

# 14 dagar av ostoppar terror\*

MÄRTEN SCHULTZ

*Ansvarsregleringen på yttrandefrihetsrättens område ger fortsatt upphov till svåra avvägningar mellan olika intressen. I artikeln hävdas att det senaste förslaget till reglering vilar på en orimlig avvägning, där de etablerade mediernas intresse tillåtit slå ut yttrandefrihetsrättens traditionella syn på ansvariga utgivare och att effekterna kan bli potentiellt farliga.*

## Inledning<sup>1</sup>

Den amerikanska filmserien *The Purge* tecknar en dystopisk bild av USA:s framtid. Efter en utveckling mot alltmer våld och brott röstar USA fram ett totalitärt parti – *The New Founding Fathers* – att leda landet. Genom ett tillägg till konstitutionen införs *The Purge* som innebär att under en dag varje år alla brott är tillåtna.<sup>2</sup> Under samma dag stiger också samhällets skyddsfunktioner åt sidan – polisen ställs på sidlinjen då allt som är förbjudet blir tillåtet. Terrorn regerar. Men bara under ett dygn. Sedan är allt som ”vanligt” igen.

Jag associerar till filmens berättelse om ett fullständigt ansvarsfritt tillstånd, en tid när straffrätten helt satts ur spel, när jag läser ett lagförslag på yttrandefrihetens område.<sup>3</sup> Det är närmare bestämt ett förslag om ansvaret för vissa pågående internetpubliceringar som påminner mig om filmerna. En brist i min liknelse med *The Purge* är dock att lagförslaget inte stannar vid en

\* Uppsatsen har tidigare publicerats i *Svensk Juristtidning* 2018 s. 837 ff.

<sup>1</sup> Jag vill tacka Mikael Ruotsi för värdefulla kommentarer.

<sup>2</sup> Det finns vissa undantag för t.ex. höga regeringstjänstemän.

<sup>3</sup> Ändrade mediegrundlag, SOU 2016:58. Lagrådsremissen kom den 22 juni 2017. Lagrådets yttrande kom den 5 september 2017. När jag nedan skriver ”yttrandefrihetsgrundlagarna” avses både tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL). När jag talar om ”yttrandefrihetstraditionen” och liknande så avser jag den tradition som i botten vilar på TF.

dags ansvarsfrihet utan utsträcker den till två veckor. 14 dagar av ostoppar terror. Jag överdriver naturligtvis en aning. Men bara en aning.

De särskilda yttrandefrihetsgrundlagarnas förhållande till internet har i flera avseenden varit problematiskt ända sedan människor i Sverige började använda internet. En del av dessa har varit kända sedan länge; en del har varit mindre kända. I SvJT 2017 s. 673 ff. skriver Mikael Ruotsi, utifrån det nu pågående lagstiftningsarbetet, om ett litet okänt problem inom yttrandefrihetsregleringen: hur den s.k. webbsändningsregeln i 1 kap. 6 § YGL gör att webbsändningar på internet omfattas av det särskilda grundlagsskyddet. Ruotsi är kritisk mot att detta tillstånd inte rättas till i lagförslaget och ställer sig bakom en modell där grundlagsskyddet enbart ska gälla för internetpubliceringar om det finns ett utgivningsbevis.<sup>4</sup> Saken har därefter varit föremål för HD:s prövning i ”Facebookmålet”.<sup>5</sup>

Det finns emellertid ett annat och möjligen mer omedelbart problem med lagförslaget. Och det problemet beror inte på den numer söndertjatade men fortfarande olösta utmaningen att använda sig av ett yttrandefrihetsrättsligt regelverk framtaget för traditionella medier på ett informationssamhälle där internet gör alla till publicister och där en youtuber på egen hand kan skapa ett massmedium med större räckvidd än någon av våra etablerade medier.<sup>6</sup> Det jag tänker på nu är istället ett nytt problem, som skapats i lagstiftningsarbetet. Först en bakgrund.

## Ensamsvaret och databaser

Ensamsvaret utgör en av grundbultarna i den svenska yttrandefrihets-traditionen.<sup>7</sup> Ensamsvaret innebär att enbart en särskild person har ett ansvar för det som publicerats i ett sammanhang som omfattas av det yttrandefrihetsrättsliga systemet. För tidningar är ansvaret normalt placerat på en ansvarig utgivare, 8 kap. 1 § TF resp. 6 kap. 1 § YGL.<sup>8</sup> Denna version av ensamsvaret kallas således för *utgivaransvaret*.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> A.a. s. 681 f.

<sup>5</sup> Se dom från den 2 juli 2018, i mål nr B 3552-17.

<sup>6</sup> Se t.ex. SOU 2010:68 s. 63 ff.

<sup>7</sup> Grundbultarna beskrivs pedagogiskt i den tidigare Yttrandefrihetskommitténs delbetänkande Ny yttrandefrihetsgrundlag?, SOU 2010:68 s. 41 ff. Se även Hans-Gunnar Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, 3 uppl., Stockholm 2017, s. 85 ff.

<sup>8</sup> Hans-Gunnar Axberger, Yttrandefrihetsgrundlagarna, 3 uppl., Stockholm 2017, s. 88.

