

Førsteamanuensis Bjørnar Borvik

Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen

Magnus Lagabøtes plass 1,

5010 BERGEN

UTREDNING OM DET STRAFFERETTSLIGE OG SIVILRETTSLIGE VERNET MOT ÆREKRENKELSER. FORSLAG TIL LOVBESTEMMELSER I STRAFFELOVEN 2005 OG TVISTELOVEN

1.	Det folkerettslige og konstitusjonelle rammeverket – kort om noen kjernepunkter	3
1.1	EMK artikkel 8 pålegger statene en positiv plikt til å verne mot ærekrenkelses og offentliggjøring av privatinformasjon	3
1.2	Særlig om de fire fellende dommene mot Norge i saker under EMK artikkel 10	4
1.3	Proporsjonalitetsvurderingen i grunnloven § 100 andre og tredje ledd	8
2.	Straffansvaret for ærekrenkende ytringer	9
2.1	Det strafferettslige vernet av ærefølelsen. Vernet av avdødes minne.....	9
2.1.1	Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring.....	9
2.1.2	Fremmed rett.....	9
2.1.3	Folkerettslige forpliktelser	10
2.1.4	Anbefalinger og vurderinger.....	11
2.2	Det strafferettslige vernet av omdømmet	12
2.2.1	Krav om at ærekrenkelsen må være grov	12
2.2.1.1	Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring.....	12
2.2.1.2	Fremmed rett	12
2.2.1.3	Folkerettslige forpliktelser	13
2.2.1.4	Anbefalinger og vurderinger	13
2.2.2	Beskyldningens sannhet	13

2.2.2.1	Kort om gjeldende rett. Særlig om fotoforbudet i straffeloven § 390 c. Fremsatte forslag til endring	13
2.2.2.2	Noen bemerkninger om sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger, og om retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer	14
2.2.2.3	Fremmed rett	15
2.2.2.4	Folkerettslige forpliktelser	17
2.2.2.5	Anbefalinger og vurderinger	17
2.2.3	Skyldkrav og aktsom god tro som rettsstridsutelukkende omstendighet. Plassering av bevisføringsplikten	18
2.2.3.1	Kort om gjeldende rett	18
2.2.3.2	Fremsatte forslag til endring	21
2.2.3.3	Fremmed rett	23
2.2.3.4	Folkerettslige forpliktelser	24
2.2.3.5	Anbefalinger og vurderinger	24
2.2.4	Provokasjon og retorsjon.....	26
2.2.5	Unntak for medvirkeransvaret for den som utelukkende gir teknisk bistand	26
2.3	Rettsstridsreservasjonen.....	27
2.3.1	Kort om gjeldende rett. Folkerettslige forpliktelser.....	27
2.3.2	Fremmed rett.....	28
2.3.3	Anbefalinger og vurderinger.....	29
2.4	Valg av strafferamme.....	29
2.4.1	Kort om strafferammene og om sanksjonsnivået i praksis.....	29
2.4.2	Fremmed rett.....	29
2.4.3	Folkerettslige forpliktelser	31

2.4.4	Anbefalinger og vurderinger.....	33
3.	Noen korte bemerkninger om erstatningsansvaret for ærekrenkende ytringer ...	33
4.	Mortifikasjon av ærekrenkende beskyldninger.....	34
4.1	Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring.....	34
4.2	Fremmed rett.....	36
4.3	Folkerettslige forpliktelser	37
4.4	Anbefalinger og vurderinger	40
5.	Forslag til lovbestemmelser.....	42
5.1	Straffeloven 2005.....	42
5.2	Nytt kapittel 36a i tvisteloven 2005: Saker om mortifikasjon av ærekrenkende beskyldninger	43

1. Det folkerettslige og konstitusjonelle rammeverket – kort om noen kjernepunkter

1.1 EMK artikkel 8 pålegger statene en positiv plikt til å verne mot ærekrenkelser og offentliggjøring av privatinformasjon

EMK artikkel 8 verner retten til respekt for privatlivet. I motsetning til SP artikkel 17 nr. 1, er det i selve konvensjonsteksten i EMK artikkel 8 ikke holdepunkter for at æren er tilgodesett med et selvstendig konvensjonsrettslig vern. Det har i juridisk teori gjort seg gjeldende ulike syn på tolkningen av det vernede interessefeltet i EMK artikkel 8. Dette spørsmålet har fått sin avklaring i nyere rettspraksis fra EMD. I dommen *Radio France and Others v. France* fra 30. mars 2004 uttalte EMD følgende om tolkningen av interessefeltet i EMK artikkel 8 nr. 1:

"The Court would observe that the right to protection of one's reputation is of course one of the rights guaranteed by Article 8 of the Convention, as one element of the right to respect for private life." (avsnitt 31)

At omdømmet har et selvstendig konvensjonsrettslig vern i EMK artikkel 8, ble også lagt til grunn i dommen *Chauvy and Others v. France* fra 29. juni 2004 (avsnitt 70) og storkammerdommen *Cumpănă and Mazăre v. Romania* fra 17. desember 2004 (avsnitt 91). EMD vurderte i alle disse tre sakene om fellende ærekrenkelsesdommer fra nasjonale domstoler var uforenelige med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel

10. I de to sistnevnte dommene falt uttalelsene om tolkingen av EMK artikkel 8 i forbindelse med proporsjonalitetsvurderingen i EMK artikkel 10 nr. 2.

Dommen i *Pfeifer v. Austria* fra 15. november 2007 bygde videre på den tolkingen av EMK artikkel 8 som ble lagt til grunn i de tre dommene fra 2004 (avsnitt 35). Dommen gir likevel et selvstendig og viktig bidrag til rettsavklaringen. I denne saken måtte nemlig EMD ta stilling til om en *frifinnende* ærekrenkelsesdom fra nasjonale domstoler krenket retten til respekt for privatlivet i EMK artikkel 8. Det var enighet i EMD om tolkingen av interessefeltet i EMK artikkel 8. Uenigheten mellom flertallet og mindretallet gjaldt spørsmålet om de omstridte ytringene skulle tolkes som faktabeskyldninger eller verdivurderinger. Flertallet la til grunn at det var faktabeskyldninger som var fremsatt, og at den saksøkte ikke hadde ført sannhetsbevis. Den manglende sanksjoneringen av disse ytringene var i strid med de positive pliktene som kunne utledes av EMK artikkel 8. Mindretallet på to dommere mente derimot at de omstridte ytringene var verdivurderinger som hadde tilstrekkelig faktisk forankring, og at frifinnelsen i nasjonale domstoler ikke var en krenkelse av EMK artikkel 8.

I dommen *von Hannover v. Germany* fra 24. juni 2004 slo EMD fast at EMK artikkel 8 også pålegger konvensjonsstatene en plikt til å innrette nasjonal lovgivning på en slik måte at borgerne gis et vern mot offentliggjøring av privatinformasjon. EMD mente at den tyske lovgivningen ikke oppstilte et tilstrekkelig effektivt vern av privatlivet, og konkluderte med EMK artikkel 8 var krenket.

Disse dommene fra EMD virker selvsagt også inn på handlingsrommet til den norske lovgiveren og de norske domstolene. Ytringsfrihetskommisjonen tok i NOU 1999: 27 på s. 114 til orde for å bygge ned det rettslige vernet mot ærekrenkelser, noe departementet på generelt grunnlag sluttet seg til i St.meld. nr. 26 (2003–2004) på s. 49. Den nasjonale lovgivningen som skal verne mot ærekrenkelser og krenkelser av privatlivet må likevel utformes og tolkes på en måte som ikke bare ivaretar hensynet til ytringsfriheten i EMK artikkel 10, men som også sikrer et effektivt vern av privatlivet i EMK artikkel 8.

1.2 Særlig om de fire fellende dommene mot Norge i saker under EMK artikkel 10

EMD har avsagt fire fellende dommer mot Norge i klagesaker under EMK artikkel 10: *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* fra 20. mai 1999, *Nilsen and Johnsen v. Norway* fra 25. november 1999, *Bergens Tidende and Others v. Norway* fra 2. mai 2000 og *Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway* fra 1. mars 2007. Disse domfellelsene kan lett skape det inntrykk at det er nødvendig med dyptgripende lovendringer for å unngå fremtidige domfellelser. Det kan ikke være særlig tvil om at EMD i disse sakene har hatt en annen oppfatning enn norske domstoler om vektleggingen av de kolliderende rettighetene. Etter min vurdering har norske domstoler innrettet seg etter disse signalene, og dommen fra Høyesterett i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) fremheves ofte som det mest markante vendepunktet. Det er særlig i rettsstridsvurderingen man får synliggjort at praksis fra EMD tillegges betydelig vekt, og som en generell

beskrivelse av rettstilstanden må det kunne sies at det i dag er svært vanskelig å få domstolenes medhold i et krav som er begrunnet i en ærekrenkelse eller en krenkelse av privatlivets fred.

Det er likevel ikke holdepunkter for å hevde at de fire fellende dommene mot Norge gir uttrykk for at norsk injurierett lider av systemfeil som må avhjelpes gjennom ny lovgivning. Dette vil jeg begrunne nærmere i det følgende.

Storkammerdommen *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* fra 20. mai 1999 gjaldt spørsmålet om avisen hadde vært i aktsom god tro da det ble fremsatt ærekrenkende beskyldninger om at mannskapet på en nærmere angitt selfangstskute hadde tatt i bruk ulovlige avlivningsmetoder. Beskyldningene bygde i all hovedsak på en rapport som en selfangstinspektør hadde utarbeidet på oppdrag for Fiskeridepartementet. Norske domstoler hadde lagt til grunn at de omstridte beskyldningene var alvorlige. EMD mente derimot at flere av beskyldningene ikke var særlig alvorlige, og at noen av dem dessuten hadde en form som gjorde at de helst måtte oppfattes som overdrivelser. Også dette ble ansett for å svekke det krenkende potensialet i beskyldningene. Denne uenigheten kan etter min mening vanskelig oppfattes som en systemkritikk. EMD la videre til grunn at avisen burde kunne stole på innholdet i rapporten fra selfangstinspektøren uten å foreta selvstendige undersøkelser av sannheten i beskyldningene som ble fremsatt:

"In the view of the Court, the press should normally be entitled, when contributing to public debate on matters of legitimate concern, to rely on the contents of official reports without having to undertake independent research."
(avsnitt 68)

Denne uttalelsen må selvsagt ses i sammenheng med EMDs tolkning av de ærekrenkende beskyldningene. Det er ikke uten videre opplagt at avisen hadde blitt fritatt fra å gjøre selvstendige undersøkelser av sannheten dersom EMD hadde oppfattet beskyldningene som mer alvorlige. Jeg vil likevel mene at denne dommen helst bør leses som en kritikk av den dagjeldende ulovfestede adgangen til ansvarsfritt å kunne referere fra offentlige dokumenter. Denne referatadgangen vil i dag måtte avgjøres på grunnlag av de retningslinjer som er utformet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 279 (kjørelærer). Vurderingen er nokså sammensatt og situasjonsbetinget, og er av den grunn svært vanskelig å regulere generelt på en måte som gir økt forutberegnelighet, men som samtidig tar tilstrekkelig høyde for personvernet.

Når det gjelder storkammerdommen *Nilsen and Johnsen v. Norway* fra 25. november 1999, bygde domfellelsen i nasjonale domstoler på at de to saksøkte ikke hadde ført sannhetsbevis for beskyldningene. Med ett unntak – beskyldningen om bevisst løgn – mente EMD at de omstridte ytringene måtte tolkes som verdivurderinger som hadde tilstrekkelig faktisk forankring. Domfellelsen utgjorde derfor en krenkelse av EMK artikkel 10. – Sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger har avgjørende innvirkning på temaet for bevisførselen, og er slik sett enkel å forholde seg

til. I dommen *Pfeifer v. Austria* fra 15. november 2007 kom dette til uttrykk på følgende måte:

"... while the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. Where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive ..." (avsnitt 46)

Dersom det er fremsatt faktabeskyldninger, er det innholdet i disse som er gjenstand for bevisførsel. Verdivurderinger kan ikke bevises, men domstolene må her ta stilling til om vurderingene har tilstrekkelig faktisk forankring. Det er med andre ord ikke selve verdivurderingen som er gjenstand for bevisførsel her. – I praksis byr sontringen likevel på store utfordringer, noe som kanskje primært skyldes at EMD overprøver nasjonale domstolers klassifisering av de omstridte ytringene. Etter min mening bør nok dommen *Nilsen and Johnsen v. Norway* helst leses i dette perspektivet. Jeg finner også grunn til å nevne at det i praksis fra EMD heller ikke kan utledes sikre holdepunkter for hvordan ytringene skal klassifiseres: Uenigheten mellom kammer og storkammer i *Perna v. Italy* fra henholdsvis 25. juli 2001 og 6. mai 2003 er illustrerende. I kammer kom EMD til at de omstridte ytringene var verdivurderinger som hadde tilstrekkelig faktisk forankring (se særlig avsnitt 41), og at domfellelsen i italienske domstoler derfor utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 10. I storkammer kom EMD derimot til at de omstridte ytringene måtte tolkes som faktabeskyldninger, og følgelig at det var forenelig med vernet i EMK artikkel 10 at nasjonale domstoler hadde basert domfellelsen på manglende sannhetsbevis (se særlig avsnitt 47).

Dommen i *Bergens Tidende and Others v. Norway* fra 2. mai 2000 ble kanskje særlig oppfattet som en kritikk av retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer. Norske domstoler har gjennom tolkningen av omstridte ytringer forsøkt å bringe på det rene den alminnelige leserens eller tilhørerens oppfatning av ytringene. Det ble hevdet at EMD ikke aksepterte at nasjonale domstoler la til grunn et tolkningsresultat som gikk ut over det som måtte følge direkte av ordlyden. Nyere praksis fra EMD viser imidlertid at EMD ikke legger til grunn retningslinjer for tolkningen som er vesensforskjellige fra de som legges til grunn av norske domstoler. Det er kjerneinnholdet i de omstridte ytringene som skal bringes på det rene gjennom tolkningsprosessen, og ordlyden utgjør ikke en yttergrense for tolkningsresultatet. I storkammerdommen *Perna v. Italy* fra 6. mai 2003 uttalte EMD følgende om retningslinjene for tolkning:

"In the present case, however, *merely to scrutinise each of the statements taken into consideration by the national authorities in reaching their decision that the offence of defamation had been committed would be to lose sight of the article's overall content and its very essence.* Mr Perna did not confine his remarks to the assertion that Mr Caselli harboured or had manifested political beliefs and that this justified doubts about his impartiality in the performance of his duties. It is quite apparent from the whole article – as the national authorities rightly noted – that *the applicant sought to convey to the public the following clear and wholly unambiguous*

message: that Mr Caselli had knowingly committed an abuse of authority, notably in precise circumstances connected with the indictment of Mr Andreotti, in furtherance of the alleged PCI strategy of gaining control of public prosecutors' offices in Italy. In that context, even phrases like the one relating to the "oath of obedience" take on a meaning which is anything but symbolic." (avsnitt 47, mine kursiveringer)

EMD aksepterte at selv nokså uspesifikke uttrykk som lydighets-ed ("oath of obedience") måtte tolkes som en beskyldning om at statsadvokaten ikke hadde utøvd sin myndighet på en uavhengig og upartisk måte. EMD har lagt til grunn lignende retningslinjer for tolkningen i dommen *Chauvy and Others v. France* fra 29. juni 2004 (avsnittene 72, 76 og 77), storkammerdommen *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* fra 17. desember 2004 (avsnittene 74 og 75) og storkammerdommen *Cumpănă and Mazăre v. Romania* fra 17. desember 2004 (avsnitt 100). Og i dommen *Pfeifer v. Austria* fra 17. november 2007 ble et utsagn om at en redaktør av et jødisk tidsskrift hadde deltatt i et jaktlag som hadde forårsaket et selvmord ("Karl Pfeifer was identified following Professor P.'s death as a member of a hunting society that drove the political scientist to his death"), tolket som en faktabeskyldning som det måtte føres sannhetsbevis for (avsnitt 47).

Heller ikke dommen *Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway* fra 1. mars 2007 kan tas til inntekt for at det må gjennomføres lovendringer. Det var enighet mellom nasjonale domstoler og EMD om at beskyldningene om brudd på boplikt-bestemmelsene var faktabeskyldninger som var egnet for bevisføring. EMD hadde derimot en noe annen oppfatning enn flertallet i Høyesterett av spørsmålet om ytringene var av offentlig interesse. Jeg har likevel vanskelig for å se at denne uenigheten forklarer domfellelsen i Strasbourg. Den avgjørende uenigheten mellom EMD og flertallet i Høyesterett kommer til syne i vurderingen av om journalisten var i aktsom god tro. Selv om dommen kanskje også kan tas til inntekt for at norske domstoler la til grunn en altfor streng aktsomhetsnorm, er det etter min mening mer nærliggende å se det slik at EMD vurderte bevisene annerledes enn norske domstoler. Det fremheves nemlig som et sentralt moment i EMDs vurdering av journalistens gode tro at ledende tjenestemenn i kommunen var av den oppfatning at boplikt-bestemmelsene var brutt for denne eiendommens vedkommende (avsnitt 97 sammenholdt med Rt. 2003 s. 928 (*Tønsbergs Blad*) avsnitt 48). Lovgivning kan ikke forhindre fremtidige domfellelser som skyldes ulike vurderinger av bevisene i saken. EMD la også større vekt på de etterfølgende artiklene enn flertallet i Høyesterett, og dette selvsagt norske domstoler ta til etterretning. Heller ikke dette nødvendigvis gjør lovgivning.

