

# Kunstnerisk frihet, ytringsfrihet og retten til privatliv

---

**Karen Øien Bentzen**

*Masteroppgave i rettsvitenskap høsten 2017*



# Innholdsfortegnelse

1	Innledning .....	1
1.1	Temaets aktualitet og bakgrunn .....	1
1.2	Avgrensninger .....	3
1.3	Problemstilling og metode .....	4
1.4	Videre fremgangsmåte .....	6
2	Retten til ytringsfrihet etter EMK art. 10 .....	7
2.1	Generelt om rekkevidden til art. 10 .....	7
2.2	Indirekte følger som en krenkelse av ytringsfrihet .....	8
2.3	Kunstnerisk frihet sett i lys av EMK art. 10 .....	9
2.4	Ytringens form .....	11
2.5	Ytringens innhold og kvalitet .....	12
2.6	Ytringens formål .....	13
2.7	Bruk av kunstneriske virkemidler .....	14
2.8	Hva er kunst og bør det være opp til den dømmende makt å avgjøre? .....	16
2.9	Oppsummering .....	18
3	Begrensninger av ytringsfriheten .....	18
3.1	Adgangen til å gjøre inngrep i retten til ytringsfrihet .....	18
3.2	Statenes skjønnsmargin ved art. 10 .....	19
3.3	Statenes skjønnsmargin på området for den kunstneriske ytringsfrihet .....	20
3.4	Særlig om tilfeller der ytringens innhold strider mot andre rettigheter .....	21
3.5	Adgangen til å gjøre inngrep i den kunstneriske frihet .....	23
4	Retten til respekt for privatliv etter EMK art. 8 .....	24
4.1	Generelt om rekkevidden til privatlivsvernet .....	24
4.2	Vern av omdømme og personlig integritet .....	25
4.3	Hvor identifiserbar må den omtalte være for å kunne hevde sin rett etter art. 8? .....	26
5	Avveiningen av art. 10 og art. 8 i lys av det kunstneriske aspekt .....	29

5.1	Bakgrunn for utviklingen på rettsområdet .....	29
5.2	Utgangspunkt for balanseringen og fenomenet preferential framing .....	31
5.3	Generelt om balanseringen av rettighetene .....	32
5.4	Momentenes overføringsverdi til kunstneriske ytringer .....	33
5.5	Ytringens bidrag til en debatt av allmenn interesse .....	34
5.6	Hvor kjent er omtalesubjektet og hva er tema for ytringen? .....	36
5.7	Omtalesubjektets tidligere oppførsel .....	39
5.8	Metode for å skaffe informasjonen og dens sannferdighet .....	40
5.9	Innhold, utforming og konsekvenser av publiseringen .....	43
6	Avsluttende drøftelser .....	46
	Kildeliste .....	51

# 1 Innledning

## 1.1 Temaets aktualitet og bakgrunn

I dagens samfunn er det en pågående debatt om virkelighetslitteratur. Forfattere skriver om det virkelige liv og omtaler andre personer og deres privatliv i sine fortellinger. Karikaturer av gjenkjennelige personer blir publisert i aviser og på nett til alles beskuelse. Noen hevder kunstbegrepet har blitt en mur man kan gjemme seg bak for å slippe å stå til ansvar for egne ytringer. Andre hevder at kunsten ødelegges dersom det i det hele tatt skal være en mulighet for at den begrenses, eller tvinges inn i rettslige rammer.

Det oppstår interessante spørsmål om grensedragningen mellom kunstneres rett til ytringsfrihet og andres rett til respekt for sitt privatliv.

I de senere år har det vært en økt interesse for virkelighetsframstillinger i media, gjennom blant annet reality-TV, dokumentarer og selvbiografiske bøker. Med begrepet virkelighetsframstillinger menes formidlinger der personer, hendelser eller annet som fremstilles er helt eller delvis ekte. Noen framstillinger omhandler rent virkelige hendelser eller personer. Andre framstillinger ligger i grenselandet mot fiksjon ved for eksempel å illustrere en ekte person i en hendelse som ikke har funnet sted. Det er en glidende overgang mellom virkelighetsframstillinger og fiksjon. Dersom noe er presentert som fiksjon men fremstår som en virkelighetsframstilling for den mottagende part, så vil det kunne ha følger for omtalesubjektene uavhengig av om det er klassifisert som fiksjon. Dermed vil særlig grensetilfellene være interessante å se nærmere på i denne oppgaven.

Litteraturen stiller seg i en særstilling som uttrykksform fordi litterære verk er vernet både av retten til ytringsfrihet og den kunstneriske frihet. Litteraturens rekkevidde er til tider verdensomspennende. Lite vil kunne endre på virkeligheten for de som føler seg utlevert i en bok, dersom det i ettertid konstateres at vern om privatlivet er brutt. Dersom noe er produsert, distribuert og omdiskutert vil det ikke kunne slettes fra den kollektive bevissthet. Noe som gjør en slik tematikk så viktig er at virkelighetslitteratur kan utgjøre en fare for å skade dem som ufrivillig blir romanfigurer.

Dagens virkelighetslitteratur er en av mange eksempler på at utleveringer av folks privatliv og sjokkerende sanne historier selger som aldri før. Såkalte hevnromaner selger til store summer,

ikke utelukkende fordi de eventuelt er litterære mesterverk men som en konsekvens av at de skaper debatt i media.

Når for eksempel Vigdis Hjorts bok ”Arv og miljø” selges mange av, er det ikke utelukkende av naturlige grunner. En debatt i media der bøkene stadig blir omtalt virker som gratis reklame. Det ligger ikke i menneskets natur å innrømme det, men alle elsker å iaktta drama, om det så er på tv eller gjennom media eller bøker. Det er et naturlig instinkt å være nysgjerrig. Folk vil gjerne lese hva som står i bøkene som skaper debatt, og dette fører til økt salg. Ingen av oss kan vite om Hjort-søstrene innerst inne er både venninner og pr-eksperter. I så fall vil ikke omtalen av Helga Hjort i søsterens bok være problematisk allikevel, dersom hun har samtykket. Imidlertid vil passasjene som påstås å anklage den døde faren for incest fortsatt være problematisk, og føles feil for mange. En slik påstand kan være problematisk av flere grunner, de mest åpenbare er, i juridiske termer; uskyldspresumsjonen, kontradiksjonsprinsippet, og privatlivsvernet. Disse faktorene gjør det til en særlig aktuell problemstilling.

Nåværende situasjon er slik at en rettslig sanksjon mot en forfatter som har skrevet om andres privatliv ofte blir frarådet av rettsanvendere.<sup>1</sup> De mener det vanskelig kan føre frem i tilfeller der kunstnerisk fiksjon er blandet med virkeligheten. Forfattere og forlag motsetter seg tanken på rettslig regulering, og den generelle oppfatning er at litterær ytringsfrihet overgår privatlivsvernet.<sup>2</sup> Er dette en rettstilstand som samsvarer med retten til respekt for privatliv?

Bakgrunnen for valg av tema er et ønske om å klarlegge grensen for kunstnerisk frihet i tilfeller der retten grenser mot retten til respekt for privatlivet. En klarleggelse av rettstilstanden på området for den kunstneriske frihet er særlig aktuelt da det foreligger lite praksis og generelt lite rettesnorer som tar for seg særegenhetene for denne avveiningen.

Det er flere grunner til at det ikke (ennå) er oppstilt en konklusjon eller klare retningslinjer for vurderingen av kunstnerisk frihet opp mot privatlivsvernet. Det er en problemstilling som for mange berører et område, der jussen ikke hører hjemme. En ledende jurist på området for menneskerettigheter og ytringsfrihet i Norge, Anine Kierulf, har selv uttalt til Aftenposten at

---

<sup>1</sup> <https://www.aftenposten.no/kultur/i/bVVLd/Anine-Kierulf--Det-handler-om-anstendighet>

<sup>2</sup> <https://www.aftenposten.no/kultur/i/JAQX8/-Det-er-som-a-bli-kidnappet-av-en-roman>

”kunstnerisk bearbejdet materiale er lite egnet i juridiske fora”.<sup>3</sup> Videre sier hun at ”det er ikke mye hjelp man får fra jusen”. Dette er inspirasjonskilden bak oppgavens tema.

”Selv om kunsten er og må være fri, har den konsekvenser for dem den involverer og benytter seg av fra den virkelige verden. Virkelighetslitteratur er aldri ”bare” kunst.”<sup>4</sup>

Avveiningen som må foretas er mellom to sentrale menneskerettigheter, og flere motstående hensyn vil gjøre seg gjeldende. Oppgaven vil ta sikte på å prøve å gjøre rede for en balanseringsnorm. Hvor går grensen for hvordan en kunstner kan ytre seg om andres privatliv i sine verk?

Hvor trekker EMD grensen for de tilfeller som er sett på i domstolens rettspraksis, og kan man ut fra dette oppstille momenter som kan anvendes på tilfeller i nåtid og i fremtiden? Det vil sees nærmere på hvilket vern den kunstneriske frihet nyter under retten til ytringsfrihet, sammenlignet med andre ytringsformer, og hvilke særegenheter som kan tippe vektskålen i ene eller andre retning ved avveining av om retten til kunstnerisk frihet skal begrenses.

## 1.2 Avgrensninger

Det vil avgrenses mot å behandle de prosessuelle rammene for temaet, jurisdiksjonsspørsmål og mulige etterfølgende sanksjoner som følge av brudd på bestemmelsene. Av hensyn til oppgavens størrelse vil det også avgrenses mot særskilt behandling av de relevante bestemmelser i Grunnloven; § 100 om ytringsfrihet og § 102 om respekt for privatlivet. Disse bestemmelser tar sikte på å videreføre bestemmelsene i EMK. I forarbeidene til den relativt nye Grl. § 102 uttales det at ”Den nærmere vurderingen eller avveiningen av hvor langt en slik grunnlovsbestemmelse strekker seg, vil måtte forstås i lys av og suppleres med det internasjonale konvensjonsvernet og med tidligere ulovfestet rett”<sup>5</sup>. Grunnlovsbestemmelsene skal altså tolkes i lys av og i samsvar med EMKs bestemmelser og EMDs praksis. Dette tolkningsprinsippet er også konstitusjonelt forankret i Grl. § 92 som pålegger staten å ”respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i *for Norge bindende traktater om menneskerettigheter*”(min kursivering). Høyesterett har i sin praksis, også etter endringen av § 100 om ytringsfrihet i 2004, sett hen til interesseavveininger som

---

<sup>3</sup> <https://www.aftenposten.no/kultur/i/bVVLd/Anine-Kierulf--Det-handler-om-anstendighet>

<sup>4</sup> <https://www.aftenposten.no/kultur/i/bVVLd/Anine-Kierulf--Det-handler-om-anstendighet>

<sup>5</sup> Dok. Nr. 16 (2011-2012) side 175

følger av EMDs praksis.<sup>6</sup> Som følge av dette anses det hensiktsmessig å se problemstillingen i hovedsak fra et overordnet konvensjonsrettslig perspektiv. Det vil også avgrenses mot særskilt behandling av Den internasjonale konvensjon om sosiale og politiske rettigheter (SP) art. 17 og 19, FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK) art. 13 og 16 og strl.(2005) § 267 om krenkelse av privatlivets fred.

Det avgrenses mot å behandle den akademiske frihet og lignende aspekter av ytringsfriheten som ikke etter en naturlig språklig forståelse vil betegnes som kunst, eller et uttrykk for kunstnerisk frihet. Den problematiske grensedragningen blir behandlet nærmere under avsnitt 2.8.

For litteratur vil det være de kunstneriske verk som omfattes av oppgavens problemstilling og det avgrenses mot rene faktabøker, selvbiografier, sakprosa, akademiske bøker, historiebøker og lignende verk som ikke inneholder fiksjon og ikke i dagligtalen regnes som kunstneriske uttrykk. Dette begrunnes i at en fremstilling av den kunstneriske frihet vil naturlig omfatte litteratur i form av poesi, skjønnlitteratur, og andre verk med bidrag fra kunstnerens egen fantasi. Litteratur er klassifisert på en rekke forskjellige måter, der du i et ytterpunkt finner skjønnlitterær fiksjon totalt fri fra rot i virkeligheten og på det andre ytterpunkt har selvbiografiske bøker med riktige navn og kun virkelige hendelser, da sett fra forfatterens oppfatning av virkeligheten. Det vil være området mellom ytterpunktene som fordrer de vanskeligste rettslige vurderinger.

### **1.3 Problemstilling og metode**

Det er lite kilder som uttrykkelig svarer på problemstillingen der kunstnerisk frihet grenser opp mot retten til privatliv. I oppgaven vil jeg forsøke å oppstille de kildene som finnes på en oversiktlig måte, analysere dem og si noe om hvordan de kan relateres til det valgte tema.

For å utrede oppgavens problemstilling ut fra de få tilgjengelige kilder vil jeg se på rettskildebildet som en helhet, og ut fra de enkelte deler finne frem til en samlet oversikt over hvilke hensyn som gjør seg gjeldende, hvilke momenter som er relevante og hvordan de skal vektlegges.

---

<sup>6</sup> Anine Kierulf, ”Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?” *Lov og Rett* nr. 3 2012 s. 133

Det vil gjennomgående i analysen bli foretatt drøftelser av hvordan de oppstilte momenter er overførbare til en vurdering der man også må ta det kunstneriske aspekt i betraktning. For enkelhets skyld vil de forskjellige formidlingsmåter omfattet av retten til ytringsfrihet tidvis refereres til som ”ytringen”, i stedet for den formen ytringene presenteres i. Fordi ytringsfriheten inntar en rekke forskjellige formidlingsformer som regnes som kunst (mer om dette under pkt. 2.4) vil det for deler av analysen tjene som mest oversiktlig. Selv om utgangspunktet tas i virkelighetslitteraturen behandles kunst i en større sammenheng. Jeg vil kontinuerlig drøfte om og hvordan de momenter EMD oppstiller er overførbare til ytringer i form av kunstneriske verk.

For å utrede en mulig balanseringsnorm for tilfeller der litteratur eller kunst blir hevdet å krenke noens privatliv, er det ikke nok å se på en enkelt sak der EMD har foretatt denne avveiningen for et konkret tilfelle. En slik sak vil være svært relevant, men for å finne alle aktuelle momenter som kan påvirke vurderingen, må man først se på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende når det er snakk om kunstnerisk frihet. Hvordan vil vurderingen påvirkes av at det er uttrykk formidlet gjennom kunst? Hvordan skal retten ta stilling til hva som kan regnes som kunst?

Et viktig metodisk verktøy innenfor menneskerettighetene er prinsippet om dynamisk tolkning. Dette går ut på at retten ikke er statisk, men kontinuerlig utvikles i takt med samfunnets skiftninger og nyvinninger. EMD omtaler derfor EMK som ”a living instrument [...] which must be interpreted in the light of present-day conditions”.<sup>7</sup> Ved å kalle konvensjonen for et levende instrument, menes det at bestemmelsenes innhold skal tolkes slik at de kan anvendes på nåværende utfordringer.

EMD har gjennom veletablert praksis redegjort for at statene og deres dømmende makt har en viss ”margin of appreciation”, en skjønnsmargin, når det kommer til den konkrete avveiningen i visse saker. Dette er fordi statene av og til ansees bedre rustet til å vurdere hvilken løsning som er hensiktsmessig, og hvilke moralske prinsipper som står sterkest i landet. Graden av overprøving fra EMD vil variere etter hvilket område det gjelder. EMD beskriver at deres oppgave overfor nasjonalstatene i disse saker er ”to review, in the light of

---

<sup>7</sup> Tyrer v. The United Kingdom (5856/72) avsn. 31.



the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation are compatible with the provisions of the Convention relied on”.<sup>8</sup>

Retten til ytringsfrihet og respekt for privatlivet kan begge sees på som del av den andre generasjon menneskerettigheter.<sup>9</sup> Gjennom dette perspektivet må myndighetene ivareta en aktiv handlingsplikt for gjennomføring av rettighetene i praksis. EMK er et viktig instrument for rettsutviklingen i Norge og særlig gjelder dette for disse rettighetene.<sup>10</sup> EMD fungerer som en kontrollmekanisme som skal sikre at menneskerettighetene overholdes. Hva som ligger i rettighetene blir kontinuerlig utformet av den rettspraksisdrevne utviklingen til domstolen.

Klager som er sendt inn til EMD kan bli en såkalt avvisningsavgjørelse hvis komiteen mener at klagen ikke kan føre frem eller åpenbart ikke oppfyller de formelle krav, jf. art. 35 (3). Videre kan en klage avvises dersom den anses totalt stridende mot konvensjonens bestemmelser, et misbruk av klageretten eller åpenbart grunnløs. Avvisningsavgjørelser er også offentlig tilgjengelig, og deres rolle som mulig prejudikat bekreftes av at domstolen selv i sin (vanlige) rettspraksis viser til avvisningsavgjørelser. At disse avgjørelsene har saksforhold som ikke blir tatt opp til realitetsbehandling taler for å tillegge avvisningsavgjørelser mindre vekt. De er allikevel relevant å ta i betraktning, særlig der de er utførlig begrunnet.

#### **1.4 Videre fremgangsmåte**

Det vil innledningsvis gis en fremstilling av hva som ligger i retten til ytringsfrihet og retten til respekt for privatliv, med fokus på aspektene som er viktig for å kunne utrede denne oppgavens hovedproblemstilling.

