

# Pressefrihetens kår i 2014:



## Ett skritt frem – og to tilbake?

Jon Wessel-Aas

**Status for ytringsfriheten i Norge**

Fritt Ord | ISF | FAFO | UiO | TNS | Jon Wessel-Aas

Status for ytringsfriheten i Norge – Fritt Ords monitorprosjekt

## Om prosjektet

**Forrige gang det ble gjort en helhetlig gjennomgang av status for ytringsfriheten i Norge var med Ytringsfrihetskommisjonens rapport i 1999. Siden da har en rekke hendelser og mer dyptgripende utviklings-  
trekk påvirket vilkårene for ytringsfrihet i Norge.**

**I prosjektet «Status for ytringsfriheten i Norge – Fritt Ords monitor-  
prosjekt» gjør vi en helhetlig vurdering av ytringsfrihetens status i  
Norge. Denne juridiske gjennomgangen er en del av dette prosjektet.**

**For mer informasjon og resultater fra prosjektet besøk  
[www.statusytringsfrihet.no](http://www.statusytringsfrihet.no).**

© 2014 Jon Wessel Aas

«Pressefrihetens kår i 2014: Ett skritt frem – og to tilbake?»

Jon Wessel Aas

<http://www.duo.uio.no>

Institutt for samfunnsforskning  
Munthes gate 31  
Postboks 2333 Elisenberg  
0208 Oslo

[www.samfunnsforskning.no](http://www.samfunnsforskning.no)

ISBN (pdf): 978-82-7763-458-6

Design og produksjon: Keops, Asker, desember 2014

# Innhold

## Delrapport I: Pressefriheten og personvernet

<b>Utviklingen fra ytringsfrihetskommisjonen i 1999 til status i 2014</b> .....	4
Innledning.....	4
Et nytt millennium og brytningstid for norsk presserett .....	5
Pressefriheten: Prinsipperklæring eller rettslig realitet? .....	8
Pressefrihetens rettslige forankring i Norge – historisk og i dag .....	8
Vern av privatlivets fred og personers offentlige omdømme .....	11
1980-årene – presserettslig nasjonal isolasjon i strafferettens svøpe .....	12
1990-årene – Europeiske standarder og reformkrav presser på .....	16
Tiden rundt årtusenskiftet – konfrontasjon og brytning .....	21
Paradigmeskift og ny juss .....	23
Konsolidering – eller overstyring? Personvernets status som likeverdig menneskerett .....	27
Nye Grunnloven § 100 – en prinsipiell milepæl, men litt sent for praksis? ...	32
Ny straffelov – avkriminalisering av injuriene og ny lovteknikk .....	33

## Delrapport II:

### Statlig kontroll med- og overvåkning av borgernes kommunikasjon

<b>Utviklingen siden 1999 og dens betydning for ytringsfriheten</b> .....	37
1 Innledning .....	37
2 Den videre fremstillingen .....	38
3 Det normative perspektivet .....	39
4 Hovedpunkter i utviklingen fra 1999 til 2014.....	41
4.1 Innledning.....	41
4.2 «1999-pakken» .....	44
4.3 2002 – «Terrorpakke 1».....	45
4.4 2005 – «terrorpakke 2»: .....	47
4.5 2008 – «Terrorpakke 3».....	49
4.6 2013 – «Terrorpakke 4» .....	49
5 E-tjenesten – utveksling av informasjon med PST og utlandet.....	51
5.1 5.1. Innledning .....	51
5.2 E-tjenestens fullmakter, informasjonsutveksling med mer .....	52
5.3 EOS-utvalget .....	54
6 Ytrings- og pressefrihetens kår under det rådende regimet.....	56

## Delrapport I: Pressefriheten og personvernet

# Utviklingen fra ytringsfrihetskommisjonen i 1999 til status i 2014

### Innledning

Pressefriheten er en sentral bestanddel av – og dels også en forutsetning for – realisering av den overordnede ytringsfriheten. Utøvelsen av pressefriheten kommer ikke sjelden i konflikt med enkeltindividers personvern, nærmere bestemt med vernet om den enkeltes privatliv og/eller omdømme. I moderne tid viser statistikk fra domstolene at det i Norge er denne konflikten som er helt dominerende i rettsaker om begrensninger i den publisistiske friheten: Friheten til å publisere ytringer uten å oppleve rettslige sanksjoner som erstatnings- eller straffeansvar i ettertid. Dette temaet utgjorde derfor også en sentral del av Ytringsfrihetskommisjonens utredning i 1999.<sup>1</sup>

I denne delrapporten skal jeg beskrive og forklare den rettsutviklingen som har skjedd i forholdet mellom pressefriheten og personvernet siden den gang, altså i perioden fra 1999 og frem til i dag.

Å ta utgangspunkt i 1999 er ikke bare naturlig fordi det var siste gang vi hadde en uavhengig, offentlig initiert gjennomgang av rettstilstanden på feltet. Det er også naturlig og interessant fordi 1999 på mange måter var omdreiningspunktet for rettsutviklingen på området. For det første vedtok Stortinget i 1999 menneskerettsloven, noe som gjorde Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) til norsk lov, med forrang overfor andre lovbestemmelser. Dette ga norske domstoler både større anledning og plikt til å anvende EMK i saker

---

1. NOU 1999:27 «Ytringsfrihet bør finde Sted»

som aktualiserte konvensjonens bestemmelser, herunder EMK artikkel 10 om ytringsfrihet.<sup>2</sup> For det andre var dette året da Norge for første gang ble dømt i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) for å ha krenket EMK artikkel 10 – dertil to ganger, i to forskjellige klagesaker.<sup>3</sup>

I løpet av de neste par årene skjedde videre det som har blitt betegnet som et paradigmeskifte i norsk presserett – og utviklingen har fortsatt, om enn etterhvert i en mer konsoliderende retning. For å forklare denne utviklingen og dagens rettstilstand er det om ikke nødvendig, så i alle fall hensiktsmessig, å redegjøre noe for tilstanden og utviklingen også før 1999.

## Et nytt millennium og brytningstid for norsk presserett

En fremstilling av presserettens utvikling – av pressefrihetens plass i norsk rett – i moderne tid, er ikke noen enkel oppgave. Selv om man begrenser seg til å behandle presseretten i dens snevrere betydning, forstått som den publisistiske friheten, er det en komplisert historie. Om man snevrer det ytterligere inn, som jeg gjør her, til å omhandle pressefrihetens begrensninger av hensyn til personvernet – vernet om privatlivets fred og om den enkeltes omdømme – er det i juridiske avhandlinger om feltet viet mange hundre sider til fremstillingene.<sup>4</sup> Denne gjennomgangen har ikke som mål å supplere disse med en ny rettsvitenskapelig fremstilling av gjeldende rett. Målet er snarere å forklare dagens situasjon hva angår forholdet mellom pressefriheten og personvernet ved å gi en oversikt over de vesentligste forholdene og milepælene i den utviklingen som har skjedd innenfor feltet de siste 30 årene.

Den uten tvil viktigste faktoren i denne utviklingen har vært først spenningen, så konfrontasjonen og etter hvert harmoniseringen mellom tradisjonell, norsk rett – basert på en teknisk, strafferettslig tankegang – og EMDs håndheving

---

### 2. EMK artikkel 10 lyder:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.
3. Henholdsvis EMDs dom av 20.05.99 i Bladet Tromsø mot Norge, EMDs dom av 25.11.99 i Nilsen og Johnsen mot Norge
4. Jf blant andre Mæland, H. J. (1986), *Ærekrenkelser*, Universitetsforlaget, Eggen, K. (2002), *Ytringsfrihet*, Cappelen og Borvik. B (2008) *Personvern og ytringsfridom*, Universitetsforlaget

av ytringsfriheten ut fra en overordnet, prinsipiell rettighetstankegang. Enkelt sagt dreier det seg om tiden før og etter tusenårsskiftet. I løpet av ett år, fra mai 1999 til mai 2000, ble nemlig staten Norge dømt tre ganger for krenkelse av EMK artikkel 10 om ytringsfrihet. I alle tilfellene gjaldt det fellende, norske injuriedømmer behandlet av Høyesterett som siste instans.<sup>5</sup> Norge hadde som nevnt aldri tidligere blitt dømt for krenkelse av ytringsfriheten. Dette ble på mange måter katalysatoren for det som kan kalles et paradigmeskifte i norsk rett, først og fremst med tanke på hvordan hensynet til pressefriheten ble integrert i domstolenes juridiske argumentasjon i saker som angikk eventuelle begrensinger i friheten.

For å illustrere noe av stemningen og spenningen mellom pressen og den etablerte, norske juriststand – særlig etter den tredje domfellelsen – gjengir jeg deler av meningsutvekslingen mellom to av pressens nestorer og to av rettsvitenskapens nestorer, som foregikk på henholdsvis leder/kommentatorplass og debatt-/kronikkplass i to av landets største aviser i mai/juni 2000. Først ute var Olav Versto, politisk redaktør i *Verdens gang* (VG), som i sin kommentarspalte blant annet skrev:

Norge bryter menneskerettighetene. Staten krenker ytringsfriheten. Norges Høyesterett blir hengt ut til spott og spe av menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. (...) Dette er tredje gang på forholdsvis kort tid at Høyesteretts injuriedømmer får det glatte lag i Strasbourg. (...) Praksis i Strasbourg betyr at norsk injurielovgivning, juridisk teori på området og rettspraksis må endres. De teoretiske autoritetene på dette feltet har i en mannsalder vært professorene Johs. Andenæs og Anders Bratholm. Deres lærebøker har preget norske advokater og dommere. Bøkene må nå skrives om.<sup>6</sup>

Senere kom *Aftenpostens* Per Egil Hegge med følgende, sarkastiske innledning en lederkommentar:

Det er gått en måned siden Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg sist satte en norsk høyesterettsavgjørelse til side. Det er tredje gang. Har det gjort noe inntrykk i ledende norske juristkretser at Høyesterett har fått attest for å ha brutt den europeiske menneskerettighetskonvensjon? Svaret kan ikke bli ja. Den første reaksjon jeg oppfanget, kom fra en av våre aller fremste jurister, med sikker plass i det eksklusive miljø hvor høyesterettsdommere både ferdes og rekrutteres. Han mente – med overtydelig Oslo 2-nasalitet – at kommentarene skjøt la-a-a-ngt over målet, og at dette slett-tt-tt ikke var dræmæ-æ-æ-tisk.<sup>7</sup>

5. Henholdsvis EMDs dom av 20.05.99 i *Bladet Tromsø mot Norge*, EMDs dom av 25.11.99 i *Nilsen og Johnsen mot Norge* og EMDs dom av 02.05.00 i *Bergens Tidende mot Norge*

6. Versto, O. (2000), Gudinner kan også ta feil..., *Verdens Gang* 13.05.00

7. Hegge, P. E. (2000), Kremt fra Strasbourg, *Aftenposten Morgen* 02.06.00

Professor, dr. juris Anders Bratholm svarte på Verstos kommentar i et debattinnlegg i VG. Bratholm skrev blant annet dette om kritikken av de juridiske lærebøkene på området:

Olav Versto skriver i VG: 'Norges Høyesterett blir hengt ut til spott og spe av menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg.' Et medansvar for dette gis professor Johs. Andenæs og meg. Det heter i VG at våre lærebøker har preget både norske dommere og advokater. (...) Når det gjelder Andenæs' og min fremstilling av norsk injurierett i våre lærebøker, tror jeg at bøkene bærer preg både av en forståelse av ytringsfrihetens store betydning og av en åpen holdning til spørsmålet om reformer. Vi anser ikke vår fremstilling ufeilbarlig. På den annen side har vi ansett oss forpliktet til ikke bare å vareta hensynet til ytringsfriheten, men også hensynet til personvernet og vernet av æren. Vi har iblant en følelse av at pressen ikke alltid varetar dette vernet på en rimelig måte, på samme måten som vi mener at pressen ikke alltid oppfyller sin funksjon som den fjerde statsmakt.<sup>8</sup>

Professor, dr. juris Johs. Andenæs valgte å ta utgangspunkt i Heggens sarkastiske leder, og skrev blant annet følgende i innledningen til en kronikk i Aftenposten:

Pressen har etterlyst endringer av både injurielovgivningen og rettspraksisen etter at Den europeiske menneskerettighetsdomstolen dømte den norske staten i tre saker. Men kritikken bygger på sandgrunn.<sup>9</sup>

Det må tilføyes at alle de ovenfor siterte kommentatorene begrunnet sine synspunkter nærmere i de respektive innleggene. På dette punkt i fremstillingen er imidlertid poenget bare å vise temperaturen i debatten i disse tidlige sommerdagene i 2000. Man vil formodentlig se at det dreier seg om noe mer enn pressens sedvanlige beklagelser over at juristene skal blande seg i pressens arbeid, og juristenes ofte konservative holdninger i møte med endringer av etablerte, juridiske sannheter.

Hva er det egentlig dette dreier seg om? Hvilke underliggende fronter er det som møtes i denne diskusjonen? Hva var det som ledet frem til den, og hva har skjedd i de 15 årene som har gått siden? Det er svarene på disse spørsmålene som langt på vei vil tegne et bilde av utviklingen i presseretten og årsakene til denne. Et forsøk på å besvare dem vil derfor danne rammen for den videre fremstillingen.

---

8. Bratholm, A. (2000), Injurielovgiver og menneskerettighetene, *Verdens Gang* 24.06.00

9. Andenæs (2000), Ytringsfriheten og menneskerettighetene, *Aftenposten Morgen* 27.06.00

## Pressefriheten: Prinsipperklæring eller rettslig realitet?

Det finnes vel få eller ingen myndigheter i moderne demokratier som ikke offisielt vil erkjenne at pressefriheten er en sentral forutsetning for at demokratiet skal fungere og overleve – og som gjerne tilføyer at den også settes høyt og har gode kår i vedkommende stat. I hvilken grad pressefriheten er en *rettslig realitet*, er et annet spørsmål. Svaret beror på om hensynene bak pressefriheten faktisk inngår i den lovgivningen som Stortinget vedtar, på en slik måte at domstolene kan og skal *håndheve* pressefriheten i de konkrete saker hvor hensynene aktualiseres. I den sammenheng er det sentralt å se nærmere på hvordan ytringsfriheten, og dermed pressefriheten, generelt sett har vært – og er – rettslig forankret. For å kunne forklare og forstå den rettsutviklingen som har skjedd i Norge de seneste tiårene, er det også nødvendig å se på forholdet mellom nasjonale og internasjonale rettsinstitusjoner i norsk sammenheng.

## Pressefrihetens rettslige forankring i Norge – historisk og i dag

I Norge har den generelle ytringsfriheten sin formelle, rettslige forankring først og fremst gjennom Grunnloven § 100, som sto uforandret fra 1814 og frem til 2004 – da den totalreviderte versjon vi har i dag trådte i kraft.<sup>10 11</sup>

### 10. Grunnloven § 100 (1814-versjonen) lød:

Trykkefrihed bør finde sted. Ingen kan straffes for noget skrift, af hvad indhold det end maatte være, som han har ladet trykke og udgive, medmindre han forsætlig og aabenbare har enten selv viist eller tilskyndet andre til ulydighed mod lovene, ringeagt mod religionen, sædeligheden eller de konstitutionelle magter, modstand mod disses befalinger, eller fremført falske og ærekrænkende beskyldninger mod nogen. Frimodige ytringer om statsstyrelsen og hvilkenksomhelst anden gjenstand er enhver tilladte.

### 11. Grunnloven § 100 (2004-versjon) lyder:

Ytringsfrihed bør finde Sted.

Ingen kan holdes retsliq ansvarlig for at have meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskab, medmindre det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse. Det retsliqe Ansvar bør være foreskrevet i Lov.

Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkenksomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Der kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for denne Ret, hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser.

Forhaandscensur og andre forebyggende Forholdsregler kunne ikke benyttes, medmindre det er nødvendig for at beskytte Børn og Unge imod skadelig Paavirkning fra levende Billeder. Brevcensur kan ei sættes i Værk uden i Anstalter.

Enhver har Ret til Indsyn i Statens og Kommunernes Akter og til at følge Forhandlingerne i Retsmøder og folkevalgte Organer. Det kan i Lov fastsættes Begrænsninger i denne Ret ud fra Hensyn til Personvern og af andre tungtveiende Grunde.

Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for en aaben og oplyst offentlig Samtale.



Formelt sett har domstolene – i praksis Høyesterett – i henhold til konstitusjonell sedvanerett som ble utviklet tidlig i andre halvdel av 1800-tallet, såkalt «prøvelsesrett» med hensyn til grunnlovmessigheten til lover gitt av Stortinget. Dette gjaldt – og gjelder – også med hensyn til Grunnloven § 100.<sup>12</sup> Med unntak av en viss håndheving av forbudet mot forhåndssensur av trykt skrift (jf første ledd i 1814-versjonen av § 100: «Trykkefrihed bør finde Sted»), har imidlertid Grunnloven § 100 i praksis ikke utgjort noen reell skranke for lovgivningsmakten på de rettsfeltene som pressefriheten oftest bryter med i domstolene; personvernretten generelt og injurieretten spesielt.

Norge har imidlertid også vært folkerettslig tilsluttet blant annet EMK siden dens ikrafttredelse i 1953.<sup>13</sup> Ytringsfriheten er en av de mange grunnleggende frihetene som staten Norge etter EMK er folkerettslig forpliktet til å respektere, jf EMK artikkel 10, jf artikkel 1. EMK håndheves av Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen, som kan behandle klager fra enkeltindivider/organisasjoner som hevder at en konvensjonsstat har krenket deres rettigheter etter EMK. Gjennom sin domsmyndighet i klagesaker har EMD således «siste ord» både med hensyn til forståelsen av konvensjonen og med hensyn til om den er krenket i den enkelte sak. At «Høiesteret dømmer i sidste Instans», som Grunnloven § 88 foreskriver, er derfor på dette området en sannhet med klare modifikasjoner.<sup>14</sup>

Fra og med inkorporeringen av EMK gjennom vedtagelsen av menneskerettsloven i 1999, gjelder konvensjonen *direkte* som norsk lov. Etter menneskerettsloven § 3, skal EMK dessuten gis forrang dersom det foreligger motstrid mellom konvensjonsrettighetene og annen norsk lov.<sup>15</sup> Utgangspunktet i norsk rett med hensyn til forholdet mellom rettslige normer som følger av folkeretten og de normer som følger av norsk, intern rett, har tradisjonelt vært det såkalte «dualistiske» prinsipp (motsatt: det «monistiske» prinsipp). Ifølge dette prinsippet gjelder ikke folkerettslige normer som norsk rett, med mindre de folkerettslige normene er inkorporert som norsk lov gjennom lovvedtak i Stortinget, selv om *staten* Norge

- 
12. Se NOU 1999:27 «Ytringsfrihet bør finde Sted», kapittel 5, pkt 5.1.3, Håndheving av konstitusjonelle normer.
  13. Det samme gjelder FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, som inneholder beskyttelse av ytringsfriheten i artikkel 19. I praksis har denne konvensjonen hatt liten direkte betydning for pressefrihetens kår i Norge, sammenlignet med EMK – dels beroende på at det ikke finnes en tilsvarende domstol som EMD i FN-konvensjonssystemet. Denne konvensjonen trekkes derfor ikke nærmere inn i den videre fremstillingen.
  14. For en grundig behandling av forholdet mellom norsk rett og EMK samt om både Høyesteretts og EMDs rett til å sette til side norske lover og vedtak som strider mot EMK, se Kierulf, Anine, *Taking Judicial Review Seriously – the Case of Norway*. University of Oslo, 2014. I denne phd-avhandlingen behandles de nevnte spørsmålene dessuten med ytringsfriheten som et hovedeksempel.
  15. Se for øvrig Kierulf, Anine, «Innenfra og utenfra – Grunnloven og Menneskerettighetene» i Holmøy, Eirik (red.) *Tolkningar av Grunnlova* (Oslo 2013)

er folkerettslig bundet av de samme normene. I moderne tid har prinsippet blitt betydelig modifisert gjennom det såkalte «presumsjonsprinsippet», hvoretter domstolene i sin lovtolkning antar at Stortinget har ment at norsk lov skal være i harmoni med Norges folkerettslige forpliktelser, med mindre annet fremgår. I norsk rett har også lovfesting av et slikt presumsjonsprinsipp vært brukt i enkeltlover, for eksempel i straffeloven (også kalt «sektormonisme», når loven mer positivt «instruerer» om at den bare gjelder med de begrensningene som følger av Norges folkerettslige forpliktelser).<sup>16</sup> <sup>17</sup> Verken ytringsfriheten generelt eller pressefriheten spesielt har foreløpig blitt gjenstand for noen mer detaljert lovregulering som sådan – utover den overordnede reguleringen i Grunnloven og i internasjonale konvensjoner, særlig EMK.<sup>18</sup> Vår alminnelige lovgivning inneholder derimot en rekke bestemmelser som isolert sett *begrenser* pressefriheten på mer eller mindre direkte måter.

