



University of Oslo

University of Oslo Faculty of Law Legal Studies
Research Paper Series
No. 2012-02

Anine Kierulf:

Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i høyesteretts
ytringsfrihetspraksis?

HVILKEN ROLLE SPILLER

GRUNNLOVEN § 100 I HØYESTERETTS YTRINGSFRIHETSPRAKSIS?

ANINE KIERULF

1 Bakgrunn

Stortinget vedtok i 2004 å endre ytringsfrihetsbeskyttelsen i Grunnloven (Grl.) § 100.¹ Bestemmelsen representerer to nyheter i vår rettstradisjon: Den gir et "moderne" grunnlovsvvern til en rettighet som også beskyttes av flere overnasjonale regelsett, herunder den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art.10. I tillegg har den, i motsetning til hva som er vanlig for grunnlovsbestemmelser, omfattende forarbeider. Denne artikkelen ser på i hvilken utstrekning Høyesterett har brukt Grl. § 100, og hvordan bestemmelsen brukes når den brukes. Ett metodisk fellestrekk ved de sakene der Grl. § 100 er anvendt diskuteres særlig, nemlig den plass forarbeidene til grunnlovsbestemmelsen har fått i Høyesteretts praksis.

Det er ikke godt å si hva som avgjør Høyesteretts valg av rettsgrunnlag i ytringsfrihetssaker. En måte å forstå dette på, er at det finnes uavklarte spørsmål som gjør tilnærmingen til den doble rettighetsbeskyttelse som følger både av EMK og Grunnloven vanskelig. Skal Grunnloven alltid være utgangspunktet der den er relevant, eller kan en la være å forholde seg til den når saken kan løses ved hjelp av andre kilder? Skal menneskerettighetsbestemmelser i Grunnloven tolkes i lys av de internasjonale menneskerettigheter? ² Er valget av "hjemmel" overhodet gjennomtenkt?

Utgangspunktet for grunnlovstolkning er det samme som ved lovtolkning: den naturlige språkforståelse av lovteksten på vedtagelsestidspunktet. Grunnlovens alder, knappe språk og dels generelt formulerte prinsippbestemmelser gir rom for en tolkning der både endrede samfunnsforhold, verdiprioriteringer og "reelle hensyn" i stor grad spiller inn.

Anine Kierulf (1974) er stipendiat ved Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo. Takk til gode venner, kollegaer og to anonyme fagfeller for verdifulle innspill og konstruktiv kritikk.

¹Endret ved grunnlovsbestemmelse 29. okt 2004 nr. 1402

² Svarene på disse spørsmål vil variere bla. med synet på hva en grunnlov er og hva slags rettigheter en tolker, hvorvidt de to rettsgrunnlag faktisk er sammenfallende i sine betingelser og rettsfølger, om de utfyller eller står i motsetning til hverandre og om de regulerer retts spørsmål mellom stat og borger eller mellom to borgere.

Forhistorien til grunnlovsbestemmelser kan være en viktig kilde til deres forståelse. Grunnlovsbestemmelser forarbeider har imidlertid tradisjonelt spilt en beskjeden rolle ved tolkingen – enten fordi tiden har løpt fra dem, eller fordi de har vært sparsomme. Dette er ikke tilfellet med forarbeidene til Grl. § 100 – de er både omfattende og nye. Og som det vil fremgå, er alle de saker der Høyesterett har brukt § 100, avgjort med henvisninger til dens forarbeider. De fremstår ikke bare som støttepunkter for eller mot en mulig tolkning av grunnlovsteksten, men ofte som den primære kilde til utlegning av grunnlovsbestemmelsens innhold.

Gr. § 100, som siden vedtakelsen i 1814 har sikret ”trykkefrihet”, ble endret bl.a. for å reflektere innflytelsen fra internasjonal rett på ytringsfrihetens område. Også en vedvarende kritikk av at Grunnloven i liten grad virket som noen skranke for lovgiver eller sikret et faktisk ytringsfrihetsvern, var motiverende.³ Ytringsfrihetskommisjonen ble nedsatt i 1996, leverte sin utredning i NOU 1999: 27,⁴ grunnlovsendringen kom fem år senere. Gr. § 100 er utformet som en prinsippbestemmelse der ytringsfriheten er vernet, og eventuelle inngrep i den kan kun foretas dersom det ”lader seg forsvare” holdt opp mot tre begrunnelser for ytringsfriheten; ”Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse”. Anvisningen om en avveining mellom ytringsfriheten og eventuelle motstridende verdier og samfunnsinteresser gjør at bestemmelsen minner om de overnasjonale regelsett, som gir ytringsfriheten rettslig vern.⁵

Fra 1999 er bl.a. EMK, gjennom menneskerettsloven § 3, gitt forrang for nasjonale regler på lovs nivå ved motstrid.⁶ Slik har EMK en posisjon som i praksis minner om Grunnlovens – gjennom domstolenes prøvelsesrett har den bidratt til at norske lover på noen områder tolkes innskrenkende, og den har også virket som en skranke for lovgiver. I rettspraksis har særlig EMK art 10, som utpenslet gjennom praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol (EMD), vært den sentrale kilde i ytringsfrihetssaker. De momenter for avveining mellom ytringsfrihet og andre rettigheter og interesser som finnes i EMDs praksis, har hatt økende innflytelse på norsk ytringsfrihetsbeskyttelse de seneste 15 årene

³ Se Eggen *Ytringsfrihet* (2002) pkt 3.2 og Mæland *Ærekrenkelser* (1986) s. 65. Ytringsfriheten ble riktignok innfortolket som skranke for ytringsbegrensende lovbestemmelers rekkevidde gjennom den såkalte ”rettsstridsvurdering”, men da i ueksplisert form, og på en måte som i liten grad eksponerte at reservasjonen ble vurdert fordi ytringsfriheten var grunnlovsfestet.

⁴ Ytringsfrihetskommisjonen ble nedsatt ved Kgl. Res. 23. august 1996.

⁵ I tillegg til EMK, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 19.

⁶ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30

– en som på injurierettens område allerede i 2002 ble karakterisert som et ”paradigmeskifte”.⁷

Et motiv for å foreslå ytringsfriheten styrket i Grunnloven, var ”å nå frem til [en] mest mulig klar og presis grunnlovsregulering på grunnlag av nasjonale forhold og behov”,⁸ også, ifølge en stortingsrepresentant, fordi ”det er jo slik at § 100 i realiteten ikke er den gjeldende bestemmelse som vår Høyesterett og domstolene nå forholder seg til. Jeg regner med at det blir det etter at Stortinget i dag vedtar en ny § 100.”⁹

Noe av den samme motivasjonen kan spores i mandatet til komiteen, som i 2009 ble nedsatt av Stortinget for å utrede hvordan Grunnloven kan revideres for ”å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang”.¹⁰ Denne artikkelen overskuer ikke komiteens mange utfordringer, men kan gi en oversikt over hvordan én ny og gjennomarbeidet grunnlovsbestemmelse med et materielt virkefelt som også er dekket av våre menneskerettslige forpliktelser, har vært brukt i Høyesteretts praksis.

2 Høyesterettspraksis i ytringsfrihetssaker 2004-2011

2.1 Innfallsvinkel

Vurderingen av saker der Grl. § 100 er ”brukt”, begrenses her til de der Høyesterett nevner selve bestemmelsen i teksten.¹¹ Ettersom et mål er å se på nettopp grunnlovsbestemmelsens bruk, vil saker som ”bare” opererer med begrepet eller ideen ytringsfrihet ikke regnes som § 100-saker. En annen innfallsvinkel ville gjøre det vanskelig å skille saker der ytringsfriheten anvendes som ikke-eksplisert prinsipp eller overnasjonalt beskyttet rettighet, fra saker der den forankres i den nye grunnlovsbestemmelsen.

⁷ Schjøtz. *Paradigmeskifte i injurieretten*. I: Lov og rett (2002). Se også Eggen (2002), og også Wessel-Aas. *Ikke skyt pianisten*. I: Lov og rett (2003). og Strømme. *Tolkning og injurier* ibid. (2004).

⁸ NOU 1999:27 pkt 5.1.4.

⁹ St. forh. 2004 s 3593, Carl I. Hagen

¹⁰ Beslutning, Stortingets presidentskap 18.6.2009

¹¹ Artikkelens tidsrom går fra ikrafttreddelsen av den endrede Grl § 100 den 30.9.2004 og frem til oktober 2011. Også saker behandlet etter ikrafttreddelsen, som vurderer handlinger utført før ikrafttreddelsen i lys av Grunnlovens ”nye” § 100, er tatt med.

