

Det juridiske fakultet

Joiken

En analyse av de aktuelle opphavsrettslige spørsmålene

—
Johnny Hellenen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2015

Antall ord i oppgaven: 17121

Innholdsfortegnelse

| | |
|--|----|
| 1.0 Innledning | 3 |
| 1.1 Spesielle utfordringer | 5 |
| 2.0 Om opphavsrett generelt..... | 5 |
| 2.1 Hva er opphavsrett?..... | 5 |
| 2.2 Om åndsverksloven..... | 6 |
| 2.3 Hensyn bak opphavsrett | 6 |
| 2.4 Opphavsmannens rettigheter | 7 |
| 2.4.1 De økonomiske rettighetene | 7 |
| 2.4.2 De ideelle rettighetene | 8 |
| 2.5 Begrensninger i opphavsmannens rettigheter | 10 |
| 2.5.1 Opphavsrettens vernetid | 10 |
| 2.5.2 Vernetid for verk av ukjente opphavsmenn | 10 |
| 2.5.3 Vern for verk som offentliggjøres først etter at vernetiden er utløpt | 11 |
| 2.5.4 Vernet for nærstående rettigheter | 12 |
| 2.5.6 Vernets rekkevidde: Bearbeidelse eller nytt og selvstendig verk?..... | 12 |
| 2.5.7 Skillet mellom ide og åndsverkets uttrykk og form | 12 |
| 2.6 Hva er et åndsverk?..... | 13 |
| 2.6.1 Det må foreligge en skapelse | 13 |
| 2.6.2 Skapelsen må være innenfor det ” <i>litterære, vitenskapelige eller kunstneriske</i> ” området | 14 |
| 2.6.3 Skapelsen må i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet..... | 15 |
| 2.7 Musikkverk, med eller uten tekst..... | 18 |
| 3.0 Hvilket opphavsrettslig vern har joik? | 22 |
| 3.1 Hva er joik? | 22 |
| 3.2 Musikken..... | 23 |
| 3.3 Teksten | 24 |
| 3.4 Kroppsuttrykk ved fremførelsen av joik | 24 |
| 3.5 Forholdet mellom musikk og tekst i joik | 24 |
| 3.6 Har joik opphavsrettslig vern? | 25 |
| 3.7 Opphavsmannens rettigheter i joiken..... | 29 |
| 3.8 Joikerens rettigheter i fremføringen av joiken..... | 31 |
| 3.9 Sampling av joik..... | 32 |
| 3.10 Joiker laget av kjente opphavsmenn | 32 |
| 3.11 Joiker laget av ukjente opphavsmenn | 32 |
| 3.12 Eldre joiker hvor vernetiden har utløpt | 33 |
| 3.13 Joiker som første gang er offentliggjort etter utløpet av vernetiden..... | 33 |
| 3.14 Joik og plagiat..... | 36 |
| 3.15 Sammenfatning | 37 |
| 4.0 Eierrettighetene..... | 38 |
| 4.1 Norges folkerettslige forpliktelser..... | 39 |
| 4.2 Er Norge forpliktet etter ILO-169 til å endre norsk rett i samsvar med samisk oppfatning?..... | 44 |
| 4.3 Er Norge forpliktet etter ILO-169 til å endre norsk rett dersom en faktisk samisk sedvane kan fastslås? | 45 |
| 5.0 Forholdet mellom opphavsmannens råderett og personvernet | 48 |

| | |
|---|----|
| 5.1 Hvilket vern har joikeobjektet etter norsk rett?..... | 49 |
| 5.2 Har døde joikeobjekt vern etter norsk rett?..... | 52 |
| 6.0 Litteraturliste..... | 53 |

1.0 Innledning

Temaet i denne oppgaven er å foreta en analyse av de aktuelle opphavsrettslige spørsmålene som joik reiser.

Det første spørsmålet som reises er om joik generelt har opphavsrettsbeskyttelse etter åndsverksloven. For å få opphavsrettsbeskyttelse av et musikkverk, stilles det visse vilkår til originalitet i musikkverket. Det vil foretas en analyse for å se om joik oppfyller disse vilkårene. Det vil undersøkes hva det innebærer å være innehaver av disse rettighetene. Videre finnes det et stort antall eldre joiker skapt av ukjente joikere. Det vil undersøkes om disse har opphavsrettsbeskyttelse.

Det andre spørsmålet som reises er hvem som eventuelt har opphavsretten til joik ved anvendelsen av norske rettskilder. Etter åndsverksloven er det den person som skaper et verk, som har opphavsretten til verket. Dette kan være i strid med den samiske oppfatningen, som har en særegen eierstruktur for joik. Etter samisk rettsoppfatning er det den som blir joiket, som eier joiken. Dette medfører at dersom en joiker en person, dyr, fjell eller landskap, blir de eier av joiken¹. Dersom de norske rettskildene er i strid med samisk rettsoppfatning, vil det foretas en analyse for å undersøke om Norge er folkerettslig forpliktet til å endre norsk rett i samsvar med den samiske rettsoppfatningen.

Det tredje spørsmålet som reises gjelder forholdet mellom den som eier en joik og vernet til den som joikes. Etter åndsverksloven har innehaveren av opphavsretten en enerett til å utnytte sitt verk. På den annen side har alle personer rett til vern av sitt privatliv. I den samiske kulturen fungerer personjoiken som en identitetsmarkør for

¹ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 98-100)

joikeobjektet, personen blir en del av joiken, og joiken en del av personen². Musikken og teksten gir en detaljert og levende beskrivelse av karakteristikkene til denne personen³. Det vil foretas en analyse for å se om eneretten til å utnytte joiken kan komme i konflikt med det vernet den som joikes har.

Oppgaven er bygget opp slik at spørsmålene ovenfor behandles i den presenterte rekkefølge, imidlertid gis det først en kort fremstilling av de deler av opphavsretten som er nødvendig for å behandle oppgavens spørsmål.

Formålet med oppgaven er å forsøke å redegjøre for rettssituasjonen på dette området, som tilsynelatende er viet lite oppmerksomhet i norsk rett. Dette er et rettsområde som har aktualitet i dagens samfunn. Tromsø Museum har verdens største samling av eldre joiker, hvor de eldste opptakene er over 100 år gamle⁴. Det har blitt reist debatt omkring måten museet forvalter samlingen på, ettersom joikene bare kan lyttes på etter forespørsel og ved å oppsøke museet. Joikernes forening mener det er uakseptabelt at samlingen ikke ligger tilgjengelig på internett⁵. På den annen side mener museet at en publisering av joikene på internett reiser flere juridiske og etiske utfordringer, som må avklares først⁶. Til tross for at debatten har pågått over en periode på flere år, har det per dags dato⁷ ikke skjedd noen forandring i måten museet forvalter samlingen på.

Forhåpentligvis kan denne oppgaven fungere som et bidrag til debatten omkring forvaltningen av joikesamlingen, ettersom oppgaven vil redegjøre for flere av de aktuelle juridiske utfordringene som foreligger i saken.

² Ola Graff, *Om kjæresten min vil jeg joike*, Tromsø 2004 s. 148

³ Birger Stuevold Lassen, "On Copyright in Saami Joiks" *Scandinavian Studies in Law Volume 38 s. 115-125* (s. 119)

⁴ <http://www.nrk.no/sapmi/debatterer-joikesamlingen-til-tromso-museum-1.12250333> (10.04.15)

⁵ <http://www.nrk.no/sapmi/joik-gjemmes-bort-i-arkiver-1.11962909> (10.04.15)

⁶ <http://nordnorskdebatt.no/article/joik-kollektivt-andsverk> (10.04.15)

⁷ 10.04.2015

1.1 Spesielle utfordringer

Temaet i oppgaven er å redegjøre for de aktuelle opphavsrettslige spørsmålene som joik reiser. Beskrivelsene av joik er hovedsakelig basert på bøker og artikler skrevet av Harald Gaski og Ola Graff. Gaski er førsteamanuensis i samisk litteraturvitenskap ved Universitet i Tromsø – Norges arktiske universitet (UiT), og Graff er professor i seksjon for kulturvitenskap ved UiT, med ansvar for joikedelen av forskning og undervisning ved universitetet. Jeg har valgt disse kildene ettersom forfatterne besitter stor kunnskap om joik, og deres bøker tilsynelatende gir gode beskrivelser av hva joik er. Mitt formål med oppgaven er ikke å gi en fullstendig fremstilling om joik, men å redegjøre for enkelte av de særtrekkene ved joik som er nødvendige for å besvare de juridiske spørsmålene oppgaven reiser. Til et slikt formål vil det være tilstrekkelig å anvende disse kildene. En større analyse om hva joik er, ville naturligvis krevd ytterligere kilder.

2.0 Om opphavsrett generelt

2.1 Hva er opphavsrett?

Opphavsrett er en mengde ulike rettigheter som regulerer bruken av åndsverk på det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området. I norsk rett reguleres opphavsretten av lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverksloven). Med åndsverk menes et resultatet av original og individuelt preget åndelig virksomhet hos opphavsmannen⁸. Opphavsrettens gjenstand er åndsverket, ikke den fysiske manifestasjonen av åndsverket. Dette kan illustreres med et eksempel; la oss tenke at en joiker komponerer en joik, og skriver ned melodien og teksten i en sangbok. Eiendomsretten knytter seg til sangboken, mens opphavsretten knytter seg til joiken som kan fremstilles ved bruk av notene og teksten i sangboken. Dersom joikeren selger sangboken, erverver kjøperen eiendomsretten til sangboken, mens joikeren har opphavsretten til joiken i behold, herunder de økonomiske og ideelle rettighetene jf. åndsverksloven § 39. Hva dette innebærer kommer vi tilbake til i pkt. 2.4.

⁸ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 11-12

2.2 Om åndsverksloven

Åndsverksloven var resultatet av et fellesnordisk lovsamarbeid som hadde pågått siden 1939⁹. En felleslovgivning på opphavsrettens område gikk inn som en naturlig del av det fellesnordiske lovsamarbeidet¹⁰. Hensikten med samarbeidet var å oppnå nordisk rettsenhet på opphavsrettens område¹¹. Det nordiske lovsamarbeidet og hensynet til en nordisk rettsenhet tilsier at rettskilder fra de andre nordiske landene er relevante rettskilder som bør vektlegges ved spørsmål hvor norsk rett er uklar¹².

Den 1. januar 1994 trådte EØS-avtalen i kraft i Norge ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde m.v (EØS-loven). Gjennom EØS-loven artikkel 7, er rettsakter inntatt i vedlegg til EØS avtalen bindende for Norge med krav om nasjonal gjennomføring. I EØS-avtalens vedlegg XVII er det gitt flere direktiv på opphavsrettens område med mål om harmonisering av opphavsretten i Europa¹³. Disse direktive har ført til at Norge har endret åndsverksloven en rekke ganger. Av hensyn til målet om harmonisering av opphavsretten i Europa vil det kunne være relevant å se hen til hvordan Sverige, Finland og Danmark gjennomfører de samme direktivene, ettersom disse landene er medlem av EU.

2.3 Hensyn bak opphavsrett

Hovedhensynet bak opphavsretten er å sørge for en rimelig balanse mellom på den ene siden opphavsmannens interesse i sitt verk, og på den annen side samfunnets interesse i å få tilgang og adgang til å bruke verkene. For å ivareta denne balansen har lovgiver

⁹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 4

¹⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 4

¹¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 6

¹² Se Rt. 1985 s. 883 (s. 890) hvor dommeren legger betydelig vekt på motivene til den svenske åndsverkslov.

¹³ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 54

valgt å gi opphavsmannen en tidsbegrenset enerett til å utnytte sitt åndsverk, utenom når man av tvingende samfunnsmessige grunner må unndra ham disse¹⁴.

Vernet av opphavsmannens interesser kan også forankres i alminnelige rettferdighetsbetraktningene, ettersom den som har skapt et verk, bør få høste fruktene av sin innsats. Ved at opphavsmannen gis en enerett til utnyttelse, gis han en mulighet til å utnytte verket sitt økonomisk ved å kreve vederlag for bruken av sitt verk. Opphavsretten fungerer således også som en investeringsforutsetning, ved at det muliggjør opphavsmannen å tjene tilbake de investeringene han har gjort. Mulighetene for en økonomisk belønning fungerer også som et incentiv for opphavsmannen til å produsere verk, og det ivaretar samfunnet behov for kulturell produksjon¹⁵.

2.4 Opphavsmannens rettigheter

De rettigheter opphavsmannen er gitt kan deles inn i to kategorier, de økonomiske rettighetene og de ideelle rettighetene (droit moral).

2.4.1 De økonomiske rettighetene

De økonomiske rettighetene fremgår av åndsverksloven § 2.

Det fremgår av § 2 at opphavsmannen får enerett til å råde over åndsverket "i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur eller kunstart eller i annen teknikk". Her er det viktig å merke seg at eneretten inkluderer åndsverket i opprinnelig form, endret skikkelse og bearbeidet form.

Opphavsmannen kan råde over verket ved å "fremstille" og gjøre verket "tilgjengelig" for allmenheten. Retten til å "fremstille" gir opphavsmannen eneretten til å mangfoldiggjøre eller reprodusere åndsverket. Retten til gjøre verket "tilgjengelig" for allmenheten omfatter enhver måte hvor allmenheten får adgang til å bli kjent med verket, ikke bare førstegangs presentasjon, men enhver gang verket blir presentert¹⁶. Denne retten kan

¹⁴ Se åndsverksloven 2. kapittel. Avgrensning av opphavsretten og forvaltning av rettigheter ved avtalelisens.

¹⁵ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 31 - 34

¹⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 16

deles inn i tre hovedkategorier, fremføringsretten, fremvisningsretten og spredningsretten.

De økonomiske rettighetene kan opphavsmannen fritt overdra til andre, jf. åndsverksloven § 39.

2.4.2 De ideelle rettighetene

De ideelle rettighetene fremgår av § 3 i åndsverksloven. De ideelle rettighetene er resultatet av den europeiske læren om droit moral, som gir visse ikke-økonomiske rettigheter til opphavsmannen, basert på det båndet som foreligger mellom opphavsmannen og hans verk¹⁷. Navnet ideelle rettigheter ble valgt for å skape et skille fra de økonomiske rettighetene som opphavsmannen har¹⁸. Noe skarpt skille mellom disse to typene rettigheter er det likevel ikke.

Etter § 3, første ledd har opphavsmannen krav på å bli "navngitt". Dette gjelder på eksemplarer av åndsverket, og når verket gjøres tilgjengelig for allmennheten. Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Plikten til navngivelse modifierer av at opphavsmannen bare har krav på å bli navngitt slik som "god skikk" tilsier. Hva som er "god skikk" er det opp til domstolene å ta stilling til. Navngivelsesplikten begrunnes i opphavsmannens bånd til åndsverket. Som skaper av åndsverket har han en ideell interesse i å bli navngitt når verket gjøres tilgjengelig for allmenheten. Imidlertid, vil også navneplikten ha en økonomisk side, ved at de fleste opphavsmenn har en økonomisk interesse i å bli navngitt, ettersom opphavsmannens kommersielle muligheter øker - i alle fall i prinsippet - hvis navnet oppgis når verket gjøres tilgjengelig for allmenheten¹⁹.