Det kan for øvrig være grunn til å minne om at EMD også har akseptert fellende ærekrenkelsesdommer fra norske domstoler i klagesaker under EMK artikkel 10. Både *Lunde against Norway* fra 13. februar 2001 og *Verdens Gang and Aase against Norway* fra 16. Oktober 2001 ble avvist som åpenbart grunnløse klager under EMK artikkel 10.

1.3 Proporsjonalitetsvurderingen i grunnloven § 100 andre og tredje ledd

Grunnloven § 100 andre ledd slår fast at bare de inngrep i ytringsfriheten som "lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse" er forenelige med grunnlovsvernet. Grunnloven § 100 tredje ledd inneholder et lignende vurderingstema, men likevel slik at bare "særlig tungtveiende Hensyn" kan tjene som begrunnelse for inngrep i ytringene. For meg fremstår det som nokså klart at denne avveiningsprosessen ikke kan gjennomføres uten at også sanksjonsintensiteten tillegges vekt Ytringsfrihetskommisjonen uttalte i NOU 1999: 27 følgende om det nærmere innholdet i vilkåret "lader sig forsvare". Som et første trinn i avveiningsprosessen:

"... må det aktuelle inngrep – enten det gjelder et lovforslag eller en konkret sak for en domstol – analyseres opp mot ytringsfrihetens ... begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Hensikten med en slik analyse er å få på bordet en klargjøring av hvordan og i hvilken utstrekning inngrepet vil forstyrre en eller flere av de tre prosesser som ytringsfriheten skal beskytte.

[...]

Videre må analysen – så langt mulig – avklare hvilke konsekvenser et inngrep kan få for disse prosessene. Ved antatt liten skade på prosessene kan inngrepet lettere aksepteres, og omvendt vil det være meget vanskelig å akseptere inngrep som kan føre til tilnærmet stans i en eller flere av prosessene." (s. 242)

Det andre trinnet i avveiningsprosessen ble av Ytringsfrihetskommisjonen beskrevet på denne måten:

"Som et trinn 2 kommer selve avveiningsprosessen mellom inngrepets formål og ytringsfriheten. Ved så sterkt å betone ytringsfrihetens begrunnelser i selve bestemmelsen tilsikter kommisjonen en realistisk avveining mellom hensynene bak – og nødvendigheten av – inngrepet, og den skade eller forstyrrelse som inngrepet kan påføre de tre prosessene ytringsfriheten skal verne." (s. 243)

Departementet sluttet seg til dette i St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 182–183. Straffesaksjonene er det sterkeste uttrykket for at samfunnet misliker en handling, og av den grunn alene må man kunne regne med at det også er disse sanksjonene som virker mest forstyrrende på de prosessene som begrunner ytringsfriheten. Dette skulle videre tilsi at det var i slike situasjoner at grunnlovsvernet stod sterkest. De erstatningsrettslige sanksjonene kommer i en annen kategori, selv om svært høye erstatningsbeløp, for spørsmålet om grunnlovsmessighet, nok helst bør vurderes på linje med straffesaksjonene. Mortifikasjon (og kanskje også helt symbolske erstatningsbeløp) vil derimot ha en helt marginal innvirkning på disse prosessene, noe som etter min mening også bør ha som konsekvens at vurderingen opp mot grunnlovsskrankene blir annerledes. Sagt på en annen måte: Det ligger i grunnlovsbestemmelsen et betydelig potensiale for å utvikle et nyansert vern av

ytringsfriheten basert på de ulike sanksjonene som er tilgjengelige i ærekrenkelsessaker. Det vil være opp til norske domstoler å utpensle det nærmere innholdet i denne delen av grunnlovsbestemmelsen. Jeg nevner til slutt at den avveiningsprosessen som skisseres i grunnloven § 100 også har klare fellestrekk med den proporsjonalitetsvurdering som EMD har utviklet med grunnlag i EMK artikkel 10.

2. Straffansvaret for ærekrenkende ytringer

2.1 Det strafferettslige vernet av ærefølelsen. Vernet av avdødes minne

2.1.1 Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring

Ærefølelsen vernes av flere bestemmelser i gjeldende straffelov. – Det følger av straffeloven § 246 at den som krenker en annens ærefølelse, straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder. Bestemmelsen brukes svært sjelden alene, og heller ikke ofte i kombinasjon med straffeloven § 247. – Også bestemmelsen i straffeloven § 252 bør nevnes i denne sammenhengen, selv om regelen er svært lite brukt. Det følger av denne at den som fremsetter en beskyldning som omfattes av straffeloven §§ 247 eller 248, og som er rettet mot en avdødes minne, kan straffes med bøter eller fengsel inntil tre måneder. Denne bestemmelsen er begrunnet i hensynet til pietetsfølelsen hos avdødes slektninger (som nok må kunne sies å være tett knyttet til ærefølelsen), men også i hensynet til den avdøde selv; at den enkelte har et ønske om et godt omdømme også etter sin død. – Selv om det strafferettslige vernet mot diskriminerende ytringer i straffeloven § 135 a er plassert i kapitlet om forbrytelser mot den alminnelige orden og fred, kan det likevel ikke være særlig tvil om at denne bestemmelsen kanskje først og fremst oppstiller et vern mot krenkelser av ærefølelsen til de grupper av personer som omfattes av bestemmelsen. Dette er også påpekt av Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999: 27 på s. 151.

Straffelovkommisjonen foreslo i NOU 2002: 4 på s. 440–441 å oppheve det strafferettslige vernet mot krenkelser av ærefølelsen i straffeloven § 246, og mente at ytringer som bare er fremsatt overfor den som mener seg ærekrenket, faller utenfor rammen av det straffverdige. Straffelovkommisjonen foreslo videre å oppheve det strafferettslige vernet mot krenkelser av en avdødes minne i straffeloven § 252, og begrunnelsen for dette var ønsket om å begrense reglene om straff til de mest alvorlige tilfellene.

2.1.2 Fremmed rett

I *svensk rett* er ærefølelsen gitt et vern gjennom bestemmelsen i Brottsbalken 5 kap. 3 § ("förolämpning"). Strafferammen er bot, men dersom krenkelsen er grov, kan fengsel inntil seks måneder idømmes. Eksempel på domfellelser under Brottsbalken 5 kap. 3 § i NJA 1989 s. 374 ("jävla svartskalle") og NJA 1994 s. 557 ("fascistdjävlar"). I begge disse sakene ble den tiltalte dømt til å betale bøter på 2.000 svenske kroner. – Brottsbalken 5 kap. 4 § gir hjemmel for å straffe fremsettelsen av ærekrenkende ytringer som er

sårende for de etterlatte eller som er egnet til å krenke den fred som bør hvile over den avdødes minne. Strafferammen er bot, men dersom krenkelsen er grov, kan fengsel inntil seks måneder idømmes. Slike ytringer ble først kriminalisert i den svenske straffeloven av 1962.

I *dansk rett* er det straffeloven § 267 som verner mot krenkelser av ærefølelsen. Bestemmelsen omfatter også omdømmekrenkelser, og strafferammen er bot eller fengsel inntil fire måneder. – Straffeloven § 274 setter straff for omdømmekrenkelser rettet mot en avdød person. Strafferammen er bot. Dersom krenkelsen er fremsatt mot bedre vitende, utvides strafferammen til fengsel inntil fire måneder.

Også i *finsk rett* oppstilles et vern mot krenkelser av ærefølelsen. Selv om Strafflagen 24:9 ikke inneholder en eksplisitt sondring mellom ærefølelse og omdømme, er det antatt i juridisk teori at krenkelser av ærefølelsen omfattes av Strafflagen 24:9 første ledd nr. 2 som setter straff for fornedrende ytringer ("förnedrar någon"). Strafferammen er bot eller fengsel inntil seks måneder. – Det følger videre av Strafflagen 24:9 tredje ledd at en omdømmekrenkelse rettet mot en avdød person som er egnet til å virke krenkende ("att orsaka lidande") på vedkommendes nærstående, kan straffes for ærekrenkelse. Strafferammen er bot eller fengsel inntil seks måneder.

2.1.3 Folkerettslige forpliktelser

EMD har ikke tatt stilling til om ærefølelsen har et selvstendig konvensjonsrettslig vern i EMK artikkel 8, og spørsmålet fremstår derfor som uavklart. Jeg vil likevel nevne at Den europeiske menneskerettighetskommisjonen i avvisningsavgjørelsene *Fayed and House of Fraser Holdings plc against the United Kingdom* fra 15. mai 1992 (avsnitt 1) og *V.S. against the Slovak Republic* fra 22. oktober 1997 (avsnitt 3) har kommet med uttalelser som kan tas til inntekt for at også ærefølelsen inngår blant de vernede interessene i EMK artikkel 8. I tillegg kommer at Europarådets parlamentarikerforsamling i resolusjon 428 fra 1970 (Resolution 428 (1970) containing a declaration on mass communication media and human rights) bokstav c punkt 2 og i resolusjon 1165 fra 1998 (Right to privacy) punkt 4 har lagt til grunn at ærefølelsen har et konvensjonsrettslig vern i EMK artikkel 8. Parlamentarikerforsamlingen kan selvsagt ikke fastsette innholdet i konvensjonsforpliktelsene gjennom vedtakelsen av resolusjoner, men EMD tillegger likevel slike resolusjoner en viss vekt.

SP artikkel 17 nr. 1 verner både ærefølelsen og omdømmet ("honour and reputation"). Det følger videre av SP artikkel 17 nr. 2 at konvensjonsstatene har forpliktet seg til å gi både ærefølelsen og omdømmet et lovforankret vern ("protection of the law"). Dette er også lagt til grunn i juridisk teori. Uttrykket "unlawful attacks" gir riktignok anvisning på en interesseavveining mellom ytringsfriheten og vernet mot ærekrenkelser, men det er likevel ikke egnet til å rokke ved det faktum at også ærefølelsen har et visst konvensjonsrettslig vern i SP artikkel 17. Jeg nevner for ordens skyld at Barnekonvensjonen artikkel 16 har en tilsvarende formulering, og at også denne konvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2.

2.1.4 anbefalinger og vurderinger

Jeg vil anbefale at det strafferettslige vernet mot krenkelser av ærefølelsen videreføres i straffeloven 2005, og kan ikke uten videre slutte meg til Straffelovkommisjonens oppfatning om at slike krenkelser faller utenfor rammen av det straffverdige. Gjennomgangen av fremmed rett synliggjør tvert imot en alminnelige oppfatning i de nordiske landene om at også ærefølelsen bør innrømmes et strafferettslig vern. Selv om den norske lovgiveren selvsagt står fritt til å vedta avvikende lovgivning, bør et slikt avvik begrunnes særskilt, noe Straffelovkommisjonen ikke har gjort.

Etter min mening kan det ikke utelukkes at den teknologiske utviklingen, og den økte tilgjengeligheten til effektive kanaler for fremsettelse av ytringer på internett, vil kunne aktualisere behovet for et strafferettslig vern mot krenkelser av ærefølelsen. Mediene rapporterer stadig om enkeltpersoner og grupper av personer som utsettes for ulike former for hetsende og fornedrende ytringer fremsatt på internett. Straffeloven § 135 a gir et visst vern, men dette er begrenset til noen persongrupper. Hensynet til ytringsfriheten kan heller ikke tas til inntekt for en opphevelse av det strafferettslige vernet av ærefølelsen, siden de ytringer som omfattes av dette straffebudet, vanskelig kan tenkes å bidra til en virkeliggjøring av de prosessene som begrunner ytringsfriheten.

Kravet i SP artikkel 17 om at ærefølelsen må være beskyttet gjennom lovgivning, tilsier også at straffeloven § 246 videreføres i straffeloven 2005, selv om det nok ikke er grunnlag for å tolke SP artikkel 17 som et krav om straffehjemmel. Straffelovkommisjonen pekte på at et visst vern mot krenkelser av ærefølelsen trolig ville kunne forankres i bestemmelsen om skremmende og plagsom opptreden. Se NOU 2002: 4 s. 441. Det kan likevel ikke med sikkerhet sies at dette vil oppfylle de forpliktelsene som kan utledes av SP artikkel 17.

Jeg mener likevel det kan være naturlig med en viss innsnevring av straffansvaret for krenkelser av ærefølelsen: For det første bør straffetrusselen begrenses til grove krenkelser, og for det andre bør det inntas et krav om at den krenkende ytringen eller handlingen må være oppfattet av tredjemann.

Jeg vil videre anbefale at vernet mot krenkelser av avdødes minne videreføres i straffeloven 2005. Også for dette spørsmålets vedkommende synes det å være konsensus i de nordiske landene. Straffebudet om krenkelser av omdømmet verner bare levende personer. Dersom spesialbestemmelsen om krenkelsen av avdødes minne oppheves, vil det ikke være hjemmel for å straffe usanne beskyldninger uten offentlig interesse som krenker avdødes minne. En slik rettstilstand fremstår etter mitt syn som uheldig. Det er selvsagt riktig at bestemmelsen knapt har vært i bruk, men det kan likevel ikke utelukkes at bestemmelsen har hatt en funksjon.

Bestemmelsen må selvsagt tolkes på en slik måte at den ikke legger hindringer i veien for historisk forskning eller den alminnelige samfunnsdebatt om spørsmål av offentlig interesse, og dette er klargjort gjennom henvisningen til bestemmelsen om innskrenkende tolkning. Jeg nevner til sist at den innsnevring av det strafferettslige

vernet av omdømmet som foreslås i avsnitt 2.2.1 nedenfor, selvsagt også vil gjelde for vernet mot krenkelser av avdødes minne.

2.2 Det strafferettslige vernet av omdømmet

2.2.1 Krav om at ærekrenkelsen må være grov

2.2.1.1 Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring

Någjeldende straffelov inneholder ikke en særskilt regulering av grove ærekrenkelser, selv om det visstnok allerede etter gjeldende rett oppstilles et krav om at ærekrenkelsene må være kvalifiserte. Slik for eksempel Straffelovrådet i NOU 1995: 10 s. 16. Kjennelsen i Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) kan tyde på at det i dette kravet ikke ligger særlige begrensninger i straffansvaret. Straffeloven gir likevel noen momenter til vurderingen av hvilke ærekrenkelser som bør vurderes som særlig alvorlige: Det følger av straffeloven § 247 siste punktum at strafferammen utvides dersom ærekrenkelsen er fremsatt i trykt skrift eller i kringkastingssending, eller ellers under særdeles skjerpene omstendigheter. Straffeloven § 248 – som gjelder usanne ærekrenkende beskyldninger fremsatt mot bedre vitende – innebærer en spesialregulering av visse typer av alvorlige ærekrenkelser. Videre følger det av rettspraksis at beskyldningens grovhet tillegges vekt i rettsstridsvurderingen, og jeg nøyer meg her med å vise til Rt. 2005 s. 1677 (Fædrelandsvennen) avsnitt 78.

Som allerede nevnt i avsnitt 1.1 ovenfor, tok Ytringsfrihetskommisjonen til orde for å bygge ned det rettslige vernet mot ærekrenkelser. På generelt grunnlag sluttet departementet seg til dette. En slik nedbygging kan for eksempel skje ved å oppstille et krav om at ærekrenkelsen må være grov.

2.2.1.2 Fremmed rett

I *svensk rett* er det Brottbalken 5 kap. 2 § som oppstiller et særskilt vern mot grove ærekrenkelser. Ved vurderingen av om ærekrenkelsen er grov, skal det blant annet legges vekt på om beskyldningen var egnet til å medføre alvorlig skade på grunn av innholdet, eller på grunn av fremsettelsesmåten.

I *dansk rett* er det ikke egne straffebud som rammer grove ærekrenkelser i sin alminnelighet. Jeg nevner likevel at Straffeloven § 268 oppstiller et særskilt vern mot ærekrenkende beskyldninger som er fremsatt mot bedre vitende. Slike ærekrenkelser ("bagvaskelser") vil normalt måtte sies å være grove.

I *finsk rett* er det Strafflagen 24:10 som oppstiller et særskilt vern mot grove ærekrenkelser. I vurderingen av om krenkelsen skal regnes for å være grov, skal det blant annet legges vekt på om ærekrenkelsen har skjedd gjennom et massemedium eller på annen måte er gjort tilgjengelig for et stort antall mennesker, og om den har forårsaket langvarig lidelse eller stor skade.

