Facebookmålet — rensning på mållinjen eller organiserat uppspel?

Av doktoranden Mikael Ruotsi[1]

Mitt under fotbolls-VM, dagen före Sveriges seger i åttondelsfinalen mot Schweiz, meddelade Högsta domstolen dom i Facebookmålet (NJA 2018 s. 562). Högsta domstolen slog fast att en person som via Facebook hade livesänt ett sexuellt övergrepp kunde dömas för grovt förtal enligt vanliga straffbestämmelser eftersom sändningen inte omfattades av grundlagsskydd enligt den s.k. webbsändningsregeln i yttrandefrihetsgrundlagen. Tolkningsvis införde Högsta domstolen nya krav på vad som avses med ett program i webbsändningsregelns mening. Avgörandet är välkommet eftersom det begränsar yttrandefrihetsgrundlagens alltför vidsträckta tillämpningsområde avseende yttranden som sprids via nätet. Domen löser emellertid endast en liten del av de problem som finns med den nuvarande grundlagsregleringen. Facebookmålet är bara en räddning på mållinjen. Om de stora problem som kvarstår ska kunna lösas, krävs att lagstiftaren ändrar spelreglerna.

1 Inledning

I en tidigare artikel här i SvJT har jag beskrivit hur yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) riskerar att bli tillämplig på ett stort antal yttranden på internet, trots att de aktörer som träffas av grundlagsregleringen inte har intresse av att omfattas av denna och i praktiken inte heller har förmåga att leva upp till de krav som YGL ställer på en utgivare.[2] Sammanfattningsvis har två bestämmelser i YGL fått en utformning som kan ge grundlagen ett vidsträckt tillämpningsområde som både är svårt att överblicka och inte kan ha varit avsett av lagstiftaren.

För det första innebär den s.k. webbsändningsregeln (YGL 1:3 st. 2) att direktsändningar och tablålagda sändningar av program som sker via internet och riktas till allmänheten omfattas av grundlagarnas särskilda reglering.[3] Bestämmelsens räckvidd begränsas främst av kravet på att tidpunkten för sändningarna ska bestämmas av sändaren (direktsändning eller enligt tablå) samt att dessa ska riktas till allmänheten,

[1] Doktorand i konstitutionell rätt vid Uppsala universitet och föredragande hos Justitiekanslern. De åsikter som uttrycks i artikeln är mina egna. Forskningen finansieras med stöd av Torsten Söderbergs Stiftelse. Jag vill tacka Lisa Björk och Daniel Kjellgren för värdefulla kommentarer.

[2] Se Ruotsi, ”Webbsändningar, hemsidor och oönskat grundlagsskydd”, SvJT 2017 s. 674.

[3] Webbsändningsregeln i YGL 1:3 st. 2 lyder:
”Som sändningar av program anses också tillhandahållande till allmänheten på särskild begäran av direktsända eller inspelade program, om starttidpunkten och innehållet inte kan påverkas av mottagaren.”

vilket ställer krav på mottagarkretsens omfattning.[4] Som jag anförde i min tidigare artikel innebär det sagda bl.a. att alla organisationer och myndigheter som direktsänder sina event från Almedalsveckan, med stöd av webbsändningsregeln omfattas av grundlagsregleringen. Men även direktsändningar via sociala medier, såsom Facebook, Instagram och Snapchat, omfattas i princip av YGL:s regler.[5]

För det andra kan bestämmelserna i den s.k. databasregeln (YGL 1:4) innebära att alla aktörer som genomför en sändning som omfattas av webbsändningsregeln, och dessutom har en hemsida, får automatiskt grundlagsskydd för allt innehåll på hemsidan.[6] Detta eftersom aktören, genom att sända enligt webbsändningsregeln, kan anses utgöra en sådan redaktion för ett program som får automatiskt grundlagsskydd för tillhandahållande av information på internet.[7] Det sagda innebär t.ex. att alla de organisationer och myndigheter som direktsänder sina event från Almedalsveckan, utöver att sändningarna omfattas av webbsändningsregeln, dessutom skulle kunna få automatiskt grundlagsskydd för sina hemsidor. Även i relation till aktörer som direktsänder via sociala medier skulle liknande effekter kunna uppkomma.[8]

Sammantaget står det klart att en stor mängd aktörer, både enskilda och organisationer, sprider yttranden på nätet på ett sådant sätt som omfattas av regleringen i YGL. Detta är problematiskt eftersom det är orealistiskt att tro att dessa aktörer kommer att inrätta sig i det system som yttrandefrihetsgrundlagarna föreskriver. Det handlar bl.a. om skyldigheten att utse utgivare, sköta vissa krav på dokumentation av innehållet på webbplatsen samt att upprätthålla grundlagarnas system om skydd för meddelare.[9] Det kan tilläggas att webbsändningar och hemsidor som får grundlagsskydd är undantagna från de krav på behand-

[4] Jfr t.ex. SOU 2012:55 s. 365 och SOU 2016:58 s. 251 f. och s. 268.
[5] Se Ruotsi, SvJT 2017 s. 679.
[6] Datbasregeln i YGL 1:4 lyder, i relevanta delar:
”Denna grundlags föreskrifter om sändningar av program tillämpas också när information ur en databas, vars innehåll kan ändras endast av den som driver verksamheten, tillhandahålls allmänheten med hjälp av elektromagnetiska vågor
1. av någon av följande: a) en redaktion för en periodisk skrift eller ett program, […]
2. på något av följande sätt: a) överföring på särskild begäran, […]
Även om viss information i databasen har tillförts av någon annan gäller grundlagen för sådana delar av databasen där det framstår som klart att informationen härrör från den som driver verksamheten.”
[7] Se resonemangen i SOU 2012:55 s. 365 och SOU 2016:58 s. 268.
[8] Se Ruotsi, SvJT 2017 s. 679 f.
[9] Skyldigheten att utse utgivare för webbsändningar och databaser som omfattas av det automatiska grundlagsskyddet är straffsanktionerad, se YGL 4:1 st. 1 och 4:7. När det gäller webbsändningar finns vidare en straffsanktionerad skyldighet att dokumentera och tillgängliggöra uppgift om utgivare, se lag (1991:1559) med föreskrifter på tryckfrihetens och yttrandefrihetsgrundlagens områden 3:1, 3:11 och 3:30 (tillämpningslagen). Avseende databaser med automatiskt grundlagsskydd finns straffsanktionerad skyldighet att anmäla utgivare till Myndigheten för press, radio och tv samt att hålla uppgift om utgivare tillgänglig på webbplatsen, se tillämpningslagen 3:18, 3:26 och 3:30.

ling av personuppgifter som följer av dataskyddsförordningen och dataskyddslagen.[10] Det verkar orimligt att den som vid något tillfälle direktsänder över internet, till följd därav kan få automatiskt grundlagsskydd för sin hemsida enligt databasregeln och sålunda undantas från de krav på behandling av personuppgifter som följer av vanlig lag.