Etter § 3, annet ledd, har opphavsmannen visse rettigheter i åndsverket, selv om han har gitt en annen rett til å endre sitt åndsverk eller gjøre det tilgjengelig for allmennheten. Bestemmelsen får kun anvendelse ved bruk hvor opphavsmannen har gitt samtykke, eller bruk hjemlet i åndsverkslovens kapittel 2. Opphavsmannen har rett til å hindre at

¹⁷ Anne Lise Sijthoff Stray, *Opphavsretten*, Oslo 1989 s.64 - 65

¹⁸ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 s. 150

¹⁹ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 199 - 200

verket blir endret eller gjort tilgjengelig på en måte som er "krenkende" for opphavsmannens litterære, vitenskapelige eller kunstneriske "anseelse eller egenart", eller for verkets "anseelse eller egenart". Som eksempel på slik krenkende bruk nevner forarbeidene til åndsverksloven²⁰ at verket fremføres for allmenheten i uferdig eller mishandlet stand eller i en upassende sammenheng. Denne retten kalles for respektretten, ettersom det dreier seg om opphavsmannens rett til respekt ved bruk av hans verk. Det gis vern mot bruk som er krenkende for opphavsmannen, og for bruk som er krenkende for verket. Ved bedømmelsen av hva som er en krenkelse, skal det legges en objektiv norm til grunn ved bedømmelsen²¹. De ideelle rettighetene etter § 3, tilligger opphavsmannen personlig og kan ikke overdras til andre jf. åndsverksloven § 39 første ledd .

Navngivelsesplikten og respektretten tilligger opphavsmannen så lenge vernetiden for opphavsretten til verket ikke er utløpt. Etter at vernetiden er utløpt, er utgangspunktet at alle står fritt til å benytte verket på den måten de selv ønsker, uten opphavsmannen samtykke. Imidlertid, gir åndsverksloven § 48 et vern mot krenkelse av frie åndsverk. Dette betegnes som klassikervernet. Det fremgår av § 48 at verket kan få vern av de ideelle rettighetene selv om opphavsrettens vernetid er utløpt. Dette skjer ved at departementet kan forby bruk som krenker opphavsmannens eller verkets anseelse eller egenart, eller på annen måte antas å kunne skade allmenne kulturinteresser. Dersom opphavsmannen er død, gjelder vernet uavhengig av om opphavsrettens vernetid er utløpt. Det fremgår imidlertid av forarbeidene bestemmelsen vil få størst betydning for frie verk, slik at det at offentlige skal kunne gripe inn mot forvanskninger og offentlig gjengivelse som fra et alminnelig kulturelt synspunkt virket grovt støtende²².

²⁰ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 21

²¹ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 204

²² Ot.prp nr. 26 (1959 -1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 104

2.5 Begrensninger i opphavsmannens rettigheter

For at samfunnet skal få tilgang og adgang til å bruke åndsverkene, må opphavsmannens rettigheter begrenses.

2.5.1 Opphavsrettens vernetid

Det fremgår av åndsverksloven § 40 første punktum at opphavsretten varer i opphavsmannens levetid og 70 år etter utløpet av hans dødsår. Etter denne tidsperioden har åndsverket ikke lenger opphavsrettsbeskyttelse, og opphavsmannens (arvingenes) eksklusive rettigheter bortfaller. Åndsverkene anses etter dette som "frie verk".

2.5.2 Vernetid for verk av ukjente opphavsmenn

Innenfor kunstens og litteraturen område finnes det de opphavsmenn som ønsker å gi ut sine verk anonymt eller under ukjente pseudonym. Denne typen verk hvor opphavsmannen er ukjent har likevel behov for opphavsrettslig vern. For å få slikt vern, stilles det likevel ikke noe krav om at den ukjente opphavsmannen oppgir sitt virkelige navn. Dette gjør at man ikke kan beregne vernetiden på samme måte som for kjente verk, ettersom man ikke vet om opphavsmannen verken er i live eller død. Derfor fremgår det av åndsverksloven § 41 første ledd at for slike verk varer opphavsretten i 70 år etter utløpet av det år verket først ble offentliggjort. Det fremgår av definisjonen i § 8 første ledd at et verk er offentliggjort når det med samtykke av opphavsmannen er gjort tilgjengelig for allmennheten. Imidlertid kan det være vanskelig å få samtykke fra opphavsmannen, når man ikke vet hvem dette er. Men av forarbeidene fremgår det at "offentliggjørelse omfatter en hvilken som helst måte hvorpå opphavsmannen lar et verk bli gjort tilgjengelig for almenheten"²³. Dette må forstås slik at enhver måte opphavsmannen *velger* å gjøre verket tilgjengelig, - i den forståelse at det var hans intensjon å gjøre det tilgjengelig - skal anses som en offentliggjørelse. Dersom en tyv stjeler et anonymt manuskript og utgir det, vil det således ikke anses som en offentliggjørelse.

²³ Ot.prp nr. 26 (1959 -1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 26

For å hindre at ikke offentliggjorte verk av ukjente opphavsmenn ikke skal få et evigvarende opphavsrettslig vern, er det inntatt en egen bestemmelse i § 41 første ledd, tredje punktum. For slike verk er vernetiden 70 år etter utløpet av det året da verket ble skapt. Imidlertid vil det kunne være problematisk å anvende bestemmelsen, ettersom man neppe vet når et verk er skapt i de situasjonene hvor opphavsmannen er ukjent. Dersom et slikt verk offentliggjøres før 70 år er passert, vil det i samsvar med § 41 første ledd, løpe en vernetid på 70 år fra offentliggjørelsen. Etter § 41 annet ledd, bestemmes vernetiden etter hovedregelen i § 40, dersom opphavsmannen var død før verket ble offentliggjort.

2.5.3 Vern for verk som offentliggjøres først etter at vernetiden er utløpt

For de verk som ikke har blitt offentliggjort i vernetiden, kan den som første gang rettmessig gjør verket tilgjengelig for allmenheten få samme enerett til å råde over verket som en opphavsmann etter åndsverksloven § 2. Vernet varer i 25 år etter utløpet av det år da verket første gang ble gjort tilgjengelig for allmenheten. Bestemmelsen ble inntatt i åndsverksloven § 41 a, som følge av gjennomføringen av EFs vernetidsdirektiv²⁴. Hensynet bak bestemmelsen var å gi et økonomisk insentiv til at nyoppdagede eldre verk skulle utgis²⁵. Det fremgår av forarbeidene at vernet ikke omfatter de ideelle rettighetene²⁶. Dette er også naturlig ettersom denne person ikke har skapt verket. Denne personen har ikke samme tilknytning til verket som skaperen ville hatt, og han har således ikke behov for noen navngivelsesplikt eller respektrett. Bestemmelsen kan tenkes anvendt dersom det oppdages et Munch maleri som ikke tidligere har vært offentliggjort. Den som gjør maleriet tilgjengelig, vil således få enerett til å råde over verket i 25 år fra verket ble gjort tilgjengelig.

²⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om vernetiden for opphavsrett og visse beslektede rettigheter

²⁵ Henry Olsson, *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar*, Stockholm 1996 s. 251

²⁶ Ot.prp nr. 54 (1994- 1995) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 36

2.5.4 Vernet for nærstående rettigheter

Etter åndsverksloven kapittel 5, gis det et vern for arbeider som ikke kan betegnes som åndsverk, men som har en nær tilknytning til åndsverkene. Disse rettighetene betegnes som de nærstående rettighetene, og gis blant annet til utøvende kunstnere. Det fremgår av åndsverksloven § 42 at den utøvende kunstner har visse rettigheter til å råde over sin fremføring at et verk.

2.5.6 Vernets rekkevidde: Bearbeidelse eller nytt og selvstendig verk?

I utgangspunktet har opphavsmannen en enerett til å utnytte åndsverket i opprinnelig, endret eller bearbeidet form jf. åndsverksloven § 2. Men etter åndsverksloven § 4, første ledd står andre fritt til å benytte et eksisterende åndsverk, slik at nye og selvstendige verk oppstår. Etter åndsverksloven § 4, annet ledd får den som bearbeider, oversetter eller overfører et eksisterende åndsverk til en annen litterær eller kunstnerisk form, opphavsrett til verket i denne versjonen. Dette innebærer imidlertid ikke at enhver bearbeidelse får opphavsrettslig vern. Det fremgår av forarbeidene til åndsverksloven²⁷ at bearbeidelsen må representere en "selvstendig åndelig innsats i tillegg til det opprinnelige åndsverk". Imidlertid kan ikke den som bearbeider råde over verket "på en måte som gjør inngrep i opphavsretten til originalverket" jf. åndsverksloven § 4, annet ledd. Dette medfører at det kreves samtykke fra opphavsmannen til originalverket for å råde over det bearbeidede verket. Dette er også naturlig ettersom verket ennå består av den del som opphavsmannen til originalverket har skapt. Uten en slik bestemmelse ville den som bearbeidet verket fått råde over noe som han selv ikke hadde skapt.

2.5.7 Skillet mellom ide og åndsverkets uttrykk og form

I opphavsretten skilles det mellom ideer og åndsverk. Det gis ikke vern for de ideer som ligger bak et åndsverk, kun de ideer som har kommet til uttrykk i åndsverket. Forskjellen kan illustreres ved å se på Høyesterettsdommen Rt. 1962 s. 964 Wegners sybord. Sakens spørsmål var om et norskprodusert sybord "Björg" var en ulovlig etterligning av et danskprodusert sybord tegnet av Hans J. Wegner. Høyesterett

²⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 23

bekreftet at Wegners opphavsrett ikke omfattet "idéene om kombinasjonen sybord-sofabord, sykurven i peddigmateriale og kurvens plassering. "Dette er ideer som etter min oppfatning hvem som helst kunne bruke uten hinder av reglene i åndsverksloven. At Rolf Sand hadde fått kjennskap til disse idéer ved å se Wegners bord på utstillingen i København, og ved å ha katalogen med fotografiet av dette bordet foran seg da han laget "Bjørg", kan i denne forbindelse ikke spille noen rolle²⁸". Denne uttalelsen bekrefter at ideer ikke vernes av opphavsrett før de har kommet til uttrykk i åndsverket. Videre er det følgelig tillatt for alle å skape egne åndsverk basert på ideer til andre personer, slik som denne saken bekrefter.

2.6 Hva er et åndsverk?

Åndsverksloven § 2 gir opphavsmannen en enerett til å råde over åndsverket. Men hva er et åndsverk?

Det er tre vilkår som må være oppfylt, for at et verk skal anses som et "åndsverk" etter åndsverksloven § 1. Av § 1, første ledd fremgår at det må foreligge en *skapelse*, og denne skapelsen må være innenfor det "*litterære, vitenskapelige eller kunstneriske*" området. Videre fremgår det av forarbeidene til åndsverksloven²⁹ at skapelsen i noen grad må være uttrykk *for original og individuelt preget åndsvirksomhet*. Av § 1, annet ledd følger en liste med 13 eksempler på verkstyper som kan være vernet, herunder "musikkverk, med eller uten tekst". Åndsverket får opphavsrettsbeskyttelse når vilkårene i åndsverksloven § 1 er oppfylt.

2.6.1 Det må foreligge en skapelse

Det første vilkår for opphavsrettsbeskyttelse, er at verket er resultat av at en person "skaper" et verk. Det fremgår ikke av lovens ordlyd, men det er en hevdvunnen oppfatning at kun mennesker kan være opphavsmenn til åndsverk³⁰. En naturlig språklig forståelse av "skaper" sammenholdt med at resultat må være et "åndsverk"

²⁸ Rt. 1962 s. 964 (s. 968)

²⁹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 12

³⁰ Ole – Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 78

tilsier at verket må være resultat av en persons individuelle skapende tankevirksomhet. Dette er også i samsvar med det som fremgår av forarbeidene til åndsverksloven. I forarbeidene ³¹ henvises det til juridisk teori for det nærmere innholdet av skapelsesvilkåret. Det fremgår at det som kan kreves beskyttet "må for det første være en frembringelse", i dette ligger at "det må foreligge en virkelig åndsproduksjon fra opphavsmannens side" som "representerer en innsats av skapende åndsarbeide". Dette utelukker alle kategorier av verk som ikke er resultat av en persons åndsproduksjon fra å være beskyttet av opphavsrett. Åndsverket trenger likevel ikke være unikt. Dette medfører at dersom to identiske åndsverk skapes uten kjennskap og upåvirket av hverandre, er dette ikke til hindring for at begge verk kan få opphavsrettsbeskyttelse. Dette medfører at opphavsretten ikke gir et prioritetsvern for det åndsverk som skapes først. Men det stilles krav om at verkene er skapt upåvirket av hverandre. Dette gjør at det ikke vil være mulig å få opphavsrett til kopier av andres verk. Det stilles ingen krav til selve skapelsesprosessen, og det gjøres ingen distinksjon mellom et verk som er resultatet av en persons uhell, og det verk som er resultatet av en planlagt arbeidsinnsats. Det stilles heller ingen krav om at verket er fiksert eller registrert for å få opphavsrettsbeskyttelse. I forarbeidene til åndsverksloven³² henvises det til juridisk teori hvor det fremstår at det må være skapt "en ytre realitet som kan løses ut fra opphavsmannens personlighet, og dertil har en viss blivende karakter, slik at den kan reproduseres eller meddeles til andre".

2.6.2 Skapelsen må være innenfor det "litterære, vitenskapelige eller kunstneriske" området

Det andre vilkåret for opphavsrettsbeskyttelse, er at verket er innenfor det "litterære, vitenskapelige eller kunstneriske" området. Litterære verk er i hovedsak verk som er skapt for å formidle informasjon i en eller annen form, mens kunstneriske verk er verk som er skapt for å oppnå en kunstnerisk effekt³³. Vitenskapelige verk er opplistet, men anses som en art av litterære verk³⁴.

³¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 11

³² Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 11

³³ Henry Olsson, *Copyright*, Stockholm 2009 s.44 - 45

³⁴ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 10

2.6.3 Skapelsen må i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet

Det tredje vilkåret for opphavsrettsbeskyttelse, er at skapelsen i noen grad må være uttrykk *for original og individuelt preget åndsvirksomhet*. Lovens ordlyd tilsier at enhver skapelse som er resultatet av en persons skapende åndelige innsats på det litterære, vitenskapelige eller kunstneriske området er et åndsverk. Imidlertid fremgår det av forarbeidene og rettspraksis at det stilles visse krav for at et verk skal anses som et åndsverk.

Utgangspunktet for vurderingen fremgår av forarbeidene til åndsverksloven³⁵ hvor følgende beskrivelse gis for et åndsverk «det må iallfall i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet fra opphavsmannens side». Dette betegnes som kravet til originalitet. Den nedre grensen for hva som kan anses som et åndsverk, betegnes som kravet til verkshøyde. Det fremgår av forarbeidene til åndsverksloven³⁶ at det ved denne vurdering er verkets art som er avgjørende, ikke kvaliteten. De estetiske kvalitetene til verket spiller ingen rolle i vurderingen. Domstolene skal dermed kun ta stilling til hvorvidt det skapte verket er innenfor gitte kategorier, og oppfyller kravet til originalitet, uten å vurdere verkets kvalitet.