<sup>9</sup> Jag bortser i det följande från det särskilda skadeståndsansvaret för medieföretag som ingår i förslaget (se SOU 2016:58 s. 372) eftersom jag i första hand har fokus på vad som i

Utgivaransvaret gäller också, på olika grunder, för vissa publiceringar på internet, 1 kap. 9 § YGL. Den som är ansvarig utgivare för Svensk Juristtidning, för att ta denna publikation som exempel, ansvarar också för tidningens databas. Men för *vad* svarar utgivaren?

När det gäller tryckta periodiska skrifter som tidningar är det förhållandevis enkelt att bedöma utgivarens ansvarsområde. Ansvaret omfattar de uppgifter som trycks i tidningen under den period som den ansvariga utgivaren var anmäld som just ansvarig utgivare.<sup>10</sup> När det gäller sådant material som tillhandahålls ur en databas är det knivigare. Det är särskilt ansvaret för äldre publiceringar som fortfarande är tillgängliga, t.ex. genom en tidnings webbplats, som givit upphov till frågor.

## Arvsynden i HD

I NJA 2013 s. 945 prövades om en tidnings (Dagens Nyheter, DN) ansvariga utgivares ansvar också omfattade tidigare publiceringar som fanns tillgängliga i tidningens databas. Bakgrunden var att en person, G, ansåg sig förtalad genom en artikel. G väckte därför talan mot DN och DN:s chefredaktör, som vid tillfället då talan väcktes var Gunilla Herlitz.<sup>11</sup> Gunilla Herlitz var ansvarig utgivare för tidningen och för dess databas, [www.dn.se](http://www.dn.se).

Den artikel som G ansåg sprede de ärekränkande uppgifterna hade publicerats innan Gunilla Herlitz tagit över utgivarskapet, men fanns fortfarande tillgängliga i databasen som kunde nås genom tidningens webbplats. Frågan var om den innevarande utgivaren hade ansvar för en tidigare publicering som fortfarande fanns tillgänglig på internet.

Högsta domstolen fann att Gunilla Herlitz ansvarade även för de tidigare publiceringarna. Efter att ha beskrivit grundlinjerna i ensamansvaret och noterat att en databas som omfattas av YGL ska ha en utsedd utgivare (4 kap. 1 § YGL) anförde HD följande:

10. Utgivare kan utses för hela databasen eller för delar av den (4 kap. 1 § första stycket YGL). Ensamansvaret förutsätter att endast en person ansvarar för en viss

vissa sammanhang kallats för oansvariga ansvariga utgivare, dvs. aktörer som inordnat sig i systemet utan att inordna sig i den mer övergripande svenska yttrandefrihetstraditionen som också inkluderar ett pressetiskt system etc. Enklare uttryckt.

<sup>10</sup> Detta är huvudfallet, se 8 kap. 1 § TF som kompletteras av vissa andra regler i 1 § 2 st.–4 §§.

<sup>11</sup> Jag skriver ut namnet eftersom målet är känt och förknippas med just Gunilla Herlitz, samt eftersom namnpubliceringen knappast torde medföra någon publicitetsskada.

del av databasen, exempelvis en artikel som finns lagrad där. Ansvaret gäller då för alla former av tillhandahållanden (se 1 kap. 9 § första stycket). Har det inte skett någon uppdelning av ansvaret, utan endast en utgivare utsetts, faller ansvaret för allt material i databasen på denne. Det innebär att utgivarens ansvar gäller för det fortlöpande tillhandahållandet av information ur databasen under hans tid som utgivare. Detta illustreras bl.a. av preskriptionsreglerna. Enligt 7 kap. 1 § andra stycket YGL ska, i fråga om tillhandahållande genom överföring från en databas, åtal för yttrandefrihetsbrott väckas inom sex månader från den tidpunkt när informationen inte längre tillhandahölls. Ansvaret gäller alltså så länge informationen hålls tillgänglig.

Så länge en tidning tillgängliggör en publicering i en databas faller ansvaret således på den vid varje tid utsedda ansvariga utgivaren.<sup>12</sup> Eventuella brott betraktas således som *perdurerande* så länge uppgifterna finns kvar och är tillgängliga i databasen. Det sker ingen preskription så länge publiceringen finns kvar.

Invändningar restes mot utfallet. Göran Lambertz, som var ett av justitieråden i HD:s enhälliga avgörande, framhöll i ett eget tillägg att denna ansvarsordning var mindre lämplig eftersom det medför att ”ensamansvaret urholkas till ett formellt ansvar”.<sup>13</sup>

Från publicistiskt håll var kritiken stark. Utgivarnas dåvarande vd Jeanette Gustafsdotter ansåg att regeringen omedelbart borde ta initiativ till en lagändring.<sup>14</sup> Det var, menade hon, orimligt att en utgivare skulle ansvara även för äldre publiceringar. Och Jeanette Gustafsdotter och hennes kollegor fick gehör hos regeringen.

<sup>12</sup> Det här är en förenkling. Ansvaret enligt yttrandefrihetsgrundlagarna är reglerat i kedjor, se för YGL:s reglering 6 kap. 1–2 §§. Jag håller mig här till huvudfallet.