Sedan min föregående artikel publicerades har Högsta domstolen (HD) i NJA 2018 s. 562 (Facebookmålet) gjort vissa klargöranden avseende omfattningen av det första av de ovan nämnda problemen. HD har nämligen tagit ställning till hur webbsändningsregeln ska tolkas i relation till direktsändningar som sker via Facebook. Sammanfattningsvis kan man säga att HD i domen lanserar en ny tolkningsregel som begränsar webbsändningsregelns tillämplighet genom att särskilja direktsändningar via internet i allmänhet, från sändningar av sådana *program* som gör YGL tillämplig. Det uppställs alltså vissa krav på vad som ska anses utgöra ett program i webbsändningsregelns mening.

Det bör även nämnas att en ny parlamentariskt sammansatt kommitté (2018 års tryck- och yttrandefrihetskommitté) har fått i uppdrag att bl.a. göra en översyn av webbsändningsregelns tillämpningsområde och dess förhållande till databasregeln.[11] Översynen motiveras i allt väsentligt av de tillämpningsproblem som beskrivits ovan. Kommittén ska redovisa sitt uppdrag senast den 26 augusti 2020. Ändringar av YGL kommer emellertid att kunna införas först efter nästa ordinarie riksdagsval, dvs. i praktiken den 1 januari 2023. Fram till dess kommer den nu gällande ordningen att bestå.

Artikeln är disponerad på följande sätt. Efter denna inledande del (avsnitt 1) redogör jag för innehållet i HD:s dom i Facebookmålet, i de delar som domen behandlar frågan om YGL:s tillämplighet på den direktsändning som skedde via Facebook (avsnitt 2). Därefter gör jag några reflektioner kring hur HD valde att närma sig den aktuella frågan och hur angreppssättet kan påverka förståelsen av domen (avsnitt 3). Sedan analyseras innebörden av den nya tolkningsregel avseende begreppet program som HD lanserat i domen (avsnitt 4). I det därpå följande avsnittet (avsnitt 5) diskuterar jag hur HD:s nya tolkningsregel kan förstås i relation till de två centrala begrepp som vanligtvis används för att beskriva hur yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde bestäms: grundlagarnas formella och materiella tillämpningsområde.[12] Därefter analyseras hur HD:s definition av vad som utgör ett program förhåller sig till övriga delar av YGL (avsnitt 6). Särskilt uppmärksammar jag att ordet program används på i vart fall två skilda sätt i grundlagen. Det är viktigt, men inte helt enkelt, för den

[10] Se Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (dataskyddsförordningen) och lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning (dataskyddslagen) 1:7 st. 1.

[11] Dir. 2018:51 s. 17–20.

[12] Med uttrycket yttrandefrihetsgrundlagarna avses tryckfrihetsförordningen (TF) och YGL.

som läser lagtexten att veta vilken innebörd som avses i respektive lagregel. Avslutningsvis (avsnitt 7) diskuterar jag i vilken omfattning HD:s avgörande kan bidra till att lösa eller minska de problem med webbsändningsregeln och det automatiska grundlagsskyddet som tecknades inledningsvis. Även behovet av ytterligare åtgärder berörs.

2 Domen

I ett uppmärksammat mål våren 2017 dömde Uppsala tingsrätt två män för bland annat våldtäkt.[13] Tilltalad i målet var även en tredje person (EK) som hade varit närvarande när övergreppen skedde, men inte deltagit aktivt i dessa. Tingsrätten dömde EK för bland annat underlåtenhet att avslöja våldtäkt och grovt förtal. Förtalsbrottet bestod i att EK hade livesänt övergreppet på Facebook. EK överklagade domen till Svea hovrätt, som i ansvarsdelen fastställde tingsrättens dom.[14]

Hovrättens dom överklagades av EK till HD, som meddelade prövningstillstånd i fråga om hur åtalet mot EK för underlåtenhet att avslöja våldtäkt skulle bedömas samt i fråga om påföljd. Efter det att prövningstillstånd hade meddelats uppkom, under målets handläggning i HD, frågan om EK:s livesändning på Facebook av övergreppen omfattades av YGL.[15] Denna fråga hade varken berörts i tingsrätten eller i hovrätten. I det följande redogörs endast för HD:s resonemang i frågan om EK:s livesändning omfattades av YGL eller inte. Det bör emellertid nämnas att EK frikändes från brottet underlåtenhet att avslöja våldtäkt.

Frågan i HD var alltså om EK:s livesändning på Facebook av övergreppen omfattades av grundlagsskydd enligt webbsändningsregeln (YGL 1:3 st. 2).[16] Ett jakande svar på frågan hade inneburit att åtalet mot EK för grovt förtal inte hade prövats enligt den särskilda rättegångsordning som i yttrandefrihetsgrundlagarna föreskrivs för yttrandefrihetsbrott. Det hade i så fall saknats möjlighet för HD att döma ut påföljd för det brottet.[17] I praktiken hade en sådan utgång inneburit ansvarsfrihet för EK, eftersom preskription hade inträtt för ett eventuellt yttrandefrihetsbrott.[18]

HD inledde sin analys med en kort genomgång av innehållet i de aktuella bestämmelserna i YGL.[19] Därefter betonade HD betydelsen av den tekniska utvecklingen som dels har gjort det möjligt för var och en att via internet ägna sig åt masskommunikation, och dels har medfört att internet numera är de traditionella massmedieföretagens kanske

[13] Uppsala tingsrätts dom den 25 april 2017, mål nr B 386-17.
[14] Svea hovrätts dom den 28 juni 2017, mål nr 4377-17.
[15] Se NJA 2018 s. 562 p. 10–11.
[16] Genom ändringar som trädde i kraft den 1 januari 2019 har bestämmelserna i YGL moderniserats och omstrukturerats. Webbsändningsregeln hittades vid tidpunkten för HD:s dom i YGL 1:6 st. 1 andra meningen. Lydelsen var dock densamma. I det följande hänvisas till den nu gällande lagtexten om inte annat anges särskilt.
[17] NJA 2018 s. 562 p. 19.
[18] För yttrandefrihetsbrott gäller i det aktuella fallet att åtal måste väckas inom sex månader från det att programmet sändes (YGL 7:3 st. 1 p. 1).
[19] NJA 2018 s. 562 p. 20–21.

viktigaste plattform.[20] Vidare gjorde HD en kort översikt av webbsändningsregelns tillkomst och konstaterade att även privatpersoner — inte endast massmedieföretag — som sänder via internet kan uppfylla kraven för grundlagsskydd enligt webbsändningsregeln.[21]

Som avslutning på den redogörande delen av domen, och som en brygga till de egentliga domskälen, uttalade HD att ”[e]n förutsättning för [grundlagsskydd] är att vad som sänds är att se som ett *program* i webbsändningsregelns mening”.[22] HD:s egentliga domskäl redovisas därefter under rubriken ”Begreppet program”. Avsnittet omfattar tre ganska korta stycken som förtjänar att återges oavkortat.[23]

27. I huvudregeln om grundlagsskydd för sändningar som är riktade till allmänheten anges att det som omfattas är radioprogram. Begreppet definieras inte i lagtexten. I förarbetena uttalas att med radioprogram avses sändning med hjälp av elektromagnetiska vågor; uttrycket utgör närmast en teknisk beskrivning (jfr prop. 1990/91:64 s. 59 och 108). Det finns numera ett förslag om att yttrandefrihetsgrundlagen ska tillföras en bestämmelse med definitioner (se prop. 2017/18:49 s. 248). Uttrycket radioprogram föreslås bli ersatt av termen program utan någon förändring i sak. Termen tar alltså sikte på överföringssättet.

