

Grov aktløyse som vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar – ein framand fugl i norsk rett

Av universitetsstipendiat Bjørnar Borvik

1 PROBLEMSTILLINGA

Straffelovkommisjonen sette i delutgreiing VII fram forslag om at grov aktløyse i relasjon til spørsmålet om sanning skal vere eit vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar.¹ Dette må sjåast på som ei oppfølging av forslaget frå Ytringsfridomskommisjonen om å grunnlovsfeste aktløyse som eit generelt minimumsvilkår for både sivilt og strafferettsleg ansvar.² Tilrådingane frå Ytringsfridomskommisjonen har ei innretning som klart nok kan sporast attende til rettstilstanden i USA: For det første er løysingsbidraga frå amerikansk rett sentrale i argumentasjonen om kvifor ein bør grunnlovsfeste eit generelt minimumsvilkår om skuld, sjølv om også gjeldande rett i andre utanlandske jurisdiksjonar er omtalt.³ Vidare vert det frå Ytringsfridomskommisjonen si side peika på at ei slik grunnlovsfesting ikkje er til hinder for at det i den alminnelege lovgjevinga kan opererast med krav om forsett eller grov aktløse, for eksempel i saker som gjeld offentlege personar eller emne av allmenn interesse, og i saker der saksøkkaren krev straff eller oppreising.⁴ Også denne påpeikinga er prega av dei rettslege løysingane som er utvikla i USA.

Etter mi vurdering framstår ikkje forslaget frå Straffelovkommisjonen som særleg veltilpassa det norske rettsregimet knytta til vernet mot ærekrenkingar. Eg vil i det følgjande gjere greie for nokre av dei innvendingane som kan reisast til forslaget om at grov aktløyse skal vere eit vilkår for å straffe ærekrenkande ytringar.

2 NÆRMARE OM SKULDKRAVET ETTER GJELDANDE RETT

Den nærmare utforminga av skuldkravet i ærekrenkingssaker verkar direkte inn på avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet. Generelt kan ein seie at eit objektivt ansvar for ærekrenkande ytringar representerer ei styrking av det rettslege vernet av privatlivet, medan eit krav om skuld – enten dette no er forsett, grov eller simpel aktløyse – tilgodeser ytringsfridommen. I ærekrenkingssaker er det ikkje snakk om å operere med eit fullt ut objektivt ansvar. Det gjeld klart nok eit forsettskrav i forhold til fleire av elementa i straffeboda om ærekrenkingar.⁵ Spørsmålet er om det etter gjeldande rett også kan påvisast eit skuldkrav for

¹ NOU 2002: 4 Ny straffelov: Straffelovkommisjonens delutredning VII s. 342–344.

² NOU 1999: 27 «Ytringsfrihed bør finde Sted»: Forslag til ny Grunnlov § 100 s. 114121 og s. 244. Sjølv om stortingshandsaminga avfødde ei grunnlovsføresegn utan eit generelt vilkår om skuld, inneber ikkje dette i og for seg at forslaget frå Straffelovkommisjonen står seg dårlegare. I St.meld. nr. 26 (2003–2004) Om endring av Grunnloven § 100 er det på s. 121 tvert imot lagt til grunn at departementet vil kome attende til spørsmålet om utforming av skuldkravet for dei ulike sanksjonstypene i samband med arbeidet med ny straffelov.

³ NOU 1999: 27 s. 119–120.

⁴ NOU 1999: 27 s. 121.

⁵ Sjø Johs. Andenæs, *Alminnelig strafferett*, 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo 2004 s. 230, Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet: Vernet om ytringsfriheten i norsk rett*, Oslo 2002 (*Eggen 2002*) s. 763 og Henry John Mæland, *Ærekrenkelser*, Bergen 1986 (*Mæland 1986*) s. 151–153.

spørsmålet om sanning. – Straffelova sjølv inneheld ei eksplisitt regulering av skuldkravet i denne relasjonen i dei situasjonar der ytraren var «pliktig eller nødsaget til å uttale sig», eller der ytringa framstod som «berettiget varetagelse av eget eller andres tarv», jfr. strl. § 249 nr. 3. Det er ei alminneleg oppfatning at media er omfatta av denne føresegna,⁶ og at foretaket og journalisten følgeleg kan fri seg frå ansvar (med unntak av mortifikasjon) dersom dei «i enhver henseende har vist tilbørlig aktsomhet». – Men spørsmålet om skuld inngår også som eitt av momenta i vurderinga under rettsstridsreservasjonen, som er lovfesta i strl. § 246 og ulovfesta i strl. § 247. I Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) la nemleg ein samla Høgsterett til grunn at i alle fall følgjande moment må inngå i vurderinga av om ei ærekrenking er rettsstridig:

