NOU Norges offentlige utredninger 2019: 10

Åpenhet i grenseland

Bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen

Norges offentlige utredninger
2019

Seriens redaksjon:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Teknisk redaksjon

---

1. Overtakelsestilbud (frivillig og pliktig tilbud)
   Finansdepartementet
2. Fremtidige kompetansebehov II
   Kunnskapsdepartementet
3. Nye sjanser – bedre læring
   Kunnskapsdepartementet
4. Organisering av norsk naturskadeforsikring
   Justis- og beredskapsdepartementet
5. Ny forvaltningslov
   Justis- og beredskapsdepartementet
6. Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2019
   Arbeids- og sosialdepartementet
7. Arbeid og inntektssikring
   Arbeids- og sosialdepartementet
8. Særavgiftene på sjokolade- og sukkervarer og alkoholfrie drikkevarer
   Finansdepartementet
9. Fra kalveskinn til datasjø
   Kulturdepartementet
10. Åpenhet i grenseland
    Helse- og omsorgsdepartementet

NOU Norges offentlige utredninger 2019: 10

Åpenhet i grenseland

Bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen

Utredning fra et utvalg oppnevnt av Helse- og omsorgsdepartementet 6. oktober 2017. Avgitt 30. april 2019.

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
Teknisk redaksjon

Oslo 2019

ISSN 0333-2306
ISBN 978-82-583-1401-8

07 Media AS

Til Helse- og omsorgsdepartementet

Ved kongelig resolusjon av 6. oktober 2017 ble det oppnevnt et utvalg for å utrede problemstillinger knyttet til ytringsfrihet, pressefrihet og personvern i forbindelse med fotografering, filming, reportasjer mv. og deling av slikt materiale fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler.

Åpenhetsutvalget legger med dette fram sin innstilling. Utredningen er enstemmig hvor ikke annet fremgår.

Oslo, 30. april 2019

Bendikte Moltumyr Høgberg
Leder

Lisa Bang

Bjørnar Borvik

Elsa Veronica Berg Christiansen

Thomas Ergo

Kristine Foss

Pål Iden

Andreas Kikvik

Atle Larsen

Heidi-Kristin Lilleng Ringstad

Hilde Silkoset

Øystein Stokvold

Mari Aam

Sunniva Jacobsen Øyen

Innhold

Del I **Sammendrag**
Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid 9

1 **Sammendrag** 11

2 **Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid** 13
2.1 Utvalgets mandat 13
2.2 Utvalgets sammensetning 17
2.3 Utvalgets tolking og avgrensing av mandatet 17
2.4 Utvalgets arbeidsform og samlede vurderingsgrunnlag 18
2.4.1 Utvalgsmøter 18
2.4.2 Debattmøter, møter med tjenester og organisasjoner 18
2.4.3 Innspill fra barn og unge 20
2.4.4 Nettside for innspill og annen kontakt med eksterne 20
2.4.5 Eksterne utredninger 21
2.4.6 Noen eksempler på eksisterende retningslinjer og veiledning 21

Del II **Rettslige utgangspunkter og rammer** 23

3 **Innledning** 25

4 **Personvern og ytringsfrihet** 27
4.1 Innledning 27
4.2 Ytringsfrihet, herunder pressefriheten 28
4.2.1 Innledning – Overordnet om ytringsfrihet i konvensjoner og nasjonal rett 28
4.2.2 Hensyn som begrunner vern om ytringsfriheten 28
4.2.3 Ytringsfrihetens innhold 29
4.2.4 Særlig om pressefriheten og medienes samfunnsrolle 33
4.3 Personvern 38
4.3.1 Innledning – Overordnet om personvern i konvensjoner og nasjonal rett 38
4.3.2 Hensyn som begrunner personvernet 39
4.3.3 Personvernets innhold 40
4.4 Avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern 42
4.4.1 Det prinsipielle utgangspunktet for avveiningen 42
4.4.2 Nærmere om vilkårene for inngrep 43

5 **Personopplysningsvern** 48
5.1 Personopplysningsloven og personvernforordningen 48
5.1.1 Innledning 48
5.1.2 Prinsipper for personopplysningsvern 49
5.1.3 Definisjoner – behandling av personopplysninger 49
5.1.4 Saklig virkeområde 49
5.1.5 Behandlingsgrunnlagene 51
5.1.6 Unntak av hensyn til ytringsfriheten og informasjonsfriheten ... 52
5.2 Retten til eget bilde – åndsverkloven § 104 53
5.2.1 Innledning 53
5.2.2 Avbildningen har aktuell og allmenn interesse 53
5.2.3 Avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet 54
5.2.4 Bilder av folkemengder og hendelser av allmenn interesse 55
5.3 Forholdet mellom personopplysningsloven og åndsverkloven 55
5.4 Erstatning for krenkelse av personopplysningsvernet 56
5.4.1 Innledning 56
5.4.2 Skadeserstatningsloven 56
5.4.3 Erstatning for brudd på åndsverkloven 57
5.4.4 Erstatning etter personopplysningsloven 57

6 **Samtykke** 59
6.1 Innledning 59
6.1.1 Den alminnelige handlefrihet 59
6.1.2 Virkningene av samtykke 59
6.1.3 Vilkår for gyldig samtykke 59
6.1.4 Tilbakekall av samtykke 60
6.1.5 Samtykke på vegne av andre 61
6.2 Samtykke til behandling av personopplysninger 61
6.2.1 Innledning 61
6.2.2 Samtykke som behandlingsgrunnlag jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav a 61
6.2.3 Samtykkekompetanse på vegne av barn 62

6.2.4 Barns samtykke i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester, herunder sosiale medier 63
6.3 Foreldreansvar, medbestemmelse og selvbestemmelsesrett 63
6.3.1 Innledning 63
6.3.2 Foreldrenes bestemmelsesrett 64
6.3.3 Barns medbestemmelsesrett 64
6.3.4 Barnets selvbestemmelsesrett 64
6.3.5 Barnets nektelseskompetanse 66
6.3.6 Samtykke fra én eller begge foreldre 66
6.3.7 Fratatt foreldreansvar eller omsorgsovertakelse 68
6.4 Voksne med begrenset eller manglende samtykkekompetanse 71
6.4.1 Innledning 71
6.4.2 Om de aktuelle gruppene 71
6.4.3 Vurdering og tap av samtykkekompetanse 72
6.4.4 Personer under vergemål for voksne 74
6.4.5 Virkningen av at voksne ikke har samtykkekompetanse 75
6.5 Medienes ansvar for å innhente samtykke 75

7 Forsvarlig arbeidsmiljø 77
7.1 Innledning 77
7.2 Filming, fotografering og lydopptak på arbeidsplassen 77
7.3 Om terskelen for forsvarlighet 78
7.3.1 Innledende om arbeidsmiljøloven 78
7.3.2 «Fullt forsvarlig», jf. arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd 79
7.3.3 «Integritet og verdighet», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 første ledd 79
7.3.4 «Trakassering og annen utilbørlig opptreden», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd 80
7.3.5 «Uheldige belastninger fra andre», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 fjerde ledd 80
7.4 Arbeidsgivers virkemidler 81
7.5 Arbeidsgivers styringsrett 82
7.5.1 Teoretisk og historisk bakgrunn for styringsretten 82
7.5.2 Styringsretten som grunnlag til å nekte ansatte å ta bilder, film og lydopptak 82
7.5.3 Ansattes rett til å nekte publisering av eget bilde 83
7.6 Utvalgets vurdering og konklusjon 83

8 Forsvarlig drift av virksomheten 85
8.1 Innledning 85
8.2 Generelt om forsvarlig drift 85
8.3 Kravet til forsvarlig drift som lovhjemmel for inngrep 86
8.4 Utvalgets vurdering og konklusjon 88

9 Privat eierrådighet 90
9.1 Innledende om eierrådighetens betydning for utvalget 90
9.2 Forholdet mellom eierrådighet og Grunnloven 90
9.3 Praktisering av eierrådighet som rettsgrunnlag for inngrep 91
9.4 Utvalgets vurdering og konklusjon 92

10 Strafferettslige skranker 95
10.1 Innledning 95
10.2 Kriteriene for straffbarhet 95
10.2.1 Fire straffbarhetsvilkår 95
10.2.2 Straffrihetsgrunner og straffritaksgrunner 95
10.3 Aktuelle straffebestemmelser 97
10.3.1 Retten til eget bilde – åndsverkloven § 104 jf. § 79 97
10.3.2 Vern av den offentlige myndighet og tilliten til den 97
10.3.3 Brudd på taushetsplikt 99
10.3.4 Vern av personlig frihet og fred ... 100
10.3.5 Vinningslovbrudd – Straffeloven § 332 om heleri 107
10.4 Tiltak som personer uten politimyndighet kan gjøre 108
10.4.1 Innledning 108
10.4.2 Pågripelse 108
10.4.3 Beslag 108

11 Svensk rett 109
11.1 Innledende bemerkning 109
11.2 Beskyttelse av den personlige integritet 109
11.3 Beskyttelse av ytringsfriheten og pressefriheten 109
11.4 GDPR, kameraovervåkning og krenkende fotografering 110
11.5 Journalisters mulighet til å få besøke ulike institusjoner 111

Del III Dagens ordning og utfordringer i sektorene 113

12 Helse- og omsorgssektoren 115
12.1 Innledning 115
12.1.1 Om helse- og omsorgssektoren og helselovene 115

12.1.2 Om fremstillingen – noen utgangspunkter ... 116
12.2 Helse- og omsorgstjenestens adgang til å ta bilder film, og lydopptak ... 116
12.2.1 Innledning ... 116
12.2.2 Den helserettslige taushetsplikt ... 117
12.2.3 Behandling av personopplysninger i helse- og omsorgssektoren ... 121
12.3 Regulering av pasienters filming, fotografering og lydopptak ... 122
12.3.1 Innledning ... 122
12.3.2 Taushetsplikten ... 122
12.3.3 Kravet om faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp ... 125
12.3.4 Særlig om psykisk helsevern og rusinstitusjoner ... 128
12.4 Regulering av andres fotografering, filming og lydopptak ... 132
12.4.1 Innledning ... 132
12.4.2 Taushetsplikten ... 132
12.4.3 Forsvarlighetskravet ... 135
12.4.4 Nødretten ... 135
12.5 Særlige utfordringer knyttet til samtykke ... 135
12.6 Særlig om forsvarlig arbeidsmiljø 136
12.7 Prosessuelle spørsmål ... 136
12.8 Kunnskap om dagens praksis ... 137
12.8.1 Innledning ... 137
12.8.2 Helseregionene ... 137
12.8.3 Kommunene ... 138
12.9 Utvalgets vurderinger og anbefalinger ... 139
12.9.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig ... 139
12.9.2 Husordensregler ... 139
12.9.3 Helse- og omsorgstjenesten bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak ... 140
12.9.4 Utforming – praktisk tilrettelegging ... 142
12.9.5 Når mediene tar bilder, film og lydopptak ... 142

13 Barnevernet ... 144
13.1 Innledning ... 144
13.2 Barnevernets adgang til å ta bilder, film og lydopptak ... 144
13.2.1 Innledning ... 144
13.2.2 Behandling av personopplysninger i barnevernet ... 145
13.2.3 Taushetsplikten ... 145
13.3 Regulering av barns fotografering, filming og lydopptak ... 146
13.3.1 Innledning ... 146
13.3.2 Barn i fosterhjem ... 147
13.3.3 Barn i barneverninstitusjon og omsorgssentre ... 149
13.3.4 Sentre for foreldre og barn ... 153
13.3.5 Barn som ellers er i kontakt med det kommunale barnevernet ... 154
13.4 Barnevernets adgang til å regulere andres filming, fotografering og lydopptak ... 156
13.5 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø ... 158
13.6 Prosessuelle spørsmål ... 159
13.7 Utvalgets vurderinger og anbefalinger ... 160
13.7.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig ... 160
13.7.2 Barnevernet bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak ... 160
13.7.3 Der foreldrenes fotografering, filming og publisering er belastende for barnet ... 163
13.7.4 Samtykkekompetanse til behandling av personopplysninger for barn som bor i fosterhjem eller på barneverninstitusjon ... 164
13.7.5 Lydopptak av barnevernets møter med barn og foreldre ... 164
13.7.6 Hensynet til de ansattes arbeidsmiljø ... 164
13.7.7 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak ... 164

14 Skolen ... 166
14.1 Innledning ... 166
14.2 Skolens adgang til å ta bilder, film og lydopptak ... 166
14.2.1 Behandling av personopplysninger i skolen ... 166
14.2.2 Skolens adgang til å publisere bilder, film og lydopptak ... 167
14.2.3 Samtykke ... 167
14.2.4 Taushetsplikten ... 168
14.2.5 Retten til et trygt og godt skolemiljø ... 169
14.2.6 Bruk av robot i undervisningen ... 169
14.3 Regulering av elevers fotografering, filming og lydopptak ... 169
14.3.1 Innledning ... 169
14.3.2 Retten til et trygt og godt skolemiljø ... 170
14.3.3 Ordensreglement og regler om mobilbruk i skolen ... 171

14.4 Regulering av andres fotografering, filming og lydopptak på skolens område ... 174
14.5 Særlige problemstillinger knyttet til samtykke ... 175
14.6 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø ... 175
14.7 Prosessuelle spørsmål ... 175
14.8 Utvalgets vurderinger og anbefalinger ... 176
14.8.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig ... 176
14.8.2 Skolen bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak 176
14.8.3 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak ... 178

15 Barnehagen ... 180
15.1 Innledning ... 180
15.2 Barnehagens adgang til å ta bilder, film og lydopptak ... 180
15.2.1 Barnehageeier og kommunens ansvar ... 180
15.2.2 Barns medvirkning og hensynet til barnets beste ... 181
15.2.3 Barnehagen som pedagogisk virksomhet ... 181
15.2.4 Dokumentasjon av det pedagogiske arbeidet ... 181
15.2.5 Barnehagens arbeidsmåter ... 182
15.2.6 Behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger 182
15.2.7 Taushetsplikten ... 183
15.3 Barnehagens adgang til å regulere andres fotografering, filming og lydopptak ... 183
15.4 Særlige problemstillinger knyttet til samtykke ... 184
15.5 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø ... 184
15.6 Kunnskap om dagens praksis ... 184
15.7 Prosessuelle spørsmål ... 185
15.8 Utvalgets vurderinger og anbefalinger ... 185
15.8.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig ... 185
15.8.2 Barnehagen bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak ... 186
15.8.3 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak ... 187

16 Særmerknader fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss ... 189

17 Økonomiske og administrative konsekvenser ... 191

Del IV Forslag til veileder og samtykkeskriv ... 193

18 Utvalgets forslag til veileder om bilder, film og lydopptak ... 195
18.1 Innledning ... 195
18.2 Forslag til veileder ... 195
18.3 Flertallets kommentarer til mindretallets syn ... 205
18.4 Mindretallets syn på forslag til veileder ... 206

19 Samtykkeskriv ... 208
19.1 Samtykkeskriv for skolen ... 208
19.2 Samtykkeskriv for barnehagen ... 210

Vedlegg
1 Betenkning om når det vil være straffbart å ta og/eller publisere bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler ... 222

Del I
Sammendrag
Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

Kapittel 1
Sammendrag

Åpenhetsutvalget ble oppnevnt i statsråd 6. oktober 2017, og leverer med dette sin innstilling til Helse- og omsorgsdepartementet. Utvalget ble nedsatt i samarbeid mellom Helse- og omsorgsdepartementet, Barne- og likestillingsdepartementet og Kunnskapsdepartementet.

Utvalgets mandat har i korte trekk vært å *utrede rettstilstanden* for besøk, bilder, film, lydopptak eller lignende i barnehagen, skolen, barnevernet og helse- og omsorgstjenesten, samt *utarbeide en veileder* for slik aktivitet i disse sektorene. I Del I redegjøres det nærmere for utvalgets arbeid. Utvalget har hatt tolv medlemmer med ulik bakgrunn, og har vært i møter og dialog med en rekke fagmiljøer, instanser og interessegrupper.

Utvalgets arbeid har sin bakgrunn i den digitale hverdag, der vi til enhver tid har med oss mobiltelefon eller annet digitalt utstyr som gjør det mulig å fange opplevelser på bilder, film eller lydopptak. Å ta, dele eller publisere slike opptak kan både ha positive og negative sider. Når man tar og deler bilder med familie og venner, kan delekulturen bidra til å bringe mennesker sammen. Publisering av bilder, film og lydopptak kan også bidra til et åpent og mer opplyst samfunn. Men noen ønsker kanskje ikke den eksponeringen som følger med bilder, film og lydopptak. Det er ikke alle situasjoner vi ønsker å bli fotografert i, og vi liker kanskje heller ikke tanken på at noen oppbevarer bilder av oss som en dag kan bli publisert eller delt med andre.

I barnehagen, skolen, barnevernet og helse- og omsorgstjenesten vil det være ulike grupper av personer som avbildes eller filmes. Dette gjør at utvalgets arbeid med å utrede rettstilstanden og utarbeide en veileder omfatter svært mange ulike situasjoner hvor bilder, film og lydopptak er aktuelle. Innenfor hver av de fire sektorene vil det i hovedtrekk være fire grupper som står for opptakene: Ansatte eller virksomheten, brukeren selv, foresatte eller andre pårørende, samt øvrige personer, herunder journalister. Typisk vil være at bildene eller opptakene blir tatt av ansatte, brukere eller deres pårørende. I barnehagen, skolen og barnevernet vil brukerne i all hovedsak være barn, mens i helse- og omsorgtjenesten finner vi pasienter i alle aldre og med ulik grad av evne til å vurdere hvorvidt man ønsker å bli fotografert. Når det gjøres opptak, vil disse kunne fange opp de samme persongruppene, for eksempel vil brukere kunne ta bilder av ansatte og andre brukere, eller pårørende kan ta bilder av ansatte, eget barn og øvrige brukere i virksomheten. Dette gjør at de faktiske situasjonene hvor bilder, film og lydopptak tas, deles og publiseres er meget sammensatte, og ikke kan beskrives med andre fellesord enn at det nettopp tas, deles eller publiseres bilder, film eller lydopptak fra en av de fire sektorene.

Samtidig som de faktiske situasjonene for bilder, film og lydopptak varierer mye, er også det rettslige bildet svært sammensatt. Dette gjør at det ofte ikke kan gis entydige rettslige svar på hvordan ulike situasjoner skal løses, i hvert fall ikke før situasjonen allerede har oppstått. Det overordnede regelverket finnes i Grunnloven og i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, og dette regelverket danner de ytre rettslige rammene for å ta, dele og publisere bilder, film og lydopptak. Særlig viktig er ytringsfrihet, rett til privatliv, hensynet til barnets beste og legalitetsprinsippet, men også andre menneskerettigheter kan etter omstendighetene gjøre seg gjeldende. Dette overordnede regelverket gjelder for all offentlig virksomhet. Ved siden av dette regelverket finnes en rekke alminnelige lovreguleringer som også gjelder for de fleste offentlige virksomheter, som arbeidsmiljølovgivning, straffelovgivning, personopplysningsvern, regler om taushetsplikt, og krav til forsvarlig drift og et forsvarlig tjenestetilbud. Og til sist finnes en rekke særlige reguleringer innenfor hver enkelt sektor, gjennom egen lovgivning og praksis i barnehagen, skolen, barnevernet og helse- og omsorgstjenesten.

På denne bakgrunn redegjøres det i Del II for det overordnede regelverket som danner de rettslige utgangspunkter for besøk, bilder, film og lydopptak innenfor offentlig sektor. Her tas det

utgangspunkt i den overordnede avveiningen mellom ytringsfrihet og rett til privatliv som gjør seg gjeldende i de aller fleste situasjoner hvor det er tale om å ta, dele eller publisere bilder, film og lydopptak. Videre redegjøres det for de begrensninger eller restriksjoner som kan legges på det å ta, dele og publisere bilder, film og lydopptak i henhold til personopplysningsvernet, kravet til forsvarlig drift, kravet til forsvarlig arbeidsmiljø, og den private eiendomsrett. De strafferettslige skranker behandles også, samt betydningen av samtykke og vurderingen av når det foreligger et gyldig samtykke.

I Del III redegjøres særskilt for de regler som i tillegg gjør seg gjeldende for helse- og omsorgssektoren, barnevernssektoren, skolesektoren og barnehagesektoren. Utvalget presenterer her sine vurderinger og anbefalinger knyttet til hver enkelt sektor. Noen av problemstillingene utvalget har sett på, og noen av anbefalingene og vurderingene, vil være sammenfallende for de fire sektorene. Av den grunn vil det være noe gjentakelse i de konkrete anbefalingene under hver enkelt sektor.

I Del IV presenteres utvalgets forslag til veileder. Veilederen er delt inn i en generell del rettet mot offentlig sektor og en del som mer spesifikt knytter seg til barnehagen, skolen, barnevernet og helse- og omsorgstjenesten. Utvalget har også utarbeidet forslag til formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv for filming og fotografering i barnehagen og i skolen.

Utvalget foreslår ingen lovendringer. Utvalget foreslår i stedet at dagens rettstilstand og veilederen danner utgangspunkt for offentlige myndigheters håndtering av besøk, bilder, film, lydopptak eller lignende innenfor sine sektorer. Utvalget er enige om de fleste punktene i veilederen. På fire av veilederens punkter har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall på to eller tre medlemmer. I fremstillingen av gjeldende rett gjenfinnes dessuten i punktene 8.4, 12.3.2.1 og 12.4.3, og i kapittel 16, særmerknader fra enkelte utvalgsmedlemmer. For øvrig har utvalgets innstilling støtte fra alle utvalgets medlemmer.

Kapittel 2
Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

2.1 Utvalgets mandat

Utvalgets mandat har vært som følger:

«Mandat for utvalg som skal utrede problemstillinger knyttet til ytringsfrihet, pressefrihet og personvern i forbindelse med fotografering, filming, reportasjer mv. og deling av slikt materiale fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler.

Helse- og omsorgsdepartementet, Barne- og likestillingsdepartementet og Kunnskapsdepartementet nedsetter et utvalg som skal utrede praktiske spørsmål knyttet til filming, fotografering og reportasjer fra sykehus, sykehjem og andre deler av helse- og omsorgstjenesten, barnevernsinstitusjoner og omsorgssentre og andre deler av barneverntjenesten, barnehager og skoler, heretter omtalt som tjenesteytere. Spørsmålene skal vurderes i lys av hensynet til ytringsfrihet, ansvaret for å yte forsvarlige tjenester, personvern og taushetsplikt.

Utvalget skal komme med konkrete forslag til nye retningslinjer for håndtering av besøk, fotografering, filming, reportasjer mv. i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skoler og barnehager.

Utvalget skal komme med råd og veiledning innenfor gjeldende rett. Det faller altså utenfor utvalgets mandat å foreslå lovendringer. Utvalget skal ikke ta stilling til medienes/journalisters eller andre privates publisering av materiale.

1. Bakgrunn

Aktualitet

Film, foto, reportasjer osv. fra steder der det ytes offentlige velferdstjenester blir stadig mer aktuelt. Ny teknologi har gjort det enklere både å filme og fotografere, samt å offentliggjøre materialet. Samtidig har vi fått en kultur med større grad av åpenhet både fra tjenesteyterne og de som bruker tjenestene. Bilder, film, lyd og tekst som viser eller beskriver pasienter, brukere av barneverntjenesten, barnehagebarn og elever, heretter omtalt som brukere, offentliggjøres i økende omfang i papir- og nettaviser, på TV, i dokumentarfilmer, i sosiale medier osv.

Åpenhet er lovlig og ønskelig

Åpenhet om tjenesteyterne er både lovlig og ønsket. Ytringsfriheten er grunnleggende og gjelder både for brukere, personer med tilknytning til brukerne, tjenesteyterne, pressen og alle andre. Pressefriheten er en del av ytringsfriheten. Publisering av bilder, filmer, reportasjer og lignende er også i samsvar med prinsippet om åpenhet og innsyn i offentlig sektor. Det bidrar til kontroll med at tjenestene som ytes er forsvarlige, at brukernes sikkerhet ivaretas og at de får oppfylt sine rettigheter. Det bidrar også til at offentlige ressurser forvaltes på en god måte. Åpenhet bidrar dessuten til informasjon om og legitimitet for offentlige tjenester.

Personvern og privatlivets fred må ivaretas

Hensynet til åpenhet og ytringsfrihet må avveies mot hensynet til beskyttelse av personvernet og privatlivets fred. Det må tas hensyn til brukernes behov og situasjon. På den ene siden har også brukerne ytringsfrihet og rett til åpenhet. På den andre siden skal taushetsplikten overholdes, og brukerne har behov for trygghet i det som kan være sårbare situasjoner. Barn og unge brukere er særlig sårbare ettersom de kan ha vanskeligere for å forstå rekkevidden av det de eventuelt er med på, hvordan bilder og film vil nå ut og hvor lenge materialet vil være tilgjengelig når det er publisert.

Det må også tas hensyn til at ansatte skal kunne utføre sine arbeidsoppgaver på en tilfredsstillende måte og yte forsvarlige tjenester. Ansatte har dessuten rett til et arbeidsmiljø som ikke krenker deres personlige integritet eller rett til privatliv.

Grunnleggende prinsipper og relevante rettsregler

Det er ingen lover eller forskrifter som direkte regulerer spørsmålet om adgangen til å filme, fotografere, ta opp lyd mv. på områder hvor de aktuelle velferdstjenestene ytes, eller som regulerer adgangen til å dele slikt materiale. Generelle menneskerettslige prinsipper i internasjonale konvensjoner, Grunnloven og annen lovgivning gjelder i disse situasjonene. Prinsippene trekker til dels i ulike retninger, og må avveies mot hverandre i hvert enkelt tilfelle.

- *Ytringsfriheten, herunder pressefriheten*: Ytringsfriheten er bl.a. nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjon og i Grunnloven § 100. Ytringsfriheten betyr blant annet at det i utgangspunktet er adgang til å filme og fotografere og til å dele og offentliggjøre filmer, fotografier, reportasjer, intervjuer osv. Dette gjelder både for pressen, brukerne og andre. Dersom en tjenesteyter begrenser for eksempel pressens adgang til bygninger eller nekter filming, vil det kunne være en begrensning i ytringsfriheten. Det samme gjelder dersom man nekter andre, blant annet brukere, foreldre og pårørende, å dele fotografier og filmer tatt opp i tjenesteyters institusjoner. Begrensninger i ytringsfriheten må ha en tungtveiende begrunnelse og følge av lov eller regler av lovs rang.
- *Privatlivets fred (personvern, taushetsplikt og samtykke)*: Den europeiske menneskeretts-konvensjon, Grunnloven § 102 og personopplysningsloven fastsetter en plikt til å sikre privatlivets fred. Det betyr at konfidensialitet og andre personvernhensyn skal ivaretas. Taushetsplikten er lovfestet i forvaltningsloven, helsepersonelloven og i barnevernloven.
- *Forsvarlig helsehjelp og pasientsikkerhet*: Helsepersonelloven § 4 og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 fastsetter en plikt for helsepersonell og helseforetak til å yte forsvarlig helsehjelp til pasientene. Dersom filming og fotografering forstyrrer arbeidet eller er til skade for pasientene, kan dette begrunne en begrensning i adgangen. I verste fall kan filming og fotografering utgjøre en risiko for pasientsikkerheten. Psykisk helsevernloven § 4-5 og forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 7 gir adgang til å begrense pasientenes eller brukernes forbindelse med omverdenen.
- *Barnevernlovens krav til forsvarlighet*: Det følger av barnevernloven § 1-4 at tjenester og tiltak etter barnevernloven skal være forsvarlige. Med hjemmel i barnevernloven § 5-9 er det gitt forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barnevernsinstitusjon (rettighetsforskriften). Som det fremgår av rettighetsforskriften § 1, så skal beboere på institusjon gis forsvarlig omsorg og behandling. Videre skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører beboeren, jf. rettighetsforskriftens § 1 tredje ledd. I rettighetsforskriften § 11 står det at beboerne fritt skal kunne benytte elektroniske kommunikasjonsmidler under institusjonsoppholdet. Institusjonen kan likevel begrense og i enkelttilfeller nekte bruken i kraft av sitt ansvar for å gi forsvarlig omsorg for den enkelte og sitt ansvar for driften, herunder hensynet til trygghet og trivsel for alle på institusjonen.
- *Opplæringslovens krav om et trygt og godt skolemiljø*: I opplæringsloven kapittel 9A er elevenes rett til et godt skolemiljø som fremmer helse, læring og trivsel lovfestet. Filming, fotografering mv. kan påvirke elevenes skolemiljø.
- *Vern om barns personlige integritet*: Barn har etter Grunnloven § 104 rett til å bli hørt i spørsmål som gjelder dem selv, og deres mening skal tillegges vekt i overensstemmelse med deres alder og utvikling. Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling.
- *Forsvarlig arbeidsmiljø*: Arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgivere å sørge for at de ansatte har et forsvarlig arbeidsmiljø. Dette innebærer at forholdene må legges til rette for at de skal kunne gjøre jobben sin på en ordentlig måte. Videre innebærer det at deres personlige integritet skal ivaretas.

2. Hvilke spørsmål utvalget skal vurdere

Det overordnede spørsmålet for utvalget er hvordan ytringsfriheten kan ivaretas samtidig som personvernet og privatlivets fred beskyttes innenfor helse- og omsorgssektoren, barnevernsområdet, barnehageområdet og grunnopplæringen innenfor rammen av gjeldende rett. Det gjelder i forbindelse med filming, foto-

grafering, lydopptak, besøk på institusjonene mv. Utvalget skal ta utgangspunkt i at både ytringsfrihet og personvern er sentrale prinsipper i vårt demokratiske samfunn.

Taushetsplikt
Utvalget skal vurdere hvor langt taushetsplikten strekker seg, herunder hva man legger i aktiv taushetsplikt.

Hele helse- og omsorgstjenesten
Utvalget skal redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og personvern i helse- og omsorgstjenesten. Spørsmålet kan bli aktuelt ved sykehus, sykehjem, i den kommunale helse- og omsorgstjenesten, rusinstitusjoner, omsorgsboliger osv. og andre helseinstitusjoner. Mandatet er ikke begrenset til noen bestemte typer helseinstitusjoner. Det er heller ikke avgrenset mot andre deler av helse- og omsorgstjenesten som ikke regnes som helseinstitusjoner, for eksempel hjemmehjelpstjenester eller legevakter.

Barnehageområdet og grunnopplæringen
Utvalget skal redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og personvern på barnehageområdet og i grunnopplæringen. Mandatet er ikke avgrenset til bestemte typer institusjoner eller av barnehagebarnas eller elevenes alder.

Barnevernet
Utvalget skal redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og personvern når det gjelder barnevernsinstitusjoner, omsorgssentre og andre deler av barneverntjenesten. Mandatet er således ikke begrenset til bosteder som er å regne som institusjon. Det kan også være aktuelt å se på kommunale botiltak og senter for foreldre og barn.

Utvalget avgjør selv om det bør gjøres avgrensninger ut fra en vurdering av faktiske problemstillinger.

Filming, fotografering mv. av presse, brukere, pårørende, ansatte mv.
Både brukere selv, andre med tilknytning til brukeren og ansatte kan bli berørt av filming og fotografering hos en tjenesteyter.

Å dele ting på sosiale medier, er en del av ytringsfriheten. Spesielt for sykehus, barnevernsinstitusjoner mv. er at man må se dette i sammenheng med taushetsplikten overfor andre brukere/barn/elever. Utvalget skal komme med forslag til retningslinjer som sikrer at taushetsplikten ivaretas, innenfor rammene av ytringsfrihet, men ikke snevre inn adgangen. Retningslinjene skal også redegjøre for rammene for brukernes, personer med tilknytning til brukernes og ansattes filming, fotografering, lydopptak mv. innenfor gjeldende rett.

Utvalget skal ikke gjøre vurderinger av materiale som innhentes til bruk i reportasjer.

Utvalget skal redegjøre for adgangen til å fotografere og filme brukere, ansatte, eiendom og teknisk utstyr. Filmingen/ fotograferingen kan skje ved besøk av journalister eller andre på tjenesteyters områder eller for eksempel ved bruk av droner.

Utvalget skal i sine redegjørelse først og fremst ta utgangspunkt i materiale (bilder, filmer, reportasjer osv.) som avslører sensitive eller taushetsbelagte opplysninger om brukere som er identifiserbare. Dette gjelder både der brukeren identifiseres direkte for eksempel med navn eller bilde, og der det ut fra sammenhengen er mulig å identifisere vedkommende. Sensitive opplysninger kan f.eks. være en diagnose, at en person er innlagt på sykehus, at et barnehagebarn eller en elev utsettes for mobbing, har behov for spesialundervisning eller er i sårbare situasjoner eller at en person har en tilknytning til barnevernet. At et barns barnehage, skole eller bosted vises kan også være sensitivt avhengig av barnets livssituasjon. Taushetsbelagte opplysninger skal behandles konfidensielt. Dette gjelder opplysninger om både bruker, foreldre og andre med foreldreansvar og andre pårørende.

Filming osv. kan også gjelde ansatte som kan identifiseres. Dette kan reise problemstillinger ut fra kravet om et forsvarlig arbeidsmiljø med ivaretakelse av de ansattes personlige integritet. Utvalget skal derfor også se på problemstillinger knyttet til dette.

Utvalget skal ikke vurdere spørsmål knyttet til de ansattes ytringsfrihet og varsling om kritikkverdige forhold ved institusjonen. Utvalgets arbeid avgrenses mot arbeidet til ekspertutvalget for å gjennomgå dagens regler om varsling for å vurdere om det er behov for å foreslå lovendringer eller andre tiltak som kan styrke varslervernet i norsk arbeidsliv (Varslingsutvalget). Dette utvalget skal legge fram en NOU i 2018.

Utvalget skal heller ikke vurdere innsynsretten etter offentlighetsloven.

Utgangspunkt i ytringsfriheten og behovet for åpenhet
Utvalget skal ta utgangspunkt i at bilder, reportasjer osv. – ytringer i vid forstand – fra de aktuelle tjenesteyterne er lovlig og ønskelig. Utvalget skal vurdere nærmere hvordan de ulike hensynene som er nevnt i punkt 1 skal avveies når det gjelder filming, fotografering osv. hos de aktuelle tjenesteyterne. Utvalget skal drøfte de ulike hensynene og vurdere hvilken relevans de har, hvor langt de rekker og hvordan de skal veies mot hverandre.

Særlige problemstillinger knyttet til barn og unge
Det oppstår særegne problemstillinger når den som identifiseres på en film, et foto, i lyd eller tekst er et barn.

At mindreårige er involvert forutsetter en særskilt varsomhet. Mindreårige kan ha vanskeligere for å ta informerte valg om hvordan de vil eksponeres i film og foto og rekkevidden av at materiale om dem deles. Barnehagen og skolen er spesielle arenaer ettersom mye av dagliglivet til barnehagebarna og elevene foregår der. Selv om de ikke er i sitt eget hjem er de i barnehagen og skolen som privatpersoner og på «hjemmebane». Barnevernsinstitusjoner og omsorgssentre er også unike i så måte. Dette er viktig med tanke på hvilke situasjoner som kan bli fotografert, filmet og omtalt.

En egen problemstilling er at samtykke fra foreldre og andre med foreldreansvaret til filming, fotografering og publisering ikke alltid vil være til barnets beste. Det må utvises særlig aktsomhet for ikke å krenke barnets selvstendige rett til privatliv. Dette vil særlig gjelde dersom bilder og/eller film viser barn i sårbare situasjoner, men også ellers.

Regelverk i andre land
Utvalget bør gjøre rede for hvordan tilsvarende problemstillinger er håndtert i et utvalg andre land.

Konkrete spørsmål som skal drøftes
Det overordnede spørsmålet om forholdet mellom ytringsfrihet og personvern i helse- og omsorgssektoren, på barnevernsområdet, på barnehageområdet og i grunnopplæringen, reiser en rekke underspørsmål som skal identifiseres og vurderes av utvalget. Utvalget skal blant annet vurdere følgende:

- Kan og bør tjenesteytere regulere brukernes og andre med tilknytning til brukeren sin fotografering, filming osv. og i så fall i hvilke tilfeller?
- Forhold ved samtykkeordninger: Hvor langt rekker et samtykke? Når kan og bør foreldre gi samtykke på vegne av sine barn? Hvordan sikres det at brukers eller deres foreldres samtykke er både formelt og reelt frivillig? Kan mindreåriges selvstendige rett til privatliv og vern mot offentliggjøring avgrense foreldres samtykke?
- Praktisk tilrettelegging: Ikke alle offentlige institusjoner er åpne for allmennheten. Kan og bør tjenesteyteren kreve godkjenning i forkant av besøk av personer som skal filme, fotografere, lage reportasje, blogg e.l.? Kan og bør det skilles mellom ulike deler av institusjoner (bestemte bygninger, utearealer, deler åpnet for allmenheten el.)?
- Prosessuelle spørsmål knyttet til tjenesteyters beslutninger skal også drøftes, som for eksempel om det er tale om enkeltvedtak som kan påklages.
- Taushetsplikten: Hvor langt skal ansatte ved denne type institusjoner gå for å ivareta denne? Har man et ansvar utover å ikke selv spre opplysninger?
- Forsvarlig arbeidsmiljø: Hva ligger i dette? Hvor langt kan hensynet til forsvarlig arbeidsmiljø begrunne begrensninger i annen aktivitet på sykehus/skole mv, som besøk fra journalister mv.?
- Forsvarlig skolemiljø: På hvilken måte kan filming, fotografering og tekst, samt publisering av slikt materiale, påvirke elevenes skolemiljø? Utvalget skal vurdere både positive og negative konsekvenser, og på denne bakgrunn anbefale ev. felles retningslinjer.

Arbeidet skal munne ut i en eller flere anbefalinger
Utvalget skal komme med en anbefaling om hvordan tjenesteyterne kan og bør håndtere filming, fotografering, reportasjer, blogger osv. på/fra sine områder. Utvalget skal utarbeide forslag til en veileder som kan benyttes av institusjonene.

3. Utvalgets arbeid

Utvalget skal legge frem en NOU med vurdering av spørsmålene i punkt 2, innen 2. mai 2019.

Utvalget må legge til rette for å få innspill fra og ha dialog med berørte aktører. Utvalget bør tidlig, i samråd med departementene, vur-

dere om det er hensiktsmessig å nedsette en referansegruppe.

Utvalget skal også bidra til den offentlige debatten om ytringsfrihet, kravet om forsvarlige tjenester og taushetsplikt i helse- og omsorgssektoren, på barnevernsområdet, i barnehagesektoren og i grunnopplæringen. Dette kan gjennomføres ved åpne seminarer, invitasjon til innspill og debatt på egen nettside eller på andre måter som utvalget finner hensiktsmessig.

Dersom det oppstår tvil om mandatets innhold og omfang, eller dersom utviklingen i arbeidet skulle tilsi det, kan utvalget ta opp med Helse- og omsorgsdepartementet en presisering og justering av mandatet.»

2.2 Utvalgets sammensetning

Utvalget har hatt følgende sammensetning:

- Benedikte Moltumyr Høgberg, utvalgsleder, professor ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo (UiO)
- Lisa Bang, kommunikasjonssjef i Bærum kommune
- Bjørnar Borvik, førsteamanuensis (nå professor) ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen (UiB)
- Elsa Veronica Berg Christiansen, adjunkt i Sør-Varanger kommune og erfaringskonsulent i Landsforeningen for barnevernsbarn
- Thomas Ergo, journalist i Stavanger Aftenblad
- Kristine Foss, jurist i Norsk Presseforbund
- Pål Iden, assisterende fagdirektør i Helse Vest RHF (nå direktør for Statens undersøkelseskommisjon for helse- og omsorgstjenesten)
- Andreas Kikvik, rådgiver i Fellesorganisasjonen (FO)
- Atle Larsen, pasientombud i Landsforeningen for hjerte- og lungesyke, juridisk rådgiver ved Funksjonshemmedes Fellesorganisasjons rettighetssenter
- Heidi-Kristin Lilleng Ringstad, barnevernskonsulent i Spydeberg kommune, tidligere FAU-leder i Finlandsskogen barnehage
- Hilde Silkoset, barnesykepleier MPN, Oslo universitetssykehus HF
- Øystein Stokvold, avdelingsdirektør i Barne-, ungdoms- og familieetaten region øst

Utvalget har hatt et sekretariat bestående av seniorrådgiver Mari Aam og førstekonsulent Sunniva Jacobsen Øyen.

2.3 Utvalgets tolking og avgrensing av mandatet

Utvalget skal gjøre en juridisk vurdering, og redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og personvern i fire sektorer: Helse- og omsorgstjenesten, barnehageområdet, grunnopplæringen og barneverninstitusjoner, omsorgssentre og andre deler av barneverntjenesten. Utvalget har fått et vidt mandat når det gjelder hvilke tjenester og institusjoner utvalget skal se nærmere på. Innenfor disse sektorene skal utvalget vurdere om tjenesteytere kan og bør regulere fotografering, filming, lydopptak og besøk. Den som tar bilder, film og lydopptak kan være journalister, pasienter/brukere, pårørende eller andre bekjente, ansatte, representanter for institusjoner eller andre. Utvalget skal også se nærmere på hvordan ulike tilfeller bør eller kan håndteres. Det følger av mandatet at utvalget selv avgjør om det bør gjøres avgrensninger ut fra en vurdering av faktiske problemstillinger.

I tillegg til å redegjøre for de rettslige rammene, er en av utvalgets viktigste oppgaver å komme med konkrete forslag til «nye retningslinjer for håndtering av besøk, fotografering, filming, reportasjer mv. i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skoler og barnehager». Utvalget vil også vurdere om det i noen tilfeller kan være hensiktsmessig at tjenesteyterne gir veiledning, for eksempel i form av informasjon om regelverk, nettvett og lignende.

Utvalget avgrenser i utgangspunktet mot bilder, film og lydopptak som tas, deles og arkiveres av ansatte i sektorene som en del av det faglige arbeidet – for eksempel i forbindelse med utredning, saksbehandling eller terapeutisk behandling. Dette kan særlig forekomme i barnevernsektoren og i helse- og omsorgssektoren, men det kan også tenkes i barnehagesektoren og i skolen. Det er likevel ikke alltid et klart skille mellom bilder og film som tas etter en faglig begrunnelse, og andre situasjoner. Det ser man spesielt i barnehagesektoren.

Utvalget skal ifølge mandatet ikke vurdere innsynsretten etter offentlighetsloven. Utvalget vil heller ikke vurdere innsyn i pasientjournal, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 5, rett til innsyn etter personopplysningsloven eller partsinnsyn etter forvaltningsloven.

Utvalget tolker mandatet slik at utvalget skal se på innsamling av bilder, film og lydopptak, samt håndtering av besøk på sykehus, sykehjem og andre deler av helse- og omsorgstjenesten, barne-

verninstitusjoner, omsorgssentre og andre deler av barneverntjenesten, barnehager og skoler.

Det fremgår av mandatet at utvalget ikke skal «ta stilling til medienes/journalisters eller andres publisering av materiale». Videre fremgår det at utvalget «ikke skal gjøre vurderinger av materiale som innhentes til bruk i reportasjer». Utvalget forstår dette slik at utvalget ikke skal vurdere journalisters bruk og publisering av materiale som allerede er innhentet. Utvalget skal kun se på spørsmål knyttet til journalisters egen innhenting av materiale. Journalisters adgang til å publisere materiale som allerede er innhentet, reguleres av gjeldende lovgivning. Videre gir Vær Varsom-plakaten journalister veiledning for presseetiske vurderinger. Selv om reportasjer nevnes i mandatet, avgrenser utvalget mot medienes reportasjer, idet dette reiser spørsmål om journalisters publisering av innhentet materiale. Retningslinjer for håndtering av besøk og for adgangen til å filme og ta bilder eller lydopptak fra ulike tjenester, kan imidlertid indirekte ha betydning for muligheten til å lage reportasjer, samt til direktesendte film- eller lydinnslag.

Utvalget avgrenser i utgangspunktet mot det som skjer i private hjem.

Utvalget stiller seg spørrende til hensiktsmessigheten av mandatets avgrensning mot «andres publisering av materiale», når utvalget samtidig skal se på «deling» av dette materialet. Flere aktører utvalget har mottatt innspill fra har påpekt at en slik avgrensning er paradoksal, all den tid det er *bruken* av bilder, film og lydopptak som aktualiserer mange av de problemstillingene som er bakgrunnen for utvalgets arbeid. Når det gjelder privates bruk og publisering av materiale, anser utvalget det derfor som innenfor sitt mandat å utforme utkast til retningslinjer som også i noen grad omhandler informasjon og veiledning til private om publisering og videreformidling av materiale, for eksempel om nettvett og adgangen til å publisere bilder og film av andre i sosiale medier, herunder veiledning til foresatte om publisering av personopplysninger om egne barn. Utvalget vurderer at retningslinjene ellers ville ha begrenset praktisk verdi.

Det følger av mandatet at utvalget skal vurdere hvor langt taushetsplikten strekker seg, herunder hva man legger i aktiv taushetsplikt. Utvalget tolker det slik at dette gjelder for alle de fire sektorene utvalget skal se på. Utvalget tolker det videre slik at utvalget kun skal se på de sider og problemstillinger ved taushetsplikten som er relevante når det gjelder filming, fotografering, lydopptak og besøk i de aktuelle sektorene.

Utvalget skal ifølge mandatet vurdere «forhold ved samtykkeordninger». Mandatet nevner fire problemstillinger tilknyttet samtykke: «Hvor langt rekker et samtykke? Når kan og bør foreldre gi samtykke på vegne av sine barn? Hvordan sikres det at brukers eller deres foreldres samtykke er både formelt og reelt frivillig? Kan mindreåriges selvstendige rett til privatliv og vern mot offentliggjøring avgrense foreldres samtykke?» Utvalget tolker mandatet slik at utvalget også kan se på andre problemstillinger knyttet til samtykke.

Forsvarlig arbeidsmiljø og forsvarlig skolemiljø nevnes eksplisitt i mandatet som problemstillinger utvalget skal se på. Utvalget skal vurdere på hvilken måte filming, fotografering og tekst, samt publisering av slikt materiale, kan påvirke elevenes skolemiljø. Et krav til forsvarlighet gjelder alle sektorene utvalget skal se på. Utvalget vil slik se på hva som er et forsvarlig miljø eller utøvelse av forsvarlige tjenester også i barnehagen, i barnevernet og i helse- og omsorgssektoren.

Utvalget tolker mandatet slik at utvalgets arbeid skal omfatte både private og offentlige skoler og barnehager. Det omfatter videre barneverninstitusjoner, omsorgssentre og andre deler av barneverntjenesten, det vil si både statlige og kommunale deler av barnevernet.

2.4 Utvalgets arbeidsform og samlede vurderingsgrunnlag

2.4.1 Utvalgsmøter

Utvalget hadde sitt første utvalgsmøte 8. november 2017. Det siste utvalgsmøtet ble avholdt 25. til 27. februar 2019. Til sammen hadde utvalget ti møter. Syv av disse var dagsmøter, to gikk over to dager, og ett møte gikk over tre dager. Utvalgsmøtene har vært avholdt i Oslo, Frogn og Os.

2.4.2 Debattmøter, møter med tjenester og organisasjoner

Utvalget har arrangert to debattmøter. Debattmøtene ble avholdt i Oslo og Tromsø.

Tema for debattmøtet i Oslo var hvordan en bør balansere hensynet til ytringsfrihet, pressefrihet og personvern i helse- og omsorgssektoren, barnevernet, barnehagen og skolen, og om det er behov for retningslinjer for disse sektorene. Utvalgsleder Benedikte Moltumyr Høgberg innledet debatten og Anine Kierulf, fagdirektør ved Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, var ordstyrer. I panelet satt kontorsjef i Sivilombudsmannens forebyggingsenhet, Helga

Fastrup Ervik, jurist og spesialrådgiver i Redd Barna, Sara Eline Grønvold, journalist og forfatter, Ingeborg Senneset, direktør i Datatilsynet, Bjørn Erik Thon, og advokat Jon Wessel-Aas.

Tema for debattmøtet i Tromsø var hvordan barnevernet bør balansere hensynene til ytringsfrihet, pressefrihet og personvern når temaet er fotografering, filming og lydopptak. Utvalgets leder Benedikte Moltumyr Høgberg innledet debatten. I panelet satt barnevernsleder i Tromsø kommune, Aina Isaksen, seniorrådgiver i Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, Johan Strömgren, førsteamanuensis i rettsvitenskap ved Universitet i Tromsø, Marius Storvik, og distriktsredaktør i NRK Troms, Nina Einem.

Utvalget fant det også hensiktsmessig å invitere representanter for etater og enkeltpersoner til å innlede om bestemte temaer eller drøfte ulike problemstillinger på utvalgets møter. Innledere og temaer har i kronologisk rekkefølge vært:

- Reidun Førde, professor ved Senter for medisinsk etikk ved UiO, om etiske refleksjoner rundt eksponering av pasienter i mediene
- Elin Floberghagen og Ingrid Nergården Jortveit, Norsk Presseforbund, om presseetikk og Pressens faglige utvalg
- Anne Kjersti Befring, stipendiat ved Institutt for offentlig rett, om taushetsplikt i helsesektoren
- Anine Kierulf, fagdirektør ved Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter, om ytringsfrihet
- John Harald Bondevik, undervisningsinspektør Finstad barneskole i Ski kommune, om utfordringer og behov i skolesektoren
- Mona Nicolaysen, barnehagelærer, om utfordringer og behov i barnehagesektoren
- Ane Ellingsen, lærer ved Haugjordet ungdomsskole i Ski, om utfordringer og behov i skolesektoren
- Anne-Beth Brekke Tvedt, barnevernleder i Fredrikstad barneverntjeneste, om utfordringer og behov i barnevernsektoren
- Ylva Marrable, seniorrådgiver i Datatilsynet og Tobias Judin, juridisk rådgiver i Datatilsynet, om EUs personvernforordning
- Jon Christian F. Nordrum, utvalgsleder for Opplæringslovutvalget, om Opplæringslovutvalgets arbeid og mandat
- Helene Sandvig, journalist og programleder i NRK, om sitt arbeid med serien «Helene sjekker inn«
- Jan Fridthjof Bernt, professor emeritus ved Det juridiske fakultet ved UiB, om utforming av veileder
- Ragna Aarli, professor ved Det juridiske fakultet ved UiB, om utforming av veileder
- Opplæringslovutvalgets medlemmer, om utforming av veileder
- Vibeke Eggen Berg, juridisk rådgiver og advokat ved Oslo universitetssykehus (OUS), Anne-Cathrine Braarud avdelingsoverlege i ambulansetjenesten ved OUS og Hanne Eeg-Henriksen rådgiver og advokat ved OUS, om utfordringer knyttet til filming og fotografering fra helse- og omsorgstjenesten

Utvalgets leder og sekretariat har hatt et møte med Barneombudet, og sekretariatet hadde ytterligere et møte med Barneombudet. Barneombudet kom også med et skriftlig innspill til utvalget. Utvalgets leder og sekretariat har også hatt møter med Datatilsynet, Utdanningsdirektoratet og Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. Sekretariatet har hatt møte med Fylkesmannen i Oslo og Akershus.

Utvalgets leder holdt innlegg om Åpenhetsutvalget på det årlige helserettskurset til Juristenes Utdanningssenter 26. oktober 2018.

Utvalgsmedlem Hilde Silkoset har holdt følgende foredrag der Åpenhetsutvalgets arbeid ble omtalt og diskutert:

- Foredrag for ulike medisinske og kirurgiske avdelinger for barn ved OUS, 4. januar, 31. januar, 10. april, 14. juni og 15. august 2018
- Barnesykepleierforbundets vårseminar i Ålesund, 17. april 2018
- Lovisenberg Diakonale Høyskole – videreutdanning i Nyfødtsykepleie, 27. august 2018
- Etterutdanningsuka for spesialsykepleiere ved OUS, 22. oktober 2018
- Nasjonalt hjertekurs for barn – arrangert ved OUS, 25. oktober 2018
- Lucy Smiths barnerettighetsdag 22. november 2018
- Fagseminar for helsepersonell som jobber med barn ved Ahus, 27. november 2018
- OsloMet – Bachelorutdanning i sykepleie, 18. mars 2019

Utvalgsmedlem Thomas Ergo holdt foredrag på Lucy Smiths barnerettsdag 22. november 2018, der utvalgets arbeid ble berørt.

Utvalgets leder forteller om utvalgets arbeid i saken «Delt omsorg» i Morgenbladet 10. august 2018.[1] Hilde Silkoset er også intervjuet i saken. Utvalget ble også omtalt, og Hilde Silkoset intervjuet, i Aftenpostens sak «Stiller opp på TV for å gi

[1] Flatø & Indregard (2018).

økt kunnskap om den «usynlige sykdommen» 29. oktober 2018.[2]

2.4.3 Innspill fra barn og unge

For å høre barn og unge har utvalget invitert flere barne- og ungdomsorganisasjoner til å komme med innspill til utvalget. Innledere og tema har i kronologisk rekkefølge vært:

- Thomas Johansen, nestleder Landsforeningen for barnevernsbarn, om barns erfaringer når det gjelder det å ta og publisere bilder og film fra barnevernets område
- Medlemmer fra ungdomsrådet ved Sykehuset Innlandet, om erfaringer og utfordringer når det gjelder det å ta og publisere bilder og film fra helse- og omsorgssektorens område
- Ingeborg Eikeland Uthaug, leder for sentralt ungdomsråd i Oslo kommune, om erfaringer og utfordringer når det gjelder det å ta og publisere bilder og film fra skolesektorens område
- Agathe Brautaset Waage, leder for elevorganisasjonen, Edvard Botterli Udnæs, fylkesleder for elevorganisasjonen Oslo og Erik Holden, sentralstyremedlem i elevorganisasjonen, om erfaringer og utfordringer når det gjelder det å ta og publisere bilder og film fra skolesektorens område
- Synne Lerhol, generalsekretær i Unge funksjonshemmede, om erfaringer og utfordringer når det gjelder det å ta og publisere bilder og film av ungdom med funksjonshemming eller kronisk sykdom

Et tidlig utkast til veileder ble sendt ut til de samme barne- og ungdomsorganisasjonene for å gi dem adgang til å komme med innspill og kommentarer.

Forandringsfabrikken ble også invitert til å komme og holde et innlegg, men takket nei.

I tillegg har utvalget invitert et utvalg organisasjoner til å komme med skriftlige innspill til arbeidet, deriblant flere barne- og ungdomsorganisasjoner og organisasjoner som arbeider med og for barn og unge. Se punkt 2.4.4 for en uttømmende liste over organisasjonene utvalget har invitert til å komme med innspill.

Utvalget mener at barns rett til å bli hørt er ivaretatt på en tilfredsstillende måte gjennom utredningsarbeidet. Utvalget har mottatt innspill fra Barneombudet om at utvalget i enda større grad burde innhente innspill direkte fra barn og unge. En mer systematisk involvering av barn og unge i utvalgsarbeidet i form av innsamling av data om barns utfordringer og meninger om tematikken krever etter utvalgets mening ressurser, kompetanse og tid som utvalget ikke har hatt tilgjengelig. Utvalget har dermed på noen punkter lent seg på kunnskapsinnhenting gjort av andre aktører, slik som barn og medier-undersøkelsen, barneombudets rapporter, elevundersøkelsen etc. Utvalget oppfordrer departementet til i fremtiden å sette av ressurser til systematisk gjennomgang av barns utfordringer og meninger, hvis det er forventet at utvalg skal foreta en slik kunnskapsinnhenting.

2.4.4 Nettside for innspill og annen kontakt med eksterne

Utvalget har hatt en egen nettside med informasjon om utvalget der eksterne har fått mulighet til å komme med innspill til utvalgets arbeid.

I tillegg har utvalget tatt direkte kontakt med følgende organisasjoner for å invitere dem til å komme med innspill: Abelia, ADHD Norge, Advokatforeningen, Aleneforeldreforeningen, Barnevakten, Barnekreftforeningen, Den norske jordmorforening, Den norske legeforening, Den norske tannlegeforening, Elevorganisasjonen, Fagforbundet, Fellesorganisasjonen, Forandringsfabrikken, Foreldreutvalget for grunnopplæringen, Foreningen 2 foreldre, Foreningen for barnepalliasjon, Funksjonshemmedes fellesorganisasjon, Helseforum for kvinner, Hvite Ørn Norge, ICJ studentnettverk (gruppe for ytringsfrihet og personvern), Internasjonal helse- og sosialgruppe, Juristforbundet, Jussbuss, Kreftforeningen, Krisesentersekretariatet, KS, Landsforeningen for barnevernsbarn, Landsforeningen for hjerte- og lungesyke (LHL), Medietilsynet, Mental Helse Ungdom, Minotenk, MiRA ressurssenter for kvinner med minoritetsbakgrunn, Multikulturelt Initiativ- og Ressursnettverk (MIR), NorSIS, Norsk forbund for utviklingshemmede, Norsk fosterhjemsforening, Norsk fysioterapiforbund, Norsk psykologforening, Norsk sykepleierforbund, Organisasjonen for barnevernsforeldre, PRESS, Private barnehagers landsforbund, Redd Barna, Reform, Rådet for psykisk helse, Ungdom og Fritid, Landsforeningen for fritidsklubber og ungdomsklubber, UNICEF, Utdanningsforbundet og Voksne for Barn.

Utvalget mottok etter dette skriftlige innspill fra Den norske legeforening.

Etter kontakt med KS sendte utvalget en forespørsel til ti utvalgte kommuner og ba om innspill til utvalgets arbeid samt en redegjørelse for rele-

[2] Nordli (2018).

vant praksis i kommunene. Disse kommunene var Bergen, Bodø, Fredrikstad, Førde, Kristiansand, Oslo, Stavanger, Tromsø, Trondheim og Vadsø. Utvalget fikk innspill fra samtlige kommuner foruten Bodø, Fredrikstad og Stavanger.

2.4.5 Eksterne utredninger

På oppdrag fra utvalget har Synnøve Ugelvik, førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet ved UiO, skrevet en betenkning om når det vil være straffbart å ta og/eller publisere bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler. Ugelviks betenkning ligger som vedlegg 1 til denne utredningen. Det har også blitt skrevet to masteravhandlinger i rettsvitenskap i tilknytning til utvalgets arbeid.

2.4.6 Noen eksempler på eksisterende retningslinjer og veiledning

2.4.6.1 Innledning

Flere aktører har utarbeidet veiledere, nettressurser og veiledningsmateriell om det å ta og publisere bilder og film i ulike sammenhenger. Åpenhetsutvalgets utkast til veileder vil dermed komme i tillegg til informasjonsmateriell som allerede er utarbeidet av andre. I dette punktet omtales Datatilsynets veileder om bilder av barn på nett, nettressursen «Du bestemmer», noe annen informasjon rettet mot barn om bruk av bilder, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets råd for å håndtere sjikane, hets og trusler og idrettsforbundets retningslinjer om publisering av bilder og film. Oversikten er ikke ment å gi en uttømmende liste over hva som foreligger av veiledningsmateriell, men trekker fram noen eksempler på hvordan det har vært gjort i andre sammenhenger, uten at utvalget har foretatt en nærmere evaluering av disse.

2.4.6.2 Datatilsynets veileder om bilder av barn på nett

Datatilsynet har en nettside om bilder av barn.[3] På nettsiden finnes det blant annet en sjekkliste over hva som bør vurderes før en deler barnebilder. Datatilsynet har også utarbeidet et veiledningshefte om bilder av barn: «I beste mening. Om bilder av barn på nett».[4] Veilederen er generell og retter seg dermed mot skole og barnehage, men også mot foresatte og personer som jobber med barn i andre sektorer.

Veilederen ble lansert på Safer Internet Day 2017. Datatilsynet har vunnet en internasjonal pris for sitt prosjekt om bilder av barn på nett.[5]

Datatilsynet har også et nettside om samtykkeerklæringer knyttet til bilder av barn.[6] Der oppstilles en huskeliste til punkter som kan være med i et samtykkeskjema.

2.4.6.3 Nettressursen «Du bestemmer«

«Du bestemmer» er en nettressurs om personvern, nettvett og digital dømmekraft for barn og unge i alderen 9 til 18 år. «Du bestemmer» ble opprinnelig startet opp i 2007. Nettressursen startet som et samarbeidsprosjekt mellom Datatilsynet og Senter for IKT i utdanningen.[7] I nettressursen finnes filmer, fagtekster og diskusjonsoppgaver.

Bakgrunnen var at undersøkelser viste store mangler i de unges kunnskaper om rettigheter de har når det gjelder deres eget personvern. Målet er å øke barn og unges kunnskap om personvern og digital dømmekraft, og å heve deres bevissthet om valg de gjør ved bruk av digitale medier. De unge skal lære seg å ta kontroll over egne personopplysninger, og samtidig respektere andres opplysninger.

2.4.6.4 Informasjon om bruk av bilder rettet mot barn

Det er mange aktører som gir informasjon til barn om bruk av bilder på nett. Nedenfor nevnes noen av disse.

Ung.no har en nettside om bildespredning og en nettside om bruk av bilder på internett.[8] Medietilsynet har en egen nettside om barn og medier.[9] Medietilsynet Trygg bruk er nasjonal koordinator i arbeidet for at barn og unge skal ha en trygg digital hverdag. De samarbeider og utvikler ressurser med andre aktører både i Norge og internasjonalt. Ressursene som lages av Medietilsynet Trygg bruk baserer seg på funn fra barn og medier-undersøkelsene i tillegg til annen forskning. Ressursene finnes blant annet som vei-

3 Datatilsynet (2018c).
4 Datatilsynet (2017a).
5 Datatilsynet (2017b), s. 41.
6 Datatilsynet (2018d).
7 Senter for IKT i utdanningen fusjonerte med Utdanningsdirektoratet 1. januar 2018.
8 Ung.no (2018a) og Ung.no (2018b).
9 Medietilsynet (2018a).

ledninger og undervisningsopplegg som deles med nettverket, skoler og foresatte.[10]

Redd Barna arbeider også med barn og digitale medier. De har blant annet utarbeidet skolemateriellet «Tenk før du deler. Aktivitetshefte om ansvar, grenser og respekt på nettet».[11] Der omtales blant annet deling av bilder.

2.4.6.5 Barne-, ungdoms- og familiedirektoratets råd for å håndtere sjikane, hets og trusler

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har utarbeidet en veileder for fosterforeldre, ansatte og ledere i barneverntjenesten, om hvordan best å håndtere sjikane, hets og trusler. Denne veilederen omtaler også situasjonen der fosterforeldre og ansatte får sitt bilde publisert på internett uten samtykke.

2.4.6.6 Idrettsforbundets retningslinjer for publisering av bilder og film

Idrettsforbundet er et eksempel på en aktør som har laget retningslinjer for publisering av bilder og film.[12] Hensikten er å bevisstgjøre trenere, utøvere, ledere, frivillige og foresatte til barn i idrettslag. Idrettsforbundet har også utarbeidet en standardisert samtykkeerklæring for publisering av bilder og film.[13]

Idrettsforbundets retningslinjer lyder:

1. Før bildet eller film publiseres skal det være innhentet samtykke fra alle på bildet, og fra deres foresatte dersom barna er under 15 år.
2. Ved innhenting av samtykke til å publisere bilder og film bør samtykkeskjema brukes. Det er kun et aktivt samtykke som kan gi grunnlag for å publisere bilder og film.
3. Dersom et barn ikke ønsker at bilder eller film skal publiseres skal dette overstyre foreldrenes ønske om publisering.
4. Vær bevisst i hvilke situasjoner det tas bilder eller film. Ta aldri bilder av nakne personer og vær varsom med å ta bilder av lettkledde barn. Vis måtehold ved bruk av fullt navn på barn.
5. Det skal alltid samtykkes særskilt for hvert enkelt bilde eller film som skal benyttes til medier.
6. Et samtykke kreves også ved publisering av bilder og film i lukkede grupper på nett, som for eksempel Facebook, eller andre nettsteder som er passordbeskyttet.
7. Dersom et samtykke trekkes tilbake, må publiserte bilder og film slettes.

[10] Medietilsynet (2018b).
[11] Redd Barna (2014).
[12] Norges idrettsforbund (2017a).
[13] Norges Idrettsforbund (2017b).

Del II
Rettslige utgangspunkter og rammer

Kapittel 3
Innledning

I Del 2 vil Åpenhetsutvalget kartlegge de rettslige utgangspunkter og rettslige rammer for regulering og håndtering av besøk, fotografering, film- og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler.

De rettslige rammene består av et svært sammensatt og komplekst rettskildemateriale. Noe av regelverket er av overordnet rettslig karakter og befinner seg blant annet på grunnlovsnivå og i internasjonale konvensjoner. Andre deler av regelverket gjenfinnes på et generelt nivå, det vil si regelverk som gjelder for de aktuelle sektorene, men som også gjelder på mange andre av livets områder, uten å være av en slik overordnet rettslig karakter som grunnlov og konvensjoner. Dette er for eksempel regler i den alminnelige forvaltningslov, de ulovfestede regler om autonomi/samtykke, nødrett, eiendomsrett og arbeidsgivers styringsrett, samt generelle regler i arbeidsmiljølov, åndsverklov, personopplysningslov, barnelov, straffelov og skadeserstatningslov.

Videre finnes det sektorvis lovgivning, det vil si regelverk som kun gjelder innenfor enten helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager eller skoler. Et eksempel er helsepersonellovens regulering av taushetsplikt for helsepersonell. Med hjemmel i slik sektorvis lovgivning finnes også forskrifter gitt av ulike instanser. Eksempler på dette er at opplæringsloven hjemler ordensreglement i skolen, spesialisthelsetjenesteloven hjemler forskriftsfesting av husordensregler for rusinstitusjoner, og rettighetsforskriften gitt i medhold av barnevernloven hjemler tvangstiltak.

Til sist finnes plakater, låste dører, «mobilhotell», beslag, bortvisning eller lignende, der noen – enten gjennom normerende beslutninger eller bare gjennom faktiske handlinger – forsøker å begrense besøk, fotografering, film- og lydopptak i de ulike sektorene.

Grovt skissert innebærer dette at det finnes reguleringer på fem ulike nivåer, der alle nivåer potensielt spiller inn når det skal tas stilling til hva som utgjør gjeldende rett på området. Denne kompleksiteten gjør at det er vanskelig å trekke opp eksakte grenser for hvordan ulike situasjoner eller forhold skal eller må løses. Jussen på området kompliseres ytterligere av at virkeligheten og det mangfold av situasjoner som kan inntreffe, er nær uendelig mange. Likevel er det mulig å oppstille en del rettslige utgangspunkter og grovkategorisere typetilfeller.

Del 2 omhandler det overordnede og det generelle regelverket. Det overordnede rettslige utgangspunkt gjenfinnes i den norske Grunnloven og i de internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, samt noe EØS-regelverk. Dette er regelverk som går foran annen lovgivning dersom det skulle oppstå motstrid mellom det overordnede regelverket og annen lovgivning. Slik annen lovgivning kan være alt fra formelle lover gitt av Stortinget, forskrifter gitt av departementet, direktoratet, kommunen eller lignende, eller det kan være ordensreglement eller husordensregler av ulike slag. Det overordnede regelverket går også foran myndighetenes rundskriv eller lignende instrukser gitt av forvaltningsorganer til andre aktører innen forvaltningen.

De overordnede regler i Grunnloven som er av betydning for utvalgets arbeid, er særlig retten til ytringsfrihet (§ 100), retten til respekt for sitt privatliv (§ 102), hensynet til barnets beste og barns rett til medbestemmelse (§ 104), retten til ikke å bli utsatt for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling (§ 98), retten til fri bevegelighet (§ 106), og kravet til lovhjemmel ved myndighetenes inngrep overfor privatpersoner (§ 113).

Tilsvarende eller lignende bestemmelser finnes i menneskerettsloven av 1999, der fem internasjonale menneskerettighetskonvensjoner er inkorporert i norsk rett med forrang fremfor annen lovgivning. Særlig sentralt for utvalgets arbeid er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) til Europarådet, som i siste omgang håndheves av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) i Strasbourg. I EMDs praksis gjenfinnes en rekke saker fra hele Europa, også Norge, der avveiningen mellom retten til ytringsfrihet (EMK artikkel 10) og retten til respekt for

sitt privatliv (EMK artikkel 8) står sentralt. I tillegg vil retten til eiendom etter EMKs tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (P1-1) få betydning dersom det er tale om beslag eller lignende av mobiltelefoner eller annet utstyr.

Ved siden av EMK er også FNs barnekonvensjon inkorporert i menneskerettsloven med forrang fremfor annen lovgivning. I de situasjoner der regulering av besøk, fotografering, film- og lydopptak berører barn og unge under 18 år, vil barnekonvensjonen gjelde som et overordnet regelverk. Her gjenfinnes blant annet bestemmelser om barns særlige omsorgsbehov, hensynet til barnets beste, barns rett til medbestemmelse i henhold til alder og utvikling, barns rett til privat- og familieliv, barns rett til ytringsfrihet, og barns rett til tilrettelagt informasjon.

På denne bakgrunn trekker utvalget i kapittel 4 opp de rettslige utgangspunkter, og ser særlig på avveiningen mellom retten til ytringsfrihet og retten til privatliv. Avveiningen mellom disse rettighetene vil typisk komme på spissen i mange situasjoner – men ikke alle – der hvor besøk, fotografering, film- og lydopptak forsøkes regulert eller på annen måte begrenses. Fremstillingen tar i hovedsak utgangspunkt i EMK og EMDs rikholdige praksis, men også elementer fra Grunnloven og barnekonvensjonen vil bli trukket inn for å gjøre bildet så fullstendig som mulig.

Der ytringsfrihet og retten til privatliv potensielt kommer i konflikt, viser praksis fra både EMD og Høyesterett at avveiningen i hovedsak vil stå mellom disse to rettighetene, men ispedd innslag fra øvrige rettigheter dersom de skulle gjøre seg gjeldende. Fremstillingen i kapittel 4 viser blant annet at avveiningen må ta utgangspunkt i den konkrete situasjonen, hvilket innebærer at alle som jobber i de fire sektorene bør ha et bevisst forhold til at det skal skje en avveining av kryssende hensyn før man treffer beslutninger. Hvilke momenter som typisk er aktuelle å ta i betraktning ved avveiningen, vil bli fremhevet i kapittel 4.

I kapittel 5 løftes personopplysningsvernet særlig fram. Dette har sammenheng med at et bilde, film eller lydopptak av gjenkjennelige enkeltpersoner anses for å være en personopplysning etter personopplysningsloven. Dermed kommenteres personopplysningslovens betydning for utvalgets problemstillinger, herunder også EUs personvernforordning (GDPR), som i henhold til EØS-loven har forrang fremfor annen lovgivning på samme måte som EMK. Videre kommenteres særskilt retten til eget bilde etter åndsverkloven, herunder den rettslige forskjell på om bildet tas til privat bruk eller om bildet publiseres eller deles med andre.

For øvrig er legalitetsprinsippet, det vil si kravet til lovhjemmel, et gjennomgående tema for det rettslige rammeverket i Del 2. Et underliggende spørsmål er i hvilken grad det er behov for hjemmel i lov for inngrep overfor den enkelte og hva som kan utgjøre et tilstrekkelig rettsgrunnlag for slike inngrep. I kapittel 6 behandles ulike regler for samtykke, der poenget er at det autonome mennesket selv kan inngå avtaler med andre personer eller institusjoner, og dermed frita myndighetene for kravet til lovhjemmel. For personer i andres omsorg, enten de er mindreårige, demente eller hjemmehørende i institusjon, oppstår imidlertid vanskelige avklaringer relatert til om andre, og i så fall hvem, som kan samtykke på vegne av vedkommende.

I kapittel 7 og 8 behandles i første rekke spørsmålet om hvorvidt kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven og kravet til forsvarlig drift av de ulike sektorene kan utgjøre et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag for regulering av besøk, fotografering, film- og lydopptak. Også kravet til et forsvarlig tjenestetilbud vil bli berørt. Men tjenestetilbudet henger så nært sammen med de ulike sektorene at hva som utgjør et forsvarlig tjenestetilbud og hvilke begrensninger man ut fra forsvarlighetskravet kan sette på besøk, fotografering, film- og lydopptak, blir nærmere behandlet i Del 3.

I kapittel 9 behandles spørsmålet om den private eierrådigheten kan utgjøre et tilstrekkelig rettsgrunnlag for regulering av besøk, fotografering, film- og lydopptak. I utgangspunktet er det offentlige henvist til å hjemle reguleringer i forsvarlighetskravet, ikke i eierrådighet. Dette kan stille seg annerledes for noen private virksomheter i sektorene, for eksempel virksomheter som utøver helse- og omsorgstjenester finansiert av brukerne, uten tilskudd fra eller avtale med det offentlige helsevesenet.

I kapittel 10 gis en oversikt over det strafferettslige ansvar på dette feltet, og når man eventuelt kan fritas for straff gjennom nødrett. Også samtykke vil normalt kunne frita gjerningspersonen for straff, men reglene om samtykke behandles for seg i kapittel 6.

Del 2 avrundes i kapittel 11 med de rettslige utgangspunkter i svensk rett.

Kapittel 4
Personvern og ytringsfrihet

4.1 Innledning

Utformingen av en veileder som skal være til hjelp for håndtering av besøk, fotografering, film- og lydopptak, og som skal gi råd om deling og publisering av slikt materiale, må skje med utgangspunkt i en avveining mellom ytringsfriheten og vernet av privatlivet. Både personvern og ytringsfrihet er nærmere regulert i en rekke lovbestemmelser, men det overordnede vernet finner vi i Grunnloven[1] og i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Begge rettighetene anses dermed som grunnleggende menneskerettigheter.

Generelt sett er det en krevende oppgave å avveie menneskerettigheter som kolliderer med hverandre, og som ikke begge fullt ut kan realiseres i den enkelte sak. En for sterk vektlegging av ytringsfriheten, vil lett kunne medføre en krenkelse av vernet av privatlivet. Og motsatt: Dersom privatlivet tillegges for mye vekt, kan inngrepet i ytringsfriheten fremstå som uforholdsmessig, og følgelig være en krenkelse. I praksis fra EMD finnes en rekke eksempler på begge disse situasjoner, også i saker mot Norge. Disse utfordringene har også med tyngde gjort seg gjeldende for de spørsmål som dette utvalget er satt til å vurdere nærmere.

I de situasjoner hvor ytringsfrihet og personvern (eller retten til privatliv) kan påberopes som argument av noen av de involverte, er det en rettslig tradisjon for at avveiningen skjer mellom nettopp disse to rettighetene. Det gjelder selv om også andre rettigheter kan påberopes, for eksempel hensynet til barnets beste, diskrimineringsvern eller andre rettigheter omtalt i kapittel 3 foran. Øvrige rettigheter kommer i stedet moderende eller supplerende inn i tolkningen og den overordnede avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern.

Grunnen for at det er slik, er flere: En forklaring er at ytringsfrihet og personvern er universelle rettigheter. De gjelder for absolutt alle mennesker og på individnivå. Videre er rettighetene regnet som helt grunnleggende for både den personlige utvikling av mennesket som individ og for etableringen av en samfunnsorden basert på en demokratisk styreform. Verdt å nevne er også at Den europeiske menneskerettighetskonvensjon[2] (EMK) særlig har fremhevet ytringsfrihet, personvern og livssynsfrihet som sentrale rettigheter utenfor strafferetten, mens øvrige rettigheter enten følger aksessorisk med de øvrige rettigheter (diskrimineringsvern) eller av andre konvensjoner (for eksempel barnekonvensjonen[3]). Dette gjør at det foreligger en rettstradisjon i Europa gjennom flere tiår for at avveiningen primært skal skje mellom ytringsfrihet og personvern dersom disse to rettighetene er i spill, selv om også øvrige rettigheter kommer supplerende inn.

På bakgrunn av denne rettstradisjonen, og i tråd med mandatet, har også Åpenhetsutvalget tatt rettslig utgangspunkt i ytringsfrihet og personvern ved vurderingen av om det kan skje reguleringer ved besøk, fotografering, film- og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler. Siden alle disse sektorene har eller kan ha mindreårige brukere, vil særlig hensynet til barnets beste løpende trekkes fram som en supplerende faktor ved avveiningen av de øvrige rettighetene. Utvalget har ikke funnet grunn til å reise spørsmål ved om rettstradisjonen kan eller bør endres for fremtiden, det vil si hvorvidt man bør benytte seg av andre innfallsvinkler til problemstillingene, for eksempel sette hensynet til barnets beste i sentrum for avveiningene. Utvalget har vurdert det slik at dette vil gå utover det mandatet spør etter.

I det følgende gir utvalget derfor en fremstilling av hva som må anses som gjeldende rett for avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern,

[1] Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

[2] Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950 (EMK).

[3] FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989 (barnekonvensjonen).

både generelt og for de aktuelle spørsmålene som mandatet reiser.

4.2 Ytringsfrihet, herunder pressefriheten

4.2.1 Innledning – Overordnet om ytringsfrihet i konvensjoner og nasjonal rett

I sin kjerne er ytringsfrihet den rettigheten alle mennesker har til å ytre seg, det vil si gi uttrykk for det de mener. Ytringsfriheten anses som en menneskerettighet og har et sterkt vern både i nasjonalt regelverk og i internasjonale konvensjoner. Ved siden av retten til å ytre seg, innebærer ytringsfrihet også at den enkelte har informasjonsfrihet. Dette er friheten til å motta opplysninger, ideer eller budskap som andre er villige til å dele. Ytringsfriheten omfatter også frihet til å la være å ytre seg (den negative ytringsfriheten).

Allerede i FNs menneskerettighetserklæring[4] fra 1948 inngår ytringsfriheten blant de rettighetene som verdenssamfunnet anser som fundamentale. Verdenserklæringen er ikke rettslig bindende, men har vært en helt sentral inspirasjonskilde for senere internasjonale konvensjoner som verner om menneskerettighetene.

I norsk rett har ytringsfriheten vært vernet av Grunnloven § 100 siden 1814. Bestemmelsen ble vedtatt i sin nåværende form ved stortingsvedtak i 2004. Norge har også ratifisert flere internasjonale konvensjoner som har bestemmelser om ytringsfrihet. Bestemmelser om ytringsfrihet finnes blant annet i EMK artikkel 10, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 19,[5] og barnekonvensjon artikkel 13.

4.2.2 Hensyn som begrunner vern om ytringsfriheten

Ytringsfriheten innebærer at enhver har rett til å uttrykke sine meninger, til å motta, utveksle og dele informasjon og tanker. Den er også viktig for å fremme og realisere andre menneskerettigheter. Ytringsfriheten er en avgjørende forutsetning for informerte samfunnsmedlemmer, og for at beslutninger av betydning for samfunnsutviklingen kan treffes i åpne og legitime prosesser basert på bred deltakelse, kunnskap og innsikt. Ytringsfriheten er med andre ord en forutsetning for rettsstaten, demokratiet og en positiv samfunnsutvikling.

Ytringsfriheten er særlig begrunnet i tre hensyn som også nevnes eksplisitt i Grunnloven § 100 andre ledd: Sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse.

Ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken bygger på tanken om at en fri meningsutveksling er det fremste middelet for å finne sannhet. Ved å undersøke og dele våre tanker eller høre på andres tanker, kan vi lære mer og se tingene på andre måter, slik at vi får bedre begrunnede oppfatninger.[6] Hvorvidt dette kan betegnes som «sannhetssøken», kan være omdiskutert, men det gir i hvert fall et grunnlag for å søke etter kunnskap og forståelse.

Ytringsfrihetens begrunnelse i individets frie meningsdannelse vektlegger at vi utvikler oss som mennesker dersom vi har frihet til å dele våre tanker og høre andres ideer. Ytringsfrihet er derfor et grunnlag for vår personlige autonomi og frie meningsdannelse.

Og endelig er ytringsfriheten begrunnet i demokratihensynet. Åpenhet og kritikk er et sentralt trekk ved demokratiet som styreform. Uten fri tilgang til et mangfold av informasjon og synspunkter kan befolkningen ikke delta i beslutningsprosessene i samfunnet, og i den frie meningsutvekslingen om politikk og andre samfunnsspørsmål. Utstrakt ytringsfrihet er også viktig for å sikre politikere og andre beslutningstakere innsikt i de erfaringer som samfunnsmedlemmene gjør seg på ulike livsområder.

Ytringsfrihetskommisjonen utredet den nye ytringsfrihetsbestemmelsen i Grunnloven § 100. For kommisjonen var det viktig å utforme bestemmelsen slik at spørsmålet om grunnlovsmessigheten av inngrep i ytringsfriheten skulle avgjøres på grunnlag av en vurdering av hvilke konsekvenser inngrepet hadde for sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Kommisjonen hadde en oppfatning om at dette ville bidra til en mer prinsipiell tilnærming til spørsmålet om ytringsfrihetens grenser.[7]

Selv om grunnlovsvernet av ytringsfriheten ble modernisert i 2004, har Høyesterett i liten grad befattet seg med Grunnloven § 100 i saker som reiser spørsmål om ytringsfrihet og kolliderende rettigheter og interesser. Det er derfor usikkert om bestemmelsens særlige vektlegging av disse hensynene har nevneverdig innvirkning

[4] Verdenserklæringen for menneskerettigheter, Paris 10. desember 1948 (FNs menneskerettighetserklæring).

[5] Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966 (SP).

[6] NOU 1999: 27, s. 20.

[7] NOU 1999: 27, s. 243.

på vernet av ytringsfriheten. Det kan også stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten av en slik ensidig vektlegging av hensynene bak ytringsfriheten, siden bestemmelsen gir anvising på nokså brede interesseavveininger. Også de hensyn som begrunner kolliderende rettigheter og interesser må nødvendigvis inngå i vurderingen.

I tillegg kommer at Grunnlovens system på dette punktet avviker fra det som følger av ytringsfrihetsbestemmelsen i EMK artikkel 10. Inngrepshjemmelen i EMK artikkel 10 nr. 2 lister opp de interesser som kan begrunne at ytringsfriheten begrenses, og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vil for saker som klages inn, vurdere om nasjonale domstoler har avgjort sakene i samsvar med de konvensjonsrettslige forpliktelsene. Dette beskrives nærmere i punkt 4.4. Det er derfor nærliggende å anta at norske domstoler vil bygge sine avgjørelser på de vurderingsmønstre som er utformet av EMD, og ikke på den avvikende tilnærmingsmåten som følger av Grunnloven § 100.

4.2.3 Ytringsfrihetens innhold

4.2.3.1 Ytringsfrihet i Grunnloven

Ytringsfriheten er som nevnt vernet av Grunnloven § 100. Bestemmelsen lyder:

> Ytringsfrihet bør finne sted.
>
> Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Det rettslige ansvar bør være foreskrevet i lov.
>
> Frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand er tillatt for enhver. Det kan bare settes klart definerte grenser for denne rett der særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser.
>
> Forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes med mindre det er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Brevsensur kan ikke settes i verk utenfor anstalter.
>
> Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer. Det kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner.
>
> Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.

Første ledd slår fast prinsippet om ytringsfrihet. Begrepet «ytringsfrihet» omfatter klassisk ytringsfrihet, herunder demonstrasjonsfrihet, informasjonsfrihet, informasjonskrav, infrastrukturkrav og rett til taushet.[8] Første ledd er både en hovedregel og et utgangspunkt for de mer detaljerte bestemmelsene i de etterfølgende leddene. Samtidig står utsagnet som en politisk forpliktende erklæring om at Norge skal være et åpent samfunn, der den enkelte har frihet til å ytre seg og holde seg informert.[9] Det fremgår likevel klart av forarbeidene at første ledd ikke har et selvstendig rettslig innhold utover det som følger av de øvrige leddene i bestemmelsen.[10] Ytringer kan være både verbale og ikke-verbale, og det er klart at både bilder og film kan være ytringer.

For utvalgets arbeid er det i første rekke andre og tredje ledd som er av særlig betydning. Begge regulerer spørsmålet om ansvar etter at ytringene er fremsatt, og de gir anvisning på at det skal gjøres interesseavveininger mellom ytringsfriheten og kolliderende rettigheter og interesser.

Andre ledd, første og andre punktum oppstiller vilkårene for rettslige begrensninger i den klassiske ytringsfriheten, informasjonsfriheten og retten til taushet. Med klassisk ytringsfrihet menes den enkelte borgers frihet til selv å bestemme hva han eller hun ønsker å meddele, gi uttrykk for eller framføre av opplysninger, ideer og budskap. Herunder hører også friheten til å bestemme når, hvor og hvordan ytringen skal avgis.[11] Med informasjonsfrihet menes frihet til å motta opplysninger, ideer og budskap som kilden frivillig gir fra seg, eller i alle fall ikke er uvillig til å meddele. Herunder hører også friheten til å søke, oppbevare og bearbeide opplysninger, ideer og budskap.[12] Videre omfattes retten til taushet, det vil si retten til å bestemme om en ytring overhode skal avgis.

Det kan kun gjøres inngrep i, det vil si begrense, retten til å meddele og motta opplysninger, ideer og budskap der det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i

---

8 NOU 1999: 27, s. 240.
9 NOU 1999: 27, s. 240.
10 St.meld. nr. 26 (2003–2004), punkt 3.2.
11 NOU 1999: 27, s. 240.
12 NOU 1999: 27, s. 241.

sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Dette er en negativt forpliktelse og innebærer at et inngrep ikke må gjøres i de tre prosessene ytringsfriheten skal verne på en slik måte at inngrepet, holdt opp mot og sett ut fra disse prosessers egenverdi, ikke lar seg forsvare.[13] Det må foretas en avveining mellom inngrepets formål og den skade eller forstyrrelse som inngrepet kan påføre sannhetssøkingen, demokratiet og individets frie meningsdannelse. I andre ledd andre punktum står det at det rettslige ansvaret bør være foreskrevet i lov. Det følger av forarbeidene at dette er ment å være en henvisning til det alminnelige legalitetsprinsippet i norsk rett, fra 2014 grunnlovsfestet i § 113. Ytringsfrihetskommisjonen ønsket å grunnlovsfeste et skjerpet legalitetsprinsipp, men dette fikk ikke Stortingets tilslutning.

Etter tredje ledd, som beskytter frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand, kan inngrep bare gjøres der «særlig tungtveiende hensyn» gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser.

Forholdet mellom de to leddene er ikke fullt ut avklart. Tredje ledd kan synes å ha et noe snevrere anvendelsesområde, siden den gjelder ytringer om «statsstyret», altså en særskilt regulering av den politiske ytringsfriheten. Slike ytringer ligger i kjernen av ytringsfriheten, og har et særlig vern. Med «hvilken som helst annen gjenstand» menes «gjenstander» av politisk karakter.[14] Dette omfatter alle offentlig interessante tema av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art som det forventes at vi som mennesker og samfunnsborgere tar stilling til. Det dekker dermed hele spektret av emner som hører hjemme i den offentlige, demokratiske debatt – lokalt, regionalt, nasjonalt og internasjonalt.[15] Det er ikke begrenset til det politiske felt i snever forstand eller til ytringer som framsettes i det store offentlige rom – også frimodige ytringer i foreningsmøter og i diskusjoner på arbeidsplassen er beskyttet.[16]

Det kan pekes på forskjeller i ordlyden mellom andre og tredje ledd som tilsier at vernet av ytringsfriheten i tredje ledd er sterkere enn det vernet som følger av andre ledd: For det første kan ordlyden tyde på at det oppstilles et strengere lovskrav («klart definerte grenser») for inngrep i politisk ytringer enn i ytringer for øvrig («foreskrevet i lov»), og for det andre at det stilles særlige krav til de hensyn som kan begrunne inngrep i ytringsfriheten («særlig tungtveiende hensyn»).[17] Forarbeidene er imidlertid svært uklare om det nærmere rettslige innholdet i disse formuleringene. Utvalget legger til grunn at politiske ytringer vil ha et sterkere ytringsfrihetsvern enn øvrige ytringer. For bilder og film vil dette kunne ha den betydning at bilder og film som dokumenterer hendelser, situasjoner, rutiner eller lignende som kan være gjenstand for en samfunnsdebatt, har et sterkere ytringsfrihetsvern enn bilder og film som tas for fornøyelses skyld, i kommersielt øyemed eller for personlig dokumentasjon.

Grunnloven § 100 fjerde ledd oppstiller et forbud mot forhåndssensur, altså inngrep mot ytringer før de er fremsatt. Etter ordlyden kan forhåndssensur bare iverksettes for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra film, men Høyesterett kom i kjennelsen i Rt. 2007 s. 404 (Brennpunkt) likevel til at det også kan skje i andre situasjoner etter en interesseavveining. Utvalget antar at fjerde ledd har begrenset betydning for utvalgets arbeid, siden spørsmålet om innhenting av informasjon bare i begrenset utstrekning aktualiserer spørsmålet om forhåndssensur. Det må i så fall være situasjoner der innhenting og publisering skjer i samme handling, for eksempel ved at film avspilles direkte over internett.

Offentlighetsprinsippet er grunnlovsfestet i femte ledd. Det fremgår av utvalgets mandat at utvalget ikke skal vurdere innsynsretten etter offentlighetsloven.[18] Grunnloven § 100 femte ledd har derfor ikke særlig betydning for utvalgets arbeid.

Grunnloven § 100 sjette ledd nedfeller det såkalte infrastrukturkravet, altså at staten skal legge til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale. Dette innebærer et overordnet statlig ansvar for oppbyggingen av et offentlig rom.[19] Forarbeidene til bestemmelsen viser til at det ikke er nok med fravær av inngrep for å få et godt fungerende offentlig rom. Det er også nødvendig med aktive tiltak fra fellesskapets side.[20] Det fremgår av forarbeidene at sjette ledd ikke gir enkeltpersoner rettigheter som kan gjennomføres ved domstolene,[21] men først og fremst gir uttrykk for demokratiske og politiske forpliktelser.[22] Ytringsfrihets-

[13] NOU 1999: 27, s. 242.
[14] NOU 1999: 27, s. 245.
[15] NOU 1999: 27, s. 245.
[16] NOU 1999: 27, s. 245.
[17] Borvik (2011), s. 181.
[18] Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i offentleg verksemd (offentlighetsloven).
[19] NOU 1999: 27, s. 249.
[20] NOU 1999: 27, s. 249.
[21] St.meld. nr. 26 (2003–2004), punkt 7.6.2.

kommisjonen viste til at uten en utdypende lovgivning som konkretisere statens forpliktelser vil sjette ledd bare unntaksvis kunne brukes som selvstendig hjemmel for et krav om faktisk ytringsmulighet.[23] Formuleringen har paralleller til andre grunnlovsbestemmelser der det i første rekke er tale om nedfelling av prinsipper som det i dag er bred enighet om. Hensikten med å nedfelle infrastrukturkravet i Grunnloven var, ifølge Ytringsfrihetskommisjonen, ikke å pålegge staten nye oppgaver, men å synliggjøre og markere statens ansvar, og slik løfte fram vedlikehold og utvikling av det offentlige rom som et viktig politisk ansvar.[24] I forarbeidene til endringer i Grunnlovens § 100 femte ledd om offentlighetsprinsippet, understreker departementet at en grunnlovfesting av offentlighetsprinsippet, sammen med en grunnlovfesting av infrastrukturkravet, bør stå som en permanent oppfordring om å arbeide for en størst mulig grad av åpenhet i den lovgivningen som til enhver tid gjelder.[25]

Rettslig betyr grunnlovfestingen av infrastrukturkravet at lover som regulerer infrastrukturen for formidling av opplysninger, ideer og budskap får et grunnlovsmessig fundament. Myndighetene er forpliktet til å ta dette kravet i betraktning når lovgivning og andre tiltak med betydning for ytringsfriheten vurderes.[26] For domstolene har bestemmelsen først og fremst betydning som tolkningsmoment, både for resten av § 100 og for andre grunnlovsbestemmelser, lover eller forskrifter. Også for deler av forvaltningens skjønnsutøvelse som har direkte eller indirekte betydning for ytringsfriheten kan infrastrukturkravet få betydning.[27] Dette vil for eksempel gjelde ved forvaltningsmyndighetenes vurdering av om man kan regulere andres fotografering eller filmopptak.

4.2.3.2 Ytringsfrihet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Ytringsfriheten er som nevnt vernet i internasjonale konvensjoner som Norge har ratifisert og er forpliktet av. I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) er vernet av ytringsfriheten nedfelt i artikkel 19. Den inngår blant de konvensjonene som er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven.[28] Utvalget antar for sin del at vernet av ytringsfriheten i SP artikkel 19 ikke går utover det som følger av EMK artikkel 10, og utvalget vil derfor bygge sine vurderinger og anbefalinger på sistnevnte bestemmelse. Barns ytringsfrihet er i tillegg vernet gjennom barnekonvensjonen artikkel 13. Dette er nærmere omtalt nedenfor i punkt 4.2.3.3.

EMK artikkel 10 lyder:

1. Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Denne artikkel skal ikke hindre stater fra å kreve lisensiering av kringkasting, fjernsyn eller kinoforetak.
2. Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som er foreskrevet ved lov og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.

Retten til ytringsfrihet defineres i artikkel 10 nr. 1 første og andre punktum. Ytringsfriheten etter EMK artikkel 10 omfatter frihetene til å ha meninger og til å motta og dele opplysninger og ideer. En krenkelse av denne retten foreligger bare dersom det er grepet inn i ytringsfriheten slik den er definert, og vilkårene for inngrep i artikkel 10 nr. 1 tredje punktum eller artikkel 10 nr. 2 ikke er oppfylte. Etter artikkel 10 nr. 2 må inngrep i ytringsfriheten ha hjemmel i lov eller annet tilstrekkelig rettsgrunnlag i den nasjonale rettsordenen, inngrepet må være gjort for å ivareta ett eller flere av de legitime formål bestemmelsen nevner, og inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. I dette siste vilkåret ligger at det skal gjøres en forholdsmessighetsvurdering: Dersom staten kunne ha oppnådd et tilfredsstillende vern av de motstående rettigheter og interesser med mindre inngripende tiltak, vil ytringsfriheten være krenket.

---

22 NOU 1999: 27, s. 249.
23 NOU 1999: 27, s. 249.
24 NOU 1999: 27, s. 249.
25 St. meld. nr. 26 (2003–2004), side 143.
26 St.meld. nr. 26 (2003–2004), punkt 7.6.2.
27 St.meld. nr. 26 (2003–2004), punkt 7.6.2.
28 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Også i saker der ytringsfriheten kommer i konflikt med retten til respekt for privatliv, som har et selvstendig vern i EMK artikkel 8, må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. EMD har for vurderingen av slike saker formulert en rekke momenter som inngår i en bred og helhetlig avveining av rettighetene. Dette er nærmere omtalt nedenfor i punkt 4.4.2.4. Det presiseres regelmessig i praksis fra EMD at verken artikkel 10 eller artikkel 8 har prioritet, men at de begge har det samme vernet og at det må finnes en rimelig balanse mellom rettighetene.

På samme måte som i Grunnloven, er ytringsfrihet etter EMK artikkel 10 et vidt begrep, og omfatter ikke bare språklige ytringer. Alle former for informasjon og ideer omfattes, også ytringer i form av bilder og film. Ytringene omfattes av vernet uansett hvilket medium de fremsettes i og uten hensyn til om ytringen fremsettes privat, i en begrenset krets eller offentlig. Bestemmelsen beskytter enhver som meddeler eller mottar informasjon eller ideer, uavhengig av hvilke motiver vedkommende har. Ytringens innhold er irrelevant når det gjelder spørsmålet om det har skjedd et inngrep i ytringsfriheten. Ytringens innhold får imidlertid betydning for om et inngrep i ytringsfriheten anses legitimt etter artikkel 10 nr. 2.[29]

Praksis fra EMD om artikkel 10 belyser i all hovedsak det nærmere innholdet i retten til selv å fremsette ytringer. Artikkel 10 garanterer imidlertid ikke bare retten til å ytre seg, den gir også visse rettigheter når det gjelder det å få tilgang til informasjon.[30] For utvalgets arbeid har dette betydning for vurderingen av adgangen til å regulere fotografering, film- eller lydopptak som et ledd i informasjonsinnhenting. I EMDs avgjørelse i Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016) kom Storkammeret til at ungarske myndigheter, ved å nekte å utlevere informasjon om bruk av faste forsvarere, hadde krenket retten til å motta informasjon i artikkel 10. EMD uttalte at artikkel 10 i noen tilfeller kan gi rett til tilgang til opplysninger fra offentlige myndigheter i tilfeller hvor tilgang til informasjon er bestemmende for individets utøvelse av sin rett til ytringsfrihet. Dette gjelder særlig frihet til å motta og formidle informasjon, og hvor fornektelsen utgjør en forstyrrelse av denne rettigheten.[31] Løsningen i en konkret situasjon beror imidlertid på en forholdsmessighetsvurdering, hvor det vektlegges hvorvidt opplysningene det kreves innsyn i har offentlig interesse.[32] Informasjonen i denne saken var imidlertid ikke av privat karakter, og det antas at utfallet av avveiningen vil bli en annen i saker hvor det bes om tilgang til privat og sensitiv informasjon. I slike saker vil vurderingen måtte ta sitt utgangspunkt i at det er likeverdige rettigheter som skal veies mot hverandre.

Artikkel 10 utløser videre en plikt for staten til aktivt å treffe tiltak for å beskytte den som gjør bruk av, eller ønsker å gjøre bruk av, ytringsfriheten.[33] I Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden (2008) bemerket EMD at en reell og effektiv utøvelse av ytringsfriheten kan innebære at statene må gjennomføre positive beskyttelsestiltak, også i relasjonen mellom individer.[34] Dette vil både si at staten etter EMK artikkel 10 har positive plikter for å sikre ytringsfriheten, og at disse positive pliktene kan innebære å regulere forholdet mellom individer slik at rettighetene etter konvensjonen blir reelle, og ikke bare formelle.[35]

Plikten til aktivt å beskytte ytringsfriheten innebærer at aviser og andre medier må gis en effektiv beskyttelse mot trusler og lovbrudd som truer den funksjonen disse mediene har som formidlere av ytringer.[36] Pressefriheten er nærmere omtalt i punkt 4.2.4.

4.2.3.3 Ytringsfrihet i barnekonvensjonen

Grunnloven § 100 om ytringsfrihet, EMK artikkel 10, og SP artikkel 19 gjelder for barn på lik linje med voksne. Barns ytringsfrihet er i tillegg vernet gjennom barnekonvensjonen artikkel 13.

Barnekonvensjonen artikkel 13 lyder:

1. Barnet skal ha rett til ytringsfrihet; denne rett skal omfatte frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og ideer av ethvert slag uten hensyn til grenser, enten det skjer muntlig, skriftlig eller på trykk, i kunstnerisk form eller gjennom en hvilken som helst uttrykksmåte barnet måtte velge.
2. Utøvelsen av denne rett kan undergis visse begrensninger, men bare begrensninger som er fastsatt ved lov og som er nødvendige:

[29] Særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999: 27, s. 180.
[30] Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016), avsnitt 118–137.
[31] Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016), avsnitt 156.
[32] Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016), avsnitt 161.
[33] Bertelsen (2011), s. 300.
[34] Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden (2008), avsnitt 32.
[35] Bertelsen (2011), s. 301.
[36] Bertelsen (2011), s. 300.

a) av hensyn til andres rettigheter eller omdømme, eller
b) for å beskytte nasjonal sikkerhet, offentlig orden (ordre public) eller offentlig helse eller moral.

Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. Konvensjonens artikkel 13 må ses i sammenheng med rettighetene i EMK artikkel 10 og SP artikkel 19, men også med andre bestemmelser i barnekonvensjonen, slik som artikkel 12 om rett til å gi uttrykk for sin mening og til å bli hørt, artikkel 14 om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet, artikkel 15 om organisasjonsfrihet, artikkel 16 om privatliv og artikkel 17 om forholdet til mediene.

Barnekonvensjonen artikkel 13 har i grove trekk samme innhold som SP artikkel 19 nr. 2 og 3. En sentral forskjell mellom de to bestemmelsene er at meningsfrihet ikke inkluderes i barnekonvensjonen artikkel 13 slik SP artikkel 19 nr. 1 gjør. Dette kan skyldes at meningsfrihet implisitt følger av barnekonvensjonen artikkel 12, og også fanges opp av tankefriheten i artikkel 14.[37] Utvalget legger uansett til grunn at barn i Norge har samme grunnleggende rett til meningsfrihet som voksne.

Ytringsfriheten dreier seg om retten til å ha og gi uttrykk for meninger, og til å søke etter og motta informasjon gjennom alle typer medier. Den hevder barnets rett til å ha meninger og gi uttrykk for dem, og at staten ikke kan legge begrensninger på disse. Den pålegger derfor partene å avstå fra å blande seg inn i ytringen av synspunkter, og avstå fra å begrense tilgangen til informasjon, samtidig som den pålegger dem å beskytte retten til tilgang til kommunikasjonsmidler og offentlig dialog.[38]

Dette innebærer blant annet at det må legges til rette for barns ytringsfrihet i de ulike sektorene. Siden opphold i barnehage og skole, i barnevernet eller som langtidspasient i helse- og omsorgstjenesten vil være en viktig del av barnets liv, får også retten til medbestemmelse og hensynet til barnets beste betydning. Det er derfor viktig at barnet får den nødvendige informasjon før det gjør seg opp en mening, og at institusjoner med barn har rutiner for hvordan barn både kan motta informasjon og formidle informasjon og meninger til andre. I tillegg må det forventes at voksne vurderer hva som er til barnets beste, uavhengig av hva man mener er til det beste for institusjonen eller for andre. Dette krever at barn bør få god opplæring i skolen i tidlig alder til å kunne treffe egne valg og ta hensyn til andres ytringsfrihet og andres privatliv.

Artikkel 13 andre ledd åpner for at statene gjør inngrep i ytringsfriheten dersom de tre oppstilte vilkårene er oppfylte – det vil si at begrensingene er nødvendige, hjemlet i lov og gjort for å fremme visse oppregnede hensyn. Bestemmelsen samsvarer med SP artikkel 19, med unntak av henvisningen til at ytringsfrihet medfører særlige forpliktelser og ansvar.

4.2.4 Særlig om pressefriheten og medienes samfunnsrolle

4.2.4.1 Hva er pressefrihet?

Medienes pressefrihet spiller en viktig rolle i moderne demokratier. I en norsk sammenheng, sikter man gjerne med «medier» til journalister, fotografer og redaksjonelle medarbeidere som driver regelmessig journalistisk produksjon og formidling av nyheter, aktualitetsstoff eller samfunnsdebatt til allmennheten, og som har forpliktet seg til å følge Vær Varsom-plakaten. Formidlere som har som hovedformål å drive med reklame eller markedsføring, omfattes i utgangspunktet ikke av begrepet «medier».[39]

Pressefrihet kan nærmere beskrives som medienes rett til å informere, omtale og kontrollere eget medium uten noen form for forhåndssensur, verken fra offentlige myndigheter, eiere eller andre. Videre omfatter pressefriheten som hovedregel en rett til å innhente eller motta informasjon som er av allmenn interesse. Pressefriheten har gitt seg utslag flere steder i norsk lov. Et eksempel på dette er at journalistisk virksomhet er unntatt fra store deler av personopplysningsloven,[40] jf. § 3. Journalistisk virksomhet skal forstås bredt, slik at også aktører utenfor de konvensjonelle mediene kan falle utenfor de fleste bestemmelsene i personopplysningsloven etter § 3.[41] Det vil si at mediene ikke behøver å forholde seg til de strenge reglene for behandling av personopplysninger som andre profesjonelle aktører må, når de behandler personopplysninger utelukkende for et journalistisk formål.

[37] Høstmælingen & Wille (2016).
[38] FNs barnekomité (2009), avsnitt 81.
[39] Se særlig lov 13. juni 2008 nr. 41 om redaksjonell fridom i media (mediefridomslova), § 2.
[40] Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
[41] Jf. personvernforordningen, fortalepunkt 153.

Personopplysningsloven § 3 reiser noen vanskelige problemstillinger for utvalget, da det oppstår spørsmål om for eksempel personer som blogger om andres helseopplysninger på nett skal unntas fra personopplysningslovens strenge regler fordi de driver enten journalistisk, kunstnerisk eller litterær virksomhet. Utvalget legger imidlertid til grunn at det etter personvernforordningen artikkel 85[42] skal foretas en nødvendighetsvurdering. Nødvendighetsvurderingen skal sikre at det ikke gjøres større unntak fra retten til privatliv enn hensynet til ytringsfriheten gir grunnlag for. Selv om journalistisk virksomhet ikke skal forstås snevert til de medier som er tilsluttet Vær Varsom-plakaten, er det likevel gode grunner som tilsier at det må gjøres en konkret vurdering av virksomheter som ikke har en slik tilslutning, opp mot personopplysningloven § 3, jf. personvernforordningen artikkel 85.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se nærmere kapittel 16.

Rettslig sett følger pressefriheten av ytringsfrihetsbestemmelsene i Grunnlovens § 100 og EMK artikkel 10. Pressefriheten bør også sees i sammenheng med infrastrukturkravet som ligger i Grunnlovens § 100 sjette ledd, hvor det står at det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale. Infrastrukturkravet og dets rettslige innhold er nærmere omtalt ovenfor i punkt 4.2.3.1.

Mediene skal bringe videre korrekt og uavhengig informasjon til samfunnet, og samtidig kontrollere at de som har makt ikke misbruker denne. Pressefriheten er derfor en forutsetning for at mediene skal kunne utøve sin informasjons- og kontrollrolle. Det er dessuten viktig for samfunnet at informasjonen kommer fra andre enn dem som har en egeninteresse i å fremstille fakta eller situasjoner på bestemte måter.

Fordi mediene har denne viktige samfunnsrollen, har det offentlige plikt til å tilrettelegge for at mediene får gjort jobben sin, også i vanskelige situasjoner eller kriser. I relasjon til utvalgets arbeid, er dette typisk aktuelt dersom det oppstår spesielle hendelser i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skoler eller barnehager, for eksempel ved større ulykker, skoleskyting, gisseldrama, terror eller lignende.

Forbudet mot forhåndssensur i Grunnloven § 100 fjerde ledd utgjør også en viktig forutsetning for pressefrihet. At terskelen for sensur skal være høy, følger også av EMK artikkel 10 og praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), se blant annet EMD-sak Observer and Guardian v. the United Kingdom (1991). Der slår domstolen fast at selv om EMK ikke kategorisk utelukker forhåndssensur, er det assosiert med farer for krenkelser som gjør at domstolen må ettergå inngrepet nøye. Dette gjelder særlig når det er mediene som utsettes for forhåndssensur, da utsettende forhåndskontroll kan redusere både nyhetsverdien og interessen for en sak.[43]

Mediefrihetsloven skal bidra til at redaksjonelt innhold utelukkende er basert på en uavhengig journalistisk vurdering.[44] Loven fastslår i § 4 at redaktøren skal lede den redaksjonelle virksomheten og ta avgjørelser i redaksjonelle spørsmål. Ytringsfrihetskommisjonen omtalte redaktørfunksjonen som en av de viktigste funksjoner i det offentlige rom fordi den skal sikre at ingen andre enn nettopp redaktøren har det avgjørende ord om hva som skal publiseres.[45] Det er en forutsetning for at mediene skal kunne fylle sin informasjons- og kontrollfunksjon i samfunnet at publikum har tillit til at det redaksjonelle innholdet ikke er påvirket av utenforliggende hensyn, som politiske eller økonomiske hensyn fra eiere eller andre. Mediefrihetsloven er en viktig tilrettelegger for dette.

4.2.4.2 Vær Varsom-plakaten

Vær Varsom-plakaten (VVP) er et sett med etiske normer for mediene, inkludert trykt presse, radio, fjernsyn og nettpublikasjoner. VVP er vedtatt av Norsk Presseforbund. De aller fleste redaktørstyrte, journalistiske medier i Norge har forpliktet seg til å følge plakaten. Plakaten ble først vedtatt i 1936, og er deretter revidert en rekke ganger.

Normene utgjør krav til hva som er god presseskikk. Plakaten inneholder både positive og negative forpliktelser for mediene, og gjelder hele den journalistiske prosessen, fra innsamling til presentasjon av det journalistiske materialet. Kravene gjelder overfor alle personer og funksjoner som bidrar til det redaksjonelle innholdet.

Første del av VVP slår fast medienes samfunnsrolle og betydning i et demokrati; pressens plikt til å verne om ytringsfriheten, trykkefriheten og offentlighetsprinsippet (VVP punkt 1.3), pres-

[42] Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning).

[43] Observer and Guardian v. the United Kingdom (1991), avsnitt 60.

[44] Ot.prp. nr. 19 (2007–2008), punkt 5.3.

[45] NOU 1999: 27, punkt 4.2.4.

sens rett til å informere om det som skjer i samfunnet og avdekke kritikkverdige forhold (VVP 1.4), og at det er pressens oppgave å beskytte enkeltmennesker og grupper mot overgrep eller forsømmelser fra offentlige myndigheter og institusjoner, private foretak eller andre (VVP punkt 1.5).

Samtidig oppfordrer VVP til respekt og varsomhet for menneskers privatliv (VVP punkt 4.3), og stiller særlige krav til varsomhet ved omtale av barn (VVP punkt 4.8). Der foreldre har gitt sitt samtykke til eksponering, har mediene et selvstendig ansvar for å vurdere konsekvenser medieomtale kan få for barnet.[46] Videre skal en opptre hensynsfullt i den journalistiske arbeidsprosessen og vise hensyn overfor personer som ikke kan ventes å være klar over virkningen av sine uttalelser (VVP punkt 3.9). Plakaten advarer mot å misbruke andres følelser, uvitenhet, ubalanse eller sviktende dømmekraft, og krever særlig varsomhet overfor mennesker i sorg (VVP punkt 3.9 og 4.6). For bruk av bilder gjelder de samme aktsomhetskrav som for skriftlig og muntlig fremstilling (VVP punkt 4.12).

For bruk av skjult kamera eller skjulte opptak gjelder særlige aktsomhetskrav i VVP punkt 3.10. Skjult kamera, skjult mikrofon eller falsk identitet skal bare brukes i unntakstilfeller. Forutsetningen må være at dette er eneste mulighet til å avdekke forhold av vesentlig samfunnsmessig betydning. Det kan altså være et brudd på Vær Varsom-plakaten om et journalistisk medium publiserer skjulte opptak av en ansatt på et sykehus når den ansatte selv ikke er klar over opptaket. Samtidig er det stor forskjell på å gjøre opptak i skjul, og på å publisere dem. Det at det gjøres skjulte opptak, behøver altså ikke i seg selv være et etisk overtramp, se sak 101/10 fra Pressens Faglige Utvalg (PFU), der PFU uttaler:

> «Det må understrekes at problemstillinger knyttet til skjulte opptak primært dreier seg om publiseringen av dem. Å gjøre opptak kan som regel sammenlignes med at skrivende journalister noterer, mens å publisere opptak som er gjort uten kildens vitende, ofte kan innebære en krenkelse. Slik publisering skal bare gjøres når skjulte opptak har vært eneste mulighet til å avdekke forhold av vesentlig samfunnsmessig betydning.»[47]

Samtidig har PFU lagt listen høyt for publisering av skjulte opptak. I en klagesak som PFU behandlet ga PFU Dagbladet «honnør for å ha løftet fram et viktig tema», men konkluderte likevel med at publisering av skjulte opptak var i strid med god presseskikk, fordi det ikke avdekket vesentlig informasjon av samfunnsmessig betydning som ikke lot seg avdekke på annen måte.[48] PFUs praksis tyder på at det skal en del til før det er presseetisk akseptabelt å publisere skjulte opptak, opptakene må være eneste mulighet til å dokumentere forholdet.[49]

Ettersom Vær Varsom-plakaten gjelder hele den journalistiske arbeidsprosessen, legger den også føringer for hvordan journalister og fotografer skal opptre på sykehus, skoler mv. Lite hensynsfull opptreden ved sykehus, skoler mv. kan være et brudd på Vær Varsom-plakaten kapittel 3. Praksis fra PFU viser få brudd på dette punktet i Vær Varsom-plakaten.

Mange redaksjoner har egne etiske retningslinjer som gjelder i tillegg til Vær Varsom-plakaten. Dette gjelder for eksempel NRK, som har en egen etikkhåndbok.[50] Slike interne regler kan aldri gi grunnlag for svakere etisk vern enn det som følger av VVP.

4.2.4.3 Pressens Faglige Utvalg

Pressens Faglige Utvalg (PFU) er en selvdømmeordning opprettet av Norsk Presseforbund. PFU skal overvåke og fremme den etiske og faglige standarden i norske medier. I likhet med Vær Varsom-plakaten er selvdømmesystemet frivillig, men de aller fleste redaktørstyrte, journalistiske medier har underlagt seg ordningen. Det drives

---

46 Dette er for eksempel belyst i PFU-sak 108/17 der Agderposten ble felt for brudd på VVP punkt 4.8. Klagen gjaldt Agderpostens omtale av et navngitt barns helseopplysninger. PFU uttalte at:

«Fordi barn i mange sammenhenger kan være sårbare, ikke har samtykkekompetanse og er prisgitt andres avgjørelser, så har barn et særskilt vern i presseetikken. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, og mediene har derfor plikt til å foreta en selvstendig vurdering av konsekvenser medieomtale kan få for barnet, på både kort og lang sikt. Dette er mediets ansvar, ene og alene.

I slike situasjoner må redaksjonen vurdere hva som må med for at saken skal bli godt nok opplyst og allmennheten tilstrekkelig informert, og hva som bør utelates av personsensitive opplysninger med tanke på barnets privatliv/personvern.

I dette tilfellet mener utvalget, vurdert opp mot VVP 4.8, at summen av opplysninger – barnets fulle navn, fødselsdato og detaljer om helsetilstanden – ble for stor. Spesielt sett i lys av fremtidig søkbarhet på nett som kan bli belastende for barnet.»

47 PFU-sak 101/10.

48 PFU-sak 275/14.

49 Se også PFU-sak 221/06.

50 NRK (2016).

uavhengig av rettssystem og lovverk, og det medfører ingen sanksjoner å bli felt i PFU.

PFU består av sju medlemmer: fire fra mediene og tre fra allmennheten. Medlemmene oppnevnes av styret i Norsk Presseforbund for to år av gangen. Alle redaktørstyrte medier som er tilknyttet Norsk Presseforbund, kan klages inn for PFU. Som retningslinjer for sitt arbeid legger PFU til grunn Vær Varsom-plakaten og Redaktørplakaten.

Enhver kan i utgangspunktet klage til PFU. Dersom den som klager ikke klager på vegne av seg selv, skal det som hovedregel innhentes samtykke fra den det klages på vegne av. Alle kan klage inn omtale av barn, men barnets foresatte skal da orienteres. For innsending av klage gjelder en foreldelsesfrist på seks måneder, regnet fra publiseringstidspunktet. Dersom det foreligger særlige tungtveiende grunner, kan PFU fravike denne fristen. Det er gratis å klage, og det er et uttalt mål at behandlingen skal skje raskt slik at den som føler seg forulempet av mediene skal få en rask avklaring. Dette gjør ordningen mindre belastende enn å gå til domstolene.

Behandlingen i PFU skjer alltid etter publisering. En kan altså ikke klage inn en redaksjon til PFU for å få stoppet en fremtidig publisering.

PFU har møter én gang i måneden, unntatt i juli, og behandler klager basert på utkast til uttalelser fra sekretariatet i Norsk Presseforbund. Hver klage behandles, og ender med en fellelse («brudd på god presseskikk» eller «kritikk») eller frifinnelse («ikke brudd på god presseskikk»). Er det åpenbart at klagen ikke fører fram, kan utvalget avgi en forenklet uttalelse.

Uttalelsene fra PFU er som hovedregel offentlige. Uttalelser som konkluderer med brudd eller kritikk, skal publiseres snarest mulig, i sin helhet og på godt synlig plass eller i relevant sendetid i de medier saken gjelder. Hvert år publiseres statistikk over klager og fellelser i alle norske redaktørstyrte medier.

Den som bryter de presseetiske reglene risikerer ingen form for straff fra PFU, men de fleste vil nok oppfatte det som lite flatterende å bli utsatt for offentlig kritikk fra PFU.[51]

4.2.4.4 Forholdet mellom Vær Varsom-plakaten og lovgivningen

Vær Varsom-plakaten gjelder i tillegg til norsk lov. Presseetikken gir som regel strengere normer enn loven. Står en i fare for å bryte loven, vil en derfor mest sannsynlig ha beveget seg over grensen for god presseskikk.

For medier som ikke har forpliktet seg til å følge Vær Varsom-plakaten, gjelder ikke plakaten, og klager kan heller ikke sendes til PFU. Eventuelle krenkelser vil kun vurderes etter straffeloven[52] og skadeserstatningslovens[53] bestemmelser.

Når en journalist eller fotograf befinner seg på et sykehus, barneverninstitusjon, skole eller lignende, har de altså ett sett med etiske retningslinjer å forholde seg til, i tillegg til det som følger av norsk lov. Dette gjør at faren for overtramp reduseres sammenlignet med personer som ikke er en del av medienes selvdømmeordning. Norske redaksjoner som har underkastet seg medienes selvdømmeordning og Vær Varsom-plakaten, plikter å sette seg inn i hvilke regler som gjelder, for ikke å bli felt i PFU. Dessuten må de holde seg innenfor norsk lov. En del av jobben som journalist eller fotograf er å vite hvor de etiske og juridiske grensene går. Å sette seg inn i gjeldende regler, retningslinjer og praksis blir vektlagt i journalistutdanningen og i den enkelte redaksjon. Mange redaksjoner har hyppige møter der de diskuterer etiske og redaksjonelle valg.

4.2.4.5 Medienes særlige stilling når det gjelder innhenting av informasjon

I Rt. 2013 s. 374 (Treholt-innsynssaken) uttaler Høyesterett følgende i avsnitt 50:

> «Pressen har en anerkjent og viktig funksjon som vokter av blant annet organer og personer som utøver offentlig myndighet, herunder domstoler og andre aktører i rettspleien.»

Medienes viktigste oppgave er å gi befolkningen informasjon av allmenn interesse, kontrollere maktfaktorer i samfunnet, og beskytte særlig utsatte enkeltpersoner og grupper i samfunnet.

Ettersom mediene har en spesiell funksjon som kontrollør av makthavere, har medienes rett til å motta informasjon et særlig vern etter EMK artikkel 10 og Grunnlovens § 100.

Dette kom til uttrykk i EMDs dom Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary (2009). Saken gjaldt et presselignende debattforum som var blitt nektet innsyn i en klage fra et parlamentsmedlem til konstitusjonsdomstolen. Domstolen pekte på at

[51] Brurås (2000), s. 22.

[52] Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

[53] Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

klageren var en NGO som i likhet med mediene hadde en funksjon som «vakthund» i samfunnet. Den uttalte at allmennheten har en rett på tilgang til informasjon som har allmenn interesse. Den uttalte videre at myndighetstiltak som er egnet til å motvirke medienes deltagelse derfor krever nøye granskning fra domstolen, også når tiltakene bare gjør det mer arbeidskrevende for mediene å skaffe seg tilgang til informasjonen.

Avgjørelsen støtter at informasjonsfriheten også innebærer en plikt til å gjøre visse typer informasjon tilgjengelig for mediene, og at manglende tilgang, eller omstendelige prosesser for å få tilgang, vil kunne innebære et inngrep i ytringsfriheten.

På tilsvarende måte argumenterte Høyesterett i Rt. 2015 s. 1467 (Legevaktinnsynsaken), der flertallet konkluderte med at politiets tilbakeholdelse av opptak tatt med overvåkningskamera fra legevakten i Oslo, var et inngrep i ytringsfriheten. Saken gjaldt en mann som var psykisk syk og oppsøkte politiet fordi han mente han ble forfulgt. Politiet tok ham med til legevakten der det oppsto et basketak som endte med at mannen døde som følge av halsgrep. Her uttaler flertallet i Høyesterett følgende i avsnitt 77 og 78:

> «Som jeg allerede har vært inne på, har saken stor allmenn interesse. Bruk av tvang under pågripelse er regulert i EMK artikkel 2 nr. 2 om retten til liv, og skal begrenses til det absolutt nødvendige. Videre er bruk av mageleie og halsgrep nærmere regulert i Politidirektoratets rundskriv av 26. juni 2007. Rundskrivet var foranlediget av fire tilfeller med kvelningsdød som følge av at politiet hadde benyttet halsgrep og/eller mageleie i forbindelse med pågripelse. I pkt. 5 står det blant annet følgende om meroffentlighet:
>
> «I saker hvor personer er skadd eller forulykket i sitt møte med politiet, vil samfunnet ha interesse av åpenhet omkring de faktiske forhold.»
>
> Pågripelsen i vår sak resulterte i at A omkom, noe som igjen aktualiserer aktsomhetskravet ved brukt av fysisk makt […] Tilliten til politiets opptreden ved bruk av tvang under pågripelse, og til påtalemyndighetens etterfølgende myndighetsutøvelse der tvangsbruken var fatal, taler med styrke for at pressen gis tilgang til sakens helt sentrale bevis om hva som vitterlig skjedde.»

Saken er også et eksempel på at retten til informasjon har ekstra beskyttelse fordi det omhandler kjerneområdet av medienes samfunnsoppgave, som er kontroll av maktpersoner og beskyttelse av utsatte grupper. Når opplysningene faller inn under kjerneområdet av medienes samfunnsoppdrag, heves terskelen for å holde dem tilbake.

Videre har EMD i flere saker lagt vekt på at medienes undersøkelses- og innsamlingsfase har særlig beskyttelse etter EMK artikkel 10. Saken Dammann c. Suisse (2006) gjaldt en journalist som ble straffedømt og ilagt en bot for over telefon å ha mottatt konfidensielle opplysninger fra en underordnet assistent ved påtalemyndighetens kontor. Opplysningene ble ikke publisert. Domstolen uttalte at restriksjoner på pressefriheten som utgjør inngrep i forberedelsesstadiet ikke bare faller under EMDs kontrollfelt, men at slike restriksjoner innebærer høy risiko, og dermed krever grundig granskning fra domstolen.[54]

Saken Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft v. Switzerland (2012) kan videre illustrere terskelen for å nekte journalister adgang til offentlige bygninger. Saken gjaldt et TV-selskap som ønsket å intervjue og filme en kvinne som var innsatt i fengsel. Hun var dømt for et mye omtalt mord, og hevdet sin uskyld. Den innsatte ønsket selv å medvirke til dokumentaren. I saken la EMD til grunn at å nekte TV-selskapet å filme inne i fengselet og intervjue den innsatte utgjorde et inngrep i ytringsfriheten. Inngrepet var i overensstemmelse med lov, og pretenderte å oppfylle ett eller flere av de tillatte formålene. Spørsmålet for EMD ble dermed om det var nødvendig i et demokratisk samfunn. Domstolen kom til at inngrepet ikke var nødvendig. Sentralt i begrunnelsen var at nasjonale myndigheter ikke hadde gitt en fyllestgjørende begrunnelse for inngrepene, og videre at de anførte formålene kunne oppnås på mindre inngripende måter.

EMD skriver at nasjonale myndigheter i utgangspunktet er bedre plassert enn domstolen selv til å vurdere om, og i hvilken grad, tilgang til et fengsel er mulig å forene med orden og sikkerhet i fengselet. Likevel mente domstolen at behovet for begrensninger i ytringsfriheten må være overbevisende etablert, og at grunnene som nasjonale myndigheter gir må fremstå relevante og tilstrekkelige. Dette gjaldt med særlig styrke i denne saken, i lys av medienes viktige rolle i et demokratisk samfunn og den reduserte skjønnsmarginen nasjonale myndigheter har når det gjelder et fjernsynsprogram med betydelig allmenn interesse. Domstolen mente at de nasjonale myndighetene bare hadde gjort en summarisk vurde-

[54] Dammann c. Suisse (2006), avsnitt 52.

ring, og ikke vist at de hadde gjennomført noen reell avveining av de relevante interessene. De hadde dermed ikke demonstrert på en overbevisende måte at å nekte filming inne fra fengselet var forholdsmessig til formålet de forsøkte å oppnå.[55]

Alle begrensninger, enten det er i form av fotoforbud eller at man bortviser journalister eller fotografer fra et bestemt område, kan svekke medienes mulighet til å utøve sin samfunnsrolle. Begrensningene kan videre utgjøre et inngrep i ytringsfriheten. Spørsmålet blir da om inngrepet oppfyller inngrepsvilkårene i EMK artikkel 10 nr. 2. Disse er diskutert nærmere under punkt 4.4.

Det følger av lang og entydig praksis fra EMD at pressefriheten innebærer at nasjonalstatene har en snevrere skjønnsmargin når det gjelder inngrep i medienes aktiviteter enn i privatpersoners aktiviteter. Medienes viktige rolle i demokratiske samfunn innebærer videre at det skal mer til for at et inngrep mot mediene er nødvendig og forholdsmessig enn tilsvarende inngrep mot andre.

Også medienes rett til å motta informasjon, og fasen der informasjonen bearbeides før en eventuell publisering, er beskyttet av EMK artikkel 10. Lyd og bilder har et format som gjør det spesielt egnet som dokumentasjon på faktiske hendelser. For eksempel kan det være eneste måte å avdekke urettmessig bruk av tvang, overgrep ved barneverninstitusjoner eller gjengslåsskamper på skoler. Det er viktig å være bevisst på at tilgang ikke nødvendigvis betyr publisering. Eventuell publisering av denne type materiale må gjennom en redaksjonell vurdering, både opp mot norsk lov og Vær Varsom-plakaten.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

4.3 Personvern

4.3.1 Innledning – Overordnet om personvern i konvensjoner og nasjonal rett

4.3.1.1 Om begrepsbruken

Personvernet er på samme måte som ytringsfriheten beskyttet i både nasjonal lov og Grunnlov og i internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av.

'Personvern' er et særnorsk begrep som ikke finner noen klar parallell i andre nasjoners rett eller i internasjonal rett. Begrepets innhold har vært i utvikling siden det først ble tatt i bruk i det rettsinformatiske miljøet ved Universitetet i Oslo på 1970-tallet, og har i dag et uavklart innhold og uklare grenser mot begreper som personlighetens rettsvern, retten til privatliv, privatlivets fred og personopplysningsvern.[56] Noen regner 'privatliv' som et samlebegrep som inkluderer de andre begrepene, herunder personvernet.[57] Andre synes ikke å ville oppstille noe skille mellom begrepene, men bruker dem om hverandre.[58]

De ulike begrepene hadde fortjent en nærmere avklaring i rettslitteraturen, men det vil føre for langt om dette utvalget skulle bidra til en slik begrepsavklaring. Utvalget legger i stedet til grunn at både personvern og retten til privatliv er relevante begreper for utvalgets arbeid, og at personvern trolig kan forstås noe videre enn retten til privatliv, bare i kraft av den alminnelige språklige forståelse.

4.3.1.2 Personvern i Grunnloven

Personvernet i Grunnloven følger av Grunnloven § 102, som ble vedtatt i 2014. Bestemmelsen lyder:

> Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.
>
> Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet.

Bestemmelsens forarbeider presiserer at den ikke innebærer noen endring av gjeldende rett, slik at praksis om personvern og retten til privatliv fra før 2014 fremdeles er relevant. Første ledd omhandler retten til privatliv i snever forstand, og gir både en individuell rettighet og en plikt for statens myndigheter. Andre ledd viser til personvernet i videre forstand, som for Menneskerettighetsutvalget inkluderte alt som går under betegnelsen «personlig integritet». Andre ledd pålegger staten plikt til å sikre disse rettighetene, men den gir ingen selvstendig individuell rettighet slik første ledd gjør.[59]

Barns personvern og personlige integritet er gitt et særskilt vern i Grunnloven § 104 tredje ledd som lyder:

---

55 Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft v. Switzerland (2012), avsnitt 65.

56 NOU 2009: 1, s. 29–32.

57 Høstmælingen (2016), s. 140.

58 Grønvold & Hendis (2014), s. 13.

59 Dokument 16 (2011–2012), s. 177.

> Barn har rett til vern om sin personlige integritet. Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for barnets utvikling, herunder sikre at barnet får den nødvendige økonomiske, sosiale og helsemessige trygghet, fortrinnsvis i egen familie.

Menneskerettighetslovutvalget skrev at bestemmelsen kunne bidra til å beskytte barns integritet når utviklingen leder til nye og uforutsette måter barns integritet kan krenkes på. Utvalget trakk fram eksponering på internett som et eksempel på en slik utvikling.[60] Utvalget viste videre til at både grovere inngrep i den personlige integritet – slik som vold og overgrep – og mindre alvorlige inngrep som utidig og unødvendig innblanding i barnets privatliv, er dekket av bestemmelsens ordlyd. Bestemmelsen gir barn en individuell rettighet. Det innebærer et sterkere vern enn voksnes personlige integritet eller personvern er gitt i Grunnloven § 102 andre ledd.[61]

4.3.1.3 Personvern i internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8 gir også et privatlivsvern/personvern. Artikkelen lyder:

> 1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
> 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 17 gir et lignende vern. Artikkelen lyder:

> 1. Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme.
> 2. Enhver har rett til lovens beskyttelse mot slike inngrep eller angrep.

Barnekonvensjonen artikkel 16 nr. 1 gir et spesifikt vern til barn. Artikkel 16 nr. 1 lyder:

> Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem eller sin korrespondanse, eller for ulovlige angrep mot sin ære eller sitt omdømme.

4.3.2 Hensyn som begrunner personvernet

4.3.2.1 Innledning

Det er mange ulike hensyn som begrunner beskyttelsen av personvernet i lov, Grunnlov og internasjonale konvensjoner. Hensynene kan variere noe mellom ulike bestemmelser som beskytter personvernet, det er for eksempel dels andre hensyn som begrunner taushetspliktbestemmelsene i helselovene og reglene om behandlingsgrunnlag i personvernforordningen. Noen grunnleggende hensyn forener likevel alle personvernbestemmelser.

4.3.2.2 Autonomi og selvbestemmelse

Personvernkommisjonen fremhevet vern om den enkeltes integritet og autonomi som den klassiske måten å betrakte personvern på.[62] Autonomi handler i denne sammenhengen om å ha adgang til selv å bestemme hvem som skal ha tilgang til informasjon om en selv. Noen omtaler personlige opplysninger som ens «eiendom», som en dermed kan råde over som annen eiendom. Dette perspektivet kritiserte personvernkommisjonen, som mente at eiendomsbegrepet ikke var en presis analogi for vår adgang til å råde over opplysninger om oss selv.[63]

4.3.2.3 Integritetsvern

Menneskerettighetsutvalget, som la en vid forståelse av personvernbegrepet til grunn, valgte formuleringen «personlig integritet» da personvernet skulle grunnlovsfestes. Dette illustrerer hvor sentralt integritetsvernet er i personvernets begrunnelse. Uttrykket 'integritet' betyr selvstendighet og ukrenkelighet, og omhandler en persons selvstendige og ukrenkelige individualitet.

---

[60] Dokument 16 (2011–2012), s. 193.
[61] Dokument 16 (2011–2012), s. 193.
[62] NOU 2009: 1, s. 36.
[63] NOU 2009: 1, s. 34.

4.3.2.4 *Vern av privatlivets fred*

Vernet av privatlivets fred eller «privatsfæren» henger tett sammen med integritetsvernet. Privatlivets fred handler om at det finnes en grense for andres blikk og inngripen. Den tradisjonelle fremstillingen av en offentlig og privat «sfære» som blant andre Ytringsfrihetskommisjonen bygget på i sin rapport[64] har senere blitt kritisert. Personvernkommisjonen skrev at retten til privatliv heller bør forstås som en individuell rettighet enn en sfærefrihet, fordi det ikke eksisterer noen privat sfære der inngrep fra det offentlige eller andre ikke har noen plass.[65] Likevel er det allment akseptert at privatlivet fortjener beskyttelse, slik at det skal sterkere interesser til for å gripe inn i eller regulere det som hører det private til, enn for å gripe inn og regulere for eksempel arbeidslivet eller forretningslivet.

4.3.3 Personvernets innhold

4.3.3.1 *Innledning*

Ved fremstillingen av personvernets innhold, vil utvalget ta utgangpunkt i EMK artikkel 8, som er den bestemmelsen om personvernet som menneskerett som så langt har hatt størst betydning i norsk rett. Vernet etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 har sannsynligvis samme innhold som vernet etter EMK.[66] Formuleringen i Grunnloven § 102 anses å ha helt eller tilnærmet samme innhold som formuleringen i EMK artikkel 8. Det er så langt ingen særlige holdepunkter for at vernet etter Grunnloven § 102 vil utvikle seg etter andre linjer enn det som kan utledes av praksis fra EMD under EMK artikkel 8. Ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i begrepet «privatliv» vil derfor praksis fra EMD under EMK artikkel 8 stå sentralt.

I relasjon til barn, må det antas at barnekonvensjonens formulering av retten til privatliv sannsynligvis har samme materielle innhold som EMK artikkel 8.[67] Likevel blir barns stilling noe annerledes enn voksnes stilling, fordi barn er avhengige av sine foreldre eller andre omsorgspersoner. Den gradvise løsrivelsen fra foreldre som er en normal del av å vokse opp, innebærer at retten til privatliv fra sine foreldre er liten eller ikke-eksisterende rett etter fødsel, og gradvis større etter hvert som barnet modnes og blir mer i stand til å ivareta egne interesser.[68] Barnets alder og modenhet har derfor stor betydning for hvor stor grad av privatliv barnet har overfor egne foreldre.

4.3.3.2 *«Privatliv»*

4.3.3.2.1 *Generelt om begrepet privatliv*

«Privatliv» er et vidt begrep som EMD ikke har gitt noen uttømmende definisjon av. Begrepet omfatter både en persons fysiske og moralske integritet, samt mer profesjonelle eller forretningsmessige aktiviteter.

I dommen S. and Marper v. the United Kingdom (2008) uttalte EMD seg om de ulike interessene som omfattes av privatlivet. Domstolen skriver at retten til privatliv kan omfatte mange aspekter av en persons fysiske og sosiale identitet. Domstolen trakk særlig fram følgende elementer:

- etnisitet
- kjønnsidentifikasjon, seksuell orientering og seksualliv
- navn, og andre måter å identifisere personer eller knytte dem til familier på
- helseinformasjon
- retten til å etablere og utvikle forhold med andre mennesker og verden
- retten til personlig utvikling
- retten til eget bilde

Det er dessuten sikker rett at omdømmet inngår blant de vernede interessene i EMK artikkel 8, og da som et aspekt ved privatlivet.[69] Det ligger likevel en viss begrensning i omdømmevernet i EMK artikkel 8 ved at EMD har oppstilt et krav om at krenkelsen av omdømmet må være kvalifisert.[70] Dette ble først uttalt av EMD i dommen A. v. Norway (2009), og er senere lagt til grunn i en rekke dommer.[71]

Vernet i EMK artikkel 8 er ikke begrenset av sted, men av situasjon. Dette ble lagt til grunn i den første von Hannover-dommen,[72] og stadfestet i den andre von Hannover-dommen.[73] Det var tatt bilder av Caroline von Hannover av Monaco, i all hovedsak på offentlig sted. Dette var ikke til hinder for at publiseringen av bildene var omfattet av

---

64 NOU 1999: 27, s. 26.
65 NOU 2009: 1, s. 37.
66 Borvik (2011), s. 81.
67 Borvik (2011), s. 81.
68 Høstmælingen (2016), s. 140.
69 Borvik (2011), s. 94–116.
70 Borvik (2011), s. 116–119.
71 Se for eksempel Delfi AS v. Estonia (2015), avsnitt 137 og Axel Springer AG v. Germany (2012), avsnitt 83.
72 von Hannover v. Germany no. 1 (2004).
73 von Hannover v. Germany no. 2 (2012).

vernet i EMK artikkel 8. EMD kritiserte tysk rett for å begrense visse persongruppers vern («figure of contemporary society «par excellence»») til områder hvor offentligheten ikke har alminnelig tilgang.

Både lagring og frigivning av personopplysninger om noen kan være et inngrep i artikkel 8. Dette har EMD gjentatt i flere saker, og må regnes som en etablert tolkning av innholdet i privatlivsvernet.[74] Også informasjon som allerede er offentlig tilgjengelig er beskyttet av artikkel 8.[75]

4.3.3.2.2 Retten til eget bilde

EMD har i en rekke dommer lagt til grunn at publisering av bilder kan være et inngrep i rettighetene i EMK artikkel 8. I saken von Hannover v. Germany no. 1 (2004) skrev domstolen i avsnitt 59 at selv om ytringsfriheten dekker publisering av bilder, er dette et område der beskyttelse av andres rettigheter er særlig viktig. Publisering av bilder anses generelt å være mer inngripende enn publisering av informasjon i tekst, hvis alt ellers er likt. Bildet trenger ikke ha sensitiv karakter for at publisering skal være et inngrep i interesser vernet av artikkel 8.[76] Denne rettspraksisen gjelder publiseringen, og ikke selve fotograferingen eller opptaket. At fotograferingen i seg selv var plagsom ser ut til å være et tilleggsmoment i EMDs vurdering i von Hannover no. 1 (2004).[77]

I saken Reklos and Davourlis v. Greece (2009) pekes det i avsnitt 41 på at både fotograferingen, lagringen og reproduksjonen omfattes av vernet i EMK artikkel 8. Det spilte ingen rolle at bildene i denne saken, portrettbilder av et nyfødt barn, ikke på noen måte kunne anses støtende eller krenkende. Det var ikke bildenes art, men den omstendighet at de ble tatt uten samtykke, som var avgjørende for domstolens konklusjon om at personvernet var krenket.[78] EMD la også vekt på at barnet ikke var en offentlig person og at omstendighetene på ingen måte hadde nyhetsverdi. Domstolens argumentasjon tilsier at personer som faller i en slik kategori i større grad må akseptere å få bildet sitt tatt uten deres kunnskap og samtykke, på grunn av hensynet til den offentlige samtalen.[79]

For at den offentlige interessen skal tilsi et svakere vern må det være snakk om en reell offentlig interesse, som EMD forstår som saker som påvirker offentligheten i slik grad at den legitimt kan interessere seg for dem. Den omstendighet at mange personer rent faktisk interesserer seg for en sak er ikke nok til å si at den er i offentlighetens interesse («public interest»).[80]

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

4.3.3.3 Familieliv, hjem og korrespondanse

Ved siden av retten til respekt for sitt privatliv, inneholder EMK artikkel 8 også en rett til respekt for familieliv, hjem og korrespondanse.

