

Om behovet av en ny tryck- och yttrandefrihetsrättslig regleringsmodell

Av f.d. rättschefen OLLE ABRAHAMSSON och justitierådet HENRIK JERMSTEN

Artikeln syftar till att reda ut ett antal missförstånd rörande de krav som framför allt EU-medlemskapet ställer på den svenska tryck- och yttrandefrihetsrättsliga lagstiftningen. Det konstateras att Sverige får betala ett högt politiskt och ekonomiskt pris för att ha kvar det nuvarande systemet med dess omfattande detaljreglering på grundlagsnivå och åtföljande svaga integritetsskydd. Slutsatsen är dock att så länge tiden inte är mogen för en annan regleringsmodell bör TF och YGL behållas. Ett sämre alternativ vore att stifta en ny yttrandefrihetsgrundlag som inte fullt ut beaktar att Sverige är medlem i EU.

1. Bakgrund

Inför Sveriges medlemskap i EU utgjorde den svenska offentlighetsprincipen inte en förhandlingsfråga. Saken var aldrig aktuell, eftersom det inte fanns några gemenskapsrättsliga regler som den svenska lagstiftningen på området behövde anpassas till.¹ I den inrikespolitiska debatten varnades likväl för att ett medlemskap skulle betyda slutet för offentlighetsprincipen. Det föranledde regeringen att kategoriskt försäkra att EU:s lagstiftning inte utgjorde något hot mot denna princip. För att ge eftertryck åt dessa försäkringar avgav Sverige i slutakten till anslutningsfördraget följande förklaring: "Offentlighetsprincipen, särskilt rätten att ta del av allmänna handlingar, och grundlagsskyddet för meddelarfriheten, är och förblir grundläggande principer som utgör en del av Sveriges konstitutionella, politiska och kulturella arv". De dåvarande medlemsstaterna ansåg uppenbarligen inte att förklaringen utgjorde något hinder för ett svenskt medlemskap. De avgav emellertid en motförklaring vari de noterade den svenska förklaringen och sade sig förutsätta "att Sverige som medlem i Europeiska unionen kommer att fullt ut följa gemenskapsrätten i detta avseende".

Betydelsen av dessa förklaringar ligger på det politiska planet. Någon rättslig betydelse har de knappast. Exempelvis gäller naturligtvis de sekretessregler som beslutas av EU lika i alla medlemsstater, i den mån de alls är avsedda att tillämpas nationellt. För svenskt vidkommande är situationen härvidlag inte annorlunda än när riksdagen genom ändringar i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) beslutar

¹ Två smärre ändringar i TF ansågs dock behövliga med anledning av medlemskapet. Den ena avsåg något vidgade möjligheter att förbjuda hälso- eller miljöskadlig reklam, den andra möjliggörande för utlänningar att äga tidningar.

om tystnadsplikter som bryter den i tryckfrihetsförordningen (TF) och yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) skyddade rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. I intetdera fallet rubbas grunderna för den svenska öppenhetslagstiftningen. Frågan om offentlighetsprincipens bestånd är och förblir därför en rent nationell angelägenhet.²

På sin kant bidrog riksdagen till att inför folkomröstningen försäkra svenska folket att ett EU-medlemskap inte skulle få några nämnvärda konsekvenser för landets tryck- och yttrandefrihetsrättsliga ordning. Konstitutionsutskottet (KU) framhöll att konfliktytorna i förhållande till EU-rätten var ”utomordentligt begränsade” och att Sverige om nödvändigt kunde hävda att en konstitutionellt oacceptabel EU-regel inte var giltig som unionsrätt i Sverige.³ Uttalandet bör ses i sitt politiska sammanhang. Det tjänade till att lugna de medborgare som befarade att offentlighetsprincipens öde var beseglat vid ett medlemskap men gav knappast en helt korrekt bild av vad som gällde rättsligt.

Medlemskapet i EU innebar alltså inte i sig något hot mot den svenska offentlighetsprincipen — tvärtom kom under det svenska ordförandeskapet våren 2001 en av just denna princip inspirerad ordning att införas också för EU:s institutioner⁴. Men regeringen var väl medveten om att medlemskapet av andra skäl skulle göra det svårt att i längden hålla fast vid den traditionella svenska regleringsmodellen. De problem som förutsågs var flera. Den i ett EU-perspektiv unikt höga detaljeringsgraden i de yttrandefrihetsrättsliga grundlagarna i förening med den svenska ordningens särskilda karaktäristika (det formalistiska ensamansvaret, det långtgående meddelarskyddet osv.) innebar att Sverige i EU-arbetet kunde tvingas ägna tid och kraft åt ett ständigt vakthållande kring det mycket omfattande komplexet av framför allt straffprocessrättsligt betonade grundlagsbestämmelser. I många fall skulle detta vakthållande i realiteten vara till föga gagn för yttrandefriheten och närmast få prägel av självändamål. Problem förutsågs även vad gällde den i Sverige låga grundnivån i fråga om integritetsskyddet för enskilda. Mer än i andra medlemsstater syftar ju det svenska systemet till att försvåra ingripanden mot integritetskränkningar som sker i medierna, vilket bäddar för kollisioner med den generellt högre skyddsnivå som kommer till uttryck i europarätten.

EU-medlemskapets växande inverkan på frågor som rör TF och YGL var ett avgörande skäl för tillkomsten i april 2003 av Tryck- och yttrandefrihetsberedningen (TYB). I direktiven till beredningen framhöll regeringen att ”[d]en ökande internationaliseringen har inneburit att det blir allt svårare att upprätthålla den unika svenska tryck- och yttrandefrihetsregleringen” och betonade att det nya rättsliga samarbetet mellan EU:s medlemsstater ställde särskilda krav på

² Se Abrahamsson, *Öppenhet i EU-arbetet*, Publica EU, 1996.

³ Bet. 1993/94:KU21, s. 28 f.

⁴ Se regeringens skrivelse 2001/02:110, bet. 2001/02:KU34.

