

JUSTISDEPARTEMENTET	
01 SEPT 2008	
SAKSNR.:	200803489
AVD/KONT/BEH:	LOV/ES/KES
DOK.NR. 38	ARKIVKODE:

Justisdepartementet
Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep.
0030 Oslo

(Sendes også pr e-post: post@jd.dep.no)

Advokat Jon Wessel-Aas

Postadresse: NRK juridisk avdeling
0340 Oslo
Besøksadresse: Bj. Bjørnsons pl. 1

Sentralbord: 23 04 70 00
Telefaks: 23 04 85 50
Telefon direkte: 23 04 84 79
Mobil: 97 06 21 20
E-post: jon.wessel-aas@nrk.no

Norsk rikskringkasting as
Foretaksreg.: N0976 390 512 MVA

www.nrk.no

Deres ref./dato:
200803489 ES KES/mk

Vår ref.:
JWES

Dato:
31. august 2008

Høring - bestemmelser om ærekrenkelser i straffeloven 2005

Det vises til justisdepartementets høringsbrev av 30.05.08, og til senere korrespondanse, sist departementets brev av 22.07.08, hvor Norsk rikskringkasting AS (NRK) ble innvilget forlenget høringsfrist til 01.09.08.

NRK har bedt om min bistand til å formidle sine kommentarer til høringsbrevet m/vedlegg.

Disse kommentarene fremgår nedenfor.

I tillegg har undertegnede, sammen med advokatene Vidar Strømme og Anine Kierulf, på oppdrag fra henholdsvis NRK og Norsk Redaktørforening, utarbeidet et mulig alternativt lovforslag med kommentarer. Dette er *vedlagt* som eget dokument, og i den videre fremstilling vil det på flere punkter henvises til dette for nærmere utdypning av enkelte poenger.

1. Innledning bemerkninger

NRK er tilfreds med at det nå for alvor tas fatt på en totalrevisjon av ærekrenkelsesreglene. Dagens regler er ikke bare unødige kompliserte, men også på flere punkter direkte misvisende i forhold til rettstilstanden, som i stor grad er domstolskapt – de senere 10 årene under klar innflytelse fra Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) slik denne er blitt håndhevet av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Vedtagelsen av menneskerettsloven i 1999 og ikke minst de fire domfellelsene av Norge i EMD i perioden 1999-2007¹, har utvilsomt bidratt til denne utviklingen.

Målet for det pågående revisjonsarbeidet bør blant annet være å reflektere denne utviklingen, samt resultere i norske regler som ikke er utformet så rigide at

¹ Bladet Trømsø, Nilsen og Johnsen, Bergens Tidende og Haukom og Tønsberg Blad.

rettsutviklingen igjen løper fra lovteksten, slik man har opplevd med dagens regler. Et generelt ønske om så klare og konsise lovtekster som mulig, må i den sammenheng til en viss grad måtte vike for innslag av rettslige standarder som gir norske domstoler mulighet for å justere praksis i tråd med EMDs erkjente dynamiske fortolkningspraksis.

I denne sammenhengen er det selvfølgelig viktig at lovgiver hensyntar Norges forpliktelser etter *både* EMK artikkel 8 (om privatlivets fred) og EMK artikkel 10 (om ytringsfrihet).

Fra NRKs side vil man innledningsvis understreke at hensynet til personvernet selvfølgelig er minst like viktig å ivareta som hensynet til ytringsfriheten. Det er tale om gjensidig avhengige størrelser i et demokrati, selv om det også kan oppstå konflikter mellom rettighetene i konkrete saker. NRK vil likevel påpeke at dagens norske regler ikke på noen måte har representert noe manglende vern av personvernet, i forhold til Norges forpliktelser etter EMK artikkel 8. Norge har hittil aldri blitt domfelt for krenkelse av artikkel 8 i en sak hvor pressen er frifunnet i nasjonale domstoler. Derimot har dagens regler vist seg problematiske å håndheve, uten å komme på kant med ytringsfriheten etter artikkel 10, jf blant annet referansen ovenfor til de fire fellende dommene mot Norge.

Ved å lese førstemanuensis Bjørnar Borviks utredning, kan man få inntrykk av at det sentrale med en revisjon av ærekrenkelsesreglene, er å bedre ivareta hensynet til personvernet. Dette inntrykket bekreftes av Borvik selv, i uttalelser gjengitt på nettstedet journalisten.no.² Der uttaler han følgende, med underforstått referanse til de få fellende dommer mot pressen de senere årene: *"Vårt system har hittil vært preget av veldig liten inngripen. Lovforslaget forsøker å skape litt mer balanse."*

Dette vil det kommes tilbake til i flere sammenhenger nedenfor, men NRK vil innledningsvis uttrykke bekymring dersom dette er representativt for departementets syn på problemet med dagens regler.

Det er også viktig innledningsvis å minne om at Grunnloven § 100 også oppstiller visse skranker for hva slags regler som kan vedtas av Stortinget på dette området. NRK legger til grunn at Stortinget (og i første omgang departementet) vil legge stor vekt på denne og på bestemmelsens forarbeider, når man vurderer så vel det materielle innholdet i som sanksjonsalternativene i ny ærekrenkelseslovgivning. Det påpekes i den sammenheng at § 100 annet ledd med begrepet rettslig ansvar (jf *"retslig ansvarlig"*) ikke bare sikter til sanksjonering av ansvar, men også til formelle trusler om ansvar, i form av lovgivning – eller rettsavgjørelser som kan ha en sensurlignende (*"chilling"*) effekt på potensielle, fremtidige ytringer.³ Dette har betydning blant annet i forhold til Borviks forslag og anbefalinger med hensyn til mortifikasjon, som vil kommenteres mer utførlig nedenfor.

2. Grunnleggende svakheter ved utredningens fremstilling av gjeldende rett – og til den rettslige innfallsvinkelen til lovrevisjonen

En viktig premiss for arbeidet med revisjon av dagens lovgivning, er en mest mulig korrekt analyse og fremstilling av gjeldende rett, herunder i tolkning av både Grunnloven § 100 og EMK artiklene 8 og 10 – jf blant annet behovet for å harmonisere nye regler med EMK.

² <http://www.journalisten.no/story/53391>

³ Jf Høyesterett i Rt 2007 s 404 i avsnitt 60

I så måte mener NRK at Borviks utredning svikter på flere punkter og i flere sammenhenger.

For det første fremstiller Borvik utgangspunktet for lovendringsbehovet nærmest som om det er Norges forpliktelser etter EMK artikkel 8 som skaper dette. Det vises til bemerkningene omkring dette ovenfor. Videre vises det til de to innledende punktene i hans utredning, hvor pkt 1.1 er viet til å understreke hvilke forpliktelser artikkel 8 oppstiller med hensyn til vern av ære (og privatlivets fred), mens hovedkonklusjonen i pkt 1.2 er at det i forhold til artikkel 10 ikke finnes holdepunkter i rettspraksis fra EMD for at det er nødvendig å revidere straffelovens ærekrenkelsesregler.