For å oppstille et klarere bilde av den spissede problemstilling må det undersøkes hvordan ytringsfriheten i kunst, med andre ord den kunstneriske frihet, er vernet av EMK art. 10 og hvordan dette begrunnes. Hva ligger i retten til ytringsfrihet for skapere av kunstneriske og litterære verk? Stiller kunst seg i en særstilling som uttrykksform? Hva kan begrunne dette og hva taler for og mot en slik slutning?

---

<sup>8</sup> Axel Springer AG v. Germany (39954/08) avsnitt 86.

<sup>9</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s.229

<sup>10</sup> Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. Utgave, Oslo 2011 s. 239

Når så grensene for den kunstneriske frihet på generell basis er utredet, vil det være sentralt å se på privatlivsvernet etter EMK art. 8 og utrede hvordan det grenser opp mot den kunstneriske frihet etter EMK art. 10. Hvordan skal avveiningen av art. 8 og art. 10 foretas? Det vil bli særlig lagt vekt på hvordan avveiningen blir gjort av lovanvendere, hvilke hensyn som gjør seg gjeldende og vekten av disse. Det tas sikte på å utrede om en balanseringsnorm kan oppstilles sett i lys av disse to sentrale menneskerettighetene, ved hjelp av EMDs praksis.

Etter min mening er det en hensiktsmessig å analysere hvordan avveiningen mellom retten til ytringsfrihet og retten til vern av privatliv har blitt gjort, undersøke særtrekkene ved den kunstneriske frihet som en rettighet under retten til ytringsfrihet, og se på hvordan den kunstneriske frihet eventuelt påvirker balanseringen mellom EMK art. 8 og art. 10. Underveis vil det være et fokus på hva som taler for og mot de mulige løsninger, og hvilke hensyn som spiller inn.

Oppgaven søker å besvare problemstillingen: Hvor går grensen for den kunstneriske ytringsfrihet der den støter mot retten til privatliv? Kan det utledes en rettslig norm for vurderingen og hvilke særlige hensyn vil gjøre seg gjeldende?

## **2 Retten til ytringsfrihet etter EMK art. 10**

### **2.1 Generelt om rekkevidden til art. 10**

En rett til å ha og å få ytre sin egen mening regnes som en grunnleggende hjørnestein i ethvert demokratisk samfunn. Retten til ytringsfrihet er lovfestet i EMK art. 10. Bestemmelsens første del fastslår at enhver har rett til ”freedom of *expression*” (*min kursivering*). Ikke bare fysiske, men også juridiske personer er vernet.<sup>11</sup>

Videre i art. 10 følger en presisering av rettighetens innhold som lyder: ”This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart *information and ideas* without interference by public authority” (*min kursivering*). EMD har stadfestet at art. 10 kan beskytte privatpersoners rett til ytringsfrihet også i deres relasjoner med andre privatpersoner, noe som kommer til uttrykk i en dom fra 2001.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Autronic AG v. Switzerland (12726/87) avsn. 47.

<sup>12</sup> VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland (24699/94) avsn. 44 - 47.

Det blir dermed ikke umiddelbart tydelig hvilke typer formidlinger som er beskyttet, eller om visse forhold ved ytringen kan gjøre at den ikke er beskyttet under art. 10. Artikkelenes rekkevidde må klarlegges ved nærmere tolkning og henblikk på praksis. I det følgende vil det sees nærmere på de enkelte aspekter ved retten til ytringsfrihet. Etter art. 10 punkt 2 er det visse vilkår som skal være oppfylt for å gjøre inngrep i retten til ytringsfrihet, og disse blir behandlet nærmere under punkt 3.

## **2.2 Indirekte følger som en krenkelse av ytringsfrihet**

I grenseland for hva som vernes av retten til ytringsfrihet ligger tilfeller der en person blir nektet forfremmelse eller oppsagt på bakgrunn av egne ytringer. EMD har i Kosiek<sup>13</sup> og Glasenapp<sup>14</sup>-sakene konkludert med at å nekte disse søkerne ansettelse i staten var basert på deres manglende kvalifikasjoner, ikke deres politiske syn og dermed falt sakene utenfor beskyttelsen i art.10. For disse tilfellene ble det da et spørsmål om rett til ansettelse i staten, en rettighet som konvensjonen ikke oppstiller.

EMD har i Vogt mot Tyskland<sup>15</sup> vurdert tilfellet der en lærer ble sagt opp på grunn av hennes assosiasjoner med det Tyske kommunistpartiet. Her kom retten til at dette var et inngrep i hennes rett til ytringsfrihet. I motsetning til Kosiek-saken var hun allerede ansatt permanent.

I Otto mot Tyskland<sup>16</sup> ble en politimann nektet en forfremmelse på grunn av hans medlemskap i et ekstremt høyrevridd parti. Her uttalte også EMD at på grunn av at han allerede var ansatt ville en nektelse av forfremmelse på dette grunnlag falle inn under art. 10.

Disse sakene viser hvordan det ikke bare er tilfeller der ytringen er direkte sanksjonert mot, som nyter beskyttelse av art. 10. Det eksisterer et vern av ytringsfrihet også der denne har blitt krenket ved indirekte følger, slik som en oppsigelse. Det forutsetter imidlertid at det er tilstrekkelig sannsynliggjort at ytringen var årsak til den indirekte følge. Den indirekte følge kan dermed kun anses lovlig dersom den oppfylder vilkårene i art. 10 pkt. 2.

---

<sup>13</sup> Kosiek v. Germany (9704/82) avsn. 36.

<sup>14</sup> Glasenapp v. Germany (9228/80) avsn. 50

<sup>15</sup> Vogt v. Germany (17851/91)

<sup>16</sup> Otto v. Germany (27574/02)

En lignende forståelse vil kunne overføres til tilfeller av kunstneriske ytringer. Også en indirekte krenkelse av den kunstneriske frihet må overholde vilkårene for begrensning av ytringsfriheten for å være lovlig.

### **2.3 Kunstnerisk frihet sett i lys av EMK art. 10**

Den Europeiske Menneskerettsdomstol påpekte i 1988 at den kunstneriske frihet er vernet av art. 10. De presiserte at innenfor ”freedom to receive and impart information and ideas” er det en rett til å ta del i den samfunnsmessige utveksling av alle typer av kulturelle, politiske og sosiale ideer.<sup>17</sup> Selv om det ikke er uttrykkelig presisert, er det bred enighet om at kunst omfattes av art. 10. Denne tolkning finner man støtte for i både art. 10 pkt. 2 ved at det refereres til media, som inkluderer kunst, og i Konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 19 (2), der informasjon og ideer i kunstnerisk form (”in the form of art”) er uttrykkelig nevnt.

For å utrede oppgavens problemstilling tas det sikte på å redegjøre for hvordan dette vernet av kunstnerisk frihet gjennomføres i praksis og hvor langt det rekker. Stiller kunstnerisk frihet seg annerledes enn andre former for ytringsfrihet? I så fall, hvorfor er det slik og hvilke hensyn taler for og mot at kunst skal behandles annerledes? Hva er kunst og bør det være opp til den dømmende makt å avgjøre?

Et illustrerende eksempel er Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike.<sup>18</sup> EMD kom i denne saken med viktige uttalelser om kunstnerisk frihet i lys av art. 10. Et maleri som forestilte politikere i en grov seksuell akt ble vist frem på en utstilling i Østerrike. Dette ble av EMD regnet for å være innenfor retten til ytringsfrihet. Hvorvidt politikeren som gikk til sak mot kunstneren hadde fått sitt privatliv krenket måtte dermed veies opp mot kunstnerens rett til ytringsfrihet.

Dommen tar for seg problemstillinger rundt hvor grensen skal trekkes mellom retten til ytringsfrihet og retten til privatliv, herunder mellom den kunstneriske frihet og vernet av en persons omdømme. Det sentrale spørsmålet er om og eventuelt når grensen for kunstnerisk frihet blir overskredet.

---

<sup>17</sup> Müller and others v. Switzerland (10737/84) avsn. 27

<sup>18</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria (68354/01)

Innledningsvis gjengir retten hva som er de sentrale hensyn som vernes ved art 10. Herunder presiseres hvordan de som skaper, fremfører, formidler eller utstiller kunst bidrar til en utveksling av ideer og meninger som er sentrale for et demokratisk samfunn. Statene pålegges derfor et ansvar for å ikke urettmessig begrense ytringsfriheten i kunst.<sup>19</sup>

Staten Østerrike hevdet at artikkel 10 ikke beskytter kunstnerisk frihet i seg selv, men kun tilfeller der kunstnerne bidro til offentlig diskusjon om politiske eller kulturelle saker. Subsidiært hevdet staten at inngrepet var i samsvar med lov og vernet det lovlige formål på å beskytte moral, omdømme og andres rettigheter, og derfor proporsjonalt.

Klagerens side (kunstnerne) hevdet at den offentlige utstilling av maleriet bidro til en debatt mellom kunstneren, utstilleren og offentligheten og derfor var beskyttet av art. 10. De aksepterte at inngrepet var i samsvar med loven men mente at det ikke var verken nødvendig eller proporsjonalt.

Det var ikke tvil om at inngrepet hadde hjemmel i nasjonal lovgivning, på grunn av bestemmelsen som forbyr publisering av en persons bilde der det er et overgrep på hans vernede interesser. Østerrike hadde lagt til grunn at fornedrelsen av hans offentlige fremtoning i denne saken var et overgrep på politikerens vernede interesser. Av denne grunn la EMD til grunn at inngrepet var i samsvar med det lovlige formål å beskytte andres rettigheter. Videre tas det opp at staten hevdet inngrepet beskyttet moralen i samfunnet. EMD viste til at verken lovgivningens ordlyd eller ordlyden i den nasjonale rettsavgjørelsen uttrykte dette formål som relevant. Som en følge av dette kunne ikke domstolen akseptere at Østerrike tillate dette vekt.

Det fremkommer her hvordan EMD legger til grunn at kunst i seg selv bidrar til samfunnsdebatten, og statens prinsipale anførelse kan derfor ikke føre frem. Det presiseres videre at kunstnere ikke er immune mot begrensninger etter art. 10 pkt. 2. Også i disse tilfeller vil de plikter og ansvar som følge med retten til ytringsfrihet være begrensende. Deres rekkevidde vil bero på kunstnerens subjektive situasjon og de virkemidler han benytter seg av.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Vereinigung Bildende Künstler v. Austria avsn. 26

<sup>20</sup> Müller and others v. Switzerland avsn. 33-34

Som en følge av de overveide momenter kom EMD til at det forelå at brudd på art. 10 med fire mot tre stemmer. En slik dissens viser hvordan temaet berører flere motstående hensyn, og ingen løsning er utvilsomt den rette.

## 2.4 Ytringens form

En naturlig språklig forståelse av begrepet ”expression”, tilsier at det er snakk om noe som uttrykkes, og at dette uttrykket formidles enten muntlig eller skriftlig ved hjelp av ord.

EMD har i sin praksis lagt til grunn at artikkel 10 skal tolkes vidt og romme de fleste formidlingsmåter.<sup>21</sup> Det som omfattes av ordlyden er ikke særlig begrenset med henhold til hvordan ytringene blir fremsatt, og ytringene kan følgelig være skrevet tekst, tegnede illustrasjoner og andre fremstillinger som man ikke i dagligtalen vil kalle en ytring. Til og med ytringer som en person uttrykker gjennom sin bekledning faller inn under bestemmelsen.<sup>22</sup>

Den norske oversettelsen av art. 10 kaller det en rett til ytringsfrihet, og denne formulering tilsier også at det er muntlige og skriftlige ytringer det gjelder. Imidlertid er det en viss begrensning i ordlyden som tilsier at den ikke rommer alle former for uttrykk, selv om dette er tilfellet. Når det er ytringer som nevnes særskilt, vil det umiddelbart gi et inntrykk av en snevrere rekkevidde enn ”uttrykksfrihet” hadde gjort. Kanskje hadde det vært mer hensiktsmessig å kalle retten for uttrykksfrihet på norsk, for å bedre formidle rekkevidden av retten. Ordlyden ville da hatt en større grad av samsvar med mengden av formidlingsmåter som faktisk vernes av art. 10, og etter min mening samsvare i større grad med den engelske offisielle tekstversjonen.

For kunstneriske verk vil den generelt vide rekkevidden til ytringsfriheten tilsi at performance-kunst og alle andre kunstneriske uttrykksmåter som utgangspunkt vil omfattes av retten til ytringsfrihet. Dette vil også gjelde ytringer som formidles gjennom musikk og andre kunstneriske formidlingsmåter. Ytringens form vil med andre ord kun ha noe å si for vurderingen av om ytringsfriheten kan begrenses, og det må legges til grunn som et

---

<sup>21</sup> Se blant annet Nilsen and Johnsen v. Norway (23118/93) avsn. 43 og Sokolowski v. Poland (75955/01) avsn. 44

<sup>22</sup> Gough v. The United Kingdom (11674/85) avsn. 150.

utgangspunkt at alle former for kunstneriske ytringer er beskyttet av enhver persons rett til ytringsfrihet etter art. 10 pkt. 1.

På samme måte som det ikke er rettens oppgave å avgjøre hvilke reportasjeteknikker som skal anvendes av journalister<sup>23</sup> så vil det ikke være rettens oppgave å bestemme hvordan en kunstner eller en forfatter skal formidle sitt budskap.

## 2.5 Ytringens innhold og kvalitet

En naturlig språklig forståelse av ”*information and ideas*” er at retten til ytringsfrihet er svært vidtrekkende og altomfattende med tanke på temaet, og at retten gjelder alle typer ytringer. Det blir fremhevet av Eggen at: ”ytringens innhold som altoverveiende hovedregel er irrelevant når det gjelder spørsmålet om det har skjedd et inngrep i ytringsfriheten”.<sup>24</sup>

Ved vurderingen av om en journalist har overskredet grensen for ytringsfrihet vil det være en sentral faktor at ikke bare avisene har en plikt til å belyse samfunnet men allmennheten også har en rett til å bli opplyst, som presisert av EMD i avgjørelsen *Jersild mot Danmark*<sup>25</sup>. I denne dommen ble en ansatt i et dansk kringkastingsbyrå dømt etter nasjonal rett for å ha medvirket til ulovlige rasistiske ytringer. EMD fant at å dømme ham var et brudd på art. 10, selv om ytringene som den rasistiske gruppen kom med ikke var beskyttet av art. 10 i seg selv. De fremholdt at domfellelsen av en journalist for å ha assistert i å formidle disse ytringer gjort av noen han intervjuet, ville skade pressens tilgang til tema som er interessant for befolkningen. Dette tilfellet illustrerer at dersom ytringen er en videreformidling og formålet med den er å belyse et samfunnsmessig viktig problem vil til og med rasistisk innhold i ytringer være vernet av pressens ytringsfrihet. Dette er imidlertid ikke en selvfølge da ytringer som krenker konvensjonens ukrenkelige rettigheter har blitt avvist fra rettslig behandling med den begrunnelse at de ikke er vernet av art. 10. Denne problemstilling blir behandlet nærmere under punkt 3.4.

EMD har i *Groppera-saken* tatt for seg problemstillingen om ytringens kvalitet vil kunne gjøre at den ikke anses som ”*information and ideas*” og derved ikke beskyttes av

---

<sup>23</sup> *Jersild v. Denmark* (15890/89) avsn. 31

<sup>24</sup> Kyrre Eggen, *Ærekrenkende ytringer – Rettspraksis under den Europeiske Menneskerettskonvensjonen art. 10*, *Mennesker og rettigheter*, årgang 12 nr. 4 (1994), side 356.

<sup>25</sup> *Jersild v. Denmark* avsn. 31.

konvensjonen. Saken gjaldt en radiokanal som hadde blitt nektet av myndighetene å sende sine sendinger gjennom kabel til det Sveitsiske folk. Den saksøkte stat hevdet at slike sendinger som det var snakk om her ikke kunne anses som ”information and ideas” da de for det meste bestod av reklame og musikk. EMD uttalte at ytringsfriheten er beskyttet etter art. 10 pkt. 1 ”without there being any need to make distinctions according to the content of the programmes”.<sup>26</sup> Tross én dissenterende dommer ble det med andre ord lagt til grunn at beskyttelsen etter art. 10 pkt. 1 eksisterer uavhengig av innholdets kvalitet.

I tillegg er det etter EMDs syn såpass viktig med mangfold blant ytringer i et demokrati at art. 10 i seg selv ikke forbyr formidling av informasjon mistenkt for å være falsk.<sup>27</sup>

For kunst vil det i samfunnet være delte meninger om hvorvidt et verk er av en viss kvalitet eller om det er meningsbærende. Det vil i tillegg være desto vanskeligere å legge til grunn en uniform forståelse av hvorvidt verket er av god kvalitet eller gir mening. Det er derfor praktisk at det ikke stilles kvalitets- eller innholds krav til kunstneriske verk for at de skal være vernet av art. 10. Ovennevnte praksis, *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike*, støtter dette utgangspunktet.