Det er mange måter både grunnlovsbestemmelser og andre argumentkilder kan innvirke på rettsanvendelse. At en bestemmelse ikke er eksplisitt nevnt eller synlig benyttet, er ingen sikker indikasjon på at den ikke har hatt betydning. Ytringsfrihet synes i noen henseende å anses som så selvsagt at den ikke trenger kildeangivelse, slik rettspraksis' manglende forankring i grunnlovsteksten også bidro til kritikk under Grl. "gamle" § 100.¹² Ytringsfrihet har fått en økt oppmerksomhet både ved den innflytelse EMK og EMD har hatt, og ved den dels parallelle oppmerksomhet frem mot vedtagelsen av Grl. § 100. Sammen med den økte bevissthet omkring grunnleggende rettigheter som for øvrig fant feste omkring 2000, kan også den offentlige debatt som ble skapt om grunnlovsarbeidet, ha bidratt til en "konstitusjonell oppvåkning".¹³ Dette forankret ytringsfrihetens betydning både hos fagfolk og andre, på en måte som kanskje kan bidra til å forklare dens "selvsagte" – og dermed uekspliserte – plass.

2.2 Noen tall

Høyesterett har behandlet 24 saker om ytringsfrihetsspørsmål siden Grl. § 100 trådte i kraft.¹⁴ Den totale forekomst av ordet "ytringsfrihet" eller "ytringsfridom" i dette tidsrommet er 36, men i 12 av disse sakene har ytringsfrihet ingen tilknytning til de rettslige spørsmål sakene reiser.¹⁵

Grunnlovsbestemmelsen er *nevnt* i 10 av sakene, men uten at den fremstår som om den er tillagt noen selvstendig betydning for avgjørelsen i fem av disse.¹⁶ Kun fem av de 24 sakene *anvender* Grl. § 100 eller dens forarbeider som kildegrunnlag.¹⁷ I disse fem sakene brukes overnasjonale kilder i tillegg til Grunnloven. Bare i to av sakene fremstår

¹² Se Eggen (2002) pkt 3.2 og Mæland (1986) s. 65

¹³ Parallelt til, om ikke sammenfallende med et "constitutional moment", Ackerman *We the people. Vol 2, Transformations* (1998)

¹⁴ Den part som mener seg beskyttet av ytringsfriheten har påberopt Grl § 100 i ni av de 24 sakene (Rt. 2007 s 404, Rt. 2007 s 1507, Rt. 2007 s 1807, Rt. 2008 s 489, Rt. 2008 s 610, Rt. 2009 s 265, Rt. 2010 s. 1381, HR-2011-1118-A), i fem kun summarisk (Rt. 2007 s 1807, Rt. 2008 s 489, Rt. 2008 s 610, Rt. 2009 s 265, HR-2010-1945), gjerne sammen med EMK art. 10 og andre kilder.

¹⁵ Disse 12 er Rt. 2004 s. 1703 (feiloppført med henvisning til Grl § 100, omhandler Grl § 102), Rt. 2006 s. 1451, Rt. 2007 s. 1573 og Rt. 2008 s. 1601, HR-2011-1118-A (ytringsfrihet nevnt, men irrelevant for sakene) og Rt. 2004 s. 1632, 2005 s. 41, 2005 s. 799, Rt. 2005 s. 833, Rt. 2009 s. 1568, Rt. 2010 s. 396 og Rt. 2010 s. 1455 (ytringsfrihet er nevnt, men sakene reiser ikke ytringsfrihetsspørsmål). I tillegg til søk etter "ytringsfri*" i alle Høyesterettsbaser, er artikkelen basert på søk i kombinasjonen ytringsfri* og hhv 2004* til 2010* og gjennom "avgjørelser" fra lovteksten til Grl § 100, samt ettergang av Rettstidende i papir for perioden.

¹⁶ De fem er HR-2011-1118-A (professoravskjed, ankenektelse), Rt. 2010 s. 845 (SMS, privatliv), Rt. 2009 s 1537 (Bokhandleren, lovvalg), Rt. 2006 s 769 (Legemiddelreklame, prosess), Rt. 2006 s 460 (Brennpunkt, rettslig interesse).

¹⁷ Se pkt. 3

grunnlovsbestemmelsen eller dens forarbeider som den primære rettskilde ved avgjørelsen av de rettslige spørsmål sakene reiser.

15 av de 24 sakene er avgjort uten at Grl. § 100 nevnes i premissene.¹⁸ I fire av disse sakene igjen er bestemmelsen ikke nevnt i premissene selv om den har vært påberopt av den part som mente seg beskyttet av den.¹⁹ Av disse 15 sakene er ni avgjort ved henvisning til overnasjonale kilder. Den kilden som fremstår som mest "praktisk", dvs. den der argumenter til de konkrete avveininger hentes, er rettspraksis fra EMD. Domspremissene i de sakene der overnasjonale kilder står sentralt, viser gjennomgående til avveiningsmomenter fra EMDs praksis eller til tidligere Høyesterettspraksis der slike momenter er brukt.

2.3 Følger bruken av Grl. § 100 noe saksmønster?

Ytringsfrihetsspørsmål oppstår i ulike sammenhenger. De vanligste typetilfeller er grovt og upresist tre: Saker der ytringsfriheten må avveies mot andre individuelle rettigheter som for eksempel diskrimineringsvern, æresvern eller privatliv; saker der den må avveies mot kollektive interesser, som for eksempel den offentlige moral, hensynet til rettsvesenet eller de demokratiske prosesser; og saker der ytringsfrihet i kraft av å være en grunnleggende rettighet beforder særskilte prosessuelle vurderinger.²⁰

Av de 24 sakene er 12 i den første kategori: Syv saker der ytringsfriheten veies mot privatliv/personvern,²¹ to mot æresvern,²² én mot åndsverk,²³ én mot rasismevern, én mot

¹⁸ Rt. 2004 s 1457 (Rød Ungdom, foretaksstraff forlag), 2004 s 1483 (Blotter, æresvern), Rt. 2004 s 1632 (TV Vest habilitet), Rt. 2005 s 1677 (Baneheia Fævennen, omdømme og uskyldpresumsjon), Rt. 2006 s 515 (Brennpunkt, intervensjonsadgang), Rt. 2007 s 687 (Big Brother, privatliv), Rt. 2007 s 1507 (Lydbånd, utleveringskrav fra en tiltalt overfor en avis), Rt. 2008 s 610 (rettergangsstraff, advokats bruk av avskåret bevis i mediene), Rt. 2008 s 1089 (Bryllupsfoto, privatliv), Rt. 2009 s 265 (Memo, personvern, rett til eget bilde), Rt. 2010 s 258 (Lokalhistoriebok, privatliv), Rt. 2009 s 366 (Fiskesex, åndsverk), HR-2010-01715 (om analogisk anvendelse av partshjelpsadgangen i straffesak om kildevern) og Rt. 2010 s. 1381 (kildevern i nettaviser) og HR-2011-1848 (Innsidehandel, kildevern)

¹⁹ Lydbånd-, Rettergangsstraff-, Memo- og Kildevernsaken I to av disse var henvisningen i anførselene riktignok helt summariske. I Lydbåndsaken anførte avisen at "[d]en nye § 100 i Grunnloven omfatter retten til taushet. Det samme gjelder etter EMK artikkel 10. For så vidt gjelder Grunnloven, vises det til St.meld.nr.26 (2003-2004) side 33-34. Der uttales det også at « journalisters og forskeres kildevern [står] sentralt ». Uttrykket «kildevern» må antas å ha en videre rekkevidde enn det som direkte går inn under straffeprosessloven § 125". I tillegg til rettskildene Grunnlov med forarbeider ble også EMK artikkel 10, juridisk litteratur om EMK og EMDs praksis anført.

²⁰ Inndelingen er veiledende, og også dét bare et stykke på vei: De fleste saker der to individuelle rettigheter veies mot hverandre inneholder også vurderinger av hvilken betydning avveiningene har for samfunnet mer generelt; uttrykket "kollektive interesser" har et upresist innhold, og vurderingen av hvilke spørsmål som er rettslig materielle og prosessuelle kan i noen grad gli over i hverandre.