Hans analyser og argumentasjon i den sammenheng har store likhetstrekk med hva som ble anført av enkelte, norske teoretikere på 1990-tallet, herunder av Johs. Andenæs.⁴

I den sammenheng er det betimelig å nevne at det særlig i Ytringsfrihetskommisjonens utredning, herunder i den utredningen fra Kyrre Eggen, som var inntatt som særskilt vedlegg, ble gjort et grundig arbeid omkring flere av de samme spørsmålene. Der var konklusjonene at både selve lovgivningen og norske domstolars konkrete rettsanvendelse var på kant med, og dels i strid med, EMK artikkel 10. Ingen etterfølgende offentlige utredninger fra forvaltningen eller uavhengige kommisjoner har imøtegått det generelle synspunktet.

I ettertid har både de ovennevnte, fire dommene mot Norge, samt Høyesteretts oppfølging av disse i senere års rettspraksis, ganske utvetydig bekreftet disse konklusjonene.

Allerede i 2002 uttalte Høyesterett i Rt 2002 s 764 siste avsnitt, at de endringene i praksis som hadde foranlediget resultatet i den foreliggende saken, utgjorde en "*vesentlig rettsutvikling*".⁵

I senere avgjørelser innenfor injurieretten har Høyesterett videreutviklet sin nye tilnærming, og i dag er det i praksis kun i forhold til gjerningsbeskrivelsen i straffeloven § 247 at selve lovteksten i straffeloven tillegges noen som helst vekt. Når man først har konstatert at det foreligger en objektivt sett ærekrenkende ytring, forlates i praksis straffelovens øvrige system av unntak og nyanser, til fordel for den helhetsvurdering og avveining mellom ytringsfriheten og personvernet, som EMDs praksis gir anvisning på. Denne blir praktisert innenfor rettsstridsvurderingen. Hovedspørsmålet i disse sakene er om det inngrepet i ytringsfriheten som saksøkeren ber om (oppreisning, erstatning og/eller mortifikasjon) er nødvendig i et demokratisk samfunn, jf EMK artikkel 10 (2).

Man kan derfor gjerne si at i forhold til hvorledes injuriersaker i dag *praktiseres* av domstolene, tilsier forholdet til EMK artikkel 10 ikke at det er påkrevet med

⁴ Se blant annet Andenæs "Ytringsfriheten og ærens vern etter Grunnloven § 100 og Europakonvensjonen art. 10" i Lov og Rett 1996 nr 1 s 3. Se også kritikken mot Andenæs' hovedsynspunkter i blant annet Kyrre Eggen "Ytringsfrihet" (Cappelen, 2002), særlig i kapittel 13.8, og oppsummeringen av situasjonen for norsk rett etter de første tre dommene mot Norge i EMD i Pål W. Lorentzen "Ytringsfriheten på fremmarsj" i Lov og Rett 2001 s 67

⁵ Se også omtale av saken i Cato Schiøtz og Vidar Strømme "Paradigmeskifte i injurieretten" i Lov og Rett 2002 nr 7 s 401

lovgiverinitiativ til endring av rettstilstanden. Den tilpasningen til EMK som særlig Høyesterett har sørget for gjennom praksis, har imidlertid fordret at Høyesterett ikke bare har måttet tolke straffeloven innskrenkende, men også at Høyesterett har forlatt selve systematikken/metoden som straffeloven forutsetter.

Det er altså ikke, slik som Borvik fremstiller det, et spørsmål *om* forholdet til EMK artikkel 10 krever en systemomlegging. Systemomleggingen er allerede et faktum, og har skjedd gjennom rettspraksis. Spørsmålet nå er bare om og eventuelt hvorledes selve lovgivningen skal reflektere/kodifisere dette.

Når det er sagt, er det som allerede fremhevet ovenfor, selvfølgelig viktig at en slik kodifisering samtidig hensyntar Norges forpliktelser også etter EMK artikkel 8.

I den sammenheng synes Borviks fremstilling imidlertid dels *unyansert*, dels *unødvendig kompliserende*.

Når Borvik fremstiller de positive forpliktelsene som artikkel 8 oppstiller, gjøres dette etter NRKs mening på en noe overfladisk måte, med for sammenhengen mindre relevante henvisninger, og med alt for kategoriske konklusjoner.

At enkeltindivers ære/omdømme omfattes av hva som *vernes* etter artikkel 8, er korrekt. Dette innebærer i utgangspunktet bare at det dermed er klart at *staten* må avstå fra å gjøre inngrep i enkeltindivers æresvern, med mindre inngrepsvilkårene i artikkel 8 (2) er oppfylt. Dette følger av at artikkel 8 (som EMK for øvrig) først og fremst oppstiller såkalte *negative* forpliktelser for konvensjonsstatene. Det innebærer selvfølgelig også at det i enhver ærekrenkelsessak mellom et enkeltindivid og pressen, vil være legitimt og korrekt å avveie hensynet til ytringsfriheten mot hensynet til æresvernet. Dette er det eneste som kan utledes av henvisningene i utredningen til EMDs dommer i *Radio France and Others vs France*, *Chauvy and Others vs France* og *Cumpana and Masare vs Romania*.

Spørsmålet om statens *positive* forpliktelser – det vil si plikt til å aktivt beskytte mot inngrep, for eksempel fra andre borgere, ved å sanksjonere rettslig mot inngrepet – er et annet spørsmål. NRK er enig i at EMDs praksis viser at statene *kan* ha positive forpliktelser til å verne mot at for eksempel pressen krenker noens ære eller deres privatliv, jf utredningens henvisning til henholdsvis avgjørelsene i *Pfeifer vs Austria* og *von Hannover vs Germany*.

Avgjørelsen i von Hannover-saken (som utelukkende gjaldt privatlivets fred i snever forstand, og ikke æresvernet), er etter NRKs oppfatning forholdsvis avklarende med hensyn til utstrekningen av statens positive forpliktelser i forhold til krenkelser av privatlivets fred i pressen – her inntreffer plikt til å sanksjonere mot offentliggjøring av private forhold ganske snart, dersom offentliggjøringen ikke på noen måte bidrar eller pretenderer å bidra til samfunnsdebatten.⁶

I forhold til ærekrenkende ytringer er rekkevidden av statens positive forpliktelser mindre klar,⁷ og en henvisning alene til Pfeifer-saken bidrar i alle fall ikke til noen særlig klargjøring. Der ble det lagt til grunn at vedkommende klager hadde blitt utsatt for

⁶ Jf også Jon Wessel-Aas "Pressefrihet kontra personvern – nye signaler fra Strasbourg?" i Lov og rett 2005 nr 5-6 s 370 og senere norsk rettspraksis som synes å bekrefte dette, jf særlig Rt 2007 s 687

⁷ Op cit og artikkelens behandlingen av forholdet mellom omdømmevernet og artikkel 8

offentlige beskyldninger om nærmest å ha forsettlig drevet en annen til selvmord – med andre ord en alvorlig beskyldning – uten at beskyldningen hadde noen tilfredsstillende faktisk forankring.

