

Complex nr. 5/2009

---

**Ranveig Tufte Fjerdrumsmoen**

**ANVENDELSE AV STRAFFELOVEN § 343  
HVOR DET HANDLES MOT ET  
KONVENSJONSSTRIDIG YTRINGSFORBUD  
FASTLAGT VED MIDLERTIDIG FORFØYNING**

---

Senter for rettsinformatikk  
Postboks 6706 St Olavs plass  
0130 Oslo

Henvendelser om denne bok kan gjøres til:

Senter for rettsinformatikk  
Postboks 6706 St. Olavs plass  
0130 Oslo  
Tlf. 22 85 01 01  
[www.jus.uio.no/iri/](http://www.jus.uio.no/iri/)

ISBN 978-82-7226-125-1  
ISSN 0806-1912

Utgitt i samarbeid med Unipub AS  
Trykk: e-dit AiT AS  
Omslagsdesign Kitty Ensby

# INNHOOLD

1	Avhandlingens tema og problemstilling.....	5
2	Avgrensninger .....	7
2.1	Innledning .....	7
2.2	Institutter hvor beslektede problemstillinger kan reises .....	7
2.2.1	Ugyldig tyngende forvaltningsvedtak.....	7
2.2.2	Rettergangsstraff etter domstolloven .....	8
2.3	Midlertidige forføyninger på andre områder enn ytringsfriheten.....	9
2.4	Midlertidige forføyninger på ytringsfrihetens område .....	10
3	Juridisk metode og rettskildebildet.....	11
3.1	Innledning.....	11
3.2	Rettskildebildet i forhold til straffeloven § 343 .....	11
3.3	EMDs metode.....	12
3.3.1	Konvensjonen og dens formål.....	12
3.3.2	EMDs egen praksis .....	13
3.3.3	Særlige tolkningsprinsipper .....	13
3.4	EMDs konkrete normkontroll og behovet for eksemplifisering ....	14
3.4.1	Brennpunkt-saken .....	14
3.4.2	Teazer-saken.....	15
4	Presentasjon av rettsreglene.....	17
4.1	Innledning .....	17
4.2	Midlertidig forføyning .....	17
4.3	Straffeloven § 343.....	18
4.3.1	Straffebudets innhold .....	18
4.3.2	Formålet.....	19
4.4	EMK art. 10 .....	22
4.4.1	Innledning .....	22
4.4.2	Rettighetsdefinisjonen i art. 10 (1).....	23
4.4.3	Tillatte inngrep i ytringsfriheten .....	24
5	Strider det mot EMK art. 10 å anvende straffeloven § 343?.....	29
5.1	Straff for overtredelse av forføyningen er et «inngrep» i ytringsfriheten.....	29
5.2	Er inngrepet rettmessig etter EMK art. 10 (2)?.....	30
5.2.1	Straffeloven § 343 oppfyller lovskravet .....	30
5.2.2	Kravet til legitimt formål.....	30
5.2.3	Er illeggelse av straff nødvendig i et demokratisk samfunn?.....	34

5.3	Enkelte avsluttende bemerkninger .....	48
<b>6</b>	<b>Straffeloven § 343 hvor anvendelse strider med EMK art. 10 .....</b>	<b>49</b>
	Nasjonal metode hvor straff jf. straffeloven 343 er i strid med EMK art. 10	<b>49</b>
6.1	Lovendring .....	49
6.2	Skal straffeloven § 343 settes til side eller ilegges en rettsstridsreservasjon? .....	50
<b>7</b>	<b>EMKs stilling i norsk rett .....</b>	<b>51</b>
<b>8</b>	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>53</b>

# 1 AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING

Grunnloven § 96 gir borgerne rett til å få sivile- og strafferettslige tvister løst ved domstolen.<sup>1</sup> Men dette er ikke alltid tilstrekkelig for at borgerne kan ivareta sine interesser fullt ut. Hvor saksøker for eksempel ønsker å avverge at motparten fremmer ærekrenkende ytringer, kan kravet forfeiles ved at saksøkte yrer seg før tvisten er endelig avgjort. Tvistelovens kapittel 34 søker å avhjelpe denne svakheten ved å gi domstolen kompetanse til å nedlegge en midlertidig forføyning,<sup>2</sup> som kan forby saksøkte å fremme de ærekrenkende ytringene.<sup>3,4</sup> Saksøkers krav vil da være beskyttet frem til endelig dom.<sup>5</sup> For at den midlertidige forføyning skal fungere som tiltenkt, er det tradisjonelle utgangspunktet at det er straffbart, jf. straffeloven § 343, å krenke en formelt gyldig forføyning, også hvor den er **materielt uriktig**.<sup>6</sup>

Forføyning vil blant annet være materielt uriktig hvor **forbudet er i strid med ytringsfriheten** hjemlet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon<sup>7</sup> art. 10.<sup>8</sup> EMK er inkorporert i norsk rett og gitt forrang jf. menneskerettsloven § 2 og § 3. Retten skal derfor ved vurderingen av om en midlertidig forføyning kan ilegges, særlig se hen til om forbudet kan subsumeres inn under EMK art. 10 (2).<sup>9</sup> Trår nasjonale domstoler feil ved denne vurderingen, vil Den

1 Hov, *Rettergang 1*, (2007) s. 46

2 I det følgende vil «forbud» og «forføyning» brukes som synonymer til «midlertidig forføyning».

3 Jf. tvistelovens § 34–3 (1)

4 Forføyningen kan ta form som både forhåndssensur og forbud mot videre publisering av allerede offentlige ytringer. Dette knytter oppgavens tema nært opp til rettmessigheten av å forhåndssensurere ytringer. Problemstillingen er særlig aktuell i forhold til Grunnloven § 100 som tradisjonelt skiller mellom den formelle- og materielle ytringsfrihet. Men i dag er det sikker rett at grunnlovsbestemmelsen ikke utelukker forhåndssensur i form av midlertidig forføyning, se St.meld.nr.26 (2003–2004) punkt 5.6.2, NOU 1999:27 punkt 7.3.5 og Rt. 2007 s. 404 avsnitt 54. Problemstillingen vil derfor ikke bli behandlet i det videre.

Spørsmålet er heller ikke aktuell i forhold til EMK art. 10 og SP art. 19, da de ikke opererer med et tilsvarende skille og heller ikke sperrer for bruk av midlertidige forføyninger, se for eksempel *Observer and Guardian v. The United Kingdom*. Men, som det vil redegjøres for senere i oppgaven, er kravet til begrunnelsen for inngrepet skjerpet hvor inngrepet utgjør forhåndssensur.

5 Ot.prp.nr.51 (2004–2005) punkt 20.5.1 og 20.7

6 Ot.prp.nr.65 (1990–1991) s. 289 og Andenæs (2004) s. 79 og Rt. 2006 s. 460 avsnitt 37

7 Heretter; EMK

8 Inngrepet vil da også kunne være i strid med Grunnloven § 100 og SP art. 19, men oppgaven vil avgrenses mot disse. Se punkt 2.4

9 St.meld.nr.26 (2003–2004) punkt 5.6.1

## 6      **Anvendelse av straffeloven § 343**

---

europæiske menneskerettighetsdomstol<sup>10</sup> konstatere at forføyningen utgjør en krenkelse av EMK art. 10.<sup>11</sup>

Hvor saksøkte handler mot den konvensjonsstridige forføyningen, uten å få den opphevet, forutsettes det at norske domstoler vil anvende straffeloven § 343. Avhandlingens problemstilling tar utgangspunkt i en slik situasjon. Kjernen i oppgaven er om det utgjør en selvstendig krenkelse av EMK art. 10 å illegge straff for overtredelse av en formelt gyldig, men konvensjonsstridig forføyning.

Under forutsetning av at konklusjonen i del 5 blir at straff utgjør en selvstendig krenkelse, vil det i del 6 drøftes hvordan dette påvirker anvendelsen av straffeloven § 343. Videre vil jeg i lys av dette knytte enkelte kommentarer til den pågående debatten vedrørende EMKs stilling i norsk rett.

---

10 Heretter; EMD

11 Jf. EMK del 2 særlig art. 19 og art. 46

## 2 AVGRENSNINGER

### 2.1 Innledning

Spørsmålet om hvorvidt straffeloven § 343 kan anvendes hvor den domstol-snedlagte forføyningen er materielt uriktig, kan også reises i forhold til andre nedlagte forbud/påbud og rettigheter. I det følgende vil jeg redegjøre for valget av å avgrense mot disse, for utelukkende å se på straffeloven § 343 forhold til EMK art. 10.

### 2.2 Institutter hvor beslektede problemstillinger kan reises

#### 2.2.1 Ugyldig tyngende forvaltningsvedtak

Straffeloven § 343 kriminaliserer handlinger som strider mot «lovformelig nedlagt forbud». Dette omfatter per i dag både avgjørelser nedlagt av domstolen og forbud nedlagt av forvaltningsorganer.<sup>12</sup> Forvaltningen er i enkelte situasjoner gitt kompetanse til å fatte vedtak som kan innebære et tyngende påbud eller et begrensende forbud for private parter.<sup>13</sup> Hvor forvaltningsvedtaket er materielt uriktig kan det reises spørsmål om den private part vil møtes med reaksjon eller straffefritt kan sette seg ut over vedtaket.

Avgrensningen mot denne situasjonen er blant annet tatt på bakgrunn av at avhandlingens spørsmål ikke settes på spissen i forhold til forvaltningsvedtak. Det er sikker rett at materiell kompetansemangel knyttet til et vedtak, som hovedregel, vil medføre ugyldighet.<sup>14</sup> Et ugyldig tyngende vedtak kan den private part anse som ikke-eksisterende da vedtaket anses som en «nullitet». Vedkommende kan da på egen risiko bryte vedtaket uten å bli møtt med straff eller annen sanksjon.<sup>15</sup>

Et mulig unntak fra denne hovedreglen er hvor det foreligger «lydighetsplikt». Lydighetsplikt medfører at man må rette seg etter ordre – for eksempel ordre fra politiet for å regulere trafikk – selv om det objektivt sett ikke var grunnlag for vedtaket fordi den som ga ordren misoppfattet situasjonen.

<sup>12</sup> Andenæs (2004) s. 79

<sup>13</sup> Se for eksempel; konsesjonsloven § 11 og plan- og bygningsloven § 7

<sup>14</sup> Eckhoff (2003) s. 424

<sup>15</sup> Eckhoff (2003) s. 441

Unntaket for lydighetsplikten er begrunnet i det praktiske behovet for å ivareta ordenshåndhevelse.<sup>16</sup> I det følgende vil jeg trekke noe veksler på lydighetsplikten i forhold til begrunnelsen for ileggelse av straff etter straffeloven § 343.

Avgrænsningen er også tatt på bakgrunn av at straffeloven § 343, som blir videreført i ny straffelov,<sup>17</sup> blir innskrenket slik at det kun er «forbud nedlagt av domstoler som rammes, typisk midlertidige forføyninger avsagt i form av kjennelser».<sup>18</sup>

### 2.2.2 Rettergangsstraff etter domstoloven

Avhandlingens problemstilling kan i utgangspunktet synes aktuell i forhold til regler om rettergangsstraff hjemlet i domstoloven kapittel 10. I likhet med straffeloven § 343 kan retten reagere, i form av rettergangsstraff, hvor parten krenker et påbud/forbud nedlagt av domstolen i forbindelse med en retts sak. Det avgrensnes mot denne situasjonen da rettergangsstraff faller bort hvor påbudet/forbudet er materielt uriktig.

Pålegger retten for eksempel en journalist å utlevere upublisert materiale eller oppgi en kilde,<sup>19</sup> kan de på eget initiativ beslutte rettergangsstraff hvor pålegget ikke etterkommes.<sup>20</sup> Påbudet vil her kunne være i strid med EMK art. 10. Det må fremheves at hvor det erklæres særskilt anke over rettens pålegg, vil anken ha oppsettende virkning.<sup>21</sup> Videre skal retten hvor den kjærende part krever det, jf. domstoloven § 217 (3), prøve den materielle riktigheten av avgjørelsen som ligger til grunn for rettergangsboten. Finner domstolen at pålegget er materielt uriktig vil den oppheve både plikten og rettergangsstraffen.<sup>22</sup>

Retten kan også beslutte forbud i tilknytning til verserende saker. Så som i domstoloven § 129 (2) hvor det åpnes opp for at retten ved visse tilfeller helt eller delvis kan «forby offentlig gjengivelse av forhandlingene i rettsmøte». Hvor et slikt forbud krenkes kan vedkommende bli ilagt bot etter lovens § 199.<sup>23</sup> Domstoloven § 217 (3) kommer også til anvendelse i forhold til forbud,<sup>24</sup>

---

16 Se; Rt. 1981 s. 21 på s. 26, samt Rt. 1988 s. 181

17 Jf. straffelov (2005) § 170 (1) a (ikke i kraft)

18 Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 337

19 Jf. tvisteloven § 21–4 jf. § 21–4, § 24–4 og § 26–5 og straffeprosessloven § 109a, § 115 (1), § 116 og § 210

20 Hov, *Rettergang II*, (2007) s. 20

21 Jf. tvisteloven § 19–13 (2) jf. § 19–14 (for tredjeparter), og § 19–13 (3) (for partene) og straffeprosessloven § 382

22 Bøhn (2000) s. 661 og Rt. 1964 s. 569

23 Bøhn (2002) s. 584 punkt 2

24 Bøhn (2002) s. 660



straffen må derfor oppheves hvor forbudet er materielt uriktig. Følgelig oppstår det ingen problemer i forhold til EMK.

## 2.3 Midlertidige forføyninger på andre områder enn ytringsfriheten

Etter dette er oppgaven avgrenset, slik at det kun er i de situasjoner hvor det handles mot en midlertidig forføyning, som er av interesse. Men da alle krav, som gjelder noe annet enn penger, kan reguleres gjennom tvistelovens kapittel 34,<sup>25</sup> og straffeloven § 343 kan anvendes uavhengig av forføyningskravets innhold,<sup>26</sup> må det gjøres ytterligere avgrensninger.

I forhold til **formell lov** uten tilsvarende forrangsrett som EMK, vil problemstillingen være mindre relevant. Som det vil redegjøres for i punkt 4.3.1 er den klare hovedregel at forbudet ikke behøver å være materielt gyldig. Og da lovgiver ikke har berørt dette ved behandlingen av ny straffelov, må dette tolkes slik at denne løsningen er ment å videreføres. Problemet løses derfor etter tradisjonell rettskildelære, hvor reglen som tilsynelatende strider mot straffeloven § 343 vil tolkes innskrenkende på bakgrunn av forarbeider, praksis og teori knyttet til straffebudet.<sup>27</sup>

Hovedproblemstillingen kan også være aktuell i forhold til **folkeretten** generelt, da straffeloven § 343 «gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig» jf. straffeloven § 1 (2). Særlig kan EØS-avtalen som er inkorporert med fortrinnsrett<sup>28</sup> og de andre konvensjonene som er inkorporert gjennom menneskerettsloven § 2 aktualisere samme problemstilling. Jeg har valgt å fokusere på ytringsfrihet, følgelig EMK art. 10, og ikke de utfordringer forrangsprinsippet oppstiller. Valget er blant annet begrunnet i den unike kompetanse EMD har – å sikre at de kontraherende parter overholder forpliktelsene pålagt gjennom EMK.<sup>29</sup> Jeg har også vektlagt ytringsfrihetens særlige rolle i et demokratisk samfunn og den dagsaktuelle debatt om hvor grensene for lovlige ytringer bør gå.

Videre kan rettigheter hjemlet i Grunnloven aktualisere problemstillingen. Avgrensningen mot Grunnloven vil redegjøres for i punkt 2.4 da begrunnelsen, i all hovedsak, er den samme som for Grunnloven § 100.

25 Jf. tvisteloven § 32–1 (3) og Ot.prp.nr.65 (1990–1991) s. 289

26 Bratholm (1998) s. 80

27 Eckhoff (2001) s. 347

28 Jf. EØS-loven § 2

29 Jf. EMK art. 19

## 2.4 Midlertidige forføyninger på ytringsfrihetens område

I tillegg til EMK art. 10 er ytringsfriheten vernet gjennom **Grunnlovens § 100**. Grunnlovens status som lex superior medfører at avhandlingens tema også er aktuelt i forhold til denne.