«graden av allmenn interesse, beskyldningens karakter, derunder om beskyldningen klassifiseres som «value judgment» eller «factual statement», om den retter seg mot offentlig person eller privatperson, samt graden av aktsomhet, derunder om og eventuelt i hvilken utstrekning media på publiseringstidspunktet hadde holdepunkter i faktum for at påstanden var sann.»⁷

Desse kriteria hadde domstolen allereie bygd på i avgjerda i Rt. 2002 s. 764 (Nordlands-posten).⁸ Dei er seinare også lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1190 (Johan Jørgen Holst Minnefond),⁹ og må difor sjåast på som eit sikkert uttrykk for gjeldande rett.

Ytringsfridomskommisjonen si utlegging av gjeldande rett på dette punktet – at «den som framsetter en påstand [har] tilnærmet objektivt ansvar for sannheten» – er slik sett ikkje trefande,¹⁰ sjølv om det nok kan hevdast at kravet om aktsemd jamt over har vorte formulert nokså strengt av norske domstolar.¹¹ Eg saknar dessutan ei sjølvstendig problematisering frå Straffelovkommisjonen si side av det foreslegne skuldkravet sin innverknad på den meir overordna avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet. Grunngevinga er i all hovudsak av prinsipiell *strafferettsleg* karakter: Dekningsprinsippet i strafferetten – at kravet om skuld normalt skal gjelde for heile det objektive gjerningsinnhaldet i straffebodet – framstår som det sentrale momentet. Straffelovkommisjonen framhevar sjølv at det kan gjerast unntak frå dette prinsippet, mellom anna for å sikre dei underliggende interessene eit meir effektivt vern,¹² men konkluderer likevel med at det her ikkje er grunn til å nøye seg med simpel aktløyse.¹³

⁶ Sjå Johs. Andenæs og Anders Bratholm, *Spesiell strafferett*, 3. utgave, 2. opplag 1997 (*Andenæs/Bratholm 1996*) s. 220–222, *Eggen 2002* s. 843–845 og *Mæland 1986* s. 205–213.

⁷ Rt. 2003 s. 928 (Tønsbergs Blad) avsnitt 44. Eg nemner for ordens skuld at dommar Rieber-Mohn ville frifinne avisa og redaktøren fordi han meinte at journalisten ikkje hadde handla aktaust. Det er ikkje haldepunkt i avgjerda for å meine at Rieber-Mohn ville legge til grunn eit anna – og mildare – skuldkrav enn fleirtalet, men at han hadde ei anna vurdering av handlemåten til den involverte journalisten.

⁸ Sjå særleg s. 773–776.

⁹ Sjå særleg avsnitt 73. Ei generell tilslutning til desse momenta må ein også kunne lese inn i avgjerda i Rt. 2004 s. 1483 (Asker og Bærums Budstikke) avsnitt 28.

¹⁰ NOU 1999: 27 s. 244 andre spalte.

¹¹ Sjå *Andenæs/Bratholm 1996* s. 223–225. Sjå likevel *Mæland 1986* s. 213–220, som ser ut til å stille seg tvilande til korvidt det er treffande å operere med eit generelt strengt krav til aktsemd ved tolkinga av strl. § 249 nr. 3. Han framhevar på s. 220 at kravet til aktsemd må formulerast slik at også ytringsfridommen får eit tilfredsstillande vern.

¹² NOU 2002: 4 s. 87.

¹³ NOU 2002: 4 s. 343 første spalte.

3 KORT OM ANDRE RETTSVILKÅR OG AVVEGINGSMARKØRAR I ÆREKRENKINGSSAKER SOM TILGODESER YTRINGSFRIDOMMEN

Ein må heller ikkje, slik både Ytringsfridomskommisjonen og Straffelovkommisjonen etter mitt syn har gjort seg skuldig i, tape av syne at også andre rettsvilkår og avvegingsmarkørar kan gjevast ulike formuleringar, alt etter om lovgjevaren eller rettsbrukaren vil tilgodesjå ytringsfridommen eller vernet av privatlivet. Ein kan lett få det inntrykk at vernet av ytringsfridommen står og fell med utforminga av skuldkravet.