Sveriges förmåga att agera, bland annat när det gällde att på det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området ge internationell rättslig hjälp och vidta åtgärder såsom utlämning och verkställighet av utländska domar.⁵ Beredningen gavs i uppgift att lösa vissa specifika problem, men det övergripande och mer långsiktiga syftet var att TYB skulle arbeta fram en ny regleringsmodell som bättre än TF och YGL beaktar det förhållandet att Sverige är en medlemsstat och förhandlingspartner i EU. Så skedde också, och beredningen kunde år 2006 presentera två alternativa modeller, ”minimalalternativet” och ”mellantinget”, som båda innebar att TF och YGL upphävdes och ersattes med bestämmelser i regeringsformen (RF) som — kompletterade av Europakonventionens artikel 10 om rätten till yttrandefrihet — mer generellt gav uttryck för vilka tryck- och yttrandefrihetsrättsliga principer som skulle gälla. Minimalalternativet innebar att det i högre grad överlämnades till riksdagen att genom vanlig lagstiftning och till domstolarna att genom rättsliga avgöranden närmare bestämma gränserna för t.ex. handlingsoffentligheten och meddelarskyddet. ”Mellantinget” innebar att lejonparten av regelmassan i TF och YGL bevarades men fördes över till vanlig lag. TYB lade också fram ett tredje alternativ, som i huvudsak bara innebar en teknisk sammanfogning av TF och YGL. Detta ”maximalalternativ” skulle emellertid enligt utredningens egen bedömning leda till endast ”något färre konflikter mellan grundlagsskyddet å ena sidan och EG-rätten och Europakonventionen å den andra”.⁶

Sedan TYB:s ordförande, justitierådet Göran Regner, avlidit ombildades beredningen år 2008 till en parlamentarisk kommitté, Yttrandefrihetskommittén (YFK), under ordförandeskap av dåvarande justiekanslern Göran Lambertz. I sitt slutbetänkande föreslog kommittén vissa förändringar i TF och YGL men gjorde bedömningen att ”EU-rätten inte motiverar att det vidtas genomgripande förändringar av det svenska grundlagsskyddet för tryck- och yttrandefriheten”.⁷ Ordföranden var skiljaktig och föreslog en ny och för tryck- och yttrandefriheten gemensam yttrandefrihetsgrundlag, som skulle vara teknikoberoende men i övrigt väsentligen innesluta de principer (ensamansvar, meddelarskydd, brottskatalog, särskilda åtalsregler m.m.) och de detaljerade beståndsdelar som återfinns i gällande TF och YGL. En specifik nyhet i ordförandens förslag var dock att katalogen över yttrandefrihetsbrott skulle kompletteras med ett nytt brott, benämnt ”privatlivskränkning”.

2. Utbredd okunskap om problemens art och omfattning

Regeringen hade genom tilläggsdirektiv år 2008 beslutat att kommittén inte skulle arbeta vidare med de tre alternativa modellerna som

⁵ Dir. 2003:58.

⁶ Ett nytt grundlagsskydd för tryck- och yttrandefriheten?, SOU 2006:96.

⁷ En översyn av tryck- och yttrandefriheten, SOU 2012:55, s. 23.

hade presenterats av TYB. Samtidigt förklarade regeringen att det till följd av EU:s nya grundfördrag (Lissabonfördraget) kunde förväntas ett ökat antal konflikter med bestämmelserna i TF och YGL. Kommittén gavs därför i uppdrag att ”med bibehållande av ett starkt skydd för tryck- och yttrandefriheten”, försöka minska konfliktytorna mellan å ena sidan TF och YGL samt å andra sidan gemenskapsrätten och EU-samarbetet i övrigt.⁸

Regeringen kan sägas ha förstått problemet men anvisat en motsägelsefull metod för dess lösning. Det går nämligen inte att tillskapa en reglering som fungerar väl i EU-samarbetet om denna reglering samtidigt skall nå upp till en lika hög och svårföränderlig skyddsnivå som dagens TF och YGL.

Kommittén å sin sida, tycks dessvärre inte ens ha förstått problemet. YFK menade att Sverige inte har överlåtit beslutanderätt till EU på TF- och YGL-området. Vidare slog kommittén fast att det är unionens skyldighet att respektera TF och YGL, eftersom de däri fastlagda principerna utgör en del av vår nationella identitet. Utifrån dessa högst diskutabla postulat drog kommittén slutsatsen att EU-rätten inte utgör något skäl till att förändra grundlagsskyddet i TF och YGL.

Den mest betänkliga bristen i kommitténs resonemang är emellertid en annan, nämligen att synsättet är statiskt och saknar framåtblick. Svårigheterna i förhållande till EU består bara till en liten del i att TF och YGL på några punkter avviker från EU:s befintliga regelverk. Ett mycket mer brännande problem är att detaljregleringen på grundlagsnivå inte sällan allvarligt försvårar Sveriges möjligheter till konstruktivt agerande i det ständigt pågående lagstiftningsarbetet på unionsnivån.

Detta svenska problem i EU-samarbetet kan heller inte lösas genom det av kommitténs ordförande framlagda förslaget till ny yttrandefrihetsgrundlag. Han strävade efter att finna en grundlagsmodell som vid lagstiftningsstillfället framstår som invändningsfri utifrån rent rättsliga utgångspunkter, en i och för sig hedervärd ambition. Men i EU-samarbetet är den rättsliga aspekten bara ena sidan av myntet. Politiken är den andra, minst lika viktiga sidan och det vore direkt fel att bortse från den aspekten när man lagstiftar som medlemsstat i unionen. I särskilt hög grad gäller detta om det man skall lagstifta om är utformningen av sådana grundlagsregler som begränsar nationens handlingsutrymme i EU-samarbetet.

YFK:s missförståelse av hur TF och YGL förhåller sig till EU-medlemskapets krav präglar också den allmänna debatten. Företrädare för mediala intressen och personer som saknar egen erfarenhet av förhandlingsarbetet i EU har svårt att se något problem med nuvarande ordning. Detsamma kan sägas om den mer akademiskt beto-

⁸ Dir. 2008:42; se SOU 2012:55, Del 2, s. 30.

nade diskussionen.⁹ Också i denna har frågan oftast gällt i vad mån svensk lagstiftning överensstämmer med befintlig EU-rätt, men nästan inte alls hur statsorganens grundlagsbundenhet har påverkat Sveriges möjligheter till framgång i EU-samarbetet. Uppmärksamheten har alltså ensidigt riktats mot möjligheten att kunna bevara den svenska tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringsmodellen, medan inget intresse visats för frågan hur försvaret av denna modell går ut över *andra* svenska intressen i EU.

