



LUND UNIVERSITY

Grundlagsstridigt krav på etikprövning?

Persson, Vilhelm

Published in:
Förvaltningsrättslig tidskrift

2015

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Persson, V. (2015). Grundlagsstridigt krav på etikprövning? *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 603-627.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Förvaltnings- rättslig tidskrift

Särtryck ur FT 2015 4

Grundlagsstridigt krav på
etikprovning?

Av Vilhelm Persson

GRUNDLAGSSTRIDIGT KRAV PÅ ETIKPRÖVNING?

av Vilhelm Persson

1. Inledning

Det kan inte helt uteslutas att arbetet med denna uppsats har varit lagstridigt. Jag har nämligen använt straffrättsliga rättsfall utan att ha ansökt om etikprövning. Min bedömning är emellertid att arbetet trots detta var lagligt, bland annat tack vare regleringen i tryckfrihetsförordningen (nedan TF).

I lagen (2003:460) om etikprövning av forskning som avser människor (nedan EPL) ställs det upp ett krav på att viss forskning måste etikprövas innan den genomförs. En typ av åtgärder som omfattas av kravet är sådana som aktivt påverkar en forskningsperson, alltså en levande människa som forskningen avser (2 och 4 §§ EPL). Det kan exempelvis gälla blodprovstagning eller psykiska undersökningar och torde ha mycket begränsad påverkan på rättsvetenskaplig forskning. Härutöver krävs emellertid också etikprövning inför forskning som innefattar behandling av två kategorier av personuppgifter (3 § EPL). Den första kategorin är känsliga personuppgifter enligt 13 § personuppgiftslagen (1998:204) (nedan PUL), alltså uppgifter om ras eller etniskt ursprung, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelse, medlemskap i fackförening samt personuppgifter som rör hälsa eller sexualliv. Den andra kategorin är personuppgifter om lagöverträdelse som innefattar brott, domar i brottmål, straffprocessuella tvångsmedel eller administrativa frihetsberövanden. Sådan forskning får bara utföras om den har godkänts vid en etikprövning. I samband med en sådan prövning kan ställas upp villkor för forskningen och hanteringen av forskningsmaterialet (6 § EPL).¹

Det är, som bekant, vanligt att rättsfall innehåller uppgifter om exempelvis hälsa, lagöverträdelse eller administrativa frihetsberövanden, många arbetsrättsliga rättsfall innehåller uppgift om medlemskap i fackförbund, osv.² Med

¹ För mer utförliga beskrivningar av lagen se till exempel Eivind Torp: *Forskningsetikens rättsliga reglering*, FT 2014 s. 191–206, Elisabeth Rynning: *Privatlivet och forskningen – en dyster lägesbeskrivning*, SvJT 2009 s. 566–584, på s. 576 ff. och Ulrik von Essen: *Biobanks- och registerforskning – etikprövning och materialtillgång*, i: Sanna Wolk (red.): *Biobanksrätt*, Lund 2003, s. 177–234.

² Kanske kan till och med uppgifter om nationalitet i rättsfall ibland anses vara känsliga, vilket bland annat skulle kunna påverka användningen av europarättsliga domar. För en diskussion angående förhållandet mellan uppgifter om nationalitet och om ras eller etniskt ursprung se SOU 2015:39 s. 328 f.

tanke på att rättsvetenskaplig forskning traditionellt sett till stor del bygger på läsning och tolkning av rättsfall, kan kanske hävdas att en mycket stor del av den forskningen omfattas av kravet på etikprövning, bland annat inom straffrätt, socialrätt, arbetsrätt och skadeståndsrätt. Den vidsträckta definitionen av personuppgift i PUL medför att detta skulle kunna gälla oavsett vilken instans som har meddelat domarna eller om parternas namn har maskerats, så länge det genom målnummer eller andra omständigheter är möjligt att identifiera de inblandade.³ Kravet på etikprövning gäller oavsett projektets storlek.⁴

Den som utför forskning utan att begära etikprövning eller bryter mot villkor som ställs upp ska dömas till böter eller fängelse i högst sex månader (38 § EPL). Etikprövningen görs primärt av regionala etikprövningsnämnder, vars beslut kan överklagas till Centrala etikprövningsnämnden (24 och 36 §§). Nämndens beslut i sådana ärenden kan inte överklagas (37 §).

Kravet på etikprövning gäller enbart för forskning, vilket definieras som ”vetenskapligt experimentellt eller teoretiskt arbete för att inhämta ny kunskap och utvecklingsarbete på vetenskaplig grund, dock inte sådant arbete som utförs inom ramen för högskoleutbildning på grundnivå eller på avancerad nivå” (2 § EPL). Därmed rör kravet inte exempelvis utvärderingsarbete, konsumenttester, myndighetsinternt utvecklingsarbete eller journalistisk verksamhet. I praktiken har det visat sig vara svårt att tydligt avgränsa forskning från näraliggande verksamheter. Centrala etikprövningsnämnden gör i sina beslut helhetsbedömningar, men har identifierat vissa presumtionsregler för att avgöra när något utgör forskning, såsom att ett projekt utförs av kvalificerade forskare eller att det finns en avsikt att publicera forskningsresultat i någon vetenskaplig tidskrift.⁵

EPL:s utformning väcker åtskilliga tolknings- och tillämpningsfrågor, exempelvis angående vad som ska avses med forskning, med behandling av personuppgifter och med projekt, samt vilka krav som kan ställas på samtycke.⁶ Ur konstitutionell synvinkel framstår förhållandet till regeringsformens rättighetskydd inte helt klart, särskilt avseende skyddet för yttrandefrihet, informationsfrihet och forskningens frihet (2 kap. 1 och 18 §§). Vidare

³ Se vidare Rynning (ovan not 1), särskilt s. 578 f.

⁴ Se prop. 2002/03:50 s. 113.

⁵ Se nämndens promemoria Centrala etikprövningsnämndens praxis när det gäller forskningsbegreppet, tillgänglig på Internet (den 17 september 2015), http://www.epn.se/media/1101/cepn_praxis_forskningsbegreppet.pdf. Se även prop. 2007/08:44 s. 17 ff.

⁶ Diskussion kring en del sådana frågor har bland annat förts i Torp (ovan not 1), Johanna Schiratzki: Etik och samtycke i barnforskning, FT 2011 s. 131–146 samt Linus Broström, Mats Johansson och Titti Mattsson: Vilka personer saknar förutsättningar att ge informerat samtycke att delta i forskning? En rättslig och etisk diskussion rörande etikprövningslagens regler och tillämpning, FT 2014 s. 172–183.

har Elisabeth Rynning framhållit att offentlighetsprincipen omöjliggör tillämpning av kravet på etikprovning i den mån det inskränker forskares rätt att ta del av allmänna handlingar.⁷ Mig veterligt har inte någon domstol fått tillfälle att uttala sig om tillämpningen av EPL.

Det skulle leda alltför långt att här försöka utreda alla de frågor EPL väcker. Syftet med denna uppsats är därför begränsat till att diskutera förhållandet mellan kravet på etikprovning och TF. Detta sker bland annat mot bakgrund av att Centrala etikprovningensnämnden nyligen har kommit fram till att offentlighetsprincipen inte hindrar att forskning kring allmänt tillgängliga rättsfall omfattas av kravet på etikprovning.⁸ Jag medverkade i egenkap av prefekt vid ansökan i detta ärende. Dessutom har, som sagt, etikprovning inte begärts inför arbetet med denna artikel. Det är upp till läsaren att bedöma om jag trots detta har lyckats förhålla mig objektiv till de frågor som tas upp.

Som bakgrund ska först de bakomliggande intressena mycket kort sammanfattas. För ett krav på obligatorisk etikprovning och möjligheter att på förhand stoppa viss forskning, talar betydelsen av forskningsetik, skyddet för enskildas integritet och respekten för människovärdet vid forskning. Detta är givetvis mycket viktiga intressen. EPL bygger på att de anses väga tyngre än den administrativa börda och den extra kostnad det innebär att ansöka om etikprovning innan forskningsprojekt påbörjas. Efter införandet av EPL har skyddet för den personliga integriteten dessutom betonats ytterligare genom det uttryckliga skyddet i 2 kap. 6 § andra stycket regeringsformen.

Vad gäller rättsvetenskapliga studier av rättsfall, tycks Centrala etikprovningensnämnden ofta godkänna forskning utan att ställa upp så många villkor.⁹ Om tillstånd ändå ges, kanske det kan hävdas att ansökningsavgiften (5 000 kr), arbetet att ta fram den relativt detaljerade ansökningen (och ofta kompletteringar) som krävs samt väntetiden på beslut (ett par månader) inte är alltför betungande.

Mot ett krav på obligatorisk etikprovning talar skyddet för forskarnas informationsfrihet och yttrandefrihet samt för forskningens frihet. Det kan anföras att en försiktighetsprincip bör tillämpas, så att vanlig lag endast i tydliga fall ska kunna begränsa grundlagarnas skydd. I detta perspektiv blir egentligen alla administrativa hinder och kostnader problematiska, oavsett

⁷ Se Rynning (ovan not 1) s. 580 ff.