<sup>13</sup> Jag är inte helt säker på hur detta ska förstås, men jag tror att Lambertz menar att ansvaret för äldre publiceringar utgör ett avsteg från tanken att utgivaren enbart har ansvar över publiceringar som hon har haft kontroll över. Men det är i så fall inget som skiljer tidigare publiceringar från de som sker när den ansvariga utgivaren är s.a.s. i tjänst. I dagens mediavärld har emellertid en ansvarig utgivare för större medier inte möjlighet att detaljkontrollera alla publiceringar som sker, åtminstone inte på de större tidningarna. Jag frågade de stora tidningarna hur många publiceringar de lade ut på internet per dygn. DN uppgav att tidningen har ungefär 160 publiceringar per dygn, medan Aftonbladet uppgav 300/dygn och Expressen 450/dygn. (Detta får betraktas som uppskattningar men det ger ändå en indikation på mängden material som faller under en utgivares ansvar idag.)

<sup>14</sup> Karl-Johan Bytner, Gustafsdotter kräver lagändring om utgivarsvar, Resumé, 7/11 2013 (<https://www.resume.se/nyheter/artiklar/2013/11/07/gustafsdotter-kraver-lagandring-om-utgivaransvar/>).

Nu finns det ett lagförslag som luckrar upp ansvaret för utgivaren för äldre publiceringar, om än inte så mycket som vissa företrädare för medierna skulle önska. Men det är också ett förslag som kan ge potentiellt katastrofala effekter ur ett ansvarsrättsligt perspektiv. Jo, jag är medveten om att en formulering som ”katastrofala effekter” får det att krypa i skinnet på jurister som präglats i att uttrycka sig nyanserat och återhållsamt. Men det är, som jag strax ska visa, för ovanlighetens skull en adekvat beskrivning. Det är dessutom en katastrof som vare sig utredningen, regeringen eller lagrådet över huvud taget har noterat i lagstiftningsprocessen hitintills.

## Lagförslaget

Till lagförslaget. Utredningen instämde i den problemformulering som framförts från bl.a. publicistiskt håll.<sup>15</sup> Utgivaransvaret måste ändras. En preskriptionsregel borde, menade utredningen, införas men ”med beaktande av de grundläggande tryck- och yttrandefrihetsrättsliga principerna”.<sup>16</sup>

I betänkandet jämfördes olika preskriptionsregler i svensk rätt. Redogörelsen kompletterades med komparativrättsliga utblickar.<sup>17</sup> När det gäller tryckta skrifter är preskriptionstiderna korta. För tidningar är preskriptionstiden normalt sex månader från utgivning.

Utredningen övervägde om en liknande preskriptionsregel skulle införas för uppgifter i databaser, men landade i att det inte var lämpligt.<sup>18</sup> Istället förordades en mindre långtgående ansvarsbegränsning. Om justitiekanslern eller en målsägande framför ett påstående om att en uppgift i en databas utgör ett yttrandefrihetsbrott kan den ansvariga utgivaren undgå ansvar om hen åberopar att uppgiften först lades ut mer än ett år tidigare.<sup>19</sup> Den som vill väcka talan mot den ansvariga utgivaren måste i så fall motbevisa påståendet om hur länge uppgiften funnits tillgänglig, men beviskravet är härvid lågt (”antagligt”).<sup>20</sup>

Om utgivaren i en sådan situation inte tar bort uppgiften ur databasen anses den ansvariga utgivaren efter två veckor ha publicerat uppgiften på nytt. Därmed börjar en ny ettårsperiod löpa. Om den ansvariga utgivaren

<sup>15</sup> SOU 2016:58 s. 363 ff.

<sup>16</sup> SOU 2016:58 s. 363.

<sup>17</sup> SOU 2016:58 s. 343 ff.

<sup>18</sup> SOU 2016:58 s. 372 f. samt bilaga 5.

<sup>19</sup> Se för det följande SOU 2016:58 s. 366 ff.

<sup>20</sup> Se lagförslaget, SOU 2016:58 s. 123.

tar bort det aktuella yttrandet inom 14-dagarsperioden finns det inte möjlighet att ingripa med straffrättsliga eller skadeståndsrättsliga rättsmedel.<sup>21</sup> (Om publiceringen skett inom ramen för ett medieföretags verksamhet kan dock målsäganden enligt förslaget fortfarande utkräva ett skadestånd.<sup>22</sup>)

## Remissinstanserna

Åtskilliga remissinstanser hade synpunkter på lagförslaget. Domstolsverket, Justitieombudsmannen, Svea hovrätt och Uppsala tingsrätt tillstyrkte utredningens förslag rörande databasregeln. Juridiska fakulteten i Lund, Juridiska fakulteten i Uppsala, Kammarrätten i Göteborg, Kammarrätten i Umeå, Polismyndigheten, Säkerhetspolisen och Åklagarmyndigheten hade inte några invändningar mot förslaget i denna del. Försvarsmakten hade inga synpunkter alls.