Når det gjelder kunstneriske verk som hevdes å ha elementer av sannhet, eller tilsynelatende gir uttrykk for sannhet men hevdes å være fiksjon, vil det by på ytterlige problemer å skulle ta stilling til dette for å vurdere om kunsten vernes av art. 10. Det er dermed praktisk at det kan legges til grunn at usanne ytringer også vernes, da det ivaretar rettsikkerheten og demokratiet å heller vurdere begrensninger av disse ytringer som da må begrunnes i lovens vilkår.

## 2.6 Ytringens formål

Et relevant spørsmål for utøvelsen av ytringsfriheten er hvorvidt et eventuelt formål kan tillegges vekt i vurderingen av om ytringen er beskyttet av art. 10. Det har tidligere vært satt spørsmålstegn ved om også de kommersielt motiverte ytringer er omfattet av retten. EMD har gjennom sin praksis lagt til grunn at også disse ytringer er innenfor rekkevidden til art. 10, og dermed er også reklame vernet.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> *Groppera Radio AG and others v. Switzerland* (10890/84) avsn. 55.

<sup>27</sup> *Salov v. Ukraine* (65518/01) avsn. 113.

<sup>28</sup> *Autronic AG v. Switzerland* (12726/87) avsn. 47.



I Autronic-saken var spørsmålet om det bakenforliggende motiv hadde innvirkning på retten til å motta ytringer i form av TV-signaler for et antenneselskap i Sveits. Flertallet i EMD uttalte at det var en rett til å motta signalene ”without it being necessary to ascertain the reason and purpose for which the right is to be exercised”<sup>29</sup>, derved uavhengig av formålet. Ut av dette kan man slutte at det ikke er relevant hvilket motiv som ligger bak en ytring for vurderingen av om ytringen er beskyttet av art 10 pkt. 1. Motivet kan imidlertid spille inn på vurderingen av om det kan gjøres et inngrep i retten til ytringsfrihet.

Betydningen av eventuelle motiver for kunstneriske ytringer har vært nevnt i Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike.<sup>30</sup> EMD fant det ikke usannsynlig at dette bildet var malt som retorsjon etter at den illustrerte personens politiske parti hadde kritisert kunstnerens verk tidligere. Dette kan muligens forstås som at EMD åpner for å anse slike omstendigheter som formildende.<sup>31</sup> Retorsjon kan som kjent virke formildende i straffesaker, eller være en straffritaksgrunn. Imidlertid så uttaler ikke retten seg direkte om hvilken virkning dette momentet har, eller om det tillegges vekt i denne sak.

## **2.7 Bruk av kunstneriske virkemidler**

Om de kunstneriske virkemidler i Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike uttaler retten: ”such portrayal amounted to a caricature of the persons concerned using satirical elements. It notes that satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference must be examined with particular care.”<sup>32</sup>

EMD legger til grunn at en fremstilling der kunstnere fremstiller sine verk med satiriske virkemidler og gjennom karikatur, stiller seg i en særstilling når det kommer til ytringsfrihet. Det fremheves at en slik fremstilling i seg selv er laget for å provosere og opprøre samfunnet for å bidra til en samfunnsdebatt. EMD trekker her paralleller til de viktige hensyn bak ytringsfriheten som ivaretar det demokratiske styresett. Det presiseres at ethvert inngrep i kunstners rett til ytringsfrihet må undersøkes med særlig omhu. Dette er en sentral

---

<sup>29</sup> Autronic AG v. Switzerland avsn. 47.

<sup>30</sup> Faktum i dommen gjengitt under oppgavens punkt 2.3.

<sup>31</sup> Akdas c. Turquie (41056/04) avsn. 34

<sup>32</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria avsn. 33

rettssetning som kan leses ut av dommen, ved at den oppstiller en høyere terskel for inngrep i den kunstneriske frihet.

Saken Müller og andre mot Sveits<sup>33</sup> handlet om en kunstutstilling der grove seksuelle bilder ble fremstilt. Ulikt tilfellet i Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike var det ingen gjenkjennelige personer på bildene. Dermed ble det et spørsmål om beslag av bildene av hensyn til moralen i samfunnet var lovlig eller i strid med kunstnerens rett til ytringsfrihet. Retten stiller seg ikke tvilende til at kunstneres ytringsfrihet gjennom kunsten er essensiell for demokratiet på samme måte som andre formidlingskanaler. Retten uttaler i avsnitt 33: "Those who create, perform or distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society."<sup>34</sup> Retten presiserer videre at statene har plikt til å ikke innskrenke kunstnerisk frihet urettmessig.

Det kan virke som at EMD ikke stiller seg tvilende til at kunst i seg selv er i utgangspunktet et bidrag til den offentlige debatt, uavhengig av dets innhold. Hvor mye innholdet bidrar til den offentlige debatt vil imidlertid spille inn på vurderingen av begrensninger der andre hensyn gjør seg gjeldende og man må foreta en forholdsmessighetsvurdering. Når det kommer til de begrensninger som kan legges på kunstnere og de som promoterer kunstverk, vil hvert tilfelle måtte vurderes etter kunstnerens situasjon og de virkemidler han benytter.<sup>35</sup>

De tre dissenterende dommeres votum i Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike var i hovedsak basert på en annen forståelse av hvordan den kunstneriske frihet spiller inn på problemstillingen, og hva som kan regnes som kunst. Dissenterende dommer Loucaides påpekte at dommens slutning var basert på at maleriet var av en kunstnerisk og satirisk natur, og at denne oppfatning hadde en avgjørende effekt. Etter hans mening kan ikke meningen og virkningen av et maleri vurderes ut fra hva kunstneren tok sikte på å formidle. Det som teller er den utslagsgivende effekt på observatørene. Videre hevdet han at det at en kunstner har produsert et verk, ikke i seg selv gjør verket "kunstnerisk". Problemstillingen rundt denne grensedragningen blir diskutert nærmere i neste avsnitt, 2.8.

---

<sup>33</sup> Müller and others v. Switzerland (10737/84)

<sup>34</sup> Müller and others v. Switzerland avsn. 33

<sup>35</sup> Müller and others v. Switzerland avsn. 34

Det kan leses ut av dommer Loucaides redegjørelse at han stiller seg sterkt kritisk til at en kunstner skal nyte et større ytringsfrihetsvern i kraft av sin kunstneriske frihet. Han uttaler at ”Nobody can rely on the fact that he is an artist or that a work is a painting in order to escape liability for insulting others.” Han mener at det er snakk om et maleri som underminerer ryktet og verdigheten til en person på en måte som ingen lovlige hensyn kan rettferdiggjøre og derfor var inngrepet nødvendig. Han så også på det at utstillingen var tilgjengelig for barn som en skjerpene faktor.

De dissenterende dommerne Spielmann og Jebens fremholder som hovedtema at dersom ”the protection of the rights of others is at stake , artistic freedom cannot be unlimited”<sup>36</sup>. De mente at maleriet underminerer andres rettigheter i for stor grad til at det skal være vernet av ytringsfriheten. I denne dommen var det særtrekkene ved det kunstneriske aspektet som tilsynelatende ble utslagsgivende for at flertallet konstaterte brudd på retten til ytringsfrihet, og mindretallet vant ikke frem med sitt syn på at den kunstneriske frihet lovlig kunne begrenses.

## **2.8 Hva er kunst og bør det være opp til den dømmende makt å avgjøre?**

En spesiell faktor ved problemstillingen er spørsmålet om hva som kan regnes som kunst. Denne vurderingen er en av grunnene til at det blant de lærde jurister og trolig den jevne befolkning, blir sett på som upassende å prøve saker om begrensnig av den kunstneriske frihet for retten. Et samfunn der domstolene får bedømme hva som når opp til ”kunst”-status vil for mange føles feil. Dette henger sammen med at selve kunstens ånd er ment til å skulle bedømmes av den enkelte og ikke bli forsøkt nedgradert til en enkel vurdering av om selve uttrykket, selve formidlingsmåten eller resultatet av den er å regne som kunstnerisk. Om det allikevel var opp til dommerne å bedømme, hvordan skal det vurderes? Det vil for de fleste være en vurdering som er vanskelig å gjøre. Vil ikke det å nekte en person å kalle sitt uttrykk for kunst, i seg selv være et inngrep i ytringsfriheten?

Sterke grunner taler for at retten ikke skal gå inn på vurderingen av hva som er kunst og heller legge til grunn, i de få tvilstilfeller som vil oppstå, at det er et kunstnerisk uttrykk dersom den som ytrer seg mener det. Det vil uansett være slik at fokuset ligger på ytringen eller uttrykket

---

<sup>36</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria avsn. 5

og dets lovlighet. Om det kunstneriske aspekt uansett taler for en videre rett til ytringsfrihet, vil det være interessant å se hvordan domstolene skal vurdere dette. En mulig løsning vil være å ta inn kunstprofessorer eller eksperter på kunst, men selv disse vil kanskje si at det ikke er opp til dem å bedømme, enhver kan være en fri kunstner.

Det finnes veldig lite eksempler på at rettsvesen har forsøkt å ta stilling til hva som kan regnes som kunst. I tysk intern rett har den kunstneriske frihet blitt vurdert opp mot ærekrenkelse i en sak fra 1987.<sup>37</sup> Saken omhandlet en tegneserie som illustrerte en politiker med kroppen til en gris, som hadde sex med en annen gris ikledd rettssal-kapper. Til spørsmålet om dette var en ærekrenkelse av politikeren, svarte tysk rett bekreftende og påpekte at; selv om tegneserien kunne regnes som et kunstverk, var det ikke passende for retten å utføre en kvalitetskontroll(Niveauekontrolle) og dermed forsøke å skille mellom ”god” og ”dårlig” kunst. Imidlertid fant retten at tegneserien hadde som formål å ærekrenke politikeren ved å fremstille ham på den måten. Der kunstnerisk frihet var i konflikt med noens ære, måtte den kunstneriske frihet sees på som en underordnet rettighet.

Selv om det er en viktig faktor å ha i mente, så vil den ikke så ofte komme på spissen. Det vil for det meste være enighet om at for eksempel en skjønnlitterær novelle er å regne som kunst og et maleri på utstilling er å regne som kunst. De fleste saker vil omhandle tilfeller der underproblemstillingen ikke er aktuell eller muligens ikke endrer på den rettslige vurderingen som skal foretas.

Et argument mot å oppstille særlige regler for den kunstneriske frihet er at det vanskelig kan forutsees av borgerne hva som vil være utfallet av en slik sak, fordi det vanskelig kan oppstilles en klar grense mellom hva som er kunst og hva som ikke er det. Borgernes rettssikkerhet hviler i stor grad på forutberegneligheten i lovverket og den svekkes der regler hviler på uforutsigbare rettslige vurderinger.

Det er mye som taler for at vurderingen av det kunstneriske aspektet tones ned eller klarlegges ytterligere slik at hensynet til forutberegnelighet blir ivare tatt. Disse momenter kan tale for at selve fokuset i saker om kunstneriske verk bør legges på de rent rettslige aspekter.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 75, 369; EuGRZ, 1988, 270.

## 2.9 Oppsummering

Det kan utledes av disse dommene at det eksisterer en vid forståelse av hvordan ”information and ideas” skal tolkes og at den objektive kvalitet av ytringen ikke vil være relevant i vurderingen. Det kan sluttet av rettens resonneringer at som hovedregel vil alle ytringer med meningsinnhold omfattes av art. 10 og begrepet ”information and ideas”. Alle kunstneriske ytringer vil som utgangspunkt være vernet av retten til ytringsfrihet.

## 3 Begrensninger av ytringsfriheten

### 3.1 Adgangen til å gjøre inngrep i retten til ytringsfrihet

Den europeiske menneskerettsdomstol har uttalt at retten til ytringsfrihet er ”one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and each individual’s self-fulfilment”<sup>38</sup>. Samtidig som retten til ytringsfrihet er en grunnleggende forutsetning for en demokratisk rettsstat, så vil et misbruk av denne retten kunne ødelegge demokratiet.<sup>39</sup> Det vil være problematisk om ytringsfriheten skal utøves helt ubegrenset, da det vil stride mot flere andre sentrale menneskerettigheter, som for eksempel retten til å ikke bli diskriminert. Av denne grunn er det i artikkel 10 punkt 2 tatt inn muligheter for å begrense denne rettigheten dersom visse vilkår er oppfylt.

I art. 10 pkt. 2 åpnes det for at ytringsfriheten kan undergis ”formalities, conditions, restrictions or penalties” på nærmere vilkår. Et grunnleggende vilkår er at disse inngrep i ytringsfriheten må være ”prescribed by law”. I tillegg stilles krav om at inngrep er ”necessary in a democratic society [...] for the protection of the reputation or rights of others”. Etter ordlyden legges det til rette for en skjønsmessig forholdsmessighetsvurdering, der inngrepet må veies opp mot det lovlige formålet som anses nødvendig i et demokratisk samfunn.

EMD har i en rekke dommer gitt uttrykk for den vide rekkevidden til ytringsfriheten, ved å presisere at også sjokkerende, støtende eller forstyrrende ytringer som utgangspunkt vil vernes<sup>40</sup>. Det er først dersom motstridende samfunnshensyn gjør seg gjeldende med tilstrekkelig styrke, at en begrensning i ytringsfriheten kan tillates. Et eksempel på denne

---

<sup>38</sup> Rekvényi v. Hungary (25390/94) avsn. 42

<sup>39</sup> William A Schabas, *The European convention on Human Rights – A commentary*, Oxford 2015 s. 445

<sup>40</sup> Handyside v. The United Kingdom (5493/72) avsn. 49

avveiningen finnes i dommen *Handyside mot Storbritannia*.<sup>41</sup> Dommen gjelder spørsmålet om et beslag av en bok med pornografisk og støtende materiale var et urettmessig inngrep i ytringsfriheten. Her kom retten til at det på grunn av statens skjønnsmargin, og deres vurdering av at motstridende moralske hensyn gjorde seg gjeldende, ikke var et uforholdsmessig inngrep i ytringsfriheten. EMD viser her hvordan enhver begrensning av ytringsretten må være proporsjonal til det lovlige, motstridende formålet.

For vurderingen av vilkåret om at inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn, har EMD spesifisert at det må foreligge en ”pressing social need”.<sup>42</sup> I dette ligger at inngrepet må begrunnes i et presserende sosialt behov som rettferdiggjør innskrenkningen i en grunnleggende rettighet.

I motsetning til Grl. § 100 sonderer ikke EMK art. 10 mellom formell og materiell ytringsfrihet, altså mellom forutgående sensur av en ytring og etterfølgende ansvar eller sanksjoner som følge av ytringen. Det er imidlertid noe som vil spille inn i den konkrete vurdering, der en forhåndssensur i mange tilfeller vil utgjøre et større inngrep i retten til ytringsfriheten enn om den som ytrer seg i ettertid blir holdt ansvarlig. Forutgående sensur av en ytring er regnet som den mest inngripende begrensning fordi den frarøver ytringens tiltenkte publikum en mulighet til å motta informasjonen eller idéen. EMD har uttrykkelig presisert dette i *Observer and Guardian mot Storbritannia*.<sup>43</sup> Selv om ikke den som ytrer blir straffet kan det foreligge et inngrep i ytringsfriheten, som omtalt i avsnitt 2.2. Dette er fordi EMD har et henblikk på den såkalte ”chilling effect” en trussel om konsekvenser kan ha på ytrerenes beslutning om å ytre seg.<sup>44</sup>

### **3.2 Statenes skjønnsmargin ved art. 10**

Statene har, som nevnt innledningsvis, en skjønnsmargin ved tolkning av konvensjonsbestemmelser som gjelder inngrep i rettigheter, og hvordan rettighetene sikres i nasjonal lovgivning. Ordet ”necessary” i art. 10 tilsier at det er en nødvendighetsvurdering statene skal foreta ved inngrep, og da er en slik skjønnsmargin særlig aktuell i EMDs prøving av konvensjonsstatenes vurdering. Imidlertid er det EMDs ansvar å gi ”the final ruling [...] on

---

<sup>41</sup> *Handyside v. The United Kingdom*

<sup>42</sup> *The Sunday Times v. The United Kingdom* (nr. 1) avsn. 62.

<sup>43</sup> *Observer and Guardian v. The United Kingdom* avsn. 60

<sup>44</sup> *Steel and Morris v. The United Kingdom* (68416/01) avsn. 95

whether a "restriction" is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10".<sup>45</sup> På området for art. 10 er denne marginen gitt større eller mindre vekt alt etter hensynene som gjør seg gjeldende for det konkrete området.

### **3.3 Statenes skjønnsmargin på området for den kunstneriske ytringsfrihet**

De dissenterende dommere i VBK-dommen mener at det statenes skjønnsmargin skal være særlig begrenset, eller "practically non-existent" der inngrepet i ytringsfriheten berører kunstnerisk frihet.<sup>46</sup> Dette synspunkt har ikke EMD lagt til grunn i sin tidligere praksis.<sup>47</sup>

I nyere praksis fra EMD er det særlig tilfellet Akdas mot Tyrkia som kan nevnes. Denne dom ble avsagt på fransk og tyrkisk i 2010, og omhandlet publiseringen av en erotisk novelle med innhold som ble regnet som veldig grovt. Novellen ble først utgitt i Frankrike i 1907, og senere publisert på flere språk, både i papirform og på internett og ble tatt inn i samlingen "La Pléiade". Når den så ble publisert i Tyrkia, tok myndighetene affære og alle kopier ble beordret inndratt og destruert.