²¹ HR 2010-1126 (SMS), Rt. 2010 s 258 (Lokalhistorie), Rt. 2009 s 1537 (Bokhandler, lovvalg), Rt. 2009 s 265 (Memo), Rt. 2008 s 1089 (Bryllupsfoto), Rt. 2008 s 489 (Plata), Rt. 2007 s 687 (Big Brother)

retten til liv.²⁴ I fem av sakene veies ytringsfriheten mot kollektive interesser; i én sak mot den offentlige moral,²⁵ i én mot demokratiske prosesser,²⁶ i én mot betydningen av arbeidsmiljø,²⁷ og i to saker mot rettssystemets effektivitet.²⁸ I syv saker har ytringsfriheten hatt betydning for vurderingen av ulike prosessspørsmål.²⁹

De fem sakene der Grl. § 100 er brukt fordeler seg over de to første kategorier, og over fem ulike avveiningstema. De ser dermed ikke ut til å følge noe saksmønster. Den eneste synlige fellesnevner mellom de fem § 100-sakene er at de alle handler om ytringer i medier, og fire av dem om medias ytringsfrihet.³⁰ Men dette fremstår ikke forklarende for valget av Grl. § 100 som rettskilde, ettersom totalt 20 av de 24 ytringsfrihetssakene er mediesaker.

3 Saker der Grl. § 100 er brukt

3.1 Rt. 2004 s 1737: TV Vest – politisk reklame

TV Vestsaken omhandlet spørsmålet om det absolutte forbud mot TV-reklame med bl.a. politisk innhold i kringkastingslovens § 3 var forenlig med ytringsfriheten.³¹ Spørsmålet ble diskutert i løpet av forarbeidstiden for § 100, med sterke oppfatninger i begge retninger om forbudets berettigelse. Ytringsfrihetskommisjonen gikk med "et meget klart flertall" inn for at forbudet mot politisk TV-reklame var i strid med ytringsfriheten. Kommisjonen mente at også betalt reklame nøt særlig vern, når den inneholdt "Frimodige ytringer om Statsstyrelsen". Den var heller ikke overbevist om at reklame bare ville forflate den politiske debatt, men mente isteden at slik reklame i regulert form ble antatt å fremme demokratiet.³² Kommisjonens syn ble støttet av alle unntatt tre høringsinstanser.

²² 2005 s 1677 (Baneheia) og 2004 s 1483 (Blotter)

²³ Rt. 2010 s 366 (Fiskesex)

²⁴ Rt. 2007 s 1807 (Vigrid) og Rt. 2007 s 404 (Brennpunkt)

²⁵ Rt. 2005 s 1628 (Aktuell Rapport, pornografi)

²⁶ Rt. 2004 s 1737 (TV Vest, politisk reklame)

²⁷ HR-2011-1314-U (Professoravskjed, arbeidsmiljø)

²⁸ Rt. 2008 s 610 (Bevisavskjæring, rettergangsstraff), Rt. 2004 s 1537 (Rød Ungdom, foretaksstraff)

²⁹ HR-2011-1848 (Innsidehandel, kildevern), Rt. 2010 s.1381 (Kulturminne, bevisutlevering) HR 2010 s. 1150 (Kulturminne, partshjelp), Rt. 2007 s. 1507 (Lydbånd, utlevering), Rt. 2006 s. 769 (Legemiddelreklame, rettslig interesse), Rt. 2006 s. 515 (Brennpunkt, hjelpeintervensjon), Rt. 2006 s. 460 (Brennpunkt, rettslig interesse),

³⁰ Rt. 2007 s 1807 (Vigrid) omhandler rasistiske uttalelser viderefremmet av VG, men saksanlegget er mot den opprinnelige ytrer.

³¹ Lov 4.12.1992 nr. 127

³² NOU 1999: 27 pkt 6.2.4.4.2

Departementet mente imidlertid at forbudet kunne opprettholdes. Begrunnelsen for dette syn var at en mente reklameforbudet var mer naturlig å se "som et spørsmål om rammene for den demokratiske beslutningsprosess enn som et tradisjonelt og individrettet ytringsfrihetsspørsmål".³³ Departementet gikk likevel inn for å oppheve forbudet gjennom lovendring, ettersom de hensyn forbudet skulle ivareta kunne sikres ved å erstatte forbudet med ulike andre reguleringer.³⁴

Grl. § 100 er både anført og brukt i dommens premisser. TV Vest påberopte seg at politisk TV-reklame var ytringer i kjernen for det vern både gamle og nye Grl. § 100 gir, nemlig de "frimodige" politiske. Det ble anført at det skulle svært mye til å tolke Grunnloven innskrenkende, ettersom den verner også ikke-redaksjonelle ytringer, uavhengig av hvilket medium de fremkommer i. Saksforholdet i TV Vestsaken lå forut for grunnlovsendringen og skulle således avgjøres etter "gamle" § 100. "Nye" Grl. § 100 ble imidlertid brukt som særskilt argumentasjonsgrunnlag, som kilde til innsikt i nåtidig lovgivervilje.³⁵ Det ble også anført at "nye" § 100 måtte innvirke på den materielle grunnlovsbeskyttelse, ettersom den tok sikte på å styrke beskyttelsen for frimodige ytringer i forhold til tidligere rettstilstand.

Dommen er avsagt under dissens 4-1. Etter å ha fastslått at Grl. "gamle" § 100 ikke stod i veien for reklameforbudet, vurderte flertallet grunnlovsendringen i 2004 med sikte på å klarlegge om "grunnlovviljen" hadde endret seg. En slik endring kunne etter omstendighetene være relevant også for saksforhold forut for vedtagelsen av Grl. § 100. Viljen ble søkt klarlagt uten å problematisere grunnlovsteksten. Det som ble gjennomgått, var diskusjonen i de forarbeidene som kom i perioden etter stortingsvalget i 2001.³⁶ Av disse utledet Høyesterett at departementet og Regjeringen forutsatte at reklameforbudet ikke ville falle bort i og med den nye grunnlovsbestemmelsen, og at denne forutsetningen ikke klart ble fraveket i stortingsdebatten, selv om flertallet der "anså dagens forbud som uheldig ut fra et ytringsfrihetsperspektiv".³⁷ Høyesterett fant dermed ikke at endringene i Grl. § 100 gav nye føringer for å vurdere lovligheten av reklameforbudet. Det ble derfor vurdert under EMK art. 10. Etter en gjennomgang av EMDs praksis konkluderte flertallet med at reklameforbudet lå innenfor den skjønnsmargin EMK art 10 ble antatt å gi i en sak

³³ St.mld.nr.26 (2003-2004) pkt. 4.9.7.

³⁴ Id.

³⁵ Rt. 2004 s 1737, avsnitt 12

³⁶ St.mld.nr.26, Innst. S. nr. 270 (2003-2004) og Stortingsforhandlingene

³⁷ Rt. 2004 s 1737, avsnitt 47

som den foreliggende. Som del av begrunnelsen for denne vurderingen gjentar Høyesterett som sitt eget det departementale syn at spørsmålet om forbud mot politisk TV-reklame ”i første rekke må ses som fastlegging av rammer omkring den politiske debatt”, og at dette er ”et område der et lands politiske organer må gis stor handlefrihet i forhold til artikkel 10”. Reklameforbudet ble dermed antatt lovlig etter EMK art. 10. Saken er senere prøvd for EMD, som kom til det motsatte resultat.³⁸

Bruken av ”nye” Grl. § 100 består primært i en tolking av bestemmelsens forarbeider som mulig kilde til endret ”grunnlovvilje”.³⁹ Noen slik finnes ikke, og bestemmelsen anses ikke å påvirke tolkningen av reklameforbudet. En av dens forarbeidsuttalelser brukes likevel som den sentrale forklaring for hvorfor forbudet heller ikke innebærer noe urettmessig inngrep i EMK art 10.