EMDs avgjørelse i *White vs Sweden* – som er en av de meget få andre eksemplene på realitetsavgjørelser i klagesaker etter artikkel 8 etter frifinnende, nasjonale ærekrenkelsesavgjørelser – nevnes ikke av Borvik. Der dreide det seg om forholdsvis alvorlige ærekrenkende beskyldninger om straffbare forhold (herunder mulig delaktighet i drapet på Olaf Palme) mot et enkeltindivid, som det ikke var ført sannhetsbevis for. Klagen ble ikke tatt til følge, i det EMD blant annet under henvisning til artikkel 10 og hensynet til sakens store allmenne interesse, mente at disse hensynene måtte gå foran hensynet til klagerens omdømme. Saken illustrerer at terskelen for å oppstille positive forpliktelser til å domfelle pressen av hensyn til æresvernet er relativt høy.

Dette kan naturlig forklares ut fra det sentrale skille mellom den *offentlige og den private sfære* (eller *rom*), som er fundamental i den liberale, demokratiske grunntanke som begrunner både ytringsfriheten og vernet om privatlivet. Det vises i den sammenheng blant annet til understrekningen av dette i forarbeidene til Grunnloven § 100, og det henvises dit for en bredere fremstilling.⁸

Den private sfære som dekkes av privatlivets fred i snever forstand, skal i utgangspunktet beskyttes både mot inngrep fra det offentlige og fra offentlighetens (allmennhetens) innsyn. Opplysninger om en persons private forhold, vil bare unntaksvis anses å ha noe å gjøre i det offentlige rom. Utgangspunktet her er at offentliggjøring av slike opplysninger ikke underbygger den demokratiske prosess, men snarere undergraver den. Den private sfære er en verdi *i seg selv*, som krever beskyttelse som sådan. Et inngrep i privatlivets fred, rammer ikke bare det enkelte individ, men den private sfære som felles samfunnsgode. Derfor skal det også mindre til for å begrunne sterke begrensninger i ytringsfriheten i forhold til privatlivets fred.

Ytringer som derimot berører en persons offentlige omdømme, uten at rent private forhold berøres, vil pr definisjon regelmessig ha større eller mindre offentlig (allmenn) interesse, fordi de nettopp berører vedkommendes forhold til samfunnet. I denne sfæren er utgangspunktet at man av hensyn til den demokratiske prosess ikke ønsker inngripen i kommunikasjonen. Her blir ytringsfriheten en verdi *i seg selv*, som krever beskyttelse som sådan. Et inngrep i ytringsfriheten på dette området, rammer ikke bare vedkommende ytrer, men ytringsfriheten som felles samfunnsgode. Dette begrunner utgangspunktet om en vid ytringsfrihet med tilsvarende krav om tungtveiende begrunnelse for inngrep i ytringsfriheten.

Dette kommer etter NRKs oppfatning ikke i tilstrekkelig grad frem i Borviks fremstilling, verken i hans generelle behandling av skillet mellom privatliv og omdømme, eller i hans analyser av rettskildene. Dette er imidlertid som nevnt helt sentralt når man skal angi rammene for det pågående lovgivningsarbeidet.

Når man på denne bakgrunn nærmere skal vurdere hvorledes ærekrenkelsesreglene bør se ut etter en revisjon, er det derfor liten grunn til å "overproblematisere" forholdet til artikkel 8.

⁸ Se for eksempel NOU 1999:27 og Ytringsfrihetskommisjonens drøftelser og synspunkter særlig i kapittel 2.3.2, 4.1 og 6.2, som senere fikk støtte både i departementet og i Stortinget

Ser man bort fra eventuell diskusjon omkring hvilke sider av æresvernet som omfattes av artikkel 8 (noe som vil kommenteres i andre sammenhenger nedenfor), antar NRK at det er alminnelig enighet om at så vel æren som privatlivets fred fortsatt skal ha et lovfestet vern mot krenkelser.⁹ Det er også forutsetningen i alt utredningsarbeid hittil.

Dette er det sentrale i forhold til å gi norske domstoler nødvendig lovhjemmel for å kunne håndheve påkrevet vern av æren og privatlivets fred i også i forholdet mellom individer. Således vil man *lovgivningsmessig* ha tilfredsstilt de kravene som kan utledes av artikkel 8, alene ved å lovfeste erstatnings-/oppreisningsansvar for den som krenker noens ære eller privatlivets fred.¹⁰

Hvorvidt vernet vil anses som effektivt nok i den konkrete sak, vil bero på hvorledes lovgivningen *håndheves*.

Så lenge vår lovgivning – sett under ett – ikke inneholder hindre for nasjonale domstoler i å sanksjonere mot krenkelser av de interesser som artikkel 8 verner, vil det derfor være opptil domstolene å sørge for konvensjonsforenlig håndheving, jf også menneskerettsloven.

Når man i denne høringsprosessen – og under de forutsetningene som redegjort for like ovenfor – utreder og diskuterer ny lovgivning som *begrenser ytringsfriheten*, tilsier imidlertid både Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10 at man først og fremst har for øye statens *negative forpliktelser* til ikke å gjøre større inngrep i ytringsfriheten enn nødvendig. Som nevnt ovenfor er det sikker rett at Grunnloven § 100 annet ledd også utgjør en skranke mot lovgivning som begrenser ytringsfriheten ulover hva som kan forsvares, holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser.¹¹ EMDs praksis viser at det også etter EMK er betenkelig med lovgivning som i seg selv oppstiller for vide begrensninger i ytringsfriheten.¹² En lovgivningsteknikk som i for stor grad forutsetter at domstolene må tolke den innskrenkende for at den skal kunne håndheves på en grunnlovs- og konvensjonsforenlig måte, vil derfor i seg selv kunne være i strid med ytringsfriheten.

Borviks tilnærming, jf ovenfor, innebærer derfor en klar fare for at Stortinget ledes til å vedta ny lovgivning som, på samme måte som dagens lovgivning, vil måtte tolkes sterkt innskrenkende og i verste fall måtte bortfortolkes, for at domstolene skal forhindre konvensjonskrenkende inngrep i ytringsfriheten. Departementet oppfordres derfor til å forankre det videre arbeidet i det grunnleggende og omfattende utredningsarbeidet som ble gjort i forarbeidene til Grunnloven § 100.

⁹ NRK støtter også prinsipielt tanken om å grunnlovsfeste privatlivets fred, et spørsmål som for tiden behandles av Personvernkommisjonen, men som det ikke hører hjemme å diskutere videre i nærværende høringsrunde.

¹⁰ Som det kommes tilbake til nedenfor, synes det klart at EMK ikke under noen omstendigheter oppstiller krav om strafferettslige eller andre sanksjoner ved krenkelser av privatlivets fred eller æren. Derimot tyder EMDs praksis på at det bør finnes muligheter for idømmelse av økonomisk kompensasjon, hvis for eksempel pressen begår slike krenkelser, jf *Peck vs United Kingdom*, selv om diskusjonen der i forhold til pressen, relaterte seg til kravet om effektiv prøving av anførsler om konvensjonskrenkelse, jf artikkel 13.

