

Straffeloven § 135a

Ytringsfrihet? Ytringsansvar?



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 623
Leveringsfrist: 25.11.2012

Til sammen 17980 ord

18.11.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens struktur og problemstilling	1
1.2	Menneskerettighetenes stilling i norsk rett	2
<u>2</u>	<u>AKTUELLE LOVBESTEMMELSER</u>	<u>4</u>
2.1	Ytringsfrihet	4
2.1.1	EMK art. 10	4
2.1.2	SP art. 19	7
2.1.3	Grunnloven §100	7
2.2	Rasediskrimineringsvern	11
2.2.1	RDK	11
2.2.2	EMK art. 14	12
2.2.3	SP art. 20 og art. 26	13
2.2.4	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)	14
2.2.5	Straffeloven §135a	15
2.2.5.1	Oversikt	15
2.2.5.2	Krav til fremsettelsesmåten	16
2.2.5.3	Den vernede krets	17
2.2.5.4	Diskriminerende eller hatefull ytring	18
2.2.5.5	Skyldkravet	20
2.2.5.6	Medvirkning	21
2.3	Annen lovgivning	21
2.3.1	Blasfemi	21
2.3.2	Ærekrenkelser	23
2.3.3	Strl §390a	23
<u>3</u>	<u>HISTORISK UTVIKLING</u>	<u>24</u>
3.1	Kjuus	24

3.2	Boot Boys	25
3.3	Rasediskrimineringskomiteens uttalelse 15. august 2005 om vernet mot rasistiske ytringer etter straffeloven § 135a	27
3.4	Rt 2007.1807	30
3.5	NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern	31
3.6	Rt 2012.536	32
3.7	Oppsummering/konklusjon og veien videre	33
4	<u>RETTSPOLITISKE OG FILOSOFISKE VURDERINGER</u>	<u>34</u>
4.1	Nærmere om argumentene for ytringsfrihet	34
4.1.1	Analyse av argumentene	34
4.1.2	Demokratiargumentet - Habermas og "the public sphere"	36
4.1.3	Sannhetsargumentet – J.S.Mill om frihet	40
4.2	Menneskerettsaspektet	41
4.2.1	Demokratisk konstitusjonalisme vs internasjonal konstitusjonalisme	41
4.2.2	Individuelle vs kollektive rettigheter	43
4.2.3	Hierarkiske eller likeverdige menneskerettigheter?	45
4.2.4	Levende menneskerettigheter	46
4.3	Strafferettsaspektet	47
4.3.1	Formålet med straff – hva ønsker vi å oppnå	47
4.4	Oppsummering og diskusjon	49
4.4.1	Radikal sannhetssøken	49
4.4.2	"Bedre enn" – en avvisning av verdi- og kulturel relativisme	51
4.4.3	Vurdering av strl §135a i lys av ytringsfrihetens begrunnelser	52
4.5	Konklusjon	58
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>59</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens struktur og problemstilling

En hovedproblemstilling med denne oppgaven blir å vise hvordan norsk rett påvirkes av og utvikler seg i samspill med internasjonale menneskerettigheter og særlig felleseuropeisk rettsutvikling. Jeg vil fokusere på det jeg oppfatter som kjerneinnholdet i straffeloven (heretter strl) §135a. Det blir en grundig gjennomgang av kjerneområdet og lettere behandling av de mer perifere aspektene av bestemmelsen. Eksempelvis foretar jeg ingen nærmere gjennomgang av strl §135a bokstav c, som omfatter diskriminering på grunnlag av homofil legning, leveform eller orientering.

Jeg har valgt å dele oppgaven inn i tre hoveddeler. Først kommer en gjennomgang av aktuelle lovbestemmelser; bestemmelser som søker å verne mot diskriminerende ytringer på den ene side og bestemmelser til vern om ytringsfriheten på den annen. Neste del vil forsøke å vise hvordan strl §135a har gjennomgått en utvikling av hvordan den forstås av domstolene. Dette belyses godt av uttalelser i forarbeider og en gjennomgang av rettspraksis, særlig de to sentrale avgjørelsene Rt 2002.1618 Boot Boys og Rt 1997.1821 Kjuus. Konklusjonene fra denne delen av oppgaven leder over til siste del der jeg vil prøve å si noe om hvordan utviklingen videre kan ventes å gå, hvilke konsekvenser det vil føre til og om det eventuelt er mulig å endre dagens utvikling.

Det er to hovedhensyn som er førende i utviklingen av strl §135a, og begge hensyn er forankret i menneskerettighetene. Det første gjelder ytringsfrihet og det andre et vern mot diskriminering. Den juridiske avveiningen mellom disse hensynene gjenspeiles i strl §135a. Som det fremgår er §135a en straffebestemmelse, diskriminerende ytringer er søkt bekjempet med trussel om straff. Dette gjør det nødvendig å si noe om strafferett

generelt og om dette er en hensiktsmessig måte å bekjempe rasisme og diskriminerende uttalelser på. Denne diskursen kommer jeg tilbake til i siste del.

Jeg har allerede nevnt at begge de to hovedhensynene er forankret i menneskerettighetene. Jeg vil derfor allerede nå si noe ganske kort om forholdet mellom norsk rett og menneskerett.

1.2 Menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Forholdet mellom et lands interne rett og folkeretten har tradisjonelt kunnet klassifiseres som hhv. dualisme og monisme. Etter det dualistiske system kreves det en særskilt gjennomføringsakt for at en ratifisert traktat kan anvendes direkte i intern rett. Etter det monistiske system anses en ratifisert traktat som en integrert del av den interne retten.¹ Norge har i utgangspunktet et dualistisk system, bare de (ratifiserte) konvensjoner Stortinget gjennomfører som norsk rett får internrettslig virkning. Fra dette utgangspunktet er det nå flere unntak som på viktige områder modifierer det klare skillet mellom monisme og dualisme.