3.2 Rt. 2005 s 1628 Aktuell rapport – pornografi

I Rt. 2005 s 1628 brakte bladet ”Aktuell Rapport” ”skildringer i ord og bilder av normal seksuell aktivitet mellom samtykkende voksne mennesker”. Bildene var uten ”sladd”. Hensikten var å få prøvet om også usladdede bilder av denne type var å anse som beskyttede ytringer, som i så fall ikke kunne anses som straffbar pornografi etter straffeloven (strl.) § 204.⁴⁰

Høyesterett tok utgangspunkt i en tolkning av strl. § 204. Lovtekstens bruk av den rettslige standard ”støtende” ble tolket i lys av ulike etterarbeider til bestemmelsen. Disse understreket samfunnsutviklingens betydning for vurdering av hva som kunne anses ”støtende”, i tillegg til å vise en vedvarende politisk vilje til liberalisering av synet på hvilke språklige eller billedlige uttrykk § 204 omfattet. Grl. § 100 ble i denne saken trukket inn som støtteargument til en liberaliseringstenkning; ikke i kraft av sin ordlyd, men ved en henvisning til at Ytringsfrihetskommisjonen i sin innstilling foreslo at strl. § 204 skulle endres slik at den ikke lenger forbød skildringer av ”alminnelig seksuell aktivitet”. Departementet var uenig i dette, og mente at grensene for ”støtende”-vurderingen ikke burde ses som et konstitusjonelt spørsmål, men som en *rettslig standard*. Det tillå domstolene å utlede standardens nærmere innhold i de saker den kom opp, et syn

³⁸ TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti v. Norway, 11.12.2008. EMDs tolkning av relevant EMD-praksis her har for øvrig mye til felles med dissenterende dommer Skoghøys tolkning av de samme kilder i høyesterettssaken.

³⁹ Slik antas forarbeidene også å kunne ha betydning for Grl § 100s virkeområde i tid.

⁴⁰ Almindelig borgerlig Straffelov av 22.5.1902

Høyesterett fremhevet at også kontroll- og konstitusjonskomiteen hadde tilsluttet seg.⁴¹ Etter slik å ha konstatert at Grl. § 100 ikke gav noen nye føringer for tolkningen av strl. § 204, avgjorde Høyesterett saken på bakgrunn av tidligere rettspraksis etter strl. § 204 sammenholdt med hva som for tiden vises av seksualitet på film, og hva som (HR mente) var å anse som "dagens moral- og rettsoppfatning". Den kom på denne bakgrunn til at Aktuell Rapports bilder ikke kunne anses "støtende".

Gr. § 100 brukes i denne saken i kraft av sine forarbeider som tolkingsfaktor for strl. § 204. Det er forarbeidene som brukes, og da "negativt" – de gir ingen nye føringer for tolkningen av utuktsbestemmelsen, som fremdeles skal anses som en rettslig standard.

3.3 Rt. 2007 s 404: Brennpunkt – liv

Brennpunktsaken gjaldt en midlertidig forføyning begjært for å stanse en NRK-dokumentar. En person som hadde gitt politiet opplysninger i NOKAS-saken, og som også hadde orientert NRK om samarbeidet med politiet, fryktet for sitt liv om programmet ble sendt. NRKs prinsipale anførsel var basert på Grl. § 100. Forbudet mot forhåndssensur i Grl. § 100, fjerde ledd ble anført i utgangspunktet å forby inngrep i ikke-offentliggjorte ytringer ved midlertidige forføyninger. Den åpning som i forarbeidene fantes for en innskrenkende tolkning av grunnlovsforbudet kunne bare brukes i særlige og helt eksepsjonelle tilfeller; hvis en forføyning er påkrevd for å hindre "irreversible skader".⁴² I tillegg til anførslene om terskelen for å sensurere ytringer ved forføyninger, ble det anført ("konstatert") at kravet om lovfestet hjemmel for inngrep i Grl. § 100, annet ledd, annet pkt. er formelt.

Domspremissene tok utgangspunkt i ytringsfriheten som vernet i Grl. § 100, og av EMK art 10 og SP art 19. Ytringsfrihetens hovedtrekk ble forklart via henvisninger til generelle uttalelser i grunnlovsbestemmelsenes forarbeider.⁴³ Etter dette ble grunnlovsteksten gjennomgått; ikke bare 4. ledd om forhåndssensur, men også 2. (lovskravet) og 3. ledd (som ikke var relevant for saken).⁴⁴ Tolkningen av Grl. § 100 4. ledd startet i ordlyden, som tilsier at all forhåndssensur er forbudt. Den fortsatte via et sitat fra

⁴¹ Avsnitt 21, med henvisning til NOU 1993:27, St. meld. nr. 26 (2003-2004) s 78 og Innst. S. nr. 270 (2003-2004)

⁴² Rt. 2007 s 404 avsnitt 31

⁴³ NOU 1999:27 sidene 240-241 og St.meld.nr.26 (2003-2004) sidene 33-34.

⁴⁴ Rt. 2007 s 404. avsnitt 42-45. Så vidt jeg har kunnet finne, er dette den eneste Høyesterettsavgjørelsen i perioden der grunnlovsteksten gjennomgås i sammenheng.

Ytringsfrihetskommissjonen som tilsa at meningen med en slik ordlyd ikke var et totalforbud mot midlertidige forføyninger, men en innstramming av adgangen til slik forhåndssensur.⁴⁵ En gjennomgang av de to stortingsmeldingene, stortingsinnstillingen og stortingsdebatten,⁴⁶ ble tolket i samme retning, og ledet til den slutning at forarbeidene samlet mente at Grl. § 100, 4. ledd ikke skulle forby bruk av midlertidige forføyninger overfor ytringer ”i særlige tilfelle”. Det samme ble antatt å følge av EMK som anvendt av EMD.

Høyesterett vurderte så om det lovskrav Grl. § 100 annet ledd, annet punktum oppstiller for å gjøre inngrep i ytringsfriheten i skulle forstås formelt eller materielt. Ved tolkingen trakk Høyesterett på Grl. § 96 og legalitetsprinsippet, samt Ytringsfrihetskommissjonens anvisning om at lovskravet skal være ”strammere” enn det materielle lovskrav som oppstilles i EMK art. 10. Sett i sammenheng med de senere forarbeider⁴⁷ ble Grl. § 100 som ”klar hovedregel” antatt å kreve *formell lov* for inngrep i ytringsfriheten, selv om sedvaner og domstolsskapt rett ”unntaksvis” omfattes dersom de tilfredsstillende lovskravet i EMK art 10, og for øvrig fyller vilkårene i Grl. § 100 annet ledd.

Høyesteretts flertall mente at det forlån et ulovfestet grunnlag for inngrep, nemlig et nødrettsprinsipp som i en nødsituasjon gav sikringsgrunn.⁴⁸ Spørsmålet var om dette grunnlaget var tilstrekkelig for inngrep i ytringsfriheten etter en avveining som angitt i Grl. § 100, annet ledd. Avveiningsnormen ble funnet i ordlyden, supplert med Ytringsfrihetskommissjonens anvisning om hvordan vurderingen skulle foretas. Ved subsumsjonen ble det absolutte forbud mot kringkasting av programmet veid mot anførselen om ”overhengende livsfare”. Ettersom den mulige livsfare kunne avverges på andre måter enn ved å stanse programmet – for eksempel ved at staten politibeskyttet sine borgere mot slike ulovlige trusler – ble inngrep i ytringsfriheten ikke ansett rettmessig.

Grl. § 100 er sentral i saken. Både dens ordlyd og forarbeider brukes til å avgjøre spørsmålet om midlertidige forføyninger i det hele tatt kan brukes mot ytringer (som ikke rammer barn), om grunnlaget for slik forhåndssensur krever formell eller materiell

⁴⁵ NOU 1993:27 s 246, vurdert i avsnittene 47-48

⁴⁶ Avsnittene 49-52

⁴⁷ St.meld.nr.26 og Innst. S. nr. 270 (2003-2004)

⁴⁸ Motsatt dissensen, som mener at lagmannsrettens bevisvurdering ikke gir holdepunkter for en nødrettsubsumsjon.

lovhjemmel og ved avveiningen av forføyningens berettigelse overfor den omhandlede dokumentar. Ved tolkningen av hvilket lovskrav som må stilles etter Grl. § 100, vurderes i tillegg til forarbeidene altså EMK.⁴⁹

3.4 Rt. 2007 s 1807: Vigrd – rasediskriminering

Vigrdsaken vurderte om en rekke grove utsagn om jøder var vernet av ytringsfriheten eller var straffbare etter rasismepragrafen i strl. § 135a. Utsagnene oppfordret ikke til vold, men ble, lest i sin helhet, tolket til å innebære trusler om at vold kunne bli benyttet. Forsvareren anførte at "[r]ekkevidden av straffeloven § 135a må vurderes opp mot Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10".⁵⁰

Høyesterett tok utgangspunkt i strl. § 135a, og fremholdt at den måtte tolkes i lys av "prinsippet om ytringsfrihet" i "Grl. § 100 og konvensjoner Norge er bundet av" som EMK og SP. Norges forpliktelser etter rasediskrimineringskonvensjonen CERD ble også fremhevet,⁵¹ før Høyesterett angav den rettslige vurdering til å være "en avveining av hensynet til beskyttelse mot diskriminering (...) mot hensynet til ytringsfriheten".