3. ”De svenska grundlagarna kolliderar inte med EU-rätten”

KU förutskickade våren 1994 att det i EU-samarbetet ytterst sällan skulle uppkomma några konflikter i förhållande till de svenska grundlagarna. Prognosen har visat sig vara korrekt såvitt gäller RF och successionsordningen. Den självklara anledningen till detta är att EU normalt inte befattar sig med sådant som medlemsstaternas styrelseskick eller statschefernas konstitutionella ställning. KU:s prognos besannades också såtillvida som de problem som under de första åren av medlemskap uppkom på grund av de något svårtolkade reglerna om överlåtelse av beslutskompetens, blivit i allt väsentligt lösta genom ändringar i RF år 2002.¹⁰

Däremot orsakar TF och YGL i ökande utsträckning kollisioner med den europeiska rätten. Det är visserligen sant att fördragen inte ger EU generell behörighet att harmonisera medlemsstaternas tryck- och yttrandefrihetslagar. Men om det anses nödvändigt för att EU-rätten skall få fullt genomslag på de områden som omfattas av EU:s behörighet får gemensamma regler antas och beslut fattas som ingriper i de nationella rättsordningarna också på områden som ligger utanför behörigheten, varvid tryck- och yttrandefriheten inte har någon särställning. Det är framför allt EU-domstolen som har drivit fram detta synsätt, som numera är vedertaget. Det uppfattas inte längre som märkligt att principerna om fri rörlighet, etableringsfrihet, förbud mot handelshinder, unionsmedborgarskap osv. griper in i nationell lagstiftning även på icke harmoniserade områden. Som ett tidigt exempel på det sistnämnda kan nämnas EG-domstolens dom i *Familiapress*, som gällde österrikiska regler om tidningsdistribution och mångfald inom pressen.¹¹ Det är numera också så att svenska domstolar anser sig fullt kapabla att ge EU-rättsliga principer företräde framför den nationella regleringen utan att först fråga EU-domstolen.¹²

⁹ Ett exempel på en i väsentliga delar missvisande studie på området är rapporten ”EU-rättsliga frågor kring arbetsmodellerna till ny yttrandefrihetsgrundlag”, som på uppdrag av YFK sammanställdes vid Uppsala universitet och som enligt kommitténs betänkande ”har haft stort värde för kommitténs diskussioner om regleringsmodellerna och EU-rätten” (SOU 2012:55, s. 244).

¹⁰ Se Jermsten, *Om EU och Sveriges statsskick*, i Festskrift till Johan Hirschfeldt, 2008.

¹¹ C-368/95. Se Abrahamsson, SvJT 1998, s. 344 f.

¹² Som exempel kan nämnas RÅ 2009 ref. 13 (inkomstskatt), RÅ 2010 ref. 45 (beräkning av strafftid) och HFD 2013 ref. 25 (mervärdesskatt).

Konfliktnivån mellan EU:s verksamhetsfält och TF/YGL höjdes avsevärt när Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009. Fördragsändringen innebär att majoritetsbeslut kan fattas på vad som hittills brukat benämnas "statens kärnområden", såsom straffrätt, polisverksamhet och delar av processrätten. När EU begagnar sig av den nyvunna rätten att även mot en minoritet av medlemsstaters vilja lagstifta på straff- och processrättsligt område ökar risken för att problem uppstår i förhållande till TF och YGL. Båda lagarna är ju sakligt sett till stor del av straff- och processrättslig natur. Regeringen kan sägas ha tagit förhållandevis lätt på denna fråga inför godkännandet av Lissabonfördraget. Den nöjde sig med att hänvisa till Sveriges möjligheter att dra i fördragets så kallade nödbroms, något som emellertid är både rättsligt och politiskt svårhanterligt och i huvudsak endast kan fördröja, inte förhindra beslutet.¹³ Situationen är alltså dramatiskt förändrad jämförd med vad som gällde tidigare då Sverige inom ramen för vad som då var ett mellanstatligt samarbete relativt enkelt kunde säga nej till nya EU-regler i den mån dessa stod i konflikt med TF och YGL.

Från strikt juridisk synpunkt är det egentligen fel att tala om en konflikt i förhållande till TF och YGL i de fall då en *direkt tillämplig* EU-rättsakt beslutas, eftersom en sådan rättsakt gäller och skall tillämpas oberoende av vad som stadgas i medlemsstaternas grundlag.¹⁴ Resultatet av en sådan "konflikt" blir bara att konträra bestämmelser i dessa lagar inte får tillämpas. Detta är i och för sig allvarligt nog, inte minst med hänsyn till att medborgarna har berättigade anspråk på att i nationella grundlagar kunna utläsa vad som verkligen gäller. Men i formell mening orsakar EU:s förordningar inte några tillämpningsproblem i förhållande till den nationella rätten.

Reella konflikter uppstår däremot om rättsakten utgörs av ett EU-direktiv, som ju normalt måste *införlivas* i den svenska lagstiftningen innan bestämmelserna kan få genomslag här i landet. Det bör naturligtvis vara uteslutet att riksdagen medvetet lagstiftar i strid med grundlagen. Ett direktiv som innehåller åtaganden eller förpliktelser som är oförenliga med svensk grundlag kan således inte genomföras i Sverige utan föregående grundlagsändring. Alla medlemsstater kan stöta på liknande svårigheter, men problemen är givetvis större och mer frekventa i länder vilkas grundlagar håller hög detaljeringsnivå och/eller är svåra att ändra.

¹³ Prop. 2007/08:168, s. 65.

¹⁴ Jfr regeringens uttalande i prop. 2009/10:80 En reformerad grundlag, s. 146, om att EU-rättsliga bestämmelser inte kan bli föremål för normprövning gentemot RF, eftersom "[D]etta följer av principen om EU-rättens företräde framför den nationella rätten".