For det første gjelder for folkerett generelt et presumsjonsprinsipp. Dersom flere ulike tolkninger av en norsk lov er mulig, men bare den ene er i overensstemmelse med folkeretten, skal rettsanvenderen legge til grunn den tolkningen som samsvarer med folkeretten.² Det må presiseres at dette ikke modifierer trinnhøydeprinsippet (lex superior) og ved klare tilfeller av motstrid som ikke lar seg bortfortolke må man falle tilbake til det dualistiske utgangspunktet og gi den norske regel forrang. Det var en tid et krav om at den folkerettslige regel måtte ”fremtre som tilstrekkelig klar og entydig” for at den skulle gis forrang fremfor en nasjonal regel, jf. ”Bølgepappkjennelsen”.³ Med

¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) pkt. 8.2

² NOU 1993:18 s. 70

³ Rt 1994 610

den enstemmige plenumsavgjørelsen i Rt 2000.996 blir "klarhetsprinsippet" forlatt og erstattet med "rimelig klart".

Ved lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) ble den europeiske menneskerettskonvensjon (heretter EMK) med tilleggsprotokoller, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (heretter ØSK) og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter SP) med protokoller inkorporert som norsk lov. Etter samme lovs §3 skal de nevnte menneskerettskonvensjoner ved motstrid gå foran annen lovgivning. Dette gir menneskerettighetene i Norge en status som på mange måter havner i en mellomstilling mellom grunnlov og lov, jf. lex superior-prinsippet. Dette inntrykket forsterkes av Grunnloven (heretter Grl) §110c som ikke har selvstendig betydning men ved sin status slår fast menneskerettighetenes særlige viktighet. Grl §110c har også betydning for menneskerettigheter som ikke er nevnt i menneskerettsloven og gir presumsjonsprinsippet ekstra tyngde i slike tilfeller.

2 Aktuelle lovbestemmelser

2.1 Ytringsfrihet

2.1.1 EMK art. 10

Ytringsfrihet er vernet i FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, EMK art. 10, SP art. 19 og Norges grunnlov §100. Njål Høstmælingen viser til en tredelt begrunnelse, der det viktigste er demokratihensynet.⁴ Ytringsfrihet anses som en nødvendig forutsetning for et velfungerende demokrati. Det andre argumentet er hensynet til sannhet, det hviler på en antagelse om at ytringsfrihet er nødvendig for å kunne skille mellom sanne og usanne ytringer. Dette har klare paralleller til den vitenskapelige metode, teorier måles på hvor godt de tåler kritikk. Dersom mothensyn ikke tillates hørt øker det sjansene for at usannheter ikke blir korrigert. Det tredje argument går på hensynet til enkeltmennesket, å fritt kunne ytre seg er en naturlig del av det å være menneske og antas å ha positive virkninger for selvutvikling og velferd. Den europeiske menneskerettsdomstol (heretter EMD) uttaler seg slik i Handyside-saken:

”The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles of characterising a ”democratic society”. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.”⁵

EMK art. 10 er inndelt i to ledd der det i første ledd sies at ”enhver har rett til ytringsfrihet” mens det i annet ledd gis hjemmel for begrensninger i denne retten på nærmere vilkår. EMK art. 10(2) følger samme mønster som EMK art. 8-11 der stort sett

⁴ Høstmælingen (2003) s. 249

⁵ Handyside v UK

de samme vilkår går igjen og vurderingstemaet er det samme, nemlig å balansere samfunnets interesser mot individets interesser.

Ytringsfrihet tilkommer som nevnt ”enhver”. Videre omfattes ”frihet til å ha meninger” og å ”motta og meddele” disse uten inngrep av offentlig myndighet. Det stilles ikke krav til innhold eller form, i utgangspunktet kan ytringer ha et hvilket som helst innhold og er ikke begrenset til skriftlig eller muntlig overlevering. Symbolbruk og andre ekspressive handlinger er også vernet. Ytringsfrihet innebærer både fravær av forutgående sensur (formell ytringsfrihet) og etterfølgende kontroll (materieell ytringsfrihet). Det kan også pålegge statene en positiv plikt til å sikre reell ytringsfrihet, Høstmælingen nevner for eksempel en plikt til å sikre aviser den samme faktiske tilgang på avisepapir.⁶ Ytringsfrihet er også en rett til å ikke ytre seg.

Annet ledd omhandler tilfeller som kan tilsi en begrensning av første ledd ut fra en oppfatning av at ytringsfriheten ”medfører plikter og ansvar”. Inngrep kan bare skje dersom tre vilkår er oppfylt: Inngrepet må være foreskrevet i lov, det må søke å nå et av flere opplistede formål og inngrepet må være ”nødvendig i et demokratisk samfunn”. Det siste knytter seg til en proporsjonalitetsvurdering der individets interesser veies mot samfunnets behov og er som regel det vilkåret som er avgjørende i rettspraksis. Om inngrepshjemmelen er foreskrevet ved lov er som regel enkelt å fastslå. Videre er de opplistede formål ganske vage og vide i sin ordlyd noe som sjelden gjør det vanskelig å argumentere for at inngrepet er i tråd med angitte formål. De hensyn som kan slå inn overfor ytringsfriheten er; hensyn til nasjonal sikkerhet, territorial integritet eller offentlig trygghet, forebygge uorden eller kriminalitet, beskytte helse eller moral, verne andres omdømme, verne andres rettigheter, fortrolige opplysninger, bevare domstolens autoritet og upartiskhet.

Jeg kommenterer bare et par av disse som har størst relevans for oppgavens tema. Forebygging av uorden eller kriminalitet kan være aktuelt der ytringene oppfordrer til lovbrudd eller fremprovoserer voldelige handlinger. Ytringer som oppfordrer til vold kan også rammes av formålet om å beskytte helse. Det samme gjelder ytringer til fordel