2.2.1.3 Folkerettslige forpliktelser

EMK artikkel 8 oppstiller et selvstendig vern mot ærekrenkelser. Jeg nøyer meg her med å vise til fremstillingen i avsnitt 1.1 ovenfor. Konvensjonsstatene pålegges en positiv plikt til å innrette den nasjonale lovgivningen slik at disse interessene gis et effektivt vern. Så vidt jeg vet, er det ikke holdepunkter i praksis fra EMD for å hevde at det vil stride med konvensjonsvernet i EMK artikkel 8 å begrense straffansvaret til de grove ærekrenkelsene. Det avgjørende i så måte vil være om det samlede rettslige vernet mot ærekrenkelser fremstår som tilstrekkelig effektivt.

2.2.1.4 Anbefalinger og vurderinger

Jeg vil anbefale at straffansvaret for ærekrenkende ytringer begrenses ved at det i loven inntas et krav om at ærekrenkelsen må være grov. Denne begrensningen bør gjelde både for krenkelser av ærefølelsen og krenkelser av omdømmet. Formålet med lovendringen er å begrense straffansvaret for ærekrenkelser utover det som etter gjeldende rett allerede følger av kravet om at krenkelsen må være kvalifisert.

Spørsmålet om ærekrenkelsen er grov, bør etter min mening avgjøres på grunnlag av en nokså bred helthetsvurdering. Det er likevel nærliggende å videreføre de betraktninger som kommer til uttrykk i straffeloven § 247 siste punktum: En ærekrenkelse som er fremsatt i et massemedium eller på annen måte spredt blant allmennheten, vil typisk ha større skadevirkninger enn ærekrenkelser som ikke er spredt på denne måten. Også ærekrenkelser som er offentlig fremsatt, jf. straffeloven 2005 § 10 andre ledd, vil normalt være egnet til å forårsake større skade. Det samme gjelder om ærekrenkelsen gjentas. Dersom ytreren holdt det for sannsynlig at beskyldningen var usann, men likevel fremsatte den, er det også mye som taler for at ærekrenkelsen bør vurderes som grov. Dette momentet tilsvare langt på vei vurderingstemaet i straffeloven § 248. Jeg mener også at den ærekrenkedes egen opptreden bør tillegges vekt i vurderingen av om krenkelsen er grov. Med dette ønsker jeg å få frem at dersom den omstridte ærekrenkelsen kan sies å være fremkalt av den ærekrenkede selv, så skal det mer til for at den omstridte ærekrenkelsen kan anses for å være grov. Jeg nevner til sist at også ærekrenkelsens karakter bør inngå i vurderingen av om ærekrenkelsen er grov.

2.2.2 Beskyldningens sannhet

2.2.2.1 Kort om gjeldende rett. Særlig om fotoforbudet i straffeloven § 390 c. Fremsatte forslag til endring

Straffeloven § 249 nr. 1 slår fast at straff ikke kommer til anvendelse dersom det føres bevis for beskyldningens sannhet. Denne hovedregelen gjelder likevel ikke dersom den sanne ærekrenkende beskyldningen var fremsatt uten aktverdig grunn, eller dersom beskyldningen fremstår som utilbørlig av andre grunner. Dette følger av straffeloven § 249 nr. 2. Sanne ærekrenkelser av offentlig interesse vil derfor alltid ha et vern dersom de fremstår som tilbørlige. Derimot vil sanne ærekrenkende beskyldninger som ikke er

av offentlig interesse, eller som av andre grunner fremstår som utilbørlige, kunne straffes. Sannhet utgjør med andre ord et sterkt – men ikke absolutt – vern mot straffansvar etter gjeldende norsk rett.

Straffeloven § 390 c – som blant annet gjør det straffbart å fotografere eller filme en mistenkt som er i politiets varetekt – innebærer at visse sanne ærekrenkende beskyldninger kan straffes. Bestemmelsen ble vedtatt i 1999. Stortingsflertallet ba samtidig om at regjeringen fremmet forslag om nødvendige lovendringer for å sikre at navn og bilde på mistenkte, siktede eller tiltalte i straffesaker ikke ble offentliggjort (Innst. O. nr. 28 (1998–1999) pkt. 3.10). Straffeloven § 390 c har ennå ikke trådt i kraft, og regjeringen har heller ikke (så vidt jeg vet) fulgt opp vedtaket om å forberede et mer generelt utformet identifiseringsforbud. Ytringsfrihetskommisjonen advarte mot den uthuling av sannhetsforsvaret som lå i identifiserings- og fotoforbudet, men var likevel av den oppfatning at det kunne være akseptabelt å forby sanne ærekrenkelser under helt spesielle forhold. Straffeloven § 249 nr. 2 kunne derfor opprettholdes dersom den ved anvendelsen ble tolket i lys av kommisjonens forslag til andre ledd i den nye grunnlovsbestemmelsen (NOU 1999: 27 s. 126). Kommisjonen fikk riktignok ikke fullt ut gjennomslag for sitt forslag til formulering av grunnloven § 100 andre ledd; aktsom god tro ble ikke grunnlovsfestet som en absolutt rettsstridsutelukkende omstendighet for alle typer av sanksjoner. Jeg har likevel vanskelig for å se at dette skulle være egnet til å svekke kommisjonens aksept av straffeloven § 249 nr. 2: Aktsom god tro – i alle fall for spørsmålet om beskyldningens sannhet – gjør seg nemlig bare gjeldende som et vurderingstema hvor det *ikke* er ført bevis for beskyldningens sannhet, og skulle derfor ikke ha noen innvirkning på kommisjonens vurdering av behovet for å sanksjonere ærekrenkende beskyldninger hvor sannhetsbevis *er* ført.

2.2.2.2 Noen bemerkninger om sontringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger, og om retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer

Spørsmålet om beskyldningens sannhet er for øvrig uløselig knyttet til *sontringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger*. Det kan bare føres sannhetsbevis for faktabeskyldninger. Verdivurderinger har et innhold som ikke er egnet for slik bevisførsel. Høyesterett har i en rekke nyere avgjørelser presisert sontringens betydning, og jeg nøyer meg her med å referere flertallsvotumet i Rt. 2005 s. 1677 (Fædrelandsvennen):

"Det må etter mitt syn kunne legges til grunn at den ærekrenkende beskyldning, som her er videreformidlet, gjelder faktiske forhold – nemlig at A uberettiget hadde tatt penger ut av fondet. Dette er – som jeg tidligere har vært inne på – en beskyldning som det etter sin art kunne ha vært ført sannhetsbevis for. Jeg kan ikke se det annerledes enn at dette – i EMDs terminologi – må bedømmes som en "factual statement". At de faktiske forhold beskyldningen gjelder, også vil kunne gi grunnlag for en moralsk kritikk av A, fratar etter mitt syn ikke beskyldningen denne karakter." (avsnitt 78)

Jeg nevner for ordens skyld at mindretallet ikke hadde en annen oppfatning av dette spørsmålet. Høyesterett har dessuten lagt til grunn lignende presiseringer i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) s. 774—775, Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) avsnitt 44 og Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond). At sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger har en solid forankring i gjeldende rett, kan derfor ikke fremstå som særlig tvilsomt. Ytringsfrihetskommisjonen tok til orde for at straffebestemmelsene om ærekrenkelser må utformes slik at skillet mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger kommer klarere frem (NOU 1999: 27 s. 121—125). Straffelovkommisjonen antok derimot at en slik lovendring ikke var strengt nødvendig, og det ble vist til at sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger også ligger til grunn for den nye grunnloven § 100 (NOU 2002: 4 s. 343).

Jeg nevner til sist at *retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer* innvirker på hvilket bevistema som skal legges til grunn, og av den grunn bør også disse ses i sammenheng med spørsmålet om beskyldningens sannhet. I Rt. 2005 s. 1677 (Fædrelandsvennen) ble retningslinjene for tolkning formulert på denne måten:

"Med utgangspunkt i ordbruken, typografien, innbyrdes sammenheng og bruken av foto må det klarlegges hvorledes reportasjene og oppslagene måtte oppfattes av den alminnelige avisleser, jf. eksempelvis Rt. 2003 side 1190 avsnitt 54. EMD viser i sine avgjørelser til oppfatningen hos "the ordinary reader". Utsagnene må ses i sammenheng med hele reportasjen de er en del av." (avsnitt 56)

En lignende formulering ble lagt til grunn i Rt. 2003 s. 914 (Akershus Amtstidende) avsnitt 38, og Høyesterett forankret retningslinjene i to dommer fra 1970- og 1980-tallet; Rt. 1978 s. 1498 og Rt. 1987 s. 1059. I praksis fra Høyesterett finnes det eksempler på at sammenhengen som ytringene er fremsatt i, har begrunnet et mer avdempet tolkningsresultat enn ordlyden isolert sett skulle tilsi. Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) og Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond) kan her tjene som eksempler gode eksempler. Like klart er det at ordlyden i de omstridte ytringene ikke utgjør en yttergrense for tolkningsresultatet, og jeg nøyer meg her med å vise til Rt. 2005 s. 1677 (Fædrelandsvennen). Flertallet i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) la til grunn at det måtte gjelde et legalitetsprinsipp for tolkningen av påstått rasistiske ytringer (s. 1627), men dette standpunktet ble i realiteten fraveket i avgjørelsen i Høyesterett av 21. desember 2007 (Vigrid). Se særlig avsnittene 40—42.

2.2.2.3 Fremmed rett

I *svensk rett* fremgår vilkårene for straffrihet av Brottsbalken 5 kap. 1 § andre ledd. Sannhet utgjør ingen absolutt sperre mot straff. Det vil bare være dersom ytreren hadde en plikt til å uttale seg, eller dersom det "med hänsyn til omständigheterna [var] försvarligt att lämna uppgift i saken", at beskyldningens sannhet tillegges sperrevirkning. For øvrig tillates ikke bevisføring om sannheten av de ærekrenkende beskyldningene. Det kan med andre ord ikke utledes en generell regel i svensk rett som går ut på at den som bare sier sannheten, alltid er vernet.

I *dansk rett* følger det av straffeloven § 269 første ledd at beskyldningen er straffri dersom det føres sannhetsbevis. Regelen er imidlertid ikke unntaksfri; ytreren kan straffes dersom beskyldningen har en form som gjør den "utilbørlig fornærmende", eller dersom ytreren "ikke har haft rimelig anledning til at fremsætte fornærmelsen". Unntaket fremgår av straffeloven § 270.

I *finsk rett* oppstilles i Strafflagen 24:10 første ledd nr. 1 som vilkår for straff at den ærekrenkende ytringen er usann. Sanne ærekrenkelseser kan følgelig ikke straffes med hjemmel i dette straffebudet. Sanne ærekrenkelseser vil derimot kunne straffes med hjemmel i Strafflagen 24:10 første ledd nr. 2. Det avgjørende synes å være at fremsettelsen innebærer en fornedrelse ("förnedrar någon"), og at denne fornedrelsen omfattes av ærekrenkerens forsett.

Heller ikke i *engelsk rett* utgjør sannhet en absolutt sperre, verken mot strafferettslig eller erstatningsrettslig ansvar for ærekrenkelseser. Når det gjelder straffansvaret ("criminal libel"), følger det av Libel Act (Lord Campbell's Act) section 6 at:

"... the truth of the matters charged may be inquired into, but shall not amount to a defence, unless it was for the public benefit that the said matters charged should be published; ..."

Sannhet vil altså bare gi et vern mot straffesanksjoner dersom det kan legges til grunn at den ærekrenkende beskyldningen var av offentlig interesse ("public benefit"). Bevisføringsplikten for dette vilkåret påhviler ytreren. – Det erstatningsrettslige vernet mot ærekrenkelseser i engelsk rett ("defamation") omfatter derimot bare usanne beskyldninger. Sannhet utgjør med andre ord en sperre mot erstatningsrettslig ansvar. Jeg nevner for ordens skyld at noen common law-jurisdiksjoner har fraveket denne regelen, og tillegger sannheten sperrevirkning bare dersom den ærekrenkende beskyldningen var av offentlig interesse. Det er likevel klart at også sanne ytringer kan utløse erstatningsansvar etter engelsk rett. Ansvar for slike ytringers vedkommende vil måtte bygges på de domstolsskaptene reglene om "breach of confidence". Dette regelsettet var inntil nylig utformet med sikte på å gi kommersiell informasjon et vern mot offentliggjøring, og en sentral forutsetning for ansvar var at det eksisterte en samforstand mellom partene om konfidensialitet. Hadde det ikke vært kontakt mellom partene som var av en slik karakter at den kunne sies å danne grunnlaget for en slik samforstand, var "breach of confidence"-reglene uanvendelige. EMK ble inkorporert i engelsk rett med Human Rights Act i 1998, og dette markerte starten på en gradvis utvikling av "breach of confidence"-instituttet. For det første er det ikke bare kommersiell informasjon som omfattes av reglene. Vernet gjelder alle former for informasjon som er av konfidensiell informasjon. For det andre er det ikke lenger et vilkår at de offentliggjorte opplysningene ble formidlet på grunnlag av en samforstand mellom partene om konfidensialitet. Det avgjørende vurderingstemaet synes å være om den som opplysningene gjaldt, hadde en rimelig forventning ("a reasonable expectation") om at opplysningene ikke ble offentliggjort. Med disse endringene av "breach of confidence"-instituttet, omfattes også massemediers offentliggjøring av

informasjon. Jeg nøyer meg her med å vise til dommen fra House of Lords i *Campbell v. MGN Ltd.*, [2004] 2 A.C. 457. Se også *A v. B Plc and Another*, [2003] Q.B. 195.

2.2.2.4 Folkerettslige forpliktelser

Sannhet utgjør ikke et konvensjonsrettslig hinder for å sanksjonere ytringer som krenker privatlivet. Av EMK artikkel 8 kan det til og med utledes en positiv plikt for statene til å innrette lovgivningen slik at privatlivet gis et effektivt vern. Jeg nøyer meg her med å vise til dommen *von Hannover v. Germany* fra 24. juni 2004. Det er heller ikke holdepunkter i praksis fra EMD for å hevde at sannhet utgjør en absolutt sperre mot ansvar for ærekrenkende beskyldninger. Det avgjørende kriterium synes å være om beskyldningen er av offentlig interesse. Dersom sannhet ble oppstilt som en absolutt sperre mot ansvar for ærekrenkende beskyldninger, kan det ikke utelukkes at en slik rettsregel ville bli vurdert som en krenkelse av vernet av privatlivet i EMK artikkel 8.

Sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger har jeg allerede gjort rede for i forbindelse med presentasjonen av dommen *Nilsen and Johnsen v. Norway* fra 25. november 1999 i avsnitt 1.2 ovenfor. Jeg vil likevel minne om hovedtrekkene: Det kan bare kreves bevis for faktabeskyldninger. Verdivurderinger kan ikke bevises, og dersom nasjonale domstoler baserer en domfellelse på at ytreren ikke har ført sannhetsbevis for vurderingene, vil dette alene utgjøre en krenkelse av EMK artikkel 10. Det er likevel ikke slik at verdivurderinger har et absolutt vern mot sanksjoner. Det kreves at også disse har tilstrekkelig faktisk forankring, og i motsatt fall vil de kunne sanksjoneres uten at dette innebærer en krenkelse av EMK artikkel 10.

Også når det gjelder retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer i praksis fra EMD, nøyer jeg meg med å vise til fremstillingen av dommen *Bergens Tidende and Others v. Norway* fra 2. mai 2000 i avsnitt 1.2 ovenfor. Det er kjerneinnholdet i de omstridte ytringene som skal bringes på det rene. Er de ærekrenkende ytringene fremsatt i massemedia, må tolkningen basere seg på den samlede dekning av saken. Ordlyden utgjør ingen yttergrense for hvilket tolkningsresultat som kan legges til grunn.

2.2.2.5 Anbefalinger og vurderinger

Jeg vil anbefale at det utformes en bestemmelse som medfører at straffansvaret for ærekrenkende ytringer ikke kan gjøres gjeldende overfor sanne beskyldninger som er av offentlig interesse, eller som av andre grunner fremstår som aktverdige. Dette innebærer en videreføring av dagens rettsstilstand.

Etter min vurdering er det derimot ikke noe som skulle tilsi at sannhet bør gjøres til en absolutt sperre mot straffansvar. En slik regel ville innebære at selv om den ærekrenkende beskyldningen savnet offentlig interesse, og kanskje også var fremsatt i skade- eller sjikanehensikt, ville den ikke kunne straffesanksjoneres dersom det kunne bevises at beskyldningen var sann. Det sier seg selv at en slik regel ikke ville ta

tilstrekkelig hensyn til personvernet. Gjennomgangen av fremmed rett viser dessuten at sanne beskyldninger ikke har et absolutt vern mot straffansvar. Det er mitt inntrykk at dansk og finsk rett går lengst i retning av å vektlegge beskyldningens sannhet som en straffriende omstendighet, men heller ikke i disse jurisdiksjoner utgjør sannheten en absolutt sperre mot straffansvar. De folkerettslige forpliktelsene som kan utledes av EMK tilsier heller ikke en slik regulering.