Avveiningen ble primært forankret i momentene fra to plenumsdommer om samme tema, Kjuus-saken og Boot Boys-saken.⁵² Foranlediget av forsvarerens anførsel vurderte Høyesterett om uttalelser i forarbeidene til "nye" Grl. § 100 hadde betydning for avveiningen. Høyesterett gikk rett til et sitat fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen der viktigheten av forbudet i strl. § 135a var understreket, og at terskelen for bruk av bestemmelsen virket å være lagt for høyt i rettspraksis.⁵³ Høyesterett sammenholdt dette med Kjuus-sakens vurdering av at lovgivers begrunnelse for § 135a var velfundert, og sluttet av dette at standarden for tolkning av strl. § 135a var omtrent den samme som før Grl. "nye" § 100 ble vedtatt. Uten noen videre bruk av grunnlovsbestemmelsen tolket retten ytringene og subsumerte dem under en regel preget av momenter fra tidligere praksis. Konklusjonen var at strl. § 135a var overtrådt.

⁴⁹ Om EMKs relevans ved grunnlovstolkning, se Kierulf. *Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolkning?* I: Retfærd. Vol. 34 (2011).

⁵⁰ Rt. 2007 s 1807 avsnitt 20.

⁵¹ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 660 U.N.T.S. 195

⁵² Rt. 1997 s 1821 og Rt. 2002 s 1618

⁵³ Innst. S. nr. 270 (2003-2004) pkt 4.5.1.

Grl. § 100 brukes som tolkningsmoment for strl. § 135a, ikke ved sin tekst, men ved en forarbeidsuttalelse fra stortingskomiteens flertall fra 2004.

3.5 Rt. 2008 s 489: Plata – privatliv

Plata-saken vurderte forholdet mellom ytringsfrihet og privatlivsbeskyttelse. En ung, velkledd mann ble pågrepet da han hadde med seg sin fem år gamle stedatter på narkotikahandel på "Plata" i Oslo. Handelen ble fanget av et overvåkningskamera som finnes på "Plata", og TV-formidlet av NRK. Det rettslige spørsmål var om TV-sendingen var i strid med privatlivsbeskyttelsen i strl § 390.⁵⁴ Ut over en angivelse av Grl. § 100 som ett av flere hjemmelsgrunnlag for ytringsfrihetsbeskyttelse, anførte NRK at Grl. "nye" § 100 var en videreføring av vernet etter den opprinnelige bestemmelse: "Ankemotpartene er enige i at det må foretas en totalavveining der de interesser som vernes ved straffeloven § 390 og EMK artikkel 8, må vurderes mot det vern for ytringsfriheten som følger av Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Da NRK sendte den aktuelle sekvensen, var endringen av Grunnloven § 100 ikke trådt i kraft, men endringen hadde primært et pedagogisk siktemål, og den nye utforming reflekterer grunnlovsvernet også før endringen."⁵⁵

Domspremissene starter i oppreisningsbestemmelsen i lov om skadeserstatning § 3-6,⁵⁶ som henviser til privatlivsbestemmelsen i strl § 390 – og går derfra direkte til en vurdering av forarbeidene til Grl. § 100.⁵⁷ Forarbeidsuttalelsene anses imidlertid ikke treffende for saksforholdet, for Høyesterett mente at NRK-innslaget formidlet forhold av klart personlig karakter, som ble rammet av strl § 390. Høyesterett kom likevel til at NRK måtte frifinnes etter en rettsstridsvurdering, der grunnlovsbestemmelsen i alle fall ikke eksplisitt ble tillagt noen vekt. Vurderingen ble isteden foretatt ved bruk av momenter fra tidligere praksis vedrørende tradisjonell, norsk strafferettsteori og praksis fra EMD og Høyesterett om avveiningen mellom EMK art 10 og 8. Avgjørende for resultatet var Høyesteretts vurdering av at budskapet om normalisering av narkotikahandel "vanskelig kunne vært formidlet på en likeverdige måte" uten innslaget.⁵⁸

⁵⁴ Det var mannen som gikk til sak, NRK hadde forut for saken forlikt med datteren og betalt henne 150.000 i oppreisning.

⁵⁵ Rt. 2008 s 489 avsnitt 31

⁵⁶ Lov av 13.6.1969 nr 26

⁵⁷ NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted», avsnitt 42, 43.

⁵⁸ Vurderingen minner om den i Rt. 2003 s 593 (Valbrokkjennelsen), der det samme resonnementet ble brukt til å tolke fotoforbudet i domstoloven § 198 innskrenkende fordi budskapet ikke kunne vært formidlet uten ved bruk av et bilde tatt i retten.

Grl. § 100 er lite sentral for avgjørelsen av saken. Den forarbeidsuttalelsen som drøftes, fremstår som om den drøftes (og forkastes) fordi den er anført; den anses ikke relevant for det spørsmål saken reiser. Spørsmålet løses isteden ved hjelp av praksis fra EMD.

4 Noen tanker om forarbeidsbruk ved grunnlovstolking

Med den omfattende vekt en i norsk rettstradisjon legger på forarbeider i rettsanvendelsen, særlig dersom de sier noe om formålet med loven,⁵⁹ fremstår det naturlig å hente momenter til tolkingen i forarbeidene, også ved grunnlovstolking. Dette gjelder enn mer ettersom grunnlovsbestemmelser er vidt formulerte. Uten å ta stilling til den rettslige betydning av slike utsagn, kan det også bemerkes at forarbeidene til Grl. § 100, på alle stadier, selv forutsetter at de skal brukes som tolkingsfaktor.⁶⁰

Forarbeidsbruk reiser en del generelle problemstillinger om tilgjengelighet, forutberegnelighet, representativitet mv. som jeg ikke behandler her. Forarbeidsbruk ved grunnlovstolking gir grunn for noen tilleggsbetraktninger; jeg skal her se på to av dem: forarbeider som politiske overveininger knyttet til en bestemt tid, og forarbeidsbruk som potensial for omgåelse av prosessen for grunnlovsendring i Grl. § 112.⁶¹

Grunnlovsbestemmelser er formulert for å kunne vare, slik at deres prinsipper kan etterleves også i en faktisk og rettslig uoverskuelig fremtid. Selv om de prinsipper som nedfelles må forstås i lys av sin tid, bør det nærmere innhold gi rom for tolking som også reflekterer den tiden de tolkes i, og de enkeltsaker de vurderes i lys av. Et slikt tolkingsrom kan innsnevres gjennom detaljerte politiske overlegninger fra vedtagelsestidspunktet. Konkrete detaljdiskusjoner i forarbeidene kan være retningsgivende, men også bli utdaterte for prinsipielle tilnærminger i "andre tider". Forarbeidenes nærmere innhold kan ha betydning for deres egnethet som rettskilder. Beror uttalelsene på politiske avveininger eller samfunnsmessige forhold som er markant

⁵⁹ Se generelt Eckhoff *Rettskildelære* (2001) kap. 3, og for økende tendens til forarbeidsbruk, Bergo *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s. 90

⁶⁰ "Kommissjonen legger til grunn at domstolene, i tilfelle strid om tolkingen av Grl. § 100, vil avgjøre striden med utgangspunkt i grunnlovsteksten og dens forarbeider." NOU 1999:27 pkt 5.1.3.4. Se også Innst. S. nr 270 (2003-2004) og St. forh. 2004 s 3598 (Dørum). Se også St. mld. nr. 26 (2003-2004) som legger dette til grunn: "Særlig viktig er Stortingets oppfatning av hvordan grunnlovsforslagene bør forstås. For forståelsen av en vedtatt grunnlovsbestemmelse vil det være av betydning at Stortinget, dersom det ønsker å følge departementets forståelse av forslagene, uttrykkelig slutter seg til departementets redegjørelse" pkt 9.3.1.

