

Det juridiske fakultet

Skyldkravet for integritetskrenkelses forøvet på internett

En analyse av det alminnelige skyldkravets tilstrekkelighet i møte med internett og digitale medier som arena og verktøy for kriminelle handlinger

Linnéa Tereza Karlberg

Stor masteroppgave i rettsvitenskap vår 2019



1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.1.1	Bakgrunn og aktualitet	3
1.2	Metode.....	4
1.2.1	Avhandlingens metode.....	4
1.2.2	Metode ved tolkning av folkerettslige traktater og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.....	6
1.3	Datakriminalitetens historiske bakgrunn	9
1.4	Begrepsavklaring	12
1.4.1	Sosiale medier	12
1.4.2	Digitale medier.....	13
1.5	Integritetskrenkelser	13
1.6	Personvern og personopplysningsvern	16
1.7	Skillet mellom integritetskrenkelser og personvernskrenkelser	19
1.8	Bruk av betegnelsene i oppgaven	22
1.9	Avgrensninger	23
1.10	Den videre fremstillingen.....	23
2	Kravet om forsett i norsk rett	23
2.1	Innledning.....	23
2.2	Legalitetsprinsippet og uskyldspresumpsjonen.....	24
2.3	Skyldprinsippet.....	25
2.3.1	Oversikt	25
2.3.2	Dekningsprinsippet.....	27
2.3.3	Hva er forsett og uaktsomhet.....	27
2.3.4	Beviskravet ved avgjørelsen av skyldspørsmålet.....	29
2.4	Hensiktsforsett	32
2.5	Visshet og sannsynlighetsforsett	32

2.6	«Sløret forsett»	33
2.7	Dolus eventualis	35
2.7.1	Skillet mellom den positive og hypotetiske innvilgelsesteori	35
2.7.2	Rettspraksis som omhandler dolus eventualis.....	37
3	Skyldkravet ved integritetskrenkelser på digitale medier i norsk rett	41
3.1	Innledning.....	41
3.2	Ytringer og hensynsløs adferd	41
3.2.1	Legaldefinisjon av betegnelsen «offentlig»	42
3.2.2	Hatefulle ytringer	43
3.2.3	Straffbare trusler.....	46
3.2.4	Hensynsløs adferd og alvorlig personforfølgelse.....	48
3.2.5	Krenkelse av privatlivets fred.....	54
3.2.6	Foreliggende forslag til nytt straffebud om befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred.....	58
3.3	Seksuelt krenkende adferd på digitale medier	62
3.3.1	Innledning.....	62
3.3.2	Seksuelt krenkende atferd offentlig, eller uten samtykke	62
3.3.3	Seksuelt krenkende adferd i nærvær av eller overfor barn under 16 år	63
3.3.4	Fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn jf. strl. § 311.....	64
4	Internasjonal og utenlandsk regulering av skyldkravet ved integritetskrenkelser begått på digitale medier.....	67
4.1	Det internasjonale problemet «cybercrime»	67
4.2	Lovgivning i EU/ EØS	69
4.3	Vern mot integritetskrenkelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen med protokoller	70
4.3.1	Oversikt	70

4.3.2	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens kvalitetskrav for straffehjemmeler.....	70
4.3.3	Vern om privatlivets fred etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8.....	73
4.3.4	Vurderingsmomenter ved oppfølging av statenes positive forpliktelser til å sikre privatlivsvernet.....	74
4.3.5	Forholdet mellom retten til privatliv og retten til ytringsfrihet.....	76
4.3.6	Vern mot krenkende ytringer på internett og digitale medier etter menneskerettighetskonvensjonen.....	78
4.3.7	Krenkelser av barns rett til privatliv.....	82
4.3.8	Norges oppfølging av forpliktelsene til å sikre vern mot privatlivs krenkelser .	84
4.4	FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) inkludert protokollen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi.....	87
4.4.1	Oversikt.....	87
4.4.2	Barns rett til privatliv etter barnekonvensjonens bestemmelser.....	87
4.4.3	Valgfri protokoll til konvensjon om barnets rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi.....	89
4.4.4	Norges oppfølging av forpliktelsene til å sikre barns rett til privatliv.....	90
4.5	Forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn eller rase.....	92
4.5.1	Oversikt.....	92
4.5.2	FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.....	92
4.5.3	Norges oppfølging av forpliktelser etter rasediskriminerings og kvinneediskrimineringskonvensjonen.....	94
4.6	Europarådets konvensjon om datakriminalitet, ETS nr. 185 og Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk.....	97
4.6.1	Oversikt.....	97
4.6.2	Formål.....	98
4.6.3	«Intentionally» og «willfully» etter art. 10.....	98

4.6.4	Europarådets konvensjon om datakriminalitet art. 9, beskyttelse mot barnepornografi.	100
4.6.5	Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk.....	100
4.7	Likegyldighetsforsettet i svensk rett.....	102
5	Vurdering av skyldkravets tilstrekkelighet i møte med digitale medier som plattform og arena for kriminelle integritetskrenkelser.....	104
5.1	Vurdering av i hvilken grad den norske linjen for kriminalisering imøtegår de folkerettslige minimumskravene?	104
5.2	I hvilken grad er det et potensial for å oppnå en større grad av beskyttelse mot integritetskrenkelser på digitale medier, innenfor rammen av kriminaliseringsbegrunnelsen. (rom og behov for meroppfyllelse innenfor samme kriminaliseringsformål).....	106
6	Kilderegister	110

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er skyldkravet for straffbare integritetskrenkelser begått på internett, sosiale medier eller andre digitale medier. Avhandlingen tar sikte på å analysere det alminnelige skyldkravets tilstrekkelighet i møte med internett, sosiale medier og digitale medier som arena og verktøy for kriminelle integritetskrenkelser.

I tilfeller der kriminalitet begås på internett og sosiale medier kan det være vanskelig for gjerningspersonen å innse at handlingene har konsekvenser for andre mennesker, noe som går under betegnelsen toxic online disinhibition. Betegnelsen sikter til mangelen på impulskontroll mennesker kan ha når de kommuniserer på internett i forhold til når de kommuniserer ansikt til ansikt med andre. Faktorer som skaper en slik effekt kan være følelsen av anonymitet, mangelen på øyekontakt, følelsen av uidentifiserbarhet og følelsen av å være usynlig.¹ I andre tilfeller har handlingen få konsekvenser for fysiske personer. Dette kan by på utfordringer når saken behandles av domstolen.

Hovedproblemstillingen er hvilke kriterier bør inngå i skyldvurderingen for å sikre et størst mulig vern mot integritetskrenkelser begått på digitale medier, samtidig som minimumsrettighetene til gjerningspersonen respekteres.

Hovedproblemstillingen deles opp i følgende spørsmål:

- Hvilke utfordringer kan oppstå når skyldkravet anvendes på gjerningsbeskrivelser som tar sikte på å verne mot psykiske integritetskrenkelser. Hvilke elementer i gjerningsbeskrivelsen kan det være utfordrende å bevise forsett for. Er det enkelte forsettformer som er bedre egnet til å effektivisere vernet mot straffbare integritetskrenkelser på digitale medier.
- Hvilke internasjonale forpliktelser har Norge til å forebygge integritetskrenkelser forøvet på digitale medier, og hvilket skyldkrav oppstiller disse forpliktelsene.

¹ <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0747563211002317> (sist lest 11.04.19).

- I hvilken grad imøtegår den norske linjen for kriminalisering de folkerettslige minimumskravene?
- Avslutningsvis vil det vurderes i hvilken grad det er potensial for å oppnå en større grad av beskyttelse mot integritetskrenkelser på digitale medier, innenfor rammen av kriminaliseringsbegrunnelsen.

Oppgaven vil ta for seg integritetskrenkende handlinger som kan realiseres på internett, sosiale medier eller digitale medier, uten etterfølgende fysiske aspekter. Oppgaven vil rette fokus mot straffebud som beskytter omdømmet, privatlivets fred eller på annen måte søker å verne den psykiske integritet mot skade eller krenkelse forøvet via digitale medier.

Hvilke folkerettslige regler vil bli behandlet i oppgaven? Den internasjonale delen av oppgaven vil hovedsakelig ta for seg, den europeiske menneskerettighetskonvensjonens artikkel 7, 8 og delvis art. 10, FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) art. 16, den valgfrie protokollen om barns rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi, FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, Europarådets konvensjon om datakriminalitet (ETS nr. 185) art. 9 og Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk.

Grunnen til at disse bestemmelsene blir behandlet er at de oppstiller krav for vernet mot integritetskrenkelser, også krenkelser foretatt på digitale medier. Videre har menneskerettighetskonvensjonen en stor betydning i folkeretten, og konvensjonen har hatt stor innvirkning på norsk rett. Det internasjonale bildet når det gjelder integritetskrenkelser, er meget vidt. Derfor er det ikke plass til å behandle alle konvensjonene som har bestemmelser som rammer den psykiske integriteten, innenfor rammen av denne oppgaven. Dette medfører at enkelte konvensjoner, som for eksempel FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, nevnes, men ikke behandles inngående. Det vil også bli gjort rede for enkelte EU konvensjoner uten at de blir behandlet inngående.

1.1.1 Bakgrunn og aktualitet

De siste årene har det vært mye fokus i media på problematikken rundt hvordan straffbare handlinger på internett og i sosiale medier straffeforfølges og sanksjoneres. Jeg fikk særlig øynene opp for temaet når jeg leste om saker der ungdom hadde spredt nakenbilder av andre ungdommer via sosiale medier. I flere slike saker var det en vid gruppe av gjerningspersoner som ble tiltalt for lovbrudd, selv om de ikke hadde hatt en klar forståelse av at handlingen de utførte faktisk var straffbar ved lov. «Det er ikke alltid ungdom er så flinke til å tenke konsekvenser av det de gjør. Og dermed er det fort å dele, og da er det fort å dele videre».² I LE-2017-144472 (Eidsivating lagmannsrett) skriver lagmannsretten i femte avsnitt i sin bemerkelse at: «motivet for slike handlinger ofte mer kan skyldes ubetenksomhet, enn ond vilje».

I tilfeller der kriminalitet begås på internett og sosiale medier kan det være vanskelig for gjerningspersonen å innse at handlingene har konsekvenser for andre mennesker og derfor er kriminalisert. Jon Wessel-Aas skriver:

«[m]ange har svært begrenset kunnskap om innholdet i noen av de mest praktiske rettslige begrensningene i ytringsfriheten, og om når de kan bli ansvarlige for overtredelser av disse begrensningene. Når kommunikasjonen i sosiale medier i tillegg ofte foregår i forholdsvis spontane former og informasjonen blir spredt hurtig til en stor offentlighet, øker risikoen for at folk bryter grensene for det lovlige».³

Det kan også være vanskelig å vite hvor grensen går mellom hva som er lov og hva som er ulovlig på internett. For eksempel kan det være vanskelig å vite hva en fil inneholder før en har lastet den ned og sjekket, og da kan det være en allerede har lastet ned eller videresendt en ulovlig fil. Eller en kan bli tilsendt nakenbilder av mindreårige uten å ha uttrykt et ønske om å få slike bilder.⁴ Gross uttalte i en artikkel i Vanity Fair: “Cyberspace is now a battlespace. But

²Grete Pedersen, leder for forebyggende avsnitt ved Kristiansand politistasjon <https://www.nrk.no/sorlandet/ungdommer-gjor-seg-til-lovbrytere-uten-a-vaere-klar-over-det-1.14457322> (sist lest 28.03.19).

³Wessel-Aas, Jon. *Jus og sosiale medier*, 2. utgave. Kommuneforlaget 2015 Oslo, side 78 fjerde avsnitt.

⁴Noe foreldrene hevdet var tilfellet for sine sønner i denne reportasjen. <https://www.nrk.no/norge/slar-alarm-om-naive-foreldre--de-tror-ikke-pa-at-barna-sprer-nakenbilder-1.14390536> (sist lest 28.03.19).

it's a battlespace you cannot see".⁵ Dette synes å være et treffende utsagn. Denne problematikken har motivert meg til å ville skrive om temaet datakriminalitet.

1.2 Metode

1.2.1 Avhandlingens metode

Avhandlingen vil delvis ha et rettsdogmatisk perspektiv, da besvarelsen av problemstillingen forutsetter en systematisering, klarlegging og analyse av gjeldende rett. Imidlertid er det nødvendig med vurderinger av rettspolitisk karakter, vurderinger *de sententia ferenda* og *de lege ferenda*, for å komme frem til en konklusjon på problemstillingen.

Det er få Høyesterettsavgjørelser på området og derfor vil det bli benyttet underrettspraksis. Det er Høyesterett som dømmer i siste instans jf. Kongeriket Norges Grunnlov 1814 (Grl.) § 88, de kan dermed sette til side underrettens avgjørelse. Dette gjør at flere mener at tingretten og lagmannsrettens avgjørelser ikke kan ilegges vekt som rettskildefaktor.⁶ Nils Nygaard skriver: «Utgangspunktet må vera at den løysing dommen inneheld, i alle fall bør kunne reknast som eit stykke rettslitteratur, og kunne ha interesse i minst like stor grad som det». ⁷ Dommerne i lavere instanser er dyktige fagfolk som har vurderte rettsspørsmålene etter beste evne og skjønn, dette taler for å kunne ilegge de en viss vekt, eller i alle fall ta argumentene som fremkommer fra disse kildene med i betraktning dersom argumentene er av god kvalitet.

Norsk rett bygger på det dualistiske prinsippet, noe som innebærer at folkeretten og norsk rett anses som to ulike, separate rettsystem. Dette medfører at folkerettslige regler ikke uten videre kan anvendes i saker for norske domstoler. For at folkerettslige regler skal kunne gjøres gjeldende overfor samfunnsmedlemmer må det hentes samtykke fra stortinget jf. Grl. § 26, i tillegg kreves det et lovvedtak jf. Grl. § 75a.⁸ Det dualistiske prinsipp innebærer at

⁵ Gross, "The Silent War", Vanity Fair, July 2013. Sitat hentet fra Summers, Sarah mfl., *The emergence of eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon 2014, side 231.

⁶ Aalen, Ida, *Sosiale Medier*, Fagbokforlaget 2015 Oslo, Side 7.

⁷ *Ibid.* side 7.

⁶ Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998, side 269.

⁷ Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget. Oslo 2015. Side 210, nest siste avsnitt.

⁸ *Op.cit.* side 52.

dersom det er motstrid mellom en folkerettslig regel og en nasjonal lovbestemmelse, går den nasjonale lovbestemmelsen foran. Imidlertid presumeres det at norsk rett er i samsvar med de internasjonale forpliktelsene Norge har, og domstolene skal derfor søke å tolke norsk rett slik at den samsvarer med folkeretten. Dette omtales som presumsjonsprinsippet. Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3 jf. §2, ble det slått fast at den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) gjelder som norsk lov og at bestemmelsene i disse konvensjonene skal gå foran annen norsk lovgivning ved motstrid.

På strafferettens område er det sektormonisme jf. lov 20 mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) § 2. Dette vil si at strafferettens bestemmelser gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten, «enten forpliktelsene er nedfelt i en konvensjon som Norge er bundet av eller følger av folkerettslig sedvane. Den er først og fremst en sikkerhetsventil».⁹ Ved motstrid mellom norske regler og folkerettslige forpliktelser vil altså den folkerettslige regelen ha forrang, så langt den er folkerettslig bindende.

Hvilke kriterier vil legges til grunn for å måle skyldkravets tilstrekkelighet

Ved vurderingen av skyldkravets tilstrekkelighet i norsk rett vil det tas utgangspunkt i hva som etter gjerningsbeskrivelsen er gjort straffbart. Hvilke interesser blir beskyttet gjennom straffebudet, og hva er formålet med straffebestemmelsene. Er det elementer ved skyldkravet som kan forhindre at det vernede rettsgodet blir tilstrekkelig ivaretatt. Det vil ses på hvilke gjerningselementer skyldkravet må dekke, og om det er elementer i gjerningsbeskrivelsen som det kan være utfordrende å bevise at gjerningspersonen har utvist tilstrekkelig grad av skyld med hensyn til.

Et annet tolkningselement som vil bli benyttet for å si noe om skyldkravets tilstrekkelighet, er hensynet til effektivitet. Borgerne har krav på at straffebestemmelsene blir håndhevet på en effektiv måte. Effektivitet: «betyr i utgangspunktet ikke noe annet enn at noe er virkningsfullt i relasjon til en bestemt målsetting».¹⁰ Hensynet til effektivitet kan stå i motsetning til hensynet til gjerningspersonens rettssikkerhet. Det fremheves i NOU 2004: 6 Ny straffelov side 132 at: «Effektivitets- og håndhevelsessensyn må balanseres med forsiktighet mot

⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 397.

¹⁰ Jacobsen, Jørn, Grønning og Husabø. *Frihet, Forbrytelse og straff*, Fagbokforlaget 2016, Oslo, side 157.

rettferdighets- og rettssikkerhetsprinsipper da disse er grunnleggende uttrykk for vår rettskultur. Spørsmålet om hvor effektiv strafferetten skal være, kan ikke besvares presist»¹¹ Effektivitetsprinsippet kan dermed ikke strekkes for langt, det må benyttes innenfor rammene av straffebestemmelsene og med hensyn til rettsikkerhetsgarantiene.

1.2.2 Metode ved tolkning av folkerettslige traktater og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen

Utgangspunktet for tolkningen av traktater følger av de tolkningsprinsipper som er nedfelt i Wien-konvensjonen om traktatretten 23. Mai 1969. Det følger av Wien-konvensjonen art. 31 at ordlyden er utgangspunktet for tolkningen av konvensjoner. Konvensjonsteksten er dermed den viktigste rettskilden på menneskerettighetenes område. Ordlyden skal tolkes i god tro og i lys av konvensjonens «object and purpose». Forarbeidene til konvensjoner ilegges imidlertid lite vekt som rettskildefaktor, og det følger av Wien-konvensjonen art. 32 at forarbeidene kun er et supplerende element ved traktattolkning. Forarbeider og forhistorie skal dermed bare anvendes «dersom tolkningen etter art. 31 er uklar eller fører til åpenbart absurde eller urimelige resultater».¹² Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen, men det er antatt at konvensjonen gir uttrykk for folkerettslig sedvane.¹³

Det følger av EMK art. 46 at den europeiske menneskerettighetsdomstols (EMD) dommer er rettslig bindende for den innklagde staten. EMD tolker konvensjonens begreper autonome, det vil si at EMD er frigjort fra traktatstatenes nasjonale forståelser av tilsvarende begreper jf. Engel mot Nederland.¹⁴ Konvensjonen forplikter statene og gir rettigheter primært til individer. Konvensjonen kan indirekte få betydning i forholdet mellom private ved at: «positive tiltak må settes i verk for å hindre at private foretar krenkende handlinger overfor hverandre».¹⁵ Det følger av EMK art. 34 at EMD kan motta klager fra individer som mener de er utsatt for krenkelser av konvensjonsbestemmelsene.

¹¹ NOU 2004: 6 Ny straffelov, side 132 annet avsnitt.

¹² Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2014 Oslo, Side 89.

¹³ Rt. 2008 s. 1789 A avsnitt 28.

¹⁴ *Engel and others v. The Netherlands P*, EMD nr: 5370/72, avsnitt 81.

¹⁵ Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018, Bergen, side 61.

Det er tre viktige prinsipper ved tolkningen av EMK: effektivitetsprinsippet, prinsippet om dynamisk tolkning og prinsippet om formålsrettet tolkning. Det blir fremholdt et metodisk prinsipp i dom 25. april 1978 *Tyrer mot Storbritannia* avsnitt 31, der EMD skriver : «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions». ¹⁶ Dermed må konvensjonen tolkes i lys av dagens samfunn og de forhold som gjør seg gjeldende nå, ikke de forhold som gjorde seg gjeldende når konvensjonen ble vedtatt. Altså har EMD en dynamisk tolkningsstil der EMD tar ansvar for å utvikle EMK-retten. «Linjen fra Tyrer løper frem til i dag, gjennom et antall saker hvor EMD har utviklet konvensjonen materielt, prosessuelt og institusjonelt – og i så måte også har skapt ny rett». ¹⁷

Ved tolkningen av menneskerettighetskonvensjonen skal en alltid sikre rettigheter som er praktiske og effektive: «not rights that are theoretical or illusory». ¹⁸ Dette er kjernen i effektivitetsprinsippet; individer skal ha en reell mulighet til å ivareta sine rettigheter. Prinsippet er fulgt opp i en rekke saker blant annet *Christine Goodwin mot Storbritannia* der EMD fremhever viktigheten av en effektiv og formålorientert tolkning. ¹⁹

Menneskerettighetskonvensjonen skal tolkes på en måte som bidrar til å oppfylle konvensjonens formål, dette kalles prinsippet om formålsrettet tolkning. I dommen *Wemhoff mot Tyskland* fremholdt EMD:

«Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties». ²⁶

Det skilles mellom absolutte og relative menneskerettigheter. Absolutte menneskerettigheter er menneskerettigheter som ikke tillater noen form for inngrep. De fleste menneskerettigheter er imidlertid relative og tillater at statene på nærmere vilkår har adgang til å gjøre unntak eller

¹⁶ *Tyrer v. The united kingdom C*, EMD nr: 5856/72, avsnitt 31.

¹⁷ Bårdsen, Arnfinn «Høyesterett og dynamisk tolking av EMD», *Høyesteretts nettsider*, 2017 <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/bardsen-a-2017-06?from=NL/lov/1999-05-21-30/emkn/a8> (sist lest 09.05.19) avsnitt 2 siste setning.

¹⁸ *Airey v. Ireland C*, EMD nr: 6289/73, avsnitt 24.

²⁵ *Christine Goodwin v. The united kingdom GC*, EMD nr: 28957/95, avsnitt 74.

²⁶ *Wemhoff v. Germany C*, EMD Nr: 2122/64, avsnitt 8.

inngrep. Inngrep i EMK må ha hjemmel i lov, må forfølge et legitimt formål og være forholdsmessig for å være i tråd med konvensjonen.

Flere av de folkerettslige traktatene har individklageordninger, enkelte av disse ordningene er frivillige slik som individklageordningen under SP og FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen). Andre individklageordninger slik som klageordningen for rasediskrimineringskonvensjonen er obligatorisk for alle som slutter seg til FNs konvensjon mot rasediskriminering (CERD). Vurderingen komiteen kommer med ved slike klager: «mangler formell domskraft slik for eksempel EMD har».²⁰

I tillegg er det etter flere av traktatene opprettet komiteer som på generelt grunnlag vurderer medlemsstatenes oppfyllelse av traktatene, og kommer med «general comment». Gjennom slike generelle kommentarer kan komiteene komme med forslag om hvordan statene bedre kan oppfylle sine forpliktelser etter konvensjonene. Hvilken vekt skal en ilegge uttalelser fra individklageordninger og generelle kommentarer?

I Meld.St. nr. 39 (2015–2016) om individklageordningene til FNs konvensjoner om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter, barnets rettigheter og rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne side 12-13 fremholder Utenriksdepartementet:

«konvensjonsorganenes uttalelser er en relevant faktor ved tolkningen av FNs kjernekonvensjoner, som det må tas tilbørlig hensyn til. Hvor stor vekt de enkelte uttalelsene må tillegges, vil imidlertid avhenge av en konkret vurdering av den enkelte uttalelsen».

Altså vil kvaliteten på uttalelsen ha betydning for hvilken vekt den kan ilegges. Njål Høstmælingen skriver: «Folkerettslig sett er konklusjonen i klagesaker ikke annet enn synspunkter fra et konvensjonsorgan, og komiteen har for eksempel ikke kompetanse til å pålegge statene oppretting eller kompensasjon».²¹

Heller ikke de generelle kommentarene komiteene kommer med, er bindende for statene. Imidlertid: «distribueres [de] vidt og anvendes både av komiteen selv, internasjonale

²⁰ Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2012, Oslo, side 372 tredje avsnitt.

²¹ *Op.cit.* s. 372 siste avsnitt.

institusjoner, stater, ikke-statelige organisasjoner og enkeltindivider. Den praktiske betydningen er dermed så stor at kommentarene igjen kan danne utgangspunkt for folkerettslig bindende sedvane» fremholder Njål Høstmælingen.²²

På den ene siden gir svar på individklager og generelle kommentarer, uttrykk for hvordan komiteene mener at traktaten deres bør tolkes. På den andre siden er disse uttalelsene ikke bindende for statene. Dermed kan slike uttalelser benyttes for å klarlegge hva som ligger i forpliktelsene etter traktatene, men bare i den grad uttalelsene ikke er i strid med rettskilder av høyere rang, og uttalelsene etter en konkret vurdering anses godt utformet.

1.3 Datakriminalitetens historiske bakgrunn

Den tekniske utviklingen har dannet nye former for kriminell forøvelsesmåter samtidig som den har utvidet plattformen for allerede eksisterende kriminelle handlinger. Arenaen for kriminelle handlinger flytter seg i stadig større grad fra den fysiske verden over til de virtuelle plattformene som internett og sosiale medier.

Ordet “Cyber” er en anglifisert avstamning av kybernetikk, studiet av det styrende i komplekse organismer.²³ Betegnelsen “Cyberspace” ble konstruert av forfatteren William Gibson i hans science fiction bok *Neuromancer* fra 1984.²⁴ Europarådets konvensjon om cyberkriminalitet beskriver innholdet i uttrykket “cyberspace” på følgende måte:

“The integration of telecommunication and information systems, enabling the storage and transmission, regardless of distance, of all kinds of communication opens a whole range of new possibilities.[...] By connecting to communication and information services users create a kind of common space, called "cyber-space».²⁵

En bruker gjerne betegnelsen “Cybercrime” eller “Datakriminalitet” om kriminelle handlinger forvoldt mot, ved hjelp av eller i «cyberspace». Ordet “Cybercrime” er ikke en legaldefinisjon, men et begrep som har utviklet seg via massemedia. “The term may include

²² *Op.cit.* s.373 tredje avsnitt.

²³ Som igjen er etymologisk beslektet med det greske kubernētēs –styrmann. Se <http://www.oed.com/view/Entry/250879?rkey=636LgA&result=2&isAdvanced=false#eid> (Sist besøkt 05.11.18).

²⁴ Schjølborg, Stein, *Cyberkriminalitet*, Universitetsforlaget 2017, Oslo, side 17.

²⁵ Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, kan leses på: <https://rm.coe.int/16800cce5b> (sist besøkt 16. 02.19) Side 2 punkt 8.

any crime that has been committed by means of electronic equipment or in an electronic environment”²⁶.

Betegnelsen “datakriminalitet”, som er den norske oversettelsen av “Cybercrime”, ble i 1976 skapt av Professor Jon Bing og Stein Schjøberg.²⁷ Begrepet “datakriminalitet” er ikke gitt en definisjon i norsk lovgivning, og har etter justisdepartementets mening ikke noen rettslig betydning.²⁸ I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 2.3.1.1 første setning beskrives datakriminalitet på følgende måte: «Den alminnelige forståelsen er at begrepet datakriminalitet omfatter både kriminalitet som er rettet mot data og datasystemer, og kriminalitet hvor datautstyr benyttes som verktøy for å begå mer tradisjonell kriminalitet»

Inger Marie Sunde skriver: ««Datakriminalitet» betegner etter dette en straffbar ytring eller handling som er formidlet eller utført ved bruk av datateknologi».²⁹ Med betegnelsen «ytringer» sikter hun til meningsutveksling mellom mennesker og skriver: «Elektroniske kommunikasjonstjenester og sosiale medier er hjelpemidler ved formidlingen av ytringen».³⁰

Det er slike ytringer, formidlet ved hjelp av datateknologi, som kommer til å bli behandlet i min oppgave. Altså straffebud som er en del av det feltet en kan kalle «datakriminalitet», men der bruk av data bare er en av flere mulige måter å begå overtredelsen på.

Norge har hatt strafferettslige regler som rammer enkelte typer datakriminalitet siden 1979.³¹ Når den tekniske utviklingen gjorde at det var behov for å straffesanksjonere datakriminalitet benyttet en i stor grad de gamle straffebudene på de nye forholdene. For eksempel ble identitetstyveri bedømt etter paragrafen om tyveri. Dette skapte enkelte tomrom, der forhold som absolutt var straffverdig, ikke kunne pådømmes etter dagjeldende lover. Et eksempel er Rt. 1994 s. 1610 som gjaldt fjernsynssignaler. Adferden var absolutt straffverdig, men fjernsynssignaler kunne ikke anses som data.³²

Dagens samfunn er avhengig av å kunne utøve en sikker og velfungerende bruk av Cyberspace. Etter hvert som bruken av cyberspace økte ble det en utfordring å møte

²⁶ Brenner, Susan og Bert-Jaap Koops, *Cybercrime and Jurisdiction*, T.M.C.Asser Press, The Hague 2006, side 9

²⁷ Schjøberg (2017) side 18.

²⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) punkt 2.3.1.1

²⁹ Sunde, Inger Marie, *Datakriminalitet*, Fagbokforlaget 2. opplag 2018, Oslo, side 17.

³⁰ *Op.cit.* side 13.

³¹ Schjøberg (2017), side 22.

³² Siden da har det vært en stor utvikling på område og nå anses også fjernsynssignaler som data, se Ot.prp. nr. 4 (1994-1995), side 50 syvende avsnitt.

straffbare handlinger begått i og ved hjelp av cyberspace, med tilstrekkelig lovgivning, kontroll- og sikkerhetstiltak.³³ Bakgrunnen for regler om datakriminalitet i norsk strafferett bygger på en: «erkjennelse av at samfunnet gradvis blir mer avhengig av datateknologi, og dermed mer sårbart for nye former for kriminalitet».³⁴ I 2002 oppnevnte regjeringen et utvalg som fikk i oppgave å utrede lovtiltak mot datakriminalitet. Den første delutredningen³⁵ tok for seg hvordan Norge skulle innlemme Europarådets konvensjon om datakriminalitet. Utredningen resulterte i lov 8. april 2005 nr. 16.³⁶

Neste delutredning, NOU 2007: 2 Lovtiltak mot datakriminalitet, hadde som formål å utarbeide forslag til straffebestemmelser mot datakriminalitet som kunne inngå i straffeloven 2005. Delutredningen ble behandlet i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) som kompletterte den spesielle delen av straffeloven 2005. Straffeloven 2005 har et eget kapittel som regulerer enkelte typer datakriminalitet, kapittel 21 vern om informasjon og informasjonsutveksling. Straffebudene i kapittel 21 gjelder bare handlinger i kjerneområdet for datakriminalitet, og omfatter ikke straffebud hvor bruk av data bare er en av flere mulige måter å begå overtredelsen på.

En kan stille spørsmål ved hvorvidt datakriminalitet egentlig skiller seg særlig fra annen kriminalitet. Selv om det ved utviklingen av teknologien har vokst frem nye former for kriminalitet, som for eksempel dataskadeverk, tjenesteangrep, er motivene for slike kriminelle handlinger i stor grad lik motivene for tradisjonelle forbrytelser. Gjerningspersonen søker ofte hevn, profitt eller spenning.³⁷ Det skrives i NOU 2007: 2 side 30: «Det vil ofte ikke være noe skarpt skille mellom gammel kriminalitet på nye måter [...] og moderne former for datakriminalitet».³⁸ Straffebudene vi har i dag er i stor grad utformet med tanke på iakttagbare forhold i den fysiske verden.

Gjør bruken av digitale medier for å begå straffbare handlinger, forholdet mer straffverdig enn om integritetskrenkelsen hadde skjedd på annen måte? Det er vanskelig å besvare et slikt spørsmål på generelt grunnlag. Utgangspunktet i norsk rett er at en ikke skiller mellom forøvelsesmåter når det gjelder straffverdighet. Imidlertid er det forhold ved krenkelser på digitale medier som kan tale for at forholdet er mer straffverdig. Noe som kjennetegner

³³ Schjøberg (2017). side 17.

³⁴ Ot.prp. nr. 40 (2004-2005), side 7 annet avsnitt

³⁵ NOU 2003: 27, fulgt opp i: Ot.prp. nr.40 (2004-2005)

³⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 17 femte avsnitt

³⁷ Se NOU 2007: 2 Lovtiltak mot datakriminalitet side 19 for typetilfeller av motiv.

³⁸ *Op.cit.* side 30, punkt 3.5.

krenkelsers begått på digitale medier er at det er stor fare for spredning av materialet, benyttelsen av digitale medier kan være veldig effektiv og det er fare for at materialet aldri kan bli ordentlig slettet.

1.4 Begrepsavklaring

1.4.1 Sosiale medier

Sosiale medier er en betegnelse uten noe fast innhold.-Enkelte trekk som kjennetegner sosiale medier er at de samme personene både kan konsumere og produsere informasjon, og at plattformene legger til rette for kommunikasjon mellom mange personer.³⁹ Eksempler på mye brukte sosiale medier i Norge er Snapchat, Facebook, Instagram og Twitter. Sosiale nettverkssider er en underkategori av sosiale medier og har en anerkjent definisjon:

- 1) «Hver bruker har sin egen *profil* som består av innhold skapt av brukeren selv, av andre brukere og/eller av systemet.
- 2) Brukeren kan lage en liste over *relasjoner* (venner, følgere eller lignende) på tjenesten. Lista er synlig for andre brukere, og man kan gå videre til de andre brukernes profiler fra lista.
- 3) Brukeren kan konsumere, produsere og/eller interagere (*likes*, kommentarer eller lignende) med *nyhetsstrømmer* av brukergenerert innhold fra koblingene sine på tjenesten».⁴⁰

Tjenester som Facebook og Twitter faller innenfor denne definisjonen, selv om en kan påpeke at det er vanlig å ha lukkede vennelister på sin personlige bruker, slik at vennelistene ikke nødvendigvis er synlig for andre venner eller følgere. Det er også en økende grad av private aktører og offentlige aktører på sosiale medier. Politiet bruker for eksempel Twitter aktivt til folkeopplysning, og private aktører og bedrifter benytter for eksempel Facebook til markedsføring. Inger Marie Sunde skriver:

«Sosiale medier er utformet for sosialisering og dialog, de er interaktive og «lever» i kraft av at brukerne tilfører innholdet (innholdet er «brukergenerert»). Tjenestene

anses som «halvoffentlige», dvs. at innholdet legges ut i en privat kontekst, men kan likevel få svært vid spredning».⁴¹

At innholdet legges ut i en privat kontekst innebærer at individer styrer sin egen publisitet. Slik skriver Jon Wessel-Aas i sin bok Jus og sosiale medier: «Nå kan hver og en av oss enkelt opprette en konto eller profil i ett eller flere sosiale medier. Når det er gjort, kan vi spontant og umiddelbart med et tastetrykk meddele oss til hele verden uten ytre kontroll».⁴² Ved hjelp av sosiale medier kan en altså ytre seg uten noe form for forhåndskontroll av innholdet, sammenlignet med den redaksjonelle kontroll som foreligger for å publisere ytringer i aviser. Sosiale media faller dermed utenfor tradisjonell medielovgivning.⁴³

1.4.2 Digitale medier

Digitale medier er en bred betegnelse på elektroniske kommunikasjonsmedier gjort tilgjengelig av datateknologi. Noe som karakteriserer digitale medier er at: «de digitale mediene er at det skriftlige, visuelle, auditive og audiovisuelle smelter sammen og må behandles under ett. Tekst, grafikk, foto, lyd og levende bilder kan alt digitaliseres og overføres til forskjellige medier».⁴⁴ SMS og telefonsamtaler vil være kommunikasjonsformer som kan benyttes ved hjelp av digitale medier, og uten å være koblet til internett eller sosiale medier.

1.5 Integritetskrenkelseser

Betegnelsen «integritetskrenkelse» har ingen legaldefinisjon i straffeloven. En assosiasjon til betegnelsen integritetskrenkelseser, er at det sikter til krenkelseser som er egnet til å ramme en persons «personlige sfære». Altså krenkelseser som rammer en persons privatliv, frihet eller fred. Integritet stammer fra det latinske ordet: *integritas*, avledet av *integer* som betyr hel, uberørt, selvstendig.⁴⁵ Integritet dreier seg altså om en persons autonomi og retten til å bestemme over seg selv. Dermed har begrepet en referanse utover det rent fysiske.

⁴¹ Sunde, Inger Marie, «Økosystemeffekten- Om personvernet i sosiale medier» LoR, 2013 s. 85-102. Side 88.

⁴² Wessel-Aas (2013) s. 22.

⁴³ Sunde (2013) s. 88 tredje avsnitt.

⁴⁴ <https://ndla.no/subjects/subject:18/topic:1:193544/topic:1:80885/resource:1:83197> (sist lest 02.06.19).

⁴⁵ Nordbø, Børge. (2018, 11. desember), «integritet», *Store norske leksikon*, <https://snl.no/integritet> (sist lest 14.05.19).