I denne fremstillingen skal det som nevnt fokuseres på de mest praktiske begrensningene i forhold til det *publisistiske* ansvaret; det rettslige ansvaret for innholdet i de ytringene (ordene, bildene m.m.) som publiseres av pressen.<sup>19</sup> Man skal ikke analysere norsk rettspraksis særlig inngående før man ser at det da særlig er reglene om injurier (omdømmevernet), og dels om privatlivets fred, som går igjen.<sup>20</sup> Injurieretten er godt egnet til å belyse utviklingen av pressefrihetens plass også mer generelt, da det er her slagene i den relevante utviklingen hovedsakelig har stått. Som det vil konkluderes med senere i fremstillingen, dreide disse slagene seg sett i ettertid mer om en grunnleggende endring i

- 
16. Straffeloven § 1 annet ledd: «Straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig» (i kraft fra 24.07.96).
  17. Det har vært skrevet mye om dette opp gjennom årene. Fra tiden før menneskerettslovens vedtagelse, se blant annet Skoghøy, J. E. A. (1998) Forholdet mellom internasjonale menneskerettigheter og norsk rett, *Kritisk Juss*, 1998 s 11. For en senere, oppdatert og dogmatisk gjennomgang av disse prinsippenes utvikling og status, se for eksempel NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*, kapittel 7 (v/Ken Uggerud), Forholdet mellom internasjonale forpliktelser og norsk rett. For en nyere kritisk refleksjon med videre referanser, se samme Uggerud (2006) Den andre bølge? Om menneskerettighetenes tilfældige tilværelse i norsk rett, *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det Bedste...*, s 577.
  18. Riktignok er det tegn i tiden på at det kan komme en mer samlet regulering av blant annet redaktøransvaret for innholdet i redaksjonelle medier, og en begynnelse kom med vedtagelsen av lov om redaksjonell fridom i media (lov av 13.06.08 nr 41), som grovt sagt lovfester prinsippene i Redaktørplakaten om redaktørens uavhengighet fra mediets eier/utgiver i løpende, redaksjonelle spørsmål.
  19. Pressefriheten i videre forstand påvirkes av og omfatter selvfølgelig mer enn regler om hva som lovlig kan publiseres. Herunder blant annet rekkevidden av kildevernet som begrensning i journalisters vitneplikt og diverse former for kommunikasjonsovervåkning og -kontroll, tilgangen til kilder (offentlighet i forvaltningen og i rettspleien) med videre.
  20. Se for øvrig statistikken over injuriersaker for norske domstoler i perioden 1970-1994, gjengitt og kommentert i Øy, Nils E. og Hans Erik Matre (1998), *Kritisk lys på injurieloven og domstolspraksis*, NR-informasjon mars 1998 (NR=Norsk Redaktørforening)

holdning – både ideologisk og juridisk – til pressefrihetens plass i samfunnet, enn om tekniske detaljer i injurielovgivningen eller annen lovgivning.

## Vern av privatlivets fred og personers offentlige omdømme

Mens æresvernet, herunder vernet av en persons offentlige omdømme («gode navn og rykte»), i sin kjerne har århundrelange tradisjoner som rettslig konsept, kom ideen om privatlivets fred som en rettslig beskyttet størrelse nokså sent inn i både rettstenkingen og lovgivningen.<sup>21</sup> Straffelovens regler om krenkelser av privatlivets fred (§ 390) og om ærekrenkelser (§§ 246 flg) har imidlertid i det store og det hele stått uendret i hele etterkrigstiden. Det vil si at *lovgiver* ikke har foretatt endringer av betydning i den aktuelle lovteksten. Den utvikling som har skjedd skyldes derfor i liten grad Stortingets initiativer. Utviklingen har hovedsakelig skjedd gjennom rettspraksis fra 1990-tallet, da særlig Høyesteretts praksis, under økende påvirkning av praksis fra EMD. Slik sett kan man også si at utviklingen har vært utpreget «juriststyrt». Selv om det til syvende og sist – og naturlig nok – er juristene i dommerkappene som har stått for de avgjørende bidragene, har også jurister i andre roller utvilsomt vært medvirkende. Dette gjelder ikke minst flere markante universitetsjurister. Men også jurister i den sentrale justisforvaltningen og praktiserende advokater har ytt sine bidrag. Det har ofte vært snakk om bidrag som trakk i forskjellige retninger, av og til i sterk konflikt med hverandre. Det hører derfor også med til historien å ta med enkelte av disse bidragene og – ikke minst – konfliktene/diskusjonene.

En helt ny straffelov (av 2005) er for lengst vedtatt, men den har – visstnok på grunn av IKT-messige utfordringer hos politiet – fremdeles ikke trådt i kraft. Lovgivningsmessig vil dette innebære store endringer, særlig i injuriereglene, blant annet ved at de vil være ute av straffeloven – avkriminalisert – og plassert i sivilretten. Grensene for hva som er ulovlige injurier tilsiktes ikke reelt endret med dette, da lovgiver på dette punkt har søkt å kodifisere gjeldende rett, slik den har utviklet seg i rettspraksis. Prosessen frem mot endringene inneholder imidlertid interessante elementer og diskurser som det er verd å belyse. Dette vil derfor behandles nedenfor, i et eget punkt.

---

21. I Norge fikk man først en positiv lovbestemmelse om privatlivets fred i 1889, i daværende kriminallov, som kort tid etter ble erstattet av straffeloven av 1902. I forbindelse med den siste revisjonen av Grunnloven, vedtatt og i kraft fra 14.05.14, har personvernet nå fått Grunnlovens beskyttelse i ny § 102.

## 1980-årene – presserettslig nasjonal isolasjon i strafferettens svøpe

Går vi tilbake til 1980-tallet, finner vi en periode som representerer slutten på en lang og noenlunde organisk utvikling innenfor presseretten. Injuri sakene ble stort sett behandlet etter normale strafferettslige prinsipper, på linje med andre forbrytelser, og nødvendig hensyn til ytrings-/pressefrihet ble ansett som innebygget i straffelovens regler. Det er nødvendig å si noe nærmere om utformingen av injuri reglene som sådanne, før praktiseringen av dem i møte med pressefriheten kan forklares.

Som nevnt var – og er – injurieretten regulert i straffeloven §§ 246 flg, med § 247 om omdømmekrenkende beskyldninger som den praktiske hovedbestemmelsen med hensyn til typiske pressesaker.<sup>22</sup> Gjerningsbeskrivelsen i § 247 lyder som følger:

Den som i ord eller handling opptrer på en måte som er egnet til å skade en annens gode navn og rykte eller til å utsette ham for hat, ringeakt eller tap av den for hans stilling eller næring fornødne tillit, eller som medvirker dertil, straffes med bøter eller fengsel inntil 1 år. Er ærekrenkelsen forøvet i trykt skrift eller i kringkastingsending eller under særdeles skjerpene omstendigheter, kan fengsel inntil 2 år benyttes.<sup>23</sup>

Avgjørende for om en ytring blir rammet av denne gjerningsbeskrivelsen, er dermed hvilket innhold domstolene legger i angjeldende ytring (tolkning av ytringen), og deretter – nært forbundet med tolkningen – vurderingen av om ytringen har de egenskapene som beskrevet i lovteksten, om den er injurierende. Hvis ytringen ble ansett som injurierende, var den klare hovedregelen

- 
22. § 246 vernet en (fysisk) persons subjektive, «indre», æresfølelse, i motsetning til § 247 som verner det offentlige omdømmet. § 247 forutsatte at ytringen var spredt til offentligheten, mens § 246 også rammer de rent private ytringer mellom to personer. Og mens § 247 (i prinsippet) bare rammet beskyldninger om faktiske forhold, rammet § 246 også rent subjektive, nedsettende ytringer – typisk skjellsord. Eksempler her er uttrykk som «undermålere» og «schizofrene kvinnfolk», jf Rt 1984 s 1160 (Kvinnefrontsaken).
  23. De sentrale tilgjengelige sanksjoner ved overtredelse var, i tillegg til straff, mortifikasjon (erklæring om at ikke-beviste beskyldninger var «døde og maktesløse», jf straffeloven § 253), samt erstatning for økonomisk tap og/eller for tort og svie (oppreisning), jf skadeserstatningsloven § 3-6. Forutsetningen for erstatningsansvar var at vilkårene for straff var oppfylt. Krav om mortifikasjon forutsatte at det ble reist straffesak (uavhengig av om det ble krevet straff). Krav om erstatning/oppreisning fulgte sivilprosessens regler. Offentlig påtale har i praksis ikke vært aktuelt i moderne tid i forhold til pressen. Fornærmede kunne imidlertid reise privat straffesak, og dette har vært meget vanlig. I slike saker har saksøkeren som regel ved stevning i privat straffesak, krevet mortifikasjon av utsagnene og oppreisningserstatning (eventuelt også erstatning for økonomisk tap, men det vil ofte være vanskelig å dokumentere slike tap for andre enn for eksempel næringsdrivende som opplever påviselig omsetnings-/inntektstap som følge av injurierende omtale av virksomheten). Det skal ikke dveles nærmere i detalj ved sanksjonsalternativene her, idet fokus holdes på selve ansvarsspørsmålet: Hva pressen overhodet kunne holdes rettslig ansvarlig for.

den gang at den var straffbar, med mindre injurianten kunne føre *sannhetsbevis*, jf straffeloven § 249.<sup>24</sup> Kravet til sannhetsbevis var i utgangspunktet strengt og tilsvarte påtalemyndighetens bevisbyrde i skyldspørsmålet i straffesaker (i alle fall hvis beskyldningen dreide seg om straffbare forhold).<sup>25</sup>

Skyldkravet i § 247 var forsett, men forsettkravet refererte seg kun til hvorvidt injurianten var seg bevisst hva han hadde ytret og at dette kunne oppfattes som en beskyldning – ikke til sannhetsgehalten i beskyldningen. Med det for øye at denne fremstillingen har pressens rolle i fokus, må det sies noe om hvordan disse reglene ble forstått og praktisert overfor typiske presseytringer: Formidling av nyheter, herunder offentlig tilgjengelig informasjon, løpende debatter om diverse samfunns spørsmål, samt egne og andre samfunnsaktørers kritiske synspunkter på hvordan myndighetene og andre maktaktører forvalter og eventuelt misbruker sin makt.

Som nevnt ovenfor; å få med alle nyanser i en fremstilling som denne ville sprengte dens rammer – og dens formål.<sup>26</sup> Poenget her blir derfor å peke på de hovedtrekkene som var særlig relevante for den utviklingen – og det paradigmeskiftet – som senere kom.<sup>27 28</sup>

Når det gjelder pressefrihetens kår, synes hovedessensen å ha vært at hensynet til pressens rolle som uavhengig samfunnsvokter og forvalter av reell ytrings – og informasjonsfrihet, i liten eller ingen grad var bygget inn i lovens system eller i domstolenes praktisering av loven. Grunnloven § 100 ble som nevnt ikke ansett som noen reell skranke med hensyn til lovgivning eller sanksjoner mot annet enn de rent ideologiske/politiske meningsytringene, jf § 100 tredje punkt om «Frimodige Ytringer».<sup>29</sup> Det var en meget avgrenset type ytringer som falt i den kategorien.<sup>30</sup>

§ 100 annet punktum, som etter sin ordlyd vernet den materielle ytringsfriheten for øvrig, var gjennom langvarig praksis (konstitusjonell sedvanerett) på det nærmeste tolket bort som skranke for lovgivningsmyndigheten når det

---

24. Men selv om det var ført sannhetsbevis, beskyldningen var sann, kunne den være straffbar, dersom den var fremsatt uten «aktverdig» grunn eller ellers var «utilbørlig», jf § 249 nr 2.

25. Jf blant annet Rt 1988 s 1398

26. Som illustrasjon på alle nyansene i forståelsen og anvendelsen av reglene, kan det henvises til helt enkelt å se på den detaljerte innholdsfortegnelsen i Mæland (1986)

27. Den mest dekkende fremstilling av rettstilstanden *de lege lata* på den tiden er utvilsomt Mæland (1986) op. cit.

28. En mer gjennomgående problematisering – sett fra pressens ståsted – finnes blant annet i brev av 15.08.91 fra Norsk redaktørforening til Justisdepartementet, med forslag til endringer i injurielovgivningen, inntatt som vedlegg til NOU 1995:10 Reformen innen injurielovgivningen. En tilsvarende, senere oppdatert gjennomgang finnes i Øy/Matre (1998) op. cit.

29. Se blant annet Eggen (2002), op. cit., pkt 3.4, med videre henvisninger.

30. Se for eksempel Straffelovrådets oppsummering av injurielovgivningens forhold til Grunnloven § 100 i NOU 1995:10 op. cit. i pkt 3.2.

gjaldt blant annet injurielovgivningen.<sup>31</sup> EMK artikkel 10 ble i denne perioden så godt som aldri trukket frem som aktiv rettskilde i tolkningen eller anvendelsen av injuriereglene, selv om Norge hadde vært folkerettslig forpliktet til å respektere rettighetene etter EMK siden 1953. Dels skyldtes dette nok det faktum at det først var fra slutten av 1970-tallet at det begynte å utvikles en praksis i EMD omkring artikkel 10. Dels skyldtes det nok også en annen variant av «presumsjonsprinsippet» enn det som er beskrevet ovenfor, nemlig at man – mer eller mindre underforstått – generelt antok at norsk rett var i samsvar med EMK (et slags lovgiverlojalt presumsjonsprinsipp, om man vil). Man skal heller ikke underslå betydningen av at EMK artikkel 10 ikke ble anført i særlig grad eller med annet enn løsere henvisninger fra pressens side før på 1990-tallet.

Den lave bevisstheten omkring EMK – og ikke minst EMD – som noe som det var aktuelt for norsk rett å ta konkret hensyn til, kan illustreres ved en tankevekkende kuriositet: Så sent som i 1988 ble NRK som saksøkt i en ærekrenkelsessak forsvart av Regjeringsadvokaten – statens egen advokat, jf Rt 1988 s 1398. NRK tapte saken. Hvem ville ha blitt NRKs motpart ved en eventuell klage fra NRK til EMD? Jo: Staten. Det er bare staten som kan innklages for EMD. Hvem skulle Regjeringsadvokaten ha representert i en slik klagesak? Staten eller NRK? At man ikke så den potensielle konflikten, understreker at bevisstheten omkring EMK ikke kan ha vært stor.

Situasjonen når pressen havnet i rettsalen, var derfor som hovedregel at hvis det på noe sted i dekingen av en sak fremkom ytringer som kunne oppfattes som en beskyldning om negative eller kritikkverdige forhold ved en enkeltperson, en nærmere krets personer eller en konkret institusjon, ville utgangspunktet være at pressen var strafferettslig ansvarlig, med mindre innholdet i ytringen kunne bevises. Som lovteksten uttrykte, var tanken at det var straffeskjerpene at ytringen var fremsatt gjennom pressen. Ettersom bestemmelsen omfattet medvirkningsansvar, var pressen som klart utgangspunkt ikke bare ansvarlig for egne, redaksjonelle kommentarer, men også for gjengivelse/videreformidling av åpne kilders ytringer i en løpende debatt, selv om den angrepne selv kom til orde. Det ble dessuten i liten grad tatt hensyn til eventuelle forbehold eller senere, løpende korrigeringer i oppfølgende artikler/reportasjer.<sup>32</sup>

Det bør føyes til at utgangspunktet om fullt strafferettslig ansvar, også for gjengivelser/referat av åpne kilders injurierende ytringer, gjennom rettspraksis var blitt modifisert noe gjennom såkalte «referatprivilegier» – som oftest forankret

---

31. Se blant annet Eggen op. cit.

32. Eksempler fra rettspraksis fra 1970- og 1980-tallet som illustrerer deler av dette er Rt 1979 s 727 (Gro-saken, Dagbladet), Rt 1979 s 1606 (OBOS-saken, kapital), Rt 1985 s 1421 (Greenpeace-saken, Dagningen), Rt 1987 s 1058 (Kemner Frantzen-saken, Fredrikstad Blad) og Rt 1989 s 257 (Vassdalen-saken, Dagbladet)

i rettsstridsreservasjonen.<sup>33</sup> Dette gjaldt således *korrekte og balanserte* referat fra rettsforhandlinger, tiltalebeslutninger, siktelser og saksforberedelse i sivile saker. Tilsvarende ble antatt i teorien å gjelde fra møter i folkevalgte organer (kommunestyremøter m v). I slike tilfeller ble det av pressen ikke krevet sannhetsbevis for innholdet i de refererte ytringene, men bare for at ytringene var gjengitt korrekt og balansert. Ut over dette gikk det imidlertid neppe, og pressen kunne derfor ikke uten risiko for injuriersøksmål referere fra saksbehandlingen til for eksempel andre organer med kontroll- og tilsynsfunksjoner i samfunnet – langt mindre fra private parters kritiske påstander om andre aktører i samfunnet. Hvis pressen først ble «fanget» i dette systemet, var det i praksis bare rettsstridsreservasjonen som kunne redde den fra straffeansvar og mortifikasjon.

En slik rettstridsreservasjon ble etter hvert innfortolket i § 247, blant annet under henvisning til bestemmelsens forarbeider hvor det gikk frem at det bare var de utilbørlige ærekrenkelses som var ment å skulle rammes. Det var først og fremst i denne rettsstridsvurderingen at domstolene kunne være villige til å vektlegge eventuelle hensyn til pressefriheten. Som vi skal se, ble denne reservasjonen etter hvert ganske sentral i rettspraksis, når det gjaldt å gi hensynet til pressefriheten større plass i rettsanvendelsen. På 1970- og 1980-tallet var det imidlertid ikke mye å hente for pressen ved å vise til denne reservasjonen – slaget var som regel tapt når man først var kommet så langt fordi også retten, gjennom sin tolkning av ytringene og argumentasjon omkring ytringenes ærekrenkende innhold og manglende bevisgrunnlag, langt på vei hadde slått fast at dette var noe som den injurierte ikke skulle måtte finne seg i.

For å illustrere med ett nærmere beskrevet eksempel hvor strengt reglene kunne praktiseres på denne tiden, kan den såkalte «Kemner Frantzen-saken» brukes.<sup>34</sup> Her hadde Fredrikstad Blad i en artikkel med overskriften «Kemner Frantzen hever dobbeltlønn», fokusert på at Frantzen som kemner, i samme arbeidstid og i tillegg til sin alminnelige kemnerlønn, også mottok godtgjørelse som bostyrer (alt fra det offentlige). Avisen tok opp dette som en kritikkverdig ordning, selv om det gikk frem av artikkelen at det var fullt lovlig. Frantzen gikk til ærekrenkessøksmål, idet han anførte at artikkelen var ærekrenkende, jf straffeloven § 247, som en beskyldning om klanderverdige forhold. Høyesterett ga ham medhold. Høyesterett mente at mange bare leser overskrifter, og at når det var laget et hovedoppslag med angjeldende overskrift, ville dette hos en slik leser som ikke går videre inn i selve artikkelen, fremstå som om at Frantzen hadde gjort noe klanderverdig/uberettiget. Dette var en beskyldning som avisen ikke kunne føre sannhetsbevis for. Høyesterett anerkjente pressens rett til å

33. Begrepet «rettsstridsreservasjon» er mangetydig og omstridt, men i denne sammenhengen er det brukt som den reservasjon som alle straffebud må leses med, og som innebærer at ikke alle handlinger som i utgangspunktet rammes av et straffebud, er straffbare.

34. Op. cit.

rette søkelyset mot det forholdet som ble tatt opp, generelt. Det ble uttrykkelig vist til rettsstridreservasjonen, hvor hensynet til ytringsfriheten var det vesentlige moment i avveiningen. Avgjørende for Høyesterett ble likevel at overskriften var ærekrenkende, og at problematikken som avisen fokuserte på kunne ha vært tatt opp på en mer «nøktern» måte, hvor den navngitte kemneren ikke ble hengt ut som person. Det gikk for øvrig klart frem av artikkelen at Frantzen ikke hadde gjort noe galt, og at det ikke var et poeng å klandre ham personlig.

Denne rettstilstanden var hovedsakelig i samsvar med den lære som ble forfektet av de ledende universitetsjuristene på området (den gangen klassifisert som et tema innenfor den «spesielle strafferett»): professorene Johs. Andenæs og Anders Bratholm, og etter hvert professor Henry John Mæland.<sup>35</sup> Den eneste sentrale universitetsjuristen som den gang var kritisk til deler av rettstilstanden og de forannevntes teoretiske fremstillinger, var professor Carl August Fleischer. Hans kritikk var til gjengjeld sterk – også i form. På midten av 1980-tallet foregikk en ganske usedvanlig polemisk debatt mellom Fleischer på den ene siden og Bratholm/Andenæs på den andre – også med innlegg fra Mæland.<sup>36</sup> Det blir for komplisert å gjengi debattens detaljer i denne oversiktsfremstillingen, men mye av kjernen i den gikk nettopp på bortfortolkningen av hensynene til ytringsfriheten/samfunnsdebatten, slik de i utgangspunktet var forankret i grunnloven § 100. På denne måten var mye av diskusjonen – symptomatisk nok, med hensyn til hva som er sagt ovenfor – også «fanget» i strafferettslige betraktninger. Kjernen i de ytringsfrihetsrettslige poengene levde imidlertid videre i de diskusjonene som kom senere.