Ein kan for eksempel tenkje seg at domstolane eller lovgjevar (gjennom utsegner i forarbeida til formell lovgjeving) kvalifiserer det objektive gjerningsinnhaldet i det aktuelle straffebodet ut over det som måtte følgje direkte av ordlyden. Eit nærliggande eksempel på dette finn ein i rettspraksis og forarbeida knytta til strl. § 135 a, som mellom anna gjev heimel for å straffe sanksjonere rasistisk motiverte ytringar som «truer, forhåner eller utsetter for hat, forfølgelse eller ringeakt». I Rt. 1978 s. 1072 (Lesarbrev) la likevel Høgsterett til grunn at «de skadevirkninger en uttalelse utsetter grupper eller personer som nevnt i § 135 a for, må være av kvalifisert art».¹⁴ Denne kvalifiseringa, som i samband med seinare lovrevisjonar også er sitert med tilslutning frå lovgjevar,¹⁵ er klart nok utforma med sikte på å gje ytringsfridommen eit tilstrekkeleg vern. Liknande kvalifiseringselement har domstolane ikkje tolka inn i det objektive gjerningsinnhaldet i straffeboda om ærekrenkingar: Dersom ein først kjem til at ytringane «krenker en annens æresfølelse» (strl. § 246) eller «er egnet til å skade en annens gode navn og rykte» (strl. § 247), er det ikkje ytterlegare krav som må oppfyllast for at ein skal legge til grunn at det objektive gjerningsinnhaldet er oppfylt.

For ærekrenkingane sitt vedkommande har avveginga mellom dei kolliderande interessene kome klarare fram gjennom utforminga av andre rettsvilkår og avvegingsmarkørar. – Eitt eksempel kan vere at Høgsterett dei seinare åra har lagt til grunn retningslinjer for tolkinga av omstridde ytringar som i vesentleg grad tilgodeser ytringsfridommen, sjølv om det kan vere vanskeleg å finne ein konsekvent bruk av desse retningslinjene. Til illustrasjon nemner eg dommen i Rt. 2002 s. 764 (Nordlandsposten) der ein samla Høgsterett la til grunn ein kontekstuell tolkingsmodell. På det grunnlag kom ein fram til eit tolkingsresultat som var meir avdempa enn det som kunne lesast direkte ut av ordlyden i dei omstridde utsegnene. Same året – i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) – tok fleirtalet avstand frå den kontekstuelle tolkingsmodellen i ei sak under strl. § 135 a, og baserte i staden tolkingsresultatet strengt på ordlyden i dei omstridde ytringane.¹⁶ Begge desse avgjerdene er eigna til å vise at det tolkingsresultatet som ligg til grunn for vurderinga av om ytringane er sanne eller ikkje (og i relasjon til strl. § 135 a om ytringane er «kvalifisert krenkende»), er sluttsteinen i ein prosess der ytringsfridommen allereie har vorte tillagt stor vekt. – Og eit anna eksempel på det same: Ytraren treng heller ikkje å bevise alt som vert sagt eller skrive; det er tilstrekkeleg å føre bevis for hovudtrekka i dei framsette påstandane.¹⁷ Også i dette ligg det viktige garantiar for ytringsfridommen. Når desse rettsvilkåra og avvegingsmarkørane ikkje får ein tilfredsstillande

¹⁴ Sjå s. 1076.

¹⁵ Sjå Ot.prp. nr. 29 (1980–1981) Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 a (forbud mot diskriminering av homofile) s. 13.

¹⁶ Sjå særleg s. 1627. For ei meir detaljert framstilling av spørsmålet om retningslinjer for tolking av påstått rasistiske og ærekrenkande ytringar, viser eg til Bjørnar Borvik, Ytringsfridom på norsk – ein kritikk, Lov og Rett 2004 s. 72–98 på s. 91–92 og Bjørnar Borvik, Grunnlova § 100 og vernet mot rasistiske ytringar, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2005 s. 159–173.

¹⁷ Sjå *Andenæs/Bratholm* 1996 s. 207–209, *Eggen* 2002 s. 819–822 og *Mæland* 1986 s. 166–174.

presentasjon, kan ein lett få det inntrykk at avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet står og fell med utforminga av skuldkravet.