Staten hevdet at statenes skjønnsmargin på området for å beskytte moral vil være særdeles vid.<sup>48</sup> Retten sier seg imidlertid ikke helt enig i dette. Dommerne fremhever at i dag som i Müller-saken søker man forgjeves i de juridiske og samfunnsmessige ordener i de forskjellige konvensjonsstatene etter en uniform forestilling i så henseende; om hvor mye vekt som skal tillegges moral og etikk-synspunkt i den rettslige vurdering. Ideen som statene former rundt krav til moral varierer i tid og rom, og krever at man husker å ta i betraktning at inne i en og samme stat, eksisterer det fellesskap med diverse kulturelle, religiøse eller filosofiske forskjeller. Takket være deres direkte og konstante kontakt med skiftningene i deres land, finner autoritetene i staten i prinsippet et bedre grunnlag enn en internasjonal dommer for å

---

<sup>45</sup> Handyside v. The United Kingdom, avsn. 49.

<sup>46</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria avsn. 6

<sup>47</sup> Se bl.a. Müller and others v. Switzerland(1988), Otto-Preminger-Institut v. Austria(1994), Wingrove v. The United Kingdom(1996)

<sup>48</sup> Akdas c. Turquie avsn. 23

uttale seg om innholdet i hva som kreves for at restriksjonen eller sanksjonen skal anses som nødvendig.<sup>49</sup>

Retten uttaler at selv om de, på grunn av den relative karakteren til de forskjellige moralske konsepter innenfor det europeiske juridiske område, tilkjenner en viss skjønnsmargin til statene for dette innhold, vil de ikke underdrive betydningen av at det i denne aktuelle sak, gikk mer enn et århundre etter den første utgivelse i Frankrike, dens publikasjon i en rekke land på diverse språk, og dens befestning ved å bli tatt inn i "La Pléiade" en rekke år før den ble en sak i Tyrkia.<sup>50</sup>

Retten vurderte at rekkevidden av skjønnsmarginen, med andre ord; anerkjennelsen tilkjent de kulturelle, historiske og religiøse forskjeller i medlemslandene, ikke egner seg til å gå til det å hindre folkets tilgang på et valgt språk, i dette tilfellet tyrkisk, til et kunstverk som er en del av den europeiske litteraturarv.<sup>51</sup>

Dermed vil norske dommere ved en slik avveining som oppgaven vurderer ha et visst rom for å tilpasse sin vektlegging og vurdering av momentene til de norske tilstander og samfunnet som helhet. Det norske syn på hva som er etisk og moralsk riktig vil dermed kunne spille inn i vurderingen. Derfor er det relevant å ha skjønnsmarginen i mente ved en redegjørelse på dette rettsområdet. Akdas mot Tyrkia illustrerer også at EMD legger vekt på at det kunstneriske verk er anerkjent.

### **3.4 Særlig om tilfeller der ytringens innhold strider mot andre rettigheter**

Et viktig unntak fra hovedregelen om at alle ytringer vernes er de tilfeller der innholdet i ytringen strider mot Den Europeiske menneskerettskonvensjons grunnleggende absolutte rettigheter. Absolutte rettigheter er som utgangspunkt regnet som ufravikelige og vil ikke ha noen lovlig unntaksadgang inntatt i sin formulering. Det er i juridisk teori en diskusjon om hvorvidt rettigheter kan være absolutte i praksis, da det blir hevdet at ingen rettighet egentlig er absolutt ukrenkelig. Det er hensiktsmessig å se på grensdragningen mellom de forskjellige rettighetene som en glidende skala. Oppgavens rammer gjør at denne diskusjonen ikke vil bli

---

<sup>49</sup> Akdas c. Turquie avsn. 27

<sup>50</sup> Akdas c. Turquie avsn. 29

<sup>51</sup> Akdas c. Turquie avsn. 30



behandlet nærmere her. Det viktige er at EMD har gitt uttrykk for at det er kjerneområdet for en rettighet uten unntaksadgang som i praksis er den ufravikelige del av rettigheten. Videre har du de tilfeller der en ytring strider mot en rettighet i konvensjonen som ikke er absolutt, i den forstand at det på visse vilkår kan gjøres inngrep i retten. Selve retten til ytringsfrihet er en slik rettighet, fordi den på nærmere vilkår kan innskrenkes i henhold til konvensjonen. I tillegg er retten til respekt for privatliv og familieliv en slik rettighet som kan innskrenkes dersom vilkårene i annet ledd er oppfylt. Ved at verken den ene eller den andre rettighet er absolutt oppstår det et spørsmål om hvor grensen mellom dem skal trekkes.

Lovligheten av ytringens tema kan med andre ord begrenses betydelig av at ytringen strider mot andre konvensjonsbestemmelers kjerneområde, og dermed ikke anses å være beskyttet av art. 10 i det hele tatt. EMK art. 17 forbyr ”any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms” i konvensjonen. En ytring som for eksempel tar til orde for at tortur bør være lovlig vil derfor trolig falle utenfor konvensjonens rettslige beskyttelse. Slike tilfeller vil ofte bli avvist fra rettslig behandling hos EMD. Et eksempel på dette er avvisningsavgjørelsen for Pavel Ivanov<sup>52</sup> der det ble fremhevet at hans utvilsomme antisemittiske holdning og portrettering av jøder som en kilde til ondskap i Russland ikke har rettslig beskyttelse etter art. 10. Dette er fordi det strider mot konvensjonens underliggende verdier av toleranse, samfunnsfred og ikke-diskriminering, og krenker det ufravikelige forbudet mot rasediskriminering i EMK art. 14. Dette tilfellet illustrerer hvordan det ved grensen for ytringsfrihet mot absolutte rettigheter vil være et spørsmål om det i det hele tatt er en ytring som faller inn under rettigheten før man kan vurdere om den er krenket.

Hvis man så overfører dette på tilfeller som omhandler kunst, vil det kunne forstås som at kanskje visse kunstneriske verk ikke vil nyte et vern under art. 10. Ut fra EMDs nyanseringer vil dette gjelde for kunstneriske verk som strider mot rettigheter som etter konvensjonen har et ufravikelig kjerneområde. Dette blir imidlertid en svært vanskelig grensdragning. De kan synes fristende å legge til grunn at et kunstnerisk verk i samme grad som andre ytringer vil måtte unntas fra beskyttelse av art. 10 med en gang det strider mot en absolutt rettighet. Imidlertid er det på en slik arena veldig vanskelig å si sikkert hva som ”blir sagt” med verket, og om det som formidles er for å bevisstgjøre publikum, fremkalle følelser eller faktisk fremme en ulovlig holdning til et tema. Hvis for eksempel et maleri viser nazister som utfører

---

<sup>52</sup> Pavel Ivanov v. Russia (35222/04) avsn. 1

overgrep på jøder, vil det ikke i seg selv være grunn for at dette skal unntas ytringsfrihetsvernet selv om nazisme strider mot konvensjonens kjerneområde. Dette fordi det ikke kan legges uforbeholdent til grunn at kunstneren søker å fremme nazisme med et slikt verk. Dersom kunstverket prøver å fremme noe som strider mot konvensjonens absolutte rettigheter vil nok problemstillingen kunne tas opp. Også de fleste saker må kunne illustreres på film uten at ytringsfrihetsvernet faller bort. Imidlertid vil det finnes scenarioer som man kan tenke seg faller utenfor ytringsfrihetsvernet, og et mulig eksempel på dette kan være kunstneriske ytringer om pedofili eller seksuelle handlinger med dyr. Grensedragningene er imidlertid vanskelig for den kunstneriske arena fordi det eksisterer, som nevnt innledningsvis, et godt begrunnet vern av støtende og opprørende ytringer. Et samfunn som kollektivt ”stikker hodet i sanden” og bare lager kunst som fremkaller gode følelser er ikke hensiktsmessig for verken samfunnsutviklingen eller den demokratiske debatt. Mange hensyn taler for at ytringsfriheten skal verne alle kunstneriske ytringer som utgangspunkt og at det deretter må foreligge en lovlig begrunnet adgang til å begrense disse.

Bare ytterst få saker vil bli avvist som stridende mot konvensjonen, noe som illustreres av avgjørelsen Jersild mot Danmark nevnt i punkt 2.5. I den saken var ytringens innhold i strid med konvensjonen men journalisten hadde en rett etter art. 10 til å videreformidle disse ytringer. Dette kan relateres til kunst på den måten at man kan spørre seg om en kunstner også er en videreformidler av ytringer. I tilfeller der ytringene er mer abstrakte, eller bunner i kilder i samfunnet som av naturlige grunner ikke står frem med sine meninger men som man vet finnes kan kunsten da brukes til å sette søkelyset på dette. Det kan gjøres gjennom taktikker der for eksempel kunstneren illustrerer den holdning som er kontroversiell eller direkte ulovlig av den grunn at man vil fremprovosere en reaksjon av avsky hos mottagerne av ytringen. Er det kanskje slik at en forfatter eller kunstner gjennom sitt verk søker å formidle slike samfunnsmessige viktige temaer ved å formidle forskjellige meninger på lik linje som en journalist tar sikte på, men gjennom en helt annen type fremstilling? Da vil det i så fall tale for at ytringen er vernet på samme måte som journalistens ytringer i Jersild mot Danmark.

### **3.5 Adgangen til å gjøre inngrep i den kunstneriske frihet**

For adgangen til å gjøre inngrep i den kunstneriske frihet vil mange av de samme hensyn gjøre seg gjeldende, men å begrense den kunstneriske frihet vil føre med seg visse særskilt vanskelige vurderinger. ”Sensur” av kunst vil være en problematisk tanke for mange. Er ikke

den frie utfoldelse selve hovedingrediensen i kunstens inspirerende og tankevekkende vesen? Kan man egentlig oppstille en rettslig forankret balanseringsnorm som regulerer offentliggjøring av private forhold i en bok eller et annet kunstnerisk verk?

Det kan tenkes at en kunstner vil appellere til personers emosjonelle og kreative sider og søke å utvide befolkningens horisonter for de mer følelsesstyrte områder, der en journalist vil appellere til befolkningens intellekt og bevissthet og ha en mer direkte tilnærming til å utvide den allmenne kunnskap om forskjellige samfunnsmessige viktige temaer. Når media har en tillatelse til å gjengi rasistiske ytringer, som i den ovennevnte dom, er det på grunn av at det setter søkelyset på et tema som er særlig viktig for samfunnet og det er ikke propaganda som søker å overbevise befolkningen om at rasisme er en vei å gå. Det er kun viderefremidling som søker å belyse at det finnes folk med slike meninger og det vil mest sannsynlig bare ha den effekt at de fleste tenker det er uhørt og kanskje til og med skape et engasjement for å få slutt på rasisme. Hvis man da søker å relatere dette til kunstneriske verk vil det bety at dersom man i visse tilfeller ser på kunstneren som en viderefremidler av meninger i samfunnet eller formidler av interessante samfunnsdebatter så kan man ikke ta ethvert kunstnerisk verk som et direkte uttrykk for kunstnerens egne meninger, men man må heller se hva verket søker å belyse og spørre om det er propaganda som søker å overbevise eller om det bare er en orientering om meninger i samfunnet. Det finnes utallige eksempler på kunst som ved første øyekast tilsynelatende er problematisk men ved nærmere ettersyn illustrerer noe ulovlig ikke fordi det anses riktig men fordi det anses viktig. Dette er noe som bidrar til at kunst kan anses som en uttrykksform der begrensninger i den kunstneriske frihet fordrer inngående og kritiske vurderinger.

## **4 Retten til respekt for privatliv etter EMK art. 8**

Det anses hensiktsmessig å behandle privatlivsvernet i kortere trekk enn ytringsfriheten når siktemålet med oppgaven tas i betraktning, der hovedfokuset ligger på ytringsfrihet i form av kunstnerisk frihet, og i tillegg dennes grense mot privatlivsvernet. Det er viktig å ha i mente at disse rettighetene (ytringsfrihet og respekt for privatliv) anses for å ha lik verdi, noe som blir nærmere omtalt i neste hovedpunkt i oppgaven om avveiningen av art. 8 og art. 10.

### **4.1 Generelt om rekkevidden til privatlivsvernet**

Etter EMK art. 8 har enhver rett til ”respekt for sitt privatliv og familieliv, hjem og korrespondanse”. Ordlyden her tilsier at det er mye som faller inn under bestemmelsen. Ut fra

selve ordlyden vil også de etterfølgende begrep omfattes av betegnelsen ”privatliv”. For denne oppgaven vil retten til respekt for selve privatlivet og herunder vern av omdømme være det essensielle.

Art. 8 er utformet på samme måte som art. 10 og det er i pkt. 2 oppstilt vilkår som må tilfredsstilles for at et inngrep i denne grunnleggende rettighet skal være lovlig. Inngrepet i retten til respekt for privatlivet må være ”i samsvar med loven” og ”nødvendig i et demokratisk samfunn [...] for å beskytte andres rettigheter og friheter”. Her ser man at utformingen av nødvendighetsvilkåret er litt annerledes utformet enn for art. 10, med tanke på de lovmessige formål som kan begrunne inngrepet.

Det er ikke uten videre klart hva som er en persons privatliv og dermed vernes etter denne bestemmelsen, men EMDs praksis har gradvis belyst hvor vidtrekkende bestemmelsen skal tolkes. Et eksempel på dette finnes i Niemietz-dommen.<sup>53</sup> Her gir EMD uttrykk for at personens jobb og aktiviteter på jobben også kan regnes som en del av privatlivet. Ifølge EMD er det i arbeidslivet at en person har størst mulighet til å forme sine forbindelser med omverdenen og det er ikke alltid er lett å skille mellom privatliv og arbeidsliv. Av disse grunner vil det stride mot formålet i art. 8 å ikke inkludere arbeidsplassen i begrepet privatliv.

## **4.2 Vern av omdømme og personlig integritet**

Videre er det i nyere praksis uttrykkelig uttalt at en persons ære og omdømme vil omfattes av begrepet privatliv, og vernes av art. 8. Dette fremkommer blant annet i Rotaru-dommen, der EMD konstaterte at det forelå en krenkelse av art. 8.<sup>54</sup> Det ble fremhevet at art. 8 var særlig anvendbar i tilfeller der informasjon omfatter en persons fjerne fortid eller den er usann og sannsynligvis vil skade en persons rykte. EMD har gjennom flere saker gitt uttrykk for at en persons omdømme uten tvil er et element av privatlivet som beskyttes av art. 8. At privatlivsvernet også verner omdømme og rykte får støtte av saken Chauvy og andre mot Frankrike. Denne dommen omhandlet ærekrenkende ytringer fremsatt i en bok. I dommen blir det uttalt uttrykkelig at en ”right of the persons attacked by the book to protect their reputation” følger av artikkel 8.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Niemietz v. Germany (13710/88) avsn. 29.

<sup>54</sup> Rotaru v. France (28341/95) avsn. 43-44.

<sup>55</sup> Chauvy and others v. France (64915/01) avsn. 70.

Imidlertid har retten i Karako mot Ungarn<sup>56</sup> gitt uttrykk for et litt mer modifisert syn på hvorvidt omdømmevernet kan legges ukritisk til grunn. I dommen uttales det at et vern av omdømme kun iverksettes i tilfeller der ytringen berører og krenker den personlige integritet. Med andre ord gir retten her uttrykk for at omdømmekrenkelsen må nå en viss alvorlighetsgrad for å falle inn under art. 8.

Dommene illustrerer at på litteraturens område er det en grense for hva forfatteren kan ytre seg om, og at den kunstneriske frihet ikke er helt fri fra rettslig regulering. Noe annet hadde vært stridende mot den allmenne rettferdighetssansen, hvis det gikk an å ærekrenke noen så lenge man pakker det inn i et kunstnerisk verk. Men grensene for dette er uklare. Når er det kunsten slutter og ærekrenkelsen begynner? Hvor gjenkjennelig må den omtalte personen være? Hvor går grensen mellom fiksjon og virkelighet, og hvilken rolle vil den spille?

Et sentralt poeng i Von Hannover-sakene var at det innenfor tysk rett forelå en oppfatning om at pressens redaksjonelle suverenitet gjorde dem i stand til å selv vurdere om de overskred grensen for respekt for privatlivet. Så lenge en person var å anse som en figur i det moderne samfunn ”par excellence”, ville det være tillatt for pressen å velge hvor mye av privatlivet deres som ble brettet ut i media. I Von Hannover mot Tyskland (nr. 1) gir EMD uttrykk for at denne oppfatningen krenker art. 8 i den forstand at domstolene ikke kan unngå å gjøre en konkret avveining av rettighetene av hensyn til pressefriheten.<sup>57</sup> Det kan argumenteres for at det heller ikke på kunstens arena bør være opp til kunstneren selv å vurdere om han eller hun overskrider noen andres rett til respekt for sitt privatliv.

### **4.3 Hvor identifiserbar må den omtalte være for å kunne hevde sin rett etter art. 8?**

Europarådets konvensjon fra 1981 om automatisk prosessering av personlige data, artikkel 2 bokstav a definerer personlige data som ”any information relating to an identified or *identifiable* individual”<sup>58</sup>(min kursivering). I likhet med Borvik<sup>59</sup> er jeg av den oppfatning at art. 8 bør tolkes på samme måte, og verne om individer så lenge de er identifiserbar.