Det kan hevdes at: «Respekt for privatlivet er en ufravikelig bestanddel i individets integritet».⁴⁶ Dersom personers privatliv ikke er tilstrekkelig beskyttet, vil en ikke ha muligheten til å utvikle seg til autonome individer. Vern om privatlivets fred ble strafferettslig regulert allerede i Kriminalloven i 1889. Ragna Aarlie skriver at rettsvernet tok:

«sikte på å verne individet mot spredning av uønsket informasjon til allmennheten ved at det ble stilt krav om at fredskrenkelsen måtte ha manifestert seg i en «offentlig meddelelse» for å være straffbar. Det var individets relasjoner som skulle sikres, og faren for krenkelser ble i hovedsak ansett for å komme fra massemediene».⁴⁷

En persons integritet er vernet gjennom mange bestemmelser i norsk lovgivning, blant annet gjennom Grunnloven. Det fremgår av Grl. § 102 annet ledd at: «Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet». Staten har dermed en positiv forpliktelse til å sikre et slikt vern.

I Dok. nr. 16 (2011-2012) vurderte Menneskerettighetsutvalget blant annet hvorvidt retten til privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern best kunne styrkes gjennom grunnlovsreformen. Utvalget ser hen til Personvernkommisjonen sin innstilling i NOU 2009: 1, Individ og integritet, der mandatet var å utrede utfordringene rundt personvern i dagens samfunn med sikte på å foreslå tiltak til hvordan regelverket kunne forbedres for best å ivareta personvern hensyn.⁴⁸ Menneskerettighetsutvalget begrunnet endringen i Grunnlovens § 102 blant annet i et behov for å eksplisitt grunnlovsfeste retten til personlige opplysninger og personvern. Bestemmelsen er i stor grad lik EMK art. 8, noe som er intensjonelt da Personvernkommisjonen fremhevet at lovbestemmelsen måtte være: «egnet til å imøtekomme den rettsutviklingen som skjer internasjonalt gjennom tolkning og presisering av EMK».⁴⁹ Menneskerettighetsutvalget sluttet seg til dette, og skriver på side 177:

«Med uttrykket «vern om den enkeltes personlige integritet» menes et personvern i vid forstand. Bestemmelsen inkluderer bl.a. retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og kommunikasjon, men også den enkeltes rett til selvbestemmelse og selvutfoldelse».⁵⁰

⁴⁶ Løkke, Eirik, *Personvern- etter Snowden*, Civita, Oslo, 2017, Side 19.

⁴⁷ Aarli, Ragna, «Vern av «privatlivets fred» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 525-573. side 529 siste avsnitt.

⁴⁸ NOU 2009:1 Individ og integritet, side 12

⁴⁹ *Op.cit.* side 210.

⁵⁰ Dok. nr.16 (2011-2012) side 177

Videre på side 178 skrives det at lovreguleringen til en viss grad:

«måtte ligge i etterkant av den teknologiske utvikling, nettopp fordi fremtidens konkrete problemstillinger kan være vanskelige å forutsi. Dermed oppstår behovet for det generelle og overordnede vern, der prinsippet om privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern er nedfelt i den høyeste rettskilde».⁵¹

Menneskerettighetsutvalget tok til ordet for å benytte både betegnelsen privatlivets fred, personvern og personopplysningsvern, ved utformingen av grunnlovsbestemmelsen. Imidlertid er det bare betegnelsen «personlig integritet» som blir benyttet i grunnlovsreformen. Dette kan tale for at betegnelsen personlig integritet er så vid at den også favner om personvern og personopplysningsvernet.

Barns integritet er gitt et særlig rettsvern gjennom Grunnloven § 104 tredje ledd, som stadfester at: «Barn har rett til vern om sin personlige integritet». En kan sette spørsmål ved om en slik bestemmelse gir noe bredere vern enn det som allerede følger av Grl. § 102 annet ledd. Menneskerettighetskomiteen uttalte at bestemmelsen ikke på nåværende tidspunkt gir noe videre vern enn det som følger av Grl. § 102, men at det kan tenkes at barn i fremtiden kan komme til å trenge et økt vern.⁵² Det skrives følgende i Dok. Nr. 16 (2011-2012):

«Det vil være innlysende at vernet om den personlige integritet omfatter rett til beskyttelse mot alvorlige integritetskrenkelser som vold, mishandling og seksuell utnyttelse. Men også mindre alvorlige inngrep i den personlige integritet kan være omfattet, for eksempel utidig og unødvendig innblanding i barnets privatliv»⁵³

Grunnlovsbestemmelsene om rett til vern om det personlige integritet var blant annet begrunnet i den teknologiske utviklingen i samfunnet, og de fremtidige utfordringene dette kan by på. Menneskerettsutvalget tolker «integritetskrenkelser» til å omfatte både fysiske krenkelser og krenkelser av mer psykisk art som krenkelse av selvbestemmelse, selvutfoldelse og privatliv. Integritetskrenkelser kan altså være av både fysisk og psykisk art. Ragna Aarli definerer integritet på følgende måte:

«Integritetsvernet sikrer i denne vide betydningen både fysiske, materielle og ideelle verdier. I hovedsak dreier det seg om å sikre individet *selvbestemmelse* over egen

⁵¹ *Op.cit.* side 178.

⁵² *Op.cit.* side 192-193.

⁵³ *Op.cit.* side 193 syvende avsnitt.

kropp, eiendom og tanke, og å sikre individet den noe mer udefinerbare størrelsen *menneskeverd*. Selvbestemmelsesretten innebærer en positiv råderett til for eksempel selv å velge når man vil gå ut av huset, og hvilken inngang man i så fall vil benytte, og en negativ rett til å bli beskyttet mot inngrep for eksempel i form av telefonsjikane eller fotografering». ⁵⁴

Her ser en tendenser av den historiske utviklingen av det «psykisk integritetsvern». Mens de ved vedtakelsen av kriminalloven i 1889 hovedsakelig var bekymret for krenkelser fra massemedia, har frykten nå utvidet seg til å gjelde krenkelser også individer mellom.

Mange lovbrudd vil innebære en integritetskrenkelse, uten at lovbruddet av den grunn kategoriseres som en integritetskrenkelse. For eksempel dersom en nabo bygger badstue på Peder Ås sin tomt, vil dette være et inngrep som rammer Ås integritet. En slik eiendomskrenkelse vil imidlertid ikke kategoriseres som en integritetskrenkelse, men som en tingsrettslig tvist. Det som kan kategoriseres som integritetskrenkelser er lovbrudd som i hovedsak, eller direkte, retter seg mot eller berører individer. Fysiske integritetskrenkelser vil for eksempel være drap, voldsforbrytelser og seksualforbrytelser. Psykiske integritetskrenkelser kan være hatefulle ytringer, telefonsjikane eller fredskrenkelser.

1.6 Personvern og personopplysningsvern

Betegnelsen «personvern» brukes ofte om vernet mot at personopplysninger blir brukt på en urettmessig måte. Personvern er en særnorsk betegnelse; i internasjonal rett benyttes ofte begrepene «privacy» eller «data protection» i diskusjoner rundt personvernet. ⁵⁵

Debatten rundt personvern oppstod i kjølvannet av utgivelsen av Alan F. Westin sin bok *Privacy and Freedom* som ble utgitt i 1967. ⁵⁶ I Norge ble betegnelsen personvern ble for første gang brukt i lovgivningssammenheng i to forarbeider ⁵⁷ som ga grunnlag for

⁵⁴ Aarli (2005), side 528.

⁵⁵ Svendsen, Lars. I artikkelen «hvorfor personvern», del av boken: *Til forsvar for personvernet*, Kristin Clement og John Egeland (red.), Universitetsforlaget 2010, Oslo, Side 16.

⁵⁶ Bing, Jon, *Personvern i faresonen*, Cappelen, Oslo 1991, side 14.

⁵⁷ NOU 1974:22 Persondata og personvern, og NOU 1975:10 Offentlige persondatasystem og personvern,

personregisterloven.⁵⁸ Betegnelsen personvern ble imidlertid ikke definert i disse innstillingene. Jon Bing skriver følgende om betegnelsen personvern:

«Dette begrepet har å gjøre med det moderne informasjonssamfunnets teknologi – ikke med skandalepresse, nærgående fotografer eller dokumentarfilm. Det er først og fremst reaksjonen på automatisk behandling og sammenstilling av store mengder personopplysninger [...] som betegnes av dette ordet».⁵⁹

Her skilles det altså mellom personvern på den ene siden og andre bestemmelser som verner privatlivets fred på den annen side. Dette kan være et argument for at personvern dreier seg om et mer avgrenset rettsområde, enn det som ligger i begrepet «integritetskrenkelser».

Knut Selmers beskriver at: «Personvern dreier seg ikke først og fremst om et objekt eller en gjenstand - den enkeltes personlighet – men om en relasjon. Den relasjonen det er snakk om er forholdet mellom et individ og andre personer eller organisasjoner som bruker opplysninger om dette individet».⁶⁰ Aarli legger en lignende forståelse til grunn, og skriver at:

«Personvernet sikrer ideelle verdier i å holde informasjon utenfor andres rekkevidde. [...] Mens integritetsvernet er gjenstands- eller individorientert, er personvernet relasjonsorientert. Rettskrenkelsen består i at mellommenneskelige forhold forrykkes, eller står i fare for å bli forrykket, på grunn av uønsket informasjonsspredning».⁶¹

At personvernet er relasjonsorientert handler om at personopplysninger ofte avgis som ledd i en interaksjon, for eksempel ved at en avgir personopplysninger til legekontoret før legetime. Når en avgir personopplysninger, antar en at disse opplysningene kun vil brukes i en relevant sammenheng og ikke vil bli spredt videre til uvedkommende. Personvernet kan dermed sies å ha en side til integritetskrenkelser, ved at vernet skal sikre individer kontroll om opplysninger som angår dem.

I NOU 1993: 22 gjør utvalget et forsøk på å definere personvern. Som utgangspunkt for sin definisjon benytter utvalget delvis den såkalte «interessemodellen» som går ut på å klassifisere personvern etter ulike interesser.⁶² På side 43 skriver utvalget:

⁵⁸ Bing (1991) side 28.

⁵⁹ *Op.cit.* (1991) side 33.

⁶⁰ Blekeli, Ragnar Dal og Knut Selmer, *Data og personvern*, Universitetsforlaget 1977, Oslo, side 15.

⁶¹ Aarli (2005), side 528-529.

⁶² Blekeli, Ragnar Dal og Knut Selmer (1977), side 23-37.

«Teorien har delt personvernet opp i 5 interesser angitt ved følgende karakteristikker:

- diskresjon
- korrekthet og fullstendighet
- innsyn
- en borgervennlig administrasjon
- vern mot maktmisbruk og urimelig kontroll»

Gjennom å se hvilke interesser som gjør seg gjeldene kan en altså fastslå om det dreier seg om et personvernspørsmål og hvor stort vern mot inngrep som gjør seg gjeldende.

Det skrives i NOU 2009:1 side 30 «Personvernbegrepet har røtter i eldre begreper som «personlighetsvern» og «personlighetens rettsvern». De eldre begrepene er tradisjonelt blitt brukt som betegnelser på regler som verner visse sider ved den enkeltes personlighet». ⁶³ I NOU 1997: 19 skrives det følgende om personlighetens rettsvern på side 21:

«Dette var en samlebetegnelse for rettsregler som beskyttet enkeltindividet mot krenkelse av immaterielle goder, som f.eks injurielovgivningen, navnevernet, vernet mot fredskrenkelser etc. Dette «personlighetens rettsvern» dekket imidlertid ikke de problemene som oppstod i forbindelse med edb-basert behandling av personinformasjon [...] I dagens språkbruk og i den offentlige debatt omfatter «personvern» gjerne alt som tidligere gikk inn under uttrykket «personlighetens rettsvern», herunder også det ulovfestede personvernet»

Dersom en legger denne definisjonen av personvern til grunn vil altså fredskrenkelser også være sanksjonert gjennom personvernet.

Høyesterettspraksis viser at det også er et ulovfestet personvern i norsk rett.⁶⁴ Dermed er individer også sikret personvern gjennom ulovfestet rett, og dette vernet er i enkelte dommer antatt å gå videre enn straffelovens regler. Imidlertid kan en stille spørsmål ved hvor praktisk dette vernet er dags dato. I den nye straffeloven er personvernet utvidet og personvernet er nå også gitt vern i grunnloven.

Det kan stilles spørsmål ved hva som skiller betegnelse personvern og

⁶³ NOU 2009: 1 Indivd og integritet, side 30 syvende avsnitt

⁶⁴ Rt. 1952 s. 1217 side 1219, Rt.1991 s. 616 side 623.

personopplysningsvern. Betegnelsen personopplysning brukes om opplysninger knyttet til en enkeltperson. Personopplysningsvern er regulert av lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven). Vernet omfatter enhver form for informasjon om en identifiserbar fysisk person, slik som navn eller personnummer.⁶⁵ Det er tilstrekkelig at informasjonen indirekte kan knyttes til en person. I NOU 2009: 1 Individ og integritet side 32 skrives følgende om skillet mellom personvern og personopplysningsvern:

«Personvern dreier seg om ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividers mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse. Eksempel på en personvernbestemmelse er vernet av privatlivets fred i straffeloven § 390. Personopplysningsvern dreier seg om regler og standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål. Reglenes formål er å sikre enkeltindivider oversikt og kontroll over behandling av opplysninger om dem selv».⁶⁶

Personopplysningsvernet består i å verne individer mot uønsket spredning, maktmisbruk og urimelig kontroll av personopplysninger. En kan se at betegnelsen personvern av flere blir brukt som synonym for personopplysningsvern, men at personvern er en bredere betegnelse som også kan dekke psykiske integritetskrenkelser. Jon Bing fremholder: «I Norge brukes nå *personvern* for både *privatlivets fred* og *kontroll med behandling av personlige opplysninger*. Det er i og for seg ingen problemer med dette, men det fører ofte til glidninger i diskusjoner og analyser».⁶⁷

1.7 Skillet mellom integritetskrenkelser og personvernskrenkelser

Spørsmålet videre blir dermed hva som er forskjellen mellom personvern, privatlivets fred og integritetskrenkelser. Betegnelsene er omdiskuterte og skillet mellom begrepene er til tider vage og sammenfallende. I NOU 1993: 22 Pseudonyme helseregistre skrives det på side 43:

«Personvern betyr i hovedsak vern om den personlige integritet [...]
Personvernbegrepet [...] har etterhvert blitt brukt generelt om vern mot

⁶⁵ https://lovdata.no/pro/#document/DLX3/eu/32016r0679/KAPITTEL_1-1 (sist lest 14.05.19), kapittel 1, generelle bestemmelser, artikkel 4.

⁶⁶ NOU 2009: 1 Individ og integritet. side 32, niende avsnitt.

⁶⁷ Bing, Jon, artikkelen «Elektroniske spor», del av boken *Til forsvar for personvernet*, Kristin Clement og John Egeland (red.), Universitetsforlaget 2010 Oslo, Side 28.

integritetskrenkelser av individer. I vid forstand kan personvernbegrepet omfatte alt fra fysiske krenkelser til å bli blottstilt i massemedia, men mest vanlig, og i tråd med offisiell språkbruk, er det å knytte begrepet til bruk av opplysninger om personer».

Her skilles det dermed mellom en vid og en snever forståelse av betegnelsen. Lars Svendsen skriver følgende om skillet mellom personvern og privatliv: «Personvern knytter seg spesifikt til personers interesse for kontroll over informasjon som vedrører dem, mens retten til privatliv også innbefatter en rekke interesser utover de informasjonsrelaterte».⁶⁸

I NOU 1997: 19 Et bedre personvern, fremstiller utvalget tre ulike perspektiv på personvernet. Det første perspektivet kaller utvalget «det integritetsfokuserte personvern». Under denne kategorien fremhever de vernet mot fredsforstyrrelser, opplysninger om private og intime forhold og vernet om privatlivets fred.⁶⁹ Utvalget skriver på side 21:

«Det integritetsfokuserte personvernet dekker imidlertid mer enn hensynet til at opplysninger om personlige og intime forhold ikke skal bringes videre uten samtykke fra de personer opplysningene gjelder. Også retten til å være i fred fra andre, uavhengig av om fredsforstyrrelsen innebærer at personlige opplysninger blir røpet eller ikke, kan sies å høre med».⁷⁰

En bred forståelse av personvern vil altså kunne favne om en rekke integritetskrenkelser, som for eksempel straffeloven § 266 om krenkelse av en annens fred eller § 267 om offentlig meddelelse som krenker en annens fred. Utvalget har ikke et skarpt skille mellom hva de betegner som personvern og hva de betegner som privatlivets fred og integritetskrenkelser.

I NOU 1999: 27 uttaler Ytringsfridomskommissjonen:

«Det er grunn til [å] understreke den prinsipielt viktige forskjell mellom «privatlivets fred» og «personvern». Beskyttelsen av privatsfæren («privatlivets fred») har en begrunnelse ut over personvernet, en begrunnelse som går på kollektivets eller samfunnets måte å fungere på. Konkret kan det gjelde hensynet til den offentlige samtale. Personvernet går på den annen side først og fremst på beskyttelsen av personen *som offentlig person* (offentlig omdømme), og nettopp ikke spesielt som privat person[...] Det kan kanskje være grunn til å være strengere (enn man nå er) når

⁶⁸ Svendsen (2010) side 16.

⁶⁹ NOU 1997: 19 Et bedre personvern, side 21 nest siste og siste avsnitt.

⁷⁰ *Ibid.* side 21 nest siste avsnitt.

det gjelder «privatlivets fred», mens man bør være rimelig liberal når det gjelder personvernet».⁷¹

De taler altså for en klar adskillelse av betegnelse privatlivets fred og personvern. Bjørnar Borvik stiller seg i boken «Personvern og ytringsfridom» kritisk til ytringsfridomskommissjonens sondering mellom betegnelse og skriver på side 20:

«Generelt må ein vere forsiktig med å trekke rettslege konsekvensar frå omgrep åleine, og dette gjeld i alle fall når omgrepa har eit såpass uklart og dynamisk innhald som tilfellet er her».⁷²

Videre skriver han: «Det vil ofte vere slik at dei omstridde ytringane kan ha potensialet i seg til å innebere ei krenking både av privatlivets fred og omdømmet».⁷³ Denne forsiktigheten med å ilegge betegnelse for stor vekt støttes av Dag Wiesel Schartum og Lee Bygrave som skriver: «nær sagt alle integritetskrenkelser som ikke gjelder krenkelser av det fysiske legemet, er beslektet med personvern».⁷⁴ Ellen Lexerød Hovlid skriver:

«Personopplysningsvernet bunner i en erkjennelse av at personopplysninger kan danne grunnlaget for beslutninger med konsekvenser for enkeltpersoner, mens vernet av privatlivets fred bunner i frykten for at opplysninger skal gjøres kjent for mange [...] Det anses dermed naturlig å anvende personopplysningsloven når det dreier seg om *systematisk behandling* av personopplysninger i IKT-systemene og ikke om enkeltstående hendelser. Når det dreier seg om enkeltstående hendelser, slik som for eksempel offentliggjøring av et bilde på et sosialt medium, bør vernet av privatlivets fred komme til anvendelse».⁷⁵

Etttersom det er mange dels motstridende definisjoner av personvern og integritetsvern, vil det heller bli beskrevet hvordan betegnelse kommer til å brukes i oppgaven, fremfor å forsøke å trekke en distinkt linje mellom betegnelse.

⁷¹ NOU 1999: 27 Ytringsfridhet bør finne sted, side 28 første avsnitt.

⁷² Borvik, Bjørnar, *Personvern og ytringsfridom*, Universitetsforlaget 2011, Oslo, side 20 annet avsnitt.

⁷³ *Ibid.* side 20 tredje avsnitt.

⁷⁴ Schartum, Dag Wiese og Lee A Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet*, 2.utgave, Fagbokforlaget. 2011 Oslo, side 30 nest siste avsnitt.

⁷⁵ Hovlid, Ellen Lexerød, *Vern av privatlivets fred*, Gyldendal 2015 Oslo, side 58-59.

1.8 Bruk av betegnelsene i oppgaven

I denne oppgaven brukes betegnelsen personvern innskrenkende, altså som et vern mot offentliggjøring av privatinformasjon eller annet misbruk av slik informasjon. Herunder elektronisk eller maskinell behandling av personinformasjon, hovedsakelig når slik behandling utføres av organisasjoner, bedrifter, foretak offentlig myndighet eller andre overvåkingsorgan.

Misbruk av privatinformasjon begått av privatpersoner mot andre privatpersoner vil derimot gå under betegnelsen integritetskrenkelse. Altså vil tilfeller der for eksempel myndighetene eller media urettmessig offentliggjør et bilde eller informasjon om et individ bli betegnet som en personvernskrenkelse, mens tilfeller der privatpersoner sprer bilder av andre privatpersoner vil bli betegnet som en integritetskrenkelse. Slik misbruk av informasjon kan gå under personopplysningsloven: «Dersom det på et bilde er mulig å kjenne igjen enkeltpersoner, kan det sies å inneholde personopplysninger». ⁷⁶ Imidlertid gjelder personopplysningslovens regler kun når tilfellet ikke behandles eller avgjøres i medhold av straffeprosesslovens regler jf. Personopplysningsloven § 2 annet ledd bokstav b. Siden oppgaven kun tar for seg saker som rammes av straffelovens bestemmelser, vil dermed ikke betegnelsen personopplysningsvern være særlig treffende på tilfellene. Dog kan overtredelser av personopplysningsloven også være straffbare.

I denne oppgaven vil det hovedsakelig skrives om integritetskrenkelser, ikke rene personvernskrenkelser. Enkelte av typetilfellene i oppgaven vil imidlertid ta for seg tilfeller som kan defineres som begge deler.

Betegnelsen integritetskrenkelse kommer til å bli brukt som fellesbetegnelse for vern mot fredskrenkelser, omdømmekrenkelser, sjikane, vern mot diskriminerende og hatefulle ytringer. Som et vern om verdier som retten til respekt for privatliv, familieliv, hjem og privat kommunikasjon, selvbestemmelse og selvutfoldelse. Oppgaven kommer ikke til å ta for seg fysiske integritetskrenkelser. Oppgaven vil hovedsakelig fokusere på privatpersoner som benytter internett, sosiale medier og digitale medier.

⁷⁶ Engen, Bård Kjetil, Giæver og Mifsud, *Digital Dømmekraft*, Gyldendal, Oslo. 2017, side 125.

1.9 Avgrensninger

Det avgrenses mot voldtekt og seksuelle overgrep via digitale medier, da slik adferd krever en etterfølgende fysisk handling. Et eksempel på en slik type situasjon vil være der gjerningsperson gjennom sosiale media truer fornærmede til å sende film eller video av handlinger. Da kreves det en handling fra fornærmede før denne igjen kan sendes via sosiale media. Oppgaven vil imidlertid ta for seg skildringer av seksuelle overgrep som allerede er utført, men ikke oppfordring til fremtidige overgrep.

1.10 Den videre fremstillingen.

I kapittel to vil det gjøres rede for bruk av sentrale begreper i oppgaven. Kapittel tre vil ta for seg kravet om forsett i norsk rett og enkelte sentrale prinsipper på strafferettens område. Videre i kapittel fire vil det gjøres rede for skyldkravet ved integritetskrenkelser på digitale medier i norsk rett. Siden vil det i kapittel fem bli gjort rede for hvilke internasjonale forpliktelser Norge har til å forebygge integritetskrenkelser forøvet på digitale medier, herunder vil det også ses på om Norge oppfyller sine internasjonale forpliktelser når det gjelder skyldkravet. Avslutningsvis vil det i sjette kapittel vurderes hvorvidt noen forsettformer må anses bedre egnet enn andre til å møte de særlige utfordringer som oppstår i forbindelse med digital forøvelse.

2 Kravet om forsett i norsk rett

2.1 Innledning

Dette kapittelet vil ta for seg det alminnelige skyldkravet i norsk rett. Videre vil enkelte viktige prinsipper innenfor strafferetten presenteres. Det vil særlig ses nærmere på legalitetsprinsippet, uskyldspresumpsjonen, skyldprinsippet og dekningsprinsippet. Det velges å skrive litt om disse prinsippene selv om de ikke knytter seg direkte til hovedproblemstillingen, da prinsippene er viktig for tolkningen av straffebestemmelser. Prinsippene legger føringer for hvordan forsettet kan utformes, bevises og hva forsettet må dekke.

2.2 Legalitetsprinsippet og uskyldspresumpsjonen

Legalitetsprinsippet i norsk rett går ut på at det kreves hjemmel i lov for å utøve inngrep overfor enkeltpersoner. Prinsippet var tidligere ulovfestet konstitusjonell sedvane, men er nå lovfestet i Grl. § 113.

På strafferettens område står prinsippet ekstra sterkt og det følger av Grl. § 96 at: «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom». Det må altså foreligge hjemmel i formell lov, altså lov gitt av Stortinget eller i såkalt provisorisk anordning, for å dømme noen til straff.⁷⁷ Prinsippet skal forhindre vilkårlighet og maktmisbruk. Hjemmelen må foreligge på gjerningstidspunktet, noe som henger sammen med forbudet mot å gi straffelover med tilbakevirkende kraft jf. Grl. § 97. Kravet om hjemmel er også stadfestet i straffeloven § 14 og EMK art. 7. Det følger videre av Grl. § 96 annet ledd at: «Enhver har rett til å bli ansett som uskyldig inntil skyld er bevist etter loven». Det kreves dermed rettskraftig dom før en person kan anses skyldig. Uskyldspresumpsjonen er også lovfestet i EMK art. 6 nr. 2 og SP art. 14 nr. 2.

Straffelovgivningen må tilfredsstillе visse minimumskrav når det gjelder presisjonsnivået i lovteksten. Det skrives i HR-2016-1458-A i avsnitt 8 følgende om lovkravet:

«Dette omfatter dels et krav om at straffebudene utformes tilstrekkelig presist til å gi nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området, og dels en instruks om at domstolene ved tolkningen og anvendelsen av straffebestemmelser må påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker»

Dersom et straffebud er generelt utformet kan det tenkes situasjoner der handlingen rammes av beskrivelsen i straffebudet, uten at straffebudet var tenkt å ramme slike tilfeller. Altså rammer straffebudet også forhold som ikke er straffverdige eller rettstridige. Da kan en tolke ordlyden i bestemmelsen innskrenkende slik at handlingen faller utenfor straffebudet. En handling kan dermed bli straffri selv om den omfattes av ordlyden i et straffebud.

Rettsstridsreservasjonen skal forhindre at straffebudene blir benyttet på tilfeller som ikke er straffverdige. Det fremheves i Rt. 2008 s. 1491 avsnitt 14 at: «det er sikker rett at alle straffebud – enten de har en slik reservasjon eller ikke – i prinsippet må leses med forbehold for unntakssituasjoner som ikke bør føre til straffansvar. I tvilstilfeller vil det imidlertid ligge

⁷⁷ NOU 1983: 57 straffelovgivningen under omforming, side 115 første avsnitt.

nærmere å tolke et straffebud innskrenkende hvis reservasjonen er med, enn hvis den ikke er det». En må vurdere resultatets «godhet» ved å se på om straffansvaret fremtrer som rimelig.

Grl. § 96 oppstiller også materielle grenser for tolkningen av straffebud. Delvis må en være varsom med å tolke straffebud utvidende og straffebud skal ikke tolke analogisk. Det skrives i Rt. 2012 s. 313 avsnitt 29 at: «Det er uansett ikke avgjørende hva lovgiver måtte ha ment, når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven». Dersom en tolker straffebud for utvidende, vil det ikke være i tråd med dekningsprinsippet.

2.3 Skyldprinsippet

2.3.1 Oversikt

På latin heter skyldprinsippet «*nulla poena sine culpa*». Oversatt til norsk betyr det: «ingen straff uten skyld», og er en vesentlig rettsregel i de fleste rettsstater. I norsk strafferett er det krav om at gjerningspersonen må ha utvist skyld på gjerningstidspunktet for å kunne holdes strafferettslig ansvarlig.

Begrepet skyld er ikke definert i straffeloven. Skyld i strafferettslig forstand er et juridisk og ikke et moralsk begrep.⁷⁸ Det kan dermed ikke legges til grunn at den som handler moralsk riktig er uten strafferettslig skyld. Johs Andenæs fremholder at: «Den lovbrøyer som har handlet etter sin egen samvittighet, er kanskje *moralsk* skyldfri [...] men det juridiske skyldkravet kan like fullt være oppfylt».⁷⁹ Det er en nær sammenheng mellom det juridiske og det moralske skyldbegrepet, men de er ikke alltid sammenfallende.

Dersom straff ses i et historisk perspektiv, bygde den strafferettslige legitimiteten på en gjengjeldelsestankengang. Denne tankegangen ble også fremmet av religiøse tekster som for eksempel bibelen; «øye for øye, tann for tann».⁸⁰

I norsk rett er det ikke lengre gjengjeldelsesprinsippet som brukes som hovedbegrunnelse for straff. Fokuset i dag er heller på å beskytte samfunnet mot de mange negative virkningene av

⁷⁸ Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett 6. utgave. ved Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget 2016, Oslo, side 217.

⁷⁹ *Ibid.* side 217.

⁸⁰ Bibelen, 2. Mosebok 21, 24 og 3. Mosebok 24,20

selve lovbruddet og restituere lovbrøytene slik at de kan vende tilbake til samfunnet igjen.⁸¹ Ved arbeidet med den nye straffeloven 2005 ble det tydelig at en del bestemmelser i den gamle straffeloven var utdatert og i dagens samfunn ikke lenger hadde et skadepotensial.⁸² Et minstekrav for å gjøre et forhold straffbart burde være at forholdet er egnet til å medføre fare eller skade. Kommisjonen skriver på side 83:

«Atferd bør ikke gjøres straffbar bare fordi et flertall misliker den. Skadefølgeprinsippet bygger på at individet i størst mulig grad bør kunne handle fritt, og at straff bare bør anvendes når tungtveiende grunner taler for det».⁸³

Det holder dermed ikke som begrunnelse for kriminalisering at forholdet er moralsk tvilsomt eller forkastelig. I NOU 2002: 4 Ny straffelov, side 79 skrives det:

«Prinsippet bygger på at individet i størst mulig grad bør kunne handle fritt, og at straff bare bør kunne anvendes når tungtveiende grunner taler for det. Slike tungtveiende grunner vil stort sett bare foreligge når en handlingstype kan medføre skadevirkninger».⁸⁴

Formålet bak straff er blant annet at straffen skal ha en individual- og allmennpreventiv virkning. Lovgiver søker å påvirke borgernes adferd slik at de velger å handle innenfor lovens rammer. Dersom en person gjennom handlingene sine oppfylder gjerningsinnholdet i et straffebed og ikke kan rettferdiggjøre handlingen sin, foreligger det et normbrudd. Gjerningspersonen kan da holdes strafferettslig ansvarlig for handlingen. Skyldkravet bygger på en tanke om at alle er ansvarlig for handlingene sine.

Dersom gjerningspersonen skal bebreides sine handlinger, forutsetter det at gjerningspersonen visste eller burde vite at handlingen han foretok var ulovlig. Videre må det ha vært flere handlingsalternativer i situasjonen, der minst ett av alternativene ville vært straffritt. Det er kun der gjerningspersonen hadde valget mellom flere handlinger og kunne valgt et straffritt alternativ, at gjerningspersonenes valg kan holdes mot han.

⁸¹ Knophs, *Oversikt over Norges rett*, 14 utg, utgitt av Kåre Lilleholt, Universitetsforlaget 2014, Oslo, Side 610.

⁸² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 84, annet avsnitt.

⁸³ *Op.cit.* side 83 nest siste avsnitt:

⁸⁴ NOU 2002: 4 Ny straffelov, side 79 nest siste avsnitt.

2.3.2 Dekningsprinsippet

Det er et prinsipp i strafferetten at gjerningspersonens faktiske handling må dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Dersom et moment i straffebudet ikke er oppfylt, kan gjerningspersonen ikke straffes. Dette henger igjen sammen med legalitetsprinsippet i norsk rett; det skal være tydelig og forutberegnelig hva som kreves for å ilegges straff.

Det kreves at tilstrekkelig grad av skyld foreligger på gjerningstidspunktet, og skylden må som hovedregel omfatte alle momenter i straffebudets gjerningsbeskrivelse. For eksempel kan en ikke straffe en person for tyveri dersom han tok en ting som han trodde var sin egen, men som viser seg å være noen andres. Dette henger sammen med begrunnelsen for straff som er allmennprevensjon og individualprevensjon. Det vil ikke virke forbyggende å straffe noen som ikke kan bebreides sin handlemåte.

2.3.3 Hva er forsett og uaktsomhet

Det skilles mellom skyldformene forsett og uaktsomhet, der forsett anses som den mest klanderverdige skyldformen. Dersom en person skal holdes strafferettslig ansvarlig, er hovedregelen i straffeloven at det kreves subjektiv skyld i form av forsett jf. strl. § 21: «Straffelovgivningen rammer bare forsettlig lovbrudd med mindre annet er bestemt».

Med forsett menes at gjerningspersonen enten begikk den straffbare handling med hensikt, med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig ville dekke gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, eller holdt det for mulig at handlingen ville dekke gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, men valgte å handle selv om det skulle være tilfelle, jf. strl. § 22 første ledd bokstav a til c.

Hva innebærer egentlig forsett på det tankemessige plan? Juridisk litteratur har særlig operert med to forskjellige teorier for å presisere hva som ligger i forsettkravet, viljesteorien og bevissthetsteorien. Andenæs beskriver teoriene på følgende måte: «Etter viljesteorien kan forsettet defineres som *viljen til å foreta en handling av den art som straffebudet beskriver*, etter bevissthetsteorien som *bevisstheten om å foreta en slik handling*». ⁸⁵ Det er en viss innholdsmessig forskjell mellom teoriene ettersom viljesteorien inkluderer et intensjons element, mens bevissthetsteorien kun krever bevissthet. Imidlertid er skillet mellom teoriene ikke stort, det kan ses på som en debatt om hvilken formulering som er mest hensiktsmessig.

⁸⁵ Andenæs (2016), side 233 tredje avsnitt.

Forsett beskrives som gjerningspersonens tankeprosess sett i sammenheng med personens adferd. I common law betegnes dette som forholdet mellom *mens rea* og *actus reus*, og bygger på prinsippet om «*actus non facit reum nisi mens sit rea*» som betyr at en handling ikke kan gjøre en person skyldig med mindre sinnet også er skyldig.⁸⁶

Adferden straffes bare dersom den oppfyller gjerningsinnholdet i et straffebud. Det er ikke grunnlag for straffeansvar dersom handlingen ligger innenfor den alminnelige handlingsfriheten i samfunnet, altså utenfor straffebudets saklige virkeområde. Forsettet må omfatte alle momentene som er nevnt i straffebudet. Derimot trenger ikke forsettet å omfatte de enkelte ledd i begivenhetsutviklingen. Det vil si at så lenge resultatet er blitt slik gjerningspersonen ønsket og straffebudet beskriver denne følgen som straffbar, har det ikke betydning om det er inntrådt på en annen måte enn det gjerningspersonen hadde planlagt. Det er lovbrüterens egen oppfatning av de faktiske forholdene som skal legges til grunn ved vurderingen jf. strl. § 25 første ledd.

Uaktsomhet foreligger dersom gjerningspersonen har handlet på en måte som objektivt sett er uforsvarlig og utfra sine egne forutsetninger kan klandres for sin opptreden jf. strl. § 23.

Uaktsomhet er bare straffbart dersom det er uttrykkelig bestemt jf. strl. § 21. Det fremkommer av Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426 at: «Vurderingen av om handlingen fraviker normen for forsvarlig atferd, skal være objektiv og ta utgangspunkt i hva en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull person ville ha gjort i en tilsvarende situasjon».

For å skille mellom forsett og uaktsomhet kan en spørre seg hvor sannsynlig det var på en skala fra 0-100 at gjerningsinnholdet i straffebudet ved gitt opptreden ville inntre. Dersom det var mer enn 50 prosent sannsynlighet for hendelsesforløpet, foreligger det forsett, dersom det var mindre foreligger det uaktsomhet.⁸⁷ Imidlertid kan det foreligge forsett i form av dolus eventualis selv om sannsynligheten er under femti prosent. Ved forsett skal en ta utgangspunkt i gjerningspersonens subjektive vurdering, mens en ved uaktsomhet har en objektiv tilnærming. Ståle Eskeland skriver: «Gjeldende rett bygger på en forutsetning om at

⁸⁶Manchester, Colin, «The origins of strict criminal liability» *Anglo-American law review* 1977, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/commlwr6&div=30&g_sent=1&casa_token=&collection=journals&t=1557996658 (Sist sjekket 11.05.19).