4. ”Det har hittills gått bra att försvara TF och YGL i förhandlingsarbetet i EU”

Den svenska hållningen har alltsedan förhandlingarna om medlemskap inleddes år 1991 varit att inte ge avkall på grundlagsskyddet. Från och med medlemskapet blev det en primär uppgift för regeringen och dess förhandlare att i förslag till nya rättsakter söka få bort sådant som vid tillämpningen skulle kunna orsaka konflikter med TF och YGL. Detta vakthållande har genom åren krävt stora arbetsinsatser. Tid och resurser har avsatts för att försvara grundlagsskyddet även när denna insats från allmänt förnuftig synpunkt inte framstått som angelägen. Ett aktuellt exempel är det i skrivande stund ännu inte avslutade arbetet inom EU med att ta fram ett nytt tobaksproduktdirektiv. Sverige har här av hänsyn till TF tvingats motsätta sig framlagda förslag om att fastställda varningstexter måste täcka en viss större del av utrymmet på förpackningarna. Som förklaring har vi endast kunnat säga att tillverkarna har en grundlagsfäst rätt att efter eget gottfinnande utforma textinnehållet på tobaksförpackningarna och att denna rätt till tryckfrihet måste respekteras. En sådan hyperformalistisk hållning möter liten förståelse hos våra medkontrahenter och tär på Sveriges allmänna förhandlingskapital i EU-samarbetet. Varje medlemsstat kan nämligen sägas ha ett i förhållande till sin storlek och ekonomiska betydelse givet utrymme att hävda sina nationella intressen. Förhandlingspolitiskt är det likgiltigt om detta utrymme används för att värna en speciell grundlagsreglering eller något helt annat, såsom att begränsa spanska fiskekvoter utanför Västsahara eller placera en svensk på en åtråvärd plats i kommissionen.

Särskilt på konsumentskyddets område är det vanligt att Sverige måste motsätta sig regleringar som bedöms vara för långtgående i förhållande till TF och YGL. För närvarande pågår förhandlingar om ett förslag till förordning om faktablad för investeringsprodukter. De övriga medlemsstaterna är överens om att det i förordningen noga bör anges vilka uppgifter som skall finnas respektive inte får finnas i dessa faktablad. Problemet för Sverige är att TF och YGL bara i begränsad utsträckning tillåter att krav ställs på innehållet i grundlagsskyddade medier, oavsett om det som här endast gäller ett faktablad i konsumentupplysningens intresse. När Sverige av den anledningen har krävt att formuleringarna i förordningen mjukas upp med ett sämre konsumentskydd som följd, har detta mötts med förvåning och irritation och med ett minst sagt begränsat intresse av att tillmötesgå de svenska kraven.

Ett annat aktuellt exempel där liknande frågeställningar uppkommit gäller en föreslagen förordningsändring om elektronisk identifiering av nötkreatur och märkning av nötkött. Sveriges linje är här att regleringen av informationsinnehållet strikt måste begränsas till att avse saklig information och att några värderande moment inte får

finnas med. Bara om så sker menar sig regeringen på hemmaplan kunna hävda att regleringen inte står i strid med TF och YGL.

Även om det från regeringens och de svenska tjänstemännens sida finns en uppriktig ambition att värna TF och YGL ligger konflikterna ofta på en sådan nivå att det i praktiken inte är möjligt att få till stånd lösningar som utesluter alla tänkbara framtida konfrontationer med grundlagarna. Det går helt enkelt inte att överblicka tillämpningens alla komplikationer. I syfte att förebygga eventuella kollisioner har de svenska förhandlarna ibland lyckats få in ingresspunkter i eller förklaringar till en förhandlad rättsakt av innebörd att densamma inte hindrar Sverige från att tillämpa sina konstitutionella regler om tryck- och yttrandefrihet. Det kanske mest kända exemplet är dataskyddsdirektivet (95/46/EG) där vissa delar sedda för sig tveklöst strider mot TF och YGL men där en på svenskt initiativ införd ingresspunkt i direktivet ansetts legitimera avvikelserna. Den rättsliga betydelsen av den sortens förbehåll är emellertid osäker och är dessutom inget som Sverige tolkningsmässigt disponerar över. Saken blir inte bättre av att det anses vara en självklar konsekvens av TF och YGL att bestämmelser i lag inte får tillämpas i den mån de strider mot bestämmelser i grundlagarna. Därför brukar man inte ange särskilt i lag att bestämmelserna inte skall tillämpas i den utsträckning det skulle strida mot TF och YGL.¹⁵ Detta ställer höga krav på rättstillämparens insikter beträffande grundlagarnas tillämpningsområde och leder till den typ av lösning som användes vid genomförandet av rambeslutet om en europeisk arresteringsorder. I *motiven* till den svenska lagtexten sägs — under åberopande av rambeslutets beaktandesatser — att lagföring eller meddelande av dom i annan stat rörande en gärning som i Sverige skulle ha reglerats av TF eller YGL får anses hindra ett överlämnande.¹⁶ Ett sådant uttalande i motiven har emellertid ingen rättslig konstitutiv betydelse.

Grundproblemet är alltså att man i det löpande förhandlingsarbetet hela tiden måste identifiera möjliga grundlagskonflikter och sedan hitta lösningar på konkreta problem. Ett lyckat förhandlingsarbete beträffande en viss rättsakt utgör heller ingen garanti för att frågan kan lösas på samma sätt i ett annat sammanhang. Man når aldrig en punkt då man är "färdig" med försvaret av TF och YGL, utan frågorna återkommer gång på gång i varierande skepnad.

Med hjälp av ett stort mått av fantasi kan man tidigt identifiera en del tänkbara problem. Men det finns alltid en risk att man inte fullt ut lyckas förutse hur tillämpningsområdet för TF och YGL kommer att te sig i vissa situationer. I sådana fall kan ett läge senare inträda där EU-

¹⁵ Se senast prop. 2013/14:17, s. 39. Jfr Lagrådets yttrande över förslag till ny lag om företagshemligheter, bet. 1988/89:LU30, s. 104 och 1989/90:LU37, s. 110: "Det är inte vanligt och inte heller lämpligt att tynga lagstiftningen med erinringar om vad som gäller enligt våra grundlagar. Dessa utgör den givna grundvalen för lagstiftningen och är överordnad denna."