Det avgrenses mot Grunnloven § 100 først og fremst da lovgiver synes å forutsette at straffeloven § 343 kan anvendes hvor forbudet er materielt uriktig.<sup>30</sup>

Videre finner jeg at forskjellen knyttet til domstolskontrollen av Grunnloven § 100 og EMK art. 10 må få betydning. Norges etterlevelse av EMK overvåkes og overprøves av EMD, mens i forhold til Grunnloven er Høyesterett øverste domsmyndighet. Grunnlovsstrid reiser spørsmål om kompetanseforholdet mellom lovgiver og domstol på nasjonalt nivå. I forhold til EMD er ikke denne problemstillingen aktuell, og grunnlovsspørsmål løses derfor annerledes enn hvor EMK er aktuell. EMDs overprøvelse-kompetanse av de nasjonale domstolers avgjørelse og beslutningens konsekvenser for norsk rett er stadig debattert. Denne problemstillingen vil jeg berøre i avhandlingens siste del.

Oppgavens problemstilling er også aktuell i forhold til de andre konvensjonene som menneskerettsloven § 2 gir forrang. Blant annet FNs **konvensjon om sivile og politiske rettigheter**<sup>31</sup> art. 19 som også verner om ytringsfriheten.

Avhandlingen avgrenses mot SP art. 19 da den er bygget over samme lest som EMK art. 10. Teori og praksis knyttet til EMK art. 10 vil derfor få anvendelse ved tolkningen av SP art. 19.<sup>32</sup> Videre har jeg vektlagt at forskjeller, som anvendelsesområde, global kontra regional, og gjennomføringsmekanismer, medfører at menneskerettighetskomiteens<sup>33</sup> kompetanse og praksis er mer beskjeden enn EMDs.<sup>34</sup> I motsetning til EMD har ikke komiteen myndighet til å treffe bindende avgjørelser.<sup>35</sup>

Til slutt avgrenses det mot andre **relevante artikler i EMK**. Blant annet åpner art. 15, 16 og 17 opp for ytterligere inngrep i ytringsfriheten enn det art. 10 (2) tillater. I artikkel 14 suppleres ytringsfrihetsbestemmelsen, hvor et i utgangspunktet lovlig inngrep kan anses som en konvensjonskrenkelse på grunn av diskriminering. Videre forsikrer art. 13 at rettighetene gitt i EMK ikke er et tomt skall, men beordrer konvensjonsstaten å påse at rettighetshaveren har effektive rettsmidler tilgjengelig.<sup>36</sup> Forholdet til disse artiklene er av interesse, men avhandlingens omfang må begrenses og det avgrenses mot disse i det følgende.

30 St.meld.nr.26 (2003–2004) punkt 5.6.2 og NOU 1999:27 punkt 7.3.5

31 Heretter; SP

32 Eggen (2002) s. 238

33 SP del IV

34 Eggen (2002) s. 238

35 Høstmælingen (2004) s. 362

36 Eggen (2002) s. 136–137

## 3 JURIDISK METODE OG RETTSKILDEBILDET

### 3.1 Innledning

Som nevnt er det EMD som har siste ord for hvorvidt det er en krenkelse av EMK art. 10 å anvende straffeloven § 343 hvor klager handlet mot en konvensjonsstridig forføyning.<sup>37</sup> Følgelig må straffens rettmessighet vurderes fra et EMD-rettslig ståsted, og jeg finner det derfor på sin plass å redegjøre for EMDs juridiske metode.

Før EMDs tolkningsmetode behandles, vil jeg kort redegjøre for rettskildebildet knyttet til straffeloven § 343. Dette springer ut av at EMD ikke er noen «virkelig» fjerdeinstans. Med den modifikasjon at domstolen ser hen til ytringens innhold,<sup>38</sup> tar den ikke stilling til de materielle spørsmål som ble behandlet ved de nasjonale domstoler. EMD vil uprøvd legge den nasjonale forståelsen av straffeloven § 343 til grunn. Bevisbedømmelsen og tolkning av interne rettsregler er faktum for domstolen, den tar kun stilling til hvorvidt det foreligger en konvensjonskrenkelse.<sup>39</sup>

### 3.2 Rettskildebildet i forhold til straffeloven § 343

Straffeloven § 343 materielle innhold fastsettes ved bruk av tradisjonell norsk juridisk metode, og det ligger utenfor oppgaven å gi en generell redegjørelse for denne. I det følgende vil jeg likevel knytte noen kommentarer til rettskildebildet. Dette er begrunnet i at rettskildebildet for hvorvidt straffeloven § 343 hjemler straff for overtredelse av en konvensjonsstridig forføyning er særs tynt.

Lovteksten er taus og verken forarbeidene til § 343 eller til den nye straffeloven behandler spørsmålet. Bildet ble ikke bedre av obiter dicta-uttalelser i enkelte av avgjørelsene knyttet til Brennpunkt-sakskomplekset,<sup>40</sup> hvor det ble satt spørsmålsteget ved om straff i et slikt tilfelle kunne ilegges.<sup>41</sup> I forhold til

37 Jf. EMK art. 46

38 Eggen (2002) s. 234

39 Rognlien (2005) del B kapittel 8

40 Heretter; «Brennpunkt-saken»

41 Blant annet; Rt. 2006 s. 460 og Oslo tingretts beslutning av 07.04.2006

juridisk litteratur er problemstillingen kun behandlet i en artikkel som er forfattet av forsvareren til den straffeforfulgte i Brennpunkt-saken.<sup>42</sup>

Straffeloven § 343 erstattes av en ny bestemmelse når § 170 i straffeloven av 2005 trer i kraft. Forarbeidene til den nye bestemmelsen er rent faktisk etterarbeider til någjeldende lov. De tjener til å bygge oppunder tidligere tolkninger eller til å støtte endringer i rettsoppfatningen.<sup>43</sup> Uansett er det hensiktsmessig å tillegge forarbeidene til den nye loven betydning, da den gir uttrykk for hva som vil bli gjeldende rett.

Det kan reises spørsmål om hvorfor forarbeidene til den nye straffeloven ikke behandler problemstillingen, da den ble berørt av Høyesterett i april 2006<sup>44</sup> og Ot.prp.en først er datert 9.11.2007.<sup>45</sup> Først og fremst antar jeg at spørsmålet ikke ble viet noen særlig oppmerksomhet av andre enn de involverte i Brennpunkt-saken. Riksadvokatens valg om å trekke tiltalen kan ikke hatt noen betydning for at problemet ble tapt av syne, da dette først skjedde 18.11.2007.<sup>46</sup> Videre er straffebudet plassert i straffelovens spesielle del, hvor lovgiver ikke nødvendigvis har foretatt en like gjennomtenkt behandling som for lovens alminnelige del.<sup>47</sup>

### 3.3 EMDs metode

#### 3.3.1 Konvensjonen og dens formål

EMD har slått fast at EMK skal tolkes i lys av Wien-konvensjonen om traktatrett,<sup>48</sup> og den primære rettskilde er konvensjonen. Ved tolkningen skal det derfor legges vekt på den vanlige forståelsen av artikkelens ordlyd og begreper, sett i sammenheng og i lys av EMKs gjenstand og formål.<sup>49</sup> Tolkningen skal effektivt fremme EMKs formål,<sup>50</sup> som ikke bare kan utledes av den aktuelle artikkel, men også av fortalen. Men tolkningen kan ikke foretas i et vakuum. EMD har derfor anerkjent betydningen av de generelle prinsipper i folkeretten, som imidlertid må begrenses av EMKs særlige karakter.<sup>51</sup>

---

42 Wessel-Aas (2008)

43 Eckhoff (2001) s. 98

44 Rt. 2006 s. 460 avsnitt 37

45 Ot.prp.nr.8 (2007–2008)

46 Riksadvokatens påtegningsark datert 18. oktober 2007

47 Andenæs (2004) s. 118

48 Særlig Wien-konvensjonen art. 31 og art. 38

49 Bancovic and Others v. Belgium etc para 55–58

50 Rognlien (2005) del B kapittel 2

51 Bancovic and Others v. Belgium etc. para 55–58

I tillegg er det nedfelt særlige tolkningsprinsipper i konvensjonen selv. I art. 17 hjemles prinsippet om at EMK aldri kan påberopes for å innskrenke eller avskaffe de konvensjonsfestede rettighetene i større grad enn konvensjonen selv aksepterer. Videre kan ikke, jf. art. 18, de tillatte innskrenkningene anvendes til andre formål enn de EMK selv bestemmer.<sup>52</sup>

### 3.3.2 EMDs egen praksis

Ved siden av konvensjonsteksten, er EMDs egen praksis den viktigste rettskilden.<sup>53</sup> Når det gjelder prejudikatsverdien er det påpekt at den formelt sett ikke er bundet av sin egen praksis,<sup>54</sup> men i realiteten legger domstolen stor vekt på egne avgjørelser. Hensynet til rettsvisshet, forutsigbarhet og likhet for loven medfører at det skal gode grunner til for at tidligere avgjørelser fravikes.<sup>55</sup>

Betydningen av EMDs praksis for avhandlingens tema, medfører at prejudikatlæren knyttet til domstolens avgjørelser må utdypes. Domstolen har i realiteten en noe mer pragmatisk holdning til sine egne avgjørelser enn hva som kjennetegner Høyesteretts praksis. EMD trekker lettere generelle slutninger fra tidligere avgjørelser og de anser oftere avgjørelsen som prinsipiell.<sup>56</sup> Hvilken vekt EMD tillegger en avgjørelse vil avhenge av om avgjørelsen var enstemmig, antall avgjørelser, eventuelt sprik mellom avgjørelsene, hvor i Domstolens system avgjørelsen ble avsagt, hvor gammel den er og hvorvidt de kontraherende stater har innrettet seg.<sup>57</sup>

EMDs avgjørelser tillegges som nevnt varierende vekt ut fra hvor i systemet de er avgjort. Dommens rettskildemessige vekt vil derfor variere ut i fra om spørsmålet ble avgjort i en «decision» eller «judgment».<sup>58</sup> Så vidt meg bekjent, har ikke EMD i «judgment»-form avgjort spørsmålet om det er en selvstendig krenkelse av EMK art. 10 å ilegge straff for overtredelse av en konvensjonsstridig forføyning. Det nærmeste parallelle faktum finner man i *Selvanayagam v. The United Kingdom* som er en «decision».

### 3.3.3 Særlige tolkningsprinsipper

I tillegg til de overnevnte rettskilder har EMD gjennom sin praksis utviklet egne tolkningsprinsipper. Grunnprinsippet som karakteriserer EMK som et

52 Høstmælingen (2004) s. 91

53 Rognlien (2005) del A kapittel 3

54 Se også Wien-konvensjonen art. 38 (1) litra b

55 *Christine Goodwin v. The United Kingdom* para 74

56 Rognlien (2005) del A kapittel 3

57 Rognlien (2005) del A kapittel 3

58 Skillet ble tidligere trukket mellom menneskerettighetskommissjonens og EMDs avgjørelser

«levende instrument» som skal underlegges en «dynamisk tolkning», er utviklet av domstolen selv.<sup>59</sup> Denne tolkningspraksisen medfører at rettighetene i stor utstrekning anses som rettslige standarder.<sup>60</sup> Men domstolens dynamiske tolkningsrom begrenses av at den er et dømmende og ikke et lovgivende organ, og EMDs tolkningsrom varierer fra rettighet til rettighet.<sup>61</sup>

### **3.4 EMDs konkrete normkontroll og behovet for eksemplifisering**

Som vist er ikke EMDs kontroll en statisk og «abstrakt normkontroll»,<sup>62</sup> og rent formelt skal det ikke trekkes generelle slutninger fra domsresultatet.<sup>63</sup> Konklusjonen av hvorvidt EMK art. 10 er krenket beror derfor på en konkret vurdering av hver enkelt situasjon.<sup>64</sup> Oppgavens problemstilling er generell, og avhandlingen vil holdes på et abstrakt nivå. Men for bedre å belyse nyanser i vurderingen vil det trekkes inn eksempler. Fra norsk praksis vil særlig to tilfeller benyttes for å anskueliggjøre aktuelle momenter tilknyttet de vurderinger som må foretas. Jeg finner det hensiktsmessig med en kort beskrivelse av deres faktum og redegjørelse for de forutsetninger som legges til grunn.

#### **3.4.1 Brennpunkt-saken**

Brennpunkt-saken er det eneste eksempelet fra norsk praksis som berører avhandlingens problemstilling.<sup>65</sup> Spørsmålet var hvorvidt straffeloven § 343 kunne anvendes hvor NRKs redaktør handlet mot et forbud vedrørende kringkasting av en dokumentar om politiets etterforskningsmetoder i forbindelse med NOKAS-ranet. Forbudet var nedlagt for å verne politiinformantens «liv og helse». NRK påkjærte kjennelsen, men før forføyningen var opphevet besluttet redaktøren å sende dokumentaren. Fra NRKs side ble det anført at straffesaken måtte trekkes. De hevdet at straffen ville utgjøre en selvstendig krenkelse av EMK art. 10, da Høyesterett i etterkant hadde konstatert at forføyningen var i strid med NRKs ytringsfrihet.<sup>67</sup> Spørsmålet ble ikke rettslig

---

59 Høstmælingen (2004) s. 89

60 Høstmælingen (2004) s. 89

61 Høstmælingen (2004) s. 104

62 *Klass and Others v. Germany* para 33 og *Eggen* (2002) s. 185

63 *Eggen* (2002) s. 237

64 Eksempel; *Sunday Times v. The United Kingdom* para 65

65 Oslo tingretts beslutning av 07.04.2006

66 TOBYF-2005-138068

67 Rt. 2007 s. 404

avgjort da riksadvokaten valgte å henlegge saken på grunn av bevisets stilling, uten å ta prinsipiell stilling til EMK art. 10.<sup>68</sup>

### 3.4.2 Teazer-saken

Teazer-saken er en av mange norske avgjørelser som kunne blitt anvendt.<sup>69</sup> Saken trekkes frem da vurderingstemaet skiller seg fra Brennpunkt-saken og bidrar til å tydeliggjøre vurderingen etter EMK art. 10 (2). Det understrekes at avhandlingens problemstilling ikke var aktuell. Forføyningen ble ikke funnet konvensjonsstridig og Teazer respekterte forbudet. Da problemstillingen ikke var aktuell må faktum i saken endres for å bli anvendelig for oppgavens del.

Saken gjaldt nettstedet Teazers rett til å publisere bilder av to tidligere reality-deltakere. Bildene var tatt under et moteshow i forbindelse med åpningen av en forretning i Oslo. Teazers inntekt kommer i det vesentlige fra reklame for den erotiske og pornografiske bransjen. De avbildede begjærte en midlertidig forføyning for å få nedlagt et forbud mot Teazers bruk av de aktuelle bildene. Mot saksøktets ytringsfrihet stod personvernet, de begjærendes rett til å samtykke før et fotografi som avbilder dem gjengis eller vises offentlig.<sup>70</sup> Teazer tapte i alle instanser, da retten fant at billedbruken var av en slik karakter, den hadde til formål å fremme inntektene for annonsører for sexindustrien, at personvernet legitimerte inngrep i EMK art. 10 (1).<sup>71</sup>

For avhandlingens del legges det til grunn at avgjørelsen var materiell ukorrekt, da interesseavveining mellom ytringsfriheten og personvernet antas uriktig. Det forutsettes også at Teazer ble holdt straffeansvarlig etter straffeloven § 343 for å ha handlet mot det materielt uriktige forbudet.

68 Riksadvokatembete. Brev/påtegningsark. 18. oktober 2007

69 Rt. 2001 s. 1691

70 Jf. åndsverkloven § 45c

71 Rt. 2001 s. 1691 på s. 1694





## 4 PRESENTASJON AV RETTSREGLENE

### 4.1 Innledning

Reglene om midlertidig forføyning og straffeloven § 343 utgjør som nevnt rettsfakta ved vurderingen av eventuell konvensjonsstrid. Jeg vil derfor i del 4 redegjøre grundigere for de interne rettsreglene, enn for EMK art. 10. For så, i oppgavens del 5, å behandle art. 10, særlig annet ledd, mer dyptgående.