Vissa remissinstanser ansåg att förslaget var ett framsteg men otillräckligt. Juridiska fakulteten i Stockholm avstyrkte förslaget, bl.a. med motiveringen att det inte läkte problemen med den s.k. arvsyn den och för att det enligt Fakultetsnämnden skulle hamna i strid med Europakonventionens art. 10. Även Mittuniversitetet såg det som ett steg framåt men ville gå längre och förordade en sexmånadersregel från (som jag förstår det) första publiceringsdatum. Likaså ansåg Områdesnämnden för humanvetenskap vid Stockholms universitet och Publicistklubben att förslaget var ett steg framåt men inte tillräckligt. Advokatsamfundet avstyrkte förslaget, bl.a. utifrån Europakonventionsargument om att en sådan här reglering skulle kunna hamna i strid med förbudet mot självangivelse och att det är problematiskt att brott som blivit preskriberade kan bli åtalbara på nytt. Sveriges Radio förordade den alternativa lösning med en strikt preskriptionsregel om sex månader från publiceringsdatumet som utredningen presenterade i ett särskilt appendix, ehuru med vissa modifikationer. Även Bonnier, Sveriges Television och Sveriges Tidskrifter förordade den alternativa lösningen. Tidningsutgivarna avstyrkte ”bestämt” förslaget, bl.a. eftersom det inte löser problemet med ”arvsyn den”. Också Schibsted avstyrkte och förordade en betydligt mer långtgående begränsning av ansvaret. Svensk Tidskrift intog en originell inställning – förslaget avstyrktes med hänvisning till den långa tryckfrihetsrättsliga traditionen i Sverige.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> SOU 2016:58 s. 371.

<sup>22</sup> SOU 2016:58 s. 372.

<sup>23</sup> Jag befarar att Svensk Tidskrifts yttrande inte får den läsekrets som det förtjänar och vill därför citera dess kärna: ”Den svenska tryckfrihetsförordningen firar 250 i år. Den nuva-

Andra var kritiska eller avstyrkte förslaget av motsatt anledning. Hovrätten för Skåne och Blekinge ställde sig ”starkt tveksam” till förslaget, bl.a. eftersom den föreslagna regleringen kunde leda till bevisproblem och dess konsekvenser var svåröverblickbara. Myndigheten för radio och tv var försiktigt kritisk i frågan om en ansvarsbegränsning för databaser. Myndigheten ansåg att förslaget var komplicerat och regelverket riskerade att bli svår-tillämpat. Justitiekanslern – som var den remissinstans som kom närmast de kritiska synpunkter som jag kommer att framföra i nästa avsnitt – var i flera avseenden kritisk och avstyrkte att genomföra den ansvarsbegränsning som föreslagits.<sup>24</sup> Även Journalistförbundet avstyrkte, av ett flertal skäl som delvis hänger samman med det som kommer att framföras nedan, bl.a. för att en oansvarig utgivare kan utnyttja 14-dagarsperioden för att undgå ansvar för brott.

## Lagrådsremissen och lagrådets yttrande

Regeringen instämde i utredningens grundläggande ställningstagande om att regelverket rörande ansvaret för information i databaser borde förändras men ”på ett sådant sätt att det inte innebär någon påtaglig förskjutning av den nuvarande balansen mellan friheten att yttra sig och möjligheten för det allmänna eller en målsägande att ingripa när en överträdelse av tryck- och yttrandefriheten har ägt rum”.<sup>25</sup>

rande är yngre, men den ursprungliga, som först kodifierade yttrande- och tryckfrihetsförordning i lag, genomdrevs av mösspartiet under ledning av prästen Anders Chydenius vid riksdagen i Gävle den 2 december 1766. Det är den äldsta i sitt slag i världen, och en av grundbultarna i svenskt samhällsliv. Ett arv att vara stolta över och värda ömt. Idag hotas yttrandefriheten åter igen både när och fjärran och totalitära stater och förtryckare tystar kritiker och krossar tryckpressar. Här hemma börjar helt vanliga, medkännande politiker och byråkrater tumma på frihetens gränser ’för vårt eget bästa’. Regeringens upprepade utspel i frågan visar på en oroande brist på förståelse för yttrande- och tryckfrihetens värde och gränser. Varje avsteg från de grundprinciper som, om än med modifieringar, tjänat oss väl i över 250 år måste noga övervägas och motiveras. Att vilja rädda vuxna människor från att fatta egna beslut som inte passar överheten är knappast skäl nog.”

<sup>24</sup> Justitiekanslern noterade även följande: ”Justitiekanslerns erfarenhet är dock att den befintliga preskriptionsregleringen hittills inte har inneburit några beaktansvärda problem. Endast i ett fåtal fall har Justitiekanslern väckt åtal beträffande äldre material. Inget av dessa fall (som har gällt hets mot folkgrupp) har, enligt Justitiekanslerns bedömning, lett till stötande resultat. Tvärtom skulle det kunna hävdas att en ordning som innebar att de aktuella publiceringarna straffritt kunde fortgå på grund av preskription hade kunnat ifrågasättas.” Remissyttrande 17/1, 2017, Diarienummer 5822-16-80, s. 6.

<sup>25</sup> Lagrådsremiss, Ändrade yttrandefrihetsgrundlagar, 22 juni 2017, s. 130.

Regelverket behöver, enligt regeringen, förändras för att vara mer i samklang med utvecklingen vad gäller internetpubliceringarna. Därför bör utgångspunkten vara att utgivare ansvarar för publiceringar som hon godkänt eller i alla fall haft möjlighet att ta ställning till. Detta måste dock, framhöll regeringen vidare, vägas mot intresset av att beivra yttrandefrihetsbrott.

Lagrådet hade inga synpunkter alls på lagförslaget i denna del.