⁶ Høstmælingen (2003) s. 251

for eller reklame for helseskadelige stoffer. Når det gjelder beskyttelse av moral er det som regel ytringer av seksuell karakter som rammes, men her ligger en vid skjønnsadgang for statene til å gjøre unntak da nær sagt alle sider av samfunnet kan reguleres av ”moral”. Vern om andres omdømme er typisk snakk om å beskytte ære eller profesjonalitet, som eksempel på det første kan nevnes Lingens-dommen⁷ der journalist og redaktør Lingens beskrev forbundskansler Kreisky i sterke ord. Lingens ble i Østerrike dømt for ærekrenkelse, EMD kom til at dette var et inngrep i ytringsfriheten som oppfylte lovskravet og formålet om å verne andres omdømme men fant ikke nødvendighetskravet oppfylt. Pressens rolle i demokratiet ble fremhevet og at politikere må tåle sterkere omtale og kritikk enn privatpersoner. Som eksempel på det andre (profesjonalitet) kan Barfod-saken⁸ tjene til illustrasjon. Barfod omtalte en dom i en skattesak på en måte som antydte at dommerne hadde vært upartiske og ble dømt for ærekrenkelser av dommerne for dette. EMD fant lovskravet og formålet å beskytte andres omdømme oppfylt, her kunne også formålet å verne domstolenes autoritet vært brukt. Under nødvendighetsvurderingen ble det lagt vekt på at anklagene var unødig injurierende - Barfods kritikk kunne ha vært fremmet mot dommen i stedet for dommerne. Krenkelse forelå følgelig ikke. Ytringsfriheten kan også begrenses av hensyn til andres rettigheter hvilket også omfatter rettigheter i andre menneskerettighetskonvensjoner. Et godt eksempel her er Jersild-saken⁹. Saken gjaldt en TV-reporter som hadde laget et innslag om en rasistisk gruppe i Danmark. I innslaget kom rasistene (”grønjakkerne”) med flere uttalelser av rasistisk karakter, reporteren og noen av grønjakkerne ble dømt for uttalelsene og formidlingen av disse. Lovskravet og formålet å beskytte andres rettigheter var legitimt; nok en gang gjaldt vurderingen om dette var et nødvendig inngrep i et demokratisk samfunn. Under dissens fant EMD at domfellelsen ikke oppfylte nødvendighetskravet. Ytringene var grove, TV var et virkningsfullt medium, journalisten hadde selv tatt initiativ til intervjuene og Rasediskrimineringskonvensjonen (heretter RDK) tilsa en streng vurdering. På den annen side la EMD vekt på at reporteren hadde forsøkt å balansere ytringene og

⁷ Lingens v Austria

⁸ Barfod v Denmark

⁹ Jersild v Denmark

programmet var beregnet på en ”opplyst seergruppe”¹⁰. Det ble ansett å ha samfunnsmessig betydning for seerne å vite at det eksisterte slike holdninger blant en del av befolkningen. Det ble derimot ikke ansett tvilsomt at grønjakkernes ytringer i seg selv ikke var beskyttet av ytringsfriheten.

2.1.2 SP art. 19

Bestemmelsen SP art. 19 har samme anvendelsesområde som EMK art. 10 men har litt forskjellig språklig utforming. Blant annet presiseres det mer inngående hva ytringsfriheten omfatter i SP, mens det etter EMK gis en mer detaljert opprømsing av formål som kan legitimere en begrensning av ytringsfriheten. Om dette uttaler Høyesterett kort og greit: ”Jeg kan ikke se at denne konvensjonen gir ytringsfriheten et annet eller sterkere vern enn EMK.”¹¹ Grovt sett er det store likheter i de interesser og rettigheter som nevnes i EMK og SP/ØSK med den forskjell for Norge og andre land som er omfattet av EMK at denne ofte i praksis gir et sterkere eller mer tilgjengelig vern. Jeg anser det derfor unødvendig å foreta noen nærmere utredning av bestemmelser etter SP der disse i hovedsak tilsvares av bestemmelser i EMK.

2.1.3 Grunnloven §100

Grl §100 har de siste år vært utsatt for debatt og endring, både av materiell art og ren språklig endring. Endringene ble vedtatt på bakgrunn av Ytringsfrihetskommisjonens arbeid, og det sies følgende i mandatet:

”Samfunnet er i dag preget av en rivende utvikling på områder som har betydning for ytringsfriheten. [...] Mer nærkontakt med mennesker fra andre kulturer aktualiserer på sin side

¹⁰ Høstmølingen (2003) s. 258

¹¹ Rt 1997 1821 s. 1830

behov og kan gi kime til konflikter - konflikter der ytringsfrihetens funksjon og ytringsfrihetens begrensning blir viktige problemstillinger.”¹²

Videre uttales det:

”Tradisjonelt har det vært skilt mellom retten til selv å fremsette ytringer - den formelle ytringsfrihet - på den ene side, og retten til å søke, motta, oppbevare, bearbeide og formidle ytringer - informasjonsfriheten - på den annen side. Dagens norske grunnlov verner direkte bare den formelle ytringsfrihet. Medieutviklingen har gjort informasjonsfriheten mer sentral også som objekt for grunnlovsværn. Det bør derfor vurderes om, og i hvilken utstrekning, informasjonsfriheten bør vernes av grunnloven.”

Denne delen av ytringsfriheten (offentlighetsprinsippet) behandles ikke videre her, derimot sies det videre: ”Det bør vurderes nærmere om og i tilfelle i hvilken grad grunnlovsværnet skal omfatte [...] diskriminerende utsagn.” Og:

”Et sentralt punkt i utredningen vil være den nærmere avgrensning av grunnlovsværnet i forhold til andre grunnleggende rettigheter og verdier. Dagens grunnlovsbestemmelse har vært kritisert for å gi for stor frihet til å innskrenke ytringsfriheten i så måte. Det må derfor være et sentralt punkt i kommisjonens arbeid å foreta en prinsipiell drøftelse av de interesser som kan komme i strid med denne friheten, og foreta en avveining av disse interessene i forhold til ytrings- og informasjonsfriheten.”

Det legges også vekt på å se den norske bestemmelsen i tråd med det internasjonale regelverket Norge er bundet av. Kommisjonen sier at ytringsfrihet er et moderne begrep som hører med i samfunnsutviklingen fra opplysningstiden og fremover, ”[...] knyttet til den vitenskapelige rasjonalitet, til et begrep om individuelle rettigheter og til en samfunnsform der man skiller mellom en offentlig og en privat sfære.”¹³ Det trekkes også frem de tre velkjente hovedhensyn; sannhetsprinsippet, demokratiprinsippet og autonomiprinsippet. Disse er allerede nevnt under behandlingen av EMK art. 10 og det vil også bli grundigere gjennomgått i oppgavens punkt 4.1. Når det gjelder viktigheten av ytringsfrihet trekker kommisjonen frem et skille mellom et ”grunnfjell” som andre lover ikke kan gjøre innhugg i, og deler av ytringsfriheten som begrunnes kontekstuellet som må være gjenstand for avveining mot andre interesser.¹⁴ Kommisjonen viser til en uttalelse fra Sunday Times-dommen for EMD for å understreke ytringsfrihetens