### 4.2 Midlertidig forføyning

En midlertidig forføyning innebærer en foreløpig sikring, uten tvangsgrunnlag, av et krav som gjelder annet enn penger,<sup>72</sup> hvor saksøktens adferd kan medføre en «vesentlig skade eller ulempe».<sup>73</sup> Er sikringsgrunnen og kravet «sannsynliggjort»<sup>74</sup> kan saksøkte bli pålagt blant annet å «unnlate, foreta eller tåle en handling».<sup>75</sup> Formålet er å gi saksøker en mulighet til å gripe inn mot en handling som nok er rettsstridig, men hvor det mangler adekvate alternativer for å avverge eventuelle negative konsekvenser. Instituttet supplerer derfor til dels de strafferettslige sanksjonene.<sup>76</sup>

Etter sin ordlyd er det ingen begrensninger i forhold til hva slags ytring som kan forbys eller hva slags krav som kan sikres ved en midlertidig forføyning. Blant annet kan et trykt skrift, film eller lydklipp stoppes hvor saksøker sannsynliggjør at innholdet for eksempel vil innebære en ærekrenkelse, brudd på taushetsplikt, fare for liv og helse eller lignende.<sup>77</sup>

En midlertidig forføyning kan falle bort hvor den er tidsbegrenset eller avgjøres ved endelig dom.<sup>78</sup> Endrede forhold eller nye bevis medfører ikke automatisk bortfall av forbudet. I en slik situasjon pålegger tvistelovens § 34–5 saksøker å benytte tilgjengelige rettsmidler hvor han ønsker forbudet opphevet

72 Ot.prp.nr.65 (1990–1991) s. 289

73 Jf. tvisteloven § 34–1

74 Jf. tvisteloven § 34–2

75 Jf. tvisteloven § 34–3 (1) 1. punktum

76 Ot.prp.nr.65 (1990–1991) s. 290

77 St.meld.nr.26 (2003–2004) kapittel 5.6.1

78 Jf. tvisteloven § 34–6

eller innskrenket. I motsetning til anke over rettergangsstraff,<sup>79</sup> vil ikke anke i dette tilfellet ha oppsettende virkning og forbudet må respekteres frem til avgjørelsen er endret.<sup>80</sup>

Trosses et bestående forbud er dette en selvstendig straffbar handling jf. straffeloven § 343.

## 4.3    Straffeloven § 343

### 4.3.1   Straffebudets innhold

Straffeloven § 343 er plassert i straffelovens tredje del kapittel 34 som hjemler straff for «Forseelser mod den offentlige Myndighed».

Straffeloven § 343 første ledd lyder:

*«Med bøter eller med fengsel inntil 4 måneder straffes den, som ulovlig tilintetgjør, beskadiger, skjuler, bortfører eller avhender gods, hvori utlegg, hefte, arrest eller beslag er gjort, eller handler mot et lovformelig nedlagt forbud eller bryter eller beskadiger et av offentlig myndighet anbragt segl eller medvirker til det.»<sup>81</sup>*

Av interesse for denne oppgaven er annet straffealternativ, «handler mot et lovformelig nedlagt forbud». Kjernen i det straffbare er å foreta seg noe en midlertidig forføyning forbyr saksøkte å gjøre.<sup>82</sup>

Hvilke handlinger som er ulovlige beror på forbudets innhold. Straffeloven § 343 kommer klart til anvendelse hvor en kjennelse som i **realiteten er et forbud** overtres.<sup>83</sup> Et spørsmål er om unnlattelse av å følge en forføyning formulert som og/eller i realiteten er et påbud leder til straffeansvar. Ordlyden, «forbud», tilsier at § 343 kun får anvendelse hvor kjennelsen faktisk er et forbud. Denne forståelsen støttes av praksis,<sup>84</sup> teori<sup>85</sup> og av ordlyden og forarbeidene til den nye straffebestemmelsen.<sup>86</sup> Videre tilsier legalitetsprinsippets særlige

79 Se punkt 2.2.2

80 Bratholm (1998) s. 79 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 224

81 Min understrekning

82 Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 336–337

83 Mitsem (1992) s. 237, Rt. 1988 s. 683 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 336

84 Se; Rt. 1907 s. 320, Rt. 1939 s. 540, Rt. 1988 s. 683

85 Mitsem (1992) s. 238

86 Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 225

vekt på strafferettens område at man skal være varsom med å tolke ordlyden utvidende i tiltaltes disfavør.<sup>87</sup>

Forbudet må være «lovformelig nedlagt». Straff kan derfor som en hovedregel bare ilegges hvor forføyningen er formelt gyldig. Begjæringen og prosessen må ha fulgt visse formelle vilkår.<sup>88</sup> Begrepet regulerer ikke hvorvidt materielt uriktige forbud omfattes. Det tradisjonelle utgangspunktet er at forbudets materielle riktighet er uten betydning, så fremt det ikke er en nullitet.<sup>89</sup> Det er rettssystemet, gjennom tilgjengelige rettsmidler, som skal ivareta hensynet til et materielt riktig forbud.<sup>90</sup> Forarbeidene til Grunnloven § 100 støtter opp om dette. Lovgiver fremholder at hvor saksøkte handler mot en midlertidig forføyning hvor retten tok «feil i sin prejudisielle prøving ... vil man bli straffet for å ha krenket namsrettens, isolert sett, uhjemlede forbud mot offentliggjøring.»<sup>91</sup> Men som nevnt, er det i obiter dicta blitt reist spørsmål om hovedregelen står seg hvor forbudet «ikke kan opprettholdes som følge av eventuell konvensjonsstrid».<sup>92</sup>

Avhandlingen vil ikke problematisere hvorvidt forbudet er formelt gyldig. Det er situasjonen hvor forbudet er **materielt uriktig, i forhold til EMK art. 10**, som er av interesse.

#### 4.3.2 Formålet

Ved vurderingen av eventuell konvensjonsstrid har de legislative formål bak straffeloven § 343 sentral betydning.<sup>93</sup> Det må derfor redegjøres for hvilke formål bestemmelsen skal ivareta.

Straffebudets plassering i kapittelet om «Forselsler mod den offentlig Myndighed», medfører at det overordnede formålet er respekt for rettslige avgjørelser.<sup>94</sup> Dette formålet ivaretar både offentlige og private interesser. I det følgende vil jeg først behandle hvilke offentlige interesser som søkes ivaretatt, for så å gå nærmere inn på den begjærende parts private interesse.

87 Andenæs (2004) s. 104 og kapittel 10 del III

88 Bratholm (1998) s. 79 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 224 og 336

89 Bratholm (1998) s. 79 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 224

90 Rt. 1988 s. 683, nederst på side 684

91 NOU 1999:27, kapittel 7.3.5

92 Blant annet; Rt. 2006 s. 460 para 37

93 Se; avhandlingens punkt 4.4.3.2

94 Ot.prp.no.8 (2007–2008) kapittel 9.1

**4.3.2.1 Ivaretagelse av offentlige interesser**

Når straffeloven § 343 anvendes, er ikke dette alene for å verne om kravet forføyningen skal sikre. Straff, på grunn av sin allmennpreventive effekt, styrer atferd for fremtiden og ilegges for å hegne om forføyningsinstituttet som et selvstendig rettsgode. Det er to offentlige interesser som omfattes; vern av domstolens autoritet og forebygging av uorden eller kriminalitet.

**Domstolens autoritet** svekkes hvis ikke handlingen møtes med en reaksjon. Skulle det tilsynelatende være opp til den enkelte å ta risikoen for at forbudet er uriktig, ville dette føre til at borgerne mistet tiltroen til domstolen.<sup>95</sup> Forføyningsinstituttets eksistens og formålsoppnåelse beror på aksept av at den midlertidige forføyningen kan være materielt uriktig. Straffens avskrekkende og holdningsskapende effekt hindrer at saksøkte setter seg ut over forbudet, og dermed ivaretas domstolens autoritet ved at borgernes tillit og respekt til rettsapparatet som rette tvisteløsningsapparat sikres.<sup>96</sup>

På den annen side kan det argumenteres med at hvor forbudet er materielt uriktig, vil respekten svekkes hvor det ilegges straff. Saksøkte straffes for å utøve en rett som faktisk tilkommer vedkommende, og hvor feilen ligger i domstolens vurdering. Mot dette står at hensynet til saksøkte er søkt ivaretatt blant annet gjennom den begjærendes plikt til å stille sikkerhet, og forbudets midlertidighet.<sup>97</sup>

Et annet moment som taler mot at straff er egnet til å ivareta domstolens autoritet er det faktum at påtale er betinget av fornærmedes begjæring,<sup>98</sup> den allmennpreventive effekten faller da bort. Straffeloven av 2005 endrer dette, påtalen vil her være offentlig hvor det foreligger allmenne hensyn.<sup>99</sup> Endringen innebærer at påtalekompetansen som motargument bortfaller.

Straffeloven § 343 søker også å **forebygge uorden eller kriminalitet**. Et av de generelle legislative formål, ved å anvende straffebudet, er blant annet straffens evne til å opprettholde den sosiale ro. Ro oppnås ved at straff har en «mentalhygienisk positiv virkning på befolkningen» da «strafferettsapparatet bidrar til å beskytte dem mot overgrep og urett gjennom å strafforfølge den som har skadet andre».<sup>100</sup> Videre er det også av betydning at anvendelse av straffens allmennpreventive virkning skal lede til «vanemessig lovlydighet».<sup>101</sup>

Formålet bak straffebudet må også sees i sammenheng med forføyningsinstituttets generelle begrunnelse. Forføyningen supplerer strafferettslige sanksjo-

95 Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 223

96 Andenæs (2004) s. 84

97 Jf. tvisteloven § 34–3 (2) og (3)

98 Jf. straffeloven § 343 tredje ledd

99 Ot.prp.nr.90 (2003–2004) kapittel 4.1.5.2

100 Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 20

101 Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 20

ner ved å avverge handlinger som sannsynligvis er rettsstridige frem til tvisten er endelig avklart. Forutsatt at straffebudet har en allmennpreventiv virkning, vil den sosiale ro styrkes ved at uorden eller kriminalitet forebygges. Dette formålet må derfor antas å bli påberopt ved anvendelse av straffeloven § 343.

Det rettslige prinsippet om lydighetsplikt ved ugyldige forvaltningsvedtak<sup>102</sup> støtter opp om at anvendelse av straffeloven § 343 verner domstolens autoritet og forebygger uorden eller kriminalitet. Straffebudet har flere likhetstrekk med dette prinsippet. For det første skal domstolen, ved vurderingen av en eventuell forføyning, raskt ta stilling til et krav hvor sakskomplekset kan være uoversiktlig. For det annet hegner man om tilliten til en effektiv rettshåndheving ved at handlinger som kan lede til uorden og kriminalitet effektivt forebygges der hvor den ene parten har søkt vern i rettsapparatet.

#### 4.3.2.2 Ivaretagelse av den begjærende parts interesse – kravet

Nåværende rettstilstand, hvor påtale er betinget av fornærmedes begjæring, viser at straffebudets formål også er ivaretagelse av kravet som den begjærende part ønsker sikret gjennom forføyningen. Vernet søkes oppnådd ved at straffens individualpreventive effekt avverger forfeiling av kravet ved at saksøkte avskrekkes fra å handle mot forbudet.

Selvtækt er ulovlig og parten har ingen annen rettslig måte å verne seg mot motpartens disposisjoner. Ny straffelovs endringer av påtalekompetansen er uten betydning. Opphevelse av påtalebegjæring er generell. Endringen er begrunnet blant annet i likhetsprinsippet, styrking av den allmennpreventive effekten og den uønskede effekten av at påtalevilkåret ofte kompliserer saken. Ikke i et ønske om å lempe på den fornærmedes stilling.<sup>103</sup>

I avhandlingens situasjon vil ikke kravets berettigelse være avklart på tidspunktet som handlingen blir begått. Skulle forføyningen vise seg å være materielt riktig vil overtredelsen forfeile kravet, og det kan i verste fall i sin helhet gå tapt. Straff vil ikke ha en gjenopprettende funksjon, kun være avskrekken- de. Hvilket hensyn som skal ivaretas vil variere etter hvilket krav forføyningen skal sikre, som nevnt kan alt fra den begjærendes liv og helse til nasjonal sikkerhet være mulige krav. Straffeloven § 343 er etter de nye forarbeidene antatt å ha en preventiv effekt i forhold til overholdelse av forbudet.<sup>104</sup>

Videre må det, i forhold til alle tre formål, vektlegges at en midlertidig forføyning er av en slik karakter at anvendelse av straffeloven § 343 må antas

<sup>102</sup> Se punkt 2.2.1

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.90 (2003–2004) s. 60

<sup>104</sup> Ot.prp.no.8 (2007–2008) s. 226

nødvendig for å sikre etterlevelse.<sup>105</sup> Det er få andre moralske og etiske sperrer som hindrer saksøkte å overtre forføyningen.

## 4.4    EMK art. 10

### 4.4.1 Innledning

EMK art. 10 lyder:<sup>106</sup>

*«Art 10. Freedom of expression*

*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.»*

EMK art. 10 (1) første og annet punktum hjemler ytringsfriheten, samt definerer hva rettigheten innebærer. I tredje punktum og i art. 10 (2) åpnes det opp for inngrep. Alternativet i tredje punktum er av liten interesse for problemstillingen og vil ikke bli behandlet i det følgende. Annet ledd er derimot av sentral betydning. Hvor inngrepet etter en helhetsvurdering oppfyller vilkårene hjemlet i annet ledd, vil det være rettmessig i forhold til EMK art. 10 (1).<sup>107</sup>

Artikkelens innhold kan som nevnt ikke utledes alene fra ordlyden. EMDs praksis er helt sentral og vil tillegges stor vekt.

---

105 Andenæs (2004) s. 88 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 223

106 I det følgende, med unntak for første gang det redegjøres for enkelt ord og begreper i artikkelen, vil jeg i hovedsak benytte de norske oversettelsene. Valget er begrunnet i et ønske om å lette lesningen.

107 Eggen (1994) s. 8

#### 4.4.2 Rettighetsdefinisjonen i art. 10 (1)

##### 4.4.2.1 «Everyone»

Art. 10 (1) første punktum gir «everyone» en generell rett til å ytre seg. Dette medfører at alle individer, både juridiske og private uavhengig av status, funksjon og alder, har samme utgangspunkt i forhold til ytringsfriheten.<sup>108</sup> Fra denne hovedreglen er blant annet presse, politikere og interessegrupper tilkjent et særlig vern på grunn av deres sentrale og viktige rolle i et demokratisk samfunn.<sup>109</sup>

##### 4.4.2.2 «Expression»

Første punktum gir enhver rett til «expression».<sup>110</sup> Ved første øyekast ser det ut til at ytringsfriheten bare omfatter retten til å ytre seg og at det kun er inngrep i selve ytringen som staten skal forhindre.<sup>111</sup>

Begrepet blir nærmere presisert i annet punktum, hvor både å ha meninger og motta og meddele opplysninger og ideer omfattes. Beskyttelsen er bred,<sup>112</sup> og alle ytringer vernes, uavhengig av deres innhold og form.<sup>113</sup> Mottakelsesretten omfatter borgernes krav på informasjon vedrørende temaer knyttet til et demokratisk samfunn. Retten til å motta informasjon ble for eksempel krenket da borgerne, gjennom den midlertidige forføyningen, ble fratatt muligheten til å gjøre seg kjent med innholdet i Brennpunkt-programmet.

##### 4.4.2.3 «Interference»

Forståelsen av «freedom» fra «interference by public authority»<sup>114</sup> tilsier at de kontraherende stater er forpliktet til å hindre inngrep i ytringsfriheten. I tillegg har statene en viss plikt, gjennom positive tiltak, å sikre muligheten til å ytre seg.<sup>115</sup>

Vernet mot «inngrep av offentlig myndighet» omfatter alle tre statsmakter, den lovgivende-, utøvende- og den dømmende makt. Det vil si alle organer

108 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) s. 776 og Eggen (2002) s. 159

109 Se; *Steel and Morris v. The United Kingdom* para 89–90

110 Heretter; «ytringsfrihet»

111 Eggen (2002) s. 161

112 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) s. 779

113 *Høstmælingen* (2004) kapittel 8.12.2 og *Handyside v. The United Kingdom* para 49

114 Heretter; «inngrep av offentlig myndighet»

115 *Høstmælingen* (2004) s. 251 og Eggen (2002) s. 161, jf også EMK art. 1

og individer som anses å være offentlig myndighet.<sup>116</sup> Videre kan alle statens handlinger i form av «generelle juridiske reguleringer, enkeltvedtak og faktiske handlinger»<sup>117</sup> være et inngrep etter EMK art. 10.

#### 4.4.3 Tillatte inngrep i ytringsfriheten

Absolutt ytringsfrihet kan medføre skade på samfunnet og andre. EMK art. 10 (2) pålegger derfor den som utøver ytringsfriheten «duties and responsibilities»<sup>118</sup> og tillater visse inngrep. Ytringsfriheten kan begrenses ved «formalities, conditions, restrictions or penalties».<sup>119</sup> Unntaket i annet ledd er «generell i forhold til inngrepets art»,<sup>120</sup> og artikkelen skiller derfor ikke mellom materiell- og formell ytringsfrihet.<sup>121</sup>

Anvendelse av straffeloven § 343 utgjør et rettmessig inngrep når tre kumulative vilkår hjemlet i art. 10 (2) er fyllestgjort. Etter EMDs praksis skal straffen vurderes ut fra:

*«whether the interference in the present case was «prescribed by law», whether it had an aim or aims that is or are legitimate under Article 10 para. 2 (art. 10–2) and whether it was «necessary in a democratic society» for the aforesaid aim or aims».*<sup>122,123</sup>

Jeg vil i de neste punktene kort redegjøre for kravet til lov, legitimt formål og inngrepets nødvendighet i et demokratisk samfunn.