⁸ Se nämndens beslut den 15 juni 2015, dnr Ö 14-2015. Ansökan avsåg ett projekt som innefattade en sökning i tingsrättsavgöranden på Infotorg. Syftet var att få reda på i vad mån personers tidigare brottslighet påverkade domstolars bedömning av dels skuldfrågan i brottmål, dels personernas trovärdighet som uppgiftslämnare. Nämnden kom fram till att projektet var tillståndspliktigt.

⁹ Se nämndens beslut den 15 juni 2015 (dnr Ö 14-2015), den 29 maj 2012 (dnr Ö 16-2012) och den 8 maj 2012 (dnr Ö 11-2012).

storlek. Forskarna riskerar ju också att få avslag på ansökningar eller att åläggas villkor som begränsar eller helt undanröjer möjligheterna att utföra forskningen.

Jag återkommer kort till denna generella intresseavvägning i slutet av uppsatsen. Utformningen av TF och EPL samt praxis kring dessa ger emellertid endast begränsat utrymme för rättsliga slutsatser utifrån den intresseavvägningen. I stället får frågor av mer lagteknisk karaktär undersökas.

Denna uppsats utgår primärt från den rättsvetenskapliga forskningens situation, men rör givetvis också annan forskning som använder offentligt material på liknande sätt. Fokus ligger främst på två regelområden, nämligen dels reglerna om handlingsoffentlighet (avsnitt 2), dels reglerna om ansvar för anskaffning av material, lämnande av meddelanden och publicering av uppgifter i tryckt skrift (avsnitt 3). Diskussionen kring det senare regelområdet rör egentligen även motsvarande bestämmelser i yttrandefrihetsgrundlagen, till exempel vid grundlagsskyddad publicering av forskningsresultat på Internet. För att inte i onödan tynga framställningen, inriktas den emellertid primärt på TF. I uppsatsen berörs även frågan om forskare som är anställda av myndigheter befinner sig i en annan situation än privatanställda (avsnitt 4). Slutligen ges några avslutande kommentarer (avsnitt 5).

2. Handlingsoffentlighet

I 2 kap. TF regleras den del av offentlighetsprincipen som rör handlingsoffentlighet. Där slås fast en rätt att ta del av allmänna handlingar, det vill säga handlingar som förvaras hos myndigheter och som är att anse som inkomna dit eller upprättade där. Visserligen begränsas rätten att ta del av allmänna handlingar av bestämmelser om sekretess i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (nedan OSL). Huvudregeln är emellertid att myndigheters handlingar ska vara tillgängliga för allmänhetens insyn och granskning. Detta gäller oavsett vilken avsikt som ligger bakom en begäran om utlämnande av en handling; myndigheter får som huvudregel varken undersöka vem som begär en handling utlämnad eller varför.

Domstolars domar är i princip alltid offentliga, låt vara att en domstol har möjlighet att i sin dom förordna att en sekretessbelagd uppgift ska vara fortsatt hemlig (jfr särskilt 43 kap. 8 § OSL). Det har ansetts vara särskilt viktigt för upprätthållandet av rättsstaten att det finns möjlighet för allmänheten att genom domarna få insyn i den dömande verksamheten.¹⁰ Betydelsen av

¹⁰ Förhållandet mellan intressena av insyn och integritetsskydd diskuteras ingående i propositionen inför sekretesslagen. Se prop. 1979/80:2 Del A s. 92 ff. Se även exempelvis Ds 2014:33, särskilt

offentlighet kring domar framgår även av artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

En betydande del av den rättsvetenskapliga forskningen bygger på just domar och andra allmänna handlingar. Frågan uppkommer därför hur offentlighetsprincipens värnande av öppenhet och granskningsmöjligheter förhåller sig till EPL:s krav på tillstånd för att använda visst material i forskning. Varken TF, OSL eller EPL innehåller någon uttrycklig reglering av förhållandet mellan lagarna.

Centrala etikprövningsnämnden har i ett beslut kommit fram till att rätten att ta del av handlingar inte har någon omedelbar betydelse för rätten att använda information ur allmänna handlingar inom forskning.¹¹ Det faktum att ett forskningsprojekt går ut på att undersöka fritt tillgängliga handlingar, undantar därför inte projektet från kravet på tillståndsprövning. Prövningen kan sedan resultera i att villkor ställs upp för projektets genomförande eller att det helt stoppas.

Till stöd för denna syn på saken, kan anföras att det är uppenbart att offentlighetsprincipen inte medför att offentligt material får användas helt utan begränsningar. Exempelvis finns regler som skyddar upphovsrätt, det råder förbud mot förtal och utpressning, PUL reglerar hantering av personuppgifter, myndigheter måste följa bestämmelser om arkivering, osv. Centrala etikprövningsnämnden menar av allt att döma att regleringen av etikprövning på motsvarande sätt inte i sig kan anses inverka på den grundlagsfästa rätten att ta del av handlingar, utan bara generellt reglerar hur uppgifter ur bland annat allmänt tillgängliga handlingar får användas.

Det kan måhända tyckas teoretiskt rationellt att göra en uppdelning mellan å ena sidan att ta del av offentliga handlingar och å andra sidan användning av dem inom forskningen. Uppdelningen är emellertid inte självklar i samband med rättsvetenskaplig forskning. Dels finns andra bestämmelser som innebär en auktoritativ avvägning mellan intressena av integritet och insyn (avsnitt 2.1), dels skulle det medföra åtskilliga problem att försöka göra en sådan uppdelning (avsnitt 2.2).

2.1 Skydd för integritet

Grundlagsskyddet för offentlighetsprincipen bygger på att det har gjorts en avvägning mellan å ena sidan intresset av insyn och å andra sidan motstående

s. 26 och 37, Håkan Strömberg och Bengt Lundell: *Handlingsoffentlighet och sekretess*, 12 uppl., Lund 2015, s. 56 samt Alf Bohlin: *Offentlighetsprincipen*, 9 uppl., Stockholm 2015, s. 237.

¹¹ Se nämndens beslut den 15 juni 2015 (dnr Ö 14-2015) s. 3.

intressen, såsom skyddet för enskildas integritet. Det är i OSL som denna avvägning preciseras (jfr 2 kap. 2 § TF).¹²

Även avvägningar som uppkommer specifikt vid forskningsverksamhet har behandlats i OSL och rättspraxis. Å ena sidan finns regler som begränsar allmänhetens tillgång till forskningsmaterial.¹³ Å andra sidan har det i en del fall ansetts medföra minde risk för integritetsintrång att lämna ut material för forskning än för andra ändamål.¹⁴ Om en myndighet tar emot sekretessreglerade uppgifter i forskningssyfte, gäller de ursprungliga sekretessbestämmelserna även för den mottagande myndigheten (11 kap. 3 § OSL).

Härutöver innebär PUL ett kompletterande skydd för den personliga integriteten vad gäller hanteringen av personuppgifter. Innan den lagen infördes, gjordes en mer omfattande genomgång av relationen till TF och OSL än inför EPL. Inte minst slogs fast att sekretess gäller för personuppgifter om det kan antas att uppgifterna kommer att behandlas i strid med PUL (21 kap. 7 § OSL, jfr även 8 § PUL). Bestämmelsen i OSL är förvisso omdiskuterad och har sina rötter i tidigare datalagar.¹⁵ Att lagstiftaren helt avstått från motsvarande reglering angående EPL, tyder emellertid på att det inte har funnits någon avsikt att begränsa genomslaget för den grundlagsfästa offentlighetsprincipen. EPL ligger dessutom närmare kärnan av skyddsområdet för offentlighetsprincipen, eftersom EPL inte enbart reglerar hur vissa uppgifter får hanteras utan också vilka forskningsprojekt som alls får genomföras.

Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att utgå från att forskare får möjlighet att forska på det material som de enligt TF och OSL ska få tillgång till.¹⁶ Detta gäller i synnerhet domar och annat material som är fritt tillgängligt för allmänheten. Behovet av insyn i sådant material bör vara så okontroversiellt att det är särskilt naturligt att det kan bli föremål för vetenskapliga studier. Annars kan vanlig lag ses som en begränsning av möjligheterna att

¹² Jfr även prop. 2008/09:150 s. 273.

¹³ Se särskilt 24 kap. och 25 kap. 11 § OSL.

¹⁴ För en jämförelse mellan forskares respektive enskildas möjligheter att få material utlämnat se Elisabeth Rynning: Privatforskning vid universitetet – en balansakt i den högre skolan, i: Thomas Bull, Olle Lundin och Elisabeth Rynning (red.): Allmänt och enskilt – offentlig rätt i omvandling. Festskrift till Lena Marcusson, Uppsala 2013, s. 301–316, på s. 303 ff. Se även angående sekretess i samband med forskning till exempel prop. 1979/80:2 Del A s. 347, von Essen (ovan not 1) s. 213 ff. och Rynning (ovan not 1) s. 569 ff. Rynning har därvid lyft fram behov av en mer generell översyn av sekretessregleringen vid forskning.