Hva som nærmere ligger i kravet til originalitet fremgår ikke av forarbeidene til åndsverksloven. Høyesterett har midlertid tatt stilling til kravet til originalitet i et fåtall dommer³⁷. I Rt. 1962 s. 964 Wegners sybord måtte Høyesterett først ta stilling til om det danske sybordet var å anse som et åndsverk etter åndsverksloven, før retten kunne ta stilling til spørsmålet om det norskproduserte bordet var en ulovlig etterligning av det danskproduserte bordet. Det avgjørende for vurderingen av om sybordet var å anse som et åndsverk var om skaperen ved sin formgivning hadde kommet frem til et bord "som etter en helhetsbedømmelse må karakteriseres som et åndsverk". Det må kreves at "opphavsmannens idéer har realisert seg på en slik måte at det ved hans verk er skapt noe originalt av kunstnerisk verdi". Høyesterett konkluderte med at skaperen hadde

³⁵ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 12

³⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 10

³⁷ På lovdata.no (01.05.15) finnes det åtte publiserte dommer hvor Høyesterett tar stilling til vilkåret om originalitet ift. åndsverk.

”gjennom sin formgivning vist originalitet og utpreget artistisk evne, slik at hans verk av den grunn må få rettsvern”. Denne dommen er i samsvar med de uttalelsene som fremgår av forarbeidene, men noe større veiledning til hva som ligger i kravet til original, gir den ikke.

I Rt. 2007 s. 1329 Huldra i Kjosfossen var spørsmålet om en to minutter lang forestilling tilfredstilte kravene til åndsverk etter åndsverksloven § 1. Høyesterett refererte til flere tidligere dommer, deriblant Wegners sybord, og konstaterte at et åndsverk måtte være ”resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembrakt noe som fremstår som originalt”³⁸. Videre refererte Høyesterett til teori og rettspraksis fra de andre nordiske landene, hvor det fremgikk at det anvendes to tester for å fastsette den nedre grensen til verkshøyde. Det ble blant annet lagt vekt på sannsynligheten for at en annen opphavsmann ville ha frembrakt et identisk verk uten kjennskap til den andres verk. Dette betegnes som risikoen for dobbeltfrembringelse. Videre vektlegges det i hvilken grad opphavsmannen hadde stått ovenfor valgmuligheter. Dette betegnes som valgfrihetssynspunktet. Høyesterett konstaterte at de to testene ”vil kunne bidra med en viss veiledning, men de kan ikke tas for bokstavelig”. Det avgjørende var om kravet til originalitet var oppfylt. Videre fremgikk det at ved originalbedømmelsen måtte det tas hensyn til både de enkeltelementene som et verk bestod av, og verket som en helhet. ”Selv om et verk bygger på kjente enkeltelementer, kan disse være sammenstilt på en slik måte at verket som helhet fremstår som originalt”³⁹.

Høyesterett uttalte at forestillingen manglet elementer som ga den tilstrekkelig grad av originalitet. Huldras bevegelser var ”enkle og uoriginale” og sang og melodi var hentet fra norsk folkemusikk. Kostymet var en lang og vid rød kjole, som det ikke var noe originalt ved. Selv om det ikke hadde vært satt opp en huldreforestilling med akkurat samme innhold tidligere, kunne ikke sammenstillingen av elementene i forestillingen ses å gi tilstrekkelig særpreg. Det måtte bemerkes at Høyesterett stilte ”særlige krav til originalitet” ettersom det dreide seg om et sceneverk. Høyesterett trakk deretter frem Lagmannsrettens vurdering av originaliteten til forestillingen. Lagmannsretten

³⁸ Avsnitt 43

³⁹ Avsnitt 45

fremholdt at selv om de karaktertrekk hundra i forestillingen fremsto med ikke strakk seg "nevneverdig ut over den alminnelige assosiasjonen de fleste gjennom folkelig overlevering har knyttet til figuren huldra, som regelmessig 'må' være med i en forestilling skapt omkring denne figuren", likevel oppfylte åndsverkslovens krav til verkshøyde. Lagmannsretten begrunnet dette med at når en forestilling "bygget på en figur som gjennom overlevering og tradisjon har fått sine karakteristika", må det "begrense de krav som kan stilles til variasjon av disse karakteristika". Etter lagmannsrettens syn, var kravet til originalitet "først og fremst knyttet til måten man bruker og presenterer [sic] huldra på, med hennes tradisjonelle særtrekk⁴⁰". Ved den konkrete vurderingen uttalte lagmannsretten at forestillingen ga et helhetsinntrykk som var preget av en gjennomtenkt og vellykket enkelhet. Fremstillingen kunne vært gjort på et "utall forskjellige måter", men Hybris Film ut fra ønsket budskap og naturgitte forutsetninger, valgte en "særegen og enkel måte å gjøre det på". Høyesterett uttalte at denne vurdering bygget på en uriktig forståelse av de krav til originalitet som åndsverksloven stilte. Følgende av en slik forståelse ville vært uheldig dersom "en fremstilling av en figur som bygger på folketradisjonen, skal gis opphavsrettslig vern uten at den tilfører figuren noe vesentlig nytt, vil det innebære at man tillater at en del av folketradisjonen blir monopolisert for et langt tidsrom".

Av Høyesteretts vurdering i Wegners Sybord og Huldra i Kjosfossen kan det utledes at originalitetsvurderingen må ta hensyn til enkeltelementer i et åndsverk vurdert hver for seg, og samlet sett. Dersom et åndsverk består av kjente elementer vil det ikke nødvendigvis være til hinder for opphavsrettsbeskyttelse, ettersom sammenstillingen av elementene kan være tilstrekkelig original. Dersom verket bygger på folketradisjonen må det stilles krav om at det må tilføyes noe vesentlig nytt. Videre vil testene for risikoen for dobbeltfrembringelse og valgfrihetssynspunktet kunne gi en viss veiledning til bedømmelsen.

⁴⁰ Avsnitt 49

2.7 Musikkverk, med eller uten tekst

Åndsverkloven § 1, annet ledd lister opp "musikkverk, med eller uten tekst" som eksempel på type verk som kan anses som åndsverk. Hvordan vurderingen til originalitet for musikkverk skal foretas, gir forarbeidene til åndsverksloven eller norsk rettspraksis lite veiledning til.

Det må dermed antas at det er samme vurdering til originalitet som må legges til grunn for musikkverk, som for andre typer åndsverk. Som uttalt av Høyesterett i Rt. 2007 s. 1329 Huldra i Kjosfossen er "Det avgjørende er om det ved en individuell skapende innsats er frembragt noe som fremstår som originalt".

Ved å sammenligne musikk fra de siste hundre årene, kan det konstateres at musikken er under konstant utvikling. Videre finnes det utallige mulige måter å komponere musikkverk på. Dette tilsier at det å lage et musikkverk som fremstår som originalt ikke skulle være et vanskelig vilkår å oppfylle. På den annen side er det mye musikk som likner på hverandre, ettersom det finnes et musikalsk felleseie. Med musikalsk felleseie menes melodioppbygninger, musikkskalaer, korte riff og liknende som mange komponister benytter seg av. Rosenmeier uttrykker det som "musikkpassasjer" som går igjen i mange komponisters verk⁴¹. Dette er elementer som kun kan få opphavsrettsbeskyttelse dersom de bearbeides tilstrekkelig⁴². Videre så opererer mange komponister innenfor bestemte musikksjangere. Når man skriver musikkverk innenfor bestemte sjangere, finnes det ikke utallige valgmuligheter. Sjangeren definerer ofte hvordan musikkverk innenfor den sjangeren skal være, i både oppbygning, hvilke musikkskalaer og sangmetoder som benyttes. Dette tilsier at det ikke bør stilles for høye krav til originalitet for å oppfylle vilkåret til originalitet på musikkverk. Dersom man legger terskelen for høy, vil dette kunne føre til at store deler av musikken innenfor bestemte sjangere ikke har opphavsrettsbeskyttelse. En slik løsning ville vært svært uheldig for produksjonen av musikk, og i strid med formålet til opphavsretten. Likevel bør det finnes visse minstekrav, ettersom det ikke er ønskelig eller i samsvar med formålet til opphavsretten at all skapende innsats på musikkområdet skal beskyttes av

⁴¹ Morten Rosenmeier, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker*, København 1996 s. 48 - 49

⁴² Morten Rosenmeier, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker*, København 1996 s. 48

opphavsrett. Ved å bruke de veiledende teoriene om risikoen for dobbeltfrembringelse og valgfrihetssynspunktet som hjelpemidler, kan man få en viss pekepinn på hvor den nedre grense for verkshøyde for et musikkverk bør befinne seg.

For korte musikkverk vil risikoen for dobbeltfrembringelse være høyere og det vil være mindre valgfrihet for komponisten. Dette tilsier at musikkverk må være av en viss kvantitet for å redusere risikoen for dobbeltfrembringelse og øke valgfriheten for komponisten. Av samme grunner kan det hevdes at et musikkverk bør ha et viss antall toner for å kunne anses som et musikkverk. Dette tilsier at musikkverk som er kun består av kjente eller tradisjonelle tonearter, melodier og vokallinjer med små justeringer, ikke kvalifiseres som et musikkverk ettersom det neppe fremstår som originalt. På den annen side uttaler Høyesterett i *Huldra i Kjosfossen* at "Selv om et verk bygger på kjente enkeltelementer, kan disse være sammenstilt på en slik måte at verket som helhet fremstår som originalt⁴³". Riktignok ble uttalelsen gjort ved bedømmelsen av originalitet på et sceneverk, men ettersom mye musikkverk bygger på kjente enkeltelementer fra det musikalske felleseiet, kan det føre til liknende problemstillinger. Dette tilsier at uttalelsen vil kunne være relevant for bedømmelsen av originalitet til musikkverk.

Det finnes svært få rettskilder hvor kravet til originalitet drøftes i forhold til musikkverk. Imidlertid finnes det en dom⁴⁴ avsagt av Högsta domstolen i Sverige. Musikkgruppen Landslaget skapte i 1973 sangen "Tala om vart Du skall resa". Sangen bestod av tekst og musikk, og ble innledet med en melodilinje på fiolin som ble gjentatt et par ganger i sangen. Melodilinen bestod av fire strofer totalt sammenlagt åtte taker med 42 toner. I 1995 skapte musikkgruppen Drängarna sangen "Om du vill bli min fru", som også bestod av tekst og musikk, med en gjentakende melodilinje på fiolin. Melodilinen hadde samme antall strofer, takter og toner som melodien til Landslaget. Sakens spørsmål var om en melodilinen i "Tala om var Du skall resa" var beskyttet av opphavsrett, deretter om melodilinen fra sangen "Om du vill bli min fru" krenket opphavsretten.

⁴³ Avsnitt 45

⁴⁴ NJA 2002 s. 178

Som redegjort for i pkt. 2.2 ble åndsverksloven til i et samarbeid med de nordiske landene. Hensynet til nordisk rettsenhet innenfor opphavsretten tilsier da at en avgjørelse fra Sveriges øverste domstol er en relevant rettskilde som må tillegges betydelig vekt hvor norsk rett er uklar.

Domstolen undersøkte først om "Tala om vart Du skal resa" oppfylte kravet til selvstendighet og originalitet for opphavsrettsbeskyttelse. Domstolen bemerket at for et verk skal kunne få beskyttelse etter åndsverksloven måtte verket "oppvisa ett visst mått av självständighet och individuell särprägel eller, med ett annat uttryck, ha originalitet". Domstolen bemerket at de opphavsrettslige reglene var de samme for musikkverk som for litteratur og billedkunst, og at det av den grunn "variationsmöjligheterna i vart fall teoretiskt är i det närmasta obegränsade" også for musikkverk. Videre "måste på musikområdet skydd anses föreligga inte endast för verk av visst omfång utan även för, i likhet med t. ex. personligt utformade boktitlar, ett fåtal toner vilkas sammanförande givit ett tillräckligt originellt resultat".

Retten modifiserte deretter uttalelsen om at variasjonsmulighetene var tilnærmet ubegrenset på musikkområdet, ettersom man befant seg innenfor "populärmusiken". Kunder, trender og kommersielle interesser gjorde at det ofte var "en tämligen trång variationsram". Dette medførte at "helt okomplicerat verk erhåller skydd, om det är tillräckligt originellt".

Retten vurderte deretter melodilinjen i "Tala om vart Du skall resa" og bemerket at den hadde en "enkel form" og bygget på "enkla konventionella element". Det avgjørende for spørsmålet om verkshøyde var en bedømming av melodien i den form den ble oppfattet av lytteren, dvs. en helhetsbedømming. Retten konstaterte da at melodilinjen fremstod som "melodiskt och instrumentellt som väl avgränsad från övriga inslag i kompositionen och tillräckligt egenartad" til at den fremstod som et "självständigt verk".

Retten konkluderte, i likhet med underrettene, med at melodilinjen hadde opphavsrettsbeskyttelse.

Det neste spørsmålet var som om melodilinjen fra "Om du vill bli min fru" var så lik melodilinjen i "Tala om vart Du skall resa", at det forelå en krenkelse av opphavsretten til sistnevnte melodi. I likhet med originalitetsvurderingen, berodde det på en helhetsvurdering av melodiene. Retten bemerket at begge melodiene ble fremført på fiolin, og utgjorde en gjentakende og begrenset innslag i begge sangene. Melodiene hadde "något olika karaktär" ettersom melodiene hadde forskjellig tempo og ulik harmoni. Avslutningene på melodiene var også ulike. Likevel var likhetene så "påfallande att det vid en helhetsbedömning får anses vara fråga om samma verk".

Neste spørsmål var om melodilinjen var en uavhengig dobbelfrembringelse. Retten uttalte ved en "så påfallande likhet" mellom melodilinjene, stiltes det høye krav til bevis for at verket var en uavhengig dobbeltfrembringelse. Det ble anført at melodilinjen fra "Om du vill bli min fru" var inspirert av sangen "Oxdansen", men retten avviste dette. På grunn av informasjon om tiden før "Tala om vart Du skall resa" ble skapt og dens gjennomslag på markedet, var det ikke sannsynlig at melodilinjen ble skapt uavhengig av "Tala om vart Du skall resa". Högsta domstolen konkluderte med at "Om du vill bli min fru" krenket opphavsretten til "Tala om var Du skall resa".

Av denne dommen kan det utledes at kravet til originalitet og verkshøyde for musikkverk vil kunne være oppfylt for korte melodilinjier bestående av et fåtall toner, selv om verket er helt ukomplisert, har enkel form og bygger på konvensjonelle element. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at dommerne bemerket sangen er innenfor populærmusikken. Kundernes krav på muligheter til å gjenkjenne, bruke og huske musikkverket samt hensyn til trender og kommersielle muligheter begrunner at det finnes mindre variasjonsmuligheter innenfor populærmusikken. Dette er imidlertid hensyn som gjør seg gjeldende innenfor alle de fleste musikksjangere. Dersom en komponist velger å holde seg innenfor en sjanger, vil det av samme hensyn være begrenset med valgmuligheter. Dette tilsier at dommens vurderinger er relevante og bør vektlegges for musikkverk generelt, og ikke kun for musikkverk innenfor populærmusikken.

3.0 Hvilket opphavsrettslig vern har joik?

3.1 Hva er joik?

Joik er samenes tradisjonelle musikk, og er gjennom sine flere viktige funksjoner innad i samfunnet en viktig del av den samiske kulturen. Musikalsk sett blir joik karakterisert som "resitasjonsaktig syngemåte, gjentakelse og variasjon bygd på korte formler og spesielle stemmebruksteknikker⁴⁵". Joik deles inn i tre hovedkategorier, rituelle joiker, fortellende joiker og personifiserte joiker. Under personifiserte joiker finner man personjoiker, naturjoiker, stedjoiker og dyrejoiker.