##### 4.4.3.1 «Prescribed by law»

Inngrepet er forskrevet ved lov hvor tre momenter foreligger. For det første må inngrepet ha «some basis in domestic law»,<sup>124</sup> temaet er hvorvidt regelen har et nasjonalt fundament, ikke om inngrepet er gyldig i forhold til nasjonale regler. For det annet må normen være «adequately accessible»,<sup>125</sup> følgelig –

---

116 Eggen (2002) s. 183

117 Eggen (2002) s. 185

118 Heretter; «plikter og ansvar»

119 Jf. EMK art. 10 (2)

120 Eggen (2002) s. 190

121 Etterfølgende ansvar og forhåndssensur

122 *Sunday Times v. The United Kingdom* para 45 og *Observer and Guardian v. The United Kingdom* para 49

123 *Mine uthevinger*

124 *Silver and Others v. The United Kingdom* para 86

125 *Silver and Others v. The United Kingdom* para 87



tilgjengelig for borgerne. Og for det tredje må loven være «formulated with sufficient precision... to foresee... the consequences».<sup>126</sup> Det avgjørende er at rettighetshaveren har mulighet til å tilpasse sin oppførsel. Normen vil kunne være forutsigbar selv om dens primære kilde, for eksempel lovteksten, overlater et visst skjønn til rettsanvenderen.<sup>127</sup>

#### 4.4.3.2 «Legitimate aim and aims»

Det aktuelle inngrepet må søke å ivareta ett eller flere av de positivt oppregnede formålene i art. 10 (2):

*« ... 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.»*

Vurderingstemaet er hvorvidt **hensikten** med inngrepet var å ivareta et slikt formål, ikke om inngrepet faktisk ivaretok det. Retten vil ved denne vurderingen som oftest se hen til formålet bak den interne inngrepshjemmel for å avgjøre formålsspørsmålet.<sup>128</sup>

#### 4.4.3.3 «Necessary in a democratic society»

Det er ved vurderingen av det tredje vilkåret, «necessary in a democratic society»,<sup>129</sup> at inngrepets rettmessighet i all hovedsak blir avgjort.

«Nødvendig i et demokratisk samfunn» er en rettslig standard hvor hensynet bak inngrepet veies opp mot dets konsekvenser for ytringsfriheten.<sup>130</sup> Inngrepet er nødvendig når det svarer til et «pressing social need».<sup>131,132</sup> Den konkrete situasjonen må tilfredsstillende vurderingsnormen som EMD praktiserer:

*«What the Court has to do is to look at the interference complained of in the light of the case as a whole and determine whether it was «proportionate to*

126 Silver and Others v. The United Kingdom para 88

127 Silver and Others v. The United Kingdom para 88

128 Eggen (2002) s. 215–216

129 Heretter; «nødvendige i et demokratisk samfunn»

130 Eggen (2002) s. 216

131 Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) para 50 (c), Observer and Guardian v. The United Kingdom para 59 (c). se også Sunday Times v. The United Kingdom para 65

132 Heretter; «presserende sosialt behov»

the legitimate aim pursued» and whether the reasons adduced by the national authorities to justify it are «relevant and sufficient»». <sup>133,134</sup>

Det er statens oppgave å sikre etterlevelse av EMK, og de er ved «presserende sosialt behov»-vurderingen tilkjent «a certain margin of appreciation in assessing whether such a need exists.»<sup>135</sup> Skjønnsmarginen vil variere ut i fra hvilket formål som ivaretas.<sup>136</sup> Subsidiaritetsprinsippet er ikke absolutt, EMD har presisert at de har myndighet til å overprøve statens vurdering, og at overprøvingen omfatter alle elementer i nødvendighetsvurderingen.<sup>137</sup>

#### «Relevant»

Relevansvurderingen reiser sjelden noe problem, og er på mange måter svært lik vurderingen av kravet til legitimt formål.<sup>138</sup> Vurdering er hvorvidt statens anførte begrunnelse kan **forankres** i de legitime formål. Skillet mellom vurderingene antas av Eggen å kunne trekkes slik:

*«... ved «legitimate aim»-vurderingen ser en på om inngrepets formål er legitimt, mens man ved relevansvurderingen spør om den begrunnelse som er gitt for inngrepet, har forbindelse med det påberopte legitime formål. Eksempelvis kan formålet bak inngrepet i prinsippet være legitimt, selv om deler av begrunnelsen ikke kan subsumeres under de påberopte formål.»* <sup>139</sup>

Begrunnelser som ikke kan subsumeres under de påberopte legitime formål ivaretar ikke et «presserende sosialt behov», og er irrelevante ved proporsjonalitetsvurderingen.<sup>140</sup>

#### «Sufficient»

Den relevante begrunnelse skal videre være «sufficient». Inngrepet må i en **tilstrekkelig grad konkret realisere** de anførte formål slik det anses nødvendig i et demokratisk samfunn. Momenter som statens skjønnsmargin, arten, streng-

133 Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) para 50 (d), Observer and Guardian v. The United Kingdom para 59 (d). Se også Sunday Times v. The United Kingdom para 65

134 Mine uthevinger

135 Sunday Times v. The United Kingdom (No. 2) para 50 (c), Observer and Guardian v. The United Kingdom para 59 (c). Se også Sunday Times v. The United Kingdom para 65

136 Sunday Times v. The United Kingdom para 59

137 Se for eksempel; Sunday Times v. The United Kingdom § 59, Handyside v. The United Kingdom para 49

138 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) s. 341

139 Eggen (2002) s. 222

140 Eggen (2002) s. 222

heten og effektiviteten av inngrepet har betydning for kravene som stilles til formålsrealiseringen.<sup>141</sup> Svakheter i tilstrekkelighetsvurderingen vil lett føre til en vektforskyvning under proporsjonaliteten, i den forstand at det tolereres mindre i forhold til konsekvensen for ytringsfriheten.<sup>142</sup>

«*Proportionate to the legitimate aim pursued*»

Konkluderes det med at de anførte hensyn for inngrep i ytringsfriheten er relevante og tilstrekkelige for å ivareta et legitimt formål, må det vurderes om det er **proporsjonalitet** mellom hensynene og inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten.

Først må **hensynenes egenvekt** fastsettes. Dette avgjøres ved å blant annet vurdere om det er konneksitet mellom graden av inngrep og formålet generelle vekt. EMD har for eksempel godtatt sterkere inngrep hvor nasjonal sikkerhet står på spill enn hvor andres rettigheter, for eksempel i form av ærekrenkelser, anføres.<sup>143</sup> Så må man konkret vurdere den ubegrensede ytrings skadepotensial for det legitime formål. Momenter som blant annet ytringens form, -innhold og målgruppe aktualiseres. Ved utøvelse av meddelelsesfriheten vil momentenes vekt variere etter de «plikter og ansvar» som påhviler den som ytrer seg.<sup>144</sup>

Til slutt må ytringens skadepotensial avveies mot **inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten**. EMD vurderer her både inngrepets generelle følger for EMK art. 10 og inngrepets intensitet ovenfor klager. Vekten av inngrepets generelle konsekvenser vil i stor grad avhenge av ytringens innhold. I samsvar med ytringsfrihetens begrunnelse aksepteres det mindre ved inngrep i samfunnsspørsmål og politiske ytringer enn i for eksempel de mer kommersielle ytringene.<sup>145</sup> Inngrepets intensitet ovenfor klager er en konkret vurdering av inngrepets betydning for utøvelse av ytringsfriheten og konsekvensene i klagers øvrige rettssfære.<sup>146</sup>

Tilstrekkelighets- og proporsjonalitetsvurderingen glir ofte sammen, da EMD i stor grad vektlegger de samme momenter.<sup>147</sup> Av pedagogiske hensyn og for å prøve og lette fremstillingen vil jeg ved drøftelsen av hvorvidt anvendelse av straffeloven § 343 kan forsvares, forsøke å trekke et skarpere skille enn det domstolen gjør.

141 Eggen (2002) s. 223–224

142 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) s. 341

143 Eggen (2002) s. 227

144 Blant annet; *Handyside v. The United Kingdom* para 49 og Eggen (2002) s. 229

145 Se; *Lingens v. Austria* para 42 og 44, *Wingrove v. The United Kingdom* § 58, *Özgür Gündem v. Turkey* para 63 og Eggen (2002) s. 231

146 Eggen (2002) s. 232

147 Eggen (2002) s. 224



## 5 STRIDER DET MOT EMK ART. 10 Å ANVENDE STRAFFELOVEN § 343?

### 5.1 Straff for overtredelse av forføyningen er et «inngrep» i ytringsfriheten

Som vist i punkt 4.4.2.3 er «inngrep» et vidt begrep. Ved ileggelse av en midlertidig forføyning etter tvistelovens kapittel 34 og straff etter straffeloven § 343 opptrer domstolen som en representant for offentlig myndighet. En forføyning, til gunst for den begjærende part, er utvilsomt et «inngrep» i motpartens ytringsfrihet. Strider forbudet mot EMK art. 10 er det innlysende at anvendelse av straffeloven § 343 utgjør et kvalifisert og selvstendig «inngrep av offentlig myndighet» i rettssubjektets «ytringsfrihet».<sup>148</sup> Ileggelse av straff vil kunne medføre at rettighetshaveren eller andre unnlater å ytre seg i en senere situasjon.<sup>149</sup>

Et slikt syn på straffeileggelsen støttes av Goodwin-saken, hvor en journalist ble ilagt bot for å nekte å etterkomme et pålegg om å oppgi en kilde. Det var uomtvistet at både pålegget og den etterfølgende straffen utgjorde «inngrep» i ytringsfriheten.<sup>150</sup>

Et spørsmål som kan reises, er hvorvidt det er et «inngrep» hvor det kun konstateres straffeskyld, men ikke ilegges straff. I Selvanayagam-saken var en demonstrant funnet skyldig og straffet for overtredelse av et midlertidig forbud mot å nærme seg revefarmen eller å ta kontakt med bonden og hans familie. Kommisjonen la til grunn at «the applicant's criminal conviction and sentence amounted to an interference».<sup>151,152</sup> Sitatet, som sonderer mellom straffeskyld og straff, viser at skyldkonstatering, også alene, kan kvalifisere til et «inngrep».<sup>153</sup> Det faktum at skyldkonstatering kan være belastende for den dømte, han blir stemplet som «skyldig» og den sosiale misbilligelse som følger med, støtter opp om dette. Videre er det av betydning at vedkommende, selv

148 Jf. EMK art. 10 (1)

149 *Lingens v. Austria* para 44

150 *Goodwin v. The United Kingdom* para 28

151 *Selvanayagam v. The United Kingdom* s. 22 «The Court's assessment»

152 Min understrekning

153 Dette støttes også av *Jersild v. Denmark* para 35, hvor EMD finner at botens størrelse var uten betydning, og uttaler; «what matters is that the journalist was convicted».

om det ikke ilegges straff, kan være erstatningsansvarlig.<sup>154</sup> Konsekvensen av disse momenter er at skyldkonstatering bør omfattes av «inngrep» etter EMK.

## 5.2 Er inngrepet rettmessig etter EMK art. 10 (2)?

Da det er klart at anvendelse av straffeloven § 343 utgjør et «inngrep», blir det neste spørsmålet; om straff for å handle mot en konvensjonsstridig forføyning kan forsvares etter unntakene i EMK art. 10 (2). Svaret beror på en vurdering av hvorvidt inngrepet oppfyller de tre kumulative vilkår, hjemlet i artikkelens annet ledd og EMDs praksis.

### 5.2.1 Straffeloven § 343 oppfyller lovkravet

Kravet til hjemmel i «domestic law» og «adequately accessible» reiser ingen problemer. Straffeloven § 343 er hjemlet i Norges lover og er offentliggjort i samsvar med lov om Norsk Lovtiende § 3. Heller ikke kravet til at loven skal være formulert med «sufficient precision» kan sies å skape problemer. Til tross for at ordlyden, «lovformelig nedlagt forbud» ikke tilhører lekfolks vokabular, vil man ved juridisk bistand forstå regelens budskap. Parten vil dermed kunne tilpasse sin opptreden i samsvar med ordlyden og unngå en strafferettslig reaksjon.

### 5.2.2 Kravet til legitimt formål

Neste vurdering er hvorvidt de legislative- og domsstolsanførte formål bak straffeloven § 343 svarer til et eller flere av de konvensjonsfestede legitime formål.<sup>155</sup>

#### 5.2.2.1 Formålet; «domstolens autoritet»

Som redegjort for under punkt 4.3.2.1 er hensikten bak straffeloven § 343 blant annet å sikre offentlige interesser i form av; den **generelle respekt** for en domstolsavgjørelse, og den begjærende parts, motpartens og andre borgeres **tillit** til domsstolen som riktig tvisteløsningsorgan. EMD har lagt til grunn at det legitime formålet, «maintaining the authority and impartiality of the

---

<sup>154</sup> Andenæs (2004) s. 152

<sup>155</sup> Eggen (2002) s. 215 note 308. Se også *Sunday Times v. The United Kingdom* para 55 og 57 og *Weber v. Switzerland* para 45

judiciary»,<sup>156</sup> blant annet omfatter; vern av borgerens tillit og respekt for domstolen, deres oppfatning av domstolen som rette forum for løsning av juridiske tvister samt dommernes funksjon.<sup>157</sup> Straff hjemlet i § 343 ivaretar dermed formålet «domstolens autoritet».

«Domstolens autoritet» må forstås «within the meaning of the Convention»<sup>158</sup> og omfatter også partenes rettigheter og krav til domstolen og domstolsprosessen i den konkrete sak.<sup>159</sup> Sunday Times nr. 1 kan illustrere dette. Saken gjaldt et midlertidig forbud mot å publisere avisartikler omhandlende den mye omdiskuterte erstatningsutmålingen, som følge av alvorlige bivirkninger, knyttet til bruk av legemiddelet Thalidomid. Storbritannia anførte at partene i Thalidomid-saken hadde krav på å få avverget forhåndsproseder av erstatningsutmålingen i media, og at dette måtte kunne subsumeres inn under formålet «rights ... of others».<sup>160</sup> EMD fant det unødvendig å ta stilling til denne anførselen, da «domstolens autoritet» omfatter rettigheter hjemlet i EMK art. 6.<sup>161</sup>

Hvor kravet som forføyningen sikrer skal subsumeres inn under «domstolens autoritet», er det ikke lenger de offentlige interesser som formålet verner, men den private. I en slik situasjon må vurderingen av hvorvidt statens begrunnelse for å anvende straffeloven § 343 svarer til «domstolens autoritet» utskytes til en separat behandling.<sup>162</sup> Dette beror på at argumenter knyttet til den offentlige- og private interesse er vesensforskjellige.

#### 5.2.2.2 Straffen forebygger «uorden eller kriminalitet»

Formålet, «prevention of disorder and crime»,<sup>163</sup> antas også å bli anført i den offentlige interesse ved avhandlingens situasjon. Straffeloven § 343 har til hensikt å verne om forføyninger som i utgangspunktet skal forhindre rettsstridige handlinger før de blir begått, og slik sett skape sosial ro da den forebygger «uorden eller kriminalitet». Som vist vil dette langt på vei korrespondere med lydighetsplikten. Domstolen, i likhet med politiet, må her ta en rask beslutning uten den totale oversikt over sakens gjenstand. Skal forføyningsinstituttet tilby en reell beskyttelse mot sannsynlig rettsstridige handlinger, er det en forutsetning at borgerene ikke handler mot forbudet. Janowski-saken støtter dette. Klager

156 Heretter; «domstolens autoritet»

157 Sunday Times v. The United Kingdom para 55

158 Sunday Times v. The United Kingdom para 54

159 Sunday Times v. The United Kingdom para 56

160 Heretter; «andres rettigheter»

161 Sunday Times v. The United Kingdom para 56

162 Se punkt 5.2.2.3

163 Heretter; «forebyggelse av uorden eller kriminalitet»

var domfelt da han i forbindelse med å ha nektet å følge ordre fra en offentlig tjenestemann hadde kalt tjenestemannen «oafs» (idiot) og «dumb» (dum).<sup>164</sup> Inngrepet var begrunnet med, og akseptert av EMD, å skulle sikre at offentlig ansatte uhindret kunne utføre jobben sin, og slik sett forebygge uorden.<sup>165</sup>

I Selvanayagam-saken anerkjente EMD at forbudet hadde til hensikt å ivareta formålet «forebyggelse av uorden eller kriminalitet». Ved første øyekast fremkommer det ikke klart om straffens formål var å «forebygge uorden eller kriminalitet» i form av å ha en allmennpreventiv effekt, slik at straffen avskrekker borgerne fra å handle mot domstolsavgjørelser. Eller om det var den individualpreventive effekten, i dette konkrete tilfellet å avverge at Selvanayagam kontaktet bonden, som var formålet. Da EMD også anerkjente formålet «andres rettigheter», tilsier dette at bondens krav om å ikke bli kontaktet av klager ble subsumert under dette formålet.<sup>166</sup> Det faktum at forføynings materielle riktighet ikke var prøvet og at EMD anså et hypotetisk utfall å være uten betydning, indikerer at EMD vil akseptere at straffeloven § 343 har til hensikt å forbygge «uorden eller kriminalitet», selv om forbudet er materielt uriktig.