¹⁵ Se vidare SOU 2010:4 s. 316 ff. samt Sören Öman och Hans-Olof Lindblom: Personuppgiftslagen (30 sept. 2014, Zeteo), kommentaren till 21 kap. 7 § offentlighets- och sekretesslagen.

¹⁶ För diskussion kring möjligheterna att ställa upp villkor för användning av allmänna handlingar som lämnas ut till forskare se Rynning (ovan not 14), särskilt s. 305 f. och 313 f. Se även Elisabeth Rynning: Integritetsskyddet i forskningen – en känslig historia, FT 2005 s. 459–486, på s. 482 ff.

nyttja offentlighetsprincipen, utan att det finns något uttryckligt grundlagsstöd.

Om OSL får utgöra den auktoritativa avvägning mellan intressena av insyn och integritetsskydd, blir konsekvensen att enskilda vars personuppgifter förekommer i domar får finna sig i att domarna kan bli föremål för rättsvetenskaplig forskning. Givetvis är forskningen underkastad förbudet mot förtal och övriga ovannämnda generella regler för hur offentligt material får användas, men det skulle inte kunna ställas upp något krav på extern förhandsgranskning av forskningsprojekt.

Som Rynning framhållit, tjänar en del rättsvetenskaplig forskning på ett särskilt tydligt sätt offentlighetsprincipens syften och är viktig för både förutsebarheten i rättsordningen och kontrollen av myndigheters beslut. Rynning anför att det bör ställas höga krav på nödvändighet, proportionalitet och tydlighet när inskränkningar av offentlighetsprincipen riktas mot sådan verksamhet samt att dessa krav inte verkar vara uppfyllda avseende kravet på etikprövning.¹⁷

Visserligen har angående sekretessprövning anförts att regleringen av sekretess inte har samma syfte som regleringen av etikprövning.¹⁸ Detta skulle kanske kunna anföras som stöd för att en begränsning av användningen av materialet inte nödvändigtvis skulle innebära en begränsning av offentlighetsprincipen. Bedömningen av skyddet för den personliga integriteten är emellertid avgörande för frågan i vad mån ett forskningsprojekt är etiskt godtagbart. Enligt min mening är de olika regleringarna inte så väsensskilda att det är möjligt att bortse från den faktiska begränsning av offentlighetsprincipen som skulle uppkomma om EPL skulle anses reglera möjligheterna att använda offentligt material.

Offentlighetsprincipens grundlagsskydd medför att genomslaget för principens syften och för den intresseavvägning som OSL innebär inte bör kunna påverkas utan tydligt stöd och klara grunder. Man bör kunna utgå från att relevanta begränsningar av möjligheterna att nyttja offentlighetsprincipen framgår av OSL. Detta gäller särskilt begränsningar i form av förhandsprövning och särskilt användning av offentligt material för ändamål som ligger nära kärnan för offentlighetsprincipens skyddsområde.

¹⁷ Jfr Rynning (ovan not 1) s. 580 ff.

¹⁸ Se Ulrik von Essen: Biobanksforskning – forskares möjligheter att få tillgång till vävnadsmaterial och personuppgifter, FT 2003 s. 197–214, på s. 203 f. och von Essen (ovan not 1) s. 218. Se även Elisabeth Rynning: Patientuppgifter som forskningsresurs – om integritetsskydd och intresseavvägningar, FT 2003 s. 95–126, på s. 114 f.

2.2 Problematisk uppdelning

Även om det av någon anledning skulle anses önskvärt att begränsa användningen av offentliga handlingar vid forskning, skulle det vara svårt att – som Centrala etikprövningsnämnden – bygga på en uppdelning mellan å ena sidan att ta del av handlingar och å andra sidan att använda dem inom forskning.

Inledningsvis kan konstateras att fastän sekretessbestämmelserna i OSL reglerar själva utlämnandet av handlingar, är tillämpningen beroende av en prognos för hur handlingarna kommer att användas.¹⁹ Detta är formulerat på olika sätt i olika bestämmelser, men generellt innebär det att om den myndighet som förvarar en handling tror att ett utlämnande av handlingen kommer att medföra skada, ska handlingen inte lämnas ut. Omvänt innebär det att om användningen av handlingen inte kan anses medföra någon skada, motiverar allmänhetens intresse av insyn i myndigheters verksamhet att de enskilda som berörs av handlingen får tåla att den kommer till omvärldens kännedom. Om ett visst slags uppgifter inte ens omfattas av någon reglering i OSL, talar det i än högre grad för att intresset av insyn ska ges företräde.

Inom ramen för OSL görs alltså inte någon strikt uppdelning mellan att ta del av och att använda handlingar. På liknande sätt bygger PUL på grundprincipen att bedömningen av insamling av personuppgifter inte kan separeras från hur de används (särskilt 3 § samt 9 § första stycket c och d PUL).

Även propositionen inför EPL tycks se insamling av uppgifter som en del av forskningen.²⁰ Vidare framfördes angående regeringsformens skydd för informationsfrihet, att det kan uppfattas som att forskare hindras från att fritt samla information, om ansökningar om etikprövning inte bifalls. Kravet på etikprövning ansågs visserligen vara en godtagbar begränsning av friheten.²¹ Eftersom kravet anses begränsa informationsfriheten, är det enligt min mening också rimligt att se det som en begränsning av rätten att ta del av handlingar.

Mot denna bakgrund förefaller det svårt att dra någon principiell skiljelinje mellan att ta del av handlingar och att använda dem inom rättsvetenskaplig forskning. Lika svårt förefaller det att vara att göra någon praktisk uppdelning. Att ta del av en handling måste rimligtvis innefatta en möjlighet att läsa och fundera kring handlingen. Det är emellertid också just så rättsvetenskaplig forskning genomförs. Visserligen tillförs härutöver en extern dimension genom att forskningsresultat publiceras. Denna dimension delas

¹⁹ Angående de avvägningar som ska göras, se prop. 1979/80:2 Del A s. 80 f. och prop. 2008/09:150 s. 348 ff.

²⁰ Se prop. 2002/03:50, särskilt s. 29 och 195.

²¹ Se prop. 2002/03:50 s. 117 f.

emellertid med många andra verksamheter och regleras genom sedvanliga tryckfrihetsrättsliga regler, vilket exempelvis innefattar ansvar för förtal (jfr nedan avsnitt 3). Det nära samband som råder mellan att ta del av en handling och att använda den för forskning, innebär att begränsningar av möjligheterna att använda handlingen ofrånkomligen begränsar rätten att ta del av handlingen.

Måhända skulle kunna hävdas att forskning innehar en speciell status i samhället på grund av att den åtnjuter stort förtroende hos allmänheten, att detta förtroende behöver skyddas och att detta skulle motivera att kravet på etikprovning i EPL skulle begränsa genomslaget för offentlighetsprincipen. Om det skulle anses möjligt att göra en uppdelning mellan åtkomst och användning av material avseende forskning, skulle TF emellertid inte heller hindra att en motsvarande uppdelning görs avseende exempelvis journalisters verksamhet. Det skulle kunna leda till krav på förhandsprovning och andra omfattande begränsningar av journalisternas möjligheter att granska den offentliga makten, vilket skulle ligga mycket långt ifrån tankarna bakom offentlighetsprincipen. Enligt min mening är det också tveksamt om syftet att skydda den personliga integriteten skulle uppfyllas genom att ge mindre möjligheter till granskning av myndigheter genom just forskning än genom liknande verksamheter, såsom journalistik, uppföljningsverksamhet eller myndigheters utvecklingsarbete.

Sammantaget blir jag inte övertygad av den uppdelning som Centrala etikprovningssnämnden gör mellan å ena sidan rätten att ta del av uppgifter och å andra sidan skyldigheten att söka tillstånd för användningen av uppgifterna. Det förefaller vara en alltför formalistisk syn på förhållandet och inte ta tillräcklig hänsyn till vare sig regleringens systematik eller offentlighetsprincipens syfte att främja insyn och granskning. Detta gäller i synnerhet förhandsprovning av rättsvetenskaplig forskning avseende material som, likt domar, har ansetts vara särskilt viktiga för allmänheten att ha insyn i. Inom ramen för OSL görs redan en noggrann avvägning mellan intressena av insyn respektive integritet. Insynen anses till och med så viktig att staten själv i stor utsträckning medverkar till att sprida domar. Om forskning kring dem skulle kunna förhindras genom förhandskontroll anser jag att det skulle vara inkonsekvent. Eventuellt ansvar för användningen av materialet får i stället på sedvanligt sätt utkrävas i efterhand.

3. Skydd för anskaffning, meddelanden och publicering av uppgifter

Min erfarenhet är att rättsvetenskapliga forskare i princip utan undantag har för avsikt att publicera resultaten av sin forskning (låt vara att det kan ta längre

tid än ursprungligen planerats). Som framgick i inledningen, anser Centrala etikprövningsnämnden också att en avsikt att publicera resultat tyder på att verksamheten i fråga är vetenskaplig och därmed omfattas av kravet på etikprövning. Nämnden har dessutom framhållit att det finns ett forskningsetiskt krav på att resultat av forskning ska offentliggöras.²² Om en forskare inte har för avsikt att publicera resultatet av sitt arbete i något vetenskapligt sammanhang, behöver hon eller han alltså sannolikt inte heller begära etikprövning för undersökningen.