De rituelle joikene er de joikene som sjamanene brukte i den gamle troen⁴⁶. Fortellende joiker er joiker som forteller historier, i likhet med folkeviser. Personifiserte joiker, er joiker som viser til personer, natur, sted eller dyr. At en joik "viser" til noe, betegnes som referansefunksjonen⁴⁷. Når en joik viser til noe eller noen, fungerer den som et symbol på den eller det som joiken er tilegnet. Den joiken viser til, betegnes som "referanseobjektet"⁴⁸. Forholdet mellom den som joiker og referanseobjektet er imidlertid mer enn en referansefunksjon. Ved joiking er det en nærhet mellom joikeren og referanseobjektet. Referanseobjektet er ikke bare en passiv mottaker, men den som påvirker og inspirer joikeren til å joike slik som joikeren nettopp gjør⁴⁹. Dette gjør at det foreligger et gjensidighetsforhold mellom joikeren og referanseobjektet⁵⁰. Personjoiker har en spesiell funksjon i det samiske samfunnet. Joiken kan brukes til å minne en person eller til sosial kommunikasjon, ved at en personjoik kan brukes til å uttrykke seg om en person, og for å henvende seg til en person⁵¹.

⁴⁵ <https://snl.no/joik> (13.03.15)

⁴⁶ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 102)

⁴⁷ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 147

⁴⁸ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 147

⁴⁹ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 100)

⁵⁰ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 100)

⁵¹ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 150

På samisk blir nærheten mellom joikeren og referanseobjektet uttrykt ved at det ikke brukes preposisjonen *om* mellom joikeren og referanseobjektet. På samisk joiker man en person eller et dyr, man joiker ikke *om* en person eller et dyr. Gaski anfører imidlertid at denne forskjellen skyldes at samisk språk ikke bruker preposisjonen *om* på samme måte som norsk språk⁵². Men til forskjell vil en på samisk synge *om* en person eller et dyr⁵³. Selv om det tilsynelatende er en uenighet i bruken av preposisjonen *om*, er det likevel klart at det foreligger et spesielt forhold mellom joikeren og referanseobjektet, som ikke finnes tilsvarende i andre musikkjangere. Dette blir enda klarere ved at man i den tradisjonelle joikekulturen fokuserer på hvem som er referanseobjektet i joiken, ikke hvem som har komponert joiken. Joikens identitet bestemmes av henvisningen til referanseobjektet⁵⁴. Av denne grunn vet folk flest ikke hvem som har laget en joik⁵⁵. I den samiske kulturen har det således vært mindre fokus på skaperen av joiken, enn joikeobjektet. Konsekvensen av dette er at det finnes mange joiker som man ikke vet hvem som har skapt.

3.2 Musikken

Joiken skiller seg fra vestlig musikk på flere måter. Tradisjonell joik består utelukkende av joikerens vokalbruk til å fremføre tekst og musikk. Det brukes ikke instrumenter i tradisjonell joik. I tidligere religiøs praksis brukte sjamanene trommer i sine joiker. Det finnes de joikere som bruker flere instrumenter i sine joiker, og dette kan betegnes som en nyere type joik. En joik skal ha sitt eget musikalske særpreg, og være forskjellig fra andre joiker, dette medfører et prinsipp om at hver joik ha en musikalsk individualitet⁵⁶.

⁵² Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 100)

⁵³ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 148

⁵⁴ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 148

⁵⁵ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 148

⁵⁶ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 152

3.3 Teksten

En joik kan være med eller uten tekst. Dersom joiken har tekst, vil det være formuleringer, ord eller stavelser. Mengden tekst vil også kunne variere fra korte tekster bestående av stikkord til lengre tekster med strofer av tekst. Et særpreg med joiketekster, er at tekstene ofte bare består av stikkord som beskriver i form av bilder og hentydninger⁵⁷. Videre er tekstene konstruert med flere betydninger, i samsvar med samisk tradisjon. For å forstå joiketeksten kreves det forståelse av språket, og kjennskap til hvordan joikekulturen utformer de tekstlige meninger og metaforer⁵⁸.

3.4 Kroppsuttrykk ved fremførelsen av joik

Når en joiker fremfører en joik, kan han velge å bruke kroppen til å understreke et musikalsk element, ord fra teksten, eller sider ved joikeobjektet. For å understreke et musikalsk element, kan joikeren for eksempel trampe takten i melodien. For å understreke ord fra teksten, kan joikeren legge ekstra trykk på disse ordene. Joikeren kan også fremheve sider av joikeobjektet, ved å etterligne joikeobjektet. Graff beskriver dette slik at joikeren "sjøl å halte av gårde mens man joiker melodien til en halt person⁵⁹". At en artist bruker kroppen for å understreke musikalske eller tekstlige element kan ikke sies å være unikt for joik, ettersom dette skjer i de fleste musikkjangere. Men det at joikere bruker kroppen til å etterligne joikeobjektet, er noe som ikke forekommer på samme måte i andre musikkjangere, og er trolig unikt for joiken. Dette gjør at fremføringen av personjoik vil kunne være veldig personlig preget, i forhold til annen musikkfremføringer.

3.5 Forholdet mellom musikk og tekst i joik

Et særtrekk ved joik er at teksten ofte er svært kort – av og til vil en joik kun bestå av et fåtall stikkord - og utformet i tråd men bakenforliggende koder. Dette betyr at den samme teksten vil kunne ha to budskap, et budskap for den samiske lytteren, og et

⁵⁷ Ola Graff, *"Om kjæresten min vil jeg joike"*, Tromsø 2004 s. 158

⁵⁸ Ola Graff, *"Om kjæresten min vil jeg joike"*, Tromsø 2004 s. 160

⁵⁹ Ola Graff, *"Om kjæresten min vil jeg joike"*, Tromsø 2004 s. 162

budskap for den utenforstående lytteren⁶⁰. Skillet mellom tekst og musikk blir ikke like klart for joik, som det blir for annen musikk. For generell musikk, vil en lytter kunne lese en tekst og forstå budskapet i teksten. Men dersom en leser en joiketekst, vil forståelsen av budskapet i teksten være avhengig av hvilke kunnskaper lytteren har. Videre har joiketeksten en tilknytning til musikken på en spesiell måte. Musikken tilføyer mening til teksten. Lassen argumenterer i sin artikkel "On Copyright in Saami Joiks" for at i joiken er "words, rhythm, tones, pitch and use of the voice may often combine to constitute a unitary and inseverable whole, where the music may hold an *indispensable key* [min utheving] to the narrative and characterization".

3.6 Har joik opphavsrettslig vern?

Som redegjort for i pkt. 2.6 finnes det tre vilkår for at åndsverk skal kunne få opphavsrettslig vern jf. åndsverksloven § 1. I pkt. 2.7 ble det redegjort for vilkåret til originalitet på musikkområdet.

Joiken må være en skapelse

Som redegjort for i pkt. 2.6.2 må det foreligge en skapelse. Dette medfører at joiken må være resultatet av en persons individuelle skapende åndsinnsetning. Dette utelukker gjengivelser eller reproduksjoner av eldre joiker. Joiken trenger ikke bli fiksert eller registrert, men joiken må være en "ytre realitet" jf. definisjonen i forarbeidene⁶¹. Dette medfører at joiken må ha en så "blivende karakter" at den kan "reproduseres eller meddeles til andre"⁶². Dette medfører at så lenge joiken har en så blivende karakter at joikeren kan joike joiken til andre, vil den oppfylle kravet. Dersom joiken ikke er "ferdig" i opphavsmannens øyne dvs. at opphavsmannen ikke 100% vet hvordan han vil at joiken skal være, vil dette likevel ikke være noen hindring for at joiken har en blivende karakter, så lenge joiken kan reproduseres i den form joiken har. Dette medfører at dersom noen stjeler en joik som i opphavsmannens øyne ikke er "ferdig", vil dette ikke være noen hindring for at joiken har opphavsrettsbeskyttelse så lenge de resterende vilkår er oppfylt. Videre stilles det ikke noe krav om at joiken er fiksert, dvs. ført over til

⁶⁰ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 158 -160

⁶¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s.11

⁶² Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s.11

noter, eller tatt opp på CD-plate, og liknende metoder som gjør at joiken kan reproduseres.

Joiken må være innenfor det kunstneriske området

Graff beskriver joik som en "sosial uttrykksform" og henviser til Nils – Aslak Valkeapää sin uttalelse "Det var aldri meningen att en joik skulle presenteras som konst⁶³".

På basis av det som er redegjort i pkt. 3.1 er det klart at joiken har spesielle funksjoner i det samiske samfunnet som er unike for joiken. Imidlertid er denne uttalelsen gitt spesifikt for personjoik, og ikke om joik generelt. Fortellende joiker og personifiserte joiker, herunder naturjoiker, stedjoiker og dyrejoiker deler ikke de samme sosiale funksjonene, men fungerer mer som musikk generelt gjør i samfunnet, det vil si som underholdning eller kunst i samfunnet. Imidlertid har uttrykket litterære eller kunstneriske verk en noe annen betydning i åndsverksloven, enn det som er naturlig etter vanlig språkbruk. Etter åndsverksloven § 1, kan kart og datamaskinprogrammer få opphavsrettsbeskyttelse, ettersom de anses for å være innenfor det litterære og kunstneriske området. På grunnlag av dette må joik må anses som et "musikkverk, med eller uten tekst" innenfor kunstens område jf. åndsverksloven § 1, første ledd, selv om joiken har visse funksjoner utenfor kunstens område. Det vil også være i samsvar med hensynene bak opphavsretten som redegjort for i pkt. 2.3, herunder incentiv til kulturell produksjon, at joik anses som et musikkverk innenfor kunstens område og beskyttes av opphavsrett.

Joiken må i noen grad være utrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet

Som redegjort for i pkt. 2.6.4 er utgangspunktet at det stilles krav om at et åndsverk fremstår som originalt. Etter åndsverksloven § 1 nr. 4 vernes "musikkverk, med eller uten tekst". For joik som musikkverk, vil det da vurderingen skje på basis av en helhetsvurdering av joiken. Som redegjort for i pkt. 3.3 kan joik være med eller uten tekst. Teksten anses da som en del av "musikkverket".

Utgangspunktet for vurderingen av om joik har opphavsrettsbeskyttelse, beror på om joiken i noen grad er utrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet.

⁶³ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 150

Dette betyr en vurdering av joikens komposisjon, og joikens tekst. Ettersom det er en helhetsvurdering av joiken, vil manglende originalitet i teksten kunne veies opp av originalitet i komposisjonen, og omvendt. Til vurderingen av originalitet vil testene for risiko for dobbeltfrembringelse og valgfrihetssynspunktet kunne gi en viss veiledning.

Ved vurdering bør utgangspunktet være hvordan joiken oppfattes av lytteren, supplert med uttalelser fra musikk eksperter, slik som ble gjort i NJA. 2002 s. 178. Denne oppfatningen deles også av Rognstad "Å tillate opphavsrettslig vern for flere verk som for en "gjennomsnittlig" lytter høres like ut, selv om de kompositorisk kan ha ulike trekk, gir ingen god regel. Av denne grunn bør man ved den opphavsrettslige originalitetsvurderingen på musikkområdet ikke utelukkende legge vekt på musikkvitenskapelige kriterier for hva som er en original komposisjon⁶⁴". Imidlertid blir joik som redegjort for pkt. 3.1 karakterisert som "resitasjonsaktig syngemåte, gjentakelse og variasjon bygd på korte formler og spesielle stemmebruksteknikker⁶⁵". Dette gjør at musikken skiller seg i stor grad fra populærmusikk, noe som kan gjøre det vanskelig for den gjennomsnittlige lytter å skille en joik fra en annen. Av den grunn bør nok en domstol legge større vekt på uttalelser fra musikk eksperter ved vurderingen av om en joik er original, enn ved annen musikk.

Som redegjort for i pkt. 2.7 med utgangspunkt i svensk rettspraksis er kravet som stilles for originalitet for populærmusikkens område "påfallende lågt ⁶⁶ ", slik at dobbeltfrembringelser ikke kan utelukkes. Begrunnelsen for den lave terskelen til originalitet var at innenfor populærmusikkens område var det begrensede valgmuligheter. Det kan argumenteres at de samme hensynene gjør seg gjeldende innenfor joiken, ettersom det finnes begrenset med valgmuligheter dersom et musikkverk skal anses som en "joik". Utgangspunktet om at det finnes ubegrenset med valgmulighet for skapelser innenfor musikkområder, må modifieres når opphavsmannen skaper innenfor en valgt musikk sjanger som joik. På grunnlag av dette kan det utledes at kravet til originalitet for joik bør være lavt i likhet med musikkverk på populærmusikkens område. Dette tilsier at ukompliserte joiker bestående av et fåtall

⁶⁴ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 104

⁶⁵ <https://snl.no/joik> (13.03.15)

⁶⁶ Jf. NJA 2002 s. 178

toner vil kunne oppfylle kravet til originalitet. Videre bør det være mulig å få opphavsrettsbeskyttelse av melodilinjer i joiker i samsvar med NJA 2002 s. 178 hvor melodilinen i sangen "Tala om vart Du skall resa" oppfylte vilkårene til opphavsrettsbeskyttelse.

I Høyesterettsdommen⁶⁷ Huldra i Kjosfossen hvor verket i stor grad bygget på folketradisjon, uttalte Høyesterett at ved slik bruk, stilles det krav om at det tilføyes noe "vesentlig nytt". For de joiker som i stor grad bygger på eldre joiker, tilsier denne uttalelsen at slike joiker må tilføyes noe vesentlig nytt, for at de skal oppfylle kravet til originalitet. En slik forståelse vil også være i samsvar med åndsverksloven § 4, hvor bearbeidelser er innenfor opphavsmannens opphavsrett, mens inspirerte verk som er nye og selvstendige er utenfor opphavsmannens opphavsrett. Dette medfører at en joik som lar seg inspirere av eldre joiker, eller bygger på eldre joiker må tilføyes noe vesentlig nytt av opphavsmannens egen individuelle skapende åndsinnsett, for at kravet til originalitet skal være oppfylt.