Med støtte i disse sakene, må det kunne konkluderes med at EMD vil akseptere at straffeloven § 343 allmennpreventive effekt svarer til det legitime formålet; «forebyggelse av uorden eller kriminalitet».

### **5.2.2.3 Den begjærende parts krav – et legitimt formål?**

Straffeloven § 343 skal som nevnt også ivareta private hensyn, vern av den begjærendes krav. Ved å ha en individualpreventiv effekt avverger forføyningen at saksøkte handler mot forbudet. For eksempel ble vern av liv og helbred anført som sikringsgrunn i Brennpunkt-saken, følgelig er det formålet, «andres rettigheter», som er aktuelt å anføre.<sup>167</sup> I Teazer-saken,<sup>168</sup> var forbudet mot å vise bildene nedlagt for å sikre personvernet, hensikten var dermed å ivareta «reputation or rights of others».<sup>169,170</sup> Straffebudets formål overlapper således med den midlertidige forføynings hovedformål, å sikre kravet frem til endelig avgjørelse. Det må derfor antas at kravet vil anføres som et legitimt formål.<sup>171</sup>

---

164 Janowski v. Poland para 14

165 Janowski v. Poland para 25 og 26

166 Selvanayagam v. The United Kingdom, avsnitt C «The Court's assessment».

167 TOBYF-2005-138068

168 Rt. 2001 s. 1691

169 Jf. EMK art. 10 (2). Se også Von Hannover v. Germany para 59 og 60 og Egeland and Hanseid v. Norway para 59 og 60

170 Heretter; «andres omdømme eller rettigheter»

171 Dette støttes av statsadvokatens anførsel i deres brev/påtegningsark av 26. juli 2007



Selvanayagam-saken, hvor «andres rettigheter» godtas,<sup>172</sup> støtter opp om at straffens individualpreventive effekt, vern av kravet, svarer til et av de legitime formålene i EMK art. 10 (2). Det er i tillegg flere avgjørelser som antyder at EMD vil akseptere dette. Blant annet i *Observer and Guardian*-saken,<sup>173</sup> ble det godtatt at forbudet hadde til hensikt å verne «national security ... or public safety»,<sup>174</sup> og i *Sunday Times* nr. 1 ble «domstolens autoritet» akseptert.<sup>175</sup>

Det kan reises spørsmål om det vil være hensiktsmessig å anføre kravet hvor forføyningen overtres etter at nye bevis er fremkommet eller situasjonen er endret, uten at saksøkte har fått forbudet opphevet. Situasjonen kan illustreres ved å endre noe på faktumet i Brennpunkt-saken: Sett at NRK hadde tenkt å overholde kringkastingsforbudet i påvente av at anken skulle behandles. I perioden før anken kom opp for retten sendte TV2-nyhetene reportasjer hvor politiinformantens navn og bilde ble publisert. NRK besluttet da å sende dokumentaren til tross for at forføyningen fremdeles var rettskraftig. Politiinformantens krav, vern av liv og helbred ved å forby kringkasting, vil reelt sett ikke lenger ha behov for den beskyttelse som anvendelse av straffeloven § 343 gir. I en slik situasjon kan det være naturlig å anta at ileggelse av straff kun ivaretar offentlig interesse i form av «domstolens autoritet» og «forebygging av uorden eller kriminalitet».

Løsningen kan utledes av *Observer and Guardian*-saken, hvor en lignende problemstilling var aktuell.<sup>176</sup> Saken gjaldt rettmessigheten av et midlertidig forbud mot å publisere informasjon om British Security Service.<sup>177</sup> Fra britisk side ble det anført at det midlertidige publiseringsforbudet for det første vernet «domstolens autoritet» da regjeringsadvokatens krav frem til endelig avgjørelse ble beskyttet. For det annet, at den ivaretok «nasjonal sikkerhet» ved at konfidensiell informasjon ble holdt hemmelig da eventuell offentliggjøring ville skade BSS. I perioden hvor forbudet var rettskraftig ble disse opplysningene gjort offentlige gjennom publikasjon i USA. Til tross for at informasjonen ikke lenger var hemmelig, godtok EMD, tilsynelatende uten større betenkelighet, at begge anførselene gjorde seg gjeldende som legitime formål.<sup>178</sup> Dette medfører at hvor nasjonale domstoler har vektlagt kravet som forbudet

172 *Selvanayagam v. The United Kingdom*, avsnitt C «The Court's assessment»

173 *Observer and Guardian v. The United Kingdom* para 56. Se også *Sunday Times v. The United Kingdom* (No.2) para 54–55 og Rt. 2007 s. 404 avsnitt 52

174 Jf. EMK art. 10 (2). Heretter; «den nasjonale sikkerhet eller offentlige trygghet»

175 *Sunday Times v. The United Kingdom* para 56

176 *Observer and Guardian v. The United Kingdom*. Se også *Sunday Times v. The United Kingdom* (No. 2) para 49

177 Heretter; BSS

178 *Observer and Guardian v. The United Kingdom* para 55–56 og 69

skal verne og/eller staten anfører dette for EMD, vil nok kravet aksepteres som legitimt formål knyttet til anvendelse av straffeloven § 343.

### **5.2.3 Er ileggelse av straff nødvendig i et demokratisk samfunn?**

Avgjørende for hvorvidt straffeloven § 343 kan anvendes, hvor forføyningen er konvensjonsstridig, beror på nødvendighetsvurderingen. Forføyningen og straffen må her sees som et hele og det må avgjøres hvorvidt straffen ivaretar «presserende sosiale behov».<sup>179</sup>

#### **5.2.3.1 Skjønnsmarginen**

Intensitet av EMDs prøvelse for hvorvidt anvendelse av straffeloven § 343 er nødvendig i et demokratisk samfunn, og særlig relevant for proporsjonalitetsvurderingen, er den skjønnsmargin som statene er tilkjent. Norge har, som en følge av at EMD ikke skal utgjøre en fjerdeinstans, en skjønnsmargin som gir staten kompetanse til å foreta, i varierende grad, en selvstendig vurdering av om inngrepet er konvensjonsmessig.<sup>180</sup>

For oppgavens problemstilling vil skjønnet blant annet variere etter hvilket formål som skal vurderes. I forhold til «domstolens autoritet» og «forebygging av uorden eller kriminalitet» vil skjønnsmarginen være snever, da EMD anser seg på «hjemmebane» ved vurdering av juridiske hensyn.<sup>181</sup> Mens i forhold til kravet som forbudet skal verne, vil skjønnet variere ut fra hvilket formål det faller inn under. For eksempel ville nok EMD i Teazer-saken tilkjent Norge en bredere skjønnsmargin, da avveiningen stod mellom to konvensjonsbeskyttede rettigheter, retten til privatliv jf. EMK art. 8 og ytringsfriheten jf. EMK art. 10. Ved en avveining mellom konvensjonsfestede rettigheter har EMD i stor utstrekning tilkjent statene en bred skjønnsmargin.<sup>182</sup>

Videre vil det faktum, at det synes å være en europeisk konsensus at det er straffbart å handle mot en materiell uriktig forføyning,<sup>183</sup> medføre at EMD tilkjenner staten et noe videre skjønn enn der Norge hadde vært alene om ordningen.<sup>184</sup>

179 Se for eksempel; *Sunday Times v. The United Kingdom* para 65.

180 Eggen (2002) s. 156 og 233

181 Eggen (2002) s. 235

182 Se for eksempel; *A. v. Norway* para 66 og *Egeland and Hanseid v. Norway* para 55

183 Eksempler: *Storbritannia*, se *Salvanayagam v. The United Kingdom* og *Bean* (2007) punkt 9.02. Danmark, se *retsplejeloven § 535*. Russland, se *Obukhova v. Russia*. Sveits, se *Hertel v. Switzerland*

184 Se; *Sunday Times v. The United Kingdom* para 59 syvende avsnitt og *Egeland and Hanseid v. Norway* para 54

### 5.2.3.2 Er straffens begrunnelse relevant for å ivareta legitime formål?

Det første som må avgjøres under nødvendighetsvurderingen er hvorvidt de begrunnelser som kan tenkes anført for straff er **relevante** for ivaretagelse av «domstolens autoritet», «forebygging av uorden eller kriminalitet» og kravet som forføyningen skal sikre.<sup>185</sup>

#### *Er straff relevant for ivaretagelse av formål knyttet til offentlig interesse?*

Hvor det ilegges straff for krenkelse av et midlertidig forbud, vil påtalemyndigheten kunne anføre flere begrunnelser som kan knyttes til den offentlige interesse av å verne «**domstolens autoritet**». Statsadvokatens anførte begrunnelse i Brennpunkt-saken, at en ustraffet overtredelse vil svekke den generelle respekten for domstolen,<sup>186</sup> er et av § 343 hovedformål. Dette hensynet må antas å alltid bli påberopt i tilsvarende saker. Hensynet er klart relevant i forhold til formålet, «domstolens autoritet», særlig hvor forføyningen er materielt riktig.

Det kan problematiseres om begrunnelsen, respekt for domstolen, kan være relevant for ivaretagelse av «domstolens autoritet» hvor det er fattet en materiell uriktig avgjørelse. I avhandlingens tilfelle straffes det for å handle mot en avgjørelse som krenker EMK art. 10, straffebudet verner derfor de uriktige domstolsavgjørelser. Reaksjon kan medføre at den som ilegges straff, og utenforstående, mister tilliten til at domstolens avgjørelser er materielt riktige, og dermed dens evne til å ivareta borgernes rettslige interesse.

Mot dette står et argument som tilsier at begrunnelsen likevel kan anses relevant. Argumentet er særlig aktuelt hvor saksøkte bryter forbudet uten å anvende rettsmidler i forkant. Uten reaksjon vil domstolens autoritet bli utfordret, og for mange er riset bak speilet årsaken til at de føyer seg etter rettens avgjørelse. Etter mitt skjønn må denne situasjonen representere en større fare for borgernes tiltro til domstolen som effektivt og rette tvisteløsningsorgan, enn det anvendelse av straffeloven § 343 utgjør. For selv om forbudet krenker EMK art. 10, er forbudet midlertidig og kan angripes med rettsmidler. Videre kan mangel på reaksjon lede til at den begjærende part og andre velger alternative måter å sikre de krav de mener å ha rett på, enn å anvende rettsapparatet. Sunday Times nr. 1 støtter dette. Her ble Storbritannias frykt for tap av borgernes respekt for domstolsprosessen og domstolens funksjon ansett som relevant i forhold til forbudet om prejudisiell behandling i media.<sup>187</sup>

Konklusjonen må muligens bli en annen hvor saksøkte bryter forbudet etter at vedkommende har uttømt de nasjonale rettsmidler. Vil anvendelse av straffeloven § 343 verne om respekten for domstolens autoritet hvis for

185 Sunday Times v. The United Kingdom para 63 annet avsnitt

186 Oslo statsadvokatembeter. Brev/påtegningsark. 26. juli 2007

187 Sunday Times v. The United Kingdom para 63 fjerde avsnitt og sjette avsnitt

eksempel Brennpunkt-dokumentaren ble sendt etter at forbudet var klaget inn for EMD, men før retten hadde fattet en avgjørelse? Utgangspunktet er klart, man respekterer domstolens avgjørelse så lenge denne ikke er endret, og til tross for at nasjonale rettsmidler er uttømt er det klart at begrunnelsen er relevant for ivaretagelsen av domstolens autoritet. Til tross for forskjeller i faktum, støtter Sunday Times nr. 1 også denne konklusjonen. EMD fant forbudet relevant for ivaretagelsen av «domstolens autoritet», til tross for at det hadde funnet sted en nasjonal kampanje vedrørende Thalidomid-saken mens forbudet var rettskraftig.<sup>188</sup>

Også i forhold til formålet, «forebyggelse av uorden eller kriminalitet», vil straffens allmennpreventive effekt være relevant. Som nevnt ble dette anført og akseptert som et relevant legitimt formål i Selvanayagam-saken. Klager var ilagt straff da hun bevisst hadde handlet mot et midlertidig forbud som hadde til formål å avverge en mulig ulovlig handling.<sup>189</sup> Det kan tenkes at det vil forsøkes argumentert med at hvor forføyningen er materielt uriktig, så blir det heller ikke begått en kriminell handling. Dette vil være en avsporing. I forhold til «forebyggelse av uorden eller kriminalitet» er det straffens allmennpreventive effekt som skal vektlegges, ikke vern av det konkrete krav. Forføyningsinstituttet forfekter ikke at forbudet skal være materielt riktig, og det kreves kun en sannsynliggjøring av kravet og sikringsgrunnen.<sup>190</sup> Straffen har her til formål å verne om instituttets overordnede begrunnelse, og dette må i utgangspunktet gjøres uten å se hen til forbudets materielle riktighet.

Det kan reises spørsmål om straffeбудets allmennpreventive virkning vil være relevant for «forebyggelse av uorden eller kriminalitet» hvor faktum endrer seg etter at forføyningen er nedlagt. I en slik situasjon kjenner saksøkte til at forføyningsgrunnlaget ikke lenger eksisterer og at handlingen nok vil være «rettmessig», straffens individualpreventive effekt er da muligens svekket/borte. Da straffeloven § 343 begrunnelse her er knyttet til den allmennpreventive- og ikke den individualpreventive effekten, kan ikke dette argumentet tillegges større vekt. Ovenfor samfunnet og andre borgere er det nok lite sannsynlig at endringer i den konkrete situasjonen er så tydelige at de klarer å skille mellom variasjonene i faktum for en senere situasjon.

*Er straff relevant for ivaretagelse av kravet som forføyningen skal verne?*

Kravet som forføyning verner, har ved første øyekast ikke rett på et straffettslig vern, da forbudet krenker EMK art. 10. Men som nevnt er det aksept for at kravet og sikringsgrunnen kun skal sannsynliggjøres. Straffeloven § 343

188 Sunday Times v. The United Kingdom para 63 femte og sjette avsnitt

189 Selvanayagam v. The United Kingdom del C nummer 1 og 2

190 Jf. tvisteloven § 34-2 (1) og (2)

underliggende formål er derfor å verne om kravet uavhengig av dets rettmessighet. På det tidspunkt det handles mot forføyningen, er ikke forbudets rettmessighet avklart og hvorvidt handlingen vil forfeile et legitimt krav er ukjent. Ved nærmere ettersyn ser man derfor at begrunnelsen, straffens avskrekkende og individualpreventive effekt, vil være relevant for å sikre kravet. Saksøkte må ta følgene av sitt valg, og det er skyldspørsmålet uvedkommende om forføyningen er materielt uriktig.

Et vurderingstema, også her, er om kravet kan være relevant begrunnelse hvor det er fremkommet nye bevis eller situasjonen endres før saksøkte handler mot forbudet, men uten å ha fått det opphevet. I *Observer and Guardian*-saken var som nevnt det ene formålet, vern av «den nasjonale sikkerhet», begrunnet med å hindre publisering av hemmelig informasjon og for å verne om BSS sitt rykte. EMD godtar tilsynelatende vern av BSS' rykte som en relevant begrunnelse til tross for at opplysningene var publisert. Dette ble begrunnet med at selv om informasjonen var offentlig, var det fremdeles et behov for vern av «den nasjonale sikkerhet» ved at BSS viste «styrke» utad og for å avverge at andre tidligere ansatte røpet hemmelig informasjon.<sup>191</sup>

For avhandlingens del forholder situasjonen seg noe annerledes. Her knyttes begrunnelsen til et krav som i sin helhet ikke eksisterer når handlingen blir begått og når det ilegges straff. For det første er ikke kravet rettmessig. For det annet, kan for eksempel ikke begrunnelsen i *Brennpunkt*-saken, å verne om politiinformantens liv og helse, forankres i formålet «andres rettigheter» siden TV2-nyhetene allerede har kringkastet informasjonen. Straffens begrunnelse vil da bare kunne forankres i formålene; «bevare domstolens autoritet» og «forebygging av uorden eller kriminalitet».