28. Vid bestämmandet av grundlagsskyddet bör begreppet program likväl ges en viss självständig betydelse. Med utgångspunkt i språkbruket vid grundlagens tillkomst får begreppet anses syfta på ett tematiskt avgränsat ljud/bildinnehåll som normalt har ett namn och ingår i ett programutbud (jfr Hans-Gunnar Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, Zeteo den 15 augusti 2017, s. 46). Tillkomsten av webbsändningsregeln kan inte anses ha medfört att begreppet fått en annan innebörd.

29. Mot den bakgrunden bör en sändning som i allt väsentligt är obestämd till format, inriktning och tid inte anses utgöra ett program i webbsändningsregelns mening. En sändning som är att se som ett rent spontanutflöde från en enskild sändares sida bör därför inte anses vara omfattad av regeln. En sådan tolkning är väl förenlig med lagtextens ordalydelse och i linje med lagstiftningens ändamål.

Med utgångspunkt i de ovan relaterade resonemangen konstaterade HD att EK:s livesändning av övergreppen via Facebook var i allt väsentligt obestämd till format, inriktning och tid. Sändningen utgjorde därför inte ett program i webbsändningsregelns mening och omfattades således inte av grundlagsskydd. Åtalet mot EK hade alltså förts i behörig ordning.[24]

[20] NJA 2018 s. 562 p. 22–24.
[21] NJA 2018 s. 562 p. 25–26.
[22] NJA 2018 s. 562 p. 26 [min kursivering].
[23] NJA 2018 s. 562 p. 27–29.
[24] NJA 2018 s. 562 p. 30–32.

Sammanfattningsvis innebär domen följande. HD har genom domen slagit fast att webbsändningsregeln *inte* innebär att YGL är tillämplig på *alla* direktsändningar som sker via internet och är riktade till allmänheten — något som tidigare har kunnat antas vara fallet.[25] Grundlagsskyddet för direktsändningar via internet avgränsas genom att det som sänds måste utgöra ett *program*, vilket ställer krav på format, inriktning och tid. Det kan tilläggas att domen avser YGL:s lydelse före den 1 januari 2019, men att detta inte borde ha någon avgörande inverkan på dess betydelse som prejudikat även vid tillämpningen av den moderniserade version av YGL som nu har trätt i kraft. Som HD nämner har visserligen begreppet program numera ersatt det tidigare radioprogram, men någon betydelsemässig skillnad är inte avsedd.[26]

3 Vilket problem försöker Högsta domstolen lösa?

Innan själva innebörden av prejudikatet analyseras (*vad* domen innebär), finns det anledning att reflektera något kring *hur* HD valde att formulera sina domskäl. Frågan är intressant eftersom HD:s angreppssätt i Facebookmålet skiljer sig från hur vi har kommit att vänja oss vid att HD (numera) resonerar.

Av det föregående avsnittet framgår att HD inte tecknade någon problembild och inte heller förklarade vilka konsekvenser det skulle få om YGL ansågs tillämplig på den aktuella direktsändningen via Facebook; varken i det enskilda fallet (straffrihet) eller i förlängningen (att grundlagarna framstår som obsoleta).[27] HD motiverade inte överhuvudtaget varför det var nödvändigt att besjäla programbegreppet med ytterligare innebörd (utöver den definition som numera framgår direkt av YGL 1:2).[28]

Det sätt som HD valde att närma sig den aktuella frågeställningen avviker från hur domstolen numera brukar skriva sina domar. Många gånger förklarar HD i sina domskäl vilka tolkningsalternativ som står till buds och vilka konsekvenser de olika lösningarna leder till. Därefter redovisar domstolen helt öppet vilka faktorer som talar för och emot de olika alternativen och varför domstolen anser att ett en viss tolkning är att föredra.[29]

Resonemang av den typen saknas helt i Facebookmålet. Istället ger HD sken av att den begränsning av YGL:s tillämpningsområde som otvivelaktigt införs genom domen, alltid har funnits. HD:s ordval ger intryck av att bekräfta den ”sanna innebörden” av YGL:s tillämpnings-

[25] Jfr prop. 2001/02:74 s. 41 f. där det inte nämns några begränsningar utöver vad som gäller för dagshändelser samt vissa gudstjänster och allmänna sammankomster (se YGL 1:16). Jfr även Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, tredje upplagan (2017) s. 56.

[26] Se prop. 2017/18:49 s. 248.

[27] Jag har resonerat ingående kring detta i min tidigare artikel i ämnet, se Ruotsi, SvJT 2017 s. 678 ff.

[28] Mer om denna definition nedan i avsnitt 4.4.

[29] Jfr t.ex. HD:s resonemang kring preskriptionsfrågan i Medborgarskapet II, NJA 2018 s. 103 p. 10–21.

område, snarare än att uppriktigt förklara för läsaren vilka skäl som ligger till grund för den nya mer restriktiva bestämningen av grundlagsskyddet.[30] Det går endast att spekulera kring varför HD inte valde att öppet redovisa skälen för sina ställningstaganden. En möjlig förklaring är att det upplevs som känsligare att anta en tydligt ”rättsskapande” roll när det, som här, handlar om tolkning av grundlag; och att HD därför valde att formulera sig som om man slog fast en sedan tidigare klarlagd position. Oavsett anledningen är det beklagligt. När HD avstår från att förklara vilka problem den nya tolkningen av vad som utgör ett program är avsedd att komma till rätta med, blir det svårt att avgöra om medicinen kommer att ge avsedd effekt.

I det följande utgår jag ifrån att HD delar den problembild som jag tecknade i min tidigare artikel i ämnet och som framgår av direktiven till den nya kommitté som ska föreslå en översyn av webbsändningsregeln.[31] Sammanfattningsvis innebär denna att yttrandefrihetsgrundlagarna riskerar att inte längre att tas på allvar om en stor mängd aktörer — som inte efterfrågar grundlagsskydd och inte heller är beredda att åta sig de skyldigheter som systemet innebär — får grundlagsskydd för sina yttranden på nätet.[32] Konsekvensen blir (och är) att vi har ett grundlagsreglerat system som enskilda i praktiken inte förstår att de är skyldiga att följa eller helt enkelt struntar i.

4 Något om prejudikatets innebörd

4.1 Inledning

YGL är enligt huvudregeln tillämplig på sändningar av program som är riktade till allmänheten och avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel (YGL 1:3 st. 1). Med detta avses huvudsakligen traditionella sändningar i ljudradio och tv.[33] Huvudregeln kompletteras av webbsändningsregeln (YGL 1:3 st. 2) och databasregeln (YGL 1:4). Webbsändningsregeln har följande lydelse.

> Som sändningar av program anses också tillhandahållande till allmänheten på särskild begäran av direktsända eller inspelade program, om starttidpunkten och innehållet inte kan påverkas av mottagaren.