⁸⁷ Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave, ved Alf Petter Høgberg, Cappelen damm, 2017, Oslo. side 294.

det er større grunn til bebreidelse jo større sannsynligheten er for at gjerningsbeskrivelsen er eller vil bli oppfylt».⁸⁸

2.3.4 Beviskravet ved avgjørelsen av skyldspørsmålet

Det er gjerningspersonens oppfatning av hvor sannsynlig det er at hendelsesforløpet vil inntreffe som skal legges til grunn, ikke den objektive sannsynlighetsgraden jf. Rt. 1966 s. 698. Dommen er vurdert etter straffeloven 1902, men er fortsatt relevant for tolkningen av straffeloven 2005 da den viderefører rettstilstanden på dette punktet, dette vil gjelde for de eldre dommene videre i oppgaven. Bevistema når det gjelder skyldkravet, vil være gjerningspersonens tanker. Skyldkravet knytter seg til gjerningspersonens oppfattelse av hendelsesforløpet, dermed må en vurdere indre fenomener, som gjerningspersonens vilje og bevissthetstilstand, for å fastsette om gjerningspersonen har handlet med tilstrekkelig grad av skyld.⁸⁹

Hvilke prosesser som har funnet sted i gjerningspersonens bevissthet ligger utenfor det anskuelige, og kan derfor være problematisk å finne handfast bevis for. Anders Løvlie skriver at: «indre fenomener, i motsetning til ytre fenomener, ikke har romlig plassering som muliggjør erkjennelse med de ordinære sansene».⁹⁰ Dette tilsier at en ofte må se etter uttrykk for disse indre fenomenene i det ytre manifesterbare

Spørsmålet blir dermed hvordan en får kunnskap om indre fenomener, slik som skyld. Anders Løvlie skriver at det er to viktige kilder for å få kunnskap om indre fenomener: «henholdsvis representasjoner slik de fremstår i gjerningspersonens bevissthet, og ytre fenomener».⁹¹

Det han omtaler som representasjoner: «er gjerningspersonens egen erfaring gjennom introspeksjon. Denne kan komme til [...] kunnskap ved at gjerningspersonen direkte formidler erfaringene, eller indirekte ved at andre formidler hva gjerningspersonen har fortalt om sine introspeksjonserfaringer».⁹² Altså kan vitneforklaringer og tiltaltes egen forklaring gi informasjon om graden av skyld hos tiltalte. Imidlertid kan det råde usikkerhet rundt hvorvidt forklaringen medfører riktighet. Uriktige forklaringer kan skyldes bevisste eller ubevisste

⁸⁸ *Op.cit.* side 292.

⁸⁹ Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal, 2014 Oslo, side 352.

⁹⁰ *Op.cit.* Side 170.

⁹¹ *Op.cit.* side 171.

⁹² *Op.cit.* side 171.

forhold, et vitne kan for eksempel bevisst forklare seg uriktig eller vitnet kan huske feil. Johs Andenæs skriver: «selv om gjerningsmannen er helt oppriktig, kan det være vanskelig for han å si noe presist om sine tanker da han utførte handlingen».⁹³

Gjerningspersonens oppfattelse av situasjonen må til en viss grad baseres på iakttagbare bevis. Høyesterett fremholdt i Rt. 1991 s. 600 side 602 siste avsnitt: «Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttagelse, og det må derfor ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen». Dermed kommer en ikke utenom at deler av vurderingen vil inneholde vurderingselementer som ikke var en del av gjerningspersonens subjektive oppfatning på handlingstidspunktet. Høyesterett fremholdt i Rt. 1988 s. 1356 side 1360: «enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne». Ytre omstendighetene kan også bidra til å gi informasjon om gjerningspersonens skyld. Anders Løvlie skriver: «Når det gjelder den strafferettslige betydningen av ytre fenomener som kilde for indre fenomener, er denne avledet av en grunnleggende oppfatning om at mennesker belyser hvem de er, og hvilken plass og rolle de har i verden, gjennom sin ytre adferd».⁹⁴ Altså vil den ytre adferden kunne belyse den indre motivasjonen eller viljen til personen.

Bedømmelsen av bevisene som foreligger vil: «skjer ut fra erfaringsbaserte slutninger hvor grunnlaget er bevisdata og erfaringssetninger».⁹⁵ Med betegnelsen «erfaringssetninger» sikter Løvlie til: «korrelasjoner mellom fenomener basert på erfaring».⁹⁶ Altså slutninger som rettsanvenderen trekker ut fra tidligere erfaringer om sammenhenger. Ståle Eskeland skriver om vurderingen av skyldkravet at: «Problemstillingen med nødvendighet [blir] om det *generelt* er grunn til å tro at personer som foretar handlinger av den typen og i den situasjonen som tiltalen gjelder, hadde kunnskap om de omstendighetene som skal inngå i skyldvurderingen».⁹⁷ Dermed vil vurderingen til en viss grad inneholde objektive elementer, men også bygge på rettsanvenderens erfaringssetninger.

Det er et strengt beviskrav i straffesaker, og for domfellelse kreves det at skyld er bevist utover enhver rimelig tvil. Det vil si at ved domfellelse skal enhver rimelig tvil om faktum komme tiltalte til gode, og omtales som «et gammelt og grunnleggende

⁹³ Andenæs (2016) side 240 annet avsnitt.

⁹⁴ Løvlie (2014), side 171.

⁹⁵ *Op.cit.* side 154

⁹⁶ *Op.cit.* side 155.

⁹⁷ Eskeland (2017) side 338 tredje avsnitt.

rettssikkerhetsideal».⁹⁸ Dette skyldes tanken om at det er bedre at en skyldig går fri enn at en uskyldig blir dømt, «konsekvensene av en uriktig fellende dom er mye større enn en uriktig frifinnelse».⁹⁹ Ståle Eskeland skriver at: «fakta som taler i tiltaltes disfavør bare kan legge til grunn dersom de anses som *sikre*».¹⁰⁰

Det skrives i Rt. 2004 s. 1063 avsnitt 9 at: «det bare er rimelig tvil om de deler av faktum som har direkte betydning for vurderingen av tiltaltes skyld [...] som kan lede til at beviskravet ikke anses oppfylt. At det i en straffesak kan være tvil om enkelte deler av det faktiske hendelsesforløp som ikke har direkte betydning for avgjørelsen av skyldspørsmålet, vil være en helt normal situasjon». Det er dermed ikke et krav om at alle sider av faktum må være bevist utover enhver rimelig tvil. I Rt. 2005 s. 1353 avsnitt 14 bemerkes det:

«Bevisbedømmelsen beror ofte på en vurdering av flere momenter som hver for seg kan ha ulik bevisstyrke. Det kreves ikke at hvert enkelt moment skal være bevist utover enhver rimelig tvil, så lenge det etter en samlet vurdering av momentene ikke er rimelig tvil om konklusjonen». Det samlede bevisbildet må altså danne grunnlag for en konklusjon som anses bevist utover enhver rimelig tvil. Retten må dermed være sikker på at tiltalte har begått handlingen som tiltalen gjelder for å kunne dømme tiltalte skyldig.¹⁰¹ Det er påtalemyndigheten som har bevisbyrden i straffesaker.

Et spørsmål som er problematisert i juridisk teori er om en kan si at beviskravet er lavere når det kommer til bevis for subjektiv skyld enn for bevis av ytre observerbare fenomen.

Problemstillingen bygger på en tankegang om at indre fenomen ikke lar seg bevise med samme sikkerhet som ytre fenomen.¹⁰² En slik tankegang er imidlertid problematisk fordi den strider mot hensynene beviskravet skal verne om. Det kan hevdes at nettopp fordi skyld er vanskelig å bevise, kreves det bevis utover enhver rimelig tvil, slik at ingen uskyldige straffedømmes.

⁹⁸ Rt. 1998 s. 1945 s. 1945 fjerde avsnitt.

⁹⁹ Rt. 1998 s. 1945 s. 1945 fjerde avsnitt

¹⁰⁰ Eskeland (2017) side 527 første setning.

¹⁰¹ *Op. cit.* side 527.

¹⁰² Løvlie (2014) side 352.

2.4 Hensiktsforsett

Hensiktsforsett er hjemlet i strl. § 22 første ledd, bokstav a. En naturlig språklig forståelse av hensikt, er at det foreligger viten og vilje, personen har altså strebet mot å oppnå målet. Ved hensiktsforsett har gjerningspersonen har hatt en intensjon om å oppnå et resultat som beskrevet i straffebudet, eller noe utenforliggende som nødvendiggjør den handling som er beskrevet i straffebudet. Det vil si at «gjerningspersonen ikke bare er klar over at hans handling kan føre til at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud blir oppfylt, men også ønsker å handle i strid med straffebudet» skriver Ståle Eskeland.¹⁰³ Det er gjerningspersonens ønske om å oppnå noe som gjør det nødvendig og bevisst akseptabelt for gjerningspersonen å begå en forbrytelse som: «gjør handlingen så klanderverdig subjektivt sett at den bør straffes. I utgangspunktet er det uten betydning hvor sannsynlig lovbryteren mener det er at handlingen oppfylder gjerningsbeskrivelsen i straffebudet så lenge han regner det som en mulighet» skrives det i Ot.ptp. nr. 90 (2003-2004) s. 425.

Graden av sannsynlighet for at gjerningspersonens handling oppfylder gjerningsinnholdet er dermed ikke av samme interesse som ved lavere grader av forsett. Jørn Jacobsen forklarer det på følgende måte: «At ein her ser det som tilstrekkeleg med lågare grader av sannsyn enn ved «sannsynlighetsforsettet» kan forklarast gjennom at gjerningspersonen har sett hen mot (hensikt) det forestilte framtidsscenarioet som del av ei praktisk målsetjing».¹⁰⁴ Det er gjerningspersonens ønske om å gjennomføre den handling som er beskrevet i straffebudet, som gjør handlingen så kritikkverdig at den klassifiseres under den strengeste graden av forsett. Det uttales i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 425 tredje avsnitt at: «Hensiktsforsett omfatter også følger som lovbryteren holder som nødvendige for at hensikten skal oppnås. Det er altså ikke et krav at følgen er ønsket, så lenge den er tilsiktet».

2.5 Visshet og sannsynlighetsforsett

Visshets- og sannsynlighetsforsett kjennetegnes ved at gjerningspersonen holder det for henholdsvis sikkert eller mest sannsynlig at han oppfylder gjerningsinnholdet i straffebudet, jf. strl. § 22 første ledd bokstav b. Gjerningspersonen trenger ikke ønske at handlingen skal oppfylle gjerningsinnholdet i et straffebud, det er tilstrekkelig at han anser det som sannsynlig.¹⁰⁵ Det følger av *Skoheroindommen* at grensen for sannsynlighet går ved ca. femti

¹⁰³ Eskeland (2017) side 294

¹⁰⁴ Jacobsen, Jørn, «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarlære», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 5-25. Side 18.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425.

prosent sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁶ At grensen går ved femti prosent sannsynlighet har også støtte i ordlyden, ved at den matematiske terminologien «mest sannsynlig» benyttes.

Av dette kan det sluttet at gjerningspersonen må ha holdt det for mer sannsynlig enn usannsynlig at gjerningsinnholdet i et straffebud ville bli overtrådt. Et eksempel vil være dersom A skjøt mot B for å treffe en rype som satt på en gren like ved, men A holdt det for sikkert eller mest sannsynlig at han ville komme til å treffe og skade B, da vil forsettkravet være oppfylt. Selv om det ikke var As hensikt å treffe B, har han bevisst foretatt en handling som sikkert eller mest sannsynlig ville føre til skade.

Det uttales i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425 syvende avsnitt: «Kravet om sannsynlighetsovervekt bør i utgangspunktet ha et likt innhold i forhold til alle typer av lovbrudd. Men jo mer alvorlig lovbruddet er, jo mer forsiktig bør man være med å la sannsynlighetsgrader ned mot 50 prosent være tilstrekkelig». Dette kan tale for at kravet om grad av sannsynlighet kan være ulikt for ulike typer lovbrudd.

2.6 «Sløret forsett»

Ofte foretas kriminelle handlinger i affekt eller som impulshandlinger. Gjerningspersonen har da ikke tenkt så mye over utfallet av handlingen eller hvor sannsynlig det er at han bryter et straffebud. Dette utelukker imidlertid ikke at gjerningspersonen kan ha utvist forsett.

Det såkalte «slørete forsettet» regnes som en type sannsynlighetsforsett, og er dermed regulert av strl. § 22 bokstav b. I Ot.prp. nr. 90 (2003- 2004) heter på side 426: «Lovbryteren handler ofte raskt, uten å ha noen klar bevissthet om alle elementer i gjerningsbeskrivelsen. Det er ikke nødvendigvis til hinder for at kravet om forsett er oppfylt. Forsett omfatter også det halvklare, slørede forsett». I NOU 1992: 23 side 119 fremgår det:

«I den konkrete situasjonen vil en lovbrøyer oftest ikke foreta noen grundig vurdering av de ulike handlingsalternativer [...] Dette gjør at beskrivelsen av hvilken oppfatning lovbrøyerer må ha av de faktiske forhold for at forsett skal foreligge, ofte vil virke lite treffende. [...] Disse forhold gjør også at bevisproblemene i forbindelse med

¹⁰⁶ Rt. 1991 s. 600 side 602.

forsettskravet ofte er store. Man må ofte trekke slutninger om hva som foregikk i lovbryterens bevissthet ut fra vitneprov og ytre omstendigheter».

I Rt. 2011 s. 1104 gjaldt saken domfellelse for ran og drap etter at en kvinne ble drept da hun ble slengt av et bilpanser i fart under et forsøk på å hindre tyveri av bilen. Høyesterett uttalte i avsnitt 18 at:

«Bedømt som edru er det lagt til grunn at tiltalte ville innsett at dødsfølge var mest sannsynlig, men slik at det ikke er krevet noen helt klar tanke om dette. Blant annet kan en stresset og opphisset situasjon være til hinder for en slik klar vurdering. En sløret – noe uklar – oppfatning om sannsynlighetsovervekt for dødsfølge vil være tilstrekkelig».

I Rt. 1999 s. 220 hadde tiltalte i ruspåvirket tilstand brutt seg inn i et hus og mishandlet og drept en sovende kvinne. Høyesterett utalte under skyldvurderingen på side 222: «at tiltalte, i hvertfall dersom han hadde vært edru, ville innsett dødsfølge som mer sannsynlig enn at offeret ville overleve. Domfeltes skyld er ansett å ligge i det nedre område av forsettsbegrepet». Det var med andre ord ikke lagt til grunn at gjerningspersonen tenkte eksplisitt på dødsfølgen.

I praksis innebærer det slørete forsett at gjerningspersonen anses å ha sin kunnskap i behold, selv om han handlet raskt.¹⁰⁷ Jørn Jacobsen problematiserer uttrykket «sløret forsett» i sin artikkel og stiller spørsmål ved om «sløret forsett» kan ses på som et synonym for «vagt» forsett.¹⁰⁸ Dersom det skulle være tilfellet vil grensen mot grov uaktsomhet bli vanskelig å trekke.

Det kan også stilles spørsmål ved om det er tale om en slags underbevissthet det siktes til når en taler som sløret forsett. Der bevisstheten er til stedet, men ikke kommer til overflaten på grunn av tidspress eller kaos.

¹⁰⁷ Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, Gyldendal 2016, Oslo, side 126.

¹⁰⁸ Jacobsen, Jørn. ««Sløret Forsett»- Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten», *Lovens Speil : Høgsterett 200 år*, Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2015 s. 143-176, side 155.

2.7 Dolus eventualis

Dolus eventualis, også kalt eventuelt forsett, er en forsettype som regulerer tilfeller der det straffbare utfallet kun har vært en av flere muligheter. Det kreves ikke at gjerningspersonen anså følgen som det mest sannsynlige utfallet. Dermed kan det foreligge mindre grad av sannsynlighet enn 50 prosent. Dolus eventualis reguleres av strl. § 22 første ledd bokstav c, som beskriver at vurderingstemaet er om gjerningspersonen: «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet». Gjerningspersonen må faktisk ha innsett muligheten av at handlingen eller følgen av en handling kan være straffbar. Videre må han ha valgt å handle selv om det skulle vise seg at utfallet medføre brudd på lovgivningen.

Ved arbeidet med den nye straffeloven av 2005 var et av forslagene i NOU. 2002: 4 at praksisen med eventuelt forsett burde fjernes.¹⁰⁹ Dette ble imidlertid ikke støttet av flertallet av høringsinstansene.¹¹⁰ Departementet gikk inn for å beholde forsettformen dolus eventualis fordi de anså at det var behov for en slik forsettform.¹¹¹ Departementet fremholdt at:

«Eventuelt forsett har til felles med bevisst uaktsomhet at det bare er en mulighet for at handlingen vil oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Å oppfylle gjerningsbeskrivelsen er ikke hensikten med handlingen, og holdes heller ikke som sikkert eller mest sannsynlig av lovbrysteren. Men lovbrysteren må bevisst ha bestemt seg for å gjennomføre handlingen selv om den skulle oppfylle gjerningsbeskrivelsen. Lovbrysteren har da positivt godtatt (innvilget) at gjerningsbeskrivelsen oppfylles, og det gjør at kravet til forsett er oppfylt».¹¹²

Forarbeidene understreker at det kreves en positiv innvilgelse fra gjerningspersonens side for at det kan konstateres skyld etter læren om dolus eventualis.

2.7.1 Skillet mellom den positive og hypotetiske innvilgelsesteori

I læren om dolus eventualis sonderes det mellom to teorier; den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori. Kjell Andorsen skriver følgende:

¹⁰⁹ Se NOU 2002: 4 side 225

¹¹⁰ Under høringsrunden av delutredning VII.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 118

¹¹² Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 425 åttende avsnitt

«Den hypotetiske innvilgelsesteori forutsetter en gjerningsperson uten et faktisk bevissthetsinnhold i relasjon til tilleggskravet. Han har overhode ikke forestilt seg den tanken at det verst mulige sikkert eller overveiende sannsynlig kunne inntreffe».¹¹³

Ved den hypotetiske teori er grunnvilkåret det samme som ved den positive innvilgelsesteorien, gjerningspersonen må ha holdt følgen som mulig. Imidlertid kreves det ikke at gjerningspersonen har tatt en avgjørelse når det kommer til hvorvidt han ville foretatt handlingen dersom han holdt følgen som sikker eller overveiende sannsynlig. Spørsmålet blir om det finnes bevisst at dersom gjerningspersonen hadde regnet følgen som sikker eller overveiende sannsynlig, likevel ville foretatt handlingen. En ser for seg en hypotetisk handlingsrekke og baserer ikke rettsgrunnsetningen på hva gjerningspersonen har tenkt, men hva han ville tenkt under visse forutsetninger.¹¹⁴ Tankegangen får dermed et mer psykologisk enn juridisk preg. Det hypotetiske forsettet kan sammenlignes med fingert forsett, gjerningspersonen har gjerne ikke tatt noe bevisst valg og dommeren lager en hypotese av hva gjerningspersonen i en hypotetisk situasjon ville ha tenkt.

Den positive innvilgelsesteori innebærer at gjerningspersonen har sett for seg muligheten for at handlingen skulle oppfylle gjerningsinnholdet i et straffebud, men foretatt et bevisst valg om at selv om handlingen skulle være rettstridig ville han allikevel valgt å handle. Hans-Petter Jahre beskriver den positive innvilgelsesteorien på følgende måte:

«For det første må gjerningspersonen på handlingstiden ha tenkt på hva han ville gjøre hvis situasjonen skulle være slik at gjerningsmomentet sikkert foreligger eller følgen sikkert inntreffer. For det andre må han ha tatt et standpunkt om hva han ville gjøre i denne situasjonen».¹¹⁵

Det er altså et krav om at gjerningspersonen positivt har akseptert følgen av handlingen sin.

¹¹³ Andorsen, Kjell, «Dolus Eventualis», *Jussens Venner*, 1996 s. 116-135, side 126 første avsnitt.

¹¹⁴ Andenæs (2016) side 237 fjerde avsnitt.

¹¹⁵ Jahre, Hans-Petter. «Forsettets nedre grense- innvilgelse eller likegyldighet?», *Tidsskrift for strafferett*, 01/2018 (Volum18), side 8-25.

2.7.2 Rettspraksis som omhandler dolus eventualis

Læren om dolus eventualis er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori.¹¹⁶

I Rt. 1933 s. 1132 var spørsmålet om det forelå forsett da fire personer firte ned og ødela hakekorsflagget til det tyske konsulat i Narvik. Flagget var da det tyske rikets offisielle flagg. Det var uenighet om hvorvidt gjerningspersonene var klar over dette. Høyesterett kom frem til at det forelå forsett. Førstvoterende uttalte på side 1132 at:

«de domfelte enten har visst at hakekorsflagget var det tyske rikets offisielle flagg, eller at de ialfall har regnet med den mulighet at det kunde forholde sig saaledes, og at de har begaatt sin handling uten hensyn til denne mulighet – at de med andre ord vilde handlet som skjedd, selv om de hadde hatt sikkert kjennskap til forholdet – hvilket er tilstrekkelig til at anta at det foreligger forsett».

Uttalelsen er av flere, blant annet Johs Andenæs og Jo Stigen, tatt til inntekt for at Høyesterett har lagt til grunn et hypotetisk forsett.¹¹⁷ Dommeren uttaler ikke at gjerningspersonen har tatt et bevisst valg om å gjennomføre handlingen selv om den skulle oppfylle gjerningsbeskrivelsen. I domspremisset skriver førstvoterende kun at gjerningspersonene har sett muligheten av at handlingen oppfylte innholdet i gjerningsbeskrivelsen og forholdt seg ignorant til denne muligheten. Høyesterett har i Rt. 1991 s. 600 på side 603 tatt til ordet for at avgjørelsen også kan forstås som utslag av den positive innvilgelsesteori.

I Rt. 1945 s. 109 var spørsmålet om Quisling kunne dømmes for landssvik på grunnlag av militær og borgerlig straffelov, samt provisorisk anordning. Høyesterett dømte Quisling enstemmig til døden. Under spørsmål om domfeltes forsett hadde omfattet krig eller fiendtligheter uttaler førstvoterende på s. 111 fjerde avsnitt:

«Det bør også merkes at forsett i strafferettslig forstand [...]har vært til stede ikke bare hvis domfelte har vært forvisset om at så ville bli følgen av den aksjon han tilskyndet til, men også hvis han regnet med dette forløp som en mulighet og allikevel har villet aksjonen, uten hensyn til denne mulige følge».

¹¹⁶ Andorsen (1996), punkt 1.2 første avsnitt.

¹¹⁷ Andenæs (2016) side 237, og Stigen, Jo, «Forsettets nedre grense - dolus eventualis eller hva?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010 s. 573-636, side 583 siste avsnitt.

Her viser førstvoterende at grunnvilkåret må være at gjerningspersonen har sett muligheten, men når det kommer til del to av vurderingen av om det foreligger eventuelt forsett, uttaler førstvoterende at gjerningspersonen har måtte forholde seg likegyldig «uten hensyn» til den mulige følgen. For å konstatere en positiv innvilgelse må det kunne kreves noe mer enn bare likegyldighet, det må kreves at gjerningspersonen har sett for seg hendelsesforløpet og aktivt valgt å handle selv om et slikt hendelsesforløp skulle utspille seg. Uten et slikt «positivt» valg foreligger det kun en hypotetisk innvilgelse. Jo Stigen skriver følgende om dommen: «Formuleringen «mulig følge» kan imidlertid forstås som at det er risikoen og ikke den faktiske inntrufne følgen som må aksepteres. Det er i så fall bare bevisst uaktsomhet».¹¹⁸

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hva som er den reelle erkjennelsen bak kombinasjonen av å ha innsett muligheten for den straffbare følge og å ha forholdt seg nøytral til dens inntreden. I enkelte tilfeller kan det anses svært klanderverdig å anse muligheten av lovbrudd som et irrelevant vurderingsmoment. Etter omstendighetene kan det kanskje likestilles med en aksept dersom en velger å handle selv om følgen kan bli lovbrudd. Imidlertid er loven i dag ikke utformet for å omfatte slike tilfeller.

I Rt. 1980 s. 979 side 980-981 er det lagt til grunn at forsett foreligger når gjerningsmannen har tatt det standpunkt å foreta handlingen selv om den følge straffebudet beskriver, skulle inntre. Videre fremhever førstvoterende at det ved bevisvurderingen må ses hen til hvor nær eller fjern muligheten for skadefølgen fremstiller seg. Høyesterett kommer frem til at lagmannsretten har benyttet den positive innvilgelsesteori, trass den noe uklare formuleringen: «tilstrekkelig at de har tatt i betraktning muligheten for at skuddene skulle drepe, og at de har «tatt denne muligheten med på kjøpet». Førstvoterende tolket Lagmannsrettens formulering slik på side 980 siste avsnitt: «Den gir uttrykk for at det som minst må til for fellelse, er at domfelte har skutt til tross for at de regnet med muligheten for treff og død, og har akseptert denne muligheten». Formuleringen «tatt denne muligheten med på kjøpet» er en vag formulering og kunne også talt for at gjerningspersonen kun har sett muligheten, men ikke sett for seg et hendelsesforløp der muligheten har realisert seg. Høyesterett har imidlertid ikke oppfattet lagmannsrettens vurdering slik.

I Rt. 1991 s. 600 var spørsmålet om domfelte hadde utvist forsett med hensyn til at narkotikapartiet inneholdt en betydelig mengde heroin. Gjerningspersonen i saken var tiltalt

¹¹⁸ Stigen (2010) side 584 første avsnitt.

for innførsel av heroin fra Sverige til Norge ved å gjemme heroinen i skoen. Tiltalte hevdet å ikke ha visst at det var heroin han innførte og heller ikke ha hatt kjentskap til at det dreide seg om et så stort kvantum. Fra lagmannens rettsbelæring ble det protokollert følgende på:

«Det er også forsett dersom tiltalte ikke visste at han hadde med seg narkotika av den art, og i det omfang han hadde, såfremt lagretten finner det bevist at han ville ha gjennomført innførslen [sic.] dersom han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg».¹¹⁹

Høyesterett kom frem til at lagmannsretten hadde bygd på såkalt hypotetisk forsett, deler av lagmannsrettens dom måtte derfor oppheves. Førstvoterende uttalte på side 602:

«Hvilke forestillinger gjerningsmannen har hatt og hvilke beslutninger han har tatt, unndrar seg direkte iakttakelse, og det må ofte bygges på slutninger fra omstendighetene ved handlingen [...] En slik beslutning kan nok anses tatt selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet».

Denne uttalelsen kan tolkes som at det også ved Dolus eventualis aksepteres et sløret forsett.

Videre vurderer førstvoterende om den hypotetiske innvilgelsesteori kan brukes i norsk rett, og kommer på side 603 første avsnitt til at: «Det virker lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon». Høyesterett tar i dommen avstand fra den hypotetiske innvilgelsesteori og slår fast at det kun er den positive innvilgelsesteori som gjelder i norsk rett.

I Rt. 2001 s. 58 var tre menn tiltalt for oppbevaring av amfetamin og forsøk på å innføre stoffet til Norge. -Lagmannsretten uttalte i rettsbelæringen for lagretten:

«Han behøver ikke ha tenkt igjennom alle andre muligheter med navns nevneelse [...] Det er nok at han med seg selv har innsett muligheten av at det er et annet narkotisk stoff, og at han likevel gjennomfører handlingen».

Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsretten hadde sondert riktig mellom dolus eventualis og bevisst uaktsomhet både når det gjald forsett med hensyn til type og med

¹¹⁹ Rt.1991 s. 600 side 601 femte avsnitt

hensyn til kvantum narkotika. Høyesterett kom fram til at Lagmannsrettens forsettsvurdering var feil, og valgte derfor å utmåle ny redusert straff for de tiltalte. Høyesterett uttalte på side 61-62:

«For at en gjerningsperson som bevisst har latt være å skaffe seg opplysninger, skal kunne dømmes for en forsettlig handling, må det finnes bevist at han har tatt en beslutning om å gjennomføre handlingen selv om vedkommende gjerningsmoment skulle foreligge [...] Dersom gjerningspersonen overhodet ikke har tenkt seg muligheten av resultatet, foreligger ikke forsett, men i høyden uaktsomhet, selv om det er på det rene at han under ingen omstendighet ville ha latt seg avskrekke».

Høyesterett viser at hypotetisk forsett ikke er nok til å dømmes for forsettlig overtredelse, og gjør inngående rede for hva som kreves for at positiv innvilgelse skal foreligge.

I Rt. 2004 s. 1565 avsnitt 15 uttalte førstvoterende om sonderingen mellom hypotetisk og positiv innvilgelse: «Jeg tilføyer at lagmannsretten synes å forutsette at eventuelt forsett foreligger når en lovbrøyer har innsett muligheten av en skadefølge og handler likevel. Dette er i så fall ikke riktig. Retten må i tillegg finne det bevist at lovbrøyeren hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om skaden med sikkerhet eller mest sannsynlig ville inntre». I Rt. 2004 s. 1769 avsnitt 11 uttaler Høyesterett:

«Det er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette momentet. Lagmannsretten måtte således ved sin straffutmåling finne det bevist at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin – her er det tale om inntil 194 gram – som skulle kjøpes/oppbevares. Denne positive innvilgelse, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller – i det nedre grenseområdet – forsettet fra den bevisste uaktsomhet»

I dommene HR-2009-489-A og HR-2009-392-U viser Høyesterett at det ikke er tilstrekkelig at gjerningspersonen anså det forhold som forsettet skal dekke, som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg positiv innvilgelse for å kunne anvende *dolus eventualis*.

3 Skyldkravet ved integritetskrenkelser på digitale medier i norsk rett

3.1 Innledning

Via internett og sosiale medier blir det delt store mengder sensitive opplysninger. I hendende på feil person kan slike opplysninger gjøre stor skade for de som blir rammet. Når opplysninger først er spredt på internett eller sosiale medier kan det være umulig å stanse spredningen.

I en undersøkelse foretatt av UNICEF Norge og Telenor Norge ble 300 ungdommer mellom 18 og 20 stilt 13 spørsmål om deling av nakenbilder. I en spørreundersøkelse svarte 40 prosent at de hadde tatt nakenbilder av seg selv, 3 av 4 av de som hadde tatt nakenbilde av seg selv hadde videresendt bildet til andre.¹²⁰

Medietilsynets undersøkelse om barn og unges medievaner fra 2018 viste at: «Totalt 27 prosent av barn og unge i alderen 9-18 år har sendt bilder eller videoer av andre på nett eller mobil uten at de har sagt ja til det».¹²¹ Undersøkelsen viste at 47 prosent av barn i alderen 15-16 år har sendt bilder eller videoer av andre, der avbildede ikke har samtykket til. Disse tallene er bekymringsverdige.

3.2 Ytringer og hensynsløs adferd

I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) ble det drøftet hvorvidt vernet mot ærekrenkelser skulle videreføres. Et moment som ble trukket inn var i hvilken utstrekning andre bestemmelser ga nødvendighet beskyttelse. Departementet skrev følgende om omdømmevernet:

«Fremveksten av massemediesamfunnet, og da særlig utbredelsen av internett og annen teknologi som gjør det mulig å fremsette en ytring slik at den raskt blir allment kjent, har satt omdømmet i en mer utsatt posisjon enn tidligere. Selv om internett har eksistert en stund [...] er det tendenser i retning av at nettet i stadig større grad blir brukt til å fremsette denne typen krenkende ytringer».¹²²

¹²⁰ «13 fakta om unge og nakenbilder», *Unicef norge*, <https://www.unicef.no/sites/default/files/tn-mob-no-180806-a5-arendalsuka-2594-uten-cropmarks.pdf> (sist lest 02.01.19), side 2.

¹²¹ «Barn og medier 2018», *medietilsynet*, <http://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2018-barn-og-medier> (sist lest 27.12.18) side 61.

¹²² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 166 tredje avsnitt.

Her pekes det på flere problemer ved spredning av hatefulle eller krenkende ytringer på nett, ytringene har potensialet til å nå et stort publikum fort og kan være umulig å fjerne. Imidlertid er det ikke slik at alle krenkende eller hatefulle ytringer er ulovlig. Rettsstridsvurderingen ved krenkende ytringer innebærer at det er to sentrale hensyn som må veies mot hverandre, retten til respekt for privatliv og familieliv jf. Grl. § 102 og EMK art. 8, mot retten til ytringsfrihet jf. Grl. § 100 og EMK art. 10. Dette medfører at det er en viss terskel for hvilke ytringer som er straffesanksjonert.

Ettersom flere av bestemmelsene som vil bli gjort rede for i oppgaven rammer tilfeller der krenkelsen er begått «offentlig», vil det her gjøres rede for legaldefinisjonen av «offentlig» i straffeloven.

3.2.1 Legaldefinisjon av betegnelsen «offentlig»

Betegnelsen «offentlig» er definert i strl. § 10. Sted for allmenn ferdsel eller der allmenheten ferdes, regnes som offentlig sted jf. § 10 første ledd.¹²³ Videre er en handling offentlig dersom den er: «foretatt i nærvær av et større antall personer, eller når den lett kunne iakttas og er iakttatt fra et offentlig sted». En ytring er offentlig dersom den er: «fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer» jf. § 10 annet ledd. Det følger av Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 409 at det med et større antall personer siktes til 20-30 personer.

I Rt. 2012 s. 1211 (anke utvalget) fremkom det at krenkende ytringer fremsatt på en blogg, på internett falt utenfor legaldefinisjonen av «trykt skrift». Dermed kunne ikke ytringen anses som «offentlig» etter legaldefinisjonen i strl. 1902 § 7 nr. 2, selv om handlingen utvilsomt var straffverdig. Som en konsekvens av dette ble straffeloven 1902 § 7 endret 24. mai 2013, slik at den også omfattet ytringer fremsatt på internett.¹²⁴

Betegnelsen offentlig omfatter også: «skrift, tale og bilder, som legges ut på internett, forutsatt at tilgangen ikke er begrenset ved hjelp av passord eller liknende».¹²⁵ Altså er ytringer fremsatt på «åpne» nettsider omfattet av bestemmelsen.¹²⁶ Det fremheves i HR-2018-871-A avsnitt 22 at: «Ytringen er fremsatt offentlig når den er publisert på internett såfremt mer enn 20-30 personer kan ha tilgang». Ordlyden «kan» viser et det ikke er et vilkår om at et større antall personer faktisk har sett ytringen, det er nok at de har tilgang til den.

¹²³ Erstattet tidligere Strl. 1902 § 7

¹²⁴ Prp. 53 L (2012-2013) side 6 annet avsnitt.

¹²⁵ NOU 2002:4 Ny straffelov, punkt 8.2.3 Side 208.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) side 409

3.2.2 Hatefulle ytringer

Den som kommer med en diskriminerende eller hatefull ytring offentlig, kan straffes med bot eller fengsel i opptil 3 år jf. § 185 første ledd. Bestemmelsen rammer også de tilfeller der slike ytringer fremmes i nærvær av andre, overfor den som rammes jf. § 185 første avsnitt tredje setning. Det er altså ikke et absolutt krav at ytringen fremmes offentlig. Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet, og strafferammen er bot eller fengsel inntil 1 år.

Det følger av § 185 annet ledd at det med: «diskriminerende eller hatefull ytring» siktes til tilfeller der personer hetses på grunn av deres hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne.

Bestemmelsen viderefører straffeloven 1902 § 135 a.¹²⁷ Bestemmelsen innebærer en viss utvidelse ved at personer med nedsatt funksjonsevne er omfattet jf. § 185 annet ledd bokstav d, og at det er tilstrekkelig at ytringen fremsettes med flere enn gjerningsperson og fornærmet tilstedte. Det skrives i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009): «Dermed åpnes det for å straffe hatefulle ytringer som fremsettes i halvoffentlige eller private omgivelser».¹²⁸

Ikke alle nedsettende ytringer er beskyttet av bestemmelsen. Det er fremholdt i Ot.prp. nr. 29 (1980–1981) at det bare er «ytringer av kvalifisert krenkende karakter som vil bli rammet».¹²⁹ Utsagn som «oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkelser», vil kunne være av en slik karakter jf. Rt. 2002 s. 1618 s. 1624. Det samme gjelder dersom utsagnene «innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd».¹³⁰ Gjerningspersonen må ha utvist forsett eller grov uaktsomhet når det kommer til det forhold at ytringen kunne bli oppfattet som hatefull eller diskriminerende.

Dersom hendelser skal regnes som forsettlig jf. strl. § 185 første ledd første setning, må gjerningspersonens forsett omfatte den faktiske omstendighet som gjør at ytringen er «offentlig». Altså må gjerningspersonen i det minste ha sett muligheten for at konteksten kan anses som offentlig, men valgt å handle selv om det skulle vise seg at handlingen er foretatt i offentlighet.

¹²⁷ «Slik denne bestemmelsen nå må forstås i lys av nylige lovendringer og relevante uttalelser fra FN's rasediskrimineringskomite (CERD)», sitert fra: Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) side 343 syvende avsnitt

¹²⁸ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 399 femte avsnitt.

¹²⁹ Ot.prp.nr.29 (1980–1981) side 13

¹³⁰ Rt. 2002 s. 1618 side 1624.