---

<sup>56</sup> Karako v. Hungary (39311/05) avsn. 22-23.

<sup>57</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 1) avsn. 72

<sup>58</sup> Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (i.kr. 1. Okt. 1985)

EMD har blant annet i *Amann mot Sveits*<sup>60</sup> fremhevet at begrepet privatliv skal tolkes vidt, og det henvises i dommen til Europarådets konvensjon nevnt ovenfor. Også EMD legger i denne dommen til grunn en rett for vern av privatliv der omtalesubjektet er ”identifiable”, altså identifiserbart. Hva som skal til for at et omtalesubjekt er identifiserbart vil måtte vurderes nærmere i den konkrete sak. Det kan tenkes at en lignende forståelse bør legges til grunn for tilfeller der et omtalesubjekt er identifiserbart i en kunstnerisk fremstilling, men det blir ikke dermed klart hvilken terskel man skal sette for når en person er fremstilt på en identifiserbar måte.

Ved spørsmålet om privatlivet er krenket innenfor litteratur og kunst så vil et viktig spørsmål bli i hvor stor grad den eller de fornærmede må være gjenkjennelig for at det skal foreligge et spørsmål om brudd på art. 8. Hvis hele befolkningen skjønner hvem det er snakk om i for eksempel en bok, vil det da frita forfatteren for alt ansvar hvis han eller hun har endret navn og datoer eller mindre detaljer i boken? Vil personers integritet kunne bli krenket av et kunstverk dersom det ikke er klart for mottagerne at det er deres privatliv som blir omtalt? Kan man prøve å redegjøre for om kunstverket kunne bidratt i like stor grad til kunstverdenen dersom den ikke utleverte noens privatliv? Er det slik at kunstnere sitt viktigste verktøy er deres eget liv og det dermed vil legge bånd på den frie utøvelse av kunst dersom man skal innskrenke deres mulighet til å omtale virkelige hendelser som involverer andre privatpersoner?

EMD har i *Vereinigung Bildender Künstler-saken*<sup>61</sup> uttalt seg om hvordan politikeren var fremstilt på bildet. Av dette kan trekkes momenter som skal tillegges vekt dersom man står ovenfor lignende saker. Det var kun hodene som var faktiske bilder av personene og øynene var sensurert med en sort strek. Videre var kroppene malt i en karikatur, og ikke deres ekte kropper.

Videre er det oppstilt som et moment at maleriet etter hvert ble tilgriset av maling som dekket personens kropp. Det var i tillegg flere andre prominente figurer som fortsatt var godt synlig.

---

<sup>59</sup> Bjørnar Borvik, *Personvern og ytringsfriidom*, Oslo 2011 s. 83.

<sup>60</sup> *Amann v. Switzerland (27798/95)* avsn. 65. Se også: *Reklos and Davourlis v. Greece (1234/05)* avsn. 39

<sup>61</sup> Se faktum i oppgavens pkt. 2.5

Dette bidro ifølge EMD til at politikerens synlighet på bildet ble veldig, om ikke helt, overskygget av de andre.<sup>62</sup>

Av dette kan man trekke ut at det vil være en helhetlig vurdering av omtalesubjektets identifiserbarhet, der eventuelle endringer som er gjort underveis ser ut til å spille inn på vurderingen. EMD tar utgangspunkt i hvordan maleriet er også etter at det ble tilgriset av en tilfeldig gjerningsmann, selv om kunstneren selv ikke hadde sensurert eget bilde. Det ser ut som at det ikke er tillagt noe vekt at disse omstendighetene var en tilfeldighet, og at de dermed kunne virke formildende i saken. Alle aspektene ved ytringen som gjorde omtalesubjektet mindre umiddelbart gjenkjennelig virket formildende for vurderingen av om respekten for privatlivet var brutt.

I tillegg kan EMDs uttalelser om politikerens synlighet tolkes som at det vil være mindre krenkende for hans privatliv dersom han ikke kan sies å være hovedfokus i kunstverket. Her var det flere personer med på bildet og EMD synes å vektlegge dette moment i den retning at det ikke er like inngripende for hans privatliv når han er en mindre del av det kunstneriske verk. Kanskje kan man trekke paralleller til litteratur på dette punkt ved at det mest sannsynlig vil være mindre krenkende jo mindre omtalt de er i verket. Dette vil imidlertid avhenge av ytringens innhold.

Med lite praksis som gir en pekepinn på hvor gjenkjennelig et omtalesubjekt i en kunstnerisk ytring må være for at det skal foreligge en krenkelse, er det vanskelig å utrede en rettslig norm for vurderingen. I kunstneriske verk av en litterær form vil problemstillingen bli særlig aktuell. Bør det være tilstrekkelig at kunstneren endrer navn og detaljer slik at det ikke er åpenbart hvem som omtales? Eller bør vurderingen bero på om det for mottagere av ytringen er klart hvem som omtales? Rimelighetshensyn kan tilsi at vurderingen bør ta utgangspunkt i sistnevnte alternativ.

---

<sup>62</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria avsn. 36

## **5 Avveiningen av art. 10 og art. 8 i lys av det kunstneriske aspekt**

### **5.1 Bakgrunn for utviklingen på rettsområdet**

Spørsmålet om det er retten til ytringsfrihet eller retten til respekt for privatlivet som veier tyngst i en sak vil naturligvis være en konkret vurdering, der det konkrete saksforhold fordrer til dels sammenfallende og til dels ulike verdivurderinger. I de varierende saker vil det være forskjellige hensyn som må vurderes og veies mot hverandre. Det dreier seg om to grunnleggende rettigheter som både er sentrale for mennesker på det personlige plan og for det demokratiske system som helhet. Disse rettigheter kan lett komme i et konfliktforhold, når den ene part mener seg berettiget til å ytre seg om en annens privatliv, og den annen part føler seg utlevert.

I dette punkt vil de momenter EMD har ansett som relevant i avveiningen mellom artiklene bli undersøkt nærmere, analysert og forsøkt relatert til den overordnede problemstilling. I det følgende vil momentene relateres til den overordnede problemstilling ved at man i tillegg til å se på selve avveiningen vil prøve å relatere momentene til de særlige hensyn som gjør seg gjeldende for kunstneriske verk, og eventuelt de hensyn som kan eller bør gjøre seg gjeldende og hvilke vurderinger som bør foretas.

En viktig faktor bak rettsutviklingen på området for avveiningen mellom art. 10 og art. 8 er resolusjon 1165 ”on the right to privacy” (1998) fra Europarådet.<sup>63</sup> Europarådet så seg nødt til å uttale seg om denne saken etter prinsesse Dianas død sommeren 1997, da hun omkom i en bilulykke etter å ha blitt forfulgt av en paparazzi. I punkt 8 blir det fremhevet at det ofte er en ensidig representasjon om retten til ytringsfrihet der denne blir vektlagt i stor grad. Det blir fremhevet i punkt 10 at det er nødvendig å finne en måte å balansere disse to fundamentale rettigheter på, og i punkt 11 blir det påpekt at disse rettighetene verken er absolutte eller i en hierarkisk orden fordi de er av lik verdi.

Etter at det fra flere hold hadde vært uttrykt et behov for en samlende redegjørelse for grensen mellom art 10 og art. 8 ble det i 2012 avsagt to omfattende dommer som i større grad enn før oppstilte momentene oversiktlig. Av hensyn til sakenes natur og de omfattende vurderingene

---

<sup>63</sup> Resolution 1165 (1998) of The Parliamentary Assembly of the council of Europe on the right to privacy



valgte EMD å behandle de to dommene Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) og Axel Springer AG mot Tyskland separat i storkammer, i motsetning til den forutgående behandling i kammer av begge sakene under ett.<sup>64</sup> Den snevre adgangen til storkammerbehandling er forbeholdt ”exceptional cases” etter art. 43. Dette illustrerer viktigheten og vanskeligheten av temaet. Det er ikke dermed sagt at dommene ukritisk kan tillegges prejudikatsverdi for andre saksforhold vurdert etter nevnte artikler. Spørsmålet om momentenes overføringsverdi, og da særlig for litteratur og kunst-tilfeller, vil bli behandlet nærmere under avsnitt 5.4.

Axel Springer AG mot Tyskland gjaldt to artikler publisert i ”Bild”, en populær dagsavis i Tyskland.<sup>65</sup> Artikkelen omhandlet en velkjent TV-skuespiller, og det ble avslørt at han var dømt for ulovlig besittelse av dop. Etter å ha blitt advart av skuespilleren unnlot avisen å publisere nærmere detaljer om lovbruddet. Senere ble skuespilleren pågrepet for å være i besittelse av kokain. Da publiserte avisen en artikkel om dette sammen med bilder av ham både på forsiden og inne i bladet. Den andre omtvistede artikkel omhandlet skuespillerens innrømmelse og bot, sammen med et bilde av ham. Avisens forlag ble dømt til å avstå fra ytterligere publisering av siste artikkel og bøtelagt. EMD mener i Axel Springer at selv om sanksjonene mot avisforlaget var milde, så kunne de ha en ”chilling effect” på medias ytringsfrihet. De var uansett ikke lovlig etter faktorene retten har vurdert i saken. Inngrepet mot avisen var ikke nødvendig i et demokratisk samfunn, og til tross for statenes skjønnsmargin så var det ikke en fornuftig proporsjonalitet mellom restriksjonene av avisforlagets ytringsfrihet og det lovlige formål de søkte å ivareta. EMD kom dermed til at det forelå brudd på art. 10.

Von Hannover II omhandlet datteren til Prins Rainier III av Monaco og hennes mann. Siden ung alder har hun og mannen forsøkt gjennom domstoler å holde sitt privatliv skjult fra media. I Von Hannover mot Tyskland (nr. 1) ble det konstatert brudd på deres rett til privatliv etter art. 8. I Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) var det som en følge av den første saken forsøkt å stanse bilder av paret i forskjellige settinger fra å bli ytterligere publisert i media. EMD foretok en vurdering av om myndighetene hadde foretatt en forsvarlig vurdering av EMK art. 10 og art. 8 og kom til at det ikke forelå brudd på art. 8 i denne saken.

---

<sup>64</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 73 og Axel Springer AG v. Germany avsn. 52.

<sup>65</sup> Axel Springer AG v. Germany avsn. 9-10

## 5.2 Utgangspunkt for balanseringen og fenomenet preferential framing

Det har tidligere vært en sentral vurdering i disse saker om ytringen bidrar til en debatt av allmenn interesse.<sup>66</sup> Dette er nå kun ett av momentene i helhetsvurderingen. Vurderingen som beror på om de strenge vilkårene for inngrep i rettighetene er oppfylt, den såkalte nødvendighetstesten, skal ikke lenger være utgangspunktet for vurderingen. Dette er en følge av at det i juridisk teori har blitt uttrykt bekymring over den effekt som oppstår når retten vurderer to rettigheter opp mot hverandre gjennom å ta utgangspunkt i den ene rettighet. I juridisk teori har blant annet Stijn Smet referert til denne praksis som ”preferential framing”.<sup>67</sup> Tanken om at vurderingen har vært påvirket av klagerens påberopte artikkel blir støttet av Smet, som har analysert 125 EMD-avgjørelser om grensen mellom ytringsfrihet og retten til privatliv avsagt frem til januar 2010.<sup>68</sup>

”Preferential framing” er et begrep brukt om tilfeller der den rettighet som blir påberopt vies større oppmerksomhet og følgelig større vekt og vern enn den konkurrerende rettighet. En passende norsk oversettelse vil etter min mening være ”foretrekkende innfallsvinkel” eller ”foretrekkende rammeverk”. Så lenge en rettighet vurderes opp mot de lovlige unntaksvilkår vil en såkalt foretrekkende innfallsvinkel være korrekt, da den konvensjonsbeskyttede rettighet skal ha størst fokus, og unntak fra denne skal begrunnes. Imidlertid vil tilfeller der to likeverdige rettigheter vurderes med foretrekkende innfallsvinkel fra den ene rettighet (den rettighet som er påberopt av den som klager saken inn for EMD) vil det kunne føre til en inkonsistent og inkonsekvent saksbehandling. Det er derfor viktig at utgangspunktet for avveiningen blir å finne en balanse mellom rettighetene.

I *Vereinigung Bildender Künstler mot Østerrike* (faktum presentert i punkt 2.3) blir det uten nøling konstatert at det er gjort et inngrep i kunstnerens rett til ytringsfrihet, og det henvises til tidligere praksis. EMD gir i dommen uttrykk for at utgangspunktet for vurderingen i lignende saker der kunstnerisk frihet begrenses, er å vurdere om det er gjort et lovlig inngrep i

---

<sup>66</sup> *Von Hannover v. Germany* (nr. 1) avsn. 60

<sup>67</sup> Stijn Smet, ”Freedom of expression and the right to reputation: Human rights in conflict”, *American University International Law Review*, 2010 s. 183 – 236 (s. 197)

<sup>68</sup> Stijn Smet, ”Freedom of expression and the right to reputation: Human rights in conflict”, *American University International Law Review*, 2010 s. 183 – 236 (s. 186, petitavsnitt 7)

retten til ytringsfrihet. Det kan stilles spørsmålstegn ved om dette er riktig utgangspunkt i dag, da nyere praksis etter denne dommen har gitt uttrykk for et annet utgangspunkt i tilfeller der to ikke-absolutte rettigheter kolliderer. Dette gjelder dog den generelle avveiningen mellom art. 10 og art. 8 og for storkammeravgjørelsene<sup>69</sup> var et kunstnerisk aspekt fraværende. Det er allikevel stadfestet av nyere praksis hvordan det er viktig at utgangspunktet er at rettighetene er likestilte. Dette taler for at det samme utgangspunkt gjør seg gjeldende når den kunstneriske frihet vurderes opp mot retten til privatliv.

### 5.3 Generelt om balanseringen av rettighetene

I den senere praksis fra EMD er vurderingen oppstilt som en bredere helhetsvurdering der spørsmålet er om den eller de omtalte har en berettiget forventning om beskyttelse og respekt for sitt privatliv.<sup>70</sup> Ifølge Tarjei Bekkedal er EMDs overordnede vurderingstema etter storkammerdommene om ytringen alt i alt krenker en berettiget interesse på den omtaltes hånd.<sup>71</sup> Bekkedal viser til at de to forskjellige utgangspunktene for å avveie art. 10 og art. 8 kan deles inn i de to avveiningsteknikkene ”definitional balancing” og ”ad hoc balancing”.<sup>72</sup> ”Definitional balancing” er i korte trekk den metoden som tidligere har vært anvendt av EMD der det sentrale i drøftelsene var om ytringen bidro til en debatt av allmenn interesse. ”Ad hoc balancing” går ut på at det gjøres en helhetsvurdering der alle sakens omstendigheter blir vurdert og det vurderes om de i det store bildet krenker en berettiget interesse hos dem som hevder at privatlivet er blitt krenket.

Det som hovedsakelig kan utledes av de to storkammerdommene er at det skal gjøres en helhetsvurdering som veier de to rettighetene opp mot hverandre ut fra de momenter som er oppstilt. Momentenes rekkefølge er ikke relevant i vurderingen, det viktige er at de blir vurdert. EMD omtaler avveiningen som skal gjøres som en ”balancing exercise”.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) og Axel Springer AG v. Germany

<sup>70</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 97 og Axel Springer AG v. Germany avsn. 83

<sup>71</sup> Tarjei Bekkedal, ”Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest”, *Lov og rett* nr. 6, 2014 s. 324

<sup>72</sup> Tarjei Bekkedal, ”Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest”, *Lov og rett* nr. 6, 2014 s. 318

<sup>73</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 108

Balansetesten som oppstilles i storkammerdommene gir rom for en helhetsvurdering der alle forholdene i saken tas i betraktning og det er større rom for skjønn. Det viktige for EMD er at nasjonalstatene og rettsanvenderne vurderer alle de oppstilte momenter, og der disse er forsvarlig vurdert vil EMD la skjønnmarginen være vid.<sup>74</sup> På dette viset er det klarere for nasjonalstatene hvor vidt spillerom som foreligger i tilfeller der rettighetene støter mot hverandre.

Axel Springer AG mot Tyskland hadde en dissens på tolv dommere mot fem. De dissenterende dommerne uttalte seg først om statenes skjønnsmargin i slike saker. De fremhever at EMD skal gjennomgå nasjonalstatenes vurdering uten å bli en fjerdeinstans. De dissenterende dommerne er uenig i måten flertallet vurderte saken på nytt på, etter at alle vurderingskriteriene oppstilt i EMDs rettspraksis var forsvarlig vurdert av de nasjonale domstoler. De mener derfor at flertallet har gått utenfor EMDs rolle som kontrollør og oppført seg som fjerdeinstans. De dissenterende dommerne mener at flertallet burde godtatt nasjonalstatens konklusjon der retten til privatliv ble lagt større vekt på enn retten til ytringsfrihet i saken.