Genom webbsändningsregeln är YGL tillämplig på sändningar av program som sker via internet. Detta är inte helt tydligt utifrån bestämmelsens ordalydelse, men anses framgå av uttrycket ”på särskild begäran”.[34]

Såväl huvudregeln i YGL 1:3 st. 1 som webbsändningsregeln förutsätter alltså att sändningar riktas till allmänheten och är avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel. Det som skiljer webbsändningsregeln från huvudregeln i YGL 1:3 st. 1 är att YGL:s tillämplighet på webb-

[30] Jfr NJA 2018 s. 562 särskilt p. 28.
[31] Se dir. 2018:51 s. 17–20.
[32] Se Ruotsi, SvJT 2017 s. 679 f.
[33] YGL är även tillämplig på en ytterligare huvudkategori av kommunikation: tekniska upptagningar. I denna artikel berörs inte reglerna om tekniska upptagningar.
[34] Se bl.a. prop. 2001/02:74 s. 41.

sändningar är begränsad till direktsända eller tablålagda program, vars innehåll inte kan påverkas av mottagaren.

Sammantaget måste alltså följande krav vara uppfyllda för att en sändning via internet ska omfattas YGL med stöd av webbsändningsregeln: (i) tillhandahållande till allmänheten, (ii) avsedd att tas emot med tekniskt hjälpmedel, (iii) direktsändning eller tablålagt program, och (iv) innehållet kan inte påverkas av mottagaren. I det här avsnittet konstateras att den sändning som var föremål för prövning i Facebookmålet verkar uppfylla samtliga dessa krav. Ändå ansåg alltså HD att webbsändningsregeln inte var tillämplig.

Den aktuella webbsändningen var en direktsändning som var avsedd att tas emot med tekniskt hjälpmedel. Dessa krav berörs därför inte ytterligare här. Däremot kommer kraven på tillhandahållande till allmänheten (avsnitt 4.2) och kravet att innehållet inte kan påverkas av mottagaren (avsnitt 4.3) att beröras i det följande. Därefter analyseras den nya definitionen av vad som utgör ett program i webbsändningsregelns mening (avsnitt 4.4).

4.2 Tillhandahållande till allmänheten

I sina domskäl resonerade inte HD uttryckligen kring kravet på att sändningen måste riktas till allmänheten. HD konstaterade emellertid att sändningen skedde på en sluten Facebookgrupp med ca 60 000 medlemmar, där några särskilda krav på inträde i gruppen inte verkar ha uppställts. Alla som anmält intresse har alltså fått bli medlemmar i gruppen.[35] Någon tydlig gräns för hur många mottagare som krävs för att en sändning ska anses vara riktad till allmänheten framgår inte av YGL:s förarbeten.[36] Men i det aktuella fallet hade Facebookgruppen ett mycket stort antal medlemmar och var dessutom i praktiken tillgänglig för envar. Dessa omständigheter var uppenbarligen tillräckliga för att kravet på spridning till allmänheten skulle vara uppfyllt. Det kan emellertid tänkas att bedömningen hade blivit en annan om gruppen haft färre deltagare eller om den hade varit sluten, i bemärkelsen att särskilda krav på tillträde hade ställts upp.

4.3 Innehåll som påverkas av mottagaren?

En fråga som inte berörs i domen, men som uppmärksammades av Riksåklagaren i dennes yttrande till HD, är betydelsen av rekvisitet att ”innehållet inte kan påverkas av mottagaren”. Riksåklagaren framhöll att andra användare i Facebookgruppen hade kommenterat sändningen i realtid och att kommentarerna hade synts i själva sändningen. Vidare hade vare sig EK eller Facebook haft möjlighet att granska dessa kommentarer innan de publicerades.[37] Enligt Riksåklagaren innebar detta att innehållet i sändningen hade kunnat påverkas av mottagarna. Vid en jämförelse med vad som gäller för omodererade läsarkommen-

[35] NJA 2018 s. 562 p. 30.
[36] Se framförallt SOU 1997:49 s. 113 ff.
[37] Riksåklagarens yttrande den 5 februari 2018 (ÅM 2017/5395) s. 5.

tarer enligt databasregeln (jfr NJA 2014 s. 128) borde detta enligt Riksåklagaren ha medfört att sändningen som sådan inte omfattades av grundlagsskydd.[38]

Resonemanget väcker frågor om den egentliga innebörden av kravet på att mottagaren inte ska kunna påverka innehållet i sändningen. Rekvisitet tillkom genom en ändring av webbsändningsregeln den 1 januari 2011 i syfte att klargöra att något grundlagsskydd för s.k. omodererade chattsidor inte kunde uppkomma genom webbsändningsregeln. Sådana chattsidor kunde nämligen enligt förarbetena ses som en slags direktsändning.[39] Detta är kanske sakligt sett korrekt, men knappast särskilt klargörande. Även direktsändningar av traditionella radioprogram kan påverkas av mottagarna, t.ex. genom att lyssnare ringer in och framför sina åsikter. Det framstår därför som svårt att med ledning av detta rekvisit dra några principiella gränser mellan grundlagsskyddad och inte grundlagsskyddad verksamhet.

Dessa svårigheter har också, i relation till databasregeln, lett till att det numera sägs uttryckligen i YGL 1:4 st. 2 att grundlagen är tillämplig på sådana delar av databasen där det klart framgår att innehållet härrör från den som bedriver verksamheten, även om viss information i databasen har tillförts av någon annan. Vid en jämförelse med den aktuella Facebooksändningen står det klart att skildringen av övergreppen härrörde från EK, även om det dessutom förekom kommentarer från andra användare i sändningen.

Sammantaget gjorde nog HD klokt i att inte försöka avgränsa YGL:s tillämplighet med ledning av kravet på att mottagarna inte ska kunna påverka innehållet i sändningen. En fråga som kvarstår är emellertid om detta rekvisit överhuvudtaget har någon självständig funktion vid tillämpningen av webbsändningsregeln.

4.4 Begreppet program

Som framgått av det ovan sagda fanns det inte många vägar öppna för att undvika att YGL skulle anses tillämplig på den aktuella Facebooksändningen. Den lösning som HD valde var alltså att sikta in sig på begreppet program. I YGL 1:2 definieras detta begrepp på följande sätt.

> *program:* innehållet i ljudradio, tv eller andra sådana överföringar av ljud, bild eller text som sker med hjälp av elektromagnetiska vågor samt innehållet i offentliga uppspelningar ur en databas

Definitionen ovan tar, vilket HD också anger,[40] sikte på innehållet i sådana överföringar via elektromagnetiska vågor som behandlas i grundlagen.[41]

[38] Riksåklagarens yttrande den 5 februari 2018 (ÅM 2017/5395) s. 7.
[39] Se prop. 2009/10:81 s. 48 och s. 66.
[40] NJA 2018 s. 562 p. 27.
[41] Se prop. 1990/91:64 s. 108, SOU 2016:58 s. 241 och s. 712 samt prop. 2017/18:49 s. 248.