¹² NOU 1999:27 pkt 1.2

¹³ Ibid. pkt 2.2

¹⁴ Ibid. pkt 2.2.4

fundamentale karakter: ”The Court is faced not with the choice between two conflicting principles, but with the principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted.”¹⁵

Ytringsfrihetskommisjonen så for seg endringer også i strl §135a under arbeidet med Grl §100, så det er naturlig å se både bestemmelsene og forarbeidene i sammenheng. Motsetningsforholdet mellom disse interessene blir her veldig tydelig og man finner åpenbart kontrasterende uttalelser. For eksempel uttales det i Innst.S.nr.270 (2003-2004):

”Ytringsfrihetskommisjonen foreslår « en revisjon » av straffeloven §135a. Forslagene går i retning av å utvide ytringsfriheten på dette området. Revisjonen fremstår som en nødvendig følge av at kommisjonens grunnlovsforslag vedtas. I NOU 2002:12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering er det også fremsatt forslag til endringer av straffeloven §135a, stort sett med sikte på å skjerpe det vernet bestemmelsen gir mot rasistiske og andre hatefulle ytringer.”¹⁶

Kontroll- og konstitusjonskomiteens flertall konkluderer til fordel for diskrimineringsvern og vektlegger kravet i RDK om at Norge har forpliktet seg til å ha et lovforankret vern mot rasisme og at begge grupper av rettigheter nyter menneskerettslig vern. Flertallet uttaler ”[...] at det i utgangspunktet fortsatt bør være slik at diskriminerende holdninger så langt det er mulig bør bekjempes ved at de uønskede holdningene kommer til uttrykk offentlig og imøtegås.”, men påpeker også at det kan være et misforhold i styrke mellom dem som kommer til uttrykk i samfunnsdebatten og dem som rammes av ytringene og at disse ofte har liten reell adgang til offentligheten. Flertallet uttaler også at ”[...] terskelen for hva som kan regnes som kvalifisert krenkende uttalelser i rettspraksis kan synes noe høy.” I motsetning til uttalelsene fra Ytringsfrihetskommisjonen går derfor departementet og stortingskomiteen inn for en styrking av vernet etter strl §135a på bekostning av Grl §100. I denne sammenheng kan det være viktig å peke på at de sentrale elementene i Grl §100 og strl §135a ikke er endret, men at formuleringer i forarbeider klart synes å forutsette at domstolene skal endre praksis på bakgrunn av disse og den kritikk som har

¹⁵ Sunday Times v Storbritannia

¹⁶ Innst.S.nr.270 (2003-2004) pkt. 4.5

kommet mot den tidligere rettsstilstand, særlig etter Boot Boys-dommen. Mer om dette omtales under kapittel 3.

Det fremgår av GrL §100(2) at ytringer er opplysninger, ideer eller budskap. Det skilles mellom en privat og en offentlig sfære. Det er primært ytringer i den offentlige sfære som er søkt regulert i andre lovparagrafer. Videre skilles det mellom rene ytringer og handlinger, men det er klart at enkelte handlinger også kan regnes som ytringer. Det er tilfelle der handlinger uttrykker et klart meningsinnhold.¹⁷ Det er tilfelle for film, teater, kunst og andre kulturelle uttrykk samt ekspressive handlinger i form av hårfrisyre, hodeplagg og klesdrakt i den grad de uttrykker et meningsinnhold.

Når det gjelder tolkning av ytringer ser vi den samme kontrasten illustrert i Boot Boys-dommen (punkt 3.2) der det avgjørende var om man skulle bruke en tekstuell eller kontekstuell fortolkning av ytringene. Dette kan ses som om man skal legge vekt på hva avsenderen har ment å uttrykke, hvordan det oppfattes for mottakeren eller hva en alminnelig tilhører vil legge i det uttrykte. Hvordan man velger å se på dette vil kunne variere fra rettsområde til rettsområde, for eksempel vil legalitetsprinsippet være et viktig moment på strafferettens område. Benedikte Moltumyr Høgberg hevder det er mottakerens umiddelbare forståelse som er Høyesteretts utgangspunkt, likevel med hensyn til konteksten.¹⁸ Om dette uttaler Høyesterett selv i Rt 2012.536: ”Det avgjørende for tolkningen er hvordan den alminnelige tilhører vil oppfatte utsagnet ut fra den sammenheng det er fremsatt, jf. Rt-1997-1821 på side 1826 og Rt-2002-1618.”

Grunnloven skiller mellom politiske (”Statsstyrelsen”) og ikke-politiske ytringer. Det samme skillet er ikke like klart uttrykt i EMK art. 10, men de samme vurderingskriterier ligger til grunn der vernet er sterkere for politiske ytringer. I forarbeidene til ny grl §100 uttrykkes det et ønske om å styrke vernet om politiske ytringer.¹⁹ I forhold til ytringer som kan true rikets sikkerhet er vernet utvidet etter amerikansk modell. Det uttales om dette: ”Kommissjonen mener at inngrep begrunnet i rikets indre sikkerhet lar seg

¹⁷ Høgberg (2006) s. 466

¹⁸ Ibid. s. 467

¹⁹ Innst.S.nr.270 (2003-2004) pkt. 4.1

forsvare når « en aktuell, ikke imaginær, fare truer ». [...] « clear and present danger » [...] kriteriet er hentet fra amerikansk rett.”. Inngrep i ytringsfriheten må ha lovhjemmel, det må dreie seg om ”særlig tungtveiende hensyn” og disse må i tillegg veies mot hensynene bak ytringsfriheten. Til tross for ulik ordlyd blir avveiningsvurderingen etter Grl §100 langt på vei lik som etter EMK art. 10.

2.2 Rasediskrimineringsvern

2.2.1 RDK

Rasediskriminering har gått igjen i historien og tiltak for å forhindre rasediskriminering har stått høyt på den internasjonale dagsorden. FNs konvensjon mot rasediskriminering, heretter RDK, ble vedtatt av FNs generalforsamling 21. desember 1965 og trådte i kraft 4. januar 1969.²⁰ Konvensjonens art. 1 første ledd gir definisjonen på rasediskriminering og lyder:

Art 1. 1. I denne konvensjon menes med uttrykket « rasediskriminering », enhver forskjellsbehandling, utestengning, begrensning eller begunstiging på grunn av rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse som har som formål eller virkning å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, på like vilkår, innenfor det politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle området, eller innenfor andre områder av det offentlige liv.