¹¹ Se fotnote 3

¹² Se blant annet *Gaweda vs Poland* avsnitt 43, hvor et lignende synspunkt fremkommer i tilknytning til drøftelse av lovskravet i vedkommende sak.

3. Hvilke sider av æren bør ha rettslig vern?

Borvik anbefaler, i motsetning til Straffelovkommisjonen, å videreføre et særskilt vern av den subjektive æresfølelsen – riktignok med den modifikasjon at et vilkår er at den krenkende ytringen oppfattes av minst én tredjeperson.

NRK viser her generelt til Straffelovkommisjonens anbefaling og den nærmere begrunnelsen for denne i kommisjonens delutredning VII s 440.¹³ NRK deler kommisjonens syn på dette punkt. Æresfølelsen vil – i den grad EMK eller andre folkerettslige forpliktelser krever det, noe som anses som uklart – ha et mer enn fullgodt vern gjennom alternativene omdømmevernet, vernet av privatlivets fred og/eller vernet mot de fredskrenkelser som straffeloven § 390a vernar i dag, og som forutsettes videreført i ny straffelov, jf kommisjonens skisse til § 26-10.¹⁴

For øvrig viser NRK til vedlagte alternative lovforslag med kommentarer, når det gjelder hva som bør omfattes av en revidert bestemmelse om vern mot ærekrenkelser.

4. Om avdødes omdømmevern

Selv om man kan stille alvorlige spørsmål ved *hvem* som egentlig søkes vernet, dersom man skal opprettholde et eller annet vern av avdødes ære, og selv om det eksisterende vernet ikke synes å ha hatt nevneverdig betydning i praksis, har ikke NRK prinsipielle innvendinger mot tanken om et visst vern mot krenkelser av avdødes omdømme. Dette må i så fall først og fremst begrunnes i at avdødes nærmeste familie kan ha behov for å kunne "forsvare" avdødes omdømme. Forutsetningen er at man her på samme måte som for det alminnelige omdømmevernet, ivaretar hensynet til ytringsfriheten.

Dessuten synes det innlysende at behovet for et slikt vern, veid opp mot hensynet til ytringsfriheten og særlig til behovet for vide rammer for forskning, journalistikk og andre bidrag til historiefremstilling, må sies å avta betraktelig med årene som går etter den venedes død, slik at et eventuelt vern ikke bør gjelde i mer enn 15 år etter vedkommendes død.

Disse forutsetningene er reflektert i det vedlagte, alternative lovforslaget med kommentarer.

5. Overføring av æresvernet til sivilretten

NRK er prinsipielt motstander av å straffesanksjonere ærekrenkelser, og mener av flere grunner at tiden er overmoden for å avkriminalisere ærekrenkelser.

For det første viser erfaringen fra moderne tid at straff for ærekrenkelser ikke anvendes i nevneverdig grad. I forhold til ærekrenkelser fremsatt i media – som er det typiske når det gjelder omdømmevernet – er de seneste tilfellene av henholdsvis bøte- og fengselstraff bøtelegging av to journalister i 1995 og en betinget fengselstraff mot en redaktør i 1979. I alle andre saker mot pressen, velger saksøkeren å kreve rent sivilrettslige sanksjoner –

¹³ NOU 2002:4

¹⁴ Jf også Datakrimitvalgets kommentarer til § 390/ny § 26-10 i NOU 2007:2 i kapitlene 3.5.14, 5.14 og 5.6.7, der man særskilt tar opp krenkelser som skjer via elektronisk midler, så som internett

først og fremst erstatning og/eller oppreisning. Offentlig påtale må anses som nærmest uaktuelt i dag, noe som bekreftes av Riksadvokaten i et påtegningsark i den såkalte "Plata-saken". Der sier Riksadvokaten følgende på generelt grunnlag: "Det skal – etter praksis – svært meget til før påtalemyndigheten reiser offentlig straffesak i ærekrenkslessaker".¹⁵

Videre er det i forhold til våre folkerettslige forpliktelser – særlig etter EMK – klart at straff for ærekrenkelser, særlig i form av fengselstraff, blir møtt med en stor grad av skepsis i den proporsjonalitetsvurderingen som foretas etter artikkel 10 (2). Det må på bakgrunn av EMDs praksis antas at det som hovedregel vil anses som en disproportjonal sanksjon, og derved konvensjonsstridig. Her kan det blant annet vises til EMDs avgjørelse i *Cumpana and Masare vs Romania*, hvor en ellers akseptabel domfellelse ble ansett som krenkelse på grunn av bruk av straff som sanksjon. I *Hertel vs Switzerland* illustreres skepsisen ved at alene den formelle trusselen om straff ved eventuell overtredelse av en forføyning, ble tillagt vekt som et særskilt moment i vurderingen av forføyningens berettigelse etter artikkel 10.¹⁶

Videre er tendensen i Europa å avkriminalisere ærekrenkelser, en tendens som Europarådet oppfordrer til.¹⁷ (Tilsvarende oppfordringer i forhold til krenkelser av privatlivets fred, finnes derimot ikke. Her har Europarådet i andre sammenhenger snarere minnet om behovet å beskytte den private sfære. Dette illustrerer igjen betydningen av å skille mellom omdømmevernet og vernet av privatlivets fred i snever forstand).

Tilsvarende oppfordringer har kommet fra flere andre internasjonale organisasjoner/intitusjoner, herunder i flere omganger i den årlige rapporten som utgis av FNs spesialutsending for ytringsfrihet, OAS' spesialutsending for ytringsfrihet og OSSEs pressefrihetsrepresentant i fellesskap. I 2002 uttrykte de seg slik:

*"Criminal defamation is not a justifiable restriction on freedom of expression; all criminal defamation should be abolished and replaced, where necessary, with appropriate civil defamation laws."*¹⁸

På denne bakgrunnen oppfattes det som reaksjonært å opprettholde straff som sanksjon for ærekrenkelser. Å henvise til våre nabolands formelle lovgivning på dette punkt, og fremstille det som uttrykk for en slags alminnelig oppfatning, er både overfladisk og spekulativt. For det første gir et blikk på lovens ordlyd i de øvrige nordiske land et like lite dekkende bilde av den reelle rettstilstand som man får ved å lese straffelovens regler om ærekrenkelser i dag. For det annet, gir det heller ikke noe reelt bilde av hva den alminnelige oppfatningen er. Akkurat som i Norge, kan veien fra endringer i alminnelige oppfatninger til kodifisering av disse i form av lov, ta mange år – særlig hvis rettstilstanden i praksis er i tråd med den alminnelige oppfatningen.