Jeg kan heller ikke anbefale at fotoforbudet i straffeloven § 390 c inntas i straffeloven 2005. Straffebudets absolutte formulering kan tyde på at forholdet til ytringsfriheten i EMK artikkel 10 og grunnloven § 100 ikke har blitt tilstrekkelig grundig vurdert. Dette er selvsagt uheldig, men er etter min mening likevel ikke en avgjørende innvending mot straffebudet. Dersom straffeloven § 390 c hadde trådt i kraft, ville selvsagt norske domstoler ha innfortolket en rettsstridsreservasjon i denne bestemmelsen, og på den måten sikret at hensynet til ytringsfriheten ble ivaretatt. For meg har det vært avgjørende at en spesialregulering av enkeltkategorier av sanne ærekrenkende beskyldninger fremstår som lite ønskelig.

Sondringen mellom faktabeskyldninger og verdivurderinger har en solid forankring i norsk rett. At sondringen innvirker på hvilke ytringer det kan kreves ført sannhetsbevis for, er klart nok. Det er klassifiseringen av de omstridte ytringene som kan fremstå som noe usikker og skiftende i praksis fra EMD. Det vil derfor neppe bidra til økt forutberegnelighet om selve sondringen nedfelles i lovgivningen.

Etter min vurdering er det heller ikke grunnlag for å hevde at de retningslinjene for tolkning av omstridte ytringer som norske domstoler praktiserer, er i strid med de retningslinjene som EMD legger til grunn. Det er selvsagt ikke noe i veien for å nedfelle disse retningslinjene i lovgivningen, men jeg har likevel vanskelig for å se at en slik bestemmelse i særlig grad ville bidra til økt forutberegnelighet for den saksøkte i ærekrenkelsessaken.

2.2.3 Skyldkrav og aktsom god tro som rettsstridsutelukkende omstendighet. Plassering av bevisføringsplikten

2.2.3.1 Kort om gjeldende rett

Det gjelder klart nok et forsettskrav for mange av elementene i straffeloven §§ 246 og 247. Forsettskravet vil her fungere som et ordinært vilkår for straffansvar, og bevisføringsplikten påhviler påtalemyndigheten eller saksøkeren. Dette skyldkravet gjelder derimot ikke for spørsmålet om sannheten i beskyldningene. Straffeloven § 248 – som setter straff for usanne beskyldninger som er fremsatt mot bedre vitende – representerer riktignok et unntak fra denne hovedregelen, men bestemmelsen spiller en svært beskjeden rolle i praksis, og vil ikke bli behandlet nærmere.

For spørsmålet om beskyldningens sannhet, spiller likevel skyld en sentral rolle i norsk rett, men da i form av aktsom god tro som en rettsstridsutelukkende omstendighet.

Bevisføringsplikten påhviler den saksøkte. Det er dette som skal fremstilles nærmere her.

Ytringsfrihetskommisjonen har i NOU 1999: 27 på s. 115 lagt til grunn at:

"Etter dagens regler har injurianten et tilnærmet objektivt ansvar for sannhet i den påstanden som framsettes. Det spiller i utgangspunktet ingen rolle at avgiver var i aktsom god tro med hensyn til sannheten i utsagnet."

Etter min mening gir ikke denne fremstillingen en dekkende beskrivelse av gjeldende rett. For det første inneholder straffeloven § 249 nr. 3 en eksplisitt regulering av skyldkravet for spørsmålet om sannhet i visse situasjoner. Den saksøkte kan fri seg fra ansvar (med unntak av mortifikasjon) dersom det kan føres bevis for at vedkommende "i enhver henseende har vist tilbørlig aktsomhet". Også massemediene omfattes av denne bestemmelsen når det publiseres informasjon i saker som har offentlig interesse. Norske domstoler har nok i enkelte eldre avgjørelser praktisert et ganske strengt krav til aktsom god tro, men det er ikke holdepunkter for å hevde at domstolene i realiteten har operert med et tilnærmet objektivt ansvar for spørsmålet om sannhet.

I tillegg kommer at aktsom god tro for spørsmålet om sannhet inngår som et av momentene i rettsstridsvurderingen. Spesielt på dette området har det skjedd en rettsutvikling etter at Ytringsfrihetskommisjonen la frem sin rapport. Det var ikke tidligere like klart at aktsom god tro for spørsmålet om sannhet inngikk i rettsstridsvurderingen. I nyere dommer og avgjørelser foretar derimot Høyesterett en regelmessig og inngående vurdering av spørsmålet om aktsom god tro. Noen dommer kan nevnes til illustrasjon:

Dommen i Rt. 1999 s. 1541 ("Her slår politiet") gjaldt et oppslag i Dagbladet om en biljakt i Oslo, og den påfølgende pågripelsen av sjåføren. Avisen offentliggjorde flere bilder som viste en polititjenestemann som slo den pågrepne i ryggen. Bildene, som var hentet fra en amatørfilm, vart supplert med overskriften "Her slår politiet". Høyesterett kom til at oppslaget måtte tolkes som en beskyldning om ulovlig maktbruk fra politiets side. I den påfølgende rettsstridsvurderingen fremhevet Høyesterett:

"Samtidig må pressen på linje med andre være forpliktet til å foreta en forsvarlig undersøkelse av holdbarheten i påstander som krenker en persons omdømme før slike påstander offentliggjøres. At de påstander som framsettes gjelder spørsmål av samfunnsmessig betydning, endrer ikke dette utgangspunkt. Det vil også mer generelt ut fra personvernet måtte vektlegges i hvilken grad en avis har opptrådt aktsomt i sine vurderinger og ikke unødig har eksponert enkeltpersoner på slik måte at avisens handlinger fremstår som utilbørlige. Denne vurderingen må skje ut fra samtlige forhold i saken slik de fremsto på handlingstiden." (s. 1552)

Høyesterett la med andre ord opp til en vurdering av om de saksøkte hadde vært i aktsom god tro for spørsmålet om sannhet. Det ble blant annet fremhevet at Dagbladets redaktør hadde gitt uttrykk for at avisen var av den oppfatning at filmen ikke ga

tilstrekkelig grunnlag for å slå fast at politiets maktbruk var ulovlig, og Høyesterett kom til at beskyldningene var rettsstridige.

Kjennelsen i Rt. 2000 s. 279 (kjørelærer) gjaldt Bergens Tidendes omtale av et vedtak fra veikontoret i Sogn og Fjordane om inndragning av en kjørelærergodkjenning. Selv om det ble lagt til grunn at avisen hadde fremsatt ærekrenkende beskyldninger som det ikke var ført sannhetsbevis for, ble likevel avisen frifunnet for kravet om mortifikasjon og erstatning. Høyesterett fremhevet som et helt sentralt moment i rettsstridsvurderingen at vesentlige deler av artikkelen var basert på en dom fra herredsretten som hadde stadfestet et tidligere inndragningsvedtak. Journalisten hadde derfor ikke en særlig oppfordring til å foreta inngående undersøkelser av grunnlaget for det nye vedtaket fra veikontoret, og det ble lagt til grunn at journalisten hadde vært i aktsom god tro. Saken endte derfor med frifinnelse.

Også i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) stod spørsmålet om aktsom god tro helt sentralt i rettsstridsvurderingen. Denne saken gjaldt Nordlandspostens omtale av kritikkverdige forhold ved økonomiforvaltningen i en håndballklubb. Høyesterett fremhevet at avisen kjente til en bokettersynsrapport utarbeidet av fylkesskattekontoret, og at det i denne rapporten fremkom kritikk av økonomiforvaltningen i håndballklubben:

"Sentralt i min bedømmelse så langt av avisens opptreden, står også det forhold at grunnlaget for den undersøkende journalistikk var fylkesskattekontorets bokettersynsrapport. Det er omtvistet mellom partene om Nordlandsposten hadde rapporten tilgjengelig eller kjente denne fullt ut. Men det avgjørende må være at avisen var klar over at rapporten forelå, at den på flere punkter var kritisk til klubbens økonomistyring, og at flere av disse punkter knyttet seg til As godtgjørelse. A har for Høyesterett anført at en bokettersynsrapport er rent foreløpig og på ingen måte betyr at en ligningssak er igangsatt. Det var derfor prinsipielt uriktig å bygge reportasjen på denne. Jeg kan ikke være enig i dette synspunkt. For avisen har rapporten med rette fremstått i det minste som en autoritativ bekreftelse på at noe kunne være alvorlig galt med økonomiforvaltningen i klubben, ..." (s. 774)

Høyesterett mente altså at innholdet i rapporten var av en slik karakter at journalistene kunne sies å være i aktsom god tro for spørsmålet om sannhet, og avsa frifinnende dom.

Det samme vurderingstemaet har også senere blitt lagt til grunn av Høyesterett, og det vises til Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) avsnitt 44 og Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond) avsnitt 78.

Dersom retten kommer til at den saksøkte var i aktsom god tro for spørsmålet om sannhet, vil dette regelmessig medføre frifinnelse, selv om det ikke er ført sannhetsbevis for de ærekrenkende beskyldningene. Det avgjørende for spørsmålet om den saksøkte var i aktsom god tro, vil være om det på publiseringstidspunktet var

tilstrekkelige holdepunkter i faktum for at beskyldningen var sann. Dette kravet vil blant annet variere med alvoret i de framsatte beskyldningene. Det er ikke særlige holdepunkter for å hevde at Høyesterett la til grunn et særlig strengt krav til aktsom god tro i disse sakene. I Rt. 2000 s. 279 (kjørelærer) ble de frifinnende underrettsdommene stadfestet, og Høyesterett avsa frifinnende dommer både i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) og Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond). Unntaket er kjennelsen i Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad), der flertallet i Høyesterett stadfestet den delvis fellende dommen fra lagmannsretten.

2.2.3.2 Fremsatte forslag til endring

2.2.3.2.1 Forslaget fra Ytringsfrihetskommisjonen

Ytringsfrihetskommisjonen tok i NOU 1999: 27 s. 114 til orde for en liberalisering av injurielovgivningen, og mente at dette blant annet skulle sikres gjennom det som ble omtalt som en delvis restaurering av skyldkravet i grunnloven § 100.

Ytringsfrihetskommisjonen foreslo derfor at den nye bestemmelsen om ytringsfrihet i grunnloven § 100 skulle oppstille et vern mot rettslig ansvar for alle ærekrenkende ytringer som var fremsatt i god tro om ytringens sannhet. Det vises til fremstillingen i NOU 1999: 27 på s. 114—121. Forslaget til § 100 andre ledd siste punktum ble formulert på denne måten:

"Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for at en Paastand er usand, naar den er fremsat i agtsom god Tro." (NOU 1999: 27 s. 9)

Denne delen av grunnlovsbestemmelsen ble altså formulert som en rettsstridsutelukkende omstendighet. Den saksøkte kunne fri seg fra ethvert rettslig ansvar (strafferettslig og sivilrettslig) ved å føre bevis for at vedkommende hadde vært i god tro. Begrunnelsen for denne plasseringen av bevisføringsplikten var at det ville være enklere for den saksøkte å føre bevis for sin egen gode tro, enn det ville være for saksøkeren å føre bevis for det motsatte. Forslaget ville, om det hadde blitt vedtatt i Stortinget, langt på vei ha representert en kodifisering av det som i dag er gjeldende rett. Det vises til fremstillingen i avsnitt 2.2.3.1 ovenfor.

Ytringsfrihetskommisjonen mente videre at grunnlovsforankringen av aktsom god tro som rettsstridsutelukkende omstendighet, skulle kombineres med særlige skyldkrav for de ulike sanksjonene:

"En slik grunnlovsfesting innebærer bare en minimumsregel. Det er derfor ingen ting i veien for at kravet til skyld kan skjerpes ved f. eks. omtale av offentlige personer eller saker av offentlig interesse, f. eks. slik at ansvar først kan gjøres gjeldende ved grov uaktsomhet. Det er heller ingen ting i veien for ulik skyldgrad for ulike reaksjoner, slik at f. eks. straff bare kan idømmes ved forsett, oppreisning bare ved forsett og grov uaktsomhet, mens det for erstatning og mortifikasjon er tilstrekkelig med simpel uaktsomhet." (NOU 1999: 27 s. 121)

Selv om dette isolert sett vanskelig kan oppfattes som et formelt forslag fra Ytringsfrihetskommisjonen om hvilke skyldkrav som skulle gjelde for de ulike sanksjonene i ærekrenkelsessaker, er det likevel mye som tyder på at det gir et nokså treffende uttrykk for Ytringsfrihetskommisjonens oppfatning av skyldkravets utforming. På s. 194 ble det tatt til orde for at det "[p]å samme måte som i erstatningsretten for øvrig bør ... kreves grov uaktsomhet for å tilkjennes oppreisning", og da er det nærliggende å anta at Ytringsfrihetskommisjonen i det minste så for seg et like strengt skyldkrav for straffesanksjonene, men at det kunne være rom for å legge til grunn et mindre strengt krav for erstatning for økonomisk tap og mortifikasjon.

Det fremgår ikke av Ytringsfrihetskommisjonens utredning hvordan bevisføringsplikten for skyldkravet skulle plasseres. I strafferetten er det normalt påtalemyndigheten (eller saksøkeren i private straffesaker) som må føre bevis for at vilkårene for straff er oppfylte, og i erstatningsretten er det som hovedregel den som setter frem kravet om erstatning som må føre bevis for at de tre erstatningsvilkårene er oppfylte. Hadde Ytringsfrihetskommisjonen ment å foreslå en avvikende plassering av bevisføringsplikten, er det nærliggende å anta at dette hadde blitt undergitt en særskilt behandling. Det legges derfor til grunn for den videre fremstilling at Ytringsfrihetskommisjonen mente at det var opp til påtalemyndigheten eller saksøkeren å føre bevis for at den tiltalte eller saksøkte hadde handlet med tilstrekkelig grad av skyld for spørsmålet om beskyldningens sannhet.

2.2.3.2.2 Forslaget fra Straffelovkommisjonen om grov uaktsomhet som vilkår for straff

Straffelovkommisjonen sluttet seg til forslaget fra Ytringsfrihetskommisjonen om innføring av et skyldkrav for straff i ærekrenkelsessaker, og foreslo at "det bør kreves grov uaktsomhet med hensyn til den omstendighet at beskyldningen er usann" (NOU 2002: 4 s. 343). Forslaget fra Straffelovkommisjonen er langt på vei alene basert på dommen fra Høyesterett i Rt. 2002 s. 1720 (voldtektsbeskyldning). Denne saken gjaldt en kvinnelig student som mente seg voldtatt av en medstudent, og spørsmålet for Høyesterett var om hun rettmessig kunne fremsette denne beskyldningen til en begrenset krets av personer med det formål å bearbeide opplevelsen. Flertallet mente at hun kunne gjøre dette, og et helt sentralt moment i begrunnelsen for å frifinne kvinnen fra kravet om oppreisningserstatning og mortifikasjon, var at hun var i aktsom god tro for spørsmålet om sannhet; hun hadde opplevd samleiet med medstudenten som en voldtekt. Det vises særlig til drøftelsen på s. 1733.

Straffelovkommisjonen drøftet også plasseringen av bevisføringsplikten i ærekrenkelsessaker, men bare for spørsmålet om sannheten av den ærekrenkende beskyldningen:

"Også regelen om at ærekrenkeren har bevisbyrden for at utsagnet er sant, jf strl § 249 nr 1, er i strid med de alminnelige forutsetningene for straff. Normalt er det påtalemyndigheten som har bevisbyrden for at den tiltalte er skyldig. Regelen om

omvendt bevisbyrde må likevel beholdes av hensyn til praktiseringen av straffebudet." (NOU 2002: 4 s. 343)

Straffelovkommisjonen ville altså videreføre presumsjonen for at de omstridte beskyldningene er usanne, og begrunnet dette med hensynet til praktiseringen av straffebudet. Straffelovkommisjonen tok derimot ikke stilling til hvem som ellers skulle pålegges bevisføringsplikten. I mangel av sikre holdepunkter for det motsatte, legges det derfor til grunn for den videre drøftelsen at også Straffelovkommisjonen mente at det måtte være opp til påtalemyndigheten eller saksøkeren å føre bevis for at den tiltalte eller saksøkte hadde handlet med tilstrekkelig grad av skyld for spørsmålet om beskyldningens sannhet.

2.2.3.3 Fremmed rett

I *svensk rett* er skyldkravet i Brottbalken 5 kap. 1 § forsett, og skylden må dekke alle elementene i den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Straffansvaret er imidlertid ikke objektivt sett begrenset til usanne ærekrenkende beskyldninger, noe som innebærer at forsettskravet ikke gjelder for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Etter hovedregelen i Brottbalken 5 kap. 1 § første ledd vil selv ikke god tro fritta for straff. God tro for spørsmålet om beskyldningens sannhet vil derimot fungere som en rettsstridsutelukkende omstendighet dersom vilkårene i Brottbalken 5 kap. 1 § andre ledd (om såkalt "intressekollisjon") er oppfylt.