Derimot er ikke diskriminering på grunnlag av statsborgerskap med (se annet ledd), og positiv diskriminering (”affirmative action”) er tillatt jf. fjerde ledd. Art. 2 stiller krav til konvensjonspartene om å avskaffe rasediskriminering og lyder:

Art 2. 1. Konvensjonspartene fordømmer rasediskriminering og forplikter seg til, uten opphold og med alle egnede midler, å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for rasediskriminering og øke forståelsen mellom alle raser, og for dette formål[...]

Nærmere presisering av partenes plikter listes opp i litra a-e.

²⁰ Høstmælingen (2003) s. 49

Likhet og ikke-diskriminering er hjørnesteiner i FNs byggverk.²¹ Det går igjen fra FN-paktens fortale, artiklene 1 nr 3, 13 nr 1(b) og 55(c), Verdenserklæringen, SP og en rekke særlige konvensjoner. Grove former for diskriminering er i strid med ufravikelig folkerettslig sedvanerett og gjelder således også for stater som ikke har sluttet seg til menneskerettighetskonvensjonene. Når det gjelder rasediskriminering er det likevel RDK som er den sentrale konvensjon. En grunn til at det finnes så mange konvensjoner og bestemmelser på feltet er at det er varierende tilslutning om de forskjellige konvensjoner og omfanget av reservasjoner varierer også stort. Tilgjengelige virkemidler og forpliktelser er også ofte forskjellige.

Med hjemmel i RDK art. 8 er det opprettet en komité til bekjempelse av rasediskriminering, FNs rasediskrimineringskomité (heretter CERD). Komitéen teller 18 personer og dens arbeid består i rapportbehandling (art. 9), statsklage (art. 11-13) og individklage (art. 14).

2.2.2 EMK art. 14

Definisjonen av diskriminering i EMK art. 14 er snevrere enn etter RDK og lyder:

Art 14. Forbud mot diskriminering

Utøvelsen av de rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon skal bli sikret uten diskriminering på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status.

Som det fremgår er bestemmelsen begrenset til å gjelde ”denne konvensjon”, altså EMK. Av denne grunn og fordi Norge er bundet også av RDK og SP art. 20 har EMK art. 14 sjelden blitt særlig drøftet i rettspraksis. I Kjuus-kjennelsen vurderer Høyesterett om EMK art. 14 kan medføre begrensninger i samme konvensjons art. 10²², mens det i

²¹ Høstmølingen (2003) s. 131

²² Rt 1997 1821 s. 1828

Boot Boys-dommen kun kort konkluderes at det ikke følger noen plikt etter EMK for Norge å forby rasediskriminerende ytringer²³.

2.2.3 SP art. 20 og art. 26

Begrensningene i ytringsfriheten etter SP går litt lenger enn EMK. Foruten tilsvarende begrensninger som etter EMK art. 10 har SP i art. 20 ytterligere to begrensninger. Disse krever sågar at visse ytringer skal forbys ved lov, det gjelder krigspropaganda og fremme av ”nasjonalhat, rasehat eller religiøst hat som innebærer tilskyndelse til diskriminering, fiendskap eller vold”. Dette har en parallell i RDK og må anses oppfylt for Norges vedkommende med den seneste endring av straffelov og grunnlov. I forarbeidene til ny strl §135a ble det nettopp drøftet om Norge i tilstrekkelig grad ville oppfylle sine internasjonale forpliktelser. Mot plikten til å straffebelegge ytringer som nevnt i RDK art. 4 og SP art. 20 ble det trukket frem hensynet til blant annet ytringsfriheten under det såkalte ”due regard”-begrepet. Departementet anså dagjeldende praksis å være i tråd med denne ”behørige hensyntagen” når det gjelder statenes gjennomføring, men ønsket likevel å utvide vernet i strl §135a.²⁴ Se nærmere om ”due regard”-begrepet under punkt 3.3.

Art. 26 er et uttrykk for en sentral likhetstanke i menneskerettssystemet og lyder:

Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling og sikre alle likeverdige og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på noe slikt grunnlag som rase, hudfarge, kjønn, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller stilling forøvrig.

I motsetning til bestemmelsen etter EMK er ikke SP begrenset til konvensjonens egne bestemmelser. Prinsippet om likhet og ikke-diskriminering er også nedfelt i FN's Verdenserklæring av 1948, jf. art. 2 og 7.

²³ Rt 2002 1618 s. 1624

²⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 180

2.2.4 Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Diskrimineringsloven trådte i kraft fra 1. januar 2006 og gjorde med det RDK til norsk lov ved inkorporasjon, jf. §2. Bakgrunnen for loven oppgis i forarbeidene å være bred dokumentasjon av diskriminering og rasisme overfor personer med minoritetsbakgrunn, samt kritikk av det norske rasediskrimineringsvernet av internasjonale overvåkningsorganer, herunder CERD.²⁵ Det uttales at det kulturelle og religiøse mangfold er kommet for å bli, og at dette må anerkjennes og vises respekt. Parallelt med diskrimineringsloven ble arbeidsområdet for Likestillings- og diskrimineringsombudet utvidet til å også omfatte tilsyn med diskrimineringsloven og RDK, jf. diskrimineringsombudsloven §1. Forarbeidene påpeker at ordet "rase" ikke forekommer i lovgivningen fordi det mangler vitenskapelig belegg for slike teorier og fordi begrepet er belastet. Det uttales også at loven oppfyller EUs krav til vern mot diskriminering: "[...] regjeringen legger til grunn at Norge bør ha rettsstandarder som minst er på høyde med diskrimineringsvernet i EU."²⁶

Etter lovens §4 er direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn forbudt.

²⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 9

²⁶ Ibid. s. 10

2.2.5 Straffeloven §135a

2.2.5.1 Oversikt

Strl §135a ble innført i norsk rett i 1970 for å oppfylle kravene oppstilt i RDK. Bestemmelsen ble ansett nødvendig, og også tilstrekkelig, for å oppfylle Norges forpliktelser etter RDK. RDK ble ratifisert uten forbehold umiddelbart etter at strl §135a trådte i kraft.²⁷

Som det fremgår er bekjempelse av rasediskriminering ansett å være særlig viktig. Lovgivning er bare en side av et bredt satsningsområde; opplysningsarbeid, holdningskampanjer og økonomiske tiltak er andre midler som blir brukt for å bekjempe rasisme og diskriminering. Det finnes bestemmelser mot diskriminering i et bredt spekter av lovområder, formålet er likevel et mest mulig helhetlig diskrimineringsvern. På det strafferettslige område har vi to paragrafer, strl §§135a og 349a. I tillegg kan nevnes strl §292 som sier at rasistisk motivert skadeverk som hovedregel skal anses å være grovt. Det at §135a er en straffebestemmelse reiser særlige tolkningsspørsmål og krav til bevis.