## 1990-årene – Europeiske standarder og reformkrav på presser på

I løpet av en periode på bare fem år (1985-1990) ble pressen saksøkt i 71 injuriersaker totalt i norske domstoler. Av disse endte hele 51 med domfellelse.<sup>37</sup> Pressen og dens organisasjoner var oppgitt over rettstilstanden, og i 1991 sendte

35. Andenæs og Bratholm hadde begge i store deler av etterkrigstiden hver for seg og sammen skrevet en rekke juridiske artikler og utredninger om ærekrenkelsesreglene og personvernet, og den sentrale læreboken på feltet var den gang deres fellesverk *Spesiell strafferett*, Universitetsforlaget (1983). Mæland på sin side tok doktorgraden i Bergen på sin avhandling om ærekrenkelser som ble utgitt i bokform, Mæland (1986), op. cit.

36. Se blant annet Fleischer, Om anmelderansvaret – og om retten til fri vurdering, kritikk og karakteristikk, *Lov og Rett* 1984 s 563, som direkte var svar på Hov, J., Ærekrenkelser og personforfølgning i pressen som rettspolitisk problem, *Lov og Rett* 1983 s 35 (en for øvrig meget presseskeptisk artikkel), Bratholm, Fleischers ytringsfrihet og bruken av den, *Lov og Rett* 1985 s 56, Fleischer, Gjeldende injuriebestemmelser og strafferettsteoriens faglige svikt, *Lov og Rett* 1985 s 396 og Mæland, Om injurielovgivning og Fleischers kritikk av Andenæs og Bratholm, *Lov og Rett* 1986 s 3

37. Øy/Matre (1998), op. cit. figur 9



Norsk Redaktørforening brev til Justisdepartementet der følgende fremgikk av innledningen:

Norsk Redaktørforening har i flere år uttrykt misnøye med lovgivning og rettspraksis i injuriersaker. Dette syn har hatt bred tilslutning fra de øvrige presseorganisasjoner og blant pressefolk flest. Flere av de advokater som har arbeidet meget med dette felt, har gitt uttrykk for tilsvarende innvendinger. Kritikken har i det vesentlige vært begrunnet med at dagens rettstilstand ikke gir tilstrekkelig muligheter for massemedia til å bringe informasjon og meninger til offentligheten om kritikkverdige forhold. Særlig når det gjelder medias gjengivelse av påstander/beskyldninger – fra politi og påtalemyndighet, offentlige møter eller i andre sammenheng – er det uklart om og når straffansvar inntreffer. Det hersker usikkerhet omkring hvilke ytringer som må anses å ha offentlig interesse og i hvilken grad denne egenskap får betydning ved avgjørelsen av om et utsagn er rettsstridig eller ikke. I denne forbindelse har det vært anført at norsk rett i for liten grad har tatt opp i seg de nye standarder for ytringsfrihet, som er satt av Den Europeiske Menneskerettsdomstol.<sup>38</sup>

I samme brev ble det gitt begrunnede forslag til hvilke endringer i injurielovgivningen man mente var nødvendige, basert på forslag laget av en rekke advokater med erfaring på området. Blant annet ble det foreslått at det skulle legges større vekt på at pressen omgående dementerte eller beriktiget krenkende omtale, og at den fornærmede fikk en større rett og plikt til å imøtegå fremsatte påstander og beskyldninger. Det ble også foreslått at rettsstridsvurderingen i større grad ble brukt for å vektlegge hensynet til samfunnsdebatten, og at området for referatfrihet ble utvidet. Brevet resulterte ikke i nevneverdige tiltak umiddelbart. Dette vendes det tilbake til nedenfor.

Også fra andre hold kom det bidrag til debatten om at norsk injurierett og Høyesteretts praktisering av denne var helt på linje med de standarder som hadde begynt å utvikle seg i en etter hvert mer rikholdig praksis fra EMD.<sup>39</sup> Fra den juridiske teoris side, var det fremdeles Mælands hovedverk (Mæland 1986) som var hovedreferanseverket innenfor feltet, sammen med Andenæs'/Bratholms *Spesiell Strafferett*, som i 1992-utgaven ikke inneholdt vesentlige konsesjoner til mer ytringsfrihetsvennlig forståelse av injuriereglene.

Spiren til et rettsvitenskapelig bidrag som senere kom til å påvirke både lovgivning og rettspraksis omkring ytringsfriheten generelt, og injurieretten spesielt, ble sådd da den gang stud. jur. Kyrre Eggen publiserte sin spesialavhandling til embetseksamen; *Vernet om ytringsfriheten etter art. 10 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*.<sup>40</sup> Eggen gikk like etterpå over i stipendiatstilling

38. Se referanse i note 24 ovenfor

39. Se blant annet Storange, B. (1990) Ytringsfrihet og internasjonale forpliktelser, ...den urett som ikke rammer deg selv: Festskrift til Anders Bratholm, s 135, Universitetsforlaget

40. Universitetsforlaget 1994

ved juridisk fakultet i Oslo. Derfra publiserte han i de nærmest følgende årene en lang rekke artikler som omhandlet forskjellige aspekter ved ytringsfriheten sett i lys av EMK artikkel 10, herunder også om forholdet mellom pressen og injurieretten.<sup>41</sup>

Alle artiklene til Eggen inneholdt rettsdogmatiske analyser av EMDs vurderinger av lovligheten av inngrep i ytringsfriheten etter artikkel 10. Her viste han hvordan EMD anså nær sagt enhver rettslig begrensing i den frie kommunikasjonen mellom yrter og mottager av ytringen som et inngrep i ytringsfriheten etter artikkel 10 (1), som dermed må oppfylle inngrepsvilkårene i artikkel 10 (2). Det grunnleggende – og som regel avgjørende – spørsmålet etter disse vilkårene er om det konkrete inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. En slik, mer dyptgående analyse hadde ikke tidligere blitt publisert i Norge. Den avdekket en ganske annen tilnærming til problematikken enn hva som hadde preget blant annet norsk injurierett til da. Særlig i forhold til norsk injurierett mente Eggen å kunne påvise at dersom Norge skulle unngå å krenke EMK, var det nødvendig med kursendringer i form av større vektlegging av pressefriheten i saker som angikk den alminnelige nyhetsdekningen og den kritiske journalistikken. Han fremhevet blant annet at norsk retts utgangspunkt om at pressen er like ansvarlig som den originære yrter med hensyn til sannhetsgehalten i ytringer fra åpne kilder som formidles av pressen, sto i kontrast til EMDs særlige beskyttelse av pressens viderefremmerrolle i saker som angår samfunnsdebatten. Videre pekte han på at norsk retts tendens til å tolke kritiske, subjektive karakteristikk/ meningsytringer som beskyldninger som det kan kreves sannhetsbevis for, var uforenlig med EMDs praktisering av et skarpere skille mellom ærekrenkende beskyldninger om *faktiske* forhold og mer subjektive verdivurderinger. Eggen påpekte også at dette var nært forbundet med Høyesteretts tendens til å innfortolke beskyldninger i en ytring, blant annet ved å se bort fra eventuelle nyanseringer og forbehold som måtte fremgå av hovedteksten i en avisartikkel, dersom overskrifter/ingresser isolert sett skapte et negativt inntrykk av den omtalte. EMD var mer villig til å hensynta totaliteten – i favør av pressen.

I samme periode publiserte også Johs. Andenæs artikkelen *Ytringsfriheten og ærens rettsvern etter Grunnloven § 100 og Europakonvensjonen art. 10 (Lov og Rett 1996 s 3)*. Her sammenholdt Andenæs blant annet Høyesteretts praksis i injuriersaker med EMDs praksis omkring injurieretten, og konkluderte på følgende måte:

---

41. Se blant annet av Eggen; *Ærekrenkende ytringer – rettspraksis under Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 10, Mennesker og rettigheter 1994 s 353, Artikkel 10 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon og norsk rett, Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett; Torkel Opsahls minneseminar, s 119, Juristforbundets forlag 1995 og Journalistisk formidling av ærekrenkende ytringer, Kritisk Juss 1999 s 209*

Ved sitt uttrykkelige krav om at inngrep mot ytringsfriheten må være nødvendig i et demokratisk samfunn, går Europakonvensjonens art. 10 utvilsomt lenger i beskyttelse av ytringsfriheten enn § 100 i vår grunnlov. Det er ikke dermed gitt at konvensjonen går lenger enn vår gjeldende rett på området, slik som den er utformet gjennom lovgivning og rettspraksis. I en artikkel i tidsskriftet *Mennesker og rettigheter* 1994 nr. 4 har advokat Steingrim Wolland hevdet at norsk juridisk teori og rettspraksis ikke har tilpasset seg den tenkning, begrepsbruk og metode som Menneskerettighetsdomstolen gir anvisning på. Det er riktig at det er stor forskjell i det ytre. EMDs høystemte prinsipputtalelser om ytringsfrihetens betydning i et demokratisk samfunn finner man ikke noe motstykke til i Høyesteretts voteringer. EMDs begrunnelser er også i sin form preget av at den sentrale oppgave for Domstolen er å tolke konvensjonen og bedømme om den innklagede avgjørelse er konvensjonsstridig. Men i realiteten kan jeg ikke se at det er noen større forskjell. Den avveining av de kryssende interesser som EMD foretar, er ikke grunnleggende forskjellig fra den som den norske høyesterett foretar ved sin rettsstridsvurdering, selv om den er mer eksplisitt fordi den fremtrer som en tolking av konvensjonens ord. I noen av Høyesteretts avgjørelser fra de seneste år er det for øvrig henvist til Europadomstolens praksis til støtte for rettens resultat (således Rt-1990-257, Rt-1993-537).

Mens blant andre Eggen mente at det lå mer i forskjellene på norsk rettspraksis og EMDs praksis enn form og ordvalg, var altså Andenæs av den oppfatning at det var grunnleggende uproblematisk for Høyesterett å fortsette sin praksis, slik den hadde utviklet seg.

Noe tidligere på 1990-tallet hadde Justisdepartementet og Straffelovrådet konkludert på samme måte som Andenæs.<sup>42</sup> Blant annet i oppfølgingen til Norsk Redaktørforenings forannevnte brev av 15.08.91 til Justisdepartementet, som departementet ga Straffelovrådet i oppdrag å vurdere. Straffelovrådet, ved dets faste medlemmer og under ledelse av professor Mæland, konkluderte med at det ikke var noe i foreliggende praksis fra EMD på det tidspunktet (1995) som tilsa behov for justeringer av norsk injurierett slik denne ble praktisert av Høyesterett.<sup>43</sup> Rådets særskilt sakkyndige medlem for anledningen, advokat Pål W. Lorentzen – som var blant de advokatene som hadde utarbeidet Redaktørforeningens forslag – støttet selvfølgelig dette forslaget også i Rådet, og avga særskilte, «dissenterende» merknader. Det ble ellers i samme innstilling pekt på at det fra flere hold var tatt til orde for at personvernet (injurievernet) kunne ha behov for noe mer effektiv beskyttelse mot angrep fra en stadig mer aggressiv presse, og at det uansett var behov for en bredere vurdering av medias rettslige vilkår før man vurderte større lovendringer.<sup>44</sup>

42. Se St. meld. Nr. 32 (1992-93) *Media i tida* og NOU 1995:10 *Reformer innen injurielovgivningen*

43. NOU 1995:10 op. cit. pkt 4.4

44. Op. cit. pkt 5.1

Mens alle disse diskusjonene forgikk, avgjorde Høyesterett fremdeles flere injuriersaker i året, og som påvist blant annet av advokat Cato Schiøtz i en bestilt utredning til nok et offentlig utvalg innenfor mediepolitikken (Medieombudutvalget), hadde Høyesterett i første halvdel av 1990-tallet vist klarere tendenser til å innarbeide hensynet til pressefriheten i sin rettsanvendelse – noe som delvis ble antatt å skyldes en viss påvirkning fra EMDs praksis, selv om dette ikke gikk klart frem av de fleste avgjørelsene. Flere saker ble i alle fall nå avgjort under den såkalte *rettsstridsvurderingen*, hvor det var rom for justeringer, selv om det tradisjonelle, strafferettslige utgangspunktet ble opprettholdt.<sup>45</sup> Under henvisning til praksis fra EMD, tok Schiøtz til orde for at Høyesterett burde gi noe større rom for hensynet til pressefriheten under rettsstridsvurderingen i saker hvor de ærekrenkende ytringene inngikk i en sak av allmenn interesse.

I tiden mot slutten av 1990-tallet kan man oppsummere situasjonen slik at den var ganske høyspent og, som det vil ha fremgått, mer uklar enn noensinne. Juristene i justisforvaltningen og de etablerte nestorene blant universitetenes (Oslo og Bergen) strafferettsjurister forholdt seg ganske avvisende til at forholdet til EMK innebar noe behov for å justere norsk injurieretts forhold til pressefriheten.

Høyesterett viste imidlertid tendenser til en viss liberalisering i favør av pressefriheten og hensynet til samfunnsdebatten – dog slik at dette skjedde med klare forbehold i forhold til de etablerte tesene, og fremdeles godt innenfor tradisjonell norsk strafferettstenkning, hvor pressefriheten i praksis fremdeles bare unntaksvis kunne fortrenge hensynet til den som ble utsatt for ikke-beviste beskyldninger og/eller sterkt kritisk omtale.

Pressen selv, derimot, lente seg kraftig på den rettspraksis som nå kom på løpende bånd fra EMD, og viste aktivt til denne i sin argumentasjon – både rettspolisk og overfor domstolene. Pressen fant i den sammenheng god støtte fra doktorgradsstipendiaten Kyrre Eggen, som i publikasjon etter publikasjon viste at den beskyttelsen som pressen lenge hadde savnet i Grunnloven § 100, nå dukket opp i EMDs prinsipielt anlagte tilnærming til pressefriheten i sin rettspraksis.

Ingen norsk injuriedom var hittil blitt gjenstand for prøving i EMD, annet enn «prøving» som skjedde i teoretiske sammenhenger, jf som nevnt særlig hos Andenæs og Eggen. Flere norske saker lå imidlertid til behandling i Strasbourg. Noe var i emning, men det skulle noen avgjørende begivenheter til før spenningen fikk en forløsning. Det skulle vise seg at flere av dem kom i et nesten merkelig sammenfall i tid.

---

45. Se NOU 1996:12 *Medieombud m/vedlegg: Utredning om personvern ut fra en juridisk synsvinkel*, av Cato Schiøtz

## Tiden rundt årtusenskiftet – konfrontasjon og brytning

I løpet av perioden mai 1999 til mai 2000 skjedde minst fem ting som markerte begynnelsen på og dels bidro til det paradigmeskiftet som ble omtalt og antydnet innledningsvis i denne fremstillingen. I kronologisk rekkefølge siktes det til følgende begivenheter:

*20. mai 1999:* EMDs dom i saken *Bladet Tromsø mot Norge* avsies. For første gang i historien dømmes Norge for krenkelse av ytringsfriheten, i en sak hvor avisen i Norge var domfelt for å ha formidlet ikke-beviste, ærekrenkende beskyldninger mot mannskapet på selfangstfartøyet «Harmoni», ved å ha gjengitt innholdet i en ikke-offentliggjort rapport fra selfangstinspektør Odd Lindberg. Dommen (sett i sammenheng med annen EMD-praksis) bekreftet tilsynelatende Eggens tidligere påpekning av pressens særlig sentrale rolle som videreformidler av informasjon i samfunnsdebatten.

*21. mai 1999:* Kongen i statsråd sanksjonerer Stortingets vedtak om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), som blant annet inkorporerer EMK som norsk lov. Menneskerettsloven § 3 bestemmer dessuten at ved tilfeller av motstrid mellom det som følger av EMK og det som står i annen norsk lov, skal det som følger av EMK gis forrang. Dualismens tid er med dette over for EMKs vedkommende, og norske domstoler kan nå anvende EMK direkte i sin dømmende virksomhet, uten de samme «lojalitetskonflikter» overfor lovgiver.

*22. september 1999:* Ytringsfrihetskommisjonen ved dens leder, professor Francis Sejersted, avgir sin utredning NOU 1999:27 *Ytringsfrihed bør finde Sted* til Justisdepartementet. Her har kommisjonen i henhold til sitt mandat fra 1996 foretatt en «grunnleggende gjennomtenking av ytringsfrihetens stilling i vårt samfunn», samt vurdert og fremmet et enstemmig forslag til ny Grunnloven § 100. Vedlagt utredningen er blant annet en utredning fra Kyrre Eggen om «Norges internasjonale forpliktelser på ytringsfrihetens område». Utredningen følger opp Eggens tidligere publiserte analyser av norsk injurierett i lys av EMK. Gjennom en analyse av dommen i *Bladet Tromsø mot Norge* får Eggen blant annet bekreftet sine teser om at norsk injurierett må praktiseres mer liberalt når det gjelder pressens videreformidling av åpne kilders ærekrenkende ytringer i saker av allmenn interesse, forutsatt at det journalistiske håndverket ellers er forsvarlig og i henhold til alminnelige presseetiske prinsipper om kildekritikk og kontradiksjon, jf alminnelige presseetiske prinsipper. Selve Ytringsfrihetskommisjonens utredning og resultatet av denne i form av vedtakelsen av ny Grunnloven § 100 i 2004, er viet et eget punkt senere i fremstillingen.

25. november 1999: EMD avsier dom i saken *Nilsen og Johnsen mot Norge*, hvor Norge dømmes for annen gang i en klagesak over en norsk injuriedom. Saksforholdet og selve dommen er relativt komplisert, og for detaljer henvises det til selve dommen, samt til den utførlige gjennomgangen av den på side 937-946 i Eggen (2002). Grovt oppsummert ble dommen oppfattet som et oppgjør med tidligere norsk praksis med hensyn til i stor grad å kreve sannhetsbevis for innholdet i mer subjektive verdivurderinger og karakteristikk, jf blant annet den gamle debatten på 1980-tallet mellom Fleischer på den ene side og Bratholm, Mæland m. fl. på den annen, om forholdet mellom krenkende karakteristikk og deres faktiske premisser. EMD skiller klarere mellom beskyldninger om faktiske forhold som det kan føres bevis for («facts») og verdivurderinger/karakteristikk («value judgements») som ikke lar seg bevise eller motbevise.

2. mai 2000: EMD avsier dom i saken *Bergens Tidende mot Norge*. Norge blir felt for tredje gang for krenkelse av ytringsfriheten i en nasjonal injuriesak.<sup>46</sup> Saken dreide seg om Bergens Tidendes formidling av kritikk fra en rekke tidligere pasienter av en plastisk kirurg, mot det de opplevde som manglende omsorg for og oppfølging av dem i forbindelse med de plastiske operasjonene (brystkirurgi). Høyesterett hadde tolket den formidlede kritikken som beskyldninger om manglende kirurgiske ferdigheter, noe som det ikke var ført sannhetsbevis for. Avisen ble dømt til å betale det (fremdeles) høyeste oppreisningsbeløp noensinne i norsk injurierett; kr 1.050.000 (i tillegg til flere millioner i erstatning for økonomisk tap). EMD tok utgangspunkt i at avisen hadde dekket et tema med stor allmenn interesse, hvor pressen både hadde rett og plikt til å formidle relevant informasjon, jf blant annet Bladet Tromsø-saken. Selv om EMD aksepterte Høyesteretts tolkning av ytringene isolert sett, ble det presisert at avisen ikke noe sted hadde sagt at kirurgen manglet kirurgiske ferdigheter. For EMD var hovedpoenget at kvinnes kritikk var berettiget, at avisen hadde gjengitt kritikken korrekt, og at dekningen av saken (over flere artikler) totalt sett var balansert og preget av aktsomt journalistisk håndverk – blant annet ved at kirurgen hadde fått rimelig anledning til å imøtegå kritikken.<sup>47</sup>

Umiddelbart var det de tre fellende dommene mot Norge, og ikke Ytringsfrihetkommisjonens rapport, som skapte mest dramatikk med hensyn til gjeldende presserett i Norge. Vi er nå kommet til den situasjonen som helt innledningsvis i dette kapittel ble illustrert ved gjengivelsen av deler av innleggene i henholdsvis VG og Aftenposten fra Versto og Hegge fra pressehold, og fra Bratholm og

---

46. Rt 1994 s 348 (Røv)

47. Både Tromsø Blad-saken og Bergens Tidende-saken er grundig kommentert i blant annet Eggen, Kyrre (2000), Ytringsfrihet, personvern og ærekrenkelser – tre norske saker for EMD, *Kritisk Juss* 2000 s 223 og i Eggen (2002), op. cit.

Andenæs fra rettsvitenskapens hold.<sup>48</sup> Selv om Andenæs i den refererte kronikken i all hovedsak fastholdt det syn han hadde gitt uttrykk for i sin artikkel i 1996 (Andenæs:1996, op. cit.), og mente at kritikken mot norsk injurierett fra pressehold etter de tre dommene fra EMD var bygget «på sandgrunn», innrømmet han likevel i samme kronikk at det kanskje kunne spores en tendens til at EMD la «større vekt på ytringsfriheten i forhold til æresvernet enn det som har vært vanlig ved norske domstoler».