Begrepet «familieliv» er tolket utvidende i tråd med endringer i samfunnet siden EMK ble vedtatt i 1950. Nye familieformer og relasjoner har blitt innfortolket i familielivsbegrepet. Ikke bare biologiske bånd, men også den omstendighet at en lever sammen som en de facto familiekonstellasjon, blir tillagt betydning i EMDs praksis.[81] Essensen i beskyttelsen av familielivet er retten til å leve sammen slik at familierelasjonene kan utvikles på en normal måte.[82]

Med «hjem» forstås vanligvis det stedet personen bor, og det stedet der privat- og familieliv utvikler seg. Om et sted er et «hjem» eller ikke, beror på en konkret vurdering av om det har vært tilstrekkelig sterk og sammenhengende tilknytning til stedet.[83] Retten til respekt for hjemmet må i mange tilfeller ses i sammenheng med retten til privatliv.[84] Retten til respekt for sitt hjem har to primære aspekter; retten til å få bo i sitt hjem uten forstyrrelser, og retten til beskyttelse mot inngrep i sitt hjem gjennom undersøkelser, beslag, overvåkning etc.[85]

Retten til respekt for sin korrespondanse omhandler først og fremst rett til å beskyttelse fra hemmelig overvåkning av ens kommunikasjonsmidler. Grunnloven § 102 benytter det mer oppdaterte uttrykket «kommunikasjon» i stedet for «korrespondanse», i likhet med EUs charter om

---

74 Jf. f.eks. Leander v. Sweden (1987), avsnitt 48, Amann v. Switzerland (2000), avsnitt 65 og Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (2017), avsnitt 133.

75 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (2017), avsnitt 134.

76 Borvik (2011), s. 86.

77 von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 68.

78 Reklos and Davourlis v. Greece (2009), avsnitt 42.

79 Reklos and Davourlis v. Greece (2009), avsnitt 41.

80 Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (2017), avsnitt 171 med videre henvisninger.

81 Harris, O'Boyle & Warbrick (2009), s. 371–372.

82 Harris m.fl. (2009), s. 375.

83 Harris m.fl. (2009), s. 376.

84 Harris m.fl. (2009), s. 378.

85 Harris m.fl. (2009), s. 380.

grunnleggende rettigheter.[86] Dette er gjort for å unngå tolkningstvil om moderne teknologi, som for eksempel mobiltelefoner, er omfattet av vernet. En eventuell rett til faktisk å kommunisere gjennom slike kommunikasjonsmidler er det likevel mer naturlig å bygge på ytringsfriheten i artikkel 10 eller i Grunnloven § 100.[87]

4.3.3.4 Positive plikter for staten til å sikre mot overgrep fra andre

Vernet av privatlivet i EMK artikkel 8 gir ikke bare beskyttelse mot inngrep begått av statens egne representanter. I tillegg til statens plikt til ikke å gripe inn i vernede rettigheter (den negative plikten), har EMD også lagt til grunn at staten har en positiv plikt til å sikre at private ikke krenker andres privatliv. Ved å pålegge staten positive plikter, effektiviseres menneskerettighetsvernet også overfor overgrep fra private mot private. Dette utgangspunktet er lagt til grunn i en rekke dommer fra EMD, og anses for å være sikker rett.[88]

Det må videre legges til grunn at der inngrepene gjelder særlig sensitive sider ved privatlivet, vil EMD kunne pålegge staten mer omfattende positive plikter. Domstolen har behandlet flere saker som gjelder opplysninger om HIV-status. Dommene Biriuk v. Lithuania (2008) og Armoniene v. Lithuania (2008) gjaldt medieoppslag som identifiserte at personer var HIV-positive, og avslørte detaljer om personenes livsførsel. Selv om nasjonale domstoler tilkjente maksimal erstatning etter lovgivningen som gjaldt på det aktuelle tidspunktet, mente klagerne at deres rett til privatliv etter EMK artikkel 8 ikke var tilstrekkelig vernet. EMD gav klagerne medhold, med den begrunnelse at staten ikke hadde oppfylt sine positive plikter på tilstrekkelig vis.

Også i saken I v. Finland (2008) kom EMD til at staten hadde krenket sin positive plikt etter EMK artikkel 8. Saken gjaldt en sykepleier som mente at informasjon om hennes status som HIV-positiv ikke ble beskyttet godt nok. Journalen hennes var tilgjengelig for alle hennes kollegaer, uten at det var mulig å kontrollere hvem som faktisk hadde søkt seg inn i hennes fil. Selv om det i finsk rett var hjemmel for å tilkjenne erstatning til personer som hadde fått offentliggjort personopplysninger om seg selv, var dette ikke tilstrekkelig for å oppfylle statens positive plikter etter EMK artikkel 8. Det var heller ikke godt nok at finsk lovgivning hadde bestemmelser som skulle forhindre uautorisert tilgang til persondata. Det avgjørende for at EMD kom til at Finland hadde krenket artikkel 8, var at journalsystemet på det aktuelle sykehuset ikke var innrettet slik at det var mulig å avdekke hvem som hadde lest journalen, og videre at innsyn generelt ikke var begrenset til behandlende helsepersonell.

På denne bakgrunn vil utvalget ha det generelle utgangspunkt at staten innehar en mer omfattende positiv plikt til å verne om sensitive personopplysninger enn personopplysninger som ikke er sensitive.

4.4 Avveiningen mellom ytringsfrihet og personvern

4.4.1 Det prinsipielle utgangspunktet for avveiningen

Både ytringsfriheten og privatlivet er grunnleggende menneskerettigheter, med vern både etter Grunnloven og internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av. Likevel har det i den nordiske juridiske debatten gjort seg gjeldende ulike oppfatninger om utgangspunktet for avveiningen. Det er kanskje første og fremst i injuriesaker det har blitt hevdet at ytringsfriheten må gis et særlig vern, og at kolliderende rettigheter må tolkes snevert og tillegges mindre vekt.[89] EMDs dom i saken Sunday Times v. the United Kingdom (1979) er tatt til inntekt for dette standpunktet.

Nyere rettspraksis fra EMD gir ikke lenger støtte til et slikt utgangspunkt for avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivet. Dette har sammenheng med rettsutviklingen beskrevet i avsnitt 4.3.3 ovenfor knyttet til hvilke interesser som er omfattet av vernet etter EMK artikkel 8. EMD legger nå til grunn at avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivet må ta sitt utgangspunkt i at begge rettigheter har et selvstendig konvensjonsrettslig vern, og at begge rettigheter må tillegges den samme vekten. Dette ble første gang uttrykt av EMD i dommen Hachette Filipacchi Associés v. France fra 2007 (avsnitt 43). I storkammerdommen i Delfi v. Estonia (2015) uttalte EMD at rettighetene under EMK artikkel 10 og 8 fortjener samme respekt, og at en må

[86] Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, 2012/C 326/02 (EUs charter om grunnleggende rettigheter).

[87] Harris m.fl. (2009), s. 380–381.

[88] Se for eksempel Airey. v. Ireland (1979), avsnitt 32, X and Y v. the Netherlands (1985), avsnitt 27, von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 57 og Reklos and Davourlis v. Greece (2009), avsnitt 35.

[89] Se Borvik (2011), s. 145–163.

finne en balanse som bevarer essensen i begge rettighetene.[90] Den sammen formuleringen går igjen i en rekke dommer fra EMD, og må anses å være et uttrykk for sikker rett.[91]

Utvalget vil særlig fremheve EMDs dom i Frisk and Jensen v. Denmark (2017). Saken gjaldt et TV-program hvor det ble fremsatt direkte og indirekte påstander om feilbehandling av kreftpasienter. Beskyldningene rettet seg både mot Rigshospitalet i København og en navngitt legemiddelkonsulent. Det ble reist injuriesøksmål for danske domstoler, og både Rigshospitalet og konsulenten fikk medhold. Journalistene ble idømt bøtestraffer, og i tillegg ble beskyldningene erklært døde og maktesløse. Journalistene brakte saken inn for EMD med påstand om at EMK artikkel 10 var krenket, men EMD kom til at de nasjonale sanksjonene var i samsvar med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10. EMD la for sin vurdering til grunn at legemiddelkonsulenten var vernet av EMK artikkel 8, og den nasjonale domfellelsen av journalistene ble vurdert som nødvendig for å sikre et tilstrekkelig effektivt vern av privatlivet. De omstridte ytringene ble av nasjonale domstoler også vurdert å være en krenkelse av Rigshospitalets omdømme. EMD sluttet seg til denne vurderingen, og så det slik at sykehuset handlet som representant for de ikke navngitte ansatte, som også ble påvirket av beskyldningene i TV-programmet. Domfellelsen av journalistene i denne relasjonen hadde til formål å beskytte andres omdømme, og tjente slik sett et av de legitime formålene nevnt i EMK artikkel 10 nr. 2.

Denne dommen understøtter det rettslige utgangspunktet om at avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivet/omdømmet heretter vil være det samme, uavhengig av om avveiningen skjer mellom EMK artiklene 10 og 8, eller innenfor rammen av EMK artikkel 10 alene.

Et annet prinsipielt utgangspunkt for avveiningen er at EMD vil tilkjenne nasjonalstatene en såkalt skjønnsmargin når den vurderer om klageren har opplevd en krenkelse av menneskerettighetene.[92] Skjønnsmarginen innebærer at EMD utviser tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale myndigheters vurderinger, særlig begrunnet med at de nasjonale myndigheter er bedre plassert til å vurdere saksforholdet. Dette gjelder spesielt for vurderinger av om et tiltak var nødvendig eller ikke, og i vurderinger av forholdsmessighet.[93] Skjønnsmarginen må ses i sammenheng med EMDs subsidiære rolle i forhold til nasjonale domstoler.[94] Det er først og fremst nasjonale domstoler som skal sørge for at nasjonale myndigheter oppfyller sine forpliktelser etter EMK. Mange har pekt på tendensen til utvidelse av skjønnsmargin i EMDs nyere praksis, noe som gir statene et større handlingsrom sammenliknet med tidligere.[95] Utvalget går ikke nærmere inn i eventuelle utviklingstrekk på dette området, men legger generelt til grunn at Norge vil ha en viss skjønnsmargin når balansen mellom personvern og ytringsfrihet skal klarlegges.

4.4.2 Nærmere om vilkårene for inngrep

4.4.2.1 Innledende bemerkninger

EMK tillater inngrep i både ytringsfriheten i artikkel 10 og i privatlivet i artikkel 8 hvis vilkårene for dette er oppfylt. Inngrep i rettighetene kan gjøres dersom det er tilstrekkelig grunnlag i nasjonal rett, inngrepet tjener ett eller flere av de legitime formål som er nevnt i konvensjonsteksten, og er nødvendige i et demokratisk samfunn. Det er når rettighetene står mot hverandre at en rimelig balanse mellom rettighetene vil innebære en delvis inngripen i begge rettighetene.

Inngrepsvilkårene som er nedfelt i Grunnloven § 100 andre og tredje ledd har en annen innretning enn de som følger av EMK artikkel 10 nr. 2. Kravet om at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett er det samme, men mens artikkel 10 nr. 2 lister opp de legitime formål som kan begrunne inngrep i ytringsfriheten, fremhever § 100 de hensyn som begrunner ytringsfriheten (sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse). Utvalget antar at denne forskjellen ikke får nevneverdig praktisk betydning. Det ligger i interesseavveiningens natur at det både må gjøres en vurdering av hva som positivt oppnås ved å begrense ytringsfriheten, og hvilke negative konsekvenser en slik begrensning vil få for de hensyn som begrunner ytringsfriheten. Med tanke på den rettsutviklingen som har funnet sted i praksis fra EMD de senere årene, hvor kontrollen av statenes

[90] Delfi v. Estonia (2015), avsnitt 110.

[91] Se for eksempel Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (2017), avsnitt 123 og 163, Perinçek v. Switzerland (2015), avsnitt 198, og Axel Springer AG v. Germany (2012), avsnitt 87.

[92] Aall (2018), s. 154.

[93] Aall (2018), s. 154.

[94] Jf. Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, artikkel 1 som slår dette fast uten at dette innebærer noen materielle endringer. Protokollen vil tre i kraft når alle Europarådets medlemsland har ratifisert den.

[95] Se for eksempel Holten (2018).

overholdelse av konvensjonsforpliktelsene i økende grad skjer i form av en vurdering av om nasjonale domstoler har basert sine avgjørelser på EMDs vurderingsmønstre og avveiningsmomenter, er det lite sannsynlig at norske domstoler vil utvikle avvikende vurderingsmønstre når disse sakene skal avgjøres.

Når det gjelder Grunnloven § 102 om rett til respekt for privat- og familieliv, fremgår ikke vilkårene for inngrep av ordlyden. Det er likevel ikke tvilsomt at det må kunne gjøres inngrep i privatlivet uten å komme i strid med grunnlovsvernet. Heller ikke vernet av privatlivet er absolutt, og Høyesterett har i sin praksis lagt seg på den tilnærmingsmåten som følger av EMK artikkel 8. Det vil altså være tillatt å gripe inn i rettighetene etter § 102 dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre, jf. Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60. Den sistnevnte dommen gir også et nytt utgangspunkt for forholdsmessighetsvurderinger der barns interesser er berørt. Høyesterett fremhevet at barnets beste etter barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104 ikke bare er ett av flere momenter i en helhetsvurdering: Barnets interesser skal danne utgangspunktet, løftes spesielt fram og stå i forgrunnen.[96] På bakgrunn av denne dommen er det grunn til å anta at i en forholdsmessighetsvurdering der bare ett av alternativene er til barnets beste, påvirker barnets beste innslagspunktet i vurderingen slik at det må tilsvarende mer tungtveiende grunner til for å lande på et alternativ som ikke er til barnets beste.

Da det etter dette må antas at inngrepsvurderingene for alle praktiske formål vil være de samme etter EMK og Grunnloven, har utvalget funnet det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i vilkårene for inngrep som er nedfelt i EMK artiklene 10 nr. 2 og 8 nr. 2.

4.4.2.2 Lovskravet i EMK

Både EMK artikkel 8 og artikkel 10 stiller altså et krav om lovhjemmel dersom det skal gjøres inngrep i rettighetene etter bestemmelsene. Lovskravet er noe ulikt formulert i bestemmelsene. Etter EMK artikkel 8 stilles det krav om at inngrep skal være i samsvar med loven (in accordance with the law), mens artikkel 10 stiller krav om at inngrep må være foreskrevet i lov (prescribed by law). Etter praksis fra EMD skal uttrykkene tolkes likt.[97]

Lovsbegrepet dekker både skrevne og uskrevne rettsregler, men inngrepet må ha et grunnlag i nasjonal rett. Uttrykket «i samsvar med loven» viser ikke bare til nasjonal lovgivning, men gjelder også lovens kvalitet.[98] Regelen må være i samsvar med kravet om rettssikkerhet, og nasjonal rett må gi rettslig beskyttelse mot vilkårlige inngrep i rettighetene fra myndighetenes side.[99] Regelen må derfor være tilgjengelig («adequately accessible»).[100] Dette innebærer at individet må få en tilfredsstillende angivelse av hvilke regler som gjelder i den konkrete sak.

Regelen må være formulert tilstrekkelig presist til at individet kan avpasse sin adferd etter den. Borgeren må være i stand til å forutsi, om nødvendig ved hjelp av egnet rådgivning, i rimelig grad hvilke konsekvenser en gitt handling vil få. EMD krever imidlertid ikke en absolutt presisjon og anerkjenner at mange lover nødvendigvis må formuleres mer eller mindre vagt.[101] En skjønnsmessig nasjonal regel er ikke i seg selv i strid med kravet om forutberegnelighet. Rammen for skjønnet og måten det skal utøves på, må imidlertid være angitt med tilstrekkelig klarhet til å beskytte mot vilkårlige inngrep.[102]

I tråd med kravet om at inngrep i ytringsfrihet og inngrep i retten til privatliv trenger et rettslig grunnlag i lov, reiser det seg særlig to spørsmål for utvalgets arbeid. Det ene er hvorvidt særskilt hjemmel for regulering av fotografering, film- og lydopptak foreligger i de enkelte sektorene, jf. utredningens Del 3 nedenfor. Dernest reises spørsmålet om eierrådighet eller generelle krav til forsvarlig drift, forsvarlig tjenestetilbud og forsvarlig arbeidsmiljø kan innebære tilstrekkelig inngrepshjemmel, jf. kapittel 7 og 8.

4.4.2.3 Kravet om legitimt formål

Inngrep kan bare gjøres for å oppnå et legitimt formål. De formålene EMD aksepterer som legitime er uttømmende opplistet i unntakshjemmelen i artikkel 8 nr. 2 og artikkel 10 nr. 2. For denne utredningens problemstilling er de mest relevante

[96] Rt. 2015 s. 93, avsnitt 65.

[97] Silver and others v. the United Kingdom (1983), avsnitt 85.

[98] Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (2017), avsnitt 142.

[99] Møse, Aall, Nordeide & Bjørge (2017).

[100] Sunday Times v. the United Kingdom (1979), avsnitt 49.

[101] Sunday Times v. the United Kingdom (1979), avsnitt 49.

[102] Møse m. fl. (2017).

formålene som kan begrunne inngrep i privatlivets fred:
- Å forebygge uorden eller kriminalitet
- Å beskytte helse eller moral
- Å beskytte andres rettigheter og friheter

De mest relevante formålene som kan begrunne inngrep i ytringsfriheten er:
- Å forebygge uorden eller kriminalitet
- Å beskytte helse eller moral
- Å verne om andres omdømme eller rettigheter
- Å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet

De legitime formålene er langt på vei like for inngrep i de to bestemmelsene, men inngrep i ytringsfriheten kan i tillegg aksepteres for å verne om andres omdømme og for å forebygge at fortrolige opplysninger røpes. Ettersom vern av andres rettigheter er et legitimt formål i begge bestemmelsene vil inngrep alltid ha et legitimt formål i saker der ytringsfrihet og personvernet står mot hverandre.

4.4.2.4 Nødvendig i et demokratisk samfunn – forholdsmessighetsvurderingen

4.4.2.4.1 Innledning

Hvis et inngrep følger av lov og etterstreber å beskytte en av de legitime interessene, er neste spørsmål om det er nødvendig i et demokratisk samfunn.

EMD tolker uttrykket «nødvendig» slik at det må være et presserende behov i samfunnet for tiltak,[103] og at tiltaket er forholdsmessig til det legitime formålet en forsøker å oppnå.[104] Forholdsmessighetsvurderingen innebærer å veie inngrepet opp mot interessen en forsøker å beskytte. En kan finne holdepunkter i EMDs praksis for hvilke interesser og inngrep som skal vektes særlig tungt i denne vurderingen. Hvis det er mulig å utlede en europeiske konsensus om at et inngrep er nødvendig, vekter EMD dette tungt.[105] Tilsvarende motsatt skal det mer til at domstolen aksepterer som «nødvendig i et demokratisk samfunn» et tiltak som alle andre europeiske stater klarer seg uten, hvis ikke forholdene i klagerens stat er helt spesielle. Dette må likevel leses i lys av skjønnsmarginen.[106]

I eldre saker brukte EMD denne fremgangsmåten også i tilfeller der ytringsfriheten og personvernet var kommet i konflikt.[107] Problemet var at denne fremgangsmåten ledet til ulike resultater avhengig av om saken ble klaget inn under artikkel 8 eller artikkel 10, som ofte kunne bero på tilfeldigheter.[108] I saken von Hannover v. Tyskland no. 2 (2012) etablerte EMD derfor en ny måte å behandle saker som innebar en reell konflikt mellom disse to rettighetene.

Den nye metoden domstolen etablerte gikk ut på at om en først har etablert at et inngrep oppfyller lovkravet og etterstreber å oppfylle et av aksepterte formålene, skal forholdsmessighetsvurderingen gjennomføres slik at de to konvensjonsrettighetene blir direkte balansert mot hverandre. Dermed blir vurderingstema for forholdsmessighetsvurderingen det samme uavhengig av om saken ble klaget inn som en personvernsak eller en ytringsfrihetssak.[109] EMD krever at statene har funnet en rimelig balanse («fair balance») mellom rettighetene, og legger fram noen momenter som skal inngå i vurderingen. Momentene bærer preg av at de fleste sakene der avveiningen er gjort har omhandlet publikasjoner i aviser eller sladderpresse.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

4.4.2.4.2 Bidrag til en debatt av allmenn interesse

EMD fremhever ofte medienes essensielle rolle i et demokratisk samfunn. Mediene har, slik domstolen ser det, en plikt til å formidle informasjon og idéer i alle saker som har allmenn interesse.[110] Samtidig kan mediene ikke trå over visse grenser, særlig med tanke på respekt for andres omdømme og rettigheter.[111] Når EMD skal balansere retten til privatliv mot ytringsfriheten, legger den stor vekt på hvilket bidrag publiseringen av et fotografi eller en artikkel i mediene gir i en debatt av allmenn interesse.[112]

Hva som regnes å ha allmenn interesse avhenger av sakens omstendigheter. EMD aksepterer at både publikasjoner om politikk, kriminalitet, sportsbegivenheter og artister kan ha allmenn interesse. Det er imidlertid ikke nok at mange mennesker rent faktisk interesserer seg for opp-

[103] «pressing social need»
[104] Harris m. fl. (2009), s. 349.
[105] Harris m. fl. (2009), s. 352.
[106] Se punkt 4.4.1.
[107] Bekkedal (2014), pkt. 2.
[108] Bekkedal (2014), pkt. 3.2.
[109] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 106.
[110] von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 58.
[111] von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 58.
[112] von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 60.

lysningen. En statslederens utroskap eller en populær sangers økonomiske problemer har domstolen etter en konkret vurdering ansett for ikke å ha allmenn interesse.[113] Dette trekker i retning av at personlige opplysninger normalt ikke har allmennhetens interesse. Men unntak vil åpenbart forekomme, for eksempel kan enkeltpersoners møte med de ulike institusjonene ha allmenn interesse.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

4.4.2.4.3 Hvor kjent er personen og hva er tema for ytringen

Personens rolle eller funksjon, og typen aktivitet som publikasjonen beskriver, er et annet moment EMD har fremhevet som viktig.

Det må oppstilles et skille mellom privatpersoner og personer som handler i en offentlig kontekst, slik som politiske aktører eller offentlige personer. Offentlige personer kan ikke kreve samme vern om sitt privatliv som andre. EMD trekker imidlertid opp et grunnleggende skille mellom ytringer hvis innhold er egnet til å bidra til en debatt i et demokratisk samfunn, for eksempel om politikere i deres offisielle funksjoner, og publisering av detaljer fra privatlivet til noen som ikke innehar noen slike funksjoner. Det sentrale her er personens rolle og ikke hvor kjent personen er, som den første von Hannover-saken viste.

For ytringer som bidrar til debatt i samfunnet utøver mediene sin rolle som «vaktbikkje» både gjennom innhenting av informasjon og publisering av saker som har offentlig interesse. I noen spesielle tilfeller kan offentlighetens rett til å bli informert også berøre enkelte aspekter av offentlige personers privatliv, særlig når det gjelder politikere. Selv om personen er kjent, aksepterer ikke EMD at ytringene har offentlig interesse der de publiserte fotografiene kun omhandler personens privatliv, og kun har som formål å tilfredsstille allmennhetens nysgjerrighet. I et slikt tilfelle må ytringsfriheten tolkes snevrere.[114]

4.4.2.4.4 Personens tidligere adferd

Den tidligere adferden til personen ytringen omhandler skal også tas i betraktning. Det samme gjelder om det samme bildet og relatert informasjon har blitt publisert tidligere. En person som aktivt oppsøker rampelyset og inviterer mediene inn i privatlivet sitt, kan i mindre grad hevde å ha en berettiget forventning om privatlivsvern.[115] Det at en tidligere har samarbeidet med mediene er imidlertid ikke et argument for å frata personen vern mot fremtidige publikasjoner.[116] Dette må i særlig grad gjelde personer som har eksponert sin helsesituasjon eller barnevernsrelasjon i mediene. En slik villet eksponering, gjør ikke at personen blir avskåret fra å tre tilbake fra søkelyset. Slik form for privat eksponering må normalt håndteres på annen måte enn personer som befinner seg i offentlighetens lys fordi de er kongelige, artister, politikere eller lignende.

4.4.2.4.5 Innhold, form og publikasjonens konsekvenser

Måten et fotografi eller en ytring publiseres, og måten personen fremstår på fotografiet, får også betydning i vurderingen. Hvor stor krets ytringen er spredt til får dessuten betydning. EMD trekker fram at en lokalavis typisk vil spre et fotografi til en mindre krets enn en landsdekkende avis.[117] Deling av saker på sosiale medier kan sannsynligvis også spille en rolle under dette momentet, fordi slik deling raskt kan nå en stor og ubestemt gruppe mennesker.

4.4.2.4.6 Situasjonen rundt fotograferingen

EMD fremhever også at konteksten bildene ble tatt i får vekt i vurderingen. Særlig er det sentralt om personen samtykket til at bildet ble tatt, og til publiseringen. Tilsvarende får det betydning om bildene ble tatt uten personens kunnskap, eller gjennom ulovlige metoder. Det må også ses hen til inngrepets art og alvor, og konsekvensene av publikasjonen for personen. For en privatperson, ukjent for allmennheten, vil publikasjon av et bilde kunne utgjøre et større inngrep enn en skriftlig artikkel.[118] Brukere i helse- og omsorgstjenesten eller i barnevernet vil ofte befinne seg i sårbare situasjoner, noe som får betydning i den konkrete avveiningen mellom retten til privatliv og ytringsfrihet. Om situasjonen rundt fotograferingen eller opptakene oppfattes som plagsom for brukerne av slike tjenester, vil det øke behovet for å verne om privatlivet, særlig der brukerne ikke med rimelighet kan unngå å være på institusjonen eller avdelingen.

---

[113] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 109.
[114] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 110.
[115] Axel Springer AG v. Germany (2012), avsnitt 101.
[116] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 111.
[117] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 112.
[118] von Hannover v. Germany no. 2 (2012), avsnitt 113.

Vernet om privatliv gjelder både sensitiv og ikke-sensitiv informasjon, men EMDs praksis viser at graden av sensitivitet spiller inn i den konkrete avveiningen mellom retten til ytringsfrihet og retten til respekt for privatlivets fred.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

Kapittel 5
Personopplysningsvern

5.1 Personopplysningsloven og personvernforordningen

5.1.1 Innledning

EUs nye personvernforordning (GDPR) trådte i kraft i EU 25. mai 2018, og forplikter Norge gjennom EØS-avtalen.[1] Den nye personopplysningsloven inkorporerer forordningen i § 1, slik at forordningens tekst gjelder som norsk lov.

Loven og forordningen regulerer helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger. Vernet om personopplysninger er en del av personvernet. Ettersom bilder, film og lydopptak av personer kan være personopplysninger som må behandles i tråd med personopplysningsloven, får reglene i personopplysningsloven betydning for anledningen til å ta, lagre og publisere bilder, film og lydopptak i sektorene Åpenhetsutvalget

[1] Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen).

Boks 5.1 Prinsipper for personopplysningsvern

Behandlingen av personopplysninger skal være lovlig, skje rettferdig og med åpenhet

Behandling av personopplysninger skal være lovlig. Det betyr at den skal ha et lovlig grunnlag etter forordningen, og ellers oppfylle kravene til behandling av personopplysninger. Behandlingen av personopplysninger skal gjøres med respekt for de registrertes interesser og rimelige forventninger. Behandlingen skal dessuten foregå på en måte som er åpen og forståelig for de registrerte, den skal ikke skje på tilslørte eller manipulerende måter.

Formålsbegrensning

Personopplysninger skal samles inn for spesifikke legitime formål som blir tydelig angitt. Opplysningene skal ikke senere brukes til formål som er uforenelig med det opprinnelige formålet.

Dataminimering

Prinsippet om dataminimering innebærer å begrense mengden innsamlede personopplysninger til det som er nødvendig for å realisere formålet med innsamlingen. Når behandlingen ikke lenger er nødvendig for å oppfylle formålet skal behandlingen opphøre og opplysningene slettes.

Riktighet

Behandlingsansvarlig skal så langt det er mulig og rimelig sørge for at opplysningene er riktige, og treffe tiltak for å oppnå dette. Dette innebærer at behandlingsansvarlig må sørge for å straks slette eller rette personopplysninger som er uriktige.

Lagringsbegrensning

Prinsippet om lagringsbegrensning innebærer at personopplysninger skal lagres slik at de slettes eller anonymiseres når de ikke lenger er nødvendige for formålet de ble innhentet for.

Integritet og konfidensialitet

Opplysningene skal lagres på en måte som hindrer at uautoriserte får tilgang til dem, og sikrer dem mot tap, ødeleggelse eller skade.

skal beskrive. Unntak fra personopplysningsloven av hensyn til ytrings- og informasjonsfriheten behandles i punkt 5.1.6. Retten til eget bilde etter åndsverkloven[2] behandles i punkt 5.2 og forholdet mellom personopplysningsloven og åndsverkloven behandles i punkt 5.3.

5.1.2 Prinsipper for personopplysningsvern

Personvernforordningen fremsetter prinsipper for personopplysningsvern i artikkel 5. Disse prinsippene, som er grunnleggende for forordningen og kan ses på som en slags formålsparagraf, er nærmere omtalt i boks 5.1.

5.1.3 Definisjoner – behandling av personopplysninger

5.1.3.1 «Personopplysninger»

Personopplysninger er i personvernforordningen artikkel 4 nr. 1 definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person». Dette betyr at en stor mengde svært forskjelligartede opplysninger er personopplysninger i forordningens forstand. Fotografier, film og lydopptak der personer er gjenkjennelige inneholder personopplysninger.[3]

5.1.3.2 «Behandling» av personopplysninger

Behandling er i forordningen artikkel 4 nr. 2 definert som:

> «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke, f.eks. innsamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, tilpasning eller endring, gjenfinning, konsulering, bruk, utlevering ved overføring, spredning eller alle andre former for tilgjengeliggjøring, sammenstilling eller samkjøring, begrensning, sletting eller tilintetgjøring»

Nesten alt en kan tenke seg å gjøre med personopplysninger kvalifiserer altså som «behandling».[4] Også passiv lagring av et fotografi på en mobiltelefon kan være behandling av personopplysninger. Dette må likevel ses i sammenheng med forordningens saklige virkeområde.

5.1.4 Saklig virkeområde

5.1.4.1 Innledning

Personopplysningsloven § 2 bestemmer lovens saklige virkeområde. Det fremkommer av § 2 første ledd at «loven gjelder ved helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og ved ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register». Hva «automatisert behandling» betyr er ikke definert i forordningen, men er forstått å favne vidt slik at det i alle fall inkluderer all behandling ved bruk av informasjonsteknologi.[5]

Samme bestemmelses andre ledd bokstav a setter noen begrensninger i det saklige virkeområdet; loven gjelder ikke «ved behandling av personopplysninger som utføres av en fysisk person som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter».

I sektorene Åpenhetsutvalget skal omtale tar både profesjonelle aktører og privatpersoner bilder, film og lydopptak. Profesjonelle aktører behandler ikke personopplysninger som ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter. Spørsmålet om hva som ligger i «rent personlige eller familiemessige aktiviteter» er dermed mest sentralt for å forstå forordningens saklige virkeområde for privatpersoner som beveger seg i de fire sektorene.

Forordningens fortale gir noe utdypende informasjon om hvordan de enkelte bestemmelsene er tenkt forstått. I fortalens punkt 18 står det at «[p]ersonlige eller familiemessige aktiviteter kan omfatte korrespondanse og føringer av adresselister eller aktiviteter på sosiale nettverk samt aktiviteter på internett i forbindelse med slike aktiviteter». Dette er det mest naturlig å forstå som eksempler, og ikke som en uttømmende liste.

Begrensningen i saklig virkeområde for personlige og familiemessige aktiviteter var den samme under det gamle personverndirektivet.[6] Praksis om det gamle direktivet kan dermed gi informasjon om begrepets innhold.

En annen saklig begrensning finnes i personopplysningsloven § 3 om forholdet til ytrings- og informasjonsfriheten, jf. personvernforordningen

---

2 Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven).

3 Dette er ukontroversielt, og forutsettes blant annet i personvernforordningen, fortalepunkt 51.

4 Skullerud, Rønnevik, Skorstad & Pellerud (2018), s. 58.

5 Skullerud m. fl. (2018), s. 44.

6 Personverndirektivet (95/46/EC) artikkel 3 nr. 2 andre alternativ er identisk med personvernforordningen, artikkel 2 nr. 2 bokstav c.

artikkel 85. Utvalget vil i punkt 5.1.6 komme nærmere tilbake til innholdet i denne begrensningen.

5.1.4.2 Praksis fra den europeiske unions domstol

EU-domstolen har behandlet to saker om hvordan personverndirektivets artikkel 3 nr. 2 andre alternativ skal tolkes.

Den første saken[7] gjaldt en kvinne som i forbindelse med menighetsarbeid hadde laget en nettside for konfirmanter. Nettsiden ble utformet hjemme hos henne, på hennes private datamaskin. Den inneholdt humoristisk utformet informasjon om de ansatte i menigheten, hva arbeidet deres gikk ut på, og hva de likte å gjøre på fritiden. Enkelte ble omtalt med fullt navn, andre kun med fornavn. Hun hadde også publisert telefonnummeret til enkelte av menighetens ansatte, og at én navngitt ansatt var femti prosent sykemeldt etter en benskade. Kvinnen hadde ikke informert kollegaene om nettstedet.

Spørsmålet var om publisering på denne typen nettside kommer inn under unntaket «rent personlig eller familiemessig aktivitet».

Domstolen kom til at personopplysninger publisert på nettsider som alle kan gå inn og se på var klart utenfor unntaket. Domstolen uttalte at «rent personlig og familiemessig aktivitet» måtte forstås slik at det «udelukkende vedrører de aktiviteter, der indgår i den enkelte borgers privatliv eller familieliv».[8]

Det fremgår av rettens argumentasjon at personopplysninger som legges ut på åpne nettsider generelt faller under direktivets anvendelsesområde, uavhengig av om formålet med behandlingen er personlig. Åpne blogger må dermed anses å falle under personvernlovgivningens saklige anvendelsesområde.[9] Dommen er fra 2003, altså før sosiale medier ble utbredt. Det er dermed vanskelig å si noe om når unntaket i artikkel 3 nr. 2 andre alternativ kan anvendes på deling i sosiale medier som ikke er tilgjengelige for alle.

Den andre saken gjaldt videoovervåkning av egen eiendom, men slik at en offentlig vei og en nabos inngangsparti også kom med på opptaket.[10] Opptaket ble lagret på en slik måte at det ble automatisk slettet etter 24 timer, og ble ikke publisert noe sted. Spørsmålet var om denne typen opptak falt utenfor direktivets anvendelsesområde etter unntaket for «rent personlig eller familiemessig aktivitet».

Den europeiske unions domstol skrev at unntaket måtte forstås snevert, både fordi direktivets unntak representerte innskrenkninger av retten til privatliv, og på grunn av bestemmelsens ordlyd («*rent* personlig»).[11] Når personer som gikk forbi på gaten risikerte å komme med på opptaket, falt opptaket inn under direktivets anvendelsesområde.

EU-domstolen har dermed tolket begrensningen relativt snevert i begge sakene den har behandlet om temaet.

5.1.4.3 Norske rettskilder

Formålet med personvernforordningen er å harmonere praktiseringen av personopplysningsvernet i EØS-området. Dette tilsier at nasjonale rettskilder har begrenset vekt i vurderingen av forordningens innhold.[12] Det finnes heller ikke mange norske rettskilder som gir informasjon om rekkevidden av unntaket for personlige og familiemessige aktiviteter.

5.1.4.4 Anvendelsesområdet for privatpersoner er uklart

På denne bakgrunn ser det ut til at unntaket i personopplysningsloven § 2 andre ledd bokstav a må forstås relativt snevert. Et personlig formål er ikke i seg selv avgjørende, selve aktiviteten behandlingen inngår i må være av personlig karakter.[13] Publisering av personopplysninger herunder i form av bilder, film eller lydopptak på åpne nettsider, faller alltid inn under lovens anvendelsesområde. Hvis opplysningene ikke deles med enhver internettbruker, men derimot er begrenset til en mindre krets av personer, blir rettstilstanden mer usikker. Fortalen bruker sosiale nettverk som eksempel på aktiviteter som kan falle utenfor anvendelsesområdet. Dette indikerer klart at slik deling i alle fall i en del tilfeller ikke reguleres av forordningen. Om behandling av personopplysninger i form av deling

---

7 Sag C-101/01 Bodil Lindqvist mot Åklagarkammaren i Jönköping.

8 Sag C-101/01 Bodil Lindqvist mot Åklagarkammaren i Jönköping, avsnitt 47.

9 Den nyere saken Sag C-345/17 Sergejs Buivids slår fast at deling av en video på en nettside der brukere kan sende, se og dele videoer (youtube.com), uten tilgangsbegrensning, faller under forordningens anvendelsesområde og ikke kan karakteriseres som behandling som et ledd i rent personlige eller familiemessige aktiviteter.

10 Sag C-212/13 František Ryneš mot Úřad pro ochranu osobních údajů.

11 Sag C-212/13 František Ryneš mot Úřad pro ochranu osobních údajů, avsnitt 29.

12 Skullerud m. fl., s. 39.

13 Jacobsen (2011), § 3.

av bilder, film og lydopptak på sosiale medier er en «rent personlig eller familiemessig aktivitet» må vurderes konkret.

Med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd, fortalens momenter og den praksis som er gjennomgått, vil størrelsen på kretsen av personer som har tilgang til opplysningene få vesentlig betydning. Dessuten kan et nært personlig forhold mellom den som behandler personopplysningene og den opplysningene gjelder, tale for at det er snakk om «rent personlige eller familiemessige aktiviteter». Etter bestemmelsens ordlyd kan opplysningenes karakter, og hvem som inngår i kretsen opplysningene er delt med, sannsynligvis også spille en rolle i vurderingen. Disse momentene finner også støtte i litteratur om temaet.[14]

En kan dermed se for seg at på et sosialt medium, faller deling av personopplysninger som kan nå en stor mengde tilfeldige personer lettere inn under reguleringens anvendelsesområde enn deling til en mindre gruppe personer i ens egen husstand og/eller familie.

I Norge har Datatilsynet fram til nå vært tilbakeholdne med å sanksjonere privatpersoner som bryter personopplysningsloven.

5.1.5 Behandlingsgrunnlagene

5.1.5.1 Innledning

Forordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a til f oppstiller seks alternative og likeverdige grunnlag for behandling av personopplysninger. De behandlingsgrunnlagene som kan få betydning under utvalgets mandat er alternativ a, samtykke, alternativ c, rettslig forpliktelse og alternativ f, behandling som er nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige […], med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger, særlig dersom den registrerte er et barn.

5.1.5.2 Samtykke som behandlingsgrunnlag, jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav a

Samtykke som behandlingsgrunnlag innebærer at hvis den registrerte har samtykket til det, har behandlingsansvarlig lov til å behandle personopplysningene.

Samtykke er i personvernforordningen artikkel 4 nr. 11 definert som «enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandlingen av personopplysninger som gjelder vedkommende».

Samtykket skal med andre ord være frivillig, informert og utvetydig, og skal spesifikt dekke den behandlingen samtykket gjelder. Den som tier samtykker ikke, samtykket må komme i form at en aktiv handling eller talehandling.[15] Samtykke som behandlingsgrunnlag er nærmere omtalt i punkt 6.2.

5.1.5.3 Nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse, jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav c

Dette alternativet åpner for behandling av personopplysninger hvis behandlingen er «nødvendig» for å oppfylle en «rettslig forpliktelse» som påhviler behandlingsansvarlig. Etter artikkel 6 nr. 3 må et slik rettslig forpliktelse følge av enten unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett, og formålet med behandlingen må fremgå av dette grunnlaget. Det er imidlertid ikke nødvendig at nasjonal lov eller unionsrett refererer til behandling av personopplysninger. I personopplysningslovens forarbeider er det lagt til grunn at både formell lov og forskrift kan være grunnlag som oppfyller kravene i forordningen artikkel 6 nr. 3.[16] Rettslig forpliktelse som mulig behandlingsgrunnlag for bilder og film av barn i barnehagen er nærmere behandlet i punkt 15.2.6.

5.1.5.4 Behandlingsansvarliges berettigede interesse, jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f

5.1.5.4.1 Innledning

Etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f er behandlingsansvarliges berettigede interesse i behandlingen et lovlig behandlingsgrunnlag, «når ikke den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter veier tyngre enn behandlerens berettigede interesser, særlig dersom den registrerte er et barn». Det er med andre ord lov å behandle personopplysninger hvis behandler (1) har en berettiget interesse i behandlingen, (2) behandlingen er nødvendig for å ivareta interessen og (3) en konkret interesseavveining viser at behandlerens interesse veier tyngre enn interessene eller rettighetene til den opp-

[14] Skullerud m. fl. (2018), s. 47.

[15] Skullerud m. fl. (2018), s. 67.

[16] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 33.

lysningene gjelder («datasubjektet»). Grunnlaget kan imidlertid ikke brukes ved offentlige myndigheters behandling av personopplysninger i forbindelse med utførelse av deres oppgaver.[17]

5.1.5.4.2 «Berettiget interesse»

Hvilke interesser som er berettigede etter artikkel 6 nr. 1 bokstav f er ikke nøye avgrenset.

Forordningens fortale punkt 47 mv. ramser opp noen eksempler på berettigede interesser,[18] men listen er ikke uttømmende. EUs artikkel 29-gruppe har uttalt at svært mange og forskjelligartede interesser kan være berettigede i direktivets forstand.[19] I tillegg til profesjonelle forhold og markedsføring, kan ytringsfriheten og varsling være interesser som begrunner behandling av personopplysninger etter artikkel 6. nr. 1 bokstav f.[20] Ettersom det alltid skal foretas en interesseavveining, uttaler arbeidsgruppen at det ikke er noe behov for strengt å avgrense hvilke interesser som kan være legitime.[21] Den legitime interessen må imidlertid alltid være lovlig, reell og aktuell, og tydelig nok formulert til at en kan foreta interesseavveiningsøvelsen.[22]

5.1.5.4.3 «Nødvendig»

For at behandlingen av personopplysninger skal anses nødvendig for å oppnå den berettigede interessen, må behandlingen være egnet til å oppnå formålet, og en må undersøke at den berettigede interessen ikke kunne vært ivaretatt med mindre inngripende tiltak overfor datasubjektet.[23]

5.1.5.4.4 Interesseavveining

Interesseavveiningen er en konkret avveining av hvordan behandlingen påvirker personen opplysningene gjelder, og hvor viktig behandlingen er for behandlingsansvarliges interesser. Momenter som skal vektlegges er blant annet hva slags interesser behandlingsansvarlige har i behandlingen, om opplysningene er av sensitiv art, datasubjektets status (er subjektet for eksempel et barn) og dets berettigede forventninger til behandlingen av personopplysningene.[24] Hvis behandlingsansvarlig gjennomfører tiltak for å minimere informasjonen som blir behandlet, eller på andre måter beskytter datasubjektet utover lovgivningens krav, skal dette vektlegges. Hvis datasubjektet får mulighet til å reservere seg mot behandlingen får også det betydning.[25]

Fortalens punkt 47 slår fast at behandling på bakgrunn av en berettiget interesse i alle tilfeller krever en nøye vurdering av om den registrerte på tidspunktet for og i forbindelse med innsamling av personopplysninger med rimelighet kan forvente at disse behandles for nevnte formål.

Det er behandlingsansvarlig selv som foretar interesseavveiningen, men det er også behandlingsansvarlig som har risikoen hvis vurderingen ikke holder mål.[26]

5.1.6 Unntak av hensyn til ytringsfriheten og informasjonsfriheten

Etter personvernforordningens artikkel 85 plikter hver stat gjennom lov å sikre at ytrings- og informasjonsfriheten blir ivaretatt. Statene skal gi fritak fra store deler av forordningen hvis behandlingen finner sted i journalistisk øyemed eller med henblikk på akademiske, kunstneriske eller litterære ytringer, hvis dette er nødvendig for å bringe retten til vern av personopplysninger i samsvar med retten til ytrings- og informasjonsfrihet.

Bestemmelsen gir med andre ord anvisning på en nødvendighetsvurdering. Nødvendighetsvurderingen sikrer at det ikke gjøres større unntak fra retten til privatliv enn hensynet til ytringsfriheten gir grunnlag for. Unntak fra forordningen skal bare gis hvis hensynet til ytringsfriheten tilsier det.[27] I dagens personopplysningslov § 3 viderefører lovgiver teknikken fra den gamle personopplysningsloven § 7; unntak gis for alle ytringer som skjer til de nevnte formålene uten noen konkret vurdering av unntakets nødvendighet.[28] I personopplysningslovens forarbeider skriver departementet at det verken er nødvendig eller hensiktsmessig å innta en nødvendighetsvurdering etter forordningens mønster i lovens ordlyd.[29]

---

17 EUs personvernforordning fortalepunkt 47.

18 Forebygging av bedrageri, direkte markedsføring, interne administrative forhold og IT-sikkerhet.

19 Artikkel 29-gruppen var en permanent arbeidsgruppe innen EUs organisasjon som etter personverndirektivets artikkel 29 og 30 hadde som mandat å uttale seg om tolkningen av direktivet.

20 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 25.

21 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 24.

22 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 55.

23 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 55.

24 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 55–56.

25 Article 29 Data Protection Working Party (2014), s. 56.

26 Skullerud m. fl. (2018), s. 85.

27 Dette bekrefter EU-domstolen i Sag C-345/7 Sergejs Buivids.

28 Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (opphevet), § 7.

Datatilsynet uttalte i høringsrunden til ny personopplysningslov at nødvendighetsvurderingen burde tas inn i lovteksten. De skrev i sitt høringssvar at ikke å henvise til nødvendighetsregelen etter deres erfaring hadde gjort unntaket vanskeligere å anvende. Datatilsynet skrev videre at en mekanisk regel av denne typen kan resultere i et uforholdsmessig unntak fra retten til privatliv og personvern. Departementet mente likevel at det ikke burde gjøres vesentlige endringer i gjeldende rett på dette området uten en nærmere utredning.[30]

Utvalget legger til grunn at vurderingen må gjøres på bakgrunn av personopplysningsloven § 3 i lys av personvernforordningen artikkel 85. Det må derfor gjøres en nødvendighetsvurdering, men journalistisk virksomhet må normalt anses å falle inn under unntaket.[31] Datatilsynet har muntlig opplyst utvalget om at Datatilsynet har begynt å praktisere nødvendighetsvurderingen, og at de bygger dette på kravet i EMK artikkel 8 om å foreta en forholdsmessighetsvurdering, som inneholder en nødvendighetsvurdering.

Når unntaket kommer til anvendelse kommer kun en håndfull regler, som primært gjelder internkontroll og sikkerhet, til anvendelse. Det følger av fortalens punkt 153 at begrepet «journalistiske øyemed» ikke må forstås for snevert. Unntaket er ikke forbeholdt de redaktørstyrte mediene.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

5.2 Retten til eget bilde – åndsverkloven § 104

5.2.1 Innledning

Åndsverkloven § 104 verner retten til eget bilde. Bestemmelsen skiller seg fra de fleste bestemmelsene i åndsverkloven fordi den ikke primært gir et opphavsrettslig vern, men beskytter personvernet.[32]

Første ledd slår fast at fotografi som avbilder en person ikke kan gjengis eller vises offentlig uten samtykke fra den avbildede. Offentlig visning eller gjengivelse uten samtykke kan likevel være lovlig hvis ett av de fem vilkårene i første ledd bokstav a til e er oppfylt. For denne utredningens formål er det først og fremst bokstav a til c som får betydning. Disse regulerer forholdet til ytringsfriheten.

En kan reise spørsmålet om «fotografi» også gjelder film av personer der personene er gjenkjennelige. Dette er lagt til grunn i underrettspraksis om bestemmelsen.[33] Spørsmålet har så vidt utvalget kjenner til ikke vært diskutert i Høyesterett. Hensynene bak retten til eget bilde gir etter det utvalget kan forstå ingen grunn til å vurdere film annerledes enn fotografier. Utvalget legger dermed til grunn at åndsverkloven § 104 kan tolkes utvidende til også å gjelde film.

Det er ikke gitt noen legaldefinisjon i åndsverkloven av når en visning regnes å være offentlig.[34] Straffelovens legaldefinisjon av offentlig handling i § 10 andre ledd gjelder for straffebud også utenfor straffeloven.[35] Vernet i åndsverkloven § 104 slår dermed inn når bildet gjøres tilgjengelig for en gruppe på ca. 20 til 30 personer, eller flere.

Vernet i åndsverkloven § 104 gjelder levende personer, og for døde personer 15 år etter utløpet av avbildedes dødsår. Dette følger av andre ledd.

Åndsverkloven § 104 gjelder i utgangspunktet bare avbildninger av person som er eller har vært bosatt her i riket, jf. § 114 tredje ledd. Høyesterett har likevel utledet et ulovfestet prinsipp om retten til eget bilde som ligner det som har kommet til uttrykk i åndsverkloven § 104, som også gjelder fotografier av personer som aldri har vært bosatt i Norge.[36] For retten til eget bilde får jurisdiksjonsregelen i § 114 dermed ingen praktisk betydning.

5.2.2 Avbildningen har aktuell og allmenn interesse

Uavhengig av personens samtykke er det ikke i strid med åndsverkloven § 104 å offentliggjøre et personbilde som har aktuell og allmenn interesse,

[29] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 101.

[30] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 103–104.

[31] For en diskusjon om dette, se Personvernnemndas vedtak PVN-2018-14, punkt 8.3.

[32] Prop. 104 L (2016–2017), punkt 10.1.1.

[33] I TOSLO-2008-108668 var det enighet mellom partene om at videosnutter, som saken gjaldt, falt inn under den gamle åndsverklovens § 45 c. I LB-2009-21537 la lagmannsretten til grunn at bestemmelsen også gjaldt for videosnutter. Sakene er respektivt tingsretts- og lagmannsrettsbehandlingen av saken om Store Studios fremvisning av en nakenscene fra filmen «Brent av frost». Saken ble også behandlet av Høyesterett, men retten til eget bilde ble ikke prosedert for denne instansen.

[34] Åndsverkloven § 10 slår fast at et åndsverk anses offentliggjort når det lovlig er gjort tilgjengelig for allmennheten. Denne definisjonen kan ikke være bestemmende for forståelsen av retten til eget bilde i § 104. En slik tolkning ville lede til en sirkelslutning, da visningens lovlighet etter § 104 avhenger av om den er offentlig eller ikke.

[35] NOU 2002: 4, s. 208, Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), merknad til § 10.

[36] Rt. 2009 s. 1568.

jf. § 104 første ledd bokstav a. Dette unntaket skal sammen med unntakene i bokstav b og c sikre at retten til eget bilde ikke innskrenker ytringsfriheten i større grad enn det personvernet gir grunnlag for, og er en viktig regel for medienes arbeid.

Mediene kan etter denne regelen publisere portrettbilder og andre personbilder hvis vilkårene er oppfylt. En kjent politiker eller næringslivstopp som er anklaget for korrupsjon eller andre lovbrudd kan ikke forventes å samtykke til at mediene skal trykke deres bilde til illustrasjon av saken. Etter dette unntaket vil heller ikke det være nødvendig.

Vilkårene er kumulative, interessen må både være aktuell og allmenn. Aktualitetskravet innebærer etter norsk rettspraksis at publiseringen har «et visst minstemål av generell nyhetsverdi».[37] Hva som ligger i at noe har allmenn interesse finnes det ingen klare grenser for, men terskelen skal ikke legges for høyt. Det kan etter omstendighetene være nok at noe har en informasjonsverdi, eller at det er interessant i en allmennhet som er geografisk begrenset.[38]

Selve bildet må ha aktuell og allmenn interesse, det holder ikke at saken det illustrerer har det. Dette ble slått fast av Høyesterett i Rt. 2009 s. 265. Saken hadde bakgrunn i et personbilde av en mann som deltok i en demonstrasjon i Oslo i forbindelse med karikaturstriden vinteren 2005–2006. Bildet viser en mann som løfter neven og roper et slagord eller lignende. Bildet ble trykket på forsiden av et magasin («Memo») i forbindelse med et temanummer om integrering en drøy måned etterpå. Magasinet oppga ikke hvor bildet var hentet fra, og demonstrasjonen i Oslo ble bare så vidt nevnt i en av artiklene i bladet. Selv om temaet uten tvil hadde aktuell og allmenn interesse, var det liten eller ingen sammenheng mellom bildet og temaet. Når magasinet ikke satte bildet i noen kontekst, kunne bildet kun ses som et bilde av en engasjert person som ikke fremsto etnisk norsk, etter Høyesteretts tolkning. Bildet kunne ha vært tatt hvor som helst i verden. Retten kom derfor til at bildet ikke hadde aktuell og allmenn interesse, og at bruken stred mot retten til eget bilde.

Unntaket for aktuell og allmenn interesse er viktig for medienes arbeid, men den gjelder også for andres publisering, som for eksempel publisering på blogg eller på sosiale medier. Det skal vanligvis mindre til for at medienes publisering vurderes å ha aktuell og allmenn interesse enn publiseringer fra andre personer, på grunn av den særlige vekten som legges på medienes ytringsfrihet. Terskelen for hva som anses aktuelt og allment interessant bestemmes av formålet med publiseringen og hvilken sammenheng bildet publiseres i, ikke av hvem som publiserer. En privatperson som blogger om forhold av stor aktuell og allmenn interesse kan derfor ha samme vern som de tradisjonelle mediene. Skal private dra nytte av samme særlige ytringsfrihetsvern som mediene har, må de imidlertid forholde seg til samme strenge norm for pålitelighet og presisjon som yrkesjournalister gjør.[39]

Unntaket i åndsverkloven § 104 første ledd bokstav a gir større beskyttelse for private personer enn for personer som selv har oppsøkt offentligheten. Offentlige personers barn nyter imidlertid i utgangspunktet samme vern som ethvert annet barn, slik at barnekonvensjonens og barnelovens[40] regler om barnets beste blir bestemmende. Betydningen av at en person er offentlig kjent er drøftet i mange dommer fra EMD, dette er omtalt nærmere i punkt 4.3 og 4.4. Avveiningen etter åndsverkloven § 104 første ledd bokstav a sammenfaller med EMDs tilnærming.

5.2.3 Avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet

Etter åndsverkloven § 104 første ledd bokstav b kan et fotografi som avbilder en person vises offentlig uten samtykke der avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet. Dette unntaket gjelder bilder av situasjoner, slik at personene som er gjenkjennelige ikke er det sentrale i bildet. Et eksempel på et slik bilde kan være et fotografi av slottet, der noen turister og andre fotgjengere er synlige på grusen foran bygget. Personene kan være gjenkjennelige, men fremstår ikke som det viktigste på bildet.

For publisering av bilder etter dette unntaket er det ikke et krav at situasjonen bildet tematiserer må ha allmenn interesse. Ved vurderingen av straffbarheten må privatlivsvernet til den som mener seg krenket, veie tungt. Det innebærer for eksempel at selv om identifiserbare personer ikke er sentrale i bildet, kan avbildningen fremstille dem på en krenkende måte som ikke rettferdiggjør bruk av unntaket i § 104 første ledd bokstav b.[41] Bilder der identifiserbare personer er frem-

[37] Jf. Rt. 1995 s. 1948.
[38] Ugelvik (2019), punkt 1.3.2.1.
[39] Ugelvik (2019), punkt 1.3.2.1.
[40] Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barneloven).
[41] Ugelvik (2019), punkt 1.3.2.2.

stilt på en krenkende måte kan dermed ikke publiseres etter denne unntaksregelen.

5.2.4 Bilder av folkemengder og hendelser av allmenn interesse

Etter åndsverkloven § 104 første ledd bokstav c kan et fotografi som avbilder en person vises offentlig uten samtykke der «bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse». Dette unntaket gjelder primært hendelser på offentlig sted, eller hendelser som ellers har allmenn interesse. Den som går i 17. mai-tog eller deltar i en demonstrasjon må finne seg i å bli avbildet som en av mange i en forsamling. Dette er blant annet begrunnet i at det vil være urimelig ressurskrevende å innhente samtykke fra alle som deltar i en forsamling av denne typen.

5.3 Forholdet mellom personopplysningsloven og åndsverkloven

Åndsverkloven § 104 gir regler om retten til eget bilde, og setter som hovedregel at publisering av personfotografier krever samtykke fra den som er avbildet. Som nevnt ovenfor lister bestemmelsen opp en del tilfeller der samtykke ikke er nødvendig, for eksempel hvis bildet har aktuell og allmenn interesse.

Også personopplysningsloven og EUs personvernforordning regulerer i mange tilfeller publisering av fotografier som avbilder personer. Fotografier av personer som er gjenkjennelige regnes som personopplysninger,[42] og «bruk, utlevering ved overføring, spredning eller andre former for tilgjengeliggjøring» av personopplysninger regnes som behandling.[43] Tilgjengeliggjøring som innebærer spredning av bilder og film på nett til et stort eller ubestemt antall personer, forstås som automatisert behandling og faller inn under forordningens saklige anvendelsesområde.[44]

Dermed oppstår det spørsmål om forholdet mellom de to regelverkene, og om de kan anvendes ved siden av hverandre. Den tradisjonelle fremstillingen etter den nå opphevede personopplysningsloven av 2000 som gjennomførte EUs personverndirektiv norsk rett, var at personopplysningsloven fungerte parallelt med åndsverklovens bestemmelse om retten til eget bilde. Det var ikke ansett å foreligge noen reell motstrid mellom de to regelsettene, og hvis en publisering ble omfattet av begge lovverkene måtte både vilkårene for publisering etter åndsverkloven og for behandling etter personopplysningsloven være oppfylte. Hvis reell motstrid likevel oppsto, gikk åndsverkloven foran på grunn av den gamle personopplysningslovens § 5 om forholdet til andre lover, som bestemte at loven bare gjaldt der ikke annen særskilt lovgivning regulerte behandlingsmåten.

EUs personvernforordning setter andre krav til uniform praktisering enn det gamle direktivet, og gir mindre nasjonalt handlingsrom. Statene har ikke anledning til å fastsette regler som gir verken mer eller mindre strenge vilkår for behandling av personopplysninger enn det som følger av forordningen, på de områdene der forordningen gjelder. Dette har sammenheng med at forordningen ikke bare skal verne om personvernet i medlemsstatene, den skal også sørge for like konkurransevilkår for selskaper som behandler personopplysninger i de ulike EU/EØS-landene, og minske transaksjonskostnadene for selskaper som etablerer seg på tvers av landegrensene.[45]

Det følger av dagens personopplysningslov § 2 fjerde ledd om forholdet til andre lover at bestemmelsene i personvernforordningen i tilfelle konflikt går foran bestemmelser i annen lov som regulerer samme forhold. I forarbeidene til åndsverkloven skrev Kulturdepartementet at Justis- og beredskapsdepartementet ville behandle endringer i åndsverkloven § 104 om retten til eget bilde i forbindelse med implementeringen av personvernforordningen.[46] Forholdet til åndsverkloven § 104 ble imidlertid ikke behandlet i forbindelse med gjennomføringen av forordningen, og er ikke nevnt i den nye personopplysningslovens forarbeider.[47]

Utvalget legger til grunn at personopplysningsloven går foran i de tilfeller der det oppstår motstrid mellom personopplysningsloven og åndsverkloven. Publisering av bilder som faller utenfor personopplysningslovens saklige virkeområde,[48] slik som for eksempel publisering til akademiske, kunstneriske, litterære og journalistiske formål, reguleres fremdeles fullt ut av åndsverkloven.[49] Innenfor personopplysningslovens

[42] Personvernforordningen fortalepunkt 51.

[43] Personvernforordningen artikkel 4 nr. 2.

[44] Jf. Sag C-101/01 Bodil Lindqvist mot Åklagarkammaren i Jönköping, se pkt. 5.1.4.2.

[45] Personvernforordningen, blant andre fortalepunktene 3, 5, 6 og 13.

[46] Prop. 104 L (2016–2017), s. 306.

[47] Prop. 56 LS (2017–2018).

[48] Jf. Personopplysningsloven § 2.

saklige virkeområde vil reguleringen avhenge av om det oppstår en reell motstrid eller konflikt mellom de to regelsettene i det konkrete tilfellet. Oppstår det konflikt i det konkrete tilfellet vil personopplysningslovens bestemmelser gå foran, jf. personopplysningsloven § 2 fjerde ledd.

5.4 Erstatning for krenkelse av personopplysningsvernet

5.4.1 Innledning

Handlinger som krenker personopplysningsvernet kan bli møtt med ulike reaksjoner. To slike reaksjoner er straffesanksjon og erstatningsansvar. Straff og erstatning er i utgangspunktet to separate «spor», selv om en straffesak også kan involvere et erstatningskrav. Straffereaksjoner behandles under utredningens kapittel 10. I det følgende behandles sivilrettslige erstatningshjemler for krenkelser av personopplysningsvernet.

5.4.2 Skadeserstatningsloven

5.4.2.1 Oppreisning for skade av ikke-økonomisk art

Oppreisning er ikke erstatning i ordets rette forstand. Oppreisning skal ikke erstatte et økonomisk tap hos skadelidte, men en krenkelse som ikke har fått økonomiske konsekvenser.[50] Etter skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b kan den som har tilføyd krenkelse eller utvist mislig adferd som nevnt i skadeserstatningsloven § 3-3 pålegges å betale den fornærmede en skjønnsmessig fastsatt engangssum. I skadeserstatningsloven § 3-3 listes det opp flere bestemmelser i straffeloven. Enkelte av disse kan tenkes å få betydning for denne utredningens problemstilling.[51] Vilkårene for oppreisning er de samme som vilkårene for straff, men kravet til bevis er lavere for sivile krav enn i strafferetten. Kravet til subjektiv skyld er også lavere; etter skadeserstatningsloven kan det gis reaksjon hvis skadevolder har vært grovt uaktsom. Skadeserstatningslovens regler kan derfor etter omstendighetene komme til anvendelse selv om strafferettslige sanksjoner er utelukket. De nærmere vilkårene for straff behandles i kapittel 10.

5.4.2.2 Erstatning for krenkelse av privatlivets fred

Ifølge skadeserstatningsloven § 3-6 første ledd første punktum skal den som krenker privatlivets fred, såfremt vedkommende har utvist uaktsomhet eller vilkårene for straff er oppfylte, yte erstatning for den lidte skade og slik erstatning for tap i fremtidig erverv som retten under hensyn til den utviste skyld og forholdene ellers finner rimelig.[52]

Den som har krenket privatlivets fred kan også pålegges å betale oppreisning for ikke-økonomisk skade hvis retten mener det er rimelig, jf. skadeserstatningsloven § 3-6 første ledd andre punktum.

Med «krenke» forstås rettsstridig adferd som etter en konkret og objektiv vurdering har karakter av inngrep i privatlivets fred. Rettstridsvurderingen innebærer at det må skje en totalvurdering av meddelelsen i lys av kontekst og situasjon, der hensynet til personvernet blir avveid mot ytringsfriheten.[53]

Det er nær sammenheng mellom beskyttelsen av privatlivets fred i skadeserstatningsloven § 3-6 og i straffeloven § 267. Det er ikke klart om terskelen for skadeserstatningsloven § 3-6 er lavere enn terskelen for straff, men enkelte teoretikere argumenterer for at den burde være det.[54] Den sivilrettslige hjemmelen brukes oftere enn den strafferettslige.[55] Vilkårene for straff for krenkelser av privatlivets fred er nærmere omtalt i denne utredningens kapittel 10.

Kjerneområdet for begge bestemmelsen er sanne opplysninger som krenker privatlivets fred, men også usanne opplysninger kan etter omstendighetene falle under bestemmelsene.[56]

Det er også relevant om det er snakk om en faktisk påstand eller en verdivurdering. Det er strengere sensur av faktiske påstander enn av verdivurderinger.[57] Det er de faktiske opplysningene som er sentrale for beskyttelse av privatlivets fred.[58] Verdivurderingene kan eventuelt også rammes av ærekrenkelsesregler.

Terskelen for hva en må tåle er ikke den samme for alle. Praksis både fra norske domstoler og EMD peker på at offentlige personer i større

---

49 Jf. personopplysningsloven § 3.

50 Ot.prp. nr. 4 (1972–1973), pkt. C.1.b merknad til § 3-5.

51 Særlig straffeloven § 263 (trusler), § 266 (hensynsløs adferd) og § 268 første ledd (uberettiget adgang).

52 Skadeserstatningsloven § 3-6 er foreslått endret noe i forbindelse med forslag til ny lov om medieansvar.

53 Rt. 2007 s. 687, avsnitt 57.

54 Hovlid (2016), pkt. 4.1.

55 Hovlid (2016), pkt. 4.1.

56 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), pkt. 5.11 (om straffehjemmelen).

57 Hovlid (2016), pkt. 6.2.

58 Hovlid (2016), pkt. 6.2.

grad enn andre må tåle at deres private forhold omtales i mediene eller lignende. Høyesterett har om dette uttalt at «[h]ensynet til ytringsfriheten i den alminnelige samfunnsdebatt må avveies mot hensynet til personvernet for den som omtales. Den som ikke har søkt offentlighetens lys må ha et sterkere krav på personvern enn den som selv har stilt seg til skue i det offentlige liv.»[59] Dette er omtalt nærmere i utredningens kapittel 4.4.

Også hvem som er avsender kan få betydning i vurderingen av om en ytring anses å «krenke privatlivets fred». I Rt. 2008 s. 489 (Plata) skriver Høyesterett at når mediene omtaler spørsmål av sentral samfunnsmessig betydning, bør de gis en romslighet slik at mindre feilskjær ikke anses utslagsgivende i rettstridsvurderingen.[60] Retten viste også til en tidligere dom som slo fast det samme i et spørsmål om ærekrenkelser.[61]

5.4.2.3 Erstatning for ærekrenkelser

Etter skadeserstatningsloven § 3-6 a første ledd skal den som uaktsomt har fremsatt en ytring egnet til å krenke en annens æresfølelse eller omdømme yte erstatning for den lidte skade og for tap av fremtidig erverv i den grad retten finner det rimelig. Erstatning kan også gis for skade av ikke-økonomisk art (oppreisning).

Det følger imidlertid av § 3-6 a andre ledd at ærekrenkende utsagn ikke kan lede til ansvar hvis ytringen anses berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfriheten. I avveiningen skal rettsanvender særlig vektlegge om ytringen er sann, hvor krenkende den er, om hensynet til den krenkede er ivaretatt gjennom samtidig imøtegåelse, om allmenne hensyn taler for at ytringen blir fremsatt, eller om ytrer har vært i aktsom god tro med hensyn til de momentene det skal legges vekt på.

5.4.3 Erstatning for brudd på åndsverkloven

Det følger av åndsverkloven § 81 første ledd at den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i en annens rett eller på annen måte overtrer åndsverkloven, enten skal betale den forurettede (a) et rimelig vederlag for bruken, samt erstatning for skade som følge av overtredelsen som ikke ville oppstått ved avtale om bruk, eller (b) erstatning for skade som følge av overtredelsen, eller (c) vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtredelsen. Det alternativet som er mest gunstig for den forurettede skal velges. Også ikke-økonomisk skade skal tas med i beregningen, hvis overtredelsen var grovt uaktsom eller forsettlig.

Hvis overtredelsen var grovt uaktsom eller forsettlig kan den forurettede kreve i stedet for vederlag og erstatning å få et vederlag som svarer til det dobbelte av et rimelig vederlag for bruken, så lenge dette ikke fremstår urimelig, jf. andre ledd. Var overtrederen derimot i god tro, skal overtrederen bare betale et rimelig vederlag for bruken eller vinningen som er oppnådd ved overtredelsen, jf. fjerde ledd.

5.4.4 Erstatning etter personopplysningsloven

5.4.4.1 Personvernforordningen artikkel 82

Personvernforordningen, som gjelder som norsk lov, jf. personopplysningsloven § 1, gir i artikkel 82 enhver person som har lidd materiell eller ikke-materiell skade som følge av en overtredelse av forordningen rett til å motta erstatning fra den behandlingsansvarlige eller databehandler som forvoldte skaden.

Dette kan komme på spissen i situasjoner som faller under Åpenhetsutvalgets mandat. En pasient som har en åpen blogg der personopplysninger om og bilder av andre pasienter eller helsepersonell fremkommer, kan for eksempel etter omstendighetene oppfylle vilkårene for erstatningsansvar for den materielle eller ikke-materielle skade denne spredningen av personopplysninger innebærer.

5.4.4.2 Personopplysningsloven § 30

Det følger av personopplysningsloven § 30 at den som er erstatningsansvarlig etter reglene i personvernforordningen artikkel 82 også kan pålegges å betale slik oppreisning for skade av ikke-økonomisk art som synes rimelig. Forarbeidene legger fram momenter som er relevante i denne rimelighetsvurderingen: krenkelsens grovhet, utvist skyld, den behandlingsansvarliges økonomi og hvilke andre sanksjoner som rettes mot den behandlingsansvarlige eller databehandler. Dessuten skal en eventuell berikelse som krenkelsen har ført til for den behandlingsansvarlige eller databehandler vektlegges.[62]

Det følger av personopplysningslovens forarbeider at § 30 ble inkludert for å tydeliggjøre at

[59] Rt. 1994 s. 174, s. 182.
[60] Rt. 2008 s. 489, avsnitt 57.
[61] Rt. 1999 s. 1541.
[62] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 221.

det også kan kreves erstatning/oppreisning for ikke-økonomisk tap, da departementet mente det ikke var klart om forordningen artikkel 82 nr. 1 alene ga et slikt grunnlag.[63] Personopplysningsloven § 30 er med andre ord kun en presisering av erstatningsansvaret som følger av forordningens artikkel 82.

[63] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 145.

Kapittel 6
Samtykke

6.1 Innledning

6.1.1 Den alminnelige handlefrihet

Individet har i utgangspunktet alminnelig handlefrihet som springer ut av den personlige autonomien.[1] Legalitetsprinsippet, som sier at inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov,[2] kan ses som et uttrykk for denne handlefriheten eller selvbestemmelsesretten.[3] Lovgivningen inneholder mange bestemmelser som begrenser den alminnelige handlefriheten, for eksempel av hensyn til andre menneskers rettigheter.[4] Om det ikke finnes et rettslig grunnlag for inngrep, kan en imidlertid handle fritt.

Samtykke som rettslig konstruksjon bygger på den alminnelige handlefrihet. Den enkelte kan gjennom avtale eller erklæring bestemme at noen andre står fritt til å gjøre en handling mot den samtykkende som ellers ikke ville vært tillatt.

Ofte vil kanskje begrepet «beslutningskompetanse» være bedre og mer dekkende enn begrepet «samtykkekompetanse». Paulsrud-utvalget, som blant annet så på endringer i reglene om tvang innen psykisk helsevern, foreslo å benytte begrepet «beslutningskompetanse» for å fange opp at spørsmål knyttet til selvbestemmelsesretten også omfatter retten til å nekte helsehjelp.[5] I denne utredningen bruker utvalget likevel begrepet «samtykkekompetanse», i og med at det er dette begrepet som per i dag brukes i det regelverket utvalget behandler.

6.1.2 Virkningene av samtykke

Virkningen av at noen har gitt samtykke er i utgangspunktet at handlingen blir tillatt. For en del situasjoner er et lovlig avgitt samtykke både nødvendig og tilstrekkelig for å gjøre handlingen lovlig. Et eksempel på dette er publisering av portrettbilder. Etter personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a og åndsverkloven § 104 er det bare behov for samtykke fra den som er avbildet for å få rett til å publisere et portrettbilde. Hvis personen ikke samtykker må dette respekteres, eller en må lete etter alternative rettsgrunnlag.

For andre situasjoner er samtykke nødvendig, men ikke tilstrekkelig. Helsepersonell kan for eksempel ikke gi en behandling som er medisinsk uforsvarlig, selv om pasienten har samtykket til behandlingen.

Et samtykke kan som hovedregel trekkes tilbake. Dette følger av utgangspunktet om handlefrihet, og har kommet til uttrykk gjennom lovgivning, for eksempel i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1 andre ledd.[6] Det finnes enkelte unntak fra dette utgangspunktet, for eksempel i psykisk helsevernloven[7] § 2-2 første ledd om samtykke til å være undergitt reglene om tvungent psykisk helsevern i maksimalt tre uker. En pasient som har samtykket etter denne bestemmelsen kan ikke trekke tilbake samtykket i løpet av disse tre ukene.

6.1.3 Vilkår for gyldig samtykke

Det finnes ingen generell lovbestemmelse som regulerer når et samtykke kan anses gyldig. Samtykkebestemmelsene er spredt ut over flere ulike lover, og vilkårene for at et samtykke er gyldig avgitt kan variere noe fra lov til lov, og fra situasjon til situasjon. Noen generelle vilkår kan likevel utledes.

Den som samtykker må ha *samtykkekompetanse*. Personen som samtykker må være den rette person til å avgi samtykke, og må også være i stand til å forstå situasjonen og konsekvensene

1 Syse (2015), s. 382.
2 Grunnloven § 113.
3 Syse (2015), s. 382.
4 Syse (2015), s. 382.
5 NOU 2011: 9, punkt 1.

6 Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
7 Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykisk helsevernloven).

av samtykket. Samtykkekompetanse som vilkår er gjennomgående forutsatt i lovgivningen. I noen tilfeller henger reglene om samtykkekompetanse sammen med reglene i vergemålsloven[8], som gir hjemmel for å frata personer retten til å samtykke på enkelte områder. Samtykkekompetanse som et eksplisitt vilkår finner man for eksempel i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3.

Krav om samtykkekompetanse kan inneholde et formelt krav om alder, slik som i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 om samtykke til helsehjelp. Men vilkåret innebærer også et krav om at den som samtykker har kognitive evner som gjør vedkommende i stand til å forstå hva det samtykkes til. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet skriver for eksempel at samtykkekompetanse er kjennetegnet av at personen har evne til (1) resonnere og vurdere alternativer, (2) uttrykke troverdige valg som er holdbare over tid, og (3) forstå konsekvensene av valgene sine.[9] Unge barn og personer med alvorlig nedsatte kognitive evner, som følge av skade, sykdom eller psykisk utviklingshemning, kan dermed i noen tilfeller mangle samtykkekompetanse for enkelte typer avgjørelser. At en mangler samtykkekompetanse på ett område innebærer ikke nødvendigvis at en mangler samtykkekompetanse på andre områder.

Samtykket må være *frivillig*. Et samtykke avgitt under tvang uttrykker ikke personens reelle ønske om å samtykke, og er ikke gyldig. Dette vilkåret har kommet til uttrykk i flere lover der samtykke omtales, for eksempel i EUs personvernforordning artikkel 4 nr. 11. Hva som ligger i frivillighet, kan likevel diskuteres. Datatilsynet skriver i sin veileder om samtykke at et samtykke ikke er gyldig hvis det oppstår negative konsekvenser dersom en ikke samtykker.[10] Dette kan nok gjelde for personopplysningsloven og det regelverket Datatilsynet forvalter, men det samme gjelder ikke nødvendigvis på andre områder. Et samtykke til helsehjelp kan for eksempel være gyldig selv om det ville hatt negative konsekvenser for helsen dersom man ikke samtykket.

Den reelle frivilligheten kan også utfordres på andre måter enn gjennom rettslige reaksjoner. Når forbrukere for eksempel gir omfattende tillatelser til sosiale medier og applikasjoner med monopolposisjon i markedet, opplever de ikke alltid å ha reelt valg om å samtykke eller la være.

Samtykket må være *informert*. Den som samtykker trenger ikke alltid å forstå alle sider ved det hun eller han samtykker til, men vedkommende må ha tilstrekkelig informasjon til å ta et informert valg. Særlig sårbare grupper som for eksempel barn, unge eller personer svekket av sykdom kan ha ekstra behov for tilpasset informasjon som setter dem i stand til å ta gode valg på egne vegne. I slike tilfeller vil tjenesteyter ha et særlig ansvar. Medienes ansvar for å innhente samtykke er nærmere omtalt i punkt 6.5.

Kravet til et informert samtykke har kommet til uttrykk blant annet i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1; et samtykke er bare gyldig hvis pasienten har fått nødvendig informasjon. Helsedirektoratet skriver at pasienten må få informasjon som er tilpasset pasienten og pasientens situasjon, inngrepets art og konsekvenser, og omstendighetene for øvrig.[11] Det eksisterer imidlertid unntak. En pasient kan etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-2 andre ledd be om å slippe å motta informasjon, med mindre informasjonen er nødvendig for å forebygge skadevirkninger av helsehjelpen. Dette kan bety at pasienten etter eget ønske skånes for informasjon, slik at et eventuelt samtykke ikke blir fullt ut informert. Også samtykkereglene i personopplysningsloven krever at informasjon gis på en måte som er tilpasset mottakeren, og med et klart, enkelt og forståelig språk.[12] Et samtykke gitt av en forbruker ved å krysse av for at en har «lest og akseptert» flere hundre sider lange vilkår med komplisert juridisk språk, vil sjelden være å anse som informert. Personopplysningslovens regler om samtykke er omtalt nærmere nedenfor i punkt 6.2.

Det er ikke et generelt vilkår at samtykke må være skriftlig eller uttrykkelig. Muntlig samtykke eller samtykke ved konkludent adferd kan være helt akseptabelt, men dette avhenger av situasjonen.[13] Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-2 tillater stilltiende samtykke når pasientens handlemåte og omstendighetene for øvrig viser at pasienten godtar helsehjelpen. En generell tommelfingerregel er at jo større inngrep det samtykkes til, jo høyere krav settes til samtykkets klarhet og etterprøvbarhet.[14]

6.1.4 Tilbakekall av samtykke

Et samtykke kan som hovedregel trekkes tilbake. I tilfeller der behandling av personopplysninger etter personvernforordningen bygger på et sam-

[8] Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).
[9] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2018a).
[10] Datatilsynet (2018a), pkt. 4 om samtykke.
[11] Helsedirektoratet (2015a), s. 80–81.
[12] Personvernforordningen fortalepunkt 39.
[13] Hovlid (2015), s. 163.
[14] For helserettens område: Warberg (2011), s. 91.

tykke har for eksempel den registrerte rett til å trekke tilbake sitt samtykke til enhver tid, jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 3. Dersom samtykket trekkes tilbake, påvirker det imidlertid ikke lovligheten av behandling som bygde på samtykket før det ble trukket tilbake. For både opptak og publisering av bilder, film og lydopptak innebærer dette at selv om samtykke trekkes, kan publiseringen likevel ha vært lovlig på publiseringstidspunktet, nettopp fordi samtykke forelå på opptakstidspunktet og/eller publiseringstidspunktet. Konsekvensen av at samtykke trekkes tilbake er at den som er behandlingsansvarlig etter personopplysningsloven må slette bildet, filmen eller lydopptaket.

6.1.5 Samtykke på vegne av andre

Hvis en person ikke er samtykkekompetent, oppstår normalt en av to mulige situasjoner: Enten har ingen kompetanse til å samtykke, slik at samtykke ikke kan gis, eller så har noen andre anledning til å samtykke på vegne av den som mangler samtykkekompetanse. Den andre er da gjerne en foresatt eller en verge.

I helseretten finner vi eksempel på dette. Hvis en person mangler samtykkekompetanse på grunn av alder under 16 år, bevisstløshet eller annen grunn, så kan det være livsviktig at en avgjørelse om helsehjelp fattes. Foreldre eller andre med foreldreansvar kan som hovedregel samtykke til helsehjelp for barn under 16 år. Dersom en pasient ikke har samtykkekompetanse, kan den som yter helsehjelp i noen tilfeller ta avgjørelser om helsehjelp, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4.

Noen handlinger er av en slik art at ingen kan samtykke på vegne av andre. Når en person ikke er i stand til å samtykke, kan vedkommende heller ikke utsettes for disse handlingene. Dette har blant annet kommet til uttrykk gjennom straffelovens forbud mot seksuelle handlinger mot personer som ikke har samtykket til dette.[15] Her er det selvsagt kun den som utsettes for handlingen som kan samtykke, og hvis vedkommende ikke er samtykkekompetent, er handlingen ulovlig.

Den viktigste forskjellen mellom de to situasjonene som er skissert overfor, er at der hvor noen er syk og trenger behandling, er det nødvendig at andre treffer en avgjørelse. Det kan argumenteres for at hensynet til den personlige integritet taler for at der det ikke er nødvendig at en avgjørelse fattes, bør ingen kunne samtykke på vegne av personer som mangler samtykkekompetanse.[16]

6.2 Samtykke til behandling av personopplysninger

6.2.1 Innledning

Samtykke er et mulig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger etter personopplysningsloven og EUs personvernforordning. Forordningen og de andre behandlingsgrunnlagene er nærmere beskrevet i punkt 5.1.

6.2.2 Samtykke som behandlingsgrunnlag jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav a

Samtykke er et av flere mulige behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen. Hvis den registrerte har samtykket til det, har behandlingsansvarlig lov til å behandle personopplysninger.

«Samtykke» er i forordningen artikkel 4 nr. 11 definert som «enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandlingen av personopplysninger som gjelder vedkommende». Dette er videre utdypet i forordningens fortale punkt 32, 33, 42 og 43.

Samtykket skal være et utvetydig uttrykk for den registrertes ønske. Den registrerte skal ikke være i tvil om at vedkommende har gitt samtykke eller hva det er samtykket til. Det kreves en aktiv handling for å samtykke, jf. fortalen punkt 32. Erklæringen kan gis muntlig eller skriftlig – elektronisk eller på annen måte.[17]

Samtykket skal være spesifikt. Samtykket bør omfatte all databehandling den behandlingsansvarlige planlegger. Dersom det er flere formål med behandlingen, bør det gis samtykke til alle disse formålene.[18] I fortalepunkt 33 fremgår det at det stilles noe lempeligere krav til spesifisering av samtykke i forskningssammenheng.

Samtykket skal være informert. For å sikre at samtykket er informert bør den registrerte minst kjenne den behandlingsansvarliges identitet og formålene med behandlingen som personopplysningene skal brukes til.[19] Hvilken informasjon som ellers skal gis, beror antagelig på en forholdsmessighetsvurdering. I vurderingen er det rele-

[15] Straffeloven § 297.

[16] Dette argumentet fremmes delvis i Smith (2011).

[17] Jf. personvernforordningen fortalepunkt 32.

[18] Jf. personvernforordningen fortalepunkt 32.

[19] Jf. personvernforordningen fortalepunkt 42.

vant å se på hvor inngripende den konkrete behandlingen er, og hvor byrdefylt det vil være å gi informasjon.[20]

Samtykket skal være frivillig. Samtykket kan ikke anses frivillig dersom den registrerte ikke har en reell valgfrihet, eller ikke er i stand til å nekte å gi eller trekke tilbake et samtykke uten at det er til skade for vedkommende.[21] Når en vurderer om et samtykke er gitt frivillig, skal man blant annet ta hensyn til om oppfyllelse av en avtale er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som ikke er nødvendig for å oppfylle avtalen.[22]

Forordningen artikkel 7 oppstiller ytterligere vilkår og krav for at et samtykke skal være et gyldig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger. Det er behandlingsansvarlig som har ansvar for å påvise at den registrerte har avgitt et gyldig samtykke til behandlingen av sine personopplysninger.[23]

Dersom samtykket gis i en skriftlig erklæring som også gjelder andre forhold, skal samtykkedelen være tydelig adskilt fra andre vilkår. Anmodningen om samtykke skal gis i en forståelig og lett tilgjengelig form og på et klart og enkelt språk. En samtykkeerklæring som er i strid med personvernforordningen vil ikke være gyldig.[24]

Den registrerte har rett til å trekke tilbake sitt samtykke, og skal opplyses om dette. Det skal være like enkelt å trekke tilbake som å gi samtykke. Behandling som fant sted mens gyldig samtykke forelå blir ikke ulovlig selv om samtykket senere trekkes tilbake.[25]

6.2.3 Samtykkekompetanse på vegne av barn

Vanligvis kan en bare samtykke til behandling av personopplysninger på vegne av seg selv. Når det skal registreres opplysninger om en person som ikke er samtykkekompetent, enten på grunn av alder eller psykisk tilstand, blir spørsmålet hvem, om noen, som kan samtykke på vegne av vedkommende. Forordningen regulerer ikke hvem som samtykker på vegne av personer uten samtykkekompetanse. De nasjonale reglene kommer dermed til anvendelse.

Både vergemålsloven og barneloven inneholder regler om samtykke på vegne av barn. Spørsmålet blir dermed hvilken av lovene som regulerer samtykkekompetanse til behandling av personopplysninger på vegne av barn. Her er gjeldende rett uavklart.[26] Spørsmålet avklares heller ikke i forarbeidene til personopplysningsloven som både viser til bestemmelsene i vergemålsloven og til bestemmelsene i barneloven.[27]

Vergemålslovens forarbeider slår fast at samtykke til behandling av personopplysninger er en rettslig handling, og dermed omfattet av regelen i § 9: «En mindreårig kan ikke selv foreta rettslige handlinger […], med mindre noe annet er særlig bestemt».[28]

For mindreårige gjelder imidlertid vergemålsloven bare i den utstrekning kompetansen ikke omfattes av foreldreansvaret etter barneloven.[29] Barneloven § 30 gir foreldrene rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i «personlige forhold».

En mulig tolkning av regelverket er at barnelovens regler gjelder der samtykke til behandling av personopplysninger regnes som en avgjørelse om «personlige forhold», mens vergemålslovens regler ellers kommer til anvendelse.

Beslutning om behandling av personopplysninger der det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn, vil antagelig i de fleste tilfeller regnes som en avgjørelse om «personlige forhold». Utvalget legger dermed til grunn at reglene i barneloven §§ 30 til 33 er styrende. Disse reglene omtales nærmere nedenfor i punkt 6.3.

Den gamle personopplysningsloven § 11 tredje ledd inneholdt en regel om at personopplysninger om barn ikke skal behandles på en måte som er uforsvarlig av hensyn til barnets beste. I forarbeidene til gjeldende personopplysningslov skriver departementet at det «ikke kan se at forordningen åpner for en slik generell regel om behandling av barns personopplysninger».[30] Regelen er dermed ikke videreført i gjeldende personopplysningslov. Etter Grunnloven § 104 andre ledd skal barnets beste likevel være et grunnleggende hensyn i alle handlinger og avgjørelser som berører barn. Dette grunnleggende prinsippet følger også av barnekonvensjonen

[20] Skullerud m. fl. (2018), s. 66.
[21] Jf. personvernforordningen fortalepunkt 42.
[22] Jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 4.
[23] Jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 1.
[24] Jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 2.
[25] Jf. personvernforordningen artikkel 7 nr. 3.
[26] Datatilsynet opererer med en regel om at barn på 15 år selv kan samtykke til behandling av personopplysninger. Dette bygger Datatilsynet på en tolkning av reglene i barneloven om barns gradvise medbestemmelse og selvbestemmelse.
[27] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 95.
[28] Ot.prp. nr. 110 (2008–2009), merknader til § 9.
[29] Vergemålsloven § 1 første ledd siste punktum.
[30] Prop. 56 LS (2017–2018), s. 99.

artikkel 3, som etter menneskerettsloven § 3 jf. § 2 nr. 4 ved motstrid går foran annen lovgivning.

6.2.4 Barns samtykke i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester, herunder sosiale medier

I forordningen artikkel 8 fastsettes det en særlig grense for barns samtykke i forbindelse med tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til barn.

Informasjonssamfunnstjenester er i forordningen artikkel 4 nr. 25 definert som «en tjeneste som definert i artikkel 1 nr. 1 bokstav b) i europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/1535». Litt forenklet kan informasjonssamfunnstjenester defineres som tjenester som formidles elektronisk på individuell forespørsel fra en tjenestemottaker.[31]

I personopplysningslovens forarbeider legger departementet til grunn at informasjonssamfunnstjenester blant annet omfatter sosiale medier.[32] Etter forordningen artikkel 8 settes aldersgrensen til 16 år, men bestemmelsen åpner for at det i nasjonal rett fastsettes en lavere aldersgrense, forutsatt at den ikke er lavere enn 13 år. Stortinget har vedtatt en aldersgrense på 13 år, jf. personopplysningsloven § 5. I forarbeidene til loven begrunner departementet dette med at det i størst grad ivaretar hensynet til barnets selvbestemmelsesrett, i tillegg til at en slik regel videreføre tidligere praksis på området.[33] Departementet viser til at Datatilsynet har praktisert en regel om at barn på 13 år selv kan samtykke til slike tjenester. Medietilsynet uttalte i høringen at hensynet til barns medbestemmelsesrett i barneloven § 31, barns rett til ytringsfrihet og informasjonstilgang i barnekonvensjonen artikkel 13 og retten til å si sin mening etter konvensjonens artikkel 12, alle taler for en 13-årsgrense.[34]

I forarbeidene til personopplysningsloven legger departementet til grunn at bestemmelsene i forordningen artikkel 8 må forstås slik at den ikke gjelder samtykke til behandling av særlige kategorier personopplysninger, jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav a.[35] Barns adgang til å samtykke til behandling av særlige kategorier av personopplysninger må altså vurderes etter de alminnelige reglene om samtykke. Bestemmelsen gjelder samtykke til «tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til barn». Rekkevidden av denne samtykkekompetansen fremstår noe uklar. En leverandør av sosiale medier-tjenester behandler personopplysninger som brukerne oppgir i forbindelse med opprettelse av kontoen, men også personopplysninger som deles senere, i form av «likes», emneknagger, skriftlige samtaler på mediets flater og annen aktivitet over internett.

Utvalget legger til grunn at personopplysningsloven § 5, jf. forordningen artikkel 8 ikke blir bestemmende for barns samtykkekompetanse til deling av bilder, film og lydopptak av seg selv på sosiale medier.

6.3 Foreldreansvar, medbestemmelse og selvbestemmelsesrett

6.3.1 Innledning

Ofte vil det å publisere bilder, film, lydopptak eller andre personopplysninger om andre kreve et samtykke fra den det gjelder. Også å ta bilder, film eller lydopptak kan etter omstendighetene kreve samtykke, hvis dette regnes som behandling av personopplysninger. For bilder og andre personopplysninger om barn, er spørsmålet i hvilken utstrekning barnet selv kan samtykke, i hvilken utstrekning barnet har rett til å bli hørt før foreldre eller foresatte treffer en avgjørelse, og om det er andre begrensninger i foreldrenes samtykkekompetanse. Der samtykkekompetansen ligger hos andre enn barnet selv, for eksempel foreldre eller foresatte, må disse likevel respektere barnets rett til et privatliv, barnets personlige integritet, samt barnets rett til å ytre seg dersom barnet ønsker det. Krenkelser av barnets privatliv kan være straffbart etter straffeloven § 267, også for foreldre.

---

31 Definisjonen lyder i dansk versjon:

«Enhver tjeneste i informationssamfundet, dvs. enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling, og som teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager.

Med henblik på denne definition forstås ved:

i) «teleformidling»: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig

ii) «ad elektronisk vej»: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler

iii) «på individuel anmodning fra en tjenestemodtager»: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning.»

32 Prop. 56 LS (2017–2018), s. 96.

33 Prop. 56 LS (2017–2018), s. 99.

34 Prop. 56 LS (2017–2018), s. 98.

35 Prop. 56 LS (2017–2018), s. 99.

6.3.2 Foreldrenes bestemmelsesrett

Utgangspunktet er at den som har foreldreansvaret har rett og plikt til å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold, jf. barneloven § 30 første ledd andre punktum. Dette må imidlertid skje innenfor de grensene som §§ 31 til 33 setter.

Avgjørelser om personlige forhold omfatter i utgangspunktet alle de avgjørelser som ikke gjelder rettslige eller økonomiske spørsmål og som derfor faller utenfor vergemålet etter vergemålsloven. Når det gjelder samtykke til at det tas og publiseres bilder og andre personopplysninger om barn, regnes dette som nevnt ovenfor i punkt 6.2.3 antagelig i de fleste tilfeller som en avgjørelse om «personlige forhold». Det vil si at de som har foreldreansvar som utgangspunkt har rett til å samtykke og også til å nekte.

Foreldrenes bestemmelsesrett er ikke absolutt. Foreldreansvaret må utøves med barnas interesser og behov for øye, jf. § 30 første ledd siste punktum. At bestemmelsesretten må utøves ut fra barnets interesser og behov, gjelder også ved spørsmål om samtykke til at det tas og deles bilder og andre personopplysninger om barn. Det følger derfor allerede av barneloven § 30 og foreldrenes omsorgsplikt at foreldrenes beslutning om å samtykke eller ikke samtykke til at andre tar og offentliggjør bilder og andre opplysninger om barna må ivareta hensynet til barnets beste. Dette er også i tråd med prinsippet om barnets beste slik det fremgår av barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104. Dersom barnet selv ikke ønsker at det tas eller publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet, bør foreldrene respektere det. Barnets nektelseskompetanse er nærmere omtalt nedenfor i punkt 6.3.5. En krenkelse av barnets privatliv kan som nevnt også være straffbart etter straffeloven § 267, se nærmere punkt 10.3.4.5.

Foreldrenes bestemmelsesrett er videre begrenset av konkrete regler som har til formål å verne om barnets interesser – herunder regler om barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett, jf. punkt 6.3.3 og 6.3.4. Det å nekte et barn å uttales seg, kan også være et inngrep i barnets ytringsfrihet.

En ytterligere begrensing fremkommer av barneloven § 30 tredje ledd som bestemmer at barn ikke skal bli utsatt for vold, eller på annet vis bli behandlet slik at den fysiske eller psykiske helsen blir utsatt for skade eller fare.

6.3.3 Barns medbestemmelsesrett

Barnets rett til å bli hørt følger av Grunnloven § 104, barnekonvensjonen artikkel 12, barneloven § 31, forvaltningsloven[36] § 17 og flere bestemmelser i særlovgivningen. Barneloven § 31 omhandler barns medbestemmelsesrett. Etter hvert som barnet blir i stand til å danne egne synspunkt om en sak, skal foreldrene høre hva barnet har å si før det tas avgjørelse om personlige forhold for barnet. De skal legge vekt på barnets mening alt etter hvor gammelt og modent barnet er. Av barneloven § 31 andre ledd fremgår det at barn som er fylt sju år, og yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkt, skal få informasjon og mulighet til å si sin mening før det blir tatt avgjørelse om personlige forhold for barnet. Barnets mening skal bli tillagt vekt etter alder og modenhet. Når barnet er fylt 12 år, skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Dette gjelder også ved spørsmål om det å ta og publisere bilder, film og lydopptak – for eksempel der barnet selv ønsker å ytre seg gjennom publisering av bilder.

FNs barnekomité har gitt generelle kommentarer om forståelsen av FNs barnekonvensjon artikkel 12, der de blant annet konkretiserer betydningen av at barnets synspunkter skal tillegges vekt «i samsvar med dets alder og modenhet».[37] Barnekomiteen understreker at barnets alder ikke alene er avgjørende for hvilken betydning som skal tillegges et barns synspunkter.[38] Dette er fordi et barns evne til å forstå ikke bare er en funksjon av barnets biologiske alder. Opplysning, erfaringer, miljø, sosiale og kulturelle forventninger og grad av støtte og veiledning, bidrar også til å utvikle et barns evne til å danne seg egne synspunkter.[39] «Modenhet» i artikkel 12 viser til barnets evne til å gi uttrykk for sine synspunkter i en sak, på en fornuftig og selvstendig måte.[40]

6.3.4 Barnets selvbestemmelsesrett

Av barneloven § 33 fremgår det at foreldrene skal gi barnet stadig større selvråderett med alderen fram til det fyller 18 år. Ordlyden tilsier at barnets selvbestemmelsesrett skal utvikles gradvis. Bestemmelsen åpner videre for at beslutnings-

[36] Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
[37] FNs barnekomité (2009).
[38] FNs barnekomité (2009), avsnitt 29.
[39] FNs barnekomité (2009), avsnitt 29.
[40] FNs barnekomité (2009), avsnitt 30.

kompetansen kan tillegges barnet alene. Bestemmelsen er noe vag, noe som også påpekes i lovens forarbeider.[41] Det er opp til foreldrene å avgjøre hva barnet selv skal få bestemme, og det føres ingen kontroll med foreldrenes avgjørelse. Det finnes heller ingen konfliktløsningsinstans som kan ta stilling i slike spørsmål.[42] I lovens forarbeider vektla departementet at selv om bestemmelsen kan være vanskelig å bruke som et klart argument i konkrete konflikter, gir bestemmelsen uttrykk for et verdifullt prinsipp, og at den slik kan bidra i en holdningsskapende prosess.[43] Regelen fremhever det syn at når barnet har tilstrekkelig modenhet og forståelse til selv å avveie fordeler og ulemper, har det selv rett til å treffe beslutninger.[44]

Prinsippet om selvbestemmelse har gitt seg utslag i flere bestemmelser i særlovgivningen, hvor barnet er gitt selvstendig beslutningskompetanse på visse områder. Aldersgrensene avhenger av typen avgjørelse. Slike bestemmelser kan tjene som analogi for når selvbestemmelsesretten etter barneloven § 33 normalt skal inntre på lignende områder som ikke er lovregulert.[45]

Barn har selvbestemmelsesrett i saker om utdanning og medlemskap i foreninger fra fylte 15 år, jf. barneloven § 32. Tilsvarende aldersgrense gjelder for barns innmelding i kirke- og trossamfunn, jf. kirkeloven[46] § 3 nr. 6 og lov om trossamfunn[47] § 3. Lovgiver har altså vurdert at barn ved fylte 15 år normalt er modne nok til å ta standpunkt til slike beslutninger på egen hånd.[48] Barneloven § 32 må imidlertid ikke forstås slik at foreldrene alltid bestemmer i spørsmål om utdanning og foreninger fram til barnet er 15 år. Dette må vurderes konkret i lys av barnets alder og modenhet.[49] Også i helseretten finner man eksempler på at barns selvbestemmelsesrett er uttrykkelig regulert. Barn over 16 år kan som hovedregel samtykke til helsehjelp, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 første ledd bokstav b. I noen tilfeller kan også barn fra fylte 12 år samtykke til helsehjelp, jf. § 4-3 første ledd bokstav c. Etter helseforskningsloven[50] § 17 første ledd bokstav b har mindreårige over 16 år som hovedregel samtykkekompetanse til deltakelse i medisinsk og helsefaglig forskning.

Også etter barnevernloven[51] finner man eksempler på at barnets rett til selvbestemmelse er regulert. Barn over 15 år kan alene samtykke til tilbakehold i institusjon, jf. barnevernloven § 4-26. Et barn kan videre opptre som part i en sak og gjøre partsrettigheter gjeldende dersom det har fylt 15 år og forstår hva saken gjelder, jf. barnevernloven § 6-3 andre ledd. Barn under 15 år kan også i visse andre tilfeller ha partsrettigheter etter bestemmelsen. Dersom barnet er over 15 år og har partsrettigheter, jf. barnevernloven § 6-3, er også barnets samtykke nødvendig for at frivillige tiltak etter barnevernloven § 4-4 skal kunne iverksettes. At barnet kan utøve selvstendige partsrettigheter innebærer at barnet selv kan søke om hjelpetiltak etter loven. Barnevernloven § 4-4 inneholder imidlertid ingen særskilt hjemmel til å plassere barnet utenfor hjemmet på grunnlag av barnets samtykke alene, dersom foreldrene ikke samtykker, slik som lovens § 4-26 om plassering i institusjon på grunnlag av eget samtykke.

I personopplysningsloven er samtykke ett av flere grunnlag for behandling av personopplysninger. Loven inneholder imidlertid ingen nærmere angivelse av barns samtykkekompetanse bortsett fra når det gjelder samtykke i forbindelse med informasjonssamfunnstjenester, jf. personopplysningsloven § 5.[52]

Datatilsynet tolker gjeldende regelverk slik at barnet som hovedregel kan samtykke til behandling av personopplysninger fra fylte 15 år.[53] Utvalget antar at dette bygger på en tolkning av barneloven § 33. Likevel oppstiller Datatilsynet unntak for samtykke til behandling av sensitive opplysninger. Slike opplysninger kan kun behandles med foreldrenes samtykke fram til fylte 18 år.[54] Dette gjelder likevel ikke dersom spesiallovgivningen setter andre aldersgrenser, slik for eksempel helseregisterloven[55] har egne regler og aldersgren-

41 Ot.prp. nr. 62 (1979–1980), s. 20.
42 Bendiksen & Haugli (2015), s. 86.
43 Ot.prp. nr. 62 (1979–1980), s. 20.
44 Bendiksen & Haugli (2015), s. 86.
45 Smith (2011), s. 114.
46 Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).
47 Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trudomssamfunn og ymist anna (lov om trossamfunn).
48 Jf. Ot.prp. no. 10 (1890), ad. § 22. Nyere lovforarbeider viser tilbake til denne lovendringen.
49 NOU 1977: 35, kapittel VI, merknad til § 33 (vedtatt som § 32).
50 Lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning (helseforskningsloven).
51 Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven).
52 Bruk av nettjenester og applikasjoner, herunder ulike sosiale medier, er særskilt regulert i personvernforordningen artikkel 8 (kalt informasjonssamfunnstjenester i lovteksten). I Norge er aldersgrensa for å samtykke til bruk av denne typen tjenester satt til 13 år. Dersom barnet er under 13 år, må de foresatte samtykke til bruken av tjenesten.
53 Datatilsynet (2018b).
54 Datatilsynet (2018b).

ser for barns samtykke til behandling av helseopplysninger.

Dette kan tale for at man tar utgangspunkt i at selvbestemmelsesretten normalt kan tre inn ved fylte 15 år når det gjelder beslutninger om behandling av personopplysninger der opplysningene ikke har noen særlig grad av sensitivitet. Barnets behov for beskyttelse av sitt privatliv tilsier at aldersgrensen bør heves i samsvar med graden av sensitivitet.[56] Ved publisering av sensitiv informasjon må den som har foreldreansvaret eller den som ønsker å innhente samtykke gjøre en vurdering ut fra barnets modenhet. Der det er snakk om samtykke til behandling av særlig sensitiv informasjon kan samtykkekompetansen ligge hos foreldrene helt fram til myndighetsalder.[57]

6.3.5 Barnets nektelseskompetanse

Hvis barnet har selvbestemmelsesrett og er kompetent til å samtykke, er det også kompetent til å nekte å samtykke. Gode grunner tilsier imidlertid at nektelseskompetansen inntrer ved tidligere alder enn samtykkekompetansen, i alle fall når det gjelder offentliggjøring av bilder, film og lydopptak. Det krever mindre grad av modenhet for å vite at en ikke ønsker at et bilde skal offentliggjøres, enn å forstå de langsiktige konsekvensene av å offentliggjøre personopplysninger.[58] Konsekvensene og risikoen ved å nekte er normalt også langt mindre enn konsekvensene og risikoen ved å samtykke.[59] I kraft av selvbestemmelsesretten kan det derfor utledes en rett til å nekte der barnets modenhet og utvikling tilsier det. En slik forståelse harmonerer også best med medbestemmelsesretten etter både barneloven § 31, barnekonvensjonen artikkel 12 og Grunnloven § 104 som krever at barnets mening blir tillagt vekt i overenstemmelse med alder og utvikling. Det er også i tråd med prinsippet om barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3 og Grunnloven § 104 og med bestemmelsen i barneloven § 30 første ledd siste punktum som sier at foreldreansvaret må utøves med barnas interesser og behov for øye.

Etter dette legger utvalget til grunn at barnet har en rett til å nekte foreldrene å samtykke når barnet er i stand til å forstå at det ikke ønsker at det publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet. Barnet vil på samme måte ha rett til å nekte at det tas bilder, film og lydopptak, i de tilfellene der dette krever samtykke. Siden barns kompetanse til å samtykke til behandling av personopplysninger normalt inntrer rundt fylte 15 år,[60] må nektelseskompetansen inntre en god stund før dette.[61] Selv relativt små barn i barnehagealder kan ha bestemte meninger om at de ikke ønsker å fotograferes eller filmes og at de ikke ønsker deling eller publisering av slikt materiale.

6.3.6 Samtykke fra én eller begge foreldre

6.3.6.1 Der én av foreldrene har foreldreansvaret

Det er «dei som har foreldreansvaret» som har rett og plikt til å fatte beslutninger for barnet, jf. barnelova § 30 første ledd, første og andre punktum.

Der kun én av foreldrene har foreldreansvar, er det denne forelderen som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barnet. Den andre forelderen har som utgangspunkt ikke kompetanse til å avgi gyldig samtykke. Samværsforelder kan imidlertid fatte avgjørelser som gjelder «omsuta for barnet under samvær», jf. barneloven § 42 andre ledd. Dagligdagse avgjørelser som mat, påkledning, døgnrytme, samvær med venner, stell med videre, tas altså av den som til enhver tid har den faktiske omsorgen for barnet. Spørsmålet blir om det å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barnet i noen tilfeller kan falle inn under denne dagligdagse omsorgen. Utvalget legger til grunn at den som til enhver tid har den faktiske omsorgen for barnet normalt kan samtykke til at det tas bilder, film og lydopptak av barnet. Hvem som kan samtykke til publisering må avgjøres konkret i den enkelte situasjonen.

6.3.6.2 Der foreldrene har felles foreldreansvar

Der foreldrene har felles foreldreansvar stiller det seg annerledes. I barnelova § 30 første ledd, tredje punktum, heter det at «[h]ar foreldrene sams foreldreansvar, skal dei ta avgjerdene saman». Utgangspunktet er altså at foreldrene må være enige om de beslutninger som skal tas.

Når foreldrene bor sammen, medfører felles foreldreansvar at de forpliktelsene og rettighetene

---

55 Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven).

56 Nylander (2018), s. 23.

57 Dette har fått tilslutning i teorien se for eksempel Hovlid (2015), s. 175 og Grønvold & Hendis (2014), s. 73.

58 Smith (2011), s. 116.

59 Nylander (2018), s. 28.

60 Se punkt 6.3.4.

61 Nylander (2018), s. 29.

som foreldreansvaret innebærer, tilligger foreldrene i fellesskap. Rettslig sett har begge foreldrene ansvaret, uavhengig av hvordan de velger å fordele det seg imellom. Barneloven gir ingen regler om oppdeling av ansvar eller om at den ene kan representere begge.

Der foreldre har felles foreldreansvar, men ikke bor sammen, deles bestemmelsesretten i tre.[62]

1. De største og viktigste avgjørelsene må tas i fellesskap. Det vil si store avgjørelser i barnets liv som ikke gjelder dagliglivet. Her har foreldrene beslutningsmyndigheten sammen i kraft av det felles foreldreansvaret. Det gjelder vergemål, valg av type skole, religion, navnespørsmål, samtykke til adopsjon, utstedelse av pass.[63]
2. Andre større avgjørelser om dagliglivet tilligger den barnet bor fast sammen med. En forelder som ikke bor sammen med barnet kan ikke motsette seg at den barnet bor med tar avgjørelser som gjelder vesentlige sider ved omsorgen for barnet, jf. barneloven § 37. Loven nevner spørsmålet om barnet skal være i barnehage, og hvor i landet barnet skal bo. Som eksempel på andre større avgjørelser om dagliglivet nevner forarbeidene spørsmål om fritidssysler, som valg av type aktiviteter i et idrettslag, og skolefritidsordning.[64] Den barnet bor hos kan også treffe mindre avgjørelser som angår dagliglivet hos denne forelderen. Hvis barnet har delt bosted, har begge foreldrene de rettigheter og plikter som følger av å være bostedsforelder. De må i så fall enten være enige om de avgjørelsene som gjelder vesentlige sider av omsorgen, eller de kan avtale å dele bestemmelsesretten mellom seg.[65]
3. De mer dagligdagse spørsmålene avgjør den som til enhver tid er sammen med barnet. Bestemmelsesretten angående den daglige omsorgen, typiske dagligdagse avgjørelser som mat, påkledning og samvær med venner, har altså den som på gjeldende tidspunkt har den faktiske omsorgen for barnet. Det vil være bostedsforelderen når barnet er hos denne og samværsforelderen når det utøves samvær, jf. barneloven § 42 andre ledd andre punktum.[66]

Spørsmålet blir så hvem som har kompetanse til å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barnet.

Dersom foreldrene bor sammen blir spørsmålet om den ene forelderen kan representere begge, eller om samtykke må innhentes fra begge foreldrene. Utvalget har ikke funnet at det foreligger noe klart svar på dette spørsmålet. Det er ikke uttrykkelig regulert i barneloven. Der foreldre har felles foreldreansvar og bor sammen, kan en antagelig gå ut i fra at en forelder kan representere begge og samtykke på vegne av begge foreldrene. I alle fall når det kommer til spørsmål om behandling av personopplysninger i form av å ta eller publisere bilder, film eller lydopptak, og der den som innhenter samtykket ikke har noen grunn til å tro at det er uenighet mellom foreldrene. Andre steder i lovverket ser man at spørsmål om hvem som kan samtykke på vegne av barn er uttrykkelig regulert. Når det gjelder samtykke til helsehjelp er dette for eksempel uttrykkelig regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 som blant annet regulerer når det er nødvendig med samtykke fra begge foreldre.

Dersom foreldrene ikke bor sammen, beror vurderingen på om det å gi samtykke må anses som (1) en stor avgjørelse som ikke gjelder dagliglivet, (2) en større avgjørelse om vesentlige sider ved omsorgen eller (3) en avgjørelse om den daglige omsorgen. Behandling og deling av personopplysninger om et barn kan ha ulike konsekvenser avhengig av konteksten. Det er forskjell på få sitt bilde publisert i skolekatalogen og å få sin barnevernssak omtalt offentlig med navn og bilde. Hvorvidt det er nødvendig å innhente samtykke fra begge foreldre må avgjøres konkret i den enkelte situasjon. Anses det som en stor avgjørelse som ikke gjelder dagliglivet må samtykke innhentes fra begge foreldre. Anses det som en avgjørelse som gjelder vesentlige sider ved omsorgen, må samtykke innhentes fra bostedsforelderen eller bostedsforeldrene. Heller ikke her fremkommer det klart av barneloven om en må innhente samtykke fra begge foreldre der det er to bostedsforeldre. Antagelig må en innhente samtykke fra begge foreldrene i slike situasjoner. Anses det som en avgjørelse i den daglige omsorgen, kan samtykke innhentes fra den som har den faktiske omsorgen for barnet på det gjeldende tidspunktet.

---

62 Bendiksen & Haugli (2015), s. 99.
63 Sandberg (2018), note 93.
64 Ot.prp. nr. 56 (1996–1997), s. 54–55.
65 Ot.prp. nr. 56 (1996–1997), s. 83.
66 Ot.prp. nr. 56 (1996–1997), s. 55–56.

6.3.7 Fratatt foreldreansvar eller omsorgsovertakelse

6.3.7.1 Innledning

Hvem som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn avhenger av hvem som har foreldreansvaret, og hvem som har de ulike delene av omsorgsansvaret for barnet dersom det har skjedd en omsorgsovertakelse. Der barnevernet har overtatt omsorgen for et barn blir ansvaret for og retten til å bestemme over barnet delt mellom barneverntjenesten, fosterforeldrene/institusjon og foreldrene, med mindre foreldreansvaret er fratatt foreldrene av fylkesnemnda eller domstolen. Nedenfor gjøres det rede for hvem som har ansvaret og den daglige omsorgen for barn i fosterhjem og barneverninstitusjon. Hvem som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn som bor i fosterhjem og i barneverninstitusjon omtales i punkt 6.3.7.4.

6.3.7.2 Fratatt foreldreansvar

Dersom foreldrene fratas foreldreansvaret opphører samtidig det rettslige grunnlaget for utøvelse av bestemmelsesretten som følger av foreldreansvaret. I slike situasjoner må det oppnevnes verge for barnet og beslutningskompetansen må hjemles i vergemålsloven, jf. barnevernloven § 4-20 første ledd. Ved adopsjon overtar adoptivforeldrene foreldreansvaret for barnet, jf. adopsjonsloven § 24, jf. barneloven §§ 2 og 3.

6.3.7.3 Ansvaret og den daglige omsorgen for barn i fosterhjem og institusjon

Foreldreansvaret etter barneloven § 30 innebærer både en omsorgsplikt, en bestemmelsesrett og en bestemmelsesplikt.[67] Bestemmelsesretten begrenses blant annet av barnets medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett. Dette er omtalt nærmere i punkt 6.3.3 og 6.3.4. Der barnet bor hos sine foreldre, er det foreldrene som har det fulle ansvaret for barnet, og de ulike delene av foreldreansvaret glir over i hverandre.

For barn i fosterhjem er dette annerledes. Der barn plasseres i fosterhjem som et frivillig hjelpetiltak med foreldrenes samtykke, jf. barnevernloven § 4-4 sjette ledd, utøver fosterforeldrene den daglige omsorgen på vegne av foreldrene, mens foreldrene beholder foreldreansvaret og det øvrige omsorgsansvaret for barnet. Dette innebærer blant annet at barneverntjenesten ikke kan regulere foreldrenes bestemmelsesrett over barnet. Likevel er det klart at en del foreldrefunksjoner som gjelder barnets daglige liv må ivaretas av fosterforeldrene, men dette skal i så stor grad som mulig skje i samarbeid med foreldrene.[68]

I andre tilfeller overtar barneverntjenesten omsorgsansvaret for barnet. En omsorgsovertagelse får betydning for innholdet i og utøvelsen av foreldreansvaret.[69] Foreldrene har fortsatt foreldreansvaret, men siden barnet ikke lenger skal bo sammen med foreldrene, begrenses både omsorgsplikten, bestemmelsesretten og bestemmelsesplikten.[70] Foreldrenes omsorgsplikt begrenses ved at de ikke lenger har plikt til å gi «omsut og omtanke» slik barneloven § 30 fastslår.

Foreldrenes bestemmelsesrett og -plikt blir også begrenset. Ansvaret for og retten til å bestemme over fosterbarnet blir etter en omsorgsovertakelse tredelt mellom barneverntjenesten, fosterforeldrene og foreldrene, med mindre dette er fratatt foreldrene av fylkesnemnda eller domstolen. Tredelingen innebærer at dagligdagse avgjørelser tas av fosterforeldrene, enkelte mer omfattende avgjørelser tas av barneverntjenesten og mer vesentlige spørsmål avgjøres av foreldrene.[71]

- Vesentlige spørsmål avgjøres av foreldrene: Retten til å samtykke til adopsjon, spørsmål om navneendringer og større religiøse spørsmål er eksempler på bestemmelsesmyndighet som foreldrene fortsatt har i behold.[72] Videre har foreldrene rett til informasjon om og til dels avgjørelsesmyndighet i spørsmål om barnets skolegang. I praksis vil foreldrenes bestemmelsesrett imidlertid kunne bli svært begrenset, blant annet som følge av barns med- og selvbestemmelsesrett, unntakshjemler i lovene eller manglende valgmuligheter, eksempelvis for skolegang.[73]
- Enkelte omfattende avgjørelser tas av barneverntjenesten: Spørsmål om barnet midlertidig skal bo hos andre enn fosterforeldrene og spørsmål om besøk av lengre varighet, er eksempler på avgjørelser som tilligger barneverntjenesten.[74] Barnevernstjenesten er videre tillagt myndighet til å ta avgjørelser for

[67] Bendiksen & Haugli (2015), s. 79.

[68] Barne- og likestillingsdepartementet (2016), s. 22.

[69] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

[70] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

[71] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

[72] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

[73] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213–214.

[74] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

barnet i enkelte særlover, for eksempel om valg av fastlege, større medisinske inngrep og utstedelse av pass.[75] Barnevernstjenesten kan også bestemme at fosterforeldrene skal avgjøre andre spørsmål enn de som gjelder den daglige omsorgen, jf. barnevernloven § 4-18. Forarbeidene gir ikke eksempler på hva det kan dreie seg om, men det fremgår av forarbeidene at bestemmelsen er naturlig å bruke for fosterforeldre som har hatt barnet hos seg en viss tid og har vist seg godt skikket til å treffe avgjørelser for barnet.[76]

- Dagligdagse avgjørelser tas av fosterforeldrene: Av barnevernloven § 4-18 første ledd fremgår det at omsorgsovertakelsen innebærer at omsorgen for barnet går over på barneverntjenesten, og at fosterforeldrene eller institusjonen der barnet bor, skal «utøve den daglige omsorgen» på vegne av barneverntjenesten. Dette innebærer at fosterforeldrene for eksempel må kunne ta avgjørelser knyttet til den generelle oppdragelsen, vanlig oppfølging av skole eller tiltak ved sykdom.[77]

Barneombudet har i sin rapport «Grenseløs omsorg» påpekt at dette systemet med ansvarsdelingen mellom foreldre, fosterforeldre og barnevern fører til uklarhet på to punkter.[78] Det er ikke avklart hvilken myndighet som ligger i å utøve den daglige omsorgen. Samtidig avklares det sjelden hvilke deler av omsorgsansvaret fosterhjemmet skal overta. Begge deler kan variere utfra barnets situasjon. Den uavklarte situasjonen skaper utfordringer for rettssikkerheten både for barnet og for fosterforeldrene. Barneombudet skriver at fosterhjemmene har i oppdrag å være mest mulig som en vanlig familie for barna og har, på lik linje med foreldre, en plikt til å passe på barnet og sette grenser for barnet. Omsorgsplikten begrenses av barnets rett til selvbestemmelse og beskyttelse av barnets personlige integritet. Barneombudet påpeker at det i praksis oppstår mange spørsmål om hvor grensene skal gå.[79]

Det kan fattes vedtak om plassering i barneverninstitusjon på ulike grunnlag. Plasseringen kan være et frivillig hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4 sjette ledd uten at det gjøres en omsorgsovertakelse, jf. barnevernloven § 4-12. Da beholder foreldrene foreldreansvaret, inkludert omsorgsansvaret for barnet, mens institusjonen utøver den daglige omsorgen på vegne av foreldrene. Dette innebærer blant annet at barneverntjenesten ikke kan regulere foreldrenes bestemmelsesrett over barnet. Likevel er det klart at en del foreldrefunksjoner som gjelder barnets daglige liv må ivaretas av den institusjonen som barnet er plassert hos, men dette skal i så stor grad som mulig skje i samarbeid med foreldrene.[80]

Der barn plasseres i en barneverninstitusjon etter en omsorgsovertakelse deles ansvaret for barnet mellom foreldrene, barnevernet og institusjonen. Omsorgen går da over på barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 4-18. På vegne av barneverntjenesten skal den institusjon der barnet bor utøve den daglige omsorgen. Hvilken myndighet som overføres til den kommunale barneverntjenesten og til barneverninstitusjonen når det gjelder kompetanse til å bestemme eller samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barnet, er i likhet med situasjonen for barn i fosterhjem, noe uklar.

Barnevernlovutvalget foreslo i NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse* at innholdet i omsorgsansvaret og foreldreansvaret etter en omsorgsovertakelse presiseres i loven, jf. utvalgets forslag til ny barnevernlov § 24. Forslaget til ny barnevernlov § 24 *om omsorgsansvar og foreldreansvar etter omsorgsovertakelse,* omtaler ansvarsdelingen mellom barneverntjenesten, fosterforeldre eller institusjon og barnets foreldre etter en omsorgsovertakelse. Barnevernlovutvalget skrev at forslaget på disse punktene innholdsmessig er i tråd med gjeldende rett.

Barneverntjenesten skal etter forslaget ha omsorgsansvaret for barnet. Til omsorgsansvaret hører avgjørelser om «vesentlige sider av omsorgen for barnet». Eksempler som nevnes er spørsmålet om barnet skal være i barnehage, hvor i landet barnet skal bo, fritidssysler, skolefritidsordning og lignende, samt ansvar som er tillagt barnevernstjenesten etter andre lover. Fosterforeldrene eller institusjonen der barnet bor skal etter forslaget utøve omsorgen på vegne av barnevernstjenesten, innenfor de rammene barnevernstjenesten fastsetter. Det presiseres videre at foreldrene skal ha foreldreansvaret og ta avgjørelser som gjelder barnets «grunnleggende personlige forhold». Eksempler som nevnes er vergemål,

[75] Se pasient- og brukerrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd, forskrift om pasientrettigheter mv., fastlege § 5 og lov 19. juni 1997 nr. 82 om pass § 4 første ledd siste setning.

[76] Ot.prp. nr. 44 (1991–1992), del 4 merknader til § 4-18.

[77] Bendiksen & Haugli (2015), s. 213.

[78] Barneombudet (2015), s. 60.

[79] Barneombudet (2015), s. 60.

[80] Barne- og likestillingsdepartementet (2016), s. 22.

valg av type skole, endring av navn, samtykke til adopsjon og innmelding i trossamfunn.

6.3.7.4 Hvem kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av et barn som bor i fosterhjem og barneverninstitusjon?

Spørsmålet blir så hvem som har ansvaret for og retten til å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn som bor i fosterhjem eller på barneverninstitusjon. Barnets rett til å bli hørt og barnets rett til selv å bestemme eller samtykke når det er gammelt nok, er den samme som for andre barn. Noen ganger er barnet så modent og i en slik alder at det har selvbestemmelsesrett og kan samtykke selv. Se nærmere om barns rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i punkt 6.3.3 og 6.3.4. Se videre om barnets nektelseskompetanse i punkt 6.3.5.

Der barn plasseres i fosterhjem eller barneverninstitusjon med samtykke, jf. barnevernloven § 4-4 sjette ledd, utøver fosterforeldrene/barneverninstitusjonen den daglige omsorgen på vegne av foreldrene, mens foreldrene beholder foreldreansvaret og det øvrige omsorgsansvaret for barnet. Det fremstår uklart om fosterforeldrene/barneverninstitusjonen kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet. Dette må antagelig bero på hvilke avtaler som er gjort med foreldrene.

Hvilken myndighet som overføres til barneverntjenesten og til fosterforeldre eller barneverninstitusjon når foreldrene mister omsorgen kan også synes noe uklart. Hvem skal for eksempel samtykke når skolen ber om samtykke til at det kan tas bilder og film av barna til ulike formål?

Gjeldende lovregulering og forslaget fra Barnevernlovutvalget om å presisere gjeldende rett er omtalt ovenfor i punkt 6.3.7.3. Etter dette vil kompetansen til å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barnet ligge hos foreldrene dersom beslutningen anses som en avgjørelse som gjelder barnets «grunnleggende personlige forhold».

Det kan argumenteres for at avgjørelser om vergemål, valg av type skole, endring av navn, samtykke til adopsjon og innmelding i trossamfunn omhandler forhold som er av en mer grunnleggende karakter enn spørsmål om samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av et barn. Samtidig er barns personvern en viktig og grunnleggende verdi, som foreldre kan ha berettigede synspunkter om. I noen tilfeller kan antagelig beslutningen om å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet være så alvorlig at samtykkekompetansen ligger hos foreldrene. Dette avhenger av en tolking av hva som kan sies å være avgjørelser om grunnleggende personlige forhold. Medieomtale av barnets barnevernssak vil for eksempel gjerne kunne karakteriseres som en avgjørelse om grunnleggende personlige forhold. Foreldrene må imidlertid også i slike tilfeller ivareta barnets rett til medbestemmelse. Barnet vil kunne nekte foreldrene å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet. Dersom foreldre eller andre personer krenker barnets privatliv kan dette være straffbart etter straffeloven § 267.

Barnet vil også kunne samtykke selv når det er gammelt nok, jf. barneloven § 33, uavhengig av om foreldrene ønsker publisering eller ikke. Kravet til gyldig og informert samtykke er nærmere omtalt i punkt 6.1.3.

Dersom avgjørelsen ikke gjelder «grunnleggende personlige forhold», men «vesentlige sider av omsorgen for barnet», ligger kompetansen hos barneverntjenesten.

Dersom avgjørelsen om å ta eller dele bilder, film eller lydopptak av barnet regnes som å utøve den daglige omsorgen, ligger samtykkekompetansen hos fosterforeldre eller barneverninstitusjon. Mye taler for at samtykkekompetansen i de mer dagligdagse avgjørelsene ligger hos den som har den daglige omsorgen, for eksempel når det gjelder samtykke til skolen og barnehagens behandling av personopplysninger i form av å ta og publisere bilder, film og lydopptak av barn. Spørsmål om å samtykke til å være med på et bilde kan ofte komme opp i dagligdagse situasjoner, for eksempel på et idrettsarrangement eller i en barnehageavslutning. Den som har den daglige omsorgen for barnet er da gjerne til stede, og er da den som praktisk kan ta stilling til spørsmål som oppstår i situasjonen. Hensynet til barnets beste kan også tale for at kompetansen ligger hos den som har den daglige omsorgen for barnet – altså fosterforeldrene eller barneverninstitusjonen. Disse vil også kunne ivareta barnets rett til å bli hørt i den konkrete situasjonen. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har også i en tolkingsuttalelse lagt til grunn at det er de som har den daglige omsorgen for barnet som har samtykkekompetansen for eksempel ved spørsmål om samtykke til publisering av bilder fra barnehage, skole, idrettslag der det har funnet sted en omsorgsovertakelse.[81]

[81] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017b).

Den som samtykker på vegne av barnet skal ivareta barnets rett til medbestemmelse. Barnet kan selv samtykke når det er gammelt nok, jf. barneloven § 33, men vil også før denne tid kunne nekte fosterforeldrene, institusjonen eller barneverntjenesten å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film eller lydopptak av barnet. Barnets nektelseskompetanse er mer utdypende behandlet i punkt 6.3.5.

Åpenhetsutvalget mener det er uheldig at rettstilstanden er såpass uklar når det gjelder hvem som har samtykkekompetanse ved behandling av personopplysninger om barn som bor i fosterhjem eller på barneverninstitusjon. Det hadde vært en fordel om dette var klart regulert i lovverket. Utvalget anbefaler at dette reguleres tydelig i ny barnevernlov i tråd med utvalgets føringer i dette kapittelet.

6.4 Voksne med begrenset eller manglende samtykkekompetanse

6.4.1 Innledning

Det finnes mange bestemmelser som legger til grunn at en person har eller mangler samtykkekompetanse, men ingen lovregel som på generelt grunnlag bestemmer når samtykkekompetansen faller bort. Problemstillingen om manglende samtykkekompetanse for voksne oppstår særlig for personer som har nedsatt kognitiv funksjon som følge av sykdom, skade, psykisk utviklingshemning eller alderdom.

Tap av samtykkekompetanse når det gjelder det å ta og publisere bilder, film og lydopptak utgjør etter utvalgets mening et stort inngrep i personens ytringsfrihet. Det er derfor viktig at det gjøres gode og konkrete vurderinger av samtykkekompetansen i hvert enkelt tilfelle. Behovet for allmennhetens innsyn er stort i sektorer som behandler særlig sårbare pasienter og brukere.

Innenfor rammen av Åpenhetsutvalgets mandat er det først og fremst i helse- og omsorgssektoren at problemstillingen om voksne med begrenset eller manglende samtykkekompetanse oppstår. Dette er fordi de andre tre sektorene i all hovedsak har barn som sine brukere. For barn gjelder andre regler om samtykkekompetanse, som er beskrevet nærmere i punkt 6.3.

I det følgende redegjøres det kort for de gruppene voksne der samtykkekompetanse typisk er et tema, og for regelverket som gjelder for disse gruppenes samtykkekompetanse. Problemstillingen er imidlertid langt på vei ikke lovregulert. Hvem som har samtykkekompetanse til filming, fotografering og lydopptak av personer under vergemål diskuteres i punkt 6.4.4. Til slutt redegjøres det for virkningen av manglende samtykkekompetanse med hensyn til filming, fotografering og lydopptak, og offentliggjøring av slikt materiale fra helsesektoren.

6.4.2 Om de aktuelle gruppene

6.4.2.1 Personer med psykisk utviklingshemming

Personer med psykisk utviklingshemming er en svært heterogen gruppe, og deres samtykkekompetanse varierer tilsvarende stort. Syse beskrev dette i sin betenkning til Røkke-utvalget:

> «Enkelte psykiske utviklingshemmete er så vidt godt fungerende at de vil ha samtykkekompetanse på de langt fleste områder – på lik linje med andre mennesker – uten at den konkrete habiliteten trenger å bli utprøvet. I andre situasjoner som krever samtykke og der habiliteten er nedsatt, vil vurdering måtte baseres på vedkommendes *generelle habilitet* og den psykisk utviklingshemmedes *forståelse av den konkrete problemstillingen*. […] Enkelte psykisk utviklingshemmete fungerer så dårlig kognitivt at samtykke vanskelig kan tenkes utover at dagliglivets samhandling ligger innenfor vedkommendes «tåle-grense». Da vil slik samhandling måtte baseres på stilltiende samtykke. Når denne «tåle-grensen» overskrides eller det planlegges medisinske inngrep eller mer integritetskrenkende treningsopplegg, vil et gyldig samtykke ikke kunne gis av vedkommende selv.»[82]

Om personer med psykisk utviklingshemming kan samtykke til å bli fotografert, filmet eller gjort lydopptak av, og eventuell publisering av slikt materiale, må avgjøres konkret. Hva slags kvalitetskrav som skal stilles til et gyldig samtykke må bero på en samlet vurdering av forsvarlighet, en vurdering av den konkrete personens habilitet, handlingens karakter og graden av inngripen.[83]

Dersom det er oppnevnt en verge etter vergemålsloven, blir spørsmålet om kompetansen til å samtykke er overført til vergen. Dette er nærmere omtalt nedenfor i punkt 6.4.4.

---

[82] NOU 1991: 20, s. 220.
[83] NOU 1991: 20, s. 205.

6.4.2.2 *Personer med psykisk sykdom og personer med ruslidelser*

Det klare utgangspunkt er at personer med psykisk sykdom og/eller ruslidelser har samtykkekompetansen i behold, jf. pasient- og brukerrettighetsloven kapittel 4. Dette følger også av psykisk helsevernloven § 2-1 første ledd for personer som får helsehjelp etter denne loven. For de aller fleste personer med psykisk sykdom er samtykkekompetansen ikke påvirket. For enkelte kan likevel spesifikke sider av deres sykdom, eller de kognitive vanskene sykdommen gir seg utslag i, føre til at deres samtykkekompetanse må vurderes når spørsmål oppstår om fotografering, filming og lydopptak på steder der de mottar behandling. En slik vurdering må gjøres konkret i lys av personens evne til å forstå hva slik fotografering, filming eller lydopptak kan bety for vedkommende. For samtykke til helsehjelp er hovedregelen at hvis det er tvil, har personen samtykkekompetanse.[84] Dette er sannsynligvis også en god tommelfingerregel for samtykke til andre tiltak.

Hvis personen senere blir frisk eller får mindre uttalte symptomer, kan evnen til å samtykke også bli bedre. Dette illustrerer poenget med at vurderingen må gjøres konkret, en kan ikke bygge på gamle vurderinger eller vedtak. Kravene til informert samtykke og tilbakekall av samtykke er nærmere omtalt i punkt 6.1.3 og 6.1.4.

6.4.2.3 *Personer med demens*

Som for andre grupper skal samtykkekompetansen til personer med demens vurderes konkret for hver situasjon. En demensdiagnose er ikke ensbetydende med manglende samtykkekompetanse. Manglede samtykkekompetanse i relasjon til for eksempel økonomiske spørsmål innebærer ikke nødvendigvis manglende samtykkekompetanse i relasjon til inngripende helsehjelp.

Demens kjennetegnes av at den rammede gradvis blir dårligere, og innebærer blant annet en gradvis minskende evne til å ta til seg informasjon og vurdere denne.[85] Dermed får personer med demens etter hvert redusert samtykkekompetanse.[86] Hos eldre personer med demens er det en vesentlig høyere andel som ikke oppfyller kriterier for samtykkekompetanse sammenlignet med eldre personer uten demens.[87] Andelen uten samtykkekompetanse øker med økende alvorlighetsgrad.[88] Men samtykkekompetansen vil også kunne fluktuere med dagsform, slik at det vil måtte gjøres en løpende vurdering. Dette kan få konsekvenser for hvor ofte en bør gjennomføre nye vurderinger av samtykkekompetanse, også i relasjon til pågående tiltak pasienten allerede har samtykket til, da situasjonen kan endre seg.

Nordhus, Skjerve og Aasen (2006) skriver om hvordan kognitive og nevropsykologiske tester kan si noe om hvilke aspekter ved kognisjon som kan forutsi manglende samtykkekompetanse når det gjelder samtykke til helsehjelp og til å delta i forskning.[89] De understreker samtidig at et testresultat ikke kan stå alene som grunnlag for å vurdere spørsmålet om samtykkekompetanse.[90] Slike tester, som sier noe om kompetansen til å samtykke til helsehjelp, kan også ha relevans når kompetanse til å samtykke til behandling av personopplysninger eller publisering bilder, film og lydopptak skal vurderes. Vurderingen vil imidlertid ikke nødvendigvis være den samme, og må gjøres konkret.

Dersom det er oppnevnt en verge etter vergemålsloven, blir spørsmålet om kompetansen til å samtykke er overført til vergen. Det samme gjelder der det er gitt en fremtidsfullmakt jf. vergemålsloven kapittel 10. Dette er nærmere omtalt nedenfor i punkt 6.4.4.

6.4.3 Vurdering og tap av samtykkekompetanse

Pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd bestemmer når kompetansen til å samtykke til helsehjelp faller bort for voksne:

> «Samtykkekompetansen kan bortfalle helt eller delvis dersom pasienten på grunn av fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil demens eller psykisk utviklingshemning åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket innebærer.»

Samtykke til helsehjelp er ikke det samme som samtykke til å bli med i et TV-program eller til at sykehuset legger ut bilder av en pasient på sosiale medier. Vurderingen av hvorvidt en voksen person evner å ta gode avgjørelser på egne vegne kan likevel ha likhetstrekk i de to situasjonene. Hvordan pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 er for-

[84] Helsedirektoratet (2015a), s. 85.
[85] Nordhus, Skjerve & Aasen (2006), pkt. B.
[86] Thoen & Skraastad (2015).
[87] Nordhus m. fl. (2006), pkt. C 3.
[88] Nordhus m. fl. (2006), pkt. C 3.
[89] Nordhus m. fl. (2006), pkt. C 3.
[90] Nordhus m. fl. (2006), pkt. C 3.

stått kan derfor sannsynligvis ha overføringsverdi for situasjonene utvalget skal vurdere.

Pasient- og brukerrettighetslovens forarbeider fremhever at en persons evne til å treffe avgjørelser om helsehjelp kan variere fra situasjon til situasjon. Selv om samtykkekompetansen har bortfalt for ett område, så faller den ikke automatisk bort for andre typer avgjørelser. For at pasienten skal bli fratatt kompetanse kreves det at personen «åpenbart» ikke er i stand til å forstå begrunnelsen for at helsehjelpen blir gitt og hva samtykket omfatter, altså tiltakets art og de nærmere implikasjonene av det. Hvis helsepersonellet er i tvil om personen kan samtykke, skal de gå ut fra at samtykkekompetansen foreligger.[91] Helsedirektoratet skriver i sitt rundskriv IS-8/2015 at det holder at pasienten har en alminnelig forståelse. Det skal med andre ord ikke stilles spesielt strenge krav til forståelsen av hva helsehjelpen innebærer. Den enkelte kan ha samtykkekompetanse selv om en for eksempel ikke forstår medisinske prosedyrer eller årsakssammenhenger.[92]

I vurderingen av hvor stor forståelse som kreves for å samtykke til deltagelse for eksempel i en TV-dokumentar eller i helseinstitusjonens egenpromotering på internett, kan en også trekke veksler på hva som skal til for at et samtykke anses å være informert etter personopplysningsloven.[93] I tilfeller som faller under personopplysningsloven, må kravet til informert samtykke forstås slik at hvis en pasient eller bruker ikke er i stand til å ta til seg informasjon som kreves for at samtykket skal være informert, kan personen heller ikke være kompetent til å samtykke. Personopplysningslovens regler om informert samtykke kan sannsynligvis også gi veiledning for hvor stor forståelse som kreves for at gyldig samtykke kan avgis i situasjoner som faller utenfor lovens anvendelsesområde.

Helsedirektoratet skriver videre i rundskriv IS-8/2015 at samtykkekompetansen når det gjelder helsehjelp skal vurderes konkret opp mot den helsehjelpen som skal gis, og at pasientens forutsetninger for å kunne samtykke skal optimaliseres.[94] Samtykkekompetanse er stort sett ikke noe en pasient enten har eller ikke har, den kan avhenge av det konkrete tiltakets art, hvor inngripende det er, og pasientens individuelle forutsetninger og dagsform.[95] I samme rundskriv presenterer direktoratet noen spørsmål som kan være utgangspunkt for en vurdering av om en pasient eller bruker har samtykkekompetanse i relasjon til et konkret tiltak.

Samtykkekompetanse kan ikke «fratas» en person på generelt grunnlag, begrunnet i for eksempel en diagnose som innebærer psykose eller psykisk utviklingshemning. Dette poenget har særlig vært viktig for personer med psykiske funksjonsnedsettelser, som har opplevd å bli fratatt samtykkekompetansen på grunnlag av en diagnose som psykisk utviklingshemmet eller lignende. En slik praksis er problematisk fordi den raskt kan lede til et uproporsjonalt inngrep overfor personen. Dessuten kan det diskuteres om det å frata rettslig handleevne basert på diagnose, og ikke en konkret vurdering, er en diskriminerende praksis som strider mot både likestillings- og diskrimineringsloven[96] § 6 og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne artikkel 12.[97]

Nordhus, Skjerve og Aasen (2006) skriver at når personer med demens skal samtykke til helsehjelp eller til å delta i forskning, er det viktig å se på evnen til å ta avgjørelser eller treffe valg, i lys av et sett av grunnleggende funksjonsområder:

- evne til å forstå relevant informasjon (gjelder dette meg?)
- evne til å oppfatte situasjonen og hva situasjonen krever (hva blir jeg bedt om å gjøre?)
- evne til å resonnere/veie for og imot (er dette noe jeg ønsker å være med på?), og
- evne til å formidle valget (jeg ønsker ikke å delta)[98]

De samme spørsmålene kan være relevante når man skal vurdere samtykkekompetansen til behandling av personopplysninger både til personer med demens, men også når man skal vurdere samtykkekompetansen til andre voksne med nedsatt kognitiv funksjon. Dette vil dermed være spørsmål som vil være relevante ved vurderingen av samtykkekompetanse når det gjelder det å ta og publisere bilder, film og lydopptak.

---

91 Ot.prp. nr. 12 (1998–1999), pkt. 12, merknad til § 4-3.

92 Helsedirektoratet (2015a), s. 85.

93 Hvilke krav som settes til et samtykke etter personopplysningsloven er behandlet mer utfyllende i punkt 6.2.2.

94 Helsedirektoratet (2015a), side 85–86.

95 Helsedirektoratet (2015a), side 86.

96 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

97 Rettighetsutvalget fremmet dette argumentet for diagnosekriterium for bruk av tvang, se NOU 2016: 17, pkt. 12.7.1.

98 Nordhus m. fl. (2006), pkt. C 2.

6.4.4 Personer under vergemål for voksne

Vergemålsloven kapittel 4 inneholder regler om vergemål for voksne. Den som har fylt 18 år, og som på grunn av sinnslidelse, herunder demens, psykisk utviklingshemming, rusmiddelmisbruk, alvorlig spilleavhengighet eller alvorlig svekket helbred ikke er i stand til å ivareta sine interesser, kan settes under vergemål hvis det er behov for det, jf. vergemålsloven § 20 første ledd.

Spørsmålet blir så om kompetansen til å samtykke til at det tas eller deles bilder, film, lydopptak og personopplysninger om en person i noen tilfeller kan bli overført til vergen.