### 5.2.3.3 Er anvendelse av straffeloven § 343 tilstrekkelig for å realisere formålene?

Den andre hovedvurderingen er konkret og må knyttes direkte til den foreliggende saks faktum. Det må her tas stilling til om illeggelse av straff i **tilstrekkelig grad konkret realiserer** «domstolens autoritet», «forebygging av uorden eller kriminalitet» og for eksempel som i *Brennpunkt*-saken «andres rettigheter», slik at straff er nødvendig i et demokratisk samfunn.

#### *Realiserer straff «domstolens autoritet» i tilstrekkelig grad?*

«Domstolens autoritet» favner som nevnt mer enn den rene respekt for domstolens avgjørelse. Dette medfører at kravet til begrunnelse må differensieres etter hva som er påberopt, og hvor nært begrunnelsen står kjernen i «domstolens autoritet».

<sup>191</sup> *Observer and Guardian v. The United Kingdom* para 69 første avsnitt jf. annet avsnitt

I kjernen finner man blant annet den **generelle respekt for domstolens avgjørelse**. Dette hensynet vil være felles for alle situasjoner hvor det er aktuelt å anvende straffeloven § 343. Avgjørende vil være om straff for å handle mot forføyningen i tilstrekkelig grad realiserer borgernes respekt for domstolens avgjørelse, slik at straffen må anses nødvendig i et demokratisk samfunn.

Straffeloven § 343 individual- og allmennpreventive virkning skal være av en slik art at den enkelte og borgerne generelt respekterer forbudet som straffen beskytter.<sup>192</sup> Under forutsetningen av at straffen har slik virkning vil den klart være tilstrekkelig for å realisere respekt for domstolens avgjørelser, da borgerne vil avstå fra å handle mot domstolsforbudet.

Inngrepets art og karakter vil ha betydning for kravet til formålsrealisering.<sup>193</sup> Tradisjonelt er straff, da den er etterfølgende, ansett som mindre tyngende enn forhåndssensur.<sup>194</sup> Men avhandlingens situasjon er særegen, ytringen er ved gjerningstidspunktet allerede forsøkt forhåndssensurert gjennom forføyningen. Spørsmålet er da om straffen skal anses å være et etterfølgende ansvar og relativt sett tillegges mindre vekt. Eller er det faktum at forhåndssensur er en nødvendig betingelse for straff, et skjerpene moment, som medfører at kravet til realisasjon styrkes? Etter mitt skjønn, tilsier denne kjensgjerningen at det må kreves mer av inngrepets betydning for formålsrealiseringen.

Et annet moment som taler mot at straffen realiserer formålet i tilstrekkelig grad er det tilbakevendende argumentet at den midlertidige forføyningen er materielt uriktig. Dette argumentet må tillegges større tyngde her enn under relevansvurderingen. Ikke bare er straffeansvar tyngende, men straffen vil kunne virke mot sin hensikt og medføre at den straffedes respekt og tiltro til domstolen svekkes. Men igjen må forføyningsinstituttets aksept av muligheten for et materielt uriktig forbud vektlegges. Denne risikoen er saksøkte kjent med, og avhjelpest av domstolens veiledningsplikt som tilsier at vedkommende skal bli gjort kjent med sin rett til å anke over forbudet eller kreve muntlig behandling.<sup>195</sup> Men hvor saksøkte har uttømt de nasjonale rettsmidler vil nok dette lede til et annet resultat. En slik situasjon vil antakelig rette søkelyset mot domstolens rolle og opptreden, og vil kunne lede til debatt. En slik debatt vil, etter mitt skjønn, kunne svekke «domstolens autoritet» i et demokratisk samfunn, da vedkommende som har fulgt rettsstatens «spilleregler» blir straffet for å utøve den rett som rettmessig tilfaller ham. Dette vil kunne lede til at borgerne mister tillit til at offentlig myndighet ikke misbrukes.

192 Andenæs (2004) s. 81–82 og Ot.prp.nr.8 (2007–2008) s. 223

193 Eggen (2002) s. 224, men det er først og fremst ved proporsjonalitetsvurderingen at straffens alvorlighet er et moment av vesentlig betydning, se Eggen (2002) s. 225 og s. 227

194 Aall (2007) s. 219

195 Jf. tvisteloven § 11–5

Videre må det vektlegges at EMD ikke har tilkjent statene noen bred skjønnsmargin ved vurderingen av hva som omfattes av domstolens autoritet.<sup>196</sup> Slik at det skal mindre til før statens egen vurdering av hva som anses å være tilstrekkelig settes tilside.<sup>197</sup>

En annen begrunnelse, jeg antar vil bli anført, er **tillit til domstolen som effektivt og rette tvisteløsningsorgan**. I et demokrati er et velfungerende retts-system av sentral betydning. Tillit til at systemet bidrar til å løse konflikter avverger at borgerne griper til mer radikale løsninger. Den begjærende part vil anse muligheten for konstatering av skyld og ileggelse av straff for å ha en avskrekkende effekt på motparten. På den annen side kan det stilles spørsmålstegn ved hvorvidt tillit til domstolen styrkes. For parten som blir straffet for å ha handlet mot et konvensjonsstridig forbud, vil domstolens rolle som tvisteløser svekkes. Vedkommende blir jo straffet for feil som domstolen selv har begått. Men hensynet til saksøker vil i utgangspunktet, som nevnt, være godt vernet, da forbudet er ilagt midlertidig, i rettslige former og med tilgjengelige rettsmidler.<sup>198</sup> Det kan heller ikke utelukkes at saksøkte selv vil ha behov for å benytte forføyningsinstituttet, og har han opplevd at instituttet ikke strekker til, kan det hende han unnlater å anvende ordningen i en senere situasjon.

#### *Vil anvendelse av straffeloven § 343 forebygge uorden eller kriminalitet?*

Straffeloven § 343 hegner om forføyningsinstituttet, som skal sikre sosial ro ved å forhindre at sannsynlig rettsstridige handlinger blir begått, eller avverge at konflikter mellom private parter eskalerer.<sup>199</sup> På denne måten bidrar straffebudet, gjennom sin preventive effekt, til realisasjon av «forebyggelse av uorden eller kriminalitet», da rettsstridige handlinger avverges og konflikt forbygges. Går saksøkte ustraffet eller det ikke avstedkommer noen form for reaksjon hvor vedkommende handler mot forføyningen, vil straffeloven § 343 forebyggende effekt ovenfor potensielle saksøkte svekkes. Det er da større sannsynlighet for at rettsstridige handlinger vil bli begått. Reglens forebyggende effekt av «uorden og kriminalitet» kan i tillegg sees i forhold til den begjærende parts tillit til domstolen. Som nevnt bidrar forføyningen til at saksøker ikke griper til mer radikale løsninger, noe som trolig vil utgjøre en ulovlig handling. Straffebudets preventive virkning vil derfor være tilstrekkelig for å realisere «forebyggelse av uorden eller kriminalitet».

196 Sunday Times v. The United Kingdom para 59

197 Observer and Guardian v. The United Kingdom para 63

198 Eggen (2002) s. 601–602

199 Ot.prp.nr.65 (1990–1991) side 289–290

*Vil straff gi et tilstrekkelig vern av den enkelte forføynings krav?*

Forføyningsens krav, den begjærende parts interesse, vil som nevnt utgjøre en underliggende begrunnelse for å ilegge straff. Spørsmålet er hvorvidt forholdet på forføynings- og gjerningstidspunktet var slik at etterfølgende anvendelse av straffeloven § 343 i tilstrekkelig grad verner saksøkers krav og dermed realiserer formålet. For vurderingen av om straff er tilstrekkelig er forutsetningene for avhandlingens problemstilling sentrale: Forføyningen er materielt uriktig, kravet vernes urettmessig da forbudet krenker EMK art. 10. Videre, har saksøkte handlet mot forføyningen før dens rettmessighet er avklart.

I motsetning til ileggelse av forføyningen vil ikke anvendelse av straff hindre at kravet forfeiles. Straffen har ingen gjenopprettende funksjon og vil ikke sikre det aktuelle kravet når forbudet først er overtrådt. Ivaretagelse av den begjærende parts krav i det konkrete tilfellet er derfor ikke mulig. Dette kan anskueliggjøres ved hjelp av Brennpunkt-saken. Ved kringkasting av Brennpunkt-dokumentaren ble politiinformantens krav forfeilet fra sendetidspunktet. Informantens liv og helbred ville da ikke oppnådd ytterligere vern ved at NRKs redaktør ble straffet. Jeg kan ikke se at tilstrekkelighetskravet er oppfylt i en slik situasjon.

Et annet moment som støtter konklusjonen illustreres ved hjelp av den tidligere nevnte Observer and Guardian-saken. Formålet som ble anført var «domstolens autoritet», hvor kravet forføyningen skulle verne var partenes rett til å få forhindret **prejudisiell prosedyre** i media før saken endelig skulle avgjøres.<sup>200</sup> Begrunnelsen, at prejudisiell prosedyre kunne forfeile regjeringsadvokatens krav om permanent forbud, ble ansett å være tilstrekkelig for forbudets første periode.<sup>201</sup> Men da situasjonen endret seg, ved at opplysningene ble publisert, medførte dette at begrunnelsen ikke lenger kunne anses tilstrekkelig for det legitime formål.<sup>202</sup> Begrunnelsen, å verne om kravet, kan ikke anses tilstrekkelig for å ilegge straff for å handle mot et forbud som i seg selv ikke anses tilstrekkelig begrunnet. Men formålet, «domstolens autoritet», gjør seg fremdeles gjeldende, da knyttet til den offentlige interesse om respekt for at tilgjengelige rettsmidler må anvendes.

Det kan problematiseres om et tilfelle som Teazer-saken må få et annet utfall. Her var kravet at allerede publiserte fotografier skulle fjernes. Hvor Teazer handler mot forbudet og vedblir å vise bildene er dette en fortsatt krenkelse, og det kan tenkes at man ved å anvende straffeloven § 343 tvinger Teazer til å etterkomme forbudet. Dette motargumentet endrer ikke konklusjonen, da

200 Se; Sunday Times v. The United Kingdom, Observer and Guardian v. The United Kingdom og Sunday Times v. The United Kingdom (No.2)

201 Observer and Guardian v. The United Kingdom para 63

202 Observer and Guardian v. The United Kingdom para 69



kravet om å fjerne bildene, slik som i avsnittet ovenfor, ikke hadde rett på beskyttelse ved gjerningstidspunktet da forføyningen var materielt uriktig.

#### *De relevante og tilstrekkelige hensyn*

Jeg finner det hensiktsmessig å foreta en liten oppsummering av de hensyn og begrunnelser som ble funnet relevante og tilstrekkelige, og som vil være sentrale under proporsjonalitetsvurderingen i punkt 5.2.3.4.

I forhold til formålet «domstolens autoritet» må det skilles mellom hvilke begrunnelser som blir anført, om de knytter seg til offentlige hensyn, slik som den generelle respekt og tillit til domstolen, eller til partenes rettigheter hjemlet i EMK art. 6. Hvor begrunnelsen knyttes til offentlige hensyn, respekt og tillit til domstolen og dens virksomhet, vil anførselen i utgangspunktet bli funnet relevant og tilstrekkelig for ivaretagelse av «domstolens autoritet». Men etter min mening må det gjøres unntak hvor saksøkte uttømmer de nasjonale rettsmidler før han handler mot forbudet.

Formålet, «forebyggelse av uorden eller kriminalitet», er nok et annet «fruktbart» argument for å rettferdiggjøre anvendelse av straffeloven § 343, til tross for at forbudet er materielt uriktig. Da forføyningsinstituttet søker å avverge handlinger som sannsynligvis er urettmessige, har eksistensen av straffeloven § 343 en allmennpreventiv effekt og gir en ytterligere motivasjon for å rette seg etter forføyningen og slik skaper sosial ro.

Hvor kravet som forføyningen skal verne anføres som et legitimt formål må dette i sin helhet falle bort. Etter mitt syn vil det faktum at kravet ikke har rett på beskyttelse i utgangspunktet, og at straffen ikke vil ha noen gjenopprettende funksjon, medføre at begrunnelsen ikke kan anses tilstrekkelig for ivaretagelse av kravet.

#### **5.2.3.4 Er formålene proporsjonale med straffens konsekvenser for ytringsfriheten?**

Siste element i vurderingen av hvorvidt anvendelse av straffeloven § 343 kan aksepteres, hvor forføyningen krenker EMK art. 10, beror på om de kvalifiserte formåls vekt er proporsjonale i forhold til straffens konsekvenser for ytringsfriheten.

#### *Hvilken vekt skal de relevante og tilstrekkelige formål tillegges?*

Første skritt er å avgjøre de relevante og tilstrekkelige **formåls generelle vekt**.

«Domstolens autoritet» er av sentral betydning i et demokratisk samfunn, og respekt for dens avgjørelse er fundamental for eksistensen av en effektiv rettspleie. I utgangspunktet må det antas at den generelle styrke av «domstolens autoritet» er av en slik karakter at mer alvorlige inngrep aksepteres. Men som nevnt gjelder ikke dette absolutt. Hvilket presserende sosialt behov

domstolens autoritet utgjør må differensieres. Generell respekt og tillit til rettspleien er særlig verdifull, mens det å hindre kritikk av dommere er mindre viktig.<sup>203</sup> For avhandlingens situasjon er det respekt og tillit til domstolen som rette tvisteløsningsorgan som i hovedsak vil begrunne anvendelse av straffeloven § 343, og formålet må derfor antas å ha betydelig generell vekt.

Det neste formålet, «forebyggelse av uorden eller kriminalitet», er tradisjonelt aktuelt når ytringen oppfordrer til kriminelle handlinger eller søker å provosere frem uorden.<sup>204</sup> I en slik kontekst har formålet mindre egenvekt enn for eksempel formålet; «den nasjonale sikkerhet».<sup>205</sup> I avhandlingens tilfelle er ikke den tradisjonelle situasjonen aktuell, med mindre kravet forføyningen skal verne er rettet mot slike ytringer. Formålet vil her bli påberopt i forebyggende øyemed for den offentlige interesse, da straffeloven § 343 legislative begrunnelse er å forsterke formålet bak forføyningsinstituttet, som blant annet er å forebygge «uorden og kriminalitet». Dette er klart linket opp til lydighetsplikten. Ytringens innhold, form, mottaker og sender er derfor uten betydning. Sett fra et slikt ståsted må formålet kunne tillegges større vekt enn ellers. Dette støttes også av forordet i EMK hvor det påpekes viktigheten av at borgerne respekterer rettsstatsprinsippene og rettsstatens spilleregler.<sup>206</sup>

Ved vurderingen av de anførte formåls generelle styrke, ville det vært naturlig å legge vekt på graden av symmetri med det aktuelle inngrepets tyngde, og hvorvidt formålene prinsipielt kan forsvare inngrepet.<sup>207</sup> I praksis er ikke reaksjonens **tyngde** blitt tillagt noen større betydning. EMD har derimot tillagt inngrepets **alvorlighet** relevans, hvor det sentrale er om reaksjonen kom før eller etter ytringen var publisert.<sup>208</sup> Som nevnt er straff i utgangspunktet ansett å være mindre alvorlig da det utgjør et etterfølgende inngrep. Men straffeloven § 343 er av en mer særegen karakter, og alvorligheten må vurderes ut fra saken som et hele. Det faktum at forføyningen er en nødvendig betingelse skjerper straffens betydning og følgelig stilles det større krav til de legitime formåls egenvekt.<sup>209</sup>

På den annen side, da saken skal sees som et hele, er tyngden av forføyningen og straffen sett under ett, etter min mening, av en viss betydning for inngrepets alvorlighet. Jo mer beskjedent inngrepet totalt sett er, jo mindre vil det kreves av formålenes egenvekt. Særlig vil forføyningens varighet, intensitet og hvorvidt den er absolutt ha betydning. Éditions-saken fremhever at tidspunk-

203 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) kapittel 14.4.11

204 Høstmælingen (2004) s. 254. Se for eksempel; *Incal v. Turkey* og *Piermont v. France*

205 Høstmælingen (2004) s. 254

206 EMK forord siste avsnitt

207 Eggen (2002) s. 228

208 Eggen (2002) s. 227 og s. 480

209 Aall (2007) s. 219

tet for når forføyningen ble nedlagt og dens midlertidige karakter medførte at kravet til forføyningens materielle riktighet ble svekket.<sup>210</sup> Også straffens kvantitet, kun konstatering av straffeskyld eller hvorvidt det ilegges bot eller fengsel, kan til dels tenkes å ha innflytelse for om formålene prinsipielt kan forsvare anvendelse av straffeloven § 343.