Bestämmelsen bör läsas tillsammans med YGL 1:1 där det framgår att var och en har rätt att i sådana överföringar offentligen uttrycka tankar, åsikter och känslor och i övrigt lämna uppgifter i vilket ämne som helst, samt att yttrandefriheten enligt YGL har till ändamål att säkra ett fritt meningsutbyte, en fri och allsidig upplysning och ett fritt konstnärligt skapande. Tanken är alltså att ordet program ska omfatta innehåll ”i vilket ämne som helst”. Vid YGL:s tillkomst angavs också uttryckligen att något undantag inte skulle göras för sådana s.k. enkla meddelanden om ”tid, väder, nyheter eller dylikt” som inte utgjorde radioprogram enligt den då gällande radiolagens bestämmelser.[42] Tanken var istället att avgränsningen av grundlagens tillämplighet skulle ske genom de bestämmelser som angav på vilka sändningar YGL var tillämplig. Dessa bestämmelser återfinns idag i YGL 1:3 och 1:4.

Med utgångspunkt i det ovan sagda ligger det nära till hands att dra slutsatsen att det saknas andra begränsningar för webbsändningsregelns tillämplighet, utöver de som följer av de tidigare diskuterade kraven på att sändningar ska riktas till allmänheten, ske direkt eller enligt tablå, samt inte kunna påverkas av mottagaren.

HD slog emellertid i Facebookmålet fast att begreppet program har en särskild betydelse när det används i webbsändningsregeln; en sändning som i allt väsentligt är obestämd till format, inriktning och tid utgör inte ett program i webbsändningsregelns mening.[43]

HD:s nya definition av vad som utgör ett program möjliggjorde att ansvaret för den aktuella livesändningen kunde utkrävas enligt vanlig lag. Utgången i målet var välkommen. Det hade, som framhållits ovan, varit problematiskt om alla livesändningar som sker via sociala medier omfattades av YGL. Men vilka typer av sändningar är det då som kan förväntas uteslutas från grundlagsskydd med hänvisning till att de inte utgör program i webbsändningsregelns mening?

Enligt HD är en sändning inte ett program om denna är i allt väsentligt obestämd till format, inriktning och tid. Det finns alltså tre kriterier som ska beaktas vid prövningen av om en sändning utgör ett program (format, inriktning och tid) samt ett krav på hur väl sändningen måste uppfylla kraven (inte i allt väsentligt obestämd). HD utvecklar inte närmare vad som avses med ”format, inriktning och tid”. Det är därför svårt att dra några säkra slutsatser om vad kriterierna innebär. I det följande görs ändå ett försök att i någon mån precisera vad HD kan ha haft i åtanke.

Om vi börjar bakifrån, verkar det sista kriteriet (”tid”) förhållandevis tydligt. Med detta borde avses att sändningen har en på förhand bestämd start- och sluttid. Men vad menas med att en sändning är ”i allt väsentligt obestämd” tidsmässigt? Räcker det med att det saknas en på förhand angiven sluttid? Och för vem måste tiden vara i allt väsentligt

[42] Se prop. 1990/91:64 s. 108 med hänvisning till bl.a. SOU 1983:70 s. 293.

[43] Det kan inflikas att det nog inte hör till vanligheterna att HD som enda rättskälla, till stöd för en förhållandevis djärv tolkning av grundlagen, hänför sig till vad som i en lärobok anges om språkbruket vid en viss tidpunkt. Jfr NJA 2018 s. 562 p. 28.

obestämd: är perspektivet internt (sändare/utgivare) eller externt (mottagare)? Det kan ju vara så att sändaren har en tydlig plan för när sändningen ska starta och sluta, men inte kommunicerar sina planer med mottagarna. Utifrån sändarens perspektiv är sändningen då bestämd till tid, men från mottagarnas synvinkel framstår sändningen som spontan och obestämd. Det verkar väl långtgående att tidskriteriet skulle innefatta ett krav på att sändaren kommunicerar en programtablå med potentiella mottagare. Även grundlagarnas systematik, som präglas av en utgivarens rätt att bestämma sändningens innehåll och densammas efterföljande ansvar för det som sänds, talar för att ett internt perspektiv bör vara styrande. Det borde alltså räcka med att sändaren har en tillräckligt tydlig plan tidsmässigt, för att tidskriteriet ska anses uppfyllt. Hur tydlig tidsplanen måste vara framgår inte av HD:s dom, men klart är att en helt spontan sändning anses vara i allt väsentligt obestämd till tid.

Kriteriet ”format” är inte lika lätt att ge en tydlig innebörd. Ordet format har enligt Svensk ordbok två huvudsakliga betydelser; (i) storlek och form (särskilt hos papper etc.) respektive (ii) noggrant bestämt sätt att representera information i vissa kategorier, på visst utrymme etc. (särskilt för databehandling eller dylikt).[44] HD kan knappast avse någon av dessa betydelser när ordet format används i domen. Enligt Nationalencyklopedin används emellertid ordet programformat inom radio och tv som benämning på programtyper avseende dessas längd eller programidé.[45] I vardagligt tal, framför allt i en medial kontext, motsvarar nog detta även den normala innebörden av ordet format. Eftersom längden på programmet får antas inrymmas i tidskriteriet, ligger det nära till hands att dra slutsatsen att HD med ordet format menar programidé. För att formatkriteriet ska vara uppfyllt borde det alltså krävas att sändaren har en plan angående vad sändningen ska handla om: en programidé. Särskilt höga krav kan knappast ställas, eftersom det ju räcker med att sändningen inte är i allt väsentligt obestämd till format. En videoblogg[46] borde t.ex. kunna uppfylla kravet på format: programidén kan väl sägas bestå i att periodiskt posta inlägg i ett visst ämne eller göra mer dagboksliknande inlägg.[47]

Vad som avses med kriteriet ”inriktning” är svårt att förstå. Kriteriet kan givetvis inte avse politisk eller ideologisk inriktning, utan måste på något sätt åsyfta en innehållsmässig inriktning mer generellt. Det är inte lätt att begripa hur inriktningskriteriet tillför något som inte redan omfattas av formatkriteriet — under förutsättning att det senare avser sändningens programidé. Helt klart är väl att en sändning som har ett format knappast kan vara obestämd till inriktning — även det omvända borde vara fallet. En försiktig slutsats är att kriterierna format och inriktning i allt väsentligt är överlappande.

[44] Se Svensk ordbok på nätet: https://svenska.se/so/.
[45] Se Nationalencyklopedin på nätet: https://www.ne.se/.
[46] Se Wikipedia: https://sv.wikipedia.org/wiki/Videoblogg.
[47] Jfr Wikipedia: https://sv.wikipedia.org/wiki/Blogg.

Vidare bör det uppmärksammas att de tre kriterierna verkar vara kumulativa (”och”). För att undvika grundlagsskydd räcker det alltså inte med att en sändning är i allt väsentligt obestämd i relation till ett av kriterierna; det krävs att sändningen är i allt väsentligt obestämd på alla de angivna sätten. En sändning som är tydligt avgränsad tidsmässigt borde enligt detta synsätt omfattas av grundlagsskydd, även om sändningen är i allt väsentligt obestämd till format och inriktning. På samma sätt kan ett extrainsatt nyhetsinslag, som t.ex. behandlar en pågående naturkatastrof, vara obestämd tidsmässigt men ändå ha ett format och en inriktning.