¹⁶ Prop. 2003/04:7, s. 71 f.

bestämmelserna skall tillämpas trots att grundlagarna inte tillåter det eller — om det gäller en rättsakt som fordrar nationell implementering — där Sverige gör sig skyldigt till fördragsbrott under den tid det tar att genomföra en grundlagsändring som gör implementeringen möjlig. Situationen är i princip densamma som när Sverige i förhandlingsarbetet anmäler ett problem i förhållande till TF eller YGL men inte får gehör för sin invändning. Om motsatsförhållandet mellan EU-rättsakten och TF/YGL inte upptäcks i tid eller ignoreras av en röstmajoritet i rådet kan det vara frestande för regeringen att på hemmaplan ge konflikten så liten uppmärksamhet som möjligt.

I de fall då kommissionen har behörighet att ensam utfärda för medlemsstaterna bindande rättsakter har regeringen formellt ingen möjlighet alls att förhindra nya regler som strider mot olika detaljbestämmelser i TF och YGL. Saken kan illustreras av kommissionens direktiv 2006/141/EG som ålägger medlemsstaterna att se till att "amningens fördelar och överlägsenhet" klagörs i allt upplysnings- och utbildningsmaterial som i skriftlig form vänder sig till småbarnsmöd- rar. Och om sådant informationsmaterial skulle innehålla upplysning om användning av modersmjölkersättning måste samtidigt de ekonomiska och sociala följderna beskrivas liksom de risker som är förknippade med olämpliga uppfödningmetoder. Det är uppenbart att EU-direktivet härvidlag kan komma i konflikt med TF, som tillåter förbud mot kommersiella annonser men inte mot annat informationsmaterial. Regeringen underlät länge att försöka implementera dessa mycket långtgående förbudsbestämmelser. När så till slut skedde genom en proposition hösten 2013 angavs närmast som i förbigående att den föreslagna lagen inte får tillämpas i den mån den strider mot TF och YGL.¹⁷ Det var alltså här fråga om en medveten underimplementering av bindande EU-normer, som regeringen ansåg sig nödgad till i medvetande om, får det antas, det utsiktslösa i att söka få till stånd grundlagsändringar som hade gjort det möjligt att fullt ut genomföra direktivet.

Det händer att svårigheter av liknande slag uppmärksammas även utanför den närmast berörda kretsen av förhandlare. Som ett exempel kan nämnas utarbetandet av en förordning om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (ROM II), där det länge var svårt att hitta en lösning som någorlunda gick att förena med TF och YGL. Ett senare exempel är de ännu inte avslutade förhandlingarna om en så kallad europeisk utredningsorder. Syftet med det direktivet är att effektivisera samarbetet mellan medlemsstaterna vid inhämtande av bevis som behövs vid utredning av brottmål. I det arbetet har Sverige utsatts för hård press att godta lösningar som skulle komma i konflikt med de svenska grundlagsbestämmelserna om ensamansvar och källskydd.

¹⁷ Prop. 2013/14:17 Marknadsföring av modersmjölksersättning och tillskottsning. Se särskilt s. 39 och 55.

Ett område som däremot inte har berett några som helst svårigheter i förhållande till TF och YGL är det där barnpornografiska frågeställningar varit involverade. Det är en följd av att barnpornografiska bilder genom lagändring år 1998 helt sonika utmönstrades ur grundlagarna, i syfte att enklare och mer effektivt kunna beivras bland annat innehav av sådana bilder. Den svenska regeringen och dess utsedda förhandlare behövde därför inte framföra sina sedvanliga tryck- och yttrandefrihetsmässiga betänkligheter under de överläggningar som ledde fram till EU:s rambeslut om bekämpande av sexuellt utnyttjande av barn och barnpornografi (2004/68/RIF) och det numera gällande direktivet (2011/93/EU) på området.

Ett särskilt belysande exempel på de svårigheter och risker som Sveriges av TF och YGL betingade hållning i förhandlingsarbetet för med sig, utgörs av det för några år sedan antagna EU-direktivet om audiovisuella tjänster (2010/13/EU). Direktivets bestämmelser om främjande av europeiska produktioner fordrar grundlagsändring för att kunna genomföras fullt ut i form av svensk lagstiftning, eftersom YGL inte tillåter att sändningar i tråd lagregleras. Sverige har därför försökt genomföra direktivet på andra sätt, bland annat genom finansiella stödåtgärder. Kommissionen hävdar emellertid att direktivet kräver att medlemsstaterna inför bindande regler. Efter ett resultatlöst förpostfäktande har kommissionen nu öppnat ett formellt överträdelseärende mot Sverige. Förmodligen kommer regeringen att i den fortsatta fördragsbrottsprocessen hänvisa till en av Sverige initierad ingresspunkt (p. 16) där EU:s lagstiftare säger sig beakta att direktivet inte på något sätt bör hindra medlemsstaterna från att tillämpa sina konstitutionella bestämmelser om bland annat yttrandefrihet i medierna. Denna svenska nödlösning i förhandlingsarbetet blir alltså i så fall densamma som den som först utnyttjades i arbetet med dataskyddsdirektivet 1995 och som därefter använts vid åtskilliga tillfällen då TF och YGL annars skulle ha tvingat Sverige att formellt motsätta sig ny EU-lagstiftning.

Om kommissionen drar Sverige inför EU-domstolen kan frågan om bärkraften i direktivets nämnda beaktandesats slutligen avgöras där. Konsekvenserna blir stora om domstolen underkänner relevansen av beaktandesatsen, eftersom värdet av liknande beaktandesatser kommer att ifrågasättas också när det gäller andra EU-rättsakter. Det blir inte heller möjligt att använda samma nödlösning i det framtida förhandlingsarbetet.