NRK vil også peke på at man fortsatt forutsetter at krenkelser av privatlivet skal være straffbare og at straffeloven 390a i minst like dekkende form videreføres i ny straffelov. Det må antas at mange av de "grove" ærekrenkelser som Borvik vil beholde straff for, vil kunne subsumeres under et av disse alternativene. Det henvises også i den sammenheng til

¹⁵ Riksadvokatens påtegningsark av 31.10.05 i "Plata-saken" s 8

¹⁶ Hertel vs Switzerland avsnitt 50

¹⁷ Parliamentary Assembly Doc 11305 av 25.06.07, vedtatt av Europarådets General Assembly i resolution 1577, 04.10.07

¹⁸ Joint Declaration av 10.12.02

fremstillingen ovenfor under pkt 2, om det grunnleggende skillet mellom den private og den offentlige sfære. Denne er også relevant i forhold til spørsmålet om straff. Ærekrenkende ytringer som utelukkende berører private forhold eller som utelukkende og hensynsløst tar sikte på å skade/forstyrre noen s personlige fred, griper nettopp inn i den private sfære på en måte som gjør det til et større offentlig anliggende å verne mot slike ytringer.

Som utdypet i vedlagte alternative lovforslags kommentarer, er en tradisjonell, strafferettslig tilnærming til omdømmekrenkelser også vanskelig å forene med den metode for avveining som EMD og Høyesterett anvender i disse sakene. Dette illustreres til fulle ved henvisning til den gradvise bortfortolkningen av dagens regler som Høyesterett har måttet gjøre for å tilpasse praksis til EMK.

Etter NRKs oppfatning illustreres det også i Borviks forsøk på å regulere spørsmålene i et strafferettslig perspektiv i hans lovutkast. Blant annet oppstår et problem med å skille ut hva som skal anses som "grove" krenkelser. Ut fra en strafferettslig tankegang, kan det være naturlig å legge vekt på ytringens skadepotensiale, som Borvik har gjort ved blant annet å angi at ytringer gjennom massemedia lettere vil kunne anses som grove. Dette står i direkte motstrid med det særskilte vernet EMD og Høyesterett anvender overfor pressen – på grunn av pressens funksjon i et demokrati.

Det oppstår likeledes problemer med å forene de strafferettslige skillene mellom subjektive og objektive straffbarhetsvilkår, med den helhetsvurderingen og avveiningen mellom ytringsfriheten og æresvernet som kreves etter EMK, jf diskusjonen om skyldkrav skal skilles ut fra rettsridsvurderingen eller inngå i den.

Disse problemene oppstår ikke på samme måte, dersom man utelukkende sanksjonerer ærekrenkelser med sivilrettslig erstatnings- og oppreisningsansvar. Det vises igjen til vedlagte alternative lovforslag med kommentarer for nærmere forklaring.

6. Om æresvernet skal omfatte vern også mot sanne ærekrenkelser

NRK deler Straffelovkommisjonens syn om at det i praksis ikke er noe behov for å videreføre en regel tilsvarende dagens straffelov § 249 nr 2 om sanne, utilbørlige ærekrenkelser.

For det første fordi de sanne ærekrenkelser som det overhodet kan være påkrevet å reagere rettslig mot, vil fanges opp av straffelovens regler om privatlivets fred og/eller vernet mot "hensynsløs adferd", jf tilsvarende diskusjon som ovenfor i andre avgrensningssammenhenger.

For det andre er spørsmålet om en beskyldnings forankring i fakta, uansett en integrert del av den rettstridsvurderingen som etter EMK og Grunnloven må foretas i ærekrenkelsessaker, og da som et av flere momenter. NRK mener derfor at sannhetsspørsmålet ikke i noe tilfelle bør skilles ut som et særskilt vilkår i selve lovteksten. Se også på dette punktet vedlagte alternative lovforslag med kommentarer.

7. Om mortifikasjon

NRK mener at mortifikasjonsintituttet i sin grunnleggende natur, har utspilt sin rolle som praktiserbar sanksjon mot ærekrenkelser – og at denne sanksjonsformen bør avskaffes fullstendig.

I Borviks argumentasjon for å beholde en noe revidert versjon av dagens mortifikasjonsregler, legger han til grunn minst to utgangspunkter som etter NRKs mening er rettslig uholdbare: At rettsstridsvurderingen i forhold til mortifikasjon er annerledes enn i forhold til erstatning, oppreisning og straff, og at Grunnloven § 100 annet ledd må leses slik at en "nøytral" mortifikasjonsdom ikke vil anses å forstyrre de tre prosessene som ytringsfriheten er begrunnet i på samme måte som for eksempel en erstatningsdom.

Disse spørsmålene henger nøye sammen.

At mortifikasjon anses som et inngrep i ytringsfriheten etter EMK artikkel 10, er hevet over tvil, jf blant annet EMDs dom i *Bladet Tromsø vs Norway* og senere i *Haukom og Tønsberg Blad vs Norway*. Eventuell tvil som måtte ha hersket omkring nyanser i rettsstridsvurderingen etter norsk rett, jf Borviks henvisning til Rt 1996 s 731, må etter vedtagelsen av menneskerettsloven i 1999, anses som ryddet av veien.¹⁹

Grunnen til at mortifikasjon ikke lenger kan behandles som et "nøytralt" sanksjonsmiddel, slik det historisk har vært tenkt i norsk rett og kommet til uttrykk i gjeldende straffelovs ordlyd, er nettopp fordi den tenkningen som særlig EMK har innført i disse sakene, fokuserer på selve det faktum at det overhodet reageres rettslig mot ytreren/ytringen og derved griper inn i ytringsfriheten som sådan.

I dette perspektivet må man nyansere mellom på den ene side spørsmålet om det i det hele tatt er adgang til å sanksjonere/gripe inn mot en ytring, og på den annen side – hvis inngrep overhodet kan forsvares – om inngrepets/sanksjonens intensitet er proporsjonal.

Det er først i den siste vurderingen at valg av sanksjonsform vil være relevant.

Når Borvik ikke skiller disse, prinsipielt adskilte spørsmålene fra hverandre, leder det til slike feilslutninger som i hans utredning.

Også konkret i forhold til Grunnlovens § 100 – og hans tolkning av denne – slår denne feilslutningen ut. Hvorvidt en eller flere av de prosessene som ytringsfriheten er begrunnet i, forstyrres eller ei, er ikke et spørsmål om sanksjonsintensitet, men om inngrep i det hele tatt forstyrrer prosessene. Sanksjonsintensiteten vil også her først være relevant i vurderingen av om den valgte sanksjon er proporsjonal. Dette går etter NRKs mening også klart frem av forarbeidene, og anvisningen der på den såkalte "to-trinnstesten", som også er bekreftet av Høyesterett.²⁰

¹⁹ Se også Eggen op cit s 770 og Jens Edvin A. Skoghøy i "Mortifikasjon, rettstrid og sannhetsbevis" i Lov og Rett 2001 s 577

²⁰ NOU 1999:27 kapittel 10 og Rt 2007 s 404

Det må altså i det videre legges til grunn at en mortifikasjonsdom er et inngrep i EMK artikkel 10 og at det vil inne bære at den domfelte anses som holdt "*retslig ansvarlig*" for en ytring etter Grunnloven § 100, slik at vilkårene for å domfelle fullt ut må tilfredstille de krav som eller gjelder for inngrep i ytringsfriheten.