Bestemmelsen rammer imidlertid også grovt uaktsomme tilfeller. Det skrives i Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) at begrunnelsen for å la bestemmelsen gjelde også grovt uaktsomme tilfeller er: «at dette vil kunne gi et mer effektivt vern mot rasistiske ytringer. Det pekes på at det i praksis kan være vanskelig å bevise at forsettet dekker alle elementene i gjerningsbeskrivelsen»¹³¹. Å senke skyldkravet blir altså brukt som et middel for å ramme tilfeller der det i realiteten er utvist forsett, men forsettet ikke lar seg bevise på alle punkter.¹³² Det kan også tenkes grovt uaktsomme tilfeller, der offentliggjøring på internett ikke er forsettlig, men skyldes en tastefeil.¹³³

Det finnes så vidt vites ikke tilfeller der *dolus eventualis* er brukt som skyldform ved domfellelse for overtredelse av § 185. En av grunnene til dette kan være at bevisproblemet er løst ved å senke skyldkravet til å omfatte grovt uaktsomme tilfeller. Dermed vil det være tilstrekkelig å bevise grov uaktsomhet, dersom det er bevismessige problemer knyttet til å bevise skyld.

Det er imidlertid flere eksempler på tilfeller der hatefulle ytringer er fremmet via digitale medier, og det har vært utfordrende å bevise at gjerningspersonen har utvist tilstrekkelig grad av skyld. I TBRON-2016-125647 (Brønnøy tingrett) hadde tiltalte skrevet en hatefull ytring på en debattside på Facebook, men hevdet ytringen kun var ment som en spøk. Tingretten fremholdt:

«tiltalte synes å være tilknyttet et nettdebattmiljø hvor det må antas at meningsinnhold og ordvalg kan avvike fra alminnelige debatt som føres i det åpne samfunnet. Det som kan oppfattes som en spøk i et miljø, vil således kunne oppfattes som grove krenkelser utenfor dette, hvilket kan ha betydning for vurderingen av tiltaltes skyld.

Når ytringen derimot er fremsatt i en sammenheng hvor avsender ikke har kontroll over hvem som er mottakere, kan dette hensynet ikke ha like stor gjennomslagskraft. Retten anser at dette er tilfellet i vår sak. I følge tiltalte dreiet det seg om en debattgruppe på facebook, og ikke en intern eller lukket vennegruppe».

¹³¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 185 femte avsnitt

¹³² Fredriksen, Steinar, *Norm, skyldkrav og straffetrussel*, Gyldendal 2017, Oslo, side 90.

¹³³ *Ibid.* side 90

Det ble dermed ansett at tiltalte hadde utvist tilstrekkelig grad av skyld. Dommen viser imidlertid at vurderingen kunne blitt annerledes dersom ytringen var fremsatt i en intern eller lukket nettgruppe med likesinnede. Forutsetningen for et annerledes resultat må da være at det er så få personer som har tilgang til gruppen at det faller utenfor omfanget av betegnelsen «offentlig». Et spørsmål er om hendelsen da kan omfattes av alternativet om å fremsette ytringer i nærvær av andre overfor den som rammes jf. § 185 første ledd tredje setning. Ordlyden «nærvær» tyder imidlertid på at det er tale om fysisk nærvær. Steinar Fredriksen skriver: «Når ytringen er fremsatt på et fysisk sted (i motsetning til f.eks. i radio eller på internett) er det uten betydning om dette stedet er offentlig eller privat».¹³⁴ Ytringer fremsatt i små lukkede nettgrupper kan altså falle utenfor paragrafens virkeområde. Det kan stilles spørsmål ved om dette er hensiktsmessig. Selv om ytringen ikke er allment tilgjengelig vil slike ytringer på digitale medier lett spres videre.

I TOSLO-2017-151387 (Oslo tingrett) som omhandlet hatkriminalitet på nettstedet YouTube fremholdt tingretten:

«Etter saksøktes forklaring i retten, sitter retten med inntrykk av at saksøkte og andre unge youtubere kan se ut til å være av den oppfatning at det foreligger en form for utvidet ytringsfrihet på YouTube og andre sosiale medier. På denne bakgrunn finner retten det innledningsvis nyttig kort og overfladisk å fremheve den uomstridte og overordnede regel på dette området, nemlig at det gjelder de samme regler om ærekrenkelser og privatlivets fred på internett som i samfunnet for øvrig».

Dermed stadfestet tingretten at det må gjelde samme terskel for diskriminerende ytringer fremsatt på internett, som for ytringer fremsatt i den fysiske verden.

Gjerningspersonens forklaring i både TBRON-2016-125647 og TOSLO-2017-151387 kan tyde på at enkelte ungdommer og unge voksne, ikke har tilstrekkelig forståelse for at ytringer på internett har konsekvenser i det virkelige liv. Denne manglende forståelsen kan gjøre det vanskelig å bevise at de har utøvd forsett i form av hensyn eller sannsynlighet. Dersom den hatefulle ytringen er lagt ut på en åpen nettside vil det være påregnelig at utenforstående kommer over ytringen. Da kan gjerningspersonen ha innsett muligheten for at ytringen kan oppfattes som hatefull for utenforstående. Dersom gjerningspersonen har valgt å dele den krenkende ytringen selv om utenforstående skulle misopfatte den, vil det foreligge forsett i

¹³⁴ Fredriksen (2017), side 89 fjerde avsnitt.

form av dolus eventualis. Imidlertid vil det holde at gjerningspersonen la ut den hatefulle ytringen selv om han burde sett muligheten av at den kunne oppfattes som hatefull, dersom det etter forholden kan anses som svært klanderverdig.

3.2.3 Straffbare trusler

Det er straffbart ved ord eller handling å true: «med straffbar atferd under slike omstendigheter at trusselen er egnet til å fremkalle alvorlig frykt» jf. strl. § 263. Straffen er bot eller fengsel inntil ett år. Bestemmelsen viderefører straffeloven 1902 § 227 første punktum.¹³⁵ Ordlyden «egnet til» henviser til at det må vurderes om trusselen objektivt sett er skikket til å fremkalle alvorlig frykt.

Det følger av rettspraksis at trusselen ikke trenger å være fremsatt direkte overfor den trusselen skal gå ut over, se Rt. 1984 s. 1197 side 1198.¹³⁶ Videre i dommen skrives det: «frykten for at truselen iverksettes – er skapt allerede ved at truselen er fremsatt, selv om det er skjedd overfor en som ikke direkte skal rammes ved iverksettelsen. Ofte vil truselen av pliktmessige eller moralske grunner bli brakt videre til det utpekte offer».¹³⁷ I slike tilfeller foreligger: «fullbyrdet overtredelse selv om trusselen ikke har kommet sistnevnte for øret».¹³⁸

Dersom truslene blir fremsatt under særdeles skjerpene omstendigheter subsumeres de under strl. § 264 grove trusler. Det følger av strl. § 264 at grove trusler kan straffes med fengsel inntil 3. år. Bestemmelsen erstatter straffeloven 1902 § 227 annet punktum. Ved vurderingen av om trusselen er grov skal det vurderes om trusselen er: «rettet mot en forsvarsløs person, om den er fremsatt uprovosert eller av flere i fellesskap» eller om truslene er motivert av at fornærmede tilhører en av gruppene i strl. § 185 annet ledd. Straffebudet er ikke uttømmende: «Ved grovhetsvurderingen må det foruten omstendighetene omkring selve fremsettelsen, også ses hen til etterfølgende forhold».¹³⁹

Skyldkravet for begge bestemmelsene er forsett jf. strl. § 21 jf. § 22. Gjerningspersonen må ha vært seg bevisst at han fremsatte en trussel om straffbar adferd og at trusselen objektivt sett

¹³⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 423.

¹³⁶ Standpunktet er fulgt opp i senere rettspraksis, se Rt. 2008 s. 1491 og HR-2017-568-A.

¹³⁷ Rt. 1984 s. 1197 side 1198 siste avsnitt

¹³⁸ Matningsdal, Magnus, *Norsk lovkommentar lov om straff (straffeloven)*, (L20.05.2005 nr. 28), hovedrevidert 01.01.19, note 1679.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 423

var egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Bestemmelsene er faredelikter og trusselen er dermed skapt allerede ved fremsettelsen. Det er ikke avgjørende om den fornærmede faktisk ble redd,¹⁴⁰ men det kan utgjøre et straffeskjerpene moment.¹⁴¹ Der trusselen er rettet mot en fornærmet som faller inn under § 185 annet ledd, må gjerningspersonens forsett dekke det at trusselen var motivert på grunn av en fiendtlig holdning overfor den aktuelle gruppen, for at § 264 kan anvendes.

Rettspraksis viser at trusler ofte blir fremsatt via digitale medier for eksempel i form av sms, chatt, Snapchat eller e-post.

Så vidt vites er det ingen eksempler i rettspraksis på at *dolus eventualis* er benyttet som forsettsform, ved overtredelser av § 263 eller § 264. Dette kan skyldes at det ikke vil være tvilsomt at gjerningspersonen har vært klar over at uttalelsen eller handlingen kunne oppfattes som en trussel. De logiske motivene bak slike handlinger ofte vil være å skremme andre. Videre er det tilstrekkelig at trusselen objektivt sett er skikket til å skremme, noe som gjør at det er irrelevant hvorvidt gjerningspersonen forstod at fornærmede kom til å bli skremt.

Det finnes eksempler i rettspraksis på at det har vært bevismessig vanskelig å slå fast om tiltalte har utvist tilstrekkelig grad av skyld. I TNERO-2008-42106 (Nedre Romerike tingrett) hadde tiltalte kommet med en terrortrussel mot en skole. Trusselen var fremsatt via video og lagt ut på nettstedet YouTube. Gjerningspersonen sa at videoen var ment som en spøk og at han hadde: «en oppfatning av at de som kom til å se filmen ikke ville ta den alvorlig. Han hadde på det tidspunkt ikke i sine tanker at noen ville bli skremt».¹⁴² Vitner i saken, tiltaltes lærere og psykolog, mente det var sannsynlig at tiltalte ikke hadde forstått alvorret ved en slik trussel, men hadde sett på YouTube som del av en virtuell verden der trusler kunne fremsettes uten å virke truende for andre. Flertallet i saken kom frem til at det var tvil om tiltalte hadde utvist forsett og fremholdt at:

«Det er bl.a. sett hen til tiltaltes unge alder og hans egen forklaring i retten, samt at tiltalte har fått meget gode skussmål fra skolen som peker i retning av at han ikke vil foreta handlinger som han regner med er egnet til alvorlig å skremme andre».

¹⁴⁰ Se Rt. 1981 s. 970 side 972 annet avsnitt

¹⁴¹ Se HR-2019-440-A.

¹⁴² TNERO-2008-42106 (Nedre Romerike tingrett).

Dommen viser at skyldkravet kan fortone seg problematisk når det kommer til ytringer fremsatt via internett. Delvis på grunn av at distansen mellom ytringer på internett og realiseringen av ytringen i den fysiske verden kan synes stor.

En lignende sak er LB-2016-105884 (Borgarting lagmannsrett), der tiltalte en jente på 15 år, hadde fremsatt en bombetrussel via appen Jodel.¹⁴³ Tiltalte la ut bombetrusselen og: «Kort tid etter, ca. to minutter senere, slettet hun meldingen fordi hun skjønnte at det var galt å legge ut en slik melding». Tiltalte tilstod forholdet. Ved straffeutmålingen ble det vektlagt at: «Handlingen ble begått i impuls, i en sosial setting, og var et resultat av umoden oppførsel». Lagmannsretten utsatte fastsettelsen av straffen i medhold av straffeloven § 60.

En annen sak som omhandlet bombetrussel, men ikke via digitale medier, er I LE-2009-190692 (Eidsivating lagmannsrett). Der fremhevdte lagmannsretten: «Selv om de ikke er alvorlig ment, fører de likevel ofte til mye frykt og usikkerhet for mange». Dette taler for å straffe slike overtredelser selv om gjerningspersonen ikke mente trusselen alvorlig.

Der trusler legges ut på internett er faren for spredning stor, trusselen er dermed egnet til å nå et stort publikum. I det øyeblikket trusselen legges ut på det åpne internett, er det utenfor skribentens kontroll hvem som ser innlegget. Dermed er det også vanskelig å forutsi hvordan innlegget blir oppfattet av leserne. Dersom en person sier til en annen i vennegjengen at: «jeg skal drepe deg», kan dette objektivt sett høres ut som en trussel. Imidlertid kan sjargongen i vennegjengen gjøre at det blir tolket som ironi eller spøk. Dette er imidlertid vanskeligere på internett. For å vite hvordan en ytring vil bli oppfattet må en kjenne sitt publikum. I tillegg kan ytringen også bli spredt videre og tatt ut av kontekst. I tilfeller der trusler blir fremsatt muntlig vil en ofte ha større oversikt over hvilket publikum trusselen når og på hvilken måte truslen vil bli oppfattet.

3.2.4 Hensynsløs adferd og alvorlig personforfølgelse

Straffeloven § 266 rammer den som ved skremmende, plagsom eller hensynsløs adferd krenker en annens fred. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «krenker en annens fred» er at noen må føle seg ydmyket eller fornærmet av adferden. Dermed er forbrytelsen først fullbyrdet dersom fornærmedes fred er krenket, bestemmelsen er altså et skadedelikt.

¹⁴³ Jodel gjør det mulig å dele anonyme ytringer med andre brukere av appen, dersom de befinner seg innen en radius på 10 km.

Straffebudet er en videreføring av straffeloven 1902 § 390 a og inneholder ingen vesentlige endringer.¹⁴⁴

Straffebudet rammer samme forhold med hensyn til personforfølgelse som § 266a, dermed kan det omsubsumeres mellom paragrafene.¹⁴⁵ Det følger av Strl. § 266a at den som: «gjentatte ganger truer, følger etter, iakttar, kontakter eller gjennom andre sammenlignbare handlinger forfølger en annen på en måte som er egnet til å fremkalle frykt eller engstelse» kan straffes. Ordlyden «egnet til å fremkalle» viser at det er et faredelikt, og dermed kreves det ikke at fornærmede faktisk har følt frykt eller engstelse. Dette er noe som skiller bestemmelsene fra hverandre, i tillegg til at det kreves et gjentakende element for at § 266a skal komme til anvendelse. Strafferammen ved brudd på § 266a er fengsel inntil fire år. Bestemmelsen ble tilføyd straffeloven 17. 06. 2016. Bakgrunnen var ønsket om å oppfylle Europarådets konvensjon om forebygging og bekjempelse av vold mot kvinner og vold i nære relasjoner. Det var et behov for å gi et bedre strafferettslig vern mot «stalking» i Norsk rett. Betegnelsen «stalking» ble i Prop. 42 L definert som: «En partskonstellasjon der en person utsetter en annen for gjentatt, uønsket påtrengende atferd og kommunikasjon», og betegnelsen personforfølgelse skulle brukes som betegnelse for slike tilfeller i det norske lovforslaget.¹⁴⁶

Skyldkravet for begge bestemmelsene er forsett jf. strl. § 21, jf. §22. Forsettet må omfatte alle gjerningselementer i straffebudet. Ved anvendelse av § 266 innebær det at tiltaltes forsett for det første må omfatte at adferden er hensynsløs, skremmende eller plagsom. For det andre må forsettet omfatte det forhold at fornærmede er kjent med krenkelsen. Straffelovrådet skrev at kravet om å krenke en annens fred, vil innebære at: «straffebudet bare kan anvendes når det ligger innenfor gjerningsmannens forsett at fornærmede skal oppfatte krenkelsen. Hensynsløs adferd som man ikke regner med skal bli oppfattet av den det går ut over, faller utenfor».¹⁴⁷

Det vil si at dersom gjerningspersonen for eksempel har delt et ondsinnet og krenkende rykte om en annen person i en privat chatt, og ikke har innsett muligheten for at rykte kan komme fornærmede til kjenne, kan gjerningspersonen ikke dømmes etter paragrafen. I HR-2019-563-A kommer Høyesterett frem til at det også ved anvendelsen av § 266a, må kreves at fornærmede oppfattet krenkelsen. Førstvoterende skriver i avsnitt 32:

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 424 ellefte avsnitt.

¹⁴⁵ Prop. 42 L (2015-2016) side 24.

¹⁴⁶ Prop. 42 L (2015-2016) side 9.

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 41 (1954) side 23, sitat hentet fra NOU 2019: 10 Åpenhet i grenseland.

«Dersom fornærmede, i samsvar med det som er gjerningsmannens siktemål, ikke oppfatter at han eller hun blir utsatt for en krenkelse, er det etter mitt syn ikke naturlig å si at gjerningsmannens handlinger er egnet til å fremkalle frykt».

Dermed kan det virke som at det er et vilkår ved den objektive gjerningsbeskrivelsen at fornærmede oppfatter krenkelsen. Imidlertid er det: «et vilkår for domfellelse at slik kunnskap hos fornærmede ligger innenfor gjerningsmannens forsett».¹⁴⁸ Dermed er det for begge bestemmelsene tilstrekkelig at det ligger innenfor tiltaltes forsett at fornærmede skal oppfatte krenkelsen, noe som vil si at vilkåret ikke kan anses som del av den objektive gjerningsbeskrivelsen.¹⁴⁹ Dersom tiltalte ikke hadde forsett om at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen, må tiltalte frifinnes jf. HR-2019-563-A.

Et tilfelle der hensynsløs adferd via digitale medier ble anført, er HR-2017-1245-A. Faktum i saken var at gjerningspersonen hadde tatt et bilde med seksuelt krenkende innhold av fornærmede, og videresendt det til to kammerater. Bildet ble derfra spredt videre. Spørsmålet i saken var om oversendelsen av bildet hadde skjedd overfor fornærmede, siden hun verken var direkte eller indirekte adressat for meldingen. Høyesterett kom frem til at fornærmedes forsett ikke omfattet det forhold at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen. Høyesterett skriver i avsnitt 22: «As handling rammes av det objektive gjerningsinnholdet [...] det var «påregnelig» for A at bildet ble spredt i ungdomsmiljøet. Etter min vurdering gir dette ikke tilstrekkelig grunnlag for å kunne bygge på at hans forsett omfattet at B skulle oppfatte krenkelsen».

Avgjørelsen viser et tilfelle der Høyesterett kom frem til at tiltaltes forsett ikke omfattet den omstendighet at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen. Imidlertid var det påregnelig for fornærmede at bilde kunne bli spredt videre via digitale medier. Burde presiseringen av forsett være annerledes i tilfeller der forbrytelsen er begått via digitale medier, sammenlignet med tilfeller der forbrytelsen er begått i den fysiske verden?

I straffeloven 1902 var § 390 a opprinnelig utformet for å verne mot plagsom opptreden eller hensynsløs adferd som materialiserte seg i den fysiske verden. I Rt. 1952 s. 989 fremkom det at straffeloven ikke vernet mot telefonsjikaner. Som resultat av dette ble paragraf 266 ble utformet for å fange opp slike tilfeller av psykiske krenkelser. I nyere tid har paragrafen blitt

¹⁴⁸ HR-2019-563-A avsnitt 31.

¹⁴⁹Matningsdal, Magnus, *Norsk lovkommentar lov om straff (straffeloven)*, (L20.05.2005 nr. 28), hovedrevidert 01.01.19, note 1700

brukt endel i saker der internett og sosiale medier er benyttet som middel for å henge ut, utpresse eller sjikanere personer. Et spørsmål som kan stilles er om bestemmelsen er egnet for å verne mot massiviteten i krenkelsen som muliggjøres ved spredning online. Selv om straffebudet åpner for anvendelse også ved krenkelser foretatt ved bruk av digitale medier, kommer det ikke eksplisitt frem av ordlyden i bestemmelsen. Straffebudet er hovedsakelig utformet med tanke på krenkelser i den fysiske verden som retter seg mot den psykiske helse.

Det finnes ikke rettspraksis der dolus er brukt på tilfeller dømt etter § 266a. Dette kan skyldes at bestemmelsen er relativt ny. Dermed foreligger det lite rettspraksis på området. Delvis kan det skyldes at det i slike tilfeller ikke er så stor tvil rundt gjerningspersonens forsett, ettersom gjentakelselementet tyder på et fast forbrytersk forsett.

Det er imidlertid eksempler på at dolus eventualis er anvendt ved tilfeller av hensynsløs adferd strl. jf. § 266. Dersom en skal anvende dolus eventualis på den første delen av gjerningsbeskrivelsen i strl. § 266, kreves det at gjerningspersonen har innsett muligheten for at adferden kan oppfattes som hensynsløs, skremmende eller plagsom og velger å handle selv om fornærmede skulle oppfatte handlingen slik.

Dersom en for eksempel videre sender et bilde med seksuelt krenkende innhold, vil det være en mulighet for at mottaker av bildet sprer det videre. Dersom intime bilder havner på avveie, kan det hevdes å være både hensynsløst og plagsomt. Hvis bildet misbrukes av uvedkommende kan det være skremmende. Resonnementet kan vise at det kan tenkes mange tilfeller av krenkelser på digitale medier, som kan gjøre at hovedvilkåret for anvendelse av dolus eventualis er oppfylt. Det kreves imidlertid også positiv innvilgelse for at dolus eventualis kan anvendes.

For den andre delen av gjerningsbeskrivelsen kreves det at gjerningspersonen har forstått at det er en mulighet for at fornærmede vil bli kjent med krenkelsen, og velger å handle selv om den fornærmede skulle bli kjent med krenkelsen.

Der informasjon spres via digitale medier vil spredningsfaren være høy. Dermed er det kort vei fra å sende et bilde til en venn, til at hele vennegjengen eller nærmiljøet er tilsendt bildet. Gjerningspersonen kan hevde at det aldri var hans intensjon at bildet skulle spres videre, og at han heller ikke så det som sannsynlig at hendelsen skulle komme fornærmede for øret. Bildet ble sendt i konfidensialitet. Sjansen for videre spredning må anses å være betydelig større når ting spres via digitale medier sammenlignet med den fysiske verden. Dersom du viser eller

avgir et fysisk bilde til vennene dine vil de muligens kunne skrive ut flere eksemplarer av bildet, med mindre de går aktivt inn for å poste bildene videre ut i verden vil det fortsatt være mulig å spore opp de fysiske eksemplarene å tilintetgjøre de. For å nå en større gruppe personer med fysiske bilder kreves det en god del arbeid og tid. Dette står i sterk kontrast til spredningen via digitale medier. Når bilder først havner på internett er de utenfor utgivers kontroll og vil være tilnærmet umulig å få fjernet.

I TTINN-2004-2299 (Tinn og Heddal tingrett) var gjerningspersonen tiltalt for å ha videresendt et nakenbilde av en kvinne, til en venn for å få bekreftet kvinnens identitet.

Tingretten skrev:

«Når det gjelder spørsmålet om skyld, legges til grunn at selv om det skulle være slik at A ikke var sikker på at bildet var av F selv, så tok han i alle fall, når hans egen forklaring legges til grunn om at han sendte bildet videre til G for å få vite om bildet var av F, en beslutning om å sende bildet videre selv om så skulle være tilfellet, slik at han under enhver omstendighet aksepterte den følge at bildet av henne kom uvedkommende i hende og for øyet. Til fellelse kreves imidlertid også at det må ha ligget innenfor As forsett at F ville oppfatte krenkelsen [...] finner ikke retten at det kan bygges på som bevist at A hadde til hensikt at F skulle få vite om forholdet, og heller ikke at han regnet det som mer sannsynlig enn det motsatte at hun ville få vite om det, og konklusjonen blir da at A må frifinnes på grunn av manglende forsett».

Tiltalte ble dermed ikke dømt for forsettlig overtredelse av strl. 1902 § 390 a. Tingretten er i dommen inne på en dolus eventualis vurdering når det gjelder første del av gjerningsbeskrivelsen i § 390 a, men anvender den ikke for andre del av gjerningsbeskrivelsen. Kunne kriteriene for bruk av dolus eventuali forskjøvet bevisstema på en slik måte at det hadde blitt lettere å belyse gjerningspersonens bevissthet om følgen av handlingen? Da gjerningspersonen videresendte bilde til uvedkommende, er det nærliggende at gjerningspersonen må ha sett muligheten for at fornærmede fikk vite om videresendelsen av bildet, og at han valgt å videresende bildet selv om fornærmede skulle få kjennskap til det. Imidlertid kan det foreligge tvil i det konkrete tilfelle som gjør at en ikke anser vilkårene etter

dolus eventualis som oppfylt, eller så kan det være at domstolen ikke ønsket å benytte en slik forsettform på gjeldende tilfelle.

I TOSLO-2008-95179 (Oslo tingrett) hadde tiltalte via brev, telefoner, sms, e-post og lydopptak fremsatt sjikanerende, krenkende og truende utsagn om fornærmede. Tingretten vurderte skyldkravet på følgende måte:

«Det avgjørende er om vedkommende [...] i alle fall tenkte seg muligheten av, at handlingen av fornærmede ble oppfattet som hensynsløs og skremmende eller plagsom, men at han likevel valgte å gjennomføre den.[...] Når det gjelder epostene og SMS'ene tilsier innholdet i disse alene etter rettens vurdering at tiltalte tenkte seg muligheten av at de ble oppfattet som krenkende og hensynsløse. Det vises til at de inneholder ubehagelige, insisterende utsagn og stygge karakteristika av fornærmede. Videre tilsier hyppigheten og antallet, og ikke minst tidsperioden særlig SMS'ene ble sendt over, at det er usannsynlig at tiltalte ikke forsto at de ville oppfattes som krenkende».

Her anvender tingretten dolus eventualis. Formuleringen av innvilgelsesteorien er imidlertid upresis, da den positive innvilgelsen ikke er vurdert. Konsekvensen blir at formuleringen ligner mer på en uaktsomhetsvurdering eller en hypotetisk innvilgelse. Dommen ble anket til Lagmannsretten, som i dommen LB-2009-2078 (Borgarting lagmannsrett) anvendte sannsynlighetsforsett for å dømme tiltalte.

I dommen TSGUD-2018-62723 (Sør-Gudbrandsdal tingrett) hadde tiltalte lagt ut eller delt på Facebook opplysninger og bilder om fornærmede med feilaktige påstander om at han var pedofil. Retten uttalte:

«Ved publiseringen holdt tiltalte det videre i det minste for mulig at fornærmede ville oppfatte fredskrenkelsen når han likevel valgte å publisere opplysningene på facebook til venner og venners venner, jf. straffeloven § 22 første ledd c. For bevisvurderingen her, vises det til at av de 190 vennene som opplysningene ble publisert til, så var 120 felles venner med fornærmede».

Her anvender tingretten dolus eventualis for å bevise at tiltalte har utvist forsett når det gjelder kravet om at fornærmede må oppfatte krenkelsen. Tingretten mente at muligheten for at

fornærmede oppfattet krenkelsen må ha vært synbar for tiltalte når han valgte å benytte en såpass åpen plattform.

Det er kanskje særlig dersom en skal bevise at det er utøvd tilstrekkelig grad av forsett for annen del av gjerningsbeskrivelsen at anvendelse av *dolus eventualis* kan være praktisk av bevismessige hensyn. Det krevers bare at gjerningspersonen har innvilget risikoen for at fornærmede kan oppfatte krenkelsen, ikke at gjerningspersonens hensikt har vært å gjøre fornærmede oppmerksom på krenkelsen eller at det forelå overveiende sannsynlighet for det. Der informasjon spres via sosiale medier er spredningsfaren høy, og ettersom det objektivt sett er stor sannsynlighet for spredning, kan en også anse at sannsynligheten for at fornærmede får vite om krenkelsen øker. Det finnes altså eksempler på at *dolus eventualis* er anvendt som forsettform ved domfellelse for hensynsløs adferd.

3.2.5 Krenkelse av privatlivets fred

Det følger av strl. § 267 at: «Den som gjennom offentlig meddelelse krenker privatlivets fred» straffes. Straffen kan være bot eller fengsel i opptil 1 år. Skyldkravet er forsett jf. strl. § 21 jf. § 22. Bestemmelsen viderefører straffeloven 1902 § 390, samt straffeloven 1902 § 250 og straffeloven 1902 § 254. Den nye bestemmelsen i straffeloven 2005 § 267 innebærer ikke store realitetsendringer. Meddelelsen må ha skjedd «offentlig» jf. Strl. § 10 nr. 2, dette innebærer en viss utvidelse ettersom legaldefinisjonen av offentlig er noe endret. Rettspraksis knyttet til de gamle bestemmelsene vil imidlertid være relevant ved tolkning av § 267.¹⁵⁰ Betegnelsen «krenke» innebærer:

«et krav om at meddelelsen må være rettstridig, noe som først og fremst beror på om en straffsanksjonering ville innebære en krenkelse av EMK art. 10 eller Grunnloven § 100. Hensynet til ytringsfriheten må her veies opp mot den enkeltes rett til personvern, som er beskyttet av EMK art. 8. [...]Rettsstridsvilkåret må praktiseres i tråd med eventuelle endringer i EMDs avveining av personvernet og ytringsfriheten».¹⁵¹

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 425

¹⁵¹ *Ibid.* s. 425.

Det må altså foretas en rettsstridsvurdering. Videre vil det være et krav om at det ikke foreligger samtykke til offentliggjøring av meddelelsen.¹⁵² Det skrives i Rt. 1953 s. 1259:

«en straffbar krenkelse av privatlivets fred, må avgjøres etter en konkret vurdering, nærmere bestemt en vurdering av om meddelelsen etter den måte hvorpå den er fremkommet, og omstendighetene for øvrig må karakteriseres som utilbørlig eller uforsvarlig (rettsstridig)».¹⁵³

Vurderingen tar altså ikke utgangspunkt i hvorvidt fornærmede oppfattet meddelelsen som en krenkelse. Vurderingen vil være hvorvidt meddelelsen objektivt sett oppfattes utilbørlig eller uforsvarlig.

Det er ikke noe krav om at opplysningene må være fremsatt i noen bestemt form, «[d]et typiske er bruk av fotografier og/eller tekst, men det er ikke noe i veien for at krenkelse kan skje gjennom for eksempel tegninger, blogger, dataanimasjoner eller lyd».¹⁵⁴ I Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) fremgår det: «Bestemmelsen kan etter omstendighetene også få anvendelse på foreldre som legger ut personlige opplysninger om sine barn på internett, for eksempel foranlediget av en barnevernssak».¹⁵⁵

Det er ikke mye rettspraksis som omhandler brudd på strl. § 267. Anine Kierulf fremholder at: «Brudd på privatlivsbestemmelsen (strl. § 390) har visstnok *aldri* ført til straff. Ingen er idømt fengsel lor (*sic*) noen ærekrenkelse siden 1970-tallet, og den fengselsdommen var betinget».¹⁵⁶ En grunn til at de er så få eksempler på at folk er dømt etter strl. § 267 kan være at bestemmelsen først rammet ytringer på internett etter lovendringen i 2013.¹⁵⁷ En annen faktor kan være at flere saker som kunne vært pådømt etter strl. § 267, kun er pådømt etter strl. § 266. Det er midlertid kommet et par dommer etter den tid, som omhandler brudd på strl. § 267.¹⁵⁸

¹⁵² Hovlid (2015) side 37.

¹⁵³ Rt. 1953 s. 1259 s. 1261-1262.

¹⁵⁴ Strømme, Vidar, «Vern av privatlivets fred», *festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2016 s. 345-364, side 350 siste avsnitt.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 425.

¹⁵⁶ Kierulf, Anine, «ytring- Med lov skal nett bygges?», *Tidsskrift for Strafferett*, nr. 1 2013 s. 1-4. Side 3.

¹⁵⁷ Se Prop. 53 L (2012-2013).

¹⁵⁸ Se TSTAV-2013-187309, TINTR-2016-7630.

I Dommene TSTAV-2013-187309 (Stavanger tingrett) og TINTR-2016-76309 (Innrøndelag tingrett) ble de tiltalte dømt for å ha publisert meddelelser som krenket privatlivets fred, på sine Facebook-sider.

En avgjørelse som omhandler strl. § 267, er LH-2019-1192 (Hålogaland lagmannsrett).

Spørsmålet i saken var om en mor hadde krenket sin datters rett til privatliv ved å publisere bilder, filmer og barnevernspapirer som omhandlet datteren, på Facebook. Lagmannsretten fremholdt at:

«det materialet som omhandlet tiltaltes datter, og som tiltalte la ut på facebook-siden – bilder, videoer, brev fra barneverntjenesten mv. – var av svært sensitiv og privat karakter, og at det etter en objektiv vurdering var utilbørlig og derved rettstridig å gjøre materialet offentlig tilgjengelig slik tiltalte gjorde. Hvordan datteren, som på det tidspunkt var syv år, opplevde det at materialet ble gjort offentlig tilgjengelig på denne måten, er etter lagmannsrettens vurdering ikke avgjørende. Et barn på syv år har bare i liten grad forutsetninger for å overskue konsekvensene av slik offentliggjøring, herunder mulige konsekvenser på sikt. At barnet som syvåring ikke reagerer på slik offentliggjøring, utelukker ikke senere reaksjoner, f.eks. i ungdomstiden».

Altså mente lagmannsretten at hvorvidt barnet hadde noe imot publiseringen eller ikke, var irrelevant. Et spørsmål som kan stilles er om det lå innenfor moren foreldreansvar å velge å publisere papirene på barnets vegne. Lagmannsretten skriver:

«At en forelder, som her, offentliggjør materiale av svært sensitiv og privat karakter om barnet på en, objektivt vurdert, utilbørlig måte faller utenfor rammen av det som naturlig omfattes av foreldreansvaret».

Av dette kan det slutes at dersom materialet som offentliggjøres er av krenkende karakter, har ikke foreldrene en ubegrenset myndighet til å samtykke til offentliggjøring. Skyldkravet drøftes ikke nærmere i dommen. Det kan virke som at lagmannsretten vektlegger det at krenkelsen var «utilbørlig» i veldig stor grad. De vektlegger ikke hvorvidt datteren følte seg krenket eller ikke. Lagmannsretten påpeker at datteren kanskje vil føle seg krenket i fremtiden. Dette reiser interessante spørsmål nå det kommer til krenkelser på digitale medier, nettopp fordi konsekvensene ved publiseringen ofte ikke realiserer seg med en gang. Det kan ta tid før fornærmede oppfatter krenkelser eller før fornærmede følger seg krenket. Kreves det at gjerningspersonen i gjerningsøyeblikket forstod at fornærmede kom til å føle seg krenket

eller holder det at gjerningspersonen så muligheten av at fornærmede kunne føle seg krenket en gang i fremtiden? Skal det legges til grunn en subjektiv eller objektiv målestokk? En objektiv målestokk vil peke tilbake på gjerningspersonens handling, som er det faktum gjerningspersonen kan ta ansvar for. Mens en subjektiv målestokk vil gjøre ansvaret betinget av at den fornærmede får kunnskap om krenkelsen i tillegg til følelsen av å være krenket. Dersom en legger til grunn at det holder at fornærmede en gang i fremtiden kan bli krenket vil vurderingen nærme seg en utelukkende objektiv vurdering av straffebudet eller en hypotetisk innvilgelse.

Dommen er relativt ny og den er ikke rettskraftig ettersom den er anket til Høyesterett. Dermed kan dommen ikke ilegges særlig rettskildemessig vekt. Imidlertid er dommen prinsipielt interessant fordi det er første gang en forelder blir dømt for å krenke barnets privatliv på sosiale medier i Norge.¹⁵⁹ Dermed understreker dommen viktigheten av å verne barns privatliv mot misbruk av foreldrene.

I saker der foreldrene objektivt sett har krenket barnet sitt privatliv blir spørsmålet om de har utøvd tilstrekkelig grad av skyld. Det kan muligens antas at få foreldre ville delt materialet om barna sine offentlig, dersom de så det som overveiende sannsynlig at materialet krenket barnas rett til privatliv. En kan imidlertid stille spørsmål ved om de holdt det for mulig at barnas privatliv ville bli krenket, dersom de publiserte materialet offentlig. Videre kan en spørre om gjerningspersonen valgte å publisere materialet selv om det skulle krenke barnets rett til privatliv.

I en del av sakene der noen gjennom offentlig meddelelse har krenket en annens fred, er det få motiver for å spre slike opplysninger annet enn for å krenke adressaten. I saken fra Hålogaland så tiltalte på krenkelsen av privatlivet som et offer for å oppnå et større gode, nærmest som et varsel eller en slags nødrettshandling. Da kan det hevdes at gjerningspersonen kun har søkt å opplyse om fakta, ikke å krenke noen. Ved slike tilfeller kan *dolus eventualis* kanskje være til hjelp. Da de fleste har sett muligheten av at kringkasting av private opplysninger kan oppfattes som krenkende, selv om hovedmotivet bare var å opplyse om fakta.

¹⁵⁹ <https://rett24.no/articles/straffedomt-for-a-legge-ut-bilder-av-datteren-pa-facebook> (sist lest 31.05.19).

3.2.6 Foreliggende forslag til nytt straffebud om befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred

Justis- og beredskapsdepartementet har sendt på høring et forslag om å skjerpe inn reglene i straffeloven § 266 eller § 267, enten ved å endre straffebudene eller ved å tilføye nye straffebud. Forslag om nytt straffebud om befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred har vært på høring, med høringsfrist 1. okt. 2018.