Även om frågan om beaktandesatsens betydelse denna gång inte skulle bli föremål för EU-domstolens prövning visar ärendets hantering så här långt på bräckligheten av den av Sverige länge använda förhandlingsmetod som går ut på att man vid uteblivet gehör för sina grundlagsmässiga invändningar håller till godo med en ingresspunkt som ger sken av att kunna förvandla svart till vitt. Här kan erinras om att Lagrådet redan i sitt yttrande 1997 över förslaget till personupp-

giftslag ställde sig skeptiskt till värdet av den sortens förklaringar. Lagrådet ansåg den gången att det inte var sannolikt att EG-domstolen skulle godta en tolkning av direktivet i den riktning som regeringen hade gjort gällande i ärendet.¹⁸

5. ”EU-rätten gäller inte om den strider mot grundlagen och/eller kränker den nationella identiteten”

Det enskilt mest karaktäristiska kännetecknet för EU:s rättsordning är att den — olikt annan internationell rätt — utgör hinder för tillämpning av medlemsstaternas egen lagstiftning i den mån denna lagstiftning är motstridande. På vilken konstitutionell nivå den motstridande nationella lagstiftningen befinner sig har härvid ingen rättslig betydelse. Det går inte att tala om grundlagarna som om just deras egenhet av grundlag skulle göra dem mer motståndskraftiga mot EU-rätten än vanliga lagar. Tanken är alltså fåfång att medlemsstaterna skulle kunna klara sig undan oönskade EU-rättsliga regleringar genom att anta konträr lagstiftning på grundlagsnivå.

Likväl möter man ibland uppfattningen att medlemsstaternas domstolar skulle ha möjlighet att förklara en EU-rättslig reglering ogiltig såsom stridande mot landets konstitutionella principer. Denna missuppfattning torde främst bero på några historiska avgöranden av den tyska författningsdomstolen. Men redan i och med avgörandet ”Solange II” 1986 upphörde domstolen med att utmana principen om att unionsrätten har företräde även gentemot medlemsstaternas konstitutioner. Unionsrättens ovillkorliga företräde bekräftades när den tyska författningsdomstolen år 2010 förklarade att *genomförandet* i Tyskland av EU:s direktiv om trafikdatalagring var författningsstridigt, trots att det stod klart att direktivet inte hade kunnat genomföras på ett mer författningsvänligt sätt. Problemet utgjordes i själva verket av att den tyska grundlagen stred mot EU-direktivet, vilket författningsdomstolen inte hade makt att underkänna. Tyskland måste alltså ändra sin författning så att den möjliggör direktivets implementering i tysk rätt. Alternativet härtill är att få till stånd en ändring i själva direktivet.

I YFK:s slutbetänkande återfinns följande mening: ”De fördrag som styr EU-samarbetet får dessutom anses ge stöd för Sverige att hävda att de grundläggande principer som finns i TF och YGL är en del av vår nationella identitet som det ankommer på unionen att respektera”.¹⁹ Uttalandet, som kommittén tar till intäkt för att några mer omfattande grundlagsförändringar inte behöver göras med anledning av EU-samarbetet, anspelar på artikel 4(2) i Unionsfördraget i dess sedan den 1 december 2009 gällande lydelse, där det sägs att unionen skall respektera medlemsstaternas ”nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, in-

¹⁸ Prop. 1997/98:44, s. 234.

¹⁹ SOU 2012:55, s. 23 och 309.

begripet det lokala och regionala självstyret”. Enligt YFK är det i ”ett svenskt perspektiv [...] uppenbart att just den särskilda regleringen av tryck- och yttrandefriheten är ett av de områden som rör den nationella identiteten i den mening som artikeln ger uttryck för” (s. 289). Uttalandet är inte bara dubiöst utan också poänglöst, eftersom den åberopade fördragsartikeln inte alls har den omvälvande innebörd som kommittén föreställde sig. Denna nya fördragsartikel rubbar inte på något sätt principen om EU-rättens absoluta företräde framför nationell rätt. Det vore en första rangens sensation om denna hörnpelare i EU-samarbetet skulle ha underminerats av den av kommittén åberopade men eljest föga uppmärksammade artikeln. Vad artikeln säger är egentligen bara det självklara att unionen skall visa respekt för nationella identiteter.²⁰

Hela föreställningen om att den svenska tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringsmodellen såsom uttryck för vår nationella identitet representerar ett högre värde än den normhierarkiskt överordnade EU-rätten måste sägas vila på ett missförstånd. Riksdagen har ju, efter föregående rådgivande folkomröstning och i god konstitutionell ordning, beslutat att EU:s rättsordning skall gälla här i landet med det innehåll som denna rättsordning vid varje särskilt tillfälle har och som den vid varje tillfälle uttolkas av EU:s domstol. En följd av detta är att de svenska domstolarna skulle agera lagstridigt om de i konkreta fall av normkonflikt vägrade respektera riksdagens beslut och gav svenska grundlagsbestämmelser företräde framför EU-reglerna. En helt annan sak är att Sverige som medlagstiftare i EU har rätt att i förhandlingsarbetet begära respekt för vårt lands nationella identitet och våra politiska och konstitutionella traditioner. Men om Sverige ofta och utan stöd av andra medlemsstater kräver att nya EU-rättsakter skall anpassas till den svenska tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringsmodellen får det som tidigare nämnts negativa konsekvenser för Sveriges möjligheter till förhandlingsframgångar på andra områden.

6. ”De konstitutionella kärnvärdena har inte överlåtits till EU”

Rubrikens påstående, som återfinns flerstädes i YFK:s slutbetänkande, går tillbaka på ett ofta citerat uttalande av KU i betänkandet över propositionen om Sveriges anslutning till EU. KU gjorde där, som svar på ett motionsyrkande, ett av den tyska författningsdomstolen inspirerat men likafullt tvivelaktigt uttalande om att ”om en regel i en förordning eller ett direktiv från svensk sida framstår som konstitutionellt oacceptabel” så skulle Sverige kunna hävda att EU har lagstiftat inom

²⁰ Artikeln har nyligen kommenterats av *Salminen* i ERT 2013, s. 721: ”Det bör observeras att bestämmelsen i artikel 4(2) i EU-fördraget inte som en del av unionsrättssystemet kan tolkas så att den vore något slags suveränitetsreserv för medlemsstaten, till vilken den kunde dra sig undan från unionens rätt och de skyldigheter som beror av denna. För att undvika missförstånd är det skäl att betona att det inte i bestämmelsen är frågan exempelvis om medlemsstaternas suveränitet.”