Da vil man oppleve nøyaktig det samme problemet med mortifikasjon som i dag, uansett hvordan man snur og vender på reglene – og uavhengig av om prosessen formelt føres etter straffeprosessloven eller tvisteloven.

Når man da vet at spørsmålet om sannhetsbevis i dag ikke lenger har den betydningen som dagens staffelov legger opp til – og som mortifikasjonsreglene opprinnelig forutsatte, blir det nærmest meningsløst å forsøke å tviholde på mortifikasjon som et adskilt og særegent middel.

Borviks meget intrikate lovforslag på dette punktet, illustrerer nettopp dette.

Når Borvik i tillegg anbefaler at mortifikasjonsdommer hvor saksøkte ikke har maktet og føre sannhetsbevis, skal gå ut på at vedkommende ytring er "usann", blir problemet desto mer åpenbart.

Selv om domstolene, som ledd i å avgjøre rettsstillingen mellom tvistende parter, må ta stilling til hva som i et omstridt rettsfaktum anses som bevist, kan det ikke være domstolenes oppgave i samfunnet å avgjøre ved dom hva som er sant og usant i verden.

Med et krav til bevis for ytringens sannhet på over 50 % sannsynlighetsovervekt, medfører Borviks forslag at domstolene blir tvunget til å avsi dom for at ytringen er usann, selv om domstolen mener at det for eksempel er 50% sannsynlighet for at ytringen er sann. Dette viser hvor galt det blir.

Det forutsettes videre at partene i en mortifikasjonssak skal ha fri rådighet over tvistegjenstanden. I så fall kan partene gjennom enighet seg imellom, "tvinge" domstolene til å avsi dom for at et bestemt faktum er usant – uavhengig av virkeligheten.

Dessuten viser all menneskelig erfaring at det som anses som usant i dag, kan anses som vitterlig i morgen. Hvordan skal man i så fall forholde seg til en rettskraftig dom som slår fast at det er usant?

En slik dom vil uansett være generelt tvilsom i forhold til ytringsfriheten, da det må antas at gjentagelser av de samme påstandene vil være ulovlige, så lenge dommen er rettskraftig – og dermed vil en slik dom også til en viss grad virke som forhåndssensur av fremtidige ytringer omkring temaet, med de rettslige implikasjoner slik sensur har for ytringsfriheten. Spørsmålet om slik virkning av mortifikasjonsdommer er blant annet behandlet av Kyrre Eggen og av Borvik selv.²¹ Eggen mener i forhold til dagens rettstilstand at en mortifikasjonsdom innebærer at ytringen ikke rettmessig kan gjentas. Borvik uttrykker i sin artikkel skepsis til dette, men så føyer han til følgende:

²¹ Eggen op cit s 770 og Bjørnar Borvik "Mortifikasjon – ein veleigna reaksjon i ærekrenkingssaker" i Lov og Rett 2002 nr 9/10 s 632

*"Dersom mortifikasjon gjekk ut på å erklære ei skuldning for usann, ville det nok ha vore treffande å legge til Eggen sitt standpunkt til grunn. Ein gjentaking ville då typisk vere rettstridig etter den ulovfesta rettstridsreservasjonen i strl. § 247, og skuldninga ville truleg også kunne bli vurdert som framsatt "mod bedre Vidende" etter strl. § 248."*²²

Det som Borvik skrev den gang, stemmer dårlig med hans argumentasjon i utredningen., men bekrefter synspunktet om problemet med å opprettholde mortifikasjon slik som foreslått i hans utredning. Man kan heller ikke logisk forsvare et system hvor en ytring som på den ene side anses som beskyttet av ytringsfriheten i forhold til for eksempel erstatningsansvar, mens den samme ytringen ved dom blir forbudt å gjenta.

8. Kort om vern av privatlivets fred

Som det vil ha fremgått i flere sammenhenger ovenfor, mener NRK at det i det videre lovgivningsarbeidet er helt sentral å skille mellom vernet av privatsfæren på den ene siden og vernet av omdømmet på den annen.

Likeledes har det fremgått at NRK mener at det vernet som privatlivets fred har i dag gjennom straffeloven § 390 og nyere høyesterettspraksis omkring denne, bør videreføres i ny straffelov. NRK er også prinsipielt tilhenger av at den private sfære bør kunne grunnlovsfestes, for å markere betydningen av skillet mellom denne og den offentlige sfære i et liberalt demokratisk samfunn. NRK vil imidlertid avvente med nærmere oppfatninger i den sammenheng til et slikt grunnlovsvern eventuelt fremmes som konkret lovforslag.

9. Om redaktøransvaret m m

Når det gjelder revisjon av reglene omkring blant annet redaktøransvaret i straffeloven, er NRK prinsipielt av den oppfatning at det er på høy tid å gjøre dette medienøytralt, men mener at dette bør vurderes i en bredere sammenheng i forbindelse med spørsmål om innføring av en egen medieansvarslov, hvor dette og andre relaterte spørsmål kan håndteres samlet.

På dette området i varetar imidlertid Norsk Redaktørforening også NRKs redaksjonelle interesser på en god og representativ måte – og NRK viser derfor generelt til Norsk Redaktørforenings tidligere innspill omkring disse spørsmålene og særskilt til foreningens uttalelser omkring dette i nærværende høringsrunde.

10. Alternativt lovforslag

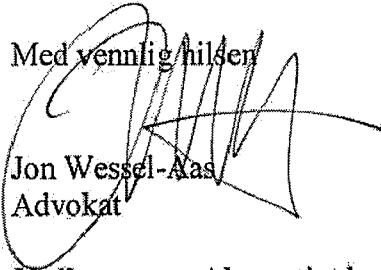
Som det vil ha fremgått ovenfor, er det NRKs oppfatning at Borviks lovforslag, både i innhold og i systematikk er helt uaktuelt å gjennomføre innenfor de konstitusjonelle og folkerettslige rammene som gjelder på dette området.

Som et innspill til det videre arbeidet som må gjøres, før et endelig lovforslag kan oversendes til Stortinget har som nevnt innledningsvis, NRK og Norsk redaktørforening fått utarbeidet et alternativt lovforslag som gjenspeiler deres synspunkter. Denne

²² Borvik op cit

høringsuttalelsen må for fullstendighetens skyld leses sammen med det vedlagte forslaget og, ikke minst, de medfølgende kommentarene til forslagets bestemmelser.

Med vennlig hilsen



Jon Wessel-Aas
Advokat

Vedlegg: Alternativt lovforslag med kommentarer

Alternativ lovtekst, utarbeidet som vedlegg til høringsuttalelser fra Norsk Redaktørforening og Norsk rikskringkasting etter høringsbrev av 2. juni 2008 med forslag til nye bestemmelser om ærekrenkelser i straffeloven 2005.