⁶¹ Se generelt om problemer med forarbeidsbruk ved grunnlovstolking Smith *Konstitusjonelt demokrati* (2009) s 122 flg., og for Grl. §100 Borvik. *Bindande forarbeid til Grunnloven § 100? . I: Lov og rett* (2004).

endret siden vedtagelsen, kan det være mindre grunn til å vektlegge dem. Gir de mer tidsuavhengige og generelle retningslinjer eller betraktninger om formålet med grunnlovsbestemmelsen, kan de derimot bidra til å konkretisere de avveininger som vil måtte foretas etter den også langt senere i tid.⁶²

Et eksempel på et grunnleggende verdivalg som kunne gi holdepunkter for rettsanvendelsen også i andre tider enn den Grl. § 100 ble vedtatt i, er temaet for Vigridsaken: Hvordan skal samfunnet forholde seg til utsagn som devaluerer minoriteter? Bekjempes alle slike best ved å gjøres til gjenstand for offentlig debatt og motargumenter, eller bør noen av dem forbyes offentlig uttrykk, slik strl. § 135a gjør? Ivaretas både individenes og samfunnets interesser best ved en friest mulig debatt, eller har de krenkede minoriteter krav på vern – og samfunnet best av at de får det, og at offentligheten spares for de mest ekstreme uttrykk? Temaet er av utpreget verdimeslig karakter. Dersom det hadde vært en klar linje i forarbeidene, ville en prioritering av én innfallsvinkel til avveiningen ytringsfrihet/rasismevern vært av en art som kunne kastet lys over grunnlovsbestemmelsens rekkevidde også lenge etter dens vedtagelse. Forarbeidene trekker imidlertid i begge retninger: Ytringsfrihetskommisjonen argumenterte sterkt for den offentlige debatt som ”renselsesprosess”, og advarte mot at for streng bruk av strl § 135a ville drive rasistiske uttrykk under jorden, der de lett ville utvikle seg på farligere måter enn i offentlighetens lys.⁶³ Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité fremhevet like fullt nødvendigheten av strl. § 135a som reell ytringsskranke for ”kvalifisert krenkende uttalelser” – en skranke hvis terskel ”i rettspraksis kan synes noe høy”.⁶⁴ Høyesterett valgte i Vigridsaken å vektlegge stortingslinjen. Den stemte best overens med den tidligere høyesterettspraksis Høyesterett vektla,⁶⁵ og etterlot Høyesterett med omtrent det samme rettslige utgangspunkt for tolkningen av § 135a som en hadde hatt før Grl. ”nye” § 100. Den konkrete forarbeidsbruken kan dermed ses som en der ett forarbeidsargument er det som stemmer best overens med det øvrige rettskildematerialet, og derfor vektlegges.

⁶² Slik forstår jeg også Borvik (2004) når han fremholder at det uheldige med å vektlegge forarbeider er at de kan gjøre bestemmelsen mer rigid og mindre åpen for de mindre skift tiden måtte medføre i synet på hvordan ulike prinsipielle verdier står i forhold til andre grunnleggende verdier.

⁶³ NOU 1999:27 pkt 6.3.3.4 Kommisjonen diskuterte spørsmålet i lys av Kjuus-saken, EMK og CERD.

⁶⁴ Innst. S. nr. 270 pkt. 4.5.1.

⁶⁵ Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus). Til forskjell fra Vigridsaken gjaldt Kjuus-saken rasistiske ytringer i et partiprogram, men i begge saker tolker Høyesterett ytringene til både å utgjøre hatefulle ytringer og også innebære tilslutning til fysiske integritetskrenkelser. Den mellomliggende sak, Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys), dreide seg – etter Høyesteretts tolkning – ”kun” om hatefulle ytringer, som i den saken ikke ble ansett konkrete nok til å fylle gjerningsbeskrivelsen i strl. § 135a

I den andre enden av generalitetsskalaen ligger spørsmålet om ønskeligheten av politisk TV-reklame. Mens prinsipielle betraktninger om avveininger mellom hensynet til ytringsfrihet og den demokratiske prosess kunne være retningsgivende også for vurderinger av Grl. § 100 ti eller femti år frem i tid, er oppfatninger om ønskeligheten av én type ytringer i én type medium et eksempel på en svært tids- og kontekstavhengig forarbeidsvurdering. Som vist i pkt 3.1, spriker jo også forarbeidene på dette punkt. En nærliggende måte å forstå Høyesteretts forarbeidsbruk i denne saken er at flertallet antok det departementale paradigme for synet på hva politiske reklame egentlig er.⁶⁶ Slik kunne reklamespørsmålet ses som et styringsspørsmål om rammene omkring den demokratiske debatt, snarere enn det ytringsfrihetsspørsmål det også var.

Den andre mulige betenkeligheten ved forarbeidsbruk i grunnlovstolkning er den omgåelse av prosedyrene for grunnlovsendring i Grl. § 112 slik bruk muliggjør. Etter § 112 skal folket av demokratihensyn ha mulighet til å mene noe om det fremlagte forslag ved et valg som ligger mellom det Storting som foreslår, og det som vedtar grunnlovsendringen. For grunnlovsbud kan vektlegging av forarbeider fra *etter* valget innebære en omgåelse av Grl. § 112; departementer, regjeringen og Stortinget kan, med Torkel Opsahls ord, "smugle inn" bemerkninger som ikke har vært forelagt folket i meldinger eller debatter.⁶⁷ Det er selvsagt ikke noe illegitimt i slike bemerkninger. Tillegges de avgjørende vekt ved senere rettsanvendelse, kan det imidlertid innebære en omgåelse av den velgerinkluderende prosedyre som følger av Grl. §112.

De detaljerte utpenslinger av formål og innholdsbetraktninger forarbeider kan inneholde, finnes oftest i de deler av forarbeidene som er utarbeidet av eksperter på de ulike områder, i tilfellet Grl. § 100 NOU 1999:27 og de to stortingsmeldinger (nr. 42 (1999-2000) og 26 (2003-2004)). Fra et lovgiverfokuseret demokratiperspektiv kan det i prinsippet være grunn til å vektlegge forarbeider tett opp til en lovs vedtakelse, særlig de deler som viser Stortingets vurderinger, for klarlegging av "lovgiverviljen".⁶⁸ Dels av denne grunn løftet Opsahl noe på sin "innsmuglings"-innvending for de tilfeller der

⁶⁶ Nærmere om begrepsparadigmatisk forarbeidsbruk se Bergo (2000) pkt. 9.3.2.

⁶⁷ Torkel Opsahls betenkning om forholdet mellom Grl. § 93 og mulig tilslutning til det som da var EEC i St. Dok.nr.10 (1966-1967) side 19-20 "Når selv ikke et enstemmig Storting kan fjerne tvil ved å utvide ordlyden, virker det betenkelig å godta at et flertalls forutsetning skulle fjerne tvilen i stedet."

⁶⁸ I praksis vil dette ofte være komitéinnstillinger snarere enn uttalelser i Stortingsforhandlingene.

grunnlovsendringer, slik de ofte har vært, er dårlig utredet.⁶⁹ Mangelfull forberedelse preger som nevnt ikke Grl. § 100. Skulle en følge Opsahls resonnement, kunne den grundige utredning Ytringsfrihetskommisjonen foretok, isteden tilsa at en burde være forsiktig med å vektlegge de senere forarbeidsuttalelser. En slik linje kunne også ha støtte i den særlige tilblivelseshistorien til Grl. § 100. To og et halvt år etter valget i 2001, et halvt år før stortingsbehandlingen i 2004, fremsatte Regjeringen flere alternative varianter til de foreliggende grunnlovsforslag. At Stortinget delte seg nesten på midten i spørsmålet om endelig utforming, innvirker i seg selv på den vekt uttalelser fra denne tiden bør tillegges, og Høyesterett er blitt kritisert for ikke å ha utvist den forsiktighet et slikt syn på forarbeidenes betydning skulle tilsa.⁷⁰ Motsatt kan det hevdes at en ikke bør vektlegge Ytringsfrihetskommisjonens uttalelser i særlig grad, fordi utformingen av ulike grunnlovsforslag i tiden etter kommisjonens arbeid "forvansker identifikasjon" av synspunktene.⁷¹

Bare én av de fem § 100-sakene er vurdert utelukkende med henvisning til et "opprinnelig" forarbeid, NOU 1999:27, og da på en måte der henvisningen er uten betydning for resultatet. Platasaken tok for seg den advarsel Ytringsfrihetskommisjonen rettet mot identifiserings- og fotoforbud av mistenkte ved pågripelse gjennomgås, men fant den ikke relevant i saken. Både i Aktuell rapport- og Brennpunktsaken brukes både tidlige og sene forarbeider. I både TV-Vest og Vigridsaken er det kun vist til de sene eller "innsmuglede" deler av forarbeidene.⁷²

En skal ikke overdrive de prosedurale eller formelle forutsetningers betydning for det konstitusjonelle demokrati, "[d]e enkelte fortolkningsspørsmål vedrørende en foreslått grunnlovsbestemmelse er jo ikke akkurat det som spiller størst rolle under valgkampen og i den stemmegivning fra velgernes side som avgjør sammensetningen av det nye Storting".⁷³ Prosedyren i Grl. § 112 omgås uansett allerede på flere andre måter enn ved

⁶⁹ "Skulle dette prinsipielle spørsmålet [hvilken vekt som skal legges på forutsetninger uttrykt i avslutningsdelen av grunnlovsendringen] noen gang komme mer på spissen enn her (...), måtte man kanskje tross alt akseptere at det som uttrykker lovgiverviljen, ved § 112 som ellers, er forutsetningene hos Stortinget når det gjør vedtaket, ikke hos forslagsstillerne eller velgerne. Men også dette tilsier (...) at grunnlovsforslag utredes bedre enn nå, og at dette skjer så snart de er fremsatt." I Andenæs *Statsforfatningen i Norge* (2004) s. 29-30 fremholdes at også stortingsbemerkninger kan tillegges vekt, i alle fall i den utstrekning de er å regne for "presiseringer".