Et vergemål kan omfatte økonomiske og personlige forhold, jf. vergemålsloven § 21 andre ledd. Uten særskilt hjemmel i lov kan ikke vergen treffe beslutninger knyttet til «særlig personlige forhold», jf. vergemålsloven § 21 fjerde ledd. Formuleringen kan favne ulike forhold og er ment å sikre at vergen ikke overføres kompetanse som etter sin art bare skal kunne utøves av personen selv. Særlig spørsmål knyttet til en persons helse, frihet og familieliv kan falle inn under kategorien «særlig personlige forhold». Innenfor disse områdene er det spesielt viktig å verne om den enkeltes selvbestemmelsesrett.[99]

Spørsmål om kompetanse til å samtykke til at det tas og publiseres bilder og film av en person kan tenkes å falle inn under kategorien «særlig personlige forhold». Kompetansen kan i så fall ikke omfattes av vergemålet med mindre det foreligger særlig lovhjemmel. Konsekvensene av publisering av film, bilder og lydopptak kan i noen tilfeller bli så inngripende i den enkeltes livssituasjon at det for eksempel kan likestilles med samtykke til tvang. Samtidig kan publisering også være klart fordelaktig for den det gjelder. I mange tilfeller får samtykke til fotografering, filming og lydopptak, eller publisering av slikt materiale, små konsekvenser. Mulige skadelige eller positive konsekvenser av publisering, kan tale for at en beslutning om publisering faller inn under betegnelsen «særlig personlige forhold». I denne sammenhengen kan det også være et moment i vurderingen om den enkelte er fratatt sin rettslige handleevne eller ikke.

Et vedtak om vergemål skal uttrykkelig ta stilling til omfanget av vergemålet, herunder om det skal begrenses saklig eller i tid. At vergemålet kan begrenses «saklig», innebærer at det kan begrenses til enten å gjelde for økonomiske eller personlige forhold, og at det kan begrenses ytterligere til bestemte spørsmål innenfor disse kategoriene.[100] Vergemålet skal ikke gjøres mer omfattende enn nødvendig, jf. vergemålsloven § 21 tredje ledd. Dette stenger imidlertid ikke muligheten for at fylkesmannen eller retten beslutter at vergemålet skal være generelt, forutsatt at det er foretatt en konkret vurdering som viser at dette er i tråd med den vergetrengendes hjelpebehov.[101]

Ved oppnevning av verge skal det fastsettes et mandat for vergen som angir rammene for vergeoppdraget, jf. vergemålsloven § 25 andre ledd. Dersom samtykke til at det tas eller publiseres bilder, film, lydopptak eller andre personopplysninger om en person ikke regnes som et «særlig personlig forhold» jf. vergemålsloven 21 fjerde ledd, vil spørsmålet om denne kompetansen ligger hos vergen bero på en tolkning av vedtaket om vergemål.

Innenfor rammen av sitt mandat skal vergen ivareta interessene til den som er under vergemål, jf. vergemålsloven § 31. Videre foretar vergen rettslige handlinger og råder over midler på vegne av den personen man er verge for, med mindre noe annet er bestemt ved lov eller av en arvelater eller giver, jf. vergemålsloven § 32.

Vergen skal så vidt mulig høre den som er satt under vergemål, før det foretas disposisjoner av større betydning, og ellers når dette fremstår som naturlig, jf. vergemålsloven § 33 første ledd. Dersom kompetansen til å samtykke til at det tas eller deles bilder, film, lydopptak eller andre personopplysninger om en person er overført til vergen, skal vergen derfor, der det er mulig, høre den som er satt under vergemål, før beslutningen tas.

Vergemålsloven kapittel 10 har også regler om fremtidsfullmakter. En fremtidsfullmakt er en fullmakt til én eller flere personer om å representere fullmaktsgiveren etter at fullmaktsgiveren på grunn av sinnslidelse, herunder demens, eller alvorlig svekket helbred ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser innen de områdene som omfattes av fullmakten, jf. vergemålsloven § 78.

En fremtidsfullmakt kan omfatte økonomiske og personlige forhold, jf. vergemålsloven § 80 første ledd. Den kan også begrenses til å gjelde bestemte områder. Også her er det tatt inn en begrensning om at kompetansen når det gjelder «særlig personlige forhold». Dette kan ikke omfattes av fullmakten uten særskilt hjemmel i lov, jf. vergemålsloven § 80 tredje ledd. Hvis ikke noe annet følger av fremtidsfullmakten, kan fullmektigen samtykke til behandling av personopplysnin-

[99] Ot.prp. nr. 110 (2008–2009), kap. 13, merknad til § 21.

[100] Ot.prp. nr. 110 (2008–2009), kap. 13, merknad til § 21.

[101] Ot.prp. nr. 110 (2008–2009), kap. 13, merknad til § 21.

ger på vegne av fullmaktsgiveren innenfor fullmaktens område, jf. § 80 fjerde ledd.

Også ved en fremtidsfullmakt vil spørsmålet om samtykkekompetanse når det gjelder det å ta eller dele bilder, film, lydopptak eller andre personopplysninger bero på en tolkning av hvorvidt dette er et «særlig personlig forhold». I så fall kreves lovhjemmel for å overføre kompetansen. Dersom det ikke er et «særlig personlig forhold», vil spørsmålet bero på en tolkning av fullmakten.

Fullmektigen skal handle i samsvar med fullmakten og fremme fullmaktsgiverens interesser og rettigheter. Før fullmektigen treffer avgjørelser skal fullmaktsgiveren høres hvis dette kan skje uten betydelige vanskeligheter. Det er ikke nødvendig å høre fullmaktsgiveren hvis han eller hun ikke kan forstå sakens betydning, jf. vergemålsloven § 85 første og andre ledd.

6.4.5 Virkningen av at voksne ikke har samtykkekompetanse

Som redegjort for i punkt 6.1.5 er det for enkelte handlinger slik at hvis personen selv ikke kan samtykke, vil andre ha samtykkekompetansen. For andre handlinger er det bare personen selv som kan samtykke.

Dersom det gis samtykke til å bli filmet, fotografert eller lignende, og til eventuell publisering av slikt materiale, under opphold på helseinstitusjon eller mens en mottar helsehjelp, kan dette være samtykke til behandling av personopplysninger etter personvernforordningen artikkel 6 første alternativ a. Det kan videre være samtykke til offentlig visning eller gjengivelse etter åndsverkloven § 104, og til at helsepersonell fritas fra taushetsplikten etter helsepersonelloven[102] § 22.

Det følger av helsepersonelloven § 22 tredje ledd at hvis personen ikke har samtykkekompetanse er det nærmeste pårørende[103] som har rett til å samtykke til å frita helsepersonell fra taushetsplikten. Hvis mediene for eksempel tar kontakt med en sykehusavdeling fordi de ønsker å snakke med en pasient med en spesiell diagnose, må helsepersonell først fritas fra taushetsplikt før de formidler kontakt med pasienten. Dersom pasienten ikke har samtykkekompetanse, vil det i stedet være nærmeste pårørende som har rett til å frita helsepersonell fra taushetsplikt, jf. helsepersonelloven § 22 tredje ledd.

Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i personopplysningsregelverket eller i åndsverkloven som regulerer hvem som er kompetent til å samtykke der den opplysningene gjelder ikke har samtykkekompetanse. Det er dermed ikke klart om noen andre har slik kompetanse, og i så tilfelle hvem det er.

Ved spørsmål om å ta eller dele bilder, film eller lydopptak av en person som ikke har samtykkekompetanse er det nærliggende å legge vekt på de samme hensyn som i pasient- og brukerrettighetsloven § 4-6. Bestemmelsen omhandler samtykke til helsehjelp for voksne som ikke har samtykkekompetanse. Etter bestemmelsens andre ledd kan helsehjelp som innebærer et alvorlig inngrep for pasienten, gis dersom det anses å være i pasientens interesse, og det er sannsynlig at pasienten ville ha gitt tillatelse til slik hjelp. Der det er mulig, skal det innhentes informasjon fra pasientens nærmeste pårørende om hva pasienten ville ha ønsket. Helsehjelpen kan imidlertid ikke gis dersom pasienten motsetter seg dette, med mindre annet følger av særlige lovbestemmelser, jf. § 4-6 tredje ledd.

Dersom det å samtykke til at det tas eller publiseres bilder, film eller lydopptak av en person anses å være i personens interesse, og det er sannsynlig at den det gjelder ville ha gitt samtykke, kan man antagelig presumere samtykke. Det bør da innhentes informasjon fra nærmeste pårørende om hva vedkommende ville ha ønsket. Litt avhengig av situasjonen vil det også være nødvendig å innhente samtykke fra de pårørende. Dersom den det gjelder selv ikke ønsker at det tas eller publiseres bilder, film eller lydopptak, må dette respekteres. Selv om en person ikke er i stand til å forstå konsekvensene av et samtykke til at det tas og publiseres bilder, film eller lydopptak, så kan den samme personen ha nok forståelse til å avgjøre at vedkommende ikke ønsker at det tas eller publiseres bilder, film eller lydopptak. Dersom mediene eller andre krenker en persons rett til privatliv, kan dette være straffbart etter straffeloven § 267.

6.5 Medienes ansvar for å innhente samtykke

Når mediene skal omtale en person og det er nødvendig å innhente personens samtykke, er det medienes eget ansvar å sørge for at de har gyldig samtykke, herunder at den som har samtykket er samtykkekompetent og at samtykket er informert. Mediene har forpliktelser etter sitt eget

[102] Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

[103] Jf. pasient- og brukerrettighetslova § 1-3 bokstav b.

etiske regelverk i Vær Varsom-plakaten, men kan også holdes strafferettslig ansvarlig dersom de trår over grensen for straffbare handlinger, for eksempel ved krenkelse av privatlivets fred.

Dersom en pasient har opprettet kontakt med mediene er det ikke helsepersonellets oppgave å ettergå og sikre at pasienten har avgitt et gyldig og informert samtykke. Dette med mindre helsepersonellet har et omsorgsansvar for pasienten som tilsier at de også skal hjelpe å ivareta pasienten i en slik situasjon, for eksempel fordi pasienten er et barn. Det samme vil gjelde ansatte i barnevernet. Helsepersonell har bare anledning til å uttale seg til mediene om en pasient dersom det foreligger et gyldig samtykke. Helsepersonellet må da selv sikre at det foreligger et gyldig samtykke til fritak fra taushetsplikt.

Kapittel 7
Forsvarlig arbeidsmiljø

7.1 Innledning

Det ligger under Åpenhetsutvalgets mandat å vurdere hva som ligger i retten til forsvarlig arbeidsmiljø, og hvor langt hensynet til forsvarlig arbeidsmiljø kan begrunne begrensninger i annen aktivitet i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehage og skole. I tillegg til retten til forsvarlig arbeidsmiljø, vil også andre krav til forsvarlighet kunne sette begrensninger på aktiviteter som fotografering, filming og lydopptak. Det gjelder i første rekke kravene til forsvarlig drift av virksomheten, samt kravene til et forsvarlig tjenestetilbud for alle brukere. Dette omtales nærmere i kapittel 8.

Kravene til forsvarlig arbeidsmiljø, forsvarlig drift og forsvarlig tjenestetilbud kan utledes av et spekter av svært ulike regler. Til dels griper reglene inn i hverandre, i den forstand at et forsvarlig arbeidsmiljø vil være et bidrag til at tjenestetilbudet og driften også blir forsvarlig. Til dels omhandler de litt ulike sider ved virksomheten, ved at de primært ivaretar ulike interesser. Felles er likevel kravet om forsvarlighet.

Arbeidstakere i sektorene utvalget ser på kan oppleve at ulike grupper ønsker å ta bilder, film og lydopptak fra deres arbeidsplass. Det kan være pasienter, brukere, elever, pårørende, journalister, arbeidsgiveren selv eller andre. Det å bli fotografert, filmet eller gjort lydopptak av mens man utfører sitt arbeid kan påvirke arbeidsmiljøet. I inneværende kapittel redegjør utvalget for hvilke rettslige rammer kravet til forsvarlig arbeidsmiljø oppstiller når det gjøres billed-, film, eller lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehage og skoler. Det redegjøres for arbeidsgivers plikter blant annet til å sørge for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for arbeidstakerne, og hvilke virkemidler arbeidsgiver har for å ivareta arbeidsmiljøet når det kommer til bilder, film og lydopptak som gjøres på arbeidsplassen. Arbeidsgivers styringsrett omtales også. Utvalgets vurderinger og konklusjon kommer fram i punkt 7.6.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

7.2 Filming, fotografering og lydopptak på arbeidsplassen

For den som er ansatt og skal utøve sitt yrke, kan det oppleves som ubehagelig å bli fotografert, filmet eller tatt lydopptak av, uten at en har samtykket til dette. Fotografering, filming og lydopptak kan i seg selv oppleves inngripende, og frykt og usikkerhet knyttet til om opptakene vil bli delt eller offentliggjort senere kan forsterke ubehaget.

Normalt har personer som ikke ønsker å bli fotografert, filmet eller gjort lydopptak av anledning til å trekke seg ut av situasjonen. For ansatte er ikke dette alltid tilfelle. Eksempelvis har en sykepleier plikt til å yte forsvarlig helsehjelp, og kan ikke alltid forlate rommet hvis en pasient eller pårørende begynner å fotografere eller filme.

I Norge foreligger få studier av hvordan film og bilder påvirker ansattes arbeidshverdag. Men avhandlingen «Når barnets sykehushverdag deles i sosiale medier» av Kjærnes og Silkoset omhandlet barnesykepleieres erfaringer med og synspunkter relatert til foreldre som eksponerer egne barn innlagt på sykehus i sosiale medier. I avhandlingen kom det fram at flere av barnesykepleierne som ble intervjuet hadde opplevd å bli eksponert i jobbsammenheng uten å bli forespurt. De intervjuede barnesykepleierne ønsket ikke å bli tatt bilde av, og var engstelige for å bli sitert eller omtalt offentlig. De oppga at de ble usikre når foreldrene filmet eller fotograferte under medisinske prosedyrer, og noen mente at deres evne til å løse arbeidsoppgavene kunne bli svekket.[1]

I noen situasjoner vil den ansattes integritet kunne oppleves truet hvis det fotograferes, filmes eller gjøres lydopptak i strid med eget ønske. Samtidig kan ikke enhver følelse av ubehag under arbeid lede til at arbeidsmiljøet ikke er å anse som fullt forsvarlig. Hvorvidt filming, fotografering eller lydopptak som oppleves ubehagelig fører til at arbeidsmiljøet ikke lenger er fullt forsvarlig, må vurderes konkret for hvert tilfelle. Dette har sam-

[1] Kjærnes & Silkoset (2019).

menheng med at retten til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø blir utfordret i ulik grad i ulike tilfeller. Et sentralt skille går mellom situasjoner der pasienter, pårørende, brukere eller elever filmer seg selv eller hverandre, og situasjoner der de fotograferer, filmer eller gjør lydopptak av den ansatte.

I det første av disse tilfellene er tjenestebrukeren selv i fokus for opptaket, ikke arbeidstakeren, selv om den ansatte kanskje fanges opp på noen bilder eller opptak. En jordmor kan vanskelig unngå å komme med på et opptak som den vordende far gjør av en fødsel. Kjærnes' og Silkosets funn viser at arbeidstakeren også i slike situasjoner kan oppleve eksponeringen som belastende.

I det andre tilfellet er den ansatte i fokus. Fotografering, filming og lydopptak av ansatte uten samtykke kan skje av flere grunner. Det kan være fordi tjenestebrukeren vil dokumentere hverdagen sin, eller ha et hyggelig bilde av en tjenesteyter de har en god relasjon til. Pasienter og pårørende kan også fotografere, filme eller ta lydopptak av helsepersonell i et forsøk på å dokumentere og kontrollere behandlingen, samle bevis hvis de mener at behandlingssituasjonen er problematisk, eller det kan være for å trakassere eller sjikanere helsepersonell. Det er derfor i disse situasjonene hvor fokus rettes mot den ansatte, at utfordringer for arbeidsmiljøet kommer mest på spissen.

Ansatte i den kommunale barnevernet er særlig utsatte for hets i forbindelse med arbeidet sitt. En undersøkelse Fellesorganisasjonen gjennomførte blant sine medlemmer i 2017 viste at personer som arbeidet i det kommunale barnevernet var mest utsatt for netthets (23 prosent). Ansatte i det kommunale barnevernet er mer enn dobbelt så utsatt for netthets som den nest mest utsatte arbeidsplassen undersøkelsen dekket, som var NAV.[2]

Fellesorganisasjonens undersøkelse viste ikke om netthetsen de ansatte var utsatt for involverte opptak og publisering av bilder, film eller lydopptak. Det fremkom imidlertid at 25 prosent av de som oppga at de var utsatt for netthets karakteriserte den som «krenkelse av privatlivets fred», og 11 prosent karakteriserte den som «brudd på personopplysningsloven».[3] Det er nærliggende å tro at bilder og film kan ha spilt en rolle her. Dette stemmer også med det inntrykket utvalget har fått i samtaler med ansatte i barnevernet.[4]

Også i skolen kan filming, fotografering og lydopptak utgjøre en arbeidsmiljøutfordring. Lærere og andre ansatte kan oppleve å bli smugfotografert eller filmet av elever. Motivet for å ta slike bilder og filmer kan være å dele bildet med venner, med klassegruppa på sosiale medier, eller å legge det ut på en nettside. Motivet kan også være å dokumentere det man mener er kritikkverdige forhold. Foresatte kan filme eller ta opp samtaler på lydopptak på en måte som truer den ansattes arbeidsmiljø, både i foreldremøter eller gjennom en elevs smartklokke. Utvalget har mottatt muntlig innspill fra enkelte lærere og fra Elevorganisasjonen, om at dette av og til forekommer.[5] Utvalget kjenner imidlertid ikke til om det er gjort undersøkelser som kartlegger omfanget av uønsket filming, fotografering eller lydopptak av lærere eller andre ansatte i skolen, og publisering av slikt materiale.

Om den som filmer, fotograferer eller gjør lydopptak er tjenestebruker eller journalist, trenger ikke bety noe for den ansatte. Det er grunn til å tro at journalister som regel vil opptre mer profesjonelt og respektere den ansattes ønsker om ikke å bli avbildet i større utstrekning enn andre, men i tilfeller der journalisten ikke gjør dette, kan belastningen for den ansatte være like stor.

7.3 Om terskelen for forsvarlighet

7.3.1 Innledende om arbeidsmiljøloven

Personopplysningslovens alminnelige regler om behandling av personopplysninger gjelder også for opplysninger om ansatte på jobb. Arbeidsretten setter i tillegg andre skranker for hva ansatte må akseptere under arbeid. Ansatte skal kunne utføre sine arbeidsoppgaver på en tilfredsstillende måte, og yte forsvarlige tjenester. Ansatte har dessuten rett til et arbeidsmiljø som ikke krenker deres personlige integritet eller rett til privatliv.

Arbeidsmiljøloven[6] pålegger arbeidsgivere å sørge for at de ansatte har et forsvarlig arbeidsmiljø. Hva som ligger i forsvarlig arbeidsmiljø vil kunne variere fra sektor til sektor og fra arbeidsplass til arbeidsplass. Utvalget vil knytte noen kommentarer til det i Del 3 under omtale av hver enkelt sektor. Allerede i lovens formålsparagraf § 1-1 fremkommer det at lovens formål er å «sikre

2 Fellesorganisasjonen (2017), s. 14.

3 Fellesorganisasjonen (2017), s. 19.

4 Utvalget har hørt innlegg fra mange ulike aktører i sektorene det har utredet. Se punkt 2.4.2 for en oversikt over personer som har holdt innlegg for utvalget.

5 Utvalget har hørt innlegg fra mange ulike aktører i sektorene det har utredet. Se punkt 2.4.2 for en oversikt over personer som har holdt innlegg for utvalget.

6 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, som gir full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger […]».

Arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd slår fast at arbeidsmiljøet skal være «fullt forsvarlig». Begrepet «fullt forsvarlig» er en rettslig standard som presiseres og utfylles gjennom andre bestemmelser i loven, særlig §§ 4-2 til 4-6, i forskriftene til loven, samt Arbeidstilsynets enkeltvedtak.[7]

Arbeidsmiljøloven § 4-3 setter mer konkrete krav til det psykososiale arbeidsmiljøet. Etter § 4-3 første ledd skal arbeidet legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas. Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden, jf. tredje ledd. Videre skal arbeidstakeren, så langt det er mulig, beskyttes mot vold, trusler og uheldige belastninger som følge av kontakt med andre, jf. fjerde ledd.

7.3.2 «Fullt forsvarlig», jf. arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd

Retten til fullt forsvarlig arbeidsmiljø i dagens arbeidsmiljølov er en videreføring av en likelydende bestemmelse i den gamle arbeidsmiljøloven.[8] Ifølge forarbeidene innebærer ikke kravet at all risiko må elimineres fra arbeidet. All menneskelig aktivitet innebærer noe risiko. Bestemmelsen krever at virksomheten skal innrettes, og arbeidet organiseres, på en slik måte at arbeidstakerne er sikret mot skader på liv og helse så langt dette praktisk lar seg gjennomføre.[9] Kravet om fullt forsvarlig arbeidsmiljø er en rettslig standard som endrer seg og skjerpes i tråd med endringer i samfunnet, nye teknologiske muligheter og kunnskaper om risikomomenter.[10]

Avgjørelsen om arbeidsmiljøets forsvarlighet skal gjøres «ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd». Mange mindre påkjenninger, som ikke enkeltvis ville ledet til et uforsvarlig arbeidsmiljø, kan samlet være nok til at arbeidsmiljøet ikke lengre er «fullt forsvarlig». Vurderingen av om et arbeidsmiljø er fullt forsvarlig må gjøres konkret i hvert tilfelle, og ta hensyn til helheten av belastninger den ansatte blir utsatt for.

For opptak av bilder, film og lyd innebærer dette at arbeidsgiver plikter å legge til rette for at opptak skal utgjøre en minst mulig belastning for de ansatte i deres arbeidshverdag. Det innebærer ikke i seg selv at opptak ikke kan skje, men at arbeidsgiver må iverksette ulike former for tiltak på arbeidsplassen for å sikre at de ansatte i mest mulig grad er komfortable med de opptakene som gjøres. Dette innebærer for eksempel tiltak som informasjon til brukere om å vise hensyn og at de må be om samtykke før deling og publisering. Andre tiltak kan være å utruste de ansatte med kunnskap om hvordan vanskelige situasjoner kan møtes på arbeidsplassen.

7.3.3 «Integritet og verdighet», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 første ledd

Arbeidsgivers plikt til å ivareta ansattes *verdighet* er en videreføring av tidligere lovverk, men *integritet* kom inn som et nytt begrep i 2005. Bestemmelsen om å beskytte arbeidstakernes verdighet var opprinnelig vedtatt for å forby toppløs servering, som ble ansett nedverdigende.[11] I arbeidsmiljølovens forarbeider skriver departementet at begrepet «integritet» innebærer et generelt krav om respekt for arbeidstakernes egenverd og dermed har et langt større nedslagsfelt.[12]

Betydningen av «integritet» er ellers ikke helt klar. Sandberg skriver om ordet «integritet» at det «har med helhet, uavhengighet og ukrenkelighet å gjøre».[13] I lys av dette kan de ansattes integritet og verdighet innebære at de ikke skal utsettes for krenkelser av deres grunnleggende egenverd eller individualitet. I rettslitteraturen er plikten til å beskytte «integritet og verdighet» forstått blant annet som et vern mot krenkelser relatert til etnisitet, hudfarge, kjønn, seksuell legning, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødselssted eller status for øvrig.[14]

Utvalget kan ikke utelukke at bilder, film eller lydopptak kan krenke den ansattes integritet og verdighet.

---

7 Ytre-Arna (2015), note 101.

8 Lov 2. april 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (opphevet), § 7.

9 Ot.prp. nr. 3 (1975–76), punkt V3.

10 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), punkt 25.

11 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 7.3.5.

12 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 7.3.5.

13 Sandberg (1992), s. 203.

14 Jakhelln, Aune, Kroken & Lenth (2017), s. 219.

7.3.4 «Trakassering og annen utilbørlig opptreden», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd

Tredje ledd bestemmer at arbeidstaker ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden. Regelen gjelder i relasjon til andre arbeidstakere, ledelsen, arbeidsgiver eller andre på arbeidsplassen.[15] Det er uklart om personer uten direkte tilknytning til driften, slik som pasienter, brukere, kunder mv. er inkludert i denne gruppen. Ordlyden setter ingen grense mot belastninger fra slike personer. Praksis om bestemmelsen dreier seg i alle hovedsak om trakassering og mobbing fra andre på arbeidsplassen.[16] Problemstillingen er ikke behandlet i litteraturen.[17] Det er derfor usikkert om ansatte som opplever trakassering fra brukere er henvist til bare å kunne påberope seg straffelovens regler, og ikke reglene i arbeidsmiljøloven. Arbeidsgiver plikter likevel å forebygge og legge til rette for at ansatte i minst mulig utstrekning utsettes for trakassering og annen utilbørlig opptreden fra andre enn medarbeidere.

Lovgiver har ikke definert innholdet i trakasseringsbegrepet. Forarbeidene peker imidlertid på at en slik definisjon ville hatt liten opplysningsverdi, da bestemmelsen også setter forbud mot «annen utilbørlig opptreden». En nærmere definisjon av hva som menes med trakassering vil dermed ikke være avgjørende for bestemmelsens rekkevidde.[18] I Rt. 2004 s. 1844 (Trakasseringsdommen) skriver Høyesterett om trakasseringsbegrepet i arbeidsmiljøloven i lys av reglene om erstatningsansvar etter arbeidsgiveransvaret. Retten skriver at normene i arbeidsmiljøloven kan belyse hva som skal anses som uaktsom opptreden, og terskelen for trakassering ble kommentert. Rettens argumentasjon viser at en slik terskel må ta utgangspunkt i en objektivisert norm basert på hva en rimelig person ville oppfattet som trakasserende. Det er dermed ikke i seg selv avgjørende at en opplever seg trakassert eller dårlig behandlet, hvis det ikke finnes tilstrekkelig objektivt grunnlag til å mene at en utsettes for trakassering.

Filming, fotografering og lydopptak som oppleves plagsom, må dermed overstige en objektiv terskel før den kan anses å være i strid med arbeidsmiljøloven § 4-3 tredje ledd. Dersom arbeidsgiver eller andre ansatte står bak opptakene uten at den enkelte ønsker det selv, kan arbeidsmiljøloven § 4-1 første ledd om «fullt forsvarlig» arbeidsmiljø være overskredet, selv om det ikke kan dokumenteres at det foreligger trakassering eller annen utilbørlig opptreden. I et slikt tilfelle vil personopplysningslovens regler også kunne begrense arbeidsgivers handlingsrom.

7.3.5 «Uheldige belastninger fra andre», jf. arbeidsmiljøloven § 4-3 fjerde ledd

Fjerde ledd gir arbeidsgiver plikt til å beskytte arbeidstaker mot vold, trusler og uheldige belastninger fra andre. I motsetning til tredje ledd, gjelder denne bestemmelsen eksplisitt i forhold til «andre»; ordlyden presiserer at kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø også omfatter forholdet til andre og ikke bare gjelder internt i virksomheten. Med «andre» forstås alle som kan representere en risiko for arbeidstakeren, for eksempel kunder, klienter, brukere og pasienter.[19]

Vold og trusler er mindre aktuelt for denne utredningens formål. Hva som ligger i «uheldige belastninger» er ikke kommentert i forarbeidene. Hvis en tolker begrepet i samsvar med sin ordlyd og formålsbestemmelsen i § 1-1 om å sikre full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger, bør nok terskelen for hva som regnes som en «uheldig belastning» ikke legges for høyt. Sannsynligvis kan «uheldige belastninger» inkludere plagsom fotografering og filming mv.

Faren for at en så vid fortolkning påfører arbeidsgiver en urimelig stor byrde er liten: Plikten til å beskytte gjelder bare «så langt det er mulig», som etter forarbeidene innebærer en rimelig beskyttelse som følge av en konkret risikoavveining. Jo mindre belastende den «uheldige belastningen» er, desto mindre omfattende blir også plikten til å beskytte mot den.[20]

Hvis fotografering, filming eller lydopptak på en arbeidsplass er så plagsom at det er over ter-

---

15 Ot.prp. nr. 50 (1993–1994), pkt. XVII, som er forarbeid til § 12(1) i den gamle arbeidsmiljøloven. Det følger av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 25 kap. 4 at bestemmelsen i dagens arbeidsmiljølov § 4-3(3) viderefører formuleringen i § 12(1) i den gamle loven.

16 All praksis om bestemmelsen som er tilgjengelig gjennom lovdata er gjennomgått. Kun to saker omhandlet belastninger fra tjenestebrukere. Den ene (Rt. 2010 s. 612 «Sårstelldommen») er omtalt i punkt 8.3, den andre, en administrativ beslutning om utestengelse fra et NAV-kontor, ble kritisert i Sivilombudsmannens uttalelse SOM-2016-1175.

17 Se lovkommentar av Jakhelln m. fl. (2017) som inneholder en omfattende kasuistisk gjennomgang av trakasseringstilfellene; Fougner, Holo, Sundet & Thorkildsen (2013) og Benson (2014).

18 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 7.3.5.

19 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 25, merknad til § 4-3.

20 Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), pkt. 7.3.5.

skelen for «uheldig belastning», betyr med andre ord ikke dette at arbeidsgiver alltid må gjennomføre tiltak. Spørsmålet blir hvor langt det er mulig å motvirke belastningen, både i praktisk og lovlig forstand. Ytringsfriheten og andre grunnleggende rettigheter vil være tungtveiende argumenter i avveiningen av hvilke tiltak arbeidsgiver kan og bør gjennomføre for å motvirke en belastning den ansatte møter i kontakt med personer uten direkte tilknytning til driften.

7.4 Arbeidsgivers virkemidler

Hvis en tjenestebruker filmer, fotograferer eller gjør lydopptak av ansatte på en institusjon i slik grad at arbeidsmiljøloven overskrides eller det er fare for overskridelse, blir neste spørsmål hvilke virkemidler arbeidsgiver har for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for sine ansatte. Arbeidsgiver kan befinne seg i en situasjon der den ansattes rett til forsvarlig arbeidsmiljø synes umulig å forene med en tjenestebrukers rett til helsehjelp, skole eller barneverntjenester. Praksis og fantasi gir oss likevel noen eksempler på strategier som kan benyttes når tjenestebrukeres adferd leder til et uforsvarlig arbeidsmiljø for tjenesteyterne.

I de fleste tilfeller vil det være den ansatte som møter utfordringene i første rekke. Et første og viktig tiltak fra arbeidsgiver er derfor aktiv veiledning til og opplæring av de ansatte om hvordan de kan være i dialog med brukere, pårørende eller mediene. Dette for å avhjelpe problemer og konflikter som kan oppstå i den hensikt å finne gode løsninger på situasjoner som umiddelbart fremstår som nær umulig å håndtere. Erfaringen med de fleste mennesker viser at mye kan løses gjennom dialog. De ansatte trenger derfor trening og opplæring i alt fra rettslige grenser og gode praktiske løsninger, til samtaletrening. Dette kan skje via kursing av de ansatte, men kan også skje enklere ved at det legges til rette for møter mellom ansatte der utfordringene diskuteres på jevnlig basis.

Som et viktig grunnlag for å avdekke de ansattes behov, må arbeidsgiver gå i dialog med de ansatte eller innhente informasjon på annet vis, for eksempel gjennom undersøkelser. Arbeidsmiljøloven § 3-1 gir for eksempel arbeidsgiver plikt til å sørge for et systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheten. Denne plikten utdypes i internkontrollforskriften.[21] Forskriften skal fremme et forbedringsarbeid i virksomhetene innen blant annet arbeidsmiljø, slik at målene i helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidslovgivningen oppnås.[22] Virksomheter må blant annet dokumentere at de har fastsatt mål for helse, miljø og sikkerhet, at de kartlegger farer og problemer for å vurdere risiko, og at de iverksetter rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge overtredelser av krav fastsatt i eller medhold av helse-, miljø- og sikkerhetslovgivningen.[23]

I virksomheter der fotografering, filming og/eller lydopptak av de ansatte, som de ikke samtykker til, har vist seg å være et problem, bør dette tematiseres som en del av et slikt systematisk arbeid. Dette gjelder uavhengig av om belastningen har nådd et slikt nivå at arbeidsmiljøet ikke lengre er fullt forsvarlig.

Arbeids- og sosialdepartementet har gitt en forskrift om utførelse av arbeid med hjemmel i blant annet arbeidsmiljøloven § 4-3 femte ledd.[24] Forskriftens kapittel 23-A gir arbeidsgiver plikter når arbeidet kan medføre fare for å bli utsatt for vold eller trussel om vold. Arbeidsgivere plikter etter forskriften å kartlegge og vurdere risiko for vold og trusler om vold i forbindelse med arbeidet.

Vold og trussel om vold kan forekomme i mange yrker. Ansatte i barnevernet er særlig utsatt for dette, og særlig når truslene skjer over internett kan bilder, film og lydopptak være en del av helheten. Lydopptak kan redigeres og forvrenges, og bilder kan legges ut for å skremme og trakassere.

Uthenging på internett gjennom publisering av bilder, film eller lydopptak tatt av den ansatte på jobb som ikke inneholder eksplisitte trusler, eller der truslene ikke handler om vold, faller utenfor forskriftens ordlyd. Arbeidsgiver har uansett plikt til å bistå ansatte som opplever denne typen hets i sammenheng med arbeidet, for eksempel gjennom det systematiske HMS-arbeidet.

Noe av det ubehaget ansatte opplever i forbindelse med filming, fotografering og lydopptak kan sannsynligvis avhjelpes ved at arbeidsgiver sørger for at de som oppholder seg på institusjonens område kjenner reglene om publisering av bilder, film og lydopptak av andre. Arbeidsgiver kan også veilede og oppfordre brukere og andre til å vise hensyn til de ansattes arbeidsforhold og personvern. De kan for eksempel opplyse om at det er

---

21 Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften).

22 Internkontrollforskriften § 1.

23 Internkontrollforskriften § 4.

24 Forskrift 6. desember 2011 nr. 1357 om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid).

god skikk å spørre om lov før man tar bilde, film og lydopptak av andre. Ved å sørge for informasjon, opplæring av ansatte, og veiledning til brukere og andre besøkende, kan man forebygge mange uheldige situasjoner.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

7.5 Arbeidsgivers styringsrett

7.5.1 Teoretisk og historisk bakgrunn for styringsretten

En særlig rettslig adgang til å regulere fotografering, film- og lydopptak finnes i arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten kan påberopes overfor de ansatte som et selvstendig kompetansegrunnlag for regulering, men ikke overfor brukere, pårørende, mediene eller andre.

Kjernen i arbeidsgivers styringsrett sies gjerne å være «en makt for arbeidsgiveren til ensidig å fastsette bestemmelser som er bindende for motparten, arbeidstakeren».[25] En litt mer løs beskrivelse er at styringsretten er «betegnelsen på arbeidsgivers kompetanse til å treffe beslutninger om virksomheten og ansettelsesforholdet».[26]

Styringsretten for arbeidsgiver springer ut av selve kontraktsforholdet med arbeidsgiver, og tilbake på 1800-tallet ble styringsretten ansett for å være fri, i den forstand at arbeidsgiver kunne si opp en ansatt som ikke fulgte de instrukser vedkommende ble pålagt av arbeidsgiver. Men gjennom 1900-tallet etablerte det seg gradvis et krav om at oppsigelsen måtte være saklig begrunnet, endelig lovfestet med arbeidsmiljøloven i 1977.[27] I ettertid har det vært reist spørsmål om hvor langt domstolene kan gå i å overprøve arbeidsgivers skjønn ved vurderingen av om saklighetskravet er oppfylt, men det er nå antatt at den ansattes stillingsvern normalt kan prøves fullt ut ved domstolsbehandling.

I forlengelsen av dette har litteraturen ikke kunnet enes om det nå følger med et saklighetskrav også for arbeidsgivers styringsrett. Evju har pekt på at et slikt saklighetskrav ligger i den naturlige forlengelsen av at arbeidsgiver trenger saklig grunn for oppsigelse, mens Fougner har fastholdt en eldre tilnærming der domstolene ikke kan overprøve hvordan arbeidsgiver benytter sin kompetanse. Generelt er det imidlertid grunn til å anta at dagens arbeidstakere normalt ikke kan sies å ha overdratt en kompetanse til arbeidsgiver, gjennom en ansettelsesavtale, for arbeidsgiver til å treffe ikke-saklige styringsbeslutninger. Når den ansatte kan nekte å imøtekomme instruks, uten å risikere oppsigelse, synes det også nærliggende at det hefter et saklighetskrav til styringsretten.

7.5.2 Styringsretten som grunnlag til å nekte ansatte å ta bilder, film og lydopptak

I de fleste situasjoner som er aktuelle for utvalgets mandat, vil diskusjonen omtalt i punkt 7.5.1 ha liten betydning. Det synes like fullt nærliggende å legge til grunn at arbeidsgiver har rettslig adgang til å begrense de ansattes bruk av egen mobiltelefon, enten den benyttes til samtale, fotografering, film, lydopptak, surfing på internett, spill på applikasjoner eller lignende, men da bare innenfor saklighetens rammer.

I den grad aktiviteten virker forstyrrende for andre, aktiviteten antas å svekke konsentrasjonsevnen over tid eller i vitale øyeblikk, eller aktiviteten bidrar til en eller annen form for økt risiko, vil arbeidsgivers begrensninger være saklig motivert. Normen kan imidlertid ikke forstås så strengt at arbeidsgiver må dokumentere eller sannsynliggjøre at konsentrasjonsevnen faktisk svekkes eller at risiko for smitte, spredning av taushetsbelagte opplysninger eller annen fare faktisk inntreffer. Det må være tilstrekkelig at det foreligger en nærliggende fare for at arbeidsoppgaver vil bli utført med lavere kvalitet, effektivitet eller forsvarlighet.

Arbeidsgiver plikter samtidig å legge til rette for et forsvarlig arbeidsmiljø. På den ene siden må arbeidsgiver derfor sørge for å tilrettelegge for at ansatte ikke fotograferer eller avbilder hverandre og brukere på en utilbørlig eller uønsket måte. På den annen side vil totalforbud mot bruk av privat mobiltelefon på arbeidsplassen i de fleste situasjoner være å gå for langt i å gripe inn i den enkeltes rett til privatliv og ytringsfrihet, i hvert fall så lenge telefonene benyttes til ordinære telefonsamtaler, og uten å påføre andre forstyrrelser.

Normalt er det lovlig å ta lydopptak av samtaler en selv tar del i. Arbeidsgiver må gjennom styringsretten kunne bestemme at ansatte ikke skal gjøre denne typen opptak mens de er på jobb, hvis det er saklig begrunnet. Barnevernet må for eksempel kunne bestemme at de ansatte i barnevernet ikke skal gjøre private lydopptak av samtaler med barn eller foreldre. Her vil begrunnelsen for begrensningene være avgjørende, det vil si i hvilken utstrekning slike begrensninger gjøres

[25] Evju (2003), s. 11.
[26] Fougner (2018), s. 37.
[27] For den historiske gjennomgangen av saklighetskravet i arbeidsretten, se Evju (2013).

for å sikre at taushetsbelagt informasjon om brukerne ikke lekker ut, eller for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø. Hensynet til ledelsen eller foretaket som sådan, kan imidlertid ikke ses som en saklig grunn til å begrense opptak. Styringsretten kan derfor i utgangspunktet ikke benyttes som et verktøy til å begrense den enkeltes adgang til å dokumentere de samtaler man måtte ha med ledelsen om eget ansettelsesforhold eller om det som må antas å utgjøre kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.

I sum kan det derfor slås fast at arbeidsgiver gjennom styringsretten kan gjøre begrensninger i de ansattes fotografering, film- og lydopptak, så lenge dette er saklig begrunnet. Det må antas at arbeidsgivers vurderinger på dette feltet – helt eller delvis – kan overprøves av domstolene, avhengig av situasjonen og avhengig av om Grunnlovens grenser er tråkket for nær.

7.5.3 Ansattes rett til å nekte publisering av eget bilde

En annet problemstilling er om arbeidsgivers styringsrett kan begrense ansattes rett til å nekte publisering av eget bilde. Spørsmålet er om arbeidsgiver for eksempel kan pålegge den ansatte å få sitt bilde publisert på virksomhetens nettside, å delta i en dokumentarfilm som arbeidsgiver har gitt tillatelse til som en del av virksomhetens omdømmebygging, eller å akseptere at brukere eller andre tar bilder, film eller lydopptak av den ansatte.

Som redegjort for ovenfor beror svaret på om instruksen har en saklig sammenheng med arbeidet og arbeidsavtalen den ansatte har akseptert. I utgangspunktet kan ikke helsepersonell, ansatte i barnevernet, skole og barnehage styres med pålegg om å være med på opptak som gjøres av andre enn arbeidsgiver selv og som har et annet formål enn å utføre de arbeidsoppgaver som normalt ligger til virksomheten.

7.6 Utvalgets vurdering og konklusjon

Etter utvalgets vurdering kan kravet til forsvarlig arbeidsmiljø utgjøre et rettslig grunnlag for regulering av besøk, fotografering, film og lydopptak. Grunnlaget strekker seg ikke lenger enn det som saklig kan begrunnes i forsvarlighetskravet. Det må gjøres en konkret vurdering. I mange tilfeller vil regulering av besøk, fotografering, film og lydopptak utgjøre et inngrep i ytringsfriheten. Reguleringen kan likevel være lovlig, hvis den er begrunnet i de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø og personvern, og ikke er uforholdsmessig tyngende for dem de går utover. Arbeidsgiver må vise at arbeidsgiver har veiet rettighetene mot hverandre og funnet en rimelig balanse («fair balance») mellom dem. Dette er nærmere omtalt ovenfor i punkt 4.4.

Det er ikke mulig å gi et generelt svar på hvordan en slik avveining vil og bør slå ut. En kan for eksempel ikke si at et mobilforbud på et sykehjem innebærer en krenkelse av ytringsfriheten, eller motsatt at det er påkrevd av hensyn til den ansattes personvern eller den ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø. Denne vurderingen må foretas ute i sektorene av personer som har kjennskap til de konkrete utfordringene som deres virksomhet står overfor. Denne vurderingen påvirkes samtidig av hvem det er som ønsker å ta bilder, film eller lydopptak. Dersom virksomheten eller institusjonen i realiteten er brukerens hjem, og vedkommende ønsker å fotografere eller filme for eksempel fra eget rom, så må dette tillegges stor vekt i vurderingen. Videre har journalister et særlig samfunnsoppdrag som de må oppfylle for at samfunnet skal nyte godt av en åpen og opplyst offentlig samtale. Dette tilsier at ytringsfriheten bør ha større vekt i avveiningen når det er journalister man vurderer å nekte fotografering, eller nekte adgang.

Generelle fotoforbud kan derfor raskt møte utfordringer med tanke på å treffe en rimelig balanse mellom ulike hensyn. Slike forbud risikerer å slå ut på en måte som fremstår uforholdsmessig i enkelttilfeller. Før en virksomhet tar i bruk et generelt fotoforbud på hele eller deler av sitt område bør den sørge for å ha gjennomført vurderinger der både ytringsfriheten og personvernet, og andre relevante hensyn, har blitt vektlagt på grunnlag av et krav om at inngrepet må være saklig begrunnet på alle de fysiske områder som reguleres, herunder må man ha vurdert eller prøvd ut mindre inngripende tiltak.

Arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgivere å sørge for at de ansatte har et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas, arbeidstakeren skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden og skal så langt det er mulig beskyttes mot uheldige belastninger fra andre. Dette er nærmere omtalt ovenfor i punkt 7.3. I de sektorene utvalget ser på bør derfor arbeidsgivere kartlegge hvilke utfordringer bilder, film og lydopptak medfører for de ansattes arbeidsmiljø. Arbeidsgiver bør videre veilede og sørge for opplæring av de ansatte om hvordan de

kan være i dialog med brukere, pårørende, mediene og andre besøkende.

Utvalget anbefaler at institusjoner og virksomheter i de sektorene utvalget ser på utarbeider rutiner, tilpasset institusjonen, for å sikre best mulig ivaretakelse av de ansattes arbeidsmiljø og av de kryssende hensyn som oppstår ved regulering av besøk, bilder, film og lydopptak. Dette kan gjøres som en del av det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet. De overordnede verdier som må balanseres i slike rutiner er særlig retten til ytringsfrihet, herunder pressefrihet, retten til privat- og familieliv, hensynet til barn og unges rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste, privates rett til eiendom, retten til et forsvarlig arbeidsmiljø og retten til et forsvarlig tjenestetilbud. Arbeidsgiver kan også veilede og oppfordre brukere og andre besøkende til å vise hensyn til de ansattes arbeidsforhold og personvern. De kan for eksempel opplyse om at det er god skikk å spørre om lov før man tar bilde, film og lydopptak av andre.

Kapittel 8
Forsvarlig drift av virksomheten

8.1 Innledning

Kravene til forsvarlig tjenestetilbud, forsvarlig drift og forsvarlig arbeidsmiljø og kan utledes av et spekter av svært ulike regler. Ved siden av at arbeidsmiljøloven stiller krav om et forsvarlig arbeidsmiljø for de ansatte, jf. kapittel 7, gjenfinnes også et forsvarlighetskrav i lovverket overfor brukere av helse- og omsorgstjenester, barnevernstjenester, barnehagen og skolen. Dette kravet til forsvarlighet er imidlertid ikke samlet ett sted i lovverket, men befinner seg i ulike deler av lovgivningen som omhandler de ulike sektorene. Av den grunn vil kravet til et forsvarlig tjenestetilbud og de skranker dette eventuelt setter for besøk og aktivitet i de ulike sektorene, bli behandlet sektorvis i kapitlene 12 til 15 nedenfor. Der vil også spesifikke sider ved kravet til forsvarlig drift av virksomheten bli kommentert. I dette kapitlets punkt 8.2 knyttes noen helt overordnede kommentarer til de rettslige utgangspunkter ved forsvarlig drift. I punkt 8.3 behandles kravet til forsvarlig drift som lovhjemmel for inngrep. Utvalgets vurderinger og konklusjon fremgår av punkt 8.4.

8.2 Generelt om forsvarlig drift

Gjennom lovregulering av helse- og omsorgstjenester, barnevernstjenester, barnehagetjenester og skoletilbudet stiller lovgiver omfattende krav til de etater eller foretak som drifter virksomhetene. Et fellestrekk, selv om det ikke alltid er et eksplisitt uttalt formål i all lovgivning, er at virksomheten skal drives på en forsvarlig måte.

Forsvarlighetskravet er blant de rettslige bærebjelkene i helseretten og binder både virksomhetene og det enkelte helsepersonell som utøver helse- og omsorgstjenester. Det følger uttrykkelig av helsepersonelloven § 4 at helsepersonell skal utøve sitt virke i tråd med krav til «faglig forsvarlighet». Det følger samtidig av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-1 at lovens formål er å bidra til å sikre befolkningen lik tilgang på «tjenester av god kvalitet». Og etter helsepersonelloven § 16 stilles det krav til driften av virksomheten at den skal «organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter». Gjennom denne bestemmelsen stilles det dermed krav til at all virksomhet som inkluderer helsepersonell må driftes på forsvarlig vis, slik at helsepersonellet kan utøve sitt virke på en faglig forsvarlig måte. Dette innbefatter at virksomheten driftes slik at helsepersonell har mulighet til å oppfylle sin lovpålagte taushetsplikt etter helsepersonelloven kapittel 5. Plikten til å yte forsvarlige tjenester fremgår også av spesialisthelsetjenesteloven[1] § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.[2] I helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 er kommunens plikt spesifisert ved at kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig, koordinert og verdig helse- og omsorgstjenestetilbud. Videre skal kommunen tilrettelegge slik at helse- og omsorgstjenesten og personell som utfører tjenestene blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter og at tilstrekkelig fagkompetanse sikres i tjenestene.

Tilsvarende uttrykker barnevernloven § 1-4 for barnevernstjenester at «tjenester og tiltak etter denne loven skal være forsvarlige».

I barnehageloven[3] følger kravet til forsvarlighet mer implisitt. I henhold til barnehageloven § 7 skal barnehageeier «drive virksomheten i samsvar med gjeldende lover og regelverk». Isolert lesning av denne bestemmelsen tilsier ikke med nødvendighet et krav til forsvarlig barnehagedrift, dersom det forutsettes at gjeldende lover ikke oppstiller et slikt krav til forsvarlighet. Men leser en § 7 i sammenheng med § 2, som oppstiller spesifikke krav til barnehagens tilbud, vil man se at det oppstilles krav om at barnehagene skal driftes

---

1 Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven).

2 Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

3 Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven).

bedre enn bare forsvarlig. Etter § 2 skal barnehagen ikke bare være en pedagogisk virksomhet, men gi barna blant annet «meningsfylte opplevelser og aktiviteter», «formidle verdier og kultur», fremme barnets nysgjerrighet og interesser, og bidra til «å utjevne sosiale forskjeller».

Tilsvarende tilnærming ser vi for regelverket i skolen. I henhold til opplæringsloven[4] § 1-1 er formålet med opplæringen i skolen meget omfattende, der hovedbudskapet er at skolen skal åpne dører for verden og fremtiden, og at eleven skal gis en historisk og kulturell innsikt og forankring. Plikten til å følge opp dette ligger på skoleeier, med en plikt for fylkesmannen etter § 14-1 til å føre tilsyn med at skoleeier følger lovpålagte plikter. I likhet med barnehageloven, må dette leses i en slik sammenheng at det foreligger et krav til forsvarlig drift av virksomheten.

Disse utgangspunktene, der det oppstilles krav om forsvarlig drift, reiser spørsmålet om og i hvilken utstrekning kravet til forsvarlig drift innenfor de ulike virksomhetene utgjør tilstrekkelig lovhjemmel for inngrep overfor enkeltpersoner, for eksempel i form av å nekte besøk eller regulere fotografering, film og lydopptak innenfor virksomheten, se nærmere punkt 8.3.

De samme utgangspunkter reiser også spørsmål om i hvilken utstrekning arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett overfor de ansatte kan nekte de ansatte å fotografere, filme eller gjøre lydopptak på arbeidsplassen i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Dette er nærmere omtalt i punkt 7.5.2.

Dersom det skal gjøres begrensinger i adgangen til å besøke, eller ta bilder, film og lydopptak i de ulike sektorene utvalget ser på, og dette begrunnes i et forsvarlighetskrav, bør virksomheten kunne gi en saklig begrunnelse som spesifiserer hvilke momenter i forsvarlighetskravet som er vektlagt. Forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 omtaler innholdet i forsvarlighetskravet, og det som trekkes fram der kan også være relevante momenter når man skal vurdere forsvarlighetskrav etter andre regelverk.

Det følger av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 at forsvarlighetskravet er en rettslig standard og at kravets innhold bestemmes av normer utenfor loven. Kravet er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer, og innholdet endrer seg dermed også i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger.[5] Det følger av forsvarlighetskravet at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.[6] Kravet om forsvarlighet er også et krav om forsvarlig organisering av tjenesten. I dette ligger blant annet at det gjennomføres organisatoriske og systemmessige tiltak som gjør det mulig for helsepersonellet å oppfylle plikten til forsvarlig yrkesutøvelse.[7]Kravet til forsvarlighet som rettes mot virksomheter omfatter flere forhold som sammenfaller med kravet til internkontroll og systematisk arbeid for å ivareta pasientsikkerhet og kvalitet. Kravet gjelder på alle ledelsesnivå og innebærer at funksjoner som planlegging, utbygging, organisering, drift og vedlikehold av helsetjenester må innrettes på måter som gjør at forsvarlighetsnormen kan etterleves. Kravet påleggger eiere og ledere et generelt ansvar for å gjennomføre de tiltak som er nødvendige for at de tjenestene som tilbys eller ytes er forsvarlige.[8] Virksomheten skal også følge opp om tiltakene fungerer og er tilstrekkelige.

Det fremgår videre av forarbeidene til bestemmelsen at det er en kontinuerlig prosess å sørge for forsvarlige tjenester, noe som fordrer at virksomheten arbeider systematisk med kvalitetsforbedring. Det kan for eksempel komme nye faglige retningslinjer, det kan oppstå endringer i brukeres tjenestebehov eller i bemanningen som virksomheten må ta høyde for i sitt arbeid. Forsvarlig virksomhetsstyring fordrer også at det arbeides systematisk med å avdekke situasjoner der det har oppstått eller kan oppstå svikt, mangler eller uønskede hendelser for så å iverksette tiltak for å forebygge at de samme situasjonene oppstår igjen.[9] Å etablere nødvendige rutiner for utførelse av forskjellige arbeidsoppgaver, samarbeid, informasjonsflyt og dokumentasjon er et sentralt element i forsvarlig virksomhetsstyring.[10]

8.3 Kravet til forsvarlig drift som lovhjemmel for inngrep

Kravet til å drive forsvarlig virksomhet reiser det rettslige spørsmålet om dette kravet kan utgjøre tilstrekkelig lovgrunnlag for å gripe inn overfor enkeltpersoner. Legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 slår fast at inngrep overfor personer

[4] Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringsloven).

[5] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.
[6] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.
[7] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.
[8] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.
[9] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.
[10] Prop. 91 L (2010–2011) punkt 20.5.

trenger grunnlag i lov. Det følger av en sikker fortolkning av legalitetsprinsippet at jo mer inngripende vedtaket eller handlingene er, desto klarere må hjemmelsgrunnlaget være. I denne sammenhengen er spørsmålet om kravet til forsvarlig drift utgjør et tilstrekkelig lovgrunnlag for å innskrenke retten til besøk, fotografering, film- eller lydopptak.

Som et overordnet utgangspunkt må spørsmålet besvares bekreftende. Innskrenkninger i besøk, fotografering, film- eller lydopptak vil i mange situasjoner ikke utgjøre en så inngripende beslutning at det kreves eksplisitt lovhjemmel utover kravet til forsvarlig drift. Dersom adferden forstyrrer på en slik måte at virksomheten ikke lenger kan drives på forsvarlig vis, må det antas at plikten som påhviler virksomhetens eier også gir adgang til å forsøke å styre andres adferd slik at forsvarlighetskravet ivaretas.

Hvilke inngrep som kan gjøres overfor den enkelte, vil variere mye med hvor viktig det er å gjennomføre tiltaket i det enkelte tilfelle, hvor inngripende det er, og i hvilken grad tiltaket henger sammen med tjenestetilbudet, de ansattes arbeidsforhold osv. Det foreligger ingen rettsavgjørelser når det gjelder besøk, fotografering, film- eller lydopptak, men den såkalte Sårstelldommen illustrerer de rettslige utgangspunktene og dilemmaene.

Saken gjaldt spørsmål om i hvilken utstrekning en pasient ved et sykehjem måtte forholde seg til normale hygienestandarder og akseptere å bli vasket, av hensyn til de ansattes arbeidsmiljø, de andre pasientenes velvære og av hensyn til et forsvarlig tjenestetilbud. Høyesteretts flertall mente et vedtak om sykehjemsplass innebar utøvelse av skjønn selv om brukeren hadde rett på plassen, fordi det nærmere innholdet i tjenestetilbudet berodde på forvaltningens frie skjønn.[11] Retten satte dermed en lav terskel for hvilke typer vedtak det potensielt kunne settes vilkår til under utøvelse av tjenestetilbudet. Selv om det ikke forelå klar lovhjemmel for tvangsvasking av pasienter, aksepterte rettens flertall at tjenesteyter satte dette som vilkår for å kunne gi et forsvarlig tjenestetilbud i denne situasjonen.

Sårstelldommen illustrerer hvordan hensynet til forsvarlig tjenestetilbud, forsvarlig drift og forsvarlig arbeidsmiljø samlet sett utgjør et tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag, selv for en nokså inngripende handling som tvangsvasking. Til tross for likhetstrekkene i de rettslige utgangspunkter skiller selvsagt Sårstelldommen seg fra begrensninger i fotografering, filming og lydopptak på minst to måter. På den ene siden er slike begrensninger langt mindre inngripende enn tvangsvasking, og det skal således mindre klar lovhjemmel til før man kan foreta slike begrensninger på grunnlag av de eksisterende krav til forsvarlig drift. På den annen side har særlig fotografering og andre opptak ingen nær tilknytning til selve tjenestetilbudet, slik man ser i Sårstelldommen. Dette trekker i retning av at det likevel må foreligge gode og saklige grunner for begrensningene.

Med dette som bakteppe må det derfor gjøres en rekke modifikasjoner i det rettslige utgangspunktet om at kravet til forsvarlig drift gir et tilstrekkelig rettsgrunnlag for å begrense besøk, fotografering, film- og lydopptak.

I første rekke må det antas at innskrenkninger i retten til besøk, fotografering, film- eller lydopptak, bare kan skje så lenge dette – saklig og objektivt – kan begrunnes med nettopp forsvarlighetskravet, og bare i den utstrekning hensynet til forsvarlig drift tilsier slike innskrenkninger. Generelle regler om for eksempel fotografering kan foreslås på enkelte avdelinger, men kan ikke gjelde unntaksfritt for alle situasjoner. Det kan vanskelig tenkes at det ikke finnes noe tidspunkt på døgnet eller noen situasjoner hvor besøk eller fotografering kan gjøres uten å komme i konflikt med kravet til forsvarlighet.

Dernest er det slik at selv om begrensninger i besøk, fotografering, film- og lydopptak kan skje av hensyn til forsvarlighetskravet, har offentlige institusjoner en plikt til å tilrettelegge for brukernes privatliv etter Grunnloven § 102, samt ytringsfrihet og informasjon til offentligheten (infrastrukturkravet) etter Grunnloven § 100. Dette må særlig gjelde for langtidspasienter og andre som i realiteten er bosatt på institusjon. Dette innebærer at besøk utenfor oppsatte tider normalt må tillates. Det innebærer videre at brukere som oppholder seg på døgnbasis og over lengre tid i institusjon, normalt må kunne fotografere eller filme livet sitt på institusjon. Det innebærer også at institusjonen må legge til rette for at særlig mediene får tilgang til avdelinger som andre normalt ikke har tilgang til.

Videre vil adgangen til å treffe beslutning om begrensninger i henhold til forsvarlighetskravet, normalt ikke gi adgang til fysisk å forhindre noen fra besøk eller fra å gjøre opptak. Fysiske handlinger er mer inngripende enn selve beslutningen, og krever dermed klarere hjemmel i lov. Slik lovhjemmel foreligger bare helt unntaksvis i helse- og omsorgstjenesten og i barnevernet, se kapittel 12 og 13. Utover disse tvangssituasjonene,

[11] Rt. 2010 s. 612, avsnitt 31.

må politi tilkalles dersom situasjonen er alvorlig og tilspisset. Helt unntaksvis kan det tenkes nødrettssituasjoner, der personer på stedet fysisk kan vise andre bort dersom det er fare for liv eller helse, typisk dersom uvedkommende buser inn på akuttmottak eller kirurgisk avdeling under akuttbehandling av en pasient.

8.4 Utvalgets vurdering og konklusjon

Det er utvalgets vurdering at kravet til forsvarlig tjenestetilbud, forsvarlig drift og forsvarlig arbeidsmiljø, utgjør rettslige grunnlag for regulering av besøk, fotografering, film- og lydopptak. Men grunnlaget strekker seg ikke lengre enn det som saklig kan begrunnes i kravet til forsvarlighet. Saklighet og forsvarlighet blir således avgjørende rettslige stikkord når sektorene ønsker å gripe inn med regulering.

Utvalget understreker i tillegg at et forbud mot fotografering, filming og lydopptak innebærer et inngrep i ytringsfriheten, både direkte fordi det hindrer fotografen å innhente opplysninger, og indirekte fordi det hindrer fotografen å videreformidle disse opplysningene. Å nekte noen adgang med formål om å hindre dem i å fotografere eller filme kan på samme måte være et inngrep i ytringsfriheten. For brukere av et tjenestetilbud, kan særlig fotografering og annen bruk av egen mobiltelefon være viktig for eget privatliv. Samtidig kan fotografering og filming av andre brukere utgjøre en krenkelse av deres rett til privatliv. Når offentlige myndigheter regulerer eller nedlegger forbud mot bruk av mobiltelefoner, fotografering eller filming, må dette derfor bygge på et grunnlag som står seg overfor menneskerettighetene i alle relasjoner.

Utvalget vil peke på at retten til ytringsfrihet og retten til privatliv kan i komme i konflikt med hverandre i de konkrete situasjoner en står overfor. Den europeiske menneskerettighetsdomstolens praksis viser at når to rettigheter i menneskerettighetskonvensjonen kolliderer, må staten vise at den har veiet dem mot hverandre og funnet en rimelig balanse («fair balance») mellom dem. Dette er nærmere omtalt ovenfor i punkt 4.4. Dette betyr at innskrenkninger i ytringsfriheten av hensyn til personvernet ikke kan strekke seg lengre enn hensynet til en forsvarlig drift tilsier, der ivaretakelsen av personvernet er en av flere hensyn som inngår i driften.

Det er ikke mulig å gi et generelt svar på hvordan en slik avveining vil og bør slå ut. En kan for eksempel ikke si at et mobilforbud på et sykehjem innebærer en krenkelse av ytringsfriheten, eller motsatt at det er påkrevd av hensyn til personvernet. Denne vurderingen må foretas ute i sektorene av personer som har kjennskap til de konkrete utfordringene som deres virksomhet står overfor. Denne vurderingen påvirkes samtidig av hvem det er som ønsker å fotografere eller filme. Journalister har for eksempel et særlig samfunnsoppdrag som de må oppfylle for at samfunnet skal nyte godt av en åpen og opplyst offentlig samtale. Dette tilsier at ytringsfriheten bør ha større vekt i avveiningen når det er journalister man vurderer å nekte fotografering, eller nekte adgang.

Vurderingen påvirkes også av hvem man har til hensikt å beskytte. Barn under barnevernets omsorg er for eksempel spesielt sårbare, noe som tilsier at deres personvern gis en relativt større vekt i den konkrete avveiningen av situasjonen.

Generelle fotoforbud kan raskt møte utfordringer med tanke på å treffe en rimelig balanse mellom ulike hensyn. Slike forbud risikerer å slå ut på en måte som fremstår uforholdsmessig i enkelttilfeller. Før en virksomhet tar i bruk et generelt fotoforbud på hele eller deler av sitt område bør virksomheten sørge for å ha gjennomført vurderinger der både ytringsfriheten og personvernet, og andre relevante hensyn, har blitt vektlagt på grunnlag av et krav om at inngrepet må være saklig begrunnet på alle de fysiske områder som reguleres. Virksomheten bør som en del av denne vurderingen ha vurdert eller prøvd ut mindre inngripende tiltak.

For øvrig anbefaler utvalget at institusjonen eller virksomheten utarbeider rutiner, tilpasset institusjonen, for å sikre best mulig ivaretakelse av de kryssende hensyn.

Utvalgets mindretall, utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, har kommet med følgende særmerknad:

> «Utvalgets mindretall, Foss og Ergo, mener begrepet «forsvarlig drift», herunder hensynet til ansattes arbeidsmiljø, i flere sammenhenger i denne utredningen trekkes for langt. Det vil kunne være for enkelt å nekte medier adgang på uberettiget grunnlag dersom det holder å argumentere for at tilstedeværelsen går ut over driften, tjenestetilbudet eller arbeidsmiljøet. Selv om utredningen påpeker at det å nekte adgang skal knyttes til kravet om forsvarlighet, mener vi det bør tydeliggjøres at det å nekte særlig mediene å fotografere, filme eller gjøre lydopptak må knyttes til pasienters, brukeres og tjenestemottakeres grunnleggende rettigheter. Vi sikter da til deres rett til ikke å få kren-

ket sitt personvern og til et forsvarlig tjenestetilbud. Terskelen for å nekte mediene tilgang skal være høy.»

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, utvalgsmedlemmene Bang, Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold, finner grunn til å presisere at virksomhetene i sektorene utvalget omtaler alle har primæroppgaver relatert til å yte tjenester til borgerne. Dette kan være helse- og omsorgstjenester, barneverntjenester, skoletjenester og barnehagetjenester. Mediehåndtering er ikke en av primæroppgavene til virksomhetene. Medienes tilstedeværelse vil ofte være en belastning for de som skal yte tjenester, og dermed vanskeliggjøre utøvelsen av disse tjenestene. Virksomhetene må tåle en viss belastning av denne typen, og bør tilrettelegge for åpenhet og at mediene kan ha en tilstedeværelse når dette er forsvarlig. Mediene skal informere offentligheten og avdekke kritikkverdige forhold, og det er viktig at offentlige virksomheter tilrettelegger for at dette er mulig. Ofte vil det være mulig å praktisere en stor grad av åpenhet uten at forsvarlig tjenesteytelse, forsvarlig drift og forsvarlig arbeidsmiljø utfordres i særlig grad. Utgangspunktet må likevel være at virksomhetene trenger rom til å utføre det som er deres primæroppgaver.

Vurderingen av om det er forsvarlig å åpne opp for medienes tilstedeværelse i en konkret situasjon handler ikke utelukkende om forsvarligheten av tjenestene som ytes til en enkelt person. En må også vurdere hva som er rimelig for å sikre en generelt forsvarlig og akseptabel drift, i lys av blant annet hvilket tidspunkt på døgnet mediene ber om tilgang, og omfanget av tilgangen mediene ber om.

Vurderingen av om det er forsvarlig å åpne for medienes tilstedeværelse i en konkret situasjon må fylles med innhold slik at momentene virksomheten vektlegger er saklige og relevante for den beslutningen som fattes. Det må forutsettes at virksomhetene foretar en slik vurdering på en lovlig og redelig måte.

I noen tilfeller kan mediene avvises fordi virksomheten i en utfordrende situasjon ikke klarer å utføre sin primæroppgave samtidig som mediene gis tilgang. Dette kan være fordi den generelle belastningen for de ansatte blir for stor, eller at nøkkelpersonell ikke er tilgjengelig for å kunne møte mediene på et gitt tidspunkt.

Kapittel 9
Privat eierrådighet

9.1 Innledende om eierrådighetens betydning for utvalget

Det sies gjerne at den som eier en ting eller eier fast eiendom selv kan bestemme over tingen eller eiendommen. Hva en kan gjøre med egen eiendom eller egne ting, er i moderne rettssamfunn like fullt begrenset på en rekke områder: Alle forstår intuitivt at man ikke kan stikke kniven i en annen person, bare fordi man eier kniven og fordi man er eier av eiendommen hvor knivstikkingen skjer. Når slike og andre begrensninger på eiendomsretten er tatt hensyn til, står vi igjen med form for «restkompetanse», det vil si den kompetansen man faktisk har til å bestemme over eiendommen bare fordi man er eier. Det er denne restkompetansen som i juridiske termer omtales som «eierrådighet». Gjør man for eksempel noe som er tillatt fordi man er eier av tingen, følger det rettslige grunnlaget for beslutningen eller handlingen av eierrådigheten.

For Åpenhetsutvalget har eierrådigheten betydning i to relasjoner: Den ene er at fotografering, film- eller lydopptak gjerne gjøres av samme person som er eier av mobiltelefonen eller annet digitalt eller mekanisk utstyr. Den andre relasjonen er at opptakene ikke gjøres på egen eiendom. Ved den rettslige reguleringen av blant annet besøk, bilder, film og lydopptak i offentlige institusjoner og virksomheter, har enkelte hevdet at offentlige institusjoner som helseforetak og skoler i kraft av sin eierrådighet kan regulere dette uten hjemmel i lov. Siden mandatet ber utvalget trekke opp de rettslige rammer for besøk, bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skoler og barnehager, vil utvalget redegjøre for om eierrådigheten for disse institusjonene kan omfatte en rett til å regulere nettopp besøk, bilder, film og lydopptak.

For denne vurderingen er det i noen grad nødvendig å sondre mellom virksomhetenes eierstruktur og deres tilknytning til det offentlige tjenestetilbudet. I hovedtrekk kan virksomhetene deles i tre kategorier – den helprivate, den offentlige, og den private med driftstilskudd, refusjonsordninger e.l. fra det offentlige. Noen rettslige utgangspunkter er like fullt felles.

9.2 Forholdet mellom eierrådighet og Grunnloven

Synspunktet om eierrådighet som et tilstrekkelig rettslig grunnlag for reguleringer over fast eiendom og løsøre bygger på den eldre rettslige konstruksjon – fra tiden før Grunnloven – om at den som er eier kan utøve svært vidtgående beføyelser over eiendommen. Med dette menes at eier i kraft av den private eiendomsrett kan treffe rettslige beslutninger over egen eiendom, samt gjennomføre faktiske handlinger. Et stykke på vei er denne eldre forestillingen en realitet for privates råderett over egen eiendom også i dag. Men i Norge er det satt en rekke rettslige begrensninger gjennom lovgivningen for hva private kan gjøre på og med egen eiendom.

I eget hjem kan private for eksempel fastsette «husregler» for bruk av mobiltelefon og annet digitalt utsyr, også for gjester. Men «reglene» kan ikke håndheves på annen måte enn ved at en kan be gjestene forlate eiendommen dersom de ikke overholder «reglene». Huseier kan likevel ikke fysisk kaste gjestene ut, med mindre nødrett eller nødverge foreligger.[1] Eier kan heller ikke ta beslag i gjestenes utsyr. Dette siste er forankret i at det er gjestene som er eiere av eget utstyr. Privates bruk av fysisk makt eller beslag av andres utstyr er i stedet straffbart etter straffeloven. Bare i de situasjoner hvor særskilte straffrihetsgrunner som nødrett eller nødverge foreligger, kan bruk av fysisk makt eller beslag i andres eiendom skje straffritt. At man er eier av grunnen under føttene

[1] Gjester som nekter å forlate eiendommen kan gjøre seg skyldig i brudd på straffeloven § 268 om uberettiget adgang eller opphold, og kan etter omstendighetene dømmes til bot eller fengsel. Dette er omtalt nærmere i punkt 10.3.4.6.

på de involverte, er ikke en slik straffrihetsgrunn etter norsk rett.

De rettslige utgangspunkter for hvilke reguleringer man kan gjøre for besøk, bilder, film og lydopptak, er – som nevnt flere steder i denne utredningen – de regler som Grunnloven oppstiller. Alle personer har ytringsfrihet etter Grunnloven § 100, samt en rett til privatliv og personvern eller Grunnloven § 102. I tillegg følger det av Grunnloven § 106 at enhver med lovlig opphold i Norge kan bevege seg fritt innenfor landets grenser. Av Grunnloven § 113 følger det at myndighetenes inngrep overfor enkeltpersoner krever grunnlag i lov (legalitetsprinsippet). De tre sistnevnte bestemmelsene kom inn i Grunnloven med reformen i 2014, men har eksistert som ulovfestede regler i lang tid. Likevel kan mangelen på synliggjøring av prinsippene forut for 2014 ha ledet til at enkelte har oversett eller tatt for lett på prinsippene før grunnlovsreformen.

Eiendomsvernet nyter imidlertid kun et svært begrenset grunnlovsvern, gjennom et krav om full erstatning i de tilfeller hvor myndighetene eksproprierer eiendom, jf. Grunnloven § 105. All eiendom, også mobiltelefoner, kamera, nettbrett, PCer eller lignende, kan i tillegg nyte grunnlovsvern gjennom retten til privatliv etter § 102. Dette rettslige utgangspunktet om at eiendommen kan være vernet av retten til privatliv, gjelder imidlertid ikke dersom man befinner seg på offentlig eiendom. Da må det være andre forhold eller rettsgrunnlag enn selve retten til eiendom som potensielt verner privatlivet, for eksempel taushetsplikten.

Det rettslige utgangspunkt for reguleringer over offentlig eiendom følger i stedet av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113. Inngrep i den enkeltes rett til å bruke eget utstyr i kraft av eiendomsretten til utstyret, og inngrep i den enkeltes rett til å samle inn informasjon i tråd med ytringsfriheten i Grunnloven § 100, trenger normalt grunnlag i lov. Unntak fra kravet til lovhjemmel er, som nevnt, de situasjoner hvor det foreligger straffriende nødrett. Dette er nærmere behandlet i punkt 10.2.2. En viktig presisering er imidlertid at kravet til lovhjemmel kan være oppfylt gjennom særlige lovhjemler eller gjennom lovpålagte krav til forsvarlig drift, forsvarlig tjenestetilbud og forsvarlig arbeidsmiljø, se kapittel 7, 8 og kapitlene 12 til 15.

Det er likevel på det rene at offentlig myndigheter har vid disposisjonsrett over egne eiendommer og at de kan disponere over eiendommene på lik linje med private rettssubjekter hva gjelder forhold som ikke griper inn i den enkeltes rettsforhold. Dette gjelder typisk forretningsforhold eller avtaleforhold som berører eiendommen eller råderetten over bygningsmassen. Det offentlige kan for eksempel inngå avtaler om kjøp av kontorrekvisita, leie av bygg etc. på lik linje med private.[2] Hvorvidt eierrådigheten kan erstatte kravet til lovhjemmel ved utøvelse av et offentlig tjenestetilbud må anses som tvilsomt.

9.3 Praktisering av eierrådighet som rettsgrunnlag for inngrep

Det fremgår av den praksis utvalget har fått tilgang til at den private eierrådigheten i noen grad benyttes som et rettslig grunnlag til å begrense adgangen til bilder, film og lydopptak i de ulike sektorene. Dette gjelder ikke minst i helse- og omsorgstjenesten, der oppslag om fotoforbud med grunnlag i eierrådigheten er blitt stadig vanligere å se på legevakten, i akuttmottaket, eller på sykehusets ulike avdelinger.[3] I en retningslinje for lyd-, foto- og filmopptak som gjelder for flere helseforetak i Helse Vest RHF heter det for eksempel at

> «[Navn på institusjon] har råderett over alle lokale dei eig eller leiger og bestemmer under dette kva reglar som skal gjelde ved verksemda.»

En lignende tilnærming synes å ligge til grunn for en eldre betenkning fra kommuneadvokaten i Oslo fra 1997 til Ullevål sykehus.[4] Konkret omhandlet saken en henvendelse fra Ullevål sykehus med spørsmål om sykehuset kunne nekte pressefotografer å fotografere på sykehusets akuttmottak. I svarbrevet fra kommuneadvokaten vises det til at eierrådigheten gir sykehuset og de ansatte tilstrekkelig kompetanse til å nekte personer både opphold på eiendommen og ulike aktiviteter, herunder fotografering, på eiendommen. I følge kommuneadvokaten kan det bare gjøres slike begrensninger i det offentliges eierrådighet som følger av den ulovfestede læren om myndighetsmisbruk.

Også flere skoler lener seg på eierrådigheten som et rettsgrunnlag for inngrep overfor den enkelte. Utvalget har for eksempel fått kjennskap

---

2 Dette utgangspunktet er ikke tvilsomt, og er slått fast og gjentatt av Høyesterett i mange saker, se f.eks. Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31.

3 For eksempel Oslo universitetssykehus, Telemark sykehus, Stavanger sykehus, Helse Fonna og Haukeland sykehus.

4 Kommuneadvokaten i Oslo (1997).

til at enkelte skoler forbyr utenforstående, enten det er foresatte, familie, venner eller fremmede, å fotografere og filme i skolegården.

9.4 Utvalgets vurdering og konklusjon

Utvalget vil presisere at det rettslige spørsmålet er hvor langt eierrådigheten strekker seg for regulering og inngrep i grunnlovsbeskyttede rettigheter som fri bevegelighet (besøk), ytringsfrihet og rett til privatliv (bilder, film og lydopptak) i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen. Problemstillingen har av andre vært formulert som et spørsmål om hvorvidt eierrådigheten til det offentlige kan sidestilles med privat eierrådighet når det offentlige utøver en offentlig virksomhet, og om eventuelle begrensninger i utøvelsen av denne eierrådigheten bare gjenfinnes i læren om myndighetsmisbruk.

Et faktisk viktig utgangspunkt er at offentlig virksomhet som driver på offentlig grunn eller i lokaler innleid av det offentlige, ikke kan karakteriseres som eiere eller leietakere av eiendommene i alminnelig privatrettslig forstand. I stedet må virksomheten anses som *forvalter* av offentlighetens eiendom i den hensikt å drive et offentlig regulert tjenestetilbud. Dette stiller seg annerledes for helprivate aktører og i noen grad for private med tilskudd eller annen finansieringsavtale med det offentlige, og utvalget kommer tilbake til dette i avslutningen av sine vurderinger.

Det rettslige utgangspunkt for de offentlige virksomheter er at sykehus, barneverninstitusjoner, skoler og barnehager ikke kan sammenliknes med for eksempel gater og torg der allmennheten har en rett til å oppholde seg, men virksomhetene kan for øvrig være mer eller mindre åpne avhengig av forholdene og hvilke tjenester som utføres der. Selv om virksomhetene ikke kan sammenlignes med åpne gater, kjennetegnes de like fullt av at virksomheten er offentlig og at den foregår på offentlig eiendom eller i lokaler hvor det offentlige er eier eller leietaker.

Spørsmålet om eierrådigheten til det offentlige kan sidestilles med privat eierrådighet når det offentlige utøver en offentlig virksomhet, er ikke endelig avklart verken i rettspraksis eller i litteraturen. Falkanger skriver at når stat eller kommune har lagt ut sin grunn til veier, parker, torg mv., kan den ikke nekte personer adkomst uten saklig grunn.[5] Det oppstilles dermed et krav til saklighet for inngrep i retten til fri bevegelighet etter Grunnloven § 106. I en avgjørelse i Borgarting, avsagt forut for vedtagelsen av § 106, ble spørsmålet om eierrådigheten som grunnlag for innskrenkninger i adgang til statens eiendom vurdert.[6] Et pizzeria ønsket å levere pizza og mineralvann inne på militærbasen Haakonsvern, men fikk ikke adgang. Begrunnelsen for utestengningen var at forsvaret ønsket å verne om sin egen kantinedrift. Retten kom til at selv om utestengelsen ikke var begrunnet i sikkerhetsmessige forhold var den saklig begrunnet, og innenfor statens handlingsrom som eier. Det må imidlertid bemerkes at levering av pizza til en militærbase har liten eller ingen sammenheng med den offentlige virksomheten på basen, og slik synes det naturlig at utestengelsen kunne reguleres av privat eierrådighet, så lenge den var saklig begrunnet.

Høyesterett har i enkelte sammenhenger uttalt at de ulovfestede reglene om god forvaltningsskikk og læren om myndighetsoverskridelser eller myndighetsmisbruk får anvendelse når det offentlige bruker sin private autonomi som aktør i markedet på lik linje med private. Høyesterett har imidlertid ikke tatt stilling til i hvilken utstrekning og hvor langt offentlige myndigheter kan gå i å erstatte kravet til lovhjemmel med eierrådighet som rettsgrunnlag for inngrep i grunnlovsbeskyttede rettigheter.

I Høyesteretts avgjørelse Rt. 2009 s. 1356 heter det blant annet: «I det hele har jeg som utgangspunkt at staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk.»[7] Tilsvarende er kommet til uttrykk i andre høyesterettsavgjørelser.[8] Når staten opptrer som aktør i markedet eller på andre måter utøver eiendomsrett, må den dermed forholde seg til alminnelig god forvaltningsskikk. Konsekvensen er at forvaltningen ikke kan drive usaklig forskjellsbehandling eller legge vekt på utenforliggende hensyn, heller ikke når den utøver privat autonomi. Samtidig kommer ikke reglene om god forvaltningsskikk inn med samme tyngde når staten utøver eierrådighet over en lagerbygning som når den opptrer som myndighetsutøver, og det offentlige har «betydelig frihet i sin forretningsdrift».[9] Om dette skriver Høyesterett: «Jo større likhet det er mellom næringsvirksomheten og vanlig forvaltning, eller desto mer forretningsdriften i realiteten innebærer forvaltning, jo større grunn vil

5 Falkanger & Falkanger (2016), side 39.

6 RG. 2003 s. 1136 (Pizza).

7 Rt. 2009 s. 1356, avsnitt 31.

8 Rt. 2012 s. 1444, avsnitt 53 og Rt. 2015 s. 795, avsnitt 51.

9 Rt. 2015 s. 795, avsnitt 30.

det være til å la forvaltningsrettslige regler få anvendelse».[10]

Uttalelsene tyder på at Høyesterett ser for seg en glideskala, der alminnelige forvaltningsrettslige regler, herunder kravet til legalitet, gradvis kommer til anvendelse desto mer sakene preges av alminnelig forvaltningsaktivitet. Det synes dermed nærliggende å utlede fra disse uttalelsene i Høyesterett, samt dagens grunnlovfestede legalitetsprinsipp, at normative reguleringer, også over offentlig eiendom, trenger et rettslig grunnlag som kan utledes fra lovtekst. Normative reguleringer av andre personers adferd er typiske forvaltningsavgjørelser og trenger derfor et annet rettsgrunnlag enn eierrådighet.

Læren om myndighetsmisbruk som en siste sikkerhetsventil mot at det offentlige misbruker sin stilling, synes det da nærliggende å gripe til bare i de situasjoner hvor det offentlige benytter sin private autonomi til å inngå avtaler e.l. som ledd i ordinær forretningsdrift. At læren om myndighetsmisbruk skulle være den eneste sikringsmekanisme overfor myndighetenes normative reguleringer av privates adferd når adferden skjer på offentlig eiendom, slik enkelte synes å legge til grunn, bryter nokså fundamentalt med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Det bryter også med det som var forutsetningene for den kodifiseringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 som fant sted i 2014. Med læren om myndighetsmisbruk som eneste rettssikkerhetsgaranti for individet, snus på mange måter legalitetsprinsippet på hodet. I stedet for å spørre etter myndighetenes hjemmel for inngrep, avventer man individets krav om tilsidesettelse av beslutningen fordi den er ugyldig på grunnlag av myndighetsmisbruk. Et krav om saklig forankring i lovtekst, erstattes dermed av myndighetsmisbrukslæren, ved at det bare er de usaklige inngrep en kan se bort fra. Terskelen for at inngrep anses som usaklig, og dermed myndighetsmisbruk, har tradisjonelt vært meget høy.

Litteraturen på feltet fremstår som uklar. Om eierrådighet som kompetansegrunnlag for det offentliges beslutninger skriver Eckhoff/Smith at eierrådigheten gir et visst grunnlag for at ledelsen på for eksempel aldershjem og hjem for personer med funksjonshemminger kan bestemme enkelte ting over beboerne uten at de trenger hjemmel i lov.[11] Graver skriver at eieren av en institusjon kan gå ganske langt i å bestemme regler for orden og oppførsel. Han utdyper at hvis institusjonsopphold ikke er frivillig (tvang), får slike bestemmelser i større grad preg av å være myndighetsutøvelse, som presumptivt krever en klarere hjemmel. Men også frivillige institusjonsplasseringer kan bare pålegges begrensninger som er nødvendige for å hindre at andre «påføres urimelig forstyrelse eller sjenanse».[12]

De inngrep som beskrives i disse fremstillingene er imidlertid tett knyttet til driften og til tjenestetilbudet til virksomheten, og inngrepene kan derfor like gjerne forstås som forankret i virksomhetens lovpålagte krav til forsvarlig drift og forsvarlig tjenestetilbud. Med en slik rettslig forankring, vil institusjonene i mange tilfeller kunne forby besøk, fotografering mv, dersom forbudet saklig forankres i forsvarlighetskravet. Denne tilnærmingen sikrer at inngrepene er i tråd med oppfyllelse av formålet med virksomheten.

Det er på dette grunnlag utvalgets konklusjon at eierrådigheten til det offentlige ikke utgjør et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å regulere besøk, bilder, film eller lydopptak. Den som forvalter offentlig eiendom for å drifte et offentlig tjenestetilbud, kan ikke erstatte kravet til grunnlag i lov etter Grunnloven § 113 med eierrådighet når privates adferd reguleres. Slike reguleringer griper inn i ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og potensielt også i retten til fri bevegelighet etter Grunnloven § 106. Dette styrker konklusjonen om at det rettslige grunnlaget for inngrep må kunne utledes fra lovgivning. Eventuelle husordensregler eller andre former for reguleringer må i stedet ha en saklig forankring i kravene til forsvarlig drift, forsvarlig tjenestetilbud og/eller forsvarlig arbeidsmiljø, og da etter en konkret vurdering.

For helprivate virksomheter, som driver næring uten tilskudd eller refusjon fra offentlige myndigheter, vil eierrådigheten på dette feltet imidlertid måtte sidestilles med annen privat eierrådighet. Det gjelder selv om virksomheten har fått offentlig tillatelse eller konsesjon til å tilby tjenester innenfor helse- og omsorg, barnevern, skole eller barnehage. For de helprivate vil det derfor være full adgang til å regulere besøk, bilder, film og lydopptak i egen virksomhet, så lenge reguleringen ikke overtrer grensene for det straffbare.

Per i dag er det imidlertid få slike helprivate virksomheter innenfor disse sektorene. De fleste virksomheter mottar enten driftstilskudd eller de tilbyr brukerne en tjeneste i det offentliges regi. For slike virksomheter vil løsningen kunne variere. I forbindelse med driftsavtale med myndig-

[10] Rt. 2015 s. 795, avsnitt 30.

[11] Eckhoff & Smith (2018), s. 355.

[12] Graver (2015), s. 208.

heter, tildeling av konsesjoner eller annen lignende avtaleinngåelse, kan partene inngå særskilte avtaler med myndighetene innenfor rammene av forvaltningens avtalekompetanse. Det må like fullt legges til grunn at for den delen av privat virksomhet som underlegges forvaltningsrettslige krav til drift og saksbehandling, typisk for barnevernsinstitusjoner, må de samme krav kunne oppstilles for denne virksomheten som for annen heloffentlig virksomhet.

For fastlegekontorer eller lignende ordninger der selvstendig næringsdrivende inngår avtale med kommune eller regionalt helseforetak, vil det kunne tenkes mer todelte løsninger. Mens konsultasjon med lege eller annet helsepersonell typisk skjer som en oppfyllelse av det offentliges plikt til å tilby befolkningen en primærhelsetjeneste (eller spesialisthelsetjeneste), vil venteværelset på fastlegekontorer i større utstrekning være underlagt privat eierrådighet. Dette gjør at fastlegekontorer trolig kan regulere bilder, film og lydopptak på venteværelset i kraft av privat eierrådighet, mens tilsvarende reguleringer ikke kan skje i kraft av eierrådighet i konsultasjonen med helsepersonell. Her vil det – på lik linje med offentlige virksomheter – kun åpnes for reguleringer som er saklig begrunnet i kravet til forsvarlig tjenestetilbud, drift eller arbeidsmiljø i hvert enkelt tilfelle, jf. kapittel 7 og 8 foran.

Kapittel 10
Strafferettslige skranker

10.1 Innledning

Førsteamanuensis Synnøve Ugelvik har på oppdrag fra Åpenhetsutvalget skrevet en betenkning om når det vil være straffbart å ta og/eller publisere bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler. Betenkningen ligger som vedlegg 1 denne til utredningen. Beskrivelsen av gjeldende rett i dette kapittelet bygger i stor grad på Ugelviks betenkning.

I kapittel 10.2 gis en oversikt over det strafferettslige ansvaret på dette feltet, og når en eventuelt kan fritas for straff gjennom for eksempel nødrett.

I punkt 10.3 gjør utvalget rede for de mest relevante straffebestemmelsene som kan tenktes å komme til anvendelse når det gjelder det å ta eller dele bilder og film. Utvalget går ikke nærmere inn på straffebestemmelsene mot seksuallovbrudd. Disse er omtalt nærmere i Ugelviks betenkning.[1]

Justis- og beredskapsdepartementet har foreslått lovendringer som sikrer «et helhetlig straffansvar for ulike former for straffverdig befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred.» Lovforslaget er utformet som tre alternative endringer i straffeloven, enten nye straffeloven §§ 267 a til c, eller en utvidelse av straffeloven § 266 om hensynsløs adferd, eller et nytt andre ledd i § 267 om krenkelse av privatlivets fred.[2] Utvalget går ikke nærmere inn på forslagene. Gjeldende rett når det gjelder §§ 266 og 267 beskrives nedenfor.

10.2 Kriteriene for straffbarhet

10.2.1 Fire straffbarhetsvilkår

For å kunne straffes, må fire straffbarhetsvilkår alltid være oppfylt. Den straffbare handlingen må være beskrevet i lov, og gjerningspersonen må ha utvist nødvendig grad av skyld. Videre må gjerningspersonen være tilregnelig i gjerningsøyeblikket, og det må ikke foreligge noen straffrihetsgrunner. I tillegg må norsk jurisdiksjon gjelde, og det straffbare forholdet må ikke være foreldet. Straffbarhetsvilkårene er nærmere beskrevet i Ugelviks betenkning, se punkt 1.2.2.

10.2.2 Straffrihetsgrunner og straffritaksgrunner

10.2.2.1 Innledning

Straffrihetsgrunner kan blant annet være nødrett, nødverge og selvtekt, jf. straffeloven §§ 17 til 19 og til dels lovfestet og ulovfestet samtykke. Provokasjon og retorsjon kan være straffritaksgrunner.

10.2.2.2 Nødrett

Det følger av straffeloven § 17 at en handling som ellers hadde vært straffbar likevel er lovlig når den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen.

Det må altså foretas en proporsjonalitetsvurdering der skaderisikoen for å handle avveies mot ikke å handle.[3]

Ut over at interessen/rettsgodet må være lovlig, stiller ikke loven opp ytterligere begrensninger med hensyn til hva slags interesser som kan vernes.

Handlingen som blir lovlig kan i prinsippet være en hvilken som helst tjenlig (ellers) straffbar handling, for eksempel kroppskrenkelse, skadeverk eller promillekjøring. Hvis fotografering og filming skaper farlige situasjoner, og det ikke er mulig å avhjelpe dem på annen måte, finnes det dermed en adgang til for eksempel å inndra eller ødelegge opptaksutstyr. En kan tenke seg at en person er i ferd med å laste opp fotografier som

[1] Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.

[2] Justis- og beredskapsdepartementet (2018a).

[3] Eskeland (2017) s. 259–261.

viser og identifiserer et barn på skjult adresse. I et slikt tilfelle er det mulig at en ansatt som kjenner situasjonen og forstår de mulige konsekvensene kan gripe inn og midlertidig frata personen telefonen. Et annet tenkt eksempel er hvis filming fra en situasjon der det ytes helsehjelp forstyrrer helsepersonell slik at det oppstår fare for liv og helse. Hvis det ikke er mulig å avverge faren på andre måter, kan opptaksutstyret da lovlig inndras etter nødrettsbestemmelsen. Dersom man griper inn ovenfor journalister må det tas med i proporsjonalitetsvurderingen at man samtidig griper inn i medienes kildevern.

10.2.2.3 Selvtekt

Etter straffeloven § 19 kan en handling som ellers ville være straffbar, være lovlig «når den som har retten, handler for å gjenopprette en ulovlig endret tilstand, og det ville være urimelig å måtte vente på myndighetenes bistand.»

Ugelvik nevner et tenkt eksempel der du oppdager at en person står utenfor vinduet og tar bilder av deg mens du kler av deg:

> «Dette kan være straffbar hensynsløs adferd etter strl. § 266. Løper du ut og tar mobilkameraet, og sletter de aktuelle bildene, vil dette kunne være straffri selvtekt. Vilkårene er 1) at det allerede har skjedd en straffbar handling («ulovlig endret tilstand», her den hensynsløse og fredskrenkende billedtagningen), 2) at det ville være urimelig om du måtte vente på myndighetene (i eksempelet ville fotografen antakelig ha forsvunnet før politiet eventuelt hadde kommet til stedet). I motsetning til nødretts- og nødvergereglene, hvor en handler mot pågående eller forventede situasjoner, er det for rettmessig selvtekt et krav om at en straffbar handling allerede er begått, og den ellers straffbare handlingen (billedslettingen) skjer for å 'nullstille' situasjonen til slik den var før den opprinnelige ulovlige handlingen (fredskrenkende og hensynsløs fotografering) ble foretatt.[4]»

Det kan som hovedregel ikke brukes makt i en selvtektssituasjon.[5] Dersom det likevel skal være lovlig å bruke makt, for eksempel å ta telefonen med makt fra fotografen, er det et vilkår at en underliggende rettskrenkelsen er «åpenbar». Dette innebærer at det objektivt sett må være klart at det har forekommet en rettskrenkelse. I tillegg må maktbruken ikke gå «lenger enn forsvarlig». Dette innebærer både at «maktbruken ikke må vært mer vidtgående enn det som er strengt nødvendig, og at den ikke må være uforholdsmessig sammenholdt med det som oppnås gjennom selvtekten.»[6]

10.2.2.4 Provokasjon og retorsjon

Provokasjon og retorsjon kan etter omstendighetene innebære en fritaksgrunn for straff. Ved provokasjon blir den straffbare handlingen ansett fremkalt av fornærmede selv. Ved retorsjon blir den straffbare handling gjengjeldt av en straffbar handling. Provokasjon og retorsjon er lovfestet for eksempel i straffeloven § 267 tredje ledd om privatlivets fred. Provokasjon kan også være en frifinnelsesgrunn selv om det ikke er spesifikt lovfestet i den enkelte bestemmelse.[7] Hovedsakelig vil eventuell forutgående provokasjon i så fall kun ha innvirkning på utmåling av straff.[8]

10.2.2.5 Samtykke

At noen har samtykket til å bli tatt bilde av, og/eller at bildet blir delt, kan være avgjørende i vurderingen av om fotograferingen eller delingen er straffbar eller ikke. Samtykke kan frita for straff, både på lovfestet og ulovfestet grunnlag. Fotografering og deling av et bilde på Facebook etter å ha innhentet noens samtykke, utgjør for eksempel ikke en overtredelse av åndsverkloven § 104 om retten til eget bilde.

Et samtykke gitt av en mindreårig, bevissthetsforstyrret eller beruset person er ikke nødvendigvis gyldig. En nødvendig grad av modenhet og forståelse må foreligge.[9] Generelt må det stilles strengere krav til samtykket jo mer alvorlig inngrep eller krenkelse det er tale om.[10]

Skal svært alvorlige straffbare handlinger samtykkes til, må det kreves full bevissthet om hva det er snakk om. I straffesakene om deling av bilder på sosiale medier er etter hvert straffenivået relativt høyt. Dette har sammenheng med at mange bilder kan oppleves som svært krenkende og inngripende overfor individets privatliv, spredningsfaren av bilder på internett, og mangelen på kontroll for den avbildede.[11]

---

4 Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.3.3.

5 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 423, merknad til § 19.

6 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), s. 423, merknad til § 19.

7 Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.3.4.

8 Jf. for eksempel straffeloven § 78 bokstav c.

9 Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.3.5.

10 Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.3.5.

Samtykke er nærmere omtalt i kapittel 6.

10.2.2.6 Den alminnelige rettsstridsreservasjonen

Selv om ingen av de ovennevnte straffrihetsgrunnene foreligger, kan det være andre grunner til at en overtredelse av et straffebud ikke skal straffes, fordi handlingen ikke er straffverdig. Denne rettsstridsreservasjonen kan være ulovfestet eller spesifisert i de enkelte straffebestemmelsene, for eksempel slik at kun «urettmessig adferd» rammes.

10.3 Aktuelle straffebestemmelser

10.3.1 Retten til eget bilde – åndsverkloven § 104 jf. § 79

Etter åndsverkloven § 104 første ledd kan et fotografi som avbilder en person ikke gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede, med mindre nærmere opplistede vilkår er oppfylte. Brudd på denne bestemmelsen er straffbart med fengsel i inntil 1 år, jf. åndsverkloven § 79. Bestemmelsene omtales nærmere i punkt 5.2.

10.3.2 Vern av den offentlige myndighet og tilliten til den

10.3.2.1 Vold og trusler mot offentlig tjenestemann – straffeloven § 155

Straffeloven § 155 gjør straffbart det å «ved vold eller trusler» påvirke eller søke å påvirke «en offentlig tjenestemann til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling». Også det å «på annen måte å hindre vedkommende i utførelsen av tjenestehandlingen» er omfattet av gjerningsbeskrivelsen.[12]

«Offentlig tjenestemann» omfatter «enhver som utøver offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune, eller som har slik kompetanse i kraft av sin stilling», jf. definisjonen i andre ledd første punktum. Også enhver som «yter bistand til offentlig tjenestemann, eller sikrer dennes arbeidsplass» er vernet, jf. andre punktum. En sikkerhetsvakt utenfor et sykehus eller barnevernsmottak er således omfattet.[13] Men også en privatperson som «pliktmessig eller etter oppfordring» yter slik bistand er vernet.[14]

Personer som utøver «offentlig myndighet» er hovedsakelig «ansatte i offentlig virksomhet som krever hjemmel i lov, og som regelmessig treffer avgjørelser som oppleves som inngripende og begrenser borgernes handlingsfrihet.»[15] Begrepet omfatter enhver som har kompetanse til å treffe vedtak eller utferdige forskrift. Også saksforberedere som ikke har avgjørende myndighet, men som forbereder eller gjennomfører forvaltningsavgjørelser, omfattes. Det innebærer at dersom en ansatt i helse- og omsorgssektoren, skole eller barnevernssektoren treffer eller gjennomfører et offentlig vedtak, er vedkommende omfattet av gruppen som vernes i straffeloven § 155.[16] Leger, sykepleiere og andre ansatte i offentlige helseforetak faller utenfor § 155, med unntak av når de treffer avgjørelser om tvungen behandling.[17] Lærere, og helsepersonell når de yter nødvendig medisinsk hjelp, er utenfor målgruppen.[18] Det følger av lovens forarbeider at domstolene skjønnsmessig skal avgrense målgruppen, men at straffbarhet kun foreligger i den grad vedkommende er tillagt kompetanse til å treffe avgjørelser som «oppleves som inngripende eller begrenser borgernes handlefrihet».[19] Andre grupper offentlig ansatte gis strafferettslig beskyttelse gjennom de generelle straffebudene om vold og trusler mv. Den sårbare situasjonen til disse gruppene er et skjerpende moment i straffutmålingen innenfor strafferammene i de aktuelle straffebudene, jf. § 77 bokstav h.[20]

For Åpenhetsutvalgets mandat er «trusler» med bestemte formål det mest relevante handlingsalternativet.[21] Trusler kan være muntlige, skriftlige eller komme til uttrykk gjennom adferd. Et tenkt eksempel er å ta opp en mobiltelefon med kamera i en situasjon der filming av en bestemt situasjon kan oppfattes truende.[22]

---

11 Ugelvik (2019), punkt 1.2.2.3.5.

12 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), kap. 12.2.4 side 328–329, se også HR-2017-717-U.

13 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.

14 Plikt til å yte bistand kan følge av loven, f.eks. straffeloven § 287 om hjelpeplikt, men også hvor en person hjelper av «moralsk» plikt, jf. Rt. 1916 s. 1245 og Rt. 1968 s. 314, se Auglend og Mæland (2016), s. 1310.

15 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), kap. 12.2.4, s. 329.

16 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.

17 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), kap. 12.2.4.

18 Disse yrkesgruppene er imidlertid omfattet av «offentlig tjenestemann»-begrepet i straffeloven § 265 om særskilt vern for enkelte yrkesgrupper og § 286 om vold mot særskilt utsatte yrkesgrupper.

19 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), kap. 12.2.4.

20 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), kap. 12.2.4, Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.

21 Trusselbegrepet skal forstås på samme måte som straffeloven (1902) § 128, jf. Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), s. 328.

22 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.

Trusselen behøver ikke å være fremsatt direkte overfor tjenestemannen, men forsettet må dekke at tjenestemannen skal få vite om trusselen. I HR-2017-2167-U ble for eksempel en drapstrussel fremsatt overfor en ansatt ved en barneverninstitusjon som var til stede på sykehuset for å ivareta en beboer ved institusjonen i forbindelse med fødsel. Vedkommende hadde fått i oppgave å varsle den kommunale barneverntjeneste umiddelbart etter fødselen. Barneverntjenesten hadde besluttet å fatte akuttvedtak om omsorgsovertakelse straks barnet ble født. Barnets far uttalte til den ansatte ved barneverninstitusjonen at «ingen fra barnevernet skal slippe levende ut fra sykehuset, og at alle fra barnevernet var en trussel.» Trusselen ble spesifikt nevnt da barneverntjenesten ble varslet, og Høyesterett fant at de objektive vilkårene i straffeloven § 155 var oppfylte. Høyesterett opphevet imidlertid lagmannsrettens dom idet lagmannsretten ikke hadde drøftet om tiltalte hadde opptrådt forsettlig når det gjaldt om trusselen ville bli videreformidlet til de offentlige tjenestemenn som skulle iverksette akuttvedtaket. Ved annen gangs behandling i lagmannsretten kom flertallet til at tiltalte skulle frifinnes fordi det ikke var bevist at han ved avgivelsen av sitt utsagn hadde noen tanke om at dette var en trussel som kunne eller ville bli formidlet til det kommunale barnevernet. Flertallet oppfatter utsagnet som en refleksjon på spørsmålet om hvordan han hadde det, og som et ureflektert uttrykk for dyp fortvilelse.[23]

Eksempler på trusler kan være at noen filmer eller tar bilder av en offentlig tjenestemann, og truer med å bruke dem som anmeldelsesgrunnlag til politiet, eller at en pårørende filmer i en barnevernssituasjon for at det skal oppleves som truende, og i den hensikt å få den ansatte til å la være å iverksette et vedtak mot en bruker.[24] Det er ikke et vilkår at det trues med å gjennomføre en rettsstridig handling.[25]

Dersom trusler i form av fotografering eller deling av slikt materiale skal være straffbart etter bestemmelsen, må handlingen være foretatt med det formål å påvirke en offentlig tjenesteperson til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling. En generell trussel om å ta et bilde og dele på sosiale medier rammes ikke av straffeloven § 155.[26]

Det å søke å vanskeliggjøre tjenestehandlingen er tilstrekkelig.[27] Å hindre utførelsen av tjenestehandlinger omfattes også.[28] Det er ikke et vilkår for straffbarhet at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt eller lignende slik det er i straffeloven § 263.[29] Dersom gjerningspersonens forsett er å påvirke tjenestehandlingen, er det derfor ikke relevant om trusselen er egnet til å påvirke handlingen, eller hvordan tjenestemannen oppfatter trusselen.[30]

Det er ikke et vilkår at tjenestepersonen var i ferd med å utøve en tjenestehandling når trusselen kom. Personen er også tjenesteperson når vedkommende ikke er på jobb.[31] Men siden formålet er å påvirke en pågående eller fremtidig handling, må trusselen ha foreligget senest under utførelsen av den relevante tjenestehandlingen.[32]

I desember 2018 ble det sendt på høring et forslag om endringer i straffeloven § 155. Departementet foreslår der å inkludere begrepet «rettsstridig atferd» til gjerningsbeskrivelsen i § 155. Dette vil blant annet kunne ramme hets og trakassering på nett inkludert billedtagning og -deling, for eksempel der bilder viser tjenestepersonen, tjenestepersonens familie, eller lignende personlige opplysninger. Departementet foreslår også gjennom et nytt andre ledd å inkludere adferd som utføres for å «gjengjelde» en offentlig tjenestehandling.[33]

Skyldkravet etter straffeloven § 155 er forsett. For straffansvar er det tilstrekkelig at gjerningspersonen søker å påvirke en tjenestemann til å foreta eller unnlate tjenestehandlingen. Medvirkning er også straffbart, jf. straffeloven § 15.

Forsøk er i utgangspunktet straffbart, jf. straffeloven § 16.

10.3.2.2 Forulemping av offentlig tjenestemann – straffeloven § 156

Etter straffeloven § 156 andre ledd er det straffbart ved skjellsord eller annen utilbørlig adferd å forulempe en offentlig tjenestemann under eller på grunn av utføringen av tjenesten. Begrepet «offentlig tjenestemann» skal forstås på samme måte som for § 155, jf. omtalen ovenfor. Bestem-

23 LF-2017-189655.
24 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
25 Se Matningsdal (2017), s. 104.
26 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
27 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
28 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), s. 328.
29 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
30 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
31 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
32 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.1.
33 Se Justis- og beredskapsdepartementet (2018b), pkt. 5.3.6 s. 47.

melsen supplerer regelen i § 155, og verner utøvelse av offentlig myndighet når tjenestemannen hindres på annen måte enn ved bruk av vold eller trusler.[34] Barnevernsansatte er i forarbeidene særlig nevnt som en gruppe offentlige tjenestemenn som på grunn av sin yrkesutøvelse blir krenket, for eksempel på internett.[35]

Etter bestemmelsen er det ikke et krav at gjerningspersonen søker å påvirke tjenestehandlingen, slik straffeloven § 155 krever. «Utilbørlig adferd» omfatter grove og/eller usanne påstander om noens yrkesutøvelse eller faglige kvalifikasjoner som forulemper vedkommende.[36] Det kan typisk være tale om en omdømmekrenkende ytring på internett, for eksempel i form av bilder med eller uten tekst.[37] Slike ytringer kan raskt bli allment kjent, og kan sette tjenestepersoners omdømme i en utsatt posisjon.[38] Uriktige anklager kan påvirke vedkommendes arbeidsutsikter og generelle livskvalitet.[39] Også ren nedvurdering av en tjenestemann kan anses som utilbørlig adferd.[40]

Forulempingen må skje «under eller på grunn av» tjenesteutføringen. Det innebærer at for eksempel uthenging i sosiale medier i etterkant av en tjenestehandling, men med sitt utspring i denne, rammes.[41]

Skyldkravet etter bestemmelsen er forsett, jf. straffeloven § 21. Forsettet må omfatte at forulempingen skjer av en tjenestemann, og at tjenestemannen vil få kjennskap til gjerningspersonens opptreden. Medvirkning er straffbart, jf. straffeloven § 15. Forsøk er ikke straffbart, jf. straffeloven § 16.

10.3.3 Brudd på taushetsplikt

En rekke regler pålegger enkelte grupper en særlig taushetsplikt blant annet om personlige forhold.

Straffeloven § 209 gir generell hjemmel for å straffe brudd på taushetsplikt. Straffetrusselen er altså i straffeloven, mens de underliggende taushetspliktreglene for den enkelte finnes i andre lover og regelsett. Forvaltningsloven § 13 flg. regulerer taushetsplikt innenfor «et hvert organ for stat eller kommune». Flere spesiallover regulerer taushetsplikten innenfor sektorene i mandatet. Reglene om taushetsplikt for ansatte i helse- og omsorgssektoren, barnevernet, skolesektoren og barnehagesektoren er nærmere omtalt i kapittel 12 til 15.

Flere av spesiallovene har egne bestemmelser om straffbarhet for overtredelser av lovens bestemmelser, med lavere strafferamme enn straffeloven §§ 209 og 210. For å unngå at den samme handlingen rammes av konkurrerende straffebud, er det vedtatt endringer både i helsepersonelloven § 67, i pasientjournalloven[42] § 30 og i helseregisterloven[43] § 30. Loven om endringer er imidlertid per nå ikke trådt i kraft. En kan ikke straffes etter både straffeloven og for eksempel helsepersonelloven for overtredelse av taushetspliktregler i helsepersonelloven. Fram til endringsloven trer i kraft er det i utgangspunktet opp til påtalemyndigheten hvilken av straffebestemmelsene som passer best for det aktuelle forholdet.[44]

Straffeloven § 209 gjør det straffbart å røpe opplysning som den det gjelder har taushetsplikt om i henhold til lovbestemmelse eller forskrift. Videre er det straffbart å utnytte en slik opplysning med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning. Også taushetsplikt gitt i «gyldig instruks for tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ» omfattes, jf. § 209 andre ledd. For den som arbeider eller utfører tjeneste for et statlig eller kommunalt organ, er det også straffbart å bryte taushetsplikten etter at tjenesten eller arbeidet er avsluttet, jf. § 209 tredje ledd.

For denne utredningen er det første alternativ i § 209 første ledd som er relevant, siden den straffbare handlingen etter mandatet vil være å dele et bilde, en film eller et lydopptak. Den straffbare handlingen etter første alternativ omfatter å gjøre en taushetsbelagt opplysning kjent for en eller flere personer som ikke har lovlig tilgang til opplysningen. Selve fotograferingen eller opptaket rammes ikke av denne bestemmelsen, heller ikke i form av medvirkningsansvar.[45] Det å urettmessig tilegne seg taushetsbelagte opplysninger for eksempel ved fotografering kan imidlertid være straffbart etter andre bestemmelser, se for eksempel helsepersonelloven § 21 a jf. § 67.

---

34 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008), punkt 12.2.4.

35 Ot.prp. nr 22 (2008–2009), punkt 16.1, merknad til endringen i § 156 om hindring av offentlig tjenestemann.

36 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

37 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

38 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

39 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

40 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

41 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.1.2.

42 Lov 20. juni 2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp (pasientjournalloven).

43 Lov 16. juni 2017 nr. 53 om endringar i pasient- og brukarrettslova, helsepersonellova m.m. (styrking av rettsstillinga til barn ved yting av helse- og omsorgstenester m.m.).

44 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.2.

45 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.2.1.

Grove overtredelser har strafferamme på opptil tre års fengsel, jf. § 210. Ved avgjørelsen av om taushetsbruddet er grovt skal det særlig legges vekt på om gjerningspersonen har hatt forsett om uberettiget vinning og om handlingen har ført til tap eller fare for tap, jf. § 210 andre ledd. Billeddeling til mediene for å tjene penger, vil for eksempel kunne være en grov overtredelse.[46]

Det er flere unntak fra taushetspliktreglene som kommer til uttrykk gjennom andre lovbestemmelser. En kan blant annet ikke straffes for brudd på taushetsplikten dersom billeddelingen er gjort for å avverge et lovbrudd, jf. straffeloven § 196 første ledd andre punktum, eller for å hindre at en uskyldig blir tiltalt eller domfelt, jf. straffeloven § 226 første ledd annet punktum.[47] Slike unntak følger også av den alminnelige rettsstridsreservasjonen.

Både forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser av regler om taushetsplikt er straffbare, jf. straffeloven § 209 fjerde ledd, jf. § 21.

Medvirkning til brudd på taushetsplikt er ikke straffbart, jf. straffeloven § 209 femte ledd.[48]

Det er den personen som har taushetsplikt som kan straffes etter § 209. Hvis mediene bruker et bilde som en med taushetsplikt har lekket til dem, kan dermed ikke journalisten straffes etter denne bestemmelsen.[49]

Strafferammen er inntil ett års fengsel. Forsøk på brudd på de ulike taushetspliktbestemmelsene er dermed straffbart, jf. straffeloven § 16.

10.3.4 Vern av personlig frihet og fred

10.3.4.1 Trusler – Straffeloven 263

Straffeloven § 263 gjør det straffbart i ord eller handling å true med straffbar adferd under slike omstendigheter at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Å true med å ta og/eller dele bilder, omfattes av ordlyden i den grad slike handlinger kan være straffbare, så lenge omstendighetene faktisk tilsier at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt.[50]

Det må trues med en «straffbar adferd». Et eksempel kan være i skolegården, der noen truer med å filme og offentliggjøre en nedverdigende situasjon. Det å dele filmen offentlig kan utgjøre et brudd på åndsverkloven § 104 jf. § 79 om retten til eget bilde, eller straffeloven § 267 om krenkelse av privatlivets fred.[51] Trusselen om publisering kan klart være både skremmende og plagsom adferd, og kan skape alvorlig frykt for den det gjelder.[52] Trusselen må være om å gjøre noe straffbart, men det er ikke et krav til strafferamme for den straffbare handlingen det trues med.

Trusselen må være egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Hvis medeleven ikke anser det som skremmende at videoen publiseres, rammes ikke forholdet av straffeloven § 263. Selve publiseringen vil imidlertid kunne rammes av åndsverkloven § 79 jf. § 104 om retten til eget bilde.

Det er ikke et krav at fornærmede faktisk har følt seg truet. Det avgjørende er om trusselen objektivt sett er egnet til å fremkalle alvorlig frykt for at det straffbare vil gjennomføres.[53] Dersom medeleven stadig truer med å publisere bilder, uten at det noen gang har blitt gjennomført, er ikke truslene nødvendigvis reelt sett egnede til å fremkalle alvorlig frykt.[54]

En trussel kan være straffbar selv om den er fremsatt overfor en annen enn den handlingen skal gå ut over.[55] Det behøver ikke være truet med en konkret straffbar handling. Hvis filmingen eller publiseringen gjøres på en slik måte at den er egnet til å fremkalle alvorlig frykt hos avbildede for at han eller hun vil bli utsatt for en forbrytelse, er det nok for straffbarhet.[56]

Grove trusler straffes etter § 264. Ved avgjørelsen av om trusselen er grov skal det særlig legges vekt på om den er rettet mot en forsvarsløs person, om den er fremsatt uprovosert eller av flere i fellesskap, og om den er motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne. Det skal etter bestemmelsen gjøres en helhetsvurdering for å avgjøre om truslene er grove.

Skyldkravet etter § 263 er forsett, jf. straffeloven § 21. Forsettet må omfatte fremsettelsen av trusselen, og at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Gjennomføringshensikt er ikke

46 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.2.1.

47 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.2.1.

48 Endringslov til pasient- og brukerrettighetsloven, helsepersonelloven m.m., som per nå ikke er trådt i kraft, legger imidlertid opp til at medvirkning til brudd på taushetsplikt skal være straffbart etter både helsepersonelloven, helseregisterloven og pasientjournalloven.

49 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.2.1.

50 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1.

51 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1.

52 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1.

53 Jf. for eksempel Rt. 1981 s. 970.

54 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1 med henvisning til Rt. 1974 s. 205 (falsk bombetrussel mot Fornebu).

55 Jf. Rt. 1984 s. 1197 og HR-2017-568-A.

56 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1 med henvisning til Rt. 1996 s. 226.

nødvendig for straffbarhet.[57] Det kreves ikke at gjerningspersonens forsett omfatter at adferden det trues med er straffbar. Trusselen straffes dersom gjerningspersonen burde ha kjent til at det hun eller han truet med var straffbart, jf. straffeloven § 26 om rettsuvitenhet.

Forsøk er straffbart, jf. straffeloven § 16. Trusselen er fullbyrdet straks den er fremsatt og oppfattet av adressaten.[58] Straffbart forsøk kan altså tenkes der gjerningspersonen tar et bilde, men der det bare er en utenforstående, ikke fornærmede selv, som oppfatter publiseringstrusselen som ble fremsatt. Medvirkning er straffbart, jf. § 15.

10.3.4.2 Særskilt vern for enkelte yrkesgrupper – straffeloven § 265

Straffeloven § 265 gir enkelte yrkesgrupper et særskilt vern blant annet mot trusler, forulemping og hindring av yrkesutøvelse. Mens straffebestemmelsen for trusler i § 263 verner individets alminnelige frihet, skal § 265 ivareta samfunnets interesse i at sårbare yrkesgrupper som utfører viktige samfunnsoppgaver får et særskilt vern.[59] Bestemmelsen rammer «den som ved trusler søker å påvirke yrkesutøvelsen til en person fra en særlig utsatt yrkesgruppe». Straffeloven § 265 bygger på straffeloven §§ 155 og 156, men har et videre nedslagsområde.[60] Den straffbare adferden i § 265 er hovedsakelig lik som i §§ 155 og 156 som er omtalt ovenfor.[61]

«Trusler» forstås på samme måte som i § 263.[62] Etter § 265 er det imidlertid ikke et krav om at det trues med en straffbar adferd. Trusselen behøver heller ikke være egnet til å fremkalle alvorlig frykt.[63] At det er straffbart å «søke å påvirke» yrkesutøvelsen til de aktuelle yrkesgruppene, medfører at lovbruddet er fullbyrdet allerede når forsøksgrensen er passert.[64]

Andre ledd fastslår hvilke yrkesgrupper som er vernet av straffebudet. Det er ikke avgjørende om den aktuelle institusjonen er offentlig eller privat, eller om den utøver offentlig myndighet. Ved utvelgelsen av hvilke grupper som skal vernes, ble det av departementet lagt avgjørende vekt på om yrkesgruppen

> «utfører viktige samfunnsoppgaver som medfører en bred kontaktflate mot en ubestemt krets av personer. Det sentrale er om gruppen [av yrkesutøvere], under sin utføring av arbeid som samfunnet har et påtrengende behov for, ikke kan reservere seg mot kontakt med enkeltpersoner. Slike grupper kan vanskelig verge seg mot at det vil kunne oppstå ubehagelige situasjoner under utføringen av arbeidsoppgavene, samtidig som samfunnet har en klar interesse i å sørge for at det gripes inn mot hindringer av disse.»[65]

Etter § 265 andre ledd bokstav a omfattes helsepersonell som yter medisinsk begrunnet helsehjelp. Hvem som regnes som helsepersonell defineres i helsepersonelloven § 3, likevel med den avgrensning at helsehjelpen må være medisinsk begrunnet. Blant annet leger, sykepleiere, hjelpepleiere, omsorgsarbeidere,[66] barnevernspedagoger og sosionomer er helsepersonell etter § 3 første ledd nr. 1 og 2.[67] Barnevernspedagoger og sosionomer anses som helsepersonell når de utfører helsehjelp, som etter § 3 tredje ledd defineres som «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål».[68]

Etter § 265 andre ledd bokstav c omfattes også personer som har ansvar for opplæring i grunnskole eller videregående skole». Ordlyden ekskluderer andre ansatte ved en skole enn undervisningspersonell. Det er uten betydning om utdanningen drives av det private eller det offentlige. Personellet må ha «ansvaret» for undervisningen. Med dette siktes det bare til et ansvar for utføringen av undervisningen.[69] Det kreves ikke at vedkommende har et overordnet ansvar. Både en

---

57 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.1.

58 Matningsdal (2015), s. 522.

59 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.2.

60 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.2.

61 En forskjell er at den som bistår yrkesutøvere i § 265 ikke er vernet, i motsetning til slikt vern i § 155. Forulemping av yrkesutøver i § 265 siste ledd må også skje «under» yrkesutøvelsen, i motsetning til «på grunn av» i § 156.

62 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 16.5 merknader til § 265.

63 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 16.5 merknader til § 265.

64 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 16.5 merknader til § 265.

65 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), s. 146.

66 Omsorgsarbeider forstås som en yrkesrolle der arbeidsoppgavene «omfatter å hjelpe personer med psykisk, fysisk eller sosial funksjonssvikt til å bli mest mulig selvhjulpne. Omsorgsarbeidere skal gi slik praktisk bistand og pleie som er nødvendig for at daglige behov hos personer med ulike funksjonshemminger, nedsatt helsetilstand eller andre problemer eller vanskeligheter, skal kunne ivaretas. Aktuelle arbeidsteder er hjemmebaserte tjenester og institusjoner innen helse- og sosialsektoren. Faget gir kunnskap om forebyggende virksomhet, blant annet innenfor forebygging av feilernæring og rusmiddelbruk.» (Ot.prp. nr.13 (1998–1999), s. 137–138).

67 Se Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 140–141.

68 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.2.

69 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 16.5 merknader til § 265.

klasseforstander og en vikar er omfattet. Personale som ikke har undervisningsansvar faller utenfor, for eksempel vaktmestere og administrativt personale.[70] Departementet argumenterer for at behovet for vern antas å være størst hos «dem som har ansvar for obligatorisk skolegang, dvs. grunn- og videregående skole.»[71] Barnehageansatte faller dermed etter ordlyden utenfor dem straffebestemmelsen verner.

Skyldkravet etter § 265 er forsett, jf. straffeloven § 21. Forsøk på overtredelse av § 265 første ledd er straffbart. Forsøk på overtredelse av tredje og fjerde ledd om å hindre yrkesutøvelse, og forulempe tjenesteutøver er ikke straffbart, idet strafferammen ikke er ett år eller mer, jf. straffeloven §16. Medvirkning er straffbart, jf. § 15.

10.3.4.3 Hensynsløs adferd – straffeloven § 266

Straffeloven § 266 om hensynsløs adferd er særlig relevant når det gjelder straffbarhet for det å ta og dele bilder og film. Etter bestemmelsen er det straffbart å «ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd» forfølge en person eller på annen måte krenke en annens fred.

Å «krenke en annens fred» vil si å krenke en annens psykiske integritet.[72] Krenkelser ved bruk av mobiltelefon og annen elektronisk kommunikasjon kan omfattes av bestemmelsen.[73] Både fotografering og billeddeling er dermed handlinger som kan utgjøre fredskrenkende adferd.[74]

Selve fotograferingen eller delingen av bilder kan være plagsom i seg selv og oppleves som en fredskrenkelse. Videre kan den plagsomme adferden være å ta eller dele bildet, mens fredkrenkelsen ligger i potensialet for at bildet spres til et uoverskuelig antall mennesker.[75]

Den fredskrenkende adferden må oppfattes av fornærmede, og det må være gjerningspersonens intensjon.[76] I HR-2017-1245-A hadde en 16 år gammel gutt tatt bilder med seksuelt krenkende innhold av fornærmede uten hennes samtykke, og sendt dem til to kamerater. Bildene ble senere spredt i ungdomsmiljøet. Høyesterett fant at handlingen var omfattet av det objektive gjerningsinnholdet i straffeloven av 1902 § 390 a som nå er videreført i straffeloven § 266. Høyesterett fant imidlertid ikke grunnlag i lagmannsrettens begrunnelse for at siktedes forsett omfattet at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen.[77]

Det er ikke noe vilkår i loven om at fredsforstyrrelsen må ha skjedd direkte overfor fornærmede. Det er tilstrekkelig at det ligger innenfor tiltaltes forsett at fornærmede skal oppfatte krenkelsen. Ytringer for eksempel på gjerningspersonens egen facebookside kan derfor rammes.[78]

Fotografering kan utgjøre fredskrenkende adferd selv om bildet ikke offentliggjøres, så lenge den avbildede er kjent med fotograferingen.[79] Er den avbildede ukjent med fotograferingen, kommer imidlertid ikke straffeloven § 266 til anvendelse. Snikfotografering eller billedtagning av for eksempel en som ligger bevisstløs på et sykehus omfattes derfor normalt ikke.[80]

Det er et vilkår for straffbarhet etter bestemmelsen at adferden er «hensynsløs». Forarbeidene fremhever at dette er en sterk karakteristikk. Som oftest forutsetter det at adferden er helt klart moralsk forkastelig.[81] Avgjørelsen må foretas konkret, og omstendigheter som tid, sted og fornærmedes individuelle forhold får betydning for bedømmelsen.[82] Krenkelsen må gå «markert ut over slike ubehageligheter som alminnelig menneskelig samkvem regelmessig kan føre med seg. En krenkelse rammes således bare dersom den kan karakteriseres som «hensynsløs», eller som «kvalifisert klanderverdig«».[83]

Objektet for fredskrenkelsen må antagelig være en eller flere fysiske personer. Et sykehus, skole eller en barneverninstitusjon kan dermed ikke være fornærmet etter straffeloven § 266.[84]

Hva som oppleves som skremmende, plagsomt eller som forfølgning kan være ulikt fra person til person. Forhold ved fornærmede, for eksempel om vedkommende er særlig sårbar, gammel eller svak, kan være avgjørende for om

---

70 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 16.5 merknader til § 265.

71 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), s. 147.

72 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 5.10 s. 147.

73 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 5.10 s. 148.

74 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3. med henvisning til Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), s. 148 og LA-2018-12214.

75 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

76 Ot.prp. nr. 41 (1954), s. 23, HR-2017-1245-A, avsnitt 22.

77 HR-2017-1245-A, avsnitt 22.

78 Se for eksempel LA-2018-12214.

79 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

80 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

81 Ot.prp. nr. 41 (1954), s. 23.

82 Ot.prp. nr. 41 (1954), s. 23.

83 Rt. 2014 s. 669, avsnitt 17.

84 Ugelvik (2019) punkt 1.3.3.3.3. I Rt. 1979 s. 1606 (s. 1615) antas det at en juridisk person ikke var vernet etter straffeloven 1902 (lov 22. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov (*opphevet*)) § 246 om krenkelse av æresfølelsen. I følge Matningsdal (2015), s. 534 bør § 266 tolkes på samme måte.

en fredskrenkende handling er mer rettsstridig overfor denne fornærmede enn for mer robuste personer.[85] Fornærmedes forhold kan også virke i motsatt retning: Dersom fornærmede for eksempel har opptrådt på en provoserende måte, kan dette gjøre at den i utgangspunktet plagsomme handlingen anses mindre plagsom.[86]

Enkelte stillinger kan videre innebære forventninger om å tåle mer kritikk.[87] I Rt. 2010 s. 845 ble en kvinne dømt for daglig ha sendt tekstmeldinger til direktøren i Utlendingsnemnda i løpet av en tomånedersperiode. Høyesterett uttalte at direktøren som toppleder måtte tåle kritikk og mishagsytringer, men at det likevel går en grense. Også personer i slike stillinger har behov for vern mot plagsom opptreden som krenker deres fred.[88]

Selv om formålet med adferden er aktverdig, kan man likevel dømmes for overtredelse av bestemmelsen.[89] Handlinger som rammes av bestemmelsen, vil ofte ha et element av hevn, ondsinnethet eller ren sjikane, men dette er ikke et vilkår.[90] Selv om formålet med adferden for eksempel er et ønske om kvalitetsbedring av barnevernet og dets arbeidsmetoder, kan ikke dette legitimere hensynsløse fredskrenkelser.[91]

Omstendighetene som når og hvor handlingen ble begått, og om den hadde et aktverdig formål, kan vektlegges i vurderingen av adferdens rettsstridighet.[92] Etter en analogi fra høyesterettspraksis kan antakeligvis gjentatt og vedvarende fotografering, uavhengig av etterfølgende deling, for eksempel ved en skole, rundt en barnehage eller på et sykehus utgjøre plagsom og hensynsløs adferd.[93]

Deling av alle slags bilder uten samtykke kan være straffbart etter åndsverkloven § 79, jf. § 104. Det er da et vilkår at delingen er «offentlig», det vil si at bildet eller filmen er delt på en slik måte at den kan nå minst 20–30 personer. Der hensynsløs billeddeling krenker en persons fred, jf. straffeloven § 266, spiller det ingen rolle om det bare er delt med én annen – så lenge de andre straffbarhetsvilkårene i bestemmelsen er oppfylt.[94] Offentlig krenkelse av privatlivets fred rammes av straffeloven § 267 som omtales nedenfor.

Bilder som er av nedverdigende, krenkende eller avslørende karakter kan det være hensynsløst å ta eller dele.[95] På grunn av spredningsfaren vil det å direkte eller indirekte bidra til deling eller spredning av privatlivskrenkende bilder via elektronisk kommunikasjon som regel utgjøre hensynsløs adferd.[96]

Deling av bilder eller film av intim karakter, særlig med seksuelt innhold, vil som hovedregel komme over en objektiv terskel for hva som er hensynsløs, fredskrenkende adferd.[97] Det er flere nyere dommer fra lavereinstansers rettspraksis vedrørende fredskrenkelse ved fotografering av mindreårige som gjennomfører seksuelle handlinger eller samleie, og deling av slikt materiale.[98] Rettspraksis viser at film kan være mer krenkende enn bilder, og dermed føre til strengere straff.[99] Det kommer imidlertid an på filmen eller bildets innhold, hvor gjenkjennelig den som avbildes er, hvor lenge bilde eller filmen ligger ute på sosiale medier eller lignende, samt hvor mange materialet opprinnelig er spredt til.[100] Også bilder som ligger ute i sosiale medier i kort tid, rammes.[101]

Det er ikke bare seksuelt relaterte bilder og deling av slike som kan utgjøre en hensynsløs fredskrenking. Som et eksempel på en fredskrenking nevner Ugelvik situasjoner der man deler rom med andre under et sykehusopphold:

---

85 Se Innst. O. III (1955), s. 8.

86 Ugelvik (2019), s. 1.3.3.3.3., samt Rt. 2014 s. 669, avsnitt 19.

87 Rt. 2010 s. 845, avsnitt 16 og 17. Høyesterett er imidlertid klare på at også personer i utsatte stillinger «har behov for vern mot plagsom opptreden som krenker deres fred.»

88 Rt. 2010 s. 845, avsnitt 17.

89 Se for eksempel Rt. 2010 s. 845.

90 Rt. 2010 s. 845, avsnitt 14.

91 Se for eksempel LA-2018-12214.

92 Rt. 2014 s. 669, avsnitt 18.

93 Ugelvik (2019), punkt 3.3.3.3. viser til at straffeloven (1902) § 390a kom til blant annet på grunn av forholdene i Rt. 1954 s. 989, som gjaldt gjentatte og vedvarende telefonoppringninger hvor vedkommende konsekvent la på. Høyesterett fant at dette var forkastelige handlinger, som også hadde en sjikanerende hensikt. At noen uønsket og over tid fotograferer til sjenanse for ansatte og brukere mv., bør kunne falle innenfor samme vurdering.

94 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

95 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

96 Se Justis- og beredskapsdepartementet (2018a), pkt. 4.2.2. Også manipulert materiale kan være hensynsløst å spre.

97 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

98 I TSAFO-2017-33010 ble en 16 år gammel jente domfelt for overtredelse av straffeloven §§ 266 og 311 for å uten deres kjennskap ha filmet to personer som utførte seksuelle handlinger, og for deretter å ha delt filmen blant annet via Snapchat. I TSAFO-2018-69958 ble en 17 år gammel jente domfelt for overtredelse av straffeloven §§ 266 og 311 for å ha filmet to mindreårige ha sex under en fest og deretter gjort filmen tilgjengelig for andre ved å dele den på Snapchat. I TAHER-2016-136649 ble en på gjerningstidspunktet 17 år gammel gutt domfelt for overtredelse av § 266 for å ha tatt og delt et bilde av to som hadde samleie på en fest. Bildet ble lagt ut på Snapchat, men slettet etter 15 minutter. Bildet var allerede sett og delt av mange. Personene var identifiserbare. Han ble frifunnet for overtredelse av § 311 pga. uvisshet om fornærmedes alder.

99 Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.

100 TSAFO-2017-33010, TSAFO-2018-69958.

101 TAHER-2016-136649 .

> «En pasient, eller for eksempel en kvinne som ligger på barselavdeling etter fødsel, må anses å være i en relativt sårbar situasjon. Filming og fotografering i det delte rommet av romkameratens familie kan åpenbart oppleves fredskrenkende. For at dette også skal være hensynsløs adferd, må det mer til, for eksempel at fotografen tar bilder av fornærmede på tross av gjentatte protester. Publisering er ikke avgjørende, her er det fotograferingen som sådan som er krenkende og hensynsløs.»[102]

Straffeloven § 266 er i all hovedsak en videreføring av straffeloven 1902 § 390 a, som i sin tid ble utformet for å gi en generell bestemmelse til vern mot krenkelser av psykisk art. I forarbeidene til bestemmelsen forutsatte Straffelovrådet at bestemmelsen først og fremst får betydning når andre paragrafer ikke gir beskyttelse.[103] Det å dele et bilde kan utgjøre en krenkelse av privatlivets fred etter straffeloven § 267. Men det vil også kunne skje på en slik måte at det både virker som og er ment som en hensynsløs krenkelse av en annens fred og dermed er straffbart etter straffeloven § 266. Tidligere ville det å meddele ærekrenkede bilder til andre være straffbart idet straffeloven 1902 kapittel 23 hadde egne bestemmelser om ærekrenkelser. Disse er ikke videreført i gjeldende straffelov. Etter gjeldende rett er ærekrenkelser kun straffbart dersom det rammes av andre bestemmelser i straffeloven som for eksempel §§ 266 eller 267. Dersom § 267 ikke passer, fordi den fredsforstyrrende ærekrenkende adferden ikke skjer offentlig, kan § 266 komme til anvendelse. Ugelvik skriver at personbilder av en sykepleier, lege, lærer eller andre, sammen med ærekrenkende uttalelser, som er delt med en mindre gruppe mennesker, dermed kan falle innenfor – selv om ikke bildene i seg selv er av en krenkende karakter.[104]

Fysiske krenkelser kan også utgjøre hensynsløs adferd, men rammes gjerne av andre straffebud.[105]

Kun forsettlige overtredelser er straffbare, jf. straffeloven § 21. Forsettet må omfatte selve den hensynsløse adferden, i vårt tilfelle å ta bilde, filme eller dele. I tillegg må forsettet som nevnt omfatte at den fornærmede – avbildede – skal oppfatte krenkelsen. Om dette skriver Ugelvik:

> «For vår sak er en relevant problemstilling når straffebudet rammer tilfeller der bilde/film er delt på en slik måte at de ikke er publisert til mange (jf. åndsverkloven), er krenkende overfor den avbildede, men det er ikke delerens hensikt at avbildede skal få vite om delingen. En generell risiko for at film og bilder delt ved elektronisk kommunikasjon kan bli delt videre, er ikke tilstrekkelig for å konstatere forsettlig overtredelse av strl. § 266. Det innebærer i høyden uaktsomhet, og det er ikke straffbart etter bestemmelsen. Men dersom gjerningspersonen anser det som sikkert eller mest sannsynlig at fornærmede vil få slik kjennskap, for eksempel fordi delingen skjer på en Facebook-vegg, foreligger tilstrekkelig forsett.»[106]

Forsøk er straffbart, jf. straffeloven § 16. Objektivt sett fredskrenkende adferd som ikke blir oppfattet slik av fornærmede, kan tenkes å utgjøre et straffbart forsøk, dersom forsettet dekker at fornærmede skal oppfatte krenkelsen.[107]

Medvirkning er straffbart, jf. straffeloven § 15. Den som for eksempel tar et bilde, som en annen deler på sosiale medier, kan etter omstendighetene dømmes for medvirkning dersom vedkommende anså det som sikkert eller mest sannsynlig at bildet ville bli delt videre, og at slik deling ville oppleves som fredskrenkende.[108]

10.3.4.4 Alvorlig personforfølgelse – straffeloven § 266 a

Etter straffeloven § 266 a kan den som «gjentatte ganger truer, følger etter, iakttar, kontakter eller gjennom andre sammenlignbare handlinger forfølger en annen på en måte som er egnet til å fremkalle frykt eller engstelse», straffes med fengsel inntil 4 år. Fellestrekk ved de handlingene som kan straffes etter bestemmelsen er «at de innebærer gjentatt oppmerksomhet rettet mot en person som ikke ønsker denne oppmerksomheten».[109] I motsetning til i § 266, inneholder § 266 a ikke et eksplisitt krav om at personforfølgelsen er hensynsløs. Det er krav om at adferden er «gjentatt», og at den er «egnet til å fremkalle frykt eller engstelse». Egnethetsvilkåret må vurderes på

[102] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.
[103] Ot.prp. nr. 41 (1954), s. 23.
[104] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.
[105] Og i slike tilfeller vil straffebudet som rammer det fysiske hovedsakelig konsumere fredskrenkelsen, jf. Ot.prp. nr. 41 (1954), s. 23.
[106] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.
[107] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.
[108] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.3.
[109] Prop. 42 L (2015–2016), pkt. 3.1, s. 9.

samme måte som i § 263 om trusler som ble beskrevet i punkt 10.3.4.1; en objektiv helhetsvurdering må legges til grunn. Gjerningspersonens intensjon er ikke avgjørende.

Bestemmelsen kom til som en utvidelse av nedslagsfeltet for straffeloven § 266 til i større grad å omfatte såkalt «stalking», oversatt til alvorlig personforfølgelse. Bestemmelsen skal ramme de samme typene straffbar adferd som personforfølgelsesalternativet i § 266, men skjerper straffen for kvalifiserte eller grove tilfeller der fredsforstyrrelsen er alvorlig. På samme måte som etter straffeloven § 266, må gjerningspersonens forsett dekke at fornærmede merker eller får kunnskap om handlingen. Dette bekrefter Høyesterett i HR-2019-563-A. I § 266 a skal straffansvar for det som er «det typiske trekket ved personforfølgelse reflekteres, nemlig at en eller flere typer handlinger som i seg selv kan være mindre alvorlige, gjentas systematisk og over noe tid og dermed innebærer en alvorlig krenkelse av den som rammes».[110] Begrepet «andre sammenlignbare handlinger» må forstås slik at det favner at all uønsket adferd som utgjør «grovere tilfeller av gjentatt uønsket påtrengende atferd og kommunikasjon», i tråd med lovgivers formål med bestemmelsen.[111]

Det er ikke et vilkår at personforfølgelsen skjer direkte overfor fornærmede. Også for eksempel billedmeldinger til fornærmedes familie eller kolleger av fornærmede kan oppfattes som plagsom og skremmende forfølgelse.[112] På samme måte kan også fotografering av fornærmedes nærstående sannsynligvis inngå som en del av en personforfølgelsesadferd.

Et tenkt relevant eksempel er en gjerningsperson som over lengre tid står utenfor en barnehage og tar bilder av barna og ansatte, uten å fjerne seg når vedkommende anmodes om det. Selve iakttagelsen kan være tilstrekkelig straffbar adferd, mens fotografering/filming kan være egnet til å fremkalle ytterligere engstelse.

10.3.4.5 Krenkelse av privatlivets fred – straffeloven § 267

Den som gjennom offentlig meddelelse krenker privatlivets fred, straffes etter straffeloven § 267 med bot eller fengsel inntil 1 år.

Bilder, film og lydopptak kan utgjøre meddelelser etter bestemmelsen. Offentlig meddelelse innebærer at ytringen enten skjer i nærvær av et større antall personer, når den lett kan iakttas og er iakttatt fra et offentlig sted, eller der den er fremsatt på en måte som er egnet til å nå et større antall personer, jf. straffeloven § 10. Et større antall personer er forstått som ca. 20 til 30 personer. Det holder at meddelelsen skjer på et sted eller en måte der den lett kan iakttas av så mange.[113] Hvis et bilde publiseres åpent på internett, kan det iakttas av en stor og ubestemt krets av personer. Det blir i et slikt tilfelle ikke avgjørende om kun et lite antall personer faktisk har sett bildet.

Med «krenke» forstås rettsstridig adferd som etter en konkret og objektiv vurdering har karakter av inngrep i privatlivets fred. Rettstridsvurderingen innebærer at det må skje en totalvurdering av meddelelsen i lys av kontekst og situasjon, der hensynet til personvernet blir avveid mot ytringsfriheten.[114] Det følger av bestemmelsens forarbeider at bestemmelsen etter omstendighetene kan få anvendelse på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett, for eksempel foranlediget av en barnevernssak.[115]

Dersom meddelelsen har skjedd på grunn av nødverge eller nødrett, er den ikke rettsstridig. Også positive eller nøytrale opplysninger om personlige forhold omfattes, selv om det kan få betydning for rettsstridsvurderingen at meddelelsen oppfattes som negativ av den omtalte.[116] For øvrig skal det legges til grunn en objektiv vurdering av den nedre terskelen for hva som er krenkende. Det følger av rettspraksis at dersom meddelelsen «etter en alminnelig vurdering ikke har hatt karakter av et utilbørlig inngrep i privatlivets fred», er den ikke rettsstridig.[117] Samtidig ligger det i ordlyden at handlingen faktisk må ha krenket vedkommendes fred. Selv om en alminnelig vurdering tilsier at et tilfelle av billeddeling utgjør et inngrep, er ikke delingen straffbar etter § 267 dersom fornærmede ikke oppfatter det slik. Den personlige opplevelsen er altså ikke alene tilstrekkelig, men i alle tilfelle nødvendig, for straffbarhet.