Av advokatene Anine Kierulf, Vidar Strømme og Jon Wessel-Aas

MULIG ALTERNATIV LOVTEKST (Ny § 3-6 i skadeserstatningsloven)

§ 3-6 Erstatning og oppreisning for ærekrenkelse og krenkelse av privatlivets fred.

Den som offentlig og på rettstridig måte, utsetter en annen for beskyldninger som er egnet til å skade vedkommendes omdømme, kan pålegges å yte erstatning og oppreisning til den fornærmede etter rettens skjønn.

Den som overtrer straffeloven § XXX kan, såfremt han eller hun har utvist uaktsomhet eller vilkårene for straff er til stede, pålegges å yte erstatning og oppreisning til den fornærmede.

Dersom fornærmede avgikk ved døden mindre enn 15 år før offentliggjøringen etter første og annet ledd, kan krav om oppreisning fremsettes av avdødes livsarvinger, foreldre eller ektefelle.

Ansvar etter første til tredje ledd gjelder ikke i den som kun har bistått i den tekniske fremstillingen eller formidlingen av den rettstridige ytringen.

Ansvar for erstatning og oppreisning kan i særlige tilfeller også gjøres gjeldende mot utgiveren av den trykksak eller det massemedium som formidler ytringen dersom noen som derved har handlet i utgivers tjeneste kan holdes ansvarlig etter første eller annet ledd. I tillegg kan retten, dersom den finner det rimelig, pålegge utgiver å betale ytterligere oppreisning til skadelidte. Som utgiver etter dette ledd

regnes den som er økonomisk ansvarlig for utgivelsen av vedkommende trykksak eller massemedium.

Kommentarer til lovforslaget

Generelt

Det alternative lovforslaget forutsetter at ærekrenkelser bare skal sanksjoneres gjennom oppreisning og erstatning. Utkastet baserer seg altså på at ærekrenkelser ikke skal være straffbare, og at også mortifikasjonsinstituttet utgår.. Det forutsettes også at bestemmelsen i den någjeldende § 3-6 i skadeerstatningsloven om erstatning for utgifter til kunngjøring av dommen utgår.

Derimot legger forslaget til grunn at brudd på privatlivets fred fortsatt bør være straffbart etter straffeloven 2005, og tar heller ikke sikte på å endre kriteriene for oppreisning og erstatning her. Da bestemmelsens plassering i straffeloven ikke er klar ennå, har vi vist til § XXX. Det strafferettslige vernet av privatlivets fred er ment som et motstykke til en sterk beskyttelse av ytringsfriheten når denne utøves i det offentlige rom.

Vi har funnet det mest hensiktsmessig å foreslå at de lovendringer høringsbrevet og høringsnotatet åpner opp for gjennomføres ved at skadeserstatningslovens § 3-6 gjøres om.

Det erstatningsrettslige skyldkrav uaktsomhet videreføres. Graden av skyld ut over dette vil ha betydning for rettsstridsvurderingen.

Første ledd regulerer kriteriene for erstatning og oppreisning ved ærekrenkelser. Forslaget kan her sies å ha to ledd; kriterier for når ansvaret skal slå inn etter norsk rett, og en henvisning til "rettsstrid" som regulerer når ansvar likevel ikke skal konstateres.

Kriteriene for ansvar er angitt ved at den ansvarlige i ord eller gjerning må ha fremsatt en "beskyldning", at denne må være "offentlig", samt at beskyldningen må være "egnet til å skade vedkommendes ære".

"Beskyldning" innebærer at det må dreie seg om et utsagn som retten er i stand til å fastlegge meningsinnholdet av. Uttrykket er også ment å innebære at bare utsagn av et visst alvor skal rammes. Derimot skal ikke uttrykket oppfattes slik at bare faktumkonstateringer rammes. Også verdivurderinger kan falle inn under uttrykket, selv om frifinnelse da lettere kan skje etter øvrige kriterier.

"Beskyldning" skal heller ikke oppfattes så snevert at bare utsagn om fornærmedes handlinger eller egenskaper rammes. Også karakteristikk eller

visse alvorlige former for kritikk kan i utgangspunktet rammes av dette uttrykket. Utrykket rammer også utsagn som ikke intenderer å ta stilling til om et visst faktisk forhold er sant, for eksempel hvor ytreren gjengir motstridende oppfatninger om et faktisk forhold. Selv om slik gjengivelse ofte vil være rettmessig av andre grunner, utelukker det ikke at det kan dreie seg om en "beskyldning". Også fremsettelse av et utsagn som innebærer en mistanke, kan være en beskyldning. Det understrekes imidlertid at slike utsagn må fortolkes slik at det språklig mest korrekte skal legges til grunn.

Kravet om at ytringen må være "offentlig" har naturlig betydning utenfor krenkelser i massemedier. Meningen er at bare uttalelser som kommer allmennheten for øre skal kunne rammes av bestemmelsen. At en offentlig fremsatt ytring må være fremsatt for mer enn én person, følger av forutsetningen om at æresfølelsen ikke lenger skal ha noe egen vern. Hvor stort antall som skal til for at en ytring kan anses fremsatt offentlig har vi ikke tatt stilling til, men antar at dette bør vurderes på samme måte som i § 135a i straffeloven 1902. Det skal trolig noe mer til for at en uttalelse skal være offentlig, enn ved tilsvarende begrep i opphavsretten.

Som i gjeldende rett, legges det til grunn at det er tilstrekkelig at et utsagn er "egnet" til å skade fornærmedes omdømme. Vurderingen av om noe er egnet vil være en del av ansvarsgrunnlaget, noe som følger av plasseringen og også av at både erstatnings- og oppreisningshjemlene er kan-bestemmelser. For vurderingen av om det skal tilkjennes erstatning, vil egnetheten likevel komme inn mer indirekte, vurderingen vil da være om egnetheten også gir tilstrekkelig årsakssammenheng. For oppreisningsutmåling, som kanskje er mer praktisk, vil graden av egnethet i ansvarsgrunnlaget kunne være en del av den helhetsvurdering som uansett må foretas. Egnethetskriteriet er hovedsakelig motivert av bevishensyn og prosessøkonomiske hensyn. Det vil ofte være vanskelig å føre bevis for at et utsagn faktisk har skadet noens omdømme, og forsøk på slik bevisførsel – og motbevis – ville ledd lede til en avsporing av de mer sentrale temaer. I slike saker bør retten fortrinnsvis konsentrere seg om de aktuelle utsagn, og deres berettigelse. På den annen side innebærer ikke uttrykket at enhver mulighet for et skadet omdømme tilsier at det bør ytes erstatning. Det må kreves at det ut fra en alminnelig betraktning er temmelig nærliggende at omdømmet er skadet, og at bare de skader som ikke er uvesentlige er relevante. Dette følger også av at uttrykket "skade" er benyttet. Det er altså ikke meningen med kriteriet "egnet" å gi en erstatningsbestemmelse som åpner for erstatning uten at den skadevoldende handling har hatt noen virkninger. I et moderne samfunn må det påregnes at både offentlige og private personer kan utsettes for omtale som er ubehagelig og endog usann. Slike belastninger, som i alminnelighet må anses som forbigående, skal ikke medføre krav om erstatning eller oppreisning. Det må således konstateres at omtalens alvor overstiger en

viss "terskel" før sanksjoner kan ilegges. Det må foreligge en *krenkelse* av omdømmet før erstatning eller oppreisning kan ilegges.