Eggen derimot mente at han hadde fått bekreftet de analysene og konklusjonene som fremgikk av hans artikler i siste halvdel av 1990-tallet. Han publiserte en artikkel i *Kritisk Juss*, hvor han gjennomgikk blant annet de tre fellende dommene fra EMD. Her konkluderte han med at EMD tilnærmet seg presse-retts-/injuriesakene på en langt mer prinsipiell måte enn norske domstoler når det gjaldt hensynet til ytringsfriheten.<sup>49</sup> Han trakk frem tre hovedelementer som syntes å utgjøre de viktigste momentene for vurderingen av slike saker i henhold til EMDs praksis: (i)betydningen av at en ytring inngår i et bidrag til samfunnsdebatten, (ii)om det dreier seg om en meningsytring eller en beskyldning om faktiske forhold, og (iii)vektleggingen av medias rolle som «public watchdog» og den sentrale formidler av informasjon og meninger i samfunnsdebatten. Eggen var altså (fremdeles) uenig med Andenæs, og avsluttet ovenfor nevnte artikkel med følgende oppsummering:

For å unngå nye dommer mot Norge på ytringsfrihetens område er det behov for kursendringer fra Høyesteretts side i saker hvor de ærerørige ytringene har allmenn interesse. De nødvendige kursendringene vil gi større frihet til å fremsette kritikk i en krass form, større vurderingsfrihet for karakteristikk, mindre krav til sannhetsbevisets styrke og større frihet for journalistisk formidling av ærekrenkende ytringer.

Man sto altså med to ganske forskjellige analyser og konklusjoner fra de to universitetsjuristene som deltok mest aktivt i den rettsvitenskapelige debatten om temaet. Da gjensto det å se hvordan Høyesterett ville håndtere dette i kommende injurie- og presserettssaker.

## Paradigmeskift og ny juss

Etter de tre fellende dommene mot Norge kan man, ved å lese gjengivelsen av partenes anførsler i senere dommer, se at medienes advokater på en langt mer aktiv måte enn på 1990-tallet anførte EMK og EMD-praksis til støtte for sin argumentasjon. Høyesterett åpnet imidlertid ikke slusene umiddelbart, og i de

---

48. Se sluttnoter henholdsvis 3, 4, 5 og 6 ovenfor.

49. Eggen (2000), op. cit. Se ellers tilsvarende i Lorentzen, Pål W. (2001) *Ytringsfriheten på fremmarsj, Lov og Rett* 2001 s 67

første avgjørelsene kan tilnærmingen betegnes som konservativ. I den såkalte «Kjørelærersaken» (Rt 2000 s 279) holdt Høyesterett langt på vei fast i den tradisjonelle, norske tilnærmingsmåten, og utvidet strengt tatt bare de gamle «referatprivilegiene» til også å omfatte objektive og balanserte gjengivelser av innholdet i offentlige dokumenter, under henvisning til EMDs dom i Tromsø Blad-saken. Noe av forklaringen kan ligge i at Høyesterett ennå ikke hadde avklart helt hvordan EMK skulle få anvendelse etter vedtakelsen av menneskerettsloven i 1999, jf ovenfor. Dersom man skulle anlegge samme syn som Eggen på forholdet mellom injurieretten og EMK-retten, ville det i praksis medføre at man nærmest fullstendig overså ordlyden og systemet i straffelovens bestemmelser, samt at man brøt med flere av de prinsippene som rettspraksis hadde operert med.

Det hadde over lengre tid foregått en generell debatt, både i rettsvitenskapen og til en viss grad i rettspraksis, om hvor klar løsningen etter en inkorporert konvensjonsforpliktelse måtte være for at domstolene skulle konstatere motstrid, og derved kunne sette til side eller fravike en annen norsk lovbestemmelse eller en etablert, norsk rettstilstand. En slags forløsning med hensyn til dette generelle spørsmålet fikk man i en plenumsdom fra Høyesterett i den såkalte «Bøhler-saken» (Rt 2000 s 996), som dreide seg om helt andre forhold enn presserett, men som på dette punktet tok generell stilling til ovennevnte spørsmål. I denne dommen ble det blant annet slått fast som utgangspunkt at når norske domstoler skal ta stilling til hva som følger av EMK, må det benyttes samme metode for tolkningen som EMD benytter – og ut fra denne foretas en selvstendig tolkning. Dessuten fravek Høyesterett et i rettspraksis tidligere formulert krav om at den løsning som en slik tolkning anga måtte fremstå som «klar» for at den skulle gå foran intern norsk rett.<sup>50</sup>

Denne avklaringen ga domstolene en helt annen mulighet enn før til å gi EMK mer direkte og bredere plass i løsningen av enkeltsaker – også i injuriersakene.

Dette preget også tydelig den neste, sentrale injuriedommen fra Høyesterett; den såkalte «Nordlandsposten-dommen» (Rt 2002 s 764). Saken dreide seg om en artikkelserie i Nordlandsposten, om noen skattemessige forhold mellom en håndballklubb og en av klubbens trenere. Artiklene baserte seg blant annet på innholdet i en bokettersynsrapport, men også på de involverte private partenes påstander og synspunkter. Blant det som ble formidlet om treneren var uttalelser fra klubbens ledelse/styre om at han hadde bedrevet «økonomisk snusk», at han hadde « trikset til seg mellom 150.000 og 200.000 kroner de siste årene» og at styret satt « på bevis for at A har begått grovt underslag fra klubben, dette ved å ha levert falske og fiktive bilag ». Det gikk frem av artiklene at utgangspunktet for dekningen var bokettersynsrapporten og at de ovenfor refererte uttalelsene sto

50. Se nærmere om disse spørsmålene i Skoghøy, Jens Edvin A. (2002) Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner, *Lov og Rett* 2002 s 337



for styrets/ledelsens regning. Det ble også tatt uttrykkelig forbehold for at det på ingen måte var bevist at treneren hadde begått ulovligheter og at han, til tross for tilbud om å imøtegå påstandene, ikke hadde ønsket å kommentere saken. Det er likevel liten tvil om at avisen hadde fått betydelige problemer dersom den tradisjonelle tilnærmingen etter straffeloven hadde blitt anvendt. Det var dette som for så vidt hadde skjedd i underinstansene, der avisen ble domfelt. I Høyesterett ble avisen frifunnet.

En full gjengivelse og analyse av dommen er det ikke plass til i denne fremstillingen. Det viktige er at Høyesterett for første gang tok skrittet fullt ut av straffelovens system og tidligere praksis, og over i den EMK-rettslige tilnærmingen. Tolkningen av de omstridte ytringene ble gjort i kontekst av reportasjene som helhet, slik at Høyesterett blant annet la vekt på at det for leserne (som ble forutsatt å lese artiklene i sin helhet, og ikke bare overskrifter mv.) gikk klart frem hvilke kilder man bygget på og refererte til, og at det ble tatt tydelige forbehold fra avisens side på de kritiske punktene. På denne bakgrunn ble det ikke fokusert alene på de enkelte beskyldningene isolert og krevet «sannhetsbevis» for innholdet i disse. Det ble snarere fremhevet at disse ble formidlet som uttalelser fra åpne kilder i en sak der de i konteksten av artiklenes innhold for øvrig ikke kunne leses i «juridisk-teknisk» betydning, men som styrets/ledelsens syn på de misligheter og feil som bokettersynsrapporten beskrev, og som langt på vei var ubestridt.<sup>51</sup>

I stedet for å konkludere bastant på et «tolkningsresultat» innledningsvis i premissene (som jo var den «gamle» teknikken), gikk Høyesterett først over til det som var utgangspunktet etter EMK og EMDs praksis. Det ble henvist til at kravet om mortifikasjon og oppreisning innebar et inngrep i ytringsfriheten etter artikkel 10, og at hovedspørsmålet derfor var om vilkårene for et slikt inngrep var oppfylt: Om det var nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til vern av trenerens omdømme. Deretter uttalte Høyesterett at denne avveiningen måtte ta utgangspunkt i

(..) pressens grunnleggende funksjon i et demokratisk samfunn, både som sentral utøver av ytringsfriheten og som den viktigste arena for andres bruk av denne frihet. Det inngår i pressens rolle å avsløre maktmisbruk, ulovligheter og uhederligheter i første rekke hos representanter for samfunnsmessige institusjoner og organisasjoner, offentlige så vel som private. Den skal – som det uttrykkes i flere avgjørelser av EMD – være 'a public watchdog'.

---

51. Se for øvrig Strømme, V. og Anine Kierulf (2004) *Tolkning og injurier*, *Lov og Rett* 2004 s 474, som gir en mer filosofisk refleksjon over problemene forbundet med tolkning av ytringer som ledd rettslige vurderinger hvor innholdet i ytringene blir avgjørende for spørsmål om rettslig ansvar

Resten av dommen var en ren øvelse i EMK-basert juss, med så godt som ingen referanser til eldre, norsk rettspraksis, men med tallrike referanser til EMD-praksis og alle de momentene og avveiningsmarkørene som fremgikk av denne. Kjernespørsmålet var, under henvisning til hva som gjentatte ganger var sagt av EMD i slike saker, om avisen hadde opptrådt «in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism». Svaret ble bekreftende, og avisen ble frifunnet for så vel mortifikasjons – som oppreisningskravet, som for øvrig ble likestilt i den sammenheng. Det ble aldri stilt krav til sannhetsbevis som sådan, etter mønster fra tidligere praksis. Det grunnleggende spørsmålet i forhold til dokumentasjon var «hvilken forankring de omstridte beskyldninger hadde i faktiske forhold».

Som ledd i begrunnelsen for at den tapende saksøkeren ikke ble pålagt å betale avisens saksomkostninger, uttalte Høyesterett ved førstvoterende dommer følgende:

Jeg peker også på at det på dette rettsområdet har vært en vesentlig rettsutvikling i de senere år, og at det derfor må ha vært vanskelig for partene å bedømme sine rettslige posisjoner.

Dommen markerte utvilsomt det endelige brudd med den tidligere tilnærmingen som er beskrevet ovenfor i denne fremstillingen. Selv om domstolene etter hvert hadde gitt hensynet til ytringsfriheten stadig større plass i rettsstridsvurderingen, hadde de inntil Høyesteretts dom i saken om Nordlandsposten tatt systematisk utgangspunkt i den strafferettslige innfallsvinkelen der hensynet til ytringsfriheten fremsto mer som grunnlag for unntak fra eller innskrenkning av det som i utgangspunktet var et straffbart forhold. Med Nordlandsposten-dommen var innfallsvinkelen derfor på mange måter snudd på hodet i henhold til den rettighetsbaserte tilnærmingen som EMK legger opp til, der hensynene som begrunner ytringsfriheten jo på en klarere måte kommer frem i rettsanvendelsen.<sup>52</sup>

Senere samme år, 12. september 2002, holdt Høyesterettsjustitiarius Tore Schei – som selv hadde votert i dommen – et foredrag hos Norsk Redaktørforening. I foredraget kom han også inn på utviklingen i injurieretten. Under henvisning til Nordlandsposten-dommen som illustrerende for den nye rettstilstanden, formulerte Schei det slik at Høyesterett gjorde en «høflighetsvisitt»

---

52. Se blant annet Schiøtz, C og Vidar Strømme (2002) Paradigmeskifte i injurieretten, *Lov og Rett* 2002 s 401 og Wessel-Aas, J (2003) Ikke skyt pianisten – om pressens videreformidlingsrett, *Lov og Rett* 2003 s 421. Dr. juris Kyrre Eggen, som utga sin doktoravhandling i bokform, jf Eggen (2002) op. cit., hadde jo som vist lenge påpekt at Høyesterett måtte legge om kursen, dersom Norge ikke skulle få flere domfellelser i EMD. Dette grunnnga han utførlig i avhandlingen, men selve avhandlingen ble ferdigstilt før Nordlandsposten-dommen. I bokversjonen kommenterer han imidlertid dommen forordet

innom straffeloven, før man gikk løs på den EMD-skapte interesseavveiningen.<sup>53</sup> Norge hadde fått en fullstendig ny rettstilstand på området – helt uten lovgivers medvirkning, for så vidt angikk selve straffelovens bestemmelser. Dette kom til å prege jussen i forhold til alle saker som angikk begrensninger i pressefriheten, også utenfor injurierettens område.

Et illustrerende eksempel i så måte er Høyesteretts dom i 2003 (Rt 2003 s 593). Her var forholdet at TV2s sjefredaktør Kåre Valebrokk var tiltalt for en erkjent forsettlig overtredelse av domstollovens uttrykkelige og (etter ordlyden) absolutte forbud mot i straffesaker å fotografere en tiltalt i rettssalen. Valebrokk ble frifunnet fordi Høyesterett anvendte EMK-juss: I den konkrete saken var det ikke nødvendig i et demokratisk samfunn å gjøre inngrep i ytringsfriheten. Her ble derfor domstollovens bestemmelser regelrett satt til side, fordi de sto i motstrid til løsningen som fulgte av EMK anvendt på sakens forhold.

En rekke senere injuriedommer fulgte opp og konsoliderte den nye tilnæringsmåten, hvor Høyesterett brukte de samme utgangspunkter og avveiningsmomenter som EMD.<sup>54</sup> Den nye rettstilstanden syntes å ha blitt konsolidert. Hva angår overgangen fra tradisjonell norsk juss, med dens strafferettslige tilnærming til den rettighetsbaserte EMK-tilnærmingen, holder dette stikk fremdeles.<sup>55</sup> Men som vi skal se i det følgende avsnittet, skulle det vise seg at det var behov for noen ytterligere justeringer i forhold til personvernets plass som likeverdig rettighet etter EMK.

## Konsolidering – eller overstyring? Personvernets status som likeverdig menneskerett

Noe av det prinsipielt viktigste i utviklingen som denne fremstillingen omhandler er allerede dekket og forklart med det som er behandlet ovenfor: Altså at det

- 
53. Gjengivelsen her er ikke basert på skriftlig dokumentasjon, men forfatteren har forelagt gjengivelsen for Schei i juni 2009, og Schei har bekreftet at innholdet er dekkende for hva han sa den gang.
  54. Se Wessel-Aas, J (2005) Pressefrihet kontra personvern – nye signaler fra Strasbourg, *Lov og Rett* 2005 s 370, og oppsummeringen av rettstilstanden der under artikkelens pkt 3
  55. Riktignok måtte EMD «korrigere» Høyesterett i en fjerde injuriersak hvor Tønsberg Blad ble dømt for feilaktig å ha formidlet at en kjent næringslivsleder sto på en intern liste i kommunen over mennesker som ikke overholdt boplikten på sin eiendom i skjærgården utenfor Tønsberg (Rt 2003 s 928). Han ble i en artikkel serie brukt som illustrasjon på ressurssterke mennesker som omgikk bopliktregler ved å bruke boligeiendom som feriehus. I EMDs dom av 01.03.07 (*Tønsberg Blad og Haukom mot Norge*), ble dommen ansett som en krenkelse av EMK artikkel 10. Dommen bidro nok først og fremst til å slå fast at det i større grad enn antatt i norsk rett var adgang for pressen til å bruke identifiserbare privatpersoners forhold som illustrasjon på generelle samfunnsspørsmål, og at man i større grad enn antatt i norsk rett måtte legge vekt på at pressen i senere publiseringer korrigerede tidligere publiserte, feilaktige opplysninger. Dommen er utførlig kommentert i Hatland, T. og Camilla Vislie (2007) Grenseoppgang fra Stasbourg i Tønsberg Blad-saken, *Jussens Venner* 2007 s 306

rettighetsbaserte perspektivet i EMK-jussen har erstattet den tradisjonelle, norske strafferettstenkingen. Dette har medført at hensynet til ytringsfriheten og pressens særlige rolle i et demokratisk samfunn har fått en langt mer sentral plass i den juridiske argumentasjonen. Samtidig innebærer utviklingen at også de andre rettighetene i EMK har fått en mer fremtredende plass i norsk rett. En av disse rettighetene er retten til privatliv, som er vernet i EMK artikkel 8. Prinsipielt var det derfor klart allerede da norsk rett fullt ut inkorporerte EMK og domstolene «åpnet slusene» i praksis, at hensynet til privatlivets fred hadde krav på like stor plass som for eksempel hensynet til ytringsfriheten.

Inntil 2004 forelå det imidlertid lite praksis fra EMD som tydet på at dette hadde noen praktisk relevans i forhold til norsk rett når det gjaldt forholdet til pressefriheten. Her hadde jo problemet som vi har sett nettopp vært omvendt; det var pressefriheten som hadde blitt nedvurdert i norsk rett.<sup>56</sup> Videre var det slik at EMK artikkel 8 kun ble antatt å verne privatlivets fred i snever forstand (jf straffeloven § 390), og ikke personvernet i videre forstand, på den måten at æres-/omdømmevernet var omfattet – selv om det var alminnelig enighet om at hensynet til personers omdømme var en relevant rettighet som kunne begrunne inngrep i ytringsfriheten etter artikkel 10 (2).<sup>57</sup> I 2004 avsa EMD flere dommer som kom til å avklare noen av disse spørsmålene. For det første avsa EMD dom av 24.06.04 i saken *von Hannover mot Tyskland*, hvor prinsesse Caroline (von Hannover) av Monaco fikk medhold i at Tyskland hadde krenket hennes rett til privatliv etter artikkel 8, ved ikke å ha domfelt diverse ukeblader som hadde publisert bilder av henne fra til dels offentlige steder, men i private situasjoner/ærender. Grovt sagt slo dommen fast at alle – også offentlige eller kjente personer – i utgangspunktet har krav på samme vern om sitt privatliv. Videre slo den fast at den vernede private sfære i prinsippet dekker nær sagt alle opplysninger (herunder i form av bilder) om en person, selv om de ikke er «hemmelige», og selv om opplysningene (i sakens tilfelle bildene) bare avslører ting som har foregått på allment tilgjengelige steder. Inngrep i dette vernet – i form av offentliggjøring gjennom pressedekning – aksepteres i utgangspunktet kun dersom publiseringen på en eller annen måte kan sies å ha bidratt til å

56. Se dog for eksempel Borvik, B. (2003) EMK artikkel 8 og vernet mot ærekrenkingar, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2003 s 246, og Borvik (2004) Ytringsfridom på norsk – ein kritikk, *Lov og Rett* 2004 s 72, hvor han – den gang stipendiat ved UiB, senere PhD med avhandlingen *Personvern og ytringsfridom: Avveiginga mellom kolliderande menneskerettar*, Bergen 2008 (Borvik:2008) – begge steder argumenterte for at norsk rettspraksis i for liten grad hadde tatt inn over seg at hensynet til personvernet etter EMK artikkel 8 måtte avveies mot pressens ytringsfrihet etter artikkel 10

57. Se dog Borvik (2003), op. cit., saml. Eggen (2002) på s 740 flg

belyse samfunnsdebatten, jf. ovenfor om hovedbegrunnelsen for pressefriheten.<sup>58</sup> Betydningen av dette for senere norsk rettspraksis vendes det tilbake til nedenfor. For det andre presiserte EMD i flere dommer samme år at en persons omdømme var en integrert del av retten til privatliv etter artikkel 8.<sup>59</sup> Dette medførte at enkelte debattanter mente at EMD nå hadde justert kursen i retning av en større vektlegging av hensynet til personers omdømmevern, på bekostning av pressefriheten, og at Høyesterett måtte justere kursen tilsvarende.<sup>60</sup>

I Høyesteretts dom i den såkalte «Fævenn-saken» (Rt 2005 s 1677) ble dette spørsmålet tatt uttrykkelig stilling til, hvoretter det ble uttalt at

(j)eg kan ikke se at de nevnte avgjørelsene inneholder uttalelser som gir holdepunkter for at EMD i senere tid har lagt mer vekt på vern av omdømmet ved bedømmelsen av om et inngrep i ytringsfriheten er nødvendig etter artikkel 10 nr. 2.<sup>61</sup>

Mannen som tapte saken klaget imidlertid til EMD, og anførte at Høyesteretts dom utgjorde en krenkelse av hans rettigheter etter artikkel 8. Klagesaken, *A mot Norge*, ble avgjort av EMD ved dom av 09.04.09, og resulterte i at Norge ble dømt for å ha krenket artikkel 8. Dommen var den gang for øvrig én av kun to dommer fra EMD hvor en stat var dømt for å ha krenket artikkel 8 ved en frifinnende, nasjonal injuriedom.<sup>62</sup> Senere har det kommet flere.

Om denne EMD-dommen betyr annet enn at Høyesterett i den konkrete saken (som for øvrig ble avgjort med dissens 3-2) har tillagt hensynet til personvernet for liten vekt, er vanskelig å avgjøre. Saken gjaldt identifisering, blant annet gjennom bilder, av en uskyldig privatperson i forbindelse med omtale som kastet mistanke over ham som gjerningsperson i forbindelse med voldtekt og drap av to mindreårige jenter. Uenigheten mellom flertall og mindretall i Høyesterett, og mellom Høyesterett og EMD, gikk særlig på nødvendigheten av å gå så langt som avisen hadde gjort i å identifisere vedkommende på et så tidlig stadium i en

---

58. Se blant annet Wessel-Aas (2005), op. cit. og gjennomgangen av dommen under pkt 4 og Høyesteretts dom i den såkalte «Big Brother-saken» (Rt 2007 s 687) hvor tilsvarende forståelse synes å være lagt til grunn, jf også Rt 2008 s 489 («Platasaken»). Men Rt 2008 s 1089 («Bryllupsfotosaken») kan synes å begrense dette, jf Wessel-Aas, J. (2008) Pressefriheten og privatlivets fred – en oppsummering av rettstilstanden og en kritikk av Høyesteretts dom i Bryllupsfotosaken, *Lov og Rett* 2008 s 596, med en kritikk av flertallets begrunnelse, se også Mestad, I. (2008) Privatlivets fred og kjendisreportasjer – en kommentar til høyesterettsdom, *Lov og Rett* 2008 s 611

59. Først i *Radio France mot Frankrike* (30.03.04), og siden i sakene *Chauvy mot Frankrike* (29.06.04) og *Cumpana og Mazare mot Romania* (17.12.04)

60. Se Danielsen, P. (2005) Personvernet styrkes av Strasbourg, *Lov og Rett* 2005 s 129, motsatt Wessel-Aas (2005), op. cit.