Meddelelsen kan ikke være en krenkelse hvis personen som ellers ville vært krenket har samtykket. Omfanget av fornærmedes samtykke kan være vanskelig å vurdere, særlig dersom en har samtykket til publisering av bilder, men ikke har

[110] Prop. 42 L (2015–2016), pkt. 3.7.1.
[111] Se LE-2018-69996.
[112] LE-2018-69996.
[113] Ot.prp. nr. 90 (2003–2004), merknad til § 10.
[114] Rt. 2007 s. 687, avsnitt 57.
[115] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), merknad til § 267.
[116] Strømme (2016), s. 352.
[117] Jf. Rt. 1960 s. 1147, gjentatt i Rt. 2010 s. 258, avsnitt 58.

ment at materialet skal brukes i den grad eller på den måten for eksempel en avis etterpå gjør.[118]

Hva som ligger i privatlivets fred, beror på en vurdering av flere ulike momenter. Det inkluderer personlige forhold som normalt sett må ha en viss grad av sensitivitet, selv om sensitivitet ikke er et ubetinget straffvilkår.[119] Eksempler på personlig forhold kan være relasjoner, helseopplysninger, graviditet, befatning med narkotika, seksuelle forhold og personlige opplysninger om ens barn.[120] Også en persons holdninger eller bakgrunn, for eksempel politiske oppfatninger eller øvrige oppfatninger om kontroversielle spørsmål kan etter omstendighetene omfattes.[121] Det er ikke et vilkår for straffbarhet at opplysningene som er formidlet er sanne, selv om det er de sanne opplysningene som utgjør kjerneområdet for straffeloven § 267.[122] Dersom en person legger ut et bilde av en kvinne med tekst om at hun er gravid på sosiale medier, kan denne meddelelsen altså rammes av § 267 selv om den skulle vise seg ikke å stemme.

Den røpte informasjonens grad av sensitivitet, er normalt et sentralt moment i vurderingen. Budskapets utforming kan ha betydning for om opplysningene skal anses sensitive. Personbilder er i utgangspunktet ansett som en særlig sensitiv del av personvernet, men hva bildene fremstiller påvirker naturlig nok hvor krenkende publiseringen vil være.[123]

Vernet om privatlivets fred er ikke absolutt, og må avveies mot vernet om ytringsfriheten. Avveiningen mellom den enes ytringsfrihet og den andres privatliv er langt på vei den samme for åndsverkloven § 104 og straffeloven § 267. Avveiningen mellom de to rettighetene baseres på en helhetsvurdering, der de mest relevante avveiningskriteriene er 1) ytringens allmenne interesse, 2) den omtaltes status/egne rolle og temaet for omtalen, 3) den omtaltes egne forhold/tidligere opptreden, 4) hvordan opplysningene er skaffe til veie og verifisert, og 5) innhold, form og konsekvenser av publiseringen.

Vurderingen av ytringens allmenne interesse kan kort oppsummeres slik: Dagliglivets bilder av venner, bekjente og andre vedrørende private forhold, har sjelden allmenn interesse. For øvrig kan bilder som formilder informasjon om privatlivet ha allmenn interesse på mange grunnlag. Momentene i helhetsvurderingen som skal foretas er utpenslet i rettspraksis fra Høyesterett og EMD. Denne praksisen er gjennomgått nærmere under utredningens punkt 4.4.2.

Publisering av bilder som er tatt i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen eller barnehager kan etter dette innebære en straffbar krenkelse av privatlivets fred, men dette avhenger av hva bildet viser og de konkrete omstendighetene. Foreldre som deler bilder og annen informasjon om sine barn i forbindelse med en barnevernssak er et praktisk og aktuelt eksempel på meddelelser som kan være straffbare etter straffeloven § 267.[124]

10.3.4.6 Uberettiget adgang eller opphold – straffeloven § 268

Straffeloven § 268 gir to ulike regler.

Første ledd slår fast at det er straffbart å uberettiget skaffe seg adgang til en annens hus eller et annet sted som ikke er fritt tilgjengelig, eller uberettiget å forbli på et slikt sted. «Hus eller et annet sted» omfatter ethvert område som er underlagt noens eiendomsrett, både i privat og offentlig eie.[125] Barnehager, sykehus, skolebygg og skolegårder kan være omfattet. Hus og rom i hus er etter sin art ikke fritt tilgjengelige, ifølge forarbeidene. Om et område ellers må anses som fritt tilgjengelig eller ikke beror på en konkret tolkning, der momenter kan være om området er avgrenset fra omverden med en mur eller hekk, om det finnes en dør eller port, om denne er lukket eller låst, og omstendighetene for øvrig. Å «skaffe seg adgang» innebærer å ta seg inn på stedet, det kreves ikke at dør eller port et brutt opp eller at det på annen måte er benyttet makt.[126]

Det er også straffbart å uberettiget forbli på et slikt sted. Dette er aktuelt der en person hadde rett til å gå inn på stedet, men hvor retten etterpå

[118] Se f.eks. Rt. 2007 s. 687 (Big Brother). I dommen var det ingen tvil om at opplysninger om «hete stevnemøter» var private. Høyesterett understrekte at om personer som søker offentlighetens lys må tåle at også deres personlige forhold blir offentlig omtalt. Omtale av personlige forhold må imidlertid ikke tåles i uoverskuelig fremtid. I det konkrete tilfelle var to år etter at de aktuelle TV-sendingene var over, for lang tid til at allmennhetens interesse veide tyngre enn kjendisenes rett til privatliv.

[119] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 5.11.

[120] Publisering av personlige opplysninger om noens barn, kan selvsagt også krenke barnets privatliv på selvstendig grunnlag.

[121] Matningsdal (2015), s. 544.

[122] Jf. Rt. 2007 s. 687 avsnittene 80–81 og Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), punkt 5.11. Se Hovlid (2015), s. 140 flg. for nærmere behandling av relevante EMD-dommer om temaet, samt diskusjonen i juridisk litteratur.

[123] von Hannover v. Germany no. 1 (2004).

[124] Dette ble resultatet i LH-2019-1192. Saken er anket.

[125] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), merknad til § 268.

[126] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), merknad til § 268.

har opphørt. Dette kan for eksempel være fordi eieren, eller den som eieren har gitt myndighet til, har bedt personen om å gå.

Denne bestemmelsen kan komme til anvendelse på personer som uten rett til det går inn steder som ikke er tilgjengelig for publikum på sykehus, barneverninstitusjoner, skoler etc. At områder ikke er tilgjengelig for publikum kan tilkjennegis ved oppslag, låste dører eller på andre måter.

Andre ledd bestemmer at det er straffbart å oppholde seg på fremmed grunn til tross for oppfordringer om å forlate stedet. «Fremmed grunn» kan for eksempel omfatte skog eller utmark. Denne reglen må tolkes i lys av allemannsretten, som nettopp gir en rett til å oppholde seg på fremmed grunn under gitte vilkår. Å «oppholde seg» innebærer at en må være på stedet over en viss tid og ikke bare passere over det på vei fra A til B. Pålegget om å fjerne seg må være konkret og utvetydig.[127]

Bestemmelsen kan få betydning for personer på sektorenes område som oppfører seg plagsomt eller forstyrrende, og som har blitt bedt om å gå.

Utvalget presiserer at det at finnes straffehjemmel for uberettiget opphold ikke betyr at de som driver offentlige tjenester har forvaltningsrettslig adgang til å be personer om å fjerne seg uten å ha en saklig grunn til dette, for eksempel begrunnet i tjenestenes forsvarlighet.

10.3.4.7 Redaktøransvaret – straffeloven § 269

Spørsmålet for utvalget er i hvilken grad en redaktør for et tidsskrift eller en kringkastingssending kan straffes for at en av redaktørens bidragsytere har fotografert eller delt et bilde som offentliggjøres.

Straffeloven § 269 bestemmer at den som treffer avgjørelse om innholdet i trykt skrift eller en kringkastingssending (redaktøren), er strafferettslig ansvarlig dersom det der offentliggjøres noe som ville ha pådratt redaktøren ansvar etter noen annen lovbestemmelse om redaktøren hadde kjent til innholdet. Straff kan unngås hvis redaktøren godtgjør at det ikke kan legges ham eller henne noe til last med hensyn til kontroll av innholdet eller tilsyn o.l., jf. bestemmelsens tredje ledd. Redaktøransvaret er slik et strengt uaktsomhetsansvar med omvendt bevisbyrde.[128] Regelen er ment å ha en preventiv funksjon, for å sikre at publisert materiale undergis en aktsom god kontroll, og straffansvaret må tolkes med formålet for øye.[129]

Hvis redaktøren kjente det straffbare innholdet, følger ansvar direkte av den aktuelle bestemmelsen som er overtrådt. Det er den reelle beslutningsmyndigheten, og ikke redaktørtittelen, som blir avgjørende for hvem som kan straffes. Tradisjonelle journalistiske publikasjoner plikter å ha en ansvarlig redaktør etter mediefrihetsloven § 3 jf. § 2. Bestemmelsen om redaktøransvar gjelder imidlertid ikke for blogger, personlige hjemmesider, eller nettforum.[130] Der gjelder dermed den alminnelige hovedregelen om at enhver er ansvarlig for det en selv publiserer.

10.3.5 Vinningslovbrudd – Straffeloven § 332 om heleri

For heleri straffes den som mottar eller skaffer seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling. Det må med andre ord ha skjedd en straffbar handling som noen har fått et utbytte av. Den som mottar, eller skaffer seg eller andre, del av dette utbyttet kan straffes for heleri. Det er ikke et vilkår at en kan identifisere hvilken straffbar handling utbyttet stammer fra, og heller ikke at heleren er en annen person en gjerningspersonen bak den opprinnelige straffbare handlingen.[131] Forsettet må dekke at tingen er utbytte fra en straffbar handling; en person som ikke vet, og heller ikke burde mistenke at tingen har kommet til veie på en slik måte, kan ikke straffes. Uaktsomt heleri er straffbart etter straffeloven § 335.

Et bilde som er publisert på en slik måte at det er straffbart som brudd på retten til eget bilde i åndsverkloven § 104, eller er hensynsløs adferd eller en krenkelse av privatlivets fred etter straffeloven § 266 eller § 267, er å regne som utbytte av straffbar handling. Å skaffe seg (laste ned) eller dele videre et slikt bilde kan straffes som heleri etter straffeloven § 332. Dette ble resultatet i en høyesterettsdom, der en person ble dømt for heleri etter å ha lastet ned og delt en stor mengde bilder av identifiserbare kvinner i intime eller seksuelle situasjoner, som kvinnene ikke hadde samtykket til at skulle publiseres og/eller deles.[132] Den straffbare handlingen var brudd på retten til eget bilde i åndsverkloven, og bildene var å regne som utbytte.

---

[127] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), merknad til § 268.

[128] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), merknad til § 269.

[129] Ugelvik (2019), punkt 1.3.3.3.7

[130] Ugelvik (2019) punkt 1.3.3.3.7.

[131] Rt. 2006 s. 466 og HR-2018-471-U.

[132] HR-2016-2263-A.

På samme måte kan personer som videreformidler bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skole og barnehager, som er lagt ut på en måte som er straffbar, straffes for heleri hvis de visste eller burde forstå at det stammer fra en straffbar handling. I de fleste tilfeller er det ikke så lett for utenforstående å gjette at et bilde for eksempel er publisert uten samtykke eller annet rettslig grunnlag. Når det gjelder bilder av åpenbart sjikanerende art, for eksempel av ansatte i barnevernet, vil det sannsynligvis være mer nærliggende for den som deler videre å forstå at den opprinnelige publiseringen kan være straffbar. Den som deler videre kan etter omstendighetene også selv gjøre seg skyldig i brudd på åndsverkloven § 104, krenkelser av privatlivets fred, hensynsløs adferd, eller lignende.

10.4 Tiltak som personer uten politimyndighet kan gjøre

10.4.1 Innledning

I utgangspunktet er det politiet som har myndighet til å gripe inn mot straffbare handlinger. For utvalgets problemstilling blir spørsmålet om og når andre personer kan gripe inn mot personer som bryter de lovbestemmelsene som er gjennomgått ovenfor i punkt 10.3.

10.4.2 Pågripelse

Etter straffeprosessloven § 176 første ledd andre punktum kan enhver pågripe en person, hvis vilkårene er oppfylt.[133] Vilkårene er (1) at det må være skjellig grunn til mistanke om at personen har eller forsøker å overtre et straffebud som kan medføre straff på mer enn seks måneder,[134] (2) at det uten pågripelse er fare for at personen unndrar seg straffeforfølgning, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare («fare ved opphold»),[135] (3) at personen tas på fersk gjerning eller på ferske spor,[136] og (4) at det må være tilstrekkelig grunn til pågripelse, herunder at sakens art og forholdene ellers ikke tilsier at pågripelse vil være et uforholdsmessig inngrep.[137]

Hvis en person som ikke er politi har foretatt en pågripelse, skal personen straks overgi den pågrepne til politiet, jf. straffeprosessloven § 176 andre ledd.

Av de bestemmelsene som er gjennomgått ovenfor har alle strafferamme på over seks måneder, med unntak av straffeloven § 156 andre ledd om forulemping av offentlig tjenesteperson og straffeloven § 268 andre ledd om uberettiget opphold. Pågripelse kan med andre ord etter omstendighetene være lovlig hvis en person i sektorene utvalget skal se på oppdages idet de er i ferd med å bryte en av disse bestemmelsene.

Utvalget legger imidlertid til grunn at pågripelse bare helt unntaksvis kan være et forholdsmessig tiltak i de situasjonene utvalget skal ta stilling til. Det er heller ikke rimelig at ansatte i sektorene skal vurdere gjentakelsesfare eller fare for at personen unndrar seg straffeforfølgning. Hvis ansatte i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skole eller barnehage mener at straffbarhetens grense er overtrådt, mener utvalget at politiet som den klare hovedregel heller burde kontaktes.

10.4.3 Beslag

Også beslag kan gjennomføres av privatpersoner på gitte vilkår, jf. straffeprosessloven § 206. Vilkårene er at tingen må antas å ha betydning som bevis eller antas å kunne inndras eller kunne kreves utlevert av fornærmede, jf. straffeprosessloven § 203, det må være «fare ved opphold», og den mistenkte må tas på fersk gjerning eller ferske spor, jf. straffeprosessloven § 206 første ledd andre setning. Heller ikke beslag kan gjøres hvis det ikke er tilstrekkelig grunn til det, eller hvis beslag fremstår som et uforholdsmessig inngrep.[138]

I motsetning til ved pågripelse, er det ingen krav til at den straffbare handlingen må ha en bestemt strafferamme. En mobiltelefon eller et kamera som er brukt til å gjøre en straffbar handling kan dermed etter omstendighetene beslaglegges hvis den må antas å ha bevisverdi, eller den kan inndras fordi den har vært i bruk ved en straffbar handling, jf. straffeloven § 69, og de andre vilkårene er oppfylte.

Utvalget mener at beslag i de fleste situasjoner ikke er et aktuelt tiltak for de ansatte i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skoler og barnehager, selv om bilder og film tas på en måte som overskrider straffbarhetens grense. Beslag legger opp til vurderinger som det i hovedregelen bør være politiet og domstolene som foretar.

[133] Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

[134] Jf. straffeprosessloven § 171.

[135] Jf. straffeprosessloven § 176 første ledd første punktum.

[136] Jf. straffeprosessloven § 176 første ledd andre punktum.

[137] Jf. straffeprosessloven § 170 a.

[138] Jf. straffeprosessloven § 170 a.

Kapittel 11
Svensk rett

11.1 Innledende bemerkning

Det følgende bygger på en redegjørelse for den svenske rettstilstanden som Åpenhetsutvalget har fått oversendt fra det svenske Justisdepartementet 12. april 2018. Eventuelle regelendringer etter dette tidspunktet har utvalget ikke innsikt i. Utvalget har uten hell forsøkt å innhente informasjon om rettstilstanden i Danmark og Finland. De spørsmålene utvalget ser på berører komplekse regelverk. Det er nærliggende å legge til grunn at det ikke er gjort tilsvarende utredninger i Danmark og Finland, og at en redegjørelse for deres rettstilstand på dette området derfor er vanskelig å innhente.

11.2 Beskyttelse av den personlige integritet

Det følger av kapittel 1 § 2 den svenske Regjeringsformen[1] at det offentliges makt skal utøves med respekt for alle menneskers likeverd og for hver enkelt menneskes frihet og verdighet. I 2010 ble den personlige integritet også særskilt beskyttet i regel av grunnlovs rang gjennom kapittel 2, § 6 andre ledd i Regjeringsformen. Ifølge denne bestemmelsen er den enkelte beskyttet mot betydelige inngrep i den personlige integritet som innebærer overvåkning eller kartlegging av den enkeltes personlige forhold uten samtykke. Det finnes også bestemmelser som verner om den personlige integritet i særskilte lover og forordninger på ulike rettsområder. Det finnes for eksempel integritetsbestemmelser som tar sikte på omsorgs- og behandlingssituasjoner i helse- og omsorgslovverket (Hälso- och sjukvårdslagstiftningen).

Også bestemmelser i offentlighets- og sekretessloven (2009:400) om taushetsplikt («sekretess») for opplysninger om den enkelte kan få betydning i forbindelse med spredning av bilder og film fra helse- og omsorgssektoren, skole og barneomsorg. Ifølge kapittel 25 § 1 i offentlighets- og sekretessloven gjelder for eksempel taushetsplikt i helsevesenet for opplysninger om en persons helsetilstand eller andre personlige forhold, om det ikke er klart at opplysningen kan røpes uten at den enkelte eller noen nærstående til denne lider mén. Taushetsplikt gjelder på samme måte i førskolen for opplysninger om enkeltes personlige forhold og i det offentlige skolevesenet for barn og ungdommer når det gjelder opplysninger om elever som tar kontakt med skolens særskilte elevstøttende virksomheter.

For håndtering av personopplysninger gjelder videre EUs personvernforordning og den svenske databeskyttelsesloven, som utdyper og gjennomfører forordningen.

11.3 Beskyttelse av ytringsfriheten og pressefriheten

Grunnleggende vern av ytringsfriheten finnes i den svenske Regjeringsformen kapittel 2 § 1 punkt 1. For medienes ytringsfrihet fins det i Sverige også et forsterket grunnlovsvern gjennom Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven. Det forsterkede ytringsfrihetsbeskyttelsen i disse grunnlovene innebærer at en publisering som skjer i et grunnlovsbeskyttet medium, for eksempel i en avis eller i et fjernsynsprogram, utelukkende vurderes etter Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven. Dette forsterkede ytringsfrihetsvernet innebærer at personopplysningsreguleringen ikke anvendes i spørsmål om den redaksjonelle virksomhet, og for publiseringer som skjer på det særskilt grunnlovsbeskyttede området. Inngrep mot innhold i grunnlovsbeskyttede medier kan bare skje etter publisering og bare i de tilfeller som nevnes i Trykkefri-

[1] Én av Sveriges fire grunnlover. De fire er Regeringsformen («Regjeringsformen»), Tryckfrihetsförordningen («Trykkefrihetsforordningen»), Ytterandefrihetsgrundlagen («Ytringsfrihetsgrunnloven») og Successionsordningen.

hetsforordningen eller i Ytringsfrihetsgrunnloven. Sak om ansvar for innholdet i en publisering kan bare bli reist om handlinger som det fremkommer at kan sanksjoneres i Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven, og et eneansvar ligger i første hånd på ansvarlig utgiver.

Hele publiseringsprosessen beskyttes av Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven. Den såkalte anskafferfriheten som reguleres i kapittel 1 § 1 fjerde ledd i Trykkefrihetsforordningen innebærer at alle har rett til å skaffe seg opplysninger i hvilket som helst emne for å offentliggjøre dem i trykt skrift eller for å gi dem videre for publisering. Tilsvarende regel finnes og i kapittel 1 § 2 i Ytringsfrihetsgrunnloven. Også handlinger som kommer før publisering, og som innebærer at opplysninger hentes inn, er beskyttet. Anskafferfriheten gjelder ikke bare for oppdragstakere med tilknytning til etablerte medier, men også for eksempel for kilder. Av kapittel 7 § 3 i Trykkefrihetsforordningen og kapittel 5 § 3 i Ytringsfrihetsgrunnloven følger likevel at anskafferfriheten ikke hindrer ansvar for den som begår blant annet høyforræderi, spionasje, landsforræderi eller opprør. Anskafferfriheten gjelder heller ikke om anskaffelsen skjer på en måte som i seg selv utgjør en forbrytelse. Formålet med det grunnlovsbeskyttede anskaffelsen er ikke at det skal være tillatt å begå forbryterske gjerninger, for eksempel krenkende fotografering. Kriminaliseringen retter seg her mot selve fremgangsmåten, det vil si mot fotograferingen som en fremgangsmåte og ikke som en dokumentering av et bestemt innhold.

Meddelerfriheten, som reguleres i kapittel 1 § 1 tredje ledd i Trykkefrihetsforordningen og kapittel 1 § 2 i Ytringsfrihetsgrunnloven, innebærer at alle straffritt kan legge opplysninger i hvilket som helst emne for offentliggjøring i et grunnlovsbeskyttet medium. Meddelerfriheten kan sies å utgjøre en sikkerhetsventil som sikrer at viktige opplysninger skal kunne komme til allmennhetens kunnskap. Også den som omfattes av taushetsplikt har, hvis det ikke dreier seg om kvalifisert taushetsplikt («kvalificerad sekretess»), rett til å bryte taushetsplikten om det skjer gjennom et publiseringsmedium. Hvorvidt taushetsplikten er kvalifisert i denne betydning fremgår av offentlighets- og sekretessloven. De ulike taushetspliktene i helsevesenet, førskole og skole innskrenker i relativt stor utstrekning retten etter Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven til å meddele og offentliggjøre opplysninger. Også meddelerfriheten er begrenset på den måten at den ikke hindrer ansvar for den som begår blant annet høyforræderi, spionasje, landsforræderi eller opprør, se kapittel 7 § 3 i Trykkefrihetsforordningen og kapittel 5 § 3 Ytringsfrihetsgrunnloven.

Oppsummeringsvis kan det sies at hvilke regler som gjelder for spredning av fotografier og filmer mv. fra de fire sektorene beror på om det er snakk om publisering i et grunnlovsbeskyttet medium eller ikke. For publisering i grunnlovsbeskyttet medium gjelder bestemmelsene i Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven. For annen publisering og spredning av fotografier og film er utgangspunktet i stedet personopplysningsreguleringen. Det finnes også lovgivning med bestemmelser om kameraovervåkning og kriminalisering av såkalt krenkende fotografering.

11.4 GDPR, kameraovervåkning og krenkende fotografering

Den 25. mai 2018 kom Europaparlamentets og rådets forordning 2016/679 (GDPR) til anvendelse og erstattet samtidig det gamle databeskyttelsesdirektivet. Sverige har derfor vedtatt at personopplysningsloven oppheves og erstattes av en ny lov som gjennomfører og fullfører EU-forordningen. Den svenske databeskyttelsesloven viderefører unntakene for Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven, samt unntakene for behandling av personopplysninger for journalistiske, akademiske, kunstneriske eller litterære formål.

Kameraovervåkningsloven (2013:460) er hovedsakelig anvendbar på fast oppsatte kamera og gjelder ikke for håndholdte kamera og lignende utrustning. Ifølge kameraovervåkningsloven kreves det som hovedregel tillatelse for å sette opp overvåkningskamera på steder der allmennheten har tilgang. På steder der allmennheten ikke har tilgang gjelder i stedet at overvåkning kan forekomme om den som skal overvåkes samtykker til overvåkningen, eller om overvåkingsinteressen veier tyngre enn den enkeltes interesse i ikke å bli overvåket. Den som har befatning med en opplysning som er innhentet gjennom kameraovervåkning kan etter kameraovervåkningsloven § 37 ikke uten tillatelse røpe eller utnytte det han eller hun har lært om en persons personlige forhold. Bestemmelsene om meddelerfriheten i Trykkefrihetsforordningen og i Ytringsfrihetsgrunnloven har likevel fortrinnsrett fremfor kameraovervåkningslovens regler om taushetsplikt. Kameraovervåkningslovens regler er under

omarbeiding i anledning den nye EU-reguleringen om databeskyttelse.

I denne sammenheng bør også forbrytelsen krenkende fotografering nevnes. Etter kapittel 4 § 6 a i den svenske straffeloven dømmes den som ulovlig med teknisk hjelpemiddel i hemmelighet tar bilde av noen som befinner seg innendørs i en bolig eller på et toalett, i en garderobe eller et lignende sted, til bøter eller fengsel på inntil to år. Et vilkår for straffansvar er at opptaket skjer ulovlig. Om fotograferingen skjer med samtykke er dette vilkåret ikke oppfylt. Ifølge forarbeidene menes med bosted et lokale eller et annet sted der en person bor fast for en lengre tid, eller et tilfeldig bosted som et hotellrom, en båtkahytt eller et telt. Også et pasientrom på et eldrehjem omfattes av bestemmelsen dersom omstendighetene er slik at det for en periode kan sies å være pasientens bosted.

Oppsummeringsvis kan det sies at reguleringen av beskyttelse av personopplysninger og kameraovervåkning, samt bestemmelsen i straffeloven om krenkende fotografering, innebærer begrensninger når det gjelder å fotografere og spre bilder av mennesker.

11.5 Journalisters mulighet til å få besøke ulike institusjoner

Problemstillingene under dette punkt berører i hovedsak muligheten til å begrense/stille visse krav til journalisters innsamling av opplysninger før publisering. Som tidligere redegjort for beskyttes hele publiseringsprosessen av Trykkefrihetsforordningen og Ytringsfrihetsgrunnloven. Anskafferfriheten innebærer at normalt journalistisk arbeid nyter grunnlovsvern. Arbeidsmetoder som intervjuer, undersøkelser og lignende kan ikke reguleres uten at det finnes støtte i Trykkefrihetsforordningen eller Ytringsfrihetsgrunnloven. Anskafferfriheten innebærer likevel ikke at den som er ute etter å skaffe informasjon for publisering kan kreve særskilte rettigheter. Allmenne inngangsforbud kan for eksempel ikke brytes med henvisning til anskafferfriheten. Rettigheter som normalt finnes må derimot ikke innskrenkes spesifikt mot slike anskaffelser, for eksempel med forbud mot å holde intervjuer i et lokale som allmennheten har tilgang til. På tilsvarende måte bør en allmenn avvisning i forbindelse med en demonstrasjon kunne aksepteres, selv om journalister er med blant de avviste. Derimot er en avvisning som rettes spesifikt mot journalister ikke tillatt.

Riksdagens ombudsmann (Justitieombudsmannen) har ved flere tilfeller vurdert ulike former for innskrenkninger i retten til blant annet å besøke og fotografere i en myndighets lokaler. Av flere beslutninger følger det at allmennheten ikke har rett til å besøke myndighetenes lokaler etter eget forgodtbefinnende uten at myndighetene har rett til å innskrenke allmennhetens tilgang. For flere myndigheters virksomhet, for eksempel helsevesenet, gjelder det at de ikke kan bedrives på et formålstjenlig måte om allmennheten hadde rett til fritt å bevege seg i lokalene. Justitieombudsmannen har i en beslutning 25. februar 2011 også uttalt at om en myndighet har rett til å begrense allmennhetens tilgang til dens lokaler, har den også rett til å stille opp vilkår for den som besøker området. Om risiko for ordensforstyrrelser eller integritetskrenkelser kan forebygges gjennom for eksempel et fotograferingsforbud, er dette å foretrekke fremfor helt å utestenge allmennheten fra myndighetenes lokaler. I en beslutning fra 27. mars 1987 godtok Justitieombudsmannen at en sykehusledelse av integritetshensyn hadde forbudt fotografering uten særskilt tillatelse i sykehusets lokaler, inklusive en kafeteria hvor allmennheten hadde tilgang.[2]

En annen ombudsmannssak gjaldt filminnspilling på et akuttsykehus. Der uttalte ombudsmannen blant annet at:

> «Det är den enskilde patienten som råder över frågan om fotografering av honom eller henne ska tillåtas eller ej»[3]

---

[2] JO 27. mars 1987 (dnr. 601-1986)

[3] JO:s ämbetsberättelse 1998/99 s. 458

Del III
Dagens ordning og utfordringer i sektorene

Kapittel 12
Helse- og omsorgssektoren

12.1 Innledning

12.1.1 Om helse- og omsorgssektoren og helselovene

Åpenhetsutvalget skal vurdere forholdet mellom ytringsfrihet og personvern i forbindelse med fotografering, filming og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten.

Staten har et overordnet ansvar for at befolkningen får tilbud om et forsvarlig og tilgjengelig helsetilbud. Helse- og omsorgssektoren er regulert av mange forskjellige lover som normerer ulike sider av tjenestene. Helselovene kan grovt sorteres i tjenestelover, personlover, særlover og produktlover.[1] Helse- og omsorgstjenesteloven og spesialisthelsetjenesteloven er tjenestelover som regulerer den kommunale og den statlige ansvarsdelingen av helse- og omsorgstjenesten.

Primærhelsetjenesten (førstelinjetjenesten), er de helse- og omsorgstjenestene som er underlagt kommunal styring. Disse tjenestene reguleres av helse- og omsorgstjenesteloven. Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 første ledd skal kommunen sørge for at personer som opphold er seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester. Andre ledd slår fast at kommunens ansvar omfatter alle pasient- og brukergrupper, inkludert personer med somatisk eller psykisk sykdom, skade eller lidelse, rusmiddelproblem, sosiale problemer eller nedsatt funksjonsevne.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd lister opp en del tjenester som kommunen skal tilby for å oppfylle ansvaret etter § 3-1. Listen, som ikke er uttømmende, inkluderer helsetjeneste i skoler, helsestasjonstjeneste, svangerskaps- og barselomsorgstjenester, legevakt, heldøgns medisinsk akuttberedskap, medisinsk nødmeldetjeneste, fastlegeordning, sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering, helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse og plass i institusjoner som sykehjem. Det følger videre av samme bestemmelses andre ledd at kommunen skal tilknytte seg lege, sykepleier, fysioterapeut, jordmor og helsesykepleier.

Spesialisthelsetjenesten (andrelinjetjenesten), er de helse- og omsorgstjenestene som de regionale helseforetakene skal sørge for gjennom egne tjenesteytere (helseforetak) og avtaler med andre, og er regulert av spesialisthelsetjenesteloven og helseforetaksloven.[2] Dette følger av spesialisthelsetjenesteloven §§ 2-1 og 2-1a. Spesialisthelsetjenestene i helseforetakene er organisert av de regionale helseforetakene. De regionale helseforetakene har sammen med helse- og omsorgsdepartementet, et eieransvar for helseforetakene og skal inngå avtaler med private. De regionale helseforetakene skal etter spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a sørge for at alle med fast bopel innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjenester både i og utenfor institusjon. Disse helsetjenestene skal inkludere blant annet sykehustjenester, akuttmedisinsk bistand, medisinsk nødmeldetjeneste, luftambulansetjeneste og ambulansetjeneste med bil og eventuelt båt, og tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengighet, herunder rusinstitusjon som tilbakeholder pasienter med tvang.

I tillegg til statens overordnede ansvar og «sørge for ansvaret» som påhviler de regionale helseforetakene og kommunene, påhviler det helsevirksomhetene og helsepersonell å organisere og tilby helsehjelp i henhold til lovbestemte krav. Helsepersonell er regulert av helsepersonelloven. Rettighetene til pasienter og brukere av helse- og omsorgstjenestene reguleres i pasient- og brukerrettighetsloven. Både helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven er personlover som gjelder på tvers av arbeidsdelingen mellom kommune og stat. Alt helsepersonell er bundet av helsepersonelloven uansett hvor de arbeider,[3] og alle pasienter og brukere av helse-

[1] Befring (2017), s. 23.

[2] Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven).

[3] Helsepersonelloven § 2 første ledd.

og omsorgstjenesten kan påberope seg rettighetene i pasient- og brukerrettighetsloven, uansett hvilke helse- og omsorgstjenester de ønsker eller mottar.[4]

I tillegg til disse generelle lovene, finnes det flere særlover som regulerer enkelte oppgaver eller områder som krever mer tilpassede regler. Eksempler på slikt lovverk er abortloven[5] og bioteknologiloven.[6][7] For denne utredningens formål er det kun nødvendig å redegjøre for reglene i én særlov: psykisk helsevernloven.

12.1.2 Om fremstillingen – noen utgangspunkter

Alle mennesker har selvråderett og ytringsfrihet. Dette gjelder også for pasienter, brukere og pårørende i helse- og omsorgstjenesten. Som ellers i samfunnet gjelder utgangspunktet om at alt som ikke er forbudt er tillatt. Dette innebærer at det er eventuelle inngrep i friheten som må begrunnes.

Samtidig har pasienter begrenset kontroll over sine omgivelser, og rett til vern av sitt privatliv. Innenfor helseretten skal to grunnleggende prinsipper ivareta pasientens integritet og beskyttelse mot skade: forsvarlighetsprinsippet og konfidensialitetsprinsipper, også omtalt som taushetspliktprinsippet. Disse kommer til uttrykk i flere lovbestemmelser som gjelder både helsevirksomheter og helsepersonell.[8] Helsepersonell og helsevirksomheter skal oppfylle disse rettighetene gjennom plikter til å utføre forsvarlig helsehjelp, og til å overholde taushetsplikten. Også arbeidsmiljøet og personvernet til de som arbeider i helse- og omsorgstjenestene kan være et argument for begrensninger i hvordan pasienter, brukere og pårørende kan te seg på helseinstitusjoner.

I det følgende gjennomgås hvilke regler som påvirker anledningen helsepersonell og andre ansatte i helse- og omsorgstjenestens har til å ta bilder, film og lydopptak av pasienter. Videre gjennomgås helse- og omsorgstjenestens adgang til å regulere pasienters fotografering, filming og lydopptak, blant annet de spesielle reglene som gjelder i psykisk helsevern og på rusinstitusjoner, og helse- og omsorgstjenestens adgang til å regulere utenforstående, inkludert medienes, fotografering, filming og lydopptak på helseinstitusjonene. Reglene om psykisk helsevern og rusinstitusjoner reiser noen særlige problemstillinger knyttet til personlig autonomi, og går lengre i å hjemle frihetsinnskrenkelser enn reglene som gjelder i de andre delene av helse- og omsorgstjenesten. Derfor behandles disse sektorene grundigere enn de andre delene av helse- og omsorgstjenesten. Avslutningsvis behandles særlige problemstillinger om samtykke, forsvarlig arbeidsmiljø, prosessuelle spørsmål og eksempler på løsninger fra dagens praksis. Utvalgets vurderinger og anbefalinger kommer fram i punkt 12.9.

I helse- og omsorgssektoren eksisterer det private virksomheter som ikke finansieres av det offentlige. Disse kan selv sette retningslinjer for sine besøkende, herunder retningslinjer for filming i lokalene. På samme måte som andre private virksomheter, må også privatpraktiserende helsepersonell kunne avgjøre i hvilken grad de vil tillate pasienter å gjøre opptak i sine lokaler. Det som skrives i det følgende gjelder kun helse- og omsorgstjenester som enten er helt eller delvis finansiert av det offentlige, og/eller som utfører tjenester etter avtale med eller på oppdrag fra det offentlige.

12.2 Helse- og omsorgstjenestens adgang til å ta bilder film, og lydopptak

12.2.1 Innledning

Helse- og omsorgstjenesten tar bilder, film og lydopptak av mange ulike grunner. Utvalget behandler ikke bilder, film og lydopptak som tas i faglig sammenheng. Faglig motivert filming og fotografering finnes det allerede utdypende regler om, blant annet redegjort for i norm for informasjonssikkerhet i helse- og omsorgstjenesten, utgitt av Direktoratet for e-helse.[9] Det som behandles i det følgende er bilder, film og lydopptak ansatte i helse- og omsorgstjenesten tar uten et faglig formål eller begrunnelse.

Nedenfor redegjør utvalget for den helserettslige taushetsplikten. Den kan ha betydning for helsepersonells adgang til å ta bilder, film og lydopptak, men også for i hvor stor grad helse- og omsorgstjenestene kan eller må begrense at pasienter og andre tar bilder, film og lydopptak fra steder der det ytes helsehjelp. Begrensninger av pasienter og andres bilder, film og lydopptak behandles i punktene 12.3. og 12.4.

---

4 Pasient- og brukerrettighetsloven § 1-2 første ledd.

5 Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd (abortloven).

6 Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven).

7 Befring, Kielland og Syse (2016), s. 41.

8 Se for eksempel Kjønstad (2007), s. 47–49.

9 Direktoratet for e-helse (2013).

I punkt 12.2.3 redegjør utvalget kort for behandling av personopplysninger i helse- og omsorgstjenesten.

12.2.2 Den helserettslige taushetsplikt

12.2.2.1 Taushetspliktens innhold

Åpenhetsutvalget skal vurdere hvor langt taushetsplikten strekker seg, og redegjøre for rammene for blant andre ansattes fotografering og filming. Hovedregelen om taushetsplikt for helsepersonell står i helsepersonelloven § 21:

> «Helsepersonell skal hindre at andre får adgang til eller kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell.»

Taushetsplikten skal sikre at pasienten trygt kan dele med helsepersonell opplysninger som er viktige for deres behandling, men som pasienten ikke ønsker at skal spres videre. Helsepersonells taushetsplikt svarer til pasienters rett til vern mot spredning av opplysninger, som er hjemlet i pasient- og brukerrettighetsloven § 3-6. Virksomhetene er pålagt å tilrettelegge slik at plikten kan oppfylles, se helsepersonelloven § 16 og pasientjournalloven §§ 15 og følgende. Helse- og omsorgstjenesteloven § 12-1 og spesialisthelsetjenesteloven § 6-1 gir ansatte i helse- og omsorgstjenestene som ikke er helsepersonell taushetsplikt etter den generelle forvaltningsrettslige taushetsplikten i forvaltningsloven §§ 13 til 13 e. Taushetsplikten legger klare begrensinger på helsepersonells og andre ansattes adgang til å ta bilder, film og lydopptak på jobb, fordi slike fotografier eller opptak kan inneholde taushetsbelagt informasjon.

I utgangspunktet er det først når informasjon spres at taushetsplikten er brutt. Hvis helsepersonell tar og lagrer bilder, film eller lydopptak som pasienter kommer med på, innebærer dette en unødvendig spredningsrisiko, men ikke nødvendigvis et brudd på taushetsplikten etter helsepersonelloven § 21. Det å tilegne seg opplysninger som er omfattet av taushetsplikten kan derimot rammes av forbudet i helsepersonelloven § 21 a, der det står:

> «Det er forbudt å lese, søke etter eller på annen måte tilegne seg, bruke eller besitte opplysninger som nevnt i § 21 uten at det er begrunnet i helsehjelp til pasienten, administrasjon av slik hjelp eller har særskilt hjemmel i lov eller forskrift.»

Taushetsplikten er et lovbestemt inngrep i helsepersonells ytringsfrihet. Frimodige ytringer om helseopplysninger og andre personlige opplysninger som helsepersonell får tilgang til gjennom sitt arbeid, er ikke tillatt, men tvert imot straffesanksjonert og kan gi grunnlag for disiplinærreaksjoner etter helsepersonelloven kapittel 11. Taushetsplikten har også gitt seg utslag i regler både om vitneforbud i rettsprosesser og beslagsforbud for enkelte grupper av helsepersonell, jf. tvisteloven[10] § 22-5 og straffeprosessloven § 119. De som normalt ville hatt vitneplikt er dermed både fritatt fra og har forbud mot å vitne, også i alvorlige straffesaker som tungtveiende offentlige interesser tilsier at burde belyses best mulig.

I helsepersonellovens forarbeider og juridisk teori er begrunnelsen for taushetsplikten utdypet.[11] Høyesterett henviser til disse begrunnelsene i sine seneste avgjørelser.[12] Det kan særlig trekkes fram tre begrunnelser. For det første at befolkningen skal gis trygghet til å kunne oppsøke helse- og omsorgstjenesten. Dette formålet ble vektlagt i Rt. 2013 s. 1442 som en begrunnelse for at helsepersonell skulle beskytte pasientens identitet overfor politiet som ønsket denne informasjonen i forbindelse med funn av narkotika. En bevisstløs mann ble bragt inn til akuttmottaket ved Universitetssykehuset i Nord-Norge. På pasienten ble det funnet en pose som inneholdt narkotika. En sykepleier tok i tråd med sykehusets rutiner kontakt med politiet. Da politiet ankom akuttmottaket, krevde de å få vite hvor posen stammet fra. Legen som tok imot politiet nektet å fortelle dette, med henvisning til taushetsplikten. Politibetjenten fortalte at de kunne undersøke posen for DNA, og slik finne ut hvem den tilhørte. Legen valgte da å gni posen mellom sine egne hender for å ødelegge eventuelt DNA på posen. Han ble tiltalt for bevisforspillelse, men frifunnet fordi han handlet innenfor taushetsplikten.

I lovens forarbeider er hensynet til at pasienter skal ha trygghet til å oppsøke helsehjelp utdypet:

> «Et formål er nettopp at mennesker med behov for helsehjelp til seg selv, barn eller ev andre

---

[10] Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

[11] Se Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) kap. 11. Se også legelovens forarbeider som helsepersonelloven bygger på, Ot.prp. nr. 1 (1979–1980). Befring & Ohnstad (2018), kap. 5, Befring, Kjelland og Syse (2016), kap. 5.

[12] Se f.eks Rt. 2013 s. 1442.

pårørende, skal oppsøke helsevesenet uavhengig av atferd eller livssituasjonen for øvrig. Det kan også være hensynet til fellesskapet/samfunnet som tilsier at pasienter bør oppsøke helsevesenet, for eksempel når pasienten er bærer av en farlig smittsom sykdom eller for å motvirke uførhet eller arbeidsløshet ved at alvorlige sykdommer får utvikle seg».[13]

Det andre hensynet er at personer som har oppsøkt helse- og omsorgstjenesten skal føle trygghet til å gi fortrolig informasjon i tillit til at den blir behandlet i samsvar med taushetsplikten. Det tredje hensynet er at personer skal ha trygghet til å samtykke til helsehjelp som innebærer at fortrolig informasjon innhentes og lagres.

Taushetsplikten er både begrunnet i allmennhetens interesser og i pasientens interesser. Allmennhetens interesser ivaretas når personer med farlige smittsomme sykdommer har trygghet slik at de oppsøker helse- og omsorgstjenesten for å få en diagnose og behandling. Dette gir igjen mulighet til å hindre smittespredning, noe som kommer både pasienten og allmennheten til gode.

Ettersom taushetspliktens begrunnelse er knyttet til å beskytte pasientenes interesser, kan ikke taushetsplikten brukes til å beskytte helsepersonell eller helseinstitusjoner mot kritikk. Dette er ukontroversielt, og kom for eksempel til uttrykk i en dom fra Oslo tingrett, som gjaldt taushetsplikt etter forvaltningsloven. En kommunepolitiker var tiltalt for å ha publisert taushetsbelagt informasjon da han la ut en delvis usladdet versjon av en granskningsrapport som omhandlet et sykehjem i Oslo. Beskrivelser av sykehjemsetatens og sykehjemsledelsens oppførsel i tjenesten ble ikke regnet som personlige forhold, og var dermed ikke underlagt taushetsplikt.[14] Det er gjennomgående i pasientenes interesse at kritikkverdige forhold i helsevesenet kommer fram i lyset.[15]

12.2.2.2 Hvilke opplysninger taushetsplikten gjelder for

Etter helsepersonelloven gjelder taushetsplikten for «opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som [helsepersonell] får vite i egenskap av å være helsepersonell».

Med «opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold» og «andre personlige forhold» siktes det både til helseopplysninger og til øvrige omstendigheter i livet til den enkelte pasient, som sosiale forhold, sivilstand, økonomiske forhold med mer som er særegne for et enkeltindivid.

Kilden til opplysninger kan også være beskyttet dersom denne kilden vil føre til at personer blir identifisert, jf. Rt. 2013 s. 1442 (narkotikaposedommen). Høyesterett la til grunn at vernet knyttet til taushet gjelder DNA på en plastpose med narkotika når politiet har til hensikt å identifisere pasienten med sikte på straffeforfølgning.[16] Bilder, film og lydopptak av pasienter kan også være en slik kilde som kan lede til at personer blir identifisert.

Det finnes imidlertid et stort antall unntak fra taushetsplikten, for eksempel hvis ingen berettiget interesse tilsier hemmelighold, jf. helsepersonelloven § 23 nr. 2. Disse unntakene omtales nærmere i punkt 12.2.2.3.

Taushetsplikten kan gjelde selv om det ikke er etablert et pasient/behandler-forhold, rettspraksis viser at til og med betroelser gitt på fest kan være taushetsbelagte.[17] Det sentrale er om betroelsen kom fordi mottager er helsepersonell.

Også selve pasient/behandler-forholdet kan være taushetsbelagt. Helsedirektoratet skriver at informasjon om at en pasient er innlagt på sykehus eller har oppsøkt helsepersonell i utgangspunktet er taushetsbelagt.[18] Dette avhenger likevel av forholdets art. Ettersom alle har en fastlege innebærer ikke opplysninger om en slik relasjon et brudd på taushetsplikten.[19] Dersom en lege har en annen spesialisering enn allmennmedisin, innebærer kunnskap om behandlerrelasjonen i realiteten helseopplysninger om pasienten.

12.2.2.3 Unntak fra taushetsplikten

12.2.2.3.1 Innledning

Både helsepersonelloven og forvaltningsloven har bestemmelser som gir adgang til å gi opplysninger som ellers ville vært taushetsbelagte.

Helsepersonelloven § 23 slår fast at helsepersonells taushetsplikt ikke er til hinder for at opplysninger gis den som fra før er kjent med opplysningene; når ingen berettiget interesse tilsier hemmelighold; når behovet for beskyttelse er ivaretatt ved at individualiserende kjennetegn er ute-

[13] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), kap. 11.1.
[14] TOSLO-2015-51445.
[15] Warberg (2011), s. 162.
[16] Analyser av denne dommen er omtalt i Befring & Ohnstad (2018), kap. 5.
[17] Rt. 1989 s. 1363 (sosionomdommen).
[18] Helsedirektoratet (2012), kommentar til § 21.
[19] Helsedirektoratet (2010), s. 27.

latt; når tungtveiende private eller offentlige interesser gjør det rettmessig å gi opplysningene videre; når det er mistanke om dyremishandling; eller hvis andre regler i lov eller forskrift gjør det klart at taushetsplikten ikke skal gjelde.

Forvaltningsloven §§ 13 a til 13 f gir mange unntak fra den forvaltningsrettslige taushetsplikten som gjelder ansatte i helse- og omsorgstjenesten som ikke er helsepersonell. Dette har likevel begrenset betydning som følge av den vide definisjonen av helsepersonell i helsepersonelloven § 3, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 2-1, og som følge av de særskilte reguleringene i pasientjournalloven §§ 15 og 16. Disse reguleringene innebærer at helsepersonells taushetsplikt omfatter de fleste som mottar taushetsbelagt pasientinformasjon i helse- og omsorgstjenesten. De unntakene som gjennomgås nedenfor finnes i både helsepersonelloven og i forvaltningsloven. Begge lovene gir i tillegg noen andre unntak som anses mindre relevante for utvalgets problemstilling.

12.2.2.3.2 Den som fra før er kjent med opplysningene

Taushetsplikten gjelder ikke overfor personer som allerede er kjent med opplysningene. Det kan skyldes at det er tydelig hvilken sykdom pasienten har, eller at det er kommunisert til dem tidligere på en lovlig måte. Helsepersonellovens forarbeider presiserer at det ikke er helsepersonells oppgave å bekrefte andres kunnskaper om pasienten med mindre det foreligger skjellig grunn til det.[20]

12.2.2.3.3 Når ingen berettiget interesse tilsier hemmelighold

To av momentene som skal inngå i en vurdering av om ingen berettiget interesse tilsier hemmelighold, er om pasienten selv anser opplysningene som sensitive, og om opplysningene etter sin art er å betrakte som sensitive. Disse momentene er fremhevet i helsepersonellovens forarbeider. I helserettslig teori er det utdypet at dette punktet gjelder når opplysningene ikke trenger det vernet taushetsplikten gir enten fordi opplysningene har liten betydning, for eksempel dagligdagse opplysninger, eller fordi de er synlig.[21] Opplysningene som er synlige, for eksempel at en pasient sitter i rullestol trenger ikke å hemmeligholdes, da det ikke foreligger en slik interesse.

Forvaltningslovens forarbeider presiserer at formuleringen «ingen» må tas på ordet. Hvis det finnes en berettiget interesse som tilsier hemmelighold kan unntak ikke bygge på denne bestemmelsen. Det skal ikke gjøres noen konkret interesseavveining.[22] Også etter forvaltningsloven er det de lite følsomme opplysningene som er i kjernen av unntaket.

Det er verd å merke seg at unntaket i forvaltningsloven § 13 a nr. 3 er presisert med formuleringen «f.eks. når de er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder». Helsepersonellovens forarbeider gir imidlertid ingen indikasjon om at opplysninger som er alminnelig tilgjengelige andre steder kan være unntatt fra taushetsplikten, og heller ikke hvorfor det ble valgt en annen formulering enn forvaltningslovens. Helsepersonelloven gir et sterkere vern om opplysninger enn forvaltningsloven gjør, så det er sannsynligvis ikke adgang til å bygge tolkningen av helsepersonelloven § 23 nr. 2 på ordlyden i forvaltningsloven 13 a nr. 3. Helsedirektoratet skriver at unntaket i helsepersonelloven § 23 nr. 2 har begrenset rekkevidde, og bruker som eksempel at en pasient kan ha en funksjonshemming som det er vanskelig å skjule.[23]

Etter dette forstår utvalget helsepersonelloven § 23 nr. 2 slik at det at en opplysning er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder ikke betyr at helsepersonell kan bidra til ytterligere spredning. En opplysning som derimot ligger «i dagen» slik at alle kan se den, for eksempel synlig funksjonshemming eller graviditet, stiller det seg annerledes med.

12.2.2.3.4 Individualiserende kjennetegn er utelatt

Opplysninger kan gis hvis individualiserende kjennetegn er utelatt på en slik måte at behovet for beskyttelse er betryggende ivaretatt, jf. helsepersonelloven § 23 nr. 3.[24] Dette punktet har stor praktisk og rettslig betydning.

12.2.2.3.5 Tungtveiende private eller offentlige interesser

Dette unntaket i helsepersonelloven § 23 nr. 4 gjør unntak fra taushetsplikten etter en interesseavveining, der hensynene som taler for å bryte taushetsplikten veier vesentlig tyngre enn hensynet

[20] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 229.
[21] Befring & Ohnstad (2018), kap. 5.
[22] Ot.prp. nr. 3 (1976–1977), pkt. 3.3.3.
[23] Helsedirektoratet (2012), s. 62–63.
[24] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 229 og Ot.prp. nr. 3 (1976–1977), pkt. 3.3.2.

som taler for å bevare taushet. I hovedregelen er det nødrettsbetraktninger som kan oppfylle de strenge vilkårene unntaket setter. Eksemplene som brukes i forarbeidene er der videreformidling av informasjon er egnet til å motvirke skader av et visst omfang, for eksempel hvis helsepersonell får kunnskap om at pasienten er en fare for sine omgivelser. Ikke ethvert brudd på straffelovgivningen tilsier likevel at taushetsplikten må vike, risikoen må avveies mot taushetspliktens begrunnelse.[25] Medienes særlige ansvar for opplyse om situasjoner av stor allmenn interesse har vekt i denne vurderingen. Medienes samfunnsrolle er nærmere omtalt i punkt 4.2.4.

Forvaltningsloven har ingen bestemmelse som direkte tilsvarer denne, men gir i § 13 b nr. 6 adgang til å anmelde eller gi opplysninger om lovbrudd til påtalemyndighetene eller vedkommende kontrollmyndighet når det finnes ønskelig av allmenne hensyn.

12.2.2.3.6 Samtykke til deling av opplysninger

Taushetsplikten er ikke til hinder for at helsepersonell kan dele opplysninger hvis den opplysningene gjelder har samtykket til dette. Dette følger av helsepersonelloven § 22 første ledd. For mindreårige under 16 år, er utgangspunktet etter helsepersonelloven § 22 andre ledd at de som har foreldreansvaret skal samtykke. For voksne som ikke kan samtykke selv er hovedregelen etter helsepersonelloven § 22 tredje ledd at nærmeste pårørende får samtykkekompetanse på pasientens vegne.

Høyesteretts sak Rt. 2006 s. 799 illustrerer at det stilles relativt strenge krav til innhenting av et informert samtykke.[26] Saken gjaldt en lege som hadde innhentet samtykke fra en pasient til at statsministeren, helseministeren og en gruppe pressefolk kunne besøke ham på rommet på Rikshospitalet. Før gruppen gikk inn på rommet til pasienten, orienterte legen dem om at pasienten hadde en arvelig tarmsykdom som ubehandlet ledet til alvorlig kreft. Dette ble videreformidlet på nyhetssendingene samme kveld. Pasienten mente at han kun hadde samtykket til at delegasjonen skulle besøke ham på rommet, og ikke til at hans helseinformasjon ble delt med politikerne og mediene.

Retten kom til at legen hadde brutt taushetsplikten da han gikk ut fra at samtykke til besøk også inkluderte samtykke til deling av helseinformasjon om pasienten.

I tilfeller der det er behov for rask handling og pasienten ikke selv kan samtykke, kan helsepersonell dele nødvendig informasjon når dette åpenbart er i pasientens interesse på grunnlag av presumert samtykke. Hvis en pasient for eksempel mister bevisstheten og trenger akutt hjelp, kan helsepersonell spre informasjon til andre, hvis det er nødvendig.[27]

Hvis pasienten fritar helsepersonellet fra taushetsplikten får helsepersonellet en opplysningsrett, men ikke en opplysningsplikt.[28] Helsepersonellet kan med andre ord fremdeles avstå fra å gi opplysninger hvis dette fremstår som den mest forsvarlige løsningen basert på faglig skjønn eller andre faktorer, så lenge ikke andre regler pålegger helsepersonellet å gi opplysninger. Faglig forsvarlighet, regler gitt av arbeidsgiver eller andre omstendigheter kan tilsi at helsepersonell ikke tar eller publiserer bilder, film og lydopptak som pasienter er med på, selv om pasienten har samtykket.

Også forvaltningsrettslig taushetsplikt viker når den som har krav på taushet samtykker, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 1. Også i et slikt tilfelle får den ansatte opplysningsrett, men ikke opplysningsplikt. Den ansatte kan fremdeles velge ikke å gi opplysninger om enkeltsaker til mediene eller andre.

Opplysningsplikt oppstår først hvis en med rett til det krever innsyn i saken. Helsepersonell kan da for eksempel få plikt til å gi innsyn i pasientens journal. Åpenhetsutvalget skal ikke vurdere innsynsretten etter offentlighetsloven. Heller ikke innsynsretten etter forvaltningsloven, pasient- og brukerrettighetsloven eller annet regelverk er særlig relevant for utvalgets mandat og problemstilling. Disse spørsmålene kommenteres derfor ikke ytterligere.

12.2.2.4 Sanksjoner ved brudd på taushetsplikten

Brudd på taushetsplikten etter helsepersonelloven kan sanksjoneres blant annet med advarsel eller tilbakekall av autorisasjon fra helsetilsynet, jf. helsepersonelloven §§ 56 og 57. Brudd på taushetsplikt etter helsepersonelloven kan være straffbart etter helsepersonelloven § 67 og straffeloven §§ 209 og 210. Brudd på taushetsplikt etter pasientjournalloven og helseregisterloven kan også være straffbart, jf. pasientjournalloven § 30, helseregisterloven § 30 og straffeloven §§ 209 og 210.

[25] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), s. 230.
[26] Rt. 2006 s. 799, særlig avsnitt 35.
[27] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), del VIII, merknader til § 22.
[28] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), del VIII, merknader til § 22.

For å unngå at den samme handlingen rammes av konkurrerende straffebud, er det vedtatt endringer både i helsepersonelloven § 67, i helseregisterloven § 30 og i pasientjournalloven § 30. Loven om endringer er imidlertid per denne utredningens ferdigstillelse ikke trådt i kraft. En kan ikke straffes etter både straffeloven og for eksempel helsepersonelloven for overtredelse av taushetspliktregler i helsepersonelloven. Fram til endringsloven trer i kraft er det i utgangspunktet opp til påtalemyndigheten hvilken av straffebestemmelsene som passer best for det aktuelle forholdet.[29]

Helsepersonell som bryter taushetsplikten kan dermed risikere både å miste autorisasjonen, noe som innebærer et yrkesforbud, og i verste fall fengselsstraff. Ettersom brudd på taushetsbestemmelsene er straffesanksjonert, er det helt avgjørende at helsepersonell og andre ansatte har kjennskap til og forstår regelverket.

12.2.3 Behandling av personopplysninger i helse- og omsorgssektoren

Personopplysningsloven gjelder i helse- og omsorgssektoren så langt det ikke er gitt særskilte reguleringer.[30] I pasientjournalloven og helseregisterloven er helseopplysninger definert i § 2.

Helsehjelp innebærer at helseopplysninger mottas, lagres og deles. Helsepersonell er pålagt å dokumentere «relevante og nødvendige» opplysninger om helsehjelpen og helsetilstanden, se helsepersonelloven §§ 39 og 40, jf. pasientjournalloven § 8. Dokumentasjonsplikten er utdypet i journalforskriften.[31] Dokumentasjonsplikten er formulert som et lovpålegg og gjelder selv om pasienten ønsker å hindre slik dokumentasjon. Den gjelder også når pasienten gis helsehjelp uten samtykke, for eksempel når pasienten er bevisstløs, og når det gis helsehjelp med tvang. Pasientens samtykke er med andre ord uten betydning for helsepersonells rett og plikt til å dokumentere behandlingen.[32]

Akuttmedisinsk kommunikasjonssentral (AMK) gjør rutinemessig lydopptak av samtaler mellom de som ringer inn og helsepersonell. I tillegg benyttes både lydopptak og bilder i enkelte behandlingsformer. Helsepersonells dokumentasjonsplikt/journalplikt, jf. helsepersonelloven kapittel 8 og pasientjournalloven gir behandlingsgrunnlag for denne typen helseinformasjon, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c og artikkel 9 nr. 2 bokstav h.

Helseregisterloven gir hjemmel for å behandle helseopplysninger til statistikk, helseanalyser, forskning, kvalitetsforbedring, planlegging, styring og beredskap i helse- og omsorgsforvaltningen og helse- og omsorgstjenesten. Slike registre kan bygge både på samtykke eller på andre behandlingsgrunnlag, jf. helseregisterloven §§ 8 til 12. Barn har kompetanse til å samtykke til behandling av helseopplysninger etter helseregisterloven fra de er fylt 16 år, jf. helseregisterloven § 15. Utvalget avgrenser mot helseforskning og data som brukes til helseforskningsformål.

Hvis helsepersonell eller andre ansatte utenom i faglige sammenhenger fotograferer arbeidsplassen sin på en slik måte at pasienter eller personopplysninger om pasienter kommer med, faller dette sannsynligvis utenfor personopplysningslovens saklige virkeområde så lenge bildet ikke legges ut på internett. Er det virksomheten som tar bilder, for eksempel for å reklamere for eller informere om seg selv, gjelder reglene i personopplysningsloven, og fotograferingen krever et behandlingsgrunnlag som for eksempel samtykke.

I utkast til veileder anbefaler utvalget at ansatte i virksomheter som yter offentlige tjenester ikke bruker sitt private utstyr hvis de skal ta bilder, film eller lydopptak av brukere i forbindelse med arbeidet. Dette er fordi virksomheten i mange tilfeller vil være behandlingsansvarlig for disse opptakene, og personvernforordningens krav til informasjonssikkerhet vanskelig kan ivaretas hvis personopplysninger lagres på de ansattes private enheter. Utvalget mener det er grunn til å påpeke at det ikke uttrykkelig fremgår av den sektorvise lovgivningen for de sektorene utvalget ser på, at det ikke skal tas eller lagres personopplysninger i form av bilder, film og lydopptak av brukere av offentlige tjenester på de ansattes private utstyr. Dette kan skape uklarhet om reglene.

---

29 Ugelvik (2019), punkt 3.3.2.

30 Helseregisterloven § 5 og pasientjournalloven § 5 slår fast at personopplysningsloven og personvernforordningen gjelder så langt ikke annet følger av de lovene. Personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c og artikkel 9 nr. 2 bokstav h gir hjemmel til å behandle helseopplysninger i forbindelse med ytelse av helse- eller sosialtjenester på grunnlag av nasjonal rett.

31 Forskrift 21. desember 2000 nr. 1385 om pasientjournal.

32 Prop. 56 LS (2017–2018), s. 184.

12.3 Regulering av pasienters filming, fotografering og lydopptak

12.3.1 Innledning

Personer som er svekket av sykdom og skade kan være i en sårbar situasjon, og kan derfor ha et ønske om å dokumentere sitt møte med helse- og omsorgstjenestene for å sikre seg kontroll og trygghet. Dette bør helse- og omsorgstjenestene ta hensyn til.

Et annet utgangspunkt for denne fremstillingen er at pasienter, i likhet med andre, har lov til å ta bilder, film og lydopptak av sine omgivelser. Det som følger nedenfor er regler som etter en konkret vurdering kan gi saklige grunnlag for unntak fra dette utgangspunktet: regler om taushetsplikt, krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp. For psykisk helsevern og rusinstitusjoner foreligger det særskilte regler. Dette omtales i punkt 12.3.4.

12.3.2 Taushetsplikten

12.3.2.1 Taushetspliktens aktive side

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, medlemmene Bang, Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold, er enige om følgende fremstilling av gjeldende rett:

I praksis får brukere av helse- og omsorgstjenestene informasjon om andre enn seg selv under oppholdet. Pasienter og pårørende har ikke taushetsplikt om informasjon de får tilgang til mens de oppholder seg på helseinstitusjonene. I Helsedirektoratets rundskriv om helsepersonells taushetsplikt fremkommer mange eksempler på situasjoner der taushetsplikten utfordres fordi helsehjelp eller veiledning foregår med andre pasienter eller pårørende i nærheten.[33] Dette kan for eksempel være under legevisitt, på akuttmottaket eller i venterommet. Personvernkommisjonen kritiserte praksisen med legevisitt på flermannsrom, noe kommisjonen mente var en krenkelse av pasienters personvern.[34]

Hvis en pasient er innlagt på en avdeling som kun behandler enkelte typer lidelser, innebærer dette at pasienten kan observere andre pasienter med samme lidelse. Kunnskap om helseopplysninger, slik det er definert, forutsetter at en kan identifisere eller gjenkjenne en pasient. Fotografer eller filmer pasienten avdelingen slik at andre pasienter er med i bildet, oppstår det en risiko for at bildet eller filmen kan røpe helseopplysninger om disse. For denne utredningens formål blir spørsmålet om helsepersonell av hensyn til sin egen taushetsplikt kan, bør eller må gripe inn når pasienter tar slike bilder og film. Videre oppstår et spørsmål om helsevirksomhetens tilretteleggingsansvar, jf. helsepersonelloven § 16, spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, medfører at helsevirksomheten må ha systemer og rutiner for å begrense risikoen for denne typen integritetskrenkelser. Rekkevidden av helsepersonells plikter er avgjørende for ledelsens tilretteleggingsplikt.

Taushetsplikten har både en passiv og en aktiv side. Den passive siden går ut på at helsepersonell må avstå fra å dele taushetsbelagt informasjon. Den aktive siden innebærer at helsepersonell skal «hindre at andre får adgang» til slik informasjon og at den enkelte skal unngå aktiv tilegnelse av informasjon som er underlagt taushetsplikt, jf. helsepersonelloven § 21 a.

Formuleringen «hindre» kom inn i den gamle legeloven fra 1980.[35] Lovens forarbeider fremhever at den gamle formuleringen «iaktta taushet» språklig var snevrere enn pliktens reelle innhold, da taushetsplikten også avskar leger fra å gi informasjon gjennom nikking, fakter mv. Forarbeidene peker på at begrepet *hindre* «omfatter alle former for meddelelse og peker dessuten på at legen skal ha en plikt til å vise en viss aktivitet for at opplysninger ikke skal komme ut.»[36] At begrepet «hindre» er det samme som ble brukt i forvaltningslovens taushetspliktsbestemmelse ble også trukket fram som en fordel.[37]

Det er med andre ord på det rene at helsepersonell har en viss aktivitetsplikt for å hindre at opplysninger kommer ut. Spørsmålet blir hvor langt denne aktivitetsplikten går og hva den omfatter.

Den tidligere omtalte dommen Rt. 2013 s. 1442 (narkotikapose) har i tillegg til å angi hva som omfattes av taushetsplikten også betydning i vurderingen av hva aktivitetsplikten innebærer. Retten la i denne dommen til grunn at helsepersonell har en viss aktivitetsplikt til å hindre at taushetsbelagt informasjon kommer uvedkommende i hende. Hvor langt denne plikten går varierer etter de konkrete omstendighetene. Vurderingstema er om helsepersonell faktisk og rettslig har foranled-

[33] Helsedirektoratet (2010).
[34] NOU 2009: 1, s. 167.
[35] Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger (opphevet og erstattet av helsepersonelloven i 2001).
[36] NOU 1976: 1, s. 73.
[37] Ot.prp. nr. 1 (1979–1980), s. 142.

ning til å handle. I det konkrete tilfellet skriver Høyesterett at det var rimelig å kreve av legen at han beskyttet pasientens identitet på den måten han gjorde. Han handlet med andre ord innenfor taushetsplikten.

Spørsmålet er om den aktive siden av helsepersonells taushetsplikt gir helsepersonell og helseinstitusjonene en plikt til å beskytte pasientene fra andre pasienters utleverende fotografering, filming eller lydopptak, for eksempel gjennom et alminnelig fotoforbud eller gjennom pasientveiledning. På den ene siden vil et slikt forbud eller restriksjon være et inngrep i den personlige autonomi som krever en tilstrekkelig tungtveiende begrunnelse. På den andre siden kan det true de hensynene som begrunner taushetsplikten hvis pasienter og deres pårørende fritt kan filme, fotografere og gjøre lydopptak av alle personene rundt seg på akuttmottaket, på legevakten eller på psykiatrisk poliklinikk.

Etter Høyesteretts argumentasjon i Rt. 2013 s. 1442 er det helsepersonells praktiske muligheter til å beskytte pasientens anonymitet som avgjør hvor langt den aktive siden av taushetsplikten går. Helsedirektoratet fremhever i en uttalelse at det utover dette som fremkom i dommen er vanskelig å gi konkrete råd om hvor langt plikten strekker seg.[38] Utvalget er enig i denne vurderingen.

Det er etter dette uklart hvor langt taushetspliktens aktive side går. Den praksis som utvalget har blitt kjent med tyder på at mange helseinstitusjoner begrunner restriksjoner på fotografering og filming i taushetsplikten.[39] Det fremstår dermed som at en del helseinstitusjoner legger til grunn at taushetspliktens aktive side krever at en hindrer eller legger restriksjoner på pasienter og pårørendes fotografering og filming.

Den aktive taushetsplikten innebærer en plikt til å tilrettelegge slik at pasientens personvern blir ivaretatt. Forholdene ved noen avdelinger eller deler av helse- og omsorgstjenesten er slik at virksomhetene er nødt til å være mer restriktive når det gjelder adgangen til å ta bilde, film og lydopptak for å kunne ivareta personvernet til pasientene. Det gjelder for eksempel steder der det rutinemessig gjennomføres akutt behandling eller lavterskeltilbud der pasienter møter opp uten forhåndsavtale. Det er som regel ikke mulig å innhente forhåndssamtykke som fritar virksomheten fra taushetsplikt på slike steder, og dette må virksomheten ta høyde for når den tilrettelegger for at pasientenes personvern skal ivaretas. Tilretteleggingen kan gjøres på mange måter, og kan inkludere oppslag som oppfordrer til å avstå fra filming og fotografering av andre pasienter, pårørende eller ansatte. Heller ikke på disse avdelingene kan det ilegges forbud uten mulighet for å gjøre unntak. Selv om institusjonen skulle komme til at fotografering, filming eller lydopptak i hovedregelen ikke er tillatt i en bestemt del av tjenesten, må det gjøres en konkret vurdering om nye problemstillinger oppstår.

I helse- og omsorgstjenesten er det virksomheten som har ansvar for å tilrettelegge slik at de ansatte kan overholde sine plikter, herunder både de aktive og de passive aspektene ved taushetsplikten. Dette er omtalt nærmere nedenfor i punkt 12.3.2.2. Dersom virksomheten har tilrettelagt virksomheten på en forsvarlig måte, for eksempel ved å informere om at det ikke er tillatt å fotografere eller filme andre pasienter uten samtykke, så mener utvalget at en bør være varsom med å straffeforfølge eller sanksjonere helsepersonell for brudd på den aktive taushetsplikten dersom en pasient likevel fotograferer andre pasienter. Det avgjørende vil være hva som er rimelig å kreve av helsepersonellet. I et slikt tilfelle vil det nok være mer relevant å se på om virksomheten burde gjort noe mer for å sikre forsvarlig drift og andre pasienters personvern. Hva som kreves for at driften anses forsvarlig når det gjelder filming, fotografering og lydopptak fra tjenestens område, varierer ut fra hvilken tjeneste det er snakk om, og hvor sensitive personopplysninger som kan avsløres ved at det tas bilder, film eller lydopptak fra området. Det vil kreves mer av en psykiatrisk legevakt enn venteværelse på et fastlegekontor. Virksomhetene kan også tilrettelegge for at pasienter kan ta imot besøk for eksempel fra en journalist, uten at dette går ut over andre pasienters personvern. Dette kan virksomhetene gjøre for eksempel ved å stille egnede møterom til disposisjon, slik at andre pasienter skjermes.

Utvalgets flertall gjør oppmerksom på at punkt 2.9 i Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat om nytt straffebud om befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred,[40] ikke gir veiledning i spørsmålet av hvor langt helsepersonells aktive taushetsplikt går, da notatet omhandler et helt annet tema. Sitatet mindretallet har hentet ut er en generell og innledende henvisning til at det skal gjøres en

[38] Helsedirektoratet (2016a).

[39] For eksempel Sykehuset Innlandet, Sykehuset Telemark, Finnmarkssykehuset, Universitetssykehuset i Nord-Norge, Nordlandssykehuset, Helse Stavanger HF, og Haukeland sykehus.

[40] Justis- og beredskapsdepartementet (2018a).

avveining mellom ytringsfrihet og retten til privatliv. Dette utgangspunktet er utvalgets flertall ikke uenig i. Når det gjelder mange bestemmelser, slik som for eksempel taushetsplikten, er denne avveiningen gjort av lovgiver. Hvis opplysningene er å anse som «opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold» i helsepersonellovens forstand, kan det imidlertid ikke innfortolkes et vilkår om en konkret interesseavveining mellom pasientens interesse i et privatlivsvern og helsepersonell eller andres interesse i at opplysningene kommer ut.

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, medlemmene Bang, Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold anser denne fremstillingen som en redegjørelse for gjeldende rett.

Utvalgsmedlemmene Ergo og Foss har kommet med følgende særmerknad:

> «Utvalgets medlemmer Ergo og Foss vil understreke at man i vurderingen av hvor langt taushetsplikten strekker seg, også må ta hensyn til at tilbakeholdelses av informasjon vil være et inngrep i ytringsfriheten.
>
> Man må derfor foreta en avveining mellom retten til personvern (EMK artikkel 8) og retten til ytringsfrihet, herunder tilgang til informasjon (EMK artikkel 10). Mediene er gitt et særskilt vern etter EMK artikkel 10. Både når det gjelder medienes innsamlingsfase og når det gjelder medienes publisering må det – i den konkret saken – foretas en avveining mellom informasjons-/ytringsfriheten og personvernet. Dette gjelder også der det er snakk om opplysninger som etter nasjonal lovgivning isolert sett er taushetsbelagt. Dette følger av rettspraksis fra EMD.
>
> Det er dessuten lagt til grunn i nasjonale rettskilder at hensynet til ytringsfriheten skal komme inn som et tolkningsmoment der det er tvil om hvor langt taushetsplikten strekker seg. Dette er blant annet lagt til grunn i Kommunaldepartementets rundskriv «Taushetsplikt for folkevalgte»:
>
> «Regler om taushetsplikt er ikke alltid krystallklart utformet. I tilfeller hvor det oppstår tvil om hvor langt en slik regel gjelder i et konkret tilfelle, vil hensynet til ytringsfriheten komme inn som tolkningsmoment.»
>
> Videre vil opplysningenes allmenne interesse og formålet med å formidle og få tilgang til informasjon, være relevant tolkningsmomenter. Dette legger bl.a. Oslo tingrett til grunn i saken mot bystyrepolitiker Bjørnar Moxnes, som ble anmeldt for å lekke pasientopplysninger. Her sier domstolen (punkt 2.2.2):
>
> «Sivilombudsmannen uttalte i sak 2011-545 [SOM-2011-545] at «formålet og begrunnelsen for å formidle informasjonen, vil være et relevant moment i retning av at taushetsplikten ikke ble krenket». Den aktuelle saken kan sammenlignes med vår på den måten at begrunnelsen for formidlingen bl.a. var et ønske om å sette fokus på forhold i forvaltningen.
>
> Ved tvil om innholdet i straffesanksjonerte taushetspliktsregler vil det etter rettens skjønn være riktig å falle ned på et resultat som ikke strider med ytringsfriheten og vår rettstradisjon, hvor reell mulighet for å vurdere og kritisere forvaltningen ikke stoppes av taushetspliktsregler.»
>
> Endelig legger også Justisdepartementets lovavdeling denne avveiningen til grunn i høringsnotat om endringer i straffeloven (Bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), juni 2018 Snr. 18/3556, punkt 2.9: «Ved spørsmål om i hvilken utstrekning meddelelser om andres private forhold er eller bør være ulovlige, må ytringsfriheten og vernet av privatlivet veies mot hverandre. Formidling av bilder er i utgangspunktet vernet av ytringsfriheten, samtidig som personbilder, herunder privatlivskrenkende bilder, omfattes av den avbildedes krav på vern om sitt privatliv.»
>
> Disse medlemmene mener derfor det er nødvendig å gjøre en slik avveining, også når en skal vurdere hvor langt den aktive taushetsplikten strekker seg.
>
> Disse medlemmene viser til at medienes innhenting av informasjon – den såkalte undersøkelsesfasen – har et særlig vern mot inngrep for at mediene skal kunne ivareta sin samfunnsrolle. Dette følger av ytringsfriheten og avgjørelser i Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) (se kap 4 i NOUen). Dette må også tillegges vekt i vurderingen av hvor langt taushetsplikten strekker seg.
>
> Disse medlemmene mener det ikke er grunnlag for å konkludere med at den aktive taushetsplikten også oppstiller plikt til å forhindre uønsket fotografering, filming eller lydopptak.
>
> Disse medlemmene vil også minne om at det i all hovedsak vil være publiseringen, og ikke fotograferingen/filmingen, som kan straffes. Dette følger av straffeloven og forutsettes også av Justisdepartementets lovavdeling i

ovennevnte høringsnotat om endringer i straffeloven (Bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred) se særlig punkt 2.2 og 4.7. Spredning av materiale innhentet gjennom filming, fotografering eller lydopptak må eventuelt angripes i etterkant.»

12.3.2.2 Virksomhetens ansvar

Etter hovedregelen om taushetsplikt i helsepersonelloven er det «helsepersonell» som har taushetsplikt. For personer som ikke er helsepersonell er det gitt bestemmelser om taushetsplikt i spesialisthelsetjenesteloven § 6-1 og helse- og omsorgstjenesteloven § 12-1, jf. forvaltningsloven §§ 13 til 13 f. Disse to bestemmelsene om forvaltningsmessig taushetsplikt har først og fremst selvstendig betydning for ansatte innen den offentlige helse- og omsorgstjeneste som ikke har taushetsplikt etter helsepersonelloven § 21, slik som administratorer, vaskepersonell mv.

I utgangspunktet påhviler taushetsplikten altså personer, ikke helseinstitusjonene. Virksomheter som driver helsehjelp har likevel en plikt til å tilrettelegge slik at de som arbeider der kan oppfylle sine lovpålagte plikter, inkludert taushetsplikten. Dette virksomhetsansvaret er tatt inn både i helsepersonelloven § 16, helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd bokstav c og spesialisthelsetjenesteloven § 2-2.

Tilretteleggingsplikten innebærer at virksomheten må organiseres på en måte som gjør det praktisk mulig for de ansatte å overholde taushetsplikten. Helsedirektoratet har utformet et rundskriv som tar opp og diskuterer ulike situasjoner der taushetsplikten utfordres. Om legevisitten skriver direktoratet at virksomheten har et ansvar for å tilrettelegge forholdene slik at helsepersonell kan utføre forsvarlig helsehjelp uten å røpe taushetsbelagte opplysninger om én pasient i påhør av andre pasienter, og eventuelle pårørende som måtte oppholde seg på rommene. Dette kan skje gjennom rutiner, instrukser og tilrettelegging av de fysiske forholdene. Helsepersonell må være bevisste på hvilke samtaler som føres med pasientene i påhør av andre pasienter, og lojalt anvende de verktøyene som virksomheten gir i form av samtalerom etc.[41]

Helsedirektoratet skriver videre at på akuttmottak kan både mottaksforhold og fysiske forhold med utilstrekkelig skjermede rom, innebære at helsepersonellet står i fare for å bryte taushetsplikten overfor pasienter og pårørende, og overfor ansatte som ikke har tjenstlig behov for opplysningene. Det kan skje både ved at samtaler blir overhørt og ved utilstrekkelig skjerming mot innsyn fra uvedkommende under undersøkelse og behandling.[42]

At en person er pasient på en bestemt avdeling, kan i seg selv være taushetsbelagt. Dette gjør fotografering og filming til en særlig utfordring; deling av bilder på internett kan spre denne informasjonen raskt og til mange mennesker. De perspektivene som Helsedirektoratet fremhever i det omtalte rundskrivet kan delvis overføres til disse situasjonene. Virksomhetene kan gjennom utforming av institusjonene, skjermede rom for undersøkelser og behandling, mer utstrakt bruk av enerom og på andre måter gjøre det enklere for helsepersonell å oppfylle taushetsplikten sin. Bedre tilrettelagte bygninger og arealer kan både gjøre det enklere å overholde taushetsplikten og enklere å praktisere åpenhet, fordi rammebetingelsene i større grad åpner for å invitere inn journalister og andre uten at helsepersonells lovbestemte plikter brytes.

Virksomheten kan også informere gjennom veggoppslag eller på annen måte om at samtykke vanligvis er påkrevet for å publisere bilder, film eller lydopptak av personer som er gjenkjennelige. Virksomhetene bør dessuten gi råd om varsomhet når en tar bilder og film som andre pasienter kommer i bakgrunnen på, og at det er normal høflighet å be om samtykke før en fotograferer, filmer eller gjør lydopptak av andre mennesker.

12.3.3 Kravet om faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp

12.3.3.1 Innholdet i kravet til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp

Forsvarlighetskravet er blant de rettslige bærebjelkene i helseretten.[43] Kravet binder både helseinstitusjoner (virksomhetsansvaret) og det enkelte helsepersonell. For denne utredningens formål er spørsmålet om filming, fotografering og lydopptak i forbindelse med helsehjelp kan gå ut over den faglige forsvarligheten. Hvis den faglige forsvarligheten trues, blir spørsmålet så om forsvarlighetskravet kan begrunne, eventuelt være hjemmel for, restriksjonen i adgangen til å filme, fotografere eller gjøre lydopptak.

Det følger av helsepersonelloven § 4 at «helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de

[41] Helsedirektoratet (2010).

[42] Helsedirektoratet (2010).

[43] Molven (2012), s. 225.

krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig». Bestemmelsen gir med andre ord både en plikt til forsvarlighet og til omsorgsfull hjelp.

I bestemmelsens forarbeider står det at begrepet «forsvarlighet» er en rettslig standard. Hva som forventes av helsepersonellet varierer etter situasjonen; en må se hen til hvordan helsepersonellet burde ha opptrådt i den konkrete situasjonen på bakgrunn av egne kvalifikasjoner.[44] Kravet avgrenses dermed mot forhold som helsepersonellet ikke har herredømme over, eller ikke kan lastes for. Forsvarlighetskravet kan beskrives som en minstestandard for faglig god behandling.[45] I dag beskrives forsvarlighetsplikten gjerne som en norm om hva som kan forventes av helsehjelp i en bestemt situasjon.[46] Dette betyr at behandling som skiller seg fra god medisinsk praksis ikke automatisk regnes som uforsvarlig. Forventningsnormen er knyttet til hvilken faglig kompetanse som er tilgjengelig, arbeidets art og situasjonen for øvrig.

Begrepet «omsorgsfull hjelp» forstås som krav om at pasienten skal bli møtt ikke bare med helsefaglig forsvarlig hjelp, men også med vanlig god folkeskikk, og med respekt og forståelse for den engstelse og usikkerhet personer svekket av sykdom ofte opplever.[47]

Forsvarlighetskravets institusjonelle side kommer til uttrykk gjennom tilretteleggingsplikten i helsepersonelloven § 16, og gjennom flere ulike lover. Kravet er tatt inn i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, som regulerer den kommunale helse- og omsorgstjenesten. Der står det at «Helse- og omsorgstjenester som tilbys etter loven her skal være forsvarlige. Kommunen skal tilrettelegge tjenestene slik at: […] c. helse- og omsorgstjenesten og personell som utfører tjenestene blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter […].» Bestemmelsens forarbeider forutsetter at kommunene er pliktsubjekt etter denne bestemmelsen.[48]

For spesialisthelsetjenesten gjelder spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 om plikt til forsvarlighet. Det følger av bestemmelsens forarbeider at den motsvarer helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.[49]

Virksomhetsansvaret for forsvarlighet i helsepersonelloven § 16 innebærer at helsepersonellets plikter er utgangspunktet for virksomhetenes tilretteleggingsplikt. Virksomheter som yter helse- og omsorgstjenester skal etter helsepersonelloven § 16 organiseres slik at helsepersonellet blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter. Det innebærer at en organisering som gjør at helsepersonellet ikke evner å gi fullverdig forsvarlig helsehjelp i tråd med lovens krav er lovstridig. Alle sider av driften, slik som utforming av bygninger, arbeidsmåter og rutiner, bemanning mv. må organiseres på en slik måte at pasientene får helsehjelp som lever opp til minstestandarden i forsvarlighetskravet.

Helsepersonelloven § 16 er dessuten etter forarbeidene en begrensning i arbeidsgivers styringsrett, virksomheten må organiseres slik at helsepersonellet har den faglige handlefrihet som behøves for å oppfylle plikten til forsvarlig yrkesutøvelse.[50]

12.3.3.2 Anvendelse av kravet til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp

12.3.3.2.1 Utgangspunkt

For denne utredningens formål blir spørsmålet om forsvarlighetskravet kan begrunne begrensninger i adgangen til fotografering, filming, og lydopptak mv. som forstyrrer arbeidet i helse- og omsorgstjenesten.

Hvis filming, fotografering, lydopptak mv. påvirker helsepersonells evne til å utføre forsvarlig helsehjelp, tilsier plikten til omsorgsfull hjelp at dette først og fremst bør forsøkes løst gjennom dialog. Helsepersonellet kan forklare pasienten og de pårørende konsekvensene av filmingen eller fotograferingen, for eksempel at helsepersonellet blir ufokusert og mindre i stand til å utføre arbeidet på en formålstjenlig måte.

12.3.3.2.2 Forsvarlighetskravet som rettslig standard

Om behandlingen blir vanskeliggjort av filming, fotografering eller lydopptak, og eventuelle forbud eller dialog med pasienten ikke løser problemet, oppstår et dilemma: Helsepersonellet har en plikt til å gi forsvarlig helsehjelp, men klarer ikke å gi så god hjelp det skulle ønske på grunn av omstendigheter det ikke har kontroll over.

---

44 Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), del VIII, pkt. 26, merknad til § 4.
45 Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), del II, pkt. 4.2.5.3.
46 Befring m. fl. (2016), s. 82.
47 Molven (2012), s. 236.
48 Prop. 91 L (2010–2011), kap. 47, merknad til § 4-1.
49 Prop. 91 L (2010–2011), kap. 48, merknader til spesialisthelsetjenesteloven § 2-2.
50 Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), del VIII, pkt. 26, merknad til § 16.

Forsvarlighetskravet tilpasser seg den situasjonen helsepersonellet står i. Hvis det ikke er mulig å overtale pasienten til å slutte å gjøre opptak, så oppstår det spørsmål om helsepersonell skal la være å gi helsehjelp, eventuelt om det skapes et større rom for uhell og feilvurderinger enn i en situasjon der helsepersonellet fikk arbeide i fred.

Prinsippene om samtykke og medvirkning er grunnpilarer i norsk helserett.[51] Hovedregelen i helseretten er at helsehjelp er betinget av et gyldig samtykke fra personen som mottar den. Dette følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Samtykket er ofte stilltiende og beskrives som en rett til å gi tillatelse til et tilbud om helsehjelp eller til å velge bort helsetilbudet. Pasienter har videre etter pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenester, og til å medvirke ved valg mellom tilgjengelige og forsvarlige tjenesteformer og undersøkelses- og behandlingsmetoder.

Det rettslige ansvaret for forsvarlighetsvurderingen kan imidlertid under ingen omstendigheter flyttes fra helsepersonellet til pasienten. I noen sammenhenger kan forsvarlighetsplikten derfor føre til at helsehjelpen må utsettes, for eksempel dersom pasienten ikke innretter seg slik at det er mulig å utføre helsehjelpen på en forsvarlig måte. I andre sammenhenger kan ikke helsehjelpen utsettes. Helsepersonellet må da vurdere om pasientens manglende innrettelse må forstås som at pasienten ikke samtykker til helsehjelpen, eller om helsehjelp likevel skal gis. Om det siste alternativet velges må vurderingen av hvorvidt helsehjelpen er forsvarlig gjøres i lys av den konkrete situasjonen.

12.3.3.2.3 Forsvarlighetskravet som hjemmel for inngrep

Forsvarlighetskravet er først og fremst en plikt som påhviler helsepersonell og virksomhetene. Ordlyden i helsepersonelloven § 4 gir ingen holdepunkter for hva helsepersonell, og i forlengelsen – virksomhetene jf. § 16, kan gjøre for å oppfylle denne plikten, foruten selv å yte helsehjelp som lever opp til kravene til faglig forsvarlighet og å henvise pasienter til andre hvis ens egne faglige kvalifikasjoner ikke strekker til.[52] For denne utredningens formål er problemstillingen om plikten til å yte forsvarlig helsehjelp kan innebære en rett til å nekte pasienter å filme, fotografere eller gjøre lydopptak i forbindelse med at helsehjelpen ytes. En slik rett er et inngrep som krever tilstrekkelig hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet.[53]

Helsepersonelloven § 4 gir ingen klar anvisning på tiltak helsepersonell kan gjøre for å oppfylle plikten sin. Legalitetsprinsippets krav til hjemmel er likevel relativt til inngrepets størrelse, slik at jo mer inngripende tiltaket er, jo klarere hjemmel er nødvendig.[54] En kan argumentere for at plikten til å yte forsvarlig helsehjelp forutsetter at en kan gjøre tiltak som kreves for å oppnå dette. Da kan lite inngripende innskrenkninger gjort i den hensikt å yte forsvarlig helsehjelp sannsynligvis bygge på forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4.

Et forbud mot fotografering, filming eller lydopptak på en helseinstitusjon eller i forbindelse med behandling vil være mindre inngripende enn tvang eller beslag av fotoutstyr. Graden av inngrep vil likevel variere noe etter hvem forbudet rettes mot; journalister er for eksempel en gruppe som har et særlig vern slik at et fotoforbud mot dem vil være et større inngrep enn fotoforbud mot andre. Forsvarlig drift som hjemmel for inngrep er nærmere omtalt i utredningens kapittel 8.

Hvis helsepersonell ikke oppfyller plikten til å gi forsvarlig helsehjelp er dette en overtredelse av helsepersonelloven som kan føre til reaksjoner etter helsepersonelloven kapittel 11. For helsepersonell er det dermed viktig å vite hvor grensen for forsvarlighet går, og at de har verktøyene de trenger for å oppfylle kravet.

12.3.3.2.4 Virksomhetenes ansvar for å tilrettelegge

Virksomhetenes ansvar for å organisere driften forsvarlig og slik at helsepersonell er i stand til å oppfylle sine lovpålagte plikter innebærer at helseinstitusjonene må ta stilling til pasienter, pårørende og andres filming, fotografering og andre opptak. Spørsmålet blir om virksomhetene kan eller bør begrense adgangen til å gjøre slike opptak på helseinstitusjonene.

Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8. Som nevnt der kan virksomhetens plikt til å ha et forsvarlig tjenestetilbud, en forsvarlig drift og et forsvarlig arbeidsmiljø utgjøre rettslig grunnlag for restriksjoner i besøk, fotografering, film- eller lydopptak. Grunnlaget strekker seg ikke lenger enn det som saklig kan begrunnes i kravet til forsvarlighet.

---

51 Warberg (2011), s. 74–77.

52 Jf. helsepersonelloven § 4 andre ledd.

53 Grunnloven § 113.

54 Skjerdal (1998), s. 57.

Dersom adferden forstyrrer på en slik måte at virksomheten ikke lenger kan drives på forsvarlig vis, må det antas at plikten som påhviler virksomhetens eier også gir adgang til å forsøke å styre andres adferd slik at forsvarlighetskravet ivaretas. I den grad pasienter og pårørendes filming, fotografering eller lydopptak påvirker helsepersonells evne til å gi forsvarlig helsehjelp, har virksomhetene altså en plikt til å bruke lovlige virkemidler for å ivareta pasientsikkerheten.

Utvalget understreker at et forbud mot fotografering, filming eller lydopptak kan innebære et inngrep både i retten til privatliv og i ytringsfriheten. Det hindrer den det gjelder både i å innhente opplysninger og i å videreformidle disse opplysningene. Også det å nekte noen adgang med formål om å hindre dem i å ta bilder, film eller lydopptak kan være et inngrep i ytringsfriheten.

Hvilke inngrep som kan gjøres overfor den enkelte med grunnlag i kravet til forsvarlig tjenestetilbud, drift og arbeidsmiljø vil variere etter hvor viktig det er å gjennomføre tiltaket i det enkelte tilfelle, hvor inngripende det er, i hvilken grad tiltaket henger sammen med tjenestetilbudet osv. Det er ikke gitt at begrunnelser som er tilstrekkelige for restriksjoner overfor pårørende eller andre besøkende, er tilstrekkelige til å legge restriksjoner på pressens arbeid. Det vises for øvrig til punkt 8.4 og utvalgets vurderinger der.

Før en virksomhet forbyr fotografering, filming eller lydopptak bør de gjennomføre vurderinger der både ytringsfrihet og personvern, og andre relevante hensyn, har blitt vektlagt og hvor mindre inngripende tiltak blir vurdert eller prøvd ut. Virksomhetene kan for eksempel komme med råd og anbefalinger til pasientene. Virksomhetene kan gjennom veggoppslag eller på andre måter gjøre oppmerksom på at fotografering, filming og lydopptak kan påvirke helsepersonell på en måte pasientene kanskje ikke har tenkt over, og oppfordre pasientene til å begrense slik aktivitet hvis den ikke er avklart med personalet.[55] Virksomhetene kan gjennom å legge rette til rette for dialog mellom helsepersonell og pasient forebygge at det oppstår konfliktsituasjoner.

[55] Universitetssykehuset i Nord-Norges retningslinjer om fotografering, film og lydopptak gir et godt eksempel på hvordan dette kan gjøres.

12.3.4 Særlig om psykisk helsevern og rusinstitusjoner

12.3.4.1 Psykisk helsevern

12.3.4.1.1 Hovedregel om samtykke og spesialregel om tvang

Psykisk helsevernloven regulerer spesialisthelsetjenestens undersøkelse og behandling i det psykiske helsevernet, samt for forutgående undersøkelse med sikte på etablering av tvungent psykisk helsevern.[56] Kommunenes behandling av personer med psykiske lidelser reguleres ikke av psykisk helsevernloven.

Psykisk helsevernloven er primært en tvangslov for psykisk helsevern. Det innebærer at pasient- og brukerrettighetsloven, pasientjournalloven, og andre helselover kommer til anvendelse ved frivillig psykisk helsevern og når det gjelder andre rettigheter og plikter i psykisk helsevern.

Tvangsreglene i psykisk helsevernloven utfordrer det prinsipielle utgangspunktet om personlig autonomi. Tvangsreglene kan oppfattes som en avveining fra lovgiver mellom ulike hensyn, for å finne balansen mellom respekten for pasientens ønsker, og behovet for å beskytte pasientenes interesser i omsorg for dem (paternalisme).[57]

Det følger av psykisk helsevernloven § 2-1 at psykisk helsevern ytes på bakgrunn av samtykke etter bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven, med mindre annet følger av psykisk helsevernloven. Hovedregelen om at helsehjelp gis på grunnlag av samtykke fra pasienten gjelder dermed for pasienter i det psykiske helsevernet på samme måte som for personer som mottar behandling for somatiske lidelser.[58]

For psykisk helsevern gjelder det imidlertid også at hvis vilkårene for tvungen observasjon eller tvungent psykisk helsevern i psykisk helsevernloven §§ 3-2 og 3-3 er oppfylt, så kan observasjon eller behandling gjennomføres uten pasientens samtykke.

Etter psykisk helsevernloven er det dermed to pasientkategorier, den første består av pasienter som mottar helsehjelp i kraft av sitt samtykke, og den andre av pasienter som er underlagt et tvangsvedtak. Det er strenge vilkår for tvungent psykisk helsevern, og et av dem er at pasienten mangler samtykkekompetanse. Manglende samtykkekompetanse er likevel ikke et nødvendig vilkår hvis pasienten er en nærliggende og alvorlig

[56] Psykisk helsevernloven §§ 1-1a.

[57] Denne grensedragningen er nærmere beskrevet i Syse (2016a).

[58] Warberg (2011), s. 229.

fare for seg selv eller andre. En kan ikke ta for gitt at en person som ikke har samtykkekompetanse slik det er forstått i psykisk helsevernloven § 3-3 nr. 4, mangler samtykkekompetanse i alle andre henseender. Det er godt mulig at en pasient på tvang kan samtykke til publisering av fotografier av seg selv på sosiale medier, eller til å representere seg selv i andre sammenhenger. Dette beror på en konkret vurdering av denne pasientens utfordringer, hva pasienten forstår om konsekvensene av samtykket, etc. Samtykke er nærmere omtalt i utredningens kapittel 6.

Reglene om og muligheten for å regulere bruk av mobiltelefoner, eller anledningen til å filme, fotografere eller gjøre lydopptak, skiller seg noe fra hverandre for pasienter som mottar helsehjelp på grunnlag av samtykke og pasienter som er underlagt et tvangsvedtak etter psykisk helsevernloven §§ 3-2 eller 3-3.

En mellomløsning mellom disse to alternativene er dessuten tatt inn i psykisk helsevernloven § 2-2. Hvis vilkårene for tvungent psykisk helsevern ikke er oppfylt kan pasienter etter denne bestemmelsen samtykke til å underlegges reglene om tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern i psykisk helsevernloven § 3-5 i inntil tre uker fra innleggelse.[59] I løpet av disse tre ukene kan pasienten holdes tilbake mot sin vilje, og hentes tilbake med unnvikelse, om nødvendig med tvang, jf. psykisk helsevernloven § 3-5 jf. § 2-2. Et slikt samtykke innebærer ikke at pasienten kan tvangsbehandles, eller at retten til å benytte telefon eller å ha forbindelse med omverden kan innskrenkes, jf. psykisk helsevernloven § 2-2 jf. §§ 4-4 og 4-5 andre ledd.

12.3.4.1.2 Vern av den personlige integritet

Psykisk helsevernloven kapittel 4 omhandler gjennomføring av psykisk helsevern. For å ivareta mennesker under psykisk helseverns personlige integritet, er det tatt inn egne regler om dette. Disse reglene gjelder både for personer som mottar behandling på grunnlag av samtykke og på grunnlag av tvang.

Reglene om vern av den personlige integriteten står i psykisk helsevernloven § 4-2. Pasienten skal behandles med respekt for sin fysiske og psykiske integritet.[60] Etter første ledd skal restriksjoner og tvang, i henhold til «det minste inngreps prinsipp», innskrenkes til det strengt nødvendige, og det skal så langt det er mulig tas hensyn til pasientens syn på slike tiltak. Det kan bare benyttes tiltak som gir en så gunstig virkning at den klart oppveier ulempene med tiltaket. Er mindre inngripende tiltak tilstrekkelig, skal disse benyttes. Forholdene skal legges til rette for at pasientene får anledning til å dyrke sine private interesser og hobbyer.

12.3.4.1.3 Pasientens rett til fri kommunikasjon – hovedregel og unntak

Psykisk helsevernloven § 4-5 gir regler om forbindelse med omverdenen for den som har døgnopphold i helseinstitusjon. Døgnopphold på psykisk helseinstitusjon kan bygge både på samtykke og på tvang. Den som har døgnopphold i institusjon for psykisk helsevern, har rett til å motta besøk og benytte telefon, samt sende og motta brev og pakker, jf. psykisk helsevernloven § 4-5 første ledd. Dette utgangspunktet gjelder både pasienter under frivillig opphold og pasienter underlagt tvang.[61]

Det kan vedtas innskrenkninger i denne retten for den som er under tvungent psykisk helsevern i form av døgnopphold i institusjon, jf. § 4-5 andre ledd. Det vil si at personer som er underlagt tvang etter vedtak kan fratas mulighet til å kommunisere med omverden. Det er strenge vilkår for begrensningene, det må være en fast tidsramme, og klare saksbehandlingsregler. Innskrenkninger kan bare foretas «i den utstrekning sterke behandlingsmessige eller sterke velferdsmessige hensyn eller sterke hensyn til nærstående person gjør dette nødvendig». Vedtaket må treffes av den faglig ansvarlige, vedtak skal nedtegnes uten ugrunnet opphold og det er klagerett til kontrollkommisjonen, jf. § 4-5 femte ledd. Som en rettsikkerhetsgaranti kan det etter psykisk helsevernloven § 4-5 tredje ledd ikke vedtas begrensninger i adgangen til å kontakte en del instanser, som for eksempel kontrollkommisjonen, fylkesmannen og juridisk rådgiver, utover det som følger av «rimelige begrensninger i husordensreglementet».[62]

---

59 Det hersker en viss uenighet om lovens formulering «fra etableringen av vernet» bør leses som «fra innleggelsen» eller «fra inngåelsen av avtalen». Helsedirektoratet har lagt sistnevnte tolkning til grunn i sin tolkningsuttalelse av 22. februar 2013 (Helsedirektoratet (2013b)). Her legges det andre alternativet til grunn, da det harmonerer bedre med bestemmelsens ordlyd og forhistorie. Hvilken forståelse av psykisk helsevernloven § 2-2 som velges får ingen betydning for innholdet i helsehjelpen, som er det sentrale for denne utredningens formål.

60 Ot.prp. nr. 11 (1998–1999), pkt. 8.2.3.

61 Warberg (2011), s. 233.

62 Mer om interne husordensregler i psykisk helsevern nedenfor i punkt 12.3.4.1.4.

Mediene er ikke en av instansene som pasienter aldri kan nektes kontakt med. Det skal likevel mye til før en kan nekte kontakt med mediene begrunnet i sterke behandlingsmessige eller velferdsmessige interesser. Sivilombudsmannen har uttalt seg om dette i en sak fra 2012. En mann som var dømt til tvungent psykisk helsevern ble nektet kontakt til mediene. Sivilombudsmannen fremhever at de velferdsmessige eller behandlingsmessige hensynene en beskytter med å nekte mediekontakt må være så tungtveiende at et absolutt forbud er strengt nødvendig. Det holder ikke at kontakt med mediene vil kunne være uheldig for behandlingen. Det fremgår av uttalelsen at denne type restriksjoner som ble gjort med henvisning til dagjeldende regler om tvunget psykisk helsevern, skal holdes på et «absolutt minimum» og at de hensyn som taler for restriksjoner, skal være så sterke at «man nærmer seg området for nødretten».[63]

Helsedirektoratet har uttalt seg om psykisk helseverninstitusjoners adgang til å begrense bruken av mobiltelefon med kamera og lydopptaksfunksjon.[64] Retten til å bruke telefon som følger av psykisk helsevernloven § 4-5 første ledd er etter direktoratets fortolkning først og fremst en rett til å bruke telefonen som *kommunikasjonsmiddel*. I henhold til Helsedirektoratets tolkning gir bestemmelsen verken en rett til å bruke egen telefon, eller en rett til å bruke andre funksjoner slik som kamera- og lydopptaksfunksjon. Direktoratet har vist til og bekreftet dets forståelse på dette punktet i senere uttalelser.[65] Utvalget mener at den teknologiske virkeligheten og måten en i dag kommuniserer på har utviklet seg slik at det ikke lenger er mulig å skille kamerafunksjonen og kommunikasjonsfunksjonen til en mobiltelefon. Derfor mener utvalget at Helsedirektoratets forståelse av psykisk helsevernloven § 4-5 første ledd ikke lenger bør legges til grunn.

Det er lagt til grunn både i rettslitteraturen[66] og i Helsedirektoratets rundskriv[67] at institusjonene i kraft av eierrådigheten kan sette husordensregler som begrenser adgangen til å fotografere og ellers gjøre opptak av medpasienter. Utvalget deler ikke denne oppfatningen. Dette omtales nærmere nedenfor i punkt 12.3.4.1.4.

I psykisk helsevernloven § 4A-6 er det tatt inn regler om forbindelse med omverdenen for pasienter som er i regionale sikkerhetsavdelinger. Psykisk helsevernloven § 4A-13 har bestemmelser om forbindelse med omverdenen for pasienter som er i enhet med særlig høyt sikkerhetsnivå. For disse gruppene gjelder det en utvidet adgang til å begrense forbindelsen med omverden.

12.3.4.1.4 Adgangen til å fastsette husordensregler

Husordensregler som regulerer pasienters adgang til å fotografere, filme, gjøre lydopptak, eller bruke mobiltelefon eller annet elektronisk utstyr, innebærer et inngrep i deres privatliv og ytringsfrihet som krever hjemmel i lov.

Psykisk helsevernloven § 4-5 tredje ledd forutsetter at husordensregler kan gis. Samme bestemmelses syvende ledd gir en hjemmel til å gi forskrift om husordensregler. Denne hjemmelen er imidlertid ikke brukt.

Helsedirektoratet legger til grunn at husordensregler kan gis på psykisk helseverninstitusjoner, med hjemmel i eierrådigheten.[68] At institusjonene har en slik adgang er også gjennomgående lagt til grunn i litteratur om temaet.

Helsedirektoratets skriver i rundskriv IS-1/2017 Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer:

> «I kraft av institusjonens eierråderett er det adgang til å fastsette interne regler for at institusjonen skal fungere best mulig som sosialt fellesskap og for å legge til rette for et godt behandlingsmiljø.»[69]

Direktoratet presiserer:

> «Husordensreglement kan sette viktige rammer rundt pasienters opphold på institusjon, og enkelte pasienter vil kunne oppleve slike regler som en stor inngripen. Hensynet til effektiv drift og et godt tilrettelagt behandlingsmiljø kan likevel gjøre nærmere regler i husordensreglement nødvendig. Det er viktig at reglene ikke er strengere enn det som er absolutt nødvendig.»[70]

Det følger videre av rundskrivet at det kan være nødvendig å regulere bruk av blant annet telefon i

[63] Sivilombudsmannen (2012).
[64] Helsedirektoratet (2013a).
[65] Helsedirektoratet (2015b) og Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-5 tredje ledd.
[66] Syse (2016b), s. 187–189.
[67] Helsedirektoratet (2017), s. 55.
[68] Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-2 syvende ledd.
[69] Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-2 syvende ledd.
[70] Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-2 syvende ledd.

forbindelse med faste måltider og nattero. Adgangen til å innta slike begrensninger i husordensregler er begrenset til de tilfellene der det vurderes som nødvendig av «driftsmessige hensyn eller av hensyn til medpasienter». Det fremgår av rundskrivet at det skal mer til for å regulere aktivitet inne på de enkelte pasientrom enn aktivitet i fellesarealene, da aktivitet på rommene i regelen ikke påvirker de andre beboerne. Som eksempel på aktiviteter Helsedirektoratet mener det er adgang til å regulere, skriver direktoratet:

> «Det må for eksempel være adgang til å regulere at telefoner skal stå på «lydløs» om natten, og at man ikke skal benytte telefon i fellesarealer eller til å ta bilder av andre pasienter eller med motiver som kan identifisere disse. […] Ved noen avdelinger må det også være anledning til å nedlegge et generelt forbud mot at det tas bilder eller videoopptak.»[71]

Rundskrivet presiserer også at tiltak som er like inngripende som tiltak regulert i lovens kapittel 4 (tvangshjemlene) ikke kan reguleres gjennom husordensreglene. En slik praksis kunne utvannet rettsikkerhetsgarantiene i loven. Om begrensninger i kommunikasjon med omverden skriver direktoratet:

> «Når det gjelder kommunikasjon er dette presisert i loven ved at det kun kan fastsettes «rimelige begrensinger» (§ 4-5 tredje ledd med kommentarer). Dette betyr at det for eksempel ikke kan settes et generelt forbud mot bruk av mobiltelefon på en avdeling eller en generell regel om at ansatte skal være til stede ved besøk.»[72]

I direktoratets kommentar til psykisk helsevernloven § 4-5 utdypes dette noe:

> «Det er ikke anledning til å fastsette generelle regler om at det skal være personell tilstede når pasientene mottar besøk, eller at pasientene ikke skal ha anledning til å disponere egne mobiltelefoner. Dette er så inngripende tiltak at det kun kan iverksettes med hjemmel i lov (§ 4-5 annet ledd). Det kan imidlertid gis generelle bestemmelser i husordensreglementet om bruk av mobiltelefon og internett. Dette vil bare kunne omfatte mindre inngripende regler som for eksempel tidspunkt for når PC på et fellesrom kan benyttes, eller at det ikke er adgang til å bruke telefon, nettbrett og lignende til å ta bilder av andre pasienter eller med motiver som kan identifisere disse. Etter direktoratets vurdering må mobiltelefon, iPad o.l. med kamerafunksjon kunne inndras dersom husordensreglementet og hensynet til medpasienters personvern ikke respekteres. Dette forutsetter imidlertid at pasienten gis adgang til å kommunisere via fasttelefon, PC, eventuelt en utlånstelefon uten kamerafunksjon, slik at retten til kommunikasjon ikke brytes.»[73]

Utvalget mener at eierrådigheten ikke gir tilstrekkelig hjemmel for innskrenkninger av den typen Helsedirektoratet beskriver. Om eierrådighet som hjemmel for innskrenkninger, se kapittel 9.

Utvalget mener at enkelte begrensninger av den art direktoratet skisserer sannsynligvis kan hjemles i institusjonenes ansvar for forsvarlig drift, inkludert ivaretakelse av taushetsplikt, det helserettslige forsvarlighetskravet, retten til et forsvarlig arbeidsmiljø etc. Utvalget mener likevel at husordensregler bør bygge på et klarere hjemmelsgrunnlag, som kan sette rammer rundt hva som kan og hva som ikke kan reguleres gjennom husordensreglene. Utvalget oppfordrer departementet til å gjøre bruk av forskriftshjemmelen i psykisk helsevernloven § 4-5 syvende ledd. Løsningen som allerede eksisterer for rusinstitusjoner kan her gjerne tjene som modell.

12.3.4.2 Rusinstitusjoner

12.3.4.2.1 Innledning

Opphold på rusinstitusjon kan bygge både på samtykke og på tvang. De fleste innleggelser på rusinstitusjon er frivillige.[74] Vilkårene for institusjonsinnleggelse ved tvang finnes i helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 10.

Spesialisthelsetjenesteloven § 3-14 andre ledd gir hjemmel for forskrift om gjennomføringen av opphold ved institusjoner som tilbyr behandling for rusmiddelavhengighet, som blant annet kan inkludere regler om fastsettelse av husordensregler, og om beslag av pasientens egne elektroniske kommunikasjonsmidler dersom kamera- eller lydopptaksfunksjon gjør beslag nødvendig av hensyn til andre pasienters eller ansattes personvern. En slik forskrift er gitt i forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjoner.[75]

---

71 Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-2 syvende ledd.

72 Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-2 syvende ledd.

73 Helsedirektoratet (2017), kommentar til § 4-5 tredje ledd.

74 Prop. 40 L (2015–2016), pkt. 3.1.

12.3.4.2.2 Medvirkning og selvbestemmelse, tvang og restriksjoner

Det følger av forskriftens § 1 at forskriftens formål er å gi regler om gjennomføring av opphold i institusjon for personer med rusmiddelproblemer, å avklare når det er adgang til å bruke tvang og å hindre at tvang brukes i større utstrekning enn nødvendig. Videre står det i § 3 at tvang og restriksjoner skal innskrenkes til det som er strengt nødvendig av hensyn til pasient og bruker selv, av hensyn til andre medpasienter og brukere, eller av hensyn til ansatte på institusjonen.

Så langt det er forenelig med formålet med oppholdet, institusjonens ansvar for å ivareta forsvarlig drift og hensynet til andre pasienter og brukere, skal institusjonen drives slik at pasient og brukers mulighet til å bestemme over seg selv blir ivaretatt, jf. § 3 andre ledd.

12.3.4.2.3 Forbindelse med omverden

Forskriftens § 7 regulerer pasient og brukers rett til forbindelse med omverden. Av første ledd følger det at pasient og bruker har rett til å motta besøk, og å benytte elektroniske kommunikasjonsmidler som telefon og PC. Institusjonens leder har imidlertid etter samme bestemmelses fjerde ledd rett til å treffe vedtak om beslag av pasient og brukers egne elektroniske kommunikasjonsmidler dersom kamera/lydopptaksfunksjonen gjør det nødvendig av hensyn til andre pasienters eller brukeres eller ansattes personvern. Vedtaket kan ha varighet på inntil 14 dager, og personen skal gis tilgang til en annen telefon eller PC.

12.3.4.2.4 Adgangen til å fastsette husordensregler

Etter forskriftens § 4 skal alle institusjoner utarbeide husordensregler, som skal oversendes fylkesmannen for kontroll av samsvar med lover og forskrifter. Det skal tilrettelegges for brukermedvirkning i utarbeidelsen av husordensreglene, og de skal forelegges pasient og bruker ved ankomst.

Husordensreglene kan kun gjelde fastsetting av interne regler for at institusjonen skal fungere best mulig som et sosialt fellesskap. Dette kan innebære regler om telefonbruk på fellesområder, nattero, tid for måltider, hvor og når besøk kan finne sted, og forbud mot alkohol og andre rusmidler.

[75] Forskrift 26. august 2016 nr. 1003 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblem.

12.4 Regulering av andres fotografering, filming og lydopptak

12.4.1 Innledning

I hvilken grad man kan regulere fotografering, filming og lydopptak gjort av andre enn ansatte og pasientene, reiser særlige spørsmål. Med «andre» mener utvalget alle som kan ha interesse av å fotografere, filme eller gjøre lydopptak fra helse- og omsorgstjenesten, uten å være ansatt eller pasient. Gruppen er dermed svært allsidig, og dekker både pårørende og andre besøkende, journalister, TV-selskaper og hvem som helst andre.

Hvilken vekt som skal tillegges noens ønske om å filme, fotografere eller gjøre lydopptak vil variere etter hvilken gruppe vedkommende befinner seg i. Dette har sammenheng med at de konkrete omstendighetene har stor betydning i avveiningen mellom personvern og ytringsfrihet.

Det skal for eksempel betydelig mer til å nekte en journalist som legitimerer seg å fotografere inne på et sykehus, enn å nekte en person som ikke har noen slik særlig beskyttet posisjon.

Taushetsplikten, det helserettslige forsvarlighetskravet og ansvaret for de ansattes arbeidsmiljø inngår i helse- og omsorgstjenestens plikt til å drive en forsvarlig virksomhet. Også det å vise åpenhet gjennom å tilrettelegge for journalisters innsyn i driften kan etter omstendighetene være en del av det å drive forsvarlig. Innbyggernes tillit til helseinstitusjonene bygger på innsikt og kunnskap som det er vanskelig å oppnå uten at det tilrettelegges for medienes tilgang, innenfor lovens rammer.

12.4.2 Taushetsplikten

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, medlemmene Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold, er enige om følgende fremstilling av gjeldende rett:

Pårørende, journalister og andre besøkendes fotografering, filming og lydopptak på helse- og omsorgsinstitusjoner skaper de samme utfordringene for helsepersonells taushetsplikt som filming, fotografering og lydopptak gjort av pasientene. De samme betraktningene om taushetspliktens aktive side som ble fremhevet ovenfor under

punkt 12.3.2.1 gjelder også når den som fotograferer er en som besøker institusjonen.

Det er med andre ord uklart hvor store krav taushetspliktens aktive side setter til helsepersonell og institusjoner når der gjelder å begrense pårørende, journalister og andres fotografering, filming og lydopptak på helseinstitusjonen. Den enkelte ansattes ansvar avhenger av den konkrete situasjonen og om den ansatte alt tatt i betraktning hadde en faktisk og rettslig foranledning til å handle. Utvalget mener at taushetspliktens aktive side også må innebære at virksomhetene har en aktiv plikt til å tilrettelegge gjennom utforming av bygningsmasse eller på andre måter, slik at taushetsplikten i minst mulig grad blir utfordret.

Når en skal vurdere hvor langt taushetsplikten går, bør en se hen til de hensyn som begrunner taushetsplikten. Et sentralt hensyn bak taushetsplikten er at syke og skadede mennesker skal oppsøke helsehjelp, og våge å gi helsepersonell komplett informasjon slik at riktig behandling kan gis. Et annet sentralt hensyn er pasientenes personlige integritet – de skal selv få bestemme hvem som får tilgang til privat informasjon om dem. De siste årene har det blitt laget TV-produksjoner fra helse- og omsorgstjenesten, slik som for eksempel «Helene sjekker inn», «Hjertebarna», «Brennpunkt» og «113». TV-produksjoner kan gi et innblikk i hvordan helse- og omsorgstjenesten faktisk fungerer, og slik bidra til åpenhet om sykdommer og tjenestetilbud, og gi økt forståelse blant folk om hvordan det er å leve med en bestemt diagnose eller lidelse, enten som pårørende eller pasient. Slike TV-produksjoner kan vise fram konsekvensene av politiske beslutninger og prioriteringer innen helsevesenet, men de kan også være ren underholdning og by på utfordringer i ivaretagelsen av særlig sårbare pasienter og brukeres personlige integritet.

Slike produksjoner skaper særlige utfordringer for helsepersonells taushetsplikt og virksomhetens ansvar. Produksjonene kan ikke lages uten forhåndsavtale med og stor tilrettelegging fra helse- og omsorgstjenesten.

Hvis produksjonens medarbeidere får kjennskap til opplysninger om pasienters personlige forhold uten at pasientene på forhånd har fritatt virksomheten fra taushetsplikt, innebærer dette at virksomheten som inviterte produksjonen inn har brutt taushetsplikten. Et taushetsløfte fra journalisten eller produksjonsmedarbeideren kan ikke reparere dette pliktbruddet.

En pasient som oppsøker psykiatrisk legevakt, lavterskeltilbud i rusomsorgen, ringer etter ambulanse eller på andre måter oppsøker akutt helsehjelp, vil kunne oppleve det som svært belastende og integritetskrenkende å bli møtt av et kamerateam eller en journalist. En slik behandling av mennesker som først og fremst er ute etter helsehjelp står seg dårlig mot taushetspliktens begrunnelse, og kan skremme personer fra senere å oppsøke hjelp.

TV-produksjoner som bygger på informert forhåndssamtykke fra pasientene som skal delta, er i denne sammenheng mindre problematisk. Hvis virksomheten finner en måte å både sikre informert forhåndssamtykke fra pasienten og ivareta taushetsplikten, er taushetsplikten ikke til hinder for at produksjoner av denne typen kan gjennomføres i helse- og omsorgstjenesten. Det bør tas særlig hensyn til barns beste i slike produksjoner, herunder deres personvern og integritet. Taushetsplikten er ikke til hinder for at journalister og andre kan dokumentere fra ulykkessteder.

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, medlemmene Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold anser denne fremstillingen som en redegjørelse for gjeldende rett.

Utvalgsmedlemmene Bang, Ergo og Foss har kommet med følgende særmerknad:

> «Det lages flere TV-produksjoner og reportasjer fra innsiden av helse- og omsorgstjenesten. Eksempler på dette er «Helene sjekker inn», som er en serie der en reporter bor på sykehus, i fengsel og på ulike institusjoner, og følger de som bor og jobber der i én uke. «Unik» er en dokumentarserie for barn som handler om barn på sykehus, og barn som av ulike årsaker trenger behandling eller operasjoner. I serien «113» får seerne innblikk i hva som skjer når man ringer 113, og hvordan helsepersonellet ved det aktuelle sykehuset følger opp nødmeldingene. I TV-serien «Hjertebarna» følges familier med barn som har forskjellige typer medfødte hjertefeil. Også NRKs Brennpunkt og andre medier har laget journalistikk fra innsiden av offentlige institusjoner.
>
> Mindretallet i utvalget vil understreke at dette er viktige programmer fordi de gir innblikk i hvordan helse- og omsorgstjenesten fungerer. Dette bidrar til åpenhet om sykdommer og tjenestetilbud, og kan gi økt forståelse blant folk om hvordan det er å leve med en bestemt diagnose eller lidelse, enten som pårørende, bruker, beboer eller pasient. Det kan også gi god innsikt i hverdagen til de ansatte ved institusjonene. Videre kan denne journalistikken vise konsekvensene av politiske beslut-

ninger og prioriteringer innen helse- og omsorgssektoren. Dette kan gi grunnlag for en opplyst samfunnsdebatt.

Dette er institusjoner som ivaretar viktige samfunnsoppgaver og forvalter store offentlige verdier. De har direkte innvirkning på folks liv og helse. I et demokratisk perspektiv er det derfor ønskelig at institusjonene tilrettelegger for denne type journalistikk slik at den kan gjennomføres innenfor rammen av taushetsplikt og forsvarlig pasientbehandling. I tillegg til lovverket vil medienes Vær Varsom-plakat (VVP) ivareta hensynet til sårbare mennesker. VVP legger også ansvar og begrensninger på journalisten og mediet i slike sammenhenger.

Programmene kan som regel ikke lages uten forhåndsavtale og tilrettelegging fra helse- og omsorgstjenesten. Metodikken fra medienes side vil som regel være å innhente samtykke fra pasienter og brukere ved hjelp av institusjonen. Dermed vil hensynet til taushetsplikten overfor pasienter og brukere være ivaretatt. Det vanlige er også at pasienten, brukeren eller beboeren som har opphevet taushetsplikten, også blir forelagt materiale som skal publiseres for samtykke.

I enkelte situasjoner – som for eksempel akuttsituasjoner – vil det ikke alltid være mulig å innhente forhåndssamtykke fra en pasient, beboer eller bruker. Dette vil for eksempel kunne gjelde hvis en reporter som er tilstede på en institusjon observerer en pasient som blir akuttinnlagt. Selv om journalister gjennom observasjonen av pasienten har fått tilgang til en opplysning om vedkommende, mener utvalgets mindretall at dette må vurderes opp mot den samfunnsmessige betydningen i at mediene er til stede også i denne type institusjoner og situasjoner. En løsning i slike situasjoner kan være å unngå kontakt med pasient eller bruker, inntil samtykke eventuelt er innhentet. En annen kan være å være tilstede og observere uten å filme, og be om samtykke etterpå.

I enkelte tilfeller vil det være både samfunnsmessig relevant og presseetisk forsvarlig å dokumentere en slik situasjon, f.eks. gjennom filming, selv om man ikke har innhentet samtykke. Dette for å innhente dokumentasjon til å kunne vise også disse sidene av samfunnet. Hva skjer egentlig når du blir akuttinnlagt? Hvordan blir du møtt? Hva skjer når en baby blir født altfor tidlig? Om det er rett å filme, ta bilder og gjøre opptak i slike situasjoner må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Mediene vil i slike situasjoner være forpliktet til å utvise særlig varsomhet, i henhold til Vær varsom-plakaten (VVP). Mediene vil også be om samtykke i etterkant. Får man ikke samtykke, vil mediene la være å publisere opplysninger og eventuelle opptak. Å umiddelbart avvise slik innhenting av informasjon vil si at vi som samfunn velger at disse stedene av prinsipp skal være lukket og ukjente for folk flest, og at dette skal gjelde selv om de medvirkende i ettertid faktisk ønsker publisering. Å frata folk som er samtykkekompetente muligheten til å ta stilling til et spørsmål om dette, er etter disse medlemmenes syn, å gripe langt inn i folks ytringsfrihet og rett til å eie og fortelle sin egen historie.

Medienes innhenting av informasjon – den såkalte undersøkelsesfasen – har et særlig vern mot inngrep. Dette følger av ytringsfriheten og avgjørelser i Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) (se kap 4 i NOUen). Vi viser også til at opplysningenes allmenne interesse skal tillegges vekt i vurderingen av om noe er taushetsbelagt informasjon.

I lys av dette mener disse medlemmene at man tolker taushetsplikt for strengt hvis man legger til grunn at en virksomhet som har invitert produksjonen inn, bryter taushetsplikten dersom mediene får kjennskap til enkelte opplysninger om pasienter. En slik tolkning tar ikke tilstrekkelig høyde for at mediene og medienes informasjonsinnsamling har rettslig vern for å fylle sin samfunnsrolle. Hvis medienes tilstedeværelse i seg selv krever samtykke fra alle brukere/pasienter/beboere ved institusjonen, vil det bli nærmest umulig å lage journalistikk fra disse delene av helse- og omsorgssektoren. Dessuten vil det gjøre det svært vanskelig for pasienter og brukere som ønsker mediene tilstede for å dokumentere sin historie, å få gjennomført dette.

I den avveiningen som må gjøres mellom EMK artikkel 10 (ytringsfrihet) og EMK artikkel 8 (personvern) mener disse medlemmene derfor at det må det vektlegges at det vil medføre et uholdbart inngrep i medienes samfunnsrolle å innføre en praksis som gjør det nærmest umulig med denne type journalistikk. Det følger av Vær varsom-plakaten at mediene skal beskytte enkeltmennesker og grupper mot overgrep eller forsømmelse fra offentlige myndigheter og institusjoner, private foretak eller andre. En avveining mellom risikoen for at personopplysninger kan komme på avveie, og behovet for å verne medienes undersøkelses-

fase på et område som har stor allmenn interesse, tilsier at offentlig institusjoner bør legge til rette for denne type journalistikk.»

12.4.3 Forsvarlighetskravet

Det ble i punkt 12.3.3.2.2 argumentert for at terskelen forsvarlighetskravet setter for helsehjelpens kvalitet kan senkes hvis helsepersonellet må gi helsehjelp til en pasient som ikke vil innrette seg, for eksempel med å legge bort mobiltelefon eller kamera. I andre tilfeller kan helsepersonellet utsette behandlingen til pasienten vil innrette seg slik at behandlingen kan gis på en forsvarlig måte. Dette ble begrunnet i forsvarlighetskravet.

Adgangen til å utsette behandling kan ikke være den samme hvis det ikke er pasienten selv, men pårørende eller andre besøkende som filmer, fotograferer eller gjør lydopptak. Pasienten skal heller ikke måtte finne seg i å få dårligere behandling fordi helsepersonell forstyrres av pårørende eller andre som fotograferer eller gjør opptak av behandlingen. Da må plikten til forsvarlig helsehjelp heller innebære at en viser ut personer som forstyrrer behandlingen og ikke vil slutte med dette. Ikke all fotografering, filming og lydopptak er forstyrrende. Dette må helsepersonellet selv vurdere i den konkrete situasjonen.

Dette må samtidig ses i lys av det overordnede kravet til å drive på en forsvarlig måte, omtalt i kapittel 8. Virksomhetene må tilrettelegge slik at forsvarlig helsehjelp kan gis samtidig som taushetsplikten oppfylles, arbeidstakernes interesser er ivaretatt, og det tilrettelegges for åpenhet slik samfunnet forventer. Dersom adferden forstyrrer på en slik måte at virksomheten ikke lenger kan drives på forsvarlig vis, må det antas at plikten som påhviler virksomhetens eier også gir adgang til å forsøke å styre andres adferd slik at forsvarlighetskravet ivaretas.

For å ivareta forsvarlig drift og pasientenes sikkerhet bør helsevirksomheter sørge for rutiner når det gjelder tilstedeværelse av personer som ønsker å fotografere, filme eller gjøre lydopptak. Hvilke inngrep som kan gjøres overfor den enkelte vil variere mye med hvor viktig det er å gjennomføre tiltaket i det enkelte tilfelle, hvor inngripende det er, i hvilken grad tiltaket henger sammen med tjenestetilbudet osv.

12.4.4 Nødretten

Hvis situasjonen er så prekær at liv og helse står i akutt fare, kan helsepersonellet gjøre det som er påkrevet for å redde personen. Det inkluderer å nekte den pårørende, journalister eller andre å ta bilder, film eller lydopptak, eller be dem om å fjerne seg. Dette bygger på nødretten, som det er redegjort nærmere for i punkt 10.2.2.2.

12.5 Særlige utfordringer knyttet til samtykke

I helseretten brukes begrepet samtykke i flere sammenhenger, blant annet i forbindelse med hovedregelen om samtykke til helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-1. Utvalget har vurdert at filming, fotografering, lydopptak mv. som er faglig begrunnet faller utenfor utvalgets mandat. Samtykke til helsehjelp og filming, fotografering eller lydopptak i den forbindelse blir derfor ikke behandlet nærmere.

Taushetsplikten er ikke til hinder for at helsepersonell kan dele opplysninger hvis den opplysningene gjelder har samtykket til dette. Dette følger av helsepersonelloven § 22 første ledd og er omtalt nærmere i punkt 12.2.2.3.6.

Personer som er svekket av sykdom kan ha vansker med å gi samtykke, og det kan være usikkert om samtykket er tilstrekkelig fritt og informert til at det skaper grunnlag for deling av personopplysninger eller fritak fra taushetsplikten. Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2006 s. 799 viser at dette kan komme på spissen, også når journalister besøker helseinstitusjoner. I den saken hadde pasienten gitt et samtykke, men samtykket var ikke tilstrekkelig informert. Høyesterett uttalte at det stilles relativt strenge krav til innhenting av informert samtykke fra pasienter. Samtykke må innhentes på en måte som sikrer moden overveielse og klarhet rundt hvilke opplysninger som skal formidles, til hvem de skal gis og hva de skal brukes til.[76] Det er opp til den som bringer opplysningene videre å påse at nødvendig samtykke foreligger.[77] Dommen er nærmere omtalt i punkt 12.2.2.3.6.

I punkt 12.2.2.3.6 ble samtykke til deling av taushetsbelagt informasjon behandlet. Helsepersonell har anledning til å presumere samtykke når det er nødvendig av hensyn til behandlingen og pasienten ikke er i stand til å samtykke selv.[78] Helsepersonells adgang til å internt dele bilder og informasjon om pasienten i forbindelse med helsehjelpen bygger på presumsjon av samtykke, jf. helsepersonelloven §§ 25 og 45. Dette gjelder

[76] Rt. 2006 s. 799, avsnitt 35.
[77] Rt. 2006 s. 799, avsnitt 41.
[78] Ot.prp. nr. 13 (1998–1999), merknad til § 22.

også når deling av informasjon skjer ved film og fotografering, for eksempel ved bilde av et hjerte for innhenting av fornyet vurdering under en operasjon. Denne formen for faglig motivert filming og fotografering avgrenser imidlertid utvalget mot.

12.6 Særlig om forsvarlig arbeidsmiljø

I helseinstitusjoner skjer mange store livsbegivenheter som er viktige for pasienter og pårørende. Liv begynner og tar slutt, og syke og skadde personer går gjennom en vanskelig, dramatisk og minneverdig tid. Det er forståelig at både pasientene selv og de pårørende ønsker å dokumentere en betydningsfull tid på helse- og omsorgsinstitusjonene.

Helseinstitusjoner er også arbeidsplassen til helsepersonell og andre. Som alle ansatte har personer som arbeider i helse- og omsorgstjenesten rett på et arbeidsmiljø som er fullt forsvarlig, slik dette begrepet er forstått i arbeidsmiljøloven § 4-1. Hvis pårørende tar bilder, film eller lydopptak på en hensynsløs måte, kan helsepersonell oppleve at arbeidet deres blir vanskeligere å utføre på en forsvarlig måte, og at arbeidsmiljøet blir forringet. Retten til et forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7.

Kjærnes og Silkoset (2016) skriver at barnesykepleiere opplevde det som en belastning å gå inn til et barn der de visste at foreldrene blogget om barnet.[79] Når foreldre filmet eller tok bilder under prosedyrer barnesykepleierne ellers ville følt seg trygge på, kunne de bli usikre. Spontaniteten i møtet med barnet ble borte når sykepleierne følte seg overvåket av foreldrene. Flere barnesykepleiere hadde selv blitt eksponert av foreldre i sosiale medier i jobbsammenheng uten å ha blitt spurt, dette førte til at de ble engstelige for å bli feilsitert eller omtalt offentlig.

På akuttmottak oppstår lignende problemstillinger. I akutte situasjoner må helsepersonell agere raskt og korrekt, og en opplevelse av at behandlingen blir overvåket av pårørende eller andre med kamera kan føre til at den ansatte blir usikker når hun eller han skal gi behandling. Redsel for å bli hengt ut i sosiale eller konvensjonelle medier om noe skulle gå galt, uavhengig av behandlingens forsvarlighet, kan bidra til denne usikkerheten, og påvirke både arbeidsmiljøet og evnen til å gjøre en best mulig jobb.

Det er grunn til å tro at denne problematikken også gjelder andre grupper ansatte i helse- og omsorgstjenesten. Arbeidsgiver har en plikt til å forebygge at problemer bygger seg opp til et nivå der de ansattes rettigheter etter arbeidsmiljøloven med forskrifter blir krenket, og har ulike virkemidler tilgjengelig for å oppnå dette. Det vises for øvrig til utredningens kapittel 7 om forsvarlig arbeidsmiljø. Ved rusinstitusjoner finnes det en utvidet adgang til å begrense fotografering og filming også av hensyn til de ansattes personvern. Der kan institusjonens leder eller den lederen gir fullmakt treffe vedtak om beslag av pasient og brukers egne elektroniske kommunikasjonsmidler, herunder mobiltelefon og PC, dersom kamera/lydopptaksfunksjon gjør dette nødvendig av hensyn til andre pasienters eller brukeres eller ansattes personvern. Vedkommende skal da gis adgang til å benytte annen telefon/PC. Vedtaket kan ha varighet inntil 14 dager.[80]

12.7 Prosessuelle spørsmål

Utvalget er bedt om å drøfte prosessuelle spørsmål knyttet til tjenesteyters beslutninger, og særlig om beslutninger må forstås som enkeltvedtak eller ikke.

Forvaltningslovutvalget leverte sitt forslag til ny forvaltningslov 14. mars 2019. Utvalget skulle ifølge sitt mandat blant annet vurdere forvaltningslovens virkeområde. Loven trekker i dag et grunnleggende skille mellom vedtak (enkeltvedtak og forskrift) og andre typer virksomhet (både avgjørelser og faktiske handlinger). Forvaltningslovutvalget skulle vurdere om loven på dette punktet er tilfredsstillende innrettet, og ta stilling til hvilke kategorier avgjørelser mv. som bør underlegges særlige krav til saksbehandlingen, herunder vurdere om visse typer avgjørelser skal undergis mindre krevende saksbehandlingsregler enn i dag. Det er derfor uvisst om dagens forvaltningssystem vil bli endret som et resultat av prosessen med ny forvaltningslov.

Inngripende beslutninger bør følges av en klageadgang, om en kaller dem enkeltvedtak eller noe annet er av underordnet betydning. Jo mer inngripende et tiltak er, desto større er grunnen for å tilkjenne den det gjelder klageadgang. Også der beslutningen ikke er et enkeltvedtak er det god forvaltningsskikk at forvaltningsorganet vurderer om det skal gis klageadgang.

[79] Kjærnes og Silkoset (2019).

[80] Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 7 fjerde ledd.

Når det gjelder begrensninger i adgangen til å ta bilder, film og lydopptak fra de fire sektorene utvalget skal se på, kan det oppstå utallige forskjellige situasjoner. Hvorvidt restriksjoner som pålegges av tjenestene skal anses som et enkeltvedtak, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Utvalget nøyer seg med å trekke opp noen hovedlinjer innenfor dagens rett, og peke på typer avgjørelser utvalget mener bør gi grunnlag for en klagemulighet.

Et enkeltvedtak er et «vedtak» som gjelder «rettigheter eller plikter» til en eller flere bestemte personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd b. Et vedtak er en avgjørelse som treffes under «utøving av offentlig myndighet» og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd a. Med «rettigheter og plikter» forstås «rettsstilling», altså rettigheter og plikter i svært vid forstand.[81]

«Utøving av offentlig myndighet» avgrenser i utgangspunktet kun mot privatrettslige disposisjoner som leieavtaler, kjøp og salg. Det må imidlertid reises et skille mellom avgjørelsen om å gi en tjeneste for eksempel gjennom vedtak om sykehjemsplass, og avgjørelser om innholdet i tjenesten og hvordan tjenesten skal utføres, som innenfor vedtakets og lovens rammer i stor grad er opp til tjenesteyternes skjønn.[82] Selv om beslutningen om å tildele eller ikke gi tjenesten må regnes som utøvelse av offentlig myndighet slik at den blir et enkeltvedtak med alle de prosessuelle følgene dette får, har ikke pasienten klagerett etter forvaltningsloven for hvilket pasientrom som stilles til disposisjon, hvilken mat som serveres på hvilket tidspunkt, når regulær besøkstid settes, og andre vanlige regler som er saklig begrunnet i tjenestens forsvarlige drift.

Informasjon om eller konstatering av rett og plikt som direkte følger av lov er ikke et enkeltvedtak.[83] Å gjøre pasient eller besøkende oppmerksom på et lovlig regelverk kan på samme måte ikke regnes som et enkeltvedtak som gir grunnlag for klagemulighet. Vedtak må være bindende, en oppfordring er dermed heller ikke et enkeltvedtak.[84]

Beslutninger som involverer fysisk tvang, for eksempel fysisk beslag av mobiltelefon eller kamera, er så inngripende at de må antas å gi klageadgang. Dette gjelder likevel ikke hvis tvangen var begrunnet i nødrett, slik som skissert ovenfor i kapittel 10. Hvis personen som utøvet tvangen påberoper seg nødrett må dette eventuelt anmeldes slik at domstolene kan kontrollere om det var snakk om en reell nødrettssituasjon.

Innen psykisk helsevern og ruspleien finnes hjemler for å begrense kommunikasjon med omverden. Det følger direkte av loven at slike beslutninger er enkeltvedtak. Dette er nærmere omtalt i punkt 12.3.4.1.3 og 12.3.4.2.3.

12.8 Kunnskap om dagens praksis

12.8.1 Innledning

Å skaffe til veie en fullstendig oversikt over helsevesenets praksis knyttet til fotografering, filming, lydopptak mv. er ikke mulig innenfor rammene av denne utredningen. Praksis er etter sin natur flyktig, og er ikke alltid skriftliggjort. I den grad det er utformet lokale veiledere og retningslinjer, kan disse danne et bakteppe for forståelse av praksis ute i kommunene og helseregionene, men retningslinjer blir ikke alltid fulgt, og de uformelle løsningene og kunnskapen har utvalget ikke hatt tilgang til.

Utvalget har spurt et utvalg av ti kommuner,[85] og alle helseregioner, om å få oversendt skriftlig nedfelte rutiner og retningslinjer. I det følgende er et utvalg av disse skriftliggjorte rutinene fremstilt, uten at utvalget har vurdert innholdet i denne praksisen.

12.8.2 Helseregionene

12.8.2.1 Pasienter og pårørende

Mange helseinstitusjoner har retningslinjer eller veggoppslag som enten gir regler eller råd om filming og fotografering på institusjonens område. Begrensningene er noen ganger hjemlet med henvisning til eiendomsretten, andre ganger i taushetsplikten, og noen ganger fremstår det ikke klart hvordan institusjonen begrunner regelen. I det følgende listes det opp noen løsninger som eksisterer i institusjonene. Listen er ikke uttømmende.

- oppslag om at en må påse at andre ikke kommer med i bakgrunnen av bilder

[81] Ot.prp. nr. 38 (1964–1965), merknader til § 2.

[82] Rt. 2010 s. 612, avsnitt 31, se også Eckhoff & Smith (2018), s. 263.

[83] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.

[84] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.

[85] Utvalget har henvendt seg til følgende kommuner: Bergen, Førde, Kristiansand, Oslo, Tromsø, Trondheim, Vadsø, Bodø, Fredrikstad og Stavanger. Utvalget har fått svar fra de syv førstnevnte.

- informasjon om at bilder av andre ikke kan publiseres uten samtykke
- informasjon om at en må slutte å fotografere og filme på oppfordring fra helsepersonell
- veileder for ansatte for situasjonen der pårørende vil fotografere pasienter uten samtykkemulighet (bevisstløse pasienter)
- forbud mot direkteopptak under behandling
- begrensninger i adgangen til å fotografere og filme i spesielle situasjoner, for eksempel under svangerskapskontroll og fødsel

12.8.2.2 Mediene

Mange helseinstitusjoner har retningslinjer for hvordan mediene skal møtes. Dette gjelder både hvordan mediene skal informeres når det oppstår ulykker eller andre hendelser som har allmenn interesse, når mediene ønsker å intervjue en pasient eller pårørende, og i forbindelse med større prosjekter som filming av episoder til dokumentarserier, reportasjer eller lignende. Regler og retningslinjer varierer stort. Her er noen eksempler på retningslinjer som går igjen i regionene:

- begrensninger på hvor mediene får tilgang og/eller hvor de får filme og fotografere
- regler om at fotografering og filming må avtales på forhånd
- oppfordringer om å tilrettelegge slik at journalister får tilgang til intervjuobjekter og rom for å arbeide
- oppfordringer om å skjerme pasientene mot uønsket mediekontakt
- retningslinjer for hvordan avdelingsledelsen skal spørre pasienter om de vil la seg intervjue uten å presse dem
- taushetserklæringer for mediene
- skjema for fritak fra taushetsplikt i forbindelse med mediebesøk

12.8.2.3 Ansattes fotografering/filming og bruk av sosiale medier

Når det gjelder ansattes fotografering, filming og bruk av sosiale medier fremstår praksis mer enhetlig, på bakgrunn av de dokumentene utvalget har sett.