I TF finns ganska säregna regler om ansvar för uppgifter som publiceras i tryckt skrift och för anskaffning och lämnande av uppgifter för sådan publicering. Dessa regler gäller exklusivt; inom TF:s tillämpningsområde får alltså inte bestämmelser om ansvar eller ersättningsskyldighet i andra lagar tillämpas (1 kap. 3 §). Inget allmänt organ får utan stöd i TF hindra tryckning, utgivning eller spridning av en skrift (1 kap. 2 §). Den som anskaffar uppgifter på ett straffbart sätt är visserligen ansvarig enligt vanlig lag (1 kap. 9 § femte punkten). I princip är det emellertid endast en enda person som kan hållas ansvarig för allt arbete som föregår att en uppgift publiceras i tryckt skrift. Ansvarig är primärt utgivaren av en periodisk skrift och författaren till en skrift som inte är periodisk (8 kap.), vilka endast kan hållas ansvariga för gärningar som särskilt anges som tryckfrihetsbrott i 7 kap. 4 och 5 §§. Brott mot EPL tillhör inte de gärningarna. Personer som meddelar eller anskaffar uppgifter för publicering i tryckt skrift är i princip inte rättsligt ansvariga (1 kap. 1 § tredje och fjärde stycket, jfr dock 7 kap. 3 §). TF bygger alltså på att publicering av texter inte ska kunna förhindras i förhand, utan att ansvar för missbruk av tryckfriheten endast ska kunna utkrävas i efterhand och av vissa utpekade personer.

Frågan uppkommer därför om en forskares avsikt att publicera forskningsresultat i tryckt skrift medför att TF hindrar att kravet på etikprövning i EPL tillämpas. I propositionen inför denna lag gjordes bedömningen att TF inte medförde något hinder. Detta motiverades kortfattat:

”Lagförslaget avser att skydda forskningspersoner och värna respekten för människovärdet vid forskning. Även om forskningsresultat ofta offentliggörs i olika publikationer kan inte forskningen sägas syfta till ett offentliggörande i grundlagens mening utan i stället till att nå ett visst resultat. Forskning som bedrivits utan etikprövning kan därför inte anses åtnjuta grundlagsskydd under åberopande av att forskningsresultaten skall publiceras. En helt annan sak är att ingripanden mot innehållet i en publikation där forskningen behandlas kan ske endast med stöd av TF.”²³

²² Se Centrala etikprövningsnämndens promemoria (ovan not 5) s. 3 f.

²³ Se prop. 2002/03:50 s. 119. Se även en marginellt mer utvecklad diskussion i Ds 2001:62 s. 128 f.

Propositionen utgår av allt att döma från att det arbete som en forskare utför före publiceringen inte har tillräckligt nära samband med publiceringen för att TF ska tillämpas. Avgränsningen av TF:s tillämpningsområde för med sig komplexa och delvis lagtekniska frågor, vilka över tiden också har besvarats på delvis varierande sätt.²⁴ Det är inte möjligt att här göra någon fullständig utredning av alla dessa frågor. Enligt min mening bör de emellertid diskuteras åtminstone något mer utförligt än i förarbetena inför EPL.

Diskussioner kring tillämpningsområdet för TF har ofta rört frågan huruvida ett visst yttrande omfattas av TF:s ändamål, det vill säga att säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning (jfr 1 kap. 1 § andra stycket TF). Bristande anknytning till ändamålet har medfört att TF inte ansetts tillämplig avseende bland annat bedrägerier eller rent kommersiell reklam. Generellt sett har emellertid TF:s ändamål fått en vidsträckt definition.²⁵ Det kan inte råda något tvivel om att allt som kan betraktas som rättsvetenskaplig forskning omfattas av detta ändamål. Som ovan framgått, ifrågasattes det inte heller inför införandet av EPL att själva publiceringen av forskningsresultat omfattas av TF.

Det är alltså tydligt att forskningens slutprodukt i form av publicerade forskningsresultat faller inom TF:s exklusiva tillämpningsområde. Bara för att en publicerad text ligger inom TF:s tillämpningsområde, behöver emellertid inte alla gärningar som föregår publiceringen omfattas. De rättsliga frågor som uppkommer i detta sammanhang är som sagt komplexa. En del av komplexiteten ligger i att delvis olika frågor uppkommer beroende på om en forskare ses som anskaffare (avsnitt 3.1), meddelare (avsnitt 3.2) eller ansvarig för ev. tryckfrihetsbrott (avsnitt 3.3). I detta sammanhang kan också göras jämförelser med PUL, vilken ju liksom EPL innehåller regler om behandling av personuppgifter (avsnitt 3.4).

3.1 Forskare som anskaffare

Som ovan nämnts, skyddar TF personer som anskaffar uppgifter för publicering, men den hindrar inte tillämpning av regler om ansvar för det sätt på vil-

²⁴ Se till exempel Gunnar Persson: *Exklusivitetsfrågan. Om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt*, Stockholm 2002, särskilt s. 446 ff., Thomas Bulls recension av denna avhandling i JT 2003/04 s. 199–220 och Hans-Gunnar Axberger: *Tryckfrihetens gränser*, Stockholm 1984, s. 66 ff.

²⁵ Jfr till exempel Hans-Gunnar Axberger: *Yttrandefrihetsgrundlagarna*, 2 uppl., Stockholm 2014, s. 57 ff., Håkan Strömberg och Bengt Lundell: *Grundlagsskyddad yttrandefrihet*, 15 uppl., Lund 2013, s. 80 ff. samt Wiweka Warnling-Nerep och Hedvig Bernitz: *En orientering i tryckfrihet och yttrandefrihet*, 4 uppl., Stockholm 2009, s. 54 ff.

ket uppgifter anskaffas (1 kap. 1 § fjärde stycket och 9 § femte punkten TF). Detta kan illustreras med fallet NJA 2015 s. 45. I det fallet väcktes åtal för vapenbrott, sedan en journalist hade köpt en pistol i syfte att rapportera om hur enkelt det var att skaffa illegala vapen. De åtalade menade bland annat att de borde gå fria från ansvar med hänsyn till de grundläggande principerna om yttrandefrihet och informationsfrihet, eftersom köpet hade ett publicistiskt syfte. Högsta domstolen (nedan HD) påminde inledningsvis om avgränsningen av anskaffarfriheten i 1 kap. 9 § TF. Vapenköpet utgjorde därmed enligt HD ett sätt att anskaffa uppgifter som föll utanför tryckfrihetsförordningens tillämpningsområde. Visserligen anförde HD sedan att det kan "tänkas förekomma fall där brott i journalistiskt efterforskningsarbete inte ska medföra ansvar, trots att brottet faller utanför tryckfrihetsförordningens tillämpningsområde". Vidare framhöll HD skyddet för yttrandefriheten och informationsfriheten i 2 kap. 1 § regeringsformen. HD kom emellertid fram till att det publicistiska intresset inte hade motiverat att vapenköpet fullföljdes. I detta fall hindrade därför inte avvägningen mellan de intressen som ligger bakom vapenlagen och de intressen som yttrandefriheten och informationsfriheten skyddar att HD dömde till ansvar.

Måhända skulle det kunna hävdas att forskning som bedrivs utan tillåtelse enligt EPL innebär olagligt anskaffande av uppgifter som sedan publiceras, och att forskningen därför inte omfattas av TF:s skydd. Ett sådant synsätt passar emellertid enligt min mening inte så bra in på forskning som enbart innebär analys av information som enligt OSL är tillgänglig, i synnerhet om informationen är offentlig för allmänheten. Möjligen skulle det ligga närmre till hands vid insamling av information genom handlande som i sig är oriktigt, såsom oetisk behandling av sjukhuspatienter eller försöksdjur.

Förvisso är det möjligt att göra en principiell distinktion mellan den fullt tillåtna insamlingen av forskningsmaterialet och den av EPL reglerade användningen av materialet. Det tycks ju också vara en gräns som Centrala etikprövningsnämnden anser bör upprätthållas (jfr avsnitt 2). I ett senare led skulle då kanske kunna hävdas att bearbetningen av materialet i sig skulle utgöra otillåten anskaffning av uppgifter, vilka senare publiceras.

Detta skulle innebära att anskaffningsprocessen anses vara uppdelad i två delar, först en tillåten insamling och sedan en otillåten bearbetning. För mig förefaller emellertid detta onaturligt omständligt. Det skulle leda till motsvarande gränsdragningsproblem som avseende offentlighetsprincipen (jfr avsnitt 2.2).