ett av Sverige icke överlåtet rättsområde och att EU-regeln därför inte är ”giltig som EG-rätt i Sverige”.²¹

På två decenniers avstånd från detta politiskt och strategiskt betingade uttalande kan det vara dags att en gång för alla göra upp med myten om att Sverige som EU-medlem själv kan bestämma i vad mån en gemensamt beslutad EU-regel skall få genomslag vid tillämpningen av TF och YGL. Sverige har godkänt fördragen på samma sätt som de andra medlemsstaterna. EU:s lagstiftning gäller lika i hela unionen. En EU-regel kan inte — vare sig på grund av kompetensöverskridande eller annan orsak — vara ogiltig i vissa medlemsstater och samtidigt giltig i andra. Frågor om EU-reglers giltighet avgörs exklusivt av unionens domstol, i enlighet med de fördrag som samtliga medlemsstater har godkänt. Det teoretiska resonemang om kompetensöverskridande från EU-institutionernas sida som den tyska författningsdomstolen en gång utvecklade och som Sveriges regering och riksdag anammade inför folkomröstningen, har visat sig vara just teoretiskt. Från varje praktisk, rättstillämpningsmässig synpunkt är kompetensöverskridandeproblemet en icke-fråga. Domstolarna i Sverige och i alla andra medlemsstater erkänner sedan länge EU-domstolens ensamrätt att avgöra om en EU-regel håller sig inom det av medlemsstaterna till EU överlåtna rättsområdet. Om YFK hade något vidgat sin horisont hade den funnit att frågan som KU aktualiserade år 1994 rättsligt sett redan vid den tidpunkten var överspelad och att EU-rättens supremati numera är ett så självklart inslag i EU-samarbetet att den inte på något sätt uppfattas som vare sig dramatisk eller kontroversiell.

Man skulle till och med kunna säga att den enda kvardröjande effekten av det beramade KU-uttalandet är att det fortfarande kunnat förse YFK och andra med argument för att bevara den nuvarande regleringsmodellen på det tryck- och yttrandefrihetsrättsliga området. På så sätt bidrar uttalandet ännu till att fördröja det skifte som förr eller senare måste ske till en modell som fullt ut tar hänsyn till det förhållandet att Sverige är medlem i EU.

7. ”Lösningen är en ny europarättskonform yttrandefrihetsgrundlag på väsentligen samma skyddsnivå som TF och YGL”

Trogen sina direktiv arbetade YFK inledningsvis med en grundlagsmodell som skulle vara befriad från TF:s och YGL:s avvikelser gentemot europarätten men som ändå skulle innefatta ett skydd för tryck- och yttrandefriheten på väsentligen oförändrad nivå. Modellen innebar att de så kallade grundbultarna — vilka kommittén identifierade som meddelarskyddet, ensamansvaret, censurförbudet, etableringsfriheten, de strama gränserna för straffansvaret och den särskilda rättegångsordningen — bevarades, samtidigt som avvikelserna i förhållande till EU-rätten, och då främst dataskyddsdirektivet, slipades av

²¹ Bet. 1993/94:KU21, s. 29.

och en straffbestämmelse om privatlivskränkning infördes. I arbetets slutskede var det endast kommitténs ordförande Göran Lambertz som höll fast vid denna modell till ny yttrandefrihetsrättslig grundlagsreglering.

Trots den ambitiösa ansatsen måste dessvärre konstateras att inte heller den av Lambertz förordade modellen skulle lösa svårigheterna i förhållande till EU. Orsaken är inte i första hand att det är en i sig tveksam metod att basera en ny grundlag på en viss annan reglering, i detta fall EU:s dataskyddsdirektiv, en rättsakt som Sverige inte råder över och som i princip när som helst kan ändras.²² Det stora problemet i EU-samarbetet utgörs nämligen inte av att TF och YGL avviker från dataskyddsdirektivet och annan befintlig EU-rätt. Dessa väl kända avvikelser har i praktiken visat sig ganska enkla att hantera. Det stora problemet, som under en lång följd av år har försvagat Sveriges handlingskraft i EU-samarbetet, är i stället att Sverige i sina grundlagar har reglerat skyddet för tryck- och yttrandefriheten på ett sätt som saknar motstycke i de övriga 27 medlemsstaterna. Har man uppfattningen att bevarandet av denna särpräglade ordning är Sveriges enda eller helt dominerande intresse i samarbetet skadar det naturligtvis inte att Sverige med hänvisning till TF och YGL tvingas motsätta sig eller begära undantag från de beslut som fortlöpande förhandlas fram inom EU. Men en sådan utgångspunkt är knappast rimlig.

Det sagda kan illustreras med följande fiktiva men långt ifrån realistiska scenario. Under inflytande av ett växande terroristhot utarbetas inom EU en rättsakt som ålägger medlemsstaterna att kriminalisera *anstiftan till terrorbrott*. Syftet är att möjliggöra ingripanden mot webbsidor som uppmanar till storskaligt våld riktat mot unionsländerna. Regeringen och riksdagen är i sak positiva men också medvetna om att det krävs en grundlagsändring för att Sverige skall kunna ställa sig bakom förslaget, närmare bestämt en komplettering av bestämmelserna om vad som utgör tryckfrihetsbrott. Regeringen befinner sig sitta i en rävsax, eftersom den allt hårdare anklagas för eftergivenhet mot internationell terrorism samtidigt som dess förhandlingsvis framförda hänvisningar till svenska grundlagsskyddade rättigheter röner ringa förståelse hos de andra medlemsstaterna. Regeringens position uppfattas som så udda och samarbetsfientlig att Sverige förlorar politisk kraft också i andra EU-frågor. Risk finns att övriga medlemsstater går vidare med terrorbekämpningsprojektet i form av ett så kallat fördjupat samarbete utan svenskt deltagande. Risk finns också att en pressad svensk regering säger ja till projektet och i efterhand tvingas ta de konstitutionella och förtroendeskadliga konsekvenserna av att den till följd av grundlagshindret inte kan hålla vad den har lovat i EU-kretsen.