"Omdømme" må avgrenses mot "æresfølelse" slik dette har vært forankret i straffeloven § 246. Forslaget verner ikke den subjektive følelse av ære, men den fornærmedes rykte, renommé, omdømme.

"En annen" omfatter etter forslaget både fysiske og juridiske personer, slik som i gjeldende rett. Vi har ikke funnet grunn til å foreslå noen endringer i dette utgangspunkt, men rettsstridsvurderingen vil lett falle forskjellig ut for de to typer fornærmede.

Selv om ovennevnte kriterier er oppfylt, kan erstatning eller oppreisning ikke idømmes dersom krenkelsen ikke er "rettsstridig". Med dette er det ment å vise til de avveininger som EMD har lagt til grunn ved anvendelsen av EMK artikkel 10, og som Grunnloven § 100 annet og tredje ledd foreskriver.

Annet ledd tar sikte på å videreføre grunnlaget for erstatning og oppreisning ved overtredelser av privatlivets fred, og forutsetter at dette vil beskyttes i straffeloven 2005.

Tredje ledd klargjør at også avdødes omdømme er vernet i 15 år etter at den rettsstridige ærekrenkelsen eller krenkelsen av privatlivet ble offentliggjort etter første og annet ledd. De søksmålsberettigede er presisert til den gruppen mennesker som oftest vil kunne ha interesse i bestemmelsenes håndhevelse.

Ansvarsbegrensningen i **fjerde ledd** er ment å videreføre prinsippet i straffeloven § 254 om at tekniske medvirkere og formidlere ikke er ansvarlige, heller ikke erstatningsrettslig. Den er utformet for å ramme medienøytralt slik at tolkningsproblemene etter § 254 unngås.

Bestemmelsen i **femte ledd** er tatt med for å videreføre det aksessoriske ansvaret utgiver i dag kan ha for journalisters/redaktørers erstatningsbetingende publiseringsbeslutninger.

Når det gjelder utmålingen av erstatning og oppreisning, er det ikke meningen å gjøre noen forskjell i forhold til dagens rettstilstand.

Kommentarer til valg av lovteknikk

Tradisjonell injurierett, slik denne har fått uttrykk i eldre rettspraksis og i gjeldende straffelov, har preg av diverse hovedregler med unntak. For eksempel har det vært operert med forskjellige "referatprivilegier", og sanne krenkelser

har vært rettmessige hvis de ikke kunne sies å være "utilbørlige". Modellen for vurderingene har således vært av tradisjonell strafferettslig karakter, hvor det er spurt etter om en viss gjerningsbeskrivelse, ved dens ulike ledd, er bevist eller ei.

En slik modell har vist seg uheldig av flere grunner. Selve utgangspunktet etter Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10, er at ytringer er et samfunnsmessig gode som det ikke skal gripes inn mot med mindre vektige hensyn tilsier det. En strafferettslig angrepsvinkel vil lett medføre at dette grunnleggende prinsipp overses. Grunnloven § 100, EMK artikkel 10, samt nyere rettspraksis innebærer også at det må foretas avveininger som i liten grad lar seg forene med et slikt sett av mer eller mindre absolutte regler. Endelig er det slik at den tradisjonelle oppdelingen i faste regler er til hinder for en rettsutvikling, noe som særlig gjør seg gjeldende hvor man må se hen til både Grunnloven og EMK.

Av denne grunn har vi i utkastet nøyd oss med å foreta en temmelig åpen henvisning til "rettsstrid", uten å understreke betydningen av de enkelte avveininger som må foretas etter Grunnloven eller EMK. Dersom slike avveiningskriterier som dels følger av konvensjons- og Grunnlovsteksten, dels av praksis skulle nedfelles i lovteksten, vil det etter vår oppfatning lett kunne skape uklarhet om hva de ulike kriterier innebærer på de ulike steder og trinnhøyder ettersom praksis skrider frem. Det vil også kunne åpne for uheldige parallellutviklede begrepsforståelser. Vi forutsetter også at man ved vurderingene skal se hen til de vurderinger som ble foretatt i Ytringsfrihetskommisjonens utredning og de øvrige forarbeidene til Grunnloven. Dette er et viktig poeng, som ikke nevnes i høringsnotatet.

På bakgrunn av den helhetlige innfallsvinkel til avveiningsspørsmålene som både EMD og Høyesterett legger opp til, har vi heller ikke funnet grunn til å oppstille sannhetsbevis som noe eget kriterium i teksten. Dette innebærer ikke at slikt sannhetsbevis ikke vil være en tilstrekkelig frifinnelsesgrunn i de fleste tilfeller. Sannhetsbevis er imidlertid ikke noe nødvendig kriterium. Dette er særlig tydelig dersom det er tale om gjengivelse av påstander hvor det er selve påstandens eksistens som er av interesse, uansett sannhetsgehalt. Det kan for eksempel tenkes at det verserer diametralt motsatte standpunkter til en sak av allmenn interesse, hvor uenigheten i seg selv bør kunne omtales uten at for eksempel et massemedium skal måtte "velge side". Og selv om et konkret standpunkt formidles, må det normalt lede til frifinnelse om ytringene er basert på aktsomme undersøkelser, og især hvis de gjelder forhold av allmenn interesse.

For øvrig må det skje en vurdering av det faktiske grunnlag, graden av verdivurdering/faktumkonstatering og hvordan denne korresponderer med

graden av faktisk underbygning som kan kreves for ytringene, graden av allmenn interesse, om den omtalte selv kan bebreides, den journalistiske aktsomhet mv, slik rettspraksis foreskriver. Ved denne avveining må det tas for øye at ytringsfriheten er en av de bærebjelker som vårt demokratiske samfunn hviler på, og at ytringsfriheten må gis forrang selv om det medfører sterkt ubehag for offentligheten eller de omtalte. Det skal bare gripes inn mot ytringer dersom dette er nødvendig av hensyn til "a pressing social need" – typisk dersom det foreligger en situasjon hvor EMK artikkel 8 oppstiller en positiv forpliktelse til å la hensynet til personvernet gå foran

For medienes del er det særlig grunn til å peke på EMDs understrekning av medias sentrale demokratiske funksjon som "public watchdog". Ettersom medienes oppgave er å fremskaffe "reliable and precise information in accordance with the ethics of journalism". Media nyter således et særskilt vern, ikke for medienes egen del men av hensyn til det samfunnet den skal tjene. Et krav om at media aldri skal gjøre feil vil også, om det generaliseres, medføre en frykt for konsekvensene av slike feil og således en uønsket "chilling effect".