När bestämmelsen om anskaffarfrihet infördes, nämndes i propositionen dessutom endast exempel på brott mot generella bestämmelser som rörde insamlingen av material. Det framhölls att TF inte enbart avsåg att skydda yttrandefriheten utan även informationsfriheten, och att det var viktigt att

skapa omfattande tillgång till information om olika samhällsförhållanden.²⁶ Införandet av anskaffarfriheten byggde på en helhetssyn avseende de gärningar som föregår en publicering. Bland annat framhölls att det så långt som möjligt borde undvikas att en person skulle kunna bli åtalad för en sammanhängande brottslighet i olika processformer.²⁷ Det ansågs ligga i sakens natur att meddelare på något sätt måste ha skaffat sig underlag till meddelandena och att anskaffningen därför borde skyddas som lämnande av meddelande.²⁸ ”Genomförs förslaget, blir det inte möjligt att genom vanlig lagstiftning förbjuda inhämtande av viss information för publicering”.²⁹ I linje med detta har JO också uttalat att allmänna förbud mot att genomföra intervjuer i myndighetslokaler inte får förekomma, bland annat eftersom det hindrar anskaffarfriheten.³⁰ Detta talar för att insamling och bearbetning även avseende anskaffarfriheten bör ses som en helhet.

I praktiken förefaller det inte heller vara enkelt att avgöra hur mycket hantering som skulle krävas för att utgöra otillåten anskaffning. Exempelvis förefaller det svårt att hävda att helt oförändrad publicering av lagligt insamlade uppgifter skulle exkluderas från TF:s tillämpningsområde, och i så fall skulle det uppkomma frågor kring hur omfattande bearbetning som skulle krävas för att TF:s skydd skulle falla bort. I och för sig bör helt oförändrad publicering aldrig anses vara forskning i EPL:s mening och därför inte vara tillståndspliktig. Om redan en ganska låg grad av bearbetning skulle anses omfattas av kravet på tillstånd, skulle emellertid frågor uppkomma avseende relationen till anskaffarfriheten.

Om TF inte skulle hindra reglering kring analys av fritt tillgängligt material, skulle det också innebära en öppning för förhandskontroll och annan långtgående reglering och inskränkning av journalistisk verksamhet. Det skulle i så fall gå stick i stäv med bland annat HD:s ovannämnda uppfattning att brott vid journalistiskt efterforskningsarbete inte nödvändigtvis behöver medföra ansvar ens om de faller utanför TF:s tillämpningsområde.

Mot denna bakgrund är det rimligt att anse att rättsvetenskaplig forskning kring rättsfall omfattas av anskaffarskyddet om det föreligger avsikt att publicera forskningsresultat i grundlagsskyddade medier. Måhända gjordes också denna bedömning inför EPL, eftersom förarbetena tycks inriktade på senare stadier i publiceringsprocessen.

²⁶ Se prop. 1975/76:204, särskilt s. 93, 98 och 131.

²⁷ Jfr SOU 1975:49 s. 49, där utredningens direktiv refereras.

²⁸ Se SOU 1975:49 s. 263.

²⁹ Se prop. 1975/76:204 s. 98.

³⁰ Se JO 2011/12 s. 594. Se även NJA 2015 s. 298.

3.2 Forskare som meddelare

I förarbetena inför EPL stod meddelarfriheten mer i fokus än anskaffarfriheten. Förutom rena uppgiftslämnare omfattar meddelarfriheten även författare till artiklar i tidskrifter och andra medverkande som inte ansvarar för tryckfrihetsbrott (jfr 7 kap. 3 § och 8 kap. TF). Forskare som publicerar sina resultat i en forskningstidskrift behandlas alltså som meddelare.

Angående förhållandet till TF nämner den departementspromemoria som föregick EPL två rättsfall, nämligen NJA 1999 s. 275 och NJA 2000 s. 355.³¹ De rör båda meddelarfriheten, närmare bestämt huruvida den omfattar yttranden som i sig är straffbara men som görs i anknytning till grundlagsskyddad verksamhet. Som grund för den vidare diskussionen bör de först kort sammanfattas.

Bakgrunden till NJA 1999 s. 275 var att en journalist mot ersättning hade fått fotografier som publicerades och som uttryckte allvarliga hot mot namngivna personer. Åtal för olaga hot väcktes mot såväl journalisten som de personer som hade fotograferat och överlämnat bilderna. HD noterade att det kan förekomma gärningar som ”utförs med en tryckt skrift som medel men har en sådan karaktär att den inte berör de syften som ligger bakom regleringen i TF”. Som exempel nämndes bedrägeri, svindleri och oredligt förfarande som begås genom meddelanden i tryckt skrift. TF hindrar inte att vanliga straffrättsliga bestämmelser tillämpas på sådana handlingar. HD framhöll emellertid att journalisten hela tiden hade haft för avsikt att låta bilderna illustrera en artikel om den organisation som de personer som överlämnat bilderna tillhörde. Dessa personer kände också till denna avsikt. Därför slog HD fast att fotografierna var ett led i journalistens journalistiska verksamhet och därmed föll inom det område som TF är avsedd att skydda, vilket medförde att tillkomsten och överlämnandet av filmrullarna omfattades av meddelarfriheten.³²

NJA 2000 s. 355 rörde en gästföreläsning vid ett universitet. Föreläsaren gjorde uttalanden som medförde att han åtalades för hets mot folkgrupp. Till sitt försvar åberopade han att föreläsningen hade filmats och att filmen sedan hade spridits. Därför menade han att han omfattades av meddelarskyddet i yttrandefrihetsgrundlagen (som motsvarar det i TF). HD framhöll emellertid att inspelningen inte hade närmare diskuterats med läraren som hade bjudit in gästföreläsaren och att inspelningen inte hade meddelats till de som närva-

³¹ Se Ds 2001:62 s. 128.

³² För utförlig diskussion och delvis kritisk analys angående detta fall se Gunnar Persson: Tryckfrihet på villovägar. Om Aftonbladsmålet och dess följder, Stockholm 2003.

rade vid föreläsningen. HD ansåg därför att ”föreläsningen inte ingått som ett led i en verksamhet för att på videogram offentliggöra denna” och att föreläsarens uttalanden inte i förhållande till åhörarna åtnjöt skydd mot straffansvar. Däremot tycks HD anse att skyddet för meddelarfrihet i och för sig var tillämpligt i förhållande till inspelningen av föreläsningen.³³

Båda rättsfallen tar alltså sikte på meddelarskydd och huruvida yttranden utgör led i grundlagsskyddad verksamhet. I det förstnämnda fallet ansågs det finnas tillräcklig anknytning för att skyddet skulle bli tillämpligt. I det andra fallet ansågs meddelarskyddet bara tillämpligt i förhållande till inspelningen, inte i förhållande till åhörarna på plats.

Efter att ovannämnda referatnummer nämnts, anges i departementspromemorian – som i propositionen – att lagförslagets syfte var att skydda den enskilda forskningspersonen och värna respekten för människovärdet vid forskning. Det framhölls också att forskningsskrifter i sig inte förbjuds. Själva forskningen ansågs därför inte ha grundlagsskydd enbart för att forskningsresultaten publiceras i en skrift som skyddas av TF.³⁴ Promemorian förklarar emellertid inte närmare hur detta framgår av ovannämnda fall.

En näraliggande tolkning av fallen är att det bör bedömas om publicering huvudsakligen innebär en dokumentation av gärningar som ändå hade inträffat, eller om publiceringsavsikten är avgörande för att gärningarna ska äga rum. TF ska tillämpas i den senare, men inte i den förstnämnda, situationen.

Lagförarbetena till EPL verkar alltså utgå från att forskningen äger rum oberoende av publiceringen. Som ovan framgick, utgår emellertid Centrala etikprövningsnämnden tvärt om från att det finns ett nära samband mellan forskning och publicering. Nämnden tolkar begreppet forskning på ett sådant sätt att i princip endast verksamhet som är avsedd att leda till publicerade resultat omfattas av kravet på etikprövning.

Enligt min erfarenhet är publiceringsavsikt egentligen helt avgörande för att någon ska vilja finansiera rättsvetenskaplig forskning vid svenska lärosäten. Måhända kan situationen vara en annan inom områden där det finns möjligheter att forskning leder till patent som på sikt kan generera inkomster. Då kan det kanske ibland finnas andra avsikter bakom forskningen än att åstadkomma så snar och stor spridning som möjligt av de resultat som framkommer. Statsmakterna betonar emellertid generellt vikten av att forskningsresultat publiceras.³⁵ Publicering i grundlagsskyddade medier är i detta samman-

³³ För en kommentar till detta fall se Gunnar Persson: Meddelarfrihet vid filmad föreläsning? JT 2000/01 s. 417–422.

³⁴ Se Ds 2001:62 s. 128 f.

³⁵ Tydliga exempel är diskussionerna kring resursfördelningen till landets universitet och högskolor

hang fortfarande viktigast, även om andra former förekommer allt mer, särskilt vid publicering på Internet.

Mot bakgrund av att det både inom och utom lärosätena finns förväntningar på offentliggörande, är det enligt min mening inte möjligt att dra upp en skarp gräns mellan forskning och publicering. Dessutom är det svårt att i praktiken skilja mellan den rättsvetenskapliga forskningsprocessen och författandet av den text som publiceras; forskningen utförs till stor del genom författandet. Jag anser därför att det är mer naturligt att dra paralleller till fallet som rörde de hotfulla bilderna än till fallet som rörde föreläsningen. Exempelvis är det inte ovanligt att tidskrifter kontaktar forskare för att uppmana dem att publicera texter i tidskrifterna, vilket principiellt sett liknar de kontakter som journalisten hade med de personer som senare överlämnade bilderna. HD tycks ju dessutom inte ha ansett att meddelarskyddet föll bort helt avseende föreläsningen, utan kvarstod i relation till inspelningen av föreläsningen.