Går det då, med ledning av det som sagts ovan, att säga något om vilka sändningar som numera undantas från grundlagsskydd med hänvisning till att de inte utgör program? Helt klart är att inga sändningar som påminner om traditionella radio- eller tvprogram kommer att träffas av det nya undantaget i webbsändningsregeln. Även de inledningsvis nämnda direktsändningarna från olika event under Almedalsveckan kommer alltjämt att åtnjuta grundlagsskydd; dylika sändningar har typiskt sett både ett tydligt format och är bestämda tidsmässigt. Gränsdragningen blir svårare i relation till enskilda som sänder via olika sociala medier, men det är tydligt att det är sådana sändningar som HD haft i åtanke när domen i Facebookmålet skrevs. I vart fall planlösa och spontana livesändningar via Facebook och liknande sociala medier får efter domen i Facebookmålet anses falla utanför YGL:s tillämpningsområde. Men det finns gott om situationer som inte enkelt låter sig bedömas utifrån den begränsade ledning som HD har gett. Som exempel kan nämnas Tik Tok, en app som gör det möjligt för användarna att dela egenproducerade videofilmer. Videosnuttarna är alltid (max) femton sekunder långa och kan sändas live. Det skulle kunna hävdas att redan detta snäva och precisa tidsformat gör att direktsändningar via Tik Tok uppfyller tidskriteriet och därmed får grundlagsskydd med stöd av webbsändningsregeln — eftersom programkriterierna är kumulativa saknar alltså kraven på format och inriktning betydelse under förutsättning av tidskriteriet är uppfyllt.

Sammanfattningsvis medför den nya definitionen av vad som utgör ett program i webbsändningsregelns mening att ett stort antal helt oplanerade sändningar via sociala medier undantas från grundlagsskydd, vilket är mycket välkommet. Genom att införa krav på format, inriktning och tid reserveras i praktiken grundlagsskyddet enligt webbsändningsregeln i YGL för sådana sändningar som föregås av ett i vart fall minimalt mått av planering eller eftertanke. Detta verkar vara den huvudsakliga konsekvensen av de programkrav som HD har ställt upp i Facebookmålet. Vad HD har åstadkommit är således inte en heltäckande lösning på problemet att alltför många sändningar inlemmas i grundlagarnas regelsystem via webbsändningsregeln, utan en spärregel som förhindrar att en del ytterlighetsfall får oönskat grundlagsskydd — situationer där den tidigare ordningens orimlighet var som allra mest

påtaglig. Det bör tilläggas att något mer inte heller kunde begäras av HD. I grunden måste frågan hanteras lagstiftningsvägen.

5 Ett nytt sätt att avgränsa grundlagsskyddet?

Det brukar framhållas att yttrandefrihetsgrundlagarnas tillämpningsområde bestäms utifrån formella, materiella och territoriella krav.[48] I det här avsnittet beskrivs de formella och materiella kraven kortfattat (de territoriella kraven saknar betydelse för de frågor som diskuteras här och berörs därför inte). Därefter diskuteras om den avgränsning av YGL:s tillämplighet som HD gjorde i Facebookmålet kan ses som en del av de formella eller materiella tillämplighetskraven.

Yttrandefrihetsgrundlagarnas *formella tillämplighet* avser en framställnings form och spridning, inte dess innehåll. Grundlagarna gäller alltså i princip bara för vissa kommunikationstekniker: huvudsakligen maskinellt framställda skrifter, tekniska upptagningar och kommunikation via elektromagnetiska vågor.[49] Själva utgångspunkten för såväl TF som YGL är att yttranden som sprids till allmänheten genom dessa kommunikationstekniker automatiskt åtnjuter grundlagsskydd, oavsett innehållet i framställningen.

Att grundlagarnas tillämpningsområde bestäms oberoende av innehållet i det som yttras är en sanning som modifieras av de krav som följer av det *materiella tillämpningsområdet*. Även framställningar som omfattas av det formella tillämpningsområdet kan tolkningsvis undantas från grundlagsskyddet om det står klart att det som yttras inte har något med yttrandefriheten att göra: exempelvis bedrägliga förfaranden eller förfalskningsbrott som begås genom tryckt skrift.[50] Det finns även uttryckliga undantag som följer direkt av yttrandefrihetsgrundlagarnas s.k. delegationsregler: exempelvis har barnpornografibrottet lyfts ut från det grundlagsskyddade området.[51]

Som framhållits ovan definieras begreppet program i YGL 1:2, som innehållet i sådana överföringar via elektromagnetiska vågor som behandlas i grundlagen.[52] I Facebookmålet slog emellertid HD fast att med program avses, i vart fall i webbsändningsregeln, även något ytterligare: krav på format, inriktning och tid. Vidare menar HD att dessa krav bör ges betydelse ”vid bestämmandet av grundlagsskyddet”. Innebörden av det sagda är uppenbarligen att sändningar som inte uppfyller kraven på format, inriktning och tid faller utanför YGL:s tillämpningsområde.[53]

[48] Se t.ex. SOU 2004:114 s. 67 ff., SOU 2006:96 s. 54 ff., SOU 2009:14 s. 59 ff., SOU 2010:68 s. 50 ff. och SOU 2016:58 s. 150 ff.
[49] Se t.ex. SOU 2016:58 s. 150 ff. och Axberger (2017) s. 36–38.
[50] Se t.ex. SOU 2016:58 s. 154 ff. och Axberger (2017) s. 58–63.
[51] Se YGL 1:18–21.
[52] Se ovan not 41.
[53] Se NJA 2018 s. 562 p. 29 och p. 32.

Men är de nya kraven på vad som utgör ett program i webbsändningsregeln del av YGL:s formella krav, materiella krav eller något helt annat? Frågan har viss betydelse eftersom en framställning som inte uppfyller de materiella kraven som regel inte undantas helt från yttrandefrihetsgrundlagarna. Ofta kan resultatet bli att vissa delar av grundlagarna inte tillämpas (t.ex. de flesta straffrättsliga aspekterna) medan grundlagarna gäller i andra avseenden (t.ex. gällande censurförbud och tystnadsplikt för den som tar emot ett publiceringsmeddelande).[54]

Det finns egentligen inget som tyder på att de nya programkraven skulle utgöra begränsningar av YGL:s materiella tillämpningsområde. I vart fall har HD inte motiverat kraven med utgångspunkt i sådana överväganden kring tryck- och yttrandefrihetens syfte och ändamål som vanligen ligger till grund för att tolkningsvis inskränka det materiella tillämpningsområdet.[55] Inte heller faller det sig naturligt att jämställa HD:s tolkning av programbegreppet med de delegationsregler som finns i YGL 1:18–21.

Det ovan sagda talar för att de nya programkraven bör ses som en del av de formella kraven för YGL:s tillämplighet. Samtidigt bör det sägas att det framstår som en nyhet att det formella tillämpningsområdet påverkas av andra faktorer än kommunikationstekniken och krav på spridning. Det finns visserligen krav som till vissa delar påminner om de nya programkraven i stencilregeln i TF 1:2 st. 2 och det grundlagsskydd som gäller för databaser med utgivningsbevis enligt YGL 1:4 st. 1 p. 1(d) och YGL 1:5–7. Men dessa bestämmelser innefattar särskilda möjligheter att på frivillig väg få grundlagsskydd för framställningar som annars inte uppfyller de formella kraven. Utgångspunkten är annars att grundlagsskyddet uppkommer automatiskt för framställningar som sprids genom de kommunikationstekniker som grundlagarna behandlar.