Neste skritt er å vurdere i hvilket omfang den **ubegrensede ytringen ville skadet formålene** hvis ikke straffeloven § 343 ble anvendt.

Tradisjonelle momenter som; ytringens innhold, form, målgruppe og hvem som berøres, er uten betydning for vurderingen av ytringens skadepotensial for de aktuelle formål.<sup>211</sup> «Domstolens autoritet» og «forebyggelse av uorden eller kriminalitet» ser kun hen til straffebedets evne, gjennom den preventive virkningen, til å ivareta de offentlige hensynene. Ytringens egenart er derfor uten interesse.

For «domstolens autoritet», med unntak av hvor forføyningen skal sikre partenes krav hjemlet i EMK art. 6, er det selve handlingen, å ytre seg, som er ansett skadelig i forhold til straffeloven § 343. Respekt og tillit til domstolen som effektivt og rette tvisteløsningsorgan vil bli svekket hvor overtredelse av et domstolsforbud går ustraffet. På den annen side velger saksøkte å overtre forbudet uten å vite sikkert at forbudet er materielt uriktig, vedkommende bærer da risikoen for at forbudet kan være materielt riktig, hvor ilegelse av straff vil være uproblematisk. Dette taler for at det kun er i de situasjoner hvor saksøkte føler seg sikker i forhold til forbudets materielle riktighet, at valget å handle mot forbudet tas. Slik sett vil trolig ikke konsekvensene for «domstolens autoritet» være for omfattende hvor straffeloven § 343 ikke anvendes.

Konsekvensene for «forebyggelse av uorden eller kriminalitet» vil på samme måte som for «domstolens autoritet» ikke være av de mest graverende. Saksøkte vil nok også her kun handle mot forbudet hvor vedkommende føler seg sikker på sin rett. På den annen side vil nok den sosiale roen i en viss grad forstyrres. Da den begjærende part anser det nødvendig med domstolens assistanse, tilsier dette at saksøkte føler seg så sikker at vedkommende trolig vil ta sjansen på å handle mot forbudet. Uten reaksjon vil det derfor lett kunne oppstå en økt hyppighet av «uorden eller kriminalitet». Faren, hvor forføyningen er materiell korrekt, vil da være stor for at et rettmessig krav forfeiles eller går tapt hvor saksøkte handler mot forbudet.

Ved vurderingen av ytringens konsekvenser for de legitime formål, må det vektlegges at EMK art. 10 (2) pålegger den som ytrer seg «plikter og ansvar». I avhandlingens situasjon må dette momentet tillegges mindre vekt enn vanlig. Dette springer ut av at det kun er formål knyttet til den offentlige interesse

210 Éditions Plon v. France para 47

211 Eggen (2002) s. 228

som skal vurderes, og ytringens egenart er som nevnt uten interesse. På den annen side kan man ikke se helt bort fra de «plikter og ansvar» EMK pålegger den som ytrer seg. Et moment som kan tillegges vekt i favør av klager, er der saksøkte anvendte rettsmidler før vedkommende handlet mot forbudet.

*Konsekvensene for ytringsfriheten hvor straffeloven § 343 anvendes*

Ved vurderingen av inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten vil jeg først vurdere **inngrepets intensitet ovenfor klager**.

EMD har i flere saker vurdert inngrepets intensitet i lys av om staten hadde alternative handlemåter for å ivareta formålene.<sup>212</sup> For ivaretagelsen av «domstolens autoritet» og «forebyggelse av uorden eller kriminalitet» kan jeg ikke se at staten har andre alternativer enn å anvende straffeloven § 343.

Inngrepets intensitet vil også variere ut fra i hvilken grad inngrepet beskjermer saksøktets ytringsfrihet. Hvor forbudet omfatter en liten del av ytringen, for eksempel hvis forføyningen bare hadde forbudt NRK å sende Brennpunkt-dokumentaren så lenge politiinformanten var identifiserbar, er dette et moment som kunne talt for at inngrepet var mindre intenst enn hvor forbudet var absolutt.<sup>213</sup> I tillegg til forføyningens varighet og intensitet kan straffens karakter og strenghet ha betydning for konvensjonsmessigheten.<sup>214</sup> Jeg antar at dette argumentet ikke vil tillegges noen betydning for resultatets utfall for statens del. EMD har tradisjonelt ikke ansett et mildt inngrep som et avgjørende argument for å akseptere et inngrep. På den annen side ser det ut til at de har lagt større vekt på strenge sanksjoner, for å begrunne hvorfor de konkluderer med krenkelse av EMK art. 10 (1).<sup>215</sup>

Neste skritt for å avgjøre inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten er å vurdere de **generelle konsekvenser for ytringsfriheten**.

Også her må avhandlingens situasjon bedømmes som et hele, og straffeloven § 343 kan ikke sees isolert. På grunn av straffebudets preventive effekt, er selve kjernen i vurderingen hvilke generelle konsekvenser det vil få for budskapet om saksøkte hadde valgt å overholde det materielt uriktige forbudet.<sup>216</sup> Forføyningens karakter og intensitet, som vil ha en «*chilling effect*» på ytringen,<sup>217</sup> må tillegges stor betydning. Dette medfører at vurderingen som skal foretas må følge de strenge linjer EMD praktiserer, hvor det foreligger

---

212 Eggen (2002) s. 231 og *Handyside v. The United Kingdom* para 58

213 *Sunday Times v. The United Kingdom* para 63

214 Eggen (2002) s. 232

215 Eggen (2002) s. 480–481. Se også *Cump n and Maz re v. Romania*, para 120, hvor EMD aksepterer at det var nødvendig å gripe inn, men at straffens intensitet medførte at inngrepet likevel var konvensjonsstridig.

216 *Éditions Plon v. France* para 53

217 *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (2006) kapittel 14.4.2

forhåndssensur av en ytring.<sup>218</sup> Følgelig blir statens skjønnsmargin snevret inn. Sentralt i vurderingen står momenter som ytringens innhold, hvem som ytrer seg, borgernes rett til å motta budskapet og ytringsfriheten som egenverdi.

*Ytringens innhold* er viktig ved vurderingen av inngrepets betydning for de generelle konsekvenser for ytringsfriheten.<sup>219</sup> Ytringsfrihetens kobling til demokratiet medfører at ytringer knyttet til samfunnsspørsmål som er av «allmenn interesse»<sup>220</sup> er gitt et sterkere vern enn andre ytringer.<sup>221</sup> I Brennpunkt-saken ble informasjon vedrørende politiets etterforskningsmetoder, i forbindelse med et høyprofilert ran, avskåret ved forføyningen. Saken gjaldt dermed kjernen i ytringsfrihetsvernet, da temaet var av allmenn samfunnsmessig interesse. I forlengelse av at dokumentaren gjaldt ytring av «allmenn interesse» er det av betydning at ytringen angikk offentlig myndighet. EMD har gitt uttrykk for at ytringer som berører offentlig myndighet, i forhold til der hvor den angår private, har et skjerpet vern.<sup>222</sup> Det må derfor antas at anvendelse av straffeloven § 343 hvor redaktøren handlet mot forbudet, vil vurderes dit hen at inngrepet sett som et hele vil ha betydelige følger for ytringsfriheten.

Fra det ytterpunkt Brennpunkt-saken representerer får man en gradvis liberalisering over mot den rent private kommunikasjon og ytringer uten tilsvarende «allmenn interesse».<sup>223</sup> Teazer-saken kan illustrere dette. Ytringen som ble forhindret var bruk av fotografier tatt av to B-kjendiser, anvendt uten deres tillatelse. Det er klart at publisering av bildene, som hadde til formål å øke Teazers reklameinntekt fra sexindustrien, ikke hadde «allmenn interesse» eller bidro til samfunnsdebatten. Inngrepet kan derfor ikke sies å ha hatt noen betydelig konsekvens for ytringsfriheten. Følgelig kreves det mindre av de legitime formåls vekt.

I nær tilknytning til ytringens innhold, må *hvem som ytrer seg* tillegges stor vekt. Pressens og medias funksjon som informasjonsformidlere og samfunnskritikere har medført at deres ytringsfrihet er gitt et skjerpet vern.<sup>224</sup> Deres særlige rolle, for utviklingen av et demokratisk samfunn, kommer til uttrykk i

218 Observer and Guardian v. The United Kingdom para 60 og Obukhova v. Russia para 22

219 Eggen (2002) s. 230

220 Jeg vil anvende «allmenn interesse» i en noe snevrere betydning. Det vil si at begrepet, for avhandlingens del, kun omfatter samfunnsspørsmål som bidrar til å sikre borgerens personlige utvikling og frie meningsdannelse knyttet til demokratiske interesser og prosesser. Ytringer som berører forhold som allmennheten kan være interessert i, for eksempel informasjon om kjendisers privatliv, holder jeg utenfor «allmenn interesse». Se Eggen (2002) punkt 7.2.2.2 for en nærmere behandling av begrepet.

221 Eggen (2002) s. 349.

222 Castells v. Spain para 46

223 Aall (2007) s. 212 og 213

224 Eksempel; Lingens v. Austria § 42, Bergens Tidende and Others v. Norway para 49, Goodwin v. The United Kingdom og Jersild v. Denmark

det EMD-skapte begrep «public watchdog». I situasjoner hvor det gjøres inngrep i pressens og lignende aktørers ytringsfrihet har EMD snevret inn statenes skjønnsmargin.<sup>225</sup> Men grupperinger som utgjør et demokratisk samfunns «public watchdog» har ikke en absolutt ytringsfrihet som kan sees isolert fra ytringens innhold. For det første må ytringen fremdeles omfattes av hva som anses å utgjøre «allmenn interesse». Teazer-sakens faktum, sett i lys av uttalelser i blant annet Caroline-saken,<sup>226</sup> tilsier at domstolen lettere hadde akseptert inngrepet da bildene ikke kan sies å utgjøre «allmenn interesse», til tross for at bildene var anvendt av pressen. For det annet skilles det mellom fakta- og verditytringer.<sup>227</sup> Faktaytringer aktualiserer «plikter og ansvar» og krever mer av den som ytrer seg. Kravet skal likevel ikke forstås slik at pressens frihet blir beskåret. Dette er kun et krav om at pressen skal opptre i samsvar med god etikk og foreta bakgrunnssjekk av kilder.

Videre må *borgernes rett til å motta ytringens informasjon* trekkes frem. Denne retten vil ha særlig stor betydning hvor budskapet er essensielt for et demokratisk samfunn, og er tett knyttet opp til pressens rolle som «public watchdog».<sup>228</sup> Hadde NRK valgt å overholde forbudet, ville borgerne blitt avskåret fra å motta informasjon av «allmenn interesse». Dette momentet må tillegges særlig vekt sett i lys av at forføyningen var absolutt og materielt uriktig. I Sunday Times nr. 1 ble det trukket frem at selv om domsstolen var rette forum for løsning av tvister, var ikke dette til hinder for debatt vedrørende Thalidomid-saken før endelig avgjørelse var avsagt. EMD uttaler her at et vel-fungerende rettsapparat ikke kan fungere i et vakuum, og følgelig er avhengig av en opplyst offentlighet.<sup>229</sup>

Et siste argument som må tillegges betydelig vekt i forhold til de generelle konsekvensene for ytringsfriheten, er statens plikt etter EMK art. 1, å sikre enhver de rettigheter og friheter som konvensjonen fastlegger. En forståelse av hvilke konsekvenser det vil få for ytringsfriheten, hvor borgerne retter seg etter et midlertidig forbud, gir distinksjonen mellom påbud og forbud. Som vist er det etter norsk rett uaktuelt å ilegge straffeansvar hvor en borger ikke retter seg etter et påbud.<sup>230</sup> Dette samsvarer også med EMDs praksis. Journalisten i Goodwin-saken var av britiske domstoler ilagt en bot for å ikke rette seg etter et påbud om å oppgi kilden sin. EMD fant at boten ikke kunne forsvares ut fra EMK art. 10 (2), og konstaterte konvensjonskrenkelse.<sup>231</sup> Dette synes som et

225 Thoma v. Luxembourg § 48

226 Von Hannover v. Germany para 58 og 59

227 Steel and Morris v. The United Kingdom para 87

228 Éditions Plon v. France para 43 og Sunday Times v. The United Kingdom para 65 og 66

229 Sunday Times v. The United Kingdom para 56

230 Se punkt 4.3.1

231 Goodwin v. The United Kingdom para 46

riktig resultat, da etterlevelse av et materielt **uriktig påbud** høyst trolig vil ha uopprettelige konsekvenser for ytringsfriheten og saksøkte. I kontrast til dette vil manglende etterlevelse av et forbud, i utgangspunktet, kunne ha like fatale følger for den begjærende part hvor forbudet er materielt riktig. For eksempel, vil lekkasje av statshemmeligheter kunne få betydelige følger for den «nasjonale sikkerhet».

På den annen side er ikke dette momentet svart-hvitt, også **uriktige midlertidige forbud** kan få skjebnesvangre konsekvenser for saksøkte og ytringsfriheten. For eksempel hvor nyheten er ferskvare som har en begrenset «brukstid»,<sup>232</sup> vil inngrepets «chilling effect» totalt forfeile ytringens budskap. Videre kan det tenkes at staten vil øyne dette som en mulighet til å avverge ytringer de ikke liker, da det antas at borgerne vil avstå fra å handle mot forføyning i frykt for straff. Situasjonen kan illustreres ved et hypotetisk eksempel: Staten begjærer et midlertidig forbud mot publisering av en bestemt informasjon som de begrunner med hensynet til rikets sikkerhet. Denne informasjonen er av en helt sentral karakter i forhold til et snarlig forestående valg. Statens egentlige motiv ved å få nedlagt forføyningen, er å forhindre at borgerne får gjøre seg kjent med disse opplysningene før valgdagen. Etter mitt skjønn må dette argumentet kunne tillegges avgjørende vekt, særlig med det i tankene at kravet som forføyningen skal sikre, i seg selv krenker EMK art. 10.

Enkelte vil kanskje bestride at dette argumentet kan tillegges en slik vekt, da de anser det utenkelig at Norge vil anvende straffeloven § 343 på en slik måte. En slik snever tilnærming til EMK blir feil. Argumentets betydning underbygges av EMKs fortale, hvor ønsket om å skape en felles europeisk forståelse og anvendelse av rettighetene fremheves. Aksepteres anvendelse av straffeloven § 343 på forbud som strider med EMK art. 10, vil dette kunne utnyttes av medlemsstater som har en mer lemfeldig holdning til rettighetene i konvensjonen. Videre vil en slik praksis også utgjøre en trussel for realiteten av de andre rettighetene. EMK art. 10 er, særlig gjennom massemedia, et viktig instrument for å påtale og sikre de andre rettighetene.<sup>233</sup>

#### *Avveining av formålene opp mot straffens konsekvenser for ytringsfriheten*

For ytringsfriheten vil anvendelse av straffeloven § 343 kunne ha store implikasjoner. I Brennpunkt-sakens tilfelle er det utvilsomt at de legitime formål er disproporsjonale med inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten. Særlig sett i lys av inngrepets «chilling effect», budskapets «allmenne interesse», NRKs rolle som «public watchdog» og borgernes rett til å motta budskapet. Et annet

<sup>232</sup> Se; *Alinak v. Turkey* para 37

<sup>233</sup> Aall (2007) s. 211

resultat synes uunngåelig, da det vil åpne opp for at de kontraherende parter kan anvende ordningen til å avskjære hva de anser som uønskede ytringer.

Konklusjon synes ikke like klar for Teazer-sakens del. Anvendelse av straffeloven § 343 medfører ikke at samfunnsdebatten går glipp av innspill av «allmenn interesse» som borgerne må sies ha en rett til å motta. Teazer utøver heller ikke «public watchdog»-oppgaver ved publisering av bildene. Med unntak for hvor saksøkte har fulgt rettsstatens «spilleregler» og anvendt tilgjengelige rettsmidler, kan det synes som de legitime formåls vekt, særlig hvor de kumuleres,<sup>234</sup> er proporsjonale med inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten. På den annen side, den omstendighet at borgerne formodentlig kun vil handle mot forbudet hvor de føler seg sikre i sin rett, tilsier at unnlattelse av å anvende straffeloven § 343 ikke vil ha de største konsekvenser. Dette, kombinert med inngrepets særlige karakter – sensur og straff, samt at saksøkte var urettmessig sensurert, taler for at inngrep heller ikke her ivaretar et «preserende sosialt behov».