Att en gärning inträffar som en följd av en avsikt att publicera kan i och för sig inte vara en ensamt tillräcklig förutsättning för att gärningen ska skyddas av TF. Som jämförelse kan nämnas att JK har ansett att agerande som innebar ofredande inte omfattades av yttrandefrihetsgrundlagen, trots att det fanns avsikt att publicera i medier som skyddas av yttrandefrihetsgrundlagen, när de som utsattes för agerandet inte kände till att det spelades in.³⁶ Vidare har det förekommit trafikbrott som förmodligen inte hade inträffat om de inte hade dokumenterats på film som spridits.³⁷ Om det inte hade funnits en begränsning av TF:s tillämpningsområde hade allehanda brott kunnat skyddas om det bara hade funnits syfte att dokumentera, exempelvis med kameran i någon närvarandes mobiltelefon. Detta hade givetvis inte varit rimligt. Det förefaller inte helt tydligt huruvida avgränsningen av TF:s skydd i sådana fall ska ske genom bedömning av anknytningen till publiceringsavsikten eller genom tillämpning av det uttryckliga undantaget för brott i samband med anskaffning (jfr avsnitt 2). I detta sammanhang kan också uppkomma osäkerhet angående huruvida skyddet ska definieras utifrån TF:s syfte eller på något

i prop. 2008/09:50, prop. 2012/13:30 och Utbildningsdepartementets rapport Prestationsbaserad resurstilldelning för universitet och högskolor (Dnr U2010/4151/SAM). När skyddet för forskningens frihet infördes i regeringsformen, framhölls att forskare har ett ansvar att verka för att forskningsresultaten kommer samhället till godo, se prop. 2009/10:80 s. 192.

³⁶ Se Justitiekanslerns beslut den 8 oktober 2010 (dnr 5866-10-31) och den 25 mars 2004 (dnr 1080-10-31). Jfr beslut den 8 oktober 2002 (dnr 2616-02-31).

³⁷ Exempel på högprofilerade filmprojekt som bygger på olika slags trafikbrott är filmserien *Getaway* i Stockholm och filmerna om *Ghost Rider*. De innehåller främst inspelningar av extrema hastighetsöverträdelser och andra trafikbrott, inte sällan bevitnade av maktlösa poliser.

annat sätt, vilket som sagt leder till komplexa teoretiska och principiella frågor.³⁸

Oavsett hur avgränsningen görs, måste emellertid rättsvetenskapligt forskningsarbete anses ligga mycket närmare kärnan av de verksamheter som TF skyddar än exempelvis trafikbrott eller inbrott. Sådan forskning kan tvärt om anses särskilt tydligt ligga inom TF:s syfte.³⁹

Mot denna bakgrund anser jag inte att den strikta uppdelning mellan forskningsarbete och publikation som görs i förarbetena till EPL är förenlig med TF och dess syfte. Det ligger enligt min mening betydligt närmare till hands att anse att rättsvetenskaplig forskning utgör ett led i verksamheten att offentliggöra forskningsresultaten och att den därmed omfattas av meddelarskyddet (inkl. skyddet för författare till tidskriftsartiklar m.m.) om syftet är att publicera resultaten i grundlagsskyddade medier.

3.3 Forskare som ansvariga avseende tryckfrihetsbrott

Jämförelser med meddelarskydd är mest träffande vad gäller forskares publicering i tidskrifter. Forskarna tillhör då i allmänhet inte de som enligt 8 kap. TF kan göras ansvarig för tryckfrihetsbrott. Sådant ansvar kan emellertid ibland uppkomma, framför allt om forskare författar monografier, bidrag till antologier eller artiklar i tidskrifter som de själva är utgivare för (jfr 8 kap. 1 och 5 §§ TF).

Att någon är ansvarig enligt 8 kap. TF torde inte utesluta ansvar för brott som begås vid anskaffning, såsom inbrott.⁴⁰ Som redan framgått (avsnitt 3.1) bör rättsvetenskaplig forskning avseende offentligt material enligt min mening inte anses utgöra ett sådant brott. Frågan uppkommer emellertid i vad mån forskare även i övrigt är skyddade mot straff. Eftersom de ur TF:s synvinkel inte har lämnat meddelanden utan har det publicistiska ansvaret, omfattas de i princip inte av meddelarskydd, vilket ju tycks ha varit mest i fokus vid diskussionerna inför EPL (jfr avsnitt 3.2). Av detta är två alternativa slutsatser tänkbara.

Den ena bygger på TF:s egenskap av exklusiv strafflag och att brott mot EPL inte nämns bland tryckfrihetsbrotten i 7 kap. 4 och 5 §§ TF. Vidare framhålls i 1 kap. 2 § TF att det inte är tillåtet för något allmänt organ att på grund av en skrifs innehåll hindra dess tryckning, utgivning eller spridning.

³⁸ Jfr den utförliga genomgång som görs av Persson (ovan not 24). På s. 446 ff. summeras ett tjugotal olika tolkningar av TF:s exklusivitet.

³⁹ Jfr Rynning (ovan not 1) s. 580 ff. angående syftet bakom offentlighetsprincipen.

⁴⁰ Se prop. 1975/76:204 s. 131.

Med detta som grund kan hävdas att forskarna inte kan straffas om de underlåter att ansöka om etikprövning innan de använder offentligt material.

Den andra slutsatsen utgår från att det bör göras en tydlig åtskillnad mellan forskningsarbetet och publiceringen av forskningsresultaten. Reglerna i EPL kan då anses vara generella regler som inte har samband med yttrande- eller informationsfrihet. Förarbetena till EPL tycks utgå från en sådan åtskillnad.

Förvisso finns ett stort antal generella regler som även måste följas i anknytning till publicistisk verksamhet. Sålunda ska rimligen exempelvis även tidningar följa regler om anställningsförhållanden, avfallshantering, bygglov, skatt, m.m. Om krav på etikprövning ses som en sådan generell regel, bör TF i princip inte utgöra något hinder.

Enligt min mening är det emellertid även i detta sammanhang svårt att tydligt skilja mellan rättsvetenskaplig forskning och publicering. De argument som framförts ovan i samband med anskaffarskyddet och meddelarskyddet gör sig gällande även här. Rimligen bör forskningsarbetet också behandlas på samma sätt oberoende av om avsikten är att resultaten ska publiceras i en bok eller en artikel.

3.4 Jämförelse med personuppgiftslagen

Både EPL och PUL innehåller bland annat reglering om behandling av personuppgifter. Denna likhet gör att det förefaller rimligt att båda lagarna förhåller sig på samma sätt till regleringen i TF. PUL:s förhållande till TF har emellertid diskuterats betydligt mer ingående än EPL:s.

I 7 § PUL finns uttryckligt angivet att lagen inte tillämpas ”i den utsträckning det skulle strida mot bestämmelserna om tryck- och yttrandefrihet i tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen”. Enligt propositionen inför PUL ska detta endast ses som en påminnelse om vad som annars ändå hade följt av att en lag inte kan inskränka en grundlag.⁴¹ I propositionen framhålls att stor försiktighet ska ”iaktas vid alla ingripanden som riktar sig mot företeelser som typiskt sett åtnjuter skydd av grundlagarna”.⁴²

Sålunda har behandling av personuppgifter i syfte att framställa ett grundlagsskyddat yttrande ansetts undantaget från PUL. Som exempel på åtgärder som inte omfattas av PUL har nämnts personuppgifter i bakgrundsmaterial

⁴¹ Se prop. 1997/98:44 s. 51. Det bakomliggande EU-rättsliga skyddet för personuppgifter kan givetvis tillföra en ytterligare dimension. Offentlighetsprincipen anses emellertid tillhöra statskicketets grunder. Se bet. 1993/94:KU21 s. 27 f. Det medför att eventuella konflikter skulle bli mycket komplicerade (jfr 10 kap. 6 § regeringsformen).

⁴² Se prop. 1997/98:44 s. 50 f.

och register över personer som lämnar upplysningar för publicering.⁴³ I ett par fall har kammarrätter kommit fram till att journaliststudenters arbete med att skriva examensarbeten i form av text som skulle publiceras var undantaget från PUL:s tillämpningsområde. Det faktum att studenternas arbete också skulle redovisas inom ramen för en utbildning ansågs inte hindra grundlagsskydd.⁴⁴

I propositionen inför EPL noterades angående PUL att "[d]en behandling av personuppgifter som sker inom vetenskaplig verksamhet syftar ofta ytterst till publicering av resultaten av verksamheten."⁴⁵ Det ansågs samtidigt oklart i vad mån behandling av personuppgifter som ett led i sådan verksamhet är skyddad av tryckfrihetsförordningen. Vidare konstateras att PUL inte avser vare sig den grundlagsskyddade rätten att sprida yttranden, eller anskaffarfrihet eller meddelarfrihet. Det diskuteras emellertid inte varför bestämmelserna i EPL skulle kunna vara mindre problematiska ur grundlagssynvinkel.