Som jämförelse kan nämnas att TF är tillämplig på alla tryckta skrifter, med vilket avses skrifter som har framställts i tryckpress och som är utgivna.[56] Det har inte varit aktuellt att begränsa TF:s formella tillämpningsområde och därigenom utesluta t.ex. tryckta klistermärken, tröjor eller flaggor från TF:s tillämplighet. En möjlighet hade annars varit att, på liknande sätt som i Facebookmålet, tolkningsvis införa krav på vad som avses med en tryckt skrift; kanske med utgångspunkt i vad som enligt vanligt språkbruk avsågs med en tryckt skrift 1766, när den ursprungliga tryckfrihetsförordningen trädde i kraft. Tänkbara krav skulle kunna utgöras av format, inriktning och skriftmaterial. Det går givetvis att argumentera för att behovet av att begränsa webbsändningsregelns tillämplighet är mycket större än behovet av att begränsa TF:s tillämplighet på olika tryckta alster som inte i ordets vardagliga be-

[54] Se SOU 2016:58 s. 154 och Axberger, Tryckfrihetens gränser (1984), s. 315.
[55] Jfr t.ex. HD:s resonemang i NJA 1999 s. 275 (Aftonbladetmålet).
[56] Se TF 1:2 st. 1 och TF 1:3.

tydelse utgör tryckta skrifter, men även det senare medför reella praktiska problem och principfrågan torde vara densamma.[57]

Alternativt skulle de nya programkraven kunna ses som en helt ny typ av begränsning av YGL:s tillämplighet. Med beaktande av hur HD i Facebookmålet väljer att betona att de medieformer som omfattas av YGL kännetecknas av ”ett på förhand fixerat och i efterhand konstaterbart innehåll”,[58] skulle de inskränkningar som programkraven innebär möjligen kunna liknas vid det undantag för direktsändningar av bl.a. dagshändelser som finns i YGL 1:16. Enligt den regeln inskränks emellertid endast tillämpligheten av vissa regler i YGL (bestämmelserna om t.ex. censurförbud är tillämpliga); grundlagens tillämplighet som sådan begränsas inte. Resonemanget i Facebookmålet tyder på att HD:s avsikt är att YGL inte ska vara tillämplig över huvud taget på webbsändningar som inte uppfyller programkraven, vilket får anses tala för att det ändå rör sig om en begränsning av det formella tillämpningsområdet.

Sammanfattningsvis talar mycket för att de nya kraven på vad som utgör ett program i webbsändningsregelns mening är att kategorisera som en begränsning av YGL:s formella tillämpningsområde. Det rör sig dock om ett nytt slags formellt krav, som inte tar sikte på kommunikationsteknik eller spridning, utan istället avgränsar grundlagens tillämpningsområde med hänvisning till att grundlagsskydd förutsätter ett visst mått av eftertanke eller planering och utesluter helt spontana framställningar. Möjligen kan man karaktärisera det som ett formellt krav som har materiella inslag – ett slags hybridregel.

6 En himla många program…

En sista frågeställning som ska beröras i den här artikeln är om Facebooksmålets räckvidd sträcker sig bortom webbsändningsregeln. Ordet program förekommer på ett stort antal ställen i YGL.[59] Det som ska diskuteras i detta avsnitt är om den nya definitionen av program som HD har lanserat i Facebookmålet kan få betydelse även vid tillämpningen av andra bestämmelser än webbsändningsregeln. För att kunna närma sig den frågan krävs emellertid en analys av hur ordet program används på olika ställen i YGL.

Som framgått av tidigare avsnitt innehåller YGL 1:2 en definition av ordet program, enligt vilken ordet tar sikte på innehållet i sådana överföringar av ljud, bild eller text som sker med hjälp av elektromagnetiska vågor.[60] Därefter följer i YGL 1:3 st. 1 den huvudregel som anger att YGL är tillämplig på sändningar av program — med vilket avses främst traditionell ljudradio och tv. Enligt webbsändningsregeln, YGL 1:3

[57] Se t.ex. SOU 2010:68 s. 65 f. och s. 72 f. för en genomgång av några av de problem som uppkommer till följd av synen på vad som utgör en tryckt skrift.
[58] Se NJA 2018 s. 562 p. 22.
[59] Enligt mina beräkningar förekommer ordet program vid 91 tillfällen i YGL (inklusive rubriker).
[60] Se ovan not 41.

st. 2, ska vissa tillhandahållanden av program via internet anses som sändningar av program. Vidare ska YGL:s regler om sändningar av program tillämpas också när information tillhandahålls ur en databas under de förutsättningar som anges i databasregeln, YGL 1:4.

Det finns egentligen ingenting som tyder på att ordet program i de ovan nämnda bestämmelserna betyder något annat än vad som följer av definitionen i YGL 1:2. Vad som anges i bestämmelserna är de olika förutsättningarna för att grundlagen ska vara tillämplig på respektive tillhandahållande av sådana program. Huvudregeln i YGL 1:3 st. 1 innehåller ett minimum av krav: sändningarna måste (i) vara riktade till allmänheten och (ii) vara avsedda att tas emot med tekniska hjälpmedel. Webbsändningsregeln och databasregeln innehåller mer utförliga krav på när YGL blir tillämplig, vilket har ansetts nödvändigt för att inte grundlagsskyddet för sådana yttranden som sker på nätet ska bli alltför vidsträckt.[61]

Det nu sagda talar för att själva begreppet program har en gemensam betydelse när det används i YGL, och att denna betydelse följer av definitionen i YGL 1:2. Även uttalanden från grundlagens förarbeten talar i denna riktning.[62]

I förarbetena sägs emellertid även att ordet program när det används längre fram i lagen — dvs. efter de inledande bestämmelserna som anger när YGL blir tillämplig — avser innehåll som grundlagen enligt någon av bestämmelserna i YGL 1:3 och 1:4 är tillämplig på.[63] Enligt förarbetena avser alltså ordet program, när det används längre fram i grundlagen, innehållet i sådana yttranden som omfattas av YGL:s formella tillämpningsområde med stöd av någon av bestämmelserna i YGL 1:3 eller 1:4.

Ett exempel på när ordet program användas på detta sätt finns i t.ex. YGL 5:1, där det anges att vissa gärningar utgör yttrandefrihetsbrott om de begås i ett program. Med program avses här uppenbarligen program som sänds enligt huvudregeln i YGL 1:3 st. 1, program som sänds enligt webbsändningsregeln samt tillhandahållanden av information som omfattas av databasregeln.[64]

Ordet program har alltså en till viss del vidare betydelse när det används i YGL 1:3, eftersom det där omfattar även sändningar av program som faller utanför det formella tillämpningsområdet (t.ex. för att det brister i kravet på att sändningen ska riktas till allmänheten). Samtidigt har ordet program en till viss del snävare betydelse i YGL 1:3 jämfört med när det används senare i grundlagen, eftersom ordet i dessa senare bestämmelser omfattar alla tillhandahållanden som omfattas av YGL:s

[61] Som framgått ovan har denna avgränsning inte blivit helt lyckad.
[62] Se prop. 2017/18:49 s. 103 och s. 248, samt SOU 2016:58 s. 241 och s. 712.
[63] Se prop. 2017/18:49 s. 248 och SOU 2016:58 s. 712.
[64] Det kan tilläggas att det finns ett stort antal bestämmelser i YGL där denna systematik inte upprätthålls. Se t.ex. YGL 3:1–4 och YGL 7:3. I de flesta fall framgår det emellertid av sammanhanget eller ordvalet att ordet program i dessa bestämmelser ges en snävare innebörd, och t.ex. endast syftar till sändningar av program enligt huvudregeln i YGL 3:1 st. 1.

formella tillämpningsområde (alltså även sådana tillhandahållanden som sker enligt databasregeln i YGL 1:4). Begreppsbildningen är inte helt enkel att ta till sig och det kan ifrågasättas om det inte hade varit att föredra att helt utmönstra begreppet i samband med den språkliga omarbetning av YGL som nyligen genomfördes. I vart fall kunde begreppet ha använts mer sparsamt.