## Propositionen

Även regeringen instämde i den rättspolitiska grundtanken och gick på det hela taget på utredningens förslag, men gjorde vissa terminologiska förändringar efter synpunkter från lagrådet.<sup>26</sup>

## Riksdagen

I detta läge inträffade något ovanligt. En kampanj mobiliserades i motstånd mot lagförslaget, men inte mot den del av förslaget som är föremål för denna artikels intresse utan en annan del av förslaget rörande möjligheten att förbjuda vissa söktjänster om att privatpersoner begått brott (ibland kallat för ”Lexbase-förslaget”). Efter vissa politiska förvecklingar sade riksdagen ja till regeringens förslag, med undantag för den nyss nämnda delen om integritetskänsliga söktjänster. Lagförslaget är nu alltså vilande, i väntan på att en ny riksdag väljs och ett andra beslut kan fattas.

## Rättspolitiskt mellanspel

Här ligger lagstiftningsärendet när detta skrivs. Innan jag kommer fram till de kritiska synpunkterna mot 14-dagarsförslaget finns det anledning att beröra den rättspolitiska mylla som förslaget vuxit fram i.

Den diskussion som förts efter 2013 års HD-avgörande har ofta utgått från antagandet att rättsläget ska betraktas som mer eller mindre självklart orimligt. En tillträdande ansvarig utgivare har (normalt) inte haft någon kontroll över en tidigare publicering. Då bör hon inte heller ha ett ansvar för denna. Det är en grundton även i flera av remissvaren. Att det behövs ansvarsbegränsningar har understundom betraktats som en rättspolitisk truisem.

<sup>26</sup> Prop. 2017/18:49 s. 135 ff.



Tag t.ex. regeringens uttalande i lagrådsremissen. Regeringen fann att en publicering som var tillgänglig i en databas måste betraktas som pågående så länge den tillhandahålls och att preskriptionstiden ska börja löpa när informationen tagits bort.<sup>27</sup> Samtidigt framhåller regeringen att ”utgångspunkten” bör vara att utgivaren ansvarar för sådana publiceringar som hon godkänt eller haft möjlighet att ta ställning till. Men varför måste det vara utgångspunkten? Utgångspunkten står uppenbarligen i strid med yttrandefrihetsgrundlagarnas grundtanke om att utgivaren har ett ansvar för allt inom hennes kontrollsfär.<sup>28</sup> Är det därför inte snarare i *kontrollaspekten* som utgångspunkten bör sökas. Ansvaret är knutet till utgivarens kontroll över publiceringen, inte att hon faktiskt har tryckt på publiceringsknappen eller att hon har haft möjlighet att göra det. Man kan se det som att priset för yttrandefrihetsgrundlagarnas långtgående skydd för publicister och medier är att det alltid finns ett ansvarssubjekt att vända sig till vid påstående om yttrandefrihetsbrott.<sup>29</sup>

En invändning mot den rådande ordningen har varit att den ansvariga utgivaren inte kommer att ”våga” stå som ansvarig för äldre publiceringar. I praktiken kan det innebära en risk för att medierna inte längre kommer att kunna tillhandahålla öppna databaser med äldre material. Men är det verkligen så dåligt?

<sup>27</sup> Det är med denna inställning inte helt adekvat att tala om en arvsynd, även om metaforen förstås är välfunnen för den som arbetar med lobbying för medieföretagens räkning. Det är ju inte den synd som ärvs som kan ge upphov till ansvar utan den synd som kontinuerligt begås och som utgivaren har kontroll över, genom att tillhandahålla den information som utgör ett brott. Det blir tydligt om man jämför med situationen utanför yttrandefrihetsgrundlagarna. Den som förvärvar en butik som har en tv-apparat i sitt skyltfönster som i reklamsyfte dygnet runt återger en film som utgör brottet olaga våldsskildring kan inte undgå ansvar under argumentet att filmen sattes igång innan hon köpte butiken. (Detta något krystade exempel är hämtat från en personlig observation i verkligheten.)

<sup>28</sup> I sammanhanget anförs emellanåt historiska argument för att begränsa utgivarens ansvar för äldre publiceringar, att en begränsning skulle vara i linje med tryckfrihetsförordningens grundläggande ansvarsmodell. För egen del anser jag att det är precis tvärtom. Eftersom en publicering ska betraktas som pågående så länge den fortfarande finns tillgänglig utgör en ansvarsbegränsning ett avsteg från en grundsyn i svensk yttrandefrihetstradition, nämligen att den som inom ramen för det särskilda grundlagsskyddet är ansvarig utgivare för en pågående publicering också ensam bär ansvaret för densamma.

<sup>29</sup> Som Lennart Groll tillspetsat men korrekt uttryckte det: ”Det talas om likhet inför lagen som en självklar målsättning för vår rättsordning. Men på det här området råder det faktiskt inte sådan likhet. Tidningsmän och massmediafolk har ett privilegium i det att de har rätt att bli dömda av en särskild domstol med särskilda för dem gynnsamma regler”, Lennart Groll, Synpunkter på tryckfrihetsrätten, SvJT 1982 s. 334. (Groll var den första innehavaren av tjänsten som Allmänhetens Pressombudsman, PO.)