Departementets vurdering var det ikke bør være avgjørende for straffansvaret om fornærmede oppfattet krenkelsen. Det burde heller ikke være avgjørende om gjerningsmannens forsett omfattet at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen. Begrunnelsen for departementets syn var at krenkelsen objektivt sett har skjedd, selv om «alle» unntatt den fornærmede er kjent med det.¹⁶⁰ Videre kommer departementet frem til at: «Ved spredning av bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred, vil [...] et vilkår om at handlingen må være «offentlig» ikke nødvendigvis være velbegrunnet».¹⁶¹ I departementets forslag er det dermed forutsatt at overtredelsen ikke behøver å være «offentlig».

Et av forslagene er å utvide enten § 266 eller § 267 ved å ta inn et alternativ om at den som «volder fare for» at privatlivets fred krenkes, kan straffes.¹⁶² Ved en endring av § 267 er det forslag om å erstatte betegnelsen «offentlig» med betegnelsen «uberettiget».¹⁶³ En slik utvidelse ville endret dagens rettstilstand når det gjelder kravet til skyld, da det ikke lengre ville vært samme krav om at offeret måtte føle seg krenket, og at gjerningspersonen måtte ha utvist forsett med hensyn til dette. Departementet kom imidlertid frem til at en slik utvidelse av straffebudene ikke var det mest hensiktsmessige valget, da det var uklart om en så stor utvidelse av straffebestemmelsene var nødvendig.¹⁶⁴

Departementet tok til ordet for å utforme et nytt straffebud som skal regulere spredning av privatlivskrenkende materiale. Når det gjelder skyldkravet ved en slik ny bestemmelse fremholder departementet at: «straffansvaret ikke skal bero på om gjerningspersonen forstod at handlingen ville ramme fornærmede [...] Det innebærer at handlinger som ikke har eller

¹⁶⁰ Høringsuttalelse - Endring i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred). Medietilsynet 28.09.18. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nytt-straffebud-om-befatning-med-bilder-som-er-sarlig-egnet-til-a-krenke-privatlivets-fred/id2605854/?uid=c350c685-0d00-4a59-a2d2-13f759906bc2> (sist lest 04.05.19). punkt 4.1.2

¹⁶¹ Høringsnotat om endringer i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), Justis- og beredskapsdepartementet, Juni 2018, Snr: 18/3556. Punkt 4.1.3.

¹⁶² *Op.cit.* punkt 4.2.3.

¹⁶³ *Op.cit.* punkt 4.2.3

¹⁶⁴ *Op.cit.* punkt 4.2.5.

var ment å ha noen umiddelbare negative konsekvenser for fornærmede, kan rammes».¹⁶⁵

Imidlertid må gjerningspersonens skyld omfatte at: «materialet er særlig «egnet» til å krenke privatlivets fred».¹⁶⁶

Departementet vurderte om det skulle ha betydning om materialet var delt ved bruk av teknologi som innebærer en særlig spredningsfare.¹⁶⁷ Her tar departementet ordet for at det ikke skal ha betydning hvorvidt teknologien innebærer en særlig spredningsfare. Dette begrunner de i vanskeligheten med å lage tilstrekkelig presise formuleringer av hvilken teknologi som skal omfattes.

Forslaget fra departementet var at det skulle utformes en ny § 267 a til § 267 b. Forslaget til § 267 a er å straffesansjonere det å: «uberettiget [og uten samtykke] fremstiller, anskaffer eller gjør tilgjengelig for en annen lyd- eller bildemateriale som er særlig egnet til å krenke noens privatliv». Videre etter § 267 b skal grov uberettiget befatning med privatlivskrenkende lyd eller bildematerialet gjøres straffbart. Ved vurderingen av om overtredelsen er grov «skal det særlig legges vekt på karakteren og omfanget av materialet, om den har et systematisk eller organisert preg, om overtredelsen er motivert av hevn eller innebærer tillitsbrudd, og om overtredelsen har hatt til følge særlig store påkjenninger for fornærmede». Forslaget til ny § 267 c var å senke skyldkravet slik at grovt uaktsom: «uberettiget befatning med privatlivskrenkende lyd- eller bildemateriale uten samtykke» kan bli straffbart etter forslaget til ny § 267 c. Dermed vil straffebudet rekke videre enn dagens lovgivning. Straffebudet er imidlertid verken vedtatt og trådt i kraft.

Det er ikke foreslått at besittelse av slike bilder skal kriminaliseres etter forslagets bestemmelse. Betegnelsen «anskaffelse» vil innebære at: «Den som passivt mottar privatlivskrenkende bilder uten å ha bedt om det, for eksempel i en melding, e-post eller på sosiale medier» ikke rammes av bestemmelsen.¹⁶⁸ Dermed er det flere typetilfeller som vil falle utenfor bestemmelsens virkeområde.

Spørsmålet videre blir om forslaget til nytt straffebud vil imøtegå utfordringene når det kommer til skyldkravet ved overtredelser på digitale medier? Departementet fremholder at gjerningspersonen ikke behøver å utvise forsett med hensyn til at handlingen ville ramme

¹⁶⁵ *Op.cit.* punkt 4.3.

¹⁶⁶ *Op.cit.* punkt 4.4 siste avsnitt.

¹⁶⁷ *Op.cit.* punkt 4.6.2

¹⁶⁸ *Op.cit.* punkt 5.5.

fornærmede. Videre utleder departementet at en slik regulering vil innebære at handlingen ikke trenger å ha en umiddelbar negativ konsekvens for fornærmede.¹⁶⁹ Fordelen med et slikt forslag er at det tar høyde for at krenkelser på digitale medier ofte ikke umiddelbart kommer fornærmede for øret.

Imidlertid må gjerningspersonens skyld må omfatte at «materialet er særlig «egnet» til å krenke privatlivets fred».¹⁷⁰ Denne utformingen av gjerningsbeskrivelsen er ganske vid. Hva ligger egentlig i at materialet må være «særlig egnet»? Departementet skriver i sitt forslag at bestemmelsen vil favne videre enn bare tilfeller av spredning av nakenbilder, og at også: «bilder av personer i mer dagligdagse situasjoner kan ha en krenkende karakter, for eksempel dersom den avbildede sover».¹⁷¹

Er det naturlig å oppstille vurderingen som at gjerningspersonen må vite at materialet er *egnet til å krenke privatlivets fred (min kursivering)*, dersom fornærmede ikke får kjentskap til materialet? Formuleringen er meget lik formuleringen i § 266, og gir dermed assosiasjoner til kravet om at fornærmede må føle seg krenket, for at en skal tale om hensynsløs adferd. En mer presis formulering, for eksempel ved bruk av ikke uttømmende eksempler på materialet som er egnet til å krenke privatlivets fred, kan være en fordel.

Videre legger forslaget til grunn en forutsetning om at gjerningspersonen må kjenne til innholdet i materialet som deles. Det kan tenkes tilfeller der gjerningspersonen blir tilsendt en fil, og videresender filen uten å kjenne til innholdet. Slike tilfeller vil ikke rammes.

Lovteksten bør være så klar som mulig slik at det fremstår tydelig for både privatpersoner og domstolene hva som er straffverdig og hvor grensen går. En undersøkelse foretatt av professor i retts sosiologi ved Københavns Universitet, Flemming Balvig i 2006, tar for seg rettsfølelsen i samfunnet.¹⁷² Undersøkelsen var delt inn i tre trinn, der første del gikk ut å undersøke den generelle rettsfølelsen, ved at undersøkelsesgruppen overordnet ble spurt om de mente at kriminalitet i samfunnet ble straffet for mildt, for strengt eller passe. Overvekten av gruppen mente kriminalitet ble straffet for mildt. Nest trinn var å undersøke: «den informerte rettsfølelsen, dvs. de holdninger og følelser man har til straff når sakens grunnleggende

¹⁶⁹ *Op.cit.* punkt 4.3.

¹⁷⁰ *Op.cit.* punkt 4.4 siste avsnitt.

¹⁷¹ *Op.cit.* punkt 5.2.

¹⁷² Balvig, Flemming, «Retsfølelse og retsfornuft- i Danmark», *Nordisk Samarbejdsråd for Kriminologi*, http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Arbejdsomraader/Forskning/Forskningspuljen/2011/2010/Rets_metoder_Danmark_Flemming_Balvig.pdf (Sist lest 26.06.19).

karakter er kjent, og man systematisk er opplyst om de forskjellige foreliggende sanksjonsmuligheter».¹⁷³ Denne delen av undersøkelsen viste at få hadde kunnskap om hvordan domstolene dømte, og mange undervurderte domstolenes strenghet.

Tredje del av undersøkelsen tok sikte på å undersøke den konkrete rettsfølelsen. Her ble ulike faktum fremført i det som fremstod som faktiske rettssaker, dette ble tatt opp på film og vist til undersøkelsesgruppen. «Det mest interessante er at når de betingelser som man skulle dømme etter ble så konkrete og realistiske, skrumpet tilhengerne av å dømme til ubetinget frihetsstraff kraftig inn. [...] Mens gjennomsnittlig nesten hver annen (45 %) ville idømme en ubetinget frihetsstraff etter å ha lest en oppsummering av saken, var det bare hver fjerde (26 %) som ville det samme etter å ha sett saken, og bare hver sjettede (17 %) etter diskusjon og votering om saken».¹⁷⁴ Undersøkelsen viser at det kan være viktig med presist lovverk som gir uttrykk for hvor strafferammen ligger og hva som er straffbart.

Videre viser undersøkelsen det emosjonelle aspektet ved avgjørelser i domstolen. Det kan være utfordrende for personer uten juridisk kompetanse å dømme personer til strenge straffer, etter at de har fått nærmere kjentskap til sakens omstendighet og hørt gjerningspersonens forklaring. På nåværende tidspunkt er lagrette avviklet i norsk rett, men dette er forhold som muligens kunne påvirket avgjørelsen av skyldspørsmålet ved jurybehandling.

I de saker som høringsforslaget omhandler, er gjerningspersonen ofte ung. Dermed kan det synes strengt å pålegge fengselsstraff for lovbrudd. Undersøkelsen fra Danmark viser at emosjonelle aspekter kan påvirke hvilken straff som pålegges. Imidlertid viser undersøkelsen at personer uten juridisk kompetanse dømmer strengere enn domstolene. Allikevel kan en stille spørsmål ved om ikke også domstolene til en viss grad kan bli påvirket av møte med gjerningspersonen. For å forhindre for milde og skjønnsmessige straffer, bør utformingen av lovbestemmelser være så klar og presis som mulig.

¹⁷³Mathiesen, Thomas, «Folks oppfatning av straff», 9. mars 2011 <https://www.jus.uio.no/ikrs/tjenester/kunnskap/kriminalpolitikk/meninger/2007/folksoppfatningstraffmathiesen.html> Sist lest 26.06.19. Syvende avsnitt.

¹⁷⁴ *Op.cit.*, nest siste avsnitt.

3.3 Seksuelt krenkende adferd på digitale medier

3.3.1 Innledning

Internett har gjort at barnepornografi har blitt lettere tilgjengelig for et større publikum sammenlignet med tidligere.¹⁷⁵ Videre har det blitt lettere for pedofile å komme i kontakt med likesinnede. Internett gjør også at en til en viss grad kan skjule sin identitet og dermed kan en føle at en opptrer anonymt noe som igjen kan føre til at en i større grad kan leve ut og dyrke sine begjær over nett uten å risikere å bli konfrontert med det i «det virkelige liv».

3.3.2 Seksuelt krenkende atferd offentlig, eller uten samtykke

Straffeloven § 298 rammer den som utviser seksuell krenkende adferd på offentlig sted, i nærvær av eller overfor noen som ikke har samtykket i det. Bestemmelsen: «viderefører innholdet i straffeloven 1902 § 201 første ledd bokstav a og b».¹⁷⁶ Ordlyden «adferd» sikrer til måten en opptrer eller oppfører seg på, altså er betegnelsen ganske vid. For at fotografering skal falle inn under straffeloven § 298 må «adferden ha(r) en seksuell tilknytning», jf. Rt. 2010 s. 466 avsnitt 11 og 12. Ved vurdering av om det foreligger en seksuell tilknytning, er gjerningspersonens motiv av stor betydning. Skyldkravet er forsett, jf. strl. § 21 og § 22.

En forståelse av begrepet «overfor» er at det relaterer seg til situasjoner der gjerningspersonens adferd fysisk retter seg mot en annen person, eller flere andre personer.

Eksempel på dette vil være dersom gjerningspersonen ved ord eller handling henvender seg til fornærmede. Det skrives i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 442 tiende avsnitt: «Presiseringen i straffeloven 1902 § 201 annet ledd om at atferd anses forøvet overfor noen også når den er forøvet gjennom bruk av telefon, internett eller annen elektronisk kommunikasjon er ikke videreført. Dette innebærer ingen endring i rettstilstanden». Det vil si at krenkelser over digitale media er fanget opp av denne paragrafen. I HR-2017-1245-A som gjaldt seksuelt krenkende bilde av mindreårig som ble videresendt til tredjepersoner, fremholder førstvoterende:

«Når fornærmede i vår sak hverken direkte eller indirekte var adressat for oversendelsen av bildet, er man etter min vurdering utenfor det som etter en naturlig språklig forståelse kan legges i ordet «overfor». Riktignok *rammes* fornærmede når bildet sendes til andre, og i denne mening kan man si at krenkelsen er rettet mot

¹⁷⁵ Se HR-2018-2315-A avsnitt 20

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 442 åttende avsnitt

henne. Men ordet «overfor» forutsetter – slik jeg forstår det – en mer direkte tilknytning mellom atferdshandlingen og den som rammes av den»

Dermed vil tilfeller der en person tar bilder eller videresender bilder, med seksuelt krenkende innhold av en annen uten samtykke, falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Imidlertid vil tilfeller der en person sender bilder med seksuelt krenkende innhold, til noen som ikke ønsker å motta slike bilder, omfattes av bestemmelsen.

Det kreves at personen som sendte det krenkende bilde forsto at bilde kunne oppfattes krenkende for mottakeren. Gjerningspersonen må også ha forstått at mottaker ikke hadde samtykket i å få slike bilder. En anvendelse av *dolus eventualis* vil da gå ut på at avsender så muligheten av at bildet kunne oppfattes som krenkende for mottaker og valgte å sende bildet selv om det skulle vise seg at det krenket mottaker. Etter å ha lest gjennom rettspraksis på området, kan en trekke den konklusjon at *dolus eventualis* er anvend i svært liten grad ved slike forbrytelser.

3.3.3 Seksuelt krenkende adferd i nærvær av eller overfor barn under 16 år

Det følger av strl. § 305 bokstav a at den som gjennom ord eller handling: «utviser seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd i nærvær av eller overfor barn under 16 år» kan straffes. Videre er det straffbart å tvinge eller forlede barn under: «16 år til å utvise seksuelt krenkende eller annen uanstendig atferd» jf. § 305 bokstav b. Straffen er bot eller fengsel inntil 1 år. Bestemmelsen viderefører innholdet i straffeloven 1902 § 200 annet ledd annet punktum og § 201 første ledd bokstav c.¹⁷⁷

Skyldkravet er hovedsakelig forsett, jf. strl. § 21 og § 22. For fornærmedes alder gjelder et strengt aktsomhetskrav. Det følger av strl. § 307 første punktum at: «For bestemmelsene i §§ 299-306 fører uvitenhet om barnets riktige alder ikke til straffrihet hvis tiltalte på noe punkt kan klandres for sin uvitenhet». Det uttales i Ot.prp.nr.22 (2008-2009) side 446: «Dette er et særskilt strengt aktsomhetskrav hvor det er tilstrekkelig at tiltalte har utvist den letteste graden av uaktsomhet for å bli holdt ansvarlig for sin uvitenhet».

Det er ikke eksempler på at *dolus eventualis* er anvend ved nyere rettspraksis som omhandler § 305. Dette kan skyldes at bestemmelsen ofte anvendes sammen med andre mer alvorlige

¹⁷⁷ Ot.prp.nr.22 (2008-2009). side 445 første avsnitt.

straffebestemmelser. I slike tilfeller vil det ofte foreligge stødige bevis for forsett. Videre gjelder det et stort bevissthetskrav når det gjelder barnets alder, noe som sannsynligvis også bidrar til et lettere bevisbilde.

3.3.4 Fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn jf. strl. § 311.

Den som produserer, utgir, selger, tilgjengeliggjør, anskaffer, innfører, besitter eller forsettlig skaffer seg tilgang til materiale som fremstiller seksuelle overgrep mot barn, eller fremstilling som seksualiserer barn, straffes jf. strl. § 311. Betegnelsen «barn» i denne paragrafen omfatter personer som er eller fremstår som at de er under 18 år jf. strl. § 311 annet ledd.

Bestemmelsen viderefører innholdet i straffeloven 1902 § 204 a med visse justeringer.¹⁷⁸

Justeringene som ble gjennomført, var begrunnet i Norges forpliktelse til å oppfylle Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk art. 20 nr. 1. Bestemmelsen ble til en viss grad utvidet sammenlignet med den gamle ved at det ble tatt inn alternativer som «tilbyr», «gjør tilgjengelig» og «forsettlig skaffer seg tilgang til slikt materiale».¹⁷⁹

Disse endringene ble gjort for i større grad ramme den: «som legger ut fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn på internett eller samlinger av pekere på internett til sider med slikt materiale».¹⁸⁰

Strafferammen for forsettlig overtredelse er bot eller fengsel opptil 3 år. Uaktsom overtredelse av straffebestemmelsen er også straffbart, jf. strl. § 311 tredje avsnitt. Strafferammen er da bot eller fengsel inntil 6 måneder. Strafferammen for forsettlig overtredelse av paragrafen er dermed betydelig høyere enn ved uaktsom overtredelse.

Vedrørende alternativet «forsettlig skaffe seg tilgang til» slikt materiale, uttales det i Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 447 siste avsnitt:

¹⁷⁸ *Op.cit.* side 447 tolvte avsnitt

¹⁷⁹ *Op.cit.* side 447 trettende avsnitt.

¹⁷⁹ *Op.cit.* side 447 siste avsnitt

¹⁸⁰ *Op.cit.* side 447

«Siden det ikke oppstilles noen kvalifiserende vilkår for hvordan tilgangen til materialet er oppnådd, er det foreslått at dette alternativet bare skal ramme forsett, sml. straffeloven 2005 § 311 tredje ledd som også rammer uaktsom overtredelse av første ledd. Det er det vanlige forsettskravet som gjelder, det vil si at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsforsett eller dolus eventualis i form av den positive innvilgelsesteori. Meningen er å avgrense mot den som uforvarende får tilgang til slike bilder, for eksempel ved feilnavigering på internett».

Videre i forarbeidet blir det trukket frem at bevis som peker på at det er utvist forsett typisk kan være at det er ytt vederlag for tilgang til bildene eller at tilgangen har skjedd planmessig.¹⁸¹ Det skrives i Prop. 68 L (2015–2016) side 25:

«Internett og datasystemer er blitt viktige verktøy ved befatning med overgrepbilder av barn, jf. Mens det bare for få år siden tok lang tid å laste ned bilder fra internett, er det nå er utviklet en rekke nye funksjoner som har bidratt til økt spredning av barnepornografisk materiale over nettet. Det er i dag mindre behov for å laste ned bilder, fordi slike bilder til enhver tid er lett tilgjengelige på internett uten lagring på egen maskin».

Ved besittelse av barnepornografi finnes det flere eksempler på at tiltalte sier at han ikke hadde kjentskap at filene han lastet ned inneholdt seksualiserte bilder av barn, og tiltalte hevder han kun var ute etter lovlig porno. Her kan det bli en utfordring for påtalemyndighetene å bevise at tiltalte hadde tilstrekkelig grad av forsett når det gjaldt filenes innhold.

Dersom en skal anvende dolus eventualis som forsettform blir spørsmålet dermed om tiltalte innså muligheten av at filene inneholdt fremstillinger av seksuelle overgrep mot barn eller bilder som seksualiserer barn, og om tiltalte valgte å laste ned filene selv om det skulle vise seg at de inneholdte slike bilder.

Det er flere eksempler på at dolus eventualis er anvendt som forsettform ved slike forbrytelser. I Rt. 2015 s. 815 hadde tiltalte lastet ned 65 filer som inneholdt filmer med overgrepbilder av barn. Varigheten på filmene var på til sammen 14 timer. Mannen hevdet å ha søkt på lovlig pornografi, og fått barnepornografi sammen med de lovlige filene, men

hadde slettet materialet straks han oppdaget hva det var. Han hevdet å ikke ha vært klar over at filene var tilgjengelig for andre brukere av fildelingsnettverket inntil det var slettet.

Høyesterett viser til lagmannsrettens vurdering i avsnitt 12-14:

« «Siktede har forklart at han ikke bevisst søkte etter barnepornografisk materiale. Han hadde flere ganger opplevd at han fikk treff på barnepornografi når han søkte etter ordinær pornografi. Ved det enkelttilfelle av nedlasting siktelsen gjelder foretok siktede søk og lastet ned store mengder materiale innforstått med muligheten for at det ville bli nedlastet barnepornografi av den art som rent faktisk ble nedlastet. Han hadde opplevd dette tidligere, og forklarer at han da slettet materialet idet han ble oppmerksom på forholdet. Han bestemte seg for å foreta nedlastingen selv om det innebar at han også fikk med filer inneholdende barnepornografisk materiale.»

Det forsett som er beskrevet her, er forsettsformen *dolus eventualis*. Lagmannsretten la – som tingretten – til grunn at As forsett lå i nedre sjikt av forsettsbegrepet»

Høyesterett så seg enig i lagmannsrettens vurdering og tiltale ble dermed domfelt på grunnlag av *dolus eventualis*.

I LB-2016-1499 (Borgarting lagmannsrett) var gjerningspersonen tiltalt for å ha vært i besittelse av videofiler og bilder som inneholdt fremstilling av seksuelle overgrep mot barn / seksualiserer barn. Retten la til grunn at det ulovlige materialet fulgte med ved nedlasting og oppbevaring av lovlig voksenpornografi, og at materialet således ikke var et resultat av planmessig søk etter filmer og bilder med seksuelle overgrep mot barn / seksualisering av barn. Lagmannsretten uttalte:

«Lagmannsretten er etter en samlet vurdering overbevist om at A da han lastet ned materialet som er omfattet av tiltalen i det minste var klar over at materialet kunne inneholde seksuelle overgrep mot mindreårige barn / seksualisering av barn, men at han til tross for denne mulighet bestemte seg for å laste ned filmene og bildene og oppbevare dem på sin laptop selv om det han lastet ned inneholdt overgrepsbilder eller -filmer mot barn. Retten viser til at det ikke er uvanlig at lovlig og ulovlig pornografi blandes, og at A tidligere selv hadde erfart dette ved søking på nettet. Han var videre inne på nettsteder der han kom i kontakt med andre personer med samme interesse».

Gjerningspersonen ble dermed dømt for forsettlig brudd på straffeloven (1902) § 204a første ledd bokstav a, på grunnlag av dolus eventualis.

Hva er forskjellen på fysisk omsetning av barnepornografi og omsetning via internett? Der overgrepsmateriale omsettes fysisk vil det være vanskeligere for gjerningspersonen å hevde at han ikke hadde kjentskap til innholdet i materialet. På digitale medier kan det være enklere å komme over overgrepsmaterialet ved et uhell. Dette gjør at det blir et vanskeligere bevisbilde dersom overtredelsene foregår via digitale medier. Bevis som kan tyde på forsett i slike tilfeller er dersom gjerningspersonen gjentatte ganger har lastet ned, lagret, betalt for eller besøkt sider der slikt materialet finnes. I tillegg er gjerningspersonens forklaring viktig, sammenhold med bevisene for øvrig.

4 Internasjonal og utenlandsk regulering av skyldkravet ved integritetskrenkelser begått på digitale medier

4.1 Det internasjonale problemet «cybercrime»

Strafferetten er sterkt forbundet med statenes suverenitet. «Dette innebærer at ingen annen stat kan [...] bruke makt på en annen stats område».¹⁸² Strafferetten er dermed tradisjonelt sett en del av den nasjonale rettsorden. Det er statens oppgave å gi og håndheve straffebestemmelser, og det er staten som styrer institusjonene i strafferettspleien.¹⁸³ I nyere tid er det gitt stadig flere folkerettslige traktater som omhandler strafferett og straffeprosess. Skyldkravet for straffbare handlinger er utformet forskjellig fra land til land. Dette kan utgjøre en utfordring når det kommer til utformingen av internasjonale strafferegler. Ettersom Norge følger det dualistiske prinsipp kreves det en gjennomføringsakt for at slike regler skal gjelde som norsk rett.

Noe som kjennetegner datakriminalitet er at forbrytelsene ofte kan rammes av flere lands jurisdiksjon. Offer og gjerningsperson kan befinne seg på helt ulike plasser i verden, ofte er det offer i ulike land. Videre kan ulike deler av det teknologiske utstyret som blir benyttet befinne seg i ulike land. Jo Stigen skriver i sin artikkel: «Internett gir lokaliseringsspørsmålet helt nye dimensjoner. Her opererer kriminelle i virtuelle nettverk hvor landegrensene er visket

¹⁸² Suominen, Annika, «EU- strafferetten og Norge- hvor står vi i dag?», *Tidsskrift for strafferett*, 04 / 2015 (Volum 15), 375-395, punkt 2 første avsnitt.

¹⁸³ Ruud (2014) side 263.

ut».¹⁸⁴ Dette reiser spørsmålet om hvilket land som bør forfølge saken og hvilket lands rett som skal legges til grunn ved behandling av saken. Mange land har ikke egen lovgivning for hvordan jurisdiksjonsproblemet skal løses ved tilfeller av «cyber crime». De benytter heller tradisjonelle jurisdiksjons prinsipper. Problemet som da kan oppstå beskrives av Bert-Jaap Koops og Susan Brenner på følgende måte i boken *Cybercrime and Jurisdiction*:

«these traditional provisions typically claim territorial jurisdiction [...] But when exactly can a cybercrime or cyber-investigation be considered to take 'place' on a 'territory' when it essentially consists of immaterial bites and bytes that may take any route-and usually different routes- across those of the worlds Internet cables that happens to be determined for them by local Internet switches?».¹⁸⁵

Territorial-prinsippet alene gir ikke svar på alle de typetilfellene som kan oppstå ved datakriminalitet.

Videre må det være regler som forhindrer at lovbrøyer og offer kan «forum shoppe». Dersom det er en markant forskjell i hvordan datakriminelle handlinger straffes fra land til land, vil gjerningspersonen kunne velge å oppholde seg i eller rette angrep mot land med mindre streng lovgivning eller land der handlingen ikke er straffesanksjonerbar, og dermed unngå straffeforfølgning. Både Europarådet, EU og FN har jobbet for å forebygge såkalte «data havens», som er stater med jurisdiksjon hvor cyberkriminalitet er helt eller delvis straffritt.¹⁸⁶ «Online crime is borderless, and so must be our response. We cannot fight back if we are isolated and fragmented».¹⁸⁷ En så lik lovgivning i de ulike landene som mulig, også hva gjelder kravet til skyld, vil kunne forebygge kriminalitet ved at det hindrer kriminelle i å etablere seg i land der straffelovgivningen er mindre streng.

¹⁸⁴ Stigen, Jo, «Lokalisering av straffbare handlinger», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 2 2011 s. 142-191.

¹⁸⁵ Koops, Bert-Jaap og Susan Brenner, *Cybercrime and Jurisdiction*, The information Technology & Law Series, Haag 2006, side 2.

¹⁸⁶ Schjøberg (2017) side 38.

¹⁸⁷ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jul/31/cyberthreats-global-cooperation-online-crime-borderless> (sist lest 04.01.19).

4.2 Lovgivning i EU/ EØS

Den europeiske union har gjennomført flere tiltak mot datakriminalitet.¹⁸⁸ I tillegg har EU flere andre direktiver som retter seg mot ulike typer cyber-kriminalitet, herunder vedtok de i 2011 «Directive on combating the sexual exploitation of children online and child pornography».

EU har utformet en strategiplan for perioden 2014-2020 for hvordan de best kan bekjempe cyber-crime, kalt Horizon 2020. Målet med Horizon 2020 er å skape et felles marked for kunnskap, innovasjon og forskning.¹⁸⁹ EU-kommisjonen etablerte i 2013 et selvstendig European Cybercrime Center (EC3) innen Europol i Haag. EC3 tilbyr ekspertise til medlemslandene ved etterforskning av datakriminalitet, herunder vil de bistå landene dersom de har behov for å samarbeide internasjonalt med andre medlemsland.¹⁹⁰

Det kan stilles spørsmål ved hvilken betydning EU sine regler har for Norge. Norge er ikke medlem av EU og er dermed ikke bundet av EUs regelverk, ettersom EUs rettslige samarbeid ikke er inkludert i EØS-avtalen. Norge er medlem av EØS-avtalen. Dette medfører at Norge er bundet av EØS-relevant EU-lovgivning. Det skrives i Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) følgende om EUs strafferettslige arbeid: «Harmoniseringen, særlig i form av såkalte rammebeslutninger, har direkte rettslig betydning bare for medlemsstatene».¹⁹¹ Noe som innebærer at Norge ikke uten videre er bundet av disse. «Disse inngår i utgangspunktet heller ikke i EØS- eller Schengen-samarbeidet, og Norge er således ikke forpliktet til å følge EU her».¹⁹² «Foruten Schengen-samarbeidet har Norge i dag samarbeidsavtaler med EU om Eurojust, Europol, den europeiske arrestordren og om gjensidig bistand i straffesaker».¹⁹³

Det følger av Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) side 28 at departementet ved utformingen av straffeloven 2005, la vekt på rammebeslutningen i vurderingen av hvordan tilsvarende norske regler skulle utformes. Dette skyldtes blant annet at Norge ønsket å følge den nordiske rettsutviklingen og at det kan ha uheldige konsekvenser dersom Norge har mindre streng lovgivning enn andre land i Europa. Norge kan da bli en «safeheaven» for kriminelle.

¹⁸⁸ Schjølberg, Stein, «På vei mot en global protokoll om cybersikkerhet og cyberkriminalitet», *Lov&Data*, nr. 97 -mars 2009, side 38 femte avsnitt.

¹⁸⁹ <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020> (sist besøkt 29.10.18)

¹⁹⁰ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013JC0001> (sist besøkt 22.10.18)

¹⁹¹ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) side 28 femte avsnitt.

¹⁹² Suominen (2015) punkt 4.2.

¹⁹³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) side 28.

Ettersom EUs straffelovgivning bare har begrenset verdi i Norge, vil det ikke gjøres ytterligere rede for regelverket.

4.3 Vern mot integritetskrenkelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen med protokoller

4.3.1 Oversikt

Her skal det gjøres rede for den europeiske menneskerettighetskonvensjonens art. 7, 8 og delvis art. 10. Det vil bli sett på hvilke kvalitetskrav for straffehjemmel som oppstilles i art. 7, og hvorvidt disse kvalitetskravene påvirker skyldkravet. Videre vil det gjøres rede for vernet om privatlivets fred etter EMK art. 8, og hvilke krav som stilles for at dette vernet skal være tilstrekkelig ivaretatt, når det gjelder integritetskrenkelser på digitale medier. Siden vil forholdet mellom retten til privatliv jf. EMK art. 8, og retten til ytringsfrihet jf. EMK art 10 bli drøftet. Før det vil ses på hvilke særlige rettigheter barn har til privatliv etter art. 8. Det vil avslutningsvis foretas en vurdering av Norges oppfølging av forpliktelsene etter EMK art. 8 og EMK art. 7.

4.3.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens kvalitetskrav for straffehjemmel.

Det følger av den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 7 nr. 1 første setning at: «No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed». Både EMK art. 7 og SP art. 15 forbyr å straffe handlinger som ikke var straffebelagt ved lov på gjerningstidspunktet. De to bestemmelsene fastslår derved legalitetsprinsippet og forbudet mot tilbakevirkende straffelovgivning.

Artikkel 7 regulerer bare de tilfeller som regnes som straff, og det er kun de tilfellene som leder til domfellelse som er innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Hva regnes som straff etter konvensjonens bestemmelser? Hvorvidt reaksjonen i nasjonal rett anses som straff, ilegge en hvis vekt. Imidlertid fremhever EMD: «but it does not follow that the classification thus made by the States is decisive for the purposes of the Convention ». ¹⁹⁴ Begrepet straff skal tolkes autonomt. I saken *Engel med flere mot Nederland*, fastsetter EMD flere kriterier

¹⁹⁴ *Öztürk v. Germany* P, EMD nr: 8544/79, avsnitt 49.

for å vurdere hvorvidt et forhold må anses som straff etter konvensjonens bestemmelser.¹⁹⁵

Det vil imidlertid ikke gjøres nærmere rede for hva som anses som straff i EMKs forstand, da dette ikke ligger i kjernen av oppgavens tema.

Dersom forholdet regnes som straff etter konvensjonens bestemmelser: «vil det oppstilles krav om rettsgrunnlag og forbud mot tilbakevirkning for to forskjellige offentlige myndighetshandlinger: For det første selve skyldkonstateringen.[...] For det andre ileggelsen av straffesanksjoner som følge av denne skyldkonstateringen (valg av sanksjonsmidler)».¹⁹⁶

Det følger av EMK art. 7 at det må foreligge hjemmel som på en klar måte beskriver den straffbare handlingen: «selv om samfunnet prinsipielt har frihet til å bruke straff som et virkemiddel i enhver situasjon, må straffeforfølgningen være underkastet kontroll ved at det stilles kvalitetskrav til enhver hjemmel for straff».¹⁹⁷ Marius Emberland skriver:

«Spørsmålene knyttet til EMK art 7 i praksis vil ofte dreie seg om nasjonale domstolers tolking og anvendelse av vagt eller uklart rettsgrunnlag kan oppfylle de kvalitetskrav som stilles til hjemmelsgrunnlaget etter bestemmelsen».¹⁹⁸ Altså vil det ofte være den konkrete tolkningen av hjemmelsgrunnlaget som er gjenstand for undersøkelse.

Hvilke kvalitetskrav stilles til rettsgrunnlaget etter EMK art. 7? Det skrives i *Kafkaris mot Kypros* at «the term “law” implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability».¹⁹⁹ Hjemmelen må altså være forutsigbar og tilgjengelig. En bestemmelse er tilgjengelig dersom lovbestemmelsen og relevant rettspraksis: «had been published and was accessible».²⁰⁰

EMD anerkjenner at det er behov for lovbestemmelser som ikke er for rigide, og er egnet til å imøtegå forandringene i samfunnet, slike bestemmelser blir ofte til en viss grad vage.²⁰¹

Imidlertid er det et krav om at bestemmelsen må være tilstrekkelig klar og presis, for å være i tråd med art.7, dette henger sammen med kravet om at hjemmelen må være forutsigbar.²⁰² For at en straffebestemmelse skal være tilstrekkelig klar kreves det at: «An individual must know

¹⁹⁵ *Engel and others v. The Netherlands* P, EMD nr: 5370/72, fra avsnitt 82 og videre.

¹⁹⁶ Emberland, Marius, «Om internasjonale menneskerettigheter- Lovskravet i EMK art 7-i lys av nyere EMD praksis», *Tidsskrift for strafferett*, 2001 s. 55-67, side 65 første avsnitt.

¹⁹⁷ Bertelsen, Tor Ehlers, *EMK kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, Oslo, side 228.

¹⁹⁸ Emberland (2001) side 59 første avsnitt, siste setning.

¹⁹⁹ *Kafkaris v. Cyprus* GC, EMD nr: 21906/04, avsnitt 140.

²⁰⁰ *Kokkinakis v. Greece* C, EMD nr: 14307/88, sist lest 19.06.19. Avsnitt 40.

²⁰¹ *Op.cit.* avsnitt 40.

²⁰² *Op.cit.* avsnitt 51.

from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty will be imposed for the act committed and/or omission». Hva som er straffbart må dermed fremgå direkte av ordlyden i straffebudet, som bare i nødvendig utstrekning kan suppleres med domstolens tolkning. Det følger av *Cantoni mot Frankrike* at: «A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances».²⁰³ Dermed er det ikke et krav om at bestemmelsene må kunne forstås uten juridisk assistanse.

I *G.I.E.M S.R.L med flere mot Italia*, fremholder EMD at: «a measure can only be regarded as a penalty within the meaning of Article 7 where an element of personal liability on the part of the offender has been established». Det oppstilles altså et skyldkrav som betingelse for straff. Imidlertid skriver EMD at: «this requirement does not preclude the existence of certain forms of objective liability stemming from presumptions of liability, provided they comply with the Convention».²⁰⁴ Det er altså et forbud mot straff på rent objektivt grunnlag, dermed må det innfortolkes et skyldansvar dersom loven oppstiller straff på grunnlag av rent objektive overtredelser.²⁰⁵ Videre fremhever EMD at statene kan: «penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence».²⁰⁶ Altså oppstilles det ikke noe krav om forsett, straff for uaktsomme tilfeller kan også være i tråd med konvensjonen. Imidlertid er det grenser for hvor langt domstolenes presumpsjoner kan strekke seg: «these limits will be overstepped where a presumption has the effect of making it impossible for an individual to exonerate himself from the accusations against him, thus depriving him of the benefit of Article 6 § 2 of the Convention».²⁰⁷

EMD fremhever at: «Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, “provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen”».²⁰⁸ Dette kan tolkes som at skyldkravet kan utvikles og klarlegges gjennom rettspraksis.