Også i *dansk rett* gjelder et krav om forsett for domfellelse under straffeloven § 267. Her, som i Sverige, er imidlertid ikke straffansvaret objektivt sett begrenset til usanne ærekrenkende beskyldninger. Forsettskravet gjelder følgelig heller ikke for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Derimot følger det av Straffeloven § 269 at den som har vært i god tro, og som dessuten har vært forpliktet til å uttale seg, eller som har uttalt seg av hensyn til eget eller andres tarv, eller en åpenbar samfunnsinteresse, likevel ikke kan møtes med straff.

I *finsk rett* følger det av Strafflagen 24:9 første punktum at bare den usanne beskyldning eller antydning kan straffes som ærekrenkelse. Det følger da av dekningsprinsippet at forsettskravet, i motsetning til gjeldende svensk rett, også gjelder for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Dette skyldkravet anses for å være oppfylt dersom ytreren vurderer det som mer sannsynlig at beskyldningen er usann enn at den er sann. Det er usikkert om også lavere grader av sannsynlighet er tilstrekkelig, men det har blitt hevdet at selv i situasjoner hvor ytreren vurderer det som like sannsynlig at beskyldningen er usann som at den er usann, vil skyldkravet være oppfylt. Högsta domstolen har i en dom (HD 2006:64) fingert forsett dersom ytreren ikke har foretatt tilstrekkelige undersøkelser av beskyldningens sannhet. En slik fingering av forsett på grunn av utilstrekkelige undersøkelser har grunnleggende fellestrekk med aktsom god tro som rettsstridsutelukkende omstendighet.

2.2.3.4 Folkerettslige forpliktelser

Spørsmålet om ytreren var i god tro ("good faith") er et viktig vurderingstema når EMD tar stilling til om inngrepet i ytringsfriheten fremstår som nødvendig i et demokratisk samfunn ("necessary in a democratic society"). Dette er det sentrale inngrepvilkåret i EMK artikkel 10 nr. 2.

Det er kanskje særlig i saker som involverer journalister at EMD regelmessig fremhever at vernet i EMK artikkel 10 er betinget av god tro. I storkammerdommen *Cumpănă and Mazăre v. Romania* fra 14. desember 2004 kom dette til uttrykk på følgende måte:

"... the safeguard afforded by Article 10 to journalists is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism ..." (avsnitt 102)

Det samme er også lagt til grunn i en rekke andre dommer, og det vises her til *Standard Verlagsgesellschaft mbH (no. 2) v. Austria* fra 22. februar 2007 (avsnitt 38), *Radio France and Others v. France* fra 30. mars 2004 (avsnitt 37) og *Busuioc v. Moldova* fra 21. desember 2004 (avsnitt 59), alle med videre henvisninger til andre dommer fra EMD. Det synes etter dette klart at god tro fungerer som en rettsstridsutelukkende omstendighet i praksis fra EMD.

Det er videre grunn til å minne om at god tro er et nokså sammensatt vurderingstema, og at det derfor vil være et visst rom for å variere vektleggingen mellom ytringsfriheten og personvernet. For eksempel vil kravet til god tro variere med hvor alvorlige beskyldninger som er fremsatt. Dersom det er fremsatt alvorlige beskyldninger, stilles det strenge krav til kvaliteten på det faktiske grunnlaget for beskyldningen. Se for eksempel storkammerdommen *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* fra 17. desember 2004 (avsnittene 80—87) Det er publiseringstidspunktet som legges til grunn for vurderingen av god tro.

Praksis fra EMD gir ikke holdepunkter for å hevde at konvensjonsstatene må innrette den nasjonale lovgivningen slik at skyld (for spørsmålet om beskyldningens sannhet) oppstilles som et vilkår for ansvar.

2.2.3.5 Anbefalinger og vurderinger

Jeg anbefaler en videreføring av dagens rettstilstand som går ut på at aktsom god tro utgjør en rettsstridsutelukkende omstendighet som det er opp til den saksøkte å føre bevis for. Jeg vil derimot fraråde at det oppstilles som vilkår for straffansvar at den saksøkte har opptrådt grovt uaktsomhet for spørsmålet om beskyldningens sannhet.

Etter min mening tar det foreslåtte skyldkravet fra Straffelovkomisjonen for lite hensyn til personvernet, herunder vernet mot ærekrenkelser. Prinsipielt sett vil det selvsagt, som Straffelovkomisjonen påpeker i NOU 2002: 4 s. 343, være enklere å føre bevis for at den saksøkte har handlet grovt uaktsomt, enn å føre bevis for at

vedkommende har handlet med forsett for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Jeg ser det likevel slik at et krav om grov uaktsomhet i praksis vil gjøre det svært vanskelig å opprettholde et visst strafferettslig vern mot ærekrenkninger.

Det foreslåtte skyldkravet har flere sammenfallende trekk med skyldkravet "actual malice" som U.S. Supreme Court innførte i amerikansk rett med dommen *New York Times Co. v. Sullivan* fra 1964 (376 U.S. 254 (1964)). – Dette gjelder for det første graden av skyld. U.S. Supreme Court presiserte i dommen *St. Amant v. Thompson* fra 1968 at dette skyldkravet ville være oppfylt dersom "the defendant in fact entertained serious doubts as to the truth of his publication" (390 U.S. 727, 731 (1968)). Jeg er av den oppfatning at en saksøkt som var i alvorlig tvil om beskyldningens sannhet, men som på tross av dette valgte å fremsette beskyldningen, normalt vil være omfattet av legaldefinisjonen av grov uaktsomhet i straffeloven 2005 § 23 andre ledd. Det følger av denne bestemmelsen at grov uaktsomhet bare foreligger dersom "handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse". – Et annet sammenfallende trekk er plasseringen av bevisføringsplikten. I amerikansk rett er det saksøkeren som må føre bevis for at den saksøkte har handlet med den nødvendige skyld for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Som påvist i avsnitt 2.2.3.2 ovenfor, er det nærliggende å oppfatte både forslaget fra Ytringsfrihetskommisjonen og Straffelovkommisjonen slik at bevisføringsplikten for at den saksøkte hadde handlet med den nødvendige skyld for spørsmålet om beskyldningens sannhet, skulle påhvile saksøkeren. En annen plassering av bevisføringsplikten hadde forutsatt at skyldkravet ble formulert som en skyldpresumsjon, og at den saksøkte kunne fri seg fra ansvar ved å bevise at vedkommende ikke hadde handlet med den nødvendige skyld.

Jeg ønsker i denne forbindelse å peke på at skyldkravet i amerikansk rett er uløselig knyttet til sanksjonsregimet. Det amerikanske sanksjonsregimet er grunnleggende annerledes enn det norske, og gir rom for svært tyngende sanksjoner. Jeg har vanskelig for å se at det skulle være behov for å operere med et så strengt skyldkrav i norsk rett. Forslaget fra Straffelovkommisjonen gir heller ikke rom for de nyanseringer av skyldkravet som er utviklet i praksis fra U.S. Supreme Court. Kravet om "actual malice" gjelder bare i saker der saksøkeren er en offentlig tjenestemann eller en offentlig person. I saker der saksøkeren må regnes for å være en privatperson, er det tilstrekkelig med simpel uaktsom for spørsmålet om beskyldningens sannhet, og dersom saken heller ikke er av offentlig interesse, vil domstolene også kunne tilkjenne erstatning uten hensyn til skyld hos den saksøkte. Dette innebærer altså at forslaget fra Straffelovkommisjonen går mye lengre i retning av å verne ytringsfriheten enn det som følger av amerikansk rett. I tillegg kommer at det amerikanske skyldkravet er utviklet innenfor et konstitusjonelt rammeverk som bare verner ytringsfriheten. Norsk injurielovgivning må utformes på en måte som sikrer atskillig større grad av balanse mellom ytringsfriheten og personvernet. Den senere tids rettsavklaring når det gjelder innholdet i de konvensjonsrettslige pliktene under EMK artikkel 8, er i særlig grad egnet til å synliggjøre dette.

Til sist nevnes at forslaget fra Straffelovkommisjonen innebærer et nokså markert brudd med den tilnæringsmåten til avveiningen mellom ytringsfriheten og

personvernet som EMD har utviklet, og som også norske domstoler nå praktiserer. Det å operere med aktsom god tro som en rettsstridsutelukkende omstendighet, er noe helt annet enn å oppstille skyld som vilkår for ansvar. Dette er to alternative strategier for å håndtere avveiningen mellom ytringsfriheten og personvernet, og det gir ikke mening å kombinere dem. Jeg har videre vanskelig for å se at dommen i Rt. 2002 s. 1720 (voldtektsbeskyldning) har særlig relevans. Høyesterett opererte ikke med et vilkår om skyld i denne saken, men la til grunn at kvinnens aktsomme gode tro gjorde beskyldningen rettmessig. I tillegg kommer at dommen er basert på et nokså spesielt faktum, og at den derfor i seg selv neppe er egnet som grunnlag for formulering av en generell regel.

Det følger av dette at jeg heller ikke vil anbefale at det gjøres endringer i bevisføringsplikten plassering for spørsmålet om ytreren var i god tro med hensyn til beskyldningens sannhet. Siden god tro skal fungere som en rettsstridsutelukkende omstendighet, vil det være mest nærliggende å pålegge den saksøkte å føre bevis for sin gode tro. I de fleste tilfeller vil det være tilnærmet umulig for saksøkeren å føre bevis for manglende god tro.

Jeg slutter meg for øvrig til Straffelovkommissjonens forslag om å videreføre presumsjonen for at de ærekrenkende beskyldningene er usanne, og at bevisføringsplikten for beskyldningens sannhet fortsatt skal påhvile den saksøkte.

2.2.4 Provokasjon og retorsjon

Straffeloven 250 gir hjemmel for bortfall av straff ved provokasjon og retorsjon. Straffelovkommissjonen påpeker i NOU 2002: 4 s. 344 at domstolene i økende grad har trukket provokasjon inn i rettsstridsvurderingen, og at bestemmelsen delvis fremstår som overflødig. Et stykke på vei kan jeg slutte meg til dette. Dersom handlingen som utløser ærekrenkelsen er en ytring, tillegges denne vekt i rettsstridsvurderingen. Den som for eksempel har fremsatt ærekrenkende ytringer i en offentlig debatt, må også selv tåle mer. Se for eksempel Rt. 1993 s. 537 (politivold i Bergen). Det er kanskje ikke like nærliggende å la rettsstridsvurderingen omfatte andre provokasjonssituasjoner – det vil si hvor den utløsende handlingen ikke er en ytring, men annen utilbørlig adferd. I tillegg kommer at retorsjon ikke omfattes av rettsstridsvurderingen. Jeg vil derfor anbefale at straffeloven § 250 videreføres i straffeloven 2005, og ser ikke at det er behov for å gjøre endringer i bestemmelsen.

2.2.5 Unntak for medvirkeransvaret for den som utelukkende gir teknisk bistand

Det følger av straffeloven 2005 § 15 at straffebudene også rammer den som medvirker til at straffebudet brytes, når ikke annet er bestemt. En slik begrensning følger i dag av straffeloven § 254, som slår fast at den som bare har deltatt ved teknisk fremstilling eller distribusjon av de ærekrenkende ytringene, ikke kan straffes for ærekrenkelser. For erstatningsansvaret fremgår denne begrensningen av skadeserstatningsloven § 3-6 fjerde ledd.

Bestemmelsen har de beste grunner for seg, og jeg vil anbefale at denne videreføres i straffeloven 2005, men med de endringer at bestemmelsen gjøres medienøytral og at begrensningen "trykt i riket" tas ut. De hensyn som begrunner innsnevringen av medvirkeransvaret for ærekrenkelser forøvd i blad eller tidsskrift som er trykt i riket, gjør seg gjeldende med samme styrke for alle typer av massemedier. Heller ikke produksjonsstedet innvirker på straffverdigheten. Tilsvarende endringer bør også gjøres i skadeserstatningsloven § 3-6 fjerde ledd.

2.3 Rettsstridsreservasjonen

2.3.1 Kort om gjeldende rett. Folkerettslige forpliktelser.

Det fremgår av straffeloven § 246 at bare den rettsstridige krenkelse av ærefølelsen kan straffes. Straffeloven § 247 inneholder ingen lignende rettsstridsreservasjon, men det er likevel sikker rett at også dette straffebudet må tolkes innskrenkende.

Den rettsstridsvurderingen som norske domstoler i dag foretar i ærekrenkelsessaker, er i stor grad sammenfallende med de vurderingstemaer som kan utledes av praksis fra EMD. Jeg nøyer meg her med å referere Høyesteretts egen sammenfatning inntatt i Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad):

"Avgjørelsen i Rt. 2002 side 764 og EMDs praksis viser at det ved den konkrete avveiningen må foretas en vurdering etter flere kriterier. Av disse finner jeg grunn til å fremheve graden av allmenn interesse, beskyldningens karakter, derunder om beskyldningen klassifiseres som "value judgment" eller "factual statement", om den retter seg mot offentlig person eller privatperson, samt graden av aktsomhet, derunder om og eventuelt i hvilken utstrekning media på publiseringstidspunktet hadde holdepunkter i faktum for at påstanden var sann. Generelt vil ytringen ha et sterkt vern dersom den gjelder forhold av allmenn interesse, verdivurderinger, videreformidling, offentlig person, og det foreligger sterke holdepunkter for at påstanden var sann. Motsatt: Gjelder saken beskjeden allmenn interesse, faktapåstander, egen fremsettelse, privatperson, og det foreligger svake holdepunkter for at påstanden var sann, har ytringen et mindre sterkt vern." (avsnitt 44)

Dette er senere også lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond) avsnitt 73 og Rt. 2005 s. 1677 (Fædrelandsvennen) avsnitt 72.

EMD legger stor vekt på om den omstridte ytringen er av offentlig interesse. Videre fremheves det som et sentralt moment at beskyldningens faktiske grunnlag og ytrerens undersøkelse av dette må stå i et rimelig forhold til alvorret i beskyldningen. Alvorlige beskyldninger innebærer strengere krav til det faktisk grunnlaget for beskyldningen. EMD ser også hen til om fremstillingen av saken for øvrig var tilstrekkelig balansert, herunder om den ærekrenkende er gitt en tilfredsstillende anledning til å ta til motmæle. Dette inngår ofte i en mer overordnet vurdering av om fremstillingen av saken forøvrig var tilstrekkelig balansert. Disse momentene kan forankres i en lang

rekke dommer fra EMD, men jeg nøyer meg her med å vise til dommen *Bergens Tidende and Others v. Norway* fra 2. mai 2000 (se særlig avsnitt 51 flg.), storkammerdommen *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* fra 17. desember 2004 (se særlig avsnitt 71 flg.) og dommen *Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway* fra 1. mars 2007 (se særlig avsnitt 84 flg.).

2.3.2 Fremmed rett

Det er ikke nødvendig å gi en mer detaljert fremstilling av det nærmere innholdet i den rettsstridsvurdering som andre lands domstoler foretar. Norge er uansett forpliktet av de føringene som kan utledes av praksis fra EMD. Det kan likevel være av en viss interesse å se hvordan rettsstridsreservasjonen er formulert i andre nordiske land.

I *svensk rett* fremgår rettsstridsreservasjonen av Brottbalken 5 kap. 1 § andre ledd:

"Var han skyldig att uttala sig eller var det eljest med hänsyn til omständigheterna försvarligt att lämna uppgift i saken, och visar han att uppgiften var sann eller att han hade skälig grund för den, skal ej dömas till ansvar."

I *dansk rett* inneholder straffeloven § 269 første ledd en formulering av rettsstridsreservasjon som i alle fall et stykke på vei er sammenfallende med den svenske reguleringen:

"En sigtelse er straffri, når dens sandhed bevises, såvel som når den, der er i god tro fremsætter sigtelsen, har været forpligtet til at udtale sig eller har handlet til berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller af eget eller andres tarv."

Til forskjell fra rettstilstanden i Sverige, kan det se ut til at beskyldningens sannhet som en straffriende omstendighet tillegges større vekt i Danmark. Sannheten utgjør likevel ikke en absolutt sperre. Se avsnitt 2.2.2.3 ovenfor.

I *finsk rett* er det inntatt en nokså snevert formulert begrensning av straffansvaret i Strafflagen 24:9:

"Som ärekränkning enligt 1 mom. 2 punkten anses inte kritik som riktar sig mot någons förfarande inom politiken, näringslivet, i en offentlig tjänst eller et offentligt uppdrag eller inom vetenskapen, konst eller med dessa jämförbar offentlig verksamhet och som inte tydeligt överskrider det som kan anses som godtagbart."