- de fleste institusjoner eller helseforetak har retningslinjer for bruk av sosiale medier
- taushetsplikten fremheves av alle
- noen skriver at pasienter og pårørende aldri skal fotograferes eller filmes med ansattes personlige telefon eller lignende
- forholdet mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt berøres ofte
- noen sier at ansatte ikke skal være venner med pasienter og pårørende på sosiale medier, andre ber de ansatte være varsomme med dette

12.8.3 Kommunene

12.8.3.1 Sosiale medier

De fleste kommunene utvalget har innhentet informasjon fra har skriftlige rutiner for bruk av sosiale medier. Disse retter seg mot de ansattes bruk av sosiale medier, både som privatpersoner og i rollen de har som ansatte i kommunen. Rutinene har ulikt innhold, men alle påpeker at de ansatte må være oppmerksomme på behovet for å ivareta taushetsplikten på sosiale medier. Dette gjelder både når en helse- og omsorgsinstitusjon oppretter en bruker på et sosialt medium og deler et bilde fra avdelingen, og når de ansatte kommenterer på slike bilder eller på andre måter deltar i diskusjoner som angår kommunens arbeid.

12.8.3.2 Samtykke

Flere kommuner har generelle retningslinjer som presiserer at en må spørre om samtykke før en publiserer fotografier, filmer mv. av andre mennesker.[86] Noen praktiserer muntlig samtykke når det er aktuelt, mens andre har utarbeidet samtykkeskjema for pasienter og brukere. I en av kommunene presiseres det på samtykkeskjemaet at selv om samtykke er gitt skal de ansatte løpende vurdere brukerens medisinske tilstand opp mot etiske retningslinjer.[87]

Enkelte kommuner presiserer i retningslinjene at det er foreldre eller pårørende som skal samtykke der den som avbildes mangler samtykkekompetanse.[88] Ikke alle har spesifisert når barn selv kan samtykke, men flere kommuner viser til Datatilsynets veileder som setter 15 år som en vei-

[86] Bergen kommune, Tromsø kommune og Vadsø kommune.

[87] Denne formuleringen er tatt inn i samtykkeskjema brukt av flere sykehjem i Tromsø kommune.

[88] Bergen kommune og Tromsø kommune.

ledende aldersgrense.[89] Noen kommuner opererer med andre aldersgrenser.

12.8.3.3 Medier og besøk

Flere kommuner omtaler forholdet til mediene, men de fleste gjør det for å veilede de ansatte når de selv skal intervjues av mediene.

De kommunene som omtaler medienes besøk for å intervjue brukere setter alle som utgangspunkt at mediene skal kontakte enhetsleder eller virksomhetsleder, som kan videreformidle kontakt til pasient eller bruker.[90] Flere skriver at det er viktig å tilrettelegge for at pasienter og brukere som ønsker kontakt med mediene får dette, samtidig som brukerne må skjermes mot uønsket mediekontakt.[91] At kontakten siles gjennom en kommunal leder er en løsning kommunene informerer utvalget om at tilsikter å balansere disse hensynene, fordi som én kommune skriver:

> «Hensikten med å «klarere» et intervju, vil for eksempel være å varsle et arbeidssted – eksempelvis et omsorgssenter – om at journalist/fotograf er på vei. Ansatte kan da i forkant av besøket gå til tiltak for å sikre at personvernet/taushetsplikten ivaretas samtidig som journalist/fotograf kan arbeide friest mulig.»[92]

Noen kommuner har nedlagt forbud mot fotografering i deler av helse- og omsorgstjenestene. Dette gjelder særlig områder der det praktiseres akutt medisinsk behandling og mange mennesker er samlet, slik som legevaktens venterom og ambulanseinngang.[93]

[89] Datatilsynet tolker gjeldende regelverk slik at barnet som hovedregel kan samtykke til behandling av personopplysninger fra fylte 15 år. Utvalget antar at dette bygger på en tolkning av barneloven § 33. Likevel oppstiller Datatilsynet unntak for samtykke til behandling av sensitive opplysninger. Slike opplysninger kan kun behandles med foreldrenes samtykke fram til fylte 18 år. Dette gjelder likevel ikke dersom spesiallovgivningen setter andre aldersgrenser, slik for eksempel helseregisterloven har egne regler og aldersgrenser for barns samtykke til behandling av helseopplysninger.

[90] Bergen kommune, Førde kommune, Kristiansand kommune.

[91] Denne formuleringen er hentet fra Førde kommunes materiell.

[92] Kristiansand kommunes veileder for helse- og sosialsektoren.

[93] Bergen kommune, Kristiansand kommune.

12.9 Utvalgets vurderinger og anbefalinger

12.9.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig

Fotografering, filming og lydopptak fra helse- og omsorgstjenesten er i utgangspunktet lovlig aktivitet. Det er viktig at helse- og omsorgstjenesten legger til rette for at det kan tas bilder, film og lydopptak, både fordi pasientene kan ha behov for å dokumentere forhold i tjenestene og fordi samfunnet ellers kan ha behov for innsyn i tjenestene.

Alle offentlige institusjoner har plikt til å drive virksomheten på forsvarlig måte og tilrettelegge for at de ansatte kan ivareta sine ulike individuelle plikter. I noen tilfeller kan filming, fotografering, lydopptak mv. komme i konflikt med et forsvarlig tjenestetilbud. For helse- og omsorgstjenestene følger det av helselovene at de tjenesten som tilbys skal være forsvarlige, og at virksomhetene som driver helse- og omsorgstjenester må legge til rette for at de ansatte kan oppfylle sine lovbestemte plikter.[94]

Rimelige restriksjoner som er nødvendige for å utføre forsvarlige tjenester er lovlig og ønskelig.

Forbud og andre restriksjoner på filming, fotografering og lignende i helse- og omsorgstjenesten krever en saklig begrunnelse. Restriksjoner kan ikke bestemmes uten at det er nødvendig av hensyn til virksomhetens plikt til å drive forsvarlig, og kan ikke ha lengre varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Restriksjoner kan for eksempel være nødvendig når pasientsikkerheten og helselovgivningens krav til forsvarlig helsehjelp settes i fare, når taushetsplikten ellers vil bli brutt, eller hvis de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø ikke ellers kan oppfylles. Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8.

12.9.2 Husordensregler

Som nevnt i punkt 12.3.4.1.4 anbefaler utvalget at lovgiver benytter seg av forskriftshjemmelen i psykisk helsevernloven § 4-5 syvende ledd, etter modell fra forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon § 4. Forskriften bør si noe om hvilke regler som kan gis om bruk av mobiltelefon på slike institusjoner, og adgangen til å innskrenke filming, fotografering og lydopptak.

[94] Jf. helsepersonelloven § 16(1), spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1(1).

Dersom det er ønskelig med husordensregler også i andre institusjoner, må dette i fravær av lovhjemmel forankres i et krav om forsvarlig tjenestetilbud, forsvarlig drift eller forsvarlig arbeidsmiljø, jf. utredningens kapittel 8. Husordensreglene må være saklig begrunnet i dette forsvarlighetskravet, og restriksjoner kan ikke strekke seg lenger ut i tid enn det som kan saklig begrunnes.

12.9.3 Helse- og omsorgstjenesten bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak

12.9.3.1 Innledning

Det bør utarbeides retningslinjer for ansattes filming og fotografering av pasienter. Sykehus, sykehjem og andre institusjoner som yter helse- og omsorgstjenester bør videre ha retningslinjer for pasienter og andres fotografering, filming, lydopptak og kanskje også om generell bruk av mobiltelefon. Disse kan for eksempel henge som plakater på fellesrom og pasientrom. I punkt 18.2 kommer utvalgets forslag til veileder til arbeidet med å lage lokale retningslinjer.

For at slike retningslinjer skal fungere på en god måte, bør de gi rom for rimelig skjønn, nyanser og unntak. Absolutte forbud er sjelden veien å gå. Det kan i mange situasjoner fremstå som urimelig og konfliktskapende. Absolutte forbud kan også føre til at ytringsfrihet eller andre menneskerettigheter blir innskrenket i større grad enn loven tillater. De veiledende retningslinjene må i stedet balansere de behov som pasientene, de pårørende, de ansatte og andre har.

Retningslinjer kan bare gjelde innenfor de rammene lovgivningen gjennomgått i dette kapittlet gir. Den helserettslige taushetsplikt er for eksempel en lovlig innskrenkingen i ytringsfriheten som lokale retningslinjer og vurderinger ikke skal overprøve eller stride mot.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

12.9.3.2 Ytringsfrihet, personvern og andre menneskerettigheter må balanseres

De overordnede verdier som må balanseres i slike retningslinjer er særlig retten til ytringsfrihet, retten til privat- og familieliv, hensynet til barns rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste, privates rett til eiendom, og retten til nødvendig helsehjelp. Dette er rettigheter som er ivaretatt i Grunnloven eller i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. I enhver situasjon skal man derfor forsøke å ivareta hensynet til disse verdiene, selv om det kan by på vanskelige avveininger.

Særlig står ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern sterkt. Begge disse verdiene skal ivaretas så langt det er mulig i hvert enkelt tilfelle. Ytringsfrihet skal sikre åpenhet og informasjonsflyt, og er en grunnpilar for et godt og demokratisk samfunn. Personvern og retten til privatliv skal på sin side sikre at enkeltmennesker ikke får eksponert sensitive personlige opplysninger eller røpet private forhold uten at de har samtykket til det eller uten at opplysningene har interesse og nytte for allmennheten. Dersom hensynene til ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern kommer i konflikt med hverandre, skal rettighetene alltid veies mot hverandre i hver enkelt situasjon. Man skal søke etter løsninger som i best mulig grad tar vare på både ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern. Det må være forholdsmessighet eller en balanse mellom rettighetene. Samtale, dialog og bevisstgjøring hos de involverte er derfor viktige stikkord for å få dette til.

Mange av de utfordringene vi møter gjennom delekulturen kan løses ved hjelp av bevisstgjøring, velvilje og enkle tiltak. Det enkleste er som regel at de ansatte, pasientene og de pårørende snakker sammen, at alle lytter til hverandre og at man gjennom dette forsøker å ivareta ulike interesser, hensyn, ønsker og behov.

12.9.3.3 Forhold virksomheten bør ta hensyn til når det utarbeides retningslinjer for bilder, film og lydopptak

Generelle forbud mot pasienter eller brukeres fotografering, filming og lydopptak krever sterke grunner. Behovet som begrunner forbudet må være aktuelt og reelt, enten det er for å beskytte andres privatliv, eller for å ivareta andre hensyn.

Når noen tar bilder, film eller lydopptak i helse- og omsorgstjenesten kan dette være viktig dokumentasjon for den som er berørt. Dette gjelder kanskje særlig for pasienter som er tvangsinnlagt. Helse- og omsorgstjenestene bør ta hensyn til at dokumentasjon er viktig for noen, og at å fotografere eller gjøre lyd- eller filmopptak normalt er lovlig.

Helse- og omsorgstjenester kan være svært forskjellige og ha ulike driftsmåter, brukergrupper og formål. Det vil variere hvordan situasjoner som oppstår i forbindelse med fotografering, filming og lydopptak bør løses. Faktorer som påvirker hvilke tiltak som kan være aktuelle er for eksempel hva eller hvem det tas opptak av, hvem

som gjør opptakene og hvilket formål opptakene har.

Brukerne i helse- og omsorgstjenesten er svært sammensatt gruppe. Noen pasienter er særlig sårbare. Det kan særlig gjelde pasienter som er innlagt på sykehus, demente og andre pleietrengende på sykehjem. Disse har begrenset kontroll over egen situasjon og egne omgivelser. De kan derfor være sårbare for overgrep og maktmisbruk, og kan føle på maktesløshet og utrygghet. Å begrense deres adgang til å dokumentere sin egen hverdag gjennom bilder, film eller lydopptak kan treffe dem hardere enn forbud rettet mot andre.

Andre pasientgrupper er mindre sårbare. De fleste som mottar helsehjelp er fullt ut i stand til å treffe beslutninger og ellers klare seg selv. Utvalget mener derfor at helse- og omsorgstjenesten bør ta hensyn til at brukere har ulike behov når de gir råd om bilder, film og lydopptak.

Noen helse- og omsorgsinstitusjoner fungerer i praksis som brukernes hjem, for eksempel for langtidspasienter i sykehjem eller på sykehus. Også for kortere innleggelser kan sykehusavdelingen fungere som et midlertidig hjem for pasienten.

Medlemmene av ungdomsrådet ved Sykehuset Innlandet fremhevet dette som et viktig perspektiv i deres innlegg for utvalget. Et fotoforbud innebærer for pasienter et inngrep ikke bare i ytringsfriheten, men også i deres privatliv. For mange pasienter, og spesielt for barn og unge, er mobiltelefon, nettbrett o.l. en viktig del av livet. Barn bruker digitale medier av samme grunner som voksne: For å søke informasjon, lese nyheter, bli underholdt, leke, slappe av og være i kontakt med venner. Digitale og sosiale medier er derfor en viktig del av barns sosiale liv og tilgang til fellesskapet. Utvalget mener at helse- og omsorgstjenesten bør vise særlig forståelse for at barn som er innlagt kan ha behov for å bruke film og foto for å utøve sin rett til privatliv, kommunisere med andre og for å føle trygghet og kontroll over egen situasjon.

Når pasienter og brukere tar bilder, film eller lydopptak på eget rom, bør andre vise respekt for brukernes behov. Ansatte som synes det er ubehagelig å være med i opptakene, bør snakke med brukerne om dette for å prøve å finne en løsning som er praktisk for alle. Et totalforbud mot pasienters fotografering og filming inne på enkeltmannsrom er det vanskelig å forestille seg at kan være begrunnet i å verne andres personvern.

Enkelte avdelinger er mindre egnet for besøk, bilder, film og lydopptak, som for eksempel operasjonsstuer, somatiske og psykiatriske akuttmottak, intensivavdelinger, fødestuer og lignende. På disse områdene kan det være forhøyet risiko for at sensitive personopplysninger spres dersom det filmes eller fotograferes. Disse områdene kan også være assosiert med særlig høy risiko for smitte og at små feil kan få konsekvenser for pasienten. Av hensyn til et forsvarlig helsehjelptilbud vurderer utvalget at adgangen til fotografering, filming og lydopptak kan reguleres i større utstrekning her enn på andre avdelinger. Men heller ikke på disse avdelingene kan det ilegges forbud uten mulighet for å gjøre unntak. Helse- og omsorgstjenesten retter seg mot hele befolkningen. Samfunnet har et legitimt behov for informasjon om hvordan tjenestene fungerer og for kunnskap om eventuelle kritikkverdige forhold. Åpenhet er nødvendig for å synliggjøre behandlingstilbud, konsekvenser av prioriteringer og for å drive uavhengig kontroll av disse tjenestene, også i avdelinger som normalt er mer lukket. Selv om institusjonen skulle komme til at fotografering og film i hovedregelen ikke er tillatt i en bestemt del av tjenesten, må det gjøres en konkret vurdering om nye problemstillinger oppstår. En slik ny problemstilling kan for eksempel være hvis en TV-produksjon ønsker å lage en dokumentar, og det er mulig å løse dette på en måte som gir TV-produksjonen tilgang samtidig som pasientsikkerheten og de andre plikter institusjonen har blir oppfylt.

Pårørende er ikke tvunget til å oppholde seg på helseinstitusjonen på samme måte som pasienter og brukere. Restriksjoner når det gjelder å ta bilder, film eller lydopptak treffer dem dermed ikke like hardt som de ville truffet en pasient eller bruker. Likevel vil mange pårørende måtte bruke store deler av sin tid på sykehuset, for eksempel fordi de har syke barn som er innlagt. Et ønske om å ta bilder, film eller lydopptak i forbindelse med at en venn eller et familiemedlem er innlagt kan være velbegrunnet. For foreldre til langtidssyke barn kan det være viktig å dokumentere hverdagen på sykehuset både for seg selv og for barnets del.

Utvalget mener at ansatte i helse- og omsorgstjenesten ikke på generelt grunnlag kan nekte pårørende å ta bilder, film eller lydopptak, bortsett fra på konkrete avdelinger der dette innebærer en uakseptabel risiko for pasientsikkerheten. Noen foreldre til barn med alvorlige sykdommer eksponerer barnet gjennom blogg eller støttegrupper på sosiale medier. I slike tilfeller kan den ansatte åpne opp en dialog med foreldrene om hva publisering av bilder, film og lydopptak kan innebære for barnet, og om slik eksponering er i barnets

interesse på lang sikt. En slik dialog bør være preget av respekt og lydhørhet for barnet og foreldrenes behov, og innebære en gjensidig drøftelse av positive og problematiske sider ved eksponering av syke barn på sosiale medier eller i blogg. Målet med dialogen bør være å få foreldrene til å reflektere rundt hva som vil være til barnets beste, og hvordan de som foreldre kan ivareta barnas interesser på en best mulig måte.

12.9.4 Utforming – praktisk tilrettelegging

I fellesarealer som venteværelser, spiserom, dagligstue eller andre allrom, bør det henges opp eller legges ut informasjon om generelle oppfordringer for mobilbruk, bilder, film, lydopptak eller lignende i virksomheten. I informasjonsskriv, på TV-skjermer, plakater eller lignende bør det komme fram at brukere, pårørende og andre bør være hensynsfulle når de tar bilder, film eller andre opptak i helse- og omsorgstjenesten av hensyn til øvrige brukere eller pasienter og av hensyn til de ansattes arbeidsmiljø. Det kan her gis råd om at det er klokt å spørre de personene som kommer med på bilder eller film om de synes det er greit at de er med på opptakene. Det bør videre informeres om at før en deler bilder, film eller lydopptak til mange mennesker, for eksempel på internett, så må en få samtykke fra de som er gjenkjennelige på bildet eller opptaket.

I helseinstitusjoner med barn eller på sykehusenes barneavdelinger kan det henge en enkel plakat på rommene eller det kan gis tilgang til informasjonsvideo eller lignende.

Informasjon til barn og unge bør inneholde råd om at det kan være lurt å tenke seg om før man publiserer eller deler bilder eller film av seg selv i sosiale medier, fordi bildene kan være lett tilgjengelig for andre i mange år fremover. Det bør også gis råd til foresatte og andre pårørende om å tenke seg godt om før de publiserer eller deler bilder, film eller lydopptak av barn i sosiale medier.

Utvalget anbefaler at det utformes informasjonsmateriell som er spesielt tilpasset barn.

12.9.5 Når mediene tar bilder, film og lydopptak

Mediene har en viktig samfunnsoppgave ved å vise fram og kontrollere hvordan offentlige tjenester og institusjoner fungerer. Helse- og omsorgstjenesten forvalter verdier på vegne av samfunnet og har i enkelte tilfeller adgang til å utøve makt overfor enkeltmennesker. Samfunnet har derfor et legitimt krav på innsikt i hvordan disse tjenestene fungerer.

Helse- og omsorgstjenesten plikter, som alle andre offentlige institusjoner, å legge praktisk og fysisk til rette for åpenhet og ytringsfrihet i samfunnet. Helse- og omsorgstjenestenes utgangspunkt bør derfor være å utvise så stor åpenhet som mulig.

Begrensninger i medienes adgang til å fotografere, filme eller gjøre opptak må være saklig begrunnet i taushetsplikten, kravet til et forsvarlig tjenestetilbud, krav til forsvarlig drift eller kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø. Det samme gjelder begrensninger i pasient eller pårørendes adgang til å ta bilder, film eller lydopptak. Eventuelle begrensninger må alltid veies opp mot hensynet til ytringsfrihet og medienes særlige vern av innhenting av informasjon.

Dersom et sykehus eller en annen institusjon mener at det er grunn til å begrense medienes tilgang, bør denne beslutningen være etterprøvbar basert på kriterier som saklighet og forsvarlighet. I vurderingene skal behovet for åpenhet og ytringsfrihet vektes mot behovene for begrensninger i for eksempel pasienters privatliv, pasientsikkerhet og forsvarlig drift for øvrig. Hvorvidt denne beslutningen vil anses som et enkeltvedtak eller ikke må bero på omstendighetene.

Terskelen for å nekte mediene tilgang skal være høy. Det er ikke gitt at begrunnelser som er tilstrekkelige for restriksjoner overfor pårørende eller andre besøkende, er tilstrekkelige til å legge restriksjoner på medienes arbeid. Dette på grunn av medienes spesielle samfunnsrolle og selvpålagte etiske regelverk i Vær Varsom-plakaten, som er nærmere omtalt i punkt 4.2.4. Ansatte i helse- og omsorgstjenesten må tåle et saklig kritisk lys på helse- og omsorgstjenesten og det arbeidet som gjøres der. Begrensninger kan ikke setter av hensyn til institusjonens omdømme.

Pasienter og pårørende står fritt til å ha kontakt med og uttale seg til mediene. I sak fra Sivilombudsmannen legger ombudsmannen en høy terskel til grunn for å nekte pasienter underlagt tvungent psykisk helsevern kontakt med mediene, og uttaler at denne type restriksjoner skal holdes på et «absolutt minimum».[95] Denne saken er også omtalt i punkt 12.3.4.1.3.

Sykehus og andre helse- og omsorgsinstitusjoner bør legge til rette for at mediene skal kunne ivareta sine samfunnsoppgaver, gjennom informasjon og kontroll. I den grad det er mulig innenfor rammen av en forsvarlig drift av tjenestene, bør

[95] Sivilombudsmannen (2012).

helse- og omsorgstjenesten tilrettelegge for kontakt mellom pasienter, pårørende og ansatte, og mediene. Pasienter velger selv om de vil la seg intervjue av mediene. Det er mediene og ikke helse- og omsorgsinstitusjonenes ansvar å innhente og sikre kvaliteten på samtykke i forbindelse med intervjuer og filmopptak. Det er ikke helsepersonells oppgave å ettergå eller kvalitetssikre samtykke som mediene har innhentet. Unntaket her er om pasienten forbigående eller permanent har redusert samtykkekompetanse. Helse- og omsorgstjenesten vil da kunne ha et omsorgsansvar for pasienten som tilsier at de også skal hjelpe å ivareta pasienten, for eksempel fordi pasienten er et barn.

Personer med foreldreansvar kan vanligvis samtykke til at mediene tar bilder, film eller lydopptak av personens egne barn på sykehus. Barn har imidlertid medbestemmelsesrett og barnets mening skal tillegges vekt tråd med alder og modenhet. Barn vil også ha selvbestemmelsesrett når alderen tilsier det, jf. barneloven § 33. Barnet har videre en rett til å nekte.

Også helsepersonell har plikt til å ivareta barnets beste, jf. Grunnloven § 104.[96] Hvis den uvanlige situasjonen oppstår at helsepersonell vurderer det slik at foresatte åpenbart ikke evner å ivareta barnets beste, vil helsepersonell og virksomheten ha plikt til å ivareta barnets interesser. Før helsepersonell eventuelt fatter en slik beslutning må de gå i dialog med de foresatte om hva som er til barnets beste i situasjonen. En beslutning om å utestenge mediene til tross for at foresatte samtykker til at de er tilstede, på bakgrunn av vurderinger om barnets beste, vil være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven som krever begrunnelse og som kan påklages.

[96] Se også punkt 4.4.2.1 om vektleggingen av barnets beste i forholdsmessighetsvurderinger.

Mediene kan ikke vises bort fra offentlige virksomheter med hjemmel i eiendomsretten. Dette er nærmere omtalt i kapittel 9. De ansattes taushetsplikt er nærmere omtalt i punktene 12.2.2, 12.3.2 og 12.4.2.

Når det gjelder omtale av barn, er mediene forpliktet til å foreta en uavhengig vurdering i tråd med Vær Varsom-plakaten, som stiller særlige krav til varsomhet ved omtale av barn.

I den grad taushetsplikten og øvrige lovbestemte plikter som påhviler helse- og omsorgsinstitusjonene åpner for det, bør tjenestene på eget initiativ opplyse mediene om forhold de kanskje ikke er klar over, for å bidra til at mediene får et mer nyansert bilde av situasjonen. Slik informasjon kan være nødvendig for at mediene skal kunne gjøre gode etiske vurderinger før eventuell publisering.

Det går et viktig skille mellom medienes innhenting av informasjon, som fotografering og opptak, og publisering av informasjonen. Mediene innhenter nesten alltid mer informasjon og tar flere bilder enn det som til slutt publiseres. Det er medienes ansvar å vurdere hva som skal publiseres. Mediene skal alltid vurdere publisering opp mot kravene i Vær Varsom-plakaten. Mener en helse- og omsorgsinstitusjon at regler i Vær Varsom-plakaten er brutt, kan den klage det aktuelle presseorganet inn for Pressens faglige utvalg (PFU).

Helse- eller omsorgsinstitusjoner har ikke lov til å frata mediene deres arbeidsverktøy, som kamera, opptaksutstyr eller notatblokker. Dette av hensyn til medienes kildevern og ytringsfriheten.

Medienes spesielle samfunnsrolle og selvpålagte etiske regelverk er nærmere omtalt i punkt 4.2.4. Dette er også omtalt i utvalgets forslag til veileder, se kapittel 18.2.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

Kapittel 13
Barnevernet

13.1 Innledning

Barnevernet er en sektor der det er stort behov for åpenhet og innsyn. Barnets beste er et hensyn som skal gis avgjørende vekt, og som barnevernet skal ivareta i alt sitt arbeid. Man kan ivareta barnets beste og samtidig arbeide for større åpenhet i sektoren. Ved vurderingen av hva som er barnets beste skal man ikke ta utenforliggende hensyn, for eksempel hensyn til barnevernets omdømme. Det er viktig å synliggjøre hvilke momenter som har inngått i vurderingen av hva som er barnets beste. Det at barnet får ytre seg, kan også være til barnets beste, og barnets ytringsfrihet skal tillegges stor vekt. Der de ansatte i barnevernet har taushetsplikt om personlige forhold, kan barnevernet likevel vise åpenhet og gi informasjon om hvordan tjenesten arbeider, prosedyrer etc.

I dette kapittelet gjennomgås barnevernets adgang til å ta bilder, film og lydopptak av barn. Videre gjennomgås adgangen til å regulere muligheten barn som er i fosterhjem eller barneverninstitusjon har til å ta bilder, film og lydopptak. Adgangen til å regulere barns bilder, film og lydopptak når de ellers er i kontakt med det kommunale barnevernet omtales også. Videre omtales adgangen til å regulere andres bilder, film og lydopptak på barnevernets område.

Ansatte i barnevernet har noen særlige utfordringer knyttet til arbeidsmiljø, trusler og sjikane. Dette omtales nærmere i punkt 13.5. Utvalgets vurderinger og anbefalinger redegjøres for i punkt 13.7.

Barne- og likestillingsdepartementet sendte 4. april 2019 et forslag til ny barnevernlov på høring. Endringer i barnevernloven og tilhørende forskrifter kan ha betydning for de problemstillingene og det regelverket som omtales i dette kapittelet. Høringsforslaget er ikke sendt ut i tide til at Åpenhetsutvalget har kunnet vurdere det, og utvalget går derfor ikke nærmere inn på disse forslagene.

13.2 Barnevernets adgang til å ta bilder, film og lydopptak

13.2.1 Innledning

Bilder, film og lydopptak skapes både i den kommunale barneverntjenesten og i det statlige barnevernet, i ulike situasjoner og med ulikt formål. Hvilken adgang ansatte i barnevernet har til å ta og publisere bilder, film og lydopptak av barn som bor i barneverninstitusjon eller på annet vis er i kontakt med barnevernet, begrenses av reglene i personopplysningsloven og av de ansattes taushetsplikt. Regler i barnevernloven og rettighetsforskriften,[1] blant annet om beskyttelse av barns personlige integritet, setter også begrensninger. Barns personlige integritet er også beskyttet blant annet av Grunnloven § 104 tredje ledd og gjennom ulike bestemmelser i barnekonvensjonen.

Utvalget har avgrenset mot bilder, film og lydopptak som tas i faglig sammenheng, for eksempel som ledd i saksbehandlingen eller når hjelpetiltak gjennomføres. Som ledd i saksbehandlingen kan filming skje for å utrede eller få belyst saken, for eksempel ved gjennomføring av samtaler med barn ved bruk av en metodikk som «barnesamtalen».[2] Film- og lydopptak kan også benyttes som en del av gjennomføringen av et hjelpetiltak, for eksempel ved samspillsobservasjon og veiledning til foreldrene. Det kan være barnevernet selv som tar opptaket, eller det kan skje i regi av en privat aktør som utfører tiltak på vegne av det offentlige. Barnevernloven har ingen særskilt hjemmel for å ta opp lyd eller video, og det er derfor lagt til grunn at det må foreligge et informert og skriftlig samtykke for opptaket fra de som blir berørt av dette. Utvalget går ikke nærmere inn på dette.

---

1 Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften).

2 Om barnesamtalen, se for eksempel Langballe (2011).

13.2.2 Behandling av personopplysninger i barnevernet

Det kan også tenkes at ansatte i barnevernet tar bilder eller film av barn i barneverninstitusjon eller andre botilbud i forbindelse med en aktivitet, en tur eller annet. Personopplysningsloven gjelder for de ansatte i barnevernet. Det vil si at de må ha et rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger, noe som i praksis vil si at de må ha gyldig samtykke allerede før bildet tas. Reglene i personopplysningsloven er nærmere omtalt ovenfor i kapittel 5. Hvem som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn der foreldreansvaret er fratatt foreldrene eller der det er foretatt en omsorgsovertakelse er nærmere omtalt i punkt 6.3.7.

13.2.3 Taushetsplikten

13.2.3.1 Innledning

Barnevernets taushetsplikt kan ha betydning for hvilken adgang ulike aktører kan gis til å ta bilder, film og lydopptak på barnevernets område. Dette er fordi taushetsplikten innebærer en plikt til aktivt å skjerme taushetsbelagt informasjon.

13.2.3.2 Taushetspliktens regulering i barnevernloven

Barnevernets taushetsplikt reguleres i barnevernloven § 6-7. Den generelle forvaltningsmessige taushetsplikten etter forvaltningsloven §§ 13 til 13 e gjelder for den som utfører arbeid for eller gjør tjeneste i barnevernet, jf. barnevernloven § 6-7 første ledd. Barnevernets taushetsplikt er imidlertid strengere fordi enkelte begrensinger i den forvaltningsmessige taushetsplikten ikke gjelder fullt ut for barnevernet. For barnevernet gjelder i stedet egne, snevrere begrensninger i barnevernloven § 6-7 tredje ledd.

13.2.3.3 Hvem har taushetsplikt?

Hvem taushetsplikten gjelder for, går fram av barnevernloven § 6-7 første ledd. Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, en institusjon, et senter for foreldre og barn eller et omsorgssenter for mindreårige, har taushetsplikt etter bestemmelsen. Taushetsplikten gjelder for både private og offentlige barneverninstitusjoner. Omfattet av oppregningen i § 6-7 første ledd er blant annet alle som arbeider med barnevernssaker og som er ansatt i kommunen eller i Fylkesnemndene, alle som utfører arbeid for institusjoner og advokater, sakkyndige og andre private personer som tar oppdrag for barnevernet, herunder fosterforeldre, tilsynsførere, besøkshjem og støttekontakter.

Ansatte i barnevernet kan i tillegg til den forvaltningsmessige taushetsplikten også ha en profesjonsbestemt taushetsplikt. Dette gjelder for eksempel psykologer ansatt i en barneverninstitusjon, som er underlagt helserettslig taushetsplikt etter helsepersonelloven.

13.2.3.4 For hvilke opplysninger gjelder taushetsplikten?

De opplysninger som er undergitt taushetsplikten er opplysninger om «noens personlige forhold» som er mottatt «i forbindelse med tjenesten eller arbeidet», jf. barnevernloven § 6-7 og forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Opplysninger om noens personlige forhold kan for eksempel være opplysninger om en persons slektskap, familie- og hjemmeforhold, fysisk og psykisk helse, karakter og følelsesliv. Opplysninger om en persons tilknytning til barnevernet er omfattet av taushetsplikten. Etter barnevernloven § 6-7 andre ledd omfattes også opplysninger om fødested, fødselsdato, personnummer, statsborgerforhold, sivilstand, yrke, bopel og arbeidssted.

Opplysning om en klients oppholdssted kan likevel gis når det er klart at det ikke vil skade tilliten til barneverntjenesten, institusjonen eller senteret for foreldre og barn å gi slik opplysning, jf. barnevernloven § 6-7 andre ledd.

Taushetsplikten gjelder uavhengig av hvordan mottakeren får opplysningene. Det kan for eksempel være ved meddelelse fra klienten, andre privatpersoner eller andre offentlige organer, ved iakttakelse eller undersøkelse, eller ved å lese journaler. Taushetsplikten omfatter ikke bare det vedkommende får greie på i forbindelse med egen saksbehandling, men også mer tilfeldig informasjon som hun eller han får tilgang til i forbindelse med tjenesten eller arbeidet, og informasjon som tilflyter vedkommende utenfor arbeidstiden, men som mottakeren får på grunn av sin tilknytning til tjeneste- eller arbeidsforholdet.[3]

13.2.3.5 Taushetspliktens aktive og passive side

Taushetsplikten innebærer en plikt til å hindre at uvedkommende får tilgang til opplysninger som er taushetsbelagte, enten ved å unnlate å videre-

[3] Se Rt. 1989 s. 1363.

formidle opplysninger eller ved aktivt å forhindre tilgang til opplysninger.

Det er i denne sammenhengen uvesentlig om tilgang skjer ved muntlig videreføring, ved fremvisning av dokumenter, ved at dokumenter ligger fremme, eller på andre måter.[4] Dokumenter og annet materiale som inneholder opplysninger undergitt taushetsplikt, skal oppbevares på en betryggende måte, jf. forvaltningsloven § 13 c andre ledd.

Dersom det å tillate besøk eller at det tas bilder, film eller lydopptak fra barnevernets område vil føre til at taushetsbelagte opplysninger gis ut uten hjemmel, plikter virksomheten å hindre dette. Det at et barn eller familie er i kontakt med barnevernet er i seg selv taushetsbelagt. Også det at et barn bor i en barneverninstitusjon er taushetsbelagt. Barnevernet vil ha en plikt til å hindre at det tas bilder, film eller lydopptak av barn i barnevernets omsorg, i tilfeller der barnet ikke ønsker å bli fotografert eller gjort opptak av, eller hvis det er andre forhold som gjør at barnets identitet må beskyttes. I andre tilfeller må det gjøres en vurdering av hvorvidt det er nødvendig å hindre opptakene for å ivareta taushetsplikten. Når det gjelder besøkendes filming, fotografering og lydopptak er dette nærmere omtalt i punkt 13.4.

13.2.3.6 Samtykke og andre grunnlag for deling av opplysninger

Det finnes flere hjemler som begrenser barnevernets taushetsplikt. Taushetsplikten gjelder for eksempel ikke overfor sakens parter og andre personer opplysningene direkte gjelder, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 1 og § 13 b første ledd nr. 1.

Taushetsplikten er heller ikke til hinder for at opplysninger gjøres kjent for andre i den utstrekning de som har krav på taushet samtykker, jf. forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 1.

Hovedregelen er at det er den opplysningene gjelder som kan samtykke i at de gis ut. Dersom opplysningene gjelder flere personer, for eksempel i en familie, må alle samtykke. Når opplysningene gjelder et barn, kreves som en hovedregel samtykke fra den eller de som har foreldreansvaret. Barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter har imidlertid rett til å medvirke. De skal bli lyttet til og synspunktene skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet, jf. barnevernloven § 1-6. At barnets synspunkter skal vektlegges i samsvar med barnets alder og modenhet, følger også av FNs barnekonvensjon artikkel 12 og Grunnloven § 104. Barnet skal få tilstrekkelig og tilpasset informasjon, og har rett til fritt å gi uttrykk for sine synspunkter. Barnet kan også velge ikke å uttale seg. Dersom barnet har partsrettigheter etter barnevernloven § 6-3, kreves det også samtykke fra barnet selv. Gjelder de aktuelle opplysningene bare barnet, er i utgangspunktet barnets samtykke i disse tilfellene tilstrekkelig.

Dersom et barns interesser tilsier det, kan fylkesmannen eller departementet bestemme at opplysninger skal være undergitt taushetsplikt, selv om foreldrene har samtykket i at de gjøres kjent, jf. barnevernloven § 6-7 femte ledd. Bestemmelsen regulerer bare tjenestemannens forhold og ikke foreldrenes handlemåte. Verken fylkesmannen eller departementet kan med hjemmel i denne bestemmelsen stoppe foreldre som ønsker å gå til mediene med dokumenter de besitter i kraft av å være parter i saken.

Det er også en rekke andre bestemmelser som gir ansatte i barnevernet adgang til å formidle opplysninger og samarbeide med andre. Barnevernet kan ha behov for å formidle opplysninger til andre som en del av sitt arbeid, blant annet for å kunne innhente informasjon som er nødvendig for å undersøke barns omsorgssituasjon, for å kunne samarbeide med andre instanser og tjenester om å hjelpe barn og deres familier, samt for å kunne sette andre i stand til å følge opp barn og deres familier. Barnevernet kan blant annet ha behov for kontakt og samarbeid med skole, barnehage, den pedagogisk-psykologiske tjenesten, helse- og omsorgstjenestene, NAV og politiet. For at barnevernet skal kunne formidle taushetsbelagte opplysninger til andre må det imidlertid være hjemmel for det i lovgivningen eller det må foreligge samtykke. I noen tilfeller har også barnevernet en opplysningsplikt, og en plikt til å avverge visse straffbare forhold etter straffeloven § 196.

13.2.3.7 Sanksjoner ved brudd på taushetsplikten

Brudd på taushetsplikten er straffbart, jf. barnevernloven § 6-7 første ledd, som viser til straffeloven § 209.

13.3 Regulering av barns fotografering, filming og lydopptak

13.3.1 Innledning

Hvilke rettigheter barn har, hvilke begrensinger som kan gjøres i barns frihet, adgangen til å bruke tvang og hvem som bestemmer over barnet

[4] Barne- og familiedepartementet (2005), pkt. 3.2.

i ulike spørsmål, avhenger av hvem som har omsorgsansvaret for barnet og hvor barnet bor. Adgangen til å bestemme over barns mobilbruk er for eksempel regulert på forskjellige måter når det gjelder barn i barneverninstitusjon og barn i fosterhjem. Hvem som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn kan også avhenge av hvem som har foreldreansvaret, og hvem som har ulike deler av omsorgsansvaret for barnet. Hvem som har ansvaret og den daglige omsorgen for barn i fosterhjem og institusjon, og ansvarsdelingen mellom foreldre, barneverntjenesten og fosterhjem eller institusjon, er omtalt i punkt 6.3.7.3. Hvem som kan samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn som bor i fosterhjem eller barneverninstitusjon er omtalt nærmere i punkt 6.3.7.4.

Nedenfor redegjøres det kort om barn i fosterhjem og bruk av tvang mot barn i fosterhjem. Det gjøres videre rede for barns rettigheter i barneverninstitusjon og omsorgssentre, og da særlig for adgangen til å benytte elektroniske kommunikasjonsmidler og til å motta besøk, se punkt 13.3.3.4 og 13.3.3.5. Dette har betydning for utformingen av retningslinjer for håndtering av besøk, fotografering, filming og lydopptak.

Det gjøres videre rede for reguleringen av sentre for foreldre og barn, se punkt 13.3.4. Til sist gjøres det rede for reguleringen når barn får andre tjenester fra det kommunale barnevernet i punkt 13.3.5.

13.3.2 Barn i fosterhjem

13.3.2.1 Innledning

Barns rettigheter i fosterhjem er regulert i barnevernloven. Loven har som formål å sikre god omsorg og trygge oppvekstvilkår. Prinsippet om barnets beste er tatt inn i loven og er førende for fosterhjemmene. Videre gjelder kravet om forsvarlighet, jf. barnevernloven § 1-4. Nedenfor i punkt 13.3.3 gjøres det rede for barns rettigheter i barneverninstitusjon når det gjelder elektroniske kommunikasjonsmidler og adgangen til å motta besøk. Rettighetene er blant annet regulert i rettighetsforskriften. For barn i fosterhjem gjelder ikke rettighetsforskriften, og disse spørsmålene er dermed ikke uttrykkelig regulert for barn i fosterhjem på samme måte som for barn i barneverninstitusjon.

13.3.2.2 Om fosterhjem

Fosterhjem er private hjem som tar imot barn til oppfostring, jf. barnevernloven § 4-22. Det finnes ulike typer fosterhjem – ordinære fosterhjem, slekt- og nettverksfosterhjem, beredskapshjem, og familiehjem.

En egen forskrift stiller nærmere krav til fosterhjemmene og til kommunens godkjenning og oppfølging av fosterhjem.[5] Alle fosterhjem skal som hovedregel oppfylle kravene i forskriften. Noen unntak kan gjøres, for eksempel ved fosterhjem i slekt eller nære nettverk. Departementet har også gitt retningslinjer for fosterhjem.[6]

Det følger av forskrift om fosterhjem § 6 at barneverntjenesten i omsorgskommunen og fosterforeldre skal inngå skriftlig avtale om barneverntjenestens og fosterforeldrenes forpliktelser. Avtalen om å være ordinært fosterhjem er en privatrettslig avtale. I 2010 utarbeidet Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, i samarbeid med Kommunesektorens organisasjon (KS) og Norsk Fosterhjemsforening, en standardavtale til bruk ved inngåelse av fosterhjemsoppdrag (Fosterhjemsavtalen 2010). Ved fosterhjem som frivillig tiltak eller ved godkjenning av privat plassering skal denne brukes så langt den passer, jf. forskrift om fosterhjem § 6.

Fosterhjemsutvalget leverte sin utredning NOU 2018: 18 *Trygge rammer for fosterhjem* i desember 2018. Utvalget hadde i oppdrag å gjennomgå rammebetingelsene for ordinære fosterhjem.

13.3.2.3 Taushetsplikt

Fosterforeldrene skal bevare taushet om de forhold de får kjennskap til om barnet og barnets familie, jf. barnevernloven § 6-7. Taushetsplikten gjelder også etter at barnets opphold i fosterfamilien er avsluttet. Taushetsplikten er ikke til hinder for at fosterforeldrene i samråd med barneverntjenesten gir nødvendig informasjon til barnehage, skole, helsepersonell og lignende offentlige etater, dersom dette anses å være til det beste for barnet. Dokumenter med taushetsbelagte opplysninger om barnet og/eller barnets familie skal holdes innelåst og utilgjengelig for uvedkommende.[7] Fosterforeldrenes taushetsplikt innebærer også at

---

5 Forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 om fosterhjem (forskrift om fosterhjem).

6 Barne- og familiedepartementet (2004).

7 Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (2010), s. 10.

de ikke kan spre taushetsbelagte opplysninger gjennom å dele bilder, film eller lydopptak dersom det ikke foreligger unntak fra taushetsplikten.

13.3.2.4 Bruk av tvang mot barn i fosterhjem

13.3.2.4.1 Innledning

Fosterforeldrene utøver den daglige omsorgen for fosterbarnet, og har i dette en omsorgsplikt for barnet. Dette innebærer at de har rett og plikt til å ta avgjørelser angående den daglige omsorgen for barnet. Dette kan påvirke barnets tilgang til og bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, samt muligheten for barnet til å ta og dele bilder, film og lydopptak.

I praksis er bruk av tvang mot barn i fosterhjem lite regulert. Barn i fosterhjem har samme beskyttelse som barn som vokser opp med sine foreldre. Det vil si at fosterforeldrene skal gi barnet daglig omsorg, og har rett til å utøve den grensesetting som naturlig hører inn under dette. Straffeloven og barnelovens regler om beskyttelse mot vold og overgrep setter en absolutt yttergrense for slik grensesetting, for fosterforeldre som for andre foreldre. Grunnloven § 104 tredje ledd første setning gir videre alle barn rett til vern om sin personlige integritet. Barns integritet gis også vern blant annet i barnekonvensjonen artikkel 19 og EMK artikkel 8.

Barneombudet har i sin rapport «Grenseløs omsorg» påpekt at den manglende reguleringen av tvangsbruk mot fosterbarn gjør situasjonen uforutsigbar både for fosterbarnet og fosterforeldrene.[8] Barneombudet påpekte der at det ikke er noen klar hjemmel for bruk av tvang mot fosterbarn, noe som fører til uklarhet om hvem som kan ta beslutninger om bruk av tvang og hvordan det skal avgjøres at tvang er nødvendig. Barneombudet har påpekt at mangler ved reguleringen av virksomheten og uklare grenser mellom fosterforeldrenes og barneverntjenestens ansvar er svært uheldig. Sammenholdt med manglende oppfølging av fosterhjemmene gir det grunn til bekymring både for fosterbarnas og fosterforeldrenes rettssikkerhet. Barneombudet har uttalt at det må på plass en mer formell regulering av fosterhjemmenes virksomhet.[9]

13.3.2.4.2 Regler i fosterhjemmet

I Norge har det ikke blitt gjennomført noen kartlegging av tvangsbruk i fosterhjem. I en dansk undersøkelse, hvor 138 fosterfamilier ble spurt om bruk av tvang, kom det fram at det er nokså vanlig med begrensinger i fosterbarns bruk av data og mobiltelefon.[10] Videre hadde majoriteten av fosterhjemmene såkalte husregler, som varierte fra innetider til krav om deltakelse i huslige plikter.

Barneombudet skriver i sin rapport «Grenseløs omsorg» fra 2015 at deres kontakt med fosterbarn viser at det er ganske vanlig at fosterhjemmene har husordensregler, og at barna får en eller annen straff ved brudd på disse reglene.[11] Selv om de sjelden er nedtegnet, opererer de fleste familier med regler. Det kan dreie seg om krav til huslige plikter, når man kan eller ikke kan bruke mobiltelefon, hvor lenge man kan sitte på internett eller når barna må legge seg.

13.3.2.4.3 Sanksjoner ved brudd på regler i fosterhjem

Barneombudet får ofte spørsmål fra barn og unge om hvor langt fosterforeldre har lov til å gå når de skal straffe barna ved regelbrudd. Særlig er spørsmål om husarrest og inndragning av mobiltelefon og datamaskin gjengangere.[12] Hadde barnet bodd i en barneverninstitusjon ville ikke slike reaksjonsformer kunne brukes til å straffe barna. Et fosterhjem skal imidlertid tilby barna et så alminnelig familieliv som mulig, også ved at fosterforeldre agerer som foreldre flest i grensesettingssituasjoner. Når fosterforeldre skal utøve omsorg for fosterbarn, skal de ta hensyn til hva som er det beste for fosterbarnet. Det betyr at fosterbarnets interesser og behov skal være det styrende, blant annet når fosterforeldrene avgjør hvilke reaksjonsformer de skal velge ved regelbrudd eller uønsket oppførsel.

13.3.2.4.4 Barnevernlovutvalgets forslag

Barnevernlovutvalget foreslo at det ikke skal innføres en regulering av adgangen til tvangsbruk i fosterhjem. Utvalget begrunnet dette med at fosterhjem skal fungere så likt andre hjem som mulig, og en regulering av tvangsbruk kan innebære en form for institusjonalisering av foster-

[8] Barneombudet (2015), s. 61.
[9] Barneombudet (2015), s. 66.
[10] Rambøll (2015).
[11] Barneombudet (2015), s. 62.
[12] Barneombudet (2015), s. 63.

hjemmene. Utvalget vurderte at adgangen til alminnelig grensesetting som ledd i daglig omsorg, samt de alminnelige bestemmelsene om nødverge og nødrett i straffeloven, var tilstrekkelig. Utvalget uttalte at det forventes at fosterforeldre handler som foreldre flest i grensesettingssituasjoner og at fosterforeldre ikke har en snevrere adgang til grensesetting enn foreldre.

13.3.3 Barn i barneverninstitusjon og omsorgssentre

13.3.3.1 Innledning

Barns rettigheter i barneverninstitusjon og omsorgssentre, og da særlig adgangen til å benytte elektroniske kommunikasjonsmidler og til å motta besøk, har betydning for utformingen av retningslinjer for håndtering av besøk, fotografering, filming etc. Det gis derfor en redegjørelse nedenfor om hvilke regler som gjelder om dette. Spørsmålet om hvem som har kompetanse til å samtykke til at det tas og publiseres bilder, film og lydopptak av barn som bor i institusjon omtales i punkt 6.3.7.4.

13.3.3.2 Barns rettigheter i barneverninstitusjon og omsorgssentre

Det følger av barnevernloven § 1-4 at tjenester og tiltak etter barnevernloven skal være forsvarlige. Rettigheter og tvang under opphold på barneverninstitusjon reguleres av barnevernloven § 5-9. Bestemmelsen angir rett til selvbestemmelse og bevegelsesfrihet, og setter absolutt forbud mot blant annet fysisk refsing. Med hjemmel i barnevernloven § 5-9 er det gitt forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften). Forskriften gjelder for alle plasseringer av barn og unge på institusjoner som omfattes av barnevernloven kapittel 5 og omsorgssentre for mindreårige som omfattes av barnevernloven kapittel 5A.[13] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har også laget et informasjonshefte til barn som bor i institusjon om deres rettigheter.[14]

Som det fremgår av rettighetsforskriften § 1, skal beboere på institusjon gis forsvarlig omsorg og behandling. Videre skal barnets beste være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører beboeren, jf. rettighetsforskriften § 1 tredje ledd.

13.3.3.3 Forbud mot innskrenkninger i beboernes rettigheter og vern om den personlige integritet

Rettighetsforskriften § 3 omhandler forbud mot innskrenkninger i beboernes rettigheter. Det fremgår av bestemmelsen at husordensregler, rutiner eller lignende ikke kan innskrenke beboernes rettigheter etter forskriften, og ikke må anvendes på en måte som er urimelig overfor beboeren i det enkelte tilfellet.

Det fremgår av rundskriv Q-19/2012 s. 6 at det ikke kan fastsettes generelle regler som utgjør et inngrep som krever særskilt hjemmel i forskriften, og som krever en konkret og individuell vurdering. En institusjon kan for eksempel ikke innføre et generelt forbud mot mobiltelefoner eller besøk på institusjonen gjennom husordensreglene. Det fremgår videre av rundskrivet at det bare kan fastsettes generelle regler der dette kan begrunnes i institusjonens ansvar for driften, herunder hensynet til trygghet og trivsel for alle.[15] Det fremgår at institusjonen for eksempel kan ha husordensregler om at det skal være ro i institusjonen om natten, at beboerne ikke skal snakke i mobiltelefonen under felles måltider og om når det er ønskelig at besøk skal skje.[16]

Rettighetsforskriften § 7 omhandler vern om den personlige integritet. Bestemmelsen slår fast viktige prinsipper i omsorgen for barn i barneverninstitusjon og utfyller barnevernloven § 5-9. Institusjonen skal drives på en slik måte at beboerens personlige integritet blir ivaretatt. Den enkelte beboer skal selv kunne bestemme i personlige spørsmål så langt dette lar seg forene med plasseringens formål og institusjonens ansvar for å gi forsvarlig omsorg for den enkelte, og så langt dette er forenelig med beboerens alder og modenhet. Likedan skal bestemmelsesretten la seg forene med institusjonens ansvar for driften, herunder ansvaret for trygghet og trivsel for alle på institusjonen. Forskriften § 7 presiserer videre at institusjonen innenfor disse rammene skal sørge for at beboeren får ivaretatt retten til å bli hørt og retten til medbestemmelse, og får delta ved utformingen av institusjonens daglige liv og ved avgjørelsen av andre forhold som berører beboeren.

Tvang og andre inngrep i den personlige integritet skal ikke benyttes i større grad enn det som er nødvendig for formålet og andre fremgangsmåter skal være prøvd først, jf. rettighetsforskriften § 12.

---

[13] Jf. rettighetsforskriften § 2.

[14] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2013).

[15] Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 6.

[16] Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 6.

13.3.3.4 Adgangen til å benytte elektroniske kommunikasjonsmidler

13.3.3.4.1 Innledning

Barn og unge som bor på institusjon skal så langt som mulig ha et liv tilsvarende andre barn og unge. Bruk av mobiltelefon, nettbrett og PC er en stor del av barn og unges hverdag, og skal som hovedregel kunne brukes fritt på lik linje med barn og unge som ikke bor på institusjon. I den grad det gis adgang til å begrense bruk av mobiltelefon og andre elektroniske kommunikasjonsmidler reguleres dette i rettighetsforskriften §§ 11 og 24. Barnevernloven § 4-29 har også særlig regler om barn som er plassert midlertidig i institusjon uten samtykke ved fare for utnyttelse til menneskehandel.

13.3.3.4.2 Hovedregel som gjelder alle beboere – rettighetsforskriften § 11

I rettighetsforskriften § 11 står det at beboerne fritt skal kunne benytte elektroniske kommunikasjonsmidler under institusjonsoppholdet. Institusjonen kan likevel begrense og i enkelttilfeller nekte bruken i kraft av sitt ansvar for å gi forsvarlig omsorg for den enkelte og sitt ansvar for driften, herunder hensynet til trygghet og trivsel for alle på institusjonen. Beboernes alder og modenhet har betydning for hvilke grenser institusjonen kan begrunne i omsorgsansvaret.[17] Dette utdypes i rundskriv Q-19/2012 s. 17, der departementet skriver:

> «Institusjonen må kunne beskytte den enkelte beboer mot blant annet rus og kriminalitet. Dersom en ungdom forsøker å bruke mobiltelefonen til å avtale kjøp av narkotika, må institusjonen ha anledning til å nekte mobilbruken. Det samme gjelder dersom en beboer planlegger rømming ved hjelp av mobiltelefonen. En slik begrensning kan bare være aktuell i helt konkrete situasjoner og for en avgrenset periode.
>
> Institusjonen har ansvaret for å følge opp beboerens skolegang og eventuelle behandlingsopplegg og må bidra til at barnet/ungdommen får en god døgnrytme. Dersom en beboer over lengre tid spiller dataspill på natten og dermed ikke klarer å følge opp skolearbeidet, kan det være nødvendig å nekte tilgang til PC på natten for en begrenset periode. Institusjonen må i slike situasjoner veilede beboerne og benytte faglige gode metoder for å få ungdommen til å samarbeide. Institusjonen kan inngå avtale med beboeren om innlevering av mobil og PC for natten. Dersom beboeren, til tross for god faglig rettledning og bruk av miljøterapeutiske virkemidler, ikke retter seg etter forbudet og dermed pådrar seg alvorlig søvnmangel, må institusjonen kunne bestemme at ungdommen skal levere mobiltelefonen fra seg, og om nødvendig ta telefonen fra vedkommende for natten. Ungdommen må da få anledning til å kreve at telefonen skal slås av.
>
> Det er også en viktig del av omsorgsansvaret å beskytte beboeren mot nettrelaterte overgrep. Institusjonen må støtte beboeren og gi veiledning i nettatferd, herunder om hvilke nettsteder som ikke bør besøkes og hvilke kontakter som ikke bør knyttes over nettet. Barn og unge som har vært utsatt for overgrep kan ha en utprøvende og søkende atferd på nettet som kan eksponere dem for farer og institusjonen må beskytte dem mot dette.»

Om inndragning av elektroniske kommunikasjonsmidler skrev Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet i en tolkningsuttalelse 13. oktober 2015:

> «Det kan likevel tenkes situasjoner der det er grunnlag for å inndra elektroniske kommunikasjonsmidler for en svært kort periode. Dette kan først skje etter at personalet har satt grenser for bruk, ved begrensning og nekt, og beboeren ikke retter seg etter dette. Det skal videre være forsøkt med god faglig rettledning og bruk av miljøterapeutiske virkemidler for å motivere beboeren til ikke å bruke kommunikasjonsmidlet, slik det er bestemt, før eventuell inndragning kan skje.»[18]

Det fremgår av rundskriv Q-19/2012 at dersom en ungdom vil legge ut bilder eller filmer av andre på institusjonen på internett uten deres samtykke, kan institusjonen nekte dette.[19] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har lagt til grunn at det samme som utgangspunkt må gjelde om beboeren vil legge ut bilder eller filmer av ansatte på institusjonen uten deres samtykke.[20] Det fremgår videre av rundskriv Q-19/2012 at institusjonen kan nekte en beboer uten samtykke å omtale en annen beboers personlige forhold, for eksempel

[17] Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 17.

[18] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2015).

[19] Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 17.

[20] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2016).

rusproblemer, på sosiale medier. Har en beboer lagt ut bilder eller filmer av andre på nettet uten deres samtykke, fremgår det av rundskrivet at institusjonen kan pålegge vedkommende å sørge for sletting.[21] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har lagt til grunn at det samme som utgangspunkt må gjelde om beboeren har lagt ut bilder eller filmer av ansatte på institusjonen uten deres samtykke.[22]

Det er i rundskriv Q-19/2012 vist til at institusjoner har adgang til å fastsette husordensregler for bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler av hensyn til institusjonens ansvar for driften, herunder ansvaret for trygghet og trivsel. Det kan for eksempel fastsettes husordensregler om at barna ikke kan snakke i telefonen om natten eller under felles måltider.[23]

13.3.3.4.3 Klageadgang på begrensinger pålagt med hjemmel i § 11

Avgjørelser etter rettighetsforskriften § 11 er ikke enkeltvedtak og må dermed ikke protokollføres og forelegges tilsynsmyndigheten, jf. rettighetsforskriften § 26.[24] Det følger av rundskriv Q-19/2012 at institusjonen likevel bør foreta en skriftlig nedtegnelse av sentrale begrensninger i døgnrapport eller lignende:

> «Slik nedtegning vil sikre skriftlig dokumentasjon av hendelsen, noe som også vil være viktig dersom fylkesmannen ønsker å undersøke saken nærmere i ettertid. Slik dokumentasjon vil være særlig aktuelt der det ut fra omsorgsansvaret besluttes å nekte en ungdom å forlate institusjonen en dag eller å nekte en beboer å bruke mobiltelefonen en kveld/natt.»[25]

Selv om avgjørelser etter rettighetsforskriften § 11 ikke regnes som enkeltvedtak, kan de påklages til fylkesmannen, jf. rettighetsforskriften § 27. Bestemmelsen slår fast at klager over enkeltvedtak eller andre brudd på rettighetsforskriften følger reglene i forvaltningsloven. Klagen fremmes direkte for fylkesmannen som kan prøve alle sider av saken. Institusjonens leder skal gjøre klageadgangen kjent for dem det gjelder, og levere ut skriftlig materiale om klageadgangen, jf. rettighetsforskriften § 27 fjerde ledd. Institusjonen skal også bistå beboere som ønsker det med å utforme klagen, jf. § 27 fjerde ledd.

13.3.3.4.4 Spesialregel for enkelte barn – rettighetsforskriften § 24

Foruten den generelle bestemmelsen i rettighetsforskriften § 11 som gjelder alle beboere, er det i § 24 en særregel for beboere plassert etter barnevernloven § 4-24 (om plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke) og § 4-26 (om tilbakehold i institusjon på grunnlag av samtykke). Også for barn som er plassert etter disse bestemmelsene er hovedregelen og utgangspunktet at barna fritt skal kunne bruke mobiltelefon, nettbrett, PC og andre elektroniske kommunikasjonsmidler på lik linje med barn og unge som ikke bor på institusjon.

Bestemmelsen i § 24 åpner for at institusjonen ved enkeltvedtak kan nekte beboere plassert etter disse bestemmelsene å bruke elektroniske kommunikasjonsmidler, dersom det er nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen. Bestemmelsen i § 24 er omtalt i rundskriv Q-19/2012. Departementet skriver på side 33:

> «Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler er en viktig og stor del av de fleste barn og unges hverdag. De vil kunne oppleve det som inngripende å bli nektet å bruke mobiltelefon, pc og lignende. Det er derfor viktig at institusjonen her anvender god faglig metode og legger vekt på å få ungdommene til å forstå hvorfor det er nødvendig å sette inn slike begrensninger. (…)
>
> Det må være hensynet til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen som begrunner institusjonens vedtak om å nekte beboeren denne typen kontakt med omverdenen. Ungdom som er på institusjonen med hjemmel i § 4-24 eller § 4-26 er plassert der på grunn av sin atferd og skal motta behandling. Det kan derfor etter en konkret og individuell vurdering være nødvendig å nekte bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler av hensyn til behandlingsopplegget. Denne adgangen til å nekte går lenger enn omsorgsansvaret gir rom for. For en ungdom som er plassert på institusjon på grunn av rusmisbruk, kan det være behov for å nekte bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler for en periode for å hindre at han tar kontakt med rusmiljøet og avtaler kjøp av narkotika. Det samme kan være

---

21 Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 17.
22 Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2016).
23 Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 17.
24 Dette er omtalt i en tolkningsuttalelse fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017a).
25 Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 38.

tilfelle der en ungdom som er plassert på grunn av prostitusjon, benytter mobilen til å avtale salg av seksuelle tjenester. For en ungdom plassert på grunn av kriminalitet, kan det være behov for å nekte vedkommende å kommunisere med andre utenfor institusjonen for å planlegge nye innbrudd.»

Institusjonen kan inndra det elektroniske kommunikasjonsmiddelet dersom beboeren ikke retter seg etter institusjonens avgjørelse om å nekte bruk, jf. § 24 første ledd. Vedtaket kan treffes for inntil fire uker fra inntak og deretter for maksimum 14 dager av gangen. Vedtaket skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig. Institusjonen må fortløpende vurdere om vedtaket skal opprettholdes. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har i en tolkningsuttalelse 13. oktober 2015 uttalt seg om hvorvidt det alltid skal fattes vedtak om å nekte bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler før det fattes vedtak om inndragning. Som hovedregel må det fattes vedtak om å nekte bruk før det fattes vedtak om inndragning. Direktoratet skriver imidlertid i sin tolkningsuttalelse at det kan tenkes tilfeller der det etter en konkret og individuell vurdering er grunnlag for å fatte vedtak om inndragning av elektroniske kommunikasjonsmidler uten først å fatte vedtak om nekt av bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.[26] Åpenhetsutvalget legger til grunn at dersom bakgrunnen for vedtakene er utfordringer med at beboer tar bilder og opptak av ansatte eller andre beboere, må det først treffes vedtak om å nekte bruk av kommunikasjonsmidler. Først når det viser seg at vedtaket ikke følges opp, kan nytt vedtak om inndragning treffes. Mellom de to vedtakene, må beboeren ha fått reell mulighet til å vise at vedkommende ikke følger opp første vedtak. Dette synliggjør klageadgangen for lovligheten av det første vedtaket.

Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler kan ikke nektes dersom det vil være urimelig overfor beboeren i det enkelte tilfellet, jf. § 24 andre ledd. Det er heller aldri adgang til å nekte beboeren kontakt med advokat, barneverntjenesten, tilsynsmyndighet, helsepersonell som er beboerens behandler, prest, annen sjelesørger eller lignende, jf. rettighetsforskriften § 3.

[26] Se nærmere Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2015).

13.3.3.4.5 Klageadgang på vedtak etter rettighetsforskriften § 24

En avgjørelse om å nekte bruk av eller inndra et elektronisk kommunikasjonsmiddel, jf. § 24, er et enkeltvedtak og skal i tillegg protokollføres og forelegges tilsynsmyndigheten, jf. rettighetsforskriften § 26 første ledd. Beboeren selv eller de foresatte kan klage over vedtaket til fylkesmannen, jf. rettighetsforskriften § 27. Klagen fremmes direkte for fylkesmannen som kan prøve alle sider av saken. Institusjonens leder skal gjøre klageadgangen kjent for dem det gjelder, og levere ut skriftlig materiale om klageadgangen, jf. rettighetsforskriften § 27 fjerde ledd. Institusjonen skal også bistå beboere som ønsker det med å utforme klagen, jf. § 27 fjerde ledd.

13.3.3.4.6 Barn som er plassert i institusjon ved fare for menneskehandel

Barnevernloven § 4-29 har også særlige regler om barn som er plassert midlertidig i institusjon uten samtykke ved fare for utnyttelse til menneskehandel. Vedtak om plassering treffes av Fylkesnemnda, jf. § 4-29 andre ledd, av barneverntjenestens leder eller av påtalemyndigheten, jf. § 4-29 fjerde ledd. Det kan iverksettes beskyttelsestiltak dersom det er nødvendig for å hindre at barnet får kontakt med personer som det er fare for at kan utnytte barnet til menneskehandel, jf. § 4-29 femte ledd. Beskyttelsestiltakene skal fremgå av vedtaket om plassering og skal ikke være mer omfattende enn nødvendig. Beskyttelsestiltakene kan begrense barnets adgang til å motta besøk, å kommunisere gjennom post, telefon eller annet kommunikasjonsutstyr og å bevege seg fritt utenfor institusjonens område. Beskyttelsestiltakene kan også fastsette begrensninger i hvem som kan få vite hvor barnet er. Beskyttelsestiltakene kan ikke fastsette begrensninger som hindrer barnet i å ha kontakt med verge, advokat, barnevernstjeneste, tilsynsmyndighet, helsepersonell som er beboerens behandler, prest, annen sjelesørger eller lignende.

13.3.3.5 Besøk i institusjon

Beboeren skal fritt kunne motta besøk og ha det samvær med andre som hun eller han ønsker under institusjonsoppholdet, med mindre noe annet følger av fylkesnemndas eller barneverntjenestens vedtak, jf. rettighetsforskriften § 10. Institusjonen kan ikke begrense samvær som følger av fylkesnemndas eller barneverntjenestens vedtak.[27] Institusjonen kan likevel begrense annet

samvær og besøk i kraft av sitt ansvar for å gi forsvarlig omsorg for den enkelte. Institusjonen kan også fastsette regler ut fra institusjonens ansvar for driften, herunder hensynet til trygghet og trivsel for alle på institusjonen.

Rettighetsforskriften § 10 andre ledd presiserer at institusjonen skal legge forholdene til rette slik at det kan gjennomføres gode samvær og besøk for den enkelte beboer.

For beboere plassert etter barnevernloven § 4-24 (om plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke) og § 4-26 (om tilbakehold i institusjon på grunnlag av samtykke) har rettighetsforskriften en egen bestemmelse om besøk i § 23. Også for disse beboerne gjelder hovedregelen i § 10 som utgangspunkt. Institusjonen kan imidlertid etter § 23 nekte beboeren besøk hvis det er nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen. Rettighetsforskriften § 23 andre ledd presiserer at besøk ikke kan nektes dersom det vil være urimelig overfor beboeren i det enkelte tilfellet.

Om adgangen til å nekte besøk skriver departementet i rundskriv Q-19/2012 s. 32:

> «Det vil særlig være aktuelt å nekte beboeren besøk av personer fra miljøer som vil kunne ha en uheldig innvirkning på behandlingen. Dette vil typisk være tilfelle der beboeren er plassert på bakgrunn av rusmisbruk og institusjonen opplever at besøk av venner fra rusmiljøet har negativ påvirkning på beboerens syn på rus, og dermed ødelegger progresjonen i behandlingen. Departementet vil imidlertid bemerke at dette er en unntaksregel som skal anvendes med forsiktighet. Det er uansett ikke adgang til å nekte beboeren besøk dersom det vil være urimelig i det konkrete tilfellet. Institusjonen kan under ingen omstendighet nekte beboeren besøk av advokat, barneverntjenesten, tilsynsmyndighet, helsepersonell som er beboerens behandler, prest, annen sjelesørger eller lignende, jf. § 3.
>
> Plasseringer etter § 4-24 eller § 4-26 innebærer ikke at foreldrene formelt fratas omsorgen. Verken barneverntjenesten eller fylkesnemnda kan regulere samværet mellom foreldrene og barnet, og de har således rett til samvær med hverandre, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd. Samvær må imidlertid utøves på en måte som er forenlig med institusjonsopphold det og driften ved institusjonen. Foreldrene må respektere institusjonens husregler og rutiner og samværet må ikke være forstyrrende for ungdommens behandlingsopplegg.»

Avgjørelse om å nekte besøk etter § 23 regnes som enkeltvedtak, jf. § 26. Vedtaket kan treffes for inntil 14 dager av gangen, men skal ikke opprettholdes lenger enn nødvendig, jf. § 23 første ledd andre setning. Institusjonen må fortløpende vurdere om vedtaket skal opprettholdes.

Dersom beboeren selv eller de foresatte mener det er begått brudd på rettighetsforskriften når det gjelder adgangen til besøk og samvær, kan dette påklages til fylkesmannen, jf. § 27 første ledd. Klager over enkeltvedtak eller andre brudd på forskriften følger reglene i forvaltningsloven, jf. § 27 andre ledd. Klagen fremmes direkte for fylkesmannen som kan prøve alle sider av saken.

For barn som er plassert midlertidig i institusjon uten samtykke på grunn av fare for utnyttelse til menneskehandel, jf. barnevernloven § 4-29, kan det settes i verk beskyttelsestiltak, blant annet begrensninger i adgangen til å motta besøk. Beskyttelsestiltakene skal fremgå av vedtaket om plassering og skal ikke være mer omfattende enn nødvendig. Vedtak om plassering treffes av Fylkesnemnda, jf. § 4-29 andre ledd, eller av barneverntjenestens leder eller påtalemyndigheten, jf. § 4-29 fjerde ledd.

13.3.4 Sentre for foreldre og barn

Sentre for foreldre og barn er et hjelpetiltak for gravide, enslige foreldre og par med ett eller flere barn i ulik alder, hvor det er bekymring for barnets omsorgssituasjon. Senter for foreldre og barn anses ikke som institusjoner etter barnevernloven.

Fram til 1. april 2016 var sentre for foreldre og barn kun et frivillig tiltak, hvor foreldrene bor sammen med barnet på senteret og utøver daglig omsorg for barnet selv, under veiledning fra senteret. Nå kan slikt opphold også pålegges av fylkesnemnda som et hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4 tredje ledd.

Sentre for foreldre og barn skal drives slik at foreldrenes og barnets rett til privatliv og familieliv og foreldrenes rett til å ta beslutninger i kraft av den daglige omsorg for barnet respekteres, så langt dette er i samsvar med formålet med opphold det og med senterets ansvar for driften, herunder trygghet og trivsel, jf. barnevernloven § 5-9 a.

---

[27] I Barne- og likestillingsdepartementet (2012), s. 16 har imidlertid departementet uttalt at slikt samvær i noen tilfeller kan begrenses ut fra nødrettsbetraktninger, for eksempel dersom en forelder er ruset eller i alvorlig psykisk ubalanse.

Fylkesmannen fører tilsyn med sentrene, jf. barnevernloven § 5-7. Nærmere bestemmelser om krav til kvalitet og godkjenning, rettigheter og tilsyn er gitt i forskrift for sentre for foreldre og barn.[28] Rettighetsforskriften gjelder ikke for barn i slike sentre.

Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for sentre for foreldre og barn har taushetsplikt etter barnevernloven § 6-7, jf. også forskriften § 3. Forskriften § 17 omhandler vern om den personlige integritet. Senteret skal drives på en slik måte at beboernes personlige integritet blir ivaretatt. Foreldres og barns rett til familie- og privatliv skal respekteres. Av § 19 fremgår det at senteret ut fra sitt ansvar for driften, herunder ansvar for beboernes trygghet og trivsel, kan fastsette husordensregler, rutiner og lignende. Av § 20 fremgår det at beboerne plikter å etterleve senterets husordensregler, rutiner mv. og ellers opptre hensynsfullt og bidra til fellesskapet.

Foreldre som oppholder seg i sentre for foreldre og barn har foreldreansvaret og den daglige omsorgen for barna sine. Kompetansen til å samtykke eller bestemme over barnet om personlige forhold blir den samme som for andre foreldre. Foreldreansvar, barns medbestemmelsesrett og selvbestemmelsesrett er nærmere omtalt ovenfor i punkt 6.3.

13.3.5 Barn som ellers er i kontakt med det kommunale barnevernet

13.3.5.1 Der barnevernet gjør undersøkelser eller gir hjelpetiltak

Ovenfor er det redegjort for hvordan man kan regulere barns mulighet til å ta og dele bilder, film og lydopptak der de bor i fosterhjem, barneverninstitusjon, omsorgssentre og sentre for foreldre og barn. Barn kan også være i kontakt med det kommunale barnevernet i andre tilfeller. Det kan for eksempel være som en del av det kommunale barnevernets arbeid med forebygging. Det kan videre være i forbindelse med at barnevernet undersøker en sak knyttet til barnet, eller det kan være ved gjennomføring av frivillige eller pålagte hjelpetiltak. Eksempler på hjelpetiltak kan være

- råd og veiledning fra barneverntjenesten
- besøkshjem og støttekontakt
- tilsyn i hjemmet
- barnehage og skolefritidsordning
- International Child Development Program (ICDP)
- Parent Management Training – Oregon (PMTO)
- Multisystemisk terapi (MST)
- Funksjonell familieterapi (FFT)
- Tidlig innsats for barn i risiko (TIBIR)
- De utrolige årene – Webster Stratton (DUÅ)
- Aggression Replacement Training (ART)
- Marte Meo
- Circle of security (COS)

Også her kan spørsmål om adgangen til å regulere barnets mulighet til å ta bilder, film og lydopptak oppstå. Det kan for eksempel oppstå spørsmål om barneverntjenesten kan nekte barnet å ta bilder på et venteværelse i det kommunale barnevernets lokaler. Antagelig kan barnevernets aktive taushetsplikt og ansvar for en forsvarlig drift hjemle en hovedregel om forbud mot fotografering, filming og lydopptak av andre personer uten deres samtykke på venteværelser og lignende steder. Det at noen er i kontakt med barnevernet kan være sensitiv informasjon, og man bør kunne oppsøke barneverntjenesten uten å måtte bekymre seg for at andre besøkende skal ta bilder, film eller lydopptak av en selv.

Barnets rett til å ta opp eller filme en samtale med ansatte i barnevernet er ikke uttrykkelig regulert. Det er ikke gitt retningslinjer fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet om problemstillingen, og utvalget har heller ikke funnet noen samlet oversikt over hvordan dette praktiseres i barnevernet. Det er ikke ulovlig for barnet å ta et skjult opptak av en samtale det selv deltar i. Barnevernet kan vanskelig hindre slike opptak.

Opptak som barnet tar og selv er del i, kan bare begrenses dersom det i den konkrete situasjonen saklig sett vil lede til et uforsvarlig tjenestetilbud. Dersom barnevernet mistenker at barnet skal ta skjulte opptak av samtalen, og at det er presset eller påvirket til å gjøre dette av sine foreldre eller andre, bør barnevernet etter utvalgets syn undersøke dette nærmere før samtalen gjennomføres. Dersom barnet åpenlyst tar film eller opptak av samtalen, må den ansatte etter utvalgets syn vurdere situasjonen. Det at barnet viser et behov for å ta opp samtalen, kan tale for at dette bør tillates, og at det da vil være en måte å sikre at barnets beste blir ivaretatt. Men det behøver ikke alltid være tilfelle. Barnet kan for eksempel ha blitt påvirket eller presset av sine foreldre til å ta opptak, slik at de kan høre opptaket i ettertid. Dette kan gjøre at barnet ikke våger å fortelle om omsorgssvikt, vold og overgrep eller andre uhel-

[28] Forskrift 25. november 2010 nr. 1479 for sentre for foreldre og barn (forskrift for sentre for foreldre og barn).

dige forhold i hjemmet. Hvis den ansatte mener at opptaket er uheldig, kan man gjennom en samtale forklare barnet hvorfor og prøve å komme til en enighet eller snakke med barnet om at samtalen ikke kan gjennomføres på en forsvarlig måte dersom det gjøres opptak.

Utvalget mener det er mye som taler for at den kommunale barneverntjenesten selv bør ta rutinemessige opptak av samtaler som gjennomføres med barn og foreldre. Samtidig kan dette innebære enkelte utfordringer. Utvalget anbefaler at dette utredes.

Der barnet er i besøkshjem eller med en støttekontakt, er det foreldrene som har bestemmelsesretten over barnet, jf. barneloven § 30. Barnet skal ha medbestemmelsesrett, jf. barneloven § 31 og stadig større selvbestemmelsesrett med alderen, jf. barneloven § 33. Dette er nærmere omtalt i punktene 6.3.3 til 6.3.4. Besøkshjemmet eller støttekontakten har imidlertid et omsorgsansvar for barnet under samværet. Adgangen til å regulere barnets mulighet til å ta bilder, film og lydopptak samt bruk av mobiltelefon og andre elektroniske kommunikasjonsmidler er den samme som for andre barn som oppholder seg i private hjem.

13.3.5.2 Kommunale botiltak for barn og unge

Noen barn og unge voksne får kommunale botiltak tildelt av barnevernet eller kommunen. Det kan for eksempel dreie seg om egne hybler, leiligheter, eller bokollektiv. Beboerne kan være

- barn under 18 år med botiltak som frivillig hjelpetiltak etter barnevernloven
- unge som er kommet til landet som enslige mindreårige asylsøkere, og som bosettes i en kommune
- personer mellom 18 og 23 år som tidligere har hatt tiltak etter barnevernloven, og som har botiltak som del av sitt ettervern

Det foreligger lite systematisk kunnskap om dagens bruk av botiltak, og innholdet i tiltakene. Det varierer hvilken oppfølging beboerne får, hvordan botilbudene er organisert og om botilbudene er bemannet. Barnevernloven gir ikke regler om godkjenning, kvalitet og tilsyn med kommunale botiltak for barn og unge, slik det gis for barneverninstitusjoner og fosterhjem. Rettighetsforskriften gjelder kun ved plasseringer av barn og unge på institusjoner som omfattes av barnevernloven kapittel 5 og omsorgssentre for mindreårige som omfattes av barnevernloven kapittel 5A. De kommunale botiltakene faller dermed utenfor denne reguleringen. Der beboeren er plassert i et kommunalt botiltak som et hjelpetiltak med hjemmel i barnevernloven § 4-4 andre ledd gjelder likevel barnevernlovens krav til forsvarlighet, til å legge avgjørende vekt på barnets beste og til å følge opp hjelpetiltaket. Dette vil igjen stille visse krav til tiltakets kvalitet.

Institutt for samfunnsforskning (ISF) ga i 2018 ut rapporten *Kommunale botiltak for barn og unge: En hvit flekk i velferdsstaten.*[29] Studien viser at mange av beboerne i botiltakene sliter med bekymringer, søvnproblemer og ensomhet. Det er betydelige forskjeller på hvor god tilgang de har til voksne som kan gi dem hjelp og emosjonell støtte. Forskerne anbefaler en mer omfattende lovregulering av tilbudet. Innføring av tilsyn fra fylkesmannen og egne retningslinjer for botiltak er også blant tiltakene som foreslås. De anbefaler videre at det utarbeides kravspesifisering og retningslinjer for drift av botiltak for barn under 18 år. De anbefaler at det kommer klart fram hva som er forventet av et botiltak, hva barn og unge i et botiltak har rett på, og hva som er ansvaret til kommunen. Forskerne skriver at dette eventuelt kan utformes i form av forskrift. De foreslår at retningslinjene eller forskriften blant annet skal inneholde anbefalinger og krav om skriftlig dokumentasjon om hvordan sikkerhet og trygghet skal bli ivaretatt.

Det finnes som nevnt ingen uttømmende oversikt over det store mangfoldet som finnes av kommunale botiltak, hvordan disse er organisert, hvorvidt de har husordensregler eller på annen måte griper inn i beboernes frihet og hva slike regler i så fall går ut på og er hjemlet i. Av ISFs rapport fremgår det at noen av botilbudene som er omtalt i rapporten har regler om innetider, besøk, tilgang til internett og lignende.[30]

I NOU 2016: 16 *Ny barnevernslov – Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse* pekes det på at kommunale botiltak utgjør bosted i offentlig regi for barn med spesielle behov, og at det derfor må sikres at disse bostedene er egnet for denne type opphold. Barnevernlovutvalget har derfor foreslått en bestemmelse om at departementet skal gi nærmere forskrift om kvalitet, godkjenning og tilsyn for ulike typer botiltak som ikke anses som fosterhjem, institusjon eller omsorgssentre.

---

[29] Lidén, Trætteberg & Ulvik (2018).

[30] Lidén, Trætteberg & Ulvik (2018), se for eksempel s. 89, 94 og 97.

13.4 Barnevernets adgang til å regulere andres filming, fotografering og lydopptak

De som besøker barnevernets område kan være både foreldre, andre pårørende eller bekjente av barnet, det kan være mediene eller det kan være personer som ikke har noen tilknytning til barnet. Hvem den besøkende er, og hvilken intensjon vedkommende har med besøket, har betydning for hvor langt barnevernet skal gå i å legge til rette for muligheten for å ta bilder, film og lydopptak eller hindre at det gjøres slike opptak. Medienes samfunnsoppdrag er særlig viktig og er nærmere behandlet i punkt 13.7.7.

Som nevnt ovenfor i punkt 13.2.3 har ansatte i barnevernet taushetsplikt. Det innebærer en plikt til å hindre at uvedkommende får tilgang til opplysninger som er taushetsbelagte, enten ved å unnlate å videreformidle opplysninger eller ved aktivt å forhindre tilgang til opplysninger. Dersom det å tillate besøk eller at det tas bilder, film og lydopptak fra barnevernets område vil føre til at taushetsbelagte opplysninger gis uten hjemmel, plikter virksomheten å hindre dette. Som nevnt i punkt 13.2.3.5 er det for eksempel taushetsbelagt at et barn eller familie er i kontakt med barnevernet eller at et barn bor i en barneverninstitusjon. Dersom besøkende tar bilder eller opptak fra en barneverninstitusjon eller fra andre deler av barneverntjenestens område kan dette innebære en stor risiko for spredning av taushetsbelagt informasjon til andre. Dersom en person besøker en barneverninstitusjon og gjennom dette ser beboerne som bor der, fører ikke det at de tar et bilde nødvendigvis til at disse opplysningene spres videre eller at den som besøker institusjonen tilegner seg noe mer kunnskap om noens personlige forhold enn vedkommende allerede hadde ved å være til stede på institusjonen. Men selve opptaket innebærer en risiko for spredning av taushetsbelagt informasjon til andre. Det er derfor viktig å informere om at publisering av materiale uten samtykke i utgangspunktet er ulovlig. Barnevernet vil ha en plikt til å hindre at det tas bilder, film og lydopptak av barn i barnevernets omsorg, i tilfeller der barnet ikke ønsker å bli fotografert eller gjort opptak av, eller hvis det er andre forhold som gjør at barnets identitet må beskyttes. I andre tilfeller må det gjøres en vurdering av hvorvidt det er nødvendig å hindre opptakene for å ivareta taushetsplikten.

Det følger av barnevernloven § 1-4 at tjenester og tiltak etter barnevernloven skal være forsvarlige. Kravet omfatter både det kommunale og det statlige barnevernet og er en rettslig standard. Dette innebærer at det nærmere innholdet i kravet i vesentlig grad bestemmes av normer utenfor selve loven. Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. På den ene siden handler kravet om vurderinger og normer om hva som kan betegnes som god barnevernfaglig praksis. Samtidig er disse normene et utgangspunkt for å vurdere grensen mot det uforsvarlige. Forsvarlighetskravet gir dermed rom for skjønn, men innebærer samtidig at alle tjenester og tiltak etter barnevernloven skal være forsvarlige både når det gjelder innhold, omfang og når tjenestene ytes.[31]

Det å sørge for forsvarlige tjenester er en kontinuerlig prosess som krever systematisk arbeid med kvalitetsforbedring. Det kan for eksempel komme nye faglige retningslinjer eller ny fagkunnskap som må vurderes og implementeres. Det vil også regelmessig oppstå endringer i brukernes behov som barnevernet må ta høyde for i arbeidet med å sikre forsvarlige tjenester. Barnevernet må til enhver tid ha en bemanning som er tilstrekkelig for å ivareta de oppgavene de er pålagt etter barnevernloven på en forsvarlig måte. Dette innebærer blant annet at ansatte og andre som utfører oppgaver på vegne av barnevernet må ha tilstrekkelig kompetanse og nødvendige faglige kvalifikasjoner til å utføre de oppgavene de blir tildelt.[32]

Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8. Som nevnt der kan virksomhetens plikt til å ha et forsvarlig tjenestetilbud, en forsvarlig drift og et forsvarlig arbeidsmiljø utgjøre rettslig grunnlag for restriksjoner når det gjelder besøk, fotografering, film- eller lydopptak. Dersom adferden forstyrrer på en slik måte at virksomheten ikke lenger kan drives på forsvarlig vis, kan plikten som påhviler virksomhetens eier også gi adgang til å forsøke å styre andres adferd slik at forsvarlighetskravet ivaretas. Grunnlaget strekker seg imidlertid ikke lenger enn det som saklig kan begrunnes i kravet til forsvarlighet.

Hvilke inngrep som kan gjøres overfor den enkelte vil variere mye med hvor viktig det er å gjennomføre tiltaket i det enkelte tilfelle, hvor inngripende det er, i hvilken grad tiltaket henger sammen med tjenestetilbudet, de ansattes arbeidsforhold osv. Utvalget understreker at et forbud mot fotografering, filming eller lydopptak kan innebære et inngrep både i retten til privatliv og i ytringsfriheten. Det hindrer den det gjelder både å innhente opplysninger og å videreformidle

[31] Prop. 106 L (2012–2013), kap. 31.
[32] Prop. 106 L (2012–2013), kap. 31.

disse opplysningene. Også det å nekte noen adgang med formål om å hindre dem i å ta bilder, film eller lydopptak kan være et inngrep i ytringsfriheten. Før en virksomhet forbyr fotografering, filming eller lydopptak bør virksomheten sørge for å ha gjennomført vurderinger der både ytringsfrihet og personvern, og andre relevante hensyn, har blitt vektlagt og hvor mindre inngripende tiltak har blitt vurdert eller prøvd ut.

Kravet til forsvarlighet kan stille krav til barneverninstitusjoner og omsorgssentre om å legge opp en praksis, og innføre retningslinjer og rutiner, som ivaretar personvernet til barn som bor på institusjonen og deres familie. Det samme gjelder det kommunale barnevernet. Det kan for eksempel oppstå spørsmål om barneverntjenesten kan nekte noen å ta bilder, film eller lydopptak på et venteværelse i det kommunale barnevernets lokaler. Antagelig kan barnevernets aktive taushetsplikt og ansvar for en forsvarlig drift hjemle et forbud mot fotografering og opptak av andre personer uten deres samtykke på venteværelser og lignende steder. Det at noen er i kontakt med barnevernet kan være sensitiv informasjon, og en bør kunne oppsøke barnevernet uten å måtte bekymre seg for at andre besøkende tar bilder, film eller lydopptak av en selv.

Det er ikke uttrykkelig regulert om barnevernet kan nekte foreldre å ta opp eller filme en samtale med ansatte i barnevernet. Det er ikke gitt retningslinjer fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet om problemstillingen, og utvalget har heller ikke funnet noen samlet oversikt over hvordan dette praktiseres i barnevernet. Det er ikke ulovlig for foreldre å ta et skjult opptak av en samtale det selv deltar i dersom dette gjøres til privat bruk. Barnevernet har liten mulighet til å hindre slike opptak. Å publisere slike opptak kan imidlertid være ulovlig etter personopplysningsloven. Dersom foreldre publiserer bilder, film eller lydopptak, vil publiseringen omfattes av personopplysningsloven og de må dermed ha et behandlingsgrunnlag, for eksempel et samtykke. Publisering vil også kunne være et brudd på åndsverkloven.

Dersom en forelder åpenlyst tar film eller opptak av samtalen, må den ansatte etter utvalgets syn vurdere situasjonen. Det at foreldrene har et behov for å ta opp samtalen, kan tale for at det bør tillates. Ønsket kan for eksempel være begrunnet i en manglende tillit til hvordan barnevernet vil dokumentere samtalen, selv om barnevernet skriver en rapport som foreldrene får mulighet til å kommentere. Dersom foreldrene får mulighet til å ta opp samtalen kan dette gjøre at de blir tryggere og mer komfortable i situasjonen, og at samtalen slik blir bedre enn om foreldrene nektes å gjøre opptak. Barnevernet kan eventuelt informere om at de ikke samtykker til at opptaket skal publiseres offentlig, herunder på sosiale medier. En slik publisering kan innebære en krenkelse av det gjeldende barnets privatliv. Det kan også være et inngrep i den ansattes personvern og slik virke negativt på den ansattes arbeidsmiljø hvis man frykter at film, bilder eller lydopptak av en selv under utførelse av jobben, deles offentlig.

Hvis den barnevernsansatte vurderer at samtalen ikke kan gjennomføres på en forsvarlig måte dersom det tas opptak, kan den ansatte be foreldrene la være å ta opptak. Barnevernet kan eventuelt utsette samtalen til foreldrene er villige til å gjennomføre den på en forsvarlig måte. Men dette vil ikke alltid være en mulighet. Når barnevernet skal utrede en sak der et barn kanskje er utsatt for omsorgssvikt, vold eller overgrep, kan det ikke la saken trenere fordi det ikke klarer å gjennomføre samtaler med foreldrene uten at det tas opptak.

Et annet spørsmål som kan oppstå er der barneverntjenesten har overtatt omsorgen for et barn og foreldrene ønsker å filme barnet under samvær. Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet kom med en tolkningsuttalelse om filming av barn under samvær 11. september 2017. Direktoratet skriver der:

> «Når foreldre som er fratatt den daglige omsorg har samvær med sitt barn, må det naturlige utgangspunkt være at de kan fotografere og/eller filme barnet i samværssituasjonen. Slike bilder eller filmer vil kunne fungere som minner om barnets utvikling og kunne være til trøst og støtte for foreldre, som går gjennom en vanskelig situasjon. Bilder og film av positiv kontakt med biologiske foreldre vil også kunne ha betydelig verdi for barnet på lengre sikt.
>
> Den praktiske gjennomføringen kan ha betydning for hvordan samværet fungerer for barnet. Filming og fotografering av barnet under samvær må også ses i lys av dette, og det er naturlig at slik virksomhet utøves på en begrenset og skånsom måte.
>
> Dersom fotografering eller filming av barnet under samvær er belastende for barnet, for eksempel på grunn av intensitet eller omfang, er det naturlig at barnevernstjenesten gir foreldrene adekvat veiledning. Dersom foreldrene ikke lar seg veilede må barneverntjenesten vurdere om situasjonen er av en slik karakter at det er nødvendig å fremme en sak om begrens-

ning av samvær for fylkesnemnda. Barnevernstjenesten må avvente fylkesnemndas vedtak før rammene for samværet kan endres. Dersom barneverntjenesten finner det nødvendig av hensyn til barnet, kan likevel samværet midlertidig begrenses, stoppes eller reguleres på annen måte. Dette vil kun være aktuelt dersom barnet utsettes for store belastninger. Barnevernstjenesten må i slike tilfeller umiddelbart fremme en sak for fylkesnemnda.

Ved akuttplassering kan barnevernstjenesten fatte vedtak om omfang av samvær og eventuelle reguleringer knyttet til selve gjennomføringen. Vedtaket må til enhver tid vurderes ut fra forholdene, basert på en vurdering av barnets beste. Dersom filming eller fotografering fremstår som belastende for barnet, vil barnevernstjenesten kunne fatte vedtak om begrensninger av slik aktivitet under samværet. Vedtaket må begrunnes konkret, og vil kunne påklages til fylkesnemnda av foreldrene.»[33]

Utvalget legger til grunn at barnevernet også kan nekte foreldre å filme andre barn som oppholder seg på samme institusjon eller lignende, av hensyn til disse barnas personvern.

Når det gjelder foreldres publisering av bilder og film og deling på sosiale medier skriver Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet i ovenfor nevnte tolkingsuttalelse:

«Når opptak av film eller bilder er gjort, vil en publisering av opptakene på sosiale medier være avhengig av samtykke fra de som er avbildet/filmet. Opptak av fosterforeldre, tilsynspersoner eller ansatte i barneverntjenesten, vil være ulovlig å publisere uten samtykke. Dette gjelder selv om publiseringen skjer i lukkede grupper.

Publisering av bilder av barn, som ikke kan gi gyldig samtykke selv, er avhengig av samtykke fra foresatte eller verger. Når barneverntjenesten har overtatt omsorgsansvaret vil samtykkekompetansen ivaretas av de som har den daglige omsorgen for barnet, for eksempel ved spørsmål om samtykke til publisering av bilder fra barnehage, skole, idrettslag o.l. Foreldrene vil likevel være samtykkeberettiget til publisering av bilder eller film som er tatt under samvær.

Etter personvernregelverket er det imidlertid ikke lov å publisere bilder av barn på en måte som klart tilsidesetter barnas egne interesser. Eksempler på slik publisering kan være bilder, film og andre personopplysninger i barnefordelingssaker eller barnevernssaker, eller deling av bilder som er veldig utleverende eller belastende for barnet.

Der barn er under barnevernets omsorg, er det større grunn til å være mer varsom med deling av bilder og film på sosiale medier, enn ellers. Deling må baseres på hensynet til barnets omsorg og utvikling, og etter hva som er best for barnet. Dette innebærer å reflektere rundt konsekvensene av å dokumentere og dele barnets barndom på internett. De samme vurderinger bør gjøres hva gjelder tekst og kommentarer som legges ut sammen med bilder eller film av barnet.

Dersom foreldrene publiserer bilder eller film av barnet på en måte som barnevernstjenesten mener er til skade eller ulempe for barnet, vil barnevernstjenesten ha et ansvar for å veilede foreldrene. Dersom det ikke er mulig å veilede foreldrene, må barneverntjenesten vurdere om situasjonen er av en slik karakter at det er grunnlag for å fremme ny sak for fylkesnemnda om endring av vilkårene for samvær.»[34]

13.5 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø

De som arbeider i barnevernet har som alle andre arbeidstakere rett på et arbeidsmiljø som er fullt forsvarlig, slik dette begrepet er forstått i arbeidsmiljøloven § 4-1. Hvis noen, i sin kontakt med barnevernet, tar bilder, film eller lydopptak på en hensynsløs måte, kan de ansattes arbeid bli vanskeligere å utføre på en forsvarlig måte og arbeidsmiljøet kan bli forringet. Retten til et forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7.

Dersom det blir tatt bilder, film eller lydopptak av ansatte i barnevernet mens de utfører sitt arbeid kan dette påvirke deres arbeidsmiljø. Bilder, film og lydopptak av barnevernsansatte kan også brukes til å utsette barnevernsansatte for trusler, sjikane og trakassering. Arbeidsgiver har en plikt til å forebygge at problemer bygger seg opp til et nivå der de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø blir krenket.

I en rapport fra Fellesorganisasjonen om netthets fra 2017, kommer det fram at en av fire av respondentene i det kommunale barnevernet

[33] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017b).

[34] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017b).

hadde vært utsatt for netthets i løpet av det siste året.[35] Nesten hver femte ansatt hadde vurdert å bytte jobb på grunn av netthets. Rapporten viser at de som utfører hetsen hovedsakelig er brukere/klienter og pårørende, men det er også mange anonyme hendelser. Undersøkelsen viste også at det var få som kjente til om det var laget rutiner for hvordan netthets skal følges opp på arbeidsplassen.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet har i samarbeid med KS utarbeidet en veileder med råd for å håndtere sjikane, hets og trusler.[36] Veilederen retter seg mot fosterhjem, kommunalt barnevern og statlig barnevern.

Trakassering, uthenging og trusler er anerkjent som et stort problem i barnevernet. Arbeidsgiver har plikt til å gjennomføre tiltak gjennom det systematiske HMS-arbeidet, eller på andre måter å forebygge slike problemer og følge opp ansatte som har opplevd trusler, uthenging, trakassering eller vold som et resultat av arbeidsoppgavene. Justis- og beredskapsdepartementet sendte 17. desember 2018 ut et høringsbrev om endringer i straffeloven der det foreslås endringer i straffeloven § 155 om vold eller trusler mot offentlig tjenestemann.[37] Bakgrunnen for forslaget er blant annet at hets av offentlige tjenestemenn, herunder ansatte i barnevernet synes å være et økende problem. Høringsforslaget går ut på å innlemme begrepet «annen rettsstridig adferd» i § 155 første ledd slik at vold, trusler og skadeverk eller annen rettsstridig adferd mot offentlig tjenestemann blir straffbart etter bestemmelsen. Det er et vilkår at handlingen er gjort for å påvirke eller søke å påvirke en offentlig tjenestemann til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling eller hindre en slik handling. Det foreslås videre et nytt andre ledd i straffeloven § 155 som gjør det straffbart å gjengjelde en tjenestehandling eller et arbeid utført i forbindelse med tjenesten ved vold, trusler, skadeverk eller annen rettsstridig adferd overfor en offentlig tjenestemann eller noen av hans nærmeste.

Utvalgets vurderinger og anbefalinger følger i punkt 13.7.

[35] Fellesorganisasjonen (2017).
[36] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2018b).
[37] Justis- og beredskapsdepartementet (2018b).

13.6 Prosessuelle spørsmål

Utvalget er bedt om å drøfte prosessuelle spørsmål knyttet til tjenesteyters beslutninger, og særlig om beslutninger må forstås som enkeltvedtak eller ikke. Utvalget viser til den generelle redegjørelsen i punkt 12.7. Hva som regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven er nærmere omtalt der.

Etter barnevernloven § 6-1 første ledd gjelder forvaltningsloven med de særregler som er fastsatt i barnevernloven. Videre følger det av andre ledd at avgjørelser som gjelder ytelser og tjenester etter barnevernloven skal regnes som enkeltvedtak.

Informasjon om eller konstatering av rett og plikt som direkte følger av lov er ikke et enkeltvedtak.[38] Å gjøre beboer eller besøkende oppmerksom på et lovlig regelverk kan på samme måte ikke regnes som et enkeltvedtak som gir grunnlag for klagemulighet. Vedtak må være bindende, en oppfordring er dermed heller ikke et enkeltvedtak.[39]

Jo mer inngripende et tiltak er, desto større er grunnen for å tilkjenne den det gjelder klageadgang, uavhengig av om beslutningen anses for å være et enkeltvedtak eller ikke. Også der en beslutning ikke er et enkeltvedtak er det god forvaltningsskikk at forvaltningsorganet vurderer om det skal gis klageadgang.

Rettighetsforskriften har som nevnt ovenfor regler som gjelder ved alle plasseringer av barn og unge på institusjoner som omfattes av barnevernloven kapittel 5 og omsorgssentre for mindreårige som omfattes av barnevernloven kapittel 5A. Som nevnt ovenfor i punkt 13.3.3 har rettighetsforskriften blant annet regler om vern av personlig integritet, om samvær og besøk på institusjonen og om bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Hva som skal regnes som enkeltvedtak er nærmere regulert i rettighetsforskriften § 26. Dersom beboeren selv eller de foresatte mener det er begått brudd på forskriften, kan dette påklages til fylkesmannen, jf. rettighetsforskriften § 27. Dette innebærer at både enkeltvedtak og andre brudd på forskriften kan påklages for fylkesmannen som kan prøve alle sider av saken. Det er altså ikke avgjørende for klageadgangen om beslutningen som er gjort er å anse som et enkeltvedtak.

[38] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.
[39] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.

13.7 Utvalgets vurderinger og anbefalinger

13.7.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig

Barnevernet er en sektor der det er stort behov for åpenhet og innsyn. Barnevernet skal ivareta hensynet til barnets beste i alt sitt arbeid. Det er viktig å synliggjøre hvilke momenter som inngår i vurderingen av barnets beste og ikke legge vekt på utenforliggende hensyn, for eksempel hensynet til virksomhetens omdømme. Det at barnet får ytre seg kan også være til barnets beste. Også når ansatte i barnevernet har taushetsplikt om personlige forhold, kan barnevernet vise åpenhet og gi informasjon om hvordan tjenesten arbeider, prosedyrer etc.

Det følger av barnevernloven at tjenester og tiltak etter loven skal være forsvarlige.[40] Dette innebærer at barnevernet har plikt til å drive virksomheten på forsvarlig måte og tilrettelegge for at de ansatte kan gjøre jobben sin på en god måte og ivareta sine plikter.

Fotografering, filming og lydopptak fra barnevernstjenesten er i utgangspunktet lovlig aktivitet. I noen tilfeller kan filming, fotografering og lydopptak komme i konflikt med et forsvarlig tjenestetilbud. Restriksjoner kan for eksempel være nødvendig når barnas sikkerhet og barnevernlovens krav til forsvarlighet settes i fare, når taushetsplikten ellers vil bli brutt, eller hvis de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø ikke ellers kan oppfylles. I slike tilfeller er det både lovlig og ønskelig med rimelige restriksjoner, innenfor lovens rammer. Restriksjonene må være saklig begrunnet og ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet til forsvarlighet, og kan ikke ha lengre varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet. Når det gjelder barn som bor på institusjon, må det også tillegges vekt at institusjonen er barnets hjem. Dette får betydning for institusjonens plikt til å tilrettelegge for barnets rett til privatliv og barnets ytringsfrihet.

Ansatte i barnevernet har krav på et forsvarlig arbeidsmiljø. Utvalget vil presisere at hensynet til de ansattes og deres arbeidsmiljø ikke er det samme som hensynet til virksomhetens omdømme. Kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7.

For særmerknad fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, se kapittel 16.

[40] Jf. barnevernloven § 1-4.

13.7.2 Barnevernet bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak

13.7.2.1 Innledning

Den kommunale barneverntjenesten bør ha kortfattede og veiledende retningslinjer for besøkendes fotografering, filming, lydopptak.

Barneverninstitusjoner og omsorgssentre bør ha retningslinjer for de ansattes filming og fotografering av barn. I tillegg kan det være nyttig om institusjonen har noen kortfattede og veiledende retningslinjer for beboere og andres fotografering, filming, lydopptak og kanskje også om generell bruk av mobiltelefon.

Sentre for foreldre og barn og kommunale botiltak som er organisert som bofellesskap bør også ha veiledende retningslinjer for beboere og andres fotografering filming og lydopptak. Retningslinjene kan for eksempel henge som plakater i fellesarealer.

For at slike retningslinjer skal fungere på en god måte, bør de gi rom for rimelig skjønn, nyanser og unntak. Absolutte forbud er sjelden veien å gå. Det kan i mange situasjoner fremstå som urimelig og konfliktskapende. Absolutte forbud kan også føre til at ytringsfrihet eller andre menneskerettigheter blir innskrenket i større grad enn loven tillater. De veiledende retningslinjene må i stedet balansere de behov som barna, de ansatte og de foresatte har.

Retningslinjer kan bare gjelde innenfor de rammene lovgivningen gir. Barnevernloven med forskrifter gir for eksempel noen regler om barns rett til å bruke elektroniske kommunikasjonsmidler og hvilke begrensninger som kan legges på slik bruk.

I kapittel 18.2 kommer utvalgets forslag til veileder til arbeidet med å lage lokale retningslinjer.

13.7.2.2 Ytringsfrihet, personvern og andre menneskerettigheter må balanseres

De overordnede verdier som må balanseres i retningslinjer for bilder, film og lydopptak er særlig retten til ytringsfrihet, retten til privat- og familieliv, hensynet til barns rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste, privates rett til eiendom, og retten til et forsvarlig tjenestetilbud. Dette er rettigheter som er ivaretatt i Grunnloven, i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og i annen lovgivning. I enhver situasjon skal man derfor forsøke å ivareta hensynet til disse verdiene, selv om det kan by på vanskelige avveininger.

Særlig står ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern sterkt. Begge disse verdiene skal ivaretas så langt det er mulig i hvert enkelt tilfelle. Ytringsfrihet skal sikre åpenhet og informasjonsflyt, og er en grunnpilar for et godt og demokratisk samfunn. Personvern og retten til privatliv skal på sin side sikre at enkeltmennesker ikke får eksponert sensitive personlige opplysninger eller røpet private forhold uten at de har samtykket til det eller uten at opplysningene har interesse og nytte for allmennheten.

Dersom hensynene til ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern kommer i konflikt med hverandre, skal rettighetene alltid veies mot hverandre i hver enkelt situasjon. Man skal søke etter løsninger som i best mulig grad tar vare på både ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern. Det må være forholdsmessighet eller en balanse mellom rettighetene. Samtale, dialog og bevisstgjøring hos de involverte er derfor viktige stikkord for å få dette til. Mange av de utfordringene vi møter gjennom delekulturen kan løses ved hjelp av bevisstgjøring, velvilje og enkle tiltak. Det enkleste er som regel at de ansatte, barna og de foresatte snakker sammen, at alle lytter til hverandre og at man gjennom dette forsøker å ivareta ulike interesser, hensyn, ønsker og behov.

Når noen tar bilder, film eller lydopptak fra barnevernets område kan dette være viktig dokumentasjon for den som er berørt. Dette gjelder kanskje særlig for barn og unge som utsettes for tvang. Barnevernet bør ta hensyn til at dokumentasjon er viktig for noen, og at det normalt er lovlig å gjøre lyd- eller bildeopptak.

13.7.2.3 Utforming av retningslinjer for ulike deler av barnevernet

13.7.2.3.1 Barnevernets plikt til å hindre at personopplysninger spres

Dersom det å tillate besøk eller at det tas bilder, film eller lydopptak fra barnevernets område vil føre til at taushetsbelagte opplysninger gis ut uten hjemmel, plikter virksomheten å hindre dette. Det at et barn eller familie er i kontakt med barnevernet er i seg selv taushetsbelagt. Også det at et barn bor for eksempel i en barneverninstitusjon er taushetsbelagt. Dersom en person besøker en barneverninstitusjon og gjennom dette ser andre beboerne som bor der, fører ikke det at man tar et bilde til at disse opplysningene nødvendigvis spres videre eller at den som besøker institusjonen tilegner seg noe mer kunnskap om andres personlige forhold enn vedkommende allerede hadde ved å være til stede på institusjonen. Men selve opptaket innebærer en mye større risiko for spredning av taushetsbelagt informasjon til andre. Barnevernet vil ha en plikt til å hindre at det tas bilder, film og lydopptak av barn i barnevernets omsorg, i tilfeller der barnet ikke ønsker å bli fotografert eller gjort opptak av, eller hvis det er andre forhold som gjør at barnets identitet må beskyttes. I andre tilfeller må det gjøres en vurdering av hvorvidt det er nødvendig å hindre opptakene for å ivareta taushetsplikten og for å ivareta plikten til å yte forsvarlige tjenester.

Barnevernet bør derfor gjøre nødvendige tiltak for å hindre at de som er i kontakt med barnevernet blir avbildet uten å ha samtykket til dette. Det kan for eksempel gjøres ved å utarbeide retningslinjer og ved å gi informasjon til barn, foreldre og besøkende. Dersom barnevernet ikke ivaretar barnas rett til privatliv, rett til vern om personlige opplysninger og barnets ytringsfrihet, ivaretas heller ikke kravet til forsvarlige tjenester. Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8.

13.7.2.3.2 Retningslinjer i barneverninstitusjoner, omsorgssentre og i sentre for foreldre og barn

I barneverninstitusjoner, omsorgssentre og i sentre for foreldre og barn bør barnevernstjenesten gjøre nødvendige tiltak slik at man hindrer at besøkende eller beboerne tar bilder, film eller lydopptak av andre beboere eller deres pårørende uten samtykke. Dette kan for eksempel gjøres ved at man har jevnlige samtaler med beboerne slik at man også ivaretar beboernes rett til medvirkning. Intern regulering om fotografering, lydopptak og filming, som er i tråd med gjeldende lovgivning, kan tas inn i husordensregler. Det bør videre gis informasjon om at publisering av bilder, film eller lydopptak som viser andre personer som hovedregel krever samtykke fra den avbildede.

Det kan være nyttig om barneverninstitusjonen og omsorgssentre har kortfattede og veiledende retningslinjer for beboerne og andres fotografering, filming, lydopptak og kanskje også om generell bruk av mobiltelefon. Sentre for foreldre og barn bør også utarbeide slike veiledende retningslinjer for beboere og besøkendes fotografering, filming og lydopptak.

Barn som bor på barneverninstitusjon og omsorgssentre har rettigheter blant annet etter barnevernloven og rettighetsforskriften slik det er omtalt ovenfor i punkt 13.3.3. Rettighetsforskriften gir regler om vern av beboernes integritet og

begrenser institusjoners mulighet til å innskrenke beboernes frihet til å benytte for eksempel elektroniske kommunikasjonsmidler. Institusjonen kan ikke pålegge restriksjoner utover det rettighetsforskriften og annet lovverk åpner for. Utvalget mener begrensninger og reguleringer av mobiltelefonbruk, bilder, film og lignende i barneverninstitusjoner og omsorgssentre i første rekke bør skje i samråd med brukerne ved institusjonen. Dette bør helst skje gjennom jevnlige møter der fordeler og ulemper diskuteres og der man i fellesskap finner fram til hvilke tiltak og hvilke husordensregler som bør gjelde ved institusjonen.

Der det vurderes å gjøre inngrep i barns rett til bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler er det viktig å ta hensyn til at dette kan innebære et inngrep ikke bare i ytringsfriheten, men også i barnas privatliv. Mobiltelefon, nettbrett, datamaskiner og lignende er en viktig del av barns liv. Barn bruker digitale medier av samme grunn som voksne: For å søke informasjon, lese nyheter, bli underholdt, leke, slappe av og være i kontakt med venner. Digitale og sosiale medier er derfor en viktig del av barns sosiale liv og tilgang til fellesskapet. Mye av deres privatliv utøves gjennom digitale medier.

For barn som bor i barneverninstitusjon og omsorgssentre kan det også være ekstra viktig for deres følelse av trygghet at de vet de har en kanal ut til omverden. Det er derfor viktig at de ansatte tar seg tid til å snakke med barnet for å finne ut hvilket behov barnet har for privatliv og hvilket behov barnet har for kontakt med familie og venner via mobiltelefon og andre kommunikasjonsmidler. Å ta bilder, film, lydopptak eller lignende kan være viktigere for barn i institusjon enn det er for barn som lever utenfor institusjon. Det må derfor vises en særlig forståelse for disse barna har noe av sitt privatliv på mobiltelefonen eller privat informasjon lagret på annet digitalt utstyr.

13.7.2.3.3 Retningslinjer i kommunale botiltak

De kommunale botiltakene bør der det er naturlig ut i fra botiltakets innretning og organisering, utforme retningslinjer for fotografering, filming og lydopptak i botiltaket. Retningslinjene kan bare utformes innenfor de rammene lovgivningen gir, og bør ivareta beboernes rett til privatliv, deres ytringsfrihet og deres personlige integritet. Det vil være mer naturlig å ha slike retningslinjer i et botiltak som er organisert som et bokollektiv, enn i et botiltak der beboeren bor alene på en hybel.

Også for barn og unge som bor i kommunale botiltak vil digitale og sosiale medier være en viktig del av deres sosiale liv og tilgang til fellesskapet. Det kan ikke gjøres inngrep i deres rett til privatliv og i deres ytringsfrihet uten tilstrekkelig hjemmel. Rettighetsforskriften gjelder ikke for denne typen botiltak og inngrep kan derfor ikke gjøres med hjemmel i denne forskriften. Dersom det vurderes å gjøre inngrep må det også her legges vekt på at inngrep i muligheten til bruk av digitale medier kan utgjøre et inngrep både i deres ytringsfrihet og i deres rett til privat- og familieliv. Det vises her til redegjørelsen og de hensyn som er omtalt ovenfor når det gjelder barn i barneverninstitusjon. Utvalget viser til Barnevernlovutvalgets forslag om å innføre en bestemmelse i barnevernloven om at departementet skal gi nærmere forskrift om kvalitet, godkjenning og tilsyn for ulike typer botiltak. En slik forskrift bør etter utvalgets syn, i likhet med rettighetsforskriften, inneholde regler om beboernes rettigheter, herunder om vern av deres personlige integritet og beboernes rett til å bruke elektroniske kommunikasjonsmidler.

13.7.2.3.4 Retningslinjer i det kommunale barnevernet

Den kommunale barneverntjenesten bør også ha kortfattede og veiledende retningslinjer for barn, foreldre og andre besøkendes fotografering, filming og lydopptak. I det kommunale barnevernet kan det for eksempel oppstå spørsmål om barneverntjenesten kan nekte noen å ta bilder, film eller lydopptak på et venteværelse i det kommunale barnevernets lokaler. Antagelig kan barnevernets aktive taushetsplikt og ansvar for en forsvarlig drift hjemle et forbud mot fotografering og opptak av andre personer uten deres samtykke på venteværelser og lignende steder. Det at noen er i kontakt med barnevernet kan være sensitiv informasjon, og man bør kunne oppsøke barnevernet uten å måtte bekymre seg for at andre besøkende tar bilder, film eller lydopptak av en selv. I det kommunale barnevernet kan det derfor henges opp oppslag på venterom eller lignende som informerer besøkende om at det ikke er tillatt å fotografere, filme eller gjøre lydopptak av andre uten deres samtykke på venterommet, og som forklarer hvorfor dette er viktig. Det bør videre informeres om at publisering av bilder, film og lydopptak som viser andre personer som hovedregel krever samtykke fra den avbildede.

13.7.2.3.5 Bevisstgjøring av barn og foreldre

Barn under barnevernets omsorg og deres foreldre bør gis informasjon og opplæring slik at de får en god bevissthet om konsekvensene ved publisering av bilder, film og lydopptak av seg selv eller av sitt barn. Informasjonen bør inneholde råd om at det kan være lurt å tenke seg om før man publiserer eller deler bilder og film av seg selv i sosiale medier fordi dette kan være lett tilgjengelig for andre i mange år fremover, og at det kan være lurt om foreldre og andre pårørende tenker seg godt om før de publiserer eller deler bilder, film eller lydopptak av egne barn i sosiale medier. Videre bør foreldrene gjøres bevisste på at barn har rett til et privatliv, og at det å dele bilder, film, lydopptak og opplysninger om barnet kan krenke denne retten. Videre bør de gjøres bevisste på at barnet har rett til å bli hørt, at barnet selv har rett til å bestemme når alderen tilsier det og at foreldre bør respektere det dersom barnet ikke ønsker publisering av bilder, film eller lydopptak av seg selv. Lignende informasjon kan gis i kommunale botiltak og i sentre for foreldre og barn. Utvalget anbefaler at det utformes informasjonsmateriell som er spesielt tilpasset barn.

13.7.2.3.6 Retningslinjer for de ansattes filming av barn

Utvalget har avgrenset mot bilder, film og lydopptak som tas av barnevernet i faglig sammenheng for eksempel som ledd i saksbehandlingen eller når hjelpetiltak gjennomføres. I barneverninstitusjoner kan det også i noen tilfeller tas bilder og film av barna for å lage fotoalbum til barnet eller lignende. Barneverninstitusjoner bør ha retningslinjer for de ansattes filming og fotografering av barn i slike tilfeller.

Bilder og film som de ansatte tar av barn i barneverninstitusjon for å dokumentere hverdagsopplevelser, bør tas med institusjonens eget utstyr. Når det tas bilder og film med de ansattes private kameraer eller mobiltelefoner mister institusjonen kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene. Hvis bilder lagres i en skytjeneste blir skytjenesten databehandler for barnevernet. Hvis ikke barneverninstitusjonen har en databehandleravtale med skytjenesten, vil lagringen innebære et brudd på personopplysningsloven.[41]

Dersom ansatte i omsorgssentre, kommunale botiltak eller i sentre for foreldre og barn tar bilder og film av beboerne, bør det også der utarbeides retningslinjer for de ansattes filming og fotografering.

13.7.2.3.7 Barn som bor i fosterhjem

For barn og unge som bor i fosterhjem, kan fosterforeldre lage rimelige husregler om bruk av mobiltelefon i hjemmet. Barnet bør tas med på råd. Dersom barnet selv eier mobiltelefonen, kan fosterforeldre kun ta beslag i telefonen i kortere perioder og bare så langt det er nødvendig for å sørge for at barnet får nok søvn, for å hindre at barnet kommer i kontakt med personer man er redd vil skade barnets helse, eller der det foreligger en annen saklig grunn.

13.7.3 Der foreldrenes fotografering, filming og publisering er belastende for barnet

At foreldre ønsker å fotografere eller filme barnet sitt under samvær er naturlig og forståelig, og vil i de aller fleste situasjoner være positivt både for barnet og foreldrene.

Dersom foreldres fotografering, filming eller lydopptak av eget barn under samvær er belastende for barnet, for eksempel på grunn av intensitet eller omfang, bør barnevernet gi foreldrene veiledning.

Dersom foreldrene ikke lar seg veilede, bør barneverntjenesten slik Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet skriver i sin tolkingsuttalelse i 2017, vurdere om situasjonen er av en slik alvorlig karakter at det er nødvendig å fremme en sak om begrensning av samvær for fylkesnemnda for å ivareta barnet på en forsvarlig måte.[42] Barnevernstjenesten må avvente fylkesnemndas vedtak før rammene for samværet kan endres, men kan likevel vurdere om samværet midlertidig må begrenses, stoppes eller reguleres på annen måte dersom det nødvendig av hensyn til barnet, fordi barnet utsettes for store belastninger.[43]

Ved akuttplassering bør barnevernstjenesten der det er behov, fatte vedtak om begrensninger når det gjelder filming og fotografering under samværet dersom foreldrenes filming eller fotografering fremstår som belastende for barnet.

Dersom foreldrene publiserer bilder, film eller lydopptak av barnet på en måte som barnevernstjenesten mener er til skade eller ulempe for barnet, vil barnevernstjenesten ha et ansvar for å veilede foreldrene. Dersom det ikke er mulig å

[41] Personvernforordningen artikkel 28 nr. 3.

[42] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017b).

[43] Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (2017b).

veilede foreldrene, må barneverntjenesten slik Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet skriver i sin tolkingsuttalelse i 2017, vurdere om situasjonen er av en slik karakter at det er grunnlag for å fremme ny sak for fylkesnemnda om endring av vilkårene for samvær. Dersom foreldre gjennom publisering av bilder, film eller lydopptak av barnet krenker barnets rett til privatliv kan dette være straffbart, jf. straffeloven § 267. Der det anses nødvendig for å ivareta barnet, bør barnevernet etter utvalgets mening vurdere å informere politiet.

13.7.4 Samtykkekompetanse til behandling av personopplysninger for barn som bor i fosterhjem eller på barneverninstitusjon

Åpenhetsutvalget mener det er uheldig at rettstilstanden er såpass uklar når det gjelder hvem som har samtykkekompetanse til behandling av personopplysninger om barn som bor i fosterhjem eller på barneverninstitusjon. Det hadde vært en fordel om dette var klart regulert i lovverket. Utvalget anbefaler at dette reguleres tydelig i ny barnevernlov i tråd med utvalgets føringer i punkt 6.3.7.4.

13.7.5 Lydopptak av barnevernets møter med barn og foreldre

Det er ikke uttrykkelig regulert om barnevernet kan nekte foreldre eller barn å ta opp eller filme en samtale med ansatte i barnevernet. Utvalget mener det er mye som taler for at den kommunale barneverntjenesten selv bør ta rutinemessige opptak av samtaler som gjennomføres med barn og foreldre. Samtidig kan dette innebære enkelte utfordringer. Utvalget anbefaler at spørsmålet utredes.

13.7.6 Hensynet til de ansattes arbeidsmiljø

De ansatte ønsker å bli møtt med forståelse for at de ikke alltid har lyst til å bli fotografert eller gjort opptak av. Respektfulle samtaler mellom de berørte, vil i mange situasjoner gjøre at man finner praktiske løsninger som er til å leve med for alle. De siste årene har ansatte i den kommunale barnevernstjenesten blitt utsatt for stadig økende netthets og trakassering. Spredning av fotografier, film og lydopptak uten samtykke, som den ansatte eller den ansattes barn er gjenkjennelig på, kan ofte være en del av denne typen sjikane og trakassering. Både de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø og tjenestenes forsvarlighet kan bli skadelidende når de ansatte må leve med slike belastninger. Trakasseringen kan videre føre til at det blir vanskelig å bygge opp kompetanse i barneverntjenesten fordi dyktige medarbeidere søker seg til stillinger som er mindre utsatt for hets og trakassering. I disse tilfellene er ofte konfliktnivået så høyt at respektfulle samtaler ikke er tilstrekkelig for å avhjelpe situasjonen. Utvalget mener at virksomhetene bør politianmelde hets og trakassering av egne ansatte, hvis den har en karakter som tilsier at den er straffbar. Samtidig bør tjenestene etterstrebe å senke konfliktnivået for å forebygge at de ansatte blir utsatt for påkjenninger av denne typen.

Restriksjoner når det gjelder adgangen til å ta bilder, film og lydopptak kan i noen tilfeller være nødvendig hvis de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø ikke ellers kan oppfylles. Restriksjonene må da være saklig begrunnet og ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet til forsvarlighet, og kan ikke ha lengre varighet enn det som er nødvendig for å oppnå formålet.

13.7.7 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak

Mediene har en viktig samfunnsoppgave ved å vise fram og kontrollere hvordan offentlige tjenester og institusjoner fungerer. Barnevernet forvalter verdier på vegne av samfunnet og har i enkelte tilfeller adgang til å utøve makt overfor enkeltmennesker. Samfunnet har derfor et legitimt krav på innsikt i hvordan disse tjenestene fungerer.

Barnevernet ivaretar viktige samfunnsoppgaver og har betydelig innflytelse over sårbare grupper. Det er derfor spesielt viktig at medienes kontrollfunksjon på dette området fungerer godt, og at barnevernet utviser så stor åpenhet som mulig. Restriksjoner med hensyn til fotografering, film- og lydopptak kan etter omstendighetene komme i konflikt med ytringsfriheten.

Samtidig har barn som er i barnevernets omsorg krav på vern om sitt privatliv. Barn som bor på institusjon har krav på det samme vernet, og i noen situasjoner kanskje også et sterkere vern, enn barn i private hjem.

Begrensninger i medienes adgang til å fotografere, filme eller gjøre opptak må enten skje ut fra en saklig begrunnelse i hensynet til barnets beste, det vil si barns privatliv eller barns sikkerhet, eller i en saklig begrunnelse basert på hensynet til forsvarlighet. Der det gjøres begrensinger må begrunnelsen synliggjøre hvilke momenter som

er vektlagt. Det samme gjelder begrensninger i beboeres eller brukeres adgang til å ta bilder, film eller lydopptak. Eventuelle begrensninger må alltid veies opp mot hensynet til ytringsfrihet og medienes særlige vern av innhenting av informasjon. I noen tilfeller kan dokumentasjon fra andre brukere/beboere være en viktig kilde til å avdekke forhold av allmenn interesse, som uberettiget bruk av tvang eller annen maktmisbruk.

Ansatte i barneverninstitusjoner og andre deler av barnevernet må tåle et saklig kritisk lys på barnevernet og på det arbeidet som gjøres der. Begrensninger skal ikke settes av hensyn til institusjonens eller virksomhetens omdømme. Det er ikke gitt at begrunnelser som er tilstrekkelige for restriksjoner overfor foreldre, beboere eller besøkende, er en tilstrekkelig grunn til å legge restriksjoner på medienes arbeid. Dette på grunn av medienes spesielle samfunnsrolle og selvpålagte etiske regelverk i Vær Varsom-plakaten, som er nærmere omtalt i punkt 4.2.4.

Mediene kan ikke vises bort fra barnevernets område med hjemmel i eiendomsretten. Dette er nærmere omtalt i kapittel 9. De ansattes taushetsplikt er nærmere omtalt i punkt 13.2.3.

Barn har ytringsfrihet, og mange barn i barnevernets omsorg vil ha nådd tilstrekkelig alder og modenhet til å treffe egne valg om å uttale seg til mediene og la seg fotografere og filme. Barnet er imidlertid i en sårbar situasjon, og både ansatte og foreldre må uoppfordret kunne gi råd ved slike anledninger. Så lenge personvernet til andre barn på institusjonen ikke krenkes, må barn som bor på institusjon kunne vise fram sitt hjem til mediene. Det er ikke tilstrekkelig grunn til å avvise et barns ønske om å møte mediene at institusjonens fysiske utforming gjør det vanskelig å overholde personvernet overfor andre. Barnevernet plikter, som alle andre offentlige institusjoner, å legge praktisk og fysisk til rette for åpenhet og ytringsfrihet i samfunnet.

Kapittel 14
Skolen

14.1 Innledning

Informasjonssamfunnet har endret skolehverdagen betydelig de siste årene. Stadig nye former for teknologi har blitt en del av undervisningen og benyttes av elevene under friminuttene og i fritiden. Digitale ferdigheter er en av de grunnleggende ferdighetene elever skal lære i skolen.[1] Elever har egne mobiltelefoner med stadig bedre kamera og internettforbindelse. Fotografering, filming og deling har blitt en del av skolehverdagen. Åpenhetsutvalget skal redegjøre for forholdet mellom ytringsfrihet og personvern i grunnopplæringen, og vurdere på hvilken måte filming, fotografering og lydopptak, samt publisering av slikt materiale, kan påvirke elevenes skolemiljø.

Gjennom lovregulering av helse- og omsorgstjenester, barneverntjenester, barnehagetjenester og skoletilbudet stiller lovgiver omfattende krav til de etater eller foretak som drifter virksomhetene. Et fellestrekk, selv om det ikke alltid er et eksplisitt uttalt formål i all lovgivning, er at virksomheten skal drives på en forsvarlig måte. I henhold til opplæringsloven § 1-1 er formålet med opplæringen i skolen meget omfattende, der hovedbudskapet er at skolen skal åpne dører for verden og fremtiden, og at eleven skal gis en historisk og kulturell innsikt og forankring. Plikten til å følge opp dette ligger på skoleeier, med en plikt for fylkesmannen etter opplæringsloven § 14-1 til å føre tilsyn med at skoleeier følger lovpålagte plikter. Dette må leses i en slik sammenheng at det foreligger et krav til forsvarlig drift av virksomheten. Dette underbygger dessuten at skolen er en viktig institusjon i samfunnet. Barn i skolealder tilbringer store deler av tiden sin på skolen. For å bidra til tillitt og åpenhet, bør skolen derfor åpne for allmennhetens innsyn så langt dette er mulig innenfor rammene av plikten til å ha et forsvarlig tjenestetilbud, en forsvarlig drift og et forsvarlig arbeidsmiljø. Plikten til forsvarlig tjenestetilbud, forsvarlig drift og forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7 og 8.

I det følgende redegjøres det for reglene som gjelder i tre ulike situasjoner. Den første situasjonen er når skolen skal fotografere, filme eller gjøre lydopptak av elevene, og eventuelt lagre og/eller publisere bilder eller opptak. Skolen kan gjøre opptak av elevene av ulike grunner: lærere eller andre ansatte kan ønske å bruke bilder og film av elever som virkemiddel i undervisningen, eller skolen kan ønske å ha hyggelige bilder fra en klassetur, leirskole eller lignende.

Den andre situasjonen er når skolen skal regulere elevers fotografering, filming og lydopptak på skolens område og i skoletiden. Mange barn og unge tar bilder og film i sin hverdag, som de deler på sosiale medier eller lagrer på telefonen sin. Dette er i de fleste tilfeller uproblematisk, og et hyggelig innslag i barn og unges liv. Fotografering og filming kan imidlertid også være problematisk. Det kan trekke oppmerksomhet bort fra skolearbeidet, og kan være et forverrende element i mobbesaker.

Den tredje situasjonen er når skolen skal regulere andre personers fotografering, filming eller lydopptak på skolens område. Disse «andre» kan være elevers foreldre, foresatte eller andre slektninger, journalister som ønsker å skrive en sak om skolen, eller fremmede personer.

Til slutt redegjøres det for særlig problemstillinger om samtykke og arbeidsmiljø som kan oppstå i forbindelse med filming, fotografering, lydopptak og publisering av slikt materiale fra skolen. Utvalgets vurderinger og anbefalinger fremkommer i punkt 14.8.

14.2 Skolens adgang til å ta bilder, film og lydopptak

14.2.1 Behandling av personopplysninger i skolen

Den generelle reguleringen i personopplysningloven gjelder i skolen som ellers i samfunnet. Per-

[1] Utdanningsdirektoratet (2016).

sonvernforordningen artikkel 6 krever at den som skal behandle personopplysninger må ha et lovlig grunnlag. Fotografier er personopplysninger hvis det er mulig å gjenkjenne personer i bildet.[2] Det betyr at dersom skolen skal behandle personopplysninger om, inkludert fotografier, film og lydopptak av, ansatte, elever og foresatte, må den ha lovlig behandlingsgrunnlag. De lovlige behandlingsgrunnlagene er listet opp i personvernforordningen artikkel 6 nummer 1. Aktuelle behandlingsgrunnlag for skolen kan være et samtykke fra den som er registrert, at behandlingen er påkrevd for å oppfylle en rettslig forpliktelse, at behandlingen er nødvendig for å oppfylle en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet som skolen er pålagt, eller at behandlingen er nødvendig etter en interesseavveining. De ulike behandlingsgrunnlagene er nærmere omtalt ovenfor i punkt 5.1.5.

Når det gjelder fotografering, filming og lydopptak i skolens regi, er samtykke det mest aktuelle behandlingsgrunnlaget. Skolen må innhente samtykke som dekker alt den planlegger å bruke bildet, filmen eller lydopptaket til. Samtykket må dermed spesifikt nevne både fotograferingen og annen behandling, for eksempel lagring, deling eller publisering av bildet.

14.2.2 Skolens adgang til å publisere bilder, film og lydopptak

Personopplysningslovens regler om behandling av bilder, film og lydopptak der personer er gjenkjennelige, gjelder også for skolens adgang til å legge ut bilder, film og lydopptak på nett eller publisere på annen måte. Skolen må ha samtykke fra den enkelte for å legge ut gjenkjennelige bilder, film og lydopptak av elever og andre på nett. Hvis skolen for eksempel vil lage en katalog med bilder og navn på elevene, må skolen ha samtykke fra elevene og eventuelt foresatte for å gjøre dette. Hvis en skole ønsker å publisere klassebilder på sine hjemmesider, kan dette bare gjøres dersom det er innhentet et gyldig samtykke.

Et situasjonsbilde der det sentrale ikke er de konkrete personene i bildet, kan i noen tilfeller deles uten at det er innhentet samtykke. Skolen kan for eksempel i noen tilfeller legge ut bilder av 17. mai-toget eller åpningen av den nye kantinen selv om elevene på bildet kan identifiseres. Dette gjelder likevel ikke dersom den avbildedes interesser eller grunnleggende rettigheter etter en interesseavveining går foran og krever vern av personopplysningene, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f. Bilder som fremstår som krenkende for den eller dem som avbildes, kan derfor ikke legges ut uten samtykke. For eksempel kan en positur eller et ansiktsuttrykk tolkes på en måte som er belastende. Videre skal bilder som viser barn som bor på hemmelig adresse ikke publiseres.

14.2.3 Samtykke

Som det fremgikk i punkt 14.2.1 krever fotografering, filming eller lydopptak av barn i skolens regi i de fleste tilfeller samtykke.

Mange skoler har utarbeidet samtykkeskjema som de forelegger foresatte og/eller barn ved skolestart, eller i forkant av en anledning der fotografering og filming er aktuelt. Et slikt skjema gir foresatte oppfordring til å ta stilling til om det er greit at deres barn blir fotografert i skolens regi, og hva skolen eventuelt kan gjøre med bildene. Det finnes ikke noe standardisert samtykkeskjema fra statlig hold, men Datatilsynet har på sine nettsider og i veiledningsmateriell listet opp punkter som bør inngå i en samtykkeerklæring tilpasset hver enkelt skole.[3] Utvalget anbefaler at alle skoler utarbeider samtykkeskjema som dekker de aktivitetene som skolen ønsker å ta og publisere bilder og film fra. Utvalget kommer i punkt 19.1 med eksempler på formuleringer som kan brukes i de samtykkeskjemaene skolen utformer.

Foreldrene skal etter barneloven § 33 gi barnet større selvbestemmelsesrett med alderen fram til det fyller 18 år. Barn har rett til medvirkning. Barn har også rett til selvbestemmelse når alderen tilsier det, jf. barneloven § 33. Utvalget vurderer at en tolkning av barneloven § 33 taler for at man tar utgangspunkt i at selvbestemmelsesretten normalt kan tre inn ved fylte 15 år når det gjelder beslutninger i skolen om behandling av personopplysninger i form av bilder og film der opplysningene ikke har noen særlig grad av sensitivitet. Datatilsynet tolker også gjeldende regelverk slik.[4] Barnets behov for beskyttelse av sitt privatliv tilsier at aldersgrensen bør heves i samsvar med graden av sensitivitet. Der det er snakk om samtykke til behandling av særlig sensitiv informasjon kan samtykkekompetansen ligge hos foreldrene helt fram til myndighetsalder.

---

[2] Dette er ukontroversielt, og forutsettes blant annet i personvernforordningens fortalepunkt 51.

[3] Datatilsynet (2018d).

[4] Datatilsynet (2018b).

Samtykkeskjemaet må være tydelig nok til at den som skal samtykke forstår hva man tar stilling til, og spesifikt nok til at det dekker de aktivitetene som krever samtykke. Hvis planen er å ta bilder for å legge dem ut på skolens hjemmeside, bør dette fremkomme på skjemaet. Også muntlige samtykker må være spesifikke og dekkende for hele den aktiviteten det samtykkes til.

14.2.4 Taushetsplikten

14.2.4.1 Innledning

Forvaltningslovens regler om taushetsplikt i §§ 13 til 13 e gjelder for ansatte i skolen, jf. opplæringsloven § 15-1. I dette ligger en plikt til å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det den ansatte i forbindelse med arbeidet får vite om noens personlige forhold, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1.

Skolens fotografering, filming eller lydopptak av elever kan i noen tilfeller føre til situasjoner der taushetsplikten brytes. Dette er først og fremst hvis taushetsbelagt informasjon kommer med på et bilde, en film eller et lydopptak.

Den omstendighet at en elev går på en skole er i utgangspunktet ikke taushetsbelagt, men hvis det er snakk om en skole for elever med spesielle helseproblemer kan dette slå annerledes ut. Da vil informasjon om at eleven går på skolen også innebære informasjon om elevens helsesituasjon.

14.2.4.2 Hvem taushetsplikten gjelder for

Reglene om taushetsplikt gjelder for ansatte både ved offentlige og private skoler. Taushetsplikten gjelder for alle skolens ansatte, uavhengig av hvilken stilling vedkommende har.[5] I tillegg til de som er ansatt, gjelder taushetsplikten også for personer som gjør kortere oppdrag for skolen, for eksempel foreldre som hjelper til på leirskoler eller på andre skoleturer.[6] Også elever som sitter i skolens utvalg omfattes av taushetsplikten.[7] Helsepersonell som arbeider på skolen, slik som helsesykepleiere, har profesjonsbestemt taushetsplikt etter helsepersonelloven.

14.2.4.3 Hvilke opplysninger taushetsplikten gjelder for

Det er opplysninger den ansatte «i forbindelse med tjenesten eller arbeidet» får vite om «noens personlige forhold» som er undergitt taushetsplikt, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. I tillegg gjelder taushetsplikt om opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår. Dette alternativet er imidlertid lite praktisk for skoler.

Typiske personlige opplysninger er slektskaps-, familie- og hjemforhold, opplysninger om fysisk og psykisk helse, adferdsvansker og følelsesliv. Vurderinger og karakterer fra ungdomsskole og videregående skole regnes som opplysninger om personlige forhold.[8] Det er også taushetsbelagte opplysninger at en elev mottar spesialundervisning, at en familie følges opp av barnevernet eller at en person mottar sosialhjelp eller trygdeytelser som ikke alle får.[9] Adresse, fødselsdato eller personnummer regnes ikke som personlige forhold, og er ikke taushetsbelagte opplysninger, jf. forvaltningsloven § 13. Skolens klasselister er dermed vanligvis ikke taushetsbelagte. Dersom adressen på klasselisten viser at et barn bor på en barneverninstitusjon, er imidlertid denne opplysningen taushetsbelagt.[10]

Taushetsplikten gjelder opplysninger den ansatte får i skoletiden, men kan også gjelde opplysninger den ansatte får etter skoletid dersom den ansatte får opplysningene fordi vedkommende er ansatt ved skolen.

14.2.4.4 Taushetspliktens aktive og passive side

Taushetsplikten innebærer en plikt til å hindre at uvedkommende får tilgang til opplysninger som er taushetsbelagte, enten ved å unnlate å videreformidle opplysninger eller ved aktivt å forhindre tilgang til opplysninger.

Det er i denne sammenhengen uvesentlig om tilgangen skjer ved muntlig videreføring, ved fremvisning av dokumenter, ved at dokumenter ligger fremme, eller på andre måter. Dokumenter og annet materiale som inneholder opplysninger undergitt taushetsplikt, skal oppbevares på en betryggende måte, jf. forvaltningsloven § 13 c andre ledd.

---

5 Svele (2018), s. 51.
6 Svele (2018), s. 51.
7 Svele (2018), s. 51.
8 Svele (2018), s. 52.
9 Svele (2018), s. 52.
10 Svele (2018), s. 53.

14.2.4.5 Samtykke, og andre grunnlag for deling av opplysninger

Forvaltningsloven har flere bestemmelser om begrensinger i taushetsplikten. Taushetsplikten er for eksempel ikke til hinder for at opplysninger gjøres kjent for dem opplysningene direkte gjelder, eller for andre i den utstrekning de som har krav på taushet samtykker, jf. forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 1.

14.2.4.6 Sanksjoner ved brudd på taushetsplikten

Brudd på taushetsplikten er straffbart etter straffeloven §§ 209 og 210. Dessuten er det å regne som en tjenesteforsømmelse, og kan derfor lede til arbeidsrettslige sanksjoner.[11]

14.2.5 Retten til et trygt og godt skolemiljø

Utvalget skal vurdere hvordan filming, fotografering og tekst, samt publisering av slikt materiale, kan påvirke elevers skolemiljø. Alle elever har rett på et trygt og godt skolemiljø som fremmer helse, trivsel og læring. Det følger av opplæringsloven § 9A-2.

Et trygt og godt skolemiljø omfatter både det fysiske og det psykososiale miljøet ved skolen.[12] Skolemiljøet kan bli påvirket av at det tas og deles bilder, film og lydopptak, også når det er skolen som tar bildene eller opptakene.

Elevorganisasjonen har opplyst utvalget om at mange skoler driver aktiv egenpromotering på sosiale medier og i andre kanaler, og at bilder av elever er blant virkemidlene som brukes. Utvalget har videre blitt kjent med at en del skoler, eventuelt i samarbeid med foreldrene, har lukkede klassegrupper på sosiale medier der det deles bilder fra aktiviteter, leirskole mm.

Denne typen bildedeling kan godt være lovlig etter personopplysningsloven så lenge foresatte og/eller barnet har samtykket til den.[13] Samtidig kan den påvirke skolemiljøet, både i positiv og negativ retning. Hvis skolens opptak og bruk av bilder, film og lydopptak påvirker en eller flere elevers skolemiljø på en negativ måte, kan elevens rett til et trygt og godt skolemiljø sette en selvstendig grense for skolens bruk av slikt materiale.

14.2.6 Bruk av robot i undervisningen

Kunnskapsdepartementet har kommet med en tolkingsuttalelse angående bruk av robot i undervisningen.[14] Uttalelsen dreier seg om roboter som er utplassert i et klasserom med mulighet for toveis overføring av lyd og enveis overføring av bilde fra klasserommet til en elev som oppholder seg et annet sted. Målgruppen for bruken er elever som på grunn av sykdom eller skade ikke kan være på skolen.

