditionen inte med nödvändighet är substansmässigt väsensskild från övriga traditioner på tryck- och yttrandefrihetsområdet (om inte själva formen anses utgöra substansen i den svenska regleringen) i länder med vilka vi samarbetar mest intimt t.ex. genom medlemskapet i EU eller i Europarådet. Det är i alla fall möjligt att till stora delar samma substansmässiga skydd för tryck- och yttrandefriheten som det TF och YGL innehåller skulle kunna uppnås med hjälp av något annorlunda rättsliga former och lösningar än de befintliga. Den överordnade offentlighetsprincipen och den långtgående meddelarfriheten — vilka enligt Sverige självt, vid EU-inträdet, ”är och förblir grundläggande principer som utgör en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv” — verkar dock svåra att hitta motsvarigheter till internationellt.⁷⁸

EU-rätten är sällan entydig och i synnerhet är den inte entydig på området för artikel 4(2) om medlemsstaternas nationella identitet.⁷⁹ Beroende på vad Sverige vill, om saken skulle ställas på sin spets, kan Sverige försöka använda sig av det teoretiska utrymme som ändå finns för att hävda den svenska modellen till skydd för tryck- och yttrandefriheten. Hur Sverige väljer att agera inom EU utifrån TF och YGL beror åtminstone i förstora på vad Sverige vill och inte på vad EU vill. Om Sverige skulle vilja hävda TF och YGL i vad som verkar vara i strid med EU-rätten borde Sverige, åtminstone till dess saken hamnat inför EU-domstolen och domstolen eventuellt underkänt den svenska lagstiftningen, driva den linjen. Abrahamsson och Jermsten betonar att juridik och politik hör ihop i EU-samarbetet t.o.m., säger de, på ett mycket mer handfast sätt än på den inhemska arenan.⁸⁰ Detta torde

⁷⁷ Jfr Westman, ovan not 9, passim.

⁷⁸ Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 241, 29 augusti 1994, Handlingar beträffande Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till Europeiska unionen, Förklaring nr 47. Förklaring av Sverige om offentlighetsprincipen och svarsförklaring av de nuvarande medlemsstaterna: Offentlighetsprincipen, särskilt rätten att ta del av allmänna handlingar, och grundlagsskyddet för meddelarfriheten, är och förblir grundläggande principer som utgör en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv.

⁷⁹ Jfr Schmauch ovan not 4; jfr även den noggranna utredningen i Cloots, ovan not 6.

⁸⁰ Abrahamsson och Jermsten 2014, ovan not 4, s. 216.

gälla även i förhållande till EU-domstolen, i viss mån i alla fall.⁸¹ Sambandet borde kunna utnyttjas till Sveriges fördel likaväl som till Sveriges nackdel, vilket senare samband Abrahamsson och Jermsten fokuserar på när de ser framför sig att Sverige straffas på olika sätt för sin besvärlighet i att vidhålla sin tryck- och yttrandefrihetsmodell i förhandlingar om olika EU-rättsakter.

Om Sverige skulle förlora i EU-domstolen i det hypotetiska fall någon viktig del av TF/YGL-modellen skulle hamna där, inklusive offentlighetsprincipen, uppstår nästa vägval: nämligen om Sverige ska acceptera utslaget eller om Sverige, då i uppenbar strid med EU-rätten, skulle vägra följa EU-domstolen och EU-rätten.

Hur besvärligt Sverige vill vara i EU och vilket pris Sverige är berett att betala för detta är en politisk fråga. Det beror väl bl.a. på hur viktig Sverige anser att den svenska TF/YGL-modellen är. Mot bakgrund av vår förklaring vid EU-inträdet är det fullt möjligt att Sverige anser att den svenska TF/YGL-modellen och i synnerhet, som det står i förklaringen, offentlighetsprincipen och meddelarfriheten är så väsentliga värden för Sverige att vi är beredda att betala ett pris och t.o.m. ett högt pris för att försvara dessa värden.⁸² Det finns inget rättsligt svar på vilket pris Sverige bör, kan eller vill betala i EU för att upprätthålla sin egen modell för reglering av tryck- och yttrandefriheten. Rent hypotetiskt skulle en hög grad av öppenhet i samhället manifesterad i form av offentlighetsprincipen och meddelarfriheten kunna vara ett överordnat värde som Sverige är berett att försvara till ett mycket högt pris.

Abrahamsson och Jermsten argumenterar i sitt inlägg för att EU-rätten ställer krav som gör den svenska TF/YGL-modellen omöjlig att vidmakthålla och deras argumentation är övertygande, till en viss gräns.⁸³ Om Sverige vill underordna sig dessa krav utan att bråka, om Sverige således accepterar att EU-rätten ska avgöra TF/YGL:s öde kommer EU-rätten som Abrahamsson och Jermsten tecknar den att kunna få fullt genomslag. Eftersom EU-rätten inte är entydig, och rätt och politik är nära förknippade med varandra, samt Sverige kanske inte stillatigande vill låta EU-rätten ta över TF/YGL-modellen, eller ens delar därav, är utvecklingen emellertid långt ifrån förutbestämd. Den oundviklighet som Abrahamsson och Jermsten tecknar i rättsutvecklingen är i sig inte trovärdig, den blir bara trovärdig förutsatt att Sverige inte utnyttjar de utrymmen som finns, rättsliga och politiska, att fortsätta driva sin linje. Sverige kan själv påverka den rättsliga utvecklingen genom sitt agerande; det är möjligt att Sverige väljer den

⁸¹ Jfr Per Cramér, Olof Larsson, Andreas Moberg och Daniel Naurin, *See You in Luxembourg? EU Governments' Observations Under the Preliminary Reference Procedure*, Stockholm: Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 5, May 2016.