²⁰³ *Cantoni v. France* C, EMD nr: 17862/91, avsnitt 35.

²⁰⁴ *G.I.E.M S.R.L and others v. Italy* GC, EMD nr: 1828/06, avsnitt 243.

²⁰⁵ Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2018 (vol 18) s. 202-215, punkt 1.1, avsnitt 5.

²⁰⁶ *G.I.E.M S.R.L and others v. Italy* GC, EMD nr: 1828/06, avsnitt 243.

²⁰⁷ *Op.cit.* avsnitt 243.

²⁰⁸ *Kafkaris v. Cyprus* GC, EMD nr: 21906/04, avsnitt 141.

Altså oppstilles det kvalitetskrav i EMK som krever at hjemmelen må være forutsigbar, tilgjengelig, klar og presis, for at kravene etter EMK skal være oppfylt. Av rettspraksis følger det at EMK art. 7 oppstiller et skyldkrav, og skyldkravet må være utformet slik at gjerningspersonen kan imøtegå beskyldningene mot han.

4.3.3 Vern om privatlivets fred etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen artikkel 8

Privatlivets fred er vernet gjennom Verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 12, som slår fast at: «No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks». Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen bygger videre på verdenserklæringens bestemmelser. Det følger av EMK art. 8 nr. 1 at: «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse». Myndighetene kan ikke gripe inn i denne retten med mindre det er i samsvar med loven og nødvendig med hensyn til nærmere fastsatte formål og oppfylle kravene etter forholdsmessighetsprinsippet jf. art. 8 nr. 2 at. Det er altså flere kumulative vilkår for å kunne gjøre inngrep i rettigheter etter art. 8.²⁰⁹

En lignende bestemmelse følger av SP art. 17 nr. 1 som fastslår at: «Ingen må utsettes for vilkårlige eller ulovlige inngrep i privat- eller familieliv, hjem eller korrespondanse, eller ulovlige inngrep på ære eller omdømme». Bestemmelsen kan tolkes som at myndighetene har en positiv plikt til å sikre interessene. Begge bestemmelsene har myndighetene som adressat for forpliktelsene.

Hva ligger i betegnelsen respekt? Respekt kan tolkes som en plikt til å ta hensyn til interessen, og ikke gjøre noe som går på bekostning av interessene i bestemmelsen. Betegnelsen kan: «dels defineres som en plikt til å unnlate å krenke de beskyttede rettighetene, dels som en plikt til å oppfylle kravene til saksbehandling og dels som en plikt til å iverksette konkrete beskyttelsestiltak».²¹⁰

²⁰⁹ Schartum (2016) side 121.

²¹⁰ Bertelsen (2011) side 238.

En naturlig språklig forståelse av betegnelsen privatliv er at det dreier seg om enkeltindividets mulighet til selvbestemmelse og interessen i å ha en personlig beskyttet sfære. Privatliv er en betegnelse som er vid nok til å konsumere de andre vernede interessene i bestemmelsen.²¹¹ Dermed kan privatlivs-betegnelsen sies å trekke en yttergrense for de vernede interessene.²¹² EMD sier ofte at privatlivsbestemmelsen ikke er: «*susceptible to exhaustive definition*».²¹³ Imidlertid kan rettspraksis si litt om hva som vanligvis faller inn under definisjonen. I avgjørelsen *Von Hannover mot Tyskland* nr. 2 fremholdt EMD:

«the concept of private life extends to aspects relating to personal identity, such as a person's name, photo, or physical and moral integrity; the guarantee afforded by Article 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his relations with other human beings. There is thus a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of private life. Publication of a photo may thus intrude upon a person's private life even where that person is a public figure».²¹⁴

Dermed er det angitt et ganske vidt anvendelsesområde for bestemmelsen, og både psykiske integritetskrenkelser og personvernskrenkelser er vernet gjennom bestemmelsen. Njål Høstmælingen skriver: «psykisk integritet er ett av artikkel 8s kjerneområder. EMD har her i stor grad pålagt myndighetene positive forpliktelser. Det vil si at det ikke er tilstrekkelig at myndighetene selv unnlater å gjøre inngrep, men at de også må treffe konkrete tiltak for å verne om rettigheten».²¹⁵ Dermed har staten også positive forpliktelser til å sikre borgernes privatliv.

4.3.4 Vurderingsmomenter ved oppfølging av statenes positive forpliktelser til å sikre privatlivsvernet

Ved vurderingen av om staten har oppfylt sine positive forpliktelser, blir spørsmålet om: «the importance of the interest at stake requires the imposition of the positive obligation sought by

²¹¹ Aall (2018) side 214.

²¹² *Niemietz v. Germany* C, EMD nr: 13710/88, avsnitt 29.

²¹³ *M.L and W.W. v. Germany* J, EMD nr: 60798/10 and 65599/10, avsnitt 86.

²¹⁴ *Von Hannover v. Germany* GC, EMD nr: 40660/08 and 60641/08, avsnitt 95.

²¹⁵ Høstmælingen (2013), side 218 annet avsnitt.

the applicant».²¹⁶ Når nasjonale domstoler: «unnlater å gi personer medhold [...] vurderes ikke dette som «inngrep». EMD foretar i stedet en vurdering av rekkevidden av statens positive forpliktelser, og en balansering av hensynet til privatliv og ytringsfrihet».²¹⁷ Dermed kommer ikke art. 8 nr. 2 til anvendelse ved slike tilfeller, ettersom frifinnelser ikke anses som et urettmessig inngrep fra staten.²¹⁸ Jørgen Aall hevder følgende: «Generelt vil staten ha en noe videre skjønnsmargin ved slik positiv sikring».²¹⁹ Imidlertid skal avveieingen mellom ytringsfrihet og privatlivsvern være den samme uavhengig av om forholdet er iretteført under art. 10 eller art. 8.²²⁰

Rettspraksis fra EMD viser at staten har en positiv plikt til å sikre individers privatliv også på internett og sosiale media.²²¹ Like fullt skal statene ivareta individers rett til ytringsfrihet på internett. I *dommen Egil Einarsson mot Island* skriver EMD:

«At the same time, the risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press».²²²

Her fremhever EMD at det er en særlig risiko for skade når materialet er publisert på internett, sammenlignet med mer tradisjonelle former for publikasjon. EMD fremhever at:

«the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring "respect for private life", and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue».²²³

Statene er dermed gitt handlerom til å finne den løsningen som passer de best, og kan til en viss grad ivareta nasjonal rettspolitikk og moral. Hvor går grensen for hva som ligger innenfor statens skjønnsmargin? I en veiledende rapport fra EMD om hvordan EMK skal tolkes skriver

²¹⁶ Council of Europe, «Guide om Article 8 of the European convention on Human Rights -Right to respect for private and family life», 30 April 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (sist lest 20.05.19) side 8.

²¹⁷ Strømme (2016) side 354-355.

²¹⁸ Aall (2018) side 286.

²¹⁹ *Op.cit.* side 287.

²²⁰ *Axel Springer AG v. Germany* GC, EMD nr: 39954/08, avsnitt 87.

²²¹ *Egill Einarsson v/ Iceland C*, EMD nr: 24703/15.

²²² *Op.cit.* avsnitt 46.

²²³ *Op.cit.* avsnitt 36

EMD at det i tilfeller der barn misbrukes seksuelt, vil være et krav om at staten har tilstrekkelige strafferettslige regler til å ivareta borgernes krav om respekt for privatlivet.²²⁴ Dersom det dreier seg om mindre alvorlige handlinger mellom individer:

«which may violate psychological integrity, the obligation of the State under Article 8 to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection does not always require that an efficient criminal-law provision covering the specific act be in place. The legal framework could also consist of civil-law remedies capable of affording sufficient protection».²²⁵

Dette støttes av rettspraksis der det blant annet skrives: «here may [...] be positive obligations inherent in effective “respect” for private and family life and these obligations may involve the adoption of measures in the sphere of the relations of individuals between themselves. Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to effective protection».²²⁶ Barns rettigheter har altså krav på et særlig sterkt og effektivt vern.

I en rapport fra kommisjonen for menneskerettigheter som omhandler sosiale media skrives det: «Member states should no longer be given the excessive protection of overgenerous application of the “margin of appreciation” on the Internet».²²⁷ Dette kan ses på som en oppfordring til EMD om å gripe inn i større grad overfor statene, for å sikre individers rett til privatliv også på internett og sosiale medier.

4.3.5 Forholdet mellom retten til privatliv og retten til ytringsfrihet.

Et spørsmål som er mye omdiskutert i juridisk teori er hvorvidt en persons ære og omdømme er vernet etter bestemmelsen, altså om staten har en positiv forpliktelse til å verne personer mot krenkende ytringer. Ved spørsmål om krenkelse av ære og omdømme blir det ofte nødvendig å veie EMK art. 8 mot vernet av ytringsfriheten i EMK art. 10. Det fremgår imidlertid av EMK art. 10 nr. 2 at vernet om andres omdømme kan begrunne inngrep i ytringsfriheten. Vilkårene i EMK art. 10 nr. 2 tilsvarer vilkårene i art. 8 nr. 2.

²²⁴ Council of Europe, «Guide om Article 8 of the European convention on Human Rights -Right to respect for private and family life», 30 April 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (sist lest 20.05.19), side 9, avsnitt 7.

²²⁵ *Op.cit.* side 9, avsnitt 9.

²²⁶ *Bevacqua and S. v. Bulgaria* C, EMD nr: 71127/01, avsnitt 64

²²⁷ Commissioner for human rights, «Social media and human rights», February 2012, <https://rm.coe.int/16806da579> side 18.

Dersom staten har domfelt en privatperson som har krenket en annen privatpersons rett til privatliv, vil påfølgende søksmål føres under EMK art. 10. Artikkelen 10 første ledd slår fast at: «Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser». Dermed blir det ved straffeforfølgningen et: «spørsmål om staten har brutt sin *negative* konvensjonsforpliktelse til å avstå fra inngrep. Vilkårene i artikkel 10 andre avsnitt må da være oppfylt». ²²⁸

I dommen *Chauvy mot Frankrike* fremholdt EMD: «the Court must verify whether the authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other». ²²⁹ Videre i dommen slår EMD fast at en persons ære er vernet gjennom betegnelsen «privatliv» i art.8.

En dom der forholdet mellom art. 8 og art. 10 blir problematisert, er dommen *A. mot Norge*. En mistenkt i Baneheiasaken var blitt avbildet bakfra i avisen Fædrelandsvennen. Det var beskrevet hvor personen bodde, arbeidet og at han var straffedømt ved en annen anledning. Spørsmålet var om den mistenktes krav om privatliv var tilstrekkelig ivaretatt og hvor stor ytringsfrihet pressen hadde. Høyesterett i Norge hadde kommet til at oppslagene i avisen ikke var rettsstridige. ²³⁰ EMD fremholdt at: «In order for Article 8 to come into play, the attack on personal honour and reputation must attain a certain level of gravity and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life» ²³¹ EMD oppstilte spørsmål om Norge hadde oppfylt sine positive plikter til å beskytte saksøkers ære og omdømme, som må anses som del av privatlivsvernet. EMD kom frem til at:

«Although the applicant had not been mentioned by name, the photographs and details of his places of work and residence had made it possible for persons who already knew him to identify him as a possible suspect of aggravated crimes of a particularly reprehensible and also sensitive [...] character». ²³²

Dermed hadde Norge brutt forpliktelsene til å sikre personens privatliv.

²²⁸ Hovlid, Ellen Lexerød, «Krenkelser ved offentliggjøring av private opplysninger og bilder på sosiale medier», Tidsskrift for strafferett, nr. 2016 s. 138-175, side 147 annet avsnitt.

²²⁹ *Chauvy v. France C*, EMD nr: 64915/01, avsnitt 70.

²³⁰ Rt. 2005 s. 1677

²³¹ *A mot Norge C*, EMD nr: 28070/06, avsnitt 64

²³² *Op.cit.* avsnitt 70.

En annen sak der rett til privatliv og rett til ytringsfrihet stod i motstrid mot hverandre var Egill Einarsson mot Island. I saken stilte EMD opp en rekke kriterier for hvordan disse interessene kunne veies mot hverandre, der relevante momenter er:

«Relevant criteria for balancing the right to respect for private life against the right to freedom of expression may be: the contribution to a debate of general interest; how well-known is the person concerned and what is the subject of the report; his or her prior conduct; the method of obtaining the information and its veracity; the content, form and consequences of the publication; and the severity of the sanctions imposed».²³³

De samme kriteriene følger av Von Hannover mot Tyskland nr. 2, der EMD i tillegg vurderer: «circumstances in which the photos were taken» og sier at hvorvidt det er gitt tillatelse til å ta bilder eller benytte bilder også er et viktig vurderingsmoment.²³⁴

Avgjørelsen gjaldt private forhold omtalt i redaktørstyrte medier. Imidlertid kan kriteriene også ha en viss overføringsverdi til forhold som gjelder krenkelser mellom privatpersoner. I Høringsnotatet om forslag til endring i straffeloven vedrørende bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred skrives det:

«Kriteriene indikerer at privatlivets fred står sterkt når det gjelder særlig private opplysninger knyttet til ikke-offentlige personer og hvor publiseringen ikke ivaretar noen legitim, allmenn interesse. På samme måte nyter hatefulle ytringer kun et beskjedent vern etter ytringsfriheten når de fremsettes som sjikane uten annet formål enn å nedverdige den fornærmede».²³⁵

4.3.6 Vern mot krenkende ytringer på internett og digitale medier etter menneskerettighetskonvensjonen.

I saken *Tamiz mot Storbritannia* hevdet saksøker at hans ære var krenket på grunn av kommentarer på en blogg. Saksøker ønsket å holde Google Inc. ansvarlig for krenkelsene, fordi de var eier av plattformen blogger.com, der krenkelsene var manifestert. Høyesteretten

²³³ Egill Einarsson v. Iceland C, avsnitt 38

²³⁴ Vin Hannover v. Germany (no. 2) GC, avsnitt 108-112.

²³⁵ Justis- og beredskapsdepartementet, «Høringsnotat om endringer i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), juni 2018, snr: 18/3556, side 15

avviste søksmålet til Tamiz fordi de mente at krenkelsene ikke var alvorlig nok til å tillate søksmål mot et selskap utenfor statens jurisdiksjon. Spørsmålet var om Staten hadde oppfylt sine positive plikter til å sikre saksøkers rett til privatliv.

EMD utalte at staten hadde en vid skjønnsmargin når det gjaldt forhold mellom private parter. Dermed er det til en viss grad opp til statene hvordan de sikrer rettighetene.²³⁶ Imidlertid fremhevet EMD flere forhold som måtte tas i betraktning ved avveiingen av om staten hadde gjort tilstrekkelig for å ivareta rettighetene, blant annet: «the gravity of the interference with private life; the existence or absence of a consensus across the Contracting States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it».²³⁷ Ved tilfeller der det er motstrid mellom art 8 og art 10 må det være en rettferdig balanse mellom de motstridende rettighetene. Videre uttalte EMD at krenkelsen måtte være av en viss alvorlighetsgrad for å bli beskyttet av art. 8:

«the reality is that millions of Internet users post comments online every day and many of these users express themselves in ways that might be regarded as offensive or even defamatory. However, the majority of comments are likely to be too trivial in character, and/or the extent of their publication is likely to be too limited, for them to cause any significant damage to another person's reputation»²³⁸

Her tar EMD i betraktning omfanget av internett, og fremhever at ikke alle stygge kommentarer på internett er alvorlig nok til å falle under vernet etter art. 8. Dermed er det ikke et krav om at staten skal verne individer mot alle krenkende kommentarer på nett. EMD kom frem til at:

«while the majority of comments about which the applicant complains were undoubtedly offensive, for the large part they were little more than “vulgar abuse” of a kind – albeit belonging to a low register of style – which is common in communication on many Internet portals [...] Furthermore, many of those comments [...] which made more specific – and potentially injurious – allegations would, in the context in which

²³⁶ Tamiz v. The united kingdom C, EMD nr: 3877/14, avsnitt 78

²³⁷ *Op.cit.* avsnitt 79.

²³⁸ *Op.cit.* avsnitt 80.

they were written, likely be understood by readers as conjecture which should not be taken seriously».²³⁹

EMD fremhevet at saksøker hadde flere andre muligheter til å forfølge saken ved nasjonale domstoler, for eksempel ved å saksøke de som hadde skrevet de krenkende kommentarene. EMD kom frem til at rettigheten etter art. 8 ikke var krenket og avviste saken.

En annen sak som også omhandlet krenkende kommentarer på en blogg er *Phil mot Sverige*. Saksøkeren Phil hadde i et innlegg på en blogg blitt anklagd for å være medlem i et nazistparti. Videre hadde en person kommentert innlegget og uttalt at Phil visstnok var en «hasj-junkie». Innlegget var ikke postet av eierne av bloggen, bloggen åpnet for at kommentarer og innlegg kunne postes av hvem som helst, under vilkår om at kommentatoren selv var ansvarlig for sine ytringer. Både innlegget og kommentaren ble fjernet fra bloggen innen et døgn og bloggen postet at innlegget var feilaktig og ga Phil en unnskyldning.

Phil krevde imidlertid erstatning fra selskapet som drev bloggen, men fikk ikke medhold av de nasjonale domstolene i at selskapet kunne holdes ansvarlig. Spørsmålet var om det medførte et brudd på artikkel 8 at selskapet ikke kunne holdes ansvarlig for krenkelsen. Altså om Sverige ikke i tilstrekkelig grad hadde oppfylt sine positive obligasjoner til å sikre Phils privatliv. EMD stilte opp følgende vurderingsmoment for å se om selskapet kunne holdes ansvarlig for krenkelsen:

«the context of the comments, the measures applied by the company in order to prevent or remove defamatory comments, the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the intermediary's liability, and the consequences of the domestic proceedings for the company».²⁴⁰

Det blir altså trukket frem som et moment hvorvidt det var mulighet for å holde personen som skrev utsagnet ansvarlig, istedenfor å holde eierne av bloggen ansvarlig. EMD vektlegger at selskapet som eide bloggen fjernet bloggposten etter et døgn og publiserte en unnskyldning. Videre hadde ikke saksøker prøvd å holde personen som skrev posten ansvarlig for handlingen. EMD fremhever:

²³⁹ *Op.cit.* avsnitt 81.

²⁴⁰ *Phil v. Sweden C*, EMD nr: 74742/14, avsnitt 28.

«liability for third-party comments may have negative consequences on the comment-related environment of an internet portal and thus a chilling effect on freedom of expression via internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website».²⁴¹

Domstolen konkluderte med at det ikke forelå brudd på artikkel 8. I saken *Delfi mot Estonia* fremhever EMD viktigheten av ytringsfrihet på internett, men påpeker at: «it is also mindful that the possibility of imposing liability for defamatory or other types of unlawful speech must, in principle, be retained, constituting an effective remedy for violations of personality rights».²⁴² Videre i saken skriver EMD:

«the rights and interests of others and of society as a whole may entitle Contracting States to impose liability on Internet news portals, without contravening Article 10 of the Convention, if they fail to take measures to remove clearly unlawful comments without delay, even without notice from the alleged victim or from third parties».²⁴³

Dette kan tolkes som at det er et krav om at personer må kunne holdes ansvarlig for ulovlige ytringer på internett, for at vernet om privatlivet etter art. 8 skal sikres et effektivt vern. Og at tredjeparter som «Internet news portals» også i enkelte tilfeller kan holdes ansvarlig dersom de ikke i tilstrekkelig grad forsøker å bekjempe forekomsten av krenkende kommentarer.

En nylig domsavsigelse er saken *Høiness mot Norge*.²⁴⁴ I et kommentarfelt på nettsiden Hegnar Online hadde flere personer kommet med det Høiness hevdet var sexistiske og krenkende kommentarer. Moderatorene av nettstedet hadde ikke slettet kommentarene, men etter en anmodning fra Høiness ble de slettet. Hegnar, eieren av Hegnar Online, kom med en unnskyldning til Høiness, men fraskrev seg ansvaret for kommentaren. Imidlertid tilbød Hegnar å betale 10.000 kr til Høiness i kompensasjon. Spørsmålet i EMD var om Norge hadde brutt sin plikt til å sikre Høiness privatliv etter EMK art 8. EMD kom frem til at ytringene ikke vart av en særlig alvorlig karakter. Norge hadde gjennom behandling i ting- og lagmannsretten sett nøye på saken, og avveid hensynet til privatliv mot hensynet til

²⁴¹ *Op.cit.* avsnitt 35.

²⁴² *Delfi AS v. Estonia GC*, EMD nr: 64569/09, side 110.

²⁴³ *Op.cit.* avsnitt 159.

²⁴⁴ *Høiness v. Norway C*, EMD nr: 43624/14.

ytringsfrihet uten at det var noe å utsette på vurderingene til domstolene. Videre var kommentarene slettet og Høiness hadde fått kompensasjon. Dermed forelå det ikke noe brudd på art. 8.

4.3.7 Krenkelser av barns rett til privatliv.

I dommen *Söderman mot Sverige* hadde saksøkers stefar snikfilmet saksøker naken når hun skulle dusje. Saksøker var fjorten år når hendelsen fant sted. Sveriges nasjonale domstoler kom frem til at det ikke var noe straffebud som var anvendelig på saken. En av grunnene til dette var at det ikke var anført at det dreide seg om barnepornografi. Videre kunne ikke saken subsumeres under reglene om seksuelle overgrep, fordi det var et krav om at gjerningspersonens forsett måtte dekke det forhold at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen. Det kunne ikke antas at stefaren hadde forsett om at stedatteren skulle oppfatte filmingen. Spørsmålet i saken var om det forelå et brudd på Södermans rett til privatliv ettersom Sverige ikke hadde rettsmidler som beskyttet henne mot stefarens adferd. EMD fremholdt at: «Regarding, more specifically, serious acts such as rape and sexual abuse of children, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, it falls upon the member States to ensure that efficient criminal-law provisions are in place». ²⁴⁵ Dette viser at det pålegges statene visse krav om effektiv straffesanksjonering ved brudd på EMK art. 8. Imidlertid fremholder EMD:

«More generally, however, in respect of less serious acts between individuals, which may violate psychological integrity, the obligation of the State under Article 8 to maintain and apply in practice an adequate legal framework affording protection does not always require that an efficient criminal-law provision covering the specific act be in place». ²⁴⁶

Av dette kan en slutte at det ikke er krav om at alle type brudd på EMK art. 8 er straffesanksjonerbart, bare de mest alvorlige bruddene. EMD kom frem til at Sverige verken hadde strafferettslige eller sivilrettslige prosedyrer som kunne sikre Södermanns rett til privatliv på gjeldende tidspunkt. Sverige endret sine regler slik at det ikke var krav om at gjerningspersonens forsett måtte omfatte det at fornærmede skulle oppfatte krenkelsen, men disse reglene var ikke trådt i kraft slik at de kunne gjøres gjeldende for saksøker. Dermed forelå det et brudd på EMK art. 8.

²⁴⁵ *Söderman v. Sweden* GC, EMD nr: 5786/08, avsnitt 82.

²⁴⁶ *Op.cit.* avsnitt 85.

Dette viser at, selv om EMK ikke oppstiller eksplisitte krav om forsettform, må rettighetene etter EMK være vernet på en tilstrekkelig effektiv måte.

I saken *Reklos og Davourlis mot Hellas* var saksøkerens baby fotografert uten foreldrenes samtykke. Bildene var tatt av en profesjonell fotograf med den hensikt å selge bildene til foreldrene. Fotografiene var av barnets ansikt, og for øvrig ikke av krenkende natur.²⁴⁷ De to første greske rettsinstansene var kommet til at fotografens handling ikke var straffbar. Videre kunne et nyfødt barns rett til privatliv og personvern, ikke være krenket ved et slikt bilde fordi babyens emosjonelle og psykiske utvikling ikke var utviklet enda. Bildet av babyens ansikt kunne heller ikke sies å påvirke babyens senere utvikling på en negativ måte. Den greske Høyesterett avviste anken fordi de mente anken ikke var presist nok utformet. Ved irettføringen for EMD, stilte foreldrene spørsmål om det forhold at barnet var fotografert uten foreldrenes samtykke, var et brudd på EMK art. 8. EMD var enig i at det forelå et brudd på art. 8. Hvorvidt foreldrene har samtykket i fotografering av barnet spiller altså en stor rolle.

I *K.U mot Finland* hadde en person utgitt seg for å være en navngitt 12-åring som søkte kontakt med eldre menn “to show him the way” på et dating nettsted. Foreldrene til 12-åringen fant ut av dette etter at 12-åringen hadde mottatt slibrige e-poster. Leverandøren av internettsiden nektet å utlevere IP-adressen til personen som hadde postet innlegget på grunn av konfidensialitetshensyn. Politiet og domstolene kom frem til at lovgivningen i Finland på gjeldende tidspunkt ikke dekte situasjonen slik at det ikke var mulig å tvinge internettleverandøren til å utgi informasjonen. Spørsmålet var om Finland dermed hadde brutt sine forpliktelser til å sikre K.U sitt privatliv. EMD uttalte at selv om statenes benyttelse av ulike midler for å sikre individers privatliv er del av statenes skjønnsmargin, er det et krav om: «effective deterrence against grave acts, where fundamental values and essential aspects of private life are at stake, requires efficient criminal-law provisions».²⁴⁸ EMD fremholder at staten har en positiv plikt til å:

«criminalise offences against the person, including attempted offences, and to reinforce the deterrent effect of criminalisation by applying criminal-law provisions in practice through effective investigation and prosecution [...] Where the physical and

²⁴⁷ *Reklos and Davourlis v. Greece C*, EMD nr: 1234/05.

²⁴⁸ *K.U. v. Finland C*, EMD nr: 2872/02, avsnitt 43.

moral welfare of a child is threatened, such injunction assumes even greater importance».²⁴⁹

Videre skriver de:

«Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others».²⁵⁰

EMD kom frem til at Finland hadde brutt sin plikt til å sikre K.U. sitt privatliv.

Det oppstilles altså ikke noe uttrykkelig skyldkrav etter EMD art. 8, selv om det kommer frem at statene kan ha positive forpliktelser til å straffesaksjonere overtredelser av art. 8 EMD foretar konkrete vurderinger i hver enkelt sak, der de blant annet vurderer straffebestemmelsens klarhet, statenes rettshåndhevelse og forholdet mellom ytringsfriheten og retten til privatliv.

4.3.8 Norges oppfølging av forpliktelsene til å sikre vern mot privatlivs krenkelser

Norge har flere bestemmelser som verner retten til privatliv. Privatlivets fred har grunnlovsvern jf. Grl. §102, og barn er gitt et særlig privatlivsvern jf. Grl. § 104. Grunnlovsbestemmelsene er inspirert av menneskerettighetene. Grunnlovens § 102 første ledd, er nesten liklydende som EMK art. 8 nr. 1. Videre er det flere straffebestemmelser i straffeloven som verner retten til privatliv, blant annet strl. §§ 267, 266 og 266a.

Foreligger det en plikt til å kriminalisere krenkelser av retten til privatliv etter EMK art. 8? Det følger av rettspraksis og uttalelser fra EMD at statene kan velge å bruke andre midler enn

²⁴⁹ *Op.cit.* avsnitt 46.

²⁵⁰ *Op.cit.* avsnitt 49.

strafferettslige midler, for å sikre et vern mot privatlivskrenkelser.²⁵¹ Statenes forpliktelser etter art. 7 vil variere ut fra hvilket aspekt av privatlivet som er krenket.²⁵² EMD sin rettspraksis tyder på at det vil være en strengere kriminaliseringsforpliktelse når det er snakk om alvorlige overtredelser, eller overtredelser som involverer barn. Barns rett til privatliv, og hvorvidt Norge oppfyller sine forpliktelser til å sikre barns rett til privatliv, vil bli drøftet senere i oppgaven.

Foreligger det en plikt til å kriminaliser spredning av privatlivskrenkende materialet på digitale medier? EMD fremhever i flere dommer, at det er en særlig risiko for skade dersom privatlivskrenkende materiale blir publisert på internett.²⁵³ Dette kan tale for at slike tilfeller bør beskyttes ved effektiv straffelovgivning. I Rt. 2012 s. 1668 avsnitt 57 uttalte Høyesterett følgende om EMK art. 8:

«Bestemmelsen vil også kunne kreve tiltak til vern mot inngrep fra andre private [...] Statenes forpliktelser etter artikkel 8 vil likevel normalt være oppfylt dersom den urettmessige handling er straffbar etter nasjonal rett».

Straffesanksjonering vil altså være en tilstrekkelig sanksjon. Imidlertid vil straffesanksjonering for brudd på EMK art. 8 ikke alltid være nødvendig. I norsk rett innebærer skadefølgeprinsippet at straff bare bør benyttes dersom forholdet er egnet til å medføre fare eller skade. EMD tar også til ordet for at mindre alvorlige forbrytelser mot personers psykiske integritet, kan sanksjoneres ved hjelp av andre midler enn straff.

Hvilke andre midler enn strafferettslige midler kan være tilstrekkelig til å oppfylle statenes forpliktelse etter art. 8? Et sivilrettslig tiltak som kan være tilstrekkelig for å oppfylle forpliktelsene, er sivilrettslig lovgivning. I dommen *Schüssel mot Østerrike* var det tilstrekkelig at tilfellet var beskyttet av «the Copyright Act».²⁵⁴ I andre tilfeller har erstatning eller oppreisning blitt trukket frem som alternative måter å oppfylle konvensjonsforpliktelsen på.²⁵⁵ Andre forebyggende tiltak som kan tenkes, er behandling i konfliktråd eller

²⁵¹ Council of Europe, «Guide om Article 8 of the European convention on Human Rights -Right to respect for private and family life», 30 April 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (sist lest 20.05.19), side 9

²⁵² *Egill Einarsson v. Iceland C*, avsnitt 36

²⁵³ *Op.cit.* avsnitt 46

²⁵⁴ *Schüssel v. Austria C*, EMD nr: 42409/98.

²⁵⁵ *Söderman v. Sweden GC*, avsnitt 108.

ungdomsoppfølging. Hvorvidt slike tiltak alene er tilstrekkelig til å sikre et vern, må imidlertid antas å bero på krenkelsens art og alvorlighetsgrad.

Medlemsstatene er pålagt en plikt til å sikre et effektivt vern av rettighetene etter konvensjonen. For at beskyttelsen skal være effektiv er det flere forhold som bør vurderes. Ved handlemåter som medfører en plikt til kriminalisering kan hensynet til en effektiv forfølgelse av slike lovbrudd, tale for at Norge plikter å benytter alle de typer forsett i norsk rett som kan fange opp tilfellet. Dersom *dolus eventualis* passer på forholdet, vil altså hensynet til en effektiv kontroll kreve at *dolus eventualis* benyttes som forsettform.

Dersom Norge overoppfyller forpliktelsene til å verne privatlivets fred kan det komme i konflikt med retten til ytringsfrihet. Det er eksempler på at Norge er dømt for å gi privatlivet for stort vern sammenlignet med ytringsfriheten, se *Bladet Tromsø og Stensaas mot Norge*.²⁵⁶

EMK art. 8 oppstiller ikke noe skyldkrav. Det gjør imidlertid art. 7, selv om denne bestemmelsen kun gjør seg gjeldende i den grad forholdet er kriminalisert. Hvilke betingelser for realisering av straffeansvar oppstilles av EMK art. 7? Rettspraksis fra EMK oppstiller et skyldkrav, og slår fast at gjerningspersonen må ha mulighet til å imøtegå beskyldningene mot han.²⁵⁷ Hvilke forhold som er straffbar må fremgå av en hjemmel som er tilstrekkelig klar, presis, tilgjengelig og forutsigbar. Skyldkravet som er innfortolket i art. 7 innebærer også at gjerningspersonen må kunne forutse sin rettsstilling. Det er ikke entydig om de samme klarhetskravene som gjelder for straffehjemler også må gjelde for skyldkravet. Det forhold at EMD har innfortolket et skyldkrav i art. 7, kan tale for at samme kvalitetskrav som gjelder for straffehjemler også må gjelde for skyldkravet. Imidlertid er det bare hensynet til forutsigbarhet, som av EMD blir fremhevet som en betingelse for skyldkravet. Det kan hevdes at det ville vært inkonsistent å på den ene siden kreve at hjemmelen oppfyller klarhetskravene, dersom vilkårene for skyldansvar ikke fremstod som forutberegnelig, klar og presist.

Hensynet til effektivitet kan også tale for at skyldkravet burde være utformet på en tilstrekkelig klar, presis og forutsigbar måte slik at personer kan forutse hva som er straffbart. Det er ikke kun straffehjemmelen, men også skyldkravet som trekker linjer for hva som må anses som en straffbar handling, og hvilke tilfeller som faller utenfor.

²⁵⁶*Tromsø and Stensaas v. Norway* J, EMD nr: 21980/93

²⁵⁷*G.I.E.M S.R.L and others v. Italy* GC, avsnitt 243.

4.4 FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen) inkludert protokollen om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi

4.4.1 Oversikt

Her vil det gjøres rede for forpliktelsene etter FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) art. 16. Forpliktelsene til å straffesansjonere overgrep og misbruk av barn på digitale medier, etter den valgfrie protokollen om barns rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi, vil også bli drøftet. Avslutningsvis vil det vurderes hvordan Norge følger opp sine forpliktelser etter barnekonvensjonen og protokollen om barns rettigheter om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi.

4.4.2 Barns rett til privatliv etter barnekonvensjonens bestemmelser

Barnekonvensjonen ble inkorporert gjennom menneskerettsloven i 2003. Konvensjonen legger til grunn at barn har et spesielt sterkt behov for at deres interesser beskyttes og blir ivaretatt.²⁵⁸ Det følger av Barnekonvensjonen art. 4 første setning at: «Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon».

Barns rett til privatliv er sikret et spesielt vern etter barnekonvensjonen art. 16.

Bestemmelsens første ledd slår fast at «Ingen barn skal utsettes for vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem eller sin korrespondanse, eller for ulovlige angrep mot sin ære eller sitt omdømme». Bestemmelsen er ganske lik EMK art. 8, men art. 8 sikrer bare «respekt» for privatlivet. Barnekonvensjonen art. 16 er imidlertid en «skal» regel, noe som vil si at staten har en positiv plikt til å sikre slike rettigheter. Videre av annet avsnitt følger det at: «Barnet har rett til lovens beskyttelse mot slik innblanding eller slike angrep». Staten må altså sikre at loven i tilstrekkelig grad beskytter barns privatliv.

Barnekonvensjonens art. 16: «stiller ikke krav til hvorvidt vernet skal være sivil- eller strafferettslig, men krever at den rettslige beskyttelsen skal være effektiv».²⁵⁹ Det kan gjøres

²⁵⁸ Se fortalen til FNs konvensjon om barns rettigheter, 20.november 1989.

²⁵⁹ Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser- utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie*, UIB nr. 115, 2009, side 172.

inngrep i rettigheter beskyttet av art. 16, forutsatt at inngrepet har hjemmel i lov, er begrunnet i et legitimt formål og er forholdsmessig. Artikkel 16 må tolkes i lys av barns rett til medvirkning jf. BK art. 12 og hensynet til barnets beste BK art. 3 nr. 1. BK art 16 og SP art 17 er svært like, praksis som omhandler SP kan dermed ha overføringsverdi

Det er ingen domstol som sikrer at medlemslandene håndhever Barnekonvensjonen på riktig måte, «Man har derfor ingen avgjørelser å støtte seg til når det gjelder tolkingen av artikkel 16».²⁶⁰ Imidlertid rapporterer medlemslandene til FNs komité for barns rettigheter (barnekomiteen) jf. BK art. 43 og 44. Barnekomiteen skal overvåke at alle statene følger opp sine forpliktelser etter konvensjonen. Statene er imidlertid ikke rettslig forpliktet til å følge Barnekomiteens sine oppfordringer.²⁶¹ I tredje tilleggsprotokoll om individuell klagerett er det opprettet en individuell klagerett for barn, Norge har imidlertid valgt ikke å ratifisere denne protokollen.²⁶²

Det finnes eksempler på at Barnekomiteen har kommet med kritiske kommentarer til Norge sin innføring av Barnekonvensjonen. I NOU 2011: 20 Ungdom, makt og medvirkning skrives det: «FNs barnekomité har vurdert Norges oppfølging av barnekonvensjonens artikkel 16, og uttrykker i sine merknader til Norge bekymring over at foreldre kan legge ut sensitiv informasjon om egne barn på Internett:

«Komiteen er betenkt over informasjon den har fått om at foreldre krenker sine barns rett til privatliv, ved å legge ut personlige opplysninger om dem på nettsider, noen ganger for å underbygge sitt syn i barnefordelingskonflikter (...) Komiteen anbefaler parten å gi det norske datatilsynet mandat til å forhindre at foreldre eller andre legger ut opplysninger om barn som krenker barnas rett til privatliv, og som ikke er til barnas beste.»»²⁶³

Slik det er beskrevet tidligere, har barn en medbestemmelsesrett når det kommer til informasjon som omhandler dem. Dermed skal foreldre rådføre seg med barna sine før de publiserer bilder av dem. Imidlertid er det ikke sikkert denne medbestemmelsesretten håndheves i tilstrekkelig grad, og ved tilfeller som omhandler mindre barn må foreldrene

²⁶⁰ Smith, Lucy, «Om barns personvern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, nr.2 2011 s 106-126, side 112

²⁶¹ Grønvold, Sara Eline og Morten Hendis, *Barn og personvern*, Kommuneforlaget 2014, Oslo, side 18.