Et interessant aspekt ved grensedragningen mellom art. 10 og art. 8 er EMDs uttalelser i Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge. EMD kom til at begge resultat hadde vært forsvarlig å konkludere med, ved å påpeke at både flertallet og mindretallet i saken hadde gjort en forsvarlig vurdering<sup>75</sup>. Dette illustrerer hvordan det er veldig vanskelig å oppstille konkrete vilkår som klarlegger hvor grensen går og bidrar til forutberegnelighet. EMD gir på denne måten uttrykk for at i disse saker vil hensynet til et rimelig resultat i den enkelte sak måtte veie tyngre enn det generelle hensynet til forutberegnelighet. Siden hver sak fordrer en konkret vurdering må det pekes på de generelle retningslinjer og essensen i kriteriene som er oppstilt av EMD.

## **5.4 Momentenes overføringsverdi til kunstneriske ytringer**

I det følgende vil det tas sikte på å vurdere om momentene kan overføres til saker som gjelder den kunstneriske frihet, hvilke problemer som kan oppstå i disse vurderinger og hvordan dette eventuelt kan påvirke avveiningen av art. 8 og art. 10. Etter å ha lest en rekke dommer og

---

<sup>74</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 107 og Axel Springer AG v. Germany avsn. 88

<sup>75</sup> Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway (13258/09) avsn. 44

informasjon om oppgavens tema er det naturlig å peke på visse utfordringer og hensyn som gjør seg gjeldende spesielt for sakene på kunstens arena, og søke å oppstille forslag til hvordan disse utfordringer muligens kan løses. Et viktig spørsmål med hensyn til momentenes overføringsverdi er om de kan anvendes på tilfeller som gjelder den kunstneriske frihet, eller om de kan eller bør endres for en slik avveining.

Bekkedal hevder at man ikke ukritisk kan overføre balanseringen gjort i storkammerdommene på tilfeller som gjelder rene omdømmekrenkelsler.<sup>76</sup> Dette begrunner han i at ”balansetesten vil være utpreget ytringsfrihetsfiendtlig innenfor det vanligste typetilfellet i rettspraksis om omdømmekrenkelsler – usanne ytringer. I slike tilfeller vil en rendyrket balansetest kunne åpne for ansvar uten at den som ytrer seg har utvist subjektiv skyld, og langt på vei innebære at man veier enkeltytringen, og ikke ytringsfriheten, mot personvernet.”

## 5.5 Ytringens bidrag til en debatt av allmenn interesse

I likhet med unntaksadgangen for inngrep i rettighetene etter artiklenes annet punkt, er ’om ytringen utgjør et bidrag til en debatt av allmenn interesse’ et essensielt vurderingstema i balanseringen.<sup>77</sup> Dette må vurderes konkret ut fra omstendighetene i hver sak.<sup>78</sup> En naturlig språklig forståelse av dette momentet tilsier at ytringen må være interessant for større deler av befolkningen, og i tillegg til en viss grad være relevant for deres liv.

Rettspraksis gir en pekepinn på hvilke tilfeller som anses å bidra til en generell debatt. Strengt private forhold, som for eksempel en presidents påståtte ekteskapsproblemer<sup>79</sup> og en sangerinnes økonomiske problemer<sup>80</sup>, har ikke vært ansett som et bidrag til den generelle debatt. Det som bidrar til en allmenn debatt er etter EMDs praksis ikke bare de politiske tema eller kriminalitet, men også omtaler som gjelder problemer innenfor underholdningsverdenen.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Tarjei Bekkedal, ”Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest” *Lov og rett* nr. 6 (2014) s. 320

<sup>77</sup> ”Contribution to a debate of general interest”, *Axel Springer v. Germany* avsn. 89

<sup>78</sup> *Von Hannover v. Germany* (nr. 2) avsn. 109

<sup>79</sup> *Standard Verlags GmbH v. Austria* (nr. 2) (21277/05) avsn. 52

<sup>80</sup> *Hachette Filipacchi Associates (ICI Paris) c. France* (12268/03) avsn. 43 (fransk dom)

<sup>81</sup> *Von Hannover v. Germany* (nr. 2) avsn. 109

I Colaco Mestre og SIC mot Portugal<sup>82</sup> hadde en journalist og TV-selskapet der han jobbet intervjuet UEFA sin generalsekretær om påståtte bestikkelser av fotballdommere i Portugal. Under intervjuet ble det fremsatt anklager mot presidenten for den Portugisiske fotball-liga, og journalisten mente han hadde fornærmet dommere og stilte spørsmålstegn ved hans mulige tilknytning til bestikkelsene. Journalisten ble dømt for ærekrenkelse etter portugisisk rett. Han tok da saken videre til EMD, med påstand om brudd på hans ytringsfrihet. EMD konkluderte med at et slikt tema som i det store bildet angikk sportsverdenen og dens redelighet var å regne som et bidrag til en allmenn debatt, og at det dermed ble oppstilt en høyere terskel for at privatlivsvernet skulle vinne frem.

Det kan virke som at EMD åpner for en større frihet til å rapportere om noens privatliv der dette utspiller seg i det offentlige rom og det som blir omtalt har preg av offentlig karakter.<sup>83</sup> At ytringen må bidra til en debatt av allmenn interesse synes å være et vilkår som først tiltrår med stor vekt der ytringen er tilstrekkelig krenkende for privatlivet. Det vil være en konkret vurdering om den aktuelle sak av allmenn interesse kunne vært tilstrekkelig belyst ved å offentliggjøre mindre informasjon av privat karakter. Et eksempel på dette er offentliggjøringen av Naomi Campbells rusavhengighet og behandling hos en avvenningsklinikk.<sup>84</sup> Den omstridte artikkelen inneholdt intervju av noen som uttalte seg om hennes problemer og et bilde av henne der hun kom ut av klinikken i en sårbar tilstand. EMD sluttet seg til den nasjonale domstolens vurdering av at det ikke var nødvendig å offentliggjøre så mye informasjon for å belyse temaet, selv om ”the core facts of her addiction and treatment” var å anse som et bidrag til en debatt av allmenn interesse.<sup>85</sup>

Hvis man overfører vurderingen til kunst-tilfeller vil det være desto mer vanskelig å trå rett i vurderingen. Blant befolkningen eksisterer det nok meninger som varierer fra ytterpunktene, noen vil mene at all kunst kan bidra til et slikt formål og andre vil hevde at ingen kunst er meningsbærende nok til å bidra. Det må vel svares bekreftende på at en bok har potensiale til å endre verden til det bedre om enn så bare en liten del av den, og på et lite området av samfunnet. Det er ikke slik at den generelle befolkning vil tvile på at kunst *kan* bidra til en

---

<sup>82</sup> Colaco Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicacao, S.A. c. Portugal (fransk dom)

<sup>83</sup> Axel Springer AG v. Germany avsn. 100

<sup>84</sup> MGN Limited v. The United Kingdom

<sup>85</sup> MGN Limited v. The United Kingdom avsn. 151

debatt av allmenn interesse. Kanskje er dette et vurderingsmoment som må vurderes konkret i hver sak eller så bør det legges til grunn for å verne om den kunstnerisk frihet.

Det er ikke lett å sette ord på hvorfor kunst er så viktig for befolkningen og hvorfor kunst bidrar til en debatt av generell interesse, om den gjør det. Det er allikevel nærmest utenkelig å se for seg at Munch sitt kunstverk ”Skrik” skulle unntas offentligheten fordi det er et bilde av noen som ikke ønsket å bli malt. At en person er ukjent for offentligheten gjør ikke at omtale av vedkommende ikke kan ha allmenn interesse. Dette fremkommer av Bladet Tromsø-saken<sup>86</sup> og Bergens Tidende<sup>87</sup>, der personene var private personer uten en offentlig rolle, men ytringene om dem var allikevel ansett som å ha allmenn interesse.

## **5.6 Hvor kjent er omtalesubjektet og hva er tema for ytringen?**

Gjennom rettspraksis er det oppstilt som et relevant moment hvor kjent den som omtales er, og hva ytringen handler om.<sup>88</sup> EMD uttalte i Colaco Mestre og SIC mot Portugal<sup>89</sup> at selv om den omtalte ikke var en politiker, så var han en person som var interessant for samfunnet, og hadde inntatt en offentlig rolle. Det ble i vurderingen lagt stor vekt på at intervjuet ikke på noen måte var knyttet til den fornærmedes privatliv, men kun knyttet til hans offentlige aktiviteter som president for en stor fotball-liga. Hans offentlige rolle gjorde at han måtte tåle mer fra media enn en ukjent person.

Tidligere har EMD gitt uttrykk for at en person ikke kan regnes å ha en offentlig rolle dersom vedkommende ikke utøver noen offentlige funksjoner, noe som kom til uttrykk i Von Hannover mot Tyskland (nr. 1).<sup>90</sup> I Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) gikk imidlertid EMD bort fra dette og konstaterte at dersom vedkommende er veldig kjent så er dette nok til å regne dem som ”public figures”.<sup>91</sup> Også i Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) er det lagt vekt på at omtalesubjektene er å regne som ”public figures” uavhengig av om de hadde noen offisielle

---

<sup>86</sup> Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway (21980/93) avsn. 66 og 73.

<sup>87</sup> Bergens Tidende and others v. Norway (26132/95) avsn. 60.

<sup>88</sup> Axel Springer v. Germany avsn. 90.

<sup>89</sup> Colaco Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicacao, S.A. c, Portugal(fransk dom)

<sup>90</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 1) avsn. 62

<sup>91</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 120

funksjoner som del av Monacos kongefamilie. Det blir konstatert at det ikke kan hevdes at de er "ordinary private individuals" når de er "undeniably very well known".<sup>92</sup>

Ut fra denne delen av dommen kan det utledes at EMD oppstiller en lav terskel for å konstatere at noen innehar en offentlig rolle i samfunnet. Det vil imidlertid være hensiktsmessig om ikke den eventuelle offentlige rollen til omtalesubjektet automatisk senker terskelen for omtale av privatlivet. En definisjon som konstaterer at alle som er veldig kjent må tåle større omtale av deres privatliv vil kunne få uheldige konsekvenser.

Hvis det oppstilles som en generell regel at de som har en offentlig rolle får endret deres krav på beskyttelse av privatliv så vil det være skadelig for muligheten til å ta omtalesubjektets subjektive situasjon under lupen. Det vil alltid måtte gjøres en konkret vurdering av omtalesubjektets situasjon. Det vil være lite hensiktsmessig å tillegge momentet vekt i de tilfeller der en person som ikke ønsker å være kjent for offentligheten, blir det ufrivillig. Først når det er av eget initiativ og ønske, eller som følge av at man har inntrådt i en synlig offentlig rolle i form av jobb, vil det kunne sies at vedkommende har en "berettiget forventning" av redusert vern.

Som et illustrerende eksempel vil barn av kjendiser kunne være i en slik posisjon at det blir kjent for media uavhengig av egen vilje. Hvis vedkommende da blir voksen og ønsker et liv utenfor rampelyset, vil de fortsatt regnes som "undeniably very well known", slik EMD formulerer det, og ved en ukritisk bruk av dette momentet vil det da fordre en urimelig vektlegging av en faktor utenfor omtalesubjektets kontroll. I slike tilfeller taler den konkrete situasjonen for å ikke tillegge personens "kjendis-status" vekt.

EMD synes å ta høyde for denne individuelle tilpasningen i Von Hannover mot Tyskland (nr. 2) der de påpeker at "in certain circumstances, even where a person is known to the general public, he or she may rely on a legitimate expectation of protection of and respect for his or her private life".<sup>93</sup>

EMD trekker i Vereinigung Bildender Künstler<sup>94</sup> frem at det utstilte bildet tok sikte på å fremstille en privatperson i hans stilling som politiker. Det er gjennom tidligere praksis lagt til

---

<sup>92</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avsn. 120

<sup>93</sup> Von Hannover v. Germany (nr. 2) avns. 97

<sup>94</sup> Faktum gjengitt i avsnitt 2.3



grunn at en slik offentlig stilling fordrer en større toleranse for kritikk. En viktig faktor i dommen var at politikere av egen vilje har satt seg i en posisjon der de må tåle kritikk og oppmerksomhet fra samfunnet, og at rom for dette er viktig for samfunnsdebatten.<sup>95</sup> Her kan man også se hen til de grunnleggende formål bak ytringsfriheten. Rom for å kritisere en politiker er sentralt for en åpen politisk debatt.

Østerrikes avgjørelse var ikke begrenset i tid eller rom, og oppstilte et totalt forbud mot å vise kunsten i fremtiden. EMD fremhever at maleriet dermed ikke kunne utstilles mer, uavhengig av om politikeren skulle være kjent for allmennheten i fremtiden.

Her virker det som at EMD viser til at en persons gjenkjennelighet baserer seg på hans synlighet og deltakelse i samfunnet. Dersom personen på bildet ikke er gjenkjennelig vil hans behov for beskyttelse av sitt omdømme falle bort eller gjøre seg gjeldende i mindre grad, da tilskuerne ikke vil koble maleriet til ham. Et totalforbud uavhengig av tid og rom vil virke mer inngripende på retten til ytringsfrihet, og påvirke forholdsmessighetsvurderingen. Inngrepet vil ha større virkning, og det vil kunne føre til at inngrepet ikke lenger er proporsjonalt veid opp mot det lovlige formålet.

På den annen side kan dette holdes opp mot EMDs uttalelser om omtalesubjektets rolle i samfunnet. Dersom de som har søkt seg til offentlighetens lys skal behandles med et litt redusert vern av sitt privatliv så vil det være merkelig om en person skal kunne fremstilles i denne utstillingen i større grad enn når han ikke er kjent for offentligheten, slik det her tilsynelatende blir lagt til grunn. Det er naturlig at et inngrep i ytringsfriheten får større virkning der det er ubegrenset i tid og rom, men at maleriet ville vært tillatt i større grad dersom det ikke viste en kjent/gjenkjennelig person kan diskuteres. Hvis politikeren ikke lenger var kjent for befolkningen og dermed ble ansett som mindre gjenkjennelig kan det vanskelig tenkes at det derved ble større adgang til å utstille bildet. Dette på bakgrunn av måten annen EMD-praksis vitner om hvordan privatpersoner nyter et større vern av privatliv enn de som har en offentlig rolle i samfunnet. Dermed kan det tenkes at dersom politikeren ikke lenger var kjent, ville det allikevel ikke være adgang til å stille ut maleriet hvis man ser på EMDs praksis i sin helhet. Det kan argumenteres for at et totalforbud i tid og rom er det eneste som tilstrekkelig ivaretar retten til respekt for privatlivet dersom en krenkelse er funnet

---

<sup>95</sup> Vereinigung Bildender Künstler v. Austria avsn. 34.

og et inngrep i ytringsfriheten dermed er rettferdiggjort. Dette har imidlertid ikke vært lagt til grunn av EMD i deres saker der konsekvenser og sanksjoner har blitt vurdert.

Når det kommer til et kunstnerisk verk som portretterer en person slik at privatlivet blir krenket er det hensyn som taler for at et forbud mot å senere utgi verket vil være en god ivaretagelse av privatlivet til vedkommende. Man kan tenke seg til at en slik løsning ville vært hensiktsmessig fordi respekten for privatlivet også bør bestå etter en person har gått bort. Kanskje er det da særlig viktig av den grunn at personen ikke lenger kan ivareta sine egne rettigheter og det er lite trolig at andre vil gjøre det. Hvis man tenker på politikeren i *Vereingung Bildender Künstler mot Østerrike* som eksempel, vil det være slik at dersom totalforbudet virker strengt ved at hans gjenkjennelighet er tilstede i samfunnet nå så kan det senere være endret seg. Dersom han ikke lenger er en offentlig figur vil han være mindre gjenkjennelig for befolkningen, men desto mer vekt må da legges på at han ikke lenger har satt seg selv i en posisjon som gjør at han må tåle offentlighetens oppmerksomhet. Det kan derfor argumenteres for at løsningen fortsatt vil bli den samme.

## **5.7 Omtalesubjektets tidligere oppførsel**

EMD gir uttrykk for at omtalesubjektets tidligere oppførsel vil kunne påvirke balanseringen mellom art. 8 og art. 10.<sup>96</sup> I *Axel Springer* anser retten skuespillerens tidligere oppførsel som et relevant moment. Dette er fordi vedkommende avslørte detaljer om sitt privatliv tidligere i flere intervju. Etter rettens syn hadde skuespilleren søkt seg til rampelyset. Ved å være kjent for befolkningen i denne grad, mener retten at hans ”legitimate expectation that his private life would be effectively protected, was henceforth reduced”.<sup>97</sup>

Det kan trekkes ut av dette at omtalesubjektets oppførsel mot media er et relevant moment. Har omtalesubjektet oppsøkt media og delt sitt privatliv med det offentlige rom, så vil dette redusere hans eller hennes berettigede forventning om at privatlivet skal beskyttes.

Det kan stilles spørsmålsteget ved om hvorvidt en slik faktor bør tillegges særlig vekt i avveiningen av respekt for privatliv mot andres rett til ytringsfrihet. Det kan også argumenteres for at en beskyttelse av privatlivet vil være like viktig for en persons integritet i de tilfeller der vedkommende har vært i medias søkelys av eget initiativ. Ved å selv dele av

---

<sup>96</sup> ”Prior conduct of the person concerned” *Axel Springer AG v. Germany* avsn. 91

<sup>97</sup> *Axel Springer AG v. Germany* avsn. 101

sitt privatliv, avsløres kun de aspekter vedkommende er komfortabel med å dele. Dette i seg selv bør muligens ikke tale for at vedkommende må godta en redusert respekt for sitt privatliv som en helhet. De private aspekter som ikke er delt, vil det være naturlig å verne om på lik linje med andres rettigheter. Det kan argumenteres for at vedkommende vil ha en berettiget forventning, på lik linje med de som ikke har oppsøkt media, om at de tidligere ukjente delene av hans privatliv skal forbli private. En lignende forståelse har vært fremhevet av EMD i *Egeland og Hanseid mot Norge*.<sup>98</sup>

På den annen side er det slik at de personer som har blitt kjent for befolkningen gjennom media kan bli gjenstand for beundring, oppmerksomhet og anerkjennelse, og i den forstand vil det være i befolkningens interesse at media fremstiller et nyansert bilde av vedkommende.