Ur ett informationstillgångsperspektiv är det naturligtvis negativt om medierna slutar att tillhandahålla äldre material av oro för ansvarsrisker. Det finns idag dock, mig veterligen, inget som tyder på att någon ansvarig utgivare faktiskt lyft bort äldre publiceringar i större omfattning på grund av en oro för rättsligt ansvar.<sup>30</sup> När det gäller de större, seriösa medierna tycks mig risken för massiva rensningar i databaserna vara i hög grad fiktiv, åtminstone i den realpolitiska situation som råder idag. Dessutom, som jag ovan varit inne på, är det framför allt ansvaret för ärekränkning som talar för en ansvarsbegränsning. Det kan konstateras att det är väldigt sällsynt med fällande domar för förtal på det särskilt grundlagsskyddade området. Justitiekanslern har bara åtalat några få gånger under flera decennier.

Men även abstrakta risker kan ha relevans i en rättspolitisk diskussion och den abstrakta risken för att informationstillgången stryps på de stora mediernas webbplatser ska förstås tas på allvar. Samtidigt måste beaktas att det finns argument som talar emot.<sup>31</sup> Det gäller särskilt när informationsfriheten ställs mot intresset av att ha ett effektivt skydd för äran och integriteten.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Däremot sker avpubliceringar av enskilda artiklar eller annat material då och då, t.ex. då en ansvarig utgivare blir uppmärksam på att uppgifter inte var korrekta eller vid en kontroll uppfattas som kränkande. Ansvarstagande publicister beaktar i sådana här bedömningar inte bara juridiska utan även etiska aspekter.

<sup>31</sup> Det kan härvid finnas anledning att påminna om att yttrandefriheten är en av många fri- och rättigheter i våra rättighetskataloger (med vilket jag här avser 2 kap. regeringsformen, Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna samt Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna). Yttrandefriheten har inte och kan inte ha någon särskild prioritet framför andra fri- och rättigheter, som t.ex. privatlivsskyddet, i sådana rättighetskataloger. (Se Karin Åhman's presentation av de olika katalogernas innehåll i Karin Åhman, 2 kap. RF, Europakonventionen och EU:s stadga om grundläggande rättigheter – en jämförelse, SvJT:s Festskrift 2016 s. 460 ff.) I den svenska diskussionen brukar emellertid inte sällan yttrandefriheten betraktas som självskrivnen vid första fiolen. Se t.ex. Thomas Bull, Yttrandefrihet och konstitutionell kultur, SvJT:s Festskrift 2016 s. 365 ff. Det har i denna publikation förts en debatt om hur normkonflikter mellan yttrandefrihetsgrundlagarna och Europarätten, särskilt unionsrätten, bör förstås, se 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 – en replik, SvJT 2015 s. 8 och Magnus Schmauch, Fler besynnerligheter – slutreplik till Olle Abrahamsson och Henrik Jermsten, SvJT 2015 s. 199.

<sup>32</sup> Det kan noteras att det finns få försvarstal för att medier ska kunna tillgängliggöra uppgifter som utgör högförräderi eller landssvek ansvarsfritt, även om en generell ansvarsfrihet (fullständig eller tidsbegränsad) omfattar även sådana brott. Se vidare strax nedan.

I Sverige har vi inte haft så mycket debatt om behovet av regelverk som skyddar ”rätten att bli bortglömd” (”the right to be forgotten”).<sup>33</sup> Frågan har emellertid varit föremål för upphetsad diskussion i andra rättsordningar.<sup>34</sup> Rätten att bli bortglömd skyddar möjligheten att kunna börja om, att få en andra chans. Det har till och med hävdats att förmågan att glömma är en dygd som riskerar att glömmas bort (!) i ett digitalt informationssamhälle.<sup>35</sup>

När det särskilt gäller situationen att någon hävdar att en äldre publicering i en databas utgör förtal är det inte möjligt att ställa upp någon form av presumtion för att informationsfrihetsintresset ska ha försteg framför de värden som ryms i det som benämns som rätten att bli bortglömd. Flera remissinstanser har anfört Europakonventionsinvändningar mot 14-dagarsförslaget. Men invändningarna är – som så ofta i svensk rättighetsdebatt – ensidiga.

Europarätten innehåller inte bara ett skydd för yttrande- och informationsfriheten, utan även för äran, integriteten och privatlivet. Därtill finns det krav på de nationella rättsordningarna att skydda enskildas tillgång till rättvisan (”access to justice”) och rätten till effektiva rättsmedel.<sup>36</sup> En inskränkning av ansvaret på det sätt som utredningen föreslagit innebär att den person som förtalas av en pågående internetpublicering helt saknar rättsliga remedier mot den rättighetskränkning som förtalet innebär, under 14-dagarsfristen.

<sup>33</sup> EU-domstolsavgörandet i fallet Google Spain, eller Costeja- domen, står i centrum för denna debatt, Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (Case C- 131/12, 13 maj 2014). Se för en kommentar David Frydinger, Varför har man egentligen rätt att bli glömd av Google? – en analys av personuppgiftsriktens normativa logik, SvJT 2015 s. 835 ff.