⁸² Jfr ovan not 78.

⁸³ Jfr direktivet (Dir. 2014:97) och tilläggsdirektivet (Dir. 2016:11) till Medigrundlagskommittén som bekräftar delar av Abrahamsson och Jermstens kritik.

linje Abrahamsson och Jermsten utmålar som oundviklig och det är möjligt att Sverige väljer en annan linje och därmed påverkar rättsutvecklingen, i Sverige och möjligen i EU, åt ett annat håll. EU och EU-rätten är i sig stadda i konstant förvandling.

Den tekniska utvecklingen som sveper med sig hela den traditionella spelplanen för tryck- och yttrandefrihetsregleringen kommer gissningsvis att förändra förutsättningarna både för aktuell svensk rätt och EU-rätt, vilket gör att bl.a. TF/YGL-modellen kommer att behöva verka i en helt ny miljö under alla omständigheter. Oavsett hur Sverige ställer sig till EU-rättens befintliga krav och möjliga förhandlingsutrymmen kommer den nya medietekniken att tvinga fram nya typer av lösningar och regleringar, det är åtminstone denna författares gissning.⁸⁴ Vilka lösningar Sverige väljer och vilka överordnade värden som tryck- och yttrandefrihetsregleringen ska skydda är rättspolitiska frågor som bör diskuteras som sådana och i sak både av politiker och jurister.⁸⁵

Med tanke på takten i teknikutvecklingen ter det sig tveksamt om traditionell lagstiftning kommer att vara ett lämpligt sätt att reglera många tryck- och yttrandefrihetsfrågor. Lagstiftning tar för gissningsvis för lång tid och ändringar blir ständigt aktuella. Både Abrahamsson och Jermsten samt Lambertz framhåller att viss reglering som nu finns i TF/YGL (kanske) måste flyttas till vanlig lag eftersom det blir för krångligt och tidskrävande att vid behov ändra grundlagen, i tillägg till att grundlagar rent principiellt av hävd inte bör ändras löpande.⁸⁶ Daniel Westman påpekar också att grundlagarna har setts över alltför ofta de senaste decennierna.⁸⁷ Även vanlig lag skulle emellertid kunna visa sig alltför omständlig för att fungera som regleringsinstrument på TF/YGL-området givet de snabba teknikförändringarna. Åtminstone måste lagstiftningstänkandet anpassas till den nya tekniken och regleringen ta hänsyn till vilka aktörer som är relevanta i det nya tekniklandskapet, något som Daniel Westman diskuterar ingående.⁸⁸ I den mån lagstiftningen inte hinner med blir det naturligen aktörerna själva som skapar rätten och domstolarna som ytterst bekräftar och medskapar gällande rätt mer aktivt än tidigare, även om traditionella rättegångar kanske också riskerar att anses ta för lång tid på medieområdet i framtiden. Bahnhofs reaktion på Lexbase i januari/februari 2014 är ett tydligt tecken på den nya utvecklingen; både

⁸⁴ Jfr även Westman, ovan not 9, passim. Westman kommenterar det uppdrag som Yttrandefrihetskommittén fick, att undersöka om det gick att finna ett nytt, teknikoberoende tillämpningsområde till de grundläggande yttrandefrihetsrättsliga principerna i TF och YGL, som "svårlöst", vilket närmast får tolkas som "omöjligt" i Westmans argumentation (jfr Westman, ovan not 9, s. 868 not 28)

⁸⁵ Jfr även Westman, *ibid.*, s. 880–881, som talar om de nya faktiska förhållandena, de mediepolitiska målen samt de grundläggande fri- och rättigheterna som lämpliga utgångspunkter för diskussionen.

⁸⁶ Abrahamsson och Jermsten 2014, ovan not 4, passim.; respektive Lambertz, ovan not 4, s. 443, 445.

⁸⁷ Westman, ovan not 9, s. 864 not 15.

⁸⁸ Westman, *ibid.* passim.

av tidsmässiga skäl och av skäl som hänförde sig till kunskapen om området och därmed förmågan att producera adekvat reglering ansåg sig Bahnhof själv bäst skapa rätten.⁸⁹

7 Till sist

Den viktigaste frågan kvarstår efter såväl Abrahamssons och Jermstens, Lambertz som Schmauchs inlägg: Vilken typ av reglering erbjuder bäst skydd för tryck- och yttrandefriheten, och vilken typ av reglering tillvaratar bäst offentlighetsprincipen och meddelarfriheten och, som det numera verkar, skyddet för den personliga integriteten? Det är i själva verket detta som borde diskuteras i sak i ljuset av de omvälvande förändringar i informations- och kommunikationslandskapet som nu äger rum. Kanske kommer alla betänkanden under 2016 och 2017 att ge bränsle till en sådan diskussion. Högtidlighållandet av TF:s inklusive offentlighetsprincipens 250 år kan också ge anledning att diskutera hur tryck- och yttrandefriheten bäst förvaltas i vår tid och framöver.

⁸⁹ Jfr ovan not 24 ff.