Departementet skriver at bruk av slik robot er tillatt, men frivillig for alle parter. Det vil si at en elev ikke kan pålegges, og heller ikke kreve, å få bruke robot. Robot skal være et supplement til annen spesialundervisning, og kan ikke i seg selv oppfylle skolens plikt til å gi undervisning til et langtidssykt barn. Utvalget antar at bruk av robot, videoopptak og andre former for virtuell tilstedeværelse i undervisningssituasjoner vil bli stadig mer vanlig i fremtiden.

Videre skriver departementet at bruk av skolerobot i de fleste tilfeller innebærer behandling av personopplysninger slik begrepet er brukt i personopplysningsloven. Skolen må dermed sikre at vilkårene for dette er oppfylt, og at den har på plass rutiner for datasikkerhet, internkontroll etc. som tilfredsstiller lovens krav. Utvalget forutsetter at lovgiver sørger for tilstrekkelig datasikkerhet og personvern for berørte ved bruk av robot i undervisning.

14.3 Regulering av elevers fotografering, filming og lydopptak

14.3.1 Innledning

Skolen har ansvar for elevenes skolemiljø og de ansattes arbeidsmiljø. I den grad fotografering, filming og lydopptak påvirker skolemiljøet og arbeidsmiljøet på skolen på en uheldig måte, har skolen både som opplæringsinstitusjon og som arbeidsgiver plikt til å forsøke å motvirke dette.

Dersom elevenes filming, fotografering eller lydopptak gjør at skolen ikke får til å oppfylle sin plikt til et forsvarlig tjenestetilbud, en forsvarlig drift og et forsvarlig arbeidsmiljø, ivareta taushetsplikt om elevens personlige forhold eller ivareta elevens rett til et trygt og godt skolemiljø, kan skolen gjøre inngrep som er nødvendige for å hindre dette. Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt kapittel 8. Kravet til forsvarlig arbeidsmiljø

[11] Svele (2018), s. 59.
[12] Prop. 57 L (2016–2017), merknad til § 9A-2.
[13] Se mer om samtykke i punkt 6.3.
[14] Kunnskapsdepartementet (2017).

er nærmere omtalt i kapittel 7 og punkt 14.6. Utvalgets anbefalinger fremkommer i punkt 14.8.

14.3.2 Retten til et trygt og godt skolemiljø

Av opplæringsloven § 9 A-2 fremgår det at «alle elevar har rett til eit trygt og godt skolemiljø som fremjar helse, trivsel og læring.»

Det følger av bestemmelsens forarbeider at retten til et trygt og godt skolemiljø favner om både det fysiske og det psykososiale miljøet.[15] Skolemiljøet omfatter hvordan eleven opplever å ha det på skolen, i skolefritidsordningen og i leksehjelptilbudet. Elevens opplevelse er avgjørende for vurderingen av om eleven har et trygt og godt skolemiljø.[16]

Ny teknologi og nye måter å kommunisere digitalt på har skapt nye utfordringer når det gjelder mobbing og krenkelser.[17] Omfanget av digital mobbing i Norge er usikkert, da ulike studier stiller litt ulike spørsmål og får tilsvarende ulike resultater.[18] I Elevundersøkelsen 2018 fortalte 1,9 prosent av elevene i 5. til 13. trinn at de blir mobbet digitalt to eller tre ganger i måneden eller oftere. Andelen som oppgir at de blir mobbet (tradisjonell mobbing) to eller tre ganger i måneden er 4,6 prosent. Direktoratet beskrev dermed digital mobbing som et relativt lav-frekvent fenomen.[19] Rundt halvparten av de som blir utsatt for digital mobbing blir også utsatt for tradisjonell mobbing. Gutter på 5. trinn oppgir den høyest frekvensen av digital mobbing (2,6 prosent), og jenter i 13. trinn oppgir den laveste frekvens (0,8 prosent). Utdanningsdirektoratet så ingen betydelige forskjeller mellom kjønnene, bortsett fra på ungdomstrinnet der en noe større andel jenter enn gutter oppgir at de blir mobbet digitalt.[20]

Medietilsynets barn og medier-undersøkelse fra 2018 bruker en noe bredere definisjon av mobbing, og oppgir at 8 prosent av elever blir mobbet digitalt.[21] Digital mobbing, der fotografering og filming av mobbeofferet kan være en komponent, er vanskelig for skolen å oppdage idet de voksne som regel ikke er til stede på de samme digitale arenaene som barna. I undersøkelsen oppgir 27 prosent av barna i alderen 9 til 18 år at de har sendt bilder eller videoer av andre på nett uten å be om tillatelse. Dette innebærer en økning sammenlignet med sist barn og medier-undersøkelse fra 2016.[22] Det er også 27 prosent som oppgir at de har sendt eller lagt ut tekst, bilder eller videoer som de angret på etterpå. Her er imidlertid tendensen synkende sammenlignet med undersøkelsen i 2016.[23]

Mobbing som skjer ved at bilder fra garderoben eller filmer fra dagliglivet på skolen blir publisert på internett kan oppleves som en enda større belastning enn mobbing som er begrenset til skolens fysiske område. Det potensielt uendelige antall tilskuere, eller den uendelige offentlighet, har blitt trukket fram som et aspekt som skiller digital mobbing fra mobbing som skjer ansikt til ansikt.[24] Et annet aspekt ved digital mobbing er at den er vanskelig å slippe unna. Kravet om alltid å være tilgjengelig og at det ikke finnes gjemmesteder, er trekk som går igjen i forskningsbeskrivelsene av digital mobbing.[25] Bilder og tekst kan tas fram om og om igjen. Slik følger digital mobbing med hjem, og det eksisterer nærmest ikke noe fristed. De negative konsekvensene av å trekke seg ut av fellesskapet og vekk fra de digitale plattformene kan være større enn å velge å bli der.[26] Anonymitet kan også være et aspekt ved digital mobbing. Bruken av digitale medier gjør det i noen tilfeller mulig å være anonym. Dette fører til at det blir mulig å mobbe på andre måter digitalt enn ansikt til ansikt. Fraværet av direkte tilbakemelding på den digitale mobbingen gir færre muligheter for følelsesmessig justering. I tillegg er det færre muligheter for at tilskuerne kan gripe inn.[27] Elever som opplever digital mobbing og krenkelser i skolehverdagen sin har ikke et trygt og godt skolemiljø som fremmer helse, trivsel og læring, slik som opplæringsloven § 9 A-2 krever.

Skolen har etter opplæringsloven § 9 A-3 plikt til å arbeide kontinuerlig og systematisk for at kravet til et trygt og godt skolemiljø blir oppfylt. Alle som arbeider på skolen har etter § 9 A-4 plikt til å følge med på om elevene har et trygt og godt skolemiljø, og gripe inn mot krenkelser, mobbing, vold, diskriminering og trakassering om dette er mulig.

---

15 Prop. 57 L (2016–2017), pkt. 10.1, merknad til § 9 A-2.
16 Prop. 57 L (2016–2017), pkt. 10.1, merknad til § 9 A-2.
17 Se f.eks. NOU 2015: 2, kap. 6 om digital mobbing og krenkelser.
18 NOU 2015: 2, pkt. 6.3.4 og Utdanningsdirektoratet (2018a), s. 16.
19 Utdanningsdirektoratet (2018a), s. 16.
20 Utdanningsdirektoratet (2018a), s. 17.
21 Medietilsynet (2018a), s. 73.
22 Medietilsynet (2018a), s. 61.
23 Medietilsynet (2018a), s. 62.
24 NOU 2015: 2, pkt. 6.3.2.
25 NOU 2015: 2, pkt. 6.3.2.
26 NOU 2015: 2, pkt. 6.3.2.
27 NOU 2015: 2, pkt. 6.3.2.

Skoleeier kan gjennom ordensreglene forby eller sette rammer rundt elevenes bruk av mobiltelefoner og andre digitale verktøy i skoletiden. Ordensreglene kan også inneholde regler om at elevene ikke har lov til å fotografere, filme eller gjøre lydopptak av hverandre uten å spørre om lov, og stadfeste at slikt materiale ikke kan publiseres på digitale medier uten samtykke. Slike regler, inntatt i et godt kommunisert ordensreglement, kan bidra til å bevisstgjøre elevene og skape grunnlag for reaksjoner på regelbrudd, for eksempel midlertidig inndragning av mobiltelefon eller nedsettelse av karakter i oppførsel. Ordensregler i skolen behandles mer utfyllende i punkt 14.3.3.

14.3.3 Ordensreglement og regler om mobilbruk i skolen

14.3.3.1 Opplæringslovens krav til ordensreglement

Opplæringsloven § 9 A-10 inneholder regler om ordensreglement. Utdanningsdirektoratet har også gitt ut et rundskriv om ordensreglement for grunnskole og videregående skole.[28]

Kommunen plikter etter opplæringsloven § 9 A-10 å gi forskrift om ordensreglement for grunnskolen, og fylkeskommunen plikter å gi forskrift om ordensreglement for den videregående skole. Private skoler plikter også å ha et ordensreglement, dette følger av friskoleloven § 3-9.[29]

Kommune eller fylkeskommune (skoleeier) trenger ikke å detaljregulere hvordan ordensreglementet på hver skole skal se ut gjennom forskrift. Skoleeier kan delegere myndighet til å fastsette ordensreglement, for eksempel til rektor på skolen. Andre varianter er også mulig. Skoleeier kan:

- delegere myndigheten til den enkelte skole, som fastsetter sitt eget ordensreglement
- vedta en lokal forskrift om ordensreglement som er felles for alle skolene i kommunen/fylket
- fastsette fellesregler for alle skolene i en lokal forskrift, men delegere til den enkelte skole å gi særregler tilpasset lokale forhold

I praksis er det siste alternativet en vanlig variant.[30] Selv om kompetansen er delegert, har kommunen eller fylkeskommunen fortsatt ansvaret for at ordensreglement er fastsatt i tråd med loven. Der skolene er delegert muligheten til å gi utfyllende regler, må disse reglene holde seg innen rammen av det vedtatte ordensreglementet.

14.3.3.2 Hvem gjelder ordensreglementet for?

Ordensreglementet retter seg hovedsakelig mot elever i grunnskole eller videregående skole. Reglementet er også viktig for rektor, ansatte og foresatte til elever ved skolen.

Bestemmelsene om ordensreglement i opplæringsloven gjelder ikke for opplæring for voksne etter opplæringsloven kapittel 4 A, eller ved opplæring i bedrift etter opplæringsloven kapittel 4.

14.3.3.3 Hvordan skal ordensreglementet utformes?

Et ordensreglement er en forskrift etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c. Berørte institusjoner eller organisasjoner skal dermed gis anledning til å uttale seg før forskriften vedtas, endres eller oppheves, jf. forvaltningsloven § 37.

En forskrift om ordensreglement er unntatt kravet om kunngjøring i Norsk Lovtidend (Lovdata).[31] Opplæringsloven krever i stedet at ordensreglementet gjøres kjent for elevene og foreldre/foresatte, for eksempel ved utdeling til alle elevene og brev med hjem.

14.3.3.4 Når gjelder ordensreglementet?

Ordensreglementet gjelder i skoletiden, det vil si i den tiden barna/ungdommene er elever. Reglementet gjelder altså både i undervisningstimer, friminutt, og på aktiviteter som skoleturer. Dersom elever på videregående skole har fritimer og befinner seg utenfor skolens område, omfattes ikke dette av skoletiden. Også det som skjer i det digitale rom kan omfattes av ordensreglementet. Dette gjelder både skolens intranett eller læringsplattformer, og aktivitet på elevenes private utstyr, for eksempel mobiltelefoner.

Skolefritidsordninger og leksehjelp er ikke en del av skoletiden, og omfattes dermed ikke av skolens ordensreglement. Dette følger av opplæringsloven § 9 A-1. Skolefritidsordninger skal ha egne vedtekter, jf. opplæringsloven § 13-7. Det fremgår av Utdanningsdirektoratets rundskriv Udir-8/2014

[28] Utdanningsdirektoratet (2014).

[29] Lov 4. juli 2003 nr. 84 om frittstående skolar (friskolelova).

[30] Eksempler på dette: Ordensreglement for Oslo-skolen § 2 femte ledd, forskrift om ordensreglement, skoler i Trondheim, § 3 andre ledd, forskrift om ordensreglement for kommunale grunnskoler i Bergen § 1 andre ledd.

[31] Jf. Opplæringslova 9 A-10 fjerde ledd.

at skolefritidsordningen bør opprette sitt eget ordensreglement, og at det bør utarbeides regler for leksehjelpen.

På en del områder kan slike regler være identiske med skolens ordensreglement. Det er imidlertid ikke hjemmel for bortvisning fra skolefritidsordning eller leksehjelp. De andre reglene om skolemiljø i opplæringsloven kapittel 9 A gjelder også for skolefritidsordningen og leksehjelpen.

I forarbeidene til opplæringsloven vises det til at så lenge ordensreglementet begrunnes direkte i skolegangen, kan reglene til en viss grad ha virkning utenfor skolen.[32] Det vises her til at elevenes adferd på skoleveien kan omfattes av reglementet, men ikke elevenes oppførsel i fritiden for øvrig.

Også gratis skoleskyss etter opplæringsloven kapittel 7 henger så tett sammen med skolegangen at den kan reguleres av ordensreglementet. Det innebærer at det kan innføres sanksjoner mot for eksempel mobbing og andre krenkelser, også når dette oppstår på skoleveien. I de tilfellene der det er uklart om forholdet kan reguleres i ordensreglementet eller ikke, må det foretas en skjønnsmessig vurdering. I en slik vurdering er forholdets betydning for undervisningen og læringssituasjonen et sentralt moment.[33]

Elevenes oppførsel på fritiden kan ikke reguleres i et ordensreglement. Skolen kan for eksempel ikke kreve at eleven holder mobiltelefonen hjemme fra skolen. En slik bestemmelse vil i mange tilfeller gripe inn i elevens fritid. I tillegg kan problemene mobiltelefonen gir i undervisningen avhjelpes ved å fastsette i ordensreglementet at mobiltelefonen ikke skal brukes i skoletiden.[34]

Når det gjelder mobbing eller andre krenkelser, kan grensene mellom skole og fritid utviskes. Dette er særlig tilfelle for mobbing som skjer i det digitale rom. Selv om krenkelsene skjer utenfor skolens område og utenfor skoletiden, kan disse sanksjoneres etter skolens ordensreglement dersom de har sterk nok tilknytning til skolen og skolemiljøet. Mobbing eller andre krenkelser som skjer utenfor skoletiden og som er foranlediget av skolesituasjonen eller setter preg på den, kan derfor omfattes av ordensreglementet. Dette kan for eksempel være trusler som har direkte betydning for elevens skolehverdag.[35]

[32] NOU 1995: 18, pkt. 30.2.2.
[33] Utdanningsdirektoratet (2014), pkt. 6.
[34] Utdanningsdirektoratet (2014), pkt. 6.
[35] Utdanningsdirektoratet (2014), pkt. 6.

14.3.3.5 Hva reguleres i ordensreglementet?

Reglementet skal gi regler om rettene og pliktene til elevene så langt de ikke er fastsatt i lov eller på annen måte, jf. opplæringsloven § 9 A-10 andre ledd. Reglementet skal inneholde regler om orden og oppførsel, om hvilke tiltak som kan brukes mot elever som bryter reglementet, og om hvordan slike saker skal behandles. Det fremgår av bestemmelsen at skolen bare kan bruke tiltak som er fastsatt i ordensreglementet. Sanksjoner må likevel avgrenses mot mindre inngripende tiltak som elevene kan oppleve som en straff, men der formålet ikke er å straffe eleven. Det fremgår av lovens forarbeider at slike tiltak følger av skolens rett til å organisere og lede undervisningen, og derfor ikke må fastsettes i ordensreglementet. Forarbeidene nevner at opplærings- og ordensmessige tiltak for eksempel kan være at to elever ikke lenger får sitte ved siden av hverandre, eller får beskjed fra lærer om å legge mobiltelefonen ned i sekken.[36] Før det blir tatt avgjørelse om tiltak, har eleven rett til å forklare seg muntlig for den som skal ta avgjørelsen. Utdanningsdirektoratet skriver i sitt rundskriv at ordensreglementet bør inneholde bestemmelser om for eksempel ulovlige gjenstander, rusmidler og tobakk, fusk, fotografering og bruk av internett og elektronisk utstyr som mobiltelefon og nettbrett.[37]

14.3.3.6 Ordensreglement i utvalgte kommuner og fylkeskommuner

14.3.3.6.1 Innledning

Som redegjort for ovenfor plikter kommunen å gi forskrift om ordensreglement for grunnskolen, og fylkeskommunen plikter å gi forskrift om ordensreglement for den videregående skolen. Ofte delegeres det også en kompetanse til skolene til å fastsette supplerende ordensreglement tilpasset lokale forhold og utfordringer.

Det er vanskelig å si noe generelt om skolenes lokale ordensreglement, annet enn at de gjennomgående gir svært ulik og fragmentert regulering av elevenes retter og plikter. Noen reglementer er gjennomarbeidede dokumenter på flere sider, andre er fargerike punktlister på under hundre ord. Forhold som reguleres og som har relevans for denne utredningen kan være besøk, bruk av mobil i skoletiden, samtykke til fotografering og

[36] Prop. 57 L (2016–2017), s. 67.
[37] Utdanningsdirektoratet (2014), pkt. 7.4.

filming, samtykke til publisering og sanksjonering av brudd på ulike regler.

Nedenfor gjennomgås noen eksempler på ordensreglement som er fastsatt for et utvalg kommuner, fylkeskommuner og skoler.

14.3.3.6.2 Ordensreglement i Oslo kommune

Oslo kommune har fastsatt forskrift om reglement for orden og oppførsel i Osloskolen. Reglementet gjelder for grunnskolene og de videregående skolene i Oslo kommune.[38] Det fremgår der at elevene skal vise alminnelig god oppførsel, herunder vise nettvett og følge skolens regler for bruk av mobiltelefoner, datautstyr og digitalt utstyr, jf. forskriften § 6.

Den enkelte skoles driftsstyre kan lage utfyllende regler tilpasset den enkelte skoles behov, jf. forskriften § 2 femte ledd. Slike regler kan man finne på den enkelte skoles nettsider.

Elvebakken videregående skole har for eksempel et ordensreglement der det fremgår at direkteoverføring fra undervisningsområdet ikke må skje uten samtykke fra alle involverte.[39] Det fremgår videre at besøk på skolen må avtales med faglærer og kontaktlærer. Besøkende skal registrere seg i resepsjonen og få et midlertidig adgangskort. Av Ammerud skoles ordensregler fremgår det at elevene ikke skal ta med mobiltelefon til skolen.[40] Hvis elevene må ha med mobiltelefon enkelte dager er det på eget ansvar, og telefonen må ligge i sekken med lyden av. Apalløkka skole har ordensregler som bestemmer at det ikke er lov til å bruke mobiltelefon eller lignende i timen.

14.3.3.6.3 Ordensreglement i Bærum kommune

Bærum kommune har fastsatt forskrift om ordensreglement der det blant annet står at elevene skal vise nettvett og følge skolens regler for bruk av mobiltelefoner, datautstyr og digitalt utstyr.[41]

Det fremgår videre at den enkelte skole i tillegg kan lage ordensregler tilpasset de lokale forholdene. Bekkestua skole har for eksempel regler om at elevene skal ha mobiltelefonen avslått i undervisningstiden med mindre læreren sier noe annet.[42] Det samme gjelder Blommenholm skole.[43] Hundsund skole har kjøreregler for bruk av nettbrett på skolen.[44] Det fremgår der at eleven alltid skal spørre om lov til å ta bilder, film eller lydopptak av andre personer og at brudd på dette fører til at foresatte blir varslet. Snarøya skole har utarbeidet felles retningslinjer for mobil og nettvett.[45]

14.3.3.6.4 Ordensreglement for Trondheim kommune og Trøndelag fylkeskommune

Trondheim kommune har fastsatt forskrift om ordensreglement for grunnskolen.[46] Ordensreglementet omfatter alle grunnskoler i kommunen og kan ikke fravikes. Det fremgår av forskriften at den enkelte skole i tillegg skal lage utfyllende ordensregler tilpasset skolens behov. Rektor fastsetter disse etter høring i skolens ulike organer.

Av forskriften fremkommer det at privat IKT-utstyr skal være avslått i undervisningstiden.[47] Det fremkommer videre at lærer ved den enkelte skole kan tillate bruk av privat IKT-utstyr i undervisningstiden når dette skjer i undervisningsrelatert sammenheng. Dersom eleven bryter regelen for bruk av privat IKT-utstyr, kan privat IKT-utstyr inndras for resten av undervisningstimen. Ved gjentatte brudd på regelen, kan rektor inndra privat IKT-utstyr for en hel dag. Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på hvor forstyrrende bruken av IKT-utstyret er for undervisningen og alvorligheten av bruddet. Det fremgår videre av forskriften at rektor skal vurdere politianmeldelse ved alvorlige brudd på regelen, eksempelvis fotografering eller videoopptak av krenkende art.

Som et tillegg til ordensreglementet har kommunen gitt et IKT-reglement for grunnskolene som regulerer elevenes bruk av IKT-ressurser.

---

38 Reglementet gjelder i skoletiden når skolene har ansvar for elevene, jf. forskriften § 2. Det vil si i alle typer undervisningslokaler, fellesrom og utearealer og når elevene har undervisning andre steder enn på skolens område, for eksempel leirskoler og skoleturer. Reglementet kommer også til anvendelse utenfor skoletiden forutsatt at elevenes oppførsel har tilstrekkelig tilknytning til skolen, herunder situasjoner der elever krenker hverandre og det fører til at de ikke har det trygt og godt på skolen.

39 Ordensregler for Elvebakken skole.

40 Ordensregler for Ammerud skole og aktivitetsskolen.

41 Forskrift 21. august 2018 om ordensregler for skolene i Bærum kommune (Forskrift om ordensregler for skolene i Bærum kommune).

42 Husregler for Bekkestua skole.

43 Tillegg til ordensreglement – Blommenholm skole.

44 Hundsund skole (2017).

45 Snarøya skole (2012).

46 Forskrift 15. juni 2006 nr. 944 om ordensreglement for elever i grunnskolen i Trondheim kommune, Sør-Trøndelag. (Forskrift om ordensreglement, skoler i Trondheim).

47 Forskrift om ordensreglement, skoler i Trondheim, § 4 pkt. 8.

Der fremkommer det blant annet at eleven må få samtykke fra medelever/foresatte til å legge ut bilder, lyd og film av dem.

Trøndelag fylkeskommune har gitt forskrift om ordensreglement for fylkeskommunale videregående skoler i Trøndelag.[48] Det fremgår blant annet av reglementet at elever ikke skal bruke mobiltelefoner, PC-er og annet elektronisk utstyr på en slik måte at det virker forstyrrende på opplæringen eller krenkende overfor medmennesker. Etter forskriften kan skolene også fastsette egne lokale regler. Et søk blant et utvalg videregående skoler i Trondheim, viste at ingen i utvalget hadde gitt lokale ordensreglement om publisering av bilder eller lignende.[49]

14.3.3.6.5 Ordensreglement for Bergen kommune og Hordaland fylkeskommune

Bergen har fastsatt forskrift om ordensreglement for kommunale grunnskoler.[50] Forskriften gir ingen regler om mobilbruk, men gir regler om fotografering og filming. Av forskriften § 8-2 nr. 8 og 9 følger det at både å fotografere/filme og publisere fotografier/filmer krever samtykke fra den som er avbildet. Rektor ved den enkelte skole kan fastsette tilleggsregler til ordensforskriften. Det fremgår av forskriften § 9 at skolene skal gi lokale regler som skal inneholde retningslinjer for bruk av mobiltelefon og sammenlignbare teknologiske kommunikasjonsmedier – for eksempel nettbrett. Haukeland skole har for eksempel fastsatt at det er lov å ha med mobiltelefon på skolen, men at den skal ligge avslått i skolesekken.

Hordaland fylkeskommune har fastsatt forskrift om ordensreglement for videregående skoler i fylket.[51] Forskriften gir ingen regler om mobilbruk, men presiserer i § 4 nr. 8 d at elevene ikke skal spre lyd- og/eller bildeopptak av andre elever, lærere eller andre ansatte uten deres samtykke. Rektor ved den enkelte skole kan fastsette lokale tilleggsregler til ordensreglementet.

[48] Forskrift 1. august 2018 om felles ordensreglement for elever ved fylkeskommunale videregående skoler i Trøndelag (Forskrift om felles ordensreglement for elever ved fylkeskommunale videregående skoler i Trøndelag).

[49] Thora Storm videregående skole, Katedralskolen, Heimdal videregående skole, Charlottenlund videregående skole, Byåsen videregående skole og Strinda videregående skole.

[50] Forskrift 26. januar 2018 om ordensreglement for kommunale grunnskoler i Bergen. (Forskrift om ordensreglement for kommunale grunnskoler i Bergen).

[51] Forskrift 1. august 2016 om felles ordens- og åtferdsreglement ved dei videregåande skulane i Hordaland (Forskrift om felles ordens- og åtferdsreglement ved dei videregåande skulane i Hordaland).

14.4 Regulering av andres fotografering, filming og lydopptak på skolens område

De som besøker skolens område kan være både foreldre, foresatte, andre nærstående eller bekjente av eleven, det kan være mediene eller det kan være andre personer som ikke har noen tilknytning til eleven. Hvem den besøkende er, og hvilken intensjon man har med besøket, har betydning for hvor langt skolen skal gå i å legge til rette for muligheten for bilder, film og lydopptak eller hindre at det gjøres slike opptak.

Utvalget har blitt gjort kjent med at enkelte skoler har nedlagt forbud eller krav om forhåndstillatelse for utenforstående personers fotografering eller filming i skolegården eller på skolens område for øvrig.[52] Et slikt forbud kan rette seg både mot fremmede personer, mot journalister og mot elevenes foresatte. Årsaken til at skolen ikke ønsker at tilfeldige fremmede voksne skal filme skoleelever er åpenbar, selv om lærere utvalget har vært i kontakt med fremhevet at også slik filming kan ha ufarlige hensikter, for eksempel turister som synes at barns snøballkrig er eksotisk og spennende. Når det gjelder mediene synes oppfatningen blant de lærerne utvalget har snakker med å være at hvis journalister ønsker å intervjue skoleelever mens de befinner seg på skolen, bør dette avtales med skolen på forhånd.[53] [54]

Foreldre kan ønske å filme barna sine i lek og fri utfoldelse, noe som i de fleste tilfeller er uproblematisk. De lærerne utvalget har vært i kontakt med trakk også fram eksempler på foreldre som prøvde å filme hendelser de oppfattet som problematiske for å samle dokumentasjon, der de mente at deres barn ble mobbet og at skolen ikke gjorde nok for å løse problemet.

Dersom fotografering, filming eller lydopptak gjør at skolen ikke kan oppfylle sin plikt til et forsvarlig tjenestetilbud, en forsvarlig drift og et forsvarlig arbeidsmiljø, ivareta taushetsplikt om elevens personlige forhold eller ivareta elevens rett til et trygt og godt skolemiljø, kan skolen gjøre inngrep som er nødvendige for å hindre dette. Elevers rett til et trygt og godt skolemiljø er nærmere omtalt ovenfor i punkt 14.3.2. Fremmede mennes-

[52] Utvalget har hørt innlegg fra mange ulike aktører i sektorene det har utredet. Se punkt 2.4.2 for en oversikt over personer som har holdt innlegg for utvalget.

[53] Utvalget har hørt innlegg fra mange ulike aktører i sektorene det har utredet. Se punkt 2.4.2 for en oversikt over personer som har holdt innlegg for utvalget.

[54] Dette er også tatt inn i enkelte skolers ordensreglement, for eksempel ordensregler for Elvebakken skole i Oslo.

ker, andres foreldre, journalister eller andre som fotograferer i skolegården er neppe et utbredt problem. I den grad dette skjer er det imidlertid klart at det kan skape en usikkerhet som igjen kan påvirke skolemiljøet i en negativ retning. Elevenes rett til et trygt og godt skolemiljø kan dermed være en begrunnelse for å nekte utenforstående uten avtale å fotografere eller gjøre opptak på skolens område i skoletiden. Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8. Kravet til forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7 og i punkt 14.6.

14.5 Særlige problemstillinger knyttet til samtykke

De fleste elever er under 18 år, og dermed ikke myndige. En problemstilling som reiser seg er dermed om det er eleven eller de med foreldreansvaret som har kompetanse til å samtykke til behandling av personopplysninger der dette er nødvendig for å ta eller publisere bilder og film av barn. Innhenting av samtykket når skolen tar bilder, film og lydopptak av elevene er nærmere omtalt i punkt 14.2.3. Samtykke er diskutert mer generelt i kapittel 6. hvor blant annet barns medbestemmelsesrett, barns selvbestemmelsesrett og barns nektelseskompetanse er omtalt i punkt 6.3.

14.6 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø

De som arbeider i skolen har som alle andre arbeidstakere rett på et arbeidsmiljø som er fullt forsvarlig, slik dette begrepet er forstått i arbeidsmiljøloven § 4-1. Hvis elever, foresatte eller andre, i sin kontakt med skolen, tar bilder, film eller lydopptak på en hensynsløs måte, kan de ansattes arbeid bli vanskeligere å utføre på en forsvarlig måte og arbeidsmiljøet kan bli forringet. Retten til et forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7.

Filming, fotografering og lydopptak kan være en særskilt utfordring for arbeidsmiljøet til lærere og andre ansatte i skolen. Elevorganisasjonen opplyste utvalget om at deres erfaring tilsa at smugfotografering og smugfilming av lærere forekommer. Motivet for å ta slike fotografier og filmer kan være å dele bildet med venner, med klassegruppa på sosiale medier, eller for å legge ut på nettsider. Lærere utvalget har hørt innlegg fra ga et eksempel om en skoleansatt som opplevde å få sine dansetrinn på en skoleavslutning filmet og lagt på nett av elever.[55]

Utvalget vet ikke hvor utbredt dette problemet er, men i den grad det forekommer må det påvirke de ansattes arbeidsmiljø i en negativ retning. Om det ikke skulle være så utbredt at bilder av lærere og andre ansatte legges på nett eller deles på sosiale medier uten samtykke, så påvirker likevel de tilfellene der det faktisk skjer arbeidsmiljøet. Arbeidsmiljøet til de som rammes direkte påvirkes, men også arbeidsmiljøet til andre ansatte. Følelsen av å være utsatt for en konstant risiko for å bli filmet eller fotografert under arbeidet kan i seg selv utfordre arbeidsmiljøets forsvarlighet.

Som det fremgår ovenfor i kapittel 7, må ubehagelige opplevelser over en viss terskel før arbeidsmiljøet er uforsvarlig slik begrepet brukes i arbeidsmiljøloven. Sannsynligvis kan fotografering, filming og lydopptak av ansatte i skolen etter omstendighetene overskride denne terskelen, i alle fall hvis det er et gjentagende problem i en klasse. Da har arbeidsgiver en plikt til å gripe inn med tilgjengelige virkemidler, slik som langsiktig og systematisk arbeid for å bygge gode holdninger. Arbeidsgiver bør informere elever om at å legge ut bilder av andre på internett uten samtykke er ulovlig. Hvis en ansatt i skolen i stor grad blir utsatt for denne typen uthenging, og skolen ikke klarer å avhjelpe med mer dialogbaserte virkemidler, kan restriksjoner på bruk av mobiltelefoner med kamera i innføres gjennom ordensreglement.

14.7 Prosessuelle spørsmål

Utvalget er bedt om å drøfte prosessuelle spørsmål knyttet til tjenesteyters beslutninger, og særlig om beslutninger må forstås som enkeltvedtak eller ikke. Utvalget viser til den generelle redegjørelsen i punkt 12.7. Hva som regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven er nærmere omtalt der.

Jo mer inngripende et tiltak er, desto større er grunnen for å tilkjenne den det gjelder klageadgang uavhengig av om beslutningen anses for å være et enkeltvedtak eller ikke. Også der en beslutning ikke er et enkeltvedtak er det god forvaltningsskikk at forvaltningsorganet vurderer om det skal gis klageadgang.

[55] Utvalget har hørt innlegg fra mange ulike aktører i sektorene det har utredet. Se punkt 2.4.2 for en oversikt over personer som har holdt innlegg for utvalget.

Informasjon om eller konstatering av rett og plikt som direkte følger av lov er ikke et enkeltvedtak.[56] Å gjøre en elev eller besøkende oppmerksom på et lovlig regelverk kan på samme måte ikke regnes som et enkeltvedtak som gir grunnlag for klagemulighet. Vedtak må være bindende, en oppfordring er dermed heller ikke et enkeltvedtak.[57]

14.8 Utvalgets vurderinger og anbefalinger

14.8.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig

Skolen skal drives på en lovlig og forsvarlig måte. Det må tilrettelegges for at de ansatte kan gjøre jobben sin på en god måte og ivareta sine plikter. Fotografering, filming og lydopptak fra skolens område er i utgangspunktet lovlig aktivitet. I noen tilfeller kan filming, fotografering og lydopptak utfordre tjenestenes forsvarlighet. I slike tilfeller er det både lovlig og ønskelig med rimelige restriksjoner som er nødvendige for å utføre forsvarlige tjenester.

Restriksjoner kan kun innføres der det er saklig begrunnet og nødvendig av hensyn til virksomhetens plikt til å gi forsvarlige tjenester, drive forsvarlig og sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø, eller der det kan hjemles i annet regelverk. Begrensninger begrunnet i et forsvarlighetskrav kan ikke gå lengre, og heller ikke ha lengre varighet, enn det som er nødvendig. Restriksjoner kan være nødvendig for eksempel når barnas rett til et trygt og godt skolemiljø og skolens plikt til forsvarlig drift settes i fare, når taushetsplikten ellers vil bli brutt, eller hvis de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø ikke ellers kan ivaretas på en god måte. Slike restriksjoner skal likevel ikke gripe inn i elevenes mulighet til å dokumentere alvorlige kritikkverdige forhold på skolen gjennom fotografering, filming og lydopptak. Alvorlige kritikkverdige forhold kan for eksempel være fysisk maktbruk mot elever.

14.8.2 Skolen bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak

14.8.2.1 Innledning

Skolen bør ha retningslinjer for de ansattes filming og fotografering av barn. Skolen bør også ha regler om elevenes filming, fotografering og lydopptak. Dette bør skje gjennom ordensreglement og gjennom regler utformet på lavest mulig nivå (elevregler), for eksempel i den enkelte klasse, elevgruppe, trinn eller base. I kapittel 18.2 kommer utvalgets forslag til veileder til arbeidet med å lage lokale retningslinjer.

For at slike retningslinjer skal fungere på en god måte, bør de gi rom for rimelig skjønn, nyanser og unntak. Absolutte forbud er sjelden veien å gå. Det kan i mange situasjoner fremstå som urimelig og konfliktskapende. Absolutte forbud kan også føre til at ytringsfrihet eller andre menneskerettigheter blir innskrenket i større grad enn loven tillater. De veiledende retningslinjene må i stedet balansere de behov som elevene, de ansatte og de foresatte har.

Det er anledning til å lage rimelige regler om elevers mobilbruk generelt, og fotografering, filming og lydopptak spesielt, gjennom ordensreglementet. Ordensreglementet kan ha mange andre lovlige formål enn å beskytte elevenes privatliv, for eksempel å bidra til ro og orden på skolen, hindre distraksjoner i timene mv. Ordensregler som rettsgrunnlag er nærmere omtalt i punkt 14.3.3. Når det vurderes hvilke tiltak det skal settes i verk bør det legges vekt både på den enkelte elev og andre elevers rett til privatliv og deres ytringsfrihet. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn og barnets rett til å bli hørt må ivaretas.

Utvalget fraråder et generelt forbud mot mobile digitale enheter, herunder mobiltelefoner, i skolen. Utvalget vil i stedet oppfordre skolene til å utforme regler om bilder, film og lydopptak på lavest mulig nivå. Ordensreglementet bør oppfordre hver enkelt klasse, elevgruppe, trinn eller base til å lage elevregler som omhandler mobilbruk, fotografering, filming og lydopptak på skolen.

14.8.2.2 Ytringsfrihet, personvern og andre menneskerettigheter må balanseres

De overordnede verdier som må balanseres i retningslinjer om filming, fotografering, lydopptak og mobilbruk er særlig retten til ytringsfrihet, retten til privat- og familieliv, hensynet til barnas rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste, privates rett til eiendom, og retten til utdanning. Dette er rettigheter som er ivaretatt i Grunnloven eller i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. I enhver situasjon skal man derfor forsøke å ivareta hensynet til disse verdiene, selv om det kan by på vanskelige avveininger.

[56] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.
[57] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.

Særlig står ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern sterkt. Begge disse verdiene skal ivaretas så langt det er mulig i hvert enkelt tilfelle. Ytringsfrihet skal sikre åpenhet og informasjonsflyt, og er en grunnpilar for et godt og demokratisk samfunn. Personvern og retten til privatliv skal på sin side sikre at enkeltmennesker ikke får eksponert sensitive personlige opplysninger eller røpet private forhold uten at de har samtykket til det eller uten at opplysningene har interesse og nytte for allmennheten. Dersom hensynene til ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern kommer i konflikt med hverandre, skal rettighetene alltid veies mot hverandre i hver enkelt situasjon. Man skal søke etter løsninger som i best mulig grad tar vare på både ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern. Det må være forholdsmessighet eller en balanse mellom rettighetene. Samtale, dialog og bevisstgjøring hos de involverte er derfor viktige stikkord for å få dette til.

Mange av de utfordringene vi møter gjennom delekulturen kan løses ved hjelp av bevisstgjøring, velvilje og enkle tiltak. Det enkleste er som regel at de ansatte, elevene og de foresatte snakker sammen, at alle lytter til hverandre og at man gjennom dette forsøker å ivareta ulike interesser, hensyn, ønsker og behov.

14.8.2.3 Forhold skolen bør ta hensyn til når det utarbeides retningslinjer for bilder, film og lydopptak

Skolen er arena for læring og bør tilrettelegge for god bruk og opplæring i digitalt utstyr. Skolen bør derfor legge til rette for bruk av mobiltelefon og andre digitale hjelpemidler i undervisning og lek. Elevene bør trenes i «nettvett» og fornuftig mobilbruk. Ledere og ansatte i skolen bør i minst mulig grad møte elever med forbud som elevene selv ikke har vært med på å bestemme.

Utvalget vil oppfordre skolene til å utforme regler om bilder, film og lydopptak på lavest mulig nivå. Utvalget mener ordensreglementet bør oppfordre hver enkelt klasse, elevgruppe, trinn eller base til å lage elevregler som omhandler mobilbruk, fotografering, filming og lydopptak på skolen. Elever og lærere bør samarbeide om utformingen av elevregler for bilder, film og lydopptak. Elever og lærere bør videre snakke sammen om utfordringer med bilder, film og lydopptak i skolen som tas med private telefoner eller skolens eget utstyr. Hver klasse, elevgruppe, trinn eller base bør diskutere om og i hvilken grad denne gruppen har problemer med bruk av mobiltelefoner, bilder, film eller lydopptak som tas i klasserommet eller i garderober, og elevene bør deretter samtale seg fram til felles elevregler. Felles skoleregler om bruk av mobiltelefoner eller lignende, bør bare omhandle generelle regler om nettvett og regler om trakassering, mobbing eller annen krenkende adferd, eller generelle regler om mobilbruk eller lignende i fellesarealene. Elevreglene kan ikke legge opp til sanksjoner ved brudd. Eventuelle sanksjoner må skje i henhold til kommunens eller skolens ordensreglement.

Skolen bør ha retningslinjer for de ansattes filming og fotografering av barn. Når elevenes hverdag i lek og læring fotograferes eller filmes, er det mulig å ta bilder eller film på en slik måte at fokuset blir på elevenes aktivitet og ikke på elevenes ansikt eller lignende. Bilder og film som de ansatte tar av elever i skolen eller på skoletur, bør tas med skolens eget utstyr. Når det tas bilder og film med de ansattes private kameraer eller mobiltelefoner mister skolen kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene. Hvis bilder lagres i en skytjeneste blir skytjenesten databehandler for skolen. Hvis ikke skolen har en databehandleravtale med skytjenesten, vil lagringen innebære et brudd på personopplysningsloven.[58] Skolens ledelse og ansatte bør på forhånd ha diskutert hvordan dette skal håndteres.

Før det tas bilder og film av barn i skolens regi, må skolen ha et gyldig samtykke. Dersom skolen skal dele bilder, film eller lydopptak av barna krever dette også et gyldig samtykke. Der det er foreldre/foresatte som skal gi samtykke, bør de få et samtykkeskriv der det gis informasjon om fremvisning, deling og publisering av bilder og film av elevene. Samtykket bør klart beskrive hva det er man samtykker til. Elever som er gamle nok til selv å samtykke bør også få et samtykkeskriv. Der eleven er gammel nok til å samtykke selv, bør skolen i tillegg til å innhente samtykke fra eleven gjennom et samtykkeskriv, også som hovedregel spørre eleven i hver konkrete situasjon om lov til å ta og/eller dele bilder og film. Utvalget gir i kapittel 19.1 eksempler på formuleringer som kan brukes ved utarbeidelse av samtykkeskjema for den enkelte skole.

Barn har rett til medvirkning. Barn har også rett til selvbestemmelse når alderen tilsier det, jf. barneloven § 33. Utvalget vurderer at en tolkning av barneloven § 33 taler for at man tar utgangspunkt i at selvbestemmelsesretten normalt kan tre inn ved fylte 15 år når det gjelder beslutninger i skolen om behandling av personopplysninger i

[58] Jf. personvernforordningen artikkel 28 nr. 3.

form av bilder, film og lydopptak der opplysningene ikke har noen særlig grad av sensitivitet. Datatilsynet tolker også gjeldende regelverk slik.[59] Barnets behov for beskyttelse av sitt privatliv tilsier at aldersgrensen bør heves i samsvar med graden av sensitivitet. Der det er snakk om samtykke til behandling av særlig sensitiv informasjon kan samtykkekompetansen ligge hos foreldrene helt fram til myndighetsalder. Uavhengig av barnets alder mener utvalget det er viktig at barnets mening respekteres der barnet selv ikke ønsker at det tas, oppbevares eller deles bilder, film eller lydopptak av barnet. Før bilder deles digitalt, henges på veggen i klasserommet eller andre steder på skolen, bør de ansatte snakke med elevene om hvilke bilder de ønsker eller ikke ønsker å dele. Der barn ikke ønsker å dele bilder, film eller lydopptak av seg selv, skal dette respekteres.

Noen familier ønsker ikke at bilder, film eller lydopptak tas av deres barn eller at disse bildene eller opptakene deles eller publiseres. Det kan skyldes tidligere negative erfaringer, at barn bor på skjult adresse, at foreldre eller barnet selv er offentlige eller kjente personer, eller ganske enkelt en vegring mot bilder, film, deling og publisering. Skolens ansatte bør respektere dette og ikke be om en forklaring på hvorfor noen personer ikke ønsker at det tas, deles eller publiseres bilder eller film. For barn på skjult adresse kan fotografering og deling få alvorlige konsekvenser.

Har man barn i skolen som ikke ønsker å bli tatt bilde eller film av, skal dette tas hensyn til ved fellesarrangementer som skoleavslutninger eller lignende. De ansatte i skolen bør da i forkant tenke ut praktiske løsninger i samråd med eleven eller de foresatte som ikke vil la sitt barn bli avbildet. De besøkende bør oppfordres til å bare ta bilder og film av egne barn, eller til å ta felles bilder og film når de ansatte sier at dette kan gjøres.

Også ansatte ønsker å bli møtt med forståelse for at de ikke alltid har lyst til å bli fotografert eller gjort opptak av. Respektfulle samtaler mellom de berørte vil i mange situasjoner gjøre at man finner praktiske løsninger som er til å leve med for alle. Hvis en ansatt i skolen i stor grad blir utsatt for uthenging gjennom publisering av bilder, film og lydopptak på internett, og skolen ikke klarer å avhjelpe med mer dialogbaserte virkemidler, kan restriksjoner på bruk av mobiltelefoner med kamera innføres gjennom ordensreglement.

Elever har grunn til å regne med at de ikke vil bli filmet og fotografert av utenforstående når de er på skolen. Fram til 10. trinn er det skoleplikt, og eleven kan altså ikke velge ikke å oppholde seg på skolen. Eleven er på mange måter i en privatsfære på skolen, selv om hun eller han er utenfor hjemmet sitt. Hvis et fremmed menneske fotograferer eller filmer elever, er det dermed mye som taler for at elevenes personvern/rett til privatliv bør ha større vekt enn den fremmedes ytringsfrihet eller frihet til å samle informasjon. Dersom ukjente personer oppsøker elevene eller tar bilder, film eller lydopptak av dem, bør skolen be personene forlate området. Mistenker man at bildene eller opptakene kan bli benyttet til straffbare forhold, skal politi kontaktes.

Hvis den som fotograferer eller gjør opptak er en av elevenes foresatte, og vedkommende bare tar bilder eller opptak av sitt eget barn, er trusselen mot personvernet ikke like stor. Hvis slik adferd gir grunn til bekymring for barnas rett til privatliv, skolemiljø eller skolens adgang til å drive på en forsvarlig måte, kan skolen oppfordre dem til å forlate området. Andre virkemidler enn forbud kan nok være like effektive i en slik situasjon, for eksempel å minne om at det er andre barn på skolen som kanskje ikke ønsker å bli fotografert, og å gjøre oppmerksom på at fotografier, film og lydopptak av andre personer i hovedregelen ikke kan publiseres eller deles på internett uten samtykke.

14.8.3 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak

Mediene har en spesiell samfunnsrolle som kontrollør av det offentlige tjenestetilbudet. Skolen ivaretar viktige samfunnsoppgaver og har stor betydning for barn og unge i Norge. Grunnskolen er obligatorisk i Norge. Dette gjør det ekstra viktig med en uavhengig kontroll gjennom mediene.

Skolen bør utvise så stor åpenhet som mulig. Restriksjoner med hensyn til fotografering, film og lydopptak kan etter omstendighetene komme i konflikt med ytringsfriheten. Skolen plikter, som alle andre offentlige institusjoner, å legge praktisk og fysisk til rette for åpenhet og ytringsfrihet i samfunnet. Samtidig har skolen et ansvar for å beskytte barnas personvern.

I denne sammenhengen er det viktig å tilrettelegge for at mediene kan dokumentere forhold ved skolen gjennom fotografering, filming eller lydopptak. Dette gjelder både mediene selv, og at mediene får tilgang til denne type dokumentasjon fra ansatte, elever, foresatte eller andre som befinner seg på skolens område.

[59] Datatilsynet (2018b).

Som utgangspunkt er det tillatt å ta bilder, film og lydopptak på skolens område. Barn har ytringsfrihet, og flere barn i skolen vil ha nådd tilstrekkelig alder og modenhet til å treffe egne valg om å uttale seg til mediene og la seg fotografere og filme. Barn over 15 år kan som hovedregel samtykke selv, se nærmere omtale av barns selvbestemmelsesrett og samtykkekompetanse under punkt 6.3.4. Ønsker en elev å la seg intervjues og filmes på skolens område, bør skolen tilrettelegge for dette. Begrensninger i medienes adgang til å fotografere, filme eller gjøre opptak må enten skje ut fra en saklig begrunnelse i hensynet til barnets beste, dvs. barns privatliv eller barns sikkerhet, eller i en saklig begrunnelse basert på hensynet til forsvarlig drift og tjenesteytelse. Det samme gjelder begrensninger i elevenes adgang til å filme, fotografere eller gjøre lydopptak. Eventuelle begrensninger må alltid veies opp mot hensynet til ytringsfrihet og medienes særlige vern av innhenting av informasjon, og begrensningen må begrunnes.

Det er ikke gitt at begrunnelser som er tilstrekkelige for restriksjoner overfor elever eller foresatte er en tilstrekkelig grunn til å legge restriksjoner på medienes arbeid. Dette på grunn av medienes spesielle samfunnsrolle og selvpålagte etiske regelverk i Vær Varsom-plakaten, som er nærmere omtalt i punkt 4.2.4. I noen tilfeller kan dokumentasjon fra elever, lærere og foresatte være en viktig kilde til å avdekke forhold av allmenn interesse, som maktmisbruk, slåsskamper, mobbing etc.

Ansatte i skolen må tåle saklig kritisk lys på skolen og på arbeidet som gjøres der. Begrensninger skal ikke settes av hensyn til institusjoners omdømme.

Mediene kan ikke vises bort fra offentlige virksomheter med hjemmel i eiendomsretten. Dette er nærmere omtalt i kapittel 9.

Skolen kan kreve at journalistene tilkjennegir seg slik at de kan forsikre seg om at det ikke er snakk om personer med andre hensikter.

Kapittel 15
Barnehagen

15.1 Innledning

De yngste barna bruker mye av sin tid i barnehagen – og barnehagen er derfor en sentral arena i barnas liv. Barnehagen skal ivareta barnas behov for omsorg og lek, og fremme læring og danning som grunnlag for en allsidig utvikling. Det som skjer i barnehagen er viktig for barns trygghet og utvikling. Barn i barnehagealder kan samtidig ha begrensede forutsetninger for å kommunisere egne behov og opplevelser. Åpenhet og innsyn for foresatte og allmennheten for øvrig er derfor av stor betydning.

Det har blitt vanlig at barnehager bruker fotografi aktivt for å dokumentere barnas hverdag. For 20 år siden ble dette gjort med analogt kamera, og bildene ble hengt opp i barnehagen eller satt i permer som de foresatte kunne få med seg på slutten av året. I dag er fotograferingen digital, og lagringen og bruken av bildene likeså. Dette reiser spørsmål om grunnlaget for barnehagens opptak av, lagring og eventuelle publisering eller spredning av fotografier.

I barnehagesektoren oppstår problemstillinger om adgangen til å fotografere, filme og gjøre andre opptak først og fremst i relasjon til barnehagens ansatte og de foresatte. Utvalget avgrenser i utgangspunktet mot bilder, film og lydopptak som tas, deles og arkiveres som en del av det faglige arbeidet, for eksempel ved observasjon i forbindelse med spesialpedagogisk tilrettelegging, fysioterapi og lignende.

Foresatte kan ønske å fotografere og filme sine og andres barn på fellesarrangementer i barnehagen der besøkende er invitert. Problemstillinger som oppstår er spørsmål om foresatte kan fotografere og filme andres barn, om de har lov til å publisere bilder, film og lydopptak, og om barnehagen har adgang til å nekte dem å fotografere, filme og gjøre lydopptak i barnehagen. Spørsmål om adgangen til å ta bilder, film og lydopptak kan også oppstå når det gjelder andre som er på besøk i barnehagen, inkludert mediene.

I det følgende gjennomgås reglene for disse ulike problemstillingene. Utvalgets vurderinger og anbefalinger fremgår av punkt 15.8.

15.2 Barnehagens adgang til å ta bilder, film og lydopptak

15.2.1 Barnehageeier og kommunens ansvar

Det følger av barnehageloven § 7 første ledd at barnehageeieren skal drive virksomheten i samsvar med gjeldende lover og regelverk. For kommunale barnehager er det kommunen som er eier. For private barnehager ligger ansvaret hos den enkelte barnehage, eller barnehagekonsern der det er aktuelt.

Det følger av § 8 at kommunen er lokal barnehagemyndighet og skal gi veiledning og påse at barnehagene drives i samsvar med gjeldende regelverk.

Gjennom lovregulering av helse- og omsorgstjenester, barneverntjenester, barnehagetjenester og skoletilbudet stiller lovgiver omfattende krav til de etater eller foretak som drifter virksomhetene. Et fellestrekk, selv om det ikke alltid er et eksplisitt uttalt formål i all lovgivning, er at virksomheten skal drives på en forsvarlig måte. I barnehageloven følger kravet til forsvarlighet mer implisitt. I henhold til barnehageloven § 7 skal barnehageeier «drive virksomheten i samsvar med gjeldende lover og regelverk». Isolert lesning av denne bestemmelsen tilsier ikke med nødvendighet et krav til forsvarlig barnehagedrift, dersom det forutsettes at gjeldende lover ikke oppstiller et slikt krav til forsvarlighet. Men leser man § 7 i sammenheng med § 2, som oppstiller spesifikke krav til barnehagens innhold, vil man se at det oppstilles krav om at barnehagene skal driftes bedre enn bare forsvarlig. Etter § 2 skal barnehagen ikke bare være en pedagogisk virksomhet, men gi barna blant annet «meningsfylte opplevelser og aktiviteter», «formidle verdier og kultur», fremme barnets nysgjerrighet og interesser, og

bidra til «å utjevne sosiale forskjeller». Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8.

15.2.2 Barns medvirkning og hensynet til barnets beste

Barnehageloven inneholder regler om barns medvirkning. Barnet har rett til å gi uttrykk for sitt syn, og barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet, jf. barnehageloven § 3. Prinsippet om barnets beste, som følger blant annet av Grunnloven § 104 og barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1, er fremhevet i forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver.[1] Rammeplanen slår fast at dette er et overordnet prinsipp som gjelder for all barnehagevirksomhet. Barnets rett til medvirkning er videre utdypet i rammeplanen kapittel 4.

Der rammeplanen omtaler barnets rett til medvirkning nevnes ikke problemstillinger knyttet til fotografering og personvern eksplisitt. Prinsippet må likevel anvendes på en praktisk og konkret måte av barnehagens ansatte også i denne typen situasjoner. Dette kan i noen tilfeller bety at barn bør få mulighet til å samtykke før det tas bilder, film eller lydopptak av dem, eller til å være med å velge hvilke bilder, film og lydopptak som skal vises til foreldre/foresatte og hvilke som skal slettes. Det kan også bety at barnehagens ansatte bør være vare for situasjoner der et barn har grunn til å forvente privatliv. Dette er ikke begrenset til toalettbesøk eller omkledning, men kan også oppstå hvis barnet gjennom ord, blikk, gester eller på andre måter viser at det ikke ønsker å bli fotografert. Hvis en liten gruppe barn trekker seg unna for å leke i fred på et «hemmelig» sted, kan barnehagepersonalet tolke dette som at barna ikke vil forstyrres, og heller ikke skal fotograferes.

15.2.3 Barnehagen som pedagogisk virksomhet

Rammeplanen kapittel 3 omhandler barnehagens formål og innhold. Barnehagen skal ivareta barnas behov for omsorg og lek. Barnehagen skal fremme danning, læring, vennskap, fellesskap, kommunikasjon og språk. Dette henger også sammen med rammeplanen kapittel 7 som omhandler barnehagen som pedagogisk virksomhet. Barnehagen skal være en pedagogisk virksomhet som skal planlegges og vurderes. Barn og foreldre/foresatte har rett til medvirkning i disse prosessene. Målet med barnehagen som pedagogisk virksomhet, er å gi barna et tilrettelagt tilbud i tråd med barnehageloven og rammeplanen. For å oppnå dette skal barnehagen være en lærende organisasjon, og det pedagogiske arbeidet skal være begrunnet i barnehageloven og rammeplanen.[2]

Planleggingen må baseres på kunnskap om barns trivsel og allsidige utvikling, individuelt og i gruppe. Den skal også baseres på observasjon, dokumentasjon, refleksjon, systematisk vurdering og samtaler med barn og foreldre/foresatte.

Det fremgår videre av rammeplanen at barnehagen jevnlig skal vurdere det pedagogiske arbeidet. Det betyr at det pedagogiske arbeidet skal beskrives, analyseres og fortolkes ut fra barnehagens planer, barnehageloven og rammeplanen. Hovedformålet med vurderingsarbeidet er å sikre at alle barn får et tilbud i tråd med barnehageloven og rammeplanen.

Det er utarbeidet støttemateriell om pedagogisk dokumentasjon i barnehagene som ligger på utdanningsdirektoratets nettsider.[3]

15.2.4 Dokumentasjon av det pedagogiske arbeidet

Rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver gir barnehagene et ansvar for å dokumentere den pedagogiske virksomheten:

> «Dokumentasjon av det pedagogiske arbeidet skal inngå i barnehagens arbeid med å planlegge, vurdere og utvikle den pedagogiske virksomheten. Dokumentasjon av det pedagogiske arbeidet kan gi foreldre, lokalmiljøet og kommunen som barnehagemyndighet informasjon om hva barn opplever, lærer og gjør i barnehagen, og om hvordan barnehagen oppfyller kravene i barnehageloven og rammeplanen.»[4]

Barnehagene skal altså dokumentere, og dokumentasjonsarbeidet har et flersidig formål. Dokumentasjonen skal synliggjøre den pedagogiske virksomheten og bidra til å videreutvikle den, og har både en intern og en ekstern funksjon.

---

1 Jf. forskrift 24. april 2017 nr. 487 om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver (forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver), kap. 1.

2 Forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver, kap. 7.

3 Utdanningsdirektoratet (2018b).

4 Forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver, kap. 7.

Videre skal vurderinger om barnegruppens og enkeltbarns trivsel og allsidige utvikling dokumenteres når det er nødvendig for å gi barnegruppen og enkeltbarn et tilrettelagt tilbud. Her er det verdt å merke seg at det er vurderingene som skal dokumenteres. Rammeplanen presiserer at barn har rett til vern om sin personlige integritet, og at personopplysninger skal behandles i samsvar med personopplysningsloven. Det er viktig å gjøre etiske vurderinger knyttet til hva som regnes som nødvendig dokumentasjon, hvem det er nødvendig for, og om det har til hensikt å gi grunnlag for å tilpasse og videreutvikle det pedagogiske arbeidet.

15.2.5 Barnehagens arbeidsmåter

Rammeplanen kapittel 8 omhandler barnehagens arbeidsmåter. Arbeidsmåtene skal ivareta barnas behov for omsorg og lek, fremme læring og danning og gi barn mulighet for medvirkning. Personalet skal ta i bruk varierte arbeidsmåter, og de skal tilpasses enkeltbarn, barnegruppen og lokalmiljøet.

Det fremgår videre at barnehagen skal utøve digital dømmekraft og bidra til at barna utvikler en begynnende etisk forståelse knyttet til digitale medier. Personalet skal utøve digital dømmekraft når det gjelder informasjonssøk, ha et bevisst forhold til opphavsrett og kildekritikk og ivareta barnas personvern. Personalet skal legge til rette for at barn utforsker, leker, lærer og selv skaper noe gjennom digitale uttrykksformer, og delta i barnas mediebruk.[5]

15.2.6 Behandlingsgrunnlag for behandling av personopplysninger

15.2.6.1 Innledning

Hvis barnehagens ansatte fotograferer eller gjør filmopptak av barn som er gjenkjennelige, er bildene eller filmopptakene personopplysninger i personopplysningslovens forstand.[6] Det samme gjelder lydopptak. Behandling av personopplysninger krever et behandlingsgrunnlag. Det finnes flere alternative rettslige grunnlag for behandling av personopplysninger.

Personopplysningslovgivningen setter også krav til at personopplysninger skal behandles på en betryggende måte, og at behandlingsansvarlig har rutiner for sletting av opplysninger som de ikke lenger har behov for eller grunnlag for å behandle. Prinsippet om dataminimering[7] tilsier også at barnehagen ikke skal lagre flere bilder, film eller lydopptak enn de trenger for å oppfylle formålet med fotograferingen eller opptaket. I praksis kan det bety at det holder å lagre de 10 fineste bildene fra barnehagens karneval, ikke alle de 150 bildene som ble tatt.

15.2.6.2 Samtykke og interesseavveining som behandlingsgrunnlag

Både samtykke og interesseavveining kan etter omstendighetene være akseptable behandlingsgrunnlag for en barnehage, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a og f. Når interesseavveining er behandlingsgrunnlag skal det tas særlig hensyn til om den registrerte er et barn. Behandling som kan få konsekvenser for barnet, særlig behandling knyttet til publisering, bør derfor i hovedregelen bygge på et gyldig samtykke. Disse behandlingsgrunnlagene er beskrevet nærmere i punkt 5.1.5.

15.2.6.3 «Rettslig forpliktelse» som behandlingsgrunnlag

Et annet potensielt behandlingsgrunnlag er at behandlingsansvarlig har en rettslig forpliktelse som gjør behandlingen nødvendig, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav c. Barnehagenes dokumentasjonsplikt kan være et rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger. Spørsmålet blir om dokumentasjonsplikten kan være rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger *i form av bilder, film eller lydopptak*. For at dokumentasjonsplikten skal være behandlingsgrunnlag for bilder, film eller lydopptak av barn må behandlingen være «nødvendig» for å oppfylle en «rettslig forpliktelse».

Barnehagene har etter forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver punkt 7 plikt til å dokumentere deler av driften sin for å vise hvordan personalet arbeider for å oppfylle kravene i barnehageloven. Forskriften presiserer at barn har rett til vern av sin personlige integritet, og at et etisk perspektiv må legges til grunn ved dokumentasjon av barn.

Det er kjent at mange barnehager tar bilder av barn, og at noen gjør det i stort omfang. Spørsmålet blir dermed om denne behandlingen av foto-

[5] Jf. forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver, kap. 8.

[6] Dette er ukontroversielt, og forutsettes blant annet i personvernforordningen, fortalepunkt 51.

[7] Uttrykt i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 c).

grafier er nødvendig for å oppfylle den rettslige forpliktelsen forskrift om rammeplan for barnehagen gir barnehagen, eller om den trenger annet grunnlag, slik som for eksempel samtykke.

Fotografier antas å påvirke den personlige integritet mer enn nedskrevne personopplysninger, både fordi de føles mer personlige og fordi de ofte inneholder mer overflødig informasjon enn skriftlige nedtegnelser.[8] Forskriften om rammeplan for barnehagene gir ingen føringer for hvordan dokumentasjonen skal foregå, eller i hvilken form. Dokumentasjonsplikten kan oppfylles uten å fotografere barn. Det er dermed tvilsomt om barnehagenes behandling av personopplysninger i form av fotografier er «nødvendig». Personvernforordningens prinsipp om dataminimering,[9] altså at det ikke skal behandles flere personopplysninger enn det som er nødvendig for å oppnå formålet med behandlingen, taler for samme konklusjon.

Det er dermed mer aktuelt å bygge behandling av personopplysninger i form av fotografier, film og lydopptak av barnehagebarn på andre behandlingsgrunnlag enn dokumentasjonskravet i forskrift om rammeplan for barnehagene.

15.2.7 Taushetsplikten

Forvaltningslovens taushetsbestemmelser i §§ 13 til 13 f gjelder for ansatte i alle barnehager, både offentlige og private, jf. barnehageloven § 20. I dette ligger en plikt til å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det den ansatte i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om noens personlige forhold, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1. Typisk personlige opplysninger er slektskaps-, familie- og hjemforhold, fysisk og psykisk helse, og følelsesliv. Hvilke opplysninger som er underlagt forvaltningsrettslig taushetsplikt er nærmere omtalt i punkt 14.2.4.3. Forvaltningsloven har flere bestemmelser om begrensinger i taushetsplikten. Taushetsplikten er for eksempel ikke til hinder for at opplysninger gjøres kjent for dem som de direkte gjelder, eller for andre i den utstrekning de som har krav på taushet samtykker, jf. forvaltningsloven § 13 a første ledd nr. 1.

Det er i utgangspunktet ikke taushetsbelagt informasjon at et barn går i en konkret barnehage, men hvis barnet er på skjermet adresse eller barnehagen har en spesielt profil som for eksempel involverer helseopplysninger kan dette forholde seg annerledes. Dersom et bilde, en film eller et lydopptak avslører informasjon om noens personlige forhold, vil deling være i strid med taushetsplikten med mindre det foreligger en hjemmel for deling, som for eksempel et gyldig samtykke.

Brudd på taushetsplikten er straffbart etter straffeloven §§ 209 og 210.

15.3 Barnehagens adgang til å regulere andres fotografering, filming og lydopptak

Foreldre og foresatte kan ha ønske om å filme eller fotografere barn i ulike sammenhenger, både i forbindelse med henting og levering, og i forbindelse med ulike markeringer som er åpne for foresatte og andre besøkende.

Hvis barnehagen ønsker å begrense fotografering, filming eller lydopptak gjort av foreldre, foresatte eller andre besøkende i barnehagen må det bygge på et grunnlag.

Barnehagen kan binde foreldrene gjennom avtale. Barnehager kan gjennom kontrakt avtale når foreldrebetalingen skal finne sted, barnehageplassens oppsigelsestid og lignende. Slike avtaler kan også inneholde punkt om registrering av personopplysninger. Utvalget er kjent med at enkelte barnehager har regulert foresattes adgang til å ta bilde og film i avtalen om barnehageplass. Enkelte barnehager har for eksempel tatt inn at det ikke er lov med fotografering på barnehagens område, eller at fotografering bare skal gjøres etter avklaring med barnehagens ansatte. Når foreldre/foresatte mottar tilbud på barnehageplass står de imidlertid delvis i en tvangssituasjon, og må langt på vei akseptere de vilkår barnehagen setter. Dette taler for at inngripende eller uvanlige vilkår i avtalen om barnehageplass bør unngås. Slike avtalevilkår kan være i strid med menneskerettslige forpliktelser om ytringsfrihet.

Dersom filming, fotografering og lydopptak gjør at barnehagen ikke kan drive sin virksomhet forsvarlig, ivareta taushetsplikt om barnas personlige forhold eller ivareta barnas rett til et trygt og godt barnehagetilbud, kan barnehagen gjøre inngrep som er nødvendige for å hindre dette. Kravet til forsvarlig drift er nærmere omtalt i kapittel 8.

---

8 At fotografier utgjør et område som er dekket av ytringsfriheten, men der beskyttelsen av andres rettigheter har særlig tyngde, er flere ganger uttalt av den europeiske menneskerettighetsdomstolen, blant annet i von Hannover v. Germany no. 1 (2004), avsnitt 59.

9 Uttrykt i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 c).

15.4 Særlige problemstillinger knyttet til samtykke

Som redegjort for ovenfor i punkt 15.2.6 er samtykke et aktuelt behandlingsgrunnlag når barnehager tar, lagrer og publiserer bilder, film og lydopptak av barn. Spørsmålet blir dermed om det er foreldrene, barnet eller begge som har samtykkekompetansen.

Som redegjort for i punkt 6.3 er utgangspunktet etter barneloven at den som har foreldreansvar har rett og plikt til å ta avgjørelser på vegne av barn fram til barnet er 18 år når det gjelder personlige forhold. Det finnes i lovgivningen mange unntak fra dette utgangspunktet, ved at barn får rett til selvbestemmelse på et tidligere tidspunkt. Av barneloven § 33 fremgår det at foreldrene skal gi barnet stadig større selvråderett med alderen fram til det fyller 18 år. Også i spesiallovgivningen gis barns selvråderett på enkelte områder før fylte 18 år. Dette er omtalt nærmere i punkt 6.3.4.

Barn i barnehage er på grunn av sin lave alder ikke i stand til fullt ut å forstå alle konsekvensene av at det tas, lagres og deles bilder og andre personopplysninger om barnet. Resultatet må dermed bli at det er foreldre/foresatte som er kompetente til å samtykke til at barnehagen tar, lagrer og deler bilder, film og lydopptak av barna. Men barnet har rett til å gi uttrykk for sitt syn, og barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet, jf. barnehageloven § 3 og barneloven § 31. Å fotografere eller gjøre opptak av et barn som ikke ønsker det, vil sjeldent være i tråd med prinsippet om barnets beste. Dersom barnet uttrykker at det ikke ønsker å bli fotografert eller gjort opptak av, bør dette derfor respekteres. Barnets rett til å nekte er nærmere omtalt i punkt 6.3.5. Reglene om barns rett til medvirkning tilsier at barnehagen også bør gi barnet mulighet til å påvirke bruken av bilder, film og lydopptak i barnehagen. Dette kan skje på ulike måter: Ved at barnehagens personale respekterer at barnet har en nekterett; ved at barnehagen forsøker å unngå å fotografere eller gjøre opptak av situasjoner der barnet bør kunne forvente privatliv; ved at barn involveres i å velge ut bilder og opptak som skal brukes videre og ved at barn er med å lage permer og fotoalbum.

15.5 Særlige problemstillinger knyttet til forsvarlig arbeidsmiljø

Personer som arbeider i barnehagen har rett på et arbeidsmiljø som er fullt forsvarlig, slik dette begrepet er forstått i arbeidsmiljøloven § 4-1. Utfordringer knyttet til at det tas bilder, film og lydopptak av ansatte er mindre utbredt i barnehagene enn i de andre sektorene utvalget skal vurdere, da barnehagens brukere er små barn, og foreldre og andre voksne ikke er tilstede mesteparten av dagen. Problemstillingen kan likevel oppstå for eksempel ved fellesarrangementer der foresatte eller andre er invitert og når barna leveres og hentes i barnehagen. Kravet til forsvarlig arbeidsmiljø kan utgjøre et rettslig grunnlag for regulering av besøk, fotografering, film og lydopptak. Men grunnlaget strekker seg ikke lenger enn det som saklig kan begrunnes i forsvarlighetskravet. Kravet til et forsvarlig arbeidsmiljø er nærmere omtalt i kapittel 7.

15.6 Kunnskap om dagens praksis

Utvalget er kjent med at barnehager har svært ulik holdning og praksis rundt fotografering og filming i barnehagen. Alle ytterpunkter finnes det eksempler på – fra ingen fotografering til rutiner på hvor mange bilder det minimum skal tas av hvert barn hver eneste dag. Bilder brukes, lagres og deles på forskjelligartede medier. Fotoalbum, digitale kamera, elektroniske kommunikasjonsverktøy, hjemmesider og sosiale medier er alle i bruk for å kommunisere bilder til foreldre/foresatte.

Det finnes ingen oversikt over eller gjennomgang av praksis, eller de ulike plattformene barnehager bruker når de behandler fotografier og film. Utvalget har innhentet informasjon om praksis fra et utvalg norske kommuner,[10] og private barnehagers landsforbund.[11] Datatilsynet skriver imidlertid i sin tilsynsrapport fra skoler og barnehager at mange barnehager har innført digitale delingsplattformer uten å spørre eller informere barnehageeier.[12] Dette gjør det vanskelig å vite omfanget av bruk av slike systemer, og dermed også vanskelig å korrekt gjengi praksis, uten å kontakte hver enkelt barnehage.

Den følgende gjennomgangen av praksis baserer seg på de lokale retningslinjene utvalget har fått kjennskap til, og på samtaler med personer som arbeider med barnehagesektoren. Redegjø-

[10] Se punkt 2.4.4.

[11] Private barnehagers landsforbund gir sine medlemmer råd gjennom artikler på sine interne nettsider om bilder av barn på nett og om innhenting av personopplysninger om barn.

[12] Datatilsynet (2014), s. 11.

relsen gir dermed ikke en uttømmende gjennomgang av praksis i norske barnehager.

Mange barnehager har et samtykkeskriv som omhandler samtykke fra foresatte til fotografering av barn i barnehagen. Det er ikke utarbeidet noe standardisert samtykkeskriv for barnehagesektoren, men Datatilsynet har på sine nettsider og i sin veileder om bilder av barn på nett gitt veiledning om hvilke punkter som bør være med i et slikt skjema.

Det foreligger ingen oversikt over barnehagers praksis når det gjelder det å ta og dele bilder og film fra barnehagens område. Innspillene utvalget har mottatt viser at det ikke foreligger noen enhetlig praksis i barnehagene. Enkelte kommuner har strenge rutiner for innhenting av samtykke og sletting av bilder hvert år, mens andre oppgir at de innhenter samtykke for hele perioden barnet går i barnehage, eller at bilder bare fjernes fra nettside etter oppfordring. Noen krever samtykke fra alle foresatte i barnehagen før andre foresatte eller andre besøkende får filme i barnehagen. Noen tillater bare fotografering i samråd med styrer, også når fotograferingen skjer på offentlige tilstelninger.

Også praksisen for omfanget av bilder og film som tas, hvordan man tar bilder og hvordan og med hvem bilder og film deles varierer. Noen barnehager har rutiner om å ta bilder der barnas aktivitet er i fokus og der barnas ansikter ikke vises.

Utvalgets inntrykk er at barnehagene fotograferer og filmer barna ofte og mye. Hensikten med å ta bildene kan være flere. Et formål med fotografering i barnehagen er å bruke bildene i barnehagens arbeid med pedagogisk dokumentasjon. Det kan også være for å dele bildene og opplevelsene de dokumenterer med barnas foresatte eller andre uten at dette kan karakteriseres som pedagogisk dokumentasjon. Utvalgets inntrykk er at formålet med å ta bilder og film av barna fort kan gli over i hverandre, og at barnehagene ikke alltid har et reflektert forhold til når barnehagen tar bilder til hvilket formål. Utvalget har fått høre om barnehager som har som praksis å ta minst fem bilder av hvert barn hver dag, slik at bildene kan deles med barnas foresatte.

Måtene bildene deles på varierer også. Bildene kan deles ved at de henges opp i barnehagen, at de vises på skjerm i barnehagen eller at de deles ut i album, på papir eller på en minnepinne. Noen barnehager deler bilder på e-post eller gjennom åpne eller lukkede sider på sosiale medier. Noen barnehager deler bilder på elektroniske kommunikasjonsplattformer slik som MyKid eller barn-nett.

15.7 Prosessuelle spørsmål

Utvalget er bedt om å drøfte på prosessuelle spørsmål knyttet til tjenesteyters beslutninger, og særlig om beslutninger må forstås som enkeltvedtak eller ikke. Utvalget viser til den generelle redegjørelsen i punkt 12.7. Hva som regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven er nærmere omtalt der.

Informasjon om eller konstatering av rett og plikt som direkte følger av lov er ikke et enkeltvedtak.[13] Å gjøre en foresatt eller andre besøkende oppmerksom på et lovlig regelverk kan på samme måte ikke regnes som et enkeltvedtak som gir grunnlag for klagemulighet. Vedtak må være bindende, en oppfordring er dermed heller ikke et enkeltvedtak.[14]

15.8 Utvalgets vurderinger og anbefalinger

15.8.1 Innledning – plikten til å drive forsvarlig

Barnehagen skal drives på en lovlig og forsvarlig måte. Virksomheten må tilrettelegge for at de ansatte kan gjøre jobben på en god måte og ivareta sine plikter.

Fotografering, filming og lydopptak fra barnehagens område er i utgangspunktet lovlig aktivitet. I noen tilfeller kan fotografering, filming og lydopptak utfordre tjenestenes forsvarlighet. I slike tilfeller er det både lovlig og ønskelig med rimelige restriksjoner som er nødvendige for å utføre forsvarlige tjenester.

Restriksjoner kan kun innføres der det er saklig begrunnet og nødvendig av hensyn til virksomhetens plikt til å gi forsvarlige tjenester, drive forsvarlig og sørge for et forsvarlig arbeidsmiljø, eller der det kan hjemles i annet regelverk. Begrensninger begrunnet i et forsvarlighetskrav kan ikke gå lengre, og heller ikke ha lengre varighet, enn det som er nødvendig.

Restriksjoner kan for eksempel være nødvendig når barnas sikkerhet og barnehagens plikt til å drive forsvarlig settes i fare, når taushetsplikten ellers vil bli brutt, eller hvis de ansattes rett til et forsvarlig arbeidsmiljø ikke ellers kan oppfylles. Slike restriksjoner skal likevel ikke gripe inn i foresattes og andres mulighet til å dokumentere alvorlige kritikkverdige forhold i barnehagen gjennom fotografering, filming og lydopptak.

[13] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.
[14] Eckhoff & Smith (2018), s. 260.

Alvorlige kritikkverdige forhold kan for eksempel være alvorlige sikkerhetsmangler i barnehagen.

Utvalget mener det kan reises spørsmål ved om barnas rett til privatliv kan ivaretas på en god nok måte med en omfattende bildedokumentering av hva barna gjør i barnehagen. Dersom barnas lek eller aktiviteter forstyrres gjennom fotograferingen, kan det også stilles spørsmål ved om en slik praksis er forsvarlig og til barnas beste.

15.8.2 Barnehagen bør utarbeide retningslinjer for bilder, film og lydopptak

15.8.2.1 Innledning

Barnehagen bør ha retningslinjer for de ansattes filming og fotografering av barn. I tillegg kan det være nyttig om barnehagen har noen kortfattede og veiledende retningslinjer for andres fotografering, filming og lydopptak. Disse kan for eksempel henge som plakater på avdelingen eller i garderoben. I kapittel 18.2 kommer utvalgets forslag til veileder til arbeidet med å lage lokale retningslinjer.

For at slike retningslinjer skal fungere på en god måte, bør retningslinjene gi rom for rimelig skjønn, nyanser og unntak. Absolutte forbud er sjelden veien å gå. Det kan i mange situasjoner fremstå som urimelig og konfliktskapende. Absolutte forbud kan også føre til at ytringsfrihet eller andre menneskerettigheter blir innskrenket i større grad enn loven tillater. De veiledende retningslinjene må i stedet balansere de behov som barna, de ansatte og de foresatte har.

15.8.2.2 Ytringsfrihet, personvern og andre menneskerettigheter må balanseres

De overordnede verdier som må balanseres i retningslinjer om bilder, film og lydopptak er særlig retten til ytringsfrihet, retten til privat- og familieliv, barns rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste og retten til et forsvarlig tjenestetilbud. Dette er rettigheter som er ivaretatt i Grunnloven, i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og i annen lovgivning. I enhver situasjon skal man derfor forsøke å ivareta hensynet til disse verdiene, selv om det kan by på vanskelige avveininger.

Særlig står ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern sterkt. Begge disse verdiene skal ivaretas så langt det er mulig i hvert enkelt tilfelle. Ytringsfrihet skal sikre åpenhet og informasjonsflyt, og er en grunnpilar for et godt og demokratisk samfunn. Personvern og retten til privatliv skal på sin side sikre at enkeltmennesker ikke får eksponert sensitive personlige opplysninger eller røpet private forhold uten at de har samtykket til det eller uten at opplysningene har interesse og nytte for allmennheten.

Dersom hensynene til ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern kommer i konflikt med hverandre, skal rettighetene alltid veies mot hverandre i hver enkelt situasjon. Man skal søke etter løsninger som i best mulig grad ivaretar både ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern. Det må være forholdsmessighet eller en balanse mellom rettighetene. Samtale, dialog og bevisstgjøring hos de involverte er derfor viktige stikkord for å få dette til. Mange av de utfordringene vi møter gjennom delekulturen kan løses ved hjelp av bevisstgjøring, velvilje og enkle tiltak. Det enkleste er som regel at de ansatte, barna og de foresatte snakker sammen, at alle lytter til hverandre og at man gjennom dette forsøker å ivareta ulike interesser, hensyn, ønsker og behov.

15.8.2.3 Forhold barnehagen bør ta hensyn til når det utarbeides retningslinjer for bilder, film og lydopptak

Barn som går i barnehagen er for små til å gi et informert samtykke til bilder, film og lydopptak. De er derfor avhengige av at voksne rundt dem treffer gode avgjørelser som gir barna en trygg oppvekst med fine opplevelser knyttet til film og bilder.

Før det tas bilder, film eller lydopptak i barnehagen, må barnehagen ha samtykke fra foresatte. Dersom barnehagen skal dele bilder, film og lydopptak av barna, krever også dette samtykke av foresatte. Alle foreldre/foresatte bør få et samtykkeskriv der det gis informasjon om fremvisning, deling og publisering av bilder og film av barna. Samtykket bør klart beskrive hva det er man samtykker til. Utvalget gir i kapittel 19.2 eksempler på formuleringer som kan brukes ved utarbeidelse av samtykkeskjema for den enkelte barnehage.

Utvalget mener det er viktig at barn selv får medvirke og bli hørt når det gjelder hvorvidt de vil fotograferes eller bli gjort opptak av, om bilder, film eller lydopptak skal deles og hvem de skal deles med. Før bilder henges på veggen i barnehagen eller deles digitalt med andre, bør man snakke med barna om hvilke bilder de ønsker eller ikke ønsker skal henge på veggen eller deles. Der barnet ikke ønsker at det skal tas bilder, film eller lydopptak av barnet er det viktig at voksne respekterer det. Barn kan vise at de ikke

ønsker å avbildes med ord, blikk, gester eller på andre måter.

Barnehagens ansatte har med hjemmel i barnehageloven og barnerettslige prinsipper et selvstendig ansvar for å beskytte barna, og ivareta barnas beste. Dette gjelder uavhengig av om barnets foresatte har samtykket til fotografering, filming og publisering.

Bilder, film og lydopptak som ansatte tar skal tas med barnehagens eget utstyr. Det bør ikke gjøres opptak med de ansattes private kameraer eller mobiltelefoner. Da mister barnehagen kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene. Hvis bilder, film eller lydopptak lagres i en skytjeneste blir skytjenesten databehandler for barnehagen. Hvis ikke barnehagen har en databehandleravtale med skytjenesten, vil lagringen innebære et brudd på personopplysningsloven.[15]

Ansatte i barnehagen bør reflektere over hvilken type bilder de tar og hvorfor de tar bilder. Når barnas hverdag i lek og læring skal dokumenteres, er det mulig å ta bilder eller film på en slik måte at fokuset blir på barnas aktivitet og ikke på barnas ansikt eller lignende. Fine bilder kan for eksempel også tas bakfra eller av hender i lek. De ansatte i barnehagen bør også reflektere over det totale omfanget av bilder og film som tas av barna. Utvalget mener at en svært omfattende bruk av fotodokumentasjon kan virke forstyrrende på barns lek, på samspillet mellom barn og på samspillet mellom barn og voksne.

Noen familier ønsker ikke at det tas, deles eller publiseres bilder, film eller lydopptak av deres barn. Det kan skyldes negative erfaringer, at barn bor på skjult adresse, at foreldre eller barnet selv er offentlige eller kjente personer, eller det kan ganske enkelt skyldes en vegring mot bilder, film, deling og publisering. Ansatte i barnehagen bør respektere dette og ikke be om en forklaring på hvorfor noen personer ikke ønsker at det tas, deles eller publiseres bilder eller opptak. For barn på skjult adresse kan fotografering, deling og publisering få alvorlige konsekvenser.

Har man barn i barnehagen som ikke ønsker å bli tatt bilde eller film av, skal dette tas hensyn til ved fellesarrangementer som Lucia-feiringer eller lignende. De ansatte i barnehagen bør da i forkant tenke ut praktiske løsninger i samråd med de foresatte som ikke vil la sitt barn bli avbildet. De besøkende bør oppfordres til å bare ta bilder og film av egne barn, eller til å ta felles bilder og film når de ansatte sier at dette kan gjøres.

Det vil være nyttig om barnehagen har noen kortfattede og veiledende retningslinjer for besøkendes fotografering, filming og lydopptak. Disse kan for eksempel henge som plakater på avdelingen eller i garderoben, og blant annet informere om at man ikke kan publisere bilder av ansatte eller av andres barn uten å be om samtykke først.

Også ansatte ønsker å bli møtt med forståelse for at de ikke alltid har lyst til å bli fotografert eller filmet. Respektfulle samtaler mellom de berørte vil i mange situasjoner gjøre at man finner praktiske løsninger som er til å leve med for alle.

15.8.3 Når mediene tar bilder, film eller lydopptak

Mediene har en viktig samfunnsoppgave ved å vise fram og kontrollere hvordan offentlige tjenester og institusjoner fungerer. Det som skjer i barnehagen er viktig for barns trygghet og utvikling. Barnehagen har en viktig funksjon ved at den skal ivareta barnas behov for omsorg og lek, samt å fremme læring og danning som grunnlag for en allsidig utvikling. Samfunnet har derfor et legitimt krav på innsikt i hvordan disse tjenestene fungerer.

Barnehager ivaretar viktige samfunnsoppgaver på vegne av samfunnet og har et betydelig ansvar for små barn, både når det gjelder sikkerhet og psykisk og fysisk helse. Det er derfor spesielt viktig at medienes kontrollfunksjon på dette området fungerer godt, og at barnehagene utviser så stor åpenhet som mulig. Restriksjoner med hensyn til fotografering film- og lydopptak kan etter omstendighetene komme i konflikt med ytringsfriheten. Samtidig har barn som oppholder seg i barnehagen krav på vern om sitt privatliv.

Begrensninger i medienes adgang til å fotografere, filme eller gjøre opptak må enten skje ut fra en saklig begrunnelse i hensynet til barnets beste, dvs. barns privatliv eller barns sikkerhet, eller i en saklig begrunnelse basert på hensynet til forsvarlig tjenesteytelse og drift. Det samme gjelder begrensninger i besøkendes adgang til å ta bilder, film eller lydopptak. Eventuelle begrensninger må alltid veies opp mot hensynet til ytringsfrihet og medienes særlige vern av innhenting av informasjon. I noen tilfeller kan slik dokumentasjon være en viktig kilde til å avdekke forhold av allmenn interesse, som for eksempel brudd på sikkerhetskrav.

Ansatte i barnehagen må kunne tåle et saklig kritisk lys på barnehagen og på det arbeidet som

[15] Jf. personvernforordningen artikkel 28 nr. 3.

gjøres der. Begrensninger skal ikke settes av hensyn til institusjonens omdømme.

Mediene kan ikke vises bort fra offentlige virksomheter med hjemmel i eiendomsretten. Dette er nærmere omtalt i kapittel 9.

Det er ikke gitt at begrunnelser som er tilstrekkelige for restriksjoner overfor foresatte eller andre besøkende, er en tilstrekkelig grunn til å legge restriksjoner på medienes arbeid. Dette på grunn av medienes spesielle samfunnsrolle og selvpålagte etiske regelverk i Vær Varsom-plakaten, som er nærmere omtalt i punkt 4.2.4. Det er viktig for samfunnet at barnehagesektoren kan belyses av mediene, for eksempel gjennom filming eller fotografering. For strenge restriksjoner internt kan føre til at samfunnet går glipp av viktig informasjon og dokumentasjon. Samtidig må det vektlegges at barnehagen skal ivareta små barn som gjerne ikke har selvstendig samtykkekompetanse, og som har rett på vern av sitt privatliv.

Kapittel 16
Særmerknader fra utvalgsmedlemmene Ergo og Foss

Utvalgsmedlemmene Ergo og Foss har kommet med følgende særmerknader til utredningens Del 2 og 3.

– Til punkt 4.2.4.1 og punkt 5.1.6:

«Utvalgets medlemmer Foss og Ergo frykter at utgangspunktet flertallet i utvalget tar i vurderingen av direktivets virkeområde, kan ramme journalistisk virksomhet på en måte som går utover pressefriheten.

Mindretallet mener spørsmålet om unntaket i personopplysningsloven § 3, jf. GDPR art 85, altså om behandling av personopplysninger skjer «utelukkende for journalistiske formål», må besvares ut i fra en avveining mellom EMK artikkel 10 om ytringsfrihet og personvernet etter EMK artikkel 8.

Mindretallet mener man må ta utgangspunkt i at ytringsfriheten og personvernet er likeverdige rettigheter. I konkrete saker der disse «kolliderer» må man gjennomføre en balansetest, der man veier de to rettighetene mot hverandre.»

– Til punkt 4.2.4.5:

«I storkammeravgjørelsen Magyar mot Ungarn fra 8. november 2016 oppstiller EMD fire vurderingskriterier for forholdsmessighetsvurderingen (avsnitt 158–170): *Formålet* med innsynskravet, *rollen* til den som ber om informasjon, om informasjonen har *allmenn interesse* og om informasjonen er *tilgjengelig*.»

– Til punkt 4.3.3.2.2:

«Medlemmene Foss og Ergo vil for øvrig vise til at EMD i den samme avgjørelsen (von Hannover no. 1 (2004)) i avsnitt 60 understreker at man i avveiningen mellom privatliv og ytringsfrihet skal vektlegge hvilket bidrag publiseringen av et fotografi eller en artikkel i mediene gir i en debatt av allmenn interesse.»

– Til punkt 4.4.2.4.1:

«Mindretallet vil særlig trekke fram EMDs storkammeravgjørelse i Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016). Der oppstilles fire vurderingskriterier for forholdsmessighetsvurderingen (avsnitt 158–170): *Formålet* med innsynskravet, *rollen* til den som ber om informasjon, om informasjonen har *allmenn interesse* og om informasjonen er *tilgjengelig*.»

– Til punkt 4.4.2.4.2:

«I EMDs storkammeravgjørelse i Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary (2016) understrekes det i avsnitt 167 at det er i det demokratiske samfunnets interesse å sette pressen i stand til å utøve sin viktige rolle som «offentlig vakthund» ved å formidle informasjon om saker av offentlig interesse.

Disse medlemmene mener videre det er behov for å nyansere flertallets utgangspunkt om at personlige opplysninger normalt ikke har allmennhetens interesse. Som eksempel vil disse medlemmene vise til at flertallet i EMD kom til at Se og Hørs publisering av bilder fra vielsen til Andrine Sæther og Lars Lillo Stenberg ikke utgjorde en krenkelse av deres rett til privatliv[1]. Om en personlig opplysning har allmenn interesse må derfor vurderes ut ifra en konkret vurdering og avveining mellom EMK art. 10 (ytringsfrihet) og EMK art 8 (personvern), der ingen av rettighetene har forrang. Dessuten må det også her tillegges vekt om det er mediene som etterspør informasjon.

Disse medlemmene vil videre understreke at det å vise frem hvordan offentlige tjenester fungerer, kan ha allmenn interesse.»

[1] Lillo Stenberg and Sæther v. Norway (2014).

– Til punkt 4.4.2.4.6:

«Mindretallet, Foss og Ergo, vil minne om at konteksten bildene er tatt i også kan tale for at bilder har rettslig vern i kraft av ytringsfriheten. Dersom bildene dokumenterer alvorlige forhold av stor allmenn interesse, er dette særlig relevant, noe for eksempel Høyesterett la til grunn i Rt. 2015 s. 1467 som gjaldt pressens tilgang til opptak fra overvåkingskamera fra venteværelset på legevakten i Oslo. Der uttaler Høyesterett følgende i avsnitt 78: «*Tilliten til politiets opptreden ved bruk av tvang under pågripelse, og til påtalemyndighetens etterfølgende myndighetsutøvelse der tvangsbruken var fatal, taler med styrke for at pressen gis tilgang til sakens helt sentrale bevis om hva som vitterlig skjedde*».

Disse medlemmene vil derfor understreke at hvis fotografering eller filming dokumenterer forhold av stor allmenn interesse, vil det øke behovet for å verne om ytringsfriheten og medienes rett til informasjon.»

– Til punkt 7.1:

«Filming, fotografering og lydopptak kan være viktig for brukeren for å dokumentere den behandlingen vedkommende får i sitt møte med offentlig tjenestetilbud. I tillegg kan filming, lydopptak og fotografering være viktig dokumentasjon nettopp for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, hvis det for eksempel dokumenterer det motsatte.»

– Til punkt 7.4, 8.4, 12.9.5 og 13.7:

«Mindretallet mener «forsvarlig drift», herunder hensynet til ansattes arbeidsmiljø, i flere sammenhenger i denne utredningen trekkes for langt. Det vil kunne være for enkelt å nekte medier adgang på uberettiget grunnlag dersom det holder å argumentere for at tilstedeværelsen går ut over driften, tjenestetilbudet eller arbeidsmiljøet. Selv om utredningen påpeker at det å nekte adgang skal knyttes til kravet om forsvarlighet, mener vi det bør tydeliggjøres at det å nekte særlig mediene å fotografere, filme eller gjøre lydopptak må knyttes til pasienters, brukeres og tjenestemottakeres grunnleggende rettigheter. Vi sikter da til deres rett til ikke å få krenket sitt personvern og til et forsvarlig tjenestetilbud. Terskelen for å nekte mediene tilgang skal være høy.»

– Til punkt 12.9.3.1:

«Disse medlemmene er uenige med flertallet i at den helserettslige taushetsplikt aldri kan overprøves, og vil understreke at også taushetsplikten etter en avveining kan måtte vike for retten til informasjon etter EMK art. 10 og Grl. § 100 (ytringsfrihet). Medienes innsamling av informasjon har et særlig rettslig vern. For særlige viktige opplysninger, kan tilbakeholdelse utgjøre et ulovlig inngrep i ytringsfrihet.»

Kapittel 17
Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalgets forslag vil innebære utgifter til å lage og distribuere veilederen, og til å informere sektoren om den.

Utvalget anbefaler at ulike virksomheter utarbeider sine egne retningslinjer for fotografering, filming og lydopptak, basert på rådene i veilederen og tilpasset lokale forhold og behov. Forslaget vil innebære noen utgifter til å lage og distribuere slike retningslinjer, til opplæring av ansatte, og til å utarbeide informasjonsmateriale rettet mot brukere av tjenester eller andre besøkende.

Aktuelle tiltak kan for eksempel være lanseringsarrangement, tilgjengeliggjøring på nett, informasjonstiltak rettet mot relevante målgrupper gjennom for eksempel ledersamlinger, distribuering av trykket informasjonsmateriell og kampanjer.

Utover dette vil ikke forslaget ha økonomiske konsekvenser av betydning.

Del IV
Forslag til veileder og samtykkeskriv

Kapittel 18
Utvalgets forslag til veileder om bilder, film og lydopptak

18.1 Innledning

Åpenhetsutvalgets forslag til veileder for ledere og medarbeidere i barnehage, skole, barnevern og helse- og omsorgstjenesten om bilder, film og lydopptak følger i punkt 18.2.

Utvalget anbefaler at departementet sender forslaget til veileder ut på høring. Utvalget anbefaler deretter departementet å vurdere hvordan veilederen bør fremstilles og distribueres for å sørge for at den blir godt kjent blant de som arbeider i de berørte sektorene. Før veilederen skal distribueres til sektorene bør departementet vurdere hvilken grafisk fremstilling som er best egnet. Departementet bør også vurdere å utforme en nettbasert versjon av veilederen.

Utvalget er enige om de fleste punktene i veilederen. På fem av veilederens punkter har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall på to eller tre medlemmer. Mindretallets merknader til veilederen står i punkt 18.4. Flertallets kommentarer til mindretallets syn står i punkt 18.3.

18.2 Forslag til veileder

En veileder til ledere og medarbeidere i barnehage, skole, barnevern, og helse- og omsorgstjenesten om bilder, film og lydopptak

Del I: Hva bør vi tenke på?

Bilder og film er en del av vår hverdag

De fleste av oss liker å ta bilder, film eller lydopptak for å minnes eller dokumentere viktige øyeblikk i livet. Disse øyeblikkene kan være hyggelige, morsomme eller lærerike stunder. Noen øyeblikk viser hverdagssituasjoner eller bare en artig grimase. Andre stunder utgjør triste eller vonde opplevelser i våre liv. Men også de vanskelige øyeblikkene kan føles riktig å forevige med film eller bilder.

I dag bærer vi med oss mobiltelefon og annet digitalt utstyr som gjør det mulig å fange opplevelser på bilder, film eller lydopptak. For mange er dette en viktig del av livet. Noen ganger ønsker vi å beholde bildene og opptakene til privat gjennomsyn, mens vi andre ganger ønsker å dele bildene med andre i sosiale medier eller via digitale kommunikasjonsmidler.

Delekulturen bringer med seg både positive og negative erfaringer. Å dele bilder og film med venner og familie, bare gjennom få tastetrykk, er en måte å dele livet sitt med andre på. Mange opplever dette som en fin måte å holde kontakt og være nærmere hverandre enn de fysiske avstander kanskje tilsier. Mennesker vi setter pris på og er glad i, kan lettere ta del i små og store gleder og sorger. Delekulturen kan derfor bringe mennesker sammen, og den kan bidra til nærhet, omsorg og glede. Bilder, film og lydopptak er også en viktig del av vår felles hukommelse, og kan ha aktuell og allmenn interesse.

Delekulturen bringer også med seg noen utfordringer: Noen ønsker ikke den eksponeringen som bilder, film og lydopptak fører med seg. Og de fleste ønsker gjerne å ha noen grad av kontroll med hvilke bilder, film og lydopptak som gjøres tilgjengelig for andre. Det er ikke alle situasjoner vi ønsker å bli fotografert i, og vi liker kanskje heller ikke tanken på at noen oppbevarer bilder av oss som en dag kan bli publisert eller delt med andre. Dette kan gjelde enten man er ansatt eller man er barn i barnehage, skole eller i barnevernets omsorg, eller man er ansatt eller pasient i helse- og omsorgstjenesten.

Hvordan løse utfordringer med bilder, film og delekultur?

Mange av de utfordringene vi møter gjennom delekulturen kan heldigvis løses ved hjelp av bevisstgjøring, velvilje og enkle tiltak. Det enkleste er som regel at *vi snakker sammen*, at alle lytter til hverandre og at vi forsøker å ivareta ulike interesser, hensyn, ønsker og behov. Barn og

unge kan for eksempel ha andre behov enn voksne, og barn som bor lenge på institusjon kan igjen ha andre behov enn sine jevnaldrende som bor hjemme hos foresatte.

Variasjonen kan også være stor blant pasienter. Noen pasienter vil ikke bli avbildet, mens andre gjerne vil forevige alt som skjer inne på en avdeling. Det siste kan skape ubehag for andre pasienter og for ansatte. Også ansatte ønsker å bli møtt med forståelse for at de ikke alltid har lyst til å bli fotografert eller filmet. Respektfulle samtaler mellom de berørte vil i mange situasjoner sette oss i stand til å finne praktiske løsninger som er til å leve med for alle.

I tillegg til samtalen vil det som regel være nyttig om institusjonen har noen *kortfattede og veiledende retningslinjer* for fotografering, filming, lydopptak og kanskje også gode råd om generell bruk av mobiltelefon. Slike retningslinjer kan henge som plakater på venteværelset, i klasserommet, på avdelingen, i garderoben eller andre steder hvor folk gjerne setter seg litt ned.

For at slike retningslinjer skal fungere på en god måte, bør de gi rom for rimelig skjønn, nyanser og unntak. Absolutte forbud er sjelden veien å gå. Det kan i mange situasjoner fremstå som urimelig og bidra til unødige konflikter. Absolutte forbud kan også føre til at ytringsfrihet eller andre menneskerettigheter blir innskrenket i større grad enn loven tillater. De veiledende retningslinjene må i stedet balansere de ulike behov som ansatte, brukere og pårørende har i institusjonen, avdelingen eller elevgruppen.

De overordnede verdier som må balanseres i slike retningslinjer er særlig retten til ytringsfrihet, herunder pressefrihet, retten til privat- og familieliv, hensynet til barns rett til medbestemmelse, hensynet til barnets beste, privates rett til eiendom, retten til et forsvarlig arbeidsmiljø og retten til et forsvarlig tjenestetilbud. I vårt samfunn er dette rettigheter som er ivaretatt i Grunnloven, i internasjonale menneskerettighetskonvensjoner eller i annen lovgivning. I enhver situasjon skal vi derfor forsøke å ivareta hensynet til disse verdiene, selv om det kan by på vanskelige avveininger.

Særlig står ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern sterkt. Begge disse verdiene skal ivaretas så langt det er mulig i hvert enkelt tilfelle. Ytringsfrihet skal sikre åpenhet og informasjonsflyt, og er en grunnpilar for et godt og demokratisk samfunn. Personvern og vern om privatlivet skal på sin side sikre at enkeltmennesker ikke får eksponert sensitive personlige opplysninger eller røpet private forhold, uten at de har samtykket til det eller uten at opplysningene har interesse og nytte for allmennheten. Dersom hensynene til ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern kommer i konflikt med hverandre, skal rettighetene alltid veies mot hverandre, og det i hver enkelt situasjon. Man skal søke etter løsninger som i best mulig grad tar vare på både ytringsfrihet og retten til privatliv/personvern. I jussen sier man gjerne at det må være forholdsmessighet eller en balanse mellom rettighetene. Samtale, dialog og bevisstgjøring hos de berørte er derfor viktige stikkord for å få dette til.

I det følgende kommer noen rettslige utgangspunkter for avveiningen, noen generelle råd for bilder, film og lydopptak i offentlig sektor, og noen mer spesifikke råd for ledere og medarbeidere i barnehagen, skolen, barnevernet og helse- og omsorgssektoren.

Del II Noen viktige rettslige utgangspunkter

Det overordnet regelverket gjelder for hele offentlig sektor. Sektorene har i tillegg særlover som bare gjelder for den enkelte sektor. Innenfor hver sektor er det likevel viktig at man er kjent med de overordnede rettslige utgangspunkter. Her gis det derfor en oversikt over noen viktige utgangspunkter i det regelverket som gjelder for alle sektorer:

1. Om kolliderende hensyn

Det overordnede regelverket stiller krav om at offentlig sektor tar hensyn til flere grunnleggende verdier når man skal regulere bilder, film og lydopptak. Dette er:

- ytringsfrihet
- retten til privatliv, herunder personvern og taushetsplikt
- hensynet til barnets beste, og barns rett til medbestemmelse
- eiendomsretten til private personer
- diskrimineringsvern
- lovpålagte plikter til å drive en «forsvarlig» virksomhet, herunder hensynet til at arbeidsforholdene for de ansatte er forsvarlig.

2. Restriksjoner må være saklig begrunnet og forholdsmessige

Når det overordnede regelverket stiller slike krav, betyr det at man normalt ikke kan oppstille absolutte regler. Absolutte regler kan nemlig gå for langt i å ta hensyn til kun én, eller et begrenset utvalg, av de overordnede verdiene som er listet opp ovenfor. Forbud mot bilder, film eller lydopp-

tak kan bare pålegges andre hvis man kan *begrunne forbudet på saklig måte og det er forholdsmessig*. Det må derfor gjøres en vurdering av saklighet og en konkret interesseavveining. Reguleringer eller restriksjoner kan enten begrunnes med retten til privatliv, taushetsplikt, hensynet til barnets beste, eller med at det er eneste måte å drive virksomheten på forsvarlig vis. Et mulig forbud vil derfor være avhengig av situasjonen. Et eksempel til illustrasjon: På skolen kan man ha regler om at det er forbudt å ta bilder eller film i gymgarderoben. Men forbudet kan ikke gjøres så absolutt at man aldri tillater fotografering. Skoleavis eller andre medier må for eksempel kunne omtale garderobeforholdene på skolen, og en elev må kunne ta bilde av en gjenglemt jakke for å vise fram bildet til de andre i klassen, i den hensikt å finne ut hvem som eier jakka.

3. Retten til å ytre seg

Alle i samfunnet har rett til å ytre seg. Det gjelder også ansatte i offentlig sektor, selv når de ytrer seg om den institusjonen de jobber i, enten de er ansatt i barnehage, skole, barnevern eller helse- og omsorgstjenesten. Ansatte har bare begrenset lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Taushetsplikt i barnehage, skole, barnevern og helse- og omsorgstjenesten er noe annet enn lojalitetsplikt, og taushetsplikten kan ikke brukes til å kreve at den ansatte er lojal mot ledelsen. Den ansatte har rett til å varsle om kritikkverdige forhold ved arbeidsplassen.

4. Taushetsplikt

Taushetsplikten legger begrensninger på ansattes rett til å ytre seg. Taushetsplikten er personlig og den innebærer i hovedtrekk at den ansatte ikke kan ytre seg om personlige forhold hos brukerne ved virksomheten. Den omfatter også en plikt til ikke å dele bilder, film eller lydopptak av brukerne. I begrenset grad omfatter taushetsplikten også en aktiv plikt til å forsøke å hindre at brukernes personlige forhold blir kjent for andre. Taushetsplikten kan ikke brukes som begrunnelse for å holde tilbake generell informasjon om virksomheten.

5. Straffeansvar

Det vil normalt være lovlig å ta bilder og film. Normalt vil det også være lovlig å ta lydopptak av samtaler en selv deltar i. Slike opptak kan likevel være straffbare dersom bildene eller filmen er spesielt krenkende, for eksempel om man avbilder andre under toalettbesøk. Straffeansvar kan også være aktuelt dersom opptakene skjer på en måte som er plagsom eller skremmende for den som blir fotografert eller filmet, for eksempel av personer som forfølger en. Men selv om det stort sett er lov å ta bilder og film av andre, kan man normalt ilegges straffe- eller erstatningsansvar dersom man deler bilder eller film av andre personer gjennom for eksempel sosiale medier, uten at den som er med på opptaket har gitt sitt samtykke til dette og vedkommende samtidig kan kjennes igjen på opptaket.

6. Forsvarlig tjenestetilbud, drift og arbeidsmiljø

Alle offentlige virksomheter har plikt til å drive på en forsvarlig måte og tilrettelegge for at ansatte kan ivareta sin taushetsplikt. Virksomhetene må også sørge for at de ansattes arbeidsmiljø er fullt forsvarlig og ellers oppfyller arbeidsmiljølovgivningens krav. Samtidig skal virksomheten bidra til at offentligheten, gjennom for eksempel mediene, får best mulig tilgang på informasjon om virksomheten. Det er institusjonen og ledelsen ved institusjonen som har hovedansvaret for å legge til rette for størst mulig grad av åpenhet om institusjonens virksomhet.

7. Oppbevaring og deling

Virksomhetene skal oppbevare og arkivere bilder, film og lydopptak på en sikker måte, og i henhold til gjeldende regelverk. Bilder, film eller lydopptak av brukere kan ikke lagres, deles eller publiseres uten at det foreligger gyldig samtykke eller et annet behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven. Det er virksomheten og ledelsen ved virksomheten som har hovedansvaret for å sikre at personlige opplysninger som virksomheten har tilgang til om brukerne ikke kommer på avveie eller deles i det offentlige rom.

8. Beslag

Ingen kan ta fra personer mobiltelefon eller annet elektronisk eller digitalt utstyr uten at personen selv samtykker til dette eller det er truffet en formell beslutning med hjemmel i lov. Selv om samtykke foreligger eller det er truffet formell beslutning, kan utstyret ikke fratas personen ved makt eller tvang. Ved bruk av makt eller tvang må det foreligge en lovlig beslutning om bruk av tvang. Politiet kan i særlige situasjoner ta beslag i digitalt utstyr. Journalister kan aldri fratas sitt utstyr.

9. Medienes særskilte rolle

a. Medienes samfunnsrolle

Mediene har en viktig samfunnsrolle og har derfor et særlig vern mot inngrep. Dette gjelder både retten til å innhente informasjon (fotografering, filming, kildekontakt) og videreformidling (publisering). Mediene skal opplyse samfunnet og kontrollere makt- og myndighetsinstitusjoner. Kontrollfunksjonen og undersøkelsesfasen skal beskyttes. Dersom en institusjon skulle mene det er grunn til å begrense mediene, må det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er ikke anledning til å nekte mediene tilgang til offentlige virksomheter uten at det er konkret og saklig begrunnet. Terskelen for å bortvise mediene skal være høy.

b. Vær åpen

Virksomhetene skal tilrettelegge for at mediene kan ivareta sin samfunnsoppgave. Dette omfatter blant annet å vise hvordan institusjoner, helsetilbud og andre offentlige tjenester fungerer. Mediene har et særlig ansvar for å informere om hva som skjer i samfunnet og avdekke kritikkverdige forhold.

c. Bidra til ytringsfrihet

Å kunne ha kontakt med og uttale seg til mediene er en del av ytringsfriheten. Virksomheten skal, så langt dette er mulig, legge til rette for at pasienter, brukere, beboere, pårørende og ansatte kan ha kontakt med mediene.

d. Adgang til virksomheten

Mediene har som utgangspunkt adgang til områder og lokaler hvor det drives offentlig virksomhet. Medienes adgang kan begrenses saklig ut fra hensynet til forsvarlig drift, for eksempel dersom adgangen vil krenke personers privatliv, innebære brudd på taushetsplikt, eller adgangen går ut over sikkerheten eller tjenestetilbudet. Hensynet til virksomhetens omdømme kan ikke begrunne begrensninger i medienes arbeidsvilkår eller informasjonstilgang.

e. Bortvisning

Dersom virksomheten mener det er grunn til å bortvise en representant fra mediene, skal dette begrunnes særskilt. Behovet for åpenhet og ytringsfrihet skal avveies mot de hensyn som begrunner bortvisningen. Terskelen for bortvisning skal være høy, og offentlige virksomheter kan aldri bortvise medier eller forby fotografering og filming med grunnlag i eiendomsretten.

f. Det er den enkeltes valg å la seg intervjue

Brukere, beboere, elever, pasienter og andre tjenestemottakere velger selv om de vil la seg intervjue av mediene. Det er medienes ansvar å innhente gyldig samtykke i forbindelse med intervjuer og filmopptak. Virksomheten bør i samråd med mediene tilrettelegge for intervjuer på en slik måte at tjenestemottakere som ikke har samtykket, ikke får sitt privatliv krenket.

g. Medienes innsamlingsfase har særlig vern

Medienes rett til å innhente informasjon har særlig beskyttelse i kraft av medienes samfunnsrolle. Derfor er det viktig å skille mellom medienes innhenting av informasjon, som opptak og fotografering, og hva som til slutt publiseres. Før noe publiseres skal mediene gjøre grundige vurderinger etter Vær Varsom-plakaten (VVP), som inneholder de yrkesetiske reglene som mediene har forpliktet seg til å følge. Brudd på reglene kan klages inn til Pressens faglige utvalg (PFU).

h. Beslag

Ingen kan frata mediene deres arbeidsverktøy, som kamera, opptaksutstyr eller notatblokker.

10. Samtykke

a. Generelt om samtykke

Bilder, film og lydopptak av personer som er gjenkjennelige kan normalt ikke publiseres eller deles med andre uten at disse personene avgir et gyldig samtykke. Ønsker virksomheten selv å dele bilder av brukerne, enten dette er skoleelever eller pasienter ved et sykehjem, må de ansatte først sørge for å få samtykke til dette. Deretter må ansatte og ledelse på selvstendig grunnlag vurdere om det aktuelle bildet er egnet for deling eller publisering.

b. Uttrykkelig samtykke

Før publisering av bilder, film eller lydopptak i sosiale medier eller på nettsider, skal den som er gjenkjennelig på opptaket som hovedregel gi sitt uttrykkelige samtykke til slik deling eller publisering. Dette gjelder uavhengig av hvem som er

fotografert – for eksempel brukere, beboere, elever, ansatte eller andre. Noen ganger vil det være lovlig å publisere bilder uten samtykke fra personene på bildet. Dette kan for eksempel gjelde bilder tatt av større forsamlinger der personer normalt må forvente å bli fotografert (som 17. mai-tog).

c. Samtykket skal være informert

Den som samtykker skal få så mye informasjon som er nødvendig for å forstå hva vedkommende samtykker til. Det skal gis informasjon og opplysninger om hvor bilder, film eller lydopptak skal deles eller publiseres, hvilke opptak som skal legges ut og hva formålet med publiseringen er. Det bør også gis informasjon om hvilke konsekvenser publiseringen kan tenkes å få. Å forklare hvilke konsekvenser deling og publisering kan få, er særlig viktig overfor barn eller andre som ikke fullt ut er i stand til å overskue konsekvensene av deling og spredning.

d. Samtykkekompetanse

Personer over 18 år samtykker selv til publisering, med mindre de mangler samtykkekompetanse. Hvis en ønsker å publisere bilder, film eller lydopptak av voksne personer som mangler samtykkekompetanse til slik publisering, må det vurderes om publisering er i personens interesse, og om personen sannsynligvis ville ha samtykket hvis vedkommende var samtykkekompetent. Det vil da være naturlig å snakke med personen selv, og med personens pårørende. Dersom personen ikke ønsker publisering må dette respekteres. For personer som er underlagt vergemål som dekker samtykke til publisering av bilder, må beslutning treffes av vergen.

e. Barns samtykke og medbestemmelsesrett

Barnet skal gis gradvis større medbestemmelsesrett i samsvar med alder og modenhet. Barn som er fylt syv år og yngre barn som er i stand til å danne egne synspunkter, skal få informasjon og mulighet til å si sin mening. Fra barnet er 12 år skal det legges stor vekt på hva barnet mener. Det anbefales at barn over 15 år normalt treffer beslutning om publisering selv, men gjerne etter råd fra voksne. Foresatte kan ikke samtykke til publisering av bilder, film eller lydopptak av eget barn dersom opptakene krenker barnets rett til privatliv.

f. Barns rett til å nekte

Der barnet er i stand til å vurdere og ta stilling til at det ikke ønsker at det tas eller deles bilder, film eller lydopptak, skal dette respekteres. Som ansatt i barnehage, skole, barnevern eller helse- og omsorgsinstitusjon må du derfor være oppmerksom på at det ikke er tilstrekkelig at samtykke fra foresatte foreligger før du publiserer et bilde. De ansatte har også en selvstendig plikt til å lytte til barnet og vurdere hensynet til barnets beste før bilder publiseres, selv om foresatte har samtykket til slik publisering.

g. Samtykke til oppbevaring og gjenbruk

Dersom virksomheten skal oppbevare bilder, film eller lydopptak av personer, er det nødvendig enten å innhente deres samtykke eller hjemle dette i et annet behandlingsgrunnlag etter personopplysningsloven. Dersom virksomheten skal bruke bildet til et nytt formål, må det innhentes et nytt samtykke.

h. Mediene

Mediene har selv ansvar for å innhente gyldig samtykke, se punkt 9 ovenfor om medienes særskilte rolle.

Del III Generelle råd for ledere og medarbeidere i offentlig sektor

1. Bidra til en åpenhetskultur

Ytringsfrihet er en av de viktigste grunnpilarene i vårt demokrati. For mange er det å ta og dele bilder og film en naturlig måte å samle inn informasjon på, gi uttrykk for meninger og synspunkter, samt dele privat- og familieliv med sine nærmeste. Det bør legges til rette for at mediene kan få et best mulig innblikk og innsyn i offentlig virksomhet.

2. Vis respekt for at mennesker har ulike behov

Mennesker er forskjellige og situasjoner er ulike. Dette gjør at den enkeltes privatliv må vernes på litt ulike måter. I noen sammenhenger kan for eksempel det å ta bilder, film eller lydopptak innebære krenkelse av personers rett til personvern eller privatliv, mens i andre sammenhenger kan det å ha mulighet til å ta bilder, film eller lydopptak oppfylle deres rett til privatliv og rett til å ytre seg. Særlig barn og unge har mye av sitt privatliv

dokumentert gjennom bilder og film på egen telefon eller nettbrett, og deres kontakt med omgangskretsen foregår i stor grad gjennom digitale kommunikasjonsmidler.

3. Lytte, forklare og være i dialog

Du bør lytte til hvilke utfordringer og ønsker brukere og medarbeidere har, forklare hvilke verdier virksomheten må ivareta, samt være i dialog for å finne gode, balanserte og praktiske løsninger.

4. Tilrettelegg for brukerinvolvering

Still deg selv spørsmålet om hvordan du kan bidra til at barn i skole, barnehage og barnevern, brukere i helse- og omsorgstjenesten, samt medarbeidere i egen virksomhet, kan involveres i utarbeidelse av lokale retningslinjer, husordensregler, elevregler e.l.

5. Når oppførsel hos andre oppleves plagsom

Dersom andres fotografering, film- eller lydopptak oppleves som plagsom eller forstyrrende, eller du er bekymret for om noen får sitt personvern eller privatliv krenket, kan du forklare dette for den som gjør opptak. Du kan også høre om vedkommende kan slutte å gjøre opptak. Ønsker ikke personen å følge din anmodning, bør du vurdere følgende:

a. Dersom den som gjør opptak er journalist og kan fremvise presseidentifikasjon, bør dere snakke sammen og finne en felles forståelse for hvordan dere løser situasjonen.
b. Dersom den som gjør opptak er bruker og må regnes som «beboer» ved institusjonen, for eksempel mindreårige i en barnevernsinstitusjon, langtidspasienter ved en sykehusavdeling, eller beboere ved sykehjem, bør dere snakke sammen for å finne en felles forståelse for hvordan dere løser situasjonen. Tilsvarende gjelder i relasjon til pårørende.
c. Dersom oppførselen til den som gjør opptak oppfattes som alvorlig plagsom eller truende, bør du vurdere å kontakte politiet.
d. Dersom oppførselen til den som gjør opptak er forstyrrende på en slik måte at det oppstår fare for liv eller helse, eller fare for at helsepersonell ikke skal kunne gi pasienter forsvarlig helsehjelp, kan du selv holde personen som forstyrrer unna området inntil politiet tar over.
e. Dersom oppførselen til den som gjør opptak er mindre alvorlig enn i punkt c) og d), kan fysiske inngrep eller beslag i digitalt utstyr bare gjøres dersom du har hjemmel for dette i lov. Slik hjemmel foreligger i noen situasjoner ved barneverninstitusjoner og ved tvang i psykiatrien. Journalisters utstyr kan aldri beslaglegges.

Del IV: Gode råd for ledere og medarbeidere i barnehagen

1. Voksne skal gi trygghet for små barn

Barn som går i barnehagen er for små til å gi et informert samtykke til bilder, film og lydopptak. De er derfor avhengige av at voksne rundt dem treffer gode avgjørelser som gir barna en trygg oppvekst med fine opplevelser knyttet til bilder og film. Før barnehageansatte tar, deler eller publiserer bilder, film eller lydopptak av barn, må barnehagen ha samtykke fra foresatte.

2. Samtykkeskriv

Samtykke bør innhentes gjennom et samtykkeskriv. I samtykkeskrivet må det gis god informasjon om fotografering og om lagring, fremvisning, deling og publisering av bilder og film av barn. I særskilte situasjoner skal barnehagen innhente et eget samtykke, i tillegg til det generelle samtykkeskrivet.

3. Ansattes bilder, film og lydopptak bør tas med barnehagens utstyr

Bilder, film og lydopptak av barn i barnehage bør tas med barnehagens eget utstyr. For å unngå at barnehagen mister kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene, bør det ikke gjøres opptak med ansattes private kameraer eller mobiltelefoner.

4. Bilder og film trenger ikke identifisere barna

Når barnas hverdag i lek og læring skal dokumenteres, er det også mulig å ta bilder og film som ikke identifiserer barna. Bilder kan for eksempel tas bakfra eller av hender i lek. Ansatte bør reflektere over omfanget av bilder og film som tas, holdt opp mot barns rett til privatliv.

5. Motivet for bilder og film

Ansatte bør unngå å ta bilder og film som lett kan manipuleres i krenkende eller seksualiserende retning.

6. Ta hensyn til barns avvisende oppførsel

Når barn trekker seg bort eller på annet vis signaliserer at de ikke ønsker å bli avbildet eller at et bilde deles, skal dette respekteres. Dette gjelder også der foresatte har samtykket.

7. Når samtykke ikke gis

Noen familier ønsker ikke at det tas, deles eller publiseres bilder, film eller lydopptak av deres barn. Dette kan ha mange årsaker. Ikke be om en forklaring på hvorfor noen ikke ønsker at det tas bilder, film, eller lydopptak, eller at disse deles eller publiseres. For enkelte barn, for eksempel for barn på skjult adresse, kan fotografering, deling og publisering få alvorlige konsekvenser.

8. Fellesarrangementer

Har man barn i barnehage som ikke ønsker å bli fotografert eller filmet, skal dette tas hensyn til ved fellesarrangementer og feiringer der besøkende er invitert. Tenk i forkant ut praktiske løsninger i samråd med barnets foresatte. De besøkende må da gjøres oppmerksomme på at ikke alle ønsker å bli avbildet. De bør oppfordres til bare å ta bilder og film av egne barn, eller til å ta felles bilder og film når de ansatte arrangerer dette.

9. Spør barna før bilder henges på veggen eller deles

Før bilder henges på veggen i barnehagen eller deles digitalt med andre, bør man snakke med barna om hvilke bilder de ønsker eller ikke ønsker skal henge på veggen eller deles. Ofte vil barn selv ha meninger om dette.

10. Uvedkommende tar bilder, film eller lydopptak

Dersom uvedkommende oppsøker barna eller tar bilder, film eller lydopptak av dem, skal personene bes om å forlate området. Mistenker man at bildene eller opptakene kan bli benyttet til straffbare forhold, skal politiet kontaktes.

11. Forholdet til mediene

Ta hensyn til at mediene har et viktig samfunnsansvar. I Del II punkt 9 er det gitt råd for kontakt med mediene.

Del V: Gode råd for ledere og medarbeidere i skolen

1. Skolen bør tilrettelegge for god bruk og opplæring i digitalt utstyr

Skolen er en arena for læring og en forberedelse til det livet som venter etter skolen. Skolen bør derfor legge til rette for bruk av mobiltelefon og andre digitale hjelpemidler i undervisning og lek. Elevene skal trenes i nettvett og bør få veiledning i fornuftig bruk av digitale hjelpemidler. Ledere og medarbeidere i skolen bør i minst mulig grad møte elever med forbud som elevene selv ikke har vært med på å bestemme.

2. Elever og lærere bør samarbeide om elevregler for bilder, film og lydopptak

Elever og lærere bør snakke sammen om gleder og utfordringer med bilder, film og lydopptak i skolen, enten det tas med private digitalt utstyr eller skolens eget utstyr. Man bør forsøke å finne løsninger på lavest mulig nivå, helst i den enkelte klasse, elevgruppe, trinn eller base. Hver gruppe bør diskutere om og i hvilken grad denne gruppen har problemer med bilder, film eller lydopptak som tas i skolehverdagen. Elever og lærere bør deretter samtale seg fram til felles elevregler for gruppen. Felles skoleregler om bruk av mobiltelefon, nettbrett eller lignende, bør bare omhandle generelle regler om nettvett og regler om trakassering, mobbing eller annen krenkende adferd, eller generelle regler om mobilbruk eller lignende i fellesarealene.

3. Ansattes bilder, film og lydopptak bør tas med skolens utstyr

Bilder, film og lydopptak som ansatte tar av elever i skolen eller på skoletur, bør tas med skolens eget utstyr. Dette for å unngå at skolen mister kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene. Skolens ledelse og medarbeidere bør på forhånd ha diskutert hvordan dette skal håndteres.

4. Bilder og film trenger ikke identifisere eleven

Når elevens hverdag i lek og læring skal dokumenteres, er det også mulig å ta bilder og film som ikke identifiserer eleven.

5. Samtykke

Før ansatte i skolen tar, deler eller publiserer bilder, film eller lydopptak av barn i skolens regi, må skolen ha samtykke fra de foresatte. Barn over 15 år kan som hovedregel samtykke selv. Se nærmere om samtykke i Del II punkt 10.

6. Samtykkeskriv

Samtykket bør innhentes gjennom et generelt samtykkeskriv. I samtykkeskrivet må det gis god informasjon om fotografering og om lagring, fremvisning, deling og publisering av bilder og film av elevene. I særskilte situasjoner skal skolen innhente et eget samtykke, i tillegg til det generelle samtykkeskrivet.

7. Når samtykke ikke gis

Noen familier ønsker ikke at det tas, deles eller publiseres bilder og film av deres barn. Dette kan ha mange årsaker. Ikke be om en forklaring på hvorfor noen ikke ønsker at det tas, deles eller publiseres bilder og film. For enkelte elever, for eksempel for barn på skjult adresse, kan fotografering, deling og publisering få alvorlige konsekvenser.

8. Fellesarrangementer

Har man elever i skolen som ikke ønsker å bli fotografert eller filmet, skal dette tas hensyn til ved fellesarrangementer og feiringer der besøkende er invitert. Tenk i forkant ut praktiske løsninger i samråd med elevens foresatte og eventuelt eleven selv. Alle besøkende må da gjøres oppmerksomme på at ikke alle ønsker å bli avbildet. De bør oppfordres til bare å ta bilder, film og lydopptak av egne barn, eller til å ta felles bilder og film når de ansatte arrangerer dette.

9. Spør elevene før bilder henges på veggen eller deles

Før bilder deles digitalt, henges på veggen i klasserommet eller andre steder på skolen, snakk med elevene om hvilke bilder de ønsker eller ikke ønsker å dele.

10. Foresatte tar bilder, film eller lydopptak i skoletiden

Dersom foresatte eller andre personer tar bilder, film eller lydopptak av egne eller andres barn i skoletiden, kan man oppfordre personene til å stanse eller å forlate skolens område. Det bør gjøres oppmerksom på at publisering eller bruk av bilder, film eller lydopptak av andres barn uten barnets og foresattes samtykke, ikke er lov og kan medføre straffeansvar. Det kan også opplyses om at skremmende eller plagsom oppførsel, herunder snikfotografering av elever, kan være straffbart.

11. Uvedkommende tar bilder, film eller lydopptak

Dersom uvedkommende oppsøker elevene eller tar bilder, film eller lydopptak av dem, skal personene bes om å forlate området. Mistenker man at bildene eller opptakene kan bli benyttet til straffbare forhold, skal politiet kontaktes.

12. Forholdet til mediene

Ta hensyn til at mediene har et viktig samfunnsansvar. I Del II punkt 9 og 10 er det gitt råd om kontakt med mediene og om innhenting av samtykke. Dersom mediene oppsøker skoleområdet for bilder, film eller intervjuer, kan man be journalistene kontakte skolens ledelse eller mediekontakt for en nærmere avklaring av hvilke elever som kan la seg avbilde. Dette gjelder ikke dersom eleven har nådd en alder og modenhet som tilsier at eleven selv tar avgjørelsen om kontakt med mediene. Journalister kan ikke vises bort fra skoleområdet, med mindre det foreligger plagsom adferd eller deres tilstedeværelse er forstyrrende for undervisning eller lek.

Del VI: Gode råd for ledere og medarbeidere i barnevernet

1. Mobiltelefonens betydning for barn og unges privatliv

Barn i barnevernets omsorg er i en særlig sårbar situasjon. Det er derfor viktig at ansatte i barneverninstitusjoner og omsorgssentre tar seg tid til å snakke med barnet for å finne ut hvilke behov barnet har for privatliv og kontakt med familie og venner via mobiltelefon eller andre kommunikasjonsmidler. Å ta bilder, film, lydopptak eller lignende kan være viktigere for barn i barneverninstitusjon og omsorgssentre enn det er for barn som lever utenfor institusjon. Det må derfor utvises særlig forståelse for at barn har noe av sitt privatliv lagret på mobiltelefonen eller annet digitalt utstyr.

2. Begrensinger i bruk av mobiltelefon er et inngrep som trenger hjemmel i lov

Bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler hos barn i barnevernsinstitusjon og omsorgssentre, kan bare begrenes i tråd med de lovhjemler som foreligger. Ved vurdering av inngrep i barns rett til bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, er det viktig å ta hensyn til at dette kan innebære et betydelig inngrep både i deres ytringsfrihet og i deres rett til privatliv. Mange barn i barneverninstitusjoner bor langt fra nær familie og nettverk, og vil kunne oppleve ekstra belastning ved begrensinger i bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Det samme gjelder barn i omsorgssentre.

3. Begrensninger i bilder og film bør skje i dialog med barn og unge

Begrensninger og reguleringer av mobiltelefonbruk, bilder, film- eller lydopptak i barneverninstitusjon og omsorgssentre bør i første rekke skje i samråd med beboerne. Felles holdninger for bruk av mobiltelefon, fotografering, film eller lydopptak bør jevnlig tematiseres i faste møter mellom institusjonens ansatte og beboere, for eksempel i husmøter eller ukemøter. Der kan barn og voksne i fellesskap finne fram til hvilke tiltak og hvilke husordensregler som bør gjelde ved institusjonen.

4. Bilder, film og lydopptak som ansatte tar bør tas med institusjonens utstyr

Bilder, film eller lydopptak som ansatte tar av barn i barnevernsinstitusjon for å dokumentere hverdagsopplevelser, bør tas med institusjonens eget utstyr. Det samme gjelder for ansatte i omsorgssentrene, kommunale botiltak og i sentre for foreldre og barn. Dette for å unngå at institusjonen mister kontroll over hvor opptakene er lagret og hvem som kan få tilgang til opptakene. Ledelse og medarbeidere bør på forhånd ha diskutert hvordan dette skal håndteres. Samtykke til å ta, oppbevare og dele bilder, film og lydopptak er nærmere omtalt i Del II punkt 10.

5. Informasjon til barn, unge, foreldre og pårørende

I barneverninstitusjoner, omsorgssentre, kommunale botiltak og sentre for foreldre og barn bør det gis råd og veiledning om bilder, film og lydopptak til beboere og besøkende. Informasjonen bør inneholde råd om:

a. at det kan være lurt å tenke seg om før man publiserer eller deler bilder, film og lydopptak av seg selv i sosiale medier fordi bilder, film og lydopptak kan være lett tilgjengelig for andre i mange år fremover
b. at foreldre og andre pårørende bør tenke seg godt om før de publiserer eller deler bilder, film og lydopptak av barn og unge i sosiale medier. Ved publisering av bilder, film og lydopptak av andres barn kreves et gyldig samtykke. Ved publisering av bilder, film og lydopptak av egne barn, må man være klar over at også dette kan kreve samtykke fra barnet selv. Også krenkelse av privatlivet til egne barn kan være straffbart
c. at det å publisere bilder, film eller lydopptak av ansatte som hovedregel krever et gyldig samtykke

6. Barn og unges krav på beskyttelse av privatliv

I barneverninstitusjoner, omsorgssentre, kommunale botiltak og i sentre for foreldre og barn bør det gjøres nødvendige tiltak, slik at man hindrer at besøkende eller beboerne tar bilder, film eller lydopptak av andre beboere eller deres pårørende uten gyldig samtykke.

7. Bilder, film og lydopptak kan være viktig dokumentasjon

Det vil normalt være lovlig for barn og foresatte å ta bilder og film. Normalt vil det også være lovlig å ta lydopptak av samtaler en selv deltar i. Når barn og foresatte tar bilder, film eller lydopptak i barnevernet, kan dette være viktig dokumentasjon for den som er berørt. Dette gjelder kanskje særlig for barn som utsettes for tvang.

8. Barn i fosterhjem

For barn som bor i fosterhjem, kan fosterforeldre lage fornuftige regler om bruk av mobiltelefon i hjemmet. Barnet bør tas med på råd. Dersom barnet selv eier mobiltelefonen, kan fosterforeldre kun ta beslag i telefonen i kortere perioder og bare så langt det er nødvendig for å sørge for at barnet får nok søvn eller for å hindre at barnet kommer i kontakt med personer man er redd vil skade barnets helse, eller for å avverge straffbare handlinger.

9. Kommunalt barnevern

I det kommunale barnevernet bør det henges opp oppslag på venterom eller lignende som informerer om at det ikke er tillatt å ta eller publisere bilder, film eller lydopptak av andre besøkende uten deres samtykke. I møte med saksbehandler vil opptak normalt være lovlig, mens publisering av slike opptak som hovedregel vil kreve samtykke.

10. Der foreldrenes fotografering eller publisering er en belastning for barnet

Dersom foreldrene eller andres fotografering eller filming av eget barn under samvær er belastede for barnet, for eksempel på grunn av intensitet eller omfang, bør barneverntjenesten i første omgang gi foreldrene veiledning. Det samme gjelder dersom foreldrene publiserer bilder, film eller lydopptak på en slik måte at barnevernet mener det er til skade eller ulempe for barnet.

11. Forholdet til mediene

Ta hensyn til at mediene har et viktig samfunnsansvar. I Del II punkt 9 er det gitt råd om kontakt med mediene.

Del VII: Gode råd for ledere og medarbeidere i helse- og omsorgstjenesten

1. Ulike grupper av brukere kan trenge ulike råd

I helse- og omsorgstjenesten er brukerne en svært sammensatt gruppe, samtidig som tjenestetilbudet også er svært ulikt. De fleste som mottar helsehjelp er fullt ut i stand til å treffe beslutninger og ellers klare seg selv. Noen pasienter er imidlertid særlig sårbare. Det gjelder for eksempel pasienter som er innlagt på sykehus, demente eller andre pleietrengende på sykehjem. Ta derfor hensyn til at brukere har ulike behov dersom du gir råd om bilder, film og lydopptak.

2. Rådene må variere med situasjonen

Når det tas bilder, film eller lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, vil det variere hvordan situasjonene bør løses. Virksomhetene er forskjellige, har ulike formål og ulike brukergrupper. Hva eller hvem det tas bilder eller opptak av, varierer også mye. I tillegg varierer det hvem som gjør opptak og hvorfor det gjøres opptak. Når det skal tas stilling til hvordan situasjonen skal håndteres, må man tenke gjennom alle disse forholdene.

3. Bilder, film og lydopptak i rom som er brukernes hjem

Noen helse- og omsorgstjenester ytes i brukerens eget hjem eller i institusjoner som i praksis fungerer som brukernes hjem. Når disse brukerne tar bilder, film eller lydopptak i eget hjem eller på eget rom, bør andre vise respekt for deres behov. Ansatte som synes det er ubehagelig å være med på opptakene, bør snakke med brukerne om dette for å prøve å finne en praktisk løsning for alle. Ta hensyn til at elektroniske kommunikasjonsmidler er en viktig del av folks liv særlig når det gjelder barn. Helse- og omsorgstjenesten bør derfor vise særskilt forståelse for at barn som er innlagt kan ha behov for å ta bilder og film for å utøve sin rett til privatliv og ytringsfrihet, for å kommunisere med andre, og for å opparbeide trygghet og ha kontroll over egen situasjon.

4. Bilder, film og lydopptak i avdelinger med særskilt risiko

Enkelte avdelinger er mindre egnet for besøk, bilder, film og lydopptak, som for eksempel operasjonsstuer, somatiske og psykiatriske akuttmottak, intensivavdelinger, fødestuer og lignende. Av hensyn til et forsvarlig tjenestetilbud kan det være aktuelt å regulere fotografering, filming og lydopptak her i større utstrekning enn på andre avdelinger. Men heller ikke på disse avdelingene kan det ilegges forbud uten mulighet for å gjøre unntak. Helse- og omsorgstjenesten retter seg mot hele befolkningen. Samfunnet har et legitimt behov for informasjon om hvordan tjenestene fungerer og kunnskap om eventuelle kritikkverdige forhold. Åpenhet er nødvendig for å synliggjøre behandlingstilbud, konsekvenser av prioriteringer og for å drive uavhengig kontroll av disse tjenestene, også i avdelinger som normalt er mer lukket. Selv om institusjonen skulle komme til at fotografering og film i hovedregelen ikke er tillatt i en bestemt del av tjenesten, må det derfor gjøres en konkret vurdering dersom situasjonen reiser nye problemstillinger, for eksempel ved dokumentaropptak.

5. Fotografering og filming i fellesarealer bør skje på en hensynsfull måte

I fellesarealer som venteværelser, spiserom, dagligstue, foreldrerom eller andre allrom, bør det henges opp eller legges ut generell informasjon om mobilbruk, bilder, film, lydopptak og lignende i virksomheten. I informasjonsskriv, på tv-skjermer, plakater e.l. bør det komme fram at brukere,

pårørende og andre besøkende bør være hensynsfulle når de tar bilder, film eller gjør andre opptak i helse- og omsorgstjenesten av hensyn til øvrige brukere og av hensyn til et forsvarlig arbeidsmiljø for de ansatte. Det kan informeres om at det er lurt å spørre de personene som kommer med på bildet eller filmopptaket om de synes det er greit å være med på opptakene. Det bør videre informeres om at man trenger samtykke fra personer som kan gjenkjennes på bildet eller opptaket før det kan publiseres eller deles med mange.

6. Informasjon til barn, foresatte og pårørende

I helseinstitusjoner med barn eller på sykehusets barneavdeling kan det henge en enkel plakat på rommene eller det kan gis tilgang til informasjonsvideo eller annet informasjonsmateriell. Informasjonen bør inneholde råd om:

a. at det kan være lurt at barn tenker seg om før de publiserer eller deler bilder, film og lydopptak av seg selv i sosiale medier fordi bildene kan være lett tilgjengelig for andre i mange år fremover
b. at det kan være lurt om foreldre og andre pårørende tenker seg godt om før de publiserer eller deler bilder, film og lydopptak av egne barn i sosiale medier. Ved publisering av bilder, film eller lydopptak av andres barn kreves et gyldig samtykke. Ved publisering av bilder, film eller lydopptak av egne barn, må man være klar over at også dette kan kreve samtykke fra barnet selv. Også krenkelse av privatlivet til egne barn, kan være straffbart
c. at det å publisere bilder, film eller lydopptak av ansatte som hovedregel krever et gyldig samtykke

7. Veiledning til foresatte som eksponerer barna sine på nett

Noen foreldre eller foresatte til barn med alvorlige sykdommer eksponerer barnet gjennom blogg eller støttegrupper i sosiale medier. Helsepersonell kan gå i dialog med foreldrene om hva publisering av bilder, film og lydopptak kan innebære for barnet på lengre sikt. En slik dialog bør være preget av respekt og lydhørhet for barnet og foreldrenes behov, samt innebære en gjensidig drøftelse av positive og problematiske sider ved eksponering av syke barn i sosiale medier eller blogg. Målet med dialogen bør være å få foreldrene til å reflektere rundt hva som vil være til barnets beste, og hvordan de som foreldre kan ivareta barnets interesser på en best mulig måte.

8. Bilder, film og lydopptak kan være viktig dokumentasjon

Det vil normalt være lovlig å ta bilder og film. Normalt er det også lovlig å ta lydopptak av samtaler en selv deltar i. Når pasienter, brukere eller pårørende tar bilder, film eller lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, kan dette være viktig dokumentasjon for den som er berørt. Dette gjelder kanskje særlig for personer som utsettes for tvang.

9. Forholdet til mediene

Ta hensyn til at mediene har et viktig samfunnsansvar. I Del II punkt 9 er det gitt råd om kontakt med mediene.

Del VIII: Oversikt over sentralt regelverk

Grunnloven § 100 (ytringsfrihet), § 102 (rett til privatliv og familieliv, personvern), § 104 (barnets beste og barns rett til medbestemmelse), § 98 (vern mot diskriminering), § 106 (rett til fri bevegelighet).

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 10 (ytringsfrihet), artikkel 8 (rett til privatliv og familieliv), artikkel 14 (aksessorisk vern mot diskriminering), tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (vern om eiendomsrett).

Barnekonvensjonen (BK) artikkel 3 (barnets beste), artikkel 12 (barns rett til medbestemmelse), artikkel 13 (barns rett til ytringsfrihet), artikkel 16 (barns rett til privat- og familieliv).

Personopplysningsloven 2018, inkl. EUs Personvernforordning (GDPR) § 3 (særlige regler for journalistisk, akademisk, kunstnerisk og litterær aktivitet), § 5 (barns rett til samtykke for informasjonssamfunnstjenester 13 år), §§ 8–9 (særlige regler for arkivering, statistikk, vitenskapelig og historisk forskning), artikkel 5 (prinsipper for behandling av personopplysninger), artikkel 6 (lovlige behandlingsgrunnlag), artiklene 7–8 (regler om samtykke).

18.3 Flertallets kommentarer til mindretallets syn

Utvalgets mindretall, utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, har i punkt 18.4 kommet med dissenser til tre av punktene i utvalgets forslag til veileder i punkt 18.2. Utvalgsmedlemmene Bang, Ergo og Foss har dissens på ett av punktene i forslag til veileder.