61. Dommens avsnitt 70. Se for øvrig Wessel-Aas, J. (2006), Personvernet og presseretten – konsolidering fra Høyesterett, *Lov og Rett* 2006 s 252

62. Den første kom ved EMDs dom av 15.11.07 i saken *Pfeifer mot Østerrike*

straffesak. Det er likevel grunn til å anta at EMD mer generelt er villig til å verne særlig bilder av privatpersoner mot offentliggjøring, enn hva som har vært vanlig i nyere, norsk rettspraksis (i hvert fall frem til 2007) – hvis ikke bildene i seg selv er av informasjonsverdi for den aktuelle del av samfunnsdebatten.

Det fremgår blant annet av en annen dom i EMD i en «norsk» sak; *Egeland og Hanseid mot Norge* (16.04.09). Klagerne var redaktører for henholdsvis Dagbladet og Aftenposten, og hadde i Høyesterett (Rt 2004 s 510) blitt dømt for overtredelse av «fotoforbudet» i domstolloven § 131a, jf § 198, da avisene hadde trykket bilder tatt av Veronica Orderud i det hun ble ført ut av retten, pågrepet for varetektsfengsling, etter å ha fått forkynt dom om 21 års fengsel for medvirkning til trippeldrap i den såkalte «Orderud-saken». De anførte at domfellelsen innebar en krenkelse av deres ytringsfrihet etter artikkel 10, men fikk ikke medhold i EMD. Selv om identiteten til Veronica Orderud var viden kjent på det aktuelle tidspunktet, og selv om bilder hadde blitt trykket av henne utallige ganger tidligere, dels med hennes samtykke, la EMD avgjørende vekt på at en persons bilde var en sentral del av personvernet etter artikkel 8, og at den som er siktet i en straffesak har et særlig behov for beskyttelse mot offentliggjøring av bilder som er tatt i forbindelse med situasjoner i direkte tilknytning til selve rettsbehandlingen. EMD la i den forbindelse også særlig vekt på hensynet til selve rettergangen, ikke alene på personvernet.

Her kan det være betimelig å vende tilbake til betydningen av blant annet den ovenfor omtalte EMD-dommen i *von Hannover mot Tyskland* i senere, norsk rettspraksis omkring privatlivets fred, herunder vern av personbildet. Høyesteretts praksis fra de senere årene synes nemlig stort sett å være ganske på linje med den nettopp omtalte praksis fra EMD. Det gjelder dommene inntatt i henholdsvis Rt 2007 s 687 («Big Brother»), Rt 2008 s 489 («Plata»), Rt 2008 s 1089 («Bryllupsfoto») og Rt 2009 s 265 («Memo»)<sup>63</sup>.

Alle sakene hadde det fellestrekk at de gjaldt spørsmål om pressefriheten kontra retten til privatliv/retten til personbilde. Videre inneholder de alle det felles-trekk at de i liten grad oppholder seg ved det nærmere innholdet i de aktuelle norske bestemmelsene (straffeloven § 390 og/eller åndsverkloven § 45c), men i det store og hele vurderer sakene som en avveining mellom rettighetene etter henholdsvis EMK artikkel 8 og artikkel 10, og etter mønster fra EMDs vurderinger. I alle sakene opererte Høyesterett med vurderingen av publiseringens allmenne interesse/bidrag til samfunnsdebatten som et hovedkriterium for å avgjøre om det var hensynet til pressefriheten eller hensynet til personvernet som skulle tillegges mest vekt. Med unntak av Bryllupsfotosaken, kan man si at dette

63. De tre første er behandlet i Wessel-Aas (2008), den siste er behandlet i Wessel-Aas, J. (2009), Bilder som forteller og bilder som feller, «Medium... skal ha ein redaktør» – Redaktørinstituttets status 2009 – Årbok fra Norsk Redaktørforening (Arne Jensen, red.), Norsk redaktørforening 2009

kriteriet ble utslagsgivende for resultatet – selvfølgelig med en del ytterligere nyanser. Bryllupsfotosaken – hvor Se og Hør publiserte bilder tatt med telelinse av et kjent kunstners private bryllupsfest i skjærgården – ble gjort til gjenstand for en klage til EMD fra paret, som hevdet at frifinnelsen av Se og Hør innebar en krenkelse av EMK artikkel 8. Klagerne fikk ikke medhold i EMD, som i dom av 16/1 2014, avgjorde at artikkel 8 ikke var krenket, da Høyesterett hadde foretatt en forsvarlig avveining mellom pressefriheten og personvernet, i henhold til de relevante kriteriene som følger av EMDs praksis. Det var derfor innenfor statens skjønnsmargin å avgjøre hvordan denne avveiningen skulle slå ut i den konkrete saken.<sup>64</sup> <sup>65</sup> Alle sakene – kombinert med de seneste EMD-dommene omtalt ovenfor – viser at forholdet mellom pressefriheten og personvernet nå avgjøres ut fra en mer eller mindre ren avveining av forholdet mellom EMK artikkel 8 og artikkel 10, og at det i svært liten grad tas særlig hensyn til hva som står i de aktuelle norske bestemmelsene. Høyesteretts ferskeste dom i en injuriersak, den såkalte ambulansesjåførsaken, er også illustrerende i så måte.<sup>66</sup> Dette er for så vidt en naturlig konsekvens av at EMK-jussen har blitt så sentral i norsk rett. Lar domstolene seg «distrahere» av de nærmere detaljer eller den systematikk som de interne, norske bestemmelsene inneholder, på bekostning av den EMD-skapte metoden, risikerer de samtidig å ende opp med resultater og/eller begrunnelser som vil underkjennes ved en eventuell prøving i EMD. Status i dag er derfor langt på vei at vi i Norge fullstendig har forlatt den strafferettslige tilnærmingen, med spørsmål om gjerningsbeskrivelser og subjektiv skyld, sannhetsbevis, særlige straffefrihetsgrunner mv., og gått over til en rettsanvendelse som nesten utelukkende dreier seg om en avveining mellom kolliderende menneskerettigheter, basert på i utgangspunktet vage prinsipper om forholdet mellom den offentlige og den private sfære i et demokratisk samfunn, og presens rolle i dette. Utviklingen har kanskje ikke gjort det så meget enklere for aktørene å forutberegne sin rettsstilling i konkrete saker, men det har utvilsomt bidratt til at de respektive vernende størrelsene og deres begrunnelser kommer bedre frem i den juridiske argumentasjon som benyttes for å avgjøre sakene.

Hovedtrekkene i utviklingen av pressefrihetens plass i norsk rett i moderne tid skulle med dette være noenlunde fyllestgjørende dekket. Forhåpentlig vil også forklaringen på hva den tilspissede diskursen som forgikk mellom presens representanter og de gamle juridiske nestorene i avisspaltene i løpet av forsommeren i 2000 egentlig dreide seg om også være gitt. Fremstillingen kan imidlertid ikke avsluttes uten å kommentere vår nye grunnlovsbestemmelse om

---

64. Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge, EMDs dom av 16.01.14

65. Se kommentar til EMDs dom i Bekkedal, Tarjei, «Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest», *Lov og Rett* 2014/6 s 315

66. Rt 2014 s 152 – Dagbladet har for øvrig nylig gjort dommen til gjenstand for en klage til EMD

ytringsfrihet fra 2004, og den revisjon av injuriereglene som skjedde i forbindelse den nye straffeloven.

## Nye Grunnloven § 100 – en prinsipiell milepæl, men litt sent for praksis?

I en fremstilling som denne kan det virke sært at Grunnloven § 100 i totalrevidert utgave per 2004 ikke er viet nevneverdig omtale i fremstillingen foreløpig. Det er på mange måter også urettferdig mot dens konsipister – og da særlig Ytringsfrihetskommisjonens medlemmer – ettersom deres arbeid, vurderinger og ikke minst lovforslag i stor grad ble sanksjonert uendret gjennom den videre behandlingen i departementet og Stortinget. Utredningene av ytringsfrihetens plass i et liberalt demokrati, forholdet mellom den offentlige og den private sfære, samt de vurderingene og anbefalingene som kommisjonen under professor Francis Sejersteds ledelse ga uttrykk for, var meget verdifulle for selve debatten i Norge. Den nye bestemmelsen er også bygget opp på en måte som «tvinger» lovgiver, domstolene og andre rettsanvendere til å identifisere de grunnleggende hensynene som begrunner ytringsfriheten på samme måte som i EMK, om enn med andre ord og formuleringer. Både arbeidet bak bestemmelsen og bestemmelsen selv representerer derfor en prinsipiell milepæl når det gjelder å gi uttrykk for det moderne Norges syn på en av vårt demokratis mest grunnleggende verdier og forutsetninger. Tankene som finnes i dette arbeidet har vært, og vil sikkert i fremtiden være, inspirerende for tenkning og argumentasjon omkring disse spørsmålene. Men det ironiske faktum er at dette kom i en tid hvor – som nettopp vist gjennom fremstillingen foran – EMK og den EMD-skapte pressejussen kom skyllende inn i den norske rettspleien, på en måte som i praksis har overflødiggjort en egen grunnlovsbestemmelse om ytringsfrihet i forhold til de fleste, typiske presserettssakene. Både pressen og domstolene har for lengst blitt mer enn fortrolige med EMK-jussen, og man skal nok heller ikke underslå at med hensyn til EMK finnes det i EMD et effektivt «ris bak speilet» for Høyesterett, som mangler når det gjelder vår egen Grunnlov. Høyesterett dømmer ikke i siste instans i anvendelsen av EMK og har derfor kanskje et incitament til å forholde seg til EMK heller enn til Grunnloven.<sup>67</sup>

Den eneste presserettssaken hvor nye Grunnloven § 100 sto helt sentralt i Høyesteretts argumentasjon, var den såkalte «Brennpunkt-saken» (Rt 2007 s 404). Den nye § 100 inneholder nemlig et forsterket vern mot forhåndssensur og annen forhåndskontroll av ytringer, herunder i forhold til bruk av såkalte midlertidige forføyninger til å stanse publikasjon av antatt rettstridige

67. Se nærmere om Høyesteretts anvendelse av Grunnloven § 100 i ytringsfrihetssaker i Kierulf, Anine, «Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?», *Lov og Rett* 2012/3 s 131



ytringer. Gamle § 100 forbød antagelig ikke dette. I Brennpunkt-saken hadde Oslo byfogdembete gjennom midlertidig forføyning forbudt NRK å sende en upublisert dokumentar om ulovlige sider ved politiets etterforskning i den såkalte «NOKAS-saken» – et organisert bankran hvor en polititjenestemann ble drept. Begrunnelsen var at publisering ville avsløre identiteten til en av politiets sivile informanter, en «dobbelagent», og at dette ville utsette ham for livsfare i form av represalier fra den kriminelle verden. Høyesterett foretok for det første en meget grundig tolkning og gjennomgang av § 100. For det andre bekreftet Høyesterett at forbudet mot den typen forhåndssensur gjennom midlertidige forføyninger er nær absolutt. Høyesterett slo fast at sendeforbudet var i strid med Grunnloven § 100. Selve dokumentaren inneholdt ikke noe ulovlig, og selv om offentliggjøring overveiende sannsynlig ville kunne utløse ønsker om represalier mot informanten måtte det i et demokratisk samfunn i første rekke være politiets oppgave å sikre sine informanter mot slik fare, slik at pressefrihetens rammer ikke ble diktert av kriminelle.<sup>68</sup>

## Ny straffelov – avkriminalisering av injuriene og ny lovteknikk

Som nevnt ovenfor har en helt ny straffelov blitt vedtatt, men foreløpig har den ikke trådt i kraft. Dette er resultat av et lovgivningsarbeid som ble påbegynt allerede på 1990-tallet, og som på grunn av sitt voldsomme omfang har foregått i flere trinn og med flere delutredninger. Det som er av interesse innenfor denne fremstillingens rammer er først og fremst hva som har blitt resultatet med hensyn til injuriereglene og regelen om privatlivets fred. Som fremstillingen foran har berørt, har diskusjoner om reformer av injuriereglene pågått flere ganger, også gjennom offentlige utredninger, siden tidlig på 1990-tallet – uten at de har resultert i revisjoner på noen av de grunnleggende punktene. Vi har også sett at Høyesterett i praksis har måttet ta saken i egne hender for å holde seg innenfor kravene som stilles etter EMK – fra 2002 med det resultat at straffelovens nærmere bestemmelser om injurier for alle praktiske formål har blitt totalt oversett i rettsanvendelsen. Injuriereglene og spørsmålet om hvordan de eventuelt skulle se ut i en revidert straffelov, ble i realiteten ikke undergitt noen bredere utredning før i slutfasen av arbeidet med ny straffelov – rett i forkant av Justisdepartementets egen frist for å avgjøre til Stortinget den proposisjonen som skulle omhandle blant annet dette. Det skjedde på den i norsk sammenheng noe uvanlige måten at departementet innhentet en utredning fra én enkeltperson, førstemanuensis Bjørnar Borvik, inneholdende både en utredning av det strafferettslige og

68. Se omtale av kjennelsen i Schei, Tore [m.fl.], (2007) *Tvisteloven kommentarutgave bind II*, Oslo 2007 s 1559. For en nærmere omtale av andre sider av sakskomplekset, se Wessel-Aas, J. (2008a), *Straffri overtredelse av domstolsavgjørelser?*, *Lov og Rett* 2008 s 20

sivilrettslige vernet mot ærekrenkelser og konkrete forslag til nye lovbestemmelser.<sup>69</sup> Denne utredningen ble så sendt ut på høring, ledsaget av et forholdsvis kortfattet høringsbrev fra Justisdepartementet 30.05.08, med høringsfrist satt til 20.08.09 (med sommerferie mellom). Pressens organisasjoner var blant de som reagerte sterkt på denne fremgangsmåten, særlig med hensyn til den uvanlig korte høringsfristensom flere krevet forlenget med en måned.<sup>70</sup> Departementet innvilget ti dagers fristutsettelse.

Borvik, som både i tidligere artikler innen feltet og i sin PhD-avhandling (Borvik:2008) hadde argumentert til dels sterkt for at nyere norsk rettspraksis hadde lagt for stor vekt på ytringsfriheten, på bekostning av personvernet, fulgte i stor grad opp disse synspunktene i sin utredning. Det vil føre for langt her å gå i detaljer, men et hovedproblem – sett med pressens i alle fall – var at Borvik i stor grad fastholdt den tradisjonelle strafferettslige systematikken som i gjeldende straffelov hadde vist seg vanskelig å forene med den tilnærmingen som den nye EMK-jussen fordret. Det var også et spørsmål om man overhodet skulle beholde straff som sanksjon for ærekrenkelser, eller om tiden var kommet for å overføre injuriereglene til den sivile erstatningsretten. Eventuelt om man skulle beholde reglene i straffeloven, men slik at det bare var de grove ærekrenkelser som skulle være straffbare. Borvik gikk inn for det siste alternativet, men da han skulle foreslå hvilke momenter som skulle tillegges vekt i vurderingen av om en ærekrenkelse var grov, var et av disse at ærekrenkelsen var fremsatt i et massemedium (jf «gamle» straffeloven § 247 – som han henviste til). Pressen og dens representanter, herunder flere advokater, oppfattet Borviks utredning som både skjev i favør av personvernet og reaksjonær i selve tankegangen og systematikken – nærmest som et gjensyn med juss som man trodde var tilbakelagt mer enn ti år tilbake.<sup>71</sup> Pressens organisasjoner, ført an av Norsk Redaktørforening, leverte omfattende høringsuttalelser der man ikke bare gikk i rette med de deler av Borviks utredning og lovforslag som man var kritiske til, men hvor man la ved et fullstendig og alternativt lovforslag med kommentarer, utarbeidet av advokatene Vidar Strømme, Anine Kierulf og Jon Wessel-Aas. Forslaget bygget på en forutsetning om at injurier skulle avkriminaliseres fullstendig og at dagens regler skulle erstattes av nye bestemmelser i skadeerstatningsloven, med erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk tap (oppreisning) som de eneste tilgjengelige sanksjoner mot rettstridige injurier. Lovteksten var utformet med tanke på

---

69. Utredningen samt alle dokumenter i forbindelse med den etterfølgende høringsrunden finnes på Regjeringens nettsider: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2008/horing--bestemmelser-om-arekrenkelser-i.html?id=515019> (lastet ned 20.07.13)

70. Se oppslag om dette på [journalisten.no](http://journalisten.no) 17.07.08: <http://journalisten.no/node/18792> (sist lastet ned 08.12.14)

71. Se for eksempel artikkel i Bergens Tidende, nettutgaven: <http://www.bt.no/kultur/artikkel617245.ece> (lastet ned 18.06.13)

at den skulle tåle tidens tann, i erkjennelse av hva man hadde sett når det gjaldt utviklingen med hensyn til EMDs rettighetsbaserte avveiningsmetode. Tanken var at det også i fremtiden ville måtte bli opp til rettspraksis å foreta de nødvendige avveiningene og utvikle disse i tråd med EMDs dynamiske fortolkningsstil. Da måtte man unngå å «fryse» rettstilstanden ved forsøk på for presise angivelser av hvilke momenter som skulle være avgjørende for om en injurie var rettstridig – både av hensyn til ytringsfriheten og av hensyn til personvernet (dette ville også være enklere å få til innenfor et sivilrettslig regime, da strafferetten på en annen måte stiller krav til presisjon i gjerningsbeskrivelsen). Når det gjaldt privatlivets fred, var alle presseorganisasjonene enige om at det var rimelig at man beholdt et strafferettslig vern – jf. det avgjørende skillet mellom den offentlige og den private sfære: Den private sfære er ikke bare noe som må beskyttes av hensynet til enkeltindividet. Den er også et felles samfunnsgode i et liberalt demokrati. Derfor kan man argumentere for at det også er et offentlig anliggende å beskytte privat sfæren mot rettstridige angrep..

Med hensyn til avkriminalisering fikk man også god støtte fra Riksadvokaten, som i sin høringsuttalelse pekte på at offentlig påtale i alle fall var nesten utenkelig i ærekrenkelsessaker, og at dette hadde vært situasjonen lenge. Videre ble det, som også fremhevet av pressens representanter, lagt vekt på at de fleste tenkelige tilfellene av straffeverdige ærekrenkelses normalt vil rammes av andre, mer presist dekkende straffebestemmelser, som for eksempel forbud mot krenkelse av privatlivets fred og forbud mot hatefulle ytringer. Da var det bedre å anvende slike bestemmelser enn å beholde en straffebestemmelse om «grove» ærekrenkelses, hvis definisjon det ville være vanskelig å angi. Da departementet etter høringsrunden og egne vurderinger publiserte sin proposisjon 19.12.08, hadde pressens innvendinger langt på vei blitt hørt, og det alternative lovforslaget syntes å ha inspirert departementet.<sup>72</sup> Departementet gikk inn for fullstendig avkriminalisering, og foreslo en ny bestemmelse plassert i skadeserstatningsloven. Helt fornøyd var pressens organisasjoner likevel ikke, da departementets forslag til lovbestemmelse også inneholdt «rester» av Borviks lovutkast med hensyn til forsøk på å angi momenter og vilkår for at en injurie skulle anses som rettmessig, i en grad som man mente ville kunne føre til noen av de samme problemene som ble påpekt i høringsuttalelsene til Borviks utkast. Gjennom Norsk Redaktørforening uttrykte man også sin bekymring overfor Stortingets justiskomité, både i brev av 11.02.09 (vedlagt nok et nærmere forklarende notat med forslag, utarbeidet av de samme tre advokatene som i forrige høringsrunde) og i et senere, åpent høringsmøte i komitéen. Pressen ble i store trekk hørt, og komitéen foreslo i Innst. O. nr.73 (2008–2009) ny bestemmelse om ærekrenkelse i skadeserstatningsloven med følgende kjernetekst:

---

72. Ot. Prp. Nr. 22 (2008-2009)

### § 3-6 a. (erstatning for ærekrenkelser)

Den som uaktsomt har satt frem en ytring som er egnet til å krenke en annens ærefølelse eller omdømme, skal yte erstatning for den lidte skade og slik erstatning for tap i fremtidig erverv som retten ut fra 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. Dersom den krenkede døde mindre enn 15 år før krenkelsen etter første ledd fant sted, kan krav om oppreisning settes frem av hans nærmeste.