⁷⁰ Smith (2009) s 415 trekker frem som eksempel Plata-saken, Rt. 2007 s 404

⁷¹ Høgberg og Høstmælingen, Betenkning om grunnlovsfesting av retten til privatliv/personvern vedlagt NOU 2009:1 Individ og integritet, pkt. 3.4.4.

⁷² Rt. 2004 s 1737 avsnitt 44-47 og Rt. 2007 s 1807 avsnitt 36-37; viser til St. meld. nr 26 (2003-2004), og Innst. S. nr 270 (2003-2004)

⁷³ Fleischer. *Prinsipper for grunnlovsfortolkning*. I: Lov og Rett (1969).

utstrakt bruk av sene grunnlovsforarbeider, bl.a. ved at det fremlegges flere alternative grunnlovsforslag. Forut for det mellomliggende valg ved forberedelsen av Grl. § 100 var det fremsatt ikke mindre enn 16 hovedalternativer.⁷⁴ At Grl. § 112 omgås på denne måten, fremstår imidlertid ikke som noen tilstrekkelig begrunnelse for å omgå den også på andre.

Spørsmålet om rettslige institusjoners demokratiske legitimitet er aktualisert de senere år, ikke minst gjennom Maktutredningens fremstilling av bl.a. internasjonale konvensjoner og økt domstolsmakt som "demokratiforvitrende".⁷⁵ Denne kritikken, som er omfavnet av sentrale juridiske aktører som bl.a. Regjeringsadvokaten, lener seg i stor grad på en prosedural forståelse av demokrati: "grunnlagsdemokratiet" anses for å bestå i folkestyrets flertall.⁷⁶ Skal en ta en slik demokratiforståelse på alvor, kan Grunnlovens overordnede posisjon og alvor devalueres med utstrakt forarbeidsbruk. Overkjøres det formelle potensial for "direkte" demokratisk deltakelse som ligger i Grl. § 112 også ved "sen" forarbeidsbruk, minker én forskjell mellom grunnlovsbestemmelser og ordinære lover vedtatt med kvalifisert flertall: De har nå begge det samme flertall bak seg, og det er liten prinsipiell forskjell på de to veiene frem til dette flertallet. Det er mange andre sider ved en grunnlov som kan tilsi at den skal ha en særskilt posisjon i rettsanvendelsen, herunder dens innhold og dens konstituerende betydning for rettsstaten. Men dersom demokrati primært ses som prosess, må nettopp prosessen foreskrevet i Grl. § 112 følges for at Grunnloven skal innta en slik særlig posisjon. Dersom dette ikke gjøres, er det fra dette perspektiv liten grunn til å anse en grunnlovsbestemmelse som i realiteten er bestemt "bare" gjennom $\frac{3}{4}$ stortingsflertall som mer demokratisk legitim enn ordinære lover vedtatt enstemmig eller med kvalifisert flertall, slik for eksempel menneskerettsloven er.⁷⁷

Når forarbeidsuttalelser brukes som støtteargument for grunnlovsteksten, eller til en utfylling som kanskje også støttes av øvrig rettskildemateriale, fremstår denne type demokratiinnsigelser lite viktige. Men vektlegging av forarbeidsuttalelser som går på tvers av grunnlovsteksten, kan aktualisere problemstillingen. Et eksempel på det siste gir TV

⁷⁴ St. meld. nr. 42 (1999-2000) Om endring av Grunnloven § 100

⁷⁵Se Østerud *Makten og demokratiet* (2003) s 121 flg, Fremstillingen har vært kritisert, bl.a. i Kinander *Makt og rett* (2005), Andenæs. *Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial*. I: Tidsskrift for samfunnsforskning (2006). Uggerud i Syse *Dog fred er ej det bedste* (2006) s. 577 flg og Kierulf. *Rettsstatens overnasjonale vending*. I: Nytt norsk tidsskrift (2009).

⁷⁶ NOU 2003:19 Makt og demokrati, pkt. 3, se også Skjeie, *Hvem fortjener en plass i menneskerettsloven?* i Nytt norsk tidsskrift (2009).

⁷⁷ *Lov nr 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett* (1999), enstemmig vedtatt i Odelstinget 13.4.1999.

Vestsaken. I denne saken tillegger Høyesterett en departementsuttalelse fra de sene forarbeider så stor vekt at den blir styrende for vurderingen av de øvrige rettskilder – til tross for at både flertallet i de tidlige forarbeider og grunnlovsteksten trekker i motsatt retning.

Spørsmålet om et totalforbud måtte vike for et mulig grunnlovsfestet (og uansett konvensjonsfestet) rettighetsvern, ble omgått ved å vektlegge forarbeidsuttalelsen om at ”politisk reklame i fjernsyn mer [bør ses] som et spørsmål om rammene for den demokratiske beslutningsprosess enn som et tradisjonelt og individrettet ytringsfrihetsspørsmål”.⁷⁸ Prinsipielt er det problematisk å åpne for at uttalelser i forarbeider skal være avgjørende for domstolenes vurderinger av om et spørsmål berører slik grunnlovsfestet individbeskyttelse.⁷⁹ Konsekvensen Høyesteretts flertall trekker av sitt resonnement om betydningen av forarbeidsvurderingen, gir også anvisning om en retningslinje som neppe kan tas bokstavelig: at ”fastlegging av rammer omkring den politiske debatt” er ”et område der et lands politiske organer [les: flertallet] må gis en stor handlingsfrihet” i forhold til ytringsfriheten.⁸⁰ Det er ikke så vanskelig å tenke seg slike ”rammer” som effektivt ville kvele enhver opposisjon, og dermed uthule ytringsfrihetens demokratiske funksjon.⁸¹ Den vekt som ble lagt på forarbeidsuttalelsen førte til at Høyesteretts flertall definerte det rettslige spørsmål som noe annet enn et om ytringsfrihetsvern, slik at Grl. § 100 ikke stod i veien for totalforbudet mot politisk reklame. Nettopp denne omdefineringen gjorde også at flertallet antok skjønnsmarginen overfor EMK art. 10 å være så vid at totalforbudet måtte kunne opprettholdes.⁸²

Uansett hva en måtte mene om de prinsipielle sider av bruk av forarbeider ved grunnlovstolkning, viser praksis omkring Grl. § 100 at i alle fall Høyesterett anser slik rettskildebruk som helt uproblematisk. Og tross de prinsipielle innvendinger mot bruk av forarbeidene til Grl. § 100, er det viktig å merke seg at de praktiske konsekvenser av slik bruk ikke har gått ut over den rettighetsbeskyttelse som følger for eksempel av EMK art 10 – om en ser bort fra TV Vestsaken. I de øvrige saker er de betraktninger som er utledet

⁷⁸ Rt. 2004 s. 1737, avsnittene 44 og 65

⁷⁹ Det er antatt at slik individbeskyttelse skal ha en betydelig gjennomslagskraft overfor lovgivning, sml. bla. Rt. 1976 s. 1. (Kløfta-dommen) s. 5-6. En slik prinsipiell betenkelighet virker også motiverende for flertallet i Rt. 2010 s. 143 (Rederiskatt)

⁸⁰ Rt. 2004 s 1737, avsnitt 65

⁸¹ Se Kierulf (2009) s 269

⁸² Rt. 2004 s 1737, avsnitt 62

av forarbeidene – betydningen av å sanksjonere hatefulle ytringer, muligheten for å bruke midlertidige forføyninger overfor ytringer og åpningen for å vurdere lovskravet for inngrep i ytringsfriheten som materielt-i overensstemmelse med praksis etter EMK art. 10.