²⁶² https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=129&Lang=EN (sist lest 27.05.19).

²⁶³ NOU 2011: 20 Ungdom, makt og medvirkning, punkt 8.2.5

treffe selvstendige beslutninger på vegnet av barnet. Det er ikke alltid foreldrenes beslutninger ivaretar barnets rett til privatliv i tilstrekkelig grad.

Det følger av BK art. 34 at staten har ansvar for å: «beskytte barnet mot alle former for seksuell utnyttning og seksuelt misbruk». Vernet skal omfatte det å tvinge, tilskynde og utnytter barn til å delta i ulovlig seksuelle aktiviteter eller handlinger, samt ramme de som utnytter barn til pornografiske formål. Dette vernet kan gjøres gjeldende om en står overfor ytringer eller bilder av seksuell karakter som omhandler barn.

4.4.3 Valgfri protokoll til konvensjon om barnets rettigheter om salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi

Norge har gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 4 bokstav a, ratifisert protokollen om salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi.

Det slås fast i protokollens art. 1 at: «Partene skal forby salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi slik det er fastsatt i denne protokoll». Med barnepornografi siktes det til: «enhver fremstilling, uansett med hvilket middel, av et barn som er involvert i reelle eller simulerte eksplisitte seksuelle aktiviteter, eller enhver fremstilling av et barns ulike kjønnskarakteriske kroppsdeler, for hovedsaklig seksuelle formål» jf art. 2 bokstav c. I fortalen til protokollen skrives det at de stater som er part i denne protokollen er: «bekymret over at barnepornografi stadig blir mer tilgjengelig på Internett og annen ny teknologi».

Protokollen forplikter medlemslandene til å sørge for at følgende handlinger og aktiviteter fullt ut omfattes av dens straffelovgivning: «å produsere, distribuere, spre, importere, eksportere, tilby, selge eller være i besittelse av for overnevnte formål barnepornografi» jf art. 3 nr. 1 bokstav c. Protokollen stadfester at medlemslandene forplikter seg til å straffesanksjonere salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi, men protokollen oppstiller ikke noe skyldkrav.

4.4.4 Norges oppfølging av forpliktelsene til å sikre barns rett til privatliv

Barn er gitt et særlig privatlivsvern jf. Grl. § 104. Grunnlovsbestemmelsene er inspirert av menneskerettighetene, og Grl. § 102 første ledd, er nesten likelydende som EMK art. 8 nr. 1. Barns rett til privatliv er både beskyttet av EMK art. 8 og Barnekonvensjonen art. 16. Det er flere momenter som bør tas i betraktning i en vurdering av om EMK art. 8 og BK art. 16 oppstiller en plikt til å kriminalisere overtredelser som krenker barns rett til privatliv. Barnekonvensjonens artikkel 4 slår fast at statene skal benytte: «alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak» for å sikre rettighetene etter konvensjonen. Det er ikke eksplisitt fastslått noe plikt til å kriminalisere overtredelser av konvensjonsbestemmelsen. Det er imidlertid et krav om at det må foreligge lovgivning som på en effektiv måte sikrer barn rett til privatliv.²⁶⁴

Det kan stilles spørsmål ved om barns beskyttelse mot seksuelt krenkende atferd er god nok i Norge. Ved saker som omhandler seksuell utnyttelse av barn, er det flere dommer fra EMD som trekker i retning av et krav om kriminalisering av slike handlinger.²⁶⁵ Dommen *K.U. mot Finland* viser at staten har en plikt til å sikre barns rettigheter også når krenkelsen er foretatt på digitale medier.²⁶⁶ Saken *Reklos og Davourlis mot Hellas*, viser at foreldrene har samtykkekompetanse til å velge i hvilke tilfeller de ikke ønsker at barna sine skal fotograferes.

I norsk rett er det flere bestemmelser som regulerer barns beskyttet mot seksuelt krenkende adferd på digitale medier. Er disse bestemmelsene egnet til å oppfylle Norges forpliktelser? Barn som er under 16 år har et vern mot seksuelt krenkende adferd, jf. strl. § 305. Det strenge aktsomhetskravet som oppstilles i § 307 med hensyn til barnets alder, medfører at § 305 gir et høyt vern mot seksuelt krenkende adferd.

For ungdom mellom 16 og 18 år vil vernet mot straffbare handlinger følge av strl. § 298 og § 311. Ved disse bestemmelsene gjelder det ikke et særlig aktsomhetskrav. Dermed kan tilfeller der gjerningspersonen hevdet at han trodde fornærmede var voksen falle utenfor bestemmelsenes anvendelsesområde. Slik det tidligere er gjort rede for i oppgaven, er det flere eksempel på at *dolus eventualis* er benyttet for å straffe overtredelser av strl. § 311. I Norge er *dolus eventualis* en forsettform som følger av lov. Imidlertid er det ikke en

²⁶⁴ Søvig (2009)side 172.

²⁶⁵ *Söderman v. Sweden*, GC.

²⁶⁶ *K.U v. Finland* EMD J.

forsettform som blir benyttet i stor grad. Dermed kan en stille spørsmål ved om anvendelse av dolus eventualis vil medføre et mer vidtdekkende ansvar en den nasjonale tradisjon skulle tilsi. Ved tilfeller av seksuelle fremstillinger av barn på digitale medier ligger det en utfordring i å differensiere mellom de tilfeller der gjerningspersonen aktivt har lett etter ulovlig materiale, og de tilfeller der gjerningspersonen kommer over slikt materiale ved et uhell. En overoppfyllelse av forpliktelsene etter datakriminalitetskonvensjonen kan bli et problem dersom reguleringen rammer tilfeller som ikke er straffverdig. Imidlertid tyder EMDs rettspraksis på at det er viktig å sikre et effektivt strafferettslig vern mot slike krenkelser.

Rettspraksis som omhandler § 298, oppstiller et krav om at fornærmede enten direkte eller indirekte må være adressat for krenkelsen.²⁶⁷ Tilfeller av spredning av krenkende bilder av barn over 16 år, som ikke omfattes av § 311, må dermed idrettsføres under strl. § 266 eller § 267. En utfordring ved anvendelsen av § 267, er at det er et vilkår om at meddelelsen må ha skjedd offentlig. Forhold der bilder er delt mellom en mindre gruppe personer i private chatter, kan dermed falle utenfor.

Har Norge en tilstrekkelig beskyttelse mot krenkelser på digitale medier, som ikke er av seksuell art? Karl Harald Søvig stiller spørsmål ved:

«Hvilken grense gjelder for når barn selv kan samtykke til å eksponere seg selv? På den ene side skal samfunnet anerkjenne barn som selvstendige individer med rett til å treffe valg på egne vegne, samtidig som barn skal ha en rimelig grad av beskyttelse mot å treffe beslutninger som de vanskelig kan overskue konsekvensene av».²⁶⁸

Foreldre skal ivareta barnas rett til privatliv, og kan dermed overstyre barnas egne beslutninger i enkelte tilfeller. En problemstilling er hvilken råderett foreldrene har til å samtykke til, eller selv publisere materialet på digitale medier som omhandler barn. FNs barnekomite har ytret bekymring for manglende tiltak ved tilfeller der foreldre krenker sine barns rett til privatliv på digitale medier. Det skrives i NOU 2011:20 Ungdom, makt og medvirkning, punkt 8.2.5: «Foreldre har i dag i prinsippet rett til å dele bilder av eller informasjon om egne barn på Internett. Foreldrenes myndighet over sine barn kan ikke overprøves av Datatilsynet. En rimelig fortolkning er at dette er i strid med

²⁶⁷ HR-2017-1245-A

²⁶⁸ Søvig (2009) side 172, siste avsnitt, punkt 8.2.

barnekonvensjonens artikkel 16». Videre skriver utvalget: «Man skal samtidig være varsom med å overkjøre foreldres samtykkerett på vegne av egne barn».²⁶⁹ Utvalget foreslår en løsning der barnevernet tar ansvar for saker der foreldre bryter sine barns rett til privatliv.

4.5 Forbud mot diskriminering på grunnlag av kjønn eller rase

4.5.1 Oversikt

Dette underkapittelet vil redegjøre for forpliktelsene til bekjempe hatefulle og diskriminerende ytringer og utsagn etter FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner. Avslutningsvis vil Norges oppfølging av forpliktelsene etter rase- og kvinneskreddiskrimineringskonvensjonene vurderes.

4.5.2 FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, og FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner.

FNs konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK) ble vedtatt av FNs generalforsamling 21. desember 1965 og trådte i kraft i januar 1969. Norge ratifiserte konvensjonen 6. august 1970, uten forbehold. Konvensjonen gjelder som norsk lov jf. lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 5. Norge ratifiserte FNs konvensjon 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner i 1981. Konvensjonen er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven.

Begge konvensjonene har klageordninger slik at individer kan fremme klager og på nærmere vilkår få klagen sin behandlet av gjeldende FN-komité. Norge sluttet seg til den individuelle klageretten for brudd på rasediskrimineringskonvensjonen i 1976, som blir håndhevet av «The Committee in the Elimination of Racial Discrimination» (CERD). Kvinnekonvensjonen i 2002 som blir håndhevet av kvinnekomiteen; «Committee on the Elimination of Discrimination against Women» (CEDAW).²⁷⁰ Ved gjennomgang av rapporter fra medlemslandene, statsklager og individuelle klager skal komiteene kontrollere etterlevelsen

²⁶⁹ NOU 2011:20 Ungdom, makt og medvirkning, punkt 8.4.4.

²⁷⁰ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=NOR&Lang=EN (sist lest 27.05.19).

av konvensjonen. Selv om komiteene behandler individuelle klager er komiteens: «uttalelser i individuelle klagesaker *ikke i seg selv [...] rettslig bindende* verken for eller i den konvensjonsstaten den gjelder».²⁷¹

Det følger av rasediskrimineringskonvensjonen art. 2 at: «Konvensjonspartene fordømmer rasediskriminering og påtar seg straks og med alle egnede midler å føre en politikk som avskaffer diskriminering i alle dens former». Videre følger det av art. 2 bokstav d at med sikte på å bekjempe rasediskriminering skal konvensjonslandene: «forby og med alle egnede midler, herunder slik lovgivning som omstendighetene gjør nødvendig bringe til opphør rasediskriminering fra personers, grupper eller organisasjoners side».

Statene er forpliktet til å kriminalisere ytringer som gir uttrykk for ideer om raseoverlegenhet eller rasehat, ytringer som oppfordrer til diskriminering og ytringer som oppfordrer til vold mot bestemte raser eller grupper av personer med en annen hudfarge eller etnisk opprinnelse, jf. art. 4 bokstav a. Etter artikkel 5 skal dette skje: «idet det tas behørig hensyn til prinsippene nedfelt i Verdenserklæringen om menneskerettighetene og de rettigheter som er uttrykkelig fastslått i [RDK] artikkel 5». Artikkel 5 viser blant annet til menings- eller ytringsfriheten. Artikkel 6 pålegger statene å sørge for effektive rettsmidler og tilgang til domstoler, samt rett til å søke erstatning eller oppreisning for skade som følge av rasediskriminering.

Det følger av kvinnekonvensjonen art. 1 at det med diskriminering av kvinner siktes til:

«enhver forskjellsbehandling, utestengning eller begrensning på grunnlag av kjønn som har som virkning eller formål å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller ethvert annet område, uavhengig av sivilstatus og med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt»

Videre av kvinnekonvensjonen art. 2 følger det at statene forplikter seg til å fordømme alle former for kvinne-diskriminering og med alle egnede midler forplikter seg til å avskaffe alle former for kvinne-diskriminering. I art. 2 bokstav b følger det at statene forplikter seg til: «å vedta egnede tiltak, i lovs form eller på annen måte, herunder sanksjoner når det er

²⁷¹Bårdsen, Arfinn, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 160-187, side 164.

nødvendig, som forbyr all diskriminering av kvinner». Videre skal statene sørge for en effektiv beskyttelse mot enhver diskriminerende handling, jf. art. 2 bokstav c.

Det skrives i Prop. 81. L (2016-2017) side 37 at:

«Statene har en plikt til å beskytte den enkelte mot å bli diskriminert i forhold mellom private parter. Staten kan dermed ha en plikt til å forby diskriminering mer generelt, og en plikt til å sikre at dette forbudet respekteres i praksis. Statene er også forpliktet til å iverksette aktive tiltak for å fremme likestilling og motarbeide diskriminering».

Statene har dermed en positiv plikt til å iverksette tiltak for effektiv beskyttelse mot diskriminering. Imidlertid oppstilles det ikke noe skyldkrav i noen av konvensjonene, selv om det fremkommer at det er en plikt til å kriminalisere enkelte former for diskriminering.

4.5.3 Norges oppfølging av forpliktelser etter rasediskriminerings og kvinnediskrimineringskonvensjonen

De internasjonale bestemmelsene som beskytter mot rase og kvinnediskriminering er utformet meget vidt. Det skrives i NOU 2002: 4 Ny straffelov side 299 følgende om rasediskrimineringskonvensjonen:

«Norge [er] forpliktet til å ha straffebestemmelser som rammer rasistiske ytringer. Bestemmelsen er svært vidtgående formulert, og vil, hvis den tas på ordet, reise en rekke problematiske spørsmål i forhold til andre grunnleggende menneskerettigheter som menings-, ytrings- og organisasjonsfriheten. Det framgår imidlertid av lovforarbeidene til strl § 135 a [...] at man valgte å tolke art 4 innskrenkende, dels fordi det i art 4 første ledd blant annet står at kriminaliseringen må skje under tilbørlig hensyn til verdenserklæringen om menneskerettigheter, dels fordi konvensjonen art 2 nr 1 bokstav d synes å kreve lovgivningstiltak bare når omstendighetene i den enkelte stat nødvendiggjør det. Omfanget av Norges folkerettslige forpliktelser når det gjelder straffebestemmelser mot rasisme, synes imidlertid på denne bakgrunn uklart, og

Straffelovkommisjonen antar at andre hensyn dermed gjør seg gjeldende med økt styrke».²⁷²

Norge har altså tolket forpliktelsene sine innskrenkende når det kommer til rasediskrimineringskonvensjonen.

Rasediskrimineringskomiteen har kommet med kritikk mot Norge i en observasjonsrapport. De skriver følgende om Norges gjennomføring av vern mot rasistiske ytringer: «komiteen er fortsatt betenkt over at ikke begrepet «rase» er tatt inn som et forbudt diskrimineringsgrunnlag, selv om dette begrepet er hyppig brukt av allmennheten og i sosiale medier».²⁷³ Altså oppfordrer de Norge til å eksplisitt gjøre det forbudt å komme med hatefulle ytringer mot noen på grunn av rase.

Den norske bestemmelsen som verner mot hatefulle ytringer er strl. § 185, der det fremgår at det er straffbart å komme med hatefulle ytringer på grunn av hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse. Det fremgår av forarbeidene til straffeloven at det har vært et ønske om å oppfylle rasediskrimineringskonvensjonen, men at konvensjonen er utformet svært vidt. En grunn til at Norge ikke har benyttet betegnelsen rase, kan være at betegnelsen har hatt veldig negative assosiasjoner etter andre verdenskrig. Dermed kan det virke som at Norge har søkt å benytte andre betegnelser for å ramme samme forhold.

Forskningsstiftelsen Fafo publiserte rapporten: «Holdninger til diskriminering, likestilling og hatprat i Norge» 20. mai 2019.²⁷⁴ Fafos rapport fikk mye kritikk for utformingen av spørsmål i undersøkelsen, enkelte hevdet at spørsmålene var ledende. Som en følge av dette valgte Fafo å trekke rapporten.²⁷⁵ Rapporten ledet imidlertid til en stor debatt om rasisme i det norske samfunnet. I forbindelse med denne debatten skrev Førsteamanuensis ved kulturhistorisk museum UIO, Jon Røyne Kyllingstad, en kronikk i Morgenbladet om «Rasetenkning på norsk»:

²⁷² NOU 2002: 4 Ny straffelov, side 299, punkt 9.6.2 §20-4.

²⁷³ Komiteen for eliminering av rasediskriminering, «Avsluttende bemerkninger til Norges kombinerte 23. og 24. periodiske rapport». <https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/cerd-concluding-observations-norsk-oversettelse-02012019.pdf> (sist lest 27.05.19), side 2.

²⁷⁴ https://www.bufdir.no/Global/Holdninger_til_diskriminering_likestilling_og_hatprat_i_Norge_oppdateret.pdf (sist lest 17.06.19).

²⁷⁵ https://www.faf.no/index.php/om-fafo/nyheter/item/fafo-korrigerer-rapport-etter-kritikk?fbclid=IwAR2WIBK_5-uJH2IglNX7wGxF_-3ofYUARhIz0_cz4DbJrVcr7T1EWquJT74 (sist lest 17.06.19).

«Vi er vant til at raseordet benyttes for å beskrive sosiale skillelinjer i det amerikanske samfunnet. Vi er mindre vant til å høre ordet brukt for å beskrive forhold i Norge. Vi er mer komfortable med å snakke om religion, geografisk opphav eller etnisitet når vi drøfter innvandring og integrasjon, eller fordommer og rasisme i vårt eget land. [...] rase er en sosial konstruksjon som ikke bare eksisterer i andre deler av verden eller i vår egen fortid, men som også finnes i dagens Norge».²⁷⁶

Kronikken fremhever at begrepet rase ikke blir mye brukt i Norge, men dette er ikke ensbetydende med at rase ikke eksisterer som en sosial konstruksjon i Norge.

I utredning om det strafferettslige vernet mot diskriminering, som hadde høringsfrist 01.11.2018, at forslaget medfører at:

«det ikke sikres full oppfølging av ECRIs anbefaling om at straffeloven «skal inkludere grunnene rase, språk og statsborgerskap i de relevante bestemmelser». 151 Dette skyldes at jeg mener det er åpenbart at disse tre forholdene kan innfortolkes i begrepet «nasjonal eller etnisk opprinnelse» slik lovforarbeidene angir, og etter norsk lovgivningstradisjon er det unødvendig å nevne disse uttrykkelig i lovteksten».²⁷⁷

Dermed er det et bevisst valg at strl. § 185 ikke eksplisitt regulerer diskriminering på grunnlag av rase.

Kvinnekomiteen har også kommet med kritikk mot Norge, og skrev følgende i en observasjonsrapport 22. november 2017, om Norges gjennomføring av kvinnediskrimineringskonvensjonen: «Section 185 of the Penal Code does not include gender hate speech».²⁷⁸ Altså vurderer kvinnekomisjonen at Norge kunne gjort mer for å oppfylle sine forpliktelser. Komiteenes kritikk retter seg imidlertid mot det objektive innholdet i straffebudet. Det er i utredning om det strafferettslige vernet mot diskriminering, foreslått at

²⁷⁶ Kyllingstad, Jon Røyne, «Rasetenkning på norsk», *Morgenbladet*, 31. mai 2019, <https://morgenbladet.no/ideer/2019/05/rasetenkning-pa-norsk> (sist lest 17.06.19), siste avsnitt.

²⁷⁷ Larsen, Kjetil Mujezinović, «Utredning om det strafferettslige diskrimineringsvernet» avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 13. september 2016 <https://www.regjeringen.no/contentassets/95190275f7d74d86800ab6a37f53f94a/utredning---det-strafferettslige-diskrimineringsvernet.pdf> (sist lest 19.06.19), punkt 5.4.6, siste avsnitt.

²⁷⁸ https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/NOR/CO/9&Lang=En (sist lest 02.06.19), side 6

kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk skal inkluderes som diskrimineringsgrunnlag i § 185.²⁷⁹ En slik regulering må antas å være i tråd med kvinnekomiteens anbefaling.

Den siste tiden har det vært stor debatt i mediene rundt strl. § 185. Debatten ble utløst av at flere samfunnsdebattanter tok til ordet for at Stortinget skulle avskaffe strl. § 185, fordi de hevdet at: «Lovteksten er så vagt formulert at det i realiteten er umulig å vite hvilke ytringer den kommer til å ramme. Denne uklarheten skaper en fundamental usikkerhet om hvor ytringsfrihetens grense går».²⁸⁰ Videre hevdet debattantene at andre straffebestemmelser gir tilstrekkelig vern mot de hatefulle ytringene som bør være straffbare. Innlegget ble møtt med stor kritikk fra andre debattanter som mente at § 185 har en viktig funksjon i samfunnet.²⁸¹ En bemerkning kan knyttes til at samtlige debattinnlegg benytter betegnelsen «rasismeparagrafen», selv om det nettopp er mangelen på eksplisitt regulering av rase Norge har mottatt kritikk for. Det er tidligere i oppgaven drøftet hvor grensen går mellom ytringsfrihet og respekt for privatlivets fred. En opphevelse av § 185 vil sannsynligvis medføre at Norge ikke oppfyller sine internasjonale forpliktelser etter rasediskrimineringskonvensjonen.

4.6 Europarådets konvensjon om datakriminalitet, ETS nr. 185 og Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk

4.6.1 Oversikt

Her vil det bli gjort rede for forpliktelsene til å bekjempe barnepornografi etter Europarådets konvensjon om datakriminalitet (ETS nr. 185) art. 9. Vider vil det bli gjort rede for

²⁷⁹ Larsen (2016) punkt 5.4.2 og 5.4.4.

²⁸⁰ «Opprop: Rasismeparagrafen hører ikke hjemme i et liberalt demokrati», *Aftenposten*, 21. Juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/BRzx17/Opprop-Rasismeparagrafen-horer-ikke-hjemme-i-et-liberalt-demokrati> (sist lest 24.06.19).

²⁸¹ Tennfjord, Vilde og Oscar Oksavik, «Å oppheve «rasismeparagrafen» vil sende feil signal», *Aftenposten*, 26. Juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/QoawPW/A-oppheve-rasismeparagrafen-vil-sende-feil-signal--Vilde-Jalleni-Tennfjord-og-Oscar-Johannes-Oksavik> (sist lest 28.06.19).

Bangstad, Rune, Steen og Kohn, «Sterkt misvisende informasjon i opprop», *Aftenposten*, 25. juni 2019 <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/4qxL2E/Sterkt-misvisende-informasjon-i-opprop--Sindre-Bangstad--Rune-Berglund-Steen-og-Ervin-Kohn> (sist lest 28.06.19).

Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk. Siden vil det bli sett på hvordan Norge oppfyller sine forpliktelser etter konvensjonene.

4.6.2 Formål

Europarådets konvensjon om datakriminalitet ble undertegnet av Norge i Budapest 23. november 2001. Norge ratifiserte konvensjonen den 4. november 2005.²⁸² Konvensjonen pålegger statene å sørge for at den nasjonale prosess- og straffelovgivningen oppfyller visse minimumskrav. Konvensjonen gir en minimumsliste over hvilke type datakriminelle handlinger som konvensjonslandene bør kriminalisere. Handlinger som er kriminalisert som «cyberkriminalitet» etter konvensjonens bestemmelser er blant annet befatning med barnepornografi jf. art. 9 og krenkelse av personlige rettigheter, jf. art. 10. Videre etablerer den tiltak for internasjonalt samarbeid.²⁸³ Straffebestemmelsene er bare ment å utgjøre et minstekrav, statene kan fritt vedta strengere bestemmelser. Inger Marie Sunde uttrykker at: «Konvensjonen legger faktisk opp til å effektivisere mulighetene for straffeforfølgning og internasjonalt samarbeid i alle straffesaker hvor dataetterforskning er relevant».²⁸⁴ Konvensjonen kan dermed bidra til bekjempelse av kriminalitet på et videre område enn kun datakriminalitet.

Europarådet har utarbeidet en Explanatory Report, vedtatt 8. november 2001, som er en kommentar til konvensjonsteksten. Det fremkommer i forordet til kommentarene at rapporten ikke er et autoritativt instrument som skal sikre en fastsatt fortolkning av konvensjonen. Altså kan det ikke legges særlig stor vekt på rapporten, men den kan bidra til å gi klarhet i hva som er tanken bak enkelte av bestemmelsene.

4.6.3 «Intentionally» og «willfully» etter art. 10

Konvensjonen krever anvendelse av straff ved handlinger som er utøvd «intentionally» jf. art 2 eller «willfully» jf. art. 10. Den offisielle konvensjonsteksten er utarbeidet på engelsk og fransk. I den norske oversettelsen benyttes ordet «forsett» om begge begrepene. Det er uklart om forsett er en presis oversettelse av forpliktelsene som følger av konvensjonen.

²⁸² Besl.O.nr.48 (2004-2005) Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven og om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 8. november 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi (lovtiltak mot datakriminalitet).

²⁸³ Sunde, Inger Marie, «Convention on Cybercrime», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 1 2002 s. 89-99, side 93.

²⁸⁴ *Op.cit.* side 90.

Det følger av de enkelte straffebudene i konvensjonen at overtredelsen må vær utøvd «without right», dette gir uttrykk for en rettsstridsreservasjon.²⁸⁵ Det er kun urettmessige overtredelser som er straffbar. Dersom en for eksempel har tillatelse fra eier til å endre eller benytte datainformasjon er bruken ikke straffbar, videre er det opp til nasjonalstatene hvordan de velger å benytte rettsstridsreservasjonen i sine land.²⁸⁶

Konvensjonsbestemmelsene inneholder ingen definisjon av betegnelsen «intention». Det uttales i Explanatory Report side 8 punkt 39 at:

«All the offences contained in the Convention must be committed "intentionally" for criminal liability to apply. In certain cases an additional specific intentional element forms part of the offence. [...] The drafters of the Convention agreed that the exact meaning of 'intentionally' should be left to national interpretation».²⁸⁷

Det var altså et bevisst valg å ikke definere hva innholdet i betegnelsene skulle være. En grunn til dette kan være at medlemsstatene har ulike rettstradisjoner, med ulike syn på skyldspørsmålet. Ved å utelate begrepsavklaring, kan det være en unngår uenigheter.

Statene har muligheten til å implementere kvalifiserende vilkår for forsett, og mulighet til å reservere seg mot enkelte deler av konvensjonen. Dette gir statene handlerom til å foreta de nasjonale rettspolitiske vurderingene de måtte ønske.²⁸⁸

Det skrives i boken «Internasjonal strafferett» om den generelle betegnelsen «intent» at: «Det typiske, som gjerne vil følge av hovedkravet om intent, er imidlertid at selve atferden må være villet, en straffbetingende følge villet eller erkjent, og en straffbetingende omstendighet erkjent».²⁸⁹ I common law landene benytter de betegnelsene «direct intent» og «oblique intent», og sikter da til tilfeller der gjerningspersonen har hatt til hensikt å oppfylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud eller når gjerningspersonen har erkjent at han forutså overtredelsen som en naturlig konsekvens av handlingen.²⁹⁰ Denne forståelse av «intent» er ikke ulik den som presenteres i boken «internasjonal strafferett».

²⁸⁵ *Op. cit.* side 96.

²⁸⁶ Explanatory Report punkt 38. <https://rm.coe.int/16800cce5b>

²⁸⁷ *Op.cit.* side 8 punkt 39.

²⁸⁸ *Op.cit.* side 8 punkt 40.

²⁸⁹ Bauman, Elizabeth og Jo Stigen, *Internasjonal strafferett*, Gyldendal 2018, Oslo, side 138.

²⁹⁰ Summers, sarah og Christian Schwarzenegger m.fl., *The emergence of eu criminal law*, Hart Publishing. Oxford, 2014, side 262.

Dersom en legger til grunn en slik forståelse av «intent» som den som brukes i common law landene, vil altså det som regnes som hensynsforsett og visshetsforsett i norsk rett, være «intent». Imidlertid må det ilegges vekt at Europarådet bevisst har latt være å definere betegnelsen. Videre er bestemmelsen bare ment som en minimumsregel der nasjonalstatene fritt kan vedta strengere regler. Minimumsregelen må imidlertid tolkes slik at den rammer hensiktsforsett og mye taler for at den også rammer visshetsforsett.

4.6.4 Europarådets konvensjon om datakriminalitet art. 9, beskyttelse mot barnepornografi.

Artikkel 9 pålegger landene å ha regler som beskytter mot barnepornografi. For å effektivt bekjempe barnepornografi er hvert ledd fra produsent til den som er i besittelse av barnepornografi, listet opp i artikkelen. Når det gjelder kravet om subjektiv skyld, fremholdes det i Explanatory report punkt 105:

«Parties are obligated to criminalise if committed "intentionally". Under this standard, a person is not liable unless he has an intent to offer, make available, distribute, transmit, produce or possess child pornography. Parties may adopt a more specific standard».

Dermed kreves det at gjerningspersonen har en «intensjon» om å gjennomføre det som står i gjerningsbeskrivelsen. Videre skrives det at medlemslandene kan velge å presisere skyldkravet ved å for eksempel ta inn kvalifiserende vilkår, som for eksempel nevnes at «liability may be imposed if there is "knowledge and control" over the information which is transmitted or stored».²⁹¹

4.6.5 Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk

Europarådets ministerkomité vedtok i juli 2007 en konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk. Formålet var å sikre en effektiv bekjempelse av

²⁹¹ Explanatory Report side 17 punkt 105.

seksuell utnyttelse av barn. Norge undertegnet konvensjonen 25. oktober 2007.²⁹²

Konvensjonen inneholder blant annet en forpliktelse til å kriminalisere fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstillinger som seksualiserer barn.

Sammenligning av det nasjonale forsettkravet i forhold til Europarådets konvensjon om datakriminalitet art. 9 og Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og misbruk.

Spørsmålet videre blir hvordan Norges nasjonale regler er utformet, sammenlignet med forsettkravet som følger av ETS. 185? I norsk rett er straffeloven § 311 utformet med sikt på at gjerningsbeskrivelsen skal oppfylle kravene i ETS. 185 art. 9.²⁹³ Det objektive innholdet i straffebudet må dermed antas å være i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser etter ETS. 185 art. 9.

Flere momenter må vurderes for å avklare hvordan skyldkravet er utformet i norsk rett sammenlignet med skyldkravet som er oppstilt i ETS. 185. I Norge kreves det forsett ved tilfeller der noen har skaffet seg tilgang til overgrepsmateriale, jf. strl. § 311 første ledd bokstav c. Dette fremheves i Ot.prp. nr. 22(2008-2009) side 44:

«Det er det vanlige forsettskravet som gjelder, det vil si at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsforsett eller dolus eventualis i form av den positive innvilgelsesteori. Meningen er å avgrense mot den som uforvarende får tilgang til slike bilder, for eksempel ved feilnavigering på internett».

For de øvrige overtredelsene av strl. § 311 er uaktsomhet også straffbart jf. Strl. § 311 tredje ledd. Dersom det legges til grunn at ETS. 185 rammer tilfeller som er foretatt med visshet eller hensikt, vil det norske skyldkravet ramme videre enn de forpliktelsene som følger av konvensjonen. Imidlertid gir konvensjonen bare uttrykk for minimumsrettigheter, så medlemsstatene står fritt til å vedta strengere bestemmelser. Norges regulering er strengere enn minimumsrettighetene i ETS. 185, både fordi forsettkravet i norsk rett også omfatter sannsynlighetsforsett og dolus eventualis og fordi uaktsomme overtredelser av § 311 i stor grad er kriminalisert.

²⁹² Ot.prp.nr. 22 (2008-2009) side 209 siste avsnitt.

²⁹³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 447.

Det vil imidlertid også ha betydning for konvensjonskonformiteten hvordan straffeansvaret praktiseres. Dersom domstolene legger til grunn en for høy terskel for hvilke tilfeller som straffes vil dette kunne medføre brudd på konvensjonsforpliktelsene.

Utenom datakonvensjonen er det veldig få internasjonale avtaler Norge har ratifisert som eksplisitt regulerer integritetskrenkelser foretatt via digitale medier. Også nasjonale regler unnlater å eksplisitt nevne internett og digitale medier som arena for krenkelser. Det fremgår av forarbeidene til straffeloven at dette var et bevisst valg fordi det ble ansett som unødvendig å eksplisitt regulere dette.²⁹⁴ Imidlertid kan det stilles spørsmål ved om en mer eksplisitt regulering kunne tydeliggjort for borgerne hvor grensen går mellom hva som er rett og galt på internett.

4.7 Likegyldighetsforsettet i svensk rett

Sverige opererte tidligere med *dolus eventualis*, før de erstattet *dolus eventualis* med en forsettype de kaller «likegyldighetsforsett». Svenskene opererer ikke med et sannsynlighetsforsett.

I dommen NJA 2004 s. 176 var gjerningspersonen anklaget for å ha utsatt andre personer for fare som følge av at han hadde hatt ubeskyttet sex med over ti personer, selv om han var HIV positiv og hadde kjennskap til dette. Tiltalte hadde ikke informert noen av de fornærmede om sin sykdomstilstand. Tiltalte hevdet at han hadde så små mengder av viruset i blodet at han ikke anså seg som smittsom. Spørsmålet i saken var om tiltalte hadde utvist tilstrekkelig grad av skyld når det kom til risikoen for at han kunne smitte andre med viruset. Högsta domstolen foretar i dommen en lang utredning av de forskjellige forsettypene som kan anses å markere den nedre grensen for forsett. I denne vurderingen avviser Högsta domstolen forsettypene hypotetisk forsett og sannsynlighetsforsett, og fremholder at ingen av disse er tilstrekkelig presise til å kunne anvendes i Sverige.

«Det avgörande är således att förverkligandet av effekten eller förekomsten av omständigheten, vid gärningstillfället inte utgjorde ett för gärningsmannen relevant skäl för att avstå från gärningen. Har gärningsmannen handlat i förlitan på att effekten

²⁹⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om endringer i straffeloven side 442.

inte skulle förverkligas eller gärningsomständigheten föreligga har han inte varit likgiltig i denna mening även om hans inställning kan framstå som lättsinnig».²⁹⁵

Högsta domstolen kom frem til at tiltalte: «inte gjort sig skyldig till försök till misshandelsbrott utan endast till framkallande av fara för annan». Dommen er ansett som prinsipielt viktig i Sverige fordi den uttrykkelig stadfester likegyldighetsforsett som den nedre grensen for forsett i Sverige.²⁹⁶

Likegyldighetsforsett krever altså at gjerningspersonen har innsett muligheten(risikoen) for at hans handlemåte kan komme til å realisere gjerningsinnholdet i et straffebud. Han stiller seg imidlertid likegyldig til om så skjer- altså har skadefølgens inntreden ikke virket som noen relevant motivasjon for ham til å avstå fra handlingen.

Det må imidlertid skilles tydelig mellom tilfeller som anses å omfattes av likegyldighetsforsett og tilfeller som regnes som uaktsomme: «man skal göra en distinktion mellan de fall då gärningsmannen förlitar seg på att risken inte skall förverkligas (ej likgiltighet), och de fall då han finner sig i eller förlikar sig med riskens förverkligande (likgiltighet)».²⁹⁷

Er den forsettformen norske dolus eventualis egentlig så ulik det svenske likegyldighetsforsettet, og hva består i så fall avviket i? I Norge opererer vi med dolus eventualis som den laveste graden av forsett. Både ved anvendelsen av likegyldighetsforsettet og dolus eventualis er det første vilkåret at gjerningspersonen har sett muligheten av at hans handlingsmåte kan realisere gjerningsinnholdet i et straffebud. Det som skiller likegyldighetforsettet fra dolus eventualis, er de videre vurderingselementene. Ved anvendelse av likegyldighetsforsettet vil det være tilstrekkelig at gjerningspersonen er likegyldig til følgen av handlingen. I norsk rett holder det imidlertid ikke at gjerningspersonen har vært likegyldig, det er et krav om at gjerningspersonen positivt har innvilget følgen.

²⁹⁵ NJA 2004 s. 176, Fra Högsta domstolens vurdering- under overskriften Likgiltighetsuppsåt. https://beta.lagrummet.se/rinfo/publ/rf/nja/2004/s_176 (sist lest 24.06.19).