Jämfört med vad som gäller för EPL tycks det alltså avseende PUL inte ha gjorts gällande en lika strikt uppdelning mellan insamling, bearbetning och publicering av uppgifter. Det kan i och för sig hänga samman med att såväl lagen som det bakomliggande direktivet givit journalistisk verksamhet en särställning (7 § PUL)⁴⁶. Därigenom har fokus kommit att ligga på bedömningen av huruvida något utgjort sådan verksamhet eller ej. HD har emellertid i NJA 2001 s. 409 anförts att användningen av uttrycket journalistik inte kan antas vara avsett att privilegiera yrkesverksamma journalister, utan snarare "att betona vikten av en fri informationsspridning i frågor av betydelse för allmänheten eller för grupper av människor och en fri debatt i samhällsfrågor".⁴⁷

Enligt min mening talar den bedömning som gjorts i samband med PUL mot att det skulle vara möjligt att avgränsa TF:s tillämpningsområde genom så strikta uppdelningar som förespråkats i samband med EPL, i vart fall inte vad gäller användning av offentligt material i syfte att få insyn i myndigheters verksamhet.

⁴³ Se Öman och Lindblom (ovan not 15), kommentaren till 7 § under rubriken Första stycket. Jfr även SOU 1997:39 s. 254 ff.

⁴⁴ Se Kammarrätten i Göteborg (dom 2003-02-14 i mål nr 6296-2002) och Kammarrätten i Stockholm (dom 2005-06-02 i mål nr 2546-05).

⁴⁵ Se prop. 2002/03:50 s. 58. Se även Ds 2001:62 s. 54 f.

⁴⁶ Se även artikel 9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

⁴⁷ Se vidare SOU 2010:4 s. 325 ff. och Se Öman och Lindblom (ovan not 15), kommentaren till 7 § under rubriken Andra stycket.

4. Myndighetsanställda

En betydande andel av landets forskare är anställda vid myndigheter, däribland de flesta svenska lärosätena. Därför ska de myndighetsanställdas situation kort beröras här, även om det inte är möjligt att göra någon fullständig utredning inom ramen för denna uppsats.

I avsnitten ovan har förts fram argument för att TF generellt sett begränsar tillämpningen av EPL. Två omständigheter kan måhända anses tala för att EPL bör ha större genomslag vad gäller myndighetsanställda.

För det första gäller meddelarfrihet inte för myndigheter som sådana eller för tjänstemän som agerar på myndigheters vägnar. På motsvarande sätt kan inte myndigheter i sig åberopa TF till skydd gentemot exempelvis skadeståndsanspråk för fel som begås genom tryckt skrift, såsom spridning av felaktig information.⁴⁸ Angående PUL är det vidare tveksamt om myndigheter kan åberopa grundlagsskydd gentemot enskildas krav på integritetsskydd. I vart fall har offentliga organ flera gånger inte ansetts skyddade.⁴⁹ Statliga universitet och högskolor är otvivelaktigt myndigheter. Om deras forskares arbete och publikationer ses som en del av myndigheternas agerande kan det därför uppfattas som diskutabelt om det forskarna gör inom ramen för sina anställningar omfattas av TF:s skydd.

För det andra bör staten kanske närmast som arbetsgivare ha möjlighet att ge instruktioner för vad anställda får göra. Ur en arbetsgivares synvinkel är det säkert inte onaturligt om den som betalar lönen också får bestämma vilket arbete som ska utföras som motprestation. I linje med detta kan kanske hävdas att riksdagen, om den så önskar, bör ha möjlighet att dra upp generella riktlinjer för hur forskningen vid statliga universitet och högskolor ska bedrivas. Den forskare som väljer att låta sig anställas där har i så fall att rätta sig efter de villkor som staten ställer upp.

Om publicering ses som en grundläggande arbetsuppgift för anställda forskare, är det kanske rimligt att arbetsgivaren bör kunna ge instruktioner för hur denna arbetsuppgift fullgörs, även om publiceringen omfattas av grundlagsskydd. Exempelvis är det nog svårt att tänka sig att en myndighet inte får instruera anställda informatörer hur de ska arbeta med att sprida information om myndigheten. EPL kan kanske i linje med detta ses som riksdagens generella direktiv för myndigheternas verksamhet. Detta kanske i så fall inte behöver ses som en begränsning av de anställdas möjligheter att i övrigt uttrycka åsikter.

⁴⁸ För diskussion angående det allmännas ansvar se Persson (ovan not 24) s. 279 ff.

⁴⁹ Se Öman och Lindblom (ovan not 15), kommentaren till 7 § under rubriken Första stycket, med vidare hänvisningar.

De ovannämnda argumentationslinjerna ligger delvis nära varandra och bygger båda på att myndighetsanställdas forskningsarbete och forskningspublikationer inte bör ses som självständiga grundlagsskyddade yttranden utan som en del av myndigheternas verksamhet. I så fall kan kanske ifrågasättas om TF begränsar tillämpningen av EPL.

Om EPL tillämpas i vidare utsträckning på statligt anställda forskare än på privatanställda, skulle det förvisso leda till att de förra skulle åläggas mer administration och fler begränsningar i sin forskningsverksamhet. Det skulle måhända kunna uppfattas som märkligt. Även i andra sammanhang ställer emellertid staten upp krav för hur myndigheter ska utföra sina uppgifter. Exempelvis kan offentlighetsprincipen, förvaltningslagen (1986:223) och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling innebära mer omfattande åligganden för myndigheter jämfört med privata organ.

Givetvis kan offentligtanställda forskare inte helt frigöra sig från rollen som myndighetsrepresentanter.⁵⁰ Betydelsen av universitetens autonomi har emellertid på olika sätt framhållits. Bland annat har anförts att det är en grundläggande uppgift för universitet och högskolor ”att vara en självständig och kritiskt reflekterande kraft i samhällsutvecklingen”.⁵¹ Även vikten av forskningens självständighet har betonats av statsmakterna, inte minst har den (efter införandet av EPL) givits ett uttryckligt skydd i 2 kap. 6 § regeringsformen.⁵² Ett ytterligare exempel på att forskare vid universitet och högskolor givits en särskild frihet är det så kallade lärarundantaget, som ger dem immaterialrättslig ensamrätt till resultaten av forskningen.⁵³ Dessutom bekostas mycket forskning av anslag från privata finansörer. Sammantaget finns alltså en relativt svag koppling mellan den enskilda forskarens arbete och statsmakternas styrning av sina myndigheter. Ett krav på etikprövning skulle innebära en begränsning av den enskilda forskarens frihet, inte enbart i relation till etikprövningsnämnden utan även i relation till forskningshuvudmannen, vars underskrift skulle vara nödvändig inför ansökningar om etikprövning.

I jämförelse med informatörers och de flesta andra myndighetsanställdas arbetsuppgifter, har forskning inte bara en friare, utan också en mer svårdefinierad karaktär. Det skulle leda till betydande praktiska problem att försöka precisera vilka yttranden som ska anses ligga inom respektive utom tjänsten, och därmed vilket bakomliggande forskningsarbete som omfattas av TF:s

⁵⁰ Se Rynning (ovan not 14) s. 303.

⁵¹ Se prop. 2009/10:149 s. 15.

⁵² Se vidare om forskningens frihet bland annat prop. 2012/13:30 s. 15 f., Rynning (ovan not 14) s. 302 f. och prop. 2009/10:80 s. 191 ff.

⁵³ För diskussion kring innehåll och skäl för lärarundantaget se till exempel SOU 2012:41, SOU 2005:95 och SOU 1996:70.

skydd.⁵⁴ En del av dessa problem tangerar svårigheterna att avgöra vad som ska omfattas av begreppet forskning och som därmed omfattas av krav på tillstånd enligt EPL. Som nämndes inledningsvis, har det här visat sig svårt att tydligt avgränsa detta begrepp från näraliggande verksamhet.⁵⁵ En ytterligare komplicerande faktor är att arbetet, eller en del av det, kan utföras av forskare som gått i pension eller får sin försörjning av stipendier i stället för att vara anställda.

Bland annat osäkerhet kring när något kan anses utföras inom respektive utom tjänsten och kring vilken verksamhet som kan anses utgöra forskning och därmed vara tillståndspliktig, leder till att det skulle vara otydligt för den enskilda forskaren vad som skulle omfattas av TF:s skydd. Det skulle kunna begränsa forskares benägenhet att kommentera exempelvis straffrättsliga domar som har samband med forskningen, trots att domarna är fritt tillgängliga för allmänheten.⁵⁶ Detta skulle innebära en mer långtgående begränsning av forskarnas yttrandefrihet än eventuella restriktioner för andra yrkesgrupper.