4 DET KONSTITUSJONELT FORANKRA SKULDKRAVET I AMERIKANSK RETT: NOKRE HOVUDLINJER

Etter mitt syn er Ytringsfridomskommisjonen si framstilling av amerikansk rett nokså fattig på nyansar, og det er mogleg at dette også har innverka på sluttresultatet i utgreiinga frå Straffelovkommisjonen. Det er i og for seg treffande når Ytringsfridomskommisjonen peikar på at det etter amerikansk rett i nokre tilfelle berre kan sanksjonerast mot usanne ytringar dersom det kan påvisast forsett eller grov aktløyse hos ytraren.¹⁸ Dei øvrige variasjonane i skuldkravet vert derimot ikkje nemnt, og desse vil eg gje ein nærmare presentasjon i dette avsnittet.¹⁹

Fram til 1964 var det ei alminneleg oppfatning i USA at det domstolsskapte og common law-baserte regelsettet som oppstilte eit sivilrettsleg vern mot ærekrenkingar ikkje var problematisk i forhold til det konstitusjonelle vernet av ytringsfridommen i First Amendment.²⁰ Med avgjerda til U.S. Supreme Court i *New York Times Co. v. Sullivan*²¹ gjekk ein vekk ifrå det objektive ansvaret for ærekrenkingar, og formulerte eit krav om skuld i relasjon til spørsmålet om sanning. Skuldkravet i avgjerda frå 1964, som i og for seg skulle vere velkjent for mange, vart formulert på denne måten:

«The constitutional guarantee require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with «actual malice» – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.»²²

Kravet om «actual malice» skulle etter denne avgjerda berre gjelde i saker der det var offentlege tenestemenn («public officials») som kravde erstatning.²³ Skuldkravet gjaldt dessutan for alle former for erstatning; både den reint symbolske erstatninga,²⁴ dei formene for erstatning

¹⁸ NOU 1999: 27 s. 115 første spalte.

¹⁹ Sjå dessutan framstillinga av skuldkravet i amerikansk rett i *Mæland 1986* s. 70–77.

²⁰ Sjå Rodney A. Smolla, *Law of Defamation, Second Edition, Volume 1*, update # 11, 5/2005, St. Paul, Minnesota 1999 (*Smolla 1999-I*) § 2:1 med vidare tilvisningar.

²¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

²² *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279–280 (1964).

²³ Kategorien «public official» vart derimot ikkje nærmare definert (sjå note 23 på s. 283 i avgjerda). I avgjerda *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966) vart det likevel klargjort at the «public official» designation applies at the very least to those among the hierarchy of government employees who have, or appear to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs» (s. 85). Folkevalgte må slik sett alltid kunne seiast å vere omfatta. I seinare avgjerder har ein dessutan lagt til grunn at tilsette i politi og domstolar, og vitskapleg og administrativt tilsette i det statlege skule- og universitetssystemet er å sjå på som «public official» i denne relasjonen. Eg legg dessutan til grunn at også store grupper av offentleg tilsette elles vil vere omfatta av kategorien «public official». For ei nærmare framstilling av dette spørsmålet, viser eg til *Smolla 1999-I* §§ 2:99–2:108 og John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law, Seventh Edition*, St. Paul, Minnesota 2004 (*Nowak/Rotunda 2004*) s. 1267–1268.

²⁴ Den symbolske erstatning («nominal damages») vil typisk vere seks cent eller ein dollar. Sjå nærmare om denne forma for erstatning i Rodney A. Smolla, *Law of Defamation, Second Edition, Volume 2*, update # 11, 5/2005, St. Paul, Minnesota 1999 (*Smolla 1999-II*) §§ 9:5–9:10.

med kompensasjon som føremål,²⁵ og den med eit pønalt føremål.²⁶ – Vel tre år seinare, i avgjerdene *Curtis Publishing Co. v. Butts*²⁷ og *Associated Press v. Walker*,²⁸ avgjorde U.S. Supreme Court at kravet om «actual malice» også skulle gjelde der saksøkaren var ein offentlig person («public figure»), men altså ikkje hadde tilknytning til det offentlege styringsapparatet.²⁹ Mindretalet på fire dommarar meinte at det var grunn til å fråvike det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*, og Justice Harlan la til grunn at:

«a «public figure» who is not a public official may also recover damages for a defamatory falsehood whose substance makes substantial danger to reputation apparent, on a showing of highly unreasonable conduct constituting an extreme departure from the standards of investigation and reporting ordinarily adhered to by responsible publishers.»³⁰