²² Kommissionen presenterade i januari 2012 ett förslag till en genomgripande reform av EU:s regler om skydd för personuppgifter som bl.a. innebär att dataskyddsdirektivet upphävs för att ersättas med en ny allmän dataskyddsförordning.

Vad man alltså måste inse är att ingenting är vunnet med en ny yttrandefrihetsgrundlag om denna fortsatt bakbinder de svenska EU-förhandlingarna, vilket blir fallet om till en sådan ny grundlag förs över det begränsande straffansvaret och övriga grundelement i TF och YGL. En direkt skadlig effekt av en ny grundlag av Lambertz modell vore att den skulle fördröja den övergång som förr eller senare ändå måste ske till en regleringsmodell som utgår från något av de av TYB framlagda alternativen. Dessutom skulle det svenska förhandlingsläget i EU ytterligare försämrats eftersom hänvisningar till Sveriges konstitutionella ordning skulle imponera mindre på våra förhandlingspartners om de får klart för sig att denna ordning återfinns i en nyligen beslutad grundlag.

Ett annat problem med ett fortsatt mycket detaljerat grundlagskydd för yttrandefriheten är att det konserverar en låg grundnivå för integritetsskyddet. Denna låga grundnivå gör det alltför svårt för integritetskränkta personer att få upprättelse och utgör ett störningsmoment i förhållande inte bara till EU utan även till Europakonventionen. Från den aspekten är det i och för sig vällovligt att Lambertz grundlagsförslag innehåller ett nytt yttrandefrihetsbrott benämnt privatlivskränkning. En bestämmelse om privatlivskränkning skulle emellertid bli ganska verkningslös om den bäddas in i en yttrandefrihetsgrundlag som fortsatt innehåller de för TF och YGL karaktäristiska principerna om ensamansvar, särskild rättegångsordning med jury osv. Dessutom skulle en ny sådan integritetsskyddsbestämmelse av politiska skäl knappast kunna förverkligas så länge som den nuvarande tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringsmodellen består.²³ Hittills har utvecklingen snarast gått i riktning mot att ytterligare stärka yttrandefriheten på integritetsskyddets bekostnad. Ett exempel härpå är de ändringar av TF och YGL som infördes år 2003 och som ger var och en möjlighet att mot en mindre avgift få grundlagskydd för sina aktiviteter på Internet.²⁴

8. Sammanfattande slutsats

YFK hade fel när kommittén påstod att Sverige klarar sig utmärkt i EU-samarbetet utan några större förändringar i den nuvarande tryck- och yttrandefrihetsrättsliga regleringsmodellen. Men också de gör en felaktig bedömning som likt kommitténs ordförande vill skapa en ny modell där utförliga regler om meddelarskydd, ensamansvar och andra så kallade grundbultar alljämt återfinns på grundlagsnivå. När YFK som en avgörande poäng framhöll att det inte finns något ”som

²³ Göran Lambertz föreslog redan 2006, då i egenskap av justitiekansler, en generell bestämmelse om skadeståndsansvar vid oförsvarliga och grova kränkningar av annans privatliv. Förslaget mötte häftiga motreaktioner inom medievärlden och föranledde den dåvarande justitieministern att offentligt ta avstånd från den typen av lagstiftning. Se närmare SOU 2007:22, s. 440 och SOU 2008:3, s. 253.

²⁴ Att detta grundlagskydd även omfattar nätpubliceringar av personregister över brottsmisstänkta uppmärksammades senast i februari 2014 i samband med den s.k. Lex Base-affären. Jfr SOU 2007:22, s. 488.

tyder på att hela det svenska grundlagssystemet skulle vara ifrågasatt och därmed riskera att underkännas vid en EU-rättslig prövning” visade kommittén att den inte förstått vari problemet djupare sett ligger.²⁵ Den frågeställning som uttalandet tar sikte på är inte relevant. Det är fullständigt uteslutet att en rättslig prövning av systemet som sådant alls skulle kunna komma till stånd. Vad svenska företrädare däremot ständigt tvingas till när nya rättsakter förhandlas fram inom EU är att om och om igen, bit för bit försvara det svenska grundlagssystemet i hela dess svåröverskådliga vidd. Det verkliga problemet, som YFK inte såg, är att priset för att bedriva detta försvar har kommit att bli oproportionerligt högt.

I EU-samarbetet hör juridik och politik ihop på ett mycket mer handfast sätt än vad som är fallet på den nationella arenan. Ett av tryckfrihetsrättsliga skäl framvingat svenskt veto mot av övriga medlemsstater överenskomna varningstexter på cigarettpaket kan kosta Sverige miljarder i budgetförhandlingarna. En oförmåga att genomföra ett av en rådsmajoritet beslutat direktiv därför att detta strider mot någon av de många och komplicerade processuella detaljbestämmelserna i TF eller YGL skadar inte bara Sveriges trovärdighet som EU-medlem utan också landets ekonomi och möjligheter till framtida förhandlingsframgångar.

Därför vore det direkt fel att införa en ny grundlagsreglering som inte fullt ut tar hänsyn till att Sverige är en medlemsstat i EU och, vad gäller nivån på integritetsskyddet, förpliktat att leva upp till Europakonventionens krav. Till dess det finns inrikespolitiska förutsättningar för en övergång till en regleringsmodell i stil med de mindre grundlagstyngda alternativ som TYB presenterade i sitt debattbetänkande (SOU 2006:96) är det bättre att behålla TF och YGL, med de smärre EU-anpassningar och integritetsförstärkningar som låter sig göras.²⁶ Förr eller senare blir emellertid en mer radikal omstöpning av den svenska regleringsmodellen oundviklig. Med tiden kommer nämligen försvaret av det speciellt svenska sättet att skydda tryck- och yttrandefriheten att framstå som alltför kostsamt för Sverige som medlemsstat i EU.

²⁵ SOU 2012:55, s. 283.

²⁶ Ett sådant litet steg har nyligen tagits genom prop. 2013/14:47, bet. 2013/14:KU17, Några ändringar på tryck- och yttrandefrihetens område.