²⁹⁶ Leijonhufvud, Madeleine og Suzanne Wennberg, *Straffansvar*, Åttonde upplagan, Norstedts juridik, 2009 Stockholm, side 59.

²⁹⁷ *Op.cit.* side 59.

5 Vurdering av skyldkravets tilstrekkelighet i møte med digitale medier som plattform og arena for kriminelle integritetskrenkelser

Avslutningsvis vil det vurderes hvorvidt Norge imøtegår de folkerettslige forpliktelsene, redegjort for i kapittel fem, når det gjelder skyldkravet. Dette vil bare være en overordnet vurdering av totalbildet i Norge, mer inngående vurderinger er foretatt i kapittel fem. Videre vil vurderes i hvilken grad det er et potensial for å oppnå en større grad av beskyttelse mot integritetskrenkelser på digitale medier, innenfor rammen av kriminaliseringsbegrunnelsen.

5.1 Vurdering av i hvilken grad den norske linjen for kriminalisering imøtegår de folkerettslige minimumskravene?

De internasjonale forpliktelsene som er gjort rede for tidligere i avhandlingen har til felles at de oppstiller minimumsforpliktelser for statene. Norge har innlemmet alle konvensjonene gjennom lovgivning. Norge har mottatt kritikk fra kvinne, rase og barnekomiteen for visse deler av reguleringen. Når det gjelder rasediskrimineringskomiteens kritikk av at Norge ikke har benyttet begrepet «rase» i straffelovgivningen, må det antas at det ikke er et reelt brudd på konvensjonen. Norge har ønsket å oppfylle konvensjonen, men har valgt andre type betegnelser i stedet for uttrykket «rase».

Norge er kritisert av barnekomiteen for å ikke sikre barn et tilstrekkelig vern mot krenkelser foretatt av foreldrene på digitale medier. Norge har valgt å legge ansvaret for å ivareta barns rett til privatliv på sosiale medier til barnevernet. Det er uklart om en slik løsning er tilstrekkelig for å sikre barns rett til privatliv. Barnevernet har mange oppgaver i samfunnet. Dersom de skal pålegges ansvar for å følge opp saker der foreldre krenker sine barns rett til privatliv, kan det påvirke effektiviteten i slike saker. FNs komite ytret et ønske om at datatilsynet burde ilegges mandat til å hindre foreldre fra å legge ut slik informasjon. På den ene side har datatilsynet inngående kjennskap til de ulike problemstillingene som realiserer seg på digitale medier, og vil dermed ha godt kjennskap til hvordan slike saker bør håndteres. På den andre siden er det en vanskelig oppgave å slå fast hvor grensen går for hva foreldre lovlig kan legge ut om sine barn på digitale medier.

En negativ side ved å ilegge barnevernet et slikt ansvar er at det kan gi inntrykk av at bare familier som er under barnevernets søkelys kan bli stilt til ansvar for å krenke barns rett til privatliv. Videre kan det bli en høy terskel for barn å selv søke hjelp, dersom det er barnevernet de må kontakte for slik hjelp. En måte å løse dette på kunne vært å opprette et eget organ med tverrfaglig kompetanse som etter barnevernets, barnets eller andres anmodning, kunne følge opp saken og om nødvendig gå til sak.

Det kan også stilles spørsmål ved om de bestemmelsene som krever at fornærmede har følt seg krenket, og at gjerningspersonens forsett må omfatte det forhold at fornærmede oppfattet krenkelsen, egentlig er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser etter EMK art. 8. I *dommen Söderman mot Sverige*, var det et tilsvarende problem i svensk rett at det i lovgivningen var oppstilt et krav om at fornærmede måtte oppfatte krenkelsen. EMD anså at svensk lovgivning ikke var tilstrekkelig effektiv, når den på gjeldende tidspunkt ikke omfattet slike tilfeller. Dommen kan ses på som en kritikk mot vilkår om at fornærmede må oppfatte krenkelsen for at forholdet skal omfattes av straffebudet. Imidlertid omhandlet dommen forbrytelser mot et barn, og har har EMD oppstilt ekstra strenge forpliktelser. Det kan ikke entydig konkluderes med at disse bestemmelsene bryter Norges folkerettslige forpliktelser.

Konvensjonene oppstiller i liten grad eksplisitt et forsettkrav eller et krav om kriminalisering, og der dette blir gjort er det ofte bare et krav om at de mest alvorlige overtredelsene kriminaliseres, og at gjerningspersonen har utvist hensikt- eller visshetsforsett. Dermed er det en viss terskel for å kunne slutte at statene ikke har oppfylt minimumsforpliktelsene. Selv om det kan knyttes noen kritiske bemerkninger til Norges gjennomføring av konvensjonene, må det antas at Norge oppfylder minsteforpliktelsene som oppstilles i konvensjonen. I noen tilfeller, som for eksempel Norges gjennomføring av Europarådets konvensjon om datakriminalitet, overoppfyller Norge konvensjonen.

5.2 I hvilken grad er det et potensial for å oppnå en større grad av beskyttelse mot integritetskrenkelser på digitale medier, innenfor rammen av kriminaliseringsbegrunnelsen. (rom og behov for meroppfyllelse innenfor samme kriminaliseringsformål).

Analysen av norsk rett, viser at dolus eventualis treffer en del tilfeller som de andre forsettypene ikke omfatter. En sentral problemstilling blir om økt bruk av dolus eventualis kan bidra til mer effektiv bekjempelse av integritetskrenkelser via digitale medier. Det vil vurderes hvorvidt det strafferettslige vernet er fullt ut utnyttet dersom en legger kriteriene for dolus eventualis til grunn. Kan hjelpeskriteriene i dolus eventualis avhjelpe utfordringene knyttet til gjerningspersonens bevissthet ved integritetskrenkelser på digitale medier, eller finnes det andre løsninger som er mer egnet?

Staten har en særlig plikt til å beskytte barn mot krenkende adferd, utsagn eller lignende. Staten har en plikt til å oppstille et visst strafferettslig vern mot slik adferd. Rettspraksis viser at norske domstoler ved flere tilfeller som omhandler seksuelt krenkende bilder av barn, har benyttet forsettformen dolus eventualis. Dersom dolus eventualis ikke ble benyttet, ville disse sakene falt utenfor terskelen for forsettelige lovbrudd og gjerningspersonen ville fått en lavere straff. Dette kan det tyde på at domstolen benytter forsettformen dolus eventualis i de tilfellene som de anser som ekstra straffverdig. Imidlertid er dolus adskillig mindre brukt for å sikre voksne et tilsvarende vern.

Et punkt der anvendelsen av dolus eventualis muligens kan effektivisere vernet mot integritetskrenkelser, er ved de bestemmelsene som krever at offeret har en subjektiv følelse av krenkethet eller oppfatter krenkelsen. Selv om fornærmede ikke oppfattet krenkelsen på gjeldende tidspunkt, er spredningspotensialet ved straffbare integritetskrenkelser på nett stort. Personer som sprer krenkende materialet på digitale medier vet ofte at spredningsfaren er stor, det er dermed påregnelig at fornærmede til slutt oppfatter krenkelsen. Fordelen med å anvende dolus eventualis i slike tilfeller kan være at en fanger opp de tilfellene der gjerningspersonen ikke har søkt å krenke mottaker, men har innsett muligheten av at mottaker kan føle seg krenket. Dermed kan det være en viss effektivitetsgevinst i å anvende dolus eventualis i slike tilfeller. I tilfeller av hatkriminalitet kan også dolus eventualis ha en viss effektivitetsgevinst.

Ut fra analysen i kapittel 3 kan en trekke den slutning at dolus eventualis ikke blir brukt som forsettform særlig ofte. Det kan virke som at domstolene i Norge unngår å benytte forsettformen, med mindre de anser forholdet som ekstra straffverdig. Er det rom for at domstolene kan velge å ikke benytte dolus eventualis på tilfeller de mener er ekstra straffverdig? Dolus eventualis er en forsettform som er vedtatt av stortinget, og lovfestet i strl. § 22. Dermed har domstolene en plikt til å anvende forsettformen, der den passer. Domstolene kan ikke benytte dolus eventualis som en pragmatisk løsning der det passer dem. Dolus eventualis er en lovfestet forsettype og bør dermed benyttes i de tilfellene som omfattes av forsettypen. En grunn til at domstolene er tilbakeholden med å benytte dolus eventualis som forsettform, kan skyldes at formuleringen av vurderingsmomentene ved dolus eventualis ikke er helt enkel. Det er flere eksempler på at retten har anvendt eller formulert dolus eventualis feil.²⁹⁸

Kan en løsning være å operere med en form for likegyldighetsforsett, slik som Sverige gjør? Det er flere jurister som i juridisk teori tar til ordet for å innføre likegyldighetsforsett i Norsk rett. Jo Stigen skriver:

«et likegyldighetsvilkår kunne gitt mer akseptable domfellelser i saker hvor domstolene i dag foretar en urealistisk rekonstruksjon av mentale prosesser i gjerningspersonens hode. Det er verdt å merke seg at underrettene ganske ofte «misforstår» den positive innvilgelsesteori og i stedet formulerer noe som minner mer om et likegyldighetsforsett. Det kan indikere at domstolene reelt sett anser likegyldighet som et egnet kriterium for et eventuelt forsett».

Det kan altså ære flere positive sider ved likegyldighetsforsettet, formuleringen av forsett bli til en viss grad enklere og vurderingen av gjerningspersonens subjektive forståelse får et noe mindre hypotetisk preg. Har det svenske likegyldighetsforsettet et videre anvendelsesområde, enn dolus eventualis? Kjell Andorsen skriver:

«Helt umiddelbart, og på papiret, kan det kanskje se ut som om likegyldighetsforsettet rekker noe lenger enn dolus eventualis etter den positive innvilgelsesvarianten. I praksis trenger det imidlertid ikke være slik. Vi kan i begge tilfellene ha å gjøre med en gjerningsmann som positivt har tatt det standpunktet at han vil gjennomføre

²⁹⁸ <https://rett24.no/articles/alle-oversa-at-borgarting-bommet-i-rettsbelaeringen> (sist lest 05.05.19).

handlemåten selv om gjerningsinnholdet i straffebudet sikkert eller mest sannsynlig realiseres, og at han i tillegg, kynisk som han er, praktisk sett stiller seg likegyldig til dette». ²⁹⁹

Dermed blir vurderingsmomentene ved anvendelse av *dolus eventualis* og likegyldighetsforsettet noe forskjellig, uten at dette nødvendigvis medfører at likegyldighetsforsettet rekker videre enn *dolus eventualis*. Jørn Jacobsen skriver:

«Fagleg er sjølv sagt denne forsettsforma eit interessant alternativ. Den har då og som nemnt generert interesse i norsk rettsvitenskapleg litteratur. Eg er likevel ikkje utan vidare overtydd om at den er eit ferdig alternativ å gje seg hen til. Karakterreferansane i uttrykksmåtanane er i seg sjølv uheldige. Kanskje ville ein treft betre om ein framheva at det negative utfallet i handlingssituasjonen var eit likeverdige alternativ, slik at ein i den aktuelle uvissa kan verte sagt å ha handla ut frå og det negative utfallet.» ³⁰⁰

Jacobsen vurderer altså at heller ikke uttrykksmåten i likegyldighetsforsettet er helt uproblematisk. Imidlertid er vurderings spørsmålet ved likegyldighetsforsettet, noe enklere utformet enn *dolus eventualis*. Et enklere vurderings spørsmål kan føre til en mer effektiv håndhevelse av straffebestemmelsene, uten at det av den grunn kommer i konflikt med gjerningspersonens rettssikkerhet.

Hvilke kriterier bør inngå i skyldvurderingen for å sikre et størst mulig vern mot integritetskrenkelser på digitale medier?

Konsekvensen av publisering av krenkende materiale på digitale medier realiserer seg ofte ikke med en gang. Dette må innpasses i formuleringen av skyldkravet. Videre burde det ikke oppstilles et krav om at offeret må ha følt seg krenket. Det burde være tilstrekkelig at gjerningspersonen har spredt krenkende materialet på digitale medier, uavhengig av om fornærmede får kjennskap til dette. I forslag til ny bestemmelse om befatning med bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred, er det tatt til ordet for å ikke kreve at fornærmede oppfattet krenkelsen eller følte seg krenket. Dermed imøtegår forslaget til en viss grad disse utfordringene. Imidlertid er det visse utfordringer som forslaget ikke treffer, for eksempel i

²⁹⁹ Andorsen, Kjell, «Dolus eventualis- tolv år etter», *Jussens venner*, 2009 s. 155-180, side 172.

³⁰⁰ Jacobsen (2015) side 164.

tilfeller der foreldre har krenket sitt barns rett til privatliv via digitale medier. I slike tilfeller kan en løsning være å benytte dolus eventualis i større grad. Ved å legge ut sensitiv informasjon på digitale medier vil det alltid være en viss fare for at materialet kan bli misbrukt, eller barnet kan om noen år føle seg krenket. Økt anvendelse av forsettformen dolus eventualis som forsettform kan muligens effektivisere vernet mot straffbare handlinger på digitale medier. En annen løsning kan være å vedta en form for likegyldighetsforsett i norsk rett.

6 Kilderegister

Lovregister:

Grunnloven, Kongeriket Norges Grunnlov,	gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814
EØS-loven, Lov 27. november	om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i Den europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.
Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.	Menneskerettsloven
Lov 16. Juni 2017	Om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff	Straffeloven

Forarbeidregister:

NOU 2019: 10	Åpenhet i grenseland Bilder, film og lydopptak i helse- og omsorgstjenesten, barnevernet, skolen og barnehagen, åpenhetsutvalget, utgitt av Helse- og omsorgsdepartementet 30. april 2019.
Prop. 81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), Tilråding fra Barne- og likestillingsdepartementet 5. april 2017,

	Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)
Meld. st. nr. 39 (2015-2016)	Om individklageordningene til FN's konvensjoner om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, barns rettigheter og rettigheter til mennesker med nedsatt funksjonsevne, Tilråding fra Utenriksdepartementet 30. september 2016.
Prop. 68 L (2015-2016)	Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler), Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 11. mars 2016,
Prop. 42. L (2015-2016)	Endringer i straffeloven og straffeprosessloven (personforfølgelse, forberedelse til tvangsekteskap mv.), Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 18. desember 2015.
Prp. 53 L (2012-2013)	Endringer i straffeloven 1902 mv. (offentlig sted, offentlig handling m.m.), Tilråding fra Justis- og beredskapsdepartementet 14. desember 2012,
Dok. nr. 16 (2011-2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.
NOU 2011: 20	Ungdom, makt og medvirkning, Utredning fra utvalg oppnevnt ved kongelig resolusjon 29. oktober 2010, avgitt av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet,

	13. desember 2011
Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28, Straffelovkommisjonens delutredning VII
NOU 2009: 1	Individ og integritet, Personvernkommisjonen, utgitt av Fornyings- og administrasjonsdepartementet, 13. januar 2009
NOU 2007: 2	Lovtiltak mot datakriminalitet, delutredning II, datakrimutvalget, utgitt av Justis- og politidepartementet, 12. februar 2007
Ot.prp. nr. 8 (2007-2008)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet), Straffelovkommisjonens delutredning VII, 9. november 2007.
Ot.prp. nr. 40 (2004-2005)	Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven og om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 8. november 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi (lovtiltak mot datakriminalitet), Datakrimutvalget 17. desember 2004
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven), utgitt av

	Kommunal- og regionaldepartementet, 17. desember 2004.
Best.O. nr. 48 (2004-2005)	Lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven og om samtykke til ratifikasjon av Europarådets konvensjon 8. November 2001 om bekjempelse av kriminalitet som knytter seg til informasjons- og kommunikasjonsteknologi (lovtiltak mot datakriminalitet)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven), utgitt av Justis- og politidepartementet, 2. juli 2004
NOU 2004: 6	Mellom effektivitet og personvern Politimetoder i forebyggende øyemed, utgitt av Justis- og politidepartementet, 29. mars 2004
NOU 2003: 27	Lovtiltak mot datakriminalitet Delutredning II, datakrimutvalget, utgitt av Justis- og politidepartementet, 12. februar 2007
NOU 2002: 4	Ny straffelov, Straffelovkomisjonens delutredning VII, 4. Mars 2004
NOU 1999: 27	«Ytringsfrihed bør finde sted» Forslag til ny Grunnlov § 100, Ytringsfridomskommisjonen, utgitt av Justis- og politidepartementet, 22. September 1999
NOU 1997: 19	Et bedre personvern- forslag til lov om behandling av personopplysninger, Personregisterlovutvalget, utgitt av Justis-

	og politidepartementet, 27. mai 1997
NOU 1993: 22	Pseudonyme helseregistre. Et lovutkast om personvern, pasientvern og helsevern, utgitt av Sosialdepartementet Personvernutvalget, 8. juli 1993.
NOU 1992: 23	Ny straffelov- alminnelige bestemmelser, Straffelovkommisjonens delutredning V, utgitt av Justis- og politidepartementet, 25. november 1991.
NOU 1983: 57	Straffelovgivningen under omforming, Straffelovkommisjonens delutredning I, utgitt av Justis- og politidepartementet Straffelovkommisjonen, 4. november 1983.
Ot. prp. nr. 29 (1980-1981)	Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 a (forbud mot diskriminering av homofile), Straffelovrådet, utgitt av Justis- og politidepartementet, 6. januar 1981
NOU 1975: 10	Offentlig persondatasystem og personvern, datautvalget, utgitt av Justis- og politidepartementet, februar 1975.
NOU 1974: 22	Persondata og personvern, Kredittopplysningsutvalget, utgitt av Justis- og politidepartementet, april 1974.
Ot. prp. nr. 41 (1954)	om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902
Høringsnotat	om endringer i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred), Justis- og beredskapsdepartementet, juni

Internasjonale konvensjoner, traktater og veiledende rapporter.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen	Vedtatt 4. november 1950, I kraft 3. september 1953
Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter	Vedtatt 16 desember 1966, i kraft 23. mars 1976
Internasjonal konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter	Vedtatt 16 desember 1966, i kraft 3. januar 1976
Wien-konvensjonen om traktaretten	Vienna Convention on the Law of Treaties, Vedtatt 23. mai 1969, i kraft 27. januar 1980.
FNs konvensjon om barns rettigheter	Vedtatt 20. november 1989, i kraft 2. september 1990
FNs konvensjon on avskaffelse av alle former for rasediskriminering	Vedtatt 21. desember 1965, i kraft 4. januar 1969.
FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner	Vedtatt 18. desember 1979
Konvensjon om datakriminalitet- ETS. Nr. 185.	Undertegningsdato 23. november 2001, i kraft 7. januar 2004
Explanatory Report to the Convention on Cybercrime.	Europarådet, 8. november 2001.
Europarådets konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttelse og seksuelt misbruk- CETS	Vedtatt juli 2007, undertegningsdato 25. Oktober 2007.

201.

Council of Europe, «Guide om Article 8 of the European convention on Human Rights -Right to respect for private and family life» 30 April 2019, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (sist lest 20.05.19).

Commissioner for human rights, «Social media and human rights» February 2012, <https://rm.coe.int/16806da579> side 18.

Komiteen for eleminering av rasediskriminering, «Avsluttende bemerkninger til Norges kombinerte 23. og 24. periodiske rapport». <https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/cerd-concluding-observations-norsk-oversettelse-02012019.pdf>

Rettspraksis

Norsk rettspraksis:

HR-2019-440-A	Rt. 1988 s. 1356 (avdeling)
HR-2019-563-A	Rt. 1984 s. 1197 (avdeling)
HR-2018-871-A	Rt. 1981 s. 970 (avdeling)
HR-2018-2315-A	Rt. 1980 s. 979 (avdeling)
HR-2017-568-A	Rt. 1966 s. 698 (avdeling)
HR-2017-1245-A	Rt. 1953 s. 1259
HR-2016-1458-A	Rt. 1952 s. 1217 (avdeling)
Rt. 2015 s. 815 (avdeling)	Rt. 1952 s. 989 (avdeling)
Rt. 2012 s. 313 (avdeling)	Rt. 1945 s. 109 (avdeling)
Rt-2012-1211 (anke utvalg)	Rt. 1933 s. 1132 (avdeling)

Rt. 2011 s. 1104 (avdeling)	LH-2019-1192 (Hålogaland lagmannsrett)
HR-2009-489-A	LE-2017-144472(Eidsivating lagmannsrett)
HR-2009-392-U	LB-2016-105884 (Borgarting lagmannsrett)
Rt. 2008 s. 1491 (avdeling)	LB-2016-1499 (Borgarting lagmannsrett)
Rt. 2005 s. 1353 (avdeling)	LE-2009-190692(Eidsivating lagmannsrett)
Rt. 2004 s. 1063 (avdeling)	LB-2009-2078 (Borgarting lagmannsrett)
Rt. 2004 s. 1769 (avdeling)	TSGUD-2018-62723 (Sør-Gudbrandsdal tingrett)
Rt. 2002 s. 1618 (plenum)	TOSLO-2017-151387 (Oslo tingrett)
Rt. 2001 s. 58 (avdeling)	TBRON-2016-125647 (Brønnøy tingrett)
Rt. 1999 s. 220 (avdeling)	TINTR-2016-7630 (Inntrøndelag tingrett)
Rt. 1998 s. 1945 (avdeling)	TSTAV-2013-187309 (Stavanger tingrett)
Rt. 1994 s. 1610 (avdeling)	TNERO-2008-42106 (Nedre Romerike tingrett)
Rt. 1991 s. 600 (avdeling)	TOSLO-2008-95179 (Oslo tingrett)
Rt. 1991 s. 616 (avdeling)	TTINN-2004-2299 (Tinn og Heddal tingrett)

Internasjonal rettspraksis:

A mot Norge C, EMD nr: 28070/06

Airey v. Ireland C, EMD nr: 6289/73.

Axel Springer AG v. Germany GC, EMD nr: 39954/08.

Bevacqua and S. v. Bulgaria C, EMD nr: 71127/01.

Christine Goodwin v. The united kingdom GC, EMD nr: 28957/95, avsnitt 74.

Cantoni v. France C, EMD nr: 17862/91.

Chauvy v. France C, EMD nr: 64915/01,

Delfi AS v. Estonia GC, EMD nr: 64569/09

Engel and others v. The Netherlands P, EMD nr: 5370/72.

Egill Einarsson vl Iceland C, EMD nr: 24703/15.

G.I.E.M S.R.L and others v. Italy GC, EMD nr: 1828/06.

Høiness v. Norway C, EMD nr: 43624/14.

Kafkaris v. Cyprus GC, EMD nr: 21906/04.

Kokkinakis v. Greece C, EMD nr: 14307/88.

K.U. v. Finland C, EMD nr: 2872/02,

Phil v. Sweden C, EMD nr: 74742/14

Reklos and Davourlis v. Greece C, EMD nr: 1234/05.

M.L and W.W. v. Germany J, EMD nr: 60798/10 and 65599/10

Niemietz v. Germany C, EMD nr: 13710/88.

Schüssel v. Austria C, EMD nr: 42409/98

Söderman v. Sweden GC, EMD nr: 5786/08

Tamiz v. The united kingdom C, EMD nr: 3877/14

Tromsø and Stensaas v. Norway J, EMD nr: 21980/93

Tyrer v. The united kingdom C, EMD nr: 5856/72, avsnitt 31.

Von Hannover v. Germany (no.2) GC, EMD nr: 40660/08 and 60641/08.

Öztürk v. Germany P, EMD nr: 8544/79.

Wemhoff v. Germany C, EMD Nr: 2122/64.

Litteraturliste

Aalen, Ida, *Sosiale Medier*, Fagbokforlaget 2015 Oslo

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5.utgave, Fagbokforlaget 2018, Bergen.

Aarli, Ragna, «Vern av «privatlivets fred» *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2005 s. 525-573.

Andenæs, Johs. Alminnelig strafferett 6. utgave. ved Fredrik Rieber-Mohn og Knut Erik Sæther, Universitetsforlaget 2016, Oslo.

Andenæs (2016) side 237, og Stigen, Jo, «Forsettets nedre grense - dolus eventualis eller hva?», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010 s. 573-636,

Andersen, Kjell, «Dolus Eventualis», *Jussens Venner*, 1996 s. 116-135.

Bibelen, 2. Mosebok 21, 24 og 3. Mosebok 24,20.

Bauman, Elizabeth og Jo Stigen, *Internasjonal strafferett*, Gyldendal 2018, Oslo.

Bertelsen, Tor Ehlers , *EMK kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, Gyldendal 2011, Oslo,

Bleke, Ragnar Dal og Knut Selmer, *Data og personvern*, Universitetsforlaget 1977, Oslo

Bing, Jon, artikkelen «Elektroniske spor», del av boken *Til forsvar for personvernet*, Kristin Clemet og John O. Egeland (red.) Universitetsforlaget 2010 Oslo.

Bing, Jon, *Personvern i faresonen*, Cappelen, Oslo 1991

Brenner, Susan og Bert-Jaap Koops, *Cybercrime and Jurisdiction*, T.M.C.Asser Press, The Hague 2006.

- Borvik, Bjørnar, *Personvern og ytringsfridom*, Universitetsforlaget 2011, Oslo.
- Bårdsen, Arfinn, «Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2017 s. 160-187.
- Emberland, Marius, «Om internasjonale menneskerettigheter- Lovskravet i EMK art 7-i lys av nyere EMD praksis», *Tidsskrift for strafferett*, 2001 s. 55-67, side 65 første avsnitt.
- Engen, Bård Kjetil, Giæver og Mifsud, *Digital Dømmekraft*, Gyldendal, Oslo. 2017.
- Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5. utgave, ved Alf Petter Høgberg, Cappelen damm, 2017, Oslo.
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo 1998.
- Fredriksen, Steinar, *Norm, skyldkrav og straffetrussel*, Gyldendal 2017, Oslo.
- Frøberg, Thomas, *Alminnelig strafferett i et nøtteskall*, Gyldendal 2016, Oslo
- Gross, “The Silent War”, Vanity Fair, July 2013. Sitert fra Summers, Sarah mfl., *The emergence of eu criminal law*, Oxford and Portland, Oregon 2014.
- Grønvold, Sara Eline og Morten Hendis, *Barn og personvern*, Kommuneforlaget 2014, Oslo
- Hovlid, Ellen Lexerød, «Krenkelser ved offentliggjøring av private opplysninger og bilder på sosiale medier», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 2016 s. 138-175.
- Hovlid, Ellen Lexerød, *Vern av privatlivets fred*, Gyldendal, 2015 Oslo.
- Høstmælingen, Njål, *Internasjonale menneskerettigheter*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2012, Oslo.
- Jacobsen, Jørn, Gröning og Husabø. *Frihet, Forbrytelse og straff*, Fagbokforlaget 2016, Oslo.
- Jacobsen, Jørn. ««Sløret Forsett»- Høgsterett mellom teori og praksis i strafferetten», *Lovens Speil : Høgsterett 200 år*, Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), 2015 s. 143-176..
- Jacobsen, Jørn, «Eit grunnriss av ei strafferettsleg ansvarlære», *Tidsskrift for Strafferett*, 2012 s. 5-25

- Jahre, Hans-Petter. «Forsettets nedre grense- innvilgelse eller likegyldighet?», *Tidsskrift for strafferett*, 01/2018 (Volum18), side 8-25.
- Kierulf, Anine, «ytring- Med lov skal nett bygges?», *Tidsskrift for Strafferett*, nr. 1 2013 s. 1-4
- Andersen, Kjell, «Dolus eventualis- tolv år etter», *Jussens venner*, 2009 s. 155-180.
- Knophs, *Oversikt over Norges rett*, 14 utg, utgitt av Kåre Lilleholt, Universitetsforlaget 2014, Oslo, Side 610.
- Koops, Bert-Jaap og Susan Brenner, *Cybercrime and Jurisdiction*, The information Technology & Law Series, Haag 2006
- Leijonhufvud, Madeleine og Suzanne Wennberg, *Straffansvar*, Åttonde upplagan, Norstedts juridik, 2009 Stockholm
- Løkke, Eirik, *Personvern- etter Snowden*, Civita, Oslo, 2017.
- Løvlie, Anders, *Rettslige faktabegreper*, Gyldendal, 2014 Oslo.
- Matningsdal, Magnus, *Norsk lovkommentar lov om straff (straffeloven)*, (L20.05.2005 nr. 28), hovedrevidert 01.01.19.
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve, Universitetsforlaget. Oslo 2015.
- Rui, Jon Petter, «Fra menneskerettighetsdomstolen», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 3 2018 (vol 18) s. 202-215
- Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2014 Oslo.
- Schjølberg, Stein, *Cyberkriminalitet*, Universitetsforlaget 2017, Oslo.
- Schjølberg, Stein, «På vei mot en global protokoll om cybersikkerhet og cyberkriminalitet», *Lov&Data*, nr. 97 -mars 2009.
- Schartum, Dag Wiese og Lee A Bygrave, *Personvern i informasjonssamfunnet*, 2.utgave, Fagbokforlaget. 2011 Oslo.

Smith, Lucy, «Om barns personvern», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, nr.2 2011 s 106-126.

Strømme, Vidar, «Vern av privatlivets fred», *festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen 19. februar 2016*, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2016 s. 345-364.

Stigen, Jo, «Lokalisering av straffbare handlinger», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 2 2011 s. 142-191.

Sunde, Inger Marie, *Datakriminalitet*, Fagbokforlaget 2. opplag 2018, Oslo.

Sunde, Inger Marie, «Økosystemeffekten- Om personvernet i sosiale medier» LoR, 2013 s. 85-102.

Sunde, Inger Marie, «Convention on Cybercrime», *Tidsskrift for strafferett*, nr. 1 2002 s. 89-99.

Suominen, Annika, «EU- strafferetten og Norge- hvor står vi i dag?», *Tidsskrift for strafferett*, 04 / 2015 (Volum 15), 375-395.

Summers, Sarah og Christian Schwarzenegger m.fl., *The emergence of eu criminal law*, Hart Publishing. Oxford, 2014.

Svendsen, Lars. I artikkelen «hvorfor personvern», del av boken: *Til forsvar for personvernet*, Kristin Clemet og John O. Egeland (red.), Universitetsforlaget 2010, Oslo.

Søvig, Karl Harald, «Barnets rettigheter på barnets premisser- utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjon og norsk rett», *Det juridiske fakultets skriftserie*, UIB nr. 115, 2009,

Wessel-Aas, Jon. *Jus og sosiale medier*, 2. utgave. Kommuneforlaget 2015 Oslo.

Andre kilder

Balvig, Flemming, «Retsfølelse og retsfornuft- i Danmark», *Nordisk Samarbejdsråd for Kriminologi*,
http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Arbejdsomraader/Forskning/Forskningspuljen/2011/2010/Rets_metoder_Danmark_Flemming_Balvig.pdf (Sist lest 26.06.19).

Bangestad, Rune, Steen og Kohn, «Sterkt misvisende informasjon i opprop», *Aftenposten*, 25. juni 2019 https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/4qxL2E/Sterkt-misvisende-informasjon-i-oppnop--Sindre-Bangstad_-Rune-Berglund-Steen-og-Ervin-Kohn (sist lest 28.06.19).

Bårdsen, Arnfinn «Høyesterett og dynamisk tolking av EMD», *Høyesteretts nettsider*, 2017 <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/bardsen-a-2017-06?from=NL/lov/1999-05-21-30/emkn/a8> (sist lest 09.05.19) avsnitt 2 siste setning.

«Barn og medier 2018», *medietilsynet*, <http://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2018-barn-og-medier> (sist lest 27.12.18) side 61.

Council of Europe, «Guide om Article 8 of the European convention on Human Rights - Right to respect for private and family life», 30 April 2019: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (sist lest 20.05.19) side 8.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52013JC0001> (sist besøkt 22.10.18)

<https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/what-horizon-2020> (sist besøkt 29.10.18)

https://www.faf.no/index.php/om-fafo/nyheter/item/fafo-korrigerer-rapport-etter-kritikk?fbclid=IwAR2WIBK_5-uJH2IglNX7wGxF_-3ofYUARhIz0_cz4DbJrVcr7T1EWquJT74 (sist lest 17.06.19).

Grete Pedersen, leder for forebyggende avsnitt ved Kristiansand politistasjon: https://lovdata.no/pro/#document/DLX3/eu/32016r0679/KAPITTEL_1-1 (sist lest 14.05.19).

Høringsuttalelse - Endring i straffeloven (bilder som er særlig egnet til å krenke privatlivets fred). Medietilsynet 28.09.18. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nytt-straffebud-om-befatning-med-bilder-som-er-sarlig-egnet-til-a-krenke-privatlivets-fred/id2605854/?uid=c350c685-0d00-4a59-a2d2-13f759906bc2> (sist lest 04.05.19)

Komiteen for eliminering av rasediskriminering, «Avsluttende bemerkninger til Norges kombinerte 23. og 24. periodiske rapport». <https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/cerd-concluding-observations-norsk-oversettelse-02012019.pdf> (sist lest 27.05.19)

[https://www.bufdir.no/Global/Holdninger til diskriminering likestilling og hatprat i Norge oppdatert.pdf](https://www.bufdir.no/Global/Holdninger%20til%20diskriminering%20likestilling%20og%20hatprat%20i%20Norge%20oppdatert.pdf) (sist lest 17.06.19).

Kyllingstad, Jon Røyne, «Rasetenkning på norsk», *Morgenbladet*, 31. mai 2019, <https://morgenbladet.no/ideer/2019/05/rasetenkning-pa-norsk> (sist lest 17.06.19).

Larsen, Kjetil Mujezinović, «Utredning om det strafferettslige diskrimineringsvernet» avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 13. september 2016 <https://www.regjeringen.no/contentassets/95190275f7d74d86800ab6a37f53f94a/utredning---det-strafferettslige-diskrimineringsvernet.pdf> (sist lest 19.06.19).

https://lovdata.no/pro/#document/DLX3/eu/32016r0679/KAPITTEL_1-1 (sist lest 14.05.19).

Mathiesen, Thomas, «Folks oppfatning av straff», 9. mars 2011 <https://www.jus.uio.no/ikrs/tjenester/kunnskap/kriminalpolitikk/meninger/2007/folksoppfatningstraffmathiesen.html> Sist lest 26.06.19.

Manchester, Colin, «The origins of strict criminal liability» *Anglo-American law review* 1977, https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/comlawr6&div=30&g_sent=1&casa_to_ken=&collection=journals&t=1557996658 (Sist sjekket 11.05.19).

<https://www.nrk.no/sorlandet/ungdommer-gjor-seg-til-lovbrytere-uten-a-vaere-klar-over-det-1.14457322> (sist lest 28.03.19).

NJA 2004 s. 176, Fra Högsta domstolens vurdering- under overskriften Likgiltighetsuppsåt, https://beta.lagrummet.se/rinfo/publ/rf/nja/2004/s_176 (sist lest 24.06.19).

Nordbø, Børge. (2018, 11. desember), «integritet», *Store norske leksikon*, <https://snl.no/integritet> (sist lest 14.05.19).

<https://www.nrk.no/norge/slar-alarm-om-naive-foreldre--de-tror-ikke-pa-at-barna-sprer-nakenbilder-1.14390536> (sist lest 28.03.19).

<https://ndla.no/subjects/subject:18/topic:1:193544/topic:1:80885/resource:1:83197> (sist lest 02.06.19).

<http://www.oed.com/view/Entry/250879?rskey=636LgA&result=2&isAdvanced=false#eid> (Sist besøkt 05.11.18).

«Opprop: Rasismeparagrafen hører ikke hjemme i et liberalt demokrati», *Aftenposten*, 21. Juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/BRzx17/Opprop->

[Rasismeparagrafen-horer-ikke-hjemme-i-et-liberalt-demokrati](#) (sist lest 24.06.19).

<https://rett24.no/articles/straffedomt-for-a-legge-ut-bilder-av-datteren-pa-facebook> (sist lest 31.05.19).

<https://rett24.no/articles/alle-oversa-at-borgarting-bommet-i-rettsbelaeringen> (sist lest 05.05.19).

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0747563211002317> (sist lest 11.04.19)

Tennfjord, Vilde og Oscar Oksavik, «Å oppheve «rasismeparagrafen» vil sende feil signal», *Aftenposten*, 26. Juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/QoawPW/A-oppheve-rasismeparagrafen-vil-sende-feil-signal--Vilde-Jalleni-Tennfjord-og-Oscar-Johannes-Oksavik> (sist lest 28.06.19).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDA/W/C/NOR/CO/9&Lang=En (sist lest 02.06.19)

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=129&Lang=EN (sist lest 27.05.19).

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/countries.aspx?CountryCode=NO&Lang=EN (sist lest 27.05.19).

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jul/31/cyberthreats-global-cooperation-online-crime-borderless> (sist lest 04.01.19)

«13 fakta om unge og nakenbilder», *Unicef Norge*,

<https://www.unicef.no/sites/default/files/tn-mob-no-180806-a5-arendalsuka-2594-uten-cropmarks.pdf> (sist lest 02.01.19).