For de joiker med tekst, vil mengden tekst kunne variere fra korte tekster bestående av stikkord til lengre tekster med strofer av tekst. Utgangspunktet for vurderingen av originalitet av joiketeksten blir da den samme som for joikens melodi, nemlig om teksten oppfylder kravet til originalitet. Igjen vil testene for risiko for dobbeltfrembringelse og valgfrihetssynspunktet kunne gi en viss veiledning. Ved å bruke disse to testene som veiledning, er det klart at joiketekster bestående kun av enkelte stikkord vil tale mot at teksten er "uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet". På den annen side er det et karakteristisk trekk ved joik at det kan anvendes svært korte tekster. Som redegjort for i pkt. 3.3 vil stikkordene i tekstene beskrive i form av bilder og hentydninger, i tillegg vil tekstene være konstruert med flere betydninger. Dette tilsier at en joiketekst bestående av svært få ord vil kunne oppfylle kravet til originalitet, ettersom antallet ord ikke nødvendigvis betyr manglende original og individuelt preget åndsvirksomhet. Rognstad uttaler angående originalitet for språkverk at "Ved visse former for eksperimentell poesi, f.eks. dikt som kun inneholder ett ord, kommer problemet på spissen. Man skal likevel vise varsomhet i vurderingen her, idet uventede sammensetninger selv av ganske få ord vil kunne ha

⁶⁷ Rt. 2007 s. 1329 Huldra i Kjosfossen (under pkt. 2.6.3)

preg av en skapende åndsinnsetning⁶⁸". Denne uttalelsen bør anses relevant ved vurderingen av joiketekster, ettersom det er et karakteristisk trekk ved joiketekster at de er korte, i likhet med at det er et karakteristisk trekk for visse former eksperimentell poesi at diktene består av et fåtall ord. Uttalelsen gjelder også for originalitet for dikt generelt. I denne vurderingen vil joiketeksten være en del av helhetsvurdering av joiken, i tillegg til melodi. Dette tilsier at en joiketekst kun bestående av få ord vil kunne bidra til å oppfylle kravet til originalitet for en joik. I likhet med vurderingen for komposisjonen, bør nok en domstol legge vekt på uttalelser fra eksperter med kompetanse innenfor joik ved slike vurderinger.

Ifølge Graff finnes det også et system som joiketekstene inngår, hvor joikere kan låne eller omformulere fraser og formuleringer⁶⁹. Det vil dermed kreve kjennskap til joikekulturen for å gjenkjenne lån av fraser og formuleringer. Dette systemet gjør det mulig for "joiketekster og spille på dette som et meningsbærende poeng⁷⁰". Dette taler for at det ikke dreier seg om et lån av andres fraser og formuleringer for å bøte på manglende kreativitet, men heller et lån for å tilføye joiketeksten en annen mening. På en måte kan dette forstås som et tekstlig motstykke til det musikalske felleseiet som er "musikkpassasjer" som går igjen i mange komponisters verk, ved at dette er tekstformuleringer som går igjen i mange joiker. Det kan også sammenliknes med tekstlige klisjer eller metaforer som går igjen i mye musikk. Utgangspunktet vil da være at slik lån av joiketekster, vil hindre opphavsrett ettersom teksten ikke er en "skapelse", men et lån. For at slik bruk skal kunne bidra til originalitet må det stilles det krav om at det tilføyes noe "vesentlig nytt" i samsvar med åndsverksloven § 4, hvor bearbeidelser er innenfor opphavsmannens opphavsrett, men inspirerte verk som er nye og selvstendige er utenfor opphavsmannens opphavsrett.

3.7 Opphavsmannens rettigheter i joiken

Som redegjort for i pkt. 3.6 vil en joik anses som et åndsverk dersom det oppfyller vilkårene i åndsverksloven § 1. Som redegjort for i pkt. 2.4 har opphavsmannen til joiken enerett til utnyttelse av joiken. Dette innebærer at opphavsmannen har eneretten

⁶⁸ Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 s. 91

⁶⁹ Ola Graff, *"Om kjæresten min vil jeg joike"*, Tromsø 2004 s. 161

⁷⁰ Ola Graff, *"Om kjæresten min vil jeg joike"*, Tromsø 2004 s. 161

til å utnytte de økonomiske og ideelle rettighetene til joiken. Som redegjort for i pkt. 2.4.1 innebærer de økonomisk rettighetene at opphavsmannen kan råde over joiken ved å "fremstille" og gjøre joiken "tilgjengelig" for allmenheten

Retten til å "fremstille" gir opphavsmannen eneretten til å mangfoldiggjøre eller reprodusere joiken. Dette omfatter også enhver fremstillingsmåte som opphavsmannen ønsker⁷¹. For opphavsmannen til en joik er det da av særlig av betydning at han har eneretten til å overføre verket til innretninger som kan gjengi verket, så som CD-plater, musikkstreamingstjenester og fjernsynsinnretninger.

Retten til gjøre joiken "tilgjengelig" for allmenheten omfatter enhver måte hvor allmenheten får adgang til å bli kjent med joiken, ikke bare førstegangs presentasjon, men enhver gang joiken blir presentert⁷². Det er da av særlig betydning at det er opphavsmannen som bestemmer når han vil fremføre joiken, og spre joiken til allmennheten. Ettersom de økonomiske rettighetene fritt kan overdras til andre, jf. åndsverksloven § 39 har opphavsmannen anledning til å overdra disse til plateselskap, filmselskap og andre som ønsker å utnytte hans joik. Eneretten til å råde over joiken inkluderer også joiken i endret skikkelse eller bearbeidet form jf. åndsverksloven § 2.

Dette gir opphavsmannen et vern mot at andre fremstiller eller gjør tilgjengelig joiker som er like i form og uttrykk, men også vern mot joiker som er så like at de må anses som bearbeidelser av hans joik. Dette gir også et vern mot at andre benytter joiken som en del i en sang. Et eksempel på dette er konflikten om sangen "Samiid Ædnan"⁷³. Samiid Ædnan var det norske bidraget til Eurovision Song Contest i 1980. Sangen ble komponert av Sverre Kjelsberg, og fremført av Kjelsberg og Mattis Hætta. Sangen bestod av en del hvor Kjelsberg sang på norsk, og en del hvor Hætta fremførte en joik. Sangen ble også fremført i filmen "The Thing". I ettertid har Isak Mathis Triumpf hevdet at joiken som sangen bygger på, tilhører ham. Dersom Triumpf har bevis for at joiken tilhører ham, vil en slik bruk være i strid med hans enerett til å utnytte joiken.

⁷¹ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 15

⁷² Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 16

⁷³ <http://www.nrk.no/sapmi/samiid-aednan-til-retten-1.7925141> (26.04.15)

Som redegjort for i pkt. 2.4.2 innebærer de ideelle rettighetene at opphavsmannen har krav på å bli navngitt etter åndsverksloven § 3 første ledd slik som "god skikk" tilsier. Dette tilsier at opphavsmannen blir navngitt ved radio og tv avspillinger. Etter åndsverksloven § 3 annet ledd, har opphavsmannen vern mot bruk som er krenkende for opphavsmannen, og for bruk som er krenkende for verket, selv om han har gitt en annen en rett til å endre verket eller gjøre det tilgjengelig . Ved bedømmelsen av hva som er en krenkelse, skal det legges en objektiv norm til grunn ved bedømmelsen. Her kan det tenkes at dersom opphavsmannen overdrar sine rettigheter i en joik til et reklamebyrå jf. åndsverksloven § 39, har han vern mot at de bruker joiken på en måte som er krenkende for ham.

3.8 Joikerens rettigheter i fremføringen av joiken

Som redegjort for i pkt. 2.5.4 har en utøvende kunstner visse rettigheter over sin framføring av et verk. Dette gjelder uavhengig av om han er opphavsmann til verket eller ikke. Imidlertid kreves det samtykke for å utøve disse rettighetene dersom den utøvende kunstner ikke er opphavsmann til verket. Uten samtykke vil bruken av disse rettighetene være i strid med den eneretten til utnyttelse opphavsmannen har til sitt verk.

For joik betyr dette at den som fremfører joiken har visse rettigheter over sin fremføring av joiken. Etter åndsverksloven § 42 bokstav a til c gis den som fremfører en joik, enerett til å gjøre opptak av fremføringen, fremstille eksemplarer av opptak av fremføringen, og gjøre fremføringen eller opptak tilgjengelig for allmenheten. Etter § 42 annet ledd, gis vernet for 50 år etter at utløpet av det året fremføringen fant sted.

Dette medfører at det kreves samtykke fra den som fremfører joiken, dersom fremføringen skal benyttes i filmer, reklamer, album og liknende.

3.9 Sampling av joik

Sampling er når andre benytter deler av et lydopptak i et nytt musikkverk. For et lydopptak av en joik, involverer dette to rettigheter. Opphavsmannens opphavsrett til joiken jf. åndsverksloven § 2, og den fremfører joiken i lydopptaket sin rett til opptaket jf. åndsverksloven § 42.

I utgangspunktet vil sampling av en joik innebære en fremstilling av joiken i "endret skikkelse" jf. åndsverksloven § 2. Det vil også innebære fremstilling av opptaket av fremføringen jf. åndsverksloven § 42. Sampling uten samtykke vil således innebære en krenkelse av opphavsretten til opphavsmannen, og en krenkelse av fremførerens rett til sitt opptak.

3.10 Joiker laget av kjente opphavsmenn

Som redegjort for i pkt. 2.5.1 varer opphavsretten for de joiker hvor opphavsmannen er kjent i 70 år etter utløpet av opphavsmannens dødsår jf. åndsverksloven § 40. Dette medfører at skaperen av joiken har enerett til å råde over joiken i hele hans livstid, og hans arvinger får samme rett i 70 år etter hans død.

3.11 Joiker laget av ukjente opphavsmenn

Som redegjort for i pkt. 3.0 har det i den samiske kulturen vært mindre fokus på skaperen av joiken, enn joikeobjektet. Dette medfører at det finnes mange joiker uten kjente skapere. Som redegjort for i pkt. 2.5.2 fremgår det av åndsverksloven § 41 første ledd, første punktum, at opphavsretten vil vare i 70 år etter utløpet av det år joiken ble offentliggjort. En joik kan offentliggjøres ved fremførelse, utgi cd, gi sangene til radiostasjoner og liknende. Dette støttes av forarbeidene hvor departementet for musikkverk viser til de danske motiver hvor "Et musikkverk kan offentliggjøres gjennom utførelse, udsendelse i radio, fremførelse ved hjelp af mekaniske instrumenter⁷⁴".

⁷⁴ Ot.prp nr. 26 (1959 -1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk side 26 – 27. Departementet viser til de danske motiver av 1951 side 113 - 114

For de ukjente joiker som ikke har blitt offentliggjort, varer opphavsretten i 70 år etter utløpet av det år da verket ble skapt. Denne bestemmelsen vil imidlertid kunne være problematisk å håndheve ettersom man neppe kjenner tidspunktet en joik ble skapt når man ikke vet hvem som laget joiken.

3.12 Eldre joiker hvor vernetiden har utløpt

For de joiker som er så gamle at vernetiden er utløpt, vil de joikene være "frie verk". Det vil si at den som ønsker kan bruke joikene fritt uten samtykke fra opphavsmann. Imidlertid finnes bestemmelsen om klassikervernet i åndsverksloven § 48 som gir vern mot krenkelse av frie åndsverk. Denne bestemmelsen hindrer krenkende bruk, og det offentlige skal kunne gripe inn mot forvanskninger og offentlig gjengivelse som fra et alminnelig kulturelt synspunkt virket grovt støtende⁷⁵. På grunn av at joik har en så sterk tilknytning til det samiske folket og deres kultur, vil det kunne argumenteres for at dette vernet vil hindre bruk av eldre joiker i flere typer sammenhenger. For eksempel bruk av joik i anti-samisk sammenheng.

3.13 Joiker som første gang er offentliggjort etter utløpet av vernetiden

Som redegjort for i pkt. 2.5.3 får den som for første gang rettmessig offentliggjør en joik som ikke tidligere har blitt offentliggjort, de økonomiske rettighetene etter åndsverksloven § 2 i 25 år. Offentliggjøringen må være rettmessig. Den person som stjeler noter eller opptak av en joik, eventuelt offentliggjør joiken i strid med avtale gjort med den som vedkommende har fått utlevert joiken fra, vil således ikke kunne få disse rettighetene⁷⁶. En joik er offentliggjort når den er gjort tilgjengelig for allmenheten med opphavsmannens samtykke jf. definisjonen i åndsverksloven § 8. Dette kan gjøres ved å fremføre joiken live, på radio eller utgi på CD⁷⁷. Det kan imidlertid være vanskelig å trekke grensen for når en joik er offentliggjort. Når en joik fremføres på et stort offentlig arrangement, er det klart at joiken er offentliggjort. Men når en joik fremføres for en mindre krets kan det være tvilsomt om den er gjort tilgjengelig for allmenheten. I forarbeidene fremgår det at en fremføring av et verk foran en offentlig krets anses som

⁷⁵ Ot.prp nr. 26 (1959 -1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 104

⁷⁶ Ot.prp. nr 54 (1994 – 1995) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 36

⁷⁷ Redegjort for i pkt. 2.5.3 jf. Ot.prp nr. 26 (1959 -1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 26 – 27. Departementet viser til de danske motiver av 1951 s. 113 - 114

offentliggjort⁷⁸. Dette utelukker fremføringer for familien, slekten og liknende tilstelninger som er lukkede og ikke tilgjengelige for offentligheten. Dette medfører at slike joiker hvor vernetiden er utløpt, vil den som rettmessig gjør disse tilgjengelig for allmenheten få eneretten til de økonomiske rettighetene i 25 år.

Imidlertid er ordlyden i åndsverksloven § 41 a ikke i samsvar med EF-direktivet⁷⁹ som den skulle gjennomføre. I artikkel 4 i direktivet gis det vern for verk som ikke tidligere er "publisert". I åndsverksloven § 41 a gis det vern for verk som ikke tidligere er "offentliggjort". I forarbeidene⁸⁰ til åndsverksloven § 41 a, fremgår det at "Bestemmelsen kan synes å avvike noe fra direktivets ordlyd, men antas å dekke intensjonen med direktivbestemmelsen". Denne uttalelsen er imidlertid ikke enkel å forstå.

Bernkonvensjonen⁸¹ som på mange måter er den dominerende og mest betydningsfulle av de opphavsrettslige konvensjonene⁸² definerer i artikkel 3 (3) "published works" som verk "published with the consent of their authors, whatever may be the means of manufacture of the copies, provided that the availability of such copies has been such as to satisfy the reasonable requirements of the public, having regard to the nature of the work". Videre fremgår det at "The performance of a (...)musical work, (...)the communication by wire or the broadcasting of literary or artistic works, (...) shall not constitute publication".

Da Sverige gjennomførte direktivet endret de den eksisterende Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729)(upphovsrättslagen). I upphovsrättslagen § 44 a gis det vern for verk som ikke har "getts ut" dvs. "exemplar (...) förts i handeln eller eljest blivit spridda till allmänheten" jf. upphovsrättslagen § 8 annet ledd. Sveriges måte å endre loven på samsvarer således med EF direktivets ordlyd.

⁷⁸ Ot.prp. nr 26 (1959 – 1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk. s. 27. Departementet viser til de danske motiver av 1951 s. 113 - 114

⁷⁹ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om vernetiden for opphavsrett og visse beslektede rettigheter

⁸⁰ Ot.prp. nr. 54 (1994 – 1995) Om lov om endringer i åndsverksloven m.m s. 36

⁸¹ Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker

⁸² Henry Olsson, *Copyright*, Stockholm 2009 s. 324

Spørsmålet hvor norsk rett og EF-direktiv er i motstrid ble behandlet av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1811 Finanger I. En passasjer ble skadet i en bilulykke der bilføreren hadde vært alkoholpåvirket. Passasjeren visste at føreren var påvirket. Etter bilansvarsloven tilkom passasjeren i slike tilfeller normalt ikke erstatning. Spørsmålet var om det var motstrid mellom bilansvarsloven og tre EØS-direktiv. Etter uttalelse fra EFTA-domstolen ble det lagt til grunn at et slikt erstatningsbortfall som var etablert i bilansvarsloven var uforenlig med EØS-direktivene. Om betydningen av direktivene for tolkningen av bilansvarsloven ble det konstatert at direktiver ikke hadde direkte virkning i norsk rett. Men direktivene hadde betydning som tolkningsmomenter i forhold til norske lovbestemmelser. Dette fulgte dels av presumsjonsprinsippet, hvor norsk lov skal så vidt mulig tolkes i samsvar med folkeretten, og dels av prinsippet om direktivkonform fortolkning. Dette prinsippet ble utviklet gjennom flere avgjørelser av EF-domstolen og innebærer at nasjonal rett skal fortolkes innskrenkende så langt mulig for å gi EF-retten virkning.