Under förutsättning att de nya programkraven som följer av Facebookmålet utgör en del av det formella tillämpningsområdet, innebär det ovan anförda att man endast har anledning att beakta de nya programkraven vid prövningen av om en sändning omfattas av grundlagen enligt YGL 1:3, dvs. när frågan om YGL:s formella tillämplighet ska avgöras. Det kan möjligen ifrågasättas om HD:s nya krav på att ett program inte får vara väsentligen obestämt till format, inriktning och tid endast gäller vid tillämpningen av webbsändningsregeln, och således inte vid tillämpningen av huvudregeln enligt YGL 1:3 st. 1. För en sådan tolkning talar att HD i Facebookmålet endast uttryckligen anger att kraven gäller för ”vad som anses utgöra ett program i webbsändningsregelns mening”.[65] I motsatt riktning talar den enhetliga definitionen i YGL 1:2 och den systematik som de ovan angivna förarbetsuttalanden ger uttryck för.[66] Även den omständigheten att HD utgår ifrån huvudregeln om sändningar enligt YGL 1:3 st. 1 vid sin bedömning av vad som avsågs med ett program vid grundlagens tillkomst talar i denna riktning.[67]

Sammantaget talar mycket för att de nya programkraven gäller inte bara för sändningar enligt webbsändningsregeln, utan även för sådana sändningar som omfattas av huvudregeln i YGL 1:3 st. 1. Den praktiska betydelsen av den slutsatsen borde emellertid vara högst begränsad. Det är svårt att föreställa sig en sändning i traditionell ljudradio eller tv som inte uppfyller kraven på format, inriktning och tid.

7 Sammanfattning och slutsatser

Genom avgörandet i Facebookmålet har HD klarlagt att YGL inte är tillämplig på alla livesändningar som sker via nätet. För att en sådan direktsändning ska omfattas av grundlagsskydd krävs att det som sänds utgör ett program i webbsändningsregelns mening; vilket innebär att sändningen inte får vara väsentligen obestämd till format, inriktning och tid.

Dessa krav på vad som utgör ett program utgör en nyhet vid bestämmandet av YGL:s tillämplighet. Kraven kan inte utläsas av grundlagens definition av vad ett program är (YGL 1:2) och vinner inte heller stöd i några förarbetsuttalanden. Mycket talar för att kraven på format, inriktning och tid gäller för både huvudregeln om sändningar i YGL 1:3 st. 1 och för webbsändningsregeln, samt att de utgör en avgränsning av

[65] NJA 2018 s. 562 p. 29.
[66] Se särskilt not 62 och not 63 ovan.
[67] NJA 2018 s. 562 p. 27–28.

grundlagens formella tillämplighet. Som en begränsning av YGL:s formella tillämpningsområde kan dessa krav ses som nydanande eftersom de varken tar sikte på kommunikationstekniken eller på framställningens spridning till allmänheten.

HD:s avgörande innebär att en stor mängd helt spontana direktsändningar som sker via sociala medier, vilka tidigare har antagits omfattas av grundlagsskydd,[68] faller utanför grundlagens reglering och istället styrs av vanlig lag. Den nya definitionen av programbegreppet bidrar därmed till att undvika sådana problem som uppstår när vissa sändningar får grundlagsskydd, trots att de som sänder inte är intresserade av att omfattas av regleringen i YGL och inte heller vill eller kan leva upp till de krav som ställs på utgivare i grundlagen.

Samtidigt krävs det inte särskilt mycket för att en sändning ska utgöra ett program enligt den definition som HD har ställt upp. Kraven på format, inriktning och tid är kumulativa, det krävs alltså att en sändning är väsentligen obestämd till samtliga kriterier (format, inriktning *och* tid) för att den inte ska utgöra ett program. Det är sannolikt endast helt spontana sändningar, av den karaktären som var föremål för prövning i Facebookmålet, som inte klarar denna tröskel för grundlagsskydd. Den som livesänder en videoblogg om t.ex. trädgårdskötsel, eller livesänder i sociala medier med viss regelbundenhet (t.ex. gör en daglig uppdatering varje kväll vid en viss tidpunkt) omfattas sannolikt av webbsändningsregeln. Det går alltså inte att av HD:s dom dra slutsatsen att direktsändningar på sociala medier numera är undantagna från grundlagsskydd.

Avgörandet i Facebookmålet förändrar inte heller webbsändningsregelns relation till databasregeln. Det kan alltså fortfarande vara så att en organisation som t.ex. livesänder ett seminarium från Almedalsveckan i Visby dels får grundlagsskydd för själva sändningen enligt webbsändningsregeln, och dels får automatiskt grundlagsskydd för sin hemsida enligt databasregeln.[69]

Sammantaget har HD i Facebookmålet gjort en god insats för att begränsa de olyckliga effekter som den nuvarande utformningen av webbsändningsregeln och databasregeln får. Det handlar emellertid just om skademinimering, de grundläggande problemen med regleringen kvarstår. Grundlagsskyddet omfattar fortfarande en stor mängd yttranden där den som yttrar sig inte har något intresse av grundlagsskydd och inte heller är villig att underkasta sig de förpliktelser som följer av grundlagarna.[70]

[68] I vart fall har jag och två parlamentariskt sammansatta kommittéer antagit detta. Se Ruotsi, SvJT 2017 s. 678 f. samt SOU 2012:55 s. 365 och SOU 2016:58 s. 268.

[69] Se ytterligare om detta och de problem som är förknippade därmed, Ruotsi, SvJT 2017 s. 679 f.

[70] Det handlar som nämnts inledningsvis om bl.a. skyldigheten att utse utgivare, sköta vissa krav på dokumentation av innehållet på webbplatsen samt att upprätthålla grundlagarnas system om skydd för meddelare.

För att dessa problem ska kunna lösas krävs mer än punktinsatser av HD i relation till enskilda fall. Det behövs helt enkelt ändringar av grundlagen. Den parlamentariskt sammansatta kommitté som har fått i uppdrag att göra en översyn av webbsändningsregeln har inte fått någon enkel uppgift. Jag har tidigare antytt att en möjlig väg framåt vore att göra grundlagsskyddet för all publicering på nätet beroende av utgivningsbevis.[71] De frågor som HD hade anledning att ta ställning till i Facebookmålet talar i vart fall inte emot en sådan lösning.

[71] Se Ruotsi, SvJT 2017 s. 681 f.