Generellt sett åtnjuter anställda vid myndigheter inte heller svagare, utan tvärt om starkare skydd för yttrandefrihet och meddelarfrihet, jämfört med privatanställda. Inte minst råder det ett förbud för myndigheter att ingripa på grund av publicerade yttranden eller meddelanden som lämnats för offentliggörande (3 kap. 4 § TF). Skyddet för offentliganställda kan inte heller avtalas bort i anställningsavtal.⁵⁷ Vikten av deras yttrandefrihet har betonats ofta och i många olika sammanhang.⁵⁸ Det skulle leda alltför långt att här göra någon ingående jämförelse mellan offentliga och privata arbetsgivares möjligheter att vidta åtgärder på grund av anställdas yttranden. Över lag har emellertid de offentliga arbetsgivarnas mindre möjligheter.⁵⁹

I propositionen inför EPL anfördes att "[d]et skulle förmodligen upplevas som sakligt omotiverat och orättvist och inbjuda till försök att kringgå lagför-

⁵⁴ Jfr angående gränsdragningen mellan myndigheters och enskilda anställdas yttranden Persson (ovan not 24), särskilt s. 292 ff. Jfr även angående besvärliga gränsdragningar avseende sekretessbestämmelser Rynning (ovan not 14).

⁵⁵ I Rynning (ovan not 1) s. 581, lyfts fram omständigheter som gör det särskilt svårt att skarpt avgränsa rättsvetenskaplig forskning.

⁵⁶ Jfr prop. 1975/76:204 s. 94 angående meddelarfrihet.

⁵⁷ Jfr angående privatanställda Persson (ovan not 24) s. 234 ff.

⁵⁸ Se till exempel AD 2011 nr 74, JO 2010/11 s. 605 och JK:s beslut den 7 augusti 2008 (dnr 7068-06-21).

⁵⁹ Se vidare till exempel SOU 2013:79 s. 41 ff., SOU 2014:31 s. 71 ff. samt Niklas Selberg och Erik Sjödin: Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, JT 2012/12 s. 846–877.

slaget, om olika bestämmelser gällde för olika huvudmän”.⁶⁰ Detta uttalades visserligen som stöd för krav på etikprovning inför forskning vid alla slags forskningshuvudmän. Om ett sådant generellt krav inte kan upprätthållas för privata huvudmän, talar det emellertid för att inte heller genomdriva det för offentliganställda.

Mot denna bakgrund hindrar rimligtvis TF krav på etikprovning inför forskningsprojekt i offentlig verksamhet i minst lika hög grad som i privat. Detta gäller i synnerhet rättsvetenskaplig forskning kring material som är fritt tillgängligt för allmänheten och som syftar till insyn i verksamheten i domstolar och andra offentliga organ.

Det kan för övrigt ifrågasättas om det skulle vara lämpligt och proportionerligt att upprätthålla ett separat straffstadgande med fängelse i straffskalan för brott som i praktiken endast offentliganställda skulle kunna göra sig skyldiga till. Om forskarens arbete ses som en del av myndighetens verksamhet, förefaller det rimligast att det primärt är myndigheten som blir föremål för sanktioner om arbetet utförs på felaktigt sätt.⁶¹ Vidare anses i allmänhet arbetsrättsliga sanktioner och den generella straffrättsliga regleringen kring tjänstefel vara tillräckliga för att få offentliganställda följa de regler som gäller för anställningarna.

5. Avslutande kommentarer

Sammanfattningsvis kan konstateras att förhållandet mellan EPL och TF väcker åtskilliga komplexa frågor. Det är emellertid mycket som talar för att krav på etikprovning inför rättsvetenskaplig forskning som baseras på offentliga handlingar strider mot såväl offentlighetsprincipen som skyddet för anskaffning, meddelande och publicering av uppgifter. För att kravet på etikprovning ska anses tillåtet enligt TF krävs att det ställs upp strikta gränser mellan å ena sidan forskarens användning av forskningsmaterialet och å andra sidan både föregående insamling av uppgifterna och efterföljande publicering av forskningsresultat. Sådana gränsdragningar är förmodligen teoretiskt tänkbara och det är förvisso viktigt att forskning utförs på ett etiskt försvarbart sätt. Jag anser emellertid att de skulle vara både principiellt tveksamma och praktiskt närmast omöjliga, i vart fall när det gäller traditionell rättsvetenskaplig användning av domar och annat offentligt material i syfte att ge inblick i domstolars och andra myndigheters verksamhet. Offentliganställda forskare bör i detta avseende ha minst lika starkt skydd som privatanställda.

⁶⁰ Se prop. 2002/03:50 s. 93.

⁶¹ Jfr Persson (ovan not 24) s. 295 ff. angående skadeståndsansvar.

En första reflektion är att det är olyckligt att tillämpningsområdet för TF är så oklart och lagtekniskt komplicerat. Det kan säkert också upplevas som märkligt att olika regler kan gälla beroende på om forsknings resultat är tänka att publiceras i grundlagsskyddade medier eller på annat sätt. Yttrandefriheten är onekligen avgörande för att upprätthålla både demokratiska och rättsstatliga ideal. Grundlagens funktioner som stöttepelare för rättssystemet och skydd för allas yttrandefrihet hade främjats bättre om tillämpningsområdet hade varit avgränsat på ett tydligare och mer lättillgängligt sätt. Måhända är emellertid detta inte möjligt att åstadkomma utan alltför långtgående förändringar av grundlagsregleringen.⁶²

Delvis liknande synpunkter kan framföras vad gäller EPL. Att lagen sätter fokus på etiska överväganden inom den rättsvetenskapliga forskningen är bra. Inte minst har utvecklingen mot elektroniskt tillgängliggörande av underrettsdomar och annat material delvis ändrat förutsättningarna för forskningen. Såväl forskningens metoder och frågor som etiska överväganden kan påverkas av detta. När skyddet för forskningens frihet infördes i regeringsformen, framhölls att friheten är förknippad med ett ansvar att upprätthålla av samhället godtagbara etiska principer.⁶³ Givetvis gäller detta också för den rättsvetenskapliga forskningen. Däremot är det olyckligt att utformning av EPL inbjuder till minst lika mycket diskussion kring delvis orimliga lagtolkningar som kring etiska sakfrågor.⁶⁴

Varken tolkningen eller utformningen av regelverket bör fokusera snävt på gränser som i praktiken är omöjliga att dra, exempelvis mellan att ta del av dokument och att använda dem, mellan forskningsarbete och publicering eller mellan forskning och deltagande i samhällsdebatt. I stället bör mer grundläggande överväganden eftersträvas avseende vilket slags material och vilken slags användning som innebär reella integritetsrisker för forskningspersonerna. Dessutom behövs en mer djupgående analys kring förhållandet till TF och OSL, så att de olika regelsystemen kan samverka för att tillsammans skapa ett lämpligt integritetsskydd. Detta kan mycket väl innebära begränsningar som rättsvetenskapen traditionellt inte har varit van vid, men i så fall bör det känsliga materialet och den potentiellt skadliga användningen beskrivas på ett tydligare och mer preciserat sätt. TF:s grundläggande fokus på efterhandskontroll i stället för förhandsprövning måste också respekteras.

Vid sidan om den delvis lagtekniska diskussion som förts i denna uppsats, kan återknytas till den inledningsvis nämnda generella intresseavvägningen.

⁶² Jfr exempelvis diskussionerna i Persson (ovan not 24), Bull (ovan not 24), särskilt s. 217 ff. och SOU 2012:55, särskilt s. 291 ff.

⁶³ Se prop. 2009/10:80 s. 192.

⁶⁴ En liknande slutsats dras i Torp (ovan not 1) s. 206.

Vikten av forskningsetik, skyddet för enskildas integritet och respekten för människovärdet vid forskning, ska vägas mot skyddet för yttrandefrihet och informationsfrihet samt skyddet för forskningens frihet. Personligen anser jag att det är rimligt att de sistnämnda intressena ges företräde vad gäller traditionellt rättsvetenskapliga studier av domar och annat offentligt material som syftar till att ge inblick i domstolars eller andra allmänna organs verksamhet. Det faktum att materialet är offentligt, medför att det är en relativt liten risk för att forskningen tillför betydande integritetskränkningar, samtidigt som det finns en tydlig potential för samhällsnyttiga resultat. Forskningen bedrivs dessutom ofta i små projekt och med nära anknytning till annan verksamhet. Vidare är det många gånger i praktiken omöjligt att på förhand förutse vilka rättsfall som behöver användas för arbetet. Detta innebär att krav på etikprövning innan arbetet påbörjas skulle utgöra jämförelsevis stora praktiska begränsningar av forskarnas frihet. I andra situationer kan det måhända vara mer naturligt med en annan avvägning, såsom vad gäller forskning som utifrån ett känsligt och väldefinierat material syftar till att ta fram patent.

Avslutningsvis kan noteras att det är tydligt att själva texten till denna uppsats omfattas av regleringen i TF. Min bedömning är att arbetet som ligger bakom uppsatsen har varit både etiskt och rättsligt försvarbart. Den bedömningen bygger inte enbart på det som framkommit ovan, utan även på tolkningar av EPL, PUL och regeringsformen. Men om EPL trots allt skulle ge upphov till frågor om lagligheten, kommer jag alltså bland annat att hävda att arbetet har skyddats av TF.