Gjeldende lovtekst lyder:

§135a. Den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring, straffes med bøter eller fengsel inntil 3 år. Likt med en offentlig fremsatt ytring, jf. §7 nr. 2, regnes en ytring når den er satt frem slik at den er egnet til å nå et større antall personer. Som ytring regnes også bruk av symboler. Medvirkning straffes på samme måte.

Med diskriminerende eller hatefull ytring menes det å true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av deres

- a) hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse,
- b) religion eller livssyn, eller
- c) homofile legning, leveform eller orientering.

²⁷ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 52

2.2.5.2 Krav til fremsettelsesmåten

Det som rammes av straffebudet er ”offentlig fremsatt ytring”. Hva som ligger i ”offentlig” belyses i legaldefinisjonen i strl §7 nr 2 som opererer med tre alternativer. For det første anses en handling offentlig ”naar den er forøvet ved Udgivelse af trykt Skrift”. Det sentrale ved ”trykt skrift” er mangfoldiggjøringen jf. strl §10. Kravet til ”udgivelse” innebærer at mangfoldiggjøring i seg selv ikke er nok, det kreves også en viss spredning av eksemplaret. Dette modifiseres likevel av lovteksten i strl §135a som likestiller med offentlig fremsatt ytring det at den er ”egnet til å nå et større antall personer”, hvilket tilsier at allerede mangfoldiggjøringen etter omstendighetene kan være tilstrekkelig.

Det andre alternativ gjør handling offentlig når den er gjort ”i Overvær af et større Antal Personer”. Det stilles her ikke krav til hvor eller på hvilken måte handlingen er forøvet, det avgjørende kriterie ligger i hva som forstås som ”et større antall personer” og at disse har overvært, dvs overhørt i forbindelse med ytringer, hva som har blitt sagt. Som et utgangspunkt kreves en 15-20 personer for å utgjøre et slikt antall.²⁸

Tredje alternativ regner som offentlig handling når den er foretatt ”under saadanne Omstændigheder, at den let kunde iagttages fra et offentligt Sted og er iagttaget af nogen der eller i Nærheden værende”. Dette alternativet knytter seg til stedet handlingen blir gjort og krever også at noen faktisk har iaktatt dette, men uten noe krav til antall, hvilket rent språklig vil tilsi at det er tilstrekkelig at én annen person har iaktatt handlingen.

Strl §135a første ledd sett i sammenheng gjør det klart at det avgjørende er at ytringen er fremsatt offentlig i motsetning til privat, og at ytringene når et større antall personer. Holgersenutvalget foreslo å fjerne et slikt skille mellom en offentlig sfære og privatsfæren²⁹, men dette fikk ikke gehør hos departementet som uttalte:

²⁸ NOU 2002:12 s. 207

²⁹ Ibid. s. 208

”Straffeloven § 135 a bør ikke ramme ytringer som fremsettes i rent private sammenhenger, dersom ytringen ikke oppfattes av andre og heller ikke er egnet til det. Innenfor privatsfæren - for eksempel under en fortrolig samtale mellom venner eller i et privat selskap - må hensynet til ytringsfriheten tillegges større vekt enn hensynet til allmennhetens interesse i å unngå diskriminerende ytringer. Men straffelovens regler om ærekrenkelser vil kunne få anvendelse også her.”³⁰

Det var derimot enighet om å utvide anvendelsesområdet for det tilfelle at ytring fremsatt i privat sammenheng rent faktisk blir spredd til et større antall personer eller gjentas i privat sammenheng så ofte at det kan sies å være en spredning til et større antall personer.³¹

2.2.5.3 Den vernede krets

Lovteksten beskytter ”noen”, hvilket kan være både en enkelt person og en større gruppe. Rent språklig er det her ingen øvre grense for hva slags og hvor stor gruppe som er vernet, men av forarbeider og rettspraksis kommer det frem at det er minoritetsgrupper som er målgruppen. Hva som til enhver tid utgjør en minoritet kan undertiden være vanskelig å avgjøre; det som utgjør en nasjonal minoritet kan på samme tid være en majoritet både i lokalsamfunnet og i verdenssamfunnet. Utslagsgivende får vel være om det i det konkrete tilfelle og i nedslagsfeltet for ytringen kan sies å ramme en minoritet.

I bestemmelsens annet ledd litra a-c listes de grupper som er vernet. Litra a er det tilfelle det knytter seg mest rettspraksis til, det gjelder ”hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse” og er grunnlaget for at paragrafen ofte omtales som rasismeparagrafen.

Litra b som beskytter religion eller livssyn har hatt liten praktisk betydning. Det skyldes for det første at ytringsfriheten i stor grad har tillatt religionskritikk også når denne er egnet til å krenke. For det annet er det skjæringspunkter mot strl §142 den såkalte

³⁰ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 187

³¹ Ibid. s. 188

blasfemiparagrafen. Dette er en "sovende" paragraf, tiltale skjer bare når det kreves av allmenne hensyn.

Litra c beskytter homofil legning, leveform eller orientering og har også hatt lite rettspraksis så langt. Litra c behandles ikke videre her.

Det kan nevnes at når ny straffelov trer i kraft med videreføring av dagens strl §135a under ny §185 vil det også være et litra d som beskytter nedsatt funksjonsevne.

2.2.5.4 Diskriminerende eller hatefull ytring

Det som rammes av bestemmelsen er "diskriminerende eller hatefull ytring" som igjen defineres i annet ledd som "det å true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av deres [hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse, religion eller livssyn, eller homofile legning, leveform eller orientering]."