En ærekrenkende ytring medfører ikke ansvar etter første ledd dersom den anses berettiget etter en avveining av de hensyn som begrunner ytringsfrihet. Ved denne vurderingen skal det særlig legges vekt på om ytringen hviler på et fyldestgjørende faktisk grunnlag, på ytringens grad av krenkelse, og om hensynet til den krenkede er tilfredsstillende ivarettatt ved for eksempel adgang til imøtegåelse, om allmenne interesser eller andre gode grunner tilsa at den ble satt frem, og om ytreren har vært i aktsom god tro med hensyn til de momenter som kan gjøre ytringen berettiget.»

Med dette har lovgiver satt et betimelig punktum for en lang og konfliktfylt utvikling – på en måte som det er all grunn til å tro vil kunne tåle tidens tann, uten at domstolenes lovgiverlojalitet skal settes på de samme prøver som i den siste 20-årsperioden. Ironisk nok har det kanskje vært en fordel at det tok Stortinget så langt tid, ettersom den rivende utviklingen og tilpasningen til våre forpliktelser etter EMK – med hensyn til både artikkel 8 og artikkel 10 – først konsoliderte seg for få år siden.

EMDs dom i bryllupsfotosaken (omtalt ovenfor) kan illustrere dette siste poenget. Av dommens begrunnelse fremgår det nemlig at EMD kunne ha godtatt både flertallets og mindretallets resultat i Høyesteretts avgjørelse, fordi begge hadde foretatt en forsvarlig avveining i henhold til de avveiningskriteriene som EMD har oppstilt i sin praksis. EMD aksepterte derfor at det konkrete resultatet lå innenfor Høyesteretts (Norges) skjønnsmargin. Sagt på en annen måte: EMD holdt fingrene fra fatet, fordi Høyesterett hadde vist at EMK var forstått og håndhevet samvittighetsfullt.

## Delrapport II: Statlig kontroll med- og overvåkning av borgernes kommunikasjon

# Utviklingen siden 1999 og dens betydning for ytringsfriheten

[P]owers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions.

(Den europeiske menneskerettsdomstol i Klass og andre mot Tyskland, 1978)

## 1 Innledning

I det følgende skal det gis en oversikt over og en problematisering av noen av hovedtrekkene i utviklingen i Norge siden 1999, med hensyn til lovgivning som gir statens myndigheter adgang til å føre kontroll med og/eller overvåke borgernes fortrolige kommunikasjon i kriminalitetsbekjempende øyemed og for å ivareta lov, orden og sikkerhet. Hensikten er å belyse de utviklingstrekk som har betydning for ytrings- og kommunikasjonsfriheten, med et særlig blikk på betydningen for pressefrihetens kår. Gjennomgangen vil derfor også begrense seg til den lovgivningen som er mest relevant i denne sammenhengen, og som inneholder de mest inngripende overvåkningsfullmaktene: bestemmelsene som regulerer etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjenestenes (EOS-tjenestene) virksomhet.

At det tas utgangspunkt i akkurat 1999, har flere årsaker: For det første var det da den siste, større offentlige gjennomgangen av ytringsfrihetens kår i Norge ble gjennomført – av Ytringsfrihetskommisjonen, i dens rapport «Ytringsfrihed bør finde Sted».<sup>73</sup>

Ytringsfrihetskommisjonen viet noe oppmerksomhet til betydningen av fremveksten av elektronisk kommunikasjon for ytringsfriheten. Men kommisjonen fokuserte da først og fremst på andre sider av dette enn de økte teknologiske mulighetene for kontroll og overvåkning. Det siste ble i praksis ikke problematisert. Samtidig var det frem til 1999 kun i svært begrenset grad at loven tillot kontroll med og overvåkning av borgernes fortrolige kommunikasjon. Adgangen til telefonavlytting og annen kommunikasjonskontroll gjaldt kun ved

73. NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted»

skjellig grunn til mistanke om overtredelse av straffelovens bestemmelser om krenkelser av rikets sikkerhet eller narkotikaforbrytelser. De store utvidelsene av myndighetenes fullmakter begynte først samme år, i 1999, og har senere blitt utvidet i flere omganger. I tillegg har det, selv om både Internett og mobiltelefoni eksisterte i 1999, siden den gang skjedd en rivende utvikling både teknologisk, i omfanget av tele- og nettbaserte tjenester og i befolkningens bruk av elektronisk kommunikasjon generelt.

Selv om spørsmålet har vært berørt stykkevis og delt i tiden etter Ytrings- frihetskommisjonens rapport, er det ikke foretatt noen overordnet gjennomgang av hvilken betydning denne utviklingen har for pressefrihetens kår. Heller ikke i det følgende pretenderes det å foreta en fullstendig eller uttømmende gjennomgang av temaet. Ei heller er det tale om en rettsdogmatisk analyse av alle de lovbestemmelsene og rettsreglene som er relevante. Hensikten er snarere å bidra til å peke på behovet for oppmerksomhet om og ytterligere utredninger av de spørsmålene som reises.

## 2 Den videre fremstillingen

I punkt 3 vil jeg redegjøre i et mer normativt perspektiv for hvilke demokratiske, rettsstatlige prosesser som er i spill på dette feltet og hvilken innbyrdes sammenheng de har. Det er det liberale demokratiets normer, slik de er rettslig forankret i Grunnloven og i internasjonale konvensjoner som Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), som danner det normative grunnlaget for gjennomgangen. I redegjørelsen vil jeg blant annet beskrive sammenhengen mellom vernet av borgernes privatsfære – herunder privat kommunikasjon, og ytringsfriheten – herunder informasjonsfriheten og pressefriheten, samt hvordan statlige inngrep i det første samtidig kan utgjøre inngrep i og undergrave det siste.

På bakgrunn av dette vil det i punkt 4 gis en summarisk, deskriptiv gjennomgang av de viktigste punktene i den lovgivningsmessige utviklingen på området fra 1999 frem til i dag.

Det hører også hjemme her å se ut over det rent nasjonale. Forholdet mellom våre EOS-tjenester og informasjonsutvekslingen med samarbeidende tjenester i utlandet, er en minst like viktig del av bildet. Dette behandles i punkt 5.

Til slutt vil det i punkt 6 pekes på problematiske sider for pressefriheten ved denne utviklingen, basert på det normative perspektivet som ble skissert innledningsvis.

### 3 Det normative perspektivet

På det generelle plan finner vi få eller ingen toneangivende folkevalgte eller myndighetspersoner i vårt samfunn som vil si noe annet enn at vi er og må forbli en liberal, demokratisk rettsstat, og at grunnleggende forutsetninger for dette er at sivile og politiske rettigheter som retten til privatliv, fortrolig privat kommunikasjon, ytringsfrihet og forsamlingsfrihet, må ivaretas og respekteres av staten. Når det kommer til handling, derimot, har flertallet, representert gjennom Stortinget og Regjeringen, en tendens til å utfordre mange av disse rettighetene og frihetene, når det tilsynelatende gavner hensyn til effektivitet, ro, orden, trygghet og sikkerhet – og i verste fall fordi det gavner makten selv. Oftest skjer nok dette fordi de umiddelbare, konkrete og «gode» formål ofte fremstår som mer håndgripelige enn de mer abstrakte prinsipper og friheter som menneskerettighetene gjennom Grunnloven og EMK har oppstilt som skranker for flertallsmakten. Prinsipielt ligger det imidlertid også en iboende, strukturell årsak til slike tendenser i selve demokratiet: De regjerende myndigheter og deres byråkrati vil nærmest per definisjon søke mot en viss kontroll med sine subjekter – borgerne – fordi myndighetenes jobb i mange sammenhenger er å ha kontroll, enten det dreier seg om kriminalitetsbekjempelse eller forvaltning av andre fellesskapsoppgaver. Det ligger i myndighetenes natur, og fordres til en viss grad av deres plikter. Samtidig ledes staten av en politisk utpekt, valgt, regjering, som også – i sin natur – søker å konsolidere egen regjeringsmakt ved å hindre opposisjonen i å overta regjeringkontorene etter neste valg. Også med tanke på dette underliggende målet er kontroll med mest mulig informasjon om borgerne – den potensielle opposisjonen – et naturlig ønske. Denne institusjonaliserte tendensen krever en motvekt, blant annet for å sikre at det er reell mulighet for en kritisk og informert opposisjon overfor det til enhver tid regjerende flertall. Dette er grunnlaget for dynamikken i et fungerende demokrati. Og nettopp her er eksistensen av visse juridiske skranker for flertallets politiske handlefrihet – som i siste instans kan håndheves av uavhengige domstoler – en nødvendighet. I dette perspektivet er prinsipper som offentlig innsyn i forvaltning samt pressefrihet essensielle. Utgangspunktet er at det er statens myndigheter som til enhver tid skal stå til ansvar overfor borgerne. Da må borgeren ha størst mulig grad av innsyn i hvordan myndighetene forvalter den makten de er gitt av borgerne.

Staten på sin side skal i utgangspunktet ha minst mulig innsyn i borgernes private sfære og i den kommunikasjon som foregår mellom dem der. Staten skal òg avstå fra å gjøre andre inngrep i borgernes privatliv og kommunikasjonsfrihet, med mindre inngrep er nødvendige for å ivareta andre samfunnsinteresser i et demokrati – herunder kriminalitetsbekjempelse – eventuelt for å beskytte selve demokratiets institusjoner, rikets sikkerhet, mot angrep. Dette følger blant annet

av de relevante bestemmelsene i EMK.<sup>74</sup> EMK artikkel 8 om personvern illustrerer inngrepsvilkårene, som fremgår av bestemmelsens andre ledd:

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Disse klare utgangspunktene viser seg å være vanskeligere å forene i praksis, og man kan trygt slå fast at dette utgjør et konstant spenningsforhold. Hvor store spenningene er, varierer i tid og rom og går dels i bølger, påvirket av ulike faktorer og omstendigheter. Det som imidlertid er klart, er at en kjerne i den naturlige kampen mellom flertallsmakten og mindretallet, er en kamp om kontroll, og da særlig kontroll over informasjon om hverandre. Klisjéen om at «informasjon er makt» er for så vidt dekkende. Jo mer borgerlig adferd som søkes regulert, begrunnet i mål om økt trygghet og sikkerhet – samfunnsvern – jo mindre spillerom blir det for borgerne til å utøve sine friheter til å utfordre makten i denne kampen. Denne sammenhengen blir mest fremtredende når adferdsreguleringen søkes oppnådd gjennom kriminalisering av adferd som antas å true målet om trygghet og sikkerhet.

Straff og frihetsberøvelse utgjør selvfølgelig den absolutt sterkeste begrensning i frihetsutøvelsen. Men også selve trusselen om straff, samt alle de kontroll- og tvangsmidler som hører til selve kriminalitetsbekjempelsen, har stort – om enn mer subtilt – potensial som adferdsbegrensende funksjoner.

Når informasjon om statens egen virksomhet – typisk begrunnet i hensynet til rikets sikkerhet – beskyttes gjennom straffebud mot befatning med og formidling av informasjonen, skapes ikke bare formelle sperrer for informasjonsfriheten. Igjen vil selve trusselen om straff, og virkningen av de kontroll- og tvangsmidler staten får til å håndheve beskyttelsen av informasjonen, i seg selv kunne ha en nedkjølende effekt på informasjonsfriheten – ofte langt utover den formelt tilsiktede og ønskede. Går man i disse sammenhengene for langt i å vektlegge hensynet til samfunnsvern, er det lett å se at man ikke bare skaper så store begrensninger på borgernes formelle og reelle frihet at de vanskelig kan utøve de frihetene som er nødvendige for å kunne skape reell opposisjon til den regjerende makten. I tillegg gir de tilhørende kontroll- og tvangsmidlene staten

74. Se EMK artikkel 6 om blant offentlighet i rettspleien, artikkel 8 om personvern og artikkel 10 om ytrings- og informasjonsfrihet (herunder offentlighetsprinsippet)



en disproporsjonal informasjonsfordel, noe som gjør reell opposisjon desto mer illusorisk i lengden.

De rettslige normene som skal ivareta den nødvendige balansen, som EMK, har for så vidt løst disse dilemmaene; individrettighetene anses som gitt, det er innskrenkninger i dem som må begrunnes. Og innskrenkninger kan ikke gjøres på andre vilkår enn dem som eventuelt er gitt i konvensjonsteksten. I rettigheter som retten til privatliv og ytringsfriheten kan det for eksempel gjøres innskrenkninger, men bare unntaksvis. Det er staten som har bevis- og begrunnelsesbyrden for at hensynet til samfunnsvern i det enkelte tilfellet gjør det nødvendig i et demokratisk samfunn å foreta vedkommende innskrenkning. På den måten kan hensynet til samfunnsvern aldri – rettslig sett – gis generell prioritet foran individvernet.

Unntak fra disse normene aksepteres kun i akutte krisesituasjoner, hvor nasjonens liv står på spill på grunn av en umiddelbar, overhengende fare. Typisk her er krig eller umiddelbar trussel om angrep på staten eller dens institusjoner. Vilkårene for slik unntakstilstand er tolket strengt av EMD – nettopp på grunn av den faren det representerer for demokratiet å tillate at hensynet til samfunnsvern gis mer generell forrang, jf. ovenfor om hvilke uheldige virkninger det får for maktbalansen mellom stat og borger.<sup>75</sup> De rettslige reguleringene av dette, innebærer imidlertid ikke at våre samfunn er immune mot tendensen til å forrykke denne balansen i praksis, også i det som juridisk betraktet anses som normale tider.

I løpet av de siste ti-femten årene har vestlige samfunn opplevd stort press på de grensene som Grunnloven og menneskerettighetene oppstiller, på en slik måte at maktbalansen står i fare for å forrykkes i en grad som kan bidra til å undergrave selve demokratiet. Norge har også del i denne utviklingen. Hva er så den lovgivningsmessige situasjonen i Norge i dag, og hvordan har den utviklet seg siden 1999? Det skal vi se nærmere på nedenfor.

## 4 Hovedpunkter i utviklingen fra 1999 til 2014

### 4.1 Innledning

#### 4.1.1 Kort om pressens kildevern

Som en bakgrunn for hovedtemaet i dette kapittelet, skal det kort sies noe om rettstilstanden med hensyn til pressens kildevern. Den adgang en journalist har til å nekte å forklare seg om identiteten til sine kilder har lenge stått som hovedregelen i norsk rett (gjennom bestemmelser om dette både i straffeprosessloven

---

75. Se nærmere om vilkårene for slik unntakstilstand i Husabø, E. J. og J. Aall «Bekjempelse av terrorisme og forsvar for rettsstaten – et britisk eksempel», *Lov og Rett 2005* s 515 i pkt 3.1

§ 125 for straffesaker og i tvisteloven § 22-11 for sivile søksmål). Begge disse bestemmelsene inneholder imidlertid unntak som åpner for at domstolene kan pålegge en journalist å forklare seg om en kildes identitet, dersom en interesseavveining mellom hensynet til vedkommende saks opplysning og hensynet til ytringsfriheten tilsier det. Reelt sett er det imidlertid i dag lite rom for unntak. I en av de nyeste avgjørelsene fra Høyesterett om kildevernet, viste Høyesterett til at det etter rettspraksis, ikke minst fra EMD, fremgikk at kildevernet nyter sterk beskyttelse, og at dette gjelder også der hvor kilden selv har begått straffbare handlinger. Det ble også vist til at i saker hvor kilden har vært opphav til informasjon som det var av samfunnsmessig betydning å få gjort kjent, er kildevernet «langt på vei absolutt».<sup>76</sup>

I den angjeldende saken opprettholdt Høyesterett kildevernet til tross for at vedkommende kilde ikke selv hadde bidratt med slik informasjon. Det dreide seg om en anonym bruker (som kalte seg «Finneren»), som skrev i kommentarfeltet under en redaksjonell artikkel på en nettavis. Artikkelen handlet om folk i England som ved hjelp av metalldetektor fant verdifulle, kulturhistoriske «skatter» nedgravd i jorden. Artikkelen omhandlet særlig om, og i tilfelle hvordan, folk kunne gjøre det samme i Norge. Blant annet gjennomgikk artikkelen den norske kulturminnelovens regler om funn som man er pliktig til å levere inn til det offentlige mot finnerlønn. I artikkelen oppfordret redaksjonen leserne til å debattere temaet i kommentarfeltet under artikkelen. «Finneren» la inn kommentarer om at han selv hadde en runesten som han hadde funnet stående i garasjen, og at det ikke kunne falle ham inn å levere den inn i bytte mot «knapper og glansbilder», slik loven krevde. Tvert om kunngjorde han at han ville selge den, hvis noen ville betale rett pris. Av en senere kommentar gikk det frem at han hadde fått solgt runestenen til en privatsamler for kr 20.000 via nettstedet ebay.com. Politiet ville etterforske dette straffbare forholdet, og krevde i den forbindelse av retten påla redaktøren å utlevere opplysninger om «Finnerens» identitet.

At kildevernet ble opprettholdt også i dette tilfellet begrunnet Høyesterett slik:

Ved vurderingen av om det her skal gjøres unntak fra kildevernet, finner jeg det riktig å legge til grunn den mer langsiktige effekten av å skulle gjøre unntak – den såkalte «chilling effect» [...] I det lange løp er det en risiko for at en mer utstrakt bruk av vitneplikt vil kunne medføre at viktige kilder blir borte. Etter mitt syn tilsier derfor vesentlige samfunnsinteresser at media i størst mulig utstrekning bør kunne bevare anonymitet om sine kilder. Jeg er enig med den ankende part i at det må tillegges vekt at bruken av Internett har samfunnsnytte, ved at nye medieplattformer har bidratt til at andre grupper mennesker har kommet til orde enn de som er bidragsytere til papiravisenes tradisjonelle leserinnlegg.

---

76. Rt 2010 s 1381

Det kan etter dette konstateres at kildevernet står meget sterkt når det gjelder spørsmålet om å pålegge en journalist å oppgi identiteten på sine anonyme kilder. Det kan, i denne sammenheng, også bemerkes at Høyesterett fremhever hvilken verdifull betydning utviklingen av digitale kommunikasjonsformer har hatt for muligheten for at flere kilder kan komme til orde i samfunnsdebatten.

#### **4.1.2 Undergraving av kildevernet**

Det sterke kildevernet som er beskrevet ovenfor, og den tilliten som det skaper hos potensielle kilder, kan raskt undergraves dersom de samme kildene mister tillit til at deres kommunikasjon med journalister – og sporene av slik kommunikasjon – er tilstrekkelig beskyttet mot innsyn fra uvedkommende, herunder statens myndigheter. I det videre skal det derfor sees nærmere på den adgang myndighetene har til å benytte en viss type skjulte tvangsmidler, kalt kommunikasjonskontroll. Dette innebærer innsyn i, avlytting av eller annen kontroll med borgernes fortrolige kommunikasjon via telefon, e-post eller andre lukkede kommunikasjonsmidler. Gjennomgangen vil ikke ta for seg alle detaljer, men vil konsentrere seg om de punktene som er mest relevante for pressefriheten og som illustrerer ytterpunktene i så måte. Begrepet «skjulte tvangsmidler» sikter til politimetoder som brukes i skjul (hemmelighet) for og ved tvang overfor dem de retter seg mot.<sup>77</sup>

Gjennomgangen vil også omfatte enkelte lovendringer om innføring av nye straffebestemmelser og/eller utvidelser av eksisterende straffebestemmelser. Dette hører som nevnt med, om man skal forstå hvordan myndighetenes adgang til å bedrive kommunikasjonskontroll har blitt utvidet. Utvidelse kan nemlig skje på to måter: Man kan enten endre selve hjemmelen for kommunikasjonskontroll. Det vil si ved å lempe på vilkårene for når metoden kan tas i bruk for å etterforske (eventuelt avverge eller forebygge) nærmere bestemte straffbare handlinger, for eksempel ved å endre fra krav om skjellig grunn til mistanke til krav om rimelig grunn, eller bare grunn til mistanke. Eventuelt kan man helt fjerne krav om mistanke og tillate kommunikasjonskontroll i mer eller mindre vilkårlig, rent forebyggende øyemed. Alternativt kan man utvide definisjonen av de samme straffbare handlingene – eksempelvis fra at kun fullbyrdet handling eller forsøk rammes, til at også rene forberedelser rammes. Eventuelt kan man gjøre begge deler. Poenget er at hvilke handlinger som gjøres straffbare ikke bare har betydning for når politiet kan gå inn og pågripe og straffeforfølge en person, men vil også kunne være avgjørende for om og når PST har anledning til å åpne en forebyggende sak og ta i bruk skjulte etterforskningsmetoder.<sup>78</sup>

---

77. Se nærmere om begrepet blant annet i NOU 2009:15 «Skjult informasjon – åpen kontroll» pkt 12.

78. Se om dette blant annet i NOU 2009: 15 Skjult informasjon – åpen kontroll pkt 13 s 152 flg.

Frem til 1999 hadde politiet, herunder Politiets sikkerhetstjeneste (PST), kun adgang til å benytte (hemmelig) kommunikasjonskontroll (innsyn i, avlytting av og/eller annen kontroll med telefonsamtaler, e-postkommunikasjon eller andre former for kommunikasjon mellom mennesker) i etterforskning av narkotikaforbrytelser og saker om rikets sikkerhet.<sup>79</sup>

## 4.2 «1999-pakken»

I 1999 ble adgangen til å benytte slik kommunikasjonskontroll gjort generell gjennom regler i straffeprosessloven kapittel 16a.<sup>80</sup> Stortinget vedtok da lovendringer som ga hjemmel til å gjennomføre kommunikasjonskontroll i etterforskning av alle saker der noen med skjellig grunn var mistenkt for overtredelser med strafferamme på ti år eller mer. Adgangen gjaldt også for noen nærmere bestemte handlinger med lavere strafferamme (blant annet når det gjaldt saker om rikets sikkerhet). Hovedregelen var at slik kommunikasjonskontroll måtte besluttes av retten, men det ble gitt hjemmel til såkalt «hastekompetanse» for påtalemyndigheten: I saker der man ikke kunne vente på behandling av en begjæring i retten, kunne påtalemyndigheten beslutte kommunikasjonskontroll. En slik beslutning måtte bekreftes – eventuelt omgjøres – av retten i ettertid. I sammenheng med utvidelsen av adgangen til å benytte kommunikasjonskontroll, innførte man i straffeprosessloven § 100a krav om at det i forbindelse med behandlingen av begjæring om slik kommunikasjonskontroll – som jo skjer i hemmelighet for som rammes – skulle oppnevnes en forsvarer som skulle ivareta mistenktes interesser. Denne ordningen gjelder fortsatt. Om dette ble det blant annet sagt følgende i bestemmelsens forarbeider:<sup>81</sup>

Forsvareren skal ivareta den mistenktes interesser ved behandlingen av begjæringen, jf *annet ledd første punktum*. Siden forsvareren ikke kan sette seg i kontakt med den mistenkte, har han ikke den samme muligheten til å ivareta den mistenktes interesser som ellers. På den annen side er det særlig viktig at forsvareren tar sin oppgave alvorlig når ikke den mistenkte selv kan ta til motmæle.