Eit skuldkrav som går ut «highly unreasonable conduct» og ei framferd som representerer «an extreme departure from the standards of investigating and reporting» oppstiller også eit sterkt vern for den saksøkte. Det går likevel klart fram av votumet til Justice Harlan at ein med denne formuleringa meinte å formulere eit noko svakare skuldkrav enn det som var formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*.³¹ Fleirtalet meinte derimot at det ikkje var grunn til å behandle «public figures» annleis enn «public officials», og at kravet om «actual malice» difor også måtte gjelde her.³² – Det neste steget i denne utviklinga kom med avgjerda *Gertz v. Robert Welch, Inc.*³³ frå 1974. Saksøkaren her var verken «public official» eller «public figure», og spørsmålet var om skuldkravet i *New York Times Co. v. Sullivan* også skulle gjelde når saksøkaren var ein privatperson («private figure»). Fleirtalet på fem dommarar gjorde det innleiingsvis klart at det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan* i 1964 bygde på ei avveging mellom to kolliderande omsyn; på den eine sida omsynet til ei fri og

²⁵ Det er fire former for erstatning som har kompensasjon som føremål: Tapsposten «special damages» er erstatning for økonomisk tap («pecuniary loss»). Tapsposten «general damages» omfattar erstatning for «actual proof of injury to plaintiff's reputation», «actual proof of injury to a plaintiff's emotional well-being», og «presumed general damages». Også den sistnemnte kategorien skal ha kompensasjon som føremål, noko som legg føringar på storleiken på erstatningssummen, og slik sett bidreg til å skille denne forma for erstatning frå erstatning med pønalt føremål («punitive damages»). Desse formene for erstatning er nærmare gjort greie for i *Smolla 1999-II* §§ 9:11–9:35.

²⁶ Den erstatninga som har eit pønalt føremål («punitive damages») skal verke avskrekkande, og står slik sett i eit tett forhold til dei alminnelege straffesanksjonane. Sjå nærmare om denne forma for erstatning i *Smolla 1999-II* §§ 9:36–9:51.

²⁷ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

²⁸ *Associated Press v. Walker*, 389 U.S. 889 (1967).

²⁹ Chief Justice Warren la på s. 164 til grunn at kategorien «public figure» omfatta dei som er «intimately involved in the resolution of important public questions or, by reason of their fame, shape events in areas of concern to society at large». Den meir detaljerte utpenslinga av denne kategorien har valda amerikanske domstolar mykje hovudbry, og eg går ikkje her nærmare inn på denne grensedraginga. For ei nærmare framstilling av dette spørsmålet, viser eg til *Smolla 1999-I* §§ 2:15–2:19, §§ 2:55–2:76 og §§ 2:77–2:91 og *Nowak/Rotunda 2004* s. 1269–1270.

³⁰ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 155 (1967).

³¹ Sjå særleg s. 155, der han mellom anna seier at «the rigorous federal requirements of *New York Times* are not the only appropriate accommodation of the conflicting interests at stake».

³² Dette standpunktet vart formulert av Chief Justice Warren, sjå særleg s. 163–164, og fekk tilslutning frå Justice Black og Justice Douglas (s. 170–172), og Justice Brennan og Justice White (s. 172–174).

³³ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

uredd presse, og på den andre sida omsynet til vern av enkeltpersonars omdømme.³⁴ Argumenta for eit sterkt vern av yringsfridommen hadde den same tyngda også i saker der det var privatpersonar som påstod seg ærekrenka, men fleirtalet framheva at behovet for rettsleg vern av omdømmet var meir tungtvegande i saker som involverte privatpersonar enn der det var offentlege tenestemenn eller offentlege personar meir generelt som meinte seg krenka.³⁵ Det å gjere skuldkravet i *New York Times Co. v. Sullivan* gjeldande fullt ut i saker der privatpersonar tok ut søksmål, ville difor «abridge this legitimate state interest to a degree that we find unacceptable».³⁶ Fleirtalet konkluderte deretter på følgjande vis:

«We hold that, so long as they do not impose liability without fault, the States may define for themselves the appropriate standard of liability for a publisher or broadcaster of defamatory falsehood injurious to a private individual.»³⁷