Utvalgets flertall, utvalgsleder Høgberg, utvalgsmedlemmene Bang, Borvik, Christiansen, Iden, Kikvik, Larsen, Ringstad, Silkoset og Stokvold vil presisere følgende til de tre første punktene i mindretallets dissens:

- Til veilederen «*Del II Noen viktige rettslig utgangspunkter: punkt 9 Medienes særskilte rolle: bokstav d – Adgang til virksomheten*» er flertallet ikke uenige med mindretallet i at det skal være en høy terskel for å nekte mediene tilgang til områder og lokaler der det drives offentlig virksomhet. Utvalgets flertall mener imidlertid det er åpenbart at hensynet til forsvarlig drift også kan være en legitim grunn til å nekte mediene tilgang. Dette må ikke forstås som at mediene permanent skal utestenges, men det kan være situasjoner der det å tilrettelegge for medienes tilgang ikke er mulig å forene med forsvarlig drift. Et eksempel kan være der en institusjon håndterer en akutt situasjon og ikke har bemanning til både å håndtere den akutte situasjonen, og til å samtidig tilrettelegge for besøk fra mediene. Det må da søkes etter andre muligheter på et senere tidspunkt, eller gis tilbud om annen type tilrettelegging.
- Til veilederen *«Del V Gode råd for ledere og medarbeidere i skolen: punkt 10 Foresatte tar bilder, film eller lydopptak i skoletiden»* mener utvalget at det foreligger slik hjemmel i lov. Dette er redegjort nærmere for i denne utredningens kapittel 7 og 8.
- Til veilederen «*Del VI Gode råd for ledere og medarbeidere i barnevernet: punkt 6 Barn og unges krav på beskyttelse av privatliv*» er flertallets oppfatning at barn og unge i barneverninstitusjoner og omsorgssentre er særlige sårbare, og derfor har et særskilt behov for vern. Barn under barnevernets omsorg har også et rettslig krav på vern og beskyttelse. Dette innebærer at ansatte i barnevernet har et ansvar for å beskytte barn fra å bli fotografert, filmet eller gjort lydopptak av i institusjoner uten at samtykke er gitt. Det kan åpenbart være gode grunner til at det i enkelte situasjoner nedlegges forbud mot fotografering, film og lydopptak. Risikoen for spredning kan for eksempel vurderes til å være for stor for enkelte barn, veid opp mot deres behov for beskyttelse.

Til det dissensen knytter til veilederen «*Del VII Gode råd for ledere og medarbeidere i helse- og omsorgstjenesten: punkt 4 Bilder, film og lydopptak i avdelinger med særskilt risiko*», foreligger utførlige redegjørelser for flertallets og mindretallets syn i punkt 12.3.2.1 og 12.4.2.

18.4 Mindretallets syn på forslag til veileder

Utvalgets mindretall, utvalgsmedlemmene Ergo og Foss, har følgende dissenser til forslag til veileder som er inntatt i punkt 18.2:

- Til veilederen «*Del II Noen viktige rettslig utgangspunkter: punkt 9 Medienes særskilte rolle: bokstav d – Adgang til virksomheten*» skriver Ergo og Foss:

  «Disse medlemmene mener veilederen angir en for lav terskel for når man kan utestenge mediene med henvisning til «forsvarlig drift». Det vil være for enkelt å nekte medier adgang på uberettiget grunnlag dersom det holder at tilstedeværelsen «går ut over tjenestetilbudet». En veileder bør tydeliggjøre at det å nekte mediene tilgang først kan være aktuelt når tilstedeværelsen krenker pasienters eller tjenestemottakeres personvern, eller hindrer forsvarlig pasientbehandling eller et forsvarlig tjenestetilbud til brukeren. Terskelen for å nekte mediene tilgang skal være høy.»

- Til veilederen *«Del V Gode råd for ledere og medarbeidere i skolen: punkt 10 Foresatte tar bilder, film eller lydopptak i skoletiden»* skriver Ergo og Foss:

  «Disse medlemmene er ikke enig i at man kan bortvise foreldre som filmer egne barn i skoletiden, og mener det ikke er hjemmel i norsk lov for dette. Videre kan det også tenkes situasjoner hvor det er nødvendig å dokumentere situasjoner gjennom filming, fotografering eller lydopptak, for eksempel der man er vitne til kritikkverdige forhold som maktmisbruk, slåsskamper, mobbing o.l.. I slike tilfeller kan det være nødvendig å filme også andres barn.»

Ergo og Foss skriver at følgende veiledning heller bør gis:

> «Dersom foresatte eller andre personer tar bilder, film eller lydopptak av andres barn i skoletiden, kan man oppfordre personene til å stanse eller å forlate skolens område. I noen situasjoner kan det imidlertid være berettiget å filme andres barn, f.eks. der det dokumenterer forhold av allmenn interesse.»

- Til veilederen «*Del VI Gode råd for ledere og medarbeidere i barnevernet: punkt 6 Barn og*

unges krav på beskyttelse av privatliv» skriver Ergo og Foss:

> «Disse medlemmene støtter at det skal gjøres nødvendig tiltak for å verne om beboernes privatliv, men mener samtidig utvalget går for langt når det kreves tiltak for å hindre all fotografering, filming o.l. uten samtykke. Disse medlemmene viser til at det først og fremst er publisering som er straffbart i henhold til norsk lov. Skal man gripe inn ved fotografering, filming eller liknende, må det foreligge konkrete grunner utover dette, for eksempel at besøkende eller andre beboere fortsetter å filme mot andres beboeres eller pårørendes vilje. Videre bør ansatte gjøre besøkende og andre beboere oppmerksom på at publisering av bilder, film eller lydopptak av andre beboere eller deres pårørende ikke kan skje uten gyldig samtykke.»

Ergo og Foss skriver at følgende veiledning heller bør gis:

> «I barneverninstitusjoner, kommunale botiltak og i sentre for foreldre og barn bør det gjøres nødvendige tiltak for å verne om beboernes privatliv. Dette kan også innebære å gripe inn i konkrete tilfeller der man mener andres fotografering, filming eller lydopptak griper inn i en beboers privatliv. Videre bør man gjøre besøkende og andre beboere oppmerksom på at publisering av bilder, film eller lydopptak av andre beboere eller deres pårørende ikke kan skje uten gyldig samtykke.»

Utvalgets mindretall, utvalgsmedlemmene Bang, Ergo og Foss, har følgende dissens til forslag til veileder som er inntatt i punkt 18.2:

– Til «*Del VII Gode råd for ledere og medarbeidere i helse- og omsorgstjenesten: punkt 4 Bilder, film og lydopptak i avdelinger med særskilt risiko*» skriver Bang, Ergo og Foss at siste setning bør lyde:

  > «Selv om institusjonen skulle komme til at fotografering og film i hovedregelen ikke er tillatt i en bestemt del av tjenesten, må det gjøres en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Medienes ønske om tilstedeværelse skal tillegges vekt.»

Kapittel 19
Samtykkeskriv

19.1 Samtykkeskriv for skolen

Før det tas bilder og film av barn i skolens regi, må skolen ha et gyldig samtykke. Dersom skolen skal dele bilder, film eller lydopptak av elevene krever dette også samtykke. Der samtykkekompetansen ligger hos foreldre/foresatte må disse få et samtykkeskriv der det gis informasjon om fremvisning, deling og publisering av bilder og film av elevene. Elever som er gamle nok til selv å samtykke bør også få et samtykkeskriv. Samtykkeskrivet bør klart beskrive hva det er man samtykker til. Nedenfor følger forslag til innhold i en samtykkeerklæring som må tilpasses hver enkelt skole.

1. Innledning i samtykkeskrivet

Det bør lages et samtykkeskriv der det kommer tydelig fram hva de foresatte eller eleven faktisk samtykker til. Skolen bør i en innledning beskrive hva slags fotografier og filmer skolen tar, hvordan de lagres og når de slettes. Skolen bør videre beskrive formålet med fotograferingen, lagringen og eventuell publisering. Skolen bør informere om at behandling/lagring av fotografier av barn i de fleste tilfeller krever samtykke fra foreldrene, med mindre barnet er gammelt nok til å selv å gi samtykke. Skolen bør også beskrive hvordan barnets samtykke innhentes før bilder/film tas og før de deles i ulike fora. Der eleven er gammel nok til å samtykke selv, bør skolen i tillegg til å innhente samtykke fra eleven gjennom et samtykkeskriv, også som hovedregel spørre eleven i hver konkrete situasjon om lov til å ta og/eller dele bilder og film.

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- Før det tas bilder og film av elever i skolens regi, må skolen ha et gyldig samtykke. Dersom skolen skal dele bilder og film av elevene krever dette også samtykke.
- Vi spør alltid eleven om lov før eleven blir fotografert / Vi spør eleven om lov før eleven blir fotografert med mindre dette vil forstyrre elevens aktivitet.
- Etter bildene er tatt går vi gjennom bildene med eleven slik at eleven får velge hvilke vi skal beholde og hvilke som skal slettes.
- Vi spør alltid eleven om lov før bilder/film av eleven deles.
- Vi tar bilder/film for å dokumentere skolens arbeid.
- Vi tar klassebilder og sender ut skolekatalog/årbok.
- Vi tar bilder/film for å vise frem skolens aktiviteter til foreldrene og foresatte.
- Vi tar bilder/film for å profilere skolen på sosiale medier.
- Noen ganger innebærer skolearbeidet at elever fotograferer/filmer seg selv eller hverandre.
- Vår praksis for sikker lagring og sletting innebærer at: (...)
- Bildene som publiseres på nett vil alltid være i en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger.
- Vi tar ikke bilder av barna når de er svært lettkledde.
- På skolearrangementer slik som skoleavslutninger, skoleforestillinger og 17. mai har skolen følgende praksis:
  - På skolens arrangementer informerer vi muntlig om at bilder og film av andres barn ikke skal deles på sosiale medier eller publiseres på annen måte uten samtykke fra barnet og deres foreldre.
  - Ved bilder fra 17. mai-toget vil portrettbilder (bilder som viser én eller flere bestemte personer, altså bilder der personene er hovedmotivet) kreve samtykke før publisering. Situasjonsbilder av 17. mai-toget (hvor aktiviteten i seg selv er hovedmotiv) kan derimot offentliggjøres uten samtykke fra de avbildede. Dette gjelder likevel ikke dersom den avbildedes interesser eller grunnleggende rettigheter etter en interesseav-

veining går foran og krever vern av personopplysningene, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f. Bilder som fremstår som krenkende for den som avbildes, kan derfor ikke legges ut uten samtykke. Vi anbefaler at man likevel så langt det lar seg gjøre ber om samtykke fra de som er avbildet før bilder publiseres.

2. Bilder og film til journalistiske formål, og bilder og film tatt av utplasserte studenter

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Skolen vil alltid be om spesifikt samtykke fra de foresatte og elevene det gjelder dersom det skal tas bilder eller film av elever til journalistiske formål, eller dersom utplasserte studenter ønsker å ta bilder eller film av elevene. Dersom elevene er gamle nok til å samtykke selv, vil samtykke kun innhentes fra elevene.

3. Samtykke til at skolen tar og lagrer bilder og film

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at skolen tar bilder av mitt barn (eventuelt meg) og at disse lagres. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at skolen filmer mitt barn (eventuelt meg) og at filmene lagres. Ja/Nei*

4. Samtykke til bruk av bilder og film

4.1. Bruk/deling i skolens lokaler

Skolen bør beskrive hvordan bildene/filmen brukes i skolens lokaler. Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Vi henger opp bilder i klasserommet.
- Vi viser bilder på skjerm på skolen.
- Vi viser bilder på foreldremøter.
- Vi innhenter samtykke fra barnet før deling.

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn (eventuelt meg) brukes i skolens lokaler. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn (eventuelt meg) brukes i skolens lokaler. Ja/Nei*

4.2. Deling på lukkede nettsider

Skolen bør beskrive hvilke lukkede nettsteder den bruker for å dele bilder og film fra skolen, dersom skolen har en slik praksis. Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Skolen bruker følgende digitale kommunikasjonsverktøy/læringsplattform: (...)
- Skolen har en lukket side på følgende sosialt medium: (...)

Skolen bør beskrive hvilken praksis de har for deling av bilder på de lukkede nettsidene.
- Hva slags bilder og filmer deles?
- Er elevene lett gjenkjennelige?
- Er navn og bilde koblet sammen?
- Har bildene en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger?
- Hvem får tilgang til hvilke bilder?
- Når vil bildene bli slettet?
- Innhentes det samtykke fra eleven før deling?

4.3. Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn (eventuelt meg) deles på lukkede nettsider Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn (eventuelt meg) deles på lukkede nettsider Ja/Nei*

4.4. Deling på åpne nettsider

Skolen bør beskrive hvilke åpne nettsteder den bruker for å dele bilder og film, dersom skolen har en slik praksis.

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Skolen deler bilder på skolens nettsted.
- Skolen deler bilder på skolens åpne side på følgende sosialt medium:(...)

Skolen bør beskrive hvilken praksis de har for deling av bilder på disse nettsidene.
- Hva slags bilder og filmer deles?
- Er elevene lett gjenkjennelige?
- Er navn og bilde koblet sammen?
- Har bildene en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger?
- Innhentes det samtykke fra eleven før deling?

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn (eventuelt meg) deles på åpne nettsider Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn (eventuelt meg) deles på åpne nettsider Ja/Nei*

4.5. Deling i trykksaker

Skolen bør beskrive hvilke trykksaker som er aktuelle, og hvordan de blir brukt. Eksempler på trykksaker kan være:
- Oppstartsinformasjon
- Skolekatalog/Årbok
- Brosjyrer
- Reklamemateriell

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn (eventuelt meg) publiseres i trykksaker relatert til skolen. Ja/Nei*

5. Underskrift av virksomheten og de foresatte/ eleven selv

19.2 Samtykkeskriv for barnehagen

Før det tas bilder, film eller lydopptak i barnehagen, må barnehagen ha samtykke fra foresatte. Dersom barnehagen skal dele bilder, film og lydopptak av barna, krever også dette samtykke av foresatte. Alle foreldre/foresatte bør få et samtykkeskriv der det gis informasjon om fremvisning, deling og publisering av bilder og film av barna. Samtykkeskrivet bør klart beskrive hva det er man samtykker til. Nedenfor følger forslag til innhold i en samtykkeerklæring som må tilpasses hver enkelt barnehage.

1. Innledning i samtykkeskrivet

Det bør lages et samtykkeskriv der det kommer tydelig fram hva de foresatte faktisk samtykker til. Barnehagen bør i en innledning beskrive hva slags fotografier og filmer barnehagen tar, hvorfor de tar dem, hvordan de lagres og når de slettes. Har barnehagen for eksempel regler om at ansatte ikke skal bruke private kamera eller mobiltelefoner for å ta bilder, kan dette fremgå av skrivet. Barnehagen bør informere om at behandling/lagring av fotografier av barna i de fleste tilfeller krever samtykke fra foreldrene.

Barnehagen bør også beskrive om barnets samtykke innhentes før bilder/film tas og om barnets samtykke innhentes før bilder og film deles i ulike fora. I noen barnehager spørres alltid barnet om det er greit at personalet tar et bilde før bildet tas. I andre barnehager foretrekker personalet å la barnet få medvirke etter at bildene er tatt, slik at bildetakingen ikke forstyrrer barnas lek eller aktiviteter. Barnehagen kan da for eksempel gå gjennom bildene med barnet etter de er tatt, og så kan barnet få bestemme hvilke bilder som kan bevares, hvilke som skal slettes og hvilke bilder som kan deles og med hvem.

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Før det tas bilder og film av barn i barnehagens regi, må barnehagen som hovedregel ha samtykke fra de foresatte. Dersom barnehagen skal dele bilder og film av barna krever dette også samtykke fra de foresatte.
- Vi spør alltid barnet om lov før barnet blir fotografert / Vi spør barnet om lov før barnet blir fotografert med mindre dette vil forstyrre barnets lek eller aktivitet.
- Etter at bildene er tatt går vi gjennom bildene med barna så barna får velge hvilke vi skal beholde og hvilke som skal slettes.
- Vi spør alltid barnet om lov før bilder/film av barnet deles.
- Vi tar bilder/film for å dokumentere den pedagogiske virksomheten.
- Vi tar bilder/film for å vise frem barnehagens aktiviteter til foreldrene og foresatte.
- Vi tar bilder/film for å profilere barnehagen på sosiale medier.
- Vår praksis for sikker lagring og sletting innebærer at bildene slettes når barnet ikke lenger går i barnehagen.
- Bildene som publiseres på nett vil alltid være i en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger.
- Vi tar ikke bilder av barna når de er svært lettkledde.
- I arrangementer i barnehagen slik som sommerfest, avslutninger, forestillinger og 17. mai-tog har barnehagen følgende praksis:
  - På barnehagens arrangementer informerer vi muntlig om at bilder og film av andres barn ikke skal deles på sosiale medier eller publiseres på annen måte uten samtykke fra barnet og deres foreldre.
  - Ved bilder fra 17. mai-toget så vil portrettbilder (bilder som viser én eller flere bestemte personer, altså bilder der personene er hovedmotivet) kreve samtykke før publisering. Situasjonsbilder av 17. mai-toget (hvor aktiviteten i seg selv er hovedmotiv) kan derimot offentliggjøres uten samtykke fra de avbildede. Dette gjelder likevel ikke dersom den avbildedes interesser eller grunnleggende rettigheter etter en interesseav-

veining går foran og krever vern av personopplysningene, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav f. Bilder som fremstår som krenkende for den som avbildes, kan derfor ikke legges ut uten samtykke. Vi anbefaler at man likevel så langt det lar seg gjøre ber om samtykke fra de som er avbildet før bilder publiseres.

2. Bilder og film til journalistiske formål, og bilder og film tatt av utplasserte studenter

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- Barnehagen vil alltid be om spesifikt samtykke fra de foresatte og barna det gjelder dersom det skal tas bilder eller film av barna til journalistiske formål, eller dersom utplasserte studenter ønsker å ta bilder eller film av barna.

3. Samtykke til at barnehagen tar og lagrer bilder og film

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- *Jeg samtykker til at barnehagen tar bilder av mitt barn og at disse lagres. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at barnehagen filmer mitt barn og at filmene lagres. Ja/Nei*

4. Samtykke til bruk av bilder og film

4.1. Bruk/deling i barnehagens arbeid med å planlegge, dokumentere og vurdere den pedagogiske virksomheten

Hvis bilder og film brukes som en del av barnehagens arbeid med å planlegge, dokumentere og vurdere den pedagogiske virksomheten, bør barnehagen forklare hvordan og hvorfor.

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- Vi bruker bilder og/eller film for intern vurdering av barnehagen som pedagogisk virksomhet. Bilder og film brukes som utgangspunkt for å reflektere over hvordan personalet kan videreutvikle barnehagens innhold.
- Med internt mener vi internt i personalgruppa, sammen med barn og på foreldremøter.
- Vi bruker bilder og film som en del av barnehagens arbeid med å synliggjøre den pedagogiske virksomheten for tilsynsmyndigheten. Dette regnes som eksternt og vil derfor ikke inneholde bilder av enkeltbarn der det er mulig å kjenne igjen barna.

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn brukes i forbindelse med planlegging, dokumentasjon og vurdering av den pedagogiske virksomheten. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn brukes i forbindelse med planlegging, dokumentasjon og vurdering av den pedagogiske virksomheten. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at bilder/film av mitt barn brukes i forbindelse med tilsyn. Ja/Nei*

4.2. Bruk/deling i barnehagens lokaler

Barnehagen bør beskrive hvordan bildene/filmen brukes i barnehagens lokaler. Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- Vi henger opp bilder på veggen i avdelingen.
- Vi viser bilder på skjerm i barnehagen.
- Vi viser bilder på foreldremøter.
- Vi innhenter samtykke fra barnet før deling.

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn brukes i barnehagens lokaler. Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn brukes i barnehagens lokaler. Ja/Nei*

4.3. Deling på lukkede nettsider

Barnehagen bør beskrive hvilke lukkede nettsteder den bruker for å dele bilder og film fra barnehagen.

Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:

- Barnehagen bruker følgende digitale kommunikasjonsverktøy: (...)
- Barnehagen har en lukket side på følgende sosialt medium: (...)

Barnehagen bør beskrive hvilken praksis barnehagen har for deling av bilder og film på de lukkede nettsidene.

- Hva slags bilder og filmer deles?
- Er barna lett gjenkjennelige?
- Er navn og bilde koblet sammen?
- Har bildene en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger?
- Hvem får tilgang til hvilke bilder?
- Når vil bildene bli slettet?
- Innhentes det samtykke fra barnet før deling?

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn deles på lukkede nettsider Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn deles på lukkede nettsider Ja/Nei*

4.4. Deling på åpne nettsider

Barnehagen bør beskrive hvilke åpne nettsteder den bruker for å dele bilder og film. Eksempler på formuleringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- Barnehagen deler bilder på barnehagens nettsted.
- Barnehagen deler bilder på barnehagens åpne side på følgende sosialt medium: (...)

Barnehagen bør beskrive hvilken praksis de har for deling av bilder på disse nettsidene.
- Hva slags bilder og filmer deles?
- Er barna lett gjenkjennelige?
- Er navn og bilde koblet sammen?
- Har bildene en kvalitet som gjør det lite attraktivt for andre å manipulere dem eller benytte dem i andre sammenhenger?
- Innhentes det samtykke fra barnet før deling?

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn deles på åpne nettsider Ja/Nei*
- *Jeg samtykker til at film av mitt barn deles på åpne nettsider Ja/Nei*

4.5. Deling i trykksaker

Barnehagen bør beskrive hvilke trykksaker som er aktuelle, og hvordan de blir brukt. Eksempler på trykksaker kan være:
- Oppstartsinformasjon
- Årsplan
- Fotoalbum
- Brosjyrer
- Reklamemateriell

Eksempler på samtykkeerklæringer som kan brukes i samtykkeskriv:
- *Jeg samtykker til at bilder av mitt barn publiseres i trykksaker relatert til barnehagen. Ja/Nei*

5. Underskrift av virksomheten og de foresatte

Referanseliste

Aall, J. (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter*. (5. utg.). Bergen: Fagbokforlaget.

Auglend, R. & Mæland, H.J. (2016). Politirett Oslo: Gyldendal.

Ammerud skole (2014) *Regler for samvær ved Ammerud skole og aktivitetsskolen*. Hentet fra https://ammerud.osloskolen.no/contentassets/03099df4def5464a9ca36572e9804865/samvarsregler-4.12.2014.pdf

Article 29 Data Protection Working Party (2014) *Opinion 06/2014 on the legitimate interests of the data controller under article 7 of Directive 95/46/EC*

Barneombudet (2015). *Grenseløs omsorg*. Hentet fra http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2015/08/Rap.Grensel_omsorg_2015_enkeltsider.pdf

Barne- og familiedepartementet. (2004). *Retningslinjer for fosterhjem*. (Rundskriv Q-1072B) Hentet fra https://www.regjeringen.no

Barne- og familiedepartementet. (2005). *Barnevernet og taushetsplikten, opplysningsretten og opplysningsplikten*. (Rundskriv Q 24/2005). Hentet fra https://www.regjeringen.no

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. (2010). *Fosterhjemsavtalen*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnevern/2011/fosterhjemsavtalen2011.pdf

Barne- og likestillingsdepartementet. (2012). *Om retningslinjer til rettighetsforskriften*. (Rundskriv Q-19/2012). Hentet fra https://www.regjeringen.no

Barne- og likestillingsdepartementet. (2016). *Retningslinjer om hjelpetiltak, jf. barnevernloven § 4-4*. (Rundskriv Q-0982). Hentet fra https://www.regjeringen.no

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2013). *Dine rettigheter*. Hentet fra https://www.bufdir.no/bibliotek/Dokumentside/?docId=BUF00002905

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2015). *Tolkning av § 24 i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften) – begrensninger i bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler*. Direktoratets tolkningsuttalelse 13. oktober 2015 ref. 50955-6/2015.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2016) *Om ansatte i institusjon kan slette video på beboernes telefon med hjemmel i rettighetsforskriften § 11*. Direktoratets tolkningsuttalelse 6. desember 2016 ref. 55547-2/2016.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2017a). *Forespørsel om tolkning av reglene om tilgang til elektroniske kommunikasjonsmidler på barneverninstitusjoner*. Direktoratets tolkningsuttalelse 9. mars 2017 ref. 56535-2/2016.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2017b). *Tolkningsuttalelse – Filming av barn under samvær*. Direktoratets tolkningsuttalelse 11. september 2017 ref. 55080-2/2017.

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2018a). *Hvordan vurdere om en person har samtykkekompetanse?* Hentet fra https://www.bufdir.no/vold/TryggEst/Verktoy_og_ressurser/Samtykkekompetanse

Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. (2018b). *Råd for å håndtere sjikane, hets og trusler*. Hentet fra https://www.bufdir.no/Barnevern/Fagstotte/Rad_for_a_handtere_sjikane_-hets_og_trusler/

Befring, A. K., Kielland, M. & Syse, A. (2016). *Sentrale helserettslige emner*. Oslo: Gyldendal juridisk.

Befring, A. K. (2017). *Helse- og omsorgsrett*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

Befring, A. K. & Ohnstad, B. (2018). *Helsepersonelloven kommentarutgave*. Bergen: Fagbokforlaget.

Bekkedal, T. (2014). *Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest*. Juridika. Publisert 17.07.2014, nr. 6, 315–333.

Bekkestua skole. *Husregler for Bekkestua skole*. Hentet fra http://www.bekkestua.skole.no/index.php?pageID=53

Bendiksen, L. R. L. & Haugli, T. (2015). *Sentrale emner i barneretten*. (2. utg.) Oslo: Universitetsforlaget.

Benson, T. (2014). *Arbeidsrettsboka*. Bergen: Fagbokforlaget.

Bertelsen, T. E. (2011) *EMK: kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter.* Oslo: Gyldendal akademisk.

Blommenholm skole. (2017). *Tillegg til ordensreglement – Blommenholm*. Hentet fra http://www.blommenholm.skole.no/index.php?pageID=210

Borvik, B. (2011). *Personvern og ytringsfridom – Avveginga mellom kolliderande menneskerettar*. Oslo: Universitetsforlaget.

Brurås, S. (2000). *Etikk for journalister.* Bergen: Fagbokforlaget.

Datatilsynet. (2014). *Personvern i skole og barnehage.* Hentet fra https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/om-personvern/rapporter/skoleprosjektet_samlerapport.pdf

Datatilsynet. (2017a). *I beste mening. Om bilder av barn på nett.* Oslo: Datatilsynet.

Datatilsynet. (2017b). *Årsmelding for 2017*. Hentet fra https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/om-personvern/rapporter/aarsmelding/arsmeldingen-for-2017.pdf

Datatilsynet. (2018a). *Behandlingsgrunnlag*. Hentet fra https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/veileder-om-behandlingsgrunnlag/

Datatilsynet. (2018b). *Samtykke fra mindreårige.* Hentet fra https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykkje-fra-mindrearige

Datatilsynet. (2018c). *Bilder av barn.* Hentet fra https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/bilder-pa-nett/bilder-av-barn/

Datatilsynet. (2018d). *Samtykkeskjema – bilder av barn*. Hentet fra https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykkeskjema/

Direktoratet for e-helse. (2013). *Video-, lyd- og bildeopptak i helse- og omsorgssektoren – en veileder.* Oslo: Direktoratet for e-helse.

Dokument 16 (2011–2012). *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*

Eckhoff, T. & Smith, E. (2018). *Forvaltningsrett.* (11. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.

Elvebakken skole. (2015). *Ordensregler*. Hentet fra https://elvebakken.vgs.no/elevtjenester/reglement-og-skjema/ordensregler/

Eskeland, S. (2017). *Strafferett.* (5. utg.). Oslo: Cappelen Damm Akademisk

Evju, S. (2003). «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv» I *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind I. Hentet fra: http://www.arbeidsrettsligforening.no/ara-publis/

Evju, S. (2013). Saklighet og saklighetsprøvelse. *Tidsskrift for arbeidsrett* 10(1), 82–111.

Falkanger, T. & Falkanger, A.T. (2016). *Tingsrett.* (8. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.

Fellesorganisasjonen. (2017). *Netthets – Et arbeidsmiljøproblem.* Hentet fra https://www.fo.no/nyhetsarkiv/ny-rapport-om-netthets-article1171-28.html

Flatø, E. & Indregard, S. (10. august 2018). Delt omsorg. *Morgenbladet*. Hentet fra https://morgenbladet.no/aktuelt/2018/08/delt-omsorg

FNs barnekomité. (2009). *Generell kommentar nr. 12 om barnets rett til å bli hørt.* Hentet fra https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-12.pdf

Fougner, J., Holo, L., Sundet, T. L. & Thorkildsen, T. (2013). *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave.* Oslo: Universitetsforlaget.

Fougner, J. (2018). Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll. *Tidsskrift for arbeidsrett* 15(1), 37–60.

Graver, H. P. (2015). *Alminnelig forvaltningsrett.* Oslo: Universitetsforlaget.

Grønvold, S. E. & Hendis, M. (2014). *Barn og personvern.* Oslo: Kommuneforlaget.

Harris, O'Boyle & Warbrick. (2009). *Law of the European Convention on Human Rights* (2. ed.) New York: Oxford University Press.

Helsedirektoratet. (2010). *Helsepersonells taushetsplikt.* (Rundskriv IS-6/2010). Hentet fra https://helsedirektoratet.no/

Helsedirektoratet. (2012). *Helsepersonelloven med kommentarer.* (Rundskriv IS-8/2012) Hentet fra https://helsedirektoratet.no

Helsedirektoratet. (2013a). *Svar på henvendelse om bruk av mobiltelefon med kamera- og lydopptaksfunksjon i det psykiske helsevernet.* 5. februar 2013.

Helsedirektoratet. (2013b). *Svar på spørsmål om bruk av pvhl. § 2-2 – tidspunkt for inngåelse av avtale.* 22. februar 2013.

Helsedirektoratet. (2015a). *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer.*). (Rundskriv IS-8/2015) Hentet fra https://helsedirektoratet.no

Helsedirektoratet. (2015b). *Lovfortolkning – Regulering av pasienters tilgang til tv-spill og filmer ved Regional sikkerhetsavdeling ved Oslo universitetssykehus (RSA)*. Ref 14/8499-2. Hentet fra https://helsedirektoratet.no

Helsedirektoratet. (2016a). *Beslag av narkotika, destruksjon – svar på spørsmål.* Tolkningsuttalelse ref. 15/13730-3.

Helsedirektoratet. (2016b). *Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern.* (Rapport IS-268)

Helsedirektoratet. (2017). *Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer.* (Rundskriv IS-1/2017)

Holten, S. (2018). Har Den europeiske menneskerettsdomstolen endret bruken av skjønnsmarginen i retning av en mer prosessuell kontroll? *Jussens venner,* 53(02), 112–136.

Hovlid, E. L. (2015). *Vern av privatlivets fred.* Oslo: Gyldendal juridisk

Hovlid, E. L. (2016). Krenkelser ved offentliggjøring av private opplysninger og bilder på sosiale medier. *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 129(02–03), 138–175.

Hundsund ungdomsskole. (2017). *Kjøreregler for bruk av nettbrett på Hundsund.* Hentet fra http://www.hugs.no/index.php?artID=648&navB=42

Høstmælingen, N. (2016). *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge.* (3. utg.) Oslo: Universitetsforlaget.

Høstmælingen, N. & Wille, P. F. (2016). Kommentar til menneskerettsloven. I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [sitert 07.02.2019]

Innst. O. III (1955). *Tilrådning fra justiskomitéen om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 m. v.* Oslo : Justiskomitéen

Jacobsen, H. (2011). «Merknad til personopplysningsloven» I *Lovdata*, 2. mai 2011 [Sitert: 09.11.2018]

Jakhelln, H., Aune, H., Kroken, N. & Lenth, C. A. (2017). *Arbeidsmiljøloven med kommentarer.* Bergen: Fagbokforlaget.

Justis- og beredskapsdepartementet. (2018a). *Høringsbrev.* 26.06.2018 ref. 18/3556 ES.

Justis- og beredskapsdepartementet. (2018b). *Høringsnotat.* 17.12.2018 ref. 18/5494.

Kjærnes, K. K., Silkoset, H. & Reinertsen, H. (2019). Når barnets sykehushverdag deles i sosiale medier. *Nordisk sygeplejeforskning*, 9(01), 20-31

Kjønstad, A. (2007). *Helserett.* Oslo: Gyldendal.

Kommunal- og regionaldepartementet. (2000). *Taushetsplikt for folkevalgte.* (Rundskriv H2112). Hentet fra https://www.regjeringen.no

Kommuneadvokaten i Oslo. (1997). *Fotografering på sykehusområdet.* Brev til Ullevål Sykehus 18. november 1997, ref c9744101.mg

Kunnskapsdepartementet. (2017). *Bruk av robot i undervisningen.* Kunnskapsdepartementets tolkningsuttalelse 19. mai 2017 ref. 16/8357.

Langballe, Å. (2011). *Den pedagogiske barnesamtalen: Hvordan snakke med barn om sensitive temaer.* Nasjonalt kunnskapssenter om vold og traumatisk stress. Hentet fra https://www.nkvts.no/rapport/den-dialogiske-barnesamtalen-hvordan-snakke-med-barn-om-sensitive-temaer/

Lidén, H., Trætteberg, H. S. & Ulvik, O. S. (2018). *Kommunale botiltak for barn og unge: En hvit flekk i velferdsstaten.* (Rapport 2018:14). Oslo: Institutt for samfunnsforskning.

Matningsdal, M. (2015). *Straffeloven: lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff: alminnelige bestemmelser: kommentarutgave.* Oslo: Universitetsforlaget.

Matningsdal, M. (2017). *Straffeloven: De straffbare forholdene: kommentarutgave.* Oslo: Universitetsforlaget.

Medietilsynet. (2018a). *Barn og medier.* Hentet fra https://www.medietilsynet.no/barn-og-medier/barn-og-medier-undersokelsen/

Medietilsynet. (2018b). *Trygg bruk.* Hentet fra http://www.medietilsynet.no/barn-og-medier/trygg-bruk

Molven, O. Holmboe, J. & Cordt-Hansen, K. (2006) Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven. *Tidsskrift for den norske legeforeningen.* 126 (5), 643-4.

Molven, O. (2012). *Helse og jus.* Oslo: Gyldendal.

Møse, E., Aall, J., Nordeide, R., & Bjørge, E. (2017) «Kommentar til menneskerettsloven» I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata.* [sitert 07.02.2019]

Nordhus, I. H., Skjerve, A. & Aasen, H. S. (2006) Demens, samtykkekompetanse og rett til selvbestemmelse – utfordringer ved behandling og forskning. *Nordic Journal of Human Rights.* 24(04), 362-371

Nordli, Ø. (2018). *Stiller opp på TV for å gi økt kunnskap om den «usynlige sykdommen».* Aftenposten 29. oktober 2018. Hentet fra https://www.aftenposten.no/amagasinet/i/oRbQaV/Stiller-opp-pa-TV-for-a-gi-okt-kunnskap-om-den-usynlige-sykdommen

Norges Idrettsforbund. (2017a). *Retningslinjer for publisering av bilder og film.* Hentet fra https://www.idrettsforbundet.no/tema/retningslinjer/retningslinjer-for-publisering-av-bilder-og-film-av-barn

Norges Idrettsforbund. (2017b). *Samtykkeerklæring.* Hentet fra https://www.idrettsforbundet.no/contentassets/2aca1931-

def74a5a8433dfd3b48cc875/samtykkeerklaring-publisering-bilde-og-film-av-barn.pdf

NOU 1976: 1 *Legers og tannlegers rettigheter og plikter*. Oslo: Universitetsforlaget

NOU 1977: 35 *Lov om barn og foreldre*. Oslo: Universitetsforlaget

NOU 1991: 20 *Rettssikkerhet for mennesker med psykisk utviklingshemming*. Oslo: Statens forvaltningstjeneste

NOU 1995: 18 *Ny lovgivning om opplæring «… og for øvrig kan man gjøre som man vil»*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-1995-18/id140365/

NOU 1999: 27 *Ytringsfrihed bør finde sted*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-1999-27/id142119/

NOU 2002: 4 *Ny straffelov. Straffekommisjonens delutredning VII*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2002-04/id380296/

NOU 2009: 1 *Individ og integritet*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2009-1/id542049/

NOU 2011: 9 *Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet – Balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2011-9/id647625/

NOU 2015: 2 *Å høre til – Virkemidler for et trygt psykososialt skolemiljø*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2015-2/id2400765/

NOU 2016: 16 *Ny barnevernlov. Sikring av barnets rett til omsorg og beskyttelse*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2016-16/id2512881/

NOU 2016: 17 *På lik linje – Åtte løft for å realisere grunnleggende rettigheter for personer med utviklinghemming*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2016-17/id2513222/

NOU 2018: 18 *Trygge rammer for fosterhjem*. Hentet fra https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/nou-2018-18/id2622734/

NRK. (2016). *Redaksjonell etikkhåndbok*. Hentet fra http://fido.nrk.no/1b0f0c22d96e2c72078fc36a7fb9a1d42b38c13bc643cce400daf96a16cf1c12/nrk_redaksjonell_etikkhandbok_2016_v3.pdf

Nylander, M. (2018). *Pressens eksponering av barn*. Hentet fra https://www.duo.uio.no/handle/10852/62517

Ot.prp. no. 10 (1890) *Udkast til ny Dissenterlov*

Ot.prp. nr. 41 (1954) *Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 m. v.*

Ot.prp. nr. 38 (1964–1965) *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker*

Ot.prp. nr. 4 (1972–73) *Om lov om endringer i erstatningslovgivningen m.m.*

Ot.prp. nr. 3 (1975–76) *Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) *Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.)*

Ot.prp. nr. 1 (1979–1980) *Om lov om leger og om lov om tannleger*

Ot.prp. nr. 62 (1979–1980) *Om lov om barn og foreldre*

Ot.prp. nr. 44 (1991–1992) *Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)*

Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø*

Ot.prp. nr. 56 (1996–1997) *Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre*

Ot.prp. nr. 10 (1998–1999) *Om lov om spesialisthelsetjenesten m.m.*

Ot.prp. nr. 11 (1998–1999) *Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern*

Ot.prp. nr. 12 (1998–1999) *Lov om pasientrettigheter*

Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) *Om lov om helsepersonell*

Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) *Om lov om straff*

Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.*

Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)*

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – sluttføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*

Ot.prp. nr. 110 (2008–2009) *Om lov om vergemål*

Prop. 91 L (2010–2011) *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.*

Prop. 106 L (2012–2013) *Endringer i barnevernloven*

Prop. 40 L (2015–2016) *Endringer i psykisk helsevernloven mv. (rettigheter og bruk av tvang på rusfeltet)*

Prop. 42 L (2015–2016) *Endringer i straffeloven og straffeprosessloven (personforfølgelse, forberedelse til tvangsekteskap mv.)*

Prop. 57 L (2016–2017) *Endringer i opplæringslova og friskolelova (skolemiljø)*

Prop. 104 L (2016–2017) *Lov om opphavsrett til åndsverk m.v*

Prop. 56 LS (2017–2018) *Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltagelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen*

Rambøll. (2015). Konsultentbistand i relation til magtanvendelsesudvalget. I Ministeriet for børn, ligestilling, integration og sociale forhold, *Betænkning om magtanvendelse over for børn og unge, der er anbragt uden for hjemmet* (s. 137–247). Hentet fra https://prodstoragehoeringspo.blob.core.windows.net/cd58ea03-5e35-490a-b1ae-d1efd3840c36/betaenkning_1551_pdfa.pdf

Redd Barna. (2014). *Tenk før du deler. Aktivitetshefte om ansvar grenser og respekt på nettet.* Oslo: Redd Barna.

Sandberg, K. (1992). Barn og foreldre. I Eskeland, S. & Syse, A. (Red.), *Psykisk utviklingshemmedes rettsstilling* (s. 201–224). Oslo: Ad Notam Gyldendal.

Sandberg, K. (2018). Kommentar til barneloven. I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [sitert 12.11.2018]

Sivilombudsmannen. (2012.) *Innskrenkninger i en pasients rett til forbindelse med omverdenen.* Hentet fra https://www.sivilombudsmannen.no/uttalelser/innskrenkninger-i-en-pasients-rett-til-forbindelse-med-omverdenen/

Skjerdal, N. V. (1998). *Kvalitative hjemmelskrav. Legalitetsprinsippet i norsk rett og lovkravet i den europeiske menneskerettighetskonvensjonen med enkelte komparative linjer.* Oslo: Tano Aschehoug.

Skullerud, Å. M. B., Rønnevik, C., Skorstad, J. & Pellerud, M. E. (2018). *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave.* Oslo: Universitetsforlaget.

Smith, L. (2011). Om barns personvern. *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 9(2), 106–126.

Snarøya skole (2012) *Mobil og nettvett – felles retningslinjer for Snarøya skole.* Hentet fra http://www.snaroyaskole.no/files/2012/04/mobil_og_nettvett_ny.pdf

St.meld. nr. 26 (2003–2004). *Om endring av Grunnloven § 100*

Strømme, V. (2016). «Privatlivets vern: Rettsavklaring og rettsutvikling.» I *Festskrift til Tore Schei* (s. 345–364). Oslo: Universitetsforlaget

Svele, A. M. (2018). *Juss for skoleledere* (2. utg.). Oslo: Universitetsforlaget.

Syse, A. (2015). *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer.* Oslo: Gyldendal juridisk.

Syse, A. (2016a). Tvungent psykisk helsevern – enkelte kommentarer. *Kritisk juss*, 42(04), 278–300.

Syse, A. (2016b). *Psykisk helsevernloven med kommentarer.* Oslo: Gyldendal juridisk.

Thoen, I. & Skraastad, M. (2015). *Samtykkekompetanse – sjelden enten eller.* Hentet fra https://sykepleien.no/forskning/2015/10/samtykkekompetanse

Ung.no (2018a). *Regler for bruk av bilder på internett.* Hentet fra: https://www.ung.no/Ikke-greit/Bildespredning-/

Ung.no (2018b). *Tenk før du deler.* Hentet fra: https://www.ung.no/Ikke-greit/Bildespredning-/1956_Regler_for_bruk_av_bilder_p %C3%A5_internett.html

Utdanningsdirektoratet (2014). *Ordensreglement.* (Rundskriv Udir-8-2014). Hentet fra https://www.udir.no/regelverkstolkninger/opplaring/Laringsmiljo/Ordensreglement-Udir-8-2014

Utdanningsdirektoratet (2016). *Digitale ferdigheter som grunnleggende ferdighet.* Hentet fra https://www.udir.no/laring-og-trivsel/lareplanverket/grunnleggende-ferdigheter/digitale-ferdigheter-rammeverk/

Utdanningsdirektoratet (2018a). *Elevundersøkelsen 2018: Mobbing og arbeidsro.* Hentet fra https://www.udir.no/tall-og-forskning/finn-forskning/rapporter/elevundersokelsen-2018-mobbing-og-arbeidsro/

Utdanningsdirektoratet (2018b). *Pedagogisk dokumentasjon i barnehagen.* Hentet fra https://www.udir.no/kvalitet-og-kompetanse/kvalitet-i-barnehagen/verktoy-for-kvalitetsarbeid/pedagogisk-dokumentasjon

Warberg L. A. (2011). *Norsk helserett.* Oslo: Universitetsforlaget.

Ytre-Arna, R. (2015). Kommentar til arbeidsmiljøloven. I *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [sitert 11.02.2019]

Liste over lover, forskrifter og konvensjoner

Norske lover

Grunnloven. Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov. *(opphevet)*

Forvaltningsloven. Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Lov om trudomssamfunn og ymist anna. Lov 13. juni 1969 nr. 25 om trudomssamfunn og ymsi anna.
Skadeserstatningsloven. Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning.
Abortloven. Lov 13. juni 1975 nr. 50 om svangerskapsavbrudd.
Arbeidsmiljøloven. Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø. *(opphevet)*
Legeloven. Lov 13. juni 1980 nr. 42 om leger. *(opphevet)*
Barneloven. Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre.
Straffeprosessloven. Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
Barnevernloven. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
Kirkeloven. Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke .
Passloven. Lov 19. juni 1997 nr. 82 om pass.
Opplæringslova. Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa.
Menneskerettsloven. Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Spesialisthelsetjenesteloven. Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m.
Psykisk helsevernloven. Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.
Pasient- og brukerrettighetsloven. Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.
Helsepersonelloven. Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.
Personopplysningsloven. Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger. (*opphevet*)
Helseforetaksloven. Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m.
Friskolelova. Lov 4. juli 2003 nr. 84 om frittståande skolar.
Bioteknologiloven. Lov 5. desember 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.
Straffeloven. Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.
Arbeidsmiljøloven. Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Barnehageloven. Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager.
Tvisteloven. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Offentleglova. Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i offentleg verksemd.
Mediefridomslova. Lov 13. juni 2008 nr. 41 om redaksjonell fridom i media.
Helseforskningsloven. Lov 20. juni 2008 nr. 44 om medisinsk og helsefaglig forskning.
Vergemålsloven. Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål.
Helse- og omsorgstjenesteloven. Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.
Pasientjournalloven. Lov 20. juni 2014 nr. 42 om behandling av helseopplysninger ved ytelse av helsehjelp.
Helseregisterloven. Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger.
Likestillings- og diskrimineringsloven. Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.
Endringslov til pasient- og brukarrettslova, helsepersonellova m.m. Lov 16. juni 2017 nr. 53 om endringar i pasient- og brukarrettslova, helsepersonellova m.m.
Personopplysningsloven. Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger.
Åndsverkloven. Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Forskrifter

Internkontrollforskriften. Forskrift 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse- miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.
Forskrift om pasientjournal. Forskrift 21. desember 2000 nr. 1385 om pasientjournal.
Forskrift om fosterhjem. Forskrift 18. desember 2003 nr. 1659 om fosterhjem.
Forskrift om ordensreglement, skoler i Trondheim. Forskrift 15. juni 2006 nr. 944 om ordensreglement for elever i grunnskolen i Trondheim kommune, Sør-Trøndelag.
Forskrift for sentre for foreldre og barn. Forskrift 25. november 2010 nr. 1479 for sentre for foreldre og barn.
Rettighetsforskriften. Forskrift 15. november 2011 nr. 1103 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon.
Forskrift om utførelse av arbeid. Forskrift 6. desember 2011 nr. 1357 om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav.
Forskrift om pasientrettigheter mv., fastlege. Forskrift 29. august 2012 nr. 843 om pasient- og brukerrettigheter i fastlegeordningen.
Forskrift om felles ordens- og åtferdsreglement ved dei videregåande skulane i Hordaland. Forskrift 1. august 2016 om felles ordens- og

åtferdsreglement ved dei videregåande skulane i Hordaland.
Forskrift om rettigheter og tvang i rusinstitusjon. Forskrift 26. august 2016 nr. 1003 om rettigheter og bruk av tvang under opphold i institusjon for behandling, omsorg og rehabilitering av personer med rusmiddelproblem.
Forskrift om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver. Forskrift 24. april 2017 nr. 487 om rammeplan for barnehagens innhold og oppgaver.
Forskrift om ordensreglement for kommunale grunnskoler i Bergen. Forskrift 26. januar 2018 om ordensreglement for kommunale grunnskoler i Bergen.
Ordensreglement for Oslo-skolen. Forskrift 3. juli 2018 om reglement for orden og oppførsel i Oslo-skolen, Oslo kommune, Oslo.
Forskrift om felles ordensreglement for elever ved fylkeskommunale videregående skoler i Trøndelag. 1. august 2018. Hentet fra https://web.trondelagfylke.no/contentassets/ed0dd2bfaac6426aad4d33d710b8a3a1/forskrift-om-felles-ordensreglement-for-elever-ved-fylkeskommunale-vider.._.pdf
Forskrift om ordensreglement for skolene i Bærum kommune. Forskrift 21. august 2018 om ordensreglement for Bærum kommune. Hentet fra https://www.baerum.kommune.no/globalassets/tjenester/skole/forskrift-om-ordensreglement-for-skolene-i-baerum-02112018.pdf

Konvensjoner, internasjonale avtaler og EU/EØS-instrumenter

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, 2012/C 326/02
Europaparlamentets- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.
Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/1535 af 9. september 2015 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester
Europaparlamentets- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning).
FNs konvensjon om barnets rettigheter, 20. november 1989.
Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966.
Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950.
Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, 13. desember 2006.
Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg 24. juni 2013.
Verdenserklæringen for menneskerettigheter, Paris 10. desember 1948.

Dommer og avgjørelser

Norske dommer

Høyesterett

Rt. 1916 s. 1245
Rt. 1954 s. 989
Rt. 1960 s. 1147
Rt. 1968 s. 314
Rt. 1974 s. 205
Rt. 1979 s. 1606
Rt. 1981 s. 970
Rt. 1984 s. 1197
Rt. 1989 s. 1363
Rt. 1994 s. 174
Rt. 1995 s. 1948
Rt. 1996 s. 226
Rt. 1999 s. 1541
Rt. 2004 s. 1844
Rt. 2006 s. 466
Rt. 2006 s. 799
Rt. 2007 s. 404
Rt. 2007 s. 687
Rt. 2008 s. 489
Rt. 2009 s. 265
Rt. 2009 s. 1356
Rt. 2009 s. 1568
Rt. 2010 s. 258
Rt. 2010 s. 612
Rt. 2010 s. 845
Rt. 2012 s. 1444
Rt. 2013 s. 374
Rt. 2013 s. 1442
Rt. 2014 s. 669
Rt. 2014 s. 1105
Rt. 2015 s. 93
Rt. 2015 s. 795
Rt. 2015 s. 1467

HR-2017-568-A
HR-2017-717-U
HR-2017-1245-A
HR-2017-2167-U
HR-2018-471-U
HR-2019-563-A

Underrettspraksis

RG. 2003 s. 1136
TOSLO-2008-108668
LB-2009-21537
TOSLO-2015-51445
TAHER-2016-136649
TSAFO-2017-33010
LF-2017-189655
TSAFO-2018-69958
LA-2018-12214
LE-2018-69996
LH-2019-1192

Andre norske avgjørelser

Personvernnemnda (2019) PVN-2018-14. Behandling av personopplysninger på nettstedet Legelisten.no
PFU-sak 221/06: Advokat Geir Wangensten-Øye (p.v.a. klient) mot TV 2
PFU-sak 101/10: Det Kongelige Utenriksdepartement, v. utenriksråd Bjørn T. Grydeland mot NRK
PFU-sak 275/14: Advokat Tony Vangen pva. klient mot Dagbladet
Sivilombudsmannen (2016) Referanse: SOM-2016-1175

Svenske beslutninger (Justitieombudsmannen)

JO 27. mars 1987 (dnr. 601-1986)
JO beslutning dnr. 4495-1996, Jos ämbetsberättelse 1998/99, s. 458
JO 25. februar 2011 (dnr. 3909-2010)

EU-dommer

Sag C-101/01 Bodil Lindqvist v. Åklagarkammaren i Jönköping. Publisert: ECLI:EU:C:2003:596
Sag C-212/13 František Ryneš mot Úřad pro ochranu osobních údajů. Publisert: ECLI:EU:C:2014:2428
Sag C-345/17 Sergejs Buivids Publisert: ECLI:EU:C:2019:122

EMD-dommer

Sunday Times v. the United Kingdom. Case of the Sunday Times v. the United Kingdom. Application no. 6538/74, 26.04.1979
Airey v. Ireland. Case of Airey v. Ireland. Application no. 6289/73. 09.10.1979
X and Y v. the Netherlands. Case of X and Y v. the Netherlands, Application no. 8978/80, 25.03.1985
Silver and other v. the United Kingdom. Case of Silver and others v. the United Kingdom. Application nos. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983
Leander v. Sweden. Case of Leander v. Sweden. Application no. 9248/81, 26.03.1987
Observer and Guardian v. the United Kingdom. Case of Observer and Guardian v. the United Kingdom. Application no. 13585/88, 26.11.1991
Amann v. Switzerland. Case of Amann v. Switzerland. Application no. 27798/95, 16.02.2000
von Hannover v. Germany no. 1. Case of von Hannover v. Germany, Application no. 59320/00, 24.06.2004
Dammann c. Suisse. Affaire Dammann c. Suisse. Requête n°. 77551/01, 25.04.2006
Hachette Filipacchi Associés v. France. Case of Hachette Filipacchi Associés v. France. Application no. 71111/01, 14.06.2007
I. v. Finland. Case of I. v. Finland. Application no. 205511/03, 17.07.2008
Armonienė v. Lithuania. Case of Armonienė v. Lithuania. Application no. 36919/02, 25.11.2008
Biriuk v. Lithuania. Case of Biriuk v. Lithuania. Application no. 23373/03. 25.11.2008
S. and Marper v. the United Kingdom. Case of S. and Marper v. the United Kingdom. Applications nos. 30562/04 and 30566/04, 04.12.2008
Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden. Case of Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden. Application no. 23883/06, 16.12.2008
Reklos and Davourlis v. Greece. Case of Reklos and Davourlis v. Greece. Application no. 1234/05, 15.01.2009
A. v. Norway. Case of A v. Norway. Application no. 28070/06, 09.04.2009
Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary. Case of Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary. Application no. 37374/05, 14.04.2009
Axel Springer AG v. Germany. Case of Axel Springer AG v. Germany. Application no. 39954/08. 07.02.2012

von Hannover v. Germany no. 2. Case of von Hannover v. Germany, Applications nos. 40660/08 and 60641/08. 07.02.2012

Schweizerisce Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland. Case of Schweizerisce Radio- und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland. Application no. 34124/06, 21.06.2012

Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway. Case of Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway. Application no. 13258/09, 26.01. 2014

Delfi AS v. Estonia. Case of Delfi AS v. Estonia. Application no. 64569/09, 16.06.2015

Perinçek v. Switzerland. Case of Perinçek v. Switzerland. Application no. 27510/08, 15.10.2015

Magyar Helsinki Bizottág v. Hungary. Case of Magyar Helsinki Bizottág v. Hungary. Application no. 18030/11, 08.11.2016

Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland. Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland. Application no. 931/13, 27.06.2017

Frisk and Jensen v. Denmark. Case of Frisk and Jensen v. Denmark. Application no. 19657/12, 05.12.2017

Vedlegg 1

Betenkning om når det vil være straffbart å ta og/eller publisere bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler

Førsteamanuensis Synnøve Ugelvik

1.1 Innledning

Oppdraget fra Åpenhetsutvalget går ut på å avgi en betenkning om når det vil være straffbart å ta og/eller publisere bilder og film fra helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, barnehager og skoler.

En rekke straffebud i straffeloven og andre lover regulerer de forskjellige potensielle straffbare forholdene. Som hovedregel rammer straffeloven de mer alvorlige lovbruddene knyttet til billedtagning og/eller -publisering. Åndsverkloven regulerer mer spesifikt straffbarhet knyttet til publisering av bilder uten samtykke. Øvrige relevante lover, så som forvaltningsloven og helsepersonelloven, gir i denne sammenheng primært premissene for når forskjellige yrkesgrupper eller øvrige er underlagt taushetsplikt, mens (også) straffeloven gjør straffbart å bryte disse ulike taushetspliktreglene.

Straffbarheten av billedtagning og/eller -deling avhenger i en del tilfeller av målgruppen for straffebudene, både hvem som er pliktsubjekter og hvem som vernes. Dels gjelder det naturlig nok krenkelser av de ovennevnte taushetspliktreglene, som er ulike avhengig for eksempel av om en ansatt arbeider i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, og så videre. Dels gjelder det hvem som beskyttes av forskjellige straffebud. I en del tilfeller beskytter lovverket personer i forskjellige yrkesgrupper mer enn andre. Det gjelder for eksempel hvor terskelen ligger for straffbare trusler. Offentlige tjenestepersoner, og i noen tilfeller også lærere eller ansatte i deler av helse- og omsorgstjenesten nyter et sterkere vern, for eksempel der noen tar bilder og/eller truer med å publisere/dele bilder for å få den ansatte til å la være å gjøre jobben sin. De ansatte kan også være vernet utenfor arbeidstiden.

I andre tilfeller er barn særlig beskyttet av straffelovgivningen, i dette henseende for eksempel straffeloven § 311 som forbyr billedtagning og/eller deling dersom den avbildede er under 18 år og fremstår på en seksualisert måte.

I ytterligere andre typetilfeller *heves* terskelen for straffbarhet knyttet til billedtagning- og deling der allmenheten har eller kan ha en særlig interesse i å få se bilder. Dette vil særlig være aktuelt i vurderingen av journalisters og andre som bidrar i den offentlige debatt sitt eventuelle straffansvar.

De enkelte straffebestemmelsene og vilkårene for straff gjennomgås nedenfor. Det er den *straffbare* grensedragningen som behandles. Jeg avgrenser mot brudd på personvernreguleringer som ikke er straffesanksjonerte. Av samme grunn behandles heller ikke etiske begrensninger for fotografering og/eller publisering. Utvalget har ønsket at betenkningen skal være lett tilgjengelig for en bred lesekrets. De fleste henvisninger til rettskilder mv. er derfor gjort i fotnoter.

Noen definisjoner er nødvendig å avklare innledningsvis. I kapittel 1.2 redegjør jeg for de generelle vilkårene for straff. Hoveddelen av betenkningen, i kapittel 1.3, er redegjørelsen for de ulike hjemmelsgrunnlagene for straff ved billedtagning- eller deling. Alle relevante straffebestemmelser gjennomgås. Av hensyn til betenkningens omfang, vil de av straffebestemmelsene som antas mest praktiske, behandles noe mer i dybden enn andre.

I kapittel 1.4 redegjøres for de straffeprosessuelle konsekvensene av straffbarhet for billedtagning eller -deling, for å tydeliggjøre hvilke virkemidler som i noen tilfeller kan tas i bruk i møte med straffbar fotografering eller billeddeling.

Avslutningsvis, i kapittel 1.5, stiller jeg opp tre eksempler der spørsmål om straffbarhet kan oppstå innen Åpenhetsutvalgets sektorer, og viser hvordan vurderingen i disse tilfellene vil kunne falle ut.

1.1.1 Definisjoner

Et bilde betyr i denne sammenheng et fotografisk bilde, som er tatt enten ved å aktivt bruke et kamera, håndholdt eller fast installert, eller ved bruk av et automatisk kamera, så som overvåkningskameraer.[1] Etter loven omfatter fotografiske bilder de enkelte bilder i et video- eller filmopptak.[2] Dermed er ikke filming særlig regulert i lovverket utover billedtagning som sådan, og for enkelhets skyld vil det hovedsakelig kun refereres til «bilde» i betenkningen.[3] Jeg behandler i liten grad lydopptak for seg.

I henhold til den nye Personvernforordningen (GDPR) artikkel 4 kan både bilde og lydopptak være en personopplysning, i den grad det er mulig å identifisere en fysisk person ut fra disse. Bildet er med andre ord en personopplysning fordi det er en opplysning om hvordan du ser ut, en film ev. også fordi stemmen din kan identifisere deg uten at du er i (fokus i) bildet.

> «Personopplysninger er «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»); en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en identifikator, f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidentifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet.» (GDPR art. 4)

Personopplysningsloven og Personvernforordningen gjelder «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger, derunder altså også bilder, og ved ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register», jf. lovens § 2. Brudd på loven eller forordningen kan føre til en forvaltningssanksjon ilagt av Datatilsynet, jf. § 26, men er ikke gjort straffbart. Betenkningen avgrenser dermed fra brudd på loven og Personvernforordningen.[4] Definisjonen av personopplysning i GDPR art. 4 er likevel veiledende for vurderingen av når et bilde kan identifisere en person sett hen til de siterte identifikatorene.[5]

Å publisere innebærer å gjøre offentlig. Etter åndsverkloven § 104 omfatter publisering deling av bilder ved bruk av elektronisk kommunikasjon til mange mottakere.[6] Vilkåret om offentlighet er ikke oppfylt dersom et bilde kun deles med et fåtall personer. Deling av bilder i grupper eller brukerforum hvor flere personer *kan* få tilgang, kan regnes som «offentlig» gjengivelse.[7]

«Offentlig sted» og *«offentlig handling»* er legaldefinert i straffeloven § 10 (2):

> «Med offentlig sted menes et sted bestemt for alminnelig ferdsel eller et sted der almennheten ferdes.
>
> En handling er offentlig når den er foretatt i nærvær av et større antall personer, eller når den lett kunne iakttas og er iakttatt fra et offentlig sted. Består handlingen i fremsettelse av en ytring, er handlingen også offentlig når ytringen er egnet til å nå et større antall personer.»

Definisjonen gjelder ikke bare for straffeloven, men for straffebud i alle andre lover. Etter forarbeidene skal «et større antall personer» forstås som ca. 20–30 personer.[8] En handling i form av en

---

1 Se åndsverkloven (heretter ofte forkortet åvl.) § 23 første ledd, og Prop. 104 L (2016–2017) pkt. 4.7.5, s. 99.

2 Jf. Rt. 1995 s. 1948, s. 1953.

3 Deling av filmer straffes imidlertid ofte strengere enn deling av bilder, fordi det kan oppleves mere krenkende for den avbildede. Fra EMD-praksis, se så måte i *Mosley mot Storbritannia*, avsn. 130.

4 Se nærmere om personvernloven f.eks. i Wessel-Aas og Ødegaard (2018). Straffbarhet etter den forrige personopplysningsloven ble vurdert, men forkastet, i HR-2012-2056, hvor det var snakk om å ilegge straff for brudd på personopplysningslovens bestemmelser om informasjonsplikt overfor de registrerte og meldeplikt til Datatilsynet. Vedkommende hadde blant annet brutt seg inn i andres e-postkontoer og lastet ned intime bilder derfra. I den nye loven er imidlertid straffebestemmelsen fjernet helt.

5 Én problemstilling anses særlig relevant for mandatet, og behandles kort: Kan arbeidsgiver innenfor helse, skole, barnevern og så videre ta bilder eller filme sine ansatte uten deres visshet eller samtykke? Overvåkningsbilder er som nevnt også personopplysninger regulert etter loven. Uavhengig av et legitimt formål, kan heller ikke arbeidsgiver omgå reglene om begrensninger i bruk av personopplysninger. Det vil si at ansatte må få vite om at det er overvåkningskameraer. Dersom de vet om det, og er blitt fortalt at overvåkningskamera er ment for eksempel som sikkerhetstiltak for de ansatte, kan ikke arbeidsgiver bruke bildene til *noe annet* enn sikkerhetstiltak. Dersom bilder fra et for de ansatte ukjent overvåkningskamera brukes for eksempel til å kontrollere en sykepleiers oppførsel, vil denne bruke være i strid med personopplysningsloven. Bruddet vil i så fall ikke være straffbart, men kunne føre til administrative reaksjoner. Se f.eks. Rt. 2013 s. 143 (Avfallsservice).

6 Jf. dom fra Eidsivating lagmannsrett 15. juni 2016 (LE-2016-5099, tilsluttet av Høyesterett i HR-2016-2263-A «Snapchat»).

7 Se også Høringsnotat om endringer i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), juni 2018, snr. 18/3556, s. 11.

8 Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 163–164.

«ytring» omfatter (publisering av) bilder, uavhengig av bildets innhold. Mange ytringer på sosiale medier vil være fremsatt «offentlig» etter denne definisjonen. En publisering på en Facebook-vegg der profilen enten er åpen, eller at vedkommende vegg er synlig for 20–30 eller flere personer, er en offentlig publisering.[9] Det er ikke avgjørende hvor mange mennesker som faktisk har sett bildet eller filmen, men om bildet er delt på en slik måte at delingen *kan* medføre at et større antall personer får tilgang.[10] Det anses også offentliggjort selv om bildet slettes før tilstrekkelig mange mennesker har sett det.[11]

1.2 Når er det straffbart å ta bilde eller film av noen?

1.2.1 Hva innebærer det at noe er straffbart?

Noen handlinger er ulovlige, uten at det dermed er *straffbart* å foreta handlingene. Forskjellen på det ulovlige og straffbare er kort sagt at kun det som gjennom lov er gjort straffbart, kan føre til strafferettslige sanksjoner, jf. straffeloven (strl.) § 14 og Grunnloven § 96. Du kan kun straffes dersom lovbruddet du har begått, ved lov er gitt en straffetrussel. De i Norge lovlige former for straffereaksjoner er nevnt i straffeloven §§ 29 og 30, derunder for eksempel fengsel, ungdomsstraff, bot og rettighetstap.[12] Disse bestemmelsene står i straffelovens alminnelige del, og gjelder tilsvarende for alle andre lover som inneholder en straffetrussel. De strafferettslige reaksjonene er de samme, uavhengig av om du blir dømt for brudd på en bestemmelse i åndsverkloven eller i straffeloven.

1.2.2 Kriteriene for straffbarhet

For å kunne straffes, må fire straffbarhetsvilkår alltid være oppfylt. 1) Den straffbare handlingen må være beskrevet i lov, 2) gjerningspersonen må ha utvist nødvendig grad av skyld, 3) gjerningspersonen var tilregnelig i gjerningsøyeblikket, og 4) det forelå ingen straffrihetsgrunner. I tillegg må norsk jurisdiksjon gjelde, og det straffbare forholdet må ikke være foreldet.[13]

Den spesifikke reguleringen av de straffbare handlingene (vilkår 1; hjemmel i lov) som er relevante for Åpenhetsutvalget har hovedfokus i betenkningen, nedenfor fra punkt 3. De øvrige kriteriene for straffbarhet vil for sammenhengens skyld relativt kort gjennomgås først.

1.2.2.1 Skyld

Som hovedregel må det foreligge skyld i form av forsett dersom en person skal straffes for overtredelse av et straffebud, jf. strl. § 21. Skyld i form av uaktsomhet er bare straffbart dersom det er uttrykkelig nevnt i den aktuelle lovbestemmelsen, jf. strl. § 21. Flere av de for Åpenhetsutvalget relevante straffebestemmelsene gir straff for *grovt* uaktsomme overtredelser, jf. strl. § 23, blant annet strl. § 209 om brudd på taushetsplikt. Beskrivelsene av skyldkravene står i straffelovens alminnelige del, som, som nevnt, gjelder for alle spesiallover.

Forsett er definert i strl. § 22, og kan foreligge i tre former: såkalt hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett, eller positivt innvilgelsesforsett (dolus eventualis). Forskjellen på forsettsformene er som hovedregel kun knyttet til straffverdigheten av handlingen. Alle formene innebærer at det *foreligger* forsett.

Et eksempel for å beskrive de ulike formene kan være følgende: Hvis du tar et bilde av din datter og hennes tre bestevenner i barnehagen, og laster det opp på Facebook-siden din, hvor du har 100 venner, er bildet objektivt sett offentlig delt. Slik deling er forbudt uten samtykke, jf. åndsverkloven §§ 79 jf. 104. Hvis din deling på Facebook var 'med vilje', for å vise frem bilde av barna til mange, har du utvist hensiktsforsett. Hvis du bare lastet bildet opp til en lukket foreldregruppe med 15 medlemmer, har du ikke utvist slikt forsett. Men dersom medlemmer i den lukkede gruppen sprer bildet videre til mer enn 20–30 personer, og du anså det sannsynlig at videredelingen ville skje – uten at det var din opprinnelige hensikt, har du utvist sannsynlighetsforsett for offentlig deling uten samtykke. Hvis du tenkte at noen av dem ville spre bildet videre, og du bestemte deg for å dele bildet uavhengig av videresprednigen, dekker skylden din offentliggjøringen (dolus eventualis/eventuelt forsett).[14]

---

9 Jf. f.eks. HR-2018-871-A, avsn. 21–22.

10 Se også nærmere Hovlid (2016) s. 76–81, også Holmboe (2019) s. 18.

11 Sunde (2016) s. 61.

12 Overføring til konfliktrådsbehandling, jf. strpl. § 71 a, anbefales av riksadvokaten for saker om brudd på reglene om privatlivets fred, derunder ulovlig offentliggjøring av personbilder, og rettigheter vernet etter åndsverkloven. Se Riksadvokatens rundskriv nr. 4 for 2008 (RA-2008-4) punkt II.1.d.

13 Jf. reglene i straffeloven kapittel 1 og 15. Det faller utenfor mandatet å gå nærmere inn på disse reglene.

14 Se også Sunde (2016) s. 60–61.

Uaktsomhet, jf. strl. § 23, innebærer å handle «i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område», og etter dine «personlige forutsetninger» kunne bebreides for handlingen, jf. strl. § 23 første ledd. Grov uaktsomhet foreligger når en handling er «svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse», jf. § 23 annet ledd. Overtredelser av åndsverkloven, som nevnt i eksempelet over, krever skyld i form av forsett for straffbarhet. Av pedagogiske grunner bruker jeg likevel eksempelet som forklaring på uaktsomhet: Sett at et av medlemmene i en foreldregruppe stadig legger ut bilder av barn fra barnehagen på sin blogg. Dersom du ikke bevisst tenkte eller antok at en person i foreldregruppen ville spre videre et bilde de lastet opp på foreldregruppens vegg, men på grunn av denne enes stadige gjentatte spredning på denne måten, burde ha forstått at hun kunne komme til å foreta spredningen, var din opprinnelige opplastingen til gruppen, uaktsom. Dersom du måtte ha forstått det, fordi hun *alltid* legger ut *alle* bilder av barn fra barnehagen, var din handling grovt uaktsom.

Skylden må dekke alt som gjør handlingen straffbar i det relevante straffebudet. Hvis du tror du har fått samtykke til å ta og dele et bilde, men det viser seg at den avbildede ikke hadde ment å gi et slikt samtykke, kan du ikke straffes, fordi du var i faktisk villfarelse, jf. strl. § 25. Forutsetningen er at du var i aktsom god tro, altså at du etter dine forutsetninger har gjort det nødvendige for å sikre at din forståelse er riktig.

1.2.2.2 Tilregnelighet

En lovbryter må ha vært tilregnelig på handlingstidspunktet for å kunne straffes, jf. strl. § 20. Tilregnelighet er utelukket dersom gjerningspersonen, jf. § 20, er a) under 15 år, b) psykotisk, c) psykisk utviklingshemmet i høy grad, eller d) har en sterk bevissthetsforstyrrelse. Innenfor Åpenhetsutvalgets nedslagsfelt er det flere subjekter som kan omfattes av utilregnelighetskategorier, være seg barn under 15 år i skole eller barnevern, eller pasienter med en sterk bevissthetsforstyrrelse grunnet rus og/eller medisinbruk, og så videre.[15] Straff er i slike tilfeller utelukket, men andre strafferettslige *reaksjoner* så som inndragning eller overføring til tvungen omsorg kan idømmes, jf. strl. § 30. Både pågripelse, beslag og inndragning kan være relevant i forhold til straffbare handlinger der et kamera, mobiltelefon eller pc er brukt til billedtagning eller -deling, og dette blir derfor særlig behandlet nedenfor i punkt 4.1.

1.2.2.3 Ingen straffrihetsgrunner

Det kan ikke foreligge noen straffrihetsgrunner på gjerningstidspunktet dersom en person skal kunne straffes. Straffrihetsgrunnene er blant annet nødrett, nødverge og selvtekt, jf. strl. §§ 17–19, og til dels lovfestet eller ulovfestet samtykke. De nevnte straffrihetsgrunnene antas å kunne være relevante for mandatet. Skyldkravet innebærer at den som *tror* at hun befinner seg i en nødretts- eller nødvergesituasjon, må vurderes etter sin oppfattelse av situasjonen, etter sine personlige forutsetninger, jf. straffeloven § 25.

1.2.2.3.1 Nødrett

Nødrett innebærer at en ellers straffbar handling blir lovlig når den, jf. strl. § 17,

> «a) foretas for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og b) denne skaderisikoen er langt større en skaderisikoen ved handlingen.»

Vilkårene er altså at 1) en fare må true et rettsgode, 2) faren må ikke kunne avverges på en annen rimelig måte, 3) gjerningspersonen må ha redningshensikt, og 4) faren for skaden man avverget må være langt større enn skaderisikoen man utførte.[16] Nødrett kan være aktuelt dersom et bilde tas og/eller publiseres på en måte som er straffbar etter for eksempel åndsverkloven § 104 (delt uten samtykke), eller straffeloven §§ 209 eller 210 (brudd på taushetsplikt), men delingen er gjort fordi lovbryteren anså den som nødvendig for at allmennheten skulle få se hvordan barnevernet opererer under iverksettelsen av tvangstiltak. Vilkårene for lovlig nødrett omfatter at det er fare for skade, og at den skaden ikke rimeligvis kan avverges på noen annen måte enn, her, delingen av bilder.[17] Skaderisikoen kan være knyttet til liv og helse, både egen og andres, og til «interesse». Sistnevnte omfatter offentlige interesser. Kravet til rimelighet innebærer blant annet at man må se hen til om det er andre måter å

[15] Sterk bevissthetsforstyrrelse som skyldes selvforskyldt rus, fritar ikke for straff, jf. strl. § 20 annet ledd.

[16] Slik oppsummert av Frøberg (2016), s. 98–99.

[17] Ev. publisering må også avveies mot den grunnlovsfestede retten til å kritisere barnevernet, som en del av den offentlige forvaltningen, jf. Grunnloven § 100 tredje ledd («frimodige ytringer om statsstyrelsen»). Se nærmere for eksempel Grønvold og Hendis (2014) s. 38 flg.

avverge faren på, og velge det alternativet som medfører minst skade.

I tillegg kreves streng proporsjonalitet mellom den ulovlige handlingens skaderisiko og skaderisikoen ved det som søkes avverget ved handlingen. Høyesterett har lagt til grunn en særlig streng norm for frifinnelse ved nødrett overfor lovlige myndighetshandlinger,[18] selv om nødrettshandlingen er gjort på grunn av bekymring for eksempel brudd på konvensjonsregler som Barnekonvensjonen. Dersom billedtagningen er gjort for å hindre fremtidige ulovlige myndighetshandlinger, vil også terskelen være høy, fordi en antar at det er andre rettslige midler for å hindre slike feil.[19]

En annen tenkt situasjon kunne være at rykter ble spredt om noen på en skole eller annen institusjon, og vedkommende publiserte bilder i sosiale medier – uten samtykke av de avbildede personer – for å rette opp feilaktige rykter. Dette kan betraktes som en nødrettssituasjon, hvis publiseren opplevde ryktespredningen som en fare for hennes ære.[20] Dersom publiseringen skal bli straffri, må som nevnt over skaderisikoen ved at de feilaktige opplysningene står uimotsagt være «langt større» enn skaderisikoen ved den i utgangspunktet ulovlige publiseringen av bildene.[21]

1.2.2.3.2 Nødverge

Nødvergeregelen i straffeloven § 18 gir personer en lovlig rett til forsvar mot ulovlige angrep fra (primært) andre mennesker. En kan tenke seg at en 15-åring blir mobbet på skolen, og at barnet tar bilder eller filmer mobbe-situasjoner og deretter publiserer bildene i sosiale medier, for å få slutt på mobbingen. Opplastingen ville være forbudt, jf. åndsverkloven § 104. Men den forutgående mobbingen kan også være forbudt, enten fordi den består av fysiske handlinger, som dytting eller spytting, jf. strl. § 271, eller mer psykisk adferd som rammes av straffeloven, derunder 'blikking' eller former for «skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs adferd», jf. strl. § 266. Spørsmålet er om barnet er straffritt fordi det foretok publiseringen i nødverge.

Det er fem vilkår i strl. § 18 for at en slik publisering kan være straffri på grunn av nødverge. 1) Nødvergehandlingen må rette seg *mot angriperen*, 2) angrepet må være ulovlig, 3) nødvergehandlingen må være avvergende, altså for å få slutt på eller stoppe et fremtidig eller pågående angrep, 4) nødvergehandlingen kan ikke gå lenger enn nødvendig for å stoppe angrepet, og 5) den må ikke gå utover hva som åpenbart er forsvarlig i situasjonen (det nødvendige må også være proporsjonalt).[22] Av plasshensyn behandles ikke reglene nærmere her.[23]

1.2.2.3.3 Selvtekt

Dersom det vil være urimelig å måtte vente på myndighetenes bistand, kan «en handling som ellers ville være straffbar, [være] lovlig når den som har retten, handler for å gjenopprette en ulovlig endret tilstand,» jf. strl. § 19. Et tenkt eksempel kan være der du oppdager at en person står utenfor vinduet og tar bilder av deg mens du kler av deg. Dette kan være straffbar hensynsløs adferd etter strl. § 266. Løper du ut og tar mobilkameraet, og sletter de aktuelle bildene, vil dette kunne være straffri selvtekt. Vilkårene er 1) at det allerede har skjedd en straffbar handling («ulovlig endret tilstand», her den hensynsløse og fredskrenkende billedtagningen), 2) at det ville være urimelig om du måtte vente på myndighetene (i eksempelet ville fotografen antakelig ha forsvunnet før politiet eventuelt hadde kommet til stedet). I motsetning til nødretts- og nødvergereglene, hvor en handler mot pågående eller forventede situasjoner, er det for rettmessig selvtekt et krav om at en straffbar handling allerede er begått, og den ellers straffbare handlingen (billedslettingen) skjer for å 'nullstille' situasjonen til slik den var før den opprinnelige ulovlige handlingen (fredskrenkende og hensynsløs fotografering) ble foretatt.

Hovedregelen er at det ikke er tillatt å bruke makt i en selvtektssituasjon.[24] Dersom det likevel skal være lovlig å bruke makt, for eksempel å ta telefonen med makt fra fotografen, er det et vilkår at en underliggende rettskrenkelsen er «åpenbar». Dette innebærer at det objektivt sett må være klart at det har forekommet en rettskrenkelse. I tillegg må maktbruken ikke gå «lenger enn forsvarlig». Dette innebærer både at «makt-

[18] Sml. bl.a. Rt. 1992 s. 1639. Dommen gjaldt hindring av gjennomføring av et asylvedtak, og nedslagsfeltet for straffeloven (1902) § 47. § 17 åpner i noe større utstrekning for straffrihet, men terskelen i forhold til myndighetshandlinger vil uansett være høyere enn for andre tilfeller.

[19] Jf. bl.a. Rt. 1981 s. 21 (Alta).

[20] Ærekrenkelse kan vernes etter bestemmelsen, jf. f.eks. Rt. 1936 s. 740.

[21] Se også Hovlid (2015) s. 185–186.

[22] Slik sammenfattet av Frøberg (2016), s. 104–106.

[23] Se for eksempel Frøberg (2016), kapittel 6.2.2 og 6.3.3.

[24] Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) s. 423, merknad til § 19.

bruken ikke må vært mer vidtgående enn det som er strengt nødvendig, og at den ikke må være uforholdsmessig sammenholdt med det som oppnås gjennom selvtekten.»[25]

1.2.2.3.4 Provokasjon og retorsjon

Provokasjon og retorsjon kan etter omstendighetene innebære en grunn til fritak for straffansvar. Provokasjon innebærer at den straffbare handlingen anses fremkalt av den fornærmede selv, mens retorsjon innebærer at den straffbare handlingen har blitt gjengjeldt av en straffbar handling. Provokasjon og retorsjon er lovfestet i tredje ledd i § 267 om privatlivets fred, og jeg går nærmere inn på vilkårene for straffritak der. Det skal mye til for at provokasjon kan føre til straffrihet. Hovedsakelig vil eventuell forutgående provokasjon kun ha innvirkning på utmåling av straff.[26] Men provokasjon kan også være en frifinnelsesgrunn selv om det ikke er spesifikt lovfestet i den enkelte bestemmelse. Et av momentene som vektlegges er om provokatøren har skapt kriminalitet som ellers ikke ville funnet sted, og at det derfor ville være støtende for den alminnelige rettsfølelsen blant folk å dømme vedkommende. Av plasshensyn går jeg ikke nærmere inn på dette.[27]

1.2.2.3.5 Samtykke

At noen har samtykket til å bli tatt bilde av, og/eller at bildet blir delt, kan være avgjørende i forhold til om tagningen/delingen er straffbar eller ikke. Samtykke kan frita for straff på både lovfestet og ulovfestet grunnlag. Tagning og deling av et bilde som er tatt og delt på Facebook med noens samtykke, utgjør ikke en overtredelse av åndsverkloven § 104. Også der loven ikke stiller opp et spesifikt krav for straffbarhet at det ikke foreligger samtykke, kan et samtykke medføre straffrihet. Dersom for eksempel en person har samtykket til at Se og Hør tar bilder av henne, og tidsskriftet deretter publiserer bildene over flere numre, utelukker samtykket at straffeloven § 267 om straffbar privatlivskrenkelse kommer til anvendelse, selv om gjerningsbeskrivelsen objektivt sett er overtrådt. Ytringsfriheten til den som fotograferer og/eller publiserer veier tyngre enn privatlivsvernet til den som har samtykket til avbildningen/delingen – så lenge samtykket er gyldig, frivillig, og omfatter rekkevidden av kanskje særlig delingen av bilder.[28]

Et samtykke gitt av en mindreårig, bevisthetsforstyrret eller beruset person er ikke nødvendigvis gyldig. Spørsmålet reiser vanskelige grensedragninger. Å samtykke til å bli tatt bilde av stiller ikke nødvendigvis samme krav til personlig kompetanse som det gjør ved stemmerett ved valg, men en nødvendig grad av modenhet og forståelse må foreligge. Generelt må det stilles strengere krav til samtykket jo mer alvorlig inngrep eller krenkelse det er tale om.[29]

Den lovfestede samtykkebestemmelsen i § 276 knytter seg til fysiske krenkelser og skader: Dersom fornærmede har samtykket til adferden, er den ikke straffbar. Privatlivskrenkende lovbrudd innebærer ikke fysiske skader, men skade for eksempel på sosialt omdømme eller ære, eller andre utidige inngrep i en persons privatsfære. Alle typene krenkelser eller inngrep vil variere i opplevd eller faktisk intensitet, uavhengig av dets karakter, men det er ikke nødvendigvis noen grunn til at den generelle samtykkevurderingen

[25] *Loc.cit.*

[26] Jf. f.eks. strl. § 78 bokstav c.

[27] I utgangspunktet er det ulovlig politiprovokasjon som er en straffrihetsgrunn. Privat provokasjon kan i noen tilfeller også tenkes å føre til straffrihet. Se f.eks. Halnes og Ugelvik (kommer 2019), og Frøberg (2016) kapittel 6.6.

[28] For eksempel EMD-dommene *Von Hannover v. Germany no. 1,* avsn. 113, *Flinkkilä mfl. mot Finland* avsn. 75, *Saaristo mfl. mot Finland*, avsn. 61 og *Axel Springer AG mot Tyskland*, avsn. 83. Se også Hovlid (2015) s. 161–162.

[29] Se f.eks. Hovlid (2015) s. 184. Rettslig sett kan gyldig samtykkekompetanse være vanskelig å gi eller få, fordi den avbildede personen ikke er gammel nok til å se konsekvensene av et samtykke for eksempel til publisering av bilder i sosiale medier. For mindreårige vil foreldre ha retten til å inngå samtykke på barnets vegne, som også henger sammen med foreldrenes omsorgsplikt for barnet (se Grønvold og Hendis 2014). Både etter norsk rett og etter Barnekonvensjonen er man et barn frem til 18 års alder. Datatilsynet veiledende personvernrettslige myndighetsalder er 15 år, på bakgrunn av at det er en alder der barnet selv kan vurdere konsekvensene av offentliggjøring. Denne alderen er fulgt opp i en offentlig utredning som en «veiledende myndighetsalder» i personvernspørsmål (NOU 2011:2 s. 52), tilsynelatende uten en klar rettslig forankring. Barn skal i alle tilfelle høres, og deres mening om publisering vektlegges, jf. barneloven §§ 31 og 33. Samme lov § 32 synes også å forutsette kompetansen til selv å råde over visse personopplysninger. I personopplysningsloven § 5 er aldersgrensen satt til 13 år for å samtykke til «informasjonssamfunnstjenester». Barns rettsstilling i forhold til retten til eget bilde er ikke avklart i regelverket. Dette er kritisert bl.a. av Holmboe (2019) s. 33, særlig knyttet til manglende lovgivervurdering ved ny åndsverklov i 2018 og den nye personopplysningsloven. Alders- og kompetansemessig synes vilkåret for straffriende samtykke for legemskrenkelse og -skader er simpelthen at vedkommende «skjønner rekkevidden av handlingen og kan vurdere konsekvensene. Inngrepets art og omfang har derfor stor betydning» (Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 432). I Rt. 2004 s. 849, avsnitt 16, la Høyesterett til grunn at en 15 år gammel jente har samtykkekompetanse til at en annen satte en sprøyte amfetamin i henne.

faller annerledes ut. Skal svært alvorlige straffbare handlinger samtykkes til, må det kreves full bevissthet om hva det er snakk om.[30] I straffesakene om deling av bilder på sosiale medier er etter hvert straffenivået relativt høyt, fordi mange bilder kan oppleves som svært krenkende og inngripende i individets privatliv, av hensyn til spredningsfaren av bilder på internett, og mangelen på kontroll for de(n) avbildede. EMD har uttalt at «the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press»,[31] sett hen til nettopp problemene med nærmest uendelig og ukontrollert spredningsfare. Det er i så måte ikke noen grunn til å skille mellom alvorsnivået i saker om legemskrenkelse mot privatlivskrenkelser. Terskelen for gyldig samtykke bør ligge høyt.[32] Likevel er graden av alvor naturlig nok avhengig av hva bildet/ene fremstiller; hvor nærgående eller sensitiv informasjonen er.[33]

Samtykke reiser flere problemstillinger som er relevante for mandatet, knyttet til hva som *omfattes* av et samtykke, kravene til et samtykkes tilblivelse, for eksempel vedrørende implisitt og eksplisitt samtykke, og eventuelle virkninger av tilbakekall av samtykke. Fordi Åpenhetsutvalget i sin utredning går grundig gjennom disse problemstillingene, avgrenser jeg mot videre behandling her.[34]

1.2.2.3.6 Den alminnelige rettsstridsreservasjonen

Det kan være andre tilfeller enn de ovennevnte straffrihetsgrunnene til at noen likevel ikke skal straffes for overtredelse av et straffebud, fordi handlingen av forskjellige grunner ikke kan anses straffverdig. Denne rettsstridsreservasjonen kan være ulovfestet eller spesifisert i de enkelte straffebestemmelsene, for eksempel slik at kun «urettmessig» adferd rammes. Regelen innebærer for eksempel at det ikke er straffbart å ta og dele bilder med politiet, uavhengig av samtykke fra den avbildede, eller om det oppleves privatlivskrenkende, fordi slik deling rett og slett er en rettmessig handling. Et annet eksempel er at et samtykke til kommersiell avbildning kan fortolkes slik at det omfatter offentliggjøring, og at den som publiserer bildet dermed ikke kan straffes for dette. Rettsstridsreservasjonen vil bli nærmere behandlet der det er naturlig.

1.2.2.4 Medvirkning

Etter ikrafttredelsen av straffeloven (2005) § 15, er medvirkning alltid straffbart, med mindre det aktuelle straffebudet uttrykkelig sier det motsatte. Straffeloven § 15 står i lovens alminnelige del, og gjelder derfor også for spesiallovgivningen. Medvirkning innebærer å bistå en hovedgjerningsperson i å gjennomføre et lovbrudd. Bistanden kan være psykisk, ved for eksempel å oppfordre en annen til ulovlig å ta eller dele et bilde, eller fysisk, for eksempel å låne ut telefon eller PC til å ta eller laste opp et bilde. Alle fire ovennevnte straffbarhetsvilkår må være oppfylt for medvirkeren. Men medvirkningsansvaret er selvstendig, det vil si at den som for eksempel oppfordrer til den ulovlige handlingen kan straffes selv om hovedpersonen ikke kan det. Er billeddeleren 14 år, mens oppfordreren er 15, kan sistnevnte straffes. Av plasshensyn blir ikke de generelle vilkårene og grensene for medvirkningsansvaret behandlet nærmere her,[35] men vurderes der det er naturlig under enkelte av straffebestemmelsene respektivt nedenfor.

1.2.2.5 Forsøk

Forsøk på overtredelser av lovbrudd som kan medføre fengsel i ett år eller mer kan straffes dersom en person har forsett om å fullbyrde lovbruddet, og har foretatt seg noe som leder direkte mot utføringen av lovbruddet, jf. strl. § 16. Fullbyrdelsesforsett innebærer at gjerningspersonen må ha hatt forsett om å gjennomføre alt som skal til for å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet.

Kravet om at vedkommende har foretatt seg noe som «leder direkte mot utføringen» av lovbruddet, innebærer en vurdering av om gjerningspersonen faktisk har tenkt å fullføre den straffbare adferden i det konkrete straffebudet. Etter rettspraksis vektlegges blant annet hvor mye tid som stod igjen før fullbyrdelse, og den psykologiske

[30] Matningsdal (2018) strl. § 276.

[31] *Annen mot Tyskland* avsn. 66.

[32] Så også Andenæs (1996) s. 178 i forhold til vurderingen av at når samtykke er straffriende for så alvorlige forhold som legemsbeskadigelse, er det «rimelig å anta at det samme gjelder for ærekrenkelser, se Ot.prp. nr. 37 (1938) s. 3, og Hovlid (2016) pkt. 5.1 om publisering på sosiale medier.

[33] Se nærmere om strafferettslig samtykke f.eks. Gröning, Husabø og Jacobsen (2015) kap. 8.5.

[34] Se f.eks. også Holmboe (2019) pkt. 5.

[35] Se f.eks. Frøberg (2016), kapittel 10.3, og Matningsdal (2008), samt Husabø (1999) del 1.

forskjellen mellom hva som er gjort og hva som står igjen før fullbyrdelse.[36] Grensedragningen for hva som skal til for at handlingene som er utført utgjør et straffbart forsøk, er derfor ulik i de enkelte straffebud.

Dersom man frivillig avstår fra å fullbyrde et lovbrudd, eller avverger at det blir fullbyrdet, straffes man ikke for forsøk, jf. strl. § 16, annet ledd. Grensedragningen er relevant for begge alternativer særlig i forhold til deling av bilder. Dersom for eksempel A tar et bilde av B med det formål å hindre B i å gjennomføre et barnevernstiltak, men angrer seg og sletter bildet uten å publisere det, vil det være å anse som en straffri tilbaketreden fra overtredelse av åndsverkloven § 104 om deling av bilde uten samtykke. Det kan imidlertid være fullbyrdet overtredelse av strl. § 155 om å ved trusler søke å påvirke en tjenestehandling (se nedenfor om bestemmelsen). Skal man bli straffri fordi man har *avverget* fullbyrdingen, fordres at man faktisk har klart å avverge den. Å forsøke å stoppe spredningen av et bilde lastet opp på Snapchat ved å slette det, er ikke tilstrekkelig hvis bildet allerede har blitt sett av en tilstrekkelig stor gruppe.

1.3 Hjemmel i lov

Det første vilkåret for straffbarhet er at straffansvaret har hjemmel i formell lov, jf. strl. § 14. Det vil si at ingen kan straffes med hjemmel for eksempel i lokale regelverk hos en skole, barnehage eller sykehus, kun dersom handlingen er beskrevet som straffbar i lov som har kommet til etter Grunnlovens regler. Det er tilstrekkelig at *straffetrusselen* står i formell lov. Selve beskrivelsen av hva som er straffbart, kan for eksempel være beskrevet i en forskrift.

1.3.1 De vernede hensynene og oversikt over straffebestemmelsene

Alle har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon, og sin personlige integritet. Dette er lovfestet i Grunnloven § 102, og følger også av Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8, som er norsk lov, jf. menneskerettsloven § 3. Retten innebærer at staten har plikt til å sikre at denne retten respekteres, og en rekke lovbestemmelser i ulike lover er gitt for dette formålet. Det ligger også i statens forpliktelse å sørge for at disse lovbestemmelsene håndheves og forfølges på en effektiv måte, jf. artikkel 1, særlig når fornærmede tilhører en sårbar gruppe, derunder barn.[37]

Samtidig er retten til *ytringsfrihet* også grunnlovsfestet, jf. Grl. § 100, også av EMK art. 10 og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 17. Det er i utgangspunktet ikke straffbart å ta eller dele bilder – for foreldre av barna sine, for venner fra skolen, pårørende på sykehuset, helseinstitusjonen av medarbeiderne. Billedtagning- og deling, f.eks. i sosiale medier eller i aviser, er å utøve ytringsfrihet. Denne avveiningen mellom retten til privatliv og ytringsfriheten reiser en rekke problemstillinger, idet de to grunnleggende rettighetene kolliderer. Dersom staten skal gripe inn i borgernes rett til ytringsfrihet, må tiltaket ha tilstrekkelig hjemmel, forfølge et legitimt formål, og være forholdsmessig. Formelle straffebestemmelser vil som hovedregel oppfylle de to første vilkårene. Hver situasjon må likevel naturligvis vurderes individuelt, særlig i forhold til forholdsmessighetskravet. De to likeverdige menneskerettighetene ytringsfrihet og privatliv må balanseres konkret.[38]

I mange tilfeller, som nevnt over, vil avbildning og deling være avhengig av samtykke for å være lovlig. I noen tilfeller er det vanskelig å vurdere hvem som i det hele tatt kan samtykke, for eksempel barn eller demente. Samtykkereglene ble behandles relativt kort ovenfor i pkt. 1.2.3.3.5. I andre tilfeller kan flere personer være avbildet, og bare noen av dem samtykker, for eksempel i en barnevernsovertagelsessituasjon. Retten til ytringsfrihet må stadig avveies mot den enkeltes

[36] Jf. bl.a. Rt. 2008 s. 867 (avsn. 20 og 23).

[37] Se Rt. 2013 s. 588, avsnitt 44 flg. og EMD i *Irene Wilson mot Storbritannia* avsnitt 37. Et relevant eksempel er *Reklos og Davourlis mot Hellas* ble klagernes nyfødte barn plassert i kuvøse i et rom hvor bare sykehuspersonell hadde adgang. Uten foreldrenes samtykke hadde en profesjonell fotograf tatt bilde av barnet. Da foreldrene fikk presentert de uønskede portrettbildene av barnet, krevde de disse og negativene slettet. Greske domstoler fant at selve fotograferingen ikke var ulovlig. EMD dømte Hellas for å ha brutt EMK bl.a. art. 8 ved å gi for dårlig vern av barnets privatliv. Bildene var personopplysninger som var avhengig av barnets eller foreldrenes samtykke for å være lovlige, se avsnittene 41–43.

[38] Rt. 2015 s. 93, avsnitt 60, jf. EMK art. 10 annet avsnitt. Sistnevnte anvender «nødvendig i et demokratisk samfunn» som tredje kriterium, som er relativt tilsvarende forsvarlighetsvurderingen etter Grunnloven. Det skal antakelig noe mer til for å oppfylle nødvendighetskravet (jf. Høgberg 2006 s. 477). Nødvendighetstesten etter EMK skal etter nyere praksis praktiseres som en balansetest der det er konflikt mellom EMK artikkel 10 og artikkel 8 om retten til privatliv, jf. *Axel Springer AG mot Tyskland* (avsn. 84). Vurderingstemaet både under art. 8 og 10 er om det er trukket en «fair balance» mellom de to likeverdige rettighetene. Se nærmere Hovlid (2016) pkt. 4.

rett til privatliv, eventuelt mot andre samfunnsinteresser.[39]

En rekke regler søker å sikre retten til privatliv, samtidig som retten til ytringsfrihet ivaretas. I kapittel 3 vil jeg først gjennomgå reglene om retten til eget bilde i åndsverkloven, hvor den relevante bestemmelsen verner individets rett til selv å bestemme over fotografier hvor de selv er avbildet. Den videre gjennomgangen av straffebestemmelsene følger den kategorisering de er underlagt i straffeloven. I 1.3.3.1 gjennomgås strl. §§ 155 og 156 (vold, trusler og forulemping av offentlig tjenestemann), som er de for mandatet relevante straffebudene som kategoriseres under vernet av offentlig myndighet og tilliten til den. Det neste punktet, 1.3.3.2, tar for seg vernet av informasjon og informasjonsutveksling, og omfatter bestemmelsene i strl. §§ 209 og 210, samt forvaltningsloven § 13 (regler om straff for brudd på taushetsplikt). Vernet av den personlige frihet og fred behandles i pkt. 1.3.3.3, og inneholder §§ 263 og 265 (trusler, og særlig trusler mot utsatte yrkesgrupper), de særlige relevante straffebudene i §§ 266, 266a og 267 om hensynsløs adferd, alvorlig personforfølgelse og krenkelse av privatlivets fred, samt § 268 om straff for uberettiget adgang eller opphold, og § 269 om redaktøransvaret. I punkt 1.3.3.4 gjennomgås straffebestemmelser som utgjør seksuallovbrudd, det vil si § 298 om seksuelt krenkende adferd og § 311 særlig relatert til fotografering og deling av bilder av barn. Siste kategori, i pkt. 1.3.3.5, verner krenkelse av eiendomsrett, og det aktuelle straffebudet er § 332 om heleri.

1.3.2 Åndsverkloven

Åndsverkloven (åvl.) § 104 første ledd gir hovedregelen om at et fotografi som avbilder en person, ikke kan gjengis eller vises offentlig uten samtykke av den avbildede. Et inngrep i en annens rett etter loven, eller et på annen måte brudd med denne bestemmelsen, er straffbart med fengsel i inntil 1 år, jf. § 79. Formålet med opplastingen er irrelevant for straffbarheten: Laster du opp et bilde av en person uten samtykke på en Facebook-vegg eller Instagram med mer enn 20–30 følgere, uavhengig av om du mener noe galt med delingen, utgjør dette et straffbart brudd på bestemmelsen.

«Offentlig» betyr det samme som i straffeloven § 10, se over pkt 1.1.1. Det vises også til over pkt. 1.2.3.3.5 for hva som ligger i samtykkevilkåret.[40] Å være avbildet innebærer at du kan identifiseres ut fra bildet. Identifikasjonen behøver ikke følge av at ansiktet ditt er i fokus, det er tilstrekkelig at de som kjenner (til) deg kan gjenkjenne deg, for eksempel ut fra sammenhengen.[41] Det er ingen klar avgrensning for akkurat hvor mange som må kunne identifisere den som er avbildet.[42]

Åvl. § 104 stiller i første ledd opp en uttømmende liste med unntak fra hovedregelen om samtykkekrav:

a. avbildningen har aktuell og allmenn interesse
b. avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet
c. bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse
d. eksemplar av avbildningen på vanlig måte vises som reklame for fotografens virksomhet og den avbildede ikke nedlegger forbud, eller
e. bildet brukes som omhandlet i § 33 andre ledd (blant annet i forbindelse med politietterforskning eller dokumentinnsyn etter forvaltningsloven) eller § 37 tredje ledd («Offentliggjort personbilde i form av fotografisk verk kan mot vederlag gjengis i tekst av biografisk innhold.»).

De mest relevante unntakene for Åpenhetsutvalget er i bokstavene a-d, og jeg behandler i det følgende bare disse. Bokstav a er klart mest relevant og omfattende, og vies betydelig mer plass.

Privatlivsvernet er som nevnt overordnet beskyttet i Grl. § 102 og EMK art. 8. Bakgrunnen for åndsverkloven § 104 er, på samme måte som flere av de relevante bestemmelsene i straffeloven, å verne privatlivet. Avveiningen som skal gjø-

[39] Om denne avveiningen, se særlig Borvik (2012).

[40] Et særlig spørsmål er om deleren kan straffes dersom et samtykke tilbakekalles. Spørsmålet må i så fall undergis en rimelighetsvurdering, hvor det blant annet vektlegges hvor mye tid og eventuelt penger som er nedlagt i forarbeidet til publiseringen, hvor sensitivt innholdet er, og under hvilke omstendigheter samtykket ble gitt (se bl.a. Hovlid 2015 s. 165). Bilder kan slettes både fra lagrede medium så som telefon eller pc, og fra aviser eller sosiale media-nettsider. Problemet ved publisering av bilder på internett er at det er tilnærmet umulig å sikre at slettingen er fullstendig, og at bildet aldri vil dukke opp igjen. For flere av straffebudene til vern av privatlivet, vil vilkåret for straffriende samtykke – enten lovfestet eller ulovfestet – være at samtykket forelå *på gjerningstidspunktet*. Et gyldig tilbakekall etter bildet er publisert, med den følge at en redaktør for et tidsskrift eller en privatperson sletter bildet, kan ikke gjøre den opprinnelige publiseringen straffbar.

[41] Rt. 2008 s. 489, se også Hovlid (2015) s. 112–119.

[42] I Rt. 2014 s. 152 (avsnitt 175–176) viser Høyesterett til at ambulansesjåføren kunne gjenkjennes av «en større krets», men det foreligger heller ikke en negativ avgrensning for hvor liten en sånn krets kan være.

res mellom ytringsfriheten og privatlivet innebærer dermed samme vurderinger etter for eksempel straffeloven § 267 om krenkelser av individets privatliv og åndsverkloven § 104 om rett til eget bilde. I tråd med EMD-praksis skal avveiningen mellom de to rettighetene baseres på en helhetsvurdering, der de mest relevante avveiningskriteriene er ytringens allmenne interesse, den omtaltes status/egne rolle og temaet for omtalen, den omtaltes egne forhold/tidligere opptreden, hvordan opplysningene er skaffet til veie og verifisert, og innhold, form og konsekvenser av publiseringen.[43] Vurderingen av kriteriene er dels overlappende.

Bilder av en person som er publiserte uten samtykke, vil ikke alltid krenke privatlivets fred. Åvl. § 104 har derfor selvstendig betydning utenfor strl. § 267. Likevel er avveiningen mellom ytringsfrihet og privatliv den samme, og behandles felles nedenfor, særlig knyttet til «allmenn interesse», etterfulgt av de øvrige unntakene fra samtykke etter § 104.

1.3.2.1 § 104 første ledd bokstav a: Avbildningen har aktuell og allmenn interesse.

Etter bokstav a er billeddeling uten manglende samtykke ikke straffbart dersom avbildningen har «aktuell og allmenn interesse».[44] Spørsmålet er når ytringsfriheten slår gjennom, slik at offentliggjøring kan skje uavhengig av den omtaltes/avbildedes samtykke, i allmennhetens interesse.

Den sentrale vurderingen er altså om de offentliggjorte personopplysningene har *aktuell og allmenn interesse.* Aktualitetskravet innebærer i henhold til norsk rettspraksis «at det kreves et visst minstemål av generell nyhetsverdi.»[45] Det finnes heller ingen entydig definisjon av «allmenn interesse». En viss generell interesse må foreligge, men det er ingen klare avgrensninger i så måte. Det kan for eksempel være ulik vurdering dersom en sak har en geografisk avgrenset interesse, eller på samme måte innen et fagfelt eller kollegium. Vurderingen av om allmenn interesse foreligger, og ikke minst i hvilken grad en eventuell slik interesse kan trumfe en persons rett til å bestemme over eget bilde og/eller privatliv, bygger på en avveining av flere faktorer som er stilt opp i norsk og internasjonal rettspraksis.

Utgangspunktet for avveiningen er at noe informasjon kan være viktig for at samfunnet skal være løpende informert om saker av relevans og interesse, og sånn sett bidra til et velfungerende demokrati. Slik informasjonsflyt har tradisjonelt vært et sentralt medieoppdrag. Særlig på grunn av ny teknologi, er det langt flere enn aktører, også helt private, som offentlig formidler blant annet bilder til befolkningen. Jeg kommer nedenfor tilbake til om det gjelder særlige terskler for pressen. I den andre vektskålen ligger retten til en beskyttet privatsfære. Populært sagt; man skal ikke måtte stå til rette offentlig for det man foretar seg privat, med mindre det har offentlig interesse i den aktuelle konteksten.[46]

Allmenn interesse krever ikke en klar verdi for den løpende offentlige nyhetsdebatt. *Informasjons*verdi kan være tilstrekkelig, slik at rene underholdningsreportasjer som også anses å ha en viss informasjonsverdi, kan godtas i lys av ytringsfriheten.[47] Forutsetningen er at bildenes innhold for øvrig er ukontroversielt i forhold til de øvrige avveiningsmomentene som nevnt over. (Jeg kommer også tilbake til dette i redegjørelsen for strl. § 267 om privatlivsvernet, i pkt. 1.3.3.3.5 nedenfor.) Billedbruk som del av en offentlig samfunnsdebatt vil likevel ha større tyngde i avveiningen mot privatlivsvernet.[48]

Et spørsmål er om *kjente personer* som sådan i større grad har aktuell og allmenn interesse, og

---

43 Se f.eks. *Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge,* avsnitt 34, med videre henvisning til *Von Hannover mot Tyskland nr. 2* avsnittene 109–113 og *Axel Springer AG mot Tyskland* avsnitt 84, og sammenstilt i Wessel-Aas og Ødegaard (2018), s. 49. Se Hovlid (2015) s. 191–312 for en grundig gjennomgang av momentene.

44 Det følger av forarbeidene til loven at § 104 er en videreføring av personvernregelen i tidligere åndsverklov § 45c (Prop. 104 L (2016–2017) punkt. 10.4.1 s. 306). Rettspraksis etter gammel lov er dermed relevant. Se også forarbeidene til den gamle åndsverkloven § 45c, Ot.prp. nr. 54 (1994–1995) punkt 3.1.4, og et stykke på vei til den tidligere fotografiloven § 15, forgjengeren til § 45 c. Videreføringen av vilkåret «aktuell og allmenn interesse» ble kraftig kritisert av flere høringsinstanser for å være i strid med EMK art. 10 og EMDs praksis. Det ble fremholdt at det kun må være et krav til allmenn interesse. Aktualitetsvilkåret forstås som et nyhetskriterium. Allmenn interesse er i tråd med EMDs praksis et 'essensielt kriterium' for at private opplysninger skal deles straffritt av f.eks. pressen. Selv om det ikke omtales som et *avgjørende* kriterium, synes det ikke å ha forekommet saker der privatlivskrenkende bilder publiseres i lys av ytringsfrihetsvernet, *uten* at dette skjer i allmennhetens interesse (Hovlid 2016 pkt. 7.1). Se også Bekkedal (2014).

45 Jf. Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross), lagt til grunn i Prop. 104 L (2016–2017), pkt. 5.1.5 s. 147. Definisjonen trekkes frem i forhold til nyhetsverdikravet i åndsverklovens opphavsrettslige spørsmål, men må forstås på samme vis også for § 104. Departementet trekker selv frem at selve *avveiningen* vil være noe ulik i opphavsrettslige og privatlivsmessige spørsmål, uten at dette anses nødvendig å gå nærmere inn på her. Flere høringsinstanser mente for øvrig at tilleggskravet om «aktuell» interesse var i strid med EMK, uten gehør fra departementet (*op.cit.* pkt. 10.1.4 s. 305–306).

46 Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 44.

dermed nyter et svakere privatlivsvern. Selv om personbildet i seg selv er av en særlig sensitiv del av personvernet, må personer som både mer permanent eller mer tilfeldig trer inn i offentlighetens lys, langt på vei akseptere at personbilder av dem publiseres i sammenheng med journalistisk omtale av den offentlige rollen vedkommende har.[49] Det kan være personer som har «sentrale samfunnsfunksjoner», eller noen som er kjendis på grunn av deltakelse i et TV-program.[50] Informasjon om offentlige personer kan til dels rett og slett anses som mindre privat, og dels kan slik informasjon anses å ha allmenn interesse.

En sentral vurdering ved om offentlige personers rett til privatliv skal veie tyngre enn publisererens ytringsfrihet, er om de private opplysninger belyser et forhold av *offentlig viktighet eller interesse*. Vurderingsmomentet handler dels om den allmenne interessen, og dels om den omtaltes status/egne rolle og temaet for det omtalte. Offentlige personer har krav på respekt for sitt privatliv, men vernet er svakere når slike personer opptrer i offentligheten i en form for offentlig rolle. En kan tenke seg at en kjent skuespiller eller politiker følger sine barn til første skoledag. Dette er en privat situasjon, der personen ikke oppsøker eller opptrer i en offentlig rolle.[51] Det kan ikke anses i allmennhetens interesse å få innsikt i skuespilleren eller politikeren som far, eller i det hele tatt hvor hans barn går på skole. Dersom bilder fra den private sfære *har* offentlig interesse, vil vurderingen kunne falle annerledes ut. Et sykehusopphold vil for eksempel i utgangspunktet være en privatsak. Dersom en politiker eller en annen offentlig person blir innlagt på sykehus og opplysninger/bildeinformasjon publiseres derfra, kan det tenkes å ha offentlig interesse fordi vedkommendes helsesituasjon kan bety noe for den politiske situasjonen.[52] Bilder som gir tilsvarende privat informasjon kan ha offentlig interesse for eksempel fordi de kan gi relevant informasjon om moralsk egnethet i ulike roller, som politikere, eller fordi de røper helsemessig kapabilitet til å ivareta ansvarsfulle stillinger i samfunnet. Også å belyse beveggrunnene bak bruk av en maktpersons beslutningsmyndighet kan tenkes å være av allmenn interesse, for eksempel bilder som viser en justispolitiker på avrusningsklinikk. Flere høyesteretts- og EMD-dommer trekker opp grenser i avveiningsspørsmålet, men som hovedregel vil det måtte gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Jeg kommer nedenfor tilbake til spørsmålet om ytringsfriheten veier tyngre når pressen, ikke private, publiserer bilder.

Er bildet av en som ikke med vilje har trådt inn i offentlighetens søkelys, heves terskelen betraktelig for å publisere uten deres samtykke.[53] Men omstendighetene som foranlediget formidlingen av opplysningene er også relevante. For eksempel kan det å på offentlig sted opptre på en måte som er egnet til å tiltrekke seg oppmerksomhet, kunne tale mot at det er krenkende å ta bilder og dele videre.[54] I tillegg kan bruk av personbilder av «ukjente» personer til en viss grad aksepteres for å illustrere et samfunnsproblem, så lenge bruken og identifiseringsgraden ikke går utover det illustrasjonsbehovet forsvarer.[55]

En fersk EMD-dom, *Egill Einarsson mot Island,*[56] illustrerer både rekkevidden av en offentlig persons privatliv, og betydningen av fornærmedes forutgående adferd i avveiningen. EMD fant at også en person som hadde en markant offentlig profil skulle vernes mot ytringer fra privatpersoner på Instagram. Det var snakk om publisering av et bilde av Einarsson, med tilhørende tekst: «Fuck you rapist bastard», i etterkant av en dom der Einarsson ble frifunnet for voldtekt. Selv om Einarsson hadde kommet med til dels

---

47 Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto). I sin avvisningsavgjørelse kom EMD til at Høyesterett hadde gjort en forsvarlig vurdering. Se også Bekkedal (2014), (2015) pkt. 3, Hovlid (2016). Spørsmålet om «allmenn interesse» er til dels mye diskutert i juridisk teori. En av faktorene som kompliserer debatten, er at EMD synes å ha en noe forskjellig tilnærming til vurderingsspørsmålet avhengig av om det er tale om vern av privatsfæren og omdømmevernet. Dette skillet er mindre skarpt i norsk rett i dag, og kan dermed bidra til ulike lesninger av EMDs praksis. Se f.eks. Hovlid (2015, 2016), Bekkedal (2014, 2015). Norske domstoler må forholde seg til rammene som til enhver tid settes av EMD, og tolkningen av åvl. § 104 første ledd bokstav c må i rettspraksis bli deretter.

48 Holmboe 2019 s. 25.

49 Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 60.

50 Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 5.9, s. 148–9, og Rt. 2007 s. 687 og Rt. 2008 s. 489.

51 Se f.eks. dom fra EMD *Case of von Hannover v. Germany no. 1*, hvor prinsesse Caroline av Monaco som var avbildet hjemme under et privat arrangement. Dette ble ansett som en krenkelse av hennes rett til privatliv jf. EMK art. 8. Også i Rt. 2007 s. 687 (Big Brother) ble opplysningene om påstått utroskap og samlivsproblemer ikke ansett å ha allmenn interesse, slik at ikke ytringsfrihetsvernet var relevant.

52 Tilsvarende en senere dom vedrørende prinsesse Caroline av Monaco og hennes far, fyrst Rainier av Monaco (*Case of von Hannover v. Germany no.2*). Se også Holmboe (2019) s. 24–25 om denne vurderingen.

53 *Eerikäinen mfl. mot Finland,* § 66, se også Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 61.

54 Rt. 2008 s. 1089, avsnitt 50–51, og lagt til grunn i Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 5.9, s. 149.

55 Rt. 2008 s. 489, så også Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 61.

56 *Egill Einarsson mot Island*.

provoserende uttalelser i media blant annet om voldtektssaken, og generelt provoserende syn på kvinner og seksualitet, var hans omdømme, jf. EMK art. 8, urettmessig krenket ved den konkrete beskyldningen om voldtekt.[57]

Det bemerkes for øvrig at *barn* har rett til et særlig sterkt vern for sitt privatliv.[58] At barn har kjente foreldre, skal ikke gi dem dårligere vern.[59] I lys av Barnekonvensjonen skal «barnets beste» være et styrende prinsipp i blant annet rettslige avveininger, også ved vurderingen av om bilder bør tillates ført. Det følger av EMDs praksis at staten har plikt til aktivt å beskytte barn mot krenkelser.[60]

Et særlig spørsmål er om *pressen har et større handlingsrom* innenfor publisering uten samtykke av bilder enn andre. Høyesterett stiller opp et viktig utgangspunkt i Rt. 1999 s. 1541 (i sak om en avbildet og identifiserbar politimann som slo en arrestant, på s. 1551)[61]:

> «Det står for meg som et naturlig utgangspunkt at Dagbladet var i sin fulle rett til å publisere materiale fra den videofilmen som lå til grunn for oppslagene. Dette må ses som ledd i avisens rett – og plikt – til å bringe videre informasjon den blir kjent med om sentrale samfunnsspørsmål, og som har betydning i den offentlige debatt.»

Etter rettspraksis synes det avgjørende å være formålet med publiseringen. Bloggere og private som publiserer i sosiale medier kan anses å ha samme ytringsfrihet som journalister så lenge hensikten med publiseringen er å delta i samfunnsdebatten om tema med aktuell og allmenn interesse.[62] I dagens medievirkelighet er det langt flere enn avis- eller tidsskriftsansatte journalister som publiserer, særlig på Internett. Dette følger for eksempel av EMDs dom *Braun mot Polen* fra 2014, hvor domstolen mente at klageren hadde en rolle å spille i den offentlige debatt, og dermed hadde det samme ytringsprivilegiet som journalister har.[63] Terskelen avhenger av hva slags sammenheng bildet er publisert i. Domstolen vektlegger for øvrig også at beskyttelsen av journalisters ytringsfrihet fordrer at disse «act in good faith and on an accurate factual basis and provide «reliable and precise» information in accordance with the ethics of journalism. […]The same principles must apply to others who engage in public debate» (avsnitt 40). Skal private gis samme hevede nivå av ytringsfrihet som yrkesjournalister, ved publisering uten samtykke av bilder med aktuell og allmenn interesse, må de altså forholde seg til en strengere norm for pålitelighet og presisjon vedrørende bildenes informasjonsverdi. For at publisering av bilder uten samtykke skal trumfe privatlivsvernet etter § 104 første ledd bokstav a, må den som publiserer være i aktsom god tro hva gjelder at den/det som er avbildet, og sannhetsgehalten av informasjonen som presenteres gjennom bildet.[64]

Åvl. § 104 er en personvernbestemmelse der publisering er straffbar uavhengig av om bildet krenker privatlivet, slik strl. § 267 fordrer. Et praktisk spørsmål er om mer dagligdagse bilder som publiseres i sosiale medier, også er straffbare, for eksempel der folk publiserer bilder fra klasserommet, fra når de henter i barnehagen, eller andre ordinære hendelser. Det er i juridisk teori argumentert for at slik deling fra alminnelige livshendelser bør anses som en form for identitetsbygging i sosiale medier, idet det for mange er viktig å vise frem og få bekreftelser for hvem de er gjennom å dele slike bilder.[65] For mange er dette etter hvert en helt naturlig del av dagliglivet. Hovlid mener at vernet om ytringsfriheten til å fortelle om *eget liv* i bilder, bør være sterkere enn når hovedfokus er mot andre personer, og ytringsfriheten i slike sammenhenger bør sammenlignes med en allmenn interesse. Til sammenligning er det i større grad lovlig å publisere private detaljer om andre, dersom det er gjort som del av ens egen historie i for eksempel en selvbiografi. Det finnes imidlertid ingen nasjonal eller internasjonal rettspraksis som legger til rette for en slik lovfor-

---

57 Se omtale av dommen i Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 73. Ærekrenkelser er som nevnt nedenfor ikke lenger som sådan straffbare etter norsk rett, med mindre de må anses som hensynsløs adferd eller krenkelse av privatlivets fred, jf. strl. §§ 266 og 267. EMDs uttalelser vedrørende hva offentlige personer må tåle, er likevel relevante for inngrep i privatlivets fred uavhengig av hvor straffebestemmelsen befinner seg innen norsk regelverk.

58 Jf. Grl. § 104, se også Rt. 2015 s. 93, avsnitt 66, hvor det fremgår at barnets interesser slik beskyttet i § 104 skal brukes som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter § 102.

59 *Case of Von Hannover v. Germany no. 1* gjaldt publisering av bilder av prinsesse Caroline av Monaco og hennes barn. Så også Grønvold og Hendis (2014) s. 47.

60 *Case of K.U. mot Finland*.

61 Eksempelet hentet fra Holmboe (2019) s. 12.

62 Holmboe (2019) s. 27.

63 *Braun mot Poland*. I saken var det tale om ytringer i TV og radio, men et personbilde er også å anse som en ytring. Se også Holmboe (2019) s. 26.

64 Se nærmere Hovlid (2015) kapittel 10 om ytrerens gode tro, både i forhold til pressen og private som ytringsaktører.

65 Hovlid (2016) s. 168 flg.

ståelse per i dag. Den klare hovedregelen om straffbarhet etter åvl. § 104 gjelder altså, uavhengig av om konteksten er dagligdags og det ikke ligger noen ond vilje bak publiseringen.

Av det ovenstående følger at det ikke er noen klar grense mellom vurderingen av hva som omfattes i «aktuell og allmenn interesse», jf. åvl. § 104 første ledd bokstav a, og hva som gjør at krenkelser av privatlivsvernet eventuelt må vike for ytringsfriheten i disse situasjonene, jf. strl. § 267. Jeg kommer som nevnt i noen grad tilbake til momentene nedenfor i tilknytning til strl. § 267.

1.3.2.2 § 104 første ledd bokstav b: Avbildningen av personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet

Avgrensningen fra samtykkekravet retter seg her mot situasjoner der den avbildede bare er et tilfeldig bimotiv i bildet. Avgjørende må være at de identifiserbare personene på bildet ikke er i forgrunnen eller i fokus.[66] Ved vurderingen av straffbarheten må privatlivsvernet til den som mener seg krenket, veie tungt. Det innebærer for eksempel at selv om identifiserbare personer ikke er sentrale i bildet, kan avbildningen fremstille dem på en krenkende måte som ikke rettferdiggjør bruk av unntaket i § 104 første ledd bokstav b.

1.3.2.3 § 104 første ledd bokstav c: Bildet gjengir forsamlinger, folketog i friluft eller forhold eller hendelser som har allmenn interesse

Pressen har generelt aksept for og til dels ansvar for å dokumentere også gjennom bilder hva som skjer på allment tilgjengelige steder, også når det er mennesker på disse stedene. En av hovedgrunnene bak unntaket i bokstav c er at det kan være unødvendig ressurskrevende for pressen å innhente samtykke fra en rekke personer som i utgangspunktet er irrelevante for bildet som sådan.

Bilder som gjengir «folketog i friluft» omfatter typisk 17. mai-prosesjoner eller demonstrasjonstog. «Forsamlinger» kan, i vår sammenheng, for eksempel være bilder fra et loppemarked på en skole, der ingen av personene som opptrer i bildet utgjør selve motivet, men den menneskelige aktiviteten på arrangementet er i fokus.[67] Selv om personer på bildet kan identifiseres, er det et vilkår for at unntaket her at ingen enkeltperson er fokusert spesielt på, verken i bildet eller ved tilhørende billedtekst eller informasjon.

Begrensningen i bokstav c omfatter også generelle «hendelser som har allmenn interesse». Bilder av et åsted for en kriminell handling, ulykke, eller annen begivenhet kan ha slik allmenn interesse. Publisering kan likevel foretas om bildet viser personer som ikke har samtykket til offentliggjøringen, men dette kan fordre anonymisering eller annen begrensning av identifiseringsgraden av hensyn til privatlivsvernet.[68]

1.3.2.4 § 104 første ledd bokstav d: Bestilte fotografier

På de fleste skoler og i mange barnehager bestilles fotografering til portretter og klasse/gruppebilder av barna. Bokstav d bestemmer at et uttrykkelig samtykke ikke er nødvendig for å bruke slike bilder som reklame for en fotografs virksomhet, så lenge den avbildede ikke har nedlagt forbud mot slik reklame. I følge forarbeidene er det typisk tale om å stille ut en fysisk kopi i et utstillingsvindu. Samtykkeunntaket gjelder ikke offentliggjøring av fotografier for eksempel i en annonse på Internett.[69]

1.3.2.5 Skyldkrav, medvirkning og forsøk

Kun forsettlige overtredelser av åndsverkloven er straffbart, jf. strl. § 21.[70] Medvirkning og forsøk er straffbart, jf. strl. §§ 15 og 16. Medvirkning kan for eksempel innebære *å ta* bildet som en annen så deler i offentligheten.

1.3.2.6 Tidsramme

En kan tenke seg situasjoner der pårørende, presse eller ansatte i helsevesenet tar eller har tatt bilder eller film av en som dør eller har dødd. Vernet om retten til eget bilde gjelder også etter avbildedes levetid, og frem til 15 år etter vedkommendes dødsår. Med mindre noen av unntakene i § 104 første ledd a-e kommer til anvendelse, må det foreligge samtykke gitt før vedkommende døde, eller fra etter dødstidspunktet. Siden etterlatte også kan ha et legitimt behov for vern mot at et bilde blir offentliggjort, må også deres privat-

[66] Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 61.

[67] Mæland (1985) s. 214, se også Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 62.

[68] Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 62.

[69] Prop. 104 L (2016–2017) pkt. 10.2.1.

[70] Etter den tidligere åndsverkloven § 54 var også uaktsomme overtredelser straffbare. Hvis en overtredelse har skjedd før den nye loven av 2018, men skal pådømmes etter den trådte i kraft, vil kun forsettlige overtredelser kunne straffes, jf. strl. § 3 første ledd annet punktum.

livsvern avveies mot eventuelle unntak fra samtykke.[71]

Er det aktuell og allmenn interesse å formidle et bilde av en som er død, kan dette trumfe samtykket. Siden bilder viser langt mer enn tekst, vil det være en viktig avveining at bildet og ev. delingen skjer på en respektfull måte. En analogi må kunne trekkes til obduksjonsloven, som i formålsbestemmelsen viser til at «[…]behandling av lik blir utført på ein verdig måte med respekt for den døde og dei pårørande til den døde.» Samtykket må kunne gis av pårørende.[72]

1.3.3 Straffeloven

1.3.3.1 Vern av offentlig myndighet og tilliten til den

Spesielt utsatte yrkesgrupper er gitt et særskilt vern mot vold, trusler, forulemping og hindring av yrkesutøving. For mandatet er trusler, forulemping og hindring av yrkesutøving ved offentlig myndighetsutøvelse, i form av billedtagning og -deling, aktuelt. Vernet er samlet i straffeloven §§ 155 og 156.

1.3.3.1.1 Strl. § 155 (vold eller trusler mot offentlig tjenestemann)

Straffeloven § 155 gjør straffbart det å «ved vold eller trusler» påvirke eller søke å påvirke «en offentlig tjenestemann til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling».[73] Det følger av lovforarbeidene at også det å «på annen måte å hindre vedkommende i utførelsen av tjenestehandlingen» er omfattet av gjerningsbeskrivelsen.[74]

«Offentlig tjenestemann» defineres i bestemmelsens andre ledd, første punktum, og omfatter «enhver som utøver offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune, eller som har slik kompetanse i kraft av sin stilling». Også enhver som «yter bistand til offentlig tjenestemann, eller sikrer dennes arbeidsplass» er vernet, jf. annet punktum. En sikkerhetsvakt utenfor et sykehus eller barnevernsmottak er således omfattet. Men også en privatperson som «pliktmessig eller etter oppfordring» er vernet når hun yter slik bistand.[75]

De som utøver «offentlig myndighet» er hovedsakelig «ansatte i offentlig virksomhet som krever hjemmel i lov, og som regelmessig treffer avgjørelser som oppleves som inngripende og begrenser borgernes handlingsfrihet.»[76] Dette omfatter enhver som har kompetanse til å treffe vedtak eller utferdige forskrift.[77] Også saksforberedere som ikke har avgjørende myndighet, men som forbereder eller gjennomfører forvaltningsavgjørelser, omfattes. Det innebærer at dersom en ansatt i helse- og omsorgssektoren, skole eller barnevernssektoren treffer eller gjennomfører et offentlig vedtak, er vedkommende omfattet av gruppen som vernes i strl. § 155. Leger, sykepleiere og andre ansatte i offentlige helseforetak faller utenfor § 155, med unntak av når de treffer avgjørelser om tvungen behandling. Helsepersonell når de yter nødvendig medisinsk hjelp, og lærere, er utenfor målgruppen, men disse er spesielt nevnt som inkluderte for målgruppen av «offentlig tjenestemann-begrepet» i strl. §§ 265 og 286 (se nedenfor i pkt. 1.3.3.3.2 om førstnevnte).[78] For øvrig legger departementet opp til at domstolene skjønnsmessig skal avgrense målgruppen, men straffbarhet foreligger uansett kun i den grad vedkommende er tillagt kompetanse til å treffe avgjørelser som «oppleves som inngripende eller begrenser borgernes handlefrihet».[79]

Det relevante handlingsalternativet for mandatet er «trusler» med bestemte formål.[80] Trusler kan være muntlige, skriftlige eller komme til uttrykk gjennom adferd. Et tenkt eksempel er å ta

---

71 Jongers, 2006, s. 61.

72 Pårørende i obduksjonsloven § 3 (d) følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 1-3 bokstav b.

73 Bestemmelsen slår sammen strl. (1902) §§ 127 og 128 og vold og trusler mot offentlig tjenestemann, med en liten utvidelse av straffansvaret i forhold til at påvirkningen ikke trenger å være til en urettmessig tjenestehandling, og en innskrenking av kretsen av yrkesgrupper i annet ledd. Yrkesgruppene som ikke lenger omfattes, er nå vernet av strl. §§ 265 (trusler) og 286 (vold), se nedenfor.

74 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) kap. 12.2.4 side 328–329, så også HR-2017-717-U.

75 Plikt til å yte bistand kan følge av loven, f.eks. strl. § 287 om hjelpeplikt, men også hvor en person hjelper av «moralsk» plikt, jf. Rt. 1916 s. 1245 og Rt. 1968 s. 314, se Auglend og Mæland (2018) s. 1310.

76 Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) kap. 12.2.4, s. 329.

77 Bestemmelsen favner dermed noe videre enn forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a: «vedtak, en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)». Offentlige tjenestemenn som utøver funksjoner som også kan utøves av private, omfattes ikke, jf. Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) pkt. 9.3.4.

78 Se f.eks. Rt. 2002 s. 1020 om grensedragningen for målgruppen til strl. (1902) § 127.

79 Andre grupper offentlig ansatte gis strafferettslig beskyttelse dels gjennom de generelle straffebudene om vold og trusler mv. kombinert med at den sårbare situasjonen til disse gruppene er et skjerpende moment i straffutmålingen innenfor strafferammene i de aktuelle straffebudene, jf. § 77 bokstav h. (Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 229.)

80 Trusselbegrepet skal forstås på samme måte som strl. (1902) § 128, jf. Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 328.

opp en mobiltelefon med kamera i en situasjon der filming kan oppfattes truende. Trusselen behøver ikke å være fremsatt direkte overfor tjenestemannen, men forsettet må dekke at tjenestemannen skal få vite om trusselen. I HR-2017-2167-U ble for eksempel en drapstrussel fremsatt overfor en barnevernsansatt som var til stede på sykehuset for å varsle barnevernet umiddelbart etter en fødsel. Barnevernet hadde til hensikt å reise til sykehuset for å gjennomføre akuttvedtak om omsorgsovertakelse. Trusselen ble spesifikt nevnt da barnevernet ble varslet, og de objektive vilkårene i strl. § 155 var oppfylte.

Andre eksempler kan være at noen filmer eller tar bilder av en offentlig tjenestemann, og truer med å bruke materialet som anmeldelsesgrunnlag til politiet hva gjelder tjenestehandlingen, eller at en pårørende filmer i en barnevernssituasjon for at det skal oppleves som truende, og dermed å få den ansatte til å la være å iverksette et vedtak mot en bruker. Det ikke et vilkår at trusselen er om å gjennomføre en rettsstridig handling.[81]

For at billedtagning- eller deling som trussel skal være straffbart etter bestemmelsen, må handlingen(e) være foretatt med det formål å påvirke en offentlig tjenesteperson til å foreta eller unnlate å foreta en tjenestehandling. En generell trussel om å ta et bilde og dele på Facebook rammes ikke av strl. § 155, trusselen må være fremsatt for å påvirke en tjenestehandling. (Se imidlertid nedenfor om forulemping av tjenestemenn i strl. § 156.) Det å søke å vanskeliggjøre tjenestehandlingen er tilstrekkelig.[82] Å *hindre* utførelsen av tjenestehandlinger omfattes også.[83] I motsetning til strl. § 263 er ikke vilkåret for straffbarhet at trusselen er «egnet til å fremkalle alvorlig frykt» eller lignende. Dersom gjerningspersonens forsett er å påvirke tjenestehandlingen, er det derfor irrelevant for straffbarhet etter § 155 om trusselen er egnet til å påvirke handlingen, eller hvordan tjenestemannen oppfatter trusselen.

Det er videre ikke et krav om at tjenestepersonen *var i ferd med* å utøve en tjenestehandling når trusselen kom, personen er også tjenesteperson som sådan når hun ikke er på jobb, hvis stillingskompetansen hennes innebærer slik myndighet. Men siden formålet er å påvirke en pågående eller fremtidig handling, må trusselen ha foreligget senest under utførelsen av den relevante tjenestehandlingen.

Endringsforslag for straffeloven § 155 ble sendt på høring i desember 2018, hvor departementet foreslår å inkludere «rettsstridig atferd» til gjerningsbeskrivelsen i § 155, som blant annet omfatter hets og trakassering på nett. Dette vil naturlig nok inkludere billedtagning og -deling, for eksempel der bilder viser tjenestepersonen, hennes familie, eller lignende personlige opplysninger. Departementet foreslår også å inkludere slik atferd som utføres med det formål å «gjengjelde» en offentlig tjenestehandling, altså ikke bare for å *påvirke* en pågående eller fremtidig handling.[84]

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett. Det innebærer at gjerningspersonen må være kjent med, holde det som overveiende sannsynlig, eller oppfylle kravene til dolus eventualis, hva gjelder at fornærmede er en offentlig tjenestemann, og at det er en tjenestehandling som søkes påvirket. For straffansvar er det tilstrekkelig at gjerningspersonen «søker» å påvirke en tjenestemann til å «foreta eller unnlate» tjenestehandlingen, det er ikke nødvendig at han hverken ønsket å oppnå eller oppnådde resultatet han søkte.

Forsøk er i utgangspunktet straffbart, jf. strl. § 16. Men idet fullbyrdet overtredelse foreligger allerede når trusselen er fremsatt – uten at f.eks. bildet faktisk er delt med noen – kan det være vanskelig å se en annen grense mellom straffbart forsøk og fullbyrdet overtredelse.[85]

Medvirkning er straffbart, jf. strl. § 15.

1.3.3.1.2 Strl. § 156 annet ledd (forulemping av offentlig tjenestemann)

Strl. § 156 annet ledd setter straff for den som «ved skjellsord eller annen utilbørlig atferd forulemper en offentlig tjenestemann under eller på grunn av utføringen av tjenesten.» «Offentlig tjenestemann» skal forstås på samme måte som for § 155. Barnevernsansatte er i forarbeidene særlig nevnt som en gruppe offentlige tjenestemenn som på grunn av sin yrkesutøvelse blir krenket for eksempel på Internett.[86]

Etter bestemmelsen er det, i motsetning til i § 155, ikke et krav om at gjerningspersonen søker å påvirke tjenestehandlingen. Her er det straffbare utelukkende forulempningen knyttet til tje-

[81] Se Matningsdal (2018) § 155, med videre henvisninger.
[82] Sml. Rt. 1973 s. 1451, se Auglend og Mæland (2018) s. 1313 note 2679 med videre referanser.
[83] Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 330.
[84] Se Høringsnotat, snr. 18/5484, pkt. 5.3.6 s. 47.
[85] Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 209
[86] *Op.cit.* pkt. 16.1 s. 399.

nesteutøvelsen. «Utilbørlig adferd» omfatter grove og/eller usanne påstander om noens yrkesutøvelse eller faglige kvalifikasjoner som forulemper vedkommende. Det kan typisk være tale om en omdømmekrenkende ytring – derunder bilder med eller uten tilhørende tekst – på Internett.[87] Slike ytringer kan raskt bli allment kjent, og kan sette tjenestepersoners omdømme i en utsatt posisjon. Uriktige anklager kan påvirke vedkommendes arbeidsutsikter og generelle livskvalitet. Også ren nedvurdering av en tjenestemann anses utilbørlig adferd.[88] Forulempingen kan skje «under eller på grunn av» tjenesteutføringen. Det innebærer at for eksempel uthenging i sosiale medier *i etterkant* – i motsetning til § 155 – av en tjenestehandling, men med sitt utspring i denne, rammes.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21. Forsettet må omfatte at forulempingen skjer av en tjenestemann, og at tjenestemannen vil få kjennskap til hans opptreden. Medvirkning er straffbart, jf. § 15. Forsøk er ikke straffbart, i det overtredelse kun kan straffes med bot, jf. § 16.

1.3.3.2 Vern av informasjon og informasjonsutveksling

Ansatte i sektorene innenfor mandatet får på ulikt vis kjennskap til en rekke personlige forhold hos pasienter, elever, og mennesker i varierende grad i deres varetekt, eller med personlig informasjon i deres varetekt. Det kan være vanskeligere for den enkelte å i fullgod grad råde over og beskytte sitt privatliv når hun for eksempel er institusjonalisert. En rekke regler pålegger grupper med ansatte en særlig taushetsplikt blant annet om private forhold. Straffeloven § 209 gir generell hjemmel for å straffe brudd på taushetsplikt.

Straffetrusselen er altså i straffeloven, mens de underliggende taushetspliktreglene for den enkelte gruppe finnes i andre lover og regelsett. Forvaltningsloven § 13 flg. regulerer taushetsplikt innenfor «et hvert organ for stat eller kommune». Flere spesiallover regulerer taushetsplikten innenfor sektorene i mandatet. Blant annet regulerer helsepersonelloven kapittel 5 taushets- og opplysningsplikt for helsepersonell, helseregisterloven kapittel 3 taushetsplikt særlig om behandling av helseopplysninger i helse- og omsorgsforvaltningen og helse- og omsorgstjenesten, barnevernloven § 6-7. Barnehageloven § 20, og opplæringsloven § 15-1, henviser begge bare generelt til forvaltningslovens regler om taushetsplikt.

Flere av spesiallovene har egne bestemmelser om straffbarhet for overtredelser av lovens bestemmelser. Straffetruslene har generelt lavere strafferamme enn straffeloven §§ 209 og 210. Det er i utgangspunktet opp til påtalemyndigheten hvilken av straffebestemmelsene som passer best for det aktuelle forholdet. En kan ikke straffes etter både straffeloven og f.eks. helsepersonelloven for overtredelse av taushetspliktregler i helsepersonelloven.

Av hensyn til betenkningens omfang, går jeg ikke nærmere inn på bestemmelsene om taushetsplikt i spesiallovene. Jeg går heller ikke nærmere inn på andre eventuelle «gyldig[e] instrukser», jf. strl. § 209. Forvaltningslovens regler om taushetsplikt og aktuelle unntak er langt på vei tilsvarende i spesiallovene. I det følgende går jeg derfor først gjennom vilkårene for straff i straffeloven §§ 209 og 210, og deretter reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven § 13 flg.

1.3.3.2.1 Strl. §§ 209 og 210 (brudd på taushetsplikt)

Straffeloven § 209 gjør straffbart å røpe «opplysning som han har taushetsplikt om i henhold til lovbestemmelse eller forskrift, eller utnytter en slik opplysning med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning.» Også taushetsplikt gitt i «gyldig instruks for tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ» [89] omfattes av straffebestemmelsene (jf. § 209 annet ledd). Alternativet er særlig aktuelt her fordi mange *private* aktører utfører slikt arbeid i for eksempel i barnevern og eldreomsorg. Brudd på taushetsplikt dersom man utfører tjeneste eller arbeid for kommunalt eller statlig organ er også straffbart etter at tjenesten eller arbeidet er avsluttet (jf. tredje ledd).[90]

Det er første alternativ i § 209 første ledd som er relevant, siden den straffbare handlingen etter mandatet vil være å dele et bilde. Selve fotograferingen vil ikke rammes av denne bestemmelsen,

[87] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) punkt 5.14.3.2 s. 167.

[88] Se f.eks. Rt. 1939 s. 550 og Rt. 1983 s. 1519.

[89] Ethvert organ for stat eller kommune, jf. fvl. § 1, private rettssubjekter som treffer enkeltvedtak eller gir forskrifter, tilsatte ved private institusjoner og sentre for foreldre og barn som er godkjent av regionalt nivå i Barne-, ungdoms- og familieetaten etter barnevernloven § 5-8, se § 6-2, og for alle som utfører arbeid eller tjeneste for kommunen etter sosialtjenesteloven, se § 44 første ledd, eller helse- og omsorgstjenesteloven, se dennes § 12-1 første ledd (se Bernt (2017) note 266 til fvl. § 13).

[90] Så også fvl. § 13 tredje ledd.

heller ikke i form av medvirkningsansvar (se nedenfor). Den straffbare handlingen etter første alternativ omfatter å gjøre kjent en taushetsbelagt opplysning for en eller flere personer som ikke har lovlig tilgang til opplysningen.[91] Hva som er taushetsbelagte opplysninger kommer jeg tilbake til nedenfor i behandlingen av forvaltningsloven § 13 flg.

Grove overtredelser har strafferamme på opp til tre års fengsel, jf. § 210. Ved avgjørelsen av om taushetspliktbruddet er grovt, vektlegges særlig om handlingen er foretatt for å skaffe seg eller noen andre en uberettiget vinning, og om handlingen har ført til tap eller fare for tap. Billeddeling for eksempel til pressen for å tjene penger på handlingen, vil typisk kunne være en grov overtredelse.

For øvrig er det flere unntak fra taushetspliktreglene som kommer til uttrykk i andre lovbestemmelser. En kan blant annet ikke straffes for brudd på taushetsplikten dersom billeddelingen er gjort for eksempel for å avverge et forestående lovbrudd, jf. strl. § 196 første ledd annet punktum, eller for å hindre at en uskyldig blir tiltalt eller domfelt, jf. strl. § 226 første ledd annet punktum. Slike unntak følger også av den alminnelige rettsstridsreservasjonen, og jeg gir ikke her en uttømmende oversikt over regler eller typetilfeller som kunne løfte taushetsplikten.

Skyldkrav, medvirkning og forsøk

Både forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser av regler om taushetsplikt er straffbare, jf. strl. § 209 fjerde ledd, jf. § 21.

Medvirkning til brudd på taushetsplikt er ikke straffbart, jf. strl. § 209 femte ledd. Det innebærer for eksempel at det ikke er straffbart for en helsesøster å ta et bilde av en elev, og vise til en kollega med aktverdig grunn, dersom det er kollegaen som deler bildet til *andre* utenfor kollegiet.