<sup>34</sup> Se för några infallsvinklar George Brock, *The Right to Be Forgotten: Privacy and the Media in the Digital Age*, London/New York 2016 (ur ett brittiskt perspektiv), Luciano Florido (red.), *Protection of Information and the Right to Privacy: A New Equilibrium*, Cham 2014 (antologi med flera olika uppsatser på temat), House of Lords, European Union Committee, *EU Data Protection Law: A Right to Be Forgotten*, 2nd Report of Session 2014–2015, publicerad 30 juli 2014 (House of Lords analys av Google Spain- domen, tillgänglig på internet på <https://publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/40.pdf>), Meg Leta Jones, *Ctrl + Z: The Right to Be Forgotten*, New York 2016 (ur ett amerikanskt perspektiv),

<sup>35</sup> Viktor Mayer-Schönberger, *Delete. The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, Princeton/Oxford 2009.

<sup>36</sup> Se European Union Agency for Fundamental Rights/Europarådet, *Handbook on European law relating to access to justice*, Wien/Strasbourg 2016, kap. 5. (Handboken redogör för både EU-rättens och Europakonventionens skydd.) För att citera Ekelöfs tydliga ställningstagande, ”Access to justice’ är en mänsklig rättighet jämförbar med yttrandefrihet, rätt till arbete och till kroppslig integritet”, Per-Olof Ekelöf, *Access to Justice* (Bokmälän), SvJT 1981 s. 110.

## 14 dagar av ostoppar terror

Lagförslaget innebär alltså att en ansvarig utgivare kan undgå ansvar för yttrandefrihetsbrott om hon påstår att publiceringen först gjordes för mer än ett år sedan och påståendet inte kan motbevisas av Justitiekanslern eller en enskild som har invändningar mot publiceringen. Det är inte en obegränsad ansvarsfrihet, till vissa remissinstansers förtret. Men det är illa nog. Det är en reglering som öppnar upp för en 14-dagars period av fullständig ansvarsfrihet. Om utgivaren i slutet av 14-dagarsperioden avpublicerar den aktuella uppgiften så kan hon inte hållas ansvarig. Men det kan ingen annan heller. Låt mig upprepa detta. Det finns, under denna period, *ingen* som kan hållas ansvarig för ett spridande av en uppgift ur en databas som utgör ett brott mot TF och YGL.

Eftersom fokus i debatten har legat på i första hand förtal och i viss mån hets mot folkgrupp finns det skäl att påminna om vad det är för andra typer av brottsliga uppgifter som straffritt skulle kunna spridas under två veckors ansvarsvakuum: Högförräderi, spioneri, uppror, landsförräderi och landsvek. Men också krigsanstiftan, obehörig befattning med hemlig uppgift, uppvigling, brott mot medborgerlig frihet, olaga hot och hot mot tjänsteman m.fl. Om lagförslaget går igenom går det alltså att sprida information som kan vara till svår skada för landet. Under denna period kan ingen hållas ansvarig för t.ex. spridande av uppgifter som syftar till att mobilisera terrorattentat.

En invändning mot denna dystopiska beskrivning kan vara att två veckor är kort tid, att den information som sprids under dessa 14 dagar inte hinner göra så mycket skada. Men på internet är två veckor nära på en evighet. Det är bara att se till vilket drev som helst så kan man konstatera att de sällan pågår i längre tid än så.

För den publicist som vill använda sig av den ansvarsfria perioden och som strax efter midnatt ett år efter en första publicering börjar marknadsföra materialet i sociala medier kan snabbt få en väldigt stor spridning. Dessutom kan den publicist som medvetet vill utnyttja regelverket strategiskt publicera mer eller mindre identiska artiklar varje dag, t.ex. en förtalande kampanj mot en meningsmotståndare. Dessa publiceringar kan sedan "gömmas" i en databas på en plats där de inte upptäcks vid den första publiceringen och "återuppväcka" texterna dag efter dag efter ett år och därmed utsträcka ansvarsfriheten i all evighet (eller så länge man orkar hålla på). Det är vidare

inte ovanligt att brottsliga yttranden ”upptäcks” först efter att det legat ute på internet under en längre period.<sup>37</sup>

Det finns därtill risken för att tidsangivelserna för när en publicering skett kan manipuleras. Bevisbördan för att uppgiften varit tillgänglig kortare tid än ett år ligger på Justitiekanslern eller den enskilda som vill väcka talan. Jag saknar tillräcklig teknisk kunskap för att kunna bedöma hur svårt eller enkelt det är att ställa om räkneverk, men jag föreställer mig att det inte är en oöverstiglig uppgift för den som vill kringgå ansvarssystemet.<sup>38</sup> Det har t.ex. sagts mig att det är förhållandevis enkelt att ändra datumen i verktyget wordpress som många använder sig av. Det kan vidare påpekas, som Justitiekanslern var inne på i sitt remissyttrande, att förslaget får den oönskade (?) effekten att ge utgivare ett incitament att inte ange publiceringsdatum över huvud taget i samband med internetpubliceringar.<sup>39</sup>

Nu ser jag framför mig en läsare som skakar på huvudet och tänker att det här är en överdriven skräckskildring. Det är ”de oansvariga medierna” (bloggarna, enskilda personer i sociala medier) som är problemet, inte de ansvarstagande medier som faller under yttrandefrihetsgrundlagarna. Det stämmer till viss del. Traditionella medier utgör inte det största problemet, även om det naturligtvis förekommer yttrandefrihetsbrott även i de stora tidningarna och etermedierna. Men det är inte bara traditionella medier som omfattas

<sup>37</sup> Se Robin Enanders debattartikel i Dagens Juridik 24/11 2017, ”Regeringens förslag till grundlagsändring försvårar arbetet mot rasistiskt näthat”.