Så lenge statlege domstolar ikkje tilkjente erstatning på reint objektivt grunnlag, ville dei altså halde seg innafor dei konstitusjonelle skrankane i First Amendment. Dette inneber for eksempel at simpel aktløyse med omsyn til sanninga («negligence») er tilstrekkeleg for å tilkjenne erstatning til private saksøkarar som er ærekrenka.³⁸ Dette utgangspunktet må likevel nyanserast: Det mildare skuldkravet skulle berre gjelde for dei formene for erstatning som hadde til føremål å kompensere for dei skadene som ærekrenkinga hadde forårsaka. Fleirtalet kalla dette for «actual injury», og presiserte at desse formene for erstatning:

«is not limited to out-of-pocket loss. Indeed, the more customary types of actual harm inflicted by defamatory falsehood include impairment of reputation and standing in the community, personal humiliation, and mental anguish and suffering.»³⁹

Også under det svakare skuldkravet er det altså eit visst rom for å utøve skjønn frå juryen si side ved fastlegginga av erstatningssummane, sjølv om kompensasjonsomsynet er grunnleggande for desse tapspostane. Når det derimot gjaldt dei formene for erstatning som ikkje bygde på kompensasjonstanken, nemleg «presumed damages» og «punitive damages», skulle framleis kravet om «actual malice» slik det vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*, gjelde fullt ut.⁴⁰ – Alle sakene som hittil er nemnt, gjaldt emne som hadde offentleg interesse («matters of public or general concern»). I 1985 fekk U.S. Supreme Court seg forelagt ei sak som fleirtalet la til grunn at ikkje hadde offentleg interesse, og der saksøkaren var eit privat firma. Fleirtalet i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*⁴¹ framheva at omsynet til yringsfridommen i slike saker ikkje var særleg tungtvegande,⁴² men at behovet for rettsleg

³⁴ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 342–343 (1974).

³⁵ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 348–349 (1974).

³⁶ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 346 (1974).

³⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 347 (1974).

³⁸ Spørsmålet om aktløyse vert i mange amerikanske statar avgjort på grunnlag av ei vurdering av avviket mellom faktisk framferd og yrkesetiske krav til journalistisk arbeid («professional malpractice»). Der den saksøkte ikkje er ein journalist eller ei mediebedrift, er det vanleg å vurdere avviket mellom faktisk framferd og framferda til ein alminneleg fornuftig person («ordinary reasonable person»). Sjå nærmare om dette i *Smolla 1999-I* §§ 3:88–3:111.

³⁹ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 350 (1974).

⁴⁰ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349–350 (1974).

⁴¹ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985).

⁴² *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 758–761 (1985).

vern av omdømmet gjorde seg gjeldande med same tyngde her som i avgjerda i *Gertz v. Robert Welch, Inc.* frå 1974.⁴³ Difor kunne ein legge til grunn at det å tilkjenne erstatning for:

«presumed and punitive damages in defamation cases absent a showing of «actual malice» does not violate the First Amendment when the defamatory statements do not involve matters of public concern.»⁴⁴

Mindretalet på fire dommarar ville derimot vidareføre rettstilstanden som kom til uttrykk i *Gertz v. Robert Welch, Inc.*; nemleg at erstatning for «presumed damages» og «punitive damages» berre kunne tilkjennast dersom saksøkte hadde handla med «actual malice».⁴⁵ Det er ikkje fullt ut på det reine om U.S. Supreme Court med denne avgjerda opna for at statane i saker der emnet er utan offentleg interesse, og der saksøkaren er ein privatperson, kan tilkjenne «presumed damages» og «punitive damages» utan omsyn til skuld hos den saksøkte, eller om saksøkaren i alle fall må påvise simpel aktløyse («negligence») for å få medhald. Og av meir prinsipiell enn praktisk interesse: Tilsvarande uklart er det om statane, utan at det vert påvist skuld hos den saksøkte, også kan tilkjenne erstatning til offentlege tenestemenn og offentlege personar dersom emnet saka gjeld er utan offentleg interesse. I teorien er det lagt til grunn at statlege domstolar kan gjere dette utan å kome i konflikt med krava i First Amendment.⁴⁶

Etter mitt syn burde Ytringsfridomskommisjonen gjere greie for dei innvendingane som er reist mot det skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*. Mellom anna har fleire av dommarane i U.S. Supreme Court sjølv formulert kritiske merknader. Det er nærliggande å trekke fram votumet til Justice White i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*⁴⁷ frå 1985. Han vurderer skuldkravet på denne måten:

«I have also become convinced that the Court struck an improvident balance in the New York Times case between the public's interest in being fully informed about public officials and public affairs and the competing interest of those who have been defamed in vindicating their reputation.»⁴⁸