Selv om forsvareren har få muligheter til å vite mer om de faktiske forhold enn det som kommer frem i saken, vil han ut fra mer generelle erfaringer kunne stille spørsmål ved påtalemyndighetens presentasjon av faktum. Mistanken er for eksempel fundert på løse rykter eller på vitneutsagn som er gitt under tvilsomme omstendigheter. Forsvareren vil også kunne komme med innvendinger hvis han mener at vilkårene for å

79. Adgangen var den gang hjemlet i straffeprosessloven kapittel 16a, dels i lov 24 juni 1915 nr 5 om kontroll med post- og telegrafforsendelser og med telefonsamtaler, jf forskrift 19 august 1960 om post-, telegram- og telefonkontroll.

80. Forarbeidene til lovendringene finnes i NOU 1993:3 «Strafferettslige regler i terroristbekjempelsen», NOU 1997:15 «Etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet», Ot prp nr 64 (1998-1999) og Innst O nr 3 (1999-2000).

81. Ot prp nr 64 (1998-1999) pkt 23 i merknader til ny § 100a

bruke tvangsmidlet ikke er oppfylt slik faktum er presentert. Gir dette faktum skjellig grunn til mistanke om at den mistenkte har begått den aktuelle forbrytelsen? Er det nødvendig å bruke det aktuelle tvangsmidlet, eller kan mindre inngripende etterforskningsmetoder føre til det samme resultatet? Virker tvangsmidlet av andre grunner uforholdsmessig?

Sitatet illustrerer en viktig side ved (den reduserte) rettssikkerheten forbundet med at slike inngrep foretas i skjul for dem de rammer. Muligheten til reell, effektiv kontradiksjon med hensyn til de faktiske forhold som anføres som grunnlag for mistanken, er fraværende. Med tanke på hva vi først og fremst har i fokus – nemlig pressefriheten – kan det allerede her bemerkes at dersom den mistenkte er en antatt kilde for pressen, er det ingen som oppnevnes som ombud/representant for pressens interesser i prosessen. Dette poenget kommer vi tilbake til senere.

### 4.3 2002 – «Terrorpakke 1»

Terrorangrepene i USA 11. september 2001 medførte økt internasjonalt fokus på terrorisme. FNs sikkerhetsråd vedtok 28. september 2001 resolusjon 1373, som særlig tok sikte på å forhindre finansiering av terrorhandlinger og på å forby forberedelser til terrorhandlinger. Lovendringen i 2002 tok sikte på å implementere denne.<sup>82</sup> Innføring av straffeloven § 147a om terrorhandlinger er den mest sentrale for vårt perspektiv. Tidligere fantes ingen bestemmelser i straffeloven som direkte rettet seg mot terrorisme.<sup>83</sup> Det var heller ikke tale om kriminalisering av nye fysiske handlinger; bestemmelsen rammet ellers straffbare handlinger som for eksempel drap, når handlingen var begått med terrorforsett. Dette innebærer at det i tillegg til for eksempel drapsforsett, må foreligge et forsett om en eller flere av følgende alternativer:

- å forstyrre alvorlig en funksjon av grunnleggende betydning i samfunnet, som for eksempel lovgivende, utøvende eller dømmende myndighet, energiforsyning, sikker forsyning av mat eller vann, bank- og pengevesen eller helseberedskap og smittevern,
- å skape alvorlig frykt i en befolkning, eller
- urettmessig å tvinge offentlige myndigheter eller en mellomstatlig organisasjon til å gjøre, tåle eller unnlate noe av vesentlig betydning for landet

82. Med hensyn til forbudet mot finansiering av terror, erstattet lovendringen den provisoriske anordningen av 5. oktober 2001, som Regjeringen vedtok med hjemmel i Grunnloven § 17, som en midlertidig løsning: <http://lovdata.no/dokument/LTI/forskrift/2001-10-05-1134>

83. Forarbeider til lovendringen: Ot prp nr 61 (2001-2002) og Innst O nr 70 (2001-2002)

eller organisasjonen, eller for et annet land eller en annen mellomstatlig organisasjon.

Også forberedelse eller planlegging ved å inngå forbund med noen om å begå slike handlinger, ble gjort straffbart etter bestemmelsens fjerde ledd. Det siste innebærer at det ikke er nødvendig for straffbarheten at noen har tatt konkrete skritt for å realisere en terrorhandling, det er nok at noen har et forsett om å begå en slik handling i fremtiden og at vedkommende har inngått en avtale om det med minst én annen person.

Innholdet av bestemmelsen ble belyst i Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 2013 s 789, i den hittil eneste saken der noen er dømt for å ha inngått et slikt forbund. Av Høyesteretts avgjørelse i saken fremgår det at det er tilstrekkelig at det er inngått en reell avtale om å begå en fremtidig terrorhandling. Det kreves ikke noen nærmere konkretisering av hvordan og med hvilke midler handlingen skal begås, hvor eller mot hvilket mål den skal begås, eller hva dens nærmere formål er. Grensen for det straffbare er overtrådt idet avtalen er inngått, uavhengig av om én eller alle parter senere ombestemmer seg og går fra både avtalen og forsettet om å gjennomføre en fremtidig terrorhandling.

Strafferammen ved overtredelse av denne del av bestemmelsen var 12 år (mens den var 21 år for fullbyrdet terrorhandling eller forsøk på dette). Ettersom man i 1999 hadde innført hjemmel for å ta i bruk kommunikasjonskontroll ved skjellig grunn til mistanke om overtredelse av alle straffebud med strafferamme på ti år eller mer, gjaldt dette også ved etterforskning av inngåelse av terrorforbund. Vedtagelsen av straffebudet mot inngåelse av terrorforbund innebar således i seg selv en ikke ubetydelig utvidelse av politiets (i dette tilfellet PSTs) adgang til å benytte kommunikasjonskontroll. Dette var også noe av hensikten med bestemmelsen. Illustrerende for tankegangen er hva PST uttrykte om behovet for å kriminalisere forberedelser, i en høringsuttalelse under lovgivningsprosessen:<sup>84 85</sup>

Diskusjonen om innholdet i den foreslåtte paragrafens tredje ledd minner mye om den diskusjon man har hatt om straffeloven § 104 a i kjølvannet av Lund-kommisjonens rapport. Fokus har etter PSTs oppfatning i for stor grad vært rettet mot muligheten for å domfelle noen for overtredelse og ikke på samfunnets behov for å kriminalisere visse handlinger for derigjennom å gi politiet en mulighet til å hindre at mer alvorlige

84. Sitert fra gjengivelsen av PSTs høringsuttalelse i Ot prp nr 61 (2001-2002) pkt 8.5. For ordens skyld bemerkes at hva PST diskuterer her, adresserer flere alternative forslag til bestemmelser om forberedelse – uten at det har betydning for hovedpoenget med argumentet.

85. Straffeloven § 104a, som PST viser til i sitatet, er et straffebud som rammer blant annet «den som danner, deltar i, rekrutterer medlemmer til eller støtter en forening eller sammenslutning som har til formål ved sabotasje, maktanvendelse eller andre ulovlige midler å forstyrre samfunnsordenen eller å oppnå innflytelse i offentlige anliggender dersom foreningen eller sammenslutningen har tatt skritt for å realisere formålet med ulovlige midler.»

og svært skadegjørende handlinger finner sted. Det forebyggende aspektet ved politiets arbeid har i juridiske miljøer vært viet forbausende liten oppmerksomhet.

Med dette som bakgrunn kan PST vanskelig se noen store betenkeligheter ved å innføre den foreslåtte formuleringen når det gjelder planlegging og forberedelser til terrorisme. Diskusjonen om hvorvidt man vil kriminalisere for mange mindre alvorlige handlinger, synes etter vår oppfatning først og fremst å ha akademisk interesse. Straffeloven § 104 a, som i realiteten går langt i kriminalisering, har spilt en viktig rolle i politiets forebyggende arbeid. Den har således fylt et behov selv om ingen her i landet, så vidt PST kjenner til, noen gang er blitt straffet for å ha overtrådt bestemmelsen. Hadde det foreligget en hjemmel for PST til å ta i bruk en del tvangsmiddel-lignende tiltak i forebyggende eller avvergende øyemed, ville det ikke vært behov for en så vidt favnende bestemmelse som den som nå er foreslått av departementet som alternativ 1. Men så lenge slike hjemler ikke foreligger, bør den foreslåtte formulering kunne inntas som tredje ledd i § 147 a.

Her ser vi at det er behovet for å kunne ta i bruk tiltak som kommunikasjonskontroll på et så tidlig stadium som mulig i et tenkt hendelsesforløp mot en eventuell fullbyrdet handling, og ikke først og fremst behovet for straff, som begrunner ønsket om å utvide et straffebud. Men som vi skal se umiddelbart nedenfor, gikk man i neste omgang et dramatisk skritt videre – denne gangen ved endre selve vilkårene for bruk av kommunikasjonskontroll.

#### 4.4 2005 – «Terrorpakke 2»<sup>86</sup>

I 2005 vedtok Stortinget flere utvidelser av adgangen til å benytte skjulte tvangsmidler. Her skal vi konsentrere oss om den mest dramatiske: Adgangen til å benytte slike metoder i rent forebyggende øyemed – utenfor det straffeprosesuelle sporet.

Som en del av lovendringene vedtok Stortinget politiloven § 17d, der grunnvilkårene for blant annet kommunikasjonskontroll i bestemmelsens første ledd lyder:

Retten kan ved kjennelse gi Politiets sikkerhetstjeneste tillatelse til som ledd i sin forebyggende virksomhet å nytte tvangsmidler som nevnt i straffeprosessloven §§ 200 a, 202 a, 202 c, 208 a, 210 a, 211, 212, 216 a, 216 b eller 216 m dersom det er grunn til å undersøke om noen forbereder en handling som rammes av

- a) straffeloven § 147 a,
- b) straffeloven §§ 90, 91 og 91 a eller

---

86. Forarbeider til lovendringene: NOU 2004:6 «Mellom effektivitet og personvern», Ot prp nr 60 (2004-2005) og Innst O nr 113 (2004-2005)

- c) straffeloven §§ 222, 223, 227, 229, 231 eller 233 og som retter seg mot medlemmer av Kongehuset, Stortinget, regjeringen, Høyesterett eller representanter for tilsvarende organer i andre stater.

I bestemmelsens tredje ledd fremgår dessuten at tilsvarende hastekompetanse til å beslutte kommunikasjonskontroll før begjæring inngis til retten, som vi har sett ble innført i straffeprosessloven i 1999, jf. ovenfor under punkt 5.2, gjelder også når en slik metode benyttes i rent forebyggende øyemed. Hastekompetansen er lagt til sjefen eller den assisterende sjefen for PST.

Det dramatiske ved denne lovendringen er at man her forlater det såkalte etterforskningsprinsippet – det vil si prinsippet om at et minstevilkår for å kunne ta i bruk skjulte tvangsmidler som kommunikasjonskontroll, er at det antas å ha funnet sted en straffbar handling som det åpnes etterforskning av, og hvor tvangsmidlene brukes overfor den som mistenkes å være gjerningsperson. Når kommunikasjonskontroll tillates før det overhodet er begått en straffbar handling, for å «undersøke om noen forbereder» å begå en slik handling i fremtiden, er det tale om såkalt pre-aktiv bruk av skjulte tvangsmidler.<sup>87</sup> Når politiloven § 17d i tillegg åpner for å undersøke om noen forbereder å overtre straffebestemmelser som i seg selv omfatter rene forberedelseshandlinger, jf. inngåelse av terrorforbund, jf. ovenfor under punkt 5.3, forsterkes det pre-aktive elementet.

Politoloven § 17d åpnet også for bruk av hemmelig kommunikasjonskontroll for å undersøke om noe forbereder å uberettiget sette seg eller andre i besittelse av opplysninger som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet (straffeloven § 91 annet ledd, jf § 90). Hemmeligholdelsen rundt inngrep etter denne bestemmelsen forsterkes ved at samme lov § 17e ikke bare bestemmer at inngrepet skjer uten at den eller de som rammes får vite om det: Det bestemmes dessuten at den advokaten som oppnevnes for å ivareta interessene til den som inngrepet retter seg mot, kun får innsyn i de dokumentene som PST legger frem for retten – ikke i saksdokumentene for øvrig – slik ordningen ville være etter straffeprosessloven. Videre bestemmes det at den som inngrepet retter seg mot heller ikke i ettertid, når inngrepet har opphørt, har krav på å få vite om for eksempel den kommunikasjonskontrollen som har skjedd.

---

87. Se for eksempel Husabø, Erling Johannes, «Pre-aktiv strafferett», *Tidsskrift for strafferett* 2003/1 s 96. Se også Husabø «Counter-Terrorism and the Expansion of Pro-active Police Powers in the Nordic States», *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2013/1 s 3



#### 4.5 2008 – «Terrorpakke 3»<sup>88</sup>

Lovendringene som ble vedtatt i 2008 er ikke i seg selv spesielt relevante for denne gjennomgangens hovedtema. De nevnes likevel kort, uten nærmere kommentarer, for fullstendighetens skyld.

Endringene som ble vedtatt dette året dreide seg blant annet om kriminalisering av oppfordring, rekruttering og opplæring i metoder og teknikker særlig egnet til terrorhandlinger som nevnt i straffeloven §§ 147 a og 147 b. Ikraft-tredelsen ville muliggjøre ratifisering av Europarådets konvensjonen av 16. mai 2005 om forebygging av terrorisme artikkel 5 til 7.

#### 4.6 2013 – «Terrorpakke 4»<sup>89 90</sup>

Den mest nevneverdige endringen i 2013, var at terrorbestemmelsen i straffeloven § 147a ble utvidet til å ramme forberedelse til terrorhandlinger generelt – ikke bare ved inngåelse av forbund mellom to eller flere personer, jf punkt 4.3 ovenfor – men også hvis forberedelse skjedde hos en enkeltperson alene.

Endringen ble lovfestet i § 147 a femte ledd, som nå har følgende ordlyd:

Den som har forsett om å fullbyrde et lovbrudd som nevnt i første eller annet ledd, og foretar handlinger som legger til rette for og peker mot gjennomføringen, straffes for forsøk som etter § 51.

Av merknadene til paragrafen i lovproposisjonen fremgår det at vurderingen skal foregå slik:<sup>91</sup>

Gjerningspersonen må ha utvist forsett – han må ha bestemt seg for å fullbyrde den straffbare handlingen. I tillegg kreves at gjerningspersonen har foretatt ytre handlinger som kan anses for å peke mot en terrorhandling. I totalvurderingen av subjektive og objektive forhold, vil det likevel måtte kreves en bevisst beslutning fra gjerningspersonen om at en terrorhandling skal gjennomføres. Det kreves ikke at det er tatt en beslutning om alle detaljer om selve gjennomføringen eller at beslutningen gjelder en helt konkret forbrytelse. Det er tilstrekkelig at det kan bevises at beslutningen gjelder en terrorhandling.

88. Forarbeider til lovendringene: Ot prp nr 79 (2007-2008), Innst O nr 15 (2008-2009) og Ot prp nr 8 (2007-2008)

89. Forarbeider til lovendringene: Prop.131 L (2012-2013) og Innst.442 L (2012-2013)

90. Mellom «terrorpakke 3» og «terrorpakke 4» vedtok Stortinget lovendringer som skulle implementere EUs datalagringsdirektiv, en lovvedtak som kunne ha blitt omtalt og behandlet her som en egen «terrorpakke». Lovendringen ble imidlertid aldri satt i kraft før EU-domstolen i 2014 avgjorde av hele direktivet var ugyldig, som stridende mot EUs charter om grunnleggende friheter, noe som medførte at regjeringen foreløpig har skrinlagt gjennomføringen av lovvedtaket. Derfor behandles dette ikke nærmere her. Se for øvrig om dette i Wessel-Aas, Jon, «EU-domstolen har talt: datalagringsdirektivet er ugyldig», *Lov&Data 2/2014* s 10.

91. Prop.131 L (2012-2013) pkt 14.1

Med noen mer eller mindre kosmetiske modifikasjoner vedtok Stortinget dermed en utvidelse av bestemmelsen som den gang § 147a ble vedtatt første gang i 2002, jf. punkt 5.3 ovenfor, ble avvist som alt for vidtrekkende. Betegnende for holdningen i 2002 var Riksadvokatens høringsuttalelse under lovgivningsprosessen.<sup>92</sup> Om generell kriminalisering av forberedelse til terror, uttalte Riksadvokaten følgende:

Isolert sett helt dagligdagse handlinger kan i prinsippet rammes så fremt det foreligger «terrorforsett». Den som kjøper en kniv eller øks med tanke på å begå en terrorhandling kan etter forslaget straffes med inntil 6 års fengsel, mens den som derimot bruker en kniv innkjøpt før tanken på terror dukket opp er straffri. Dette enkle eksemplet illustrerer etter riksadvokatens mening både hvor vidtgående forslaget er, og hvor upraktisk det er. Det man i realiteten ønsker å ramme er formentlig den onde vilje i seg selv, den praktiske forberedelseshandling er uvesentlig. Dette er uakseptabelt.

Det fremkom også til dels kraftig kritikk mot forslag om å kriminalisere rene forberedelseshandlinger generelt, fra blant annet flere av de uavhengige instanser i forkant av vedtagelsen i 2013 – herunder i den formelle høringsrunden.<sup>93</sup> I et notat til 22. juli-kommisjonen skrev for eksempel professor Erling Johannes Husabø følgende om kriminalisering av forberedelse generelt:<sup>94</sup>

Dersom ein kriminaliserer «planlegging» og/eller «førebuing» av terrorisme, gir straffebodet si skildring av det straffbare inga sjølvstendig rettleiing for kva type handlingar som vert råka. I planlegging av ei terrorhandling kan alle slags handlingar inngå. I Breivik-saka synes det t d som om mykje av dagleglivet dei siste åra har hatt med førebuing av terroraksjonen å gjera: Innkjøp av ein gard, trening på treningssenter, reiser til utlandet, bruk av ulike medikament osv. osv. Det blir dermed fullt og heilt avhengig av kva som er det vidare forsettet med handlingane, om dei skal reknast som terrorførebuing eller ikkje. Innkjøp av eit skrujern kan i eit tilfelle vera tenkt for å reparera badaromshylla, og i eit anna tilfelle for å reparera ein bil som skal nyttast under ein terroraksjon.