Det kan synes hensiktsmessig at en offentlig rolle fordrer større rom for eksponering av privatlivet. En slik tolkning vil begrunnes i befolkningens behov for å kunne stole på offentlige tjenestemenn, politikere og andre innehavere av maktposisjoner i samfunnet. Det vil gjøre seg gjeldende i større grad ved roller som krever befolkningens tillit.

Også skuespillere og andre personer i medias søkelys er interessant for den allmenne befolkning men demokratihensyn og de hensyn som gjør seg gjeldende for opplysninger om innehavere av maktposisjoner i samfunnet kan ikke gjøre seg gjeldende i samme grad for ”kjendiser”. På denne måten vil forhold ved omtalesubjektet kunne påvirke den vurderingen som gjøres også i saker der kunstnerisk frihet veies opp mot privatlivsvernet.

## **5.8 Metode for å skaffe informasjonen og dens sannferdighet**

Det er fremholdt av EMD at hvordan informasjonen ble skaffet og dens grad av sannferdighet vil være et sentralt moment i avveiningen mellom art. 10 og art. 8.<sup>99</sup> I *Axel Springer* hevdet avisforlaget at informasjonen de publiserte allerede var offentliggjort. Dette stemte ikke overens med fakta. Ved at informasjonen var basert på utsagn fra pressesekretæren til statsadvokaten, var det allikevel tilstrekkelig faktabasert. Selv om ikke sannheten var et omtvistet tema for EMD eller de nasjonale domstoler, blir det tillagt vekt i rettens helhetsvurdering. EMD kommer frem til at avisforlaget var i god tro når dem publiserte artiklene. EMD uttaler at forlaget ”did not have sufficiently strong grounds for believing that

---

<sup>98</sup> *Egeland and Hanseid v. Norway* avsn. 62

<sup>99</sup> ”Method of obtaining the information and its veracity” *Axel Springer AG v. Germany* avsn. 92

it should preserve X's anonymity" på bakgrunn av arten av lovbruddet som ble begått, hvor kjent skuespilleren var for offentligheten, omstendighetene rundt arrestasjonen og riktigheten av informasjonen.<sup>100</sup>

Ut fra dette kan man utlede at det er en faktor i helhetsvurderingen hvorvidt de konkrete omstendighetene tilsier at den ytrende part har vært i god tro. Det er tilsynelatende slik at EMD oppstiller en vurdering der fokuset er på hvorvidt den som ytret seg har hatt *tilstrekkelig sterke grunner til å tro at den bør bevare anonymiteten* til omtalesubjektet. Det kan det stilles spørsmåltegn ved om EMD ville brukt en slik innfallsvinkel i tilfeller der omtalen gjelder en person som ikke er kjent for offentligheten fra før. I de tilfeller der ukjente personer omtales vil det kanskje være naturlig å se det fra en annen vinkel; om de forelå tilstrekkelig sterke grunner for å avsløre omtalesubjektets identitet. Dette fordi vernet om privatliv som oppstilles i EMK art. 8 og den påfølgende unntaksbestemmelsen i andre ledd tilsier at dette er en mer normkonform innfallsvinkel. Det kan imidlertid argumenteres for at en slik innfallsvinkel burde vært anvendt også i Axel Springer AG mot Tyskland.

Det er et av metodespørsmålene som gjør seg gjeldende på bakgrunn av EMDs målsetning om å oppstille vurderingsmomentene for grensen mellom art. 10 og art. 8, der disse blir sett på som likeverdige. En slik innfallsvinkel som oppstilt i Axel Springer AG mot Tyskland kan sies å legge større vekt på ytringsfriheten enn respekten for privatlivet. Dette er muligens på grunn av den omtaltes offentlige rolle, men som nevnt ovenfor i avsnitt 5.6, er det etter en helhetsvurdering diskuterbart hvorvidt en slik rolle bør føre til et redusert vern for deres privatliv i avveiningen.

Når det gjelder ytringens grad av sannferdighet så er det i praksis lagt til grunn en stor adgang for å kunne ytre seg om noens privatliv der ytringen gjelder tilstrekkelig forankrede faktaytringer. I Bladet Tromsø-saken ble det fokusert på at de påstått ærekrenkende ytringer var å regne som faktaytringer. Når disse var tilstrekkelig forankret, ble dette moment vektlagt til fordel for ytringsfriheten.<sup>101</sup> Dette virker hensiktsmessig med tanke på at en uttalelse om fakta vil bære mindre preg av slemme intensjoner hos den som ytrer seg, og i større grad kunne bidra til en allment interessant debatt.

---

<sup>100</sup> Axel Springer AG v. Germany avsn. 107.

<sup>101</sup> Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway avsn. 66 og 72 – 73.

I Bladet Tromsø-saken var det slik at mindretallet la størst vekt på det faktum at ytringene omhandlet privatpersoner, og flertallet synes å legge mest vekt på at ytringene var av allmenn interesse. Også i saken som omhandlet Bergens Tidende mot Norge ble det lagt stor vekt på at ytringene virket å være godt forankret i fakta og en korrekt gjengivelse av virkeligheten.<sup>102</sup> I begge sakene synes EMD å legge større vekt på hvorvidt faktaytringene bidro til en debatt av allmenn interesse enn hvorvidt ytringene omhandlet en privat eller offentlig skikkelse.

Beskyttelsen av ytringer som er verdivurderinger vil begrunnes i litt andre hensyn enn faktaytringer. De kan også bidra til en debatt og de er viktig for ivaretagelse av demokratiet men verdivurderinger kan ikke forsvares ved at de i samme grad informerer allmennheten om fakta. EMD har fremhevet at det også kan kreves av verdivurderinger at de er tilstrekkelig forankret i faktiske forhold.<sup>103</sup> Imidlertid vil verdivurderinger også være beskyttelsesverdige i seg selv, og en forankring i fakta kan ikke kreves i like stor grad for slike ytringer. I Lings mot Østerrike har EMD poengtert at: "careful distinction needs to be made between facts and value-judgments. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value-judgments is not susceptible of proof ... [A requirement of proof with regard to value-judgments] infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right."<sup>104</sup>

Av dette kan man utlede at man skal være påpasselig med å kreve at ytringer rundt egne meninger må forankres i fakta. Retten til å uttrykke egne meninger ligger i kjernen til ytringsfriheten og kan forankres i hensynet den enkelte persons selvrealisering.

For å vurdere innholdet i ytringen og dens sannferdighet mot privatlivsvernet er altså skillet mellom fakta- og verdivurderinger relevant. Det er imidlertid vanskelig å overføre dette vurderingsmomentet direkte til kunstneriske tilfeller. I Sokolowski mot Polen har EMD gitt uttrykk for at en vurdering av om ytringen er å regne som faktaytring eller verdivurdering vil kunne påvirkes av den kunstneriske formidlingsmåten. EMD uttaler: "As to whether the impugned text was a statement of fact or a value judgment, the Court observes that the courts qualified the statements in the impugned leaflet as assertion of fact [...] A serious accusation of theft cannot, in the Court's view, be justifiably read into such a statement, particularly

---

<sup>102</sup> Bergens Tidende and others v. Norway avsn. 56.

<sup>103</sup> Sokolowski v. Poland avsn. 48

<sup>104</sup> Lings v. Austria avsn. 46

when the satirical character of the text and the irony underlying it are taken into account. Therefore the Court considers that it should be qualified as value judgment”.<sup>105</sup>

EMD vektlegger i denne saken at en påstand om at omtalesubjektet hadde begått tyveri var fremsatt på en slik måte at den måtte anses som en verdivurdering og ikke en faktaytring. Ytringen bar preg av de kunstneriske virkemidlene satire og ironi. Det vil ut fra EMDs praksis dermed stilles litt lavere krav til dens forankring i faktiske forhold og på den måten påvirke balanseringen av art. 10 og art. 8.

## **5.9 Innhold, utforming og konsekvenser av publiseringen**

Et relevant moment i vurderingen er etter EMDs praksis ytringens innhold, utforming og konsekvenser av dens offentliggjøring.<sup>106</sup> Retten fremholder i Axel Springer at artiklene ikke avslørte detaljer om skuespillerens privatliv men i hovedsak omhandlet omstendighetene og hendelsene etter at han ble pågrepet.<sup>107</sup> De inneholdt ikke negative uttrykk eller ugrunnede beskyldninger. Selv om den første artikkelen inneholdt noen uttrykk som var ment til fange publikums oppmerksomhet, så var ikke det i seg selv ansett for å være et problem. Retten gir her uttrykk for at det også i disse situasjoner er viktig å ha i mente den vide rekkevidden til ytringsfriheten som også overdrivelser og sterk språkbruk er en del av.

EMD nevner til sist i Axel Springer AG mot Tyskland avsnitt 108 at regjeringen ikke viste at publikasjon av artiklene hadde resultert i alvorlige konsekvenser for skuespilleren. Dette momentet blir kun bemerket av retten, og det sies ikke noe om hvilken retning det trekker. Tilsynelatende lest ut av konteksten er det ansett som formildende. Det kan tenkes at et fokus på de eventuelle konsekvenser av en ytring vil være feil da det er selve offentliggjøringen som er stridende mot retten til privatliv og det beror ikke på hvordan publiseringen blir mottatt eller konsekvensene den har. Om noen føler sitt privatliv utlevert i det offentlige rom vil det kunne virke like belastende på psyken til den det gjelder om befolkningen er stille eller kommer med reaksjoner. Det vil av denne grunn virke mer ivaretagende av omtalesubjektets rett til privatliv at det er selve ytringens innhold som får størst oppmerksomhet i vurderingen av om den overskrider retten til respekt for privatlivet.

---

<sup>105</sup> Sokolowski v. Poland (75955/01) avsn. 46

<sup>106</sup> ”Content, form and consequences of the publication”, Axel Springer AG v. Germany avsn. 93

<sup>107</sup> Axel Springer AG v. Germany avsn. 108

Når det kommer til rekkevidden av en publisert ytring, har EMD gitt uttrykk for at den teknologiske utvikling fører til endrede forhold for dette aspektet ved vurderingen. Det er i dagens samfunn en økende digitalisering og internett gjør det mulig å spre informasjon med en fart og en rekkevidde som ikke tidligere har vært mulig. EMD fremhever dette i sin storkammerdom Delfi AS mot Estland, og påpeker at med fordelene dette medfører kommer også farene, herunder den raske og vide spredning av ærekrenkende uttalelser.<sup>108</sup> I den grad ytringer kan spres på internett og få et videre omfang enn tidligere, vil det ha som konsekvens at en eventuell ytring i grenseland mot privatlivsvernet vil være desto mer belastende for den omtalte. EMD gir i Delfi AS mot Estland uttrykk for at samfunnet har endret måten vi kommuniserer på, og det bør påvirke den vurdering som må gjøres i balanseringen av ytringsfrihet og privatlivsvern. Når noe kan spres på nettet og få en større rekkevidde og også varighet enn før, vil det gjøre effekten av ytringene større og påvirke helhetsvurderingen. Imidlertid fremheves det også i dommen at det er anerkjent at den audiovisuelle media (som tv, film og lydklipp) vil ha en mer umiddelbar og kraftig effekt enn den trykte media.<sup>109</sup>

I dagens samfunn er det stadig mer flytende hvordan uttrykk og alle slags formidlinger blir distribuert da de aller fleste går rundt med kamera på seg og kan ta bilder at alt de ser og spre det på internett på bare sekunder. Dette gjør at det kanskje vil bli mindre hensiktsmessig å skille mellom rekkevidden til media, når den hele tiden har anledning til å endre form, og distribueres fort. Om noe er publisert i en liten avis med få lesere er det ikke dermed sagt at det ikke blir delt videre gjennom den audiovisuelle media eller på internett og dermed plutselig for en større rekkevidde. Dette taler for å være påpasselig med å ikke ukritisk tillegge dette momentet om ytringens rekkevidde for mye vekt.

På den annen side har EMD i Karatas mot Tyrkia uttalt at man må ha i mente at formidlingsmåten poesi er en form for kunstnerisk uttrykk som kun appellerer til et fåtall av lesere.<sup>110</sup> Det kan ikke dermed sies at dette også gjelder for alle typer litteratur eller kunst. I dommen er det fremhevet at poesi stiller seg på andre enden av skalaen fra massemedia som formidlingsmåte.<sup>111</sup> Massemedia er en kanal som kan være svært vidtrekkende og dermed ha stor effekt i samfunnet. EMD uttaler: ”Taken literally, the poems might be construed as

---

<sup>108</sup> Delfi AS v. Estonia (64569/09) Avsn. 110

<sup>109</sup> Delfi AS v. Estonia avsn. 134.

<sup>110</sup> Karatas v. Turkey (23168/94) avsn. 49

<sup>111</sup> Karatas v. Turkey avsn. 52

inciting readers to hatred, revolt and the use of violence. In deciding whether they in fact did so, it must nevertheless be borne in mind that the medium used by the applicant was poetry, a form of artistic expression that appeals to only a minority of readers.”<sup>112</sup>

EMD synes å fremheve her at et poetisk verk stiller seg annerledes enn andre ytringer, ved at de ikke alltid kan tolkes bokstavelig. I helhetsvurderingen av et inngrep i ytringsfriheten vil det spille inn hvordan rekkevidde ytringen kan sies å ha. For ytringer som har begrenset rekkevidde vil terskelen for å gripe inn i ytringsfriheten heves. Dette kommer naturlig av at konsekvensene blir større jo større oppmerksomhet ytringer får. Med et begrenset publikum følger en begrenset effekt.

Til støtte for denne tolkningen er det i saken Alinak mot Tyrkia redegjort for samme syn på den potensielle rekkevidden av en novelle. Der presiseres det at den omstridte teksten, hvis den blir tolket bokstavelig, tilsynelatende oppfordrer lesere til hat, opprør og bruk av vold.<sup>113</sup> Retten fremhever at det i vurderingen må vektlegges at novellen har en begrenset rekkevidde, og at forfatteren som privatperson utøver sin kunstneriske frihet. Disse faktorer ”limited its potential impact on ”public order” to a substantial degree”.<sup>114</sup>

Videre er det i Klein mot Slovakia lagt vekt på at forfatteren av en avisartikkel hevdet den var ment som en litterær spøk med referanser til en film og assosiasjoner ikke alle kom til å forstå.<sup>115</sup> I denne saken var forfatteren dømt etter nasjonal rett for å ha krenket andres rett til religionsfrihet, gjennom å ha fornærmet erkebiskopen i landet i sin artikkel. I tillegg til at den kunstneriske utformingen av artikkelen ble vektlagt til fordel for ytringsfriheten, ble det også lagt vekt på at det kun var distribuert 8000 eksemplarer av artikkelen.<sup>116</sup> EMD fant at det ikke var tilstrekkelige grunner for å innskrenke hans rett til ytringsfrihet og at det forelå brudd på art. 10.

Det kan trekkes ut av dette at ytringens rekkevidde vil for kunst bero på flere faktorer enn hvor tilgjengelig og distribuert verket er. Ut fra disse momentene kan man utlede at det er relevant i vurderingen hvor mye artistiske virkemidler som benyttes, fordi dette også påvirker

---

<sup>112</sup> Karatas v. Turkey avns. 49

<sup>113</sup> Alinak v. Turkey (40287/98) avsn. 41

<sup>114</sup> Alinak v. Turkey avsn. 45

<sup>115</sup> Klein v. Slovakia (72208/01) avsn. 48

<sup>116</sup> Klein v. Slovakia avsn. 48



rekkevidden og dermed effekten av den kunstneriske ytringen. Dette er noe som kjennetegner kunst for de fleste, og det er ofte fremhevet av kunstnere at deres formidlinger må tolkes og forstås ut fra personers egne premisser. I den grad noe fremstilles klart og tydelig for leseren går det fort over til å bli en dokumentar eller andre former for formidling som ikke kalles for kunst. Artistiske virkemidler i sin mer ekstreme form gjør innholdet vanskeligere tilgjengelig, ved at kunstneren benytter seg av metaforer, abstraksjon, analogi, ironi, overdrivelser, underdrivelser og lignende. Slike ytringer vil appellere til færre mottagere direkte, og av denne grunn kan det tale for å gi dem større spillerom. EMD synes å ta høyde for at kunstnere i sitt virke, ikke alltid kan tolkes bokstavelig, da dette vil innskrenke deres bruk av språklige virkemidler, som muligens er en kunstners viktigste formidlingsverktøy. Hvor klart innholdet i ytringen fremstilles for mottagerne og hvor mange som potensielt kan være mottagere av denne er etter dette å forstå som viktige faktorer for vurderingen av kunstnerisk frihet. Betydningen dette har for vurderingen er at det hever terskelen for å anse kunst med en stor grad av artistiske virkemidler som krenkende for noens privatliv.