Høyesterett kom likevel til at motstriden mellom bilansvarsloven og EØS-direktivet ikke kunne tolkes bort. Situasjonen var at lovgiver hadde vurdert forholdet til EØS-direktivet og beholdt den omstridte bestemmelsen. Forholdet til EØS-direktivet var ikke oversett. Etter en tolkning av bilansvarsloven ut fra anerkjente tolkningsprinsipper var det ikke mulig å komme til et resultat som ikke var i motstrid med det pålegg som EØS-direktivet inneholdt⁸³. Høyesterett konkluderte med at det var en lovgiversak å bringe loven i samsvar med EØS-retten, og reduserte erstatningen i samsvar med bilansvarsloven. På grunnlag av Høyesterett sine uttalelser er det klart at norsk rett må gå foran ved motstrid med EF-direktiv, hvor lovgiver har vurdert loven i forhold til EF-direktivet.

Dette medfører at åndsverksloven må anvendes etter sin ordlyd. Denne forskjellen i ordlyd medfører imidlertid en stor forskjell for eldre joiker. Dette kan illustreres ved et eksempel; etter svensk rett vil den som gjør tilgjengelig for allmenheten en joik som aldri har vært bragt i handelen i form av opptak, men har vært spilt på radio de siste 70 årene få alle de økonomiske rettighetene til joiken i 25 år. Etter norsk rett vil denne joiken anses som et offentliggjort verk hvor vernetiden er utløpt. Den som velger å gjøre

⁸³ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1833)

joiken tilgjengelig for allmenheten vil således ikke få noen enerett til de økonomiske rettighetene til joiken.

Løsningen etter norsk rett vil kunne hindre at eldre joiker gjøres tilgjengelige, ettersom den som gjør dette ikke får de økonomiske rettighetene til joiken eksklusivt. På den måten kan det argumenteres for at løsningen som er valgt i norsk rett ikke fungerer som incentiv til kulturell produksjon, og således strider mot hensynet bak opphavsretten. Etter svensk rett vil den som gjør joikene tilgjengelige kunne ha mulighet til å dekke de økonomiske kostnadene til dette, ved at han får de økonomiske rettighetene til joiken eksklusivt. Dette gjør at opphavsrettsbeskyttelsen fungerer som et incentiv til kulturell produksjon i samsvar med hensynet bak opphavsretten.

3.14 Joik og plagiat

Plagiat er ikke et rettslig begrep definert i åndsverksloven. I dagligtalen brukes begrepet generelt hvor andre benytter andres verk, eller deler av det og utgir det som sitt eget. I denne sammenheng vil derimot begrepet anvendes hvor andre benytter hele eller deler av andres opphavsrettsligvernede verk, slik at opphavsmannens enerett til utnyttelse er krenket.

En artikkel fra NRK viser at mange nye komponister innenfor joik kvier seg for å komponere nye joiker, fordi de kan bli beskyldt for plagiat⁸⁴. Vinneren av årets Samisk Grand Prix ble beskyldt for at hans joik «Skomáhkár Ánde» var plagiering av joiken «Arne Hansena luohhti»⁸⁵. Dette viser at plagiat er et problem som oppstår innenfor joik.

Som redegjort for i pkt. 2.5.7 er det joikens form og uttrykk som har opphavsrettslig vern. Opphavsmannen har således eneretten til å utnytte joikens form og uttrykk. Dette inkluderer joiken i den originale form, pluss endrede og bearbejdede versjoner av den originale joiken jf. åndsverksloven § 2. Men andre står fritt til å benytte joiken til å lage nye og selvstendige joiker jf. åndsverksloven § 4, første ledd. Som redegjort for i pkt. 2.5.7 er heller ikke ideer vernet av opphavsretten. Grensen mellom en joik som er

⁸⁴ <http://www.nrk.no/sapmi/joikere-redd-for-plagiering-1.7917995> (09.04.15)

⁸⁵ <http://www.nrk.no/sapmi/joikevinneren-beskyldes-for-plagiat-1.12296180> (23.04.15)

inspirert av en annen joik jf. § 4, første ledd, og en joik som er en bearbeidelse av en annen joik jf. § 4, annet ledd er imidlertid vanskelig å trekke⁸⁶.

Ved spørsmål om plagiat må det først avgjøres om den eldre joiken har opphavsrettslig beskyttelse. Som redegjort for i pkt. 3.6 er det avgjørende om joiken etter en helhetsvurdering fremstår som original. Dersom joiken oppfyller kravet til originalitet, blir neste spørsmål om den nye joiken etter en helhetsvurdering er så lik den originale joiken at den nye joiken anses som et plagiat. Ved vurderingen vil det kunne anvendes musikk eksperter til å analysere de to joikene, for å se hvilke likheter og ulikheter som foreligger mellom joikene.

Retten uttalte i NJA 2002 s.178, at terskelen for originalitet skal settes så lavt på populærmusikkens område at man ikke utelukker dobbeltfrembringelser. Som redegjort for i pkt. 3.6 bør denne terskelen også legges til grunn for joik.

Konsekvensen av å senke terskelen så lavt at man ikke utelukker dobbeltfrembringelser, er at det må tas stilling til om den nye joiken kan være skapt upåvirket av den første joiken. Ved å ta utgangspunkt i rettens uttalelser i NJA 2002 s. 178 øker kravet til bevis for at joiken er skapt upåvirket av den originale joiken, jo større likhet det er mellom joikene⁸⁷. Dersom det kan bevises at den siste joiken er skapt upåvirket av den eldre joiken, vil det ikke foreligge krenkelse av opphavsretten til den eldre joiken.

3.15 Sammenfatning

For at en joik skal få opphavsrettslig vern etter åndsverksloven stilles det tre vilkår. Joiken må være skapt av en person, og være innenfor det kunstneriske området, og i noen grad være uttrykk for original og individuelt preget åndsvirksomhet jf. åndsverksloven § 1. Dersom en joik oppfyller disse vilkårene, får joiken et opphavsrettslig vern etter åndsverksloven § 1. Opphavsrettslig vern gir skaperen av joiken en enerett til å råde over joiken. Dette gir opphavsmannen et vern mot at andre

⁸⁶ Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk s. 23 Uttalelsen sikter til åndsverk generelt.

⁸⁷ Som redegjort for i pkt. 2.7

benytter joiken, både i opprinnelig og bearbeidet form jf. åndsverksloven § 2. Derimot kan opphavsmannen ikke hindre at andre benytter joiken til å lage nye og selvstendige joiker jf. åndsverksloven § 4, første ledd.

4.0 Eierrettighetene

For å klarere hvem som har rettighetene til en joik, må det skilles mellom den som skaper en joik og den som fremfører en joik. Som redegjort for i pkt. 3.7 er det skaperen av en joik som har eneretten til å råde over hans joik jf. åndsverksloven § 2. Han anses således som eier av opphavsretten til joiken. Som redegjort for i pkt. 3.8 har den som fremfører joiken en enerett til å råde over sin fremføring av joiken jf. åndsverksloven § 42. Denne retten betegnes ikke som opphavsrett, men som en nærstående rettighet over joiken. Åndsverksloven gir kun rettigheter til opphavsmannen eller den utøvende kunstneren. Etter samisk oppfatning, må en tredjeperson inkluderes i rettighetsstrukturen. Det er den eller det joikede som eier joiken, ikke den som lager joiken⁸⁸. Ettersom referanseobjektet for refererende joiker kan være både personer, natur og dyr, blir konsekvensen etter samisk oppfatning at disse objektene eier joikene hvor de er referanseobjekt⁸⁹.

I Petter Tretnes Hansen sin masteroppgave i rettsvitenskap "Personjoik og opphavsrett – i hvilken utstrekning har den som blir joiket juridiske rettigheter til sin personjoik⁹⁰" drøftet han hvorvidt referanseobjektet ved personjoik hadde juridiske rettigheter. For å komme frem til en samisk rettsoppfatning, intervjuet han joikere fra Indre Finnmark, herunder Karasjok, Kautokeino og Tana og supplerte med skriftlige kilder. Disse kildene hadde noe forskjellig oppfatning av hvorvidt referanseobjektet hadde juridiske rettigheter, og hva disse rettighetene innebar. På grunnlag av dette konkluderte Hansen med at:

⁸⁸ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 98)

⁸⁹ Harald Gaski, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 98-99)

⁹⁰ Liten master i rettsvitenskap ved UiT, våren 2014

”Ut ifra dette kan man trekke ut at det er sikker samisk rettsoppfatning at den som mottar en personjoik, eier den – til en viss grad. Det som imidlertid er mer usikkert, er hva man legger i selve «eier»-begrepet, spesielt når en skal prøve å jevnføre den med moderne opphavsrett. I opphavsretten vil opphavsmannen være den må [sic] kunne betegnes som «eier» av verket, men det er ikke uten videre sikkert at det i den samiske rettsoppfatningen må være slik⁹¹”

Denne oppfatningen er delvis i samsvar med hva Graff skriver om eierforholdene ”Når er joik er etablert, vil den kunne følge personen hele livet. Joiken tilhører personen. Likevel har personen ingen kontroll eller myndighet over bruken av joiken. Folk bruker den fritt uavhengig av hva personen sjøl måtte mene. Rettighet til bruken ”eies” så å si av kollektivet. Det er til og med ansett som upassende at man joiker sin egen joikemelodi⁹²”.

Gaski skriver i forhold eierforholdene til personjoik at ”det er den joikede som har disposisjonsrett over sin egen joik, men som opphavsmann regnes fremdeles skaperen av joiken, som også – etter min mening – har alle copyright-rettighetene til sitt eget produkt. Det er når det gjelder framføring og representasjon i vid forstand at den (om)joikede har innflytelse over bruken av sin egen joik⁹³”.

På grunnlag av disse kildene er det klart at det foreligger motstrid mellom norsk rett og den samiske oppfatningen vedrørende eierforholdene til joik. Spørsmålet er om Norge er folkerettslig forpliktet til å endre lovgivningen i samsvar med den samiske oppfatningen.

4.1 Norges folkerettslige forpliktelser

Det dualistiske prinsipp er utgangspunktet i norsk rett. Det betyr at folkerettslige regler ikke anses som gjeldende norsk rett, før de er inkorporert eller transformert til norsk rett ved lov eller vedtak av kompetent myndighet. Det følger forutsetningsvis av

⁹¹ s. 12

⁹² Ola Graff, *Om kjæresten min vil jeg joike*, Tromsø 2004 s. 150

⁹³ Harald Gaski, *Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk*, *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122 (s. 99)

Grunnloven § 26 annet ledd at nasjonal gjennomføring av konvensjoner forutsetter et særskilt internt rettsgrunnlag. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid av presumsjonsprinsippet som er utviklet gjennom norsk rettspraksis⁹⁴. Presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp hvor norsk rett så vidt mulig skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser⁹⁵. Imidlertid er dette kun et utgangspunkt. Dersom lovgiver ønsker å ta avstand fra folkerettslige forpliktelser ved å lage en lov som strider mot den folkerettslige regel, er det den norske regel som gjelder. Dette fremgår av Rt. 2000 s. 1811 Finanger I, som redegjort for i pkt. 3.12. Ettersom lovgiver hadde vurdert lovbestemmelsen i forhold til EØS-direktivene, men likevel fant at bestemmelsen skulle opprettholdes uendret, måtte domstolen legge til grunn den norske bestemmelsen⁹⁶.

Av Kongeriket Noregs Grunnlov 17 mai 1814 (Grunnloven) § 92, fremgår det at "Dei statlege styresmaktene skal respektere og tryggje menneskerettane slik dei er fastsette i denne grunnlova og i traktatar om menneskerettar som er bindande for Noreg". Bestemmelsen oppfordrer myndighetene til å handle i samsvar med menneskerettighetene, og kan således ses som uttrykk for et styrket presumsjonsprinsipp på menneskerettighetenes område⁹⁷.

Utgangspunktet for tolkning av folkerettslige traktater og konvensjoner er de tolkningsprinsippene som er nedfelt i Vienna Convention on the Law of Treaties 23. Mai 1969 (Wienkonvensjonen) artikkel 31-33. Norge har imidlertid ikke ratifisert denne konvensjonen, men den er generelt akseptert som folkerettslig sedvane, med den konsekvens at den er bindende for land som ikke har ratifisert avtalen⁹⁸. Det følger av artikkel 31 nr. 1 at tolkningen skal være lojal i samsvar med den naturlige forståelsen av ordlyden benyttet i traktaten, og i samsvar med traktatens gjenstand og formål. Av artikkel 31 nr. 2 følger det at traktatens ordlyd i tillegg til traktatens fortale skal inngå i tolkningen av en traktats formål.

⁹⁴ Rt. 2000 s.1811 (s.1829)

⁹⁵ Rt. 2000 s.1811 (s.1826)

⁹⁶ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1831)

⁹⁷ Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, Tromsø 2009 s. 51. Uttalelsen gjelder den nå opphevede § 110 c som har blitt avløst av tilsvarende bestemmelse i § 92.

⁹⁸ Rt. 2008 s. 1789 (avsnitt 28)

ILO-konvensjonen om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169) ble ratifisert av Norge i 1990, og trådte i kraft i 1991. Ratifikasjonen medfører at Norge er forpliktet til å oppfylle konvensjonens bestemmelser⁹⁹. Samene, som urfolk har dermed visse rettigheter etter konvensjonen¹⁰⁰.

Artikkel 8 slår fast at det skal tas tilbørlig hensyn til urfolks sedvaner og sedvanerett ved anvendelsen av nasjonal rett. Dette er inntatt i artikkel 8 (1) og (2), og lyder:

1. In applying national laws and regulations to the peoples concerned, due regard shall be had to their customs or customary laws.

2. These peoples shall have the right to retain their own customs and institutions, where these are not incompatible with fundamental rights defined by the national legal system and with internationally recognised human rights. Procedures shall be established, whenever necessary, to resolve conflicts which may arise in the application of this principle.

Den norske oversettelsen lyder:

1. Ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk, skal det tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner eller sedvanerett.

2. Disse folk skal ha rett til å beholde sine egne sedvaner og institusjoner når disse ikke strider mot grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden og mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Når det er nødvendig, skal det etableres prosedyrer for å løse konflikter som kan oppstå ved gjennomføringen av dette prinsippet.

⁹⁹ NOU 2007: 13 A Den nye sameretten s. 214

¹⁰⁰ Rt. 2001 s. 769 Høyesterett bekrefter at ILO-169 gir samene status som urfolk i Norge

Sedvane defineres som "etablert praksis for hvordan et bestemt rettsspørsmål skal løses, og som har festnes seg over en viss tid¹⁰¹". Skogvang definerer samiske sedvaner som "faktisk adferd, praksis, bruk og andre handlinger som har sitt utspring i samisk kultur, samfunnsliv og næringsutøvelse"¹⁰².