Det opereres med tre handlingsalternativer "true", "forhåne" og "fremme hat, forfølgelse eller ringeakt" uten at det i forarbeider, teori eller rettspraksis blir trukket noe skarpt skille mellom disse. Uttrykket "utsette for" er erstattet med "fremme" og blir i forarbeidene begrunnet med at det vil bidra til "å redusere oppmerksomheten om ytringens eventuelle skadevirkninger, som ikke er noe vilkår for straff."³²

Sentralt i tolkningen av hva som faller inn under begrepet "diskriminerende eller hatefull ytring" nevner forarbeider, teori og rettspraksis at det må tas særlig hensyn til ytringsfriheten. Det er bare *kvalifisert krenkende* uttalelser som rammes. I Boot Boysdommen (se punkt 3.2) uttaler førstvoterende:

"Etter plenumskjennelsen[Kjuus] finner jeg det ikke lenger nødvendig å foreta en separat fortolking av § 135a - den må uten videre anvendes med de begrensningene som følger av Grunnloven § 100. Jeg legger videre til grunn at § 135a - slik forstått - bare rammer ytringer av

³² Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 215

kvalifisert krenkende karakter. Utsagn som oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkelser, vil kunne være av en slik karakter. Et annet moment vil være om utsagnene innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd. Negative utsagn og meningsytringer av typen « Norge for nordmenn » vil på den annen side være vernet av ytringsfriheten. Det er ikke noe krav om at utsagnene skal ha utsatt noen for skade, jf. plenumskjennelsen fra 1997 på side 1828.”³³

Det blir med dette klart at innholdsvurderingen av ytringer ikke kan gjøres kun etter strl §135a, det må stadig vurderes opp mot hensynet til ytringsfriheten.

Det er likevel mulig å si noe generelt om grensedragningen og Riksadvokaten legger vekt på fire momenter.³⁴ Det første gjelder et skille mellom rene meningsytringer og mer direkte oppfordringer til handling. Å gi uttrykk for noe er noe mindre enn å utsette for (nå: ”fremme”) og vil ikke så lett rammes. Dersom ytringene tillegger en gruppe negative egenskaper vil det virke skjerpene i vurderingen. Likevel er det her et krav om at egenskapene er noe mer konkretisert, da mer generelle uttalelser som ”Norge for nordmenn” ikke rammes av bestemmelsen. Et annet moment går på om det dreier seg om en hetspreget kampanje. Vurderingspunkter kan være hyppighet og omfang av ytringer, tidsaspekt og form. Et tredje moment gjelder faktiske eller potensielle skadevirkninger. Jo større fare for skadevirkninger jo lettere vil ytringer kunne rammes, men det er ikke noe krav om at ytringer skal ha noe skadepotensiale i seg selv. Det fjerde moment går på ytringenes sannhet. Generelt vil sannhet utvide området for beskyttelse under ytringsfriheten.

I forarbeidene til den siste endringen i strl §135a sies det at tidligere rettspraksis fortsatt vil ha betydning for tolkningen men at det må ses i lys av forarbeidene til ny grunnlovsbestemmelse om ytringsfrihet (St.meld.nr.26 (2003-2004) og Innst.S.nr.270 (2003-2004)) . Det påpekes at det også bør legges mer vekt på kontekst enn etter dagens rettspraksis.³⁵ Med det siste ønsker lovgiver en endring av kurs i tråd med den kritikk som kom etter Boot Boys-dommen der flertallet uttrykte skepsis mot bruk av utvidende tolkning på strafferettens område ut fra sammenhengen. Det uttales i dommen:

³³ Rt 2002 1618

³⁴ Riksadvokatens publikasjoner nr 2/2004 s. 6

³⁵ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 215

”Jeg finner det for min del klart at rettssikkerhetshensyn, særlig hensynet til forutberegnelighet, tilsier forsiktighet med utvidende tolking ut fra sammenhengen. I forhold til straffbare ytringer må poenget være at man bare kan straffes for det man har uttalt, ikke hva man kunne tenkes å ha uttalt. Det følger etter mitt syn også av hensynet til ytringsfriheten at ingen bør kunne risikere strafferettslig ansvar ved at utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt og heller ikke med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen.”³⁶

Sentralt i forskjellen mellom flertallets og mindretallets syn var nettopp i hvilken grad det burde bli lagt vekt på kontekst. Det er derfor nærliggende å anta at rettstilstanden på dette punkt nå er endret. Ellers er utgangspunktet en normal språkforståelse, med vekt på hvordan det vil oppfattes for en alminnelig tilhører. Symbolbruk er også nevnt eksplisitt og likestilles slik med tradisjonelle ytringer, i tillegg kan man tenke seg at ytringer og symboler i kombinasjon lettere vil kunne rammes. Den øvrige sammenheng vil også være relevant.

2.2.5.5 Skyldkravet

Skyldkravet er utvidet fra forsett til også å omfatte grov uaktsomhet.³⁷ Dette er ment å styrke det vernet bestemmelsen skal gi blant annet ved å gjøre bevisvurderingen enklere. Samtidig er strafferammen hevet fra 2 til 3 år. Hva som ligger i forsett og grov uaktsomhet reguleres nå av straffeloven 2005 hhv. §§22 og 23. Det antas i forarbeidene at dette ikke vil medføre noen vesentlig utvidelse av anvendelsesområdet, det uttales:

”Det skal imidlertid mye til før det foreligger grov uaktsomhet i lovens forstand, og det er neppe grunn til å tro at endringen vil innebære noen vesentlig begrensning i den enkeltes ytringsfrihet. Forslaget må for øvrig ses i sammenheng med at en ikke foreslår noen senking av terskelen i ordlyden i §135 a for hvilke ytringer som innholdsmessig sett rammes av bestemmelsen...”³⁸

Hva gjelder bevisvurderingen blir denne enklere ved at mindre fokus må rettes på gjerningspersonens tanker ved handlingstidspunktet til et større fokus på handlingen i seg selv. Det må dreie seg om sterkt klanderverdig atferd. Rettsvillfarelse med hensyn

³⁶ Rt 2002 1618

³⁷ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) s. 215

³⁸ Ibid. s. 188

til ytringens art er kun straffriende der den er unnskyldelig, jf. strl §57. Riksadvokaten nevner at dette for strl §135as tilfelle neppe er særlig praktisk.³⁹

2.2.5.6 Medvirkning

Strl §135a har eget medvirkningstillegg: ”Medvirkning straffes på samme måte.” Slik medvirkning kan tenkes på flere måter, sentralt er at medvirkerens handling også må rammes av skyldkravet – dvs. grov uaktsomhet eller forsett. Typisk kan medvirkning dreie seg om videreformidling av et budskap gjennom journalistisk virksomhet. Det er sparsomt med rettspraksis som omhandler medvirkning i Norge men Jersild-saken⁴⁰ fra Danmark kan tjene som illustrasjon. Saken er omtalt tidligere under punkt 2.1.1 om EMK art. 10. I balanseoppgangen mellom ytringsfrihet og strl §135a gis det et vidt rom for journalistisk omtale og virksomhet, men det kan tenkes grove tilfeller der det er åpenbart at journalisten eller redaktøren er primært opptatt av å videreformidle et budskap som sådan fremfor å belyse det nøytralt som del av en samfunnsdebatt. Også andre former for medvirkning kan tenkes, det kan for eksempel dreie seg om økonomisk understøttelse eller mer praktisk bistand som å spre løpesedler eller lignende.