## 6 Avsluttende drøftelser

Om omdømmevernets grense mot artikkel 10 uttaler Eggen at ”I hovedsak er det kun ytringer i sak – i motsetning til om person – som nyter det særskilte [ytringsfrihets]vern. [...] Det må likevel tas høyde for mer personlig kritikk av en politiker i vedkommendes egenskap som sådan. Slik kritikk vil nyte godt av et mer omfattende ytringsfrihetsvern i den politiske debatt.”<sup>117</sup> Eggen mener vernet av kunstneriske verk faller i mellomsjiktet mellom politiske ytringer og andre ytringer. Dette kommer frem på side 232 i hans bok om ytringsfrihet; ”Det må antas at ytringer av kunstnerisk innhold nyter et relativt sterkt vern – om enn kanskje ikke like sterkt som vernet om politiske ytringer.”<sup>118</sup> Eggen uttaler vider at dette begrunnes i et hovedhensyn bak EMK art. 10; ”each individuals self-fulfilment”.<sup>119</sup> Eggen viser her til at Müller-saken, som nevnt i oppgavens avsnitt 2.7 om bruk av kunstneriske virkemidler, støtter denne tolkningen.

At en kunstnerisk ytring er vernet for å ivareta hver persons selvrealisering er et godt argument. Det kan på den annen side argumenteres for at hensynet til selvrealisering taler like

---

<sup>117</sup> Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet – vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 s. 230 - 231

<sup>118</sup> Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet – vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 s. 232

<sup>119</sup> Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet – vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 s. 232

mye for å verne om privatlivet. Å beskytte personers selvrealisering er også et av hovedhensynene som begrunner retten til vern av privatliv. Kanskje er det for ytringsfriheten ikke like godt begrunnet som rettighetens andre hovedhensyn, herunder vern av demokratiet og den frie meningsutveksling. Det kan diskuteres om det er en forutsetning for selvrealisering gjennom kunst at kunsten vises for offentligheten. Det kan argumenteres for at samfunnet vil være desto mer tjent ved å fokusere på om kunsten bidrar til samfunnet som helhet, selv i liten grad, og samtidig erkjenne at det må gis en viss tiltro til at all kunst *kan* være tankevekkende og yte bidrag selv om det ikke er synlig for enhver.

I likhet med Eggen mener jeg at EMD ser på momentet 'om ytringen omhandler forhold av allmenn interesse' som et viktigere moment enn hvorvidt ytringen omhandler en privat eller offentlig person og dets grad av sannhet.<sup>120</sup> I tillegg bør det ut fra EMDs praksis tas tilstrekkelig hensyn til den særskilte måten kunstneriske virkemidler virker i vurderingen.

Kunstneriske ytringer kan være av en politisk art og uttrykke en mening om dette. De beste eksempler på slike kunstneriske og samtidig politiske verk er tegneren Banksy som har blitt verdensberømt gjennom å tagge sine skildringer av samfunnsproblemer på husvegger og andre offentlige steder. Det faktum at hans verk blir malt på offentlig eller andres eiendom oppstiller problemer som faller utenfor oppgavens rammer å diskutere nærmere. Kunsten i seg selv er imidlertid interessant ved at det i tråd med EMDs praksis kan argumenteres for at slik kunst også har et politisk budskap, og derfor bør være særdeles vernet av hensynet til ytringsfrihet og dens forankring i demokratihensyn. Dersom en illustrerer en politiker i sine verk vil gode grunner tale for å se dette verket i lys av det særlige vernet om politiske ytringer, ikke bare som vernet av den kunstneriske frihet. Dette bør vektlegges i retning av at ytringsfriheten gis et større vern i slike saker.

Det er gode grunner for at det bør være tillatt å offentlig kritisere personer som har begått en kritikkverdig handling. Handlinger som regnes for å være moralsk forkastelig vil ikke av den grunn være straffbar. Når det kommer til politikere og andre synlige personer i rampelyset er det særlig viktig for demokratiet. Ved å fremsette beskyldninger i media, skrive leserinnlegg eller debattere vil folk kunne diskutere åpent hvor grenser for etikk og moral skal trekkes. Problemet oppstår når personer i stedet for å gjøre sine intensjoner klare og angripelige, konstruerer et verk av fiksjon blandet med virkelighet der den fornærmede part ikke har lik

---

<sup>120</sup> Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet – vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 s. 349

mulighet til å motsette seg anklagene eller diskutere. Styrkeforholdet i en slik sak blir ulikt det man finner i aviser, debatter, sosiale medier. En manglende mulighet til å motgå andres omtale av deg, vil være belastende på en annen måte enn der styrkeforholdet og evnen til å nå tilskuere eller lesere er svært ulik. Et eksempel på dette er Helga Hjorts roman som ble skrevet fordi hun følte det var eneste måten hun kunne forsvare seg selv og familien. I tillegg har man Bokhandleren i Kabul som skrev en roman som svar på Åsne Seierstads roman ved samme navn, i et forsøk på å forsvare sitt rykte. En innstilling om at de som har opptrådt klanderverdig bør tåle offentlighetens negative oppmerksomhet kan ikke i samme grad forsvares for slike påstander fremsatt gjennom kunst, da den som blir angrepet vil ha lite eller ingen virkemidler for å angripe et verk som ligger i grenseland mellom fiksjon og virkelighet. Retten vil ha store problemer med å foreta den vurderingen av hva som er fiksjon og hva som er virkelig, og det er i disse tilfeller vanskelig å komme med en konklusjon på hvordan problemstillingen hensiktsmessig kan løses de lege ferenda.

Et eksempel på hvor ekstreme resultat dette kan føre til er rettsaken i Danmark om en bok kalt ”Suverænen”, også utgitt i Norge som ”Suverenen”. Denne var basert på en tidligere kamerat av forfatteren Das Beckwerk. Kameraten følte seg sterkt ærekrenket og gikk til sak mot forfatteren. Da saken endte opp i Danmarks Østre Landsret fikk forfatteren medhold i at den ekstreme virkelighetsnære romanen var å regne som ren fiksjon.<sup>121</sup> Befolkningen reagerte med forundring og slike tilfeller strider til en viss grad mot den allmenne rettferdighetsans. En praksis der respekten for privatlivet gis et dårlig vern på kunstens område strider mot flere grunnsteiner i rettstaten; den enkeltes rettssikkerhet, retten til rettferdig rettergang, uskyldspresumsjonen og maktfordelingsprinsippet i seg selv, der den dømmende makt skal stå for dømmingen. Det er viktig at debatten løftes opp i lyset og at befolkningen gjennom demokratiske midler søker å finne løsninger på problemstillingene som er vanskelige. Man kan ikke unngå å foreta avveininger bare fordi de er særdeles utfordrende. Selv om kunsten har en særlig stilling som ytringsform, så er alle lik for loven og avveiningen mellom en kunstners rett til ytringsfrihet og andres rett til respekt for sitt privatliv bør kanskje vurderes nærmere for å ivareta borgernes rettssikkerhet.

---

<sup>121</sup><https://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/FrifindelseafforfatterogforlagisagomromanenSuverænen.aspx>

En sentral vurdering kan være om den som føler privatlivet er krenket kunne vært mindre identifiserbar uten at det går på bekostning av det kunstneriske verk. Kulturredaktør Sara Sørheim sier til aftenposten at en mulig prinsipiell vurdering i en debatt om virkelighetslitteratur er; ”hadde det vært mulig å fiksjonalisere dette uten å forringe bokens kunstneriske verdi? Hvis svaret er ja, hvorfor er det da ikke gjort?”<sup>122</sup> Synliggjøringen av en slik vurdering vil kunne ha en preventiv effekt på krenkelser av retten til privatliv, men på den annen side kanskje en ”chilling effect” på den kunstneriske ytringsfrihet.

Grensene bør klarlegges nærmere for å ivareta Norges forpliktelser etter Den Europeiske Menneskerettskonvensjon og målsetningen om å sikre menneskerettighetene. Også kunstnere vil måtte stilles til ansvar for sine egne handlinger. Norge har ikke kun en plikt til å utføre vurderingen mellom art. 10 og art. 8 forsvarlig, de har også en plikt til å sikre at de foreligger muligheter for borgerne til å sikre sine rettigheter etter konvensjonen. Det kan stilles spørsmål tegn ved om denne rettigheten er sikre for krenkelse av privatliv på området for kunst og litteratur der det ikke er åpenbart hvem som omtales men allikevel underforstått. Det er essensielt for rettsikkerheten at man ikke kommer unna eget ytringsansvar simpelthen ved å kalle egen ytring for fiksjon. Det kan argumenteres for at det trengs en utvikling på dette rettsområdet som ivaretar begge menneskerettigheter i best mulig grad, som kanskje kan virke preventivt på slike tilfeller og ivaretar den kunstneriske frihet så godt som mulig samtidig som det anerkjennes at den kunstneriske frihet ikke kan være helt ubegrenset.

Man må ikke glemme at lovene tilhører folket i like stor grad som rettsanvendere. Kanskje er hensynet til forutberegnelighet enda viktigere for dem som ikke jobber med å tolke lover. De som vil være parter i en slik eventuell tvist er kunstnere og andre i hvilken som helst stilling i samfunnet. Av hensyn til maktfordelingsprinsippet kan det argumenteres for at det bør tegnes klarere rammer for vurderingen gjennom lovgivning. På den annen side vil dette være en nærmest umulig oppgave, og for mange stridende mot den kunstneriske frihet.

Hvordan kan denne problemstillingen settes i et system som gjør befolkningen i stand til å selv vurdere hvor grensen går? Ved at problemstillingen fordrer såpass vanskelige grensedragninger er det ikke lett å sette i system, ei heller nødvendigvis ivaretakende av et rettferdig resultat i hver konkret sak å utforme slike generelle vurderingstema. Her må det tas

---

<sup>122</sup> <https://www.aftenposten.no/meninger/kommentar/i/2Maeq/Kulturredaktor-Sarah-Sorheim-A-utgi-boker-handler-ikke-bare-om-a-formidle-kvalitetslitteratur-til-lesere>

sikte på å finne en balansegang mellom hensynet til rettssikkerhet i form av forutberegnelighet (konkrete, håndgripelige momenter) og hensynet til rettssikkerhet i form av et rimelig resultat i den enkelte sak (rom for skjønnsmessige vurderinger og tilpasninger med fokus på det konkrete faktum).

Det kan argumenteres for at dersom innbyggerne i rettsstaten Norge skal kunne forstå sine rettigheter og plikter i slike saker som denne oppgaven handler om, vil det måtte utvikles et klarere sett med regler for selve avveiningen som allikevel gir rom for skjønn. På denne måten vil menneskerettighetene det her er snakk om gjennomføres på en enda mer utførlig og betryggende måte i norsk rett i tråd med konvensjonens målsetninger og grunnleggende verdier.

# **Kildeliste**

## **Lover og konvensjoner**

Kongeriket Norges Grunnlov 17. Mai 1814

Lov 21. Mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. Mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Europarådets konvensjon 4. November 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. Desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. November 1989 (BK)

Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (i.kr. 1. Okt. 1985). (<https://rm.coe.int/1680078b37>)

## **Forarbeid og resolusjoner**

Dok. Nr. 16 (2011-2012) Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Resolution 1165 (1998) of The Parliamentary Assembly of the council og Europe on the right to privacy

## **Rettspraksis**

### **Praksis fra EMD**

*Akdas c. Turquie*, 16. Februar 2010 (41056/04)

*Alinak v. Turkey*, 29. Mars 2005 (40287/98)

*Amann v. Switzerland*, 16. Februar 2000 (27798/95)

*Autronic AG v. Switzerland*, 22. Mai 1990 (12726/87)

*Axel Springer AG v. Germany*, 7. Februar 2012 (39954/08)

*Bergens Tidende and others v. Norway*, 2. Mai 2000 (26132/95)

*Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, 20. Mai 1999 (21980/93)

*Chauvy and others v. France*, 29. Juni 2004 (64915/01)

*Colaco Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicacao S.A. c. Portugal*, 26. April 2007 (11182/03 og 11319/03)

*Delfi AS v. Estonia*, 16. Juni 2015 (64569/09)

*Egeland and Hanseid v. Norway*, 16. April 2009 (34438/04)

*Glaser v. Germany*, 28. August 1986 (9228/80)

*Gough v. The United Kingdom*, 28. Oktober 2014 (11674/85)

*Groppera Radio AG and others v. Switzerland*, 28. Mars 1990 (10890/84)

*Hachette Filipacchi Associates (ICI Paris) c. France*, 23. Juli 2009 (12268/03)

*Handyside v. The United Kingdom*, 7. Desember 1976 (5493/72)

*Jersild v. Denmark*, 23. September 1994 (15890/89)

*Karako v. Hungary*, 28. April 2009 (39311/05)

*Karatas v. Turkey*, 8. Juli 1999 (23168/94)

*Klein v. Slovakia*, 31. Oktober 2006 (72208/01)

*Kosiek v. Germany*, 28. August 1986 (9704/82)

*Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway*, 16. Januar 2014 (13258/09)

*Lingens v. Austria*, 8. Juli 1986 (9815/82)

*MGN Limited v. The United Kingdom*, 18. Januar 2011 (39401/04)

*Müller and others v. Switzerland*, 24. Mai 1988 (10737/84)

*Niemietz v. Germany*, 16. Desember 1992 (13710/88)

*Nilsen and Johnsen v. Norway*, 25. November 1999 (23118/93)

*Observer and Guardian v. The United Kingdom*, 26. November 1991 (13585/88)

*Otto-Preminger-Institut v. Austria*, 20. September 1994 (13470/87)

*Otto v. Germany*, (avvisningsavgjørelse) 24. November 2005 (27574/02)

*Pavel Ivanov v. Russia*, (avvisningsavgjørelse) 20. Februar 2007 (35222/04)

*Reklos and Davourlis v. Greece*, 15. Januar 2009 (1234/05)

*Rekvényi v. Hungary*, 20. Mai 1999 (25390/94)

*Rotaru v. France*, 4. Mai 2000 (28341/95)

*Salov v. Ukraine*, 6. September 2005 (65518/01)

*Sokolowski v. Poland*, 29. Mars 2005 (75955/01)

*Standard Verlags GmbH v. Austria (nr. 2)*, 4. Juni 2009 (21277/05)

*Steel and Morris v. The United Kingdom*, 15. Februar 2005 (68416/01)

*The Sunday Times v. The United Kingdom (nr. 1)*, 26. April 1979 (6538/74)

*Tyrer v. The United Kingdom*, 25. April 1978 (5856/72)

*Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, 25. Januar 2007 (68354/01)

*VgT Verein Gegen Tierfabriken v. Switzerland*, 28. Juni 2001 (24699/94)

*Vogt v. Germany*, 26. September 1995 (17851/91)

*Von Hannover v. Germany (nr. 1)*, 24. Juni 2004 (59320/00)

*Von Hannover v. Germany (nr. 2)*, 7. Februar 2012 (40660/08 og 60641/08)

*Wingrove v. The United Kingdom*, 25. November 1996 (17419/90)



## **Tysk rettspraksis**

BVerfGE 75, 369; EuGRZ, 1988, 270, 03. Juni 1987, oversatt til engelsk her:

<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=634> (sist besøkt 27.11.17)

## **Litteratur**

### **Bøker**

Borvik, Bjørnar, *Personvern og Ytringsfridom – Avveginga mellom kolliderande menneskerettar* (Oslo 2011)

Eggen, Kyrre, *Ytringsfrihet – vernet om ytringsfriheten i norsk rett* (Oslo 2002)

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. Utgave (Oslo 2011)

Schabas, William A. *The European Convention on Human Rights – A commentary* (Oxford 2015)

### **Artikler**

Bekkedal, Tarjei, ”Avveiningen mellom ytringsfriheten og privatlivets fred – om EMDs balansetest”, *Lov og rett* nr. 6, 2014, s. 315 - 333

Eggen, Kyrre, ”Ærekrenkende ytringer – Rettspraksis under den Europeiske Menneskerettskonvensjonen art. 10”, *Mennesker og rettigheter*, årgang 12 nr. 4, 1994 s. 353 – 372.

Kierulf, Anine, ”Hvilken rolle spiller Grunnloven § 100 i Høyesteretts ytringsfrihetspraksis?” *Lov og Rett* nr. 3, 2012 s. 131 – 150.

Smet, Stijn, ”Freedom of expression and the right to reputation: Human rights in conflict”, *American University International Law Review*, 2010 s. 183 – 236.

### **Internett**

<https://www.aftenposten.no/kultur/i/bVVLd/Anine-Kierulf--Det-handler-om-anstendighet>, (sist besøkt 02.11.17)

<https://www.aftenposten.no/kultur/i/JAQX8/-Det-er-som-a-bli-kidnappet-av-en-roman> (sist besøkt 25.10.17)

<https://www.aftenposten.no/meninger/kommentar/i/2Maeq/Kulturredaktor-Sarah-Sorheim-A-utgi-boker-handler-ikke-bare-om-a-formidle-kvalitetslitteratur-til-lesere> (sist besøkt 02.12.17)

<https://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumee/Pages/FrifindelseafforfatterogforlagisagomromanenSuverænen.aspx>, (sist besøkt 29.11.17)