Det følger imidlertid klart av loven at denne begrensningen bare knytter seg til ytringer som krenker ærefølelsen i Strafflagen 24:9 første ledd nr. 2. Selvsagt må også Strafflagen 24:9 første ledd nr. 1, som oppstiller et strafferettslig vern mot omdømmekrenkelsler, tolkes slik at den ikke kommer i strid med konstitusjonelle og konvensjonsrettslige vernet av ytringsfriheten i finsk rett, men lovteksten selv gir altså ingen holdepunkter for hvilke momenter som inngår i denne vurderingen.

2.3.3 Anbefalinger og vurderinger

Jeg vil anbefale at det inntas en bestemmelse om innskrenkende tolkning av straffebudene om ærekrenkelser. Gjennomgangen av fremmed rett viser at rettsstridsreservasjonen kan utformes på ulike måter. Mitt forslag til bestemmelse kombinerer en nokså generelt formulert hovedregel med et eget ledd hvor det gjøres nærmere rede for noen av de momentene som inngår i vurderingen. Oppregningen er ikke ment å være uttømmende, men gir likevel nokså sikker veiledning med hensyn til hvilke momenter som vil bli tillagt vekt. På denne måten vil man – i alle fall et stykke på vei – ivareta hensynet til forutberegnelighet. Samtidig overlates et visst handlingsrom til domstolene, noe som vil kunne vise seg å være nødvendig for å sikre at norsk rett til enhver tid er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

2.4 Valg av strafferamme

2.4.1 Kort om strafferammene og om sanksjonsnivået i praksis

Strafferammene i straffeloven varierer med hvilke ytringer som fremsettes. Ytringer som bare krenker ærefølelsen i straffeloven § 246, kan straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder. Ytringer som krenker omdømmet kan straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år. Dette følger av straffeloven § 247. Er ytringene kringkastet eller fremsatt i trykt skrift, eller det kan påvises andre skjerpene omstendigheter, utvides strafferammen til fengsel inntil 2 år. Det følger videre av straffeloven § 248 at dersom den ærekrenkende beskyldningen er fremsatt mot bedre vitende, kan fengsel inntil 3 år idømmes. Reglene om konkurrens i straffeloven § 62 første ledd utvider strafferammene ytterligere. For eksempel vil ytringer som både krenker ærefølelsen og omdømmet, og som dessuten oppfyller vilkårene i straffeloven § 248, kunne straffes med fengsel inntil 6 år. Disse rammene gir likevel ikke et treffende uttrykk for sanksjonsnivået i praksis.

For å finne eksempler i praksis fra Høyesterett på bruk av ubetinget fengselsstraff for ærekrenkende ytringer, må man helt tilbake til kjennelsen i Rt. 1953 s. 566. Denne saken gjaldt en mann som i forbindelse med landssvikoppgjøret etter 2. verdenskrig hadde fremsatt grovt ærekrenkende ytringer mot to av dommerne som hadde deltatt i straffesaken mot ham. For disse uttalelsene ble mannen idømt en tilleggsstraff på 1 år ubetinget fengsel. Saken er selvsagt helt spesiell. Også i Rt. 1979 s. 1606 (OBOS) ble redaktøren av et tidsskrift idømt fengsel i 24 dager for å ha satt fram usanne beskyldninger om korrupsjon og smøring i Oslo Bolig- og Sparelag, men straffen ble gjort betinget. Kjennelsen i Rt. 1989 s. 257 (Vassdalen) er det nyeste eksempelet i praksis fra Høyesterett hvor ærekrenkende ytringer har blitt sanksjonert med bøter. Ansvarlig redaktør og to journalister ble idømt bøter på 10.000 kroner hver.

2.4.2 Fremmed rett

I *svensk rett* kan krenkelser av ærefølelsen straffes med bøter, eller med bøter eller fengsel inntil 6 måneder dersom krenkelsen er grov (Brottsbalken 5 kap. 3 §).

Strafferammen for krenkelser av omdømmet er i utgangspunktet bøter (Brottsbalken 5 kap. 1 §), men dersom krenkelsen er grov, kan bøter eller fengsel inntil 2 år anvendes (Brottsbalken 5 kap. 2 §). Straffebudene kan ikke anvendes i konkurrans.

I *dansk rett* kan ærekrenkelser i utgangspunktet straffes med bøter eller fengsel inntil 4 måneder (Straffeloven § 267). Dersom beskyldningen er fremsatt mot bedre vitende, eller gjerningsmannen ikke hadde rimelig grunn for å anse beskyldningen for å være sann, kan den straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år (Straffeloven § 268). Både ærefølelsen og omdømmet er vernet av det samme straffebudet, noe som innebærer at spørsmålet om konkurrans ikke oppstår.

I *finsk rett* kan ærekrenkelser i utgangspunktet straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder (Strafflagen 24:9). Dersom krenkelsen er grov, kan bøter eller fengsel inntil 2 år anvendes (Strafflagen 24:10). Heller ikke i finsk rett opereres det med ulike strafferammer for krenkelser av ærefølelsen og omdømmet.

I *tysk rett* kan krenkelser av ærefølelsen straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år (Strafgesetzbuch § 185). Det samme gjelder krenkelser av omdømmet. Dersom krenkelsen av omdømmet er grov, utvides strafferammen til bøter eller fengsel inntil 2 år (Strafgesetzbuch § 186). Den som mot bedre vitende fremsetter en usann beskyldning, kan straffes med bøter eller fengsel inntil 2 år, og med bøter eller fengsel inntil 5 år dersom beskyldningen er fremsatt offentlig (Strafgesetzbuch § 187). Straffebudene kan anvendes i konkurrans, noe som innebærer at den strengeste strafferammen legges til grunn (Strafgesetzbuch § 52).

I *engelsk rett* kan skriftlige ærekrenkelser straffes med bøter eller fengsel, og dersom ærekrenkelsen er fremsatt mot bedre vitende, kan straff i form av bøter eller fengsel inntil 2 år anvendes (Libel Act 1843 section 4).

Jeg har ikke funnet det nødvendig å foreta en detaljert kartlegging av sanksjonsnivået i praksis. Noen nyere avgjørelser kan likevel nevnes til illustrasjon. – Fra *svensk rett* nevnes først en dom inntatt i NJA 1994 s. 637 hvor Högsta domstolen stadfestet hovrättens domfellelse av ansvarlig utgiver av den svenske utgaven av Hustler. Han ble idømt en bot på 27.000 svenske kroner, og måtte dessuten betale hver av de syv saksøkerne 150.000 svenske kroner i erstatning. I en dom inntatt i NJA 2003 s. 567 stadfestet Högsta domstolen en dom fra hovrätten hvor ansvarlig utgiver av Expressen ble idømt en bot på 60.000 svenske kroner. Saksøker ble videre tilkjent 100.000 svenske kroner i erstatning. Og i en dom fra Svea hovrätt inntatt i RH 2002:71 ble en mann dømt til fengsel i 3 måneder for å ha lagt ut falske sexannonser på internett med bilde av sin tidligere samboer. Annonsene ble tolket som en grov ærekrenkelse. Kvinnen ble videre tilkjent 100.000 svenske kroner i erstatning. – Fra *dansk rett* nevnes dommen inntatt i UfR 1999:122 H hvor Højesteret stadfestet landsrettens domfellelse av to journalister. De to ble hver idømt bøter på 8.000 danske kroner, og saksøkerens dødsbo ble også tilkjent 100.000 danske kroner i erstatning.

2.4.3 Folkerettslige forpliktelser

Sanksjonsintensiteten inngår som ett av momentene i proporsjonalitetsvurderingen under EMK artikkel 10 nr. 2. Dette ble første gang lagt til grunn av EMD i storkammerdommen *Ceylan v. Turkey* fra 8. juli 1999:

"... the nature and severity of the penalty imposed are also factors to be taken into account when assessing the proportionality of the interference." (avsnitt 37)

Prinsippet er senere gjentatt i en rekke dommer. Se for eksempel storkammerdommene i *Perna v. Italy* fra 6. mai 2003 (avsnitt 39 bokstav d), *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* (avsnitt 93) og *Cumpănă and Mazăre v. Romania* (avsnitt 111), begge fra 14. desember 2004. Vektleggingen av sanksjonsintensiteten i proporsjonalitetsvurderingen gir et visst rom for å nyansere konvensjonsvernet. Intensive sanksjoner vil ofte være uforenelige med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10, mens mindre intensive sanksjoner normalt vil innebære et noe større statlig handlingsrom.

EMK artikkel 10 utgjør likevel ikke et hinder for å straffe krenkende ytringer. Dette har i særlig grad blitt avklart i sakene om rasistiske ytringer og holocaust-fornektelser. EMD har opp gjennom årene avvist en rekke slike klagesaker som åpenbart grunnløse ("manifestly ill-founded"), og har med disse avgjørelsene akseptert at tildels svært lange fengselsstraffer kan være forenelige med konvensjonsvernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10. Se for eksempel avvisningsavgjørelsene *Michael Kühnen against the Federal Republic of Germany* av 12. mai 1988 (fengsel i 3 år og fire måneder) og *Hans Jörg Schimanek against Austria* av 1. februar 2000 (fengsel i 8 år). EMD har i alle disse sakene vektlagt forbudet mot misbruk av konvensjonsrettighetene i EMK artikkel 17, og denne bestemmelsen kan vanskelig tenkes å ha noen relevans i saker om ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred.

I saker om ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred må vurderingen av sanksjonsintensiteten derimot ta høyde for de plikter som kan utledes av EMK artikkel 8. EMD har nemlig fremhevet at statene ikke bare selv plikter å avstå fra å krenke de interesser som er vernet i EMK artikkel 8, men at de også har en (positiv) plikt til å innrette nasjonal lovgivning på en slik måte at disse interessene gis et effektivt vern mot krenkelser. I storkammerdommen *Cumpănă and Mazăre v. Romania* fra 14. desember 2004 – som gjaldt ærekrenkelser – kom dette til uttrykk på følgende måte:

"... the Contracting States are permitted, or even obliged, by their positive obligations under Article 8 of the Convention ... to regulate the exercise of freedom of expression so as to ensure adequate protection by law of individuals' reputations, ..." (avsnitt 113)

Og i *von Hannover v. Germany* fra 24. juni 2004 – som gjaldt krenkelser av privatlivets fred – ble det også fremhevet at det påhvilde statene en positiv plikt til å verne mot krenkelser utført av private (avsnitt 57). Det nasjonale sanksjonssystemet må med andre ord utformes og praktiseres innenfor de rammene som følger av 1) prinsippet om

at sanksjonsintensiteten inngår i proporsjonalitetsvurderingen, og 2) de krav til effektivt vern mot ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred som kan utledes av EMK artikkel 8.

Det er neppe grunnlag for å hevde at det av EMK artikkel 8 kan utledes en positiv plikt for staten til å utstyre den nasjonale lovgivningen med hjemler for å *straffe* ytringer som er ærekrenkende eller som krenker privatlivets fred. På den annen side er det heller ikke grunnlag for å hevde at straffesanksjoner som hovedregel vil være i strid med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10. I storkammerdommen *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* fra 22. oktober 2007 ble det uttalt at "a criminal measure as a response to defamation cannot, as such, be considered disproportionate to the aim pursued" (avsnitt 59). Se også *Skatka v. Poland* fra 27. mai 2003 (avsnittene 41 og 42). Det avgjørende må derfor trolig være at de ulike sanksjonstyper som nasjonal lovgivning gir anvisning på, samlet sett gir et tilstrekkelig effektivt vern av de interessene som omfattes av EMK artikkel 8.

I praksis fra EMD er det visse holdepunkter for at fengselsstraff kan være forenelig med konvensjonsvernet i EMK artikkel 10. I *Skatka v. Poland* fra 27. mai 2003 hadde polske domstoler dømt en mann til fengsel i 8 måneder for ærekrenkende ytringer rettet mot en dommer. Ytringene var ikke fremsatt offentlig, men fremkom bare i et brev sendt til domstolslederen. EMD uttalte blant annet at:

"... the question in the case is not whether the applicant should have been punished for his letter to the Regional Court, but rather whether the punishment was appropriate or "necessary" within the meaning of Article 10 § 2." (avsnitt 41)

Det er ikke klare holdepunkter i dommen for at EMD tok avstand fra bruk av fengselsstraff i ærekrenkelsessaker. Dommen bør derfor først og fremst leses som en kritikk av lengden på den idømte straffen. Det er derfor nærliggende å anta at en vesentlig lavere fengselsstraff ikke hadde blitt vurdert som konvensjonsstridig. I storkammerdommen *Cumpănă and Mazăre v. Romania* fra 17. desember 2004 utelukkes det heller ikke at fengselsstraff mot journalister kan være forenelig med EMK artikkel 10. Det fremkommer likevel klart at dette bare kan tenkes i unntakssituasjoner, for eksempel i saker om rasistiske ytringer og ytringer som oppfordrer til vold (avsnitt 115). Det kan derimot se ut til at EMD utelukker bruk av fengselsstraff mot journalister i saker som er av offentlig interesse:

"The circumstances of the present case – a classic case of defamation of an individual in the context of a debate on a matter of legitimate public interest – present no justification whatsoever for the imposition of a prison sentence." (avsnitt 116)

I praksis fra EMD er det derimot holdepunkter for at bøtestraff lettere vurderes å være i samsvar med konvensjonsforpliktelsene. I storkammerdommen *Perna v. Italy* fra 6. mai 2003 ble en journalist idømt en bot på 1,5 millioner italienske lire (ca. 6.000 norsk kroner). I *Radio France and Others v. France* fra 30. mars 2004 hadde nasjonale

domstoler idømt både journalist og redaktør bøter på 20.000 franske franc (ca. 25.000 kroner). Og i *Chauvy and Others v. France* fra 29. juni 2004 ble forfatter og styreformann i et forlag idømt bøter på henholdsvis 100.000 og 60.000 franske franc (ca. 120.000 og 75.000 norske kroner). Til sist nevnes storkammerdommen *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* fra 22. oktober 2007 hvor forfatter og styreformann i et forlag hver ble idømt bøter på 15.000 franske franc (ca. 18.000 norske kroner). Alle disse sakene gjaldt saker som var av offentlig interesse, men EMD kom likevel til at sanksjonene ikke utgjorde en krenkelse av EMK artikkel 10.

2.4.4 Anbefalinger og vurderinger

Jeg anbefaler at krenkelser av ærefølelsen skal kunne straffes med bot eller fengsel inntil 6 måneder. Dette innebærer en videreføring av rettstilstanden som følger av gjeldende straffelov. Videre anbefaler jeg at krenkelser av omdømmet kan straffes med bot eller fengsel inntil 2 år. Begge forslagene er i samsvar med de føringene som ble lagt til grunn i Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 23–25, og er dessuten overensstemmende med de strafferammene som gjelder for mer kvalifiserte ærekrenkelser i de andre nordiske land.

Forslaget om en strafferamme på bot eller fengsel inntil 2 år for krenkelser av omdømmet innebærer en nedkriminalisering. Dette har sammenheng med at straffansvaret nå foreslås begrenset til de grove ærekrenkelsene. Det kan her være grunn til å minne om det også etter gjeldende straffelov foreskrives forhøyede strafferammene (fengsel inntil 2 og 3 år) dersom ærekrenkelsene av ulike grunner fremstår som kvalifiserte. Dette forslaget må ikke oppfattes som et signal om økt bruk av straff som sanksjon mot ærekrenkende ytringer. Det er heller ikke ment som et signal om at straffene skal skjerpes. Fengselsstraff i ærekrenkelsessaker vil bare unntaksvis kunne tenkes. At fengselsstraff inngår blant de mulige sanksjoner mot ærekrenkende ytringer, er ikke i seg selv i strid med de folkerettslige forpliktelser som kan utledes av EMK artikkel 10. Bruken av fengselsstraff i enkeltsaker vil derimot aktivere det særlige vernet som ligger i proporsjonalitetsvurderingen i EMK artikkel 10 nr. 2 og grunnloven § 100 andre og tredje ledd, og vil følgelig bare unntaksvis kunne anvendes mot ærekrenkende ytringer. Normalt vil det være bøtestrafen som er den aktuelle straffesanksjon i slike saker, og botens størrelse må utmåles på grunnlag av de føringer som fremkommer av straffeloven 2005 § 53.