92. Brev av 27/2-2002 fra Riksadvokaten til Justisdepartementet. Kopi av brevet kan lastes ned her: <http://www.uhuru.biz/wp-content/uploads/2012/01/Riksadvokaten-om-innf%C3%B8ring-av-terrorbestemmelser-2002.pdf>

93. Alle høringsuttalelsene kan lastes ned her: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2012/horing--kriminalisering-av-forberedelse/horingsuttalelser.html?id=696589>

94. Husabø, Erling Johannes, *Grenser for kriminalisering av førebuingshandlingar og bruk av skjulte tvangsmidlar mot terrorisme i ein demokratisk rettstat* (Notat: 6/12 til 22. juli-kommisjonen 8/3-2012) s 12. Notatet kan lastes ned her: [http://www.regjeringen.no/smk/html/22julikommissionen/22JULIKOMMISJONEN\\_NO/CONTENT/DOWNLOAD/214/1692/VERSION/2/FILE/NOTAT\\_6\\_HUSAB\\_\\_\\_\\_GRENSER\\_FOR\\_.PDF](http://www.regjeringen.no/smk/html/22julikommissionen/22JULIKOMMISJONEN_NO/CONTENT/DOWNLOAD/214/1692/VERSION/2/FILE/NOTAT_6_HUSAB____GRENSER_FOR_.PDF)

Den største betenkeligheten knytter seg imidlertid nok til den automatiske utvidelsen man dermed fikk av PSTs adgang til å bedrive blant annet kommunikasjonskontroll i rent forebyggende øyemed, jf. politiloven § 17d. I ovennevnte notat skrev professor Husabø følgende om denne konsekvensen av eventuell kriminalisering av forberedelse generelt:

Her må vi også trekkja inn at den i praksis gjerne viktigaste effekten av ei slik kriminalisering av terrorplanlegging vil vera at det opnar for at politiet kan nytta skjulte tvangsmidlar dersom dei har mistanke om at nokon føretek slik planlegging. Den viktigaste rettstryggleiksgarantien ved bruk av tvangsmidlar, domstolskontrollen, får dessutan dårlegare kår der politiet sine fullmakter vert nytta for å forebyggja brotsverk. Vurderinga av om eit brotsverk vil koma til å bli utført er nemleg fundamentalt ulik den tradisjonelle vurderinga av om eit skadevaldande brotsverk er utført. Når straffebodet ikkje spesifiserer nærare kva handlemåtar som er straffbare, vil det avgjerande for om mistankekravet er oppfylt vera om ein mistenkjer personen for å ha eit terrorforsett. I høve til tvangsmiddelbruken gjeld ikkje noko prinsipp om at rimeleg tvil skal koma den mistenkte til gode. Endå meir på spissen kjem dette problemet ved PST sin førebyggjande tvangsmiddelbruk etter politilova § 17d. Då er det etter lova berre krav om at det er «grunn til å undersøke om noen forbereder» ei straffbar planlegging av terrorisme. Med ein kombinasjon av den førebuingskriminaliseringa som PST foreslår og den heimelen til tvangsmiddelbruk som dei alt har i § 17d vil det vera «carte blanche» for PST si overvaking av breie krinsar i det norske folket!

Dette er imidlertid blitt rettstilstanden, når det gjelder PSTs formelle fullmakter til å bedrive blant annet kommunikasjonskontroll i forebyggende øyemed.

## 5 E-tjenesten – utveksling av informasjon med PST og utlandet

### 5.1 5.1. Innledning

Som vi har sett under punkt 4 ovenfor, har overvåkningsfullmaktene til PST blitt betydelig utvidet i løpet av de siste ti årene. Ifølge flere fagmiljøer, er de blitt uforsvarlig vide. Men disse fullmaktene er i det minste beskrevet noenlunde tydelig i lov og bruken av dem i hvert enkelt tilfelle er underlagt domstolskontroll, som hovedregel i forkant.

Etterretningstjenesten (E-tjenesten), derimot, har tradisjonelt operert uten særlig definerte formelle skranker – og helt uten domstolskontroll eller annen uavhengig kontroll i forkant av det enkelte overvåkningstiltaket. All daglig virksomhet kontrolleres av den utøvende makt selv, med Forsvarsministeren som øverst ansvarlig. Utgangspunktet er at PST, som en del av politiet, har ansvar for riktes indre sikkerhet, mens E-tjenesten som en del av forsvaret, har ansvar for rikets ytre sikkerhet. Tjenestene har etter dagens regelverk imidlertid både

adgang og til dels plikt til å samarbeide og utveksle erfaringer og informasjon, slik at det ikke kan sies å være helt vantete skott mellom virksomhetene deres i praksis.

Det er derfor på sin plass med en kort beskrivelse av E-tjenestens fullmakter, og av samarbeid og utveksling av informasjon både mellom E-tjenesten og samarbeidende tjenester i andre land og mellom E-tjenesten og PST. Kun da får man et mer helhetlig bilde av hvilken adgang og hvilke muligheter myndighetene har til å kontrollere/overvåke og få informasjon om borgernes elektroniske kommunikasjon.

## 5.2 E-tjenestens fullmakter, informasjonsutveksling med mer

E-tjenestens fullmakter er regulert i lov om etterretningstjenesten (E-loven) med tilhørende forskrifter.<sup>95</sup> Det var for så vidt et demokratisk fremskritt i seg selv at loven ble vedtatt i 1998. Før den tid var E-tjenestens virksomhet i hovedsak regulert gjennom interne instruks i Forsvaret.

Grovt oppsummert gir denne lovgivningen i utgangspunktet E-tjenesten fullmakt til blant annet å samle inn og utveksle med utenlandske, samarbeidende tjenester all informasjon som anses som viktig for å sikre «viktige nasjonale interesser, jf E-loven § 3.

Hvilke metoder som kan benyttes er ikke særlig nærmere regulert, bortsett fra at tjenesten ikke «på norsk territorium» skal overvåke eller på annen fordekt måte innhente informasjon om norske personer, jf § 4. Det står ifølge loven tjenesten langt på vei fritt å overvåke utlendinger og å overvåke både nordmenn og utlendinger utenfor «norsk territorium». Likeledes står det tjenesten i utgangspunktet fritt å utveksle informasjon med utenlandske, samarbeidende tjenester. Det fremgår av loven § 3, og av instruks om Etterretningstjenesten § 7 (instruksen). Av forarbeidene til E-loven, fremgår det dessuten at E-tjenesten i den sammenheng kan innhente informasjon som er av interesse for samarbeidende lands tjenester, selv om informasjonen ikke har direkte betydning for norske interesser – så fremt dette gir E-tjenesten tilgang på tilsvarende informasjon den andre veien.<sup>96</sup>

Først i løpet av sommeren 2013, etter de første avsløringene via Edward Snowden om omfanget av USAs (og Storbritannias) overvåkning av elektronisk kommunikasjon, fastsatte Forsvarsdepartementet en ny (utfyllende) instruks som innførte visse begrensninger i adgangen til å samle inn opplysninger om nordmenn i utlandet og til å utlevere opplysninger om nordmenn til samarbeidende

95. Forarbeider til loven: Ot.prp.nr.50 (1996-1997) og Innst.O.nr.19 (1997-1998)

96. Ot.prp.nr.50 (1996-1997) pkt 12, merknader til § 3

tjenester i utlandet.<sup>97</sup> Selv om disse reglene etter sin ordlyd krever en saksbehandling som skal ivareta visse rettssikkerhetshensyn, er det til syvende og sist opp til E-tjenesten selv, eventuelt departementet – i begge tilfeller den utøvende makt – å vurdere om «nasjonale interesser» eller hensynet til den enkeltes personvern skal veie tyngst i det enkelte tilfellet. Her skal det bemerkes at beslutninger og handlinger ikke bare foregår i hemmelighet: Her er vedkommende borgere ikke en gang representert gjennom en hemmelig advokat eller lignende, slik som er tilfellet ved PSTs begjæringer om skjulte tvangsmidler. Avgjørelsene tas uten uavhengig judisiell prøving og uten kontradiksjon.

Det fremgår videre av reglene at E-tjenesten kan videreformidle «overskuddsinformasjon» som tjenesten innhenter/mottar, men ikke selv har bruk for eller adgang til å lagre, til PST, jf. instruksens § 3. Og Instruks om samarbeidet mellom Etterretningstjenesten og Politiets sikkerhetstjeneste, som ble gitt av Forsvarsdepartementet i 2006, regulerer samarbeidet mellom de to tjenestene nærmere, herunder med hensyn til utveksling av informasjon og koordinering av samarbeid med andre lands sikkerhets- og etterretningstjenester. Hva innebærer dette i dagens samfunn, der de fleste bruker elektronisk kommunikasjon som teletjenester og Internett til store deler av sin kommunikasjon med omverdenen, på tvers av landegrenser, døgnet rundt?

Vi vet at flere allierte og naboland bedriver såkalt «signalspaning», mer eller mindre systematisk og mer eller mindre vilkårlig, i *all* elektronisk kommunikasjon som passerer vedkommende land grenser – det regnes som «utenlandsk». Sverige – som ca. 80 prosent av norsk kommunikasjon som foregår med utlandet må passere gjennom – gjør det, i henhold til lovgivning som først ble innført i 2009 og som siden har blitt utvidet.<sup>98</sup> Og vi vet jo nå at både USA og Storbritannia gjør det til gangs. Vi vet også at alle landene betrakter «utlendingers» kommunikasjon som fritt tilgjengelig og at informasjon som samles inn om «utlendinger» utveksles ganske fritt mellom de samarbeidende landenes tjenester. Det er selve etterretningsmarkedets «handelsvare» – som vi også har sett at vår egen lovgivning om E-tjenesten og PST uttrykkelig erkjenner. Dette betyr altså at det ene lands e-tjeneste ganske fritt kan overvåke nabolands borgeres kommunikasjon og omvendt, for så å foreta en gjensidig utveksling av innsamlet informasjon. Satt i system innebærer dette at våre lands myndigheter i realiteten kan bedrive en tilnærmet total overvåkning av vår elektroniske kommunikasjon, på en måte

97. Utfyllende bestemmelser for Etterretningstjenestens innsamling mot norske personer i utlandet samt for utlevering av personopplysninger til utenlandske samarbeidende tjenester, fastsatt av Forsvarsdepartementet den 24. juni 2013 med hjemmel i instruks om Etterretningstjenesten § 17

98. Se Wessel-Aas, Jon, «Krenker svensk overvåkningslov norske borgeres menneskerettigheter?», *Kritisk Juss* nr 1 2009 s 65. Se også Klamberg, Mark, «FRA and the European Convention on Human Rights – A Paradigm Shift in Swedish Electronic Surveillance Law», inntatt i Shartum, Dag Wiese (red.), *Overvåkning i en rettsstat* (Oslo 2010)

som omgår de skrankene som nasjonal lovgivning setter for direkte overvåkning av egne borgere. Dette er for eksempel noe som synes å har vært langt utviklet i samarbeidet mellom Norges nære allierte, USA og Storbritannia.<sup>99</sup>

Når vi ser PSTs etterhvert svært vide adgang til å bedrive kommunikasjonskontroll av norske borgere i sammenheng med E-tjenestens ganske frie adgang til å samle inn informasjon utenfor Norges grenser og utveksle informasjon med utenlandske samarbeidende tjenester, samt begge tjenestenes adgang til å utveksle informasjon og seg imellom og til å bistå utenlandske tjenester med informasjonsinnhenting i Norge, er det svært liten grunn til forutsette at borgernes elektroniske kommunikasjon kan anses som fortrolig.

### 5.3 EOS-utvalget

Som en «kompensasjon» for mangelen på vanlige rettssikkerhetsgarantier, samt demokratisk kontroll med og offentlig innsyn i de hemmelige tjenestenes virksomhet, opprettet Stortinget i 2006 Stortingets kontrollutvalg for etterretnings-, overvåknings- og sikkerhetstjeneste (EOS-utvalget). EOS-utvalgets mandat er gitt i lov om kontroll med etterretnings-, overvåkings- og sikkerhetstjeneste (EOS-loven) med forskrifter.<sup>100</sup>

I EOS-loven § 2 er formålet med kontrollen beskrevet slik:

- 1) å klarlegge om og forebygge at det øves urett mot noen, herunder påse at det ikke nyttes mer inngripende midler enn det som er nødvendig etter forholdene, og at tjenestene respekterer menneskerettighetene,
- 2) å påse at virksomheten ikke utilbørlig skader samfunnslivet,
- 3) å påse at virksomheten holdes innen rammen av lov, administrative eller militære direktiver og ulovfestet rett.

Utvalget skal iaktta hensynet til rikets sikkerhet og forholdet til fremmede makter.

Formålet er rent kontrollerende. Utvalget kan ikke instruere de kontrollerte organer eller nyttes av disse til konsultasjoner.

Selv om EOS-utvalgets kontrollfunksjon fyller en viktig rolle i mangel av de rettsikkerhetsgarantiene som ellers gjelder mellom borgerne og forvaltningen og politi- og påtalemyndighet, er det flere begrensninger i utvalgets mandat og kapasitet som gjør at det kan stilles spørsmål ved om kontrollen er effektiv nok med hensyn til å forebygge og hindre at EOS-tjenestenes virksomhet griper

99. Se blant annet oppslag i The Guardian 21/6-2013: <http://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>

100. Se nærmere om EOS-utvalget og dets historikk og virksomhet på utvalgets egne nettsider: <http://eos-utvalget.no/norsk/>

lenger inn i borgernes personvern og kommunikasjonsfrihet enn forsvarlig i et demokrati. Her skal bare noen hovedproblemer påpekes.

For det første er kontrollen som utøves i all hovedsak etterfølgende og basert på stikkprøver. Dette medfører at den eventuelle skaden allerede vil være skjedd, når EOS-utvalget oppdager uheldige/ulovlige forhold.

For det annet kan utvalget i liten grad basere seg på klager fra enkeltindivider, som grunnlag for sine undersøkelser. Det ligger i EOS-tjenestenes natur og deres virksomhetens innretning at det enkelte individ vil være helt uvitende om at det er gjort inngrep i deres rettsfære. Man kan vanskelig klage på noe som man ikke kjenner til.<sup>101</sup>

For det tredje skal EOS-utvalgets kontroll først og fremst avdekke om EOS-tjenestene har gått utover sine lovlige fullmakter. Når fullmaktene – som vi har sett i gjennomgangen ovenfor – over tid har blitt utvidet, blir også terskelen for når utvalget kan reagere tilsvarende høyere. At formålsparagrafen i EOS-lovens § 2, som er sitert ovenfor, i 2009 ble endret slik at det fremgår uttrykkelig at kontrollen også omfatter å påse at tjenestene «respekterer menneskerettighetene», er i denne sammenhengen positivt. Men det må antas at utvalget likevel i utgangspunktet vil respektere de rammene som Stortinget har satt gjennom for eksempel politiloven og E-loven, når kontrollen utøves.

For det fjerde er det etablert praksis, med forankring også i EOS-loven med forskrifter, at utvalgets innsyn kan begrenses når innsyn vil avsløre kilder til/hos samarbeidende tjenester.<sup>102</sup> Det er klart at en slik begrensning ikke er helt uvesentlig, med tanke på omfanget av den utveksling som finner sted mellom disse tjenestene i dagens samfunn.<sup>103</sup>

For det femte – og i forlengelsen av det fjerde – kan det pekes på vanskelighetene forbundet med å kontrollere hva informasjon som utveksles med samarbeidende tjenester i utlandet brukes til.

Som siste moment kan nevnes den generelle utfordringen for et utvalg med begrenset mandat og begrensede ressurser, å få god nok oversikt over de stadig tettere integrerte tjenestenes innsamling og utveksling av informasjon med hverandre og med samarbeidende tjenester i utlandet i en tid der de elektroniske

---

101. Betegnende i så måte er blant annet den saken om E-bataljonens ulovlige registrering av journalister som ble omtalt under pkt 4 ovenfor. At EOS-utvalget i det hele tatt oppdaget forholdet, skyldtes at to av journalistene ble tipset av kilder innenfor Forsvaret og/eller EOS-tjenestene, slik at de kunne sende klage til EOS-utvalget. Her var man altså avhengig av tilfeldige lekkasjer fra innsiden, for at forholdet overhodet kunne undersøkes av utvalget.

102. Se for eksempel oppslag hos NRK i fjor, i forbindelse med EOS-utvalgets innsyn i et til da for utvalget ukjent arkiv hos E-tjenesten: <http://www.nrk.no/fordypning/e-tjenesten-kan-stoppe-eos-utvalget-1.11210628>

103. Norge skal ifølge The Guardian tilhøre den såkalte «Nine-Eyes» kretsen av (ni) stater (USA, Storbritannia, Canada, Australia, New Zealand, Danmark, Frankrike, Nederland og Norge) som inngår i et særlig tett etterretningssamarbeid, se oppslag av 2/11-2013: <http://www.theguardian.com/world/2013/nov/02/nsa-portrait-total-surveillance>

informasjonssystemene er blitt teknologisk svært avanserte. Dette er problemområder som EOS-utvalget selv har pekt på i forskjellige sammenhenger, blant annet i sin siste åpne årsmelding (for 2013).<sup>104</sup>

## 6 Ytrings- og pressefrihetens kår under det rådende regimet

Etter den gjennomgangen av utviklingen og dagens rettstilstand som er gjort under punkt 4 og 5 ovenfor, kan det trygt slås fast at utviklingen i retning av økte muligheter for statlig kontroll med og overvåkning av den generelle befolkningens fortrolige kommunikasjon, har vært dramatisk. Når for eksempel PST er gitt hjemmel til å iverksette hemmelig kommunikasjonskontroll av enkeltindivider i rent forebyggende øyemed, når det er grunn til å undersøke om vedkommende forbereder å utvikle et forsett om å begå en fremtidig voldshandling med terrorforsett (politiloven § 17d, jf straffeloven § 147a femte ledd), fremstår de formelle vilkårene som ganske vilkårlige. For å si det med Erling Johannes Husabøs spissformulering som ble sitert under punkt 4.4 ovenfor, gir denne typen lovgivning nærmest «carte blanche» for PST si overvåking av breie kretsar i det norske folket!». Dette utfordrer åpenbart den generelle kommunikasjonsfriheten, gjennom den potensielt nedkjølende effekt dette kan ha på viljen til å benytte alminnelige kommunikasjonskanaler til fortrolig kommunikasjon. For hva slags oppførsel er det egentlig som kan gi myndighetene grunn til å undersøke om du forbereder å utvikle et forsett som du ikke en gang selv er bevisst ennå?

Ettersom den reelle ytringsfriheten i samfunnet også er avhengig av en fri presse som blant annet gjennom lovnader om kildevern, kan motta viktig informasjon fra kilder – for eksempel om ulovlige eller kritikkverdige forhold hos statens myndigheter, som forsøkes holdt skjult – innebærer den samme nedkjølende effekten at potensielle kilder vil vegre seg for å ta kontakt med pressen, av berettiget frykt for at kommunikasjonen kan spores og/eller avlyttes. Hva skal for eksempel hindre PST fra å iverksette hemmelig kommunikasjonskontroll av en eller flere mulige kilder, når det er nok å påvise at det er grunn til å undersøke om vedkommende forbereder uberettiget å sette seg eller en annen i besittelse av opplysninger som bør holdes hemmelig av hensyn til rikets sikkerhet (politiloven § 17d, jf straffeloven § 91 annet ledd, jf § 90)?

Vi vet at når begjæring om dette behandles av retten, er det ingen mulighet for reell og effektiv kontradiksjon med hensyn til det faktiske grunnlaget for begjæringen. Den hemmelige advokaten som oppnevnes for å ivareta (i eksempelets tilfelle) den mulige kildens interesser heller ikke får ordentlig dokumentinnsyn

---

104. EOS-utvalgets årsmeldinger er tilgjengelige på utvalgets egne nettsider: <http://eos-utvalget.no/norsk/arsmeldinger/>



i disse sakene. Og pressens interesser er det overhodet ingen forsvarer som ivaretar. Hvis PST i tillegg benytter seg av sin hastekompetanse, er det ingen uavhengig instans involvert i forkant overhodet. Og hvis formålet med kommunikasjonskontrollen (som også kan omfatte uthenting av historiske kommunikasjonsdata) utelukkende er å avdekke hvem som er pressens kilder, er «skaden» skjedd idet informasjonen er kommet til PSTs kunnskap. Da hjelper det lite om en etterfølgende behandling i retten skulle konkludere med at vilkårene for kommunikasjonskontroll ikke var tilstede.

Enda mindre beskyttet er pressen og dens kilde, om vi ser på problemet i et internasjonalt perspektiv, der kommunikasjonen foregår over landegrensene. Da har vi sett hvilke muligheter vårt og andre lands etterretningstjenester har til – uten å bryte formelle lover – å omgå fullstendig de prosessuelle skrankene som tross alt finnes når PST og andre tilsvarende tjenester skal forholde seg til egne borgere innenfor landets grenser.

Slik disse forholdene er regulert i Norge – og internasjonalt – i dag, er reelt kildevern, når kommunikasjonen foregår elektronisk, langt på vei illusorisk. Det gjelder særlig der hvor det er tale om informasjon som de samme statlige myndighetene har interesse av å holde unna offentligheten.

Det kan nok gi myndighetene effektive muligheter til å beskytte legitimt beskyttelsesverdig informasjon mot offentliggjøring, men det kan også gi myndighetene alt for gode muligheter til i skjul å hindre vesentlig informasjon om sine egne lovbrudd eller andre kritikkverdige forhold fra å bli eksponert. Det er ingen god situasjon om man skal bevare et en levedyktig demokratisk rettsstat over tid.

## Ytringsfrihet i Norge:

### Pressefrihetens kår i 2014: Ett skritt frem – og to tilbake?

I denne rapporten foretar Jon Wessel-Aas en gjennomgang av rettsutviklingen på noen sentrale felt når det gjelder vilkårene for publisistisk frihet og informasjonsfrihet i Norge, med vekt på perioden fra 1999 til 2014. Rapporten er organisert i to delutredninger: Del I «Pressefriheten og personvernet» og Del II «Statlig kontroll med og overvåkning av borgernes kommunikasjon». En kortere versjon av de to utredningene finnes i [«Status for ytringsfriheten i Norge. Hovedrapport fra prosjektet»](#).

## Status for ytringsfriheten i Norge

Fritt Ord | ISF | FAFO | UiO | TNS | Jon Wessel-Aas

Pressefrihetens kår i 2014: Ett skritt frem – og to tilbake?