Det bemerkes at det er «han som har taushetsplikt» som kan straffes etter § 209. Dersom for eksempel pressen bruker et bilde som en taushetspliktig har lekket til dem, kan ikke journalisten straffes etter denne bestemmelsen.[92]

Strafferammen er inntil ett års fengsel. Forsøk på brudd på de ulike taushetspliktbestemmelsene er dermed straffbart, jf. strl. § 16.

1.3.3.2.2 Forvaltningsloven §§ 13 flg.

Spørsmålet er så hva taushetsplikten omfatter. Jeg tar bare for meg taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd, som jeg anser som mest relevant her. Regelen omfatter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om noens personlige forhold. «Personlige forhold» defineres forholdsvis vidt slik at opplysningene må dreie seg om noe som det er vanlig å ønske å holde for seg selv.[93] Slektskaps-, familie- og hjemforhold, fysisk og psykisk helse, karakter og følelsesliv omfattes åpenbart, samt den enkeltes boligforhold, økonomi og arbeidsforhold. Personlig status, så som om vedkommende er gift, om barn, vergemål, om klientforhold til det offentlige, om holdninger og innstillinger (for private) til politikk eller religiøse spørsmål omfattes som hovedregel også. Dette er generelle kategorier, som i mange tilfeller må skjæres ytterligere til, blant annet med utgangspunkt i retningslinjen om at det er tale om forhold en ønsker å holde for seg selv. I den grad bilder eller film rommer opplysninger om noen personlige forhold, vil disse opplysningene være undergitt taushetsplikt. Hva som er *ikke* er «personlige forhold», er negativt avgrenset i fvl. § 13 annet ledd.

En taushetsbelagt opplysning skal i utgangspunktet ikke gjøres tilgjengelig for andre, heller ikke til andre i samme forvaltningsorgan eller i andre forvaltningsorganer. Utgangspunktet er at opplysninger til forvaltningen avgis i «en bestemt saklig sammenheng, og at det kan ha uheldige virkninger for tillitsforholdet til forvaltningen dersom de brukes ut over denne sammenhengen».[94] Dette kan bare gjøres dersom opplysningene omfattes av en av begrensningene i taushetsplikten i forvaltningsloven § 13 a, eller det der forvaltningsloven § 13 b gir adgang til å dele med andre. Dette innebærer blant annet at det bare er adgang til å dele bilder internt i et kollegialt organ dersom dette omfattes av en av unntakene i loven, og deling samtidig ligger innenfor de rammen av personvernforordningen, jf. personopplysningsloven § 1.

Fvl. § 13 a stiller opp en rekke begrensninger i taushetsplikten i enkelte situasjoner der det ikke er behov for beskyttelse. En opplysning som omfattes av ett eller flere av disse alternativene, kan deles uten hinder ta taushetsplikten i § 13. I

[91] Matningsdal (2018) § 209.

[92] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 76 og 406 andre spalte.

[93] Se Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 13–14, og Woxholth (2011) s. 265–276 om taushetsplikt for personlige forhold.

[94] Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) pkt. 3.2.2 s. 13.

slike situasjoner er deling naturligvis heller ikke straffbart. Tre alternativer anses særlig relevante her. Det ene er at det foreligger samtykke fra den avbildede, jf. § 13 a nr. 1. Det andre hvis behovet for beskyttelse er varetatt ved anonymisering, jf. nr. 2. Er ikke den avbildede identifiserbar, gjør ikke beskyttelsesbehovet seg gjeldende. Graden av anonymisering avhenger av hvor sensitive de aktuelle opplysningene er og hvor sannsynlig det er at noen vil ta arbeidet med å finne ut av hvem de gjelder, samt hvor sterke legitime interesser det er for at de aktuelle forholdene blir kjent i denne form.[95] Det tredje er at ingen «berettiget interesse» tilsier hemmelighold, f.eks. fordi opplysningene er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder. En opplysning vil i utgangspunktet være «alminnelig kjent» eller iallfall «alminnelig tilgjengelig» om den legges ut i sosiale medier. Spørsmålet om unntaket likevel må tolkes innskrenkende i situasjoner bildet er delt ved en straffbar eller iallfall ulovlig handling, eller der deling utgjør et avtale- eller tillitsbrudd.

Unntakene gir anvisning på en til dels vanskelig avveining mellom motstående hensyn. Spørsmålet er hvilke karakter og hva styrken av de interessene er som tilsier at opplysningen skal kunne gis ut, på tross av taushetsplikten. Unntak fra taushetsplikten i nr. 3 vil være lite aktuelt hvis opplysningene etter sin art eller i den konkrete sammenhengen må anses sensitive og beskyttelsesverdige.[96] Svært mange av opplysningene som kan fremkomme på bilder tatt innenfor mandatets sektorer kan være av personlig art. Et moment i vurderingen vil være hvordan den avbildede selv oppfatter opplysningene som kommer ut. Terskelen for hva den enkelte vurderer som bilders sensitivitet kan være annerledes for en som har en aktiv blogg hvor hun på egenhånd publiserer mange personlige bilder, eller for en politiker. Samtykke utgjør et selvstendig delingsgrunnlag. Men kompetansen til å samtykke kan tillegges betydning, for eksempel i tilfeller hvor man er sterkt beruset eller svært syk. Samtykkekompetansen må ses i forhold til vedkommendes tilstand.[97] Samtidig vil personer som søker offentlighetens lys kanskje være vel så opptatt av *hvilke* bilder som deles. Også nærmiljøets og den generelt alminnelige oppfatning av opplysningenes sensitivitet kan spille inn på hva som anses som i en «berettiget interesse» å holde hemmelig.[98]

Dersom de aktuelle personlige forhold allerede er kommet ut i presse eller offentlighet, særlig dersom vedkommende selv har gjort kjent opplysningene, er det ikke lenger berettigede interesser som tilsier taushetspliktvern. Et tilfelle kunne være der en pasient har lagt ut en rekke bilder på sin blogg av seg selv på sykehus, og ev. videreformidlet opplysninger til pressen, der han kritiserer forhold ved fasiliteter og ansatte. I utgangspunktet er sykehuset forhindret av taushetspliktreglene til å røpe opplysninger som avslører pasientens personlige forhold. Pasientens offentliggjøring kan etter fvl. § 13 a nr. 3 anses å gi anvisning på begrensninger i taushetsplikten for disse opplysningene, i alle fall så langt gjaldt det konkrete forholdet. Personvern er ikke den eneste interessen som skal tas hensyn til i vurdering av taushetspliktens innhold. En annen «berettiget interesse» som kan tillegges vekt kan være hensynet til de ansatte ved en institusjon, hvor det for eksempel kan tenkes at en institusjon får svare på og korrigere kritikk i pressen.[99]

Øvrige unntak fra taushetsplikt finnes i fvl. §§ 13 b flg. Av hensyn til mandatets omfang, gjennomgås ikke disse nærmere her.[100]

1.3.3.3 Vern av personlig frihet og fred

1.3.3.3.1 Strl. § 263 (trusler)

Strl. § 263 gjør straffbart å i «ord eller handling true[] med straffbar atferd under slike omstendigheter at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt». Å true med å ta og/eller dele bilder, eventuelt ta bilder og true med å dele, omfattes av ordlyden i den grad slike handlinger kan være straffbare, så lenge omstendighetene faktisk tilsier at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt for at trusselen gjennomføres.

Et relevant tenkt eksempel kan være i skolegården, der en trussel om filming og offentliggjøring av en nedverdigende situasjon kan utgjøre et

[95] Bernt hevder at graden av anonymisering avhenger av hvor sensitive de aktuelle opplysningene er og hvor sannsynlig det er at noen vil ta arbeidet med å finne ut av hvem de gjelder, samt hvor sterke legitime interesser det er for at de aktuelle forholdene blir kjent i denne form (Bernt (2017), note 311 til fvl. § 13 a). Et tryggere utgangspunkt er antakeligvis at unntaket ikke får anvendelse dersom det er mulig å identifisere hvem personen er, uavhengig av informasjonens sensitivitetsgrad.

[96] Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) s. 27–28.

[97] Se over, pkt. 2.2.3.5, om samtykkekompetanse, med nærmere henvisning til Åpenhetsutvalgets utredning om samtykke.

[98] Bernt (2017) note 313 til fvl. § 13 a nr. 3.

[99] *Op.cit.* note 317, sml. høringsuttalelsen fra Fylkesmannen i Vestfold, gjengitt i Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) på s. 28.

[100] Adgangen til å dele bilder internt i et forvaltningsorgan eller med andre organer, jf. fvl. § 13 b, kan være aktuelle, men antas å falle utenfor mandatets kjerneområde.

brudd på åndsverkloven § 104, eller straffeloven § 267 og privatlivskrenking. Trusselen kan klart være både skremmende og plagsom adferd, og kan skape alvorlig frykt for den det gjelder. Trusselen må være om å gjøre noe straffbart, men det er ikke et krav til strafferamme for den straffbare handlingen det trues med. En trussel som for eksempel innebærer forulemping av en offentlig tjenestemann jf. stprl. § 156 annet ledd, omfattes selv om strafferammen der bare er bot.

Hva det er truet med, vil ha betydning for om trusselen antas «egnet til å fremkalle alvorlig frykt». Hvis medeleven ikke anser det som skremmende at videoen publiseres, rammes ikke forholdet av strl. § 263 (men selve publiseringen vil kunne rammes av åvl. § 79). Samtidig er det ikke et krav at fornærmede faktisk har følt seg truet, det avgjørende er om trusselen objektivt sett er egnet til å fremkalle alvorlig frykt for at det straffbare vil gjennomføres.[101] Dersom medeleven stadig truer med å publisere bilder, uten at det noen gang har blitt gjennomført, er ikke truslene nødvendigvis reelt sett egnede til å fremkalle alvorlig frykt.[102]

Trusselen kan også være fremsatt overfor en annen enn den handlingen skal gå ut over.[103] Det bærende element i det straffbare er frykten for at trusselen iverksettes, uavhengig av hvem den skjer overfor.

Det behøver ikke være truet med en *konkret* straffbar handling. Hvis filmingen eller publiseringen gjøres på en slik måte at det som sådan er egnet til å fremkalle alvorlig frykt hos avbildede for at han eller hun vil bli utsatt for en forbrytelse, er det nok for straffbarhet.[104]

En kunne videre tenke seg eksempelet der pårørende eller pasient insisterer på å filme en operasjon, og truer med å offentliggjøre filmen dersom operasjonen går galt. Igjen fordrer straffbarhet etter § 263 at trusselen er om en straffbar handling, dvs. at offentliggjøringen ville være straffbar. I realiteten ville vel sykehuset i så fall bare kunne nekte å gjennomføre operasjonen. En eventuell publisering ville kunne rammes av åvl. § 104, og trusselen prinsipielt sett være omfattet av § 263.

Grove trusler straffes etter § 264. Det skal etter bestemmelsen gjøres en helhetsvurdering for å avgjøre om truslene er grove. Motivasjon for truslene er et av momentene, derunder om de er rasistisk motivert. Trusler i form av billedtagning – og deling med slike motiver kan straffes med opptil tre års fengsel.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21. Skylden må omfatte både fremsettelsen av trusselen, og at trusselen (mest sannsynlig) er egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Gjennomføringshensikt er ikke nødvendig for straffbarhet.[105] Det kreves ikke at gjerningspersonens forsett omfatter at atferden det trues med er straffbar. Uvitenhet straffes dersom gjerningspersonen burde ha kjent til straffbarheten, jf. strl. § 26 om rettsuvitenhet.

Forsøk er straffbart, jf. strl. § 16. Trusselen er fullbyrdet straks den er fremsatt *og* oppfattet av adressaten.[106] Straffbart forsøk kan altså tenkes der gjerningspersonen tar et bilde, men det er bare en utenforstående, ikke fornærmede selv, som oppfatter publiseringstrusselen som ble fremsatt. Medvirkning er straffbart, jf. § 15.

1.3.3.3.2 Strl. § 265 Særskilt vern for enkelte yrkesgrupper

Straffeloven § 265 gir spesielt utsatte grupper et særskilt vern blant annet mot trusler, forulemping og hindring av yrkesutøving.[107] Hovedforskjellen mellom den generelle straffebestemmelsen for trusler, § 263, og § 265, er at førstnevnte verner individets alminnelige frihet, mens sistnevnte ivaretar samfunnets interesse i at sårbare yrkesgrupper som utfører viktige samfunnsoppgaver får et særskilt vern.[108] Bestemmelsen rammer «den som ved trusler søker å påvirke yrkesutøvelsen til en person fra en særlig utsatt yrkesgruppe». Strl. § 265 bygger på strl. §§ 155 og 156, men har et videre nedslagsområde. Den straffbare adferden i § 265 er hovedsakelig lik som i §§ 155 og 156, og jeg viser til behandlingen av disse over (pkt. 1.3.3.1).[109] Det for betenkningen mest sentrale er å vurdere hvilke av mandatets yrkesutøvere som

[101] Jf. f.eks. Rt. 1981 s. 970.

[102] Se f.eks. sml. Rt. 1974 s. 205 (falsk bombetrussel mot Fornebu).

[103] Jf. Rt. 1984 s. 1197 og HR-2017-568-A.

[104] Se f.eks. Rt. 1996 s. 226.

[105] Også dolus eventualis, det er ikke et krav om hensiktsforsett, jf. Rt. 2015 s. 624.

[106] Matningsdal (2018) note 4 til § 263.

[107] Bestemmelsen bygger på strl. (1902) § 155, men har et videre nedslagsområde, blant annet i forhold til at skillet offentlig og privat tjenesteyting ikke er relevant lenger.

[108] *Loc.cit.*

[109] En forskjell er at den som bistår yrkesutøvere i § 265 ikke er vernet, i motsetning til slikt vern i § 155. Forulemping av yrkesutøver i § 265 siste ledd må også skje «under» yrkesutøvelsen, i motsetning til «på grunn av» i § 156.

vernes av bestemmelsen. I motsetning til nevnte bestemmelser er det ikke avgjørende om den aktuelle institusjonen er offentlig eller privat, eller om han utøver offentlig myndighet. Det avgjørende er om vedkommende

> «utfører viktige samfunnsoppgaver som medfører en bred kontaktflate mot en ubestemt krets av personer. Det sentrale er om gruppen [av yrkesutøvere], under sin utføring av arbeid som samfunnet har et påtrengende behov for, ikke kan reservere seg mot kontakt med enkeltpersoner. Slike grupper kan vanskelig verge seg mot at det vil kunne oppstå ubehagelige situasjoner under utføringen av arbeidsoppgavene, samtidig som samfunnet har en klar interesse i å sørge for at det gripes inn mot hindringer av disse.»[110]

I § 265 annet ledd bokstav a omfattes personer fra yrkesgruppen «helsepersonell som yter medisinsk begrunnet helsehjelp». «Helsepersonell» defineres etter helsepersonelloven § 3, dog med den avgrensning at helsehjelpen må være «medisinsk begrunnet».[111] Blant annet leger, sykepleiere, hjelpepleiere, omsorgsarbeidere[112], barnevernspedagoger og sosionomer er helsepersonell etter § 3 første ledd nr. 1 og 2.[113] Sistnevnte to grupper anses som helsepersonell når de utfører helsehjelp, som etter § 3 tredje ledd defineres som «enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og omsorgsformål». Straffeloven § 265 stiller altså også kravet til at helsepersonell for å bli omfattet må «yte medisinsk begrunnet helsehjelp».[114]

Etter § 265 annet ledd bokstav c omfattes videre «personer som har ansvar for opplæring i grunnskole eller videregående skole».[115] Ordlyden ekskluderer andre ansatte ved en skole enn undervisningspersonell. Departementet argumenterer for at behovet for vern antas å være størst hos dem som har ansvar for obligatorisk skolegang, altså grunn- og videregående skole.[116] Barnehageansatte faller således etter ordlyden utenfor dem straffebestemmelsen verner.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21. Forsøk på overtredelse av § 265 første ledd (trusler som søker å påvirke) er straffbart. Forsøk på overtredelse av tredje og fjerde ledd (hindre yrkesutøvelse, og forulempe tjenesteutøver) er ikke straffbart, idet strafferammen ikke er ett år eller mer, jf. strl. §16. Medvirkning er straffbart, jf. § 15.

1.3.3.3.3 Strl. § 266 (hensynsløs adferd)

Straffeloven § 266 er særlig relevant i forhold til straffbarhet for billedtagning- og deling. Bestemmelsen lyder:

> «Den som ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd forfølger en person eller på annen måte krenker en annens fred, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år».

Å «krenke en annens fred» innebærer å krenke en annens psykiske integritet.[117] Både fotografering og billeddeling er ytringer som kan utgjøre fredskrenkende adferd.[118] For vår sammenheng kan særlig to typetilfeller tenkes: 1) den hensynsløse f.eks. plagsomme adferden er å ta et bilde, og selve fotograferingen eller delingen oppleves som fredskrenkende, eller 2) den hensynsløse og plagsomme adferden er å ta eller dele et bilde, og fredskrenkelsen ligger i en trussel om eller bare i potensialet for at bildet spres til et uoverskuelig antall mennesker. Forfølgelsesalternativet anses mindre relevant for sammenhengen, og behandles mer i tilknytning til § 266a.

---

[110] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 146.

[111] *Op.cit.* s. 424.

[112] Omsorgsarbeider forstås som en yrkesrolle der arbeidsoppgavene «omfatter å hjelpe personer med psykisk, fysisk eller sosial funksjonssvikt til å bli mest mulig selvhjulpne. Omsorgsarbeidere skal gi slik praktisk bistand og pleie som er nødvendig for at daglige behov hos personer med ulike funksjonshemminger, nedsatt helsetilstand eller andre problemer eller vanskeligheter, skal kunne ivaretas. Aktuelle arbeidsteder er hjemmebaserte tjenester og institusjoner innen helse- og sosialsektoren. Faget gir kunnskap om forebyggende virksomhet, blant annet innenfor forebygging av feilernæring og rusmiddelbruk.» (Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 137–138).

[113] Se Ot.prp. nr. 13 (1998–1999 s. 140–141.

[114] Dette er definert i forarbeidene slik: «Uttrykket må forstås slik at det må foreligge medisinske indikasjoner på behov for helsehjelp. Grensedragningen kan illustreres ved forskjellen mellom kirurgi som det er nødvendig å utføre av hensyn til pasientens helsetilstand, og kirurgi som utelukkende er begrunnet i kosmetiske hensyn.» (Ot.prp. nr. 22 (2008–2009), s. 436, merknad til § 286).

[115] Jf. opplæringsloven (17. juli 1998 nr. 61) og friskolelova (4. juli 2003 nr. 84).

[116] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 147.

[117] Jf. Ot.prp. nr.41 (1954) s. 23. Rt. 2007 s. 687, avsnitt 57.

[118] Se Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 148, og f.eks. LA-2018-12214 (rettskraftig etter anke nektet fremmet for Høyesterett).

Den fredskrenkende adferden må oppfattes av fornærmede, og det må være gjerningspersonens intensjon. I Høyesteretts avgjørelse HR-2017-1245-A hadde en 16 år gammel gutt tatt bilder med seksuelt krenkende innhold av fornærmede uten hennes samtykke, og sendt bildene til to kamerater. Bildene ble senere videresendt i ungdomsmiljøet. I følge Høyesterett var ikke krenkelsen foretatt «overfor» henne, selv om hun ble *rammet* av krenkelsen ved spredningen. Ordlyden i § 266 fordrer «en mer direkte tilknytning mellom adferdshandlingen og den som rammes av den» (avsnitt 17), altså at fornærmede direkte eller indirekte er adressat for oversendelsen av bildet.

Å «krenke» innebærer et rettsstridsvilkår. Det er først en krenkelse dersom en etter en «totalvurdering av formidlinga i lys av kontekst og situasjon, der omsynet til personvernet samtidig blir avvege mot ytringsfridommen» finner at innvirkningen på en annens fred er rettsstridig.[119] Terskelen for «skremmende» ligger ved forskjellige former for sjokkerende opptreden[120], avgrenset oppad mot strl. §§ 263 og 264 (trusler og grove trusler). For øvrig beror innholdet i «skremmende eller plagsom opptreden» på en konkret avveining. For å være straffbar må i tillegg både skremmende og øvrig plagsom opptreden eller hensynsløs adferd være «hensynsløs», som er en mer objektiv karakteristikk. At en handling er hensynsløs forutsetter som oftest at adferden er klart moralsk forkastelig, og den rammes bare om «den går markert ut over slike ubehageligheter som alminnelig menneskelig samkvem regelmessig kan føre med seg«[121]. Men også en slik vurdering må være konkret, sett hen til omstendigheter som tid, sted og fornærmedes individuelle forhold. I det følgende behandles de ulike faktorene som avgjør om nevnte adferd kan straffes.

Forhold ved fornærmede

Hva som oppleves som skremmende, plagsomt, og i og for seg som forfølgning, kan for den enkelte være svært ulikt. Forhold ved fornærmede, for eksempel om vedkommende er særlig sårbar, gammel eller svakelig, kan være avgjørende for om en fredskrenkende handling er mer rettsstridig overfor ham enn for mer robuste personer.[122] Fornærmedes forhold kan også virke i motsatt retning: Dersom fornærmede selv har opptrådt på for eksempel en provoserende måte, kan dette gjøre den at den i utgangspunktet plagsomme handlingen anses mindre plagsom, eller hensynsløs.[123] Om fornærmede for eksempel først hadde lagt ut en rekke krenkende bilder i sosiale medier, vil gjerningspersonens «oppfølging» med samme mynt (retorsjon) være et forhold ved fornærmede som gjør at oppfølgingen ikke kan straffes.

Andre forhold ved fornærmede kan også tilsi at adferd ikke kan anses fredskrenkende. Enkelte stillinger kan for eksempel innebære forventninger om å tåle mer søkelys og kritikk.[124] Selv om formålet med adferden kan være aktverdig, som å ønske for eksempel kvalitetsbedring av barnevernet og dets arbeidsmetoder, eller i tilfeller der ansatte ved institusjoner kan ha gjort feil i sine fremgangsmåter, vil dette som hovedregel ikke legitimere hensynsløse fredskrenkelser. I LA-2018-1224[125] påpeker lagmannsretten at selv om barnevernsansatte i visse situasjoner må tåle «spontane følelsesutbrudd», utgjør omfattende integritetskrenkelser hensynsløs krenkelse som er straffbare.

Objektet for fredskrenkelsen må være et eller flere fysiske mennesker. Et sykehus, skole eller en barnevernsinstitusjon *som sådan* kan ikke være fornærmet etter strl. § 266.[126]

Forhold knyttet til adferden

Omstendighetene som når og hvor handlingen ble begått, og om den hadde et aktverdig formål, kan vektlegges i vurderingen av adferdens rettsstridighet.[127] Etter en analogi fra høyesterettspraksis kan antakeligvis gjentatt og vedvarende fotografering, uavhengig av etterfølgende deling, for eksempel ved en skole, rundt en barnehage

[119] Rt. 2007 s. 687 (Big Brother).

[120] Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 24 første spalte.

[121] Rt. 2014 s. 669, avsnitt 17. Et annet eksempel er i LA-2010-147491, hvor fire tekstmeldinger over én ettermiddag ble ansett som skremmende og plagsomme, men ikke som hensynsløs adferd.

[122] Se Innst. O. III (1955) s. 8.

[123] Sml. Rt. 2014 s. 669, avsnitt 18.

[124] Rt. 2010 s. 845, avsnitt 16 og 17. Høyesterett er imidlertid klare på at også dem i utsatte stillinger «har behov for vern mot plagsom opptreden som krenker deres fred.»

[125] I LA-2018-12214 ble en barnevernsleder utsatt for grov nettmobbing ved publisering av bilder av vedkommende, sammen med krenkende innlegg med blant annet påstander om tjenesteforsømmelser og straffbare handlinger, på gjerningspersonens åpne Facebook-side. Rettskraftig etter at anken ble avvist av Høyesterett (HR-2018-1487-U).

[126] Rt. 1979 s. 1606 (s. 1615) antas det at en juridisk person ikke var vernet etter straffeloven 1902 § 246 om krenkelse av æresfølelsen. I følge Matningsdal bør § 266 tolkes på samme måten (2018, til § 266).

[127] Rt. 2014 s. 669, avsnitt 18.

eller på et sykehus utgjøre plagsom og hensynsløs adferd.[128] Bilder som er av nedverdigende, krenkende eller avslørende karakter kan i fotografe-rings- eller delingssammenheng være hensynsløse å ta eller dele. På grunn av spredningsfaren vil det å direkte eller indirekte bidra til deling eller spredning av privatlivskrenkende bilder via elektronisk kommunikasjon som regel utgjøre hensynsløs adferd.[129] Deling av alle slags bilder uten samtykke er som nevnt over straffbart etter åndsverkloven § 79 jf. § 104, men utelukkende der delingen er «offentlig», dvs. til minst 20–30 personer. Der hensynsløs billeddeling krenker en persons fred, jf. strl. § 266, spiller det ingen rolle om det bare er delt med én annen – så lenge deleren delte og samtidig anså det det for mulig at bildet kunne bli spredt videre, og at handlingene kunne krenke den avbildedes privatliv eller fred, men likevel ønsket å gjennomføre delingen (dolus eventualis-forsett). (Offentlig krenkelse av privatlivets fred rammes av strl. § 267, se nedenfor.)

Ulike former for fotografering kan i mange ulike tilfeller være svært belastende for en person, særlig hvis man frykter at bildet skal bli spredd til flere.[130] Etter strl. (1902) § 390a kunne fotografering utgjøre fredskrenkende adferd selv om bildet ikke ble offentliggjort, så lenge den avbildede var kjent med fotograferingen.[131] Dette er fortsatt gjeldende rett. Er den avbildede ukjent med fotograferingen, kommer ikke strl. § 266 til anvendelse. Hverken snikfotografering eller billedtagning av for eksempel en som ligger bevisstløs på et sykehus, omfattes, dersom bildene ikke deles eller publiseres.[132]

Deling av bilder eller film av intim karakter, særlig med seksuelt innhold, vil som hovedregel komme over en objektiv terskel for hva som er hensynsløs, fredskrenkende adferd. Det er flere nyere dommer fra lavereinstansers rettspraksis vedrørende fredskrenkelse og fotografering og deling av mindreårige som gjennomfører seksuelle handlinger eller samleie. Rettspraksis viser at film anses mer krenkende enn bilder, og dermed får strengere straff. Grad av gjenkjennelighet av de(n) avbildede, og varigheten av den intenderte tilgjengeligheten, samt hvor mange materialet opprinnelig er spredt til, spiller også inn. At slik spredning etter sigende er blitt vanligere, er ikke formildende.[133] Også bilder som ligger ute i sosiale medier i kort tid (15 minutter), rammes.[134]

I et nylig eksempel fra Høyesterett ble en mann dømt for fredskrenkelse ved å ha utgitt seg for sin ektefelle på ulike nettsteder, delt både nøytrale og mer intime bilder av henne, og under dekke av hennes nettidentitet chattet om hvordan hun har begått grove overgrep og seksualiserte handlinger mot egne barn.[135] Totalt ble dette ansett som en graverende integritetskrenkelse, ikke minst sett hen til at bildene og tekstene fortsetter å finnes på Internett. Tilfellet er til dels ekstremt, men det er et tydelig eksempel på at tilgjengeligheten av billedmateriale delt på Internett er et sentralt element ved vurderingen av integritetskrenkelser.

Ikke bare seksuelt relaterte bilder og deling av slike vil kunne være hensynsløs fredskrenking. En tenkt eksempel er der man må dele rom med andre under et sykehusopphold. En pasient, eller for eksempel en kvinne som ligger på barselavdeling etter fødsel, må anses å være i en relativt sårbar situasjon. Filming og fotografering i det delte rommet av romkameratens familie kan åpenbart oppleves fredskrenkende. For at dette også skal være hensynsløs adferd, må det mer til, for eksempel at fotografen tar bilder av fornærmede på tross av gjentatte protester. Publisering er ikke avgjørende, her er det fotograferingen som sådan som er krenkende og hensynsløs.

Strl. § 266 viderefører som nevnt i all hovedsak strl. (1902) § 390 a[136], som i sin tid ble utformet for å gi en generell bestemmelse til vern mot

[128] Strl. (1902) § 390a kom til bl.a. på grunn av forholdene i Rt. 1954 s. 989, som gjaldt gjentatte og vedvarende telefonoppringninger hvor vedkommende konsekvent la på. Høyesterett fant at dette var forkastelige handlinger, som også hadde en sjikanerende hensikt. At noen uønsket og over tid fotograferer til sjenanse for ansatte og brukere mv., bør kunne falle innenfor samme vurdering.

[129] Se Høringsnotat 18/3556 pkt. 4.2.2. Også manipulert materiale kan være hensynsløst å spre.

[130] Holmboe (2019) s. 10–11. Slik fotografering kan også anses som ledd i alvorlig personforfølgelse, jf. strl. § 266a (se nedenfor).

[131] Mæland (1998), kapittel 39 (s. 206–235).

[132] Mæland (1985) s. 223, se også Holmboe (2019) s. 11. Se også sistnevnte for behandling av øvrig nordisk rett, som i større grad kriminaliserer fotografering innenfor bestemte områder. Merk at § 266 foreslås endret på dette punkt, se nedenfor pkt. 1.3.4.

[133] TSAFO-2017-33010 (16 år gammel jente domfelt for overtredelse av strl. §§ 266 og 311 for å uten deres kjennskap ha filmet to personer som utførte seksuelle handlinger, og delte deretter ha delt filmen på MyStory og Snapchat). Tilsvarende domfellelse av da 17 år gammel jente i TSAFO-2018-69958.

[134] TAHER-2016-136649 (17 år gammel (på gjerningstidspunktet) gutt domfelt for overtredelse av § 266 for å ha tatt og delt et bilde av to som hadde samleie på en fest. Bildet ble lagt ut på MyStory, men slettet etter 15 minutter. Bildet var allerede sett og delt av mange. Personene var identifiserbare. Han ble frifunnet for overtredelse av § 311 pga. uvisshet om fornærmedes alder.

[135] HR-2018-2315-A.

krenkelser av nettopp psykisk art.[137] Et bilde er en meddelelse, og «[m]eddelelser til andre om en person» kan utgjøre en krenkelse av privatlivets fred (se nedenfor om § 267).[138] Tidligere ville det å meddele ærekrenkede bilder til andre være straffbart, men etter gjeldende rett er ærekrenkelser generelt kun straffbart i den grad de utgjør hensynsløs adferd.[139] Ærekrenkelse kan volde psykisk fredsforstyrrelse. I Rt. 1989 s. 257 var faktum at 16 soldater hadde omkommet under en militærøvelse. Kompanisjefen var i den sammenheng avbildet på førstesiden til en avis. Høyesterett anså dette, etter sammenhengen, som en ærekrenkelse, men ikke som hensynsløs adferd *i tillegg*, nettopp fordi forholdet var i kjerneområdet for straffbar ærekrenkelse. Når ærekrenkelse ikke lenger har en egen straffebestemmelse, vil et slik tilfelle kunne omfattes av § 266 i den grad det oppfyller bestemmelsens vilkår forøvrig. Bestemmelsen får etter Straffelovrådets mening først og fremst anvendelse «når andre bestemmelser ikke gir beskyttelse»[140]. Dersom § 267 ikke treffer, fordi den fredsforstyrrende ærekrenkende adferden ikke skjer offentlig, må § 266 komme til anvendelse. Personbilder av en sykepleier, lege, lærer eller andre, sammen med ærekrenkende uttalelser, som er delt med en mindre gruppe mennesker, kan dermed falle innenfor – selv om ikke bildene i seg selv er av en krenkende karakter.

Slike tilfeller kan omfatte hensynsløs billeddeling hvor bildene bidro til å redusere fornærmedes omdømme uten at det var noen aktverdig grunn til det.[141]

Fysiske krenkelser kan også utgjøre hensynsløs adferd, men vil gjerne rammes av andre straffebud.[142]

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Kun forsettlige overtredelser er straffbare, jf. strl. § 21. Forsettet må omfatte selve den hensynsløse adferden, i vårt tilfelle å ta bilde, filme eller dele, og at den fornærmede – avbildede – skal oppfatte krenkelsen.[143]

For vår sak er en relevant problemstilling når straffebudet rammer tilfeller der bilde/film er delt på en slik måte at de ikke er publisert til mange (jf. åndsverkloven), er krenkende overfor den avbildede, men det er ikke delerens hensikt at avbildede skal få vite om delingen. En generell risiko for at film og bilder delt ved elektronisk kommunikasjon kan bli delt videre, er ikke tilstrekkelig for å konstatere forsettlig overtredelse av strl. § 266. Det innebærer i høyden uaktsomhet, og det er ikke straffbart etter bestemmelsen. Men dersom gjerningspersonen anser det som sikkert eller mest sannsynlig at fornærmede vil få slik kjennskap, for eksempel fordi delingen skjer på en Facebook-vegg, foreligger tilstrekkelig forsett.

Forsøk er straffbart, jf. strl. § 16. Objektivt sett fredskrenkende adferd som ikke blir oppfattet slik av fornærmede, kan tenkes å utgjøre et straffbart forsøk.

Medvirkning er straffbart, jf. strl. § 15. Den som for eksempel tar et bilde, som en annen deler i sosiale media, kan etter omstendighetene dømmes for medvirkning dersom hun anså det som sikkert eller mest sannsynlig at bildet hun tok ville bli delt videre, og at slik deling ville oppleves som fredskrenkende.

Jeg kommer nedenfor i pkt. 3.4 tilbake til forslag om lovendring for straffverdig befatning med bilder som er eget til å krenke privatlivets fred.

1.3.3.3.4 Strl. § 266a (alvorlig personforfølgelse)

Etter strl. § 266 a kan den som «gjentatte ganger truer, følger etter, iakttar, kontakter eller gjennom andre sammenlignbare handlinger forfølger en annen på en måte som er egnet til å fremkalle frykt eller engstelse.» Fellestrekk ved aktuelle straffbare handlinger etter bestemmelsen er «at de innebærer gjentatt oppmerksomhet rettet mot en person som ikke ønsker denne oppmerksomheten».[144] I motsetning til i § 265, inneholder

---

[136] Alternativet rammer samme straffbare forhold som personforfølgelsesalternativet i strl. § 266 a (Prop. 42 L (2015–2016) kap. 8.2 s. 24).

[137] Jf. Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23.

[138] Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 24.

[139] Ærekrenkelse er fortsatt forbudt, med hjemmel i skadeserstatningsloven § 3-6a, men kan kun medføre en sivilrettslig reaksjon i form av erstatning, ikke straff. Rettsstridsterskelen er den samme for strafferettslige og sivilrettslige sanksjoner.

[140] Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23.

[141] Se om vurderingen av hva som ligger i ærekrenkelse i Rt. 2001 s. 428. Ærekrenkelser som sådan vil i mindre grad enn tidligere rammes etter at EMD har bidratt til at vektlegging av ytringsfriheten veier tyngre enn æresfølelse. Se om dette med mer i Borvik (2012).

[142] Og i slike tilfeller vil straffebudet som rammer det fysiske hovedsakelig konsumere fredskrenkelsen (Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23).

[143] Så også LF-2018-90148, hvor påtalemyndigheten forgjeves hevdet at personforfølgelsesalternativet i § 266 ikke krevde at fornærmede oppfattet krenkelsen. Dommer er imidlertid ikke rettskraftig, i det Høyesterett har tillatt anke over lovanvendelsen (HR-2018-2282-U).

[144] Prop. 42 L (2015–2016) pkt. 3.1, s. 9.

§ 266 a ikke et eksplisitt krav om at personforfølgelsen er hensynsløs. Det er krav om at adferden er «gjentatt», og at den er «egnet til å fremkalle frykt eller engstelse». Egnethetsvilkåret må vurderes på lik måte som i § 263 om trusler (se over); en objektiv helhetsvurdering må legges til grunn. Gjerningspersonens intensjon er ikke avgjørende.

Bestemmelsen kom til som en utvidelse av nedslagsfeltet for strl. § 266 til å i større grad omfatte «stalking», oversatt til alvorlig personforfølgelse. Bestemmelsen skal ramme de samme typene straffbar adferd vedrørende personforfølgelsesalternativet i § 266, men skjerper straffen for kvalifiserte eller grove tilfeller der fredsforstyrrelsen er alvorlig. I § 266 a skal straffansvar for det som er «det typiske trekket ved personforfølgelse reflekteres, nemlig at en eller flere typer handlinger som i seg selv kan være mindre alvorlige, gjentas systematisk og over noe tid og dermed innebærer en alvorlig krenkelse av den som rammes» (mine understrekinger).[145] Begrepet «andre sammenlignbare handlinger» må forstås slik at det skal favne at all uønsket adferd som utgjør «grovere tilfeller av gjentatt uønsket påtrengende atferd og kommunikasjon», i tråd med lovgivers formål med bestemmelsen.[146]

Det er ikke et vilkår at personforfølgelsen skjer direkte overfor fornærmede. Også f.eks. billedmeldinger til hans familie eller kolleger av fornærmede kan oppfattes som plagsom og skremmende forfølgelse.[147]

Hvorvidt «en annen» også kan innebære at gjentatte enkeltstående krenkelser fra samme gjerningsperson, men mot forskjellige fornærmede, har nylig vært vurdert i Frostating lagmannsrett. I dommen ble tiltalte domfelt for overtredelser av § 266 a mot enkelte av de fornærmede. Mannen hadde gjentatte ganger (minst to) kikket inn vinduet til hver av dem, og til dels fotografert dem gjennom vinduer, samt postkasseskilt som identifiserte kvinnene. Ingen av dem var klar over personforfølgelsen før politiet gjorde dem klar over det, men lagmannsretten legger til grunn at adferden åpenbart «har vært egnet til å fremkalle frykt eller engstelse». Dommen er ikke rettskraftig, idet Høyesterett har sluppet inn anken så langt gjelder lovanvendelsen. Det kan altså tenkes at lagmannsrettens vurdering av § 266 kan endres.[148]

Et tenkt relevant eksempel er en gjerningsperson som over lengre tid står utenfor en barnehage og tar bilder av barna og ansatte, uten å fjerne seg når anmodet om det. Selve iakttagelsen kan være tilstrekkelig straffbar adferd, mens fotografering/filming kan være egnet til å fremkalle ytterligere engstelse.

Skyldkravet er forsett, jf. § 21. Medvirkning og forsøk er straffbart, jf. §§ 15 og 16.

1.3.3.3.5 Strl. § 267 (krenkelse av privatlivets fred)

Straffeloven § 267 rammer offentlig krenkelse av privatlivets fred.[149] Første ledd gjør det straffbart å «gjennom offentlig meddelelse krenke privatlivets fred». «Meddelelse» omfatter blant annet bilder, film og lydopptak. Fordi det er *meddelelsen* som er straffbar, rammes ikke selve billedtagningen av § 267. Slik billedtagning kan rammes av strl. § 266 om hensynsløs adferd, som heller ikke har offentlighet som et straffbarhetsvilkår.

«Offentlig» meddelelse innebærer at ytringen enten er foretatt i nærvær av et større antall personer, når den lett kan iakttas og er iakttatt fra et offentlig sted, eller der den er fremsatt på en måte som er egnet til å nå et større antall personer.[150] I forhold til sistnevnte alternativ understrekes at f.eks. bildet ikke behøver å ha nådd 20–30 personer, men at måten eller stedet det er delt på, gjør at det *kan* nå så mange.[151] Det vises for øvrig til ovenstående pkt. 1.1.1 Definisjoner.

Meddelelser som krenker «privatlivets fred» i vår sammenheng vil innebære bilder, film eller lydopptak som røper opplysninger om forhold vedrørende privatlivet. Hva som ligger i *privatlivets fred* beror på en vurdering av flere ulike momenter. Det inkluderer personlige forhold som har en viss grad av sensitivitet, derunder for eksempel relasjoner, helseopplysninger, graviditet, befatning med narkotika, seksuelle forhold og personlige opplysninger om ens barn. Også en persons holdninger eller bakgrunn, f.eks. politiske oppfatninger eller øvrige oppfatninger om kontroversielle spørsmål kan etter omstendighetene omfattes.[152] Det er ikke et vilkår for straffbarhet at opplysningene som er formidlet er sanne. Dersom for eksempel gjerningspersonen i sosiale

[145] Prop. 42 L (2015–2016) pkt. 3.7.1.

[146] Se LE-2018-69996.

[147] LE-2018-69996.

[148] LF-2018-90148, se silingsavgjørelse i HR-2018-2282-U.

[149] For omfattende og grundig behandling av bestemmelsen vises til Hovlid (2015).

[150] Se bl.a. Rt. 2012 s. 1211.

[151] I høringsnotatet om lovendring understrekes at ytringen er egnet til å nå flere dersom flere enn 20–30 enten har eller *kan få* tilgang til f.eks. en lukket gruppe på sosiale medier (Hovlid 2015 pkt. 2.2). Se også Prop. 53 L (2012–2013) pkt. 3.6 s. 6, annen spalte.

medier legger ut et bilde av en kvinne med tilhørende tekst om graviditet, uavhengig av om dette medfører riktighet, er dette en meddelelse som kan rammes av § 267.[153]

Budskapets utforming kan ha betydning for om opplysningene skal anses sensitive. I tillegg er det relevant hvor sensitiv informasjonen som røpes.[154] Personbilder er som sådan i utgangspunktet ansett som en særlig sensitiv del av personvernet, men hva bildene fremstiller har naturlig nok påvirkning på hvor krenkende publisering vil være.[155]

Vernet om privatlivets fred er ikke absolutt, og må, som før nevnt, avveies mot vernet om retten til ytringsfrihet.[156] Momentene i helhetsvurderingen som skal foretas er utpenslet i rettspraksis fra Høyesterett og EMD.

Med «*krenke*» forstås rettsstridig adferd som etter en konkret og objektiv vurdering har karakter av inngrep i privatlivets fred.[157] Dersom meddelelsen har skjedd på grunn av nødverge eller nødrett, er den ikke rettsstridig. Også positive eller nøytrale opplysninger om personlige forhold omfattes, selv om meddelelser som oppfattes som negative av den omtalte kan få betydning for rettsstridsvurderingen.[158] For øvrig skal det legges til grunn en objektiv vurdering av den lavere terskelen for hva som er krenkende. Det følger av rettspraksis at dersom meddelelsen «etter en alminnelig vurdering ikke har hatt karakter av et utilbørlig inngrep i privatlivets fred», er den ikke rettsstridig.[159] Samtidig ligger det i ordlyden at krenkelsen faktisk må ha krenket vedkommendes fred. Selv om en alminnelig vurdering tilsier at et tilfelle av billeddeling utgjør et inngrep, er ikke delingen straffbar etter § 267 dersom fornærmede *ikke* oppfatter det slik. Den personlige opplevelsen er altså ikke alene tilstrekkelig, men i alle tilfelle nødvendig, for straffbarhet. Samtykke kan utelukke rettsstrid. Men omfanget av fornærmedes samtykke kan være vanskelig å vurdere, særlig dersom man har samtykket til noe bruk av billedmateriale, men ikke har ment at materialet skal brukes i den grad for eksempel en avis etterpå gjør.[160] Det er også en rekke andre momenter som kan tilsi at billeddelingen ikke kan karakteriseres som rettsstridig. Som nevnt over i pkt. 1.3.2, er avveiningen mellom den enes ytringsfrihet og den andres privatliv, langt på vei den samme for åndsverkloven § 104 og straffeloven § 267. Jeg viste over at avveiningen mellom de to rettighetene baseres på en helhetsvurdering, der de mest relevante avveiningskriteriene er i) ytringens allmenne interesse, ii) den omtaltes status/egne rolle og temaet for omtalen, iii) den omtaltes egne forhold/tidligere opptreden, iv) hvordan opplysningene er skaffe til veie og verifisert, og v) innhold, form og konsekvenser av publiseringen.

Vurderingen av ytringens allmenne interesse kan kort oppsummeres slik: Dagliglivets bilder av venner, bekjente og andre vedrørende private forhold, har sjelden allmenn interesse. For øvrig kan bilder som formilder informasjon om privatlivet ha allmenn interesse på mange grunnlag. For å unngå dobbeltbehandling, viser jeg til behandlingen over av de av kriteriene (særlig i og ii nevnt i forrige avsnitt) som har en tydelig slagside til unntaket for «aktuell og allmenn interesse» fra samtykke for publisering av personbilder i åvl. § 104 første ledd bokstav a. Terskelen for hva som utgjør allmenn interesse for bilder som viser *kjente personer*, er nokså lav.[161]

Ad ii) <u>den omtaltes status/egne rolle og temaet for omtalen</u>: Som nevnt overfor i pkt. 1.3.2 kan en person ha trådt inn i offentlighetens lys også som privatperson, for eksempel som deltaker i et TV-program, eller fordi hun har opptrådt på en måte som er egnet til å pådra seg offentlig oppmerksomhet på et offentlig sted. Dersom offentlig

[152] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 150; 425. Personlige forhold kan også omfatte kjennetegn på legeme slik som tatoveringer, arr, en funksjonshemning, detaljer om en kvinnes maskuline trekk osv. (Matningsdal 2018 § 267).

[153] Jf. Rt. 2007 s. 687 avsnittene 80–81. Se Hovlid (2015) s. 140 flg. for nærmere behandling av relevante EMD-dommer om temaet, samt diskusjonen i juridisk litteratur.

[154] Matningsdal (2018), § 267.

[155] Wessel Aas og Ødegaard (2018) s. 60.

[156] Avveiningen er mellom privatlivsvernet etter Grl. § 102, EMK art. 8 og SP art. 17, og ytringsfrihetsvernet etter Grl. § 100, EMK art. 10 og SP art. 19. Det går utover betenkningens grenser å gå grundig inn i avveiningen her. Se f.eks. Hovlid (2016) pkt. 3 s. 142, og Bekkedal (2015).

[157] Rt. 2007 s. 687, avsnitt 57.

[158] Strømme (2016) s. 352.

[159] Jf. Rt. 1960 s. 1147, gjentatt i Rt. 2010 s. 258, avsnitt 58.

[160] Se f.eks. Rt. 2007 s. 687 (Big Brother). I dommen var det ingen tvil om at opplysninger som opplysninger om «hete stevnemøter» var private. Høyesterett understrekte at selv om personer som søker offentlighetens lys må tåle at også deres personlige forhold i større grad blir offentlig omtalt. Omtale av personlige forhold var må imidlertid ikke tåles i uoverskuelig fremtid. I det konkrete tilfelle var to år etter at de aktuelle TV-sendingene var over, for lang tid til at allmennhetens interesse veide tyngre enn kjendisenes rett til privatliv. Sammenholdt med *von Hannover v. Germany*: «ein totalvurdering av formidlinga i lys av kontekst og situasjon, der omsynet til personvernet samtidig blir avvege mot ytringsfridommen» (avsnitt 57). Jeg avgrenser som nevnt mot behandling av samtykkevilkåret, idet Åpenhetsutvalget gjør en omfattende vurdering av dette.

[161] Se *Couderc og Hachette Filipacchi Associés mot Frankrike* avsnitt 58, og f.eks. Hovlid (2014 s. 645; 2015 s. 267), Bekkedal (2014 s. 327 flg.).

omtale, med tilhørende billedbruk, er en forutsigbar konsekvens av en viss opptreden, kan det tilsi at slik omtale ikke er rettsstridig. Å utføre en straffbar handling er et eksempel på en opptreden som kan rettferdiggjøre offentlighetens interesse av privatlivskrenkende bilder – i alle fall i en viss utstrekning.[162] Hvor offentlig en i utgangspunktet har tenkt å opptre, og eventuelt over hvor lang tid en rimeligvis kan forvente at offentlighetens oppmerksomhet vil hvile på en, må avveies konkret etter situasjonen.[163]

Ad iii) den omtaltes egne forhold/tidligere opptreden: Straffeloven § 267 verner mot alle offentlige meddelelser som krenker privatlivets fred. Sannhetsgehalten i meddelelsen er som nevnt irrelevant.[164] Likevel kan det at den er i god tro som har tatt og publisert et bilde, innvirke på avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivsvernet.[165] *Hvor* bildet er tatt kan ha betydning for lovligheten.[166] Det at et bilde er tatt på et sted som er offentlig tilgjengelig, er ikke avgjørende for om det krenker privatlivets fred.[167] Individets behov for å være i fred gjelder uavhengig av lokasjon. Men dersom man oppsøker et offentlig sted, for eksempel sykehus eller skole, uten at ens adferd eller handlinger er av privat karakter, vil ikke privatlivsvernet etter § 104 aktualiseres.[168] *Hvordan* opplysningene er skaffe til veie (ad punkt iv over) kan ha betydning for rettmessigheten. Dersom for eksempel media fotfølger en person overalt, også inn i mer private settinger i det offentlige rom, kan omstendighetene rundt fotograferingen føre til at de i seg selv innebærer privatlivskrenkelse.[169]

Det siste kriteriet, (v) innhold, form og konsekvenser av publiseringen, er et slags sekkekriterium, som skal sikre en helhetlig vurdering av innhold, form og konsekvenser av publiseringen i avveiningen mellom vernet av ytringsfriheten og privatlivsvernet.[170] Et eksempel kan være anvendelsen av § 267 på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett.[171] Dette kom nylig på spissen i sak LH-2019-1192, der en kvinne ble dømt for krenkelse av sin 7 år gamle datters privatliv etter å ha publisert bilder av henne på facebook. Dommen er ikke rettskraftig ved denne utredningens ferdigstillelse. Under lovforberedelsen var Straffelovskomiteen bekymret over økt utvikling av eksponering av barn på Internett, ikke minst i forbindelse med omsorgskonflikter. Komiteen mente det kan være et overgrep i seg selv at ulik informasjon om barn ligger på Internett, uten at barna «kjenner konsekvensen av det eller har styring med hvem de eksponeres for.»[172] En kan ikke innfortolke noe implisitt samtykkekompetanse for foreldre/pårørende dersom personen som eksponeres opplever f.eks. billeddelingen som fredskrenkende. Det som i så måte blir en utfordring for domstolene, er i hvilken grad foreldre kan straffes for deling av krenkende bilder på et tidligere tidspunkt, dersom barnet for eksempel når det er eldre, opplever det at bildene er delt f.eks. på internett som krenkende.[173]

Juridiske personer er ikke beskyttet av § 267. Det er etter juridisk teori uavklart om bestemmelsen verner avdøde personer, men reelle hensyn tilsier at vern også for dem bør kunne gjøres gjeldende.[174]

---

[162] Se f.eks. Rt. 2008 s. 489 (Plata), og Rt. 2015 s. 746, avsnitt 72, med henvisning til bl.a. *Axel Springer AG mot Tyskland.*

[163] F.eks. note 162 over om Rt. 2007 s. 687 (Big Brother).

[164] Hovlid (2015) s. 140–143.

[165] Hovlid (2015) s. 143. Der meddelelsene er privatlivskrenkende i tillegg til å anses som ærekrenkelser, skal det mer til for å anse ytringene som rettmessige. Matningsdal nevner hensyn som at «opplysningen har en seriøs og påviselig nyhetsverdi, hensynet til historieskrivingen eller andre faglige og vitenskapelige hensyn» (Matningsdal 2018 § 267).

[166] Se EMD-dom *Couderc and Hachette Fillipachi Associés mot Frankrike*, avsn. 86.

[167] Dette ble blant annet drøftet i Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto), hvor EMD senere kom til at Høyesteretts vurdering hadde vært tilstrekkelig. Se også Rt. 2008 s. 489, og *Peck mot Storbritannia* § 62.

[168] Sml. Rt. 2009 s. 265 (Memo), i den retning Hovlid (2015) s. 147.

[169] Se *Von Hannover mot Tyskland nr. 1*, avsnittene 59 og 68.

[170] Wessel Aas og Ødegard (2018) s. 53

[171] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 16.5, merknad til § 267.

[172] Innst.O. nr. 73 (2008–2009) pkt. 5.2. I en PFU-sak (158/05 (https://presse.no/pfu-sak/15805/, Nannyhjelpen) viste utvalget til Vær Varsom-plakatens punkt 4.3, om respekt for menneskers privatliv, og til punkt 4.8, der det heter: «Når barn omtales, er det god presseskikk å ta hensyn til hvilke konsekvenser medieomtalen kan få for barnet. Dette gjelder også når foresatte har gitt sitt samtykke til eksponering.» I lys av Barnekonvensjonen argumenterer Grønvold og Hendis for at dersom en TV-kanal har et slikt ansvar overfor barn, må *i alle fall* foreldre, som har omsorgsplikt, ha *in mente* hvilken betydning eksponering kan innebære for barn som ikke selv kan gi informert samtykke om omtale eller avbildning i media (Grønvold og Hendis 2014 s. 48). Uvisshet om fremtidig belastning for offentlig eksponering i barn- og ungdom gjør at en bør utvise særlig varsomhet i så måte. PFU-saker er ikke straffesaker, men argumentet kan tenkes å være bærende i potensielle fremtidige saker.

[173] Straffansvar forutsetter i alle tilfelle at ikke forholdet er foreldet, jf. strl. §§ 85 flg. Foreldelsesfristen for overtredelse av strl. § 267 er to år, jf. § 86 første ledd bokstav a. Imidlertid løper fristen fra «den dag det straffbare forholdet opphørte», jf. § 87 første ledd. Dersom bildene fortsatt finnes på Internett, og fornærmede opplever krenkelse som aktuell, kan ikke forholdet anses foreldet selv om billeddelingen skjedde flere år tilbake.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett. Forsettet må omfatte selve den offentlige meddelelsen, altså selve delingen/publiseringen, at den når mer enn 20–30 personer, og at den krenker privatlivets fred. Dersom gjerningspersonen deler bildet med færre, men andre sprer bildet videre til en større krets, må gjerningspersonen regne det som sannsynlig eller sikkert at bildet vil bli videredelt, eller han må i tankene ha positivt innvilget at slik spredning kunne skje, og gjennomført delingen med det 'i bakhodet' (dolus eventualis-forsett), for at han skal kunne straffes, jf. strl. §§ 21 og 22.

I forhold til skyldkravet bemerkes at det er gjerningspersonens subjektive oppfatning av situasjonen som skal vurderes. Det innebærer at dersom hun har misforstått en situasjon som en provokasjon, kan hun likevel bli straffri etter ovennevnte regler.[175]

Dersom gjerningsbeskrivelsen er oppfylt, men gjerningspersonen kun har utvist uaktsomhet, kan hun ikke straffes etter § 267. Etter skadeserstatningsloven §§ 3-6 og 3-6 a kan hun imidlertid da idømmes sivilrettslige reaksjoner, det vil si erstatning og oppreisning. Sett hen for eksempel til den høye terskelen for å straffedømme journalister, i lys av ytringsfriheten de tilkjennegis i sin yrkesutøvelse og samfunnsoppdrag, synes skadeserstatningslovens regler å være mer anvendbare enn straffeloven overfor denne gruppen.

Medvirkning og forsøk er straffbart, jf. strl. §§ 15 og 16. En viss type medvirkning er straffri i medhold av strl. § 267 annet ledd. Annet ledd unntar medvirkningsansvar for den som «bare har deltatt ved teknisk bistand eller distribusjon» av et blad, tidsskrift produsert i Norge, eller ved en kringkastingssending. Teknisk bistand innebærer deltagelse i produksjonsprosessen frem mot det ferdig offentliggjorte produktet. Etter ordlyden må det avgrenses mot rene blogger eller lignende. Samtidig ville formålet bak straffriheten også i slike tilfeller gjøre seg gjeldende: Det vil som hovedregel være å strekke medvirkningsansvaret for langt å straffe den som yter ren teknisk bistand til å opprettholde en blogg-nettside eller som utelukkende har ansvaret for å filme en vlogger. Hva gjelder unntaket om «distribusjon», fremstår dette som en noe arkaisk ordlyd for moderne medier.[176] «Distribusjon» av et tidsskrift, enten som ledd i næringsvirksomhet (f.eks. et avisbud), eller privat, er lettere å anerkjenne som straffrie medvirkningshandlinger. Viderespredning av privatlivskrenkende meddelelser i form av bilder på f.eks. en blogg, eller fra en nettavis, er også distribusjon. Slik viderespredning vil i mange tilfeller på selvstendig grunnlag fylle vilkårene for overtredelse av § 267 første ledd, slik at unntaket i annet ledd ikke vil komme til anvendelse.

Straffrihet eller -bortfall

Straffeloven § 267 annet ledd bestemmer at det ikke er straffbart kun å delta «ved teknisk bistand eller distribusjon av et blad eller tidsskrift produsert i riket», eller tilsvarende for kringkastingssendinger (se omtale rett overfor om straffri medvirkning).

Tredje ledd bestemmer at straff kan bortfalle dersom (for eksempel) publiseringen var «fremkalt av den fornærmede selv ved utilbørlig adferd» (provokasjon). B kan for eksempel ulovlig ha publisert bilder av person A fordi A tidligere har hevdet at den avbildede adferden ble gjennomført av B. Det er ikke et krav om at fornærmede har opptrådt straffbart, men at hun har utvist atferd som etter en sosial-etisk vurdering må anses utilbørlig.[177] Utilbørligheten må vurderes i forhold til hvem som har utvist adferden, og generelt må man tåle mer fra barn og kanskje også sårbare pasienter på sykehus, eller lignende. Uavhengig av straffbarhet, må vedkommende provokatør ha utvist tilstrekkelig grad av skyld. Uaktsomhet er tilstrekkelig.[178] Den utilbørlige adferden kan videre være rettet mot en annen person enn den som får sitt privatliv krenket. B publiserer bilder av A fordi A har spredt rykter om Cs dårlige oppførsel som sykepleier på X sykehus.

Etter tredje ledd annet alternativ kan straff bortfalle dersom «meddelelsen er blitt gjengjeldt ved en krenkelse av privatlivets fred eller en kroppskrenkelse» (retorsjon). Eksempelvis kan A bli straffri dersom A publiserer et bilde på Facebook uten samtykke fra B, og B gjengjelder ved å gjøre det samme i forhold til A. Bakgrunnen for straffrihetsregelen er at den som har tatt seg selv til rette, og kanskje gjengjeldt en mindre fornærmelse med en minst like alvorlig handling, ikke i tillegg bør ha rett til å kreve den som først krenket, straffet.[179] Det må være en viss årsakssam-

[174] Se f.eks. Mæland i Bratholm og Mæland (1998) s. 219, med videre henvisninger.

[175] Jf. f.eks. Rt. 1983 s. 1268 (Ludder).

[176] Se Mælands omtale i Bratholm og Mæland (1995), s. 660–661.

[177] Matningsdal 2018 *op.cit.*

[178] Tokvam (1995) s. 121, Mæland (1986), s. 232–233.

[179] Mæland (1986) s. 234.

menheng mellom den første meddelelsen og den gjengjeldende meddelelsen eller kroppskrenkelsen, men de behøver ikke være foretatt på samme tid og sted.[180] For frifinnelse både som følge av provokasjon og retorsjon bør straffverdigheten av de gjensidige krenkelsenes være noenlunde likeverdige.[181]

Som et eksempel kan nevnes RG 1995 s. 1145 (Utroskapsomtale), der et ukeblad i flere artikler hadde omtalt en kjent artist og gitt nærmere opplysninger om hans ekteskapsbrudd og utroskap. Artiklene ble funnet å være utilbørlige og i strid med straffeloven (1902) § 390, selv om den omtalte artisten i en bok han hadde skrevet hadde kommet med «ekstremt sterke uttalelser» om Se og Hørs redaktør før de omstridte reportasjene ble publisert. Se og Hør ble ikke hørt med sin anførsel om at uttalelsene i boken måtte virke straffriende, både på bakgrunn av at det var gått lang tid (fem år) mellom bokens utgivelse og artiklene, og at artistens uttalelser ikke vedrørte redaktørens privatliv.[182]

Et annet nyere eksempel fra EMD, *Egill Einarsson mot Island*[183], som omtalt over i pkt. 1.3.2.1, s. 16, illustrerer hvordan provoserende uttalelser som etter norsk rett antakelig kunne blitt kategorisert som utilbørlig adferd, ikke rettferdiggjorde offentliggjøring av en ærekrenkende ytring med bilde om Einarsson. Einarsson hadde gjennom sin markant offentlige profil over lang tid gitt uttrykk for et provoserende syn på kvinner og seksualitet, og blant annet formulert påstander knyttet til identifiserbare kvinner som kunne tolkes som at de fortjente å bli voldtatt.[184] Det avgjørende for EMD var at publiseringen utgjorde en beskyldning om voldtekt, og idet denne beskyldningen ikke var sannsynliggjort, hadde Einarsson krav på beskyttelse mot slike offentlige omdømmekrenkelser.[185]

1.3.3.3.6 Strl. § 268 om uberettiget adgang eller opphold[186]

Straffansvaret i § 268 knytter seg i første ledd til den som

> «uberettiget skaffer seg adgang til en annens hus eller et annet sted som ikke er fritt tilgjengelig, eller som uberettiget forblir på et slikt sted»

Er det ikke tale om «en annens hus eller et annet sted som ikke er fritt tilgjengelig» kan en straffes etter andre ledd dersom en

> «uberettiget oppholder seg på fremmed grunn til tross for oppfordring om å forlate stedet».

«Hus eller annet sted» omfatter «ethvert område som er underlagt noens eiendomsrett». Det spiller ingen rolle hva stedet benyttes til, eller om det er i offentlig eller privat eie.[187] Barnehager, sykehus, skolebygg og skolegårder er for eksempel omfattet. Forskjellen på første og andre ledd er om det aktuelle stedet eller området er «fritt tilgjengelig» eller ikke.

Et offentlig eller privat bygg er etter sin art ikke fritt tilgjengelig. I følge forarbeidene beror det på de konkrete omstendighetene om et område som ikke er inne i et hus eller i en bygning, er fritt tilgjengelig. Et lovlig stengsel i form av et gjerde eller en hekk utgjør tydelige begrensninger. Dersom en port eller grind står åpen inn til et slikt område, må omstendighetene avgjøre om tilgangen anses uberettiget.

Det å «[s]kaffe seg adgang» til et sted som ikke er fritt tilgjengelig, omfatter simpelthen å gå inn i en bygning, eller krysse et stengsel, hvor en ikke har rett til å gå inn. Forbud kan fremgå underforstått, f.eks. nettopp ved at det er et gjerde eller en hekk eller lignende rundt området. Det behøver ikke å fremgå et eksplisitt forbud,[188] og det er ikke et vilkår at en dør for eksempel er låst.

Fritt tilgjengelige steder omfatter for eksempel skog eller annen utmark. For at straffansvar skal kunne foreligge ved uberettiget opphold i slike områder, må en person ha nektet å etterkomme et uttrykt påbud om å fjerne seg.[189] Det kan typisk

---

[180] Også der erstatning og oppreisning kan idømmes etter skadeserstatningsloven §§ 3-6 og 3-6a vurderes provokasjon og retorsjon som medvirkning til en skade, jf. § 5-1 flg., jf. f.eks. Rt. 1992 s. 854.

[181] Jf. f.eks. Rt. 1984 s. 1160 (s. 1163–1164).

[182] Nærmere omtalt i Hovlid (2015). s. 187–188.

[183] *Egill Einarsson mot Island.*

[184] Se omtale i Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 72.

[185] Omdømmet har et selvstendig vern etter EMK art. 8. Se Borvik (2011) s. 94 flg. Se også Aarli (2009) s. 321–322.

[186] Straffebudet viderefører i all hovedsak strl. 1902 §§ 147, 301 og 355, men innebærer en viss utvidelse av straffansvaret (Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 16.5, s. 425).

[187] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 16.5, s. 425.

[188] Rt. 1992 s. 733.

[189] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) pkt. 5.12.4.3.

være snakk om et omkringliggende skogholt rundt en barnehage eller skole, hvor ansatte kan be en person fjerne seg simpelthen på grunn av ulovlig opphold på institusjonens område.

I tilfeller der du opprinnelig har lovlig tilgang til et sted, kan du etter første ledd straffes dersom du «uberettiget forblir». Det er ikke et vilkår at man blir bedt om å forlate stedet, selv om et slikt pålegg kan «være det som bringer berettigelsen av et opphold til opphør«[190] Det er heller ingen vilkår knyttet til hvor lenge oppholdet varer.[191]

Det å «oppholde seg» innebærer at man må være på stedet over en viss tid. Forarbeidene understreker at «ikke enhver flyktig tilstedeværelse på en annens eiendom rammes av straffebudet».[192]

Oppfordringen om å forlate stedet må ifølge forarbeidene være gitt «konkret og utvetydig», og direkte til den potensielle gjerningspersonen, i den aktuelle situasjonen. Den som ber personen fjerne seg, må ha en form for kompetanse til det. Slik kompetanse følger enhver som rette eier har gitt slik myndighet, derunder vektere, i tillegg til politiet.[193] Når det er tale om for eksempel skog eller utmark, gjelder allemannsretten, og passasje eller helt kortvarig opphold vil være tillatt.[194] Men retten til å be vedkommende fjerne seg, kan for eksempel foreligge dersom en pårørende stadig oppholder seg rett utenfor skolens inngjerdede område uten noe legitimt formål, eventuelt til sjenanse for elever eller ansatte. Det at en person oppholder seg der for å skulle ta bilder av ansatte eller elever, uavhengig av det videre formålet med bildene, faller innenfor det som gir grunnlag for et påbud om å fjerne seg.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21. Forsøk på overtredelse av § 268 første ledd er straffbart, idet strafferammen er to års fengsel. Forsøk på overtredelse av annet ledd er ikke straffbart. Medvirkning er straffbart, jf. § 15.

[190] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 425 andre spalte.

[191] Se nærmere Matningsdal (2018) § 268, som er svært kritisk til dette alternativet i § 268.

[192] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 426 første spalte.

[193] *Loc.cit.*

[194] Jf. bl.a. friluftsloven § 11.

1.3.3.3.7 Strl. § 269 (redaktørens ansvar for innholdet i trykt skrift eller kringkastingssending)

Spørsmålet her er i hvilken grad en redaktør for tidsskrifter eller kringkastingssendinger kan straffes for at en av hennes bidragsytere har fotografert eller delt et bilde som offentliggjøres i hennes avis eller lignende. Etter § 269 er «den som treffer avgjørelse om innholdet i et trykt skrift eller en kringkastingssending» strafferettslig ansvarlig for det som der offentliggjøres, hvis det offentliggjorte «ville ha pådratt redaktøren ansvar etter noen annen lovbestemmelse dersom han hadde kjent til innholdet». Begrunnelsen for straffansvaret er at redaktøren har et ansvar for kvalitetssikring og redigering av publikasjoner, med den forutsetning at det er redaktøren som har det siste ord i publiseringsprosessen; en form for kontrollansvar.[195] Straffansvaret er derfor en form for medvirkningsansvar på bakgrunn av at redaktøren ikke har utvist tilstrekkelig god kontroll over materialet som han er ansvarlig for at publiseres. Regelen er ment å ha en preventiv funksjon, for å sikre at publisert materiale undergis en aktsom god kontroll, og straffansvaret må tolkes med formålet for øye.

Den ansvarlige er altså «den som treffer avgjørelse om innholdet» for den aktuelle saken. Det avgjørende er ikke om vedkommende har en eventuell overordnet redaktørtittel.[196]

Redaktøransvaret omfatter ikke publikasjoner på internett så som blogger eller andre personlige hjemmesider, ei heller nettaviser eller lignende nettforum tilgjengelig for allmennheten. Det som omfattes er tidsskrift som dagspresse, eller andre fagblader, som faktisk fysisk trykkes.[197]

Gjerningsbeskrivelsen i strl. § 269 krever at redaktøren må kunne straffes etter en annen lovbestemmelse dersom han hadde kjent til innholdet i det som trykkes. Ansvarsområdet omfatter alt som er straffbart i henhold til enhver annen straffebestemmelse.[198] Skylden til redaktøren må dermed omfatte gjerningsbeskrivelsen i et annet relevant straffebud.

[195] Manshaus (2005).

[196] Matningsdal (2018b) note 1781 til § 269.

[197] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 155. Se nærmere om begrensningen fra sosiale medier mv. i Hovlid (2016).

[198] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 426, merknad til § 269.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning:

Forsøk på overtredelse er ikke straffbart, jf. § 16, på grunn av strafferammen. Medvirkning er ikke straffbart, jf. § 269 fjerde ledd. Dersom redaktøren selv har vært med å vurdere f.eks. en reportasje der det anvendes bilder som rammes av et straffebud, kan hun imidlertid anses som medvirker til den underliggende straffbare handlingen.

Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21. Overtredelse kan være straffri dersom gjerningspersonen kan «godtgjør[e] at det ikke kan legges ham noe til last med hensyn til kontroll med innholdet eller tilsyn eller rettledning eller instruks for hans stedfortreder, medarbeidere eller underordnede». Vedkommende må altså selv bevise at hun ikke kan klandres for manglende kontroll. Dette innebærer en streng aktsomhetsvurdering. I denne må redaktøransvaret veies opp mot både pressens informasjonsoppgave, og den faktiske muligheten til for eksempel å verifisere opplysninger.[199] Men i Rt. 1989 s. 257 avviser Høyesterett for eksempel at «problemer med å skaffe opplysninger kan etter mitt syn under ingen omstendighet være avgjørende ved vurderingen av om aktsomhetskravet er oppfylt. Ga de opplysninger som forelå ikke et forsvarlig grunnlag for å si noe om ansvarsspørsmålet, skulle avisen ha ventet til de nødvendige opplysninger kunne skaffes til veie.»

1.3.3.4 Seksuallovbrudd

1.3.3.4.1 Strl. § 298 (seksuelt krenkende atferd) og strl. § 305 (seksuelt krenkende adferd mv. overfor barn under 16 år)

Et med ny teknologi mer utbredt lovbrudd er oversendelse av bilder som er seksuelt krenkende, eller på annen måte uanstendig seksualisert adferd, til voksne som ikke har samtykket til det (enkelte tilfeller populært omtalt som «dickpics»), eventuelt til barn under 16 år. Slik adferd er straffbar etter henholdsvis strl. §§ 298 og 305 første ledd bokstav a. Fordi disse bestemmelsene anses i randsonen av hva som er relevant i mandatet, behandles de bare helt kort. For begge bestemmelsene er det et vilkår at adferden er foretatt i nærvær av eller overfor, som innebærer en relativt «direkte tilknytning mellom adferdshandlingen og den som rammes av den».[200] Det er derfor ikke straffbart å dele et seksuelt krenkende bilde av noen og sende det til en annen person, dersom fornærmede ikke er adressat for bildet. Motivasjonen for adferden behøver heller ikke være seksuelt krenkende. Barn under 16 år kan i utgangspunktet ikke samtykke til å få tilsendt slike bilder.[201]

1.3.3.4.2 Strl. § 311 (fremstilling av seksuelle overgrep eller fremstilling som seksualiserer barn)

Strl. § 311 hjemler bøtestraff eller inntil tre års fengsel for fremstilling av seksuelle overgrep eller fremstilling som seksualiserer barn. Bestemmelsen har de siste årene fått økt aktualitet særlig i forbindelse med at ungdom tar bilder og film med mobilkamera av jevnaldrende i forskjellige seksualiserte situasjoner. Det er bestemmelsens første ledd bokstavene a-c som er mest relevante for utredningen, som, forenklet gjengitt, henholdsvis beskriver a) produksjon av, b) utbredelse av, og c) å skaffe seg tilgang til fremstillinger av overgrep eller seksualisering av barn.

Med *barn* menes i § 311 personer som er eller fremstår som under 18 år, jf. annet ledd. Det anses like straffverdig å besitte materiale av en som fremstilles som eller ser ut som å være under 18 år, jf. Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) kap. 7.4. Det er ikke et vilkår for straff at personen på bilde eller film kan identifiseres.

Strl. § 311 første ledd bokstav a: Produksjon

Første ledd bokstav a gjør straffbart å ha befatning med fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn.

Bilder og film faller helt klart innenfor hva som utgjør en «*fremstilling*». Strl. § 311 er utformet for å oppfylle forpliktelsene etter Barnekonvensjonen, artikkel 21 nr. 1 bokstav c.[202] I valgfri protokoll artikkel 2[203] er fremstilling «enhver fremstilling, uansett med hvilket middel». En rekke scenarioer kan være aktuelle for mandatet. Gitt at bestemmelsen rammer fremstilling av *barn*, vil det typisk omfatte mulige hendelser på skole eller i barnevernsinstitusjoner, eventuelt i

[199] Jf. Rt. 1971 s. 325, vedrørende de i strl. (1902) de tilsvarende §431, jf. §§ 246 og 247.

[200] HR-2017-1245-A.

[201] Matningsdal (2018), § 305. Se likevel § 308 om jevnbyrdighet mv.

[202] Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnytting og seksuelt misbruk.

[203] Valgfri protokoll til konvensjon om barnets rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi, 25. mai 2000. Se Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

helsevesenet for øvrig. Det antas å falle utenfor kjernen i mandatet å vurdere mulige situasjoner med produksjon av barneovergrepsfremstillinger i barnehagen og lignende (men se kort nedenfor om innehaver eller overordnedes ansvar). Jeg tar heller ikke stilling til overgrep og lignende forbrytelser som ikke er lokalisert på en av institusjonene som nevnt i mandatet.

Å ha befatning med er et omfattende handlingsbegrep. Tidligere var ordlyden begrenset til å besitte, men i lys av den teknologiske utviklingen blant annet av Internett, ønsket ikke lovgiver å avgrense til for eksempel å ha lastet ned ulovlige bilder.[204] Å ta, besitte og dele bilder omfattes av gjerningsbeskrivelsen.

Alle de aktuelle seksuallovbrudd mot personer under 18 år slik beskrevet i straffeloven kapittel 26 omfattes av termen «*seksuelle overgrep*». Framstilling av et seksuelt overgrep omfatter dermed ikke bare grove lovbrudd som voldtekt, men også f.eks. bilder av en som frivillig utfører eller får utført seksuell handling med eller av, eller har seksuell omgang med, noen under 14 eller 16 år, jf. strl. §§ 302 og 304, derunder for eksempel oralsex.[205] Slik adferd forekommer for eksempel i skolesammenheng.[206]

Spørsmålet er hva som ligger i en fremstilling *som seksualiserer barn*. Etter forarbeidene er dette fremstillinger som omfatter bilder som er egnet til å gi seksuelle assosiasjoner.[207] Et nakenbilde som ikke fokuserer på kjønnsorganene eller ikke heller på andre måter er seksuelt ladet, faller i utgangspunktet utenfor definisjonen. Slike bilder kan likevel omfattes dersom de undergis en bestemt seksuell assosiasjon. Et tenkt eksempel kan være bilder tatt i dusjen etter gymtime på skolen eller i barnehagen en sommerdag der barna løper nakne under vannsprederen. Hvis bildet viser barnet eller barnets nakenhet som «naturlig sett i forhold til den nærmere sammenheng bildet fremstår i», omfattes fremstillingen ikke. Men en fokusering på kjønnsorganet, på en måte «som leder tanken mot seksuell utnytting», kan være utuktig, og så også dersom bildet leder oppmerksomheten mot en seksuell aktivitet. Særlig i tilfeller hvor «det samtidig inngår momenter som ytterligere bidrar til å forsterke det anstøtelige, nedverdigende eller forrående preg». En kunne tenke seg at nakenheten i dusjen eller i barnehagen er «naturlig», men dersom fotografen eller deleren legger til en gjenstand eller tekst til bildet, kan det endre bildets karakter. Det beror altså på en konkret vurdering, men nevnte eksempler faller som hovedregel neppe innenfor det å seksualisere barn.

Et moment i vurderingen kan også være formålet med hvordan bildet er tatt. I dom fra Agder lagmannsrett hadde en barnehageansatt med mobiltelefonen tatt bilder av fire pikers nakne kjønnsorgan, men hevdet at bildene ikke var «særlig seksualiserte».[208] Lagmannsretten avviste dette med den begrunnelse at formålet åpenbart har «vært å fremheve pikenes kjønnsorganer for tilfredsstillelse av seksuelle behov hos eventuelle betraktere.» Bilder av kjønnsorganer er naturlig nok mer åpenbart seksualisert betonet enn større deler av en naken kropp. Ulike betraktere av bilder kan ha ulike seksuelle preferanser, og den konkrete avveiningen må gå antakelig gå ved en bevisvurdering av bildetagers formål.

Første ledd bokstav b: Utbredelse

Handlingsalternativene i første ledd bokstav b omfatter den som

> «utgir, tilbyr, selger, overlater til en annen, gjør tilgjengelig eller på annen måte søker å utbre.»

Der åndsverkloven gjør det straffbart å dele bilder *til mange* uten samtykke, rammer strl. § 311 første ledd bokstav b også det å dele med én eller bare noen få andre, jf. ordlyden «overlate til en annen, gjøre tilgjengelig eller på annen måte søke å

[204] Se for eksempel Ot.prp. nr. 37 (2004–2005) kap. 4.6 s. 10.

[205] Se nærmere Innst. O. nr. 66 (2004–2005) kap. 2 s. 3. § 311 videreføre innholdet i straffeloven (1902) § 204 a, jf. Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) kap. 16.7 s. 447, og forarbeid og rettspraksis fra tidligere lov er dermed relevant.

[206] Et tilfelle fra underettspraksis i TSAFO-2016-115404, hvor en gutt ble domfelt til bl.a. fem måneders betinget fengsel for å ha filmet en jente mens hun utførte oralsex å ham på skolen. Filmen ble spredt via Snapchat m.v. Lignende dommer er f.eks. TLARV-2017-131949, hvor en gutt på 15 år ble dømt til fem måneders betinget fengsel, kr 5000 i bot, og 20.000 i oppreisningserstatning, for overtredelse av strl. § 311 første ledd og § 266, jf. § 79. Bakgrunnen var at han hadde filmet sin mindreårige kjæreste mens hun utførte oralsex på ham, og deretter gjort filmen tilgjengelig for en rekke personer ved å dele den på bl.a. Snapchat. Han ble altså *både* dømt for å ha laget filmen, som én overtredelse, *og* for å ha delt den, og dermed krenket hennes fred. I TSAFO-2016-115404 filmet 16-åring en 15-åring som gav ham oralsex, filmen delt til fire venner, så i høy fart videre på internett. Identifiserbart offer. Fem måneders betinget fengsel, kr 5000 i bot, samt kr 20.000 i oppreisningserstatning. I LB-2016-197003 ble to gutter dømt til 30 timers samfunnsstraff for å ha spredt bilder av at fornærmede D – som var 16 år gammel – utførte oralsex på den ene. Begge var på gjerningstidspunktet 15 år gamle. En tredjeperson – som var over 18 år gammel – ble i tingretten dømt til 30 dagers fengsel. Oppreisningserstatning på kr 50.000.

[207] Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) kap. 7.1 s. 53.

[208] LA-2017-111088.

utbre.» «Gjør[e] tilgjengelig» kan for eksempel ramme den som deler fremstillinger som seksualiserer barn på internett.[209]

Både å «tilby» og «gjør[e] tilgjengelig» omfattes uavhengig av om det skal ytes vederlag, og av om materialet faktisk *er* gjort tilgjengelig.[210] Det vil si at det er straffbart å tilby kameratgjengen å oversende seksualiserte fremstillinger som du vet at en annen har på sin mobil, selv om ikke oversendelsen faktisk skjer. Her trekkes med andre ord grensen svært lavt mellom den straffrie forberedelse og fullbyrdet overtredelse av straffebudet. Det samme gjelder for alternativet «søker å utbre», som skal ramme eventuelle andre forsøk på utbredelse av seksuelle fremstillinger av barn. Det kan for eksempel omfatte utlån av en mobil hvor det ligger straffbare bilder. Her er handlingen fullbyrdet ved selve forsøket på å dele et bilde. «Utbre» innebærer et krav om at mottakerkretsen omfatter mer enn én person eller en begrenset gruppe i fortrolighet.[211] Dersom gjerningspersonen forstår at bildet/ene vil spres videre, er dette tilstrekkelig.

«Overlate» innebærer i denne sammenhengen å stille billedmateriale til disposisjon over kortere eller lengre tid.

Første ledd bokstav c: Ulike måter å skaffe seg tilgang

Handlingsalternativene i bokstav c omfatter den som «anskaffer, innfører eller besitter fremstillinger som nevnt i bokstav a, eller forsettlig skaffer seg tilgang til slikt materiale. Anskaffe innebærer å kjøpe eller bytte til seg. For besittelse er det tilstrekkelig med kortvarig, midlertidig rådighet over bildene.[212] Alternativet innføre betyr at tilgangen er skaffet over landegrenser. Å «skaffe seg tilgang» omfatter at en f.eks. har oppsøkt et nettsted der en er kjent med at ulovlige bilder finnes. Ordlyden er i tråd med Europarådets konvensjon artikkel 20 nr. 1, og er ment å ramme dem som bevisst skaffer seg «tilgang til fremstilling av seksuelle overgrep eller fremstilling som seksualiserer barn gjennom informasjons- og kommunikasjonsteknologi», uten for eksempel å laste ned bildene og oppbevare dem. Konkrete eksempler i vårt tilfelle kunne være at en person *med det for øye å se et spesielt bilde eller film* oppsøkte et nettsted for å se og/eller dele bilder. Det er ikke straffbart uforvarende å komme over bilder som er delt på et nettsted, ei heller dersom dette er uaktsomt.[213] I følge forarbeidene gjelder ikke alternativet i § 311 tredje ledd om at også uaktsomme overtredelser av § 311 er straffbare for første ledd bokstav c.[214]

Ansvar for innehaver eller overordnede

Etter tredje ledd straffes «den innehaver eller overordnede som forsettlig eller uaktsomt unnlater å hindre at det i en virksomhet blir foretatt handling som nevnt i første ledd.» Tredje ledd åpner altså for straffansvar for medvirkning dersom for eksempel ledelsen ved en barnevernsinstitusjon eller skole ikke i tilstrekkelig grad har hindret billedtagning og/eller deling som er straffbare etter § 311 første ledd.[215] For at straffansvar skal kunne idømmes, må innehaver eller overordnet oppfylle de vanlige vilkårene for medvirkning (se over pkt. 1.2.2.4). Et tenkt typetilfelle kan være manglende vandelssjekk av ansatte. Grensedragningen i forhold til hvor langt hindringsplikten strekker seg, fremstår ikke helt klar, og må gjøres etter en helhetsvurdering i det konkrete tilfelle hvor de vanlige vilkår for unnlatelseslovbrudd er oppfylt.[216]

Jevnbyrdighet og samtykke

Strl. § 311 åpner for straffritak for en som tar og besitter et bilde, på tre kumulative vilkår: 1) den avbildede er mellom 16 og 18 år, 2) han har samtykket, og 3) de to er omtrent jevnbyrdige i alder og utvikling. Det er kun fotografering og besittelse av bilder som kan gi straffritak. Spredning og mangfoldiggjøring av bilder kan ikke omfattes av et straffriende samtykke.[217] Hvis det er tale om bildetagning av et barn mellom 16 og 18 år, som har samtykket til det, er det etter lovgivers utsagn ikke meningen å begrense utforskning av deres egen seksualitet. Formålet var å verne mot seksuell omgang med voksne.[218] Men det springende

---

[209] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) kap. 16.7 s. 447. Alternativene «tilby» og «gjøre tilgjengelig» er nye i strl. 2005. De øvrige er en videreføring av strl. (1902) § 204 a.

[210] Matningsdal (2018) § 311.

[211] *Loc.cit.*

[212] RG-2007-1345

[213] Se også Rt. 2015 s. 815 om dolus eventualis-forsett i slike tilfeller.

[214] Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) kap. 7.20.4.

[215] Slikt ansvar var ikke drøftet i ovennevnte dom (LA-2017-111088), der en barnehageansatt hadde tatt bilder av fire småpikers kjønnsorgan på jobb.

[216] Frøberg (2016, s. 87) definerer unnlatelsesansvaret slik: «Unnlatelsen kjennetegnes […] av at gjerningspersonen ikke opptrådte i samsvar med en forventning om at han skulle handle på en bestemt måte.» Jeg har ikke funnet relevant rettspraksis for alternativet.

[217] Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) kap. 10.1 s. 60.

punkt i straffritaksvurderingen er hva som ligger i jevnbyrdighet i alder og utvikling.

Adgangen til å frifinne for jevnbyrdighet er mindre jo yngre fornærmede er, og jo mer alvorlig lovovertredelsen er.[219] Å ta eller dele bilde av barn som har samleie er mer straffverdig enn samme adferd knyttet til en som med samtykke poserer foran et kamera. Det er ingen klare grenser i forarbeid eller rettspraksis for hvor stor aldersforskjellen kan være. Høyesterett har godtatt aldersforskjell på 3 år og 11 måneder.[220] For seksuell omgang med barn tett oppunder 14 år ved jevnbyrdighet godtas en aldersforskjell på nærmere 3,5 år.[221] Men etter strl. § 311 om forbud mot befatning med seksuelle fremstillinger av barn, kan ikke jevnbyrdighet gjøre straffritt hvis fornærmede er under 16 år. Det kan med andre ord være tillatt for en på 17 år å ha samleie med sin 14 år gamle kjæreste, men det er ikke tillatt å ta eller besitte seksualiserte nakenbilder av ham.

Jevnbyrdighet i utvikling innebærer både fysisk og psykisk noenlunde likhet.[222] Dersom fornærmede og gjerningsperson *er* jevnbyrdige i alder og utvikling, skal det «særlige forhold» til for at det skal idømmes straff.[223] Dersom gjerningspersonen har et modus der hen stadig inngår i relasjoner der hen for eksempel tar bilder av forskjellige jenter eller gutter under 18 år, kan det være et slikt særlig forhold.

I forarbeidene til forløperen til § 311, § 308 i 1902-straffeloven, beskrives vilkårene for samtykke ganske kort:

> «Hvorvidt det foreligger et frivillig samtykke må bedømmes ut fra en helhetsvurdering hvor den avbildedes eget utsagn, vedkommendes alder og utvikling og omstendighetene rundt avbildningen vil være viktige momenter.»

Det forutsettes at billedtagningen er «en del av det seksuelle samværet», samt at det er tale om lovlige seksuelle aktiviteter. Som nevnt over kan det bare gis straffriende samtykke til billedtagning og besittelse til private formål.[224] Se for øvrig om samtykke under punkt 1.2.2.3.5 over.

Skyldkrav, forsøk og medvirkning

Både uaktsomme[225] og forsettlige overtredelser er straffbare, jf. tredje ledd. Skylden må omfatte selve handlingen; å ha tatt bildet, lastet ned filmen, delt bildene med andre, osv. Forsøk på forsettlig overtredelse av § 311 er straffbart, jf. § 16. Selv om fullbyrdet overtredelse også omfatter uaktsomme overtredelser, er *forsøk* på slike ikke straffbare. Medvirkning er straffbar, jf. strl. § 15.

1.3.3.5 Vinningslovbrudd

1.3.3.5.1 Strl. § 332 (heleri av bilder som stammer fra en straffbar handling)

Det kan være straffbart å dele bilder som stammer fra en straffbar handling. Straffeloven §§ 332 og 333 rammer alminnelig og grovt heleri. Heleri er å motta eller skaffe seg eller andre del i utbytte av en straffbar handling. Straffebudet har vært anvendt i mandatets sammenheng i den såkalte Snapchat-saken[226], og det relevante å vurdere antas å være knyttet til denne dommen.

Straffbart utbytte omfatter noe som er blitt fremskaffet ved en straffbar handling eller som på annen måte står i nær sammenheng med en hvilken som helst straffbar handling.[227] Bilder som er delt uten den avbildedes samtykke, jf. åvl. §§ 79, jf. 104, utgjør et slikt utbytte. Det er ikke et vilkår at utbyttet må stamme fra andre enn gjerningspersonen selv, eller at den bakenforliggende straffbare handlingen skal kunne identifiseres.[228] Det er heller ikke et vilkår at en ønsker å oppnå en vinning ved tilegnelsen. Det å *motta eller skaffe seg eller andre del* i utbytte innebærer blant annet å la andre få tilgang til slike bilder. Utbyttet er «mottatt» uavhengig av om mottakeren har ytt noe vederlag for det.[229] Alternativet «å skaffe» omfatter adferd der mottakeren har utvist en viss aktivitet for å få tak i utbyttet. Å skaffe andre del i utbyt-

---

[218] Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) kap. 7.6 s. 50.

[219] Matningsdals (2018b) note 1683 til strl. (1902) § 204, som var forgjengeren til strl. (2005) § 311, henviser til rettskildene knyttet til §§ 195 og 196 om seksuell omgang med barn henholdsvis under 14 år og under 16 år.

[220] Rt. 2005 s. 1651, seksuell omgang med barn under 16 år.

[221] Rt. 2015 s. 1089, avsn. 23.

[222] Jf. Innstilling fra Straffelovrådet om revisjon av straffelovens bestemmelser om forbrytelser mot sedeligheten, avgitt i mars 1960 s. 32, se også Matningsdal *op.cit.*

[223] Rt. 2005 s. 1651.

[224] Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) s. 60, merknad til § 204 femte ledd.

[225] Det gjøres unntak fra uaktsomhetsformen for siste alternativ i første ledd bokstav c, som gjør straffbar «forsettlig» å skaffe seg tilgang.

[226] HR-2016-2263-A. Saken gjaldt strl. (1902) § 317 om utbytteheleri, jf. åvl. (1961) §§ 54 jf. 45 c. Bestemmelsene tilsvarer § 332 og åvl. §§ 79 jf. 104.

[227] Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) s. 24–25.

[228] Jf. henholdsvis Rt. 2006 s. 466 og HR-2018-471-U.

[229] Matningsdal (2018), § 332.

tet omfatter tilfeller der mottakeren for eksempel var i aktsom god tro ved mottaket, men der han senere ble klar over det underliggende ulovlige forholdet, og likevel deler utbyttet til en annen.[230]

I utgangspunktet innebærer kravet om at utbyttet stammer fra «en straffbar handling» at alle straffbarhetsvilkårene for det underliggende forholdet er oppfylt. Det følger imidlertid av første ledd tredje punktum at heleri «kan straffes selv om ingen kan straffes for handlingen som utbyttet stammer fra på grunn av utilregnelighet», jf. strl. § 20. Om et barn under 15 år deler et bilde på Facebook uten avbildedes samtykke, kan det være en straffbar handling etter åndsverksloven. 15-åringen kan ikke straffes på grunn av at hun er under kriminell lavalder. Men f.eks. om en 16-åring videre deler bildet med andre, eller laster det ned på sin mobil, kan hun straffes for heleri etter § 332.

Skyldkrav, medvirkning og forsøk

Skyldkravet er forsett, jf. § 20. Merk likevel at også uaktsomt heleri er straffbart, jf. § 335, med lavere strafferamme (inntil 2 år). Medvirkning og forsøk er straffbart, jf. strl. §§ 15 og 16. Forsøk kan for eksempel være å ha inngått en avtale om å skulle få motta bilder.

1.3.4 Lovendringsforslag

Justis- og beredskapsdepartementet har foreslått lovendringer som sikrer et «et helhetlig straffansvar for ulike former for straffverdig befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred.»[231] Lovforslaget er utformet som tre alternative endringer i straffeloven, enten nye strl. §§ 267 a til c, eller en utvidelse av strl. § 266, eller et nytt annet ledd i § 267. Manglene lovendringsforslagene søker å gjøre noe med er dels at reguleringen av befatning med privatlivskrenkende bilder er fragmenterte og lite oversiktlige. Videre at straffansvaret for overtredelser av strl. §§ 266, 267, 305, 311 og 332, og åvl. er begrenset av hensyn som departementet mener ikke bør begrense straffbarhet når det gjelder deling av bilder. Det foreligger heller ikke et strafferettslig vern for voksne personer hva gjelder bilder av dem med seksualisert innhold som spres til andre, eller der de forledes til å utvise seksuelt krenkende adferd, i motsetning til for barn, i §§ 305 og 311. Heleribestemmelsen treffer som vist over ikke tilfeller der bildene ikke er utbytte av et straffbart forhold, f.eks. der det det i utgangspunktet forelå samtykke til fotograferingen. Straffebestemmelsene knyttet til deling fordrer som hovedregel av delingen er «offentlig», men etter departementets syn bør også slik deling til færre personer rammes av straff. Departementet mener også at deling av bilder ved elektronisk kommunikasjon som innebærer en alvorlig risiko for privatlivskrenkelse, bør være straffbart[232].

Av plasshensyn går jeg ikke nærmere inn på detaljene eller de konkrete lovendringsforslagene her.[233]

1.4 Straffeprosessuelle konsekvenser

Det at noe er straffbart, har som strafferettslig konsekvens at du kan idømmes en strafferettslig reaksjon. Men det at noe er straffbart kan også ha straffeprosessuelle konsekvenser. En av problemstillingene i Åpenhetsutvalgets arbeid er hvordan ulike aktører kan håndtere ulike situasjoner som potensielt er straffbare. I forhold til helse, barnevern, skole og barnehage er det særlig relevant å vurdere når straffeprosessloven for eksempel gir en sykepleier, lærer eller barnehageansatt hjemmel til å ta fra noen en mobiltelefon som er i ferd med å brukes til en straffbar handling. Aktuelle tiltak som personer uten politimyndighet kan anvende, kan være *pågripelse*, *beslag*, *nødverge eller nødrett.*

1.4.1 Pågripelse, beslag, nødverge, nødrett

Enhver privatperson kan f.eks. under visse vilkår foreta en *pågripelse,* jf. strpl. § 176 første ledd annet punktum. Pågripelse innebærer at en person for en relativt kort tidsperiode fratas sin bevegelsesfrihet. Dette kan være tilfelle dersom en kommer over noen som er i ferd med ulovlig å ta eller dele bilder, og den eneste rimelige måten å få stoppet lovbruddet på, er å f.eks. stenge lovbryteren inne på et rom eller holde henne fast.

Det er fire vilkår for slik pågripelse: **1)** Skjellig grunn til mistanke om at bildetagningen/delingen foregår/foregikk, og at den utgjør en straffbar handling som kan medføre straff i mer enn seks måneder. «Skjellig grunn» innebærer et krav om

[230] Det vises til Matningsdal (2018), § 332, for mer detaljert behandling av bestemmelsen.

[231] Høringsnotatet pkt. 4.2.2.

[232] Høringsnotatet pkt. 4.1.2

[233] Høringsfristen var 1. oktober 2018, men det foreligger ikke i skrivende stund (januar 2019) offentlige dokumenter som viser hvordan departementet vurderer prosessen videre.

sannsynlighetsovervekt for både subjektive og objektive straffbarhetsvilkår er oppfylte.[234] **2)** At det uten pågripelse er fare for at personen unndrar seg strafforfølging, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare. Vilkåret om unndragelsesfare kan være oppfylt dersom en person tas på fersk gjerning i å ulovlig filme en medisinsk operasjon, og ikke frivillig legitimerer seg.[235] **3)** At mistenkte faktisk påtreffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor, og **4)** at pågripelse ikke innebærer et uforholdsmessig inngrep, jf. strpl. § 170a. Alder er et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen: Det skal være et alvorlig forhold, med stor risiko for eksempel for at personen skal rekke å videresende ulovlig tatte bilder, for at pågripelsen av en 14-åring anses forholdsmessig. Andre forholdsmessighetsmomenter er om pågripelse vil være en særlig belastning for den det gjelder, og om hun også tidligere har gjennomført lignende straffbare handlinger. Maktbruk er tillatt ved en pågripelse som følge av nødretts- eller nødvergebestemmelsene i strl. §§ 17 og 18, men også den må være forholdsmessig. På den ene side vil maktbruk fort anses uforholdsmessig i forhold til alvoret i av mange av de aktuelle straffebudene i betenkningen. På den annen side vektlegger domstolene stadig hvor alvorlig det er når bilder deles på Internett, med den konsekvens at de aldri i realiteten blir helt borte. Konkret vurdert kan maktbruk være forholdsmessig i slike tilfeller.

Privat pågripelse skal alltid straks føre til overgivelse av den pågrepne til politiet, jf. § 176 annet ledd. Dette innebærer at politiet må varsles med en gang. Hvis ikke politiet kan komme innen rimelig tid, må den pågrepne få gå.[236]

Nevnte tvangsmidler kan være aktuelle for eksempel i barnevernssituasjoner og eller på skoler. Særlig viktig i den forbindelse er at vedkommende mistenkte må være objektivt straffbar, altså tilregnelig, derunder 15 år gammel eller mer.[237] Som hovedregel følger det av strpl. § 174 og påtaleinstruksen § 9-2 at pågripelse av barn under 18 år kun skal skje dersom det er særlig påkrevd, og at det for personer under 16 år bør brukes andre tiltak enn pågripelse.

I noen tilfeller kan for eksempel en barnevernsansatt lovlig gjøre en straffbar handling, fysisk holde igjen en person, eller kaste en mobiltelefon i bakken, eller lignende, dersom handlingen skjer for å redde en tungtveiende interesse, eller for å avverge «et ulovlig angrep», jf. strl. § 18. Vilkårene for *nødrett og nødverge* ble redegjort for over i pkt. 1.2.2.3.1 og 1.2.2.3.2.

Staten er forpliktet til å verne borgernes rett til privatliv etter EMK art. 8. Denne forpliktelsen kan gi politiet grunnlag til å nekte folk å fotografere andre.[238]

Dersom et kamera eller en mobiltelefon antas å ha betydning som bevis i eller vil kunne inndras i en kommende straffesak, eller vil kunne kreves utlevert av fornærmede, kan gjenstanden etter visse vilkår beslaglegges. *Beslag* innebærer rett og slett å frata en person en slik ting. Alt som kan kaste lys over om det er begått en straffbar handling, vil kunne ha betydning som bevis. Ved bruk til billedtagning eller -deling vil typisk en mobiltelefon naturlig nok ha betydning som bevis. Det følger ikke eksplisitt av lovteksten i § 203, men det er et vilkår for beslag at det foreligger skjellig grunn til mistanke om at det faktisk er begått en straffbar handling. Det er *ikke* et vilkår at beslaget eller inndragningen retter seg mot personen som det er skjellig grunn til å mistenke for et lovbrudd, ei heller at det er kjent hvem som mistenkes for den straffbare handlingen.

Hovedregelen er at påtalemyndigheten fatter vedtak om beslag, men også privatpersoner kan under gitte omstendigheter ta beslag når en mistenkt «treffes eller forfølges på fersk gjerning eller ferske spor», jf. strpl. § 206 (1) annet punktum. Beslaget kan tas hos mistenkte, men også hos tredjemann, for eksempel en som har fått overlatt telefonen til seg. I motsetning til for pågripelse, kan beslag også foretas overfor mindreårige lovbrytere. Beslagsregelen gjelder for bevissikring til bruk i den eventuelle påfølgende straffesaksbehandlingen, eventuelt i påvente av statens inndragning av gjenstanden. En kan dermed ikke etter §§ 203 og 206 for eksempel ta beslag i mobiltelefonen og selv slette bilder som er lagret der.[239]

Vurderingen av om beslag kan foretas fordi gjenstanden senere vil kunne inndras, må skje i lys av straffeloven kap. 13. *Inndragning* kan skje både av utbytte av straffbare handlinger, og av ting som er frembrakt ved, har vært gjenstand for, eller har vært brukt eller bestemt til bruk for en straffbar handling, jf. strl. §§ 67 og 69. Inndrag-

[234] Jf. bl.a. Rt. 2011 s. 946, avsn. 13

[235] Sml. Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) s. 130–131 om pågripelse ved naskeri.

[236] Se Justisdepartementets rundskriv G-15/02

[237] Jf. Rt. 2004 s. 887.

[238] Siden forpliktelsen påligger «staten», kan det også tenkes at andre offentlig ansatte har samme kompetanse.

[239] Slik sletting må eventuelt vurderes etter nødretts-, nødverge- eller selvtektsreglene i strl. §§ 17–19. Se over i pkt. 1.2.2.3.

ning skjer uavhengig av om lovbryteren var utilregnelig, for eksempel under kriminell lavalder, og av om han ikke har utvist skyld. Det innebærer for eksempel av der en foresatt har tatt en rekke bilder i barnehagen og publisert på sosiale medier, uten å vite at det var straffbart, gir § 69 hjemmel til å inndra mobiltelefonen bildene er tatt med. Også for inndragning skal forholdsmessigheten av tiltaket vurderes, for eksempel konsekvensene for den som inndragningen foretas mot. At for eksempel en mobiltelefon som har vært brukt til straffbar billedtagning og/eller deling er kostbar, og oppleves som et nødvendig kommunikasjonsmiddel, vil neppe tillegges vekt. Det ligger i inndragningsinstituttets natur at tiltaket vil føles ubehagelig for den det er rettet mot. Det skal derfor en del til før inndragning kan sies å være uforholdsmessig.

Inndragning kan også skje i forebyggende hensikt, jf. strl. § 70. Det kan være aktuelt når det er nærliggende fare for at en ting, f.eks. en mobiltelefon eller en pc, vil bli «gjort til gjenstand for eller brukt ved en straffbar handling». Når det gjelder «informasjonsbærere», er det strengere vilkår for slik inndragning, pga. hensynet til ytringsfriheten.[240] «Forutsetningen for inndragning i disse tilfellene er at det er fare for «uopprettelig skade». Med «uopprettelig skade» menes ikke-økonomisk skade.[241]

Forholdsmessighetsvurderingen etter strpl. § 170a gjelder for beslagsvurderingen på samme måte som for pågripelsesvurderingen, og alder vil dermed være et tungtveiende argument for om beslag skal foretas.

Rett til å ta beslag omfatter ikke retten til først å ransake en person. *Ransaking* av personer kan foretas på visse vilkår, derunder at det er mistanke om en straffbar handling som kan medføre frihetsstraff (uavhengig av strafferamme). Ransaking kan som hovedregel *ikke* foretas av sivile, kun av politi, jf. §§ 197 og 198. Dersom en privatperson foretar pågripelse, slik beskrevet over, kan han likevel ransake den pågrepne for å ta fra henne ting som «den pågrepne kan bruke til vold eller til å unnvike», jf. strpl. § 178 annet ledd. En mobiltelefon eller øvrig kamera kan som neppe som hovedregel falle innunder de to bruksalternativene.

[240] Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kap. 26.5.3 s. 348 første spalte.
[241] Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) kap. 30.1 s. 465 første spalte.

1.4.1.1 Besøks- og oppholdsforbud

Avslutningsvis nevnes helt kort to andre straffeprosessuelle reaksjoner for personer både over og under 15 år. Påtalemyndigheten har i en del tilfeller kompetanse til å ilegge personer besøks- eller oppholdsforbud. *Besøksforbud*, jf. strpl. § 222a, kan nedlegges overfor enkeltperson dersom det er grunn til å gro at de/n f.eks. vil (1 b) forfølge en person, eller (1 c) på annet vis krenke en annens fred, eller (1 d) begå ordensforstyrrelser som er særlig belastende for en annen person. Reaksjonen kan gå ut på oppholdsforbud på et bestemt sted, f.eks. en skole, barnehage eller sykehus, men også besøks- og kontaktforbud i forhold til en bestemt person.

Oppholdsforbud for personer under 15 år, jf. strpl. § 222 c, kan ilegges når det er grunn til å tro at opphold øker faren for at personen begår en ellers straffbar handling. Det er ikke krav til strafferamme. Forholdsmessighetsvurdering for reaksjonen må foretas etter § 170a, og et alvorlighetskrav ligger i den vurderingen. Et slikt forbud kan tenkes å være aktuelt for eksempel dersom en forsmådd mindreårig kjæreste sjikanerer eks-kjæresten på en annen skole eller lignende ved å følge etter og ta bilder som publiseres i sosiale medier. Det er åpenbart ikke et krav om at vedkommende må kunne *straffes* når en vurderer om det er fare for en ellers straffbar handling – i denne bestemmelsen er selve poenget å ha et tvangstiltak overfor mindreårige.

1.5 Utvalgte typetilfeller

I det følgende gis noen eksempler og tilknyttede strafferettslige vurderinger av noen utvalgte typetilfeller som antas å kunne være typiske for Åpenhetsutvalgets sektorer.

1.5.1 Eksempel 1 – Barnehagen

Det er høstfest i barnehagen, og alle barna løper omkring ute. Flere foreldre tar bilder, til dels av sine barn, til dels av barna i lek sammen med flere andre. Barnehageansatte tar også bilder. Noen av fotografiene er av barn som har stilt seg opp og smiler til kamera, andre tas uten at barna er klar over det. Noen av bildene viser tydelig ansikter, andre bare barna bakfra.

I etterkant av høstfesten legger både noen foreldre og barnehagen ut bilder på barnehagens åpne Facebook-side. Flere andre foreldre reagerer, og ber om at bildene slettes. Bildene slettes

fra nettsiden, med unntak av de bildene som bare viser barn bakfra.

Strafferettslig vurdering:

Fotograferingen er i seg selv ikke straffbar. Spørsmålet er om delingen på barnehagens Facebook-side er straffbart i seg selv, og om slettingen eventuelt endrer situasjonen.

Etter åndsverkloven (åvl.) § 79, jf. § 104, er det forbudt å dele bilder offentlig uten den avbildedes samtykke. Når barnehagens Facebook-side er åpen, er bildene som er opplastet dit, klart delt offentlig, jf. straffeloven (strl.) § 10. Dersom siden var tilgjengelig kun for medlemmer, ville 20–30 medlemmer vært tilstrekkelig, eventuelt at siden var åpen for at flere medlemmer kunne komme til.

De avbildede barna kan selv ikke samtykke til deling. For at slik deling skal være tillatt, må da foreldrene eller verge ha samtykket. Selv om det er tydelig at noen fotograferer, f.eks. fordi de anvender et stort, profesjonelt kamera, kan ikke manglende eksplisitt motstand tolkes som samtykke til å publisere bildene offentlig. Smarttelefoner brukes ofte til rask fotografering og deling av bilder på sosiale medier. Dersom det var fast praksis i barnehagen at bilder ble lagt ut på Facebook-siden deres, kan det tenkes et vedvarende samtykke fra foreldrene – men dette ville i så fall være et unntak som bør tolkes restriktivt.[242] Et annet unntak fra samtykkekravet kunne være dersom bildene ikke fokuserte spesielt på noen av barna, men kun på festen som sådan, jf. åvl. § 104 bokstav c. Barnehagen er imidlertid ikke et allment tilgjengelig sted, og etter forholdene ville det neppe vært spesielt komplisert for fotografen å innhente samtykke fra de aktuelle foreldrene – for eksempel ved en generell forespørsel til alle som skulle delta på festen. Unntaket ville dermed neppe kommet til anvendelse.

Et annet spørsmål er om det bare er bildene som viser ansiktene til barna som krever samtykke. Dersom det er mulig å identifisere dem, må samtykke også foreligge for bilder som kun viser barna bakfra. Det at bildene det er tale om her er fra en bestemt barnehage, og det aktuelle barnets høyde, hårfarge/-lengde, samt ev. klær, er synlige, kan tale for at det er mulig for flere å identifisere barna, uavhengig av om ansiktet er klart synlig.

Straffbarheten er ikke avhengig av om bildene slettes. Overtredelsen av åvl. §§ 79 jf. 104 er fullbyrdet i det bildene er delt offentlig, idet de er «fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer», jf. straffeloven (strl.) § 10 annet ledd.

Skal de aktuelle foreldrene eller barnehageansatte straffes for overtredelsen, må de i tillegg ha utvist skyld i form av forsett, være tilregnelige og det må ikke foreligge straffrihetsgrunner. Forsettet må omfatte selve fotograferingen og den offentlige delingen. Sistnevnte fordrer forsett også for det *offentlige*, dvs. at bildene ble, eller kunne bli, tilgjengelige for 20–30 personer.[243] Straffbarhet forutsetter at gjerningspersonens skyld omfatter alt i det aktuelle straffebudet. Det kan tenkes at forelderen ikke visste at delingen var straffbar, altså at han var i såkalt rettsvillfarelse, jf. strl. § 26. Slik rettsvillfarelse fører bare til frifinnelse dersom den er unnskyldelig, det vil si at gjerningspersonen var i aktsom god tro. Terskelen for slik frifinnelse er høy. Det kreves at alminnelige, voksne samfunnsborgere har oversikt over norsk lov, og en forelder vil som klar hovedregel ikke høres med at han ikke kjente til delingsforbudet i åvl. §§ 79 jf. 104.

1.5.2 Eksempel 2 – Omsorgsbolig

Gjennom hele sommeren tar sommervikaren en rekke bilder ved institusjonen han er ansatt ved. Hyggelige selfies av seg selv om de som bor der, men også bilder av dem i intime situasjoner tatt uten at de er klar over det: Under toalettbesøk, stell og skifting. Brukerne kan i større og mindre grad identifiseres. Selfies'ene legger vikaren ut på Instagram og Facebook, hvor han har rundt 300 venner, med undertekster om hvor hyggelige folk han jobber med. De intime bildene viser han i løpet av høsten til 10–12 studievenner ved sykepleierstudiet. En av dem varsler omsorgsboligen, hvor de begge er vikarer. De avbildede brukerne blir varslet.

Strafferettslig vurdering:

Delingen av selfies'ene på Instagram eller Facebook rammes av åvl. §§ 79 jf. 104, med mindre brukerne har samtykket (og er samtykkekompetente) til slik deling. Delingsstedene med et slikt antall følgere, er klart offentlige. At det ikke er onde hensikter med delingen, er ikke relevant for straffbarheten. Jeg viser forøvrig til vurderingen over i eksempel 1, og pkt. 1.3.2 i selve betenkningen.

[242] Hovlid (2016) pkt. 5.2, s. 157.

[243] Jeg viser til pkt. 2.2.1 over for nærmere forklaring av de ulike skyldformene.

De intime bildene er ikke delt offentlig, men med en mindre gruppe venner. Det foreligger heller ikke samtykke til fotografering eller deling. Når delingen ikke er skjedd offentlig, rammes ikke forholdet hverken av åndsverklovens regler, eller eventuelt av straffebudet om krenkelse av privatlivets fred (strl. § 267). Spørsmålet er om fotograferingen og/eller delingen kan omfattes av a) brudd på taushetspliktregler, og/eller b) straffebudet om hensynsløs adferd.

Vikarens arbeid må anses som å yte helsehjelp med pleie- og omsorgsformål, og arbeidet hans er dermed regulert av helsepersonellovens regler (blant annet) om taushetsplikt, jf. §§ 3 og 21. Brudd på taushetsplikten er straffbart både etter straffeloven § 209 og helsepersonelloven § 67, hvor sistnevnte særlig retter seg mot mindre alvorlige overtredelser. Forholdet i eksempelet er relativt grovt, og må anses å høre under straffelovens straffetrussel.

Straffeloven § 209 gjør straffbart å røpe opplysning en har taushetsplikt om i henhold til blant annet lovbestemmelser. Etter helsepersonelloven § 21 skal helsepersonell «hindre at andre får […] kjennskap til opplysninger om folks legems- eller sykdomsforhold eller andre personlige forhold som de får vite om i egenskap av å være helsepersonell». Sommervikaren har tatt bilder av pasienter/brukere i situasjoner som han er involvert i på grunn av sitt arbeid, og latt andre uten lovlig tilgang få kjennskap til dem ved å vise frem bildene. Det er ikke klart fra eksempelet om bildene fremstiller personene slik at sykdomsforhold fremkommer, men at nevnte situasjoner må antas å vise fysiske forhold knyttet til de enkeltes legeme. Intime bilder hvor avbildede kan identifiseres, er helt klart opplysninger om «personlige forhold». Identifiseringsgraden avhenger ikke kun av om ansiktet til den avbildede også fremkommer, men om (de delene av) kroppen sett i sammenheng med omstendighetene gjør at den kan identifiseres på bildene.[244] De objektive vilkårene for straff etter straffeloven § 209 er etter dette oppfylt.

Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet. Skylden må omfatte både fremvisningen av bildene, og at fremvisningen (delingen) ulovlig røpet de avbildedes personlige forhold. Det synes klart i eksempelet at det foreligger forsett. For eksempelets skyld kunne man tenke seg at sommervikaren trodde han hadde fått samtykke fra de avbildede til å ta og vise bildene til andre. Samtykket ville i så fall gjort at taushetspliktbruddet ikke var straffbart, jf. helsepersonelloven § 22 første ledd. Men hvis det ikke forelå et gyldig samtykke, er spørsmålet da om sommervikaren utviste grov uaktsomhet når han tok feil i at han hadde fått et slikt samtykke. Vurderingen er i så fall om han ved sin feiloppfatning har utvist en «kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet».[245] Jo mer sensitive opplysninger er, jo viktigere må det være at det fremtrer klart at det er gitt et gyldig samtykke.[246] Siden det her er tale om intime bilder av privat karakter, må det stilles strenge krav til vikarens visshet om samtykket. Grov uaktsomhet vil foreligge dersom det fremstår kvalifisert klanderverdig ikke å forsikre seg fullt ut om at det gyldig er gitt samtykke til å vise frem bilder av en slik karakter.

Vurderingen av taushetspliktbrudd stiller seg ikke annerledes for bildene som deles med en annen vikar ved omsorgsboligen, selv om de to er kolleger ved samme institusjon. Deling av taushetsbelagt informasjon med annet helsepersonell er kun lovlig dersom det er nødvendig av hensyn til brukerens behandling eller oppfølging, det foreligger samtykke, eller om det er et annet rettsgrunnlag, jf. helsepersonelloven kapittel 5. I eksempelet her er ingen av unntakene aktuelle. Forutsatt at de øvrige straffbarhetsvilkårene er oppfylte (skyld i form av forsett eller grov uaktsomhet, tilregnelighet og ingen straffrihetsgrunner), kan sommervikaren straffes for overtredelse av straffeloven § 209 på grunn av delingen av bildene.

Spørsmålet er videre om sommervikaren kan straffes for hensynsløs adferd. Vilkårene relevante for sakseksempelet er i så fall at han «ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd» har krenket «en annens fred», jf. strl. § 266. Det er her snakk om at han uten de avbildedes kjennskap har tatt intime bilder av privat karakter av dem, og senere vist disse til flere studievenner.

Å «snikfotografere» mennesker som en har et profesjonelt omsorgsforhold til, i intime og private situasjoner, må anses som moralsk forkastelig, og omfattes av «annen hensynsløs adferd». Likeså hva gjelder det å vise slike bilder til uvedkommende. For at handlingene skal rammes av strl. § 266 er det i tillegg et vilkår om at adferden «krenker en annens fred». Det fremgår at de avbildede blir varslet om hva som har skjedd. Idet bildene er av en art som de fleste vil oppfatte som noe man ikke ønsker delt med fremmede, man

[244] Se f.eks. Rt. 2009. s. 1568 (Snøbrettkjører).

[245] Jf. bl.a. Rt. 1970 s. 1235.

[246] F.eks. Rt. 2010 s. 1474, avsnitt 16.

kan dermed legge til grunn at deres «fred» er krenket. I tillegg til at den fredskrenkende adferden må oppfattes av fornærmede, ligger det i skyldkravet at det må være gjerningspersonens *intensjon* at den avbildede vil få kjennskap til bildene. I eksempelet her fremstår det ikke slik; sommervikaren har ikke tatt og fremvist bildene med det for øye å krenke de avbildede slik at de fikk vite om det. At de *kunne* få vite om det, eller engang om det var påregnelig at de fikk vite om det, er ikke tilstrekkelig til at det foreligger forsett.[247]

Sommervikaren kan etter dette ikke straffes for overtredelse av strl. § 266 om hensynsløs adferd.

Sommervikaren kan for øvrig straffes *både* for overtredelse av åndsverkloven §§ 79 jf. 104, og for taushetspliktbrudd, jf. strl. § 209 jf. helsepersonelloven § 21, jf. strl. 79. Det er klart at selv om det er tale om samme handling/er (billeddelingen/fremvisningen), kan to straffebud som verner forskjellige interesser anvendes ved siden av hverandre (idealkonkurrens). Konsekvensen er blant annet at den eventuelle fengselsstraffen som idømmes, kan forhøyes inntil det dobbelte, jf. strl. § 79 første ledd bokstav a.

1.5.3 Eksempel 3 – Sykehuset/presse

En profilert norsk skistjerne er involvert i en bilulykke. Hun kryper ut av bilen etter krasjet, men er svært skadet. Ambulanse kommer til stedet, og hun blir kjørt til sykehuset. Krasjet og skistjernens tilsynekomst blir filmet av en person i en annen bil, som straks sender filmen til en stor avis. Avisen publiserer ikke videoen, men ved ankomst til sykehuset har videoen lekket til andre mediehus, og via fotografen til sosiale medier. Pressefolk og andre interesserte flokker seg rundt ambulansen og tar bilder av skistjernen. Bilder av henne i ambulansen og enkelte stillbilder fra bilkrasjet illustrerer nyheten, som er hovedsak på flere nettavissider samme kveld.

Strafferettslig vurdering:

Det er flere delforhold som kan være straffbare i eksempelet. 1) Det ene er filmingen av krasjet mv. på ulykkesstedet. 2) Det andre omfatter fotograferingen av skistjernen i ambulansen på sykehuset. 3) Det tredje er publiseringen og delingen av filmen/bildene i media og på sosiale medier. 4) Det fjerde er delingen av filmen fra ulykkesstedet med pressen.

De aktuelle straffebestemmelsene er åndsverkloven §§ 79 jf. 104, straffeloven § 266 om hensynsløs adferd, § 267 om krenkelse av privatlivets fred, og eventuelt § 269 om redaktøransvaret.

1 og 2

For *fotograferingen og filmingen* som sådan, både i delforhold nr. 1 og 2, er det aktuelle straffebudet strl. § 266. Det relevante spørsmålet er om fotograferingen er «skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd» som «krenker en annens fred». Jeg viser av hensyn til betenkningens omfang til vurderingen i eksempel nr. 2 Omsorgsbolig over for innholdet i denne vurderingen.

3

For *delingen av filmen fra ulykkesstedet og fra sykehuset på sosiale medier*, samt *publiseringen av bildene i media*, vurderes dette som brudd på strl. § 267. Spørsmålet er om delingen av bildene utgjør å «gjennom offentlig meddelelse krenke privatlivets fred», jf. første ledd. Film er en «offentlig meddelelse»: Forutsatt at vedkommende som delte filmen på sosiale medier har en «vegg» som er åpen for mer enn 20–30 følgere, er deling av filmen på en slik vegg å anse som «offentlig». Publisering i en nettavis er offentlig, etter samme kriterier. Å krenke «privatlivets fred» innebærer at det er tale om meddelelser som røper relativt sensitive opplysninger vedrørende personens privatliv. Hva som ligger i «privatlivets fred» beror på en vurdering av flere momenter. Det er irrelevant at bildene er tatt på offentlig eller offentlig tilgjengelig sted. I eksempelet er det tale om film og bilder av en person som skadet kryper ut av et bilvrak, samt av personen i/på vei ut av en ambulanse på et sykehusområde. Bildene røper at skistjernen har vært involvert i en bilulykke, at hun er skadet, og at hun legges inn på sykehus. Vi vet ikke hvor mye av skadeomfanget som vises på bildene, eller hvordan hun fremstår. En kan legge til grunn av bildene i alle tilfeller både røper opplysninger om hennes helse, og hennes tilstedeværelse i en kollisjon, som i seg selv vil kunne være gjenstand for politietterforskning. I den grad bildene gjør at skistjernen kan identifiseres, enten ved bruk av nav-

[247] Sml. HR-2017-1245-A, særlig avsnitt 22. En kunne muligens oppstille dolus eventualis-forsett, det vil si at dersom han så for seg at bildene kunne komme til de avbildedes kjennskap, og oppfattes fredskrenkende, og at han i så fall faktisk bestemte seg for likevel å ta og fremvise bildene, ville det foreligge forsett i form av dolus eventualis. Det blir imidlertid for spekulativt på bakgrunn av eksempelet.

net hennes eller det som fremkommer på bildet, vil dette være opplysninger som vedrører privatlivet. (Dersom bildene ikke ble ansett som meddelelser som krenket privatlivets fred, kunne de vært straffbare etter åvl. §§ 79 jf. 104, siden det ville være tale om bilder publisert uten avbildedes samtykke.) Var skistjernen ikke identifiserbar, ei heller ved sammenstilling f.eks. av nummerskilt på bilen og at bildet viste henne bakfra, vil bildene neppe være privatlivskrenkende.

Det at bildene viser private forhold, er ikke tilstrekkelig for straffansvar. For at meddelelsen skal «krenke» privatlivets fred, må den både 1) faktisk krenke vedkommende, og 2) objektivt sett anses som rettsstridig. Etter rettspraksis skal det gjøres en avveining mellom vern av privatlivet og hensynet til ytringsfriheten.[248] Det legges til grunn at skistjernen oppfattet den allmenne spredningen av bildene/filmene som privatlivskrenkende. For 2) er det særlig relevant for sakseksempelet å vurdere om offentliggjøringen ikke skal anses rettsstridig på grunn av hensynet til allmennhetens interesse av innsyn i bildene. Det er etter rettspraksis fra Høyesterett og EMD klart at kjente personer må tåle at de er i offentlighetens søkelys også i mer private situasjoner.[249]

Det er klart at ikke bare saker av ren nyhetsverdi, men også saker som kun har *informasjonsverdi* kan ha legitim allmenn interesse.[250] Saken i eksempelet må anses å ha stor informasjonsverdi både i Norge og dels internasjonalt. Likevel vil hensynet til allmenn interesse veie mindre i slike saker som har primært har informasjonsverdi. Privatlivsvernet til skistjernen veier tyngre i en sak hvor hun i utgangspunktet ikke opptrer som offentlig person som sådan, saken er ikke en offentlig handling, og det heller ikke kan anses viktig av for allmennheten å få kunnskap til for eksempel hennes helsetilstand. En kan muligens vurdere dette annerledes dersom hendelsen foregikk rett i forkant av ski-VM, og vedkommende skulle deltatt for Norge. *Hvordan* opplysningene er skaffet til veie kan også spille en rolle for rettsstridsvurderingen. Særlig for bildene tatt ved sykehuset, i og ved ambulansen, kan de vurderes som å stamme fra en adferd som særlig for «kjendiser» kan oppleves som trakassering.[251] Disse momentene knyttet til allmennhetens interesse, og for eksempel konteksten for fotograferingen og den påfølgende publiseringen, må avveies mot graden av krenking av skistjernens privatliv. Hun har liten mulighet i situasjonen til å verne seg mot fotograferingen og publiseringen, og dermed liten grad av autonomi over eget privatliv, i en sårbar situasjon. Gitt knappheten av opplysningene i eksempelet, er avveiningen vanskelig å foreta. Avhengig av hvor integritetskrenkende bildene er, vil publisering av bilder tatt under nevnte forhold, som ikke har spesielt stor nyhetsverdi, antakeligvis utgjøre rettsstridig krenkelse av privatlivets fred.

Skyldkravet er forsett. Forsettet må dekke både delingen av bildene/filmen, og at nedslagsfeltet er offentlig. Det er ingenting i sakseksempelet som tyder på at ikke delingen av bilder er foretatt med hensikt. For at straff skal kunne idømmes må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunner, og gjerningspersonene må være tilregnelige.

4

For *delingen av film fra krasjet med pressen.*

Delingen av filmen til en avis er ikke i seg selv å publisere eller meddele filmen offentlig. Dersom delingen skal være straffbar, må det være som medvirkning til pressens eventuelle videre offentlige publisering i avisen/media. Legger en til grunn at for eksempel en journalist kan straffes for privatlivskrenkelse ved publisering av filmen, jf. vurderingen rett ovenfor, kan den initiale delingen anses som straffbar medvirkning til denne privatlivskrenkelsen, fordi delingen innebar å yte journalisten bistand til å gjennomføre den straffbare handlingen, jf. strl. § 15. Medvirkeren må i så fall også ha utvist forsett for at journalisten skulle publisere filmen offentlig, og for at filmen ville bidra til publiseringen. Når det gjelder journalistens straffansvar, vil dette, som så vidt nevnt over, medføre en del svært vanskelige grenseoppganger i forhold til journalistens yrkesmessige ytringsfrihet i lys av rollens samfunnsoppdrag. Pressen er langt på vei avhengig av denne formen for tilgang til opplysninger for å ivareta samfunnsoppdraget. Det kan tenkes at en som hovedregel kan ut fra at i hvert fall ansvarlige medier vil gjøre de korrekte vurderinger både rettslig og presseetisk, og at denne vurderingen er et moment av generell betydning for medvirkningsansvarets rekkevidde i disse situasjonene.

[248] Bl.a. Rt. 2008 s. 1480 A (Bryllupsfoto), Rt-2007-687 (Big Brother) og i Rt-2008-489 (Plata).

[249] F.eks. Couderc og Hachette Filipacchi Associés mot Frankrike, og Rt. 2007 s. 687.

[250] Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto), *Lillo-Steenberg og Sæther mot Norge.*

[251] F.eks. *Von Hannover 1*, avsn. 59, 68–69, slik også vist til i Rt. 2008 s. 1089.

5

I den grad film og bilder publiseres i en trykt avis eller kringkastingssending, kan *redaktøransvaret* medføre straff dersom redaktøren kunne pådratt seg straff for det underliggende forholdet om hun kjente til det. En nettavisredaktør ilegges ikke samme ansvar, men dersom publiseringen skjedde gjennom en nettavis sin TV-sending, så som VGTV.no, kan dette muligens stille seg annerledes.

Strl. § 269 åpner for å idømme medvirkningsansvar for en redaktør når hun *ikke* kjenner innholdet i meddelelsene som trykkes, men på egenhånd oppfyller skyldkravet i det underliggende straffebudet *dersom* hun hadde kjent til innholdet. De relevante bestemmelsene for tilfellet her er strl. §§ 266 eller 267. Hvis hun *kjenner* for eksempel bildenes krenkende karakter eller at de er resultat av hensynsløs adferd mot avbildede, og likevel lar dem trykke, skal straffansvaret vurderes som medvirkning til de underliggende bestemmelsene – ikke etter § 269.

For omfangets skyld vurderes bare det eventuelle ansvaret etter § 267. Redaktøren må i så fall forsettlig fysisk eller psykisk ha bidratt til at en person, som hun har redaktøransvar for vedrørende det aktuelle materialet, «gjennom offentlig meddelelse [har] krenke[t] privatlivets fred» for skistjernen. Å tillate publisering av de aktuelle bildene vil innebære å bidra til den offentlige meddelelsen. Spørsmålet er om redaktøren også har hatt forsett for å ha bidratt til at publiseringen innebærer en rettsstridig fredskrenkelse. En konkret vurdering av det spørsmålet fører for langt å vurdere her sett hen til informasjonen i sakseksempelet.

Det bemerkes for øvrig at i de fleste tilfeller vil terskelen for straffbarhet for journalister og redaktører være høy. Det er en følge av det generelle samfunnsoppdraget redaktøren og journalisten utfører i kraft av sine stillinger.

1.6 Kilder

Lover:

Åndsverkloven (åvl.): LOV-2018-06-15-40
Obduksjonsloven LOV-2015-05-07-26
Helseregisterloven: LOV-2014-06-20-43
Barnehageloven: LOV-2005-06-17-64
Straffeloven (strl.): LOV-2005-05-20-28
Friskolelova: LOV-2003-07-04-84
Helsepersonelloven: LOV-1999-07-02-64
Pasient- og brukerrettighetsloven: LOV-1999-07-02-63
Menneskerettsloven: LOV-1999-05-21-30
Opplæringslova: LOV-1998-07-17-61
Barnevernloven: LOV-1992-07-17-100
Forvaltningsloven (fvl.): LOV-1967-02-10
Åndsverkloven 1961: LOV-1961-05-12-2 (Opphevet)
Fotografiloven: LOV-1960-06-17-1 (Opphevet)
Straffeloven 1902: LOV-1902-05-22-10 (Opphevet)
Grunnloven (Grl.): LOV-1814-05-17

Forarbeid:

Prop. L 104 (2016–2017) *Lov om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven)*
Prop. 42 L (2015–2016) *Endringer i straffeloven og straffeprosessloven (personforfølgelse, forberedelse til tvangsekteskap mv.)*
Prop. 53 L (2012–2013) *Endringer i straffeloven 1902 mv. (offentlig sted, offentlig handling m.m.)*
Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – sluttføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)*
Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpende og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)*
Ot.prp. nr. 90 (2003–2004) *Om lov om straff*
Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) *Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)*
Ot.prp. nr. 66 (2001–2002) *Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)*
Ot.prp. nr.13 (1998–1999) *Om lov om helsepersonell mv.*
Ot.prp. nr. 54 (1994–1995) *Om lov om endringer i åndsverkloven m.m*
Ot.prp. nr. 53 (1992–1993) *Om lov om endringer i straffeloven m.v (hvitvasking av utbytte fra straffbare handlinger)*
Ot.prp. nr. 20 (1991–1992) *Om endringer i straffeloven og skadeserstatningsloven m.m (seksuelle overgrep mot barn)*
Ot.prp. nr. 3 (1976–1977) *Om lov om endringer i lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m. m.)*
Ot.prp. nr. 41 (1954) *Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov […]*
Ot.prp. nr. 37 (1938) *Om forandringer i straffelovgivningen*

Innst. O. III (1955) *Tilråding fra justiskomitéen om endringer i den almindelige borgerlige straffelov [...]*
NOU 2011: 20 *Ungdom, makt og medvirkning*

Rundskriv:

Justisdepartementets rundskriv G-15/02
Riksadvokatens rundskriv nr. 4 for 2008 (RA-2008-4)

Norske dommer:

HR-2018-2315-A
HR-2018-871-A
HR-2018-1487-U
HR-2018-471-U
HR-2017-1245-A
HR-2017-717-U
HR-2017-568-A
HR-2016-2263-A (Snapchat)
Rt. 2015 s. 815
Rt. 2015 s. 746
Rt. 2015 s. 624
Rt. 2015 s. 93
Rt. 2014 s. 669
Rt. 2013 s. 588
Rt-2013-143 (Avfallsservice)
HR-2012-2056
Rt. 2012 s. 1211
Rt. 2011 s. 946
Rt. 2010 s. 845
Rt. 2010 s. 258
Rt. 2009. s. 1568 (Snøbrettkjører)
Rt. 2009 s. 265 (Memo)
Rt. 2008 s. 1089 (Bryllupsfoto)
Rt. 2008 s. 867
Rt. 2008 s. 489 (Plata)
Rt. 2007s. 687 (Big Brother)
Rt. 2006 s. 466
Rt. 2005 s. 1651
Rt. 2005 s. 1089
Rt. 2004 s. 887
Rt. 2004 s. 849
Rt. 2002 s. 1020
Rt. 2001 s. 428
Rt. 1996 s. 226
Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross)
Rt. 1992 s. 1639
Rt. 1992 s. 854
Rt. 1992 side 733
Rt. 1984 s. 1197
Rt. 1984 s. 1160
Rt. 1983 s. 1519
Rt. 1983 s. 1268 (Ludder)
Rt. 1981 s. 970.
Rt. 1981 s. 21 (Alta)
Rt. 1979 s. 1606
Rt. 1973 s. 1451
Rt. 1971 s. 325
Rt. 1968 s. 314
Rt. 1960 s. 1147
Rt. 1954 s. 989
Rt. 1939 s. 550
Rt. 1936 s. 740
Rt. 1916 s. 1245
LA-2018-12214
LE-2018-69996
LF-2018-90148
LA-2017-111088
LE-2016-5099
LA-2010-147491
RG-2007-1345
TSAFO-2018-69958
TLARV-2017-131949
TSAFO-2017-33010
TAHER-2016-136649
TSAFO-2016-115404

Avgjørelser fra EMD

Braun v. Poland, application no. 30162/10, 04.11.2014
K.U. v. Finland, application no. 2872/02, 02.12.2008
Egill Einarsson v. Island no. 1, application no. 24703/15, 07.02.2018
Mosley v. Great Britai, application no. 48009/08, 10.05.2011
Von Hannover v. Germany no. 1, application no. 59320/00, 24.06.2004
Von Hannover v. Germany no. 2, application nos. 40660/08 and 60641/08, 07.12.2012
Couderc and Hachette Fillipachi Associés v. France, application no. 40454/07, 10.11.2015
Flinkkilä and others v. Finland, application no. 25576/04, 06.04.2010
Saaristo and others v. Finland, application no. 184/06, 12.10.2010
Axel Springer AG v. Germany, application no. 48311/10, 10.07.2014
Annen v. Germany, application no. 3690/10, 26.11.2015
Irene Wilson v. Great Britain, application no. 10601/09, 23.10.2012
Reklos og Davourlis mot Hellas, application no. 1234/05, 15.01.2009
Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway, application no. 13258/09, 16.01.2014

Eerikäinen and others v. Finland, application no. 3514/02, 10/02-2009
Peck v. Great Britain, application no. 44647/98, 28.01.2003

Forordning

Personvernforordningen (GDPR): Europaparlamentets- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

Høringsnotat

Høringsnotat om endringer i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), juni 2018, snr. 18/3556, s. 11
(https://www.regjeringen.no/contentassets/
219155389605490381b813ed4cb82ce2/
horingsnotat--endringer-i-straffeloven-mv..pdf

Litteratur

Andenæs, J. *Spesiell strafferett,* 3. utg., 1996.
Auglend, R. og H.J. Mæland. *Politirett*, Oslo: Gyldendal, 2016 .
Bekkedal, T. «Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – replikk til Ellen Lexerød Hovlid», *Lov og Rett*, 54(2) (2015) s. 126–130.
Bekkedal, T. «Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest». *Lov og Rett*, 54(6) (2014), s. 315–333.
Bernt, J.F. (2017), «Kommentar til Forvaltningsloven» i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Sitert 23.01.2019].
Borvik, B. *Personvern og ytringsfridom – Avveginga mellom kolliderande menneskerettar.* Oslo, Universitetsforlaget, 2012
Borvik, B. *Personvern og ytringsfridom*, Bergen: UiB, 2011.
Frøberg, T. *Strafferett i et nøtteskall*. Oslo: Gyldendal, 2016.
Gröning, L., E.J. Husabø og J. Jacobsen. *Frihet, forbrytelse og straff.* Bergen: Fagbokforlaget, 2015.
Grønvold, S.E. og M Hendis. *Barn og personvern*. Oslo: Kommuneforlaget, 2014.
Halnes, Y. og S. Ugelvik. «Privat provokasjon: Straffeprosessuelle konsekvenser av privates utfordrende etterforskningsvirksomhet.» (kommer 2019).
Hovlid, E.L.: «Krenkelser ved offentliggjøring av private opplysninger og bilder på sosiale medier», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 129 (2–3), s. 138–175.
Hovlid, E.L. *Vern av privatlivets fred*, Oslo: Gyldendal, 2015.
Holmboe, M. «Politiet og personvernet: Retten til eget bilde, særlig på sosiale medier». I: Sunde, I-M og N. Sunde (red.), *Det digitale er et hurtigtog – Politiet i et digitalisert samfunn*). Oslo: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2019.
Høgberg, B.M. «'Nye' Grunnloven §100», *Lov og Rett*, 45 (08-09 (2006), s. 463–485.
Husabø, E.J. *Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, førebuing.* Bergen: Universitetsforlaget, 1999.
Jongers, M. *Retten til eget bilde.* Complex 5/2006.
Manshaus, H. «Ytringsfrihet: Redaktøransvar på internett.» *Tidsskrift for Forretningsjuss* 2/2005, s. 260–280
Matningsdal, M. (2018) «Straffeloven: lov 20. mai nr. 28 2005 om straff: alminnelige bestemmelser: kommentarutgave.» *Juridika*. Sitert 21.01.2019.
Matningsdal, M. (2018b). «Straffeloven: lov 20. mai nr. 28 2005 om straff: alminnelige bestemmelser: kommentarutgave.» *Gyldendal rettsdata.no*. Sitert 21.01.2019.
Matningsdal, M. «Medvirkning til straffbare handlinger – hovedpunkter». *Jussens venner* 43 (06) (2008), s. 357–383.
Mæland, H.J. «Kapittel 39: Forseelser mod person.» I A. Bratholm & M. Matningsdal (Red.), *Straffeloven med kommentarer: Tredje Del. Forseelser* (s. 206–235). Oslo: Universitetsforlaget, 1998.
Mæland, H.J. «Kapittel 23: Ærekrenkelser». I A. Bratholm & M. Matningsdal (Red.), *Straffeloven med kommentarer: Annen del. Forbrytelser* (s. 630–661). Oslo: Universitetsforlaget, 1995.
Mæland, H.J. *Ærekrenkelser*. Doktorgrad, UiB, 1986.
Mæland, H.J. «Retten til eget bilde og fotografilovens § 15». *Lov og Rett* 1985, s. 195–224
Strømme, V. «Privatlivets vern: Rettsavklaring og rettsutvikling.» *Festskrift til Tore Schei*. Oslo: Universitetsforlaget, s. 345–364, 2016.
Sunde, I-M.: *Datakriminalitet: en fremstilling av strafferettslige regler om datakriminalitet.* Bergen: Fagbokforlaget, 2016.
Tokvam, O. «Personvern og straffeansvar -straffelovens § 390». *Complex* 4/1995.
Wessel-Aas, J. og M. Ødegaard. *Personvern: publisering og behandling av personopplysninger.* Oslo: Gyldendal, 2018.

Woxholt, G. *Forvaltningsloven med kommentarer*. Oslo: Gyldendal, 2011.

Aarli, R. «Leder: EMD styrker omdømmevernet.» *Lov og Rett,* s. 321–322, 2009.

Norges offentlige utredninger
2018

Arbeids- og sosialdepartementet:
NOU 2018: 6 Varsling – verdier og vern
NOU 2018: 8 Grunnlaget for inntektsoppgjørene 2018

Barne- og likestillingsdepartementet:
NOU 2018: 18 Trygge rammer for fosterhjem

Finansdepartementet:
NOU 2018: 1 Markeder for finansielle instrumenter
NOU 2018: 3 Krisehåndtering i forsikrings- og pensjonssektoren
NOU 2018: 7 Ny lov om offisiell statistikk og Statistisk sentralbyrå
NOU 2018: 9 Regnskapsførerloven
NOU 2018: 10 Nye prospektregler
NOU 2018: 12 Energiaksjer i Statens pensjonsfond utland
NOU 2018: 17 Klimarisiko og norsk økonomi

Helse- og omsorgsdepartementet:
NOU 2018: 16 Det viktigste først

Justis- og beredskapsdepartementet:
NOU 2018: 14 IKT-sikkerhet i alle ledd

Kunnskapsdepartementet:
NOU 2018: 2 Fremtidige kompetansebehov I
NOU 2018: 13 Voksne i grunnskole- og videregående opplæring
NOU 2018: 15 Kvalifisert, forberedt og motivert

Landbruks- og matdepartementet:
NOU 2018: 11 Ny fjellov

Nærings- og fiskeridepartementet:
NOU 2018: 5 Kapital i omstillingens tid

Samferdselsdepartementet:
NOU 2018: 4 Sjøveien videre

Bestilling av publikasjoner

Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
www.publikasjoner.dep.no
Telefon: 22 24 00 00

Publikasjonene er også tilgjengelige på
www.regjeringen.no

Omslagsillustrasjon: Anagram Design AS

Trykk: 07 Media AS – 04/2019

MILJØMERKET TRYKKERI
07 MEDIA – 2041 0379