3. Noen korte bemerkninger om erstatningsansvaret for ærekrenkende ytringer

Det erstatningsrettslige vernet mot ærekrenkelser reguleres av skadeserstatningsloven § 3-6. Det følger av denne bestemmelsens første ledd at:

"Den som har krenket en annens ære eller privatlivets fred, skal, såfremt han har vist uaktsomhet eller vilkårene for straff er til stede, yte erstatning for den lidte skade og slik erstatning for tap i fremtidig erverv som retten under henvisning til den utviste skyld og forholdene ellers finner rimelig. Han kan også pålegges å

betale slik erstatning (oppreisning) for skade av ikke økonomisk art som retten finner rimelig. "

Tidsrammen for denne utredningen har ikke gitt rom for en separat fremstilling og vurdering av erstatningsansvaret for ærekrenkende ytringer, og jeg har heller ikke utarbeidet forslag til lovbestemmelser. Nå er det likevel slik at spørsmålet om erstatningsansvar langt på vei avgjøres på grunnlag av reglene i straffeloven kapittel 23. Det kan ikke være noe i veien for at denne tradisjonen videreføres, og fremstillingen av de strafferettslige reglene vil slik sett kunne ha en betydelig overføringsverdi til diskusjonen om det erstatningsrettslige vernet mot ærekrenkelser.

Noen presiseringer av dette utgangspunktet er likevel nødvendig:

Etter min mening bør ikke det erstatningsrettslige ansvaret begrenses til grove ærekrenkelser. Jeg ser derimot for meg at de momentene som inngår i vurderingen av om ærekrenkelsen er grov og følgelig straffbar, kan tillegges vekt ved erstatningsutmålingen. Det er viktig å holde fast ved det grunnleggende og prinsipielle skillet mellom straffesanksjoner og sivilrettslige sanksjoner. Borgerne har størst behov for vern mot straffesanksjoner, og det alminnelige nivået på tilkjente erstatningsbeløp i ærekrenkelsessaker er nokså lavt. I perioden 1981 til 2007 ble det tilkjent oppreisningserstatning i 15 saker. To av sakene skiller seg ut: I Rt. 1994 s. 348 (plastikkirurg) ble det tilkjent 1.050.000 kroner i oppreisningserstatning, og i Rt. 1987 s. 764 (oljerigger) ble det tilkjent 750.000 kroner i oppreisningserstatning. I de 13 øvrige sakene ble det tilkjent erstatningsbeløp mellom 10.000 kroner og 240.000 kroner.

Jeg har i avsnitt 2.2.3 ovenfor gitt en nærmere fremstilling og vurdering av om det for straffansvaret bør innføres et vilkår om skyld for spørsmålet om beskyldningens sannhet. Min anbefaling går ut på at aktsom god tro videreføres som en rettsstridsutelukkende omstendighet. Ytringsfrihetskommisjonen tok i NOU 1999: 27 s. 121 og s. 194 til orde for at det også bør kreves grov aktløshet for å tilkjenne oppreisningserstatning i ærekrenkelsessaker. Jeg vil fraråde en slik lovendring, og nøyer meg her med å vise til begrunnelsen i avsnitt 2.2.3 ovenfor.

Jeg nevner til sist at de momentene som inngår i vurderingen av om straffebudene skal tolkes innskrenkende, langt på vei innebærer en lovfesting av de momentene som allerede inngår i vurderingen av om de ærekrenkende ytringene er rettsstridige. Disse momentene vil selvsagt også være egnet til å avgjøre spørsmålet om det skal tilkjennes erstatning.

4. Mortifikasjon av ærekrenkende beskyldninger

4.1 Kort om gjeldende rett. Fremsatte forslag til endring

Vilkårene for å mortifisere ærekrenkende ytringer fremgår av straffeloven § 253 nr 1:

"Når det har vært adgang til å føre bevis for sannheten av en beskyldning og beviset ikke er ført, kan den fornærmete forlange at beskyldningen blir erklært død og maktesløs (mortifisert) dersom ikke annet følger av lov."

Kjernen i mortifikasjonsinstituttet er at domstolen må ta stilling til om den saksøkte har ført bevis for den ærekrenkende beskyldningen. Dette innebærer at det må være fremsatt en beskyldning som har et innhold som er egnet for bevisføring, og det må dessuten være adgang til å føre bevis for sannheten av denne beskyldningen.

Dersom den ærekrenkende beskyldningen trekkes tilbake på en tilfredsstillende måte før hovedforhandlingen, følger det av straffeloven § 253 nr. 2 at kravet om mortifikasjon skal avvises. Ytterligere begrensninger i mortifikasjonsadgangen følger av straffeloven § 253 nr. 3, men disse presenteres ikke nærmere her. I tillegg kommer at det også i saker om mortifikasjon gjelder et krav om rettsstrid. Dette er sikker rett. Høyesterett har derimot ikke entydig og endelig avklart spørsmålet om rettsstridsvurderingen er den samme i saker om mortifikasjon som i saker om straff og erstatning. Mens for eksempel Rt. 1990 s. 769 (Redd Barna) på s. 641 og Rt. 1994 s. 506 (Korir I) på s. 516 og Rt. 1994 s. 518 (Korir II) på s. 520—521 kan tas til inntekt for at rettsstridsvurderingen er den samme for straff, erstatning og mortifikasjon, kan det se ut til at Høyesterett holder spørsmålet åpent i Rt. 1996 s. 731 (Holstad II) på s. 736.

Mortifikasjon har i praksis spilt en nokså sentral rolle i det norske sanksjonsregimet. I perioden 1959 til 1994 ble det satt fram krav om mortifikasjon, enten alene eller i kombinasjon med straff og/eller erstatning, i om lag 75% av alle ærekrenkelsessakene som er gjengitt i Norsk Retstidende. Det vises her til Straffelovrådets gjennomgang i NOU 1995: 10 s. 45—46. I løpet av denne perioden fikk saksøkeren helt eller delvis medhold i kravet om mortifikasjon i 22 saker. I perioden 1995 til 2007 ble det satt frem krav om mortifikasjon i syv av 14 saker. Og selv om Høyesterett i denne perioden bare ga saksøkeren medhold i kravet om mortifikasjon i Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad), kan ikke dette tas til inntekt for en rettsutvikling som går ut på at mortifikasjon gradvis har blitt marginalisert sammenlignet med de andre sanksjonsformene i ærekrenkelsessakene. Denne rettsutviklingen skyldes i all hovedsak at Høyesterett de senere årene har utvidet grensene for yringsfriheten gjennom justeringer av rettsstridsvurderingen.

Straffelovrådet vurderte i NOU 1995: 10 et forslag fra Den norske redaktørforening om endringer av den norske injurielovgivningen. Redaktørforeningen tok blant annet til orde for å oppheve mortifikasjonsinstituttet. Forslaget er i sin helhet inntatt i NOU 1995: 10 på s. 81—88 (Vedlegg I). Rådets flertall gikk inn for å opprettholde adgangen til å mortifisere ærekrenkende beskyldninger, men anbefalte likevel en overføring til sivilprosessens former. Videre foreslo rådet ytterligere begrensninger i adgangen til å mortifisere ærekrenkende beskyldninger. – *For det første* mente Straffelovrådet at det i loven burde inntas en begrensning i adgangen til å mortifisere myndighetsvedtak og offentlige tjenestemenns pliktmessige uttalelser. Dette ble begrunnet med at i alle fall partenes behov for kontradiksjon er ivaretatt gjennom reglene i forvaltningsloven av 10. februar 1967. En tilsvarende begrensning burde gjelde for uttalelser fra andre som

handlet på vegne av stat eller kommune, og rådet tenkte her på ombud, medlemmer av offentlige granskningskommisjoner mv. Straffelovrådet mente videre at uttalelser som hadde fremkommet i forvaltningsorganer som har en domstolslignende saksbehandling burde kunne unntas fra mortifikasjonssøksmål. – *For det andre* mente Straffelovrådet at det i loven burde inntas en standardpreget regel som innebar en begrensning av adgangen til å mortifisere visse referat og gjengivelser av ærekrenkende ytringer. Denne begrensningen ble begrunnet i pressens arbeidsvilkår og hensynet til ytringsfriheten. – Mindretallet i Straffelovrådet støttet prinsipielt Redaktørforeningens forslag om å oppheve mortifikasjonsinstituttet, men ga likevel subsidiær tilslutning til forslagene fra flertallet om ytterligere begrensninger i mortifikasjonsadgangen.

Ytringsfrihetskommisjonen delte seg i spørsmålet om mortifikasjonsinstituttet skulle beholdes. Se NOU 1999: 27 s. 192. Flertallet mente det var mindre betenkelig å beholde mortifikasjonsinstituttet, og fremhevet som helt sentralt for sitt standpunkt at det med kommisjonens forslag til grunnlovsbestemmelse i alle tilfelle ville være utelukket å mortifisere usanne ærekrenkende beskyldninger som var fremsatt i aktsom god tro. Flertallet tok videre til orde for en overføring til sivilprosessens former. Som allerede nevnt i avsnitt 2.2.3.2.1 ovenfor, fikk ikke forslaget om grunnlovsforankring av aktsom god tro som en absolutt rettsstridsutelukkende omstendighet flertall i Stortinget. Mindretallet i kommisjonen ønsket derimot å oppheve mortifikasjonsinstituttet, og begrunnet dette med en motvilje mot at domstolene skal avgjøre hva som er sant og usant.

Straffelovkommisjonen foreslo i NOU 2002: 4 på s. 442 at reglene om mortifikasjon skulle tas ut av straffeloven, og begrunnet dette med at mortifikasjon ikke regnes som straff. Straffelovkommisjonen hadde derimot ingen mening om mortifikasjon bør videreføres som en sivilrettslig sanksjon mot ærekrenkelser.

4.2 Fremmed rett

Mortifikasjonsinstituttet er ikke særlig utbredt i Europa. I tillegg til Norge, er instituttet bare kjent i Danmark og Island. Kravet avgjøres i alle tre jurisdiksjoner på grunnlag av straffeprosessuelle regler. I det følgende vil det kort redegjøres for rettstilstanden i dansk rett.

Hjemmelen for mortifikasjon finnes i straffeloven § 273 stk. 1. Selv om mortifikasjon også i Danmark avgjøres på grunnlag av straffeprosessuelle regler, er det likevel klart at mortifikasjon er helt uavhengig av straffen. For eksempel kan usanne beskyldninger mortifiseres selv om den saksøkte ikke kan bebreides for å ha fremsatt beskyldningen. God tro utgjør ikke et hinder for mortifikasjon. Dommen fra Høyesteret i UfR 1999.122 H nevnes til illustrasjon:

Alle de nasjonale domstolene hadde mortifisert usanne beskyldninger fremsatt av to journalister. Saken gjaldt ikke spørsmålet om innholdet i referatretten. Flertallet av dommerne i Høyesteret mente at beskyldningene ikke var fremsatt i god tro (s. 153), og at journalistene derfor både kunne idømmes bøter og erstatningsansvar. Spørsmålet om

god tro hadde derimot ikke relevans for spørsmålet om beskyldningene også skulle mortifiseres. Det avgjørende her var at det ikke var ført sannhetsbevis for beskyldningene. Dette er kanskje ikke så enkelt å lese ut av votumet til de fem dommerne i flertallet, men det kommer derimot klart frem i votumet til de to dommerne i mindretallet. De mente nemlig at beskyldningene var fremsatt i god tro, og at journalistene derfor verken kunne idømmes bøter eller erstatningsansvar. Mindretallet mente likevel at beskyldningene kunne mortifiseres:

"Efter en samlet vurdering finder vi herefter, at sigtelsen er straffri efter straffelovens § 269, stk. 1. Vi stemmer derfor for at tage de tiltaltes frifindespåstand til følge. Som anført af byretten bør sigtelsen mortificeres, da dens sandhed ikke er bevist. Efter det anførte finder vi, at sigtelsen ikke er retsstridig, og vi stemmer derfor for at frifinde de tiltalte for kravet om godtgørelse efter erstatningslovens § 26." (s. 154)

Selv om beskyldningene ikke var retsstridige, kunne de altså mortifiseres. God tro utgjorde derfor ikke noe hinder for mortifikasjon.

Selv om mortifikasjonsinstituttet ikke er særlig utbredt i Europa, kan det likevel nevnes at også andre jurisdiksjoner har sanksjoner tilgjengelig i ærekrenkelsessaker som i liten grad griper inn i ytringsfriheten. Det er nærliggende å nevne at både Østerrike og Tyskland har regler som hjemler at domstolene kan nedlegge påbud om å trekke tilbake, eller forbud mot å gjenta, ærekrenkende beskyldninger. EMD har ved flere anledninger vurdert slike inngrep i ytringsfriheten, og det vises til avsnitt 4.3 nedenfor. I Storbritannia følger det av Defamation Act 1996 at domstolene blant annet kan erklære at den omstridte beskyldningen var usann og ærekrenkende, eller nedlegge forbud mot (ytterligere) publisering av det omstridte materialet (section 9).

4.3 Folkerettslige forpliktelser

Som allerede nevnt i avsnitt 2.4.3 ovenfor, inngår sanksjonsintensiteten som et av momentene i proporsjonalitetsvurderingen under EMK artikkel 10 nr. 2. Grunnloven § 100 andre og tredje ledd gir også anvisning på en proporsjonalitetsvurdering, og jeg nøyer meg her med å vise til fremstillingen i avsnitt 1.3 ovenfor. EMD har vurdert mortifikasjon i fire saker, og disse skal det redegjøres nærmere for her. Det sentrale spørsmålet er om god tro utgjør et hinder for mortifikasjon.

Dommen *Tønsbergs Blad AS and Haukom v. Norway* fra 1. mars 2007 gjaldt mortifikasjon av en beskyldning om at en næringslivsleder hadde brutt bopliktreglene. Nasjonale domstoler hadde tilkjent mannen 50.000 kroner i oppreisningserstatning, og dessuten mortifisert to beskyldninger. Det var enighet mellom nasjonale domstoler og EMD om at beskyldningene var ærekrenkende og usanne. I motsetning til nasjonale domstoler, var derimot EMD av den oppfatning at beskyldningene var fremsatt i god tro. Dette spørsmålet ble drøftet under ett for de to sanksjonene, noe som kan tyde på at god tro også verner mot mortifikasjon. Men det kan heller ikke utelukkes at dommen helst bør leses som en sak om rekken av retten til ansvarsfritt referat fra offentlige

kilder: Videreformidlingsmomentet stod sentralt i klagernes argumentasjon for at EMK artikkel 10 var krenket (avsnitt 57), og EMD fremhevet også som et sentralt moment i sin vurdering av god tro at journalisten hadde videreformidlet informasjon fra offentlige kilder (avsnittene 96 og 97). Ser en det slik at denne dommen i realiteten gjaldt retten til ansvarsfritt referat fra offentlige kilder, er det ikke dermed sagt at dommen kan tas til inntekt for at god tro også ellers verner mot mortifikasjon.

I storkammerdommen *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* fra 20. mai 1999 ble det heller ikke sondret mellom de ulike sanksjonene. I denne saken hadde nasjonale domstoler mortifisert flere usanne beskyldninger, og dessuten tilkjent hver av selfangerne 11.000 kroner i erstatning. EMD la også til grunn at avisen hadde publisert usanne faktabeskyldninger, men flertallet la avgjørende vekt på at journalisten hadde vært i god tro på publiseringstidspunktet: Det var ikke nødvendig å gjøre selvstendige undersøkelser av påstandene som var fremsatt i rapporten fra selfangstinspektøren. Og siden beskyldningene var fremsatt i god tro, kunne de verken mortifiseres eller danne grunnlag for erstatningsansvar. Denne dommen kan derfor tas til inntekt for at god tro verner mot mortifikasjon i saker som gjelder referat fra offentlige kilder, men uten klare holdepunkter i domspremissene bør en være forsiktig med å ta dommen til inntekt for at god tro også ellers verner mot mortifikasjon.

Derimot fremstår det som noe mer usikkert hva som kan trekkes ut av storkammerdommen *Nilsen and Johnsen v. Norway* fra 25. november 1999. Norske domstoler hadde mortifisert flere beskyldninger, og hadde dessuten tilkjent et mindre beløp i oppreisningserstatning. Det var enighet mellom nasjonale domstoler og EMD om at beskyldningen om bevisst løgn var en faktabeskyldning som var egnet for bevisføring. Og siden slikt bevis ikke var ført, kunne beskyldningen mortifiseres uten å komme i konflikt med konvensjonsvernet. EMD drøftet ikke om ytreren hadde vært i god tro. Isolert sett kan dette tas til inntekt for at spørsmålet om god tro ikke hadde relevans for spørsmålet om mortifikasjon var forenelig med konvensjonsvernet, og følgelig at god tro heller ikke gir et vern mot mortifikasjon. En nærliggende innvending til denne tolkningen av dommen vil likevel være at faktum kanskje ikke gjorde det naturlig med en drøftelse av god tro.