En naturlig forståelse av bestemmelsen er at urfolkets sedvaner er relevante rettskilder som det skal tas tilbørlig hensyn ved anvendelse av nasjonal rett. Hva som ligger i "due regards" eller tilbørlig hensyn, gir ordlyden ikke veiledning på. Samerettsutvalget går i sin utredning gjennom artikkelen og uttaler at plikten til tilbørlig hensyn gjelder hvor den interne rettstilstanden er uklar, men også hvor rettstilstanden i utgangspunktet anses som klar. Ved en klar rettstilstand må det imidlertid kreves mer for at sedvanen skal få gjennomslag ovenfor lovgivningen. Men i slike tilfeller vil sedvanen kunne lede til modifiserte tolkninger av interne lovregler. Den konkrete vekten til sedvanen vil som utgangspunkt, ettersom ordlyden ikke gir noen veiledning, bero på innholdet og karakteren av den aktuelle sedvanen, og dels på innholdet av, og karakteren av de motstridende rettskildene¹⁰³. Av dette kan det utledes at samiske sedvaner er relevante rettskilder, som skal tillegges vekt. Men det følger ikke hva slags vekt sedvanene skal ha. Det kan dermed ikke utledes om norsk rett eller samiske sedvaner skal ha forrang ved motstrid.

I Rt. 2001 s. 1116, gjaldt spørsmålet om unntak fra alminnelig båndtvang for hund som følger av viltloven, var hjemlet i samiske sedvanerett eller sedvane. Ved vurderingen av om ILO-169 artikkel 8 nr. 2 kunne gi grunnlag for å sette viltlovens bestemmelse til side, uttalte Høyesterett at innholdet i konvensjonsbestemmelsen ikke var klart. Det ble videre lagt til grunn at artikkel 8 nr. 2 bare "omhandler skikker som gjelder internt i urfolk, ikke skikker som gjelder urfolks forhold til det større samfunn". Høyesterett fant at den påberopte sedvanen "vanskelig ses som en intern skikk for det samiske folk". Spørsmålet måtte derfor vurderes etter artikkel 8 nr. 1, ved en avveining mellom den påberopte samiske sedvanen og bestemmelsen i viltloven. Høyesterett fant under tvil at

¹⁰¹ Jens Edvin Skoghøy, "Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1994, s. 837 – 882 (s. 844)

¹⁰² Susann Funderud Skogvang, *Samerett*, Tromsø 2009 s. 55

¹⁰³ NOU 2007: 13 Den nye sameretten side 221

unnlåtelsen av å holde hunden i bånd i utmark måtte anses for å være utslag av en slik urfolkssedvane som artikkel 8 nr. 1 omhandler. ”Men bortsett fra den nevnte tvilen om selve eksistensen av en urfolkssedvane, finner jeg at den sedvanen som påberopes, i sitt innhold og i sin begrunnelse ikke har en slik kvalitet som måtte kreves for at den skulle få gjennomslag overfor viltloven”.

I Rt. 2008 s. 1789, som gjaldt spørsmålet om slaktning av tamrein utenfor slakteri uten forutgående bedøvelse ved såkalt gieltádit – en samisk sedvane - var beskyttet under ILO-169 artikkel 8, slik at forholdet ikke kunne straffes etter dyrevernsloven jf. straffeloven. I avsnitt 33 uttaler Høyesterett at bestemmelsen i nr. 1 ikke gir sedvaner eller sedvanerett fortrinnsrett. Vekten må avgjøres ved en konkret interesseavveining. Sedvaner og sedvanerett som står sentralt i urbefolkningsgruppens liv og kultur, vil ha større vekt enn sedvaner / sedvanerett som ikke har samme spredning eller fasthet i utøvelsen. Videre uttales det i avsnitt 34 at bestemmelsen i nr. 2 fastsetter at nasjonalstatens myndigheter skal respektere at i det innbyrdes forholdet i et urfolk skal gruppens egne skikker gjelder, med mindre disse er i strid med grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden eller mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Det ble fra forsvareren prosedert på at også artikkel 8 nr. 2 gjelder forholdet mellom samiske sedvaner og norsk rett. Om dette uttaler Høyesterett i avsnitt 35 at formålet med bestemmelsen var å ”avskjære lovgivende organers adgang til å fastsette bestemmelser som retter seg mot et urfolks interne forhold så lenge dette ikke er nødvendig for å sikre grunnleggende rettigheter som nevnt. (...)Men jeg er ikke enig i at nr. 2 får anvendelse i alle de tilfeller hvor et urfolks skikker er i strid med nasjonalstatens generelle lovgivning. En slik tolkning av anvendelsesområdet til bestemmelsen i nr. 2 innebærer [sic] etter min vurdering at nr. 1 blir uten særlig innhold. Som nevnt tar nr. 1 etter sin ordlyd uttrykkelig sikte på å regulere konflikter mellom nasjonalstatens lovregler og et urfolks sedvaner og sedvanerett”. I avsnitt 38 fremgår det at ”artikkel 8 nr. 1 generelt regulerer forhold mellom nasjonalstatens lovregler og et urfolks sedvaner, mens nasjonalstaten etter artikkel 8 nr. 2 skal respektere et urfolks skikker i det innbyrdes forholdet med mindre regulering er nødvendig for å sikre urfolket grunnleggende rettigheter”. Forsvareren anførte at slaktning av tamrein ved gieltádit var et indre forhold. Høyesterett var ikke enig i at dette, ettersom det ”er her

tale om anvendelse av lovregler som gjelder generelt i Norge¹⁰⁴”. Spørsmålet om straffrihet måtte da avgjøres etter artikkel 8 nr. 1. I avveiningen mellom dyrevernavloven og den samiske sedvanen, la Høyesterett vekt på at det fantes alternative handlemåter i samsvar med nasjonal rett som ivaretok muligheten for tradisjonell slakting av tamrein for utøvelse av samisk kultur¹⁰⁵. Høyesterett fant etter en avveining at artikkel 8 nr. 1 ikke kunne føre til en tilsidesettelse av dyrevernavloven.

Denne avgjørelsen har imidlertid blitt gjenstand for kritikk i ettertid. I sin artikkel ”Hjertesukk om hjertestikk”¹⁰⁶ argumenterer Skogvang for at Høyesterett tar feil i sin uttalelse om at formålet med artikkel 8 nr. 2 er å avskjære lovgivende organers adgang til å regulere rent interne forhold hos urfolksgruppen. ”Ordlyden i bestemmelsen «shall have the right to retain their own customs and institutions», betyr at urfolkene skal ha rett til å beholde sine sedvaner og institusjoner. Denne retten er relativ og må avveies mot grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden og mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter”. Imidlertid er forståelsen av artikkel 8 nr. 2 i Rt. 2008 s. 1789 i samsvar med det som ble lagt til grunn i Rt. 2001 s. 1116. Dette taler for at Høyesteretts forståelse av artikkel 8 nr. 2 må legges til grunn.

4.2 Er Norge forpliktet etter ILO-169 til å endre norsk rett i samsvar med samisk oppfatning?

Spørsmålet er om en samisk oppfatning vedrørende eierforholdene til joik nyter vern etter ILO-169.

Etter Høyesterett sin tolkning av ILO-169 artikkel 8 nr. 1 og nr. 2 i Rt. 2008 s. 1789 legger førstvoterende til grunn at ” artikkel 8 nr. 1 generelt regulerer forhold mellom nasjonalstatens lovregler og et urfolks sedvaner, mens nasjonalstaten etter artikkel 8 nr.

¹⁰⁴ Avsnitt 40

¹⁰⁵ Avsnitt 43

¹⁰⁶ Susann Funderud Skogvang, ”Hjertesukk om hjertestikk – noen refleksjoner i tilknytning til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008-1789 (Hjertestikk-saken)”, Tidsskrift for Strafferett 2009 s. 373 - 389

2 skal respektere et urfolks skikker i det innbyrdes forholdet med mindre regulering er nødvendig for å sikre urfolket grunnleggende rettigheter¹⁰⁷”.

Første spørsmålet blir da om det eksisterer en samisk sedvane vedrørende eierforhold til joik.

Det finnes dessverre få skriftlige kilder hvor den samiske oppfatningen vedrørende eierforholdene til joik er klarlagt. De få kildene som finnes er de som er nevnt ovenfor av Gaski, Graff og Hansen. Disse kildene viser at det finnes en samisk oppfatning vedrørende eierforholdene. Oppfatningen varierer fra utgangspunktet etter norsk rett, nemlig at skaperen av joiken eier joiken, og således har alle rettighetene etter åndsverksloven. Det finnes også en oppfatning om at den joikene har alle rettighetene etter åndsverksloven. Samtidig gis det uttrykk for en variasjon hvor skaperen har rettighetene etter åndsverksloven, men må få samtykke for en viss type bruk av joiken. Det gis også uttrykk for at det er kollektivet som eier joikene.

På grunnlag av at de få kildene som finnes om eierforholdene til joik varierer i så stor grad, kan det ikke utledes at det finnes en ”etablert praksis for hvordan et bestemt rettsspørsmål skal løses¹⁰⁸”. Dette tilsier at det ikke finnes en samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik. Dette medfører at ILO-169 ikke kommer til anvendelse, og at åndsverksloven må legges til grunn for å fastlegge hvem som eier joikene. Det er dermed skaperen av joiken som er eier av de rettighetene som fremgår av åndsverksloven.

4.3 Er Norge forpliktet etter ILO-169 til å endre norsk rett dersom en faktisk samisk sedvane kan fastslås?

Den samiske oppfatning som er lagt til grunn i denne drøftelsen er basert på de få skriftlige kildene som finnes om eierrettighetene til joik. Det ligger en stor utfordring i kartlegging og dokumentasjon av samiske sedvaner, ettersom samiske sedvaner og

¹⁰⁷ Avsnitt 38

¹⁰⁸Jens Edvin Skoghøy, ”Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning”, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1994, s. 837 – 882 (s. 844)

rettsoppfatninger kan være vanskelig å dokumentere¹⁰⁹. Det kan ikke utelukkes at det vil kunne fastslås at det faktisk finnes en samisk sedvane for eierrettighetene til joik. Dersom det kunne fastslås en faktisk samisk sedvane blir spørsmålet om Norge er forpliktet etter ILO-169 til å endre norsk rett i samsvar med sedvanen.

Etter Høyesterett sin tolkning av ILO-169 artikkel 8 nr. 1 og nr. 2 i Rt. 2008 s. 1789 legger førstvoterende til grunn at " artikkel 8 nr. 1 generelt regulerer forhold mellom nasjonalstatens lovregler og et urfolks sedvaner, mens nasjonalstaten etter artikkel 8 nr. 2 skal respektere et urfolks skikker i det innbyrdes forholdet med mindre regulering er nødvendig for å sikre urfolket grunnleggende rettigheter¹¹⁰".

Første spørsmål blir om en samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik kan anses som et "innbyrdes forhold". Joik er en særegen kulturform som i all hovedsak er utbredt og aktiv hos den samiske befolkning. En samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik regulerer forholdet mellom skaperen og joikeobjektet. Det dreier seg dermed om en sedvane som gjelder internt hos den samiske befolkning, og ikke en sedvane som "gjelder urfolks forhold til det større samfunn¹¹¹". Det er heller ikke "tale om anvendelsen av lovregler som gjelder generelt i Norge¹¹²". Dette tilsier at sedvanen dreier seg om et "innbyrdes forhold", slik at den faller inn under ILO-169 nr. 8 nr. 2.

Artikkel 8 nr. 2 gir urfolk en "rett til å beholde" sine sedvaner der disse ikke strider mot "grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden". Spørsmålet er om en samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik strider mot en grunnleggende rettighet. Dette beror på om opphavsmannens enerett til åndsverket anses som en grunnleggende rettighet i norsk rett. Et av formålene til åndsverksloven er å oppmuntre til åndsproduksjon gjennom å tilby opphavsmannen et vern for deres frembringelse¹¹³. Opphavsmannens rett i sin frembringelse kan også forankres i alminnelige

¹⁰⁹ Hjertesukk om hjertestikk – noen refleksjoner i tilknytning til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008-1789 (Hjertestikk-saken), Tidsskrift for Strafferett 2009 s. 373 – 389 (s. 387)

¹¹⁰ Avsnitt 38

¹¹¹ Rt. 2001 s. 1116

¹¹² Rt. 2008 s. 1789 Avsnitt 40

¹¹³ Per Helset mfl., *Immateriellrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven*, Oslo 2009 s. 427

rettferdighetsbetraktninger, ettersom den som har skapt et verk, bør få høste fruktene av sin innsats¹¹⁴. Dette tilsier at opphavsmannens enerett til åndsverket anses som en grunnleggende rettighet i norsk rett. Dette medfører at en samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik ikke kan forankres i artikkel 8 nr. 2.

Spørsmålet blir da om artikkel 8 nr. 1 gjør Norge forpliktet til å endre norsk rett i samsvar med samisk sedvane. Av Høyesteretts behandling av artikkel 8 nr. 1 kan det utledes at sedvanen må være av særlig kvalitet og være klar i sitt innhold. Vekten av sedvanen vil bero på en konkret interesseavveining, men sentrale sedvaner i det samiske liv og kultur vil kunne ha større vekt enn sedvaner uten samme spredning eller fasthet i utøvelsen. I avveiningen må det også vurderes om det finnes alternative handlemåter som ivaretar muligheten for utøvelse av samisk kultur i samsvar med nasjonal rett.

Som nevnt er joiking er en sentral og viktig del av det samiske liv og kultur. En sedvane vedrørende eierforholdene til joik er dermed sentral i det samiske liv og kultur. Som redegjort for i pkt. 3.0 foreligger det et gjensidighetsforhold mellom den som joiker og referanseobjektet, som gjør at joiken får et særlig personlig preg. Dette tilsier at en samisk sedvane hvor den som joikes har visse rettigheter til sin egen personjoik, fremstår som en godt begrunnet sedvane.

På den annen side kan det argumenteres for at en slik løsning vil hindre produksjon av personjoiker, ettersom skaperen ikke får incentiv til å skape joik når han ikke får høste belønningen i form av opphavsretten til skapelsen. Det sakkyndige råd for åndsverk la i 1978 frem forslag om en spesiell bestemmelse for personjoiker, tilsvarende åndsverksloven § 45 c¹¹⁵. Etter denne bestemmelsen må fotografen få samtykke av den person som er avbildet, dersom fotografen ønsker å gjengi eller vise bildet offentlig. Bestemmelsen har således flere likhetstrekk med den samiske oppfatningen. Opphavsrettslovutvalget anbefalte heller at spørsmålet burde løses ved "at det innføres

¹¹⁴ Som redegjort for i pkt. 2.3

¹¹⁵ Birger Stuevold Lassen, "On Copyright in Saami Joiks" *Scandinavian Studies in Law Volume 38 s. 115-125* (s. 121 - 122)

personvernsregler [sic] for personjoikens vedkommende¹¹⁶". Forslaget ble ikke tatt inn i loven. Det kan argumenteres for at personvernreglene i norsk rett ivaretar de samme hensyn som begrunner den samiske sedvanen. Videre er opphavsrett et rettsområde preget av nordisk rettsenhet og internasjonal harmonisering som redegjort for i pkt. 2.2. En endring av norsk rett i samsvar med en samisk sedvane, ville således vært uheldig med hensyn til nordisk rettsenhet og målet om harmonisering av opphavsretten i Europa. Opphavsretten er klar i sitt innhold og begrunnet i blant annet i hensynet til kulturell produksjon. Ettersom opphavsmannen har mulighet for å overdra sin rett til joiken jf. åndsverksloven § 39, finnes det alternative handlemåter som ivaretar muligheten for utøvelse av samisk kultur i samsvar med nasjonal rett. Dette taler for at Norge ikke er forpliktet til å endre norsk rett etter ILO-169, dersom en samisk sedvane vedrørende eierforholdene til joik faktisk kan fastslås.