### **5.3 Enkelte avsluttende bemerkninger**

I punkt 5 har jeg foretatt en grundig tilnærming til avhandlingens problemstilling. Hvorvidt EMD vil foreta en tilsvarende behandling, eller om de vil ta et mer «logisk utgangspunkt» hvor de trekker en «hvis-så»-slutning fra det konvensjonsstridige forbudet, er uvisst. Uttalelser i Selvanayagam-saken kan trekke i retning av at de vil behandle en eventuell sak noe mer grundig. På den annen side, kan det tenkes at den faren som en slik ordning representerer for de verdier EMK søker å verne, vil medføre at EMD med støtte i dette argumentet finner det unødvendig med en dyptgående behandling av spørsmålet. Etter min mening, kan det tenkes at EMDs behandling av et slikt spørsmål vil variere ut i fra om de blir forelagt en «Brennpunkt-» eller en «Teazer»-sak.

---

234 Goodwin v. The United Kingdom para 45



## 6 STRAFFELOVEN § 343 HVOR ANVENDELSE STRIDER MED EMK ART. 10

### 6.1 Nasjonal metode hvor straff jf. straffeloven 343 er i strid med EMK art. 10

Som vist under punkt 4.3.1 er den tradisjonelle hovedregel at straffeloven § 343 kommer til anvendelse også hvor forføyningen er i strid med EMK art. 10. Som en følge av konklusjonen under punkt 5, at anvendelse av straffeloven § 343 utgjør en selvstendig krenkelse, må det foretas en vurdering av hvordan straffebudet nå må tolkes for å harmonere med EMK art. 10.

Etter dette resultatet foreligger det motstrid mellom straffeloven § 343 og EMK art. 10. Tradisjonelt vil tilsynelatende uforenlige rettsvirkninger mellom en intern rettsregel og en inkorporert forpliktelse løses ved at den interne lovbestemmelsen tolkes innskrenkende slik at motstrid opphører. Men hvor det ikke lar seg gjøre, må problemet løses på andre måter.<sup>235</sup> Etter menneskerettsloven § 3 er dette løst ved at de inkorporerte konvensjonene «ved motstrid» skal «gå foran bestemmelser i annen lovgivning».

### 6.2 Lovendring

Ny straffelov er på trappene, og det ville vært naturlig og ønskelig at lovgiver i den forbindelse hadde tatt tak i problemet. Men som nevnt ble ikke spørsmålet behandlet ved videreføring av straffeloven § 343, verken i lovteksten eller i forarbeidene.<sup>236</sup> Da lovgiver ikke grep tak i denne problemstillingen ved lovrevisjonen er det opp til domstolen å håndtere problemet.

<sup>235</sup> Eckhoff (2001) s. 347 og 348

<sup>236</sup> Se punkt 3.2

### 6.3 Skal straffeloven § 343 settes til side eller ilegges en rettsstridsreservasjon?

Høyesterett har uttalt at hvor EMDs løsning er klar, det foreligger krenkelse, og den interne rettsregelen ikke danner grunnlag for tolkningstil eller innskrenkende tolkning, skal den interne regel settes til side.<sup>237</sup>

Spørsmålet er da om Høyesterett skal tillegge straffeloven § 343 en rettsstridsreservasjon eller sette straffebudet til side.

Det naturlige utgangspunktet, ordlyden; «lovformelig nedlagt forbud», synes klar. Ved å presisere at forbudet skal være «lovformelig», er den naturlige slutningen at noe tilsvarende krav ikke stilles til den materielle riktigheten. Videre er det ingen holdepunkter i forarbeidene som bidrar til noen løsning. I dette tilfellet synes det heller ikke å være noen klar eller sterk lovgivervilje bak straffebudets ordlyd. Det synes for meg som om unnlåtelsen av å behandle dette spørsmålet, og særlig ved utformingen av ny lov, er en ren forglemmelse.<sup>238</sup> Fravær av å behandle problemstillingen kan derfor ikke tas til inntekt for noen lovgivervilje, verken i den ene eller andre retning.

På den annen side er det flere momenter som taler for at straffeloven § 343 må tolkes innskrenkende. For det første skal § 343 sees i sammenheng med resten av straffeloven. Særlig vekt må det tillegges at loven har, i likhet med menneskerettsloven § 3, en egen bestemmelse hvor internasjonale bestemmelser gis forrang ved kollisjon.<sup>239</sup> For det annet taler reelle hensyn for at bestemmelsen tolkes innskrenkende. Ytringsfrihetens sentrale posisjon i et demokratisk samfunn tilsier at EMK art. 10 skal anvendes som tolkningsfaktor. Hvis den ikke blir tatt hensyn til i en slik situasjon vil dens materielle innhold uthules. For det tredje representerer ikke legalitetsprinsippet noen sperre mot å tillegge straffebudet en rettsstridsreservasjon, da innskrenkende tolkning ikke medfører noe inngrep i borgerens rettssfære. Til fordel for borgerne har straffebud blitt tolket innskrenkende selv om det ikke fremkommer noen klar rettsstridsreservasjon i ordlyden.<sup>240</sup> Videre må det tillegges vekt at Høyesterett ved en rekke ærekrenkelsessaker har tolket inn en rettsstridsreservasjon.<sup>241</sup>

Etter en avveining av alle momentene er det klart, at til tross for den klare ordlyden, er det overtall av vektige momenter som trekker i retning av at straffeloven § 343 kan ilegges en rettsstridsreservasjon.

237 Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46

238 Se punkt 3.2

239 Jf. straffeloven § 1(2) ny straffelov § 2

240 Eckhoff (2001) s. 122

241 Se for eksempel; Rt. 2002 s. 764 og Rt. 2003 s. 593

## 7 EMKS STILLING I NORSK RETT

Til slutt vil jeg knytte enkelte kommentarer til EMKs stilling i norsk rett. Avhandlingens problemstilling er et tydelig eksempel på at EMK har fått større betydning og påvirkning enn hva Stortinget var seg bevisst ved ratifikasjonen i 1952 og da de vedtok menneskerettsloven i 1999. Det er særlig de siste 10 årene at EMK gradvis er gitt en rolle som mange mener begrenser Stortingets handlingsrom. Denne påvirkningen har medført at flere har uttrykt sin skepsis til EMKs overordnede rolle i norsk rett.<sup>242</sup>

Et kjernespørsmål vil da være hvordan man best mulig kan bevare det nasjonale demokrati innenfor de rammer som vår forpliktelse etter EMK setter.

Etter min mening må det skilles mellom politikk og juss. Fra et politisk ståsted er spørsmålet i hvilken utstrekning Stortinget velger å etterleve konvensjonsforpliktelsene. Juridisk sett er utfordringen hvordan norske domstoler, med Høyesterett i spissen, skal forholde seg til EMK-rettslige spørsmål.

Avgjørelsen om å slutte seg til EMK i 1952 var utøvelse av statsmyndighet på øverste nivå. Følgelige er intensiteten av etterlevelse en politisk beslutning. Så lenge politikerne holder seg innenfor EMKs minstestandard, vil det være opp til Stortinget å avgjøre hvorvidt lovverket skal utgjøre en minimumsetterlevelse eller om det er et ønske å «overoppfylle» konvensjonsforpliktelsene.

Fra et juridisk perspektiv, skal norske domstoler etterse at staten, i samsvar med dens forpliktelse til å sikre borgerne de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen,<sup>243</sup> oppfyller EMKs minstestandard.

Tidligere praktiserte Høyesterett, ut fra et ønske om ikke å svekke statens styringsinstrumenter, et «klarhetsprinsipp»<sup>244</sup> og inntok en passiv fortolkning av konvensjonens bestemmelser.<sup>245</sup> Denne praksisen medførte at borgerne ikke var sikret det vern som rettighetene hjemlet i EMK tilkjente dem.<sup>246</sup> I dag synes Høyesterett å ha inntatt en mer pragmatisk holdning, noe som har styrket konvensjonen stilling i norsk rett. Nasjonale domstoler foretar for det første en selvstendig tolkning av EMK, hvor de anvender EMDs metode.<sup>247</sup> For det annet har Høyesterett til en viss grad forlatt den passive fortolkningen, og mangel på likhetstrekk i faktum utelukker ikke at de trekker «bindende slutninger

242 Se; Ulfstein (2005), Sejersted (2009) og NOU 2003:19 kapittel 6

243 Jf. EMK art. 1

244 Rt. 1994 s. 610 se s. 616–617

245 Rt. 2000 s. 996 se s. 1008

246 Ryssdal (2001)

247 Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

fra EMDs praksis». <sup>248</sup> For det tredje har Høyesterett uttalt at domstolen skal unnlate å fortolke inn sikkerhetsmarginer for å forhindre at Norge blir dømt for konvensjonsbrudd. <sup>249</sup>

Denne endringen i Høyesteretts tilnærming til EMK-rettslige spørsmål, har medført at EMKs stilling i norsk rett har blitt betraktelig styrket. Etter min mening har dette vært en riktig og god utvikling. Tilslutningen til EMK og vedtakselsen av menneskerettsloven var resultater av demokratiske beslutninger, som har bidratt til et økt vern av rettsstatens prinsipper og borgerens ytringsfrihet og religionsfrihet. <sup>250</sup> EMK representerer derfor, etter mitt syn, ingen fare for demokratiet, snarere en styrking av de demokratiske prosesser og prinsipper. Et annet moment jeg vil trekke frem, som kan sees i forhold til faren for misbruk av straffeloven § 343, <sup>251</sup> er den dobbeltmoral som Norge til en viss grad utviser. Norge har lange tradisjoner for å være en aktiv pådriver for styrking av menneskerettighetene i andre nasjoner. En – «gjør som vi sier og ikke som vi gjør»-holdning kan få konsekvenser både for menneskerettighetenes stilling internasjonalt, men også for Norges legitimitet og integritet som internasjonal aktør.

---

248 Rt. 2005 s. 883 avsnitt 47

249 Rt. 2005 s. 883 avsnitt 46

250 Ulfstein (2005) s. 258

251 Se punkt 5.2.3.4.2 siste avsnitt

## 8 LITTERATURLISTE

### 8.1 Lovgivning

#### 8.1.1 Norske lover

1814	Grunnloven av 17. mai 1814
1902	Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10
1915	Lov om domstolene (domstoloven) av 13. august 1915 nr. 5
1961	Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven) av 12. mai 1961 nr 02
1969	Lov om Norsk Lovtiende m.v. av 19. juni 1969 nr. 53
1981	Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25
1985	Plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77
1992	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30
2003	Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. av 28. november 2003 nr. 98
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (Deler er ikke satt i kraft, se lovens § 401)
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90

#### 8.1.2 Utenlandsk lov

Retsplejeloven	1069 af 06/11 2008. Lov om rettens pleje [Danmark]
----------------	--

#### 8.1.3 Traktater

EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
SP	De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 16. desember 1966
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

## 8.2 Forarbeider

NOU 1999:27	Ytringsfrihed bør finde Sted, ny Grl § 100. [Sitert fra Lovdata]
NOU 2003:19	Makt og demokrati [Sitert fra Lovdata]
Ot.prp.nr.65 (1990–1991)	Tvangsfullbyrding og midlertidig sikring. [Sitert fra Lovdata]
Ot.prp.nr.90 (2003–2004)	Om lov om straff (straffeloven) [Sitert fra Lovdata]
Ot.prp.nr.51 (2004–2005)	Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) [sitert fra Lovdata]
Ot.prp.nr.8 (2007–2008)	Straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. [Sitert fra Lovdata]
St.meld.nr.26 (2003–2004)	Om endring av Grunnloven § 100 [Sitert 12. januar 2009 fra; <a href="http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/20032004/Stmeld-nr-26-2003-2004-/6/6.html?id=330788">http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/stmeld/20032004/Stmeld-nr-26-2003-2004-/6/6.html?id=330788</a> ]

## 8.3 Dommer

### 8.3.1 Norske dommer

- Rt. 1907 s. 320
- Rt. 1939 s. 540
- Rt. 1981 s. 21
- Rt. 1988 s. 181
- Rt. 1988 s. 683
- Rt. 1994 s. 610
- Rt. 2000 s. 996
- Rt. 2001 s. 1691
- Rt. 2002 s. 764
- Rt. 2003 s. 593
- Rt. 2005 s. 833
- Rt. 2006 s. 460
- Rt. 2007 s. 404
- TOBYF-2005–138068. Avsagt 04.10.2005.

### 8.3.2 Upublisert norsk dom

- Oslo tingretts beslutning av 7.4.2006

### 8.3.3 Internasjonale dommer

A. v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 April 2009
Alinak v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 March 2005
Bankovic and Others v. Belgium etc	The European Court of Human Rights, Strasbourg, Decision of 12 December 2001
Bergens Tidende and Others v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2 May 2000
Castells v. Spain	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 April 1992
Christine Goodwin v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11 July 2002
Cumpănă and Mazăre v. Romania,	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17 December 2004
Éditions Plon v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18 May 2004
Egeland and Hanseid v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 April 2009
Handyside v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7 December 1976
Hertel v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 August 1998
Incal v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 9 June 1998
Janowski v. Poland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21 January 1999
Jersild v. Denmark	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23 September 1994
Klass and Others v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 6 September 1978
Lingens v. Austria	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 July 1986
Observer and Guardian v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 November 1991
Obukhova v. Russia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8 January 2009
Piermont v. France	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27 April 1995
Selvanayagam v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, Decision of 12 December 2002

Silver and Others v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 March 1983
Steel and Morris v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 15 February 2005
Sunday Times v. The United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 April 1979
Sunday Times v. The United Kingdom (No.2)	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 November 1991
Thoma v. Luxembourg	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29 March 2001
Von Hannover v. Germany	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24 June 2004
Wingrove v. the United Kingdom	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25 November 1996
Weber v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22 May 1990
Özgür Gündem v. Turkey	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16 March 2000

## 8.4 Litteratur

### 8.4.1 Bøker

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave (2. opplag 2005). Universitetsforlaget. 2004
- Bean, David og Parry, Isabel. *Injunctions*. 9. utgave. London: Thomson Sweet & Maxwell. 2007
- Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus. *Straffeloven med kommentarer. Tredje Del. Forseelser*. Universitetsforlaget. 1998
- Bøhn, Anders. *Domstolloven kommentarutgave*. Universitetsforlaget. 2000
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave. Universitetsforlaget. 2001
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett*. 7. utgave 3. opplag. Universitetsforlaget. 2003
- Eggen, Kyrre. *Vernet om ytringsfriheten etter art 10 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon – med særlig vekt på ytringsfriheten i kringkastingsmediene*. Universitetsforlaget. 1994



- .....
- Eggen, Kyrre. *Ytringsfrihet – Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*. Cappelen akademiske forlag. 2002
- Hov, Jo. *Rettergang I, sivil- og straffeprosess*. Papinian. 2007
- Hov, Jo. *Rettergang II, straffeprosess*. Papinian. 2007
- Høstmølingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. opplag. Universitetsforlaget. 2004.
- Mitsem, Pål. *Midlertidig forføyning i norsk rett, med summary in english*. Eget forlag, Stavanger. 1992
- Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Redigert av Pieter van Dijk ... [et al]. 4 utgave. Antwerpen – Oxford, 2006
- Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. Fagbokforlaget. 2007

#### 8.4.2 Artikler

- Wessel-Aas, Jon. *Straffri overtredelse av domstolsavgjørelser?* I: Lov og rett. Nr. 1, 2008. S. 20 – 26
- Rognlien, Knut. *Prinsipper for tolking av EMK*. I: Advokatredet.no. 2005 (sisert fra Lovdata)
- Ryssdal, Anders. *Menneskerettighetene ved norske domstoler*. I: Aftenposten, kronikk 28.juni 2001 (sisert fra: [http://www.nkmr.org/menneskerettighetene\\_ved\\_norske\\_domstoler.htm](http://www.nkmr.org/menneskerettighetene_ved_norske_domstoler.htm))
- Sejersted, Fredrik. *Ikke pålegg om reklame*. I: Aftenposten, replikk 14. februar 2009
- Ulfstein, Geir. *Internasjonale menneskerettigheter er det gått for langt?* I: Lov og rett. Nr. 05–06, 2005. S. 257 – 258

#### 8.5 Saksdokument

- Oslo statsadvokatembeter. Brev/påtegningsark. 26. juli 2007
- Riksadvokatembete. Brev/påtegningsark. 18. oktober 2007