<sup>38</sup> Det finns härvid vissa regler i den s.k. tillämpningslagen (lag 1991:1559 med föreskrifter på tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens område) som kan få betydelse. Reglerna skiljer sig åt beroende på formen för publicering. Enligt tillämpningslagens 5 kap. 3 § ska den som omfattas av databasregeln i 1 kap. 9 § YGL, som står i fokus för förevarande synpunkter, ha en skyldighet att ”[dokumentera] vilken information som vid varje tidpunkt tillhandahålls”. Denna skyldighet är förenad med en ansvarsregel,

<sup>39</sup> Justitiekanslern skriver följande (a.a. s. 8): ”Justitiekanslern ställer sig frågande till kommitténs slutsats (s. 369) att den föreslagna ordningen skulle ge utgivaren ett tydligt motiv att i anslutning till en webbartikel ange publiceringstidpunkten. Justitiekanslerns erfarenhet är att det i dag är relativt vanligt – även bland andra aktörer än etablerade nyhetsmedier – att ange publiceringsdatum i anslutning till artiklar som publiceras på nätet. Med den ordning som gäller i dag – dvs, att preskription räknas från det att ett material inte längre tillhandahålls – saknar uppgiften om publiceringstidpunkt betydelse för frågan om utgivarens straff- eller skadeståndsrättsliga ansvar. Med den föreslagna ansvarsbegränsningsregeln skulle uppgiften om publiceringstidpunkt däremot få stor betydelse för möjligheten att lagföra någon för yttrandefrihetsbrott. Tvärt emot den uppfattning som betänkanter ger uttryck för är det mest sannolika att incitamentet att ange publiceringstidpunkt skulle minska med den föreslagna regeln om ansvarsbegränsning.”

av grundlagarnas skydd. Systemet omfattar även i högsta grad oansvariga ansvariga utgivare.

I rättsteoretiska sammanhang talar man ibland om the *bad man theory of law*. Perspektivet lanserades av Oliver Wendell Holmes för 120 år sedan och var ett argumentationsverktyg inom ramen för hans realistiska syn på rätten.<sup>40</sup> Holmes formulerade sig på följande sätt: ”If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.”<sup>41</sup>

Man ska tolka rätten, eller som i detta fall: förslaget till rättsregler, som en ond person skulle göra. Vad kan regelverket användas till av den som vill missbruka det – men ändå hålla sig inom regelverket?

I det här fallet är det en enkel tankeoperation att inta perspektivet av en ”bad man” eftersom en hel del ”bad men” redan inordnat sig i det yttrandefrihetsrättsliga systemet. Här återfinns således publikationer knutna till politisk extremism, även sådana med kopplingar till våldsbejakande extremism. Vi kan vidare förvänta oss att den informationskrigföring som vissa stater ägnat sig åt i ökad grad kommer att drabba även Sverige – och att de juridiska öppningar som finns kommer att användas. Det kan i sammanhanget också nämnas att det finns publikationer som förknippas med jihadistisk extremism och som delvis har kopplingar till Sverige.<sup>42</sup> Lägg därtill sådana s.k. hat-sajter som inordnat sig i systemet.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Se Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review*, s. 457 ff. (1896–1897). Ordet ”realism” har måhända blivit mer mångtydigt numer, men jag avser i detta sammanhang att Holmes tillhörde den skolbildning som hos oss brukar benämnas den amerikanska realismen. (Inte för att någon rimligen bryr sig men min inställning om innehållet i rätten överensstämmer inte med Holmes något uppgivna prognosteori, att rätten är vad domaren kan antas säga att den är.)

<sup>41</sup> A.a. s. 459.

<sup>42</sup> Webbtidningen Inspire har kopplingar till al-Quaida och sägs ha inspirerat bombningarna mot Boston maraton, se vidare James Bamford, *Inspire Magazine: The Most Dangerous Download in the World*, GQ 9/12 2013 (<https://www.gq.com/story/inspire-magazine-al-qaeda-boston-bombing>). Se angående svenska kopplingar Jani Pirttisalo, *Så radikaliserades svensken av IS-propaganda*, <https://www.svd.se/sa-radikaliserades-svensken-av-is-propaganda>.

<sup>43</sup> Olika personer har olika synpunkter kring vad som är en hatsajt: vänster/höger; feministisk/antifeministisk; pornografisk/antipornografisk; rasistisk/antirasistisk, etc. Min iakttagelse är åsiktsmässigt neutral.

Det finns redan idag utgivare som högst medvetet verkar i yttrandefrihetens utkanter. Dessa har inte sällan god kunskap om regelverkets begränsningar, antingen för att balansera på gränsen eller för att medvetet gå över den. Man behöver inte vara Oliver Wendell Holmes för att inse vad sådana utgivare skulle kunna göra om grundlags-fäderna skulle ge dem möjligheten att ansvarsfritt begå vilka yttrandefrihetsbrott som helst under fjorton dagar. Eller vilka potentiella utgivare som en sådan reglering skulle kunna dra till sig.