Til sist nevnes storkammerdommen *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* fra 17. desember 2004. Spørsmålet var om den fellende dommen fra Danmarks Højesteret i UfR 1999.122 H, som det er nærmere redegjort for i avsnitt 4.2 ovenfor, var en krenkelse av EMK artikkel 10. Flertallet på ni dommere mente at ytringene måtte tolkes som faktabeskyldninger som det ikke var ført sannhetsbevis for. Det ble videre pekt på at dette var grunnen til at danske domstoler hadde mortifisert beskyldningene:

"The applicants never endeavoured to provide any justification for their allegation, and its veracity has never been proven. It was for this reason that the courts at all three levels of jurisdiction in Denmark unanimously declared it null and void."
(avsnitt 76)

Flertallsvotumet bør kunne tolkes som en aksept av rettstilstanden i dansk rett. Hadde flertallet ment at det var i strid med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10 at god tro ikke utelukket mortifikasjon av usanne ærekrenkende beskyldninger, hadde det vært nærliggende om dette kom til uttrykk her. Flertallets påfølgende vurdering av god tro har følgelig bare relevans for spørsmålet om bøtene og erstatningsansvaret var en konvensjonskrenkelse. Mindretallet mente derimot at god tro ikke bare utgjorde et hinder for straff og erstatning, men også vernet mot mortifikasjon.

I praksis fra EMD finnes det dessuten flere saker hvor domstolen har vurdert forbud mot å gjenta, eller påbud om å trekke tilbake, ærekrenkende beskyldninger. Selv om en mortifikasjonsdom vanskelig kan oppfattes som et forbud mot gjentakelse, er det likevel viktige fellestrekk mellom disse sanksjonene. Verken mortifikasjon eller forbud mot gjentakelse kan leses som uttrykk for annet enn at ytreren ikke har ført sannhetsbevis for de omstridte beskyldningene. Ingen av disse sanksjonstypene representerer særlig intensive inngrep i ytringsfridommen. – Dommen *McVicar v. the United Kingdom* fra 7. mai 2002 gjaldt britiske domstolers forbud mot å gjenta ærekrenkende beskyldninger. EMD kom til at inngrepet var forenelig med vernet av ytringsfriheten i EMK artikkel 10, og avgjorde saken uten å vurdere spørsmålet om god tro. Det avgjørende for utfallet synes å ha vært at forbudet mot gjentakelse ikke ble formulert for bredt (avsnitt 80). – Dommen *Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom* fra 13. juli 1995 kan leses på samme måte. Denne dommen er nok mest kjent for EMDs vurdering av det høye erstatningsbeløpet som nasjonale domstoler hadde tilkjent den ærekrenkede. Engelske domstoler hadde i tillegg nedlagt forbud mot gjentakelse av de ærekrenkede beskyldningene. EMD uttalte om dette forbudet at det bare var en logisk konsekvens av at ytringen var usann, og at forbudet verken alene eller sammen med det høye erstatningsbeløpet utgjorde en krenkelse av proporsjonalitetskravet i EMK artikkel 10 nr. 2. EMD fremhevet at forbudet mot gjentakelse bare var formulert med sikte på å forhindre at de ærekrenkende ytringene ble gjentatt (avsnitt 54), men tok derimot ikke stilling til om ytreren også hadde vært i god tro. Disse to dommene kan tyde på at god tro ikke har relevans for vurderingen av om et forbud mot gjentakelse av usanne beskyldninger er konvensjonsstridig, og følgelig at god tro heller ikke verner mot at det nedlegges slike forbud. – Dommen *Standard Verlagsgesellschaft mbH (no. 2) v. Austria* fra 22. februar 2007 trekker i motsatt retning. Nasjonale domstoler hadde utferdiget et påbud om å trekke tilbake de usanne beskyldningene, og avisen ble dessuten pålagt en plikt til å offentliggjøre den fellende dommen. Spørsmålet om konvensjonsstrid ble avgjort på grunnlag av en vurdering av om avisen hadde vært i god tro, og det ble ikke sondret mellom de ulike sanksjonene. Denne dommen må klart nok leses som et uttrykk for at god tro også har relevans for vurderingen av om et pålegg om å trekke tilbake de usanne beskyldningene, er forenelig med konvensjonsvernet i EMK artikkel 10.

Sammenfatningsvis kan det sies at spørsmålet om mortifikasjon, forbud mot gjentakelse og påbud om tilbaketrekking av ærekrenkende beskyldninger ofte blir avgjort uten at EMD vurderer om ytreren var i aktsom god på publiseringstidspunktet. Rettskildebildet er likevel ikke helt entydig. Det er likevel mye som tyder på at det gjelder en konvensjonsrettslig hovedregel om at god tro ikke verner mot mortifikasjon, men at det

trolig må gjøres unntak fra denne hovedregelen i saker som gjelder journalisters referat fra visse offentlige kilder. Dette innebærer at det vil være et betydelig rom for å nyansere rettsstridsvurderingen etter hvilken sanksjon det er nedlagt påstand om.

4.4 Anbefalinger og vurderinger

Jeg vil anbefale at mortifikasjonsinstituttet videreføres. I den nye grunnloven § 100 legges det både i andre og tredje ledd opp til en proporsjonalitetsvurdering som har grunnleggende fellestrekk med den vurdering som EMD foretar under EMK artikkel 10 nr. 2. Sanksjonsintensiteten inngår som ett av momentene i denne vurderingen. Dette potensialet for nyanseringer av det konstitusjonelle og konvensjonsrettslige vernet av ytringsfriheten forutsetter at nasjonal rett hjemler en variert meny av mulige sanksjoner mot ærekrenkende ytringer. Dersom mortifikasjonssinstituttet oppheves, vil oppreisningserstatning normalt sett være den eneste mulige sanksjon mot ærekrenkende ytringer i norsk rett. Det kan hevdes at en slik rettsutvikling står i direkte motstrid til intensjonene bak de delene av grunnlovsbestemmelsen som pålegger rettsanvenderen å vurdere konsekvensene av inngrepet for de prosessene som begrunner ytringsfriheten. Det fremstår unektelig som noe paradoksalt å skulle oppheve den sanksjonen som i minst grad forstyrrer disse prosessene. I tillegg kommer at det i norsk rett normalt sett blir utmålt svært beskjedne erstatningsbeløp i ærekrenkelsessaker. Alene har derfor ikke erstatningsansvaret potensialet i seg til å realisere de intensjonene som ligger til grunn for grunnlovsbestemmelsen. Dette kan selvsagt avhjelpe ved at lovgiver i forarbeidene signaliserer at domstolene bør foreta en vesentlig oppjustering av erstatningsnivået i de mest alvorlige ærekrenkelsessakene.

Det bør likevel gjøres enkelte mindre endringer i mortifikasjonsinstituttet. Det følger av straffeloven § 253 nr. 1 at de beskyldninger som det ikke er ført sannhetsbevis for, skal erklæres for døde og maktesløse. Selv om denne rettsstilstanden har lange tradisjoner, er jeg likevel av den oppfatning at en slik erklæring kanskje ikke klart nok kommuniserer hva en mortifikasjonsdom egentlig går ut på. Dette ble blant annet fremhevet i Redaktørforeningens forslag til endringer av injurielovgivningen, inntatt som vedlegg I i NOU 1995: 10 s. 81 flg., se særlig s. 85—86.

Jeg vil derfor anbefale at domsslutningen ikke lenger formuleres som at nærmere angitte beskyldninger erklæres døde og maktesløse, men at det i stedet avsies dom for at beskyldningene er usanne. Dette må ses i sammenheng med at det gjelder en presumsjon for at de ærekrenkende beskyldningene er usanne, og at bevisføringsplikten for sannheten påhviler den saksøkte. Dersom det ikke føres sannhetsbevis for beskyldningene, vil det være best i samsvar med presumsjonen at det avsies dom for at beskyldninger er usanne. Som regel vil det være nettopp dette som for de fleste ærekrenkede oppleves som det viktigste. Ytringsfrihetskommisjonen er inne på det samme i NOU 1999: 27 s. 192. Dersom det anlegges et rent mortifikasjonssøksmål, burde forhandlingene kunne begrenses til en vurdering av spørsmålet om det kan føres sannhetsbevis for beskyldningene. Det kan likevel ikke være noe i veien for å videreføre selve begrepet mortifikasjon som en betegnelse på søksmålstypen.

Jeg slutter meg videre til forslaget fra Straffelovrådet om å innta ytterligere begrensninger i mortifikasjonsadgangen. Det vises til presentasjonen av disse i avsnitt 4.1 ovenfor. De vurderinger som domstolene her må foreta, kanskje særlig i tilknytning til regelen som begrenser adgangen til å mortifisere visse referat og gjengivelser av ærekrenkende ytringer, vil ha klare likhetstrekk med den rettstridsvurderingen som ellers foretas i ærekrenkelsessaker. Hensynet til ytringsfriheten vil derfor kunne tillegges tilstrekkelig vekt ved avgjørelsen av om mortifikasjonssaken skal avvises. Det vil derimot ikke være rom for å vektlegge ytringsfriheten i vurderingen av om det er ført sannhetsbevis, selv om dette selvsagt kommer inn som et moment ved fastleggelsen av kravet til sannsynlighetsovervekt.

Det synes også å være bred enighet om at mortifikasjonsinstituttet bør overføres til sivilprosessens former. Jeg vil også anbefale dette. En slik overføring vil innebære prosessuelle forenklinger, og vil dessuten bidra til en tydeliggjøring av skillet mellom straffesanksjonene og mortifikasjon. Dette er positivt.

Straffelovrådets forslag til saksbehandlingsregler i mortifikasjonssaker (forslagets §§ 491 og 492) synes å være sammenfallende med de alminnelige saksbehandlingsreglene i tvisteloven 2005. Se særlig kapittel 9 og kapittel 21. Disse foreslås derfor ikke inntatt i kapitlet om mortifikasjon.

Heller ikke Straffelovrådets forslag til bestemmelse om at retten på begjæring kan kreve sikkerhetsstillelse for saksomkostninger (forslagets § 493) bør inntas i tvistelovens kapittel om mortifikasjon. Tvistelovutvalget drøftet spørsmålet om adgangen til å kreve slik sikkerhetsstillelse i NOU 2001: 32 på s. 550—552, men kom til at det ikke burde utformes en generell regel om dette. Hensynet til domstolsadgangen i EMK artikkel 6 ble fremhevet som et sentralt moment i begrunnelsen for standpunktet. Dette hensynet gjør seg også gjeldende i søksmål om mortifikasjon, og i tillegg kommer at en regel om sikkerhetsstillelse vil kunne være problematisk i forhold til vernet av privatlivet i EMK artikkel 8. Dette må selvsagt avveies mot saksøktes behov for vern mot håpløse søksmål. Dette hensynet svekkes likevel noe ved at mortifikasjonssaken i all hovedsak bør kunne begrenses til å gjelde spørsmålet om ytreren kan føre sannhetsbevis for de ærekrenkende beskyldningene. En slik begrensning vil også ha innvirkning på saksomkostningenes størrelse. Saksøktes behov for vern bør heller kunne ivaretas gjennom adgangen til siling i ankeinstansen. Se tvisteloven § 29-13 andre ledd.

God tro bør ikke oppstilles som en absolutt sperre for mortifikasjon. Lovgiver bør for dette spørsmålets vedkommende avvente den videre rettsutvikling i praksis fra EMD. Straffelovrådets forslag til en standardpreget regel om begrensninger i adgangen til å mortifisere visse referat og gjengivelser av ærekrenkende beskyldninger vil trolig gi domstolene det handlingsrom som er nødvendig for å sikre at norsk rett er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser etter EMK.

5. Forslag til lovbestemmelser

5.1 Straffeloven 2005

§1. Krenkelse av ærefølelsen

Med bot eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som i ord eller handling grovt krenker en annens ærefølelse på en måte som oppfattes av tredjemann.

§2. Krenkelse av omdømmet

Med bot eller fengsel inntil 2 år straffes den som i ord eller handling grovt krenker en annens omdømme.

§3. Retningslinjer for vurderingen av om krenkelsen er grov

I vurderingen av om krenkelsen er grov, skal det særlig legges vekt på ærekrenkelsens karakter, den ærekrenkedes egen opptreden, om ytreren holdt det for sannsynlig at beskyldningen var usann, om den er fremsatt i et massemedium eller på annen måte spredt blant allmennheten, om den etter § 10 annet ledd skal anses offentlig fremsatt, og om den er gjentatt.

§4. Innskrenkende tolkning

Straff etter §§ 1 og 2 kommer ikke til anvendelse dersom ytringen var av offentlig interesse eller fremsettelsen av andre grunner var aktverdig, og den var sann eller ytreren var i aktsom god tro.

I vurderingen av om ytreren var i aktsom god tro, skal det blant annet legges vekt på om ytreren trodde at beskyldningen var sann, om beskyldningens faktiske grunnlag og ytrerenes undersøkelse av dette stod i et rimelig forhold til alvorret i beskyldningen, om den ærekrenkede ble gitt en tilfredsstillende anledning til å ta til motmæle, og om fremstillingen av saken for øvrig var tilstrekkelig balansert.

§5. Provokasjon og retorsjon

Er ærekrenkelsen fremkalt av den fornærmede selv ved utilbørlig adferd eller gjengjeldt med en legemskrenkelse eller ærekrenkelse, kan straff bortfalle.

§6. Unntak for medvirkeransvaret

Den som bare har deltatt i den tekniske fremstillingen eller distribusjonen av et massemedium kan ikke gjøres ansvarlig for ærekrenkelsen.

§7. Krenkelse av avdødes minne

Med bot eller fengsel inntil 3 måneder straffes den som i ord eller handling krenker avdødes minne på en måte som omfattes av § 2.

Paragraf 4 gjelder tilsvarende.

Berettiget til å begjære og reise påtale er den avdødes ektefelle, foreldre, barn, søsken og arvinger.

5.2 Nytt kapittel 36a i tvisteloven 2005: Saker om mortifikasjon av ærekrenkende beskyldninger

§36a-1. Mortifikasjonskravet

Den som er ærekrenket kan, med de begrensninger som følger av lov, reise søksmål med krav om at den saksøkte må føre bevis for at den ærekrenkende beskyldningen er sann.

Dersom det har vært adgang til å føre bevis for beskyldningens sannhet, men slikt bevis ikke er ført, skal det avsies dom for at den ærekrenkende beskyldningen er usann.

§36a-2. Søksmålsfrist. Hindringer for fremme av saken

Søksmål med krav om mortifikasjon av en ærekrenkende beskyldning må reises innen ett år etter at saksøkeren er kommet til kunnskap om ærekrenkelsen og om hvem som har fremsatt den.

Sak om mortifikasjon kan ikke fremmes for beskyldning om straffbar handling som den beskyldte er frikjent for ved endelig innenlandsk eller utenlandsk dom. Sak om mortifikasjon kan heller ikke fremmes etter at den som har fremsatt ytringen er død.

§36a-3. Vilkår for avvisning av krav om mortifikasjon

Krav om mortifikasjon skal på begjæring avvises når den som har fremsatt beskyldningen tar den tilbake før hovedforhandlingen på en måte som retten finner tilfredsstillende for saksøkeren.

Krav om mortifikasjon skal videre avvises:

1. når beskyldningen er framkommet i en dom, kjennelse, beslutning eller annen dommerhandling. Tilsvarende gjelder når beskyldningen er framkommet i en avgjørelse av Trygderetten, avgjørelse av Fylkesnemnda for sosiale saker, avgjørelse av Markedsrådet eller i en avgjørelse av annet offentlig, domstolslignende organ. Det samme gjelder når beskyldningen er framkommet i en skriftlig uttalelse fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen.
2. når beskyldningen er satt fram av en offentlig tjenestemann eller andre som handler på vegne av stat eller kommune og som har hatt plikt til å uttale seg.
3. når beskyldningen er satt fram av et vitne under forklaring i rettsmøte eller for politi eller påtalemyndighet, eller av en part, prosessfullmektig, aktor, forsvarer, oppnevnt

sakkyndig eller personundersøker under rettergang eller etterforskning. Det samme gjelder når beskyldningen er satt fram av en voldgiftsrett.

4. i de tilfeller som nevnt under nr. 2 og nr. 3 skal likevel kravet om mortifikasjon ikke avvises når retten finner at saksøker bør få sannheten av beskyldningen prøvd i mortifikasjonssak mot saksøkte eller at uttalelsen ligger utenfor sakens ramme.

Krav om mortifikasjon skal på begjæring også avvises når rettsforhandlinger eller pliktmessige utsagn av offentlige tjenestemenn eller andre som handler på vegne av stat eller kommune refereres og det foreligger referatadgang, med mindre beskyldningen er gjengitt uten at det forelå noen aktverdig grunn til det, eller gjengivelsen ellers er klanderverdig på grunn av formen eller måten den er fremsatt på eller av andre grunner, eller retten finner at saksøkeren bør få sannheten av beskyldningen prøvd i mortifikasjonssak mot saksøkte.

Dersom mortifikasjon er fremmet som et borgerlig rettskrav i en straffesak om ærekrenkelse, kan krav om mortifikasjon ikke avvises etter denne paragraf med mindre straffekravet blir avvist eller forkastet.

§36a-4. Utsettelse av sak mot formidler

Er det reist ærekrenkelsessak mot den som har formidlet videre et utsagn fremsatt av en annen, kan retten utsette saken mot formidleren inntil det er tatt avgjørelse i rettssaken mot kilden.