I lys av disse sakene kan en dermed kanskje se Høyesteretts forarbeidsbruk som en måte å forene Grunnlovens og EMKs rettighetsbeskyttelser: Fremfor (kun) å hente argumenter fra EMDs praksis, forankres de rettslige resonnementer også i forarbeidsuttalelser. Anvendelsen av Grunnlovsfestede rettighetsbestemmelser på en måte som følger norsk metode, kan være én måte å "bringe menneskerettighetene hjem".

En slik rettskildebruk har sine prinsipielle og metodiske utfordringer, og metodikken kunne med fordel vært problematisert og eksplisert av Høyesterett. Bruk av forarbeidene på den måten ytringsfrihetssakene viser, har imidlertid også klare fordeler. Den muliggjør beskyttelse av de parallelle EMK-rettigheter på en effektiv måte, samtidig som den ivaretar tradisjonelle, nasjonale idealer om (legitim) rettsanvendelse. Slik oppfylles subsidiaritetsprinsippet – at EMK primært skal gis effekt og gjennomføres nasjonalt – på en måte som forankres i nasjonal tradisjon. Dette er intet lite bidrag til avdramatisering av den spenning som måtte foreligge mellom nasjonal og overnasjonal rett i en "postnasjonal konstellasjon".⁸³ Slik sett kan dette forstås som nok en måte Høyesteretts realiserer Stortingets ønske om at domstolene skal sikre at rettsutviklingen i Norge oppfyller våre menneskerettslige forpliktelser.⁸⁴

5 Om valg av rettighetsgrunnlag – og veien videre

"Jeg håper i hvert fall at i et par av disse [ytringsfrihets]sakene vil det være mulig for advokater å forholde seg noe mer til Grunnloven § 100 og ikke bare snakke om EMK og EMD," ble det sagt under grunnlovsdebatten i Stortinget i september 2004.⁸⁵ Denne målsetting for vedtagelsen av Grl. § 100, kan ikke sies å ha slått til – så langt. Dersom lex superior-prinsippet var styrende for rettskildebruken, skulle en anta at Grl. § 100 i alle fall ville vært nevnt i alle saker om ytringsfrihet. Slik er det imidlertid ikke. Det kan isteden synes som om også Grl. § 100 hittil har vært en av de norske rettskilder som i ytringsfrihetssaker avlegges det høyesterettsjustitiarius Tore Schei i 2002 kalte en

⁸³ Habermas *The postnational constellation* (2001)

⁸⁴ Innst.O.nr.51 (1998-1999) pkt 8

⁸⁵ St. forh. 2004 s 3593, Carl I. Hagen (FrP)

”høflighetsvisitt”, før domstolene går inn i de interesseavveininger som følger av praksis fra den europeiske menneskerettsdomstol (EMD).⁸⁶ Hvorfor er det slik?

Praksis fra EMD er en praktikabel rettskilde, sakstilfanget er stort og favner også bredt. EMDs prinsipielle tilnærming til rettighetsspørsmål gir rettssetninger fra sakene derfra større overføringsverdi til senere saker enn hva som har vært tradisjonen i den sparsomme rettspraksis etter Grl. § 100. Som nevnt innledningsvis, har EMDs praksis også vært sentral i Høyesteretts ytringsfrihetssaker i alle fall siden omkring 2000. Noen tradisjon for bruk av ”gamle” § 100 til løsning av slike saker har vi imidlertid ikke hatt. Kanskje er den manglende bruk av Grl. § 100 et resultat av en viss omstillingstregghet? Kanskje tar det tid å venne seg til at vi har flere rettighetsbestemmelser av nasjonal karakter enn Grl. §§ 97 og 105?

Det forklarer imidlertid ikke hvorfor Høyesterett bruker § 100 når den gjør det. Kanskje påvirkes spørsmålet av hva partene anfører, som i Brennpunkt- eller Platasaken, men det finnes også saker der Grl. § 100 er anført uten å bli brukt. Kanskje styres bruken i noen grad av om de spørsmål som skal løses, har vært sentrale i forarbeidene til § 100, slik både TV Vest- og Vigridsaken er eksempler på. Heller ikke dette fremstår imidlertid som avgjørende: Bortsett fra i Platasaken er flere av sakene om æresvern og privatliv avgjort uten bruk av Grl. § 100,⁸⁷ selv om avveiningen av slike spørsmål stod sentralt i forarbeidene.⁸⁸

Kanskje er det et feilspor å jakte på klare kriterier for valg av ulike rettsgrunnlag når de uansett verner den samme rettighet; kanskje er det slik at formelle og metodiske spørsmål ikke er de som står først der det er omfanget av grunnleggende menneskerettigheter som vurderes. Og kanskje trenger vi å tenke nytt om hva en nasjonal grunnlov skal eller bør være i en tid der rettighetsbeskyttelser finnes på flere nivåer, og der forholdet mellom nasjonal og internasjonal rett er i utvikling. Videre utforskning av disse spørsmålene – både fra et rettsanvendelses- og rettsvitenskapsperspektiv – vil bli enda viktigere i en tid der dialog mellom nasjonale og internasjonale domstoler gir nye behov for klare domsbegrunnelser. Ikke minst dersom vi får en utvidelse av Grunnlovens menneskerettigheter, med de omfattende forarbeider disse kan antas å få.

⁸⁶ Gjengitt av Jon Wessel-Aas i bind fire av *Dahl Norsk presses historie* (2010) s. 476

⁸⁷ Rt. Rt. 2004 s. 1483, Rt. 2005 s. 1677, Rt. 2007 s. 687

⁸⁸ NOU 1999 pkt 6.2.2. og 6.2.3 og St.mld. 26 pkt 4.3.

- (1998) Innst.O.nr.51 (1998-1999)
- (1999) *Lov nr 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett*, 1999.
- (1999) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30.
- (1999) NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted».
- (1999) St. meld. nr. 42 (1999-2000) Om endring av Grunnloven § 100.
- (2003) NOU 2003:19 Makt og demokrati.
- (2009) NOU 2009:1 Individ og integritet.
- Ackerman (1998) Bruce A. Ackerman. *We the people. Vol. 2, Transformations*. Cambridge, Mass. ; London, 1998.
- Andenæs (2004) Johs Andenæs og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*. 9. utg. Oslo, 2004.
- Andenæs (2006) Kristian Andenæs. *Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial*. I: Tidsskrift for samfunnsforskning (2006). s. 587-600.
- Bergo (2000) Knut Bergo. *Høyesteretts forarbeidsbruk*. Oslo, 2000.
- Borvik (2004) Bjørnar Borvik. *Bindande forarbeid til Grunnloven § 100?* . I: Lov og rett (2004).
- Dahl (2010) Hans Fredrik Dahl. *Norsk presses historie*. Oslo, 2010.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.
- Eggen (2002) Kyrre Eggen. *Ytringsfrihet*. Oslo, 2002.
- Fleischer (1969) Carl August Fleischer. *Prinsipper for grunnlovsfortolkning*. I: Lov og Rett (1969).
- Habermas (2001) Jürgen Habermas og Max Pensky. *The postnational constellation*. Cambridge, 2001.
- Kierulf (2009) Anine Kierulf. *Rettsstatens overnasjonale vending*. I: Nytt norsk tidsskrift (2009). s. 256 , 258-277.
- Kierulf (2011) Anine Kierulf. *Er internasjonale menneskerettigheter en relevant rettskilde ved grunnlovstolkning?* I: Retfærd. Vol. 34 (2011). s. 23-48.
- Kinander (2005) Morten Kinander. *Makt og rett*. Oslo, 2005.
- Mæland (1986) Henry John Mæland og Universitetet i Bergen Det juridiske fakultet. *Ærekrenkelser*. Bergen, 1986.
- Schiøtz (2002) Cato Schiøtz og Vidar Strømme. *Paradigmeskifte i injurieretten*. I: Lov og rett (2002). s. 401-402.
- Smith (2009) Eivind Smith. *Konstitusjonelt demokrati*. Bergen, 2009.
- Strømme (2004) Vidar Strømme og Anine Kierulf. *Tolkning og injurier*. I: Lov og rett (2004). s. 474-491 x.
- Syse (2006) Aslak Syse [et al.]. *Dog fred er ej det bedste*. Oslo, 2006.
- Wessel-Aas (2003) Jon Wessel-Aas. *Ikke skyt pianisten*. I: Lov og rett (2003). s. 421-426.
- Østerud (2003) Øyvind Østerud [et al.]. *Makten og demokratiet*. Oslo, 2003.