Det høyrer med til historia at Justice White også var føderal høgsterettsdommar i 1964, og at han då ga si tilslutning til skuldkravet som vart formulert i *New York Times Co. v. Sullivan*. Ein tilsvarande kritikk er seinare formulert av Chief Justice Burger og dåverande Justice Rehnquist i *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.* frå 1986.⁴⁹ Ytringsfridomskommisjonen får heller ikkje fram at det i sakene om avveginga mellom ytringsfridommen og vernet av privatlivet som regel ikkje er ein samstemt U.S. Supreme Court som snakkar, men at ein oftare ser eit djupt splitta dommarkollegium. Her som elles er det sjølvsgagt fleirtalet som slår fast kva som er gjeldande rett, men etter mitt syn har det likevel ein viss eigenverdi å få klart fram dei ulike oppfatningane som har gjort seg gjeldande. Ikkje minst vil det å spele med

⁴³ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 757–758 (1985).

⁴⁴ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 763 (1985).

⁴⁵ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 796 (1985).

⁴⁶ Sjå *Smolla 1999-I* §§ 3:17 og 3:22 og *Nowak/Rotunda 2004* s. 1275–1276.

⁴⁷ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985).

⁴⁸ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 767 (1985). Denne kritikken fekk også tilslutning frå Chief Justice Burger på s. 764.

⁴⁹ *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 476 U.S. 1187 (1986).

opne kort her, kunne legge til rette for at lovgjevar foretek eit informert val mellom fullt ut akseptable løysingar.

Forslaget frå Straffelovkommissjonen gjev verken rom for ansvar på objektivt grunnlag eller ansvar som bygger på simpel aktløyse. Kravet om grov aktløyse skal gjelde generelt, og ikkje berre når saksøkarer er «public official» eller «public figure». Eit slikt skuldkrav er etter mitt syn ein framand fugl i norsk ærekrenkingsrett. Til denne kritikken kan det kanskje innvendast at skuldkravet som første gongen vart formulert av U.S. Supreme Court i *New York Times Co. v. Sullivan*⁵⁰ i 1964, gjaldt for *sivilrettslege* sanksjonar, og at ei samanstilling med Straffelovkommissjonen sitt forslag om grov aktløyse som vilkår for *strafferettslege* sanksjonar difor ikkje er treffande. Det er klart nok ein viktig prinsipiell forskjell mellom straffesanksjonar og sivilrettslege sanksjonar. Eg trur likevel at samanstillinga kan forsvarast, noko som kanskje først og fremst heng saman med at sonderinga mellom sivilrettslege og strafferettslege sanksjonar i ærekrenkingsaker ikkje ser ut til å ha verka inn på utforminga av skuldkravet i amerikansk rett. Allereie i *New York Times Co. v. Sullivan* peika Justice Brennan på forholdet til straffesanksjonerte forbud mot framsetting av ærekrenkande ytringar, og uttalte følgjande:

«What a State may not constitutionally bring about by means of a criminal statute is likewise beyond the reach of its civil law of libel. The fear of damage awards under a rule such as that invoked by the Alabama courts here may be markedly more inhibiting than the fear of prosecution under a criminal statute.»⁵¹

Slik eg oppfattar denne utsegna, er det ikkje særlege haldepunkt for at ein vil operere med andre krav til skuld der saksøkarer har lagt ned påstand om straff enn der vedkommande har kravd erstatning for dei ærekrenkande ytringane. I tillegg kjem at skuldkravet som vart formulert i denne saka, også vart lagt til grunn i *Garrison v. Louisiana* frå same året.⁵² Denne saka gjaldt nettopp strafferettslege sanksjonar.

5 SANKSJONSREGIMET SI INNVERKING PÅ UTFORMINGA AV RETTSVILKÅRA OG AVVEGINGSMARKØRANE

Skuldkravet som vart utforma i *New York Times Co. v. Sullivan*⁵³ må dessutan sjåast i samanheng med sanksjonssystemet i amerikansk rett, og kanskje særleg ordninga med oppreisingserstatning («punitive damages»). Domstolane i Alabama tilkjente Sullivan 500.000 dollar i erstatning,⁵⁴ og det verserte tilsaman 11 saker for domstolane i Alabama mot avisa *New York Times* med eit samla erstatningskrav på 5.600.000 dollar.⁵⁵ At erstatningsutmålinga skulle bygge på eit proporsjonalitetsomsyn, vart eksplisitt avvist av to av dommarane.⁵⁶ Fleir-

⁵⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵¹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 277 (1964).