5.0 Forholdet mellom opphavsmannens råderett og personvernet

Som redegjort for i pkt. 3.7 er det skaperen av joiken som har eneretten til å utnytte joiken. For personjoik kan dette by på en konflikt mellom den råderett opphavsmannen har, og den rett til personvern joikeobjektet har.

I den samiske kulturen fungerer personjoiken som en identitetsmarkør for joikeobjektet, personen blir en del av joiken, og joiken en del av personen¹¹⁷. Musikken og teksten gir en detaljert og levende beskrivelse av karakteristikkene til denne personen¹¹⁸. I sin artikkel "On Copyright in Saami Joiks" uttaler Lassen at "there is little doubt that the public performance of a personal joik, without the consent of the person portrayed, may constitute a violation of unwritten law on the right of privacy". Det sakkyndige råd for åndsverk la i 1978 frem forslag om en spesiell bestemmelse for personjoiker, tilsvarende åndsverksloven § 45 c. Etter denne bestemmelsen må

¹¹⁶ Lovavdelingens uttalelser: Opphavsrett til og beskyttelse av samiske åndsverker - Spesielt joik. Doknr / publisert: JDLOV-1979-1929

¹¹⁷ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 148

¹¹⁸ Birger Stuevold Lassen, "On Copyright in Saami Joiks" *Scandinavian Studies in Law Volume 38 s. 115-125* (s. 119)

fotografen få samtykke av den person som er avbildet, dersom fotografen ønsker å gjengi eller vise bildet offentlig. Dette forslaget ble imidlertid ikke tatt inn i loven.

5.1 Hvilket vern har joikeobjektet etter norsk rett?

Utgangspunktet i åndsverkloven er at opphavsmannen har rett til å råde over verket på den måte han selv ønsker. Det finnes imidlertid noen unntak for bilder som avbilder personer. Etter § 39 j, kreves det samtykke fra bestilleren for at opphavsmannen kan utøve sine rettigheter til et bestilt portrettbilde, etter § 45 c, kreves det samtykke av den avbildede for fotografi som avbilder en person for gjengivelse eller offentlig visning av bildet.

Knoph skriver i "Åndsretten", om den dagjeldende bestemmelsen i fotografiloven av 1909 "om retten til det personlige billede", som tilsvarer dagens bestemmelser i åndsverksloven, at "Skjønt det her bare er uttalt med tanke på gjengivelse pr. fotografi, er De i hovedsaken helt almene, og får også betydning når det gjelder å legge bånd på opphavsretten til malerier etc. til fordel for den avbildede personlighet¹¹⁹". Uttalelsen er riktignok gammel, men de samme hensyn til vern for den avbildende gjelder den dag i dag. Det kan argumenteres for at dette prinsippet bør ha gyldighet etter norsk rett også i dag. Åndsverksloven § 45 c, er en videreføring av fotografilovens bestemmelse. Fotografilovens bestemmelse ble til i en tid da kamera ikke var allemannseie, og fotografi ble brukt i langt mindre grad enn nå. Hensynet til at den avbildede skal ha et vern mot bruk av bilde hvor han er avbildet, gjør seg dermed gjeldende i langt større grad nå enn da prinsippet ble utledet. Muligheten for misbruk av bilder, maleri og andre verk som "avbilder" en person som finnes i dagens samfunn, kan ikke sammenlignes med datidens situasjon.

I norsk rett finnes det et ulovfestet personvern utledet av rettspraksis. Gjennom lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) ble Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK) gjort gjeldende som norsk lov. Etter menneskerettsloven § 3 skal bestemmelsene i konvensjonene ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning. EMK artikkel 8

¹¹⁹ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 s. 180

fastsetter at enhver har rett til "respekt for sitt privatliv". Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) § 390 straffer den som krenker privatlivets fred, ved å gi offentlig meddelelse om personlige eller huslige forhold. Straffeloven §§ 246 og 247 straffer den som krenker en annen persons æresfølelse.

Det ulovfestede personvernet ble stadfestet i dommen Rt. 1952 s. 1217 To mistenkelige personer. Et filmselskap laget en film basert på dokumentarromanen "To mistenkelige personer" om et lensmannmord fra 1926 hvor to lensmenn ble drept, og lensmannsmordernes etterfølgende flukt. Den ene drapsmannen var nå blitt løslatt, etter å ha sonet sin straff, og hadde fått nytt navn, jobb, kone og barn. Han begjærte rettslig forbud mot fremvisning av filmen på grunnlag av at filmen var en krenkelse av personlighetens rettsvern og straffelovens §§ 246, 247 og 390.

Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta ikke stilling til om fremvisningen ble rammet av bestemmelsene i straffeloven, ettersom "det i norsk rett finnes et alminnelig rettsvern for personligheten¹²⁰", som ga saksøker vern til å motsette seg visningen av filmen. Om rekkevidden av vernet, uttalte Høyesterett at "det kan fastlås at dette vern går videre enn angitt i straffelovens §§ 246, 247 og 390 samt de under saken påberopte bestemmelser i åndsverksloven § 12 og fotografilovens §§ 3 og 6, og at de her nevnte lovsteder alene kan ansees som enkeltstående utslag av et alminnelig rettsvern for personligheten". De påberopte bestemmelsene i straffeloven hjemler straff for den som krenker en persons æresfølelse og privatliv. Bestemmelsene i åndsverksloven og fotografiloven, tilsvarer dagens bestemmelse i åndsverksloven § 45c, som krever samtykke av den avbildede ved bruk av slike bilder. I avgjørelsen ble det vist til betenkninger av Knoph, Arnholm og Andenæs. Retten trakk også inn fremmed rett, ettersom det ble vist til sveitsisk, dansk og amerikansk rett.

I ettertid har det kommet flere dommer fra Høyesterett, som bygget på det ulovfestede personvern fra To mistenkelige personer. Det ulovfestede personvern er således ikke utledet av en enkeltstående dom, men et prinsipp som er fulgt gjennom rettspraksis.

¹²⁰ Side 1219

Norge har gjennom menneskerettsloven gjort EMK til intern norsk rett. Dette medfører at straffelovens bestemmelser til vern om æresfølelsen og privatlivet må tolkes slik at innholdet blir i samsvar med EMK artikkel 8 som verner privatlivet mot artikkel 10 som verner ytringsfriheten.

I Rt. 2007 s. 687 Big-Brother dommen, tok Høyesterett stilling til om straffeloven § 390 var krenket som følge av at Se og Hør hadde publisert tre artikler om personlige forhold til to tidligere Big-Brother deltakere. Etter § 390 straffes den som krenker privatlivets fred. Dette medfører at det er krav om rettsstrid. Kravet til rettsstrid må skje på grunnlag av en "totalvurdering av formidlinga i lys av kontekst og situasjon, der omsynet til personvernet samtidig blir avvege mot ytringsfridommen¹²¹". Videre bekreftet Høyesterett at straffeloven § 390 måtte tolkes i samsvar med EMK artikkel 8 og 10. Høyesterett vurderte først om artiklene hadde opplysninger som gjaldt privatlivets fred, "med andre ord om det er tale om personlege opplysningar som objektivt sett har en viss grad av sensitivitet". Videre bekreftet Høyesterett at ekteskapelige forhold og samlivsforhold som utgangspunkt var personlige opplysninger. På spørsmålet om artiklene var "rettsstridige" ble Se og Hør artiklene vurdert, og Høyesterett uttalte at den første ga "eit lite flatterande bilde av B og A", og den andre artikkelen "etterlet dei også i eit uheldig lys". Deretter ble rettsstridskravet vurdert i samsvar med EMK artikkel 8 og 10. Høyesterett tok utgangspunkt i Von Hannover dommen, og uttalte at det sentrale i balansen mellom vern av privatlivet og vern av ytringsfriheten, var om "oppslaget gir eit tilskot til ein debatt av allmenn interesse¹²²". Gjennomgangen av Von Hannover viste at "personvernet står sterkt i høve til ytringsfridommen ved omtale av personar som ikkje har samfunnsfunksjonar¹²³". Høyesterett konkluderte med at artiklene ikke ga noe tilskudd til den offentlige debatt, og rettsstridvurderingen måtte falle ut til fordel for personvernet.

Personjoik karakteriseres ved at joiken representerer og symboliserer joikeobjektet, det vil si personen som joikes. Denne relasjonen mellom joiken og personen gjør at personjoiken vil kunne fungere som et musikalsk navn i samiske samfunn. Graff

¹²¹ Avsnitt 57

¹²² Avsnitt 72

¹²³ Avsnitt 74

beskriver dette slik "I et samfunn hvor joiken er levende, er det å få en joik ei slags navngiving¹²⁴". Tekstene i personjoik forteller nære og personlige opplysninger om personen som joikes, gjerne med innslag av uforskammethet, og ikke sjelden med uhøflighet¹²⁵. Melodiene kan også være tonemalende. Graff beskriver dette slik; "Tonemaleri vil si at referanseobjektet "beskrives" ved bruk av musikalske virkemidler¹²⁶". Man får musikken til å ligne på objektet. Ved fremførelser av personjoiker, vil joikeren også kunne etterligne de sider ved den som joikes¹²⁷. Personjoiker gir således svært personlige opplysninger om den joikede.

Dette er opplysninger som kan gi "lite flatterande" bilder av den som joikes, og kan "etterlet dei også i eit uheldig lys". Videre vil slike joiker ikke gi "tilskot til ein debatt av allmenn interesse". Dette taler for at opphavsmannens enerett til personjoiker må begrenses til fordel for personvernet til den som joikes. På den annen side finnes det ingen lovbestemmelser som direkte regulerer en slik slutning. Likevel vil opphavsmannens bruk av personjoik klart kunne være i strid med straffelovens bestemmelser tolket i samsvar med EMK art. 8 og art. 10. Konsekvensen blir dermed at opphavsmannens "enerett til å råde over" joiken, - dersom det ikke gis samtykke til slik bruk- må begrenses til fordel for personvernet til den som joikes.

5.2 Har døde joikeobjekt vern etter norsk rett?

For de joiker hvor den joikede er død, blir det spørsmål om det må tas samme hensyn til personvern. Ordlyden i straffeloven § 390 gir ingen veiledning i forhold til spørsmålet om vernet gjelder for døde personer. Imidlertid gjelder bestemmelsene som verner æreskrenkelser uttrykkelig avdødes minner jf. straffeloven § 252 jf. § 247. Ettersom det er samme hensyn som ligger bak bestemmelsene, kan det tale for at døde personer også har vern etter straffeloven § 390. Videre gir åndsverksloven § 45c, et vern for den avbildede i den avbildedes levetid og 15 år etter utløpet av hans dødsår.

¹²⁴ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 147 - 148

¹²⁵ Birger Stuevold Lassen, "On Copyright in Saami Joiks" *Scandinavian Studies in Law Volume 38 s. 115-125* (s. 119)

¹²⁶ Ola Graff, "Om kjæresten min vil jeg joike", Tromsø 2004 s. 153

¹²⁷ Se pkt. 3.3

Det finnes imidlertid ingen rettspraksis på området, så rettstilstanden er ikke klar. Men ved å sammenligne det hensynene som ligger bak bestemmelsene for avdøde i åndsverksloven § 45 c, og vernet mot æreskrenkelser for avdødes minner, taler det for at straffeloven § 390 bør forstås på samme måte, slik at døde personer også har et vern av privatlivet. Med en slik forståelse vil opphavsmannen til personjoiker måtte tåle en innskrenkning i hans "enerett til å råde over" joiken til fordel for personvernet til den avdøde som joikes.

6.0 Litteraturliste

Lovhenvisninger:

Lov 22. mai 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Lov 12 mai 1961 om opphavsrett til åndsverk m.v (åndsverksloven)

Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Utenlandske lover:

Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (1960:729)(upphovsrättslagen).

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 26 (1959-1960) Om lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp. nr. 54 (1994 – 1995) Om lov om endringer i åndsverksloven m.m

NOU 2007: 13 Den nye sameretten

Dommer:

Rt. 1952 s. 1217

Rt. 1962 s. 964

Rt. 1985 s. 883

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2001 s. 1116

Rt. 2007 s. 687

Rt. 2007 s. 1329

Rt. 2008 s. 1789

Utenlandske dommer:

NJA 2002 s. 178

Bøker:

Graff, Ola, *"Om kjæresten min vil jeg joike"* (Tromsø 2004)

Helset, Per mfl., *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven* (Oslo 2009)

Knoph, Ragnar, *Åndsretten* (Oslo 1936)

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett* (Oslo 2009)

Rosenmeier, Morten, *Ophavsretlig beskyttelse af musikværker* (København 1996)

Olsson, Henry, *Upphovsrättslagstiftningen – En kommentar* (Stockholm 1996)

Olsson, Henry, *Copyright* (Stockholm 2009)

Skogvang, Susann Funderud, *Samerett* (Tromsø 2009)

Stray Sijthoff, Anne Lise, *Opphavsretten* (Oslo 1989)

Konvensjoner:

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verker (Bernkonvensjonen)

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK)

ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ILO-169)

Vienna Convention on the Law of Treaties 23. Mai 1969 (Wienkonvensjonen)

Direktiv:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om vernetiden for opphavsrett og visse beslektede rettigheter

Artikler:

Gaski, Harald, "Joiken – samisk musikk i verden eller verdensmusikk", *Tradisjonell kunnskap og opphavsrett*, 2007 s. 95 – 122

Lassen, Birger Stuevold, "On Copyright in Saami Joiks", *Scandinavian Studies in Law Volume 38*, 1999 s. 115-125

Skoghøy, Jens Edvin, "Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1994, s. 837 – 882

Skogvang, Susann Funderud, "Hjertesukk om hjertestikk – noen refleksjoner i tilknytning til Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2008-1789 (Hjertestikk-saken)", *Tidsskrift for Strafferett* 2009 s. 373 - 389

Internett:

<http://www.nrk.no/sapmi/debatterer-joikesamlingen-til-tromso-museum-1.12250333> (10.04.15)

<http://www.nrk.no/sapmi/joik-gjemmes-bort-i-arkiver-1.11962909> (10.04.15)

<http://nordnorskdebatt.no/article/joik-kollektivt-andsverk> (10.04.15)

<https://snl.no/joik> (13.03.15)

http://www.nrk.no/sapmi/_samiid-aednan_-til-retten-1.7925141 (26.04.15)

<http://www.nrk.no/sapmi/joikere-redd-for-plagiering-1.7917995> (09.04.15)

<http://www.nrk.no/sapmi/joikevinneren-beskyldes-for-plagiat-1.12296180> (23.04.15)

Annet:

Lovavdelingens uttalelser: Opphavsrett til og beskyttelse av samiske åndsverker - Spesielt joik. Doknr / publisert: JDLOV-1979-1929