⁵² *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 67–75 (1964).

⁵³ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁵⁴ Justerer ein denne summen for prisstigning i perioden 1964 til 2005, finn ein at 500.000 amerikanske dollar i 1964 tilsvarar 3.170.000 amerikanske dollar i 2005. Omrekna til norske kroner vert dette omlag 21.250.000 kroner.

⁵⁵ 5.600.000 amerikanske dollar i 1964 tilsvarar 35.504.000 amerikanske dollar i 2005, noko som omrekna til norske kroner vert omlag 237.950.000 kroner. Det er gjort greie for desse søksmåla i fotnote 18 på s. 278 og i votumet til Justice Black på s. 294–295.

⁵⁶ Sjå grunngjevinga til Justice Black og Justice Douglas i *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 293–294 (1964).

talet i *Gertz v. Robert Welch, Inc.* frå 1974 såg det imidlertid som føremålsteneleg at «state remedies for defamatory falsehood reach no farther than is necessary to protect the legitimate interest involved»,⁵⁷ men det er likevel uklart om det etter denne avgjerda gjeld eit proporsjonalitetskrav i amerikansk rett.

Tanken om å formulere eit svakare skuldkrav, og å kombinere dette med eit tak på utmålinga av oppreisingserstatning («punitive damages»), har vorte lansert av fleire enkeltdommarar. Justice White peika i sitt votum i *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders* frå 1985 på følgjande alternative framgangsmåte:

«In New York Times, instead of escalating the plaintiff's burden of proof to an almost impossible level, we could have achieved our stated goal by limiting the recoverable damages to a level that would not unduly threaten the press. ... At the very least, the public official should not have been required to satisfy the actual malice standard where he sought no damages but only to clear his name.»⁵⁸

Påpeikinga av samvirket mellom utforminga av sanksjonsregimet og dei øvrige rettsvilkåra og avvegingsmarkørane er etter mitt syn heilt avgjerande for å forstå den amerikanske rettstilstanden. Med eit sanksjonsregime som det amerikanske gjev det meining å operere med skuldkrav som gjev ytraren eit sterkt vern mot å kome i ansvar.

Etter mitt syn kan det derimot vanskeleg vere noko ved det norske sanksjonsregimet som tilseier at det skulle vere eit reelt behov for å utforme eit strengare skuldkrav enn det som følgjer av gjeldande rett. Så vidt eg veit, er avgjerda i Rt. 1989 s. 257 (Vassdalen) det siste eksemplet på ilegging av straffansvar i form av bøter i norsk ærekrenkingsrett.⁵⁹ Og ein må vel nokså trygt kunne legge til grunn at bruken av fengselsstraff gjekk over i rettshistoria med avgjerda i Rt. 1979 s. 1606 (OBOS), der den tiltalte vart idømt 24 dagars fengsel på vilkår. Dei sivilrettslege sanksjonane som vert brukt mot ærekrenkande ytringar kan heller ikkje seiast å vere særleg inngripande i ytringsfridommen.⁶⁰ Dette gjeld kanskje i særleg grad for mortifikasjon, men erstatningssummane er jamnt over heller ikkje særleg høge. I tillegg må ein kunne sjå på proporsjonalitetskravet i EMK som eit effektivt vern av ytringsfridommen, og dette gjeld som kjent både for straffesanksjonar og sivile sanksjonar.

⁵⁷ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 349 (1974).

⁵⁸ *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749, 771 (1985).

⁵⁹ Ansvarleg redaktør og to av medarbeidarane i avisa Dagbladet vart alle ilagt bøter på 10.000 kroner. For ein gjennomgang av utmåling av straffesanksjonar i saker avgjort av Høgsterett etter 1980, viser eg til Bjørnar Borvik, *The Norwegian Approach to Protection of Personality Rights: With a special emphasis on the protection of honour and reputation*, Bergen 2005 (*Borvik 2005*) s. 75–77. Ein tilsvarende gjennomgang av praksis for perioden 1955–1980 er innteken i *Mæland 1986* s. 229–231.

⁶⁰ For ein gjennomgang av utmåling av sivile sanksjonar, viser eg til *Andenæs/Bratholm 1996* s. 239–260, *Borvik 2005* s. 82–90, *Eggen 2002* s. 766–771 og *Mæland 1986* s. 244–306.