2.3 Annen lovgivning

2.3.1 Blasfemi

Strl § 142 omtales som blasfemiparagrafen og retter seg mot den som krenker eller viser ringeakt overfor religion eller trosbekjennelse som er lovlig her i riket. Mens strl §135a verner om personer retter strl §142 seg mot direkte religionskritikk. Den regnes gjerne

³⁹ Riksadvokatens publikasjoner nr 2/2004 s. 8

⁴⁰ Jersild v Denmark

som en ”sovende paragraf” da det kun blir reist tiltale der allmenne hensyn krever det, jf. annet ledd. Det er sparsomt med rettspraksis nettopp av denne grunn, det reises sjelden tiltale. Veid mot hensynene bak ytringsfriheten kreves det også langt mer for å straffe ytringer som bare retter seg mot en religion som sådan og ikke et individ eller gruppe av personer. Mange av vurderingskriteriene er likevel de samme og en ikke ubetydelig gruppe i samfunnsdebatten argumenterer for viktigheten av en blasfemiparagraf. Lovbestemmelsen er nevnt i Løpeseddeldommen der tiltalte ble dømt etter strl §135a, mens det ikke ble reist tiltale for strl §142 for den del som gjaldt religionskritikk mot Islam.⁴¹

I arbeidet med ny grl §100 uttalte stortingskomiteens flertall et ønske om å beholde blasfemiparagrafen med samme innhold. Det uttales at ”det er ingen menneskerett å krenke eller håne andres religiøse følelsesliv.”⁴² Og videre:

”Det er viktig for disse medlemmer å påpeke at enkeltpersoners religiøse tro kan være forbundet med dype følelser og være avgjørende for identitet og egenverd. Når religionen hånes, kan det oppleves av troende som et angrep på deres dypeste identitet. Slike ytringer bidrar etter disse medlemmers oppfatning ikke til oppfyllelse av de prinsipper som ytringsfriheten er ment å verne.”

Det erkjennes at bestemmelsen ikke har vært i bruk i nyere tid men flertallet fremhever at den er en viktig ”etisk referanseramme” og at den beskytter den troende, ikke troen alene. Komiteens mindretall er uenig i det siste og mener at for eksempel strl §135a og bestemmelsene om ærekrenkelser vil være egnet til å fange opp det som rammer individet, mens det ikke lenger er noe behov for å beskytte religion som sådan. Det uttales også:

”Det vi trenger er ikke en innskjerping av reaksjoner og sanksjoner mot påstått blasfemi, men derimot en mer omfattende og opplyst religionskritikk i full offentlighet. [...] Disse medlemmer vil understreke at retten til å kritisere er en grunnleggende forutsetning for et åpent samfunn. Historien viser at kritikk av utslag av religioner har vært et sentralt virkemiddel for å sikre kvinnefrigjøring og likestilling. Blasfemibeskyldninger har i stor utstrekning vært benyttet i undertrykkende hensikt.”

⁴¹ Rt 1981 1305

⁴² Innst.S.nr.270 (2003-2004) pkt. 4.4.1

Med vedtagelsen av ny grl §100 må flertallets synspunkt legges til grunn for at strl §142 kan begrense ytringsfriheten. Hvor langt denne begrensningen rekker er det vanskelig å si noe om i mangel på rettspraksis, men at paragrafen kan få ny aktuell betydning er ikke en veldig fjern tanke når man ser på nasjonale og internasjonale tendenser, for eksempel kontroversen rundt Muhammed-karikaturene.

2.3.2 Ærekrenkelses

Bestemmelser mot ærekrenkelses finnes i strl kap. 23. Oppgaven tillater ingen behandling av dette, men det er viktig å kjenne til at det finnes bestemmelser med samme anvendelsesområde som strl §135a. For tilfeller av hets som ikke rammes av §135a kan det fort rammes av disse bestemmelser dog med de begrensninger som måtte finnes i strafferamme og av prosessuell art.

2.3.3 Strl §390a

Mens §135a tar sikte på å verne samfunnet som helhet mot spredning av rasisme gjennom offentlig fremsatte ytringer, er §390a en bestemmelse som verner den enkeltes fred. Bestemmelsen er nevnt i Rt 2012.536 der den ankende var domfelt for både overtredelse av strl §135a og §390a. Anken til lagmannsrett ble bare tillatt fremmet for §135as tilfelle som i sin tur ble forkastet av Høyesterett. Dommen omtales kort under punkt 3.6.

3 Historisk utvikling

3.1 Kjuus

Rt 1997.1821 Kjuus-kjennelsen gjaldt tiltale for brudd på strl §135a ved uttalelser av rasistisk art i et partiprogram. Tiltalte ble domfelt under dissens 12-5 i plenum.

Førstvoterende slår først fast med henvisning til forarbeidene at det bare er ytringer av kvalifisert krenkende karakter som vil bli rammet og at norsk lovgivning ble ansett å tilfredsstille kravene for å tiltre RDK uten endringer. Hun går så over til å tolke utsagnene i partiprogrammet for å se om de rammes av ordlyden i strl §135a. Hun konstaterer at utsagnene gir uttrykk for sterk ringeakt, det er liten tvil om at det siktes til den mørkhudete del av befolkningen og det slås fast at dette er en ”utsatt befolkningsgruppe som klart har behov for vern.” Domfeltes anførsler om at de diskriminerende utsagn må ha ført til påviselige skadevirkninger førte ikke frem. Førstvoterende går så over til å vurdere forholdet til ytringsfriheten og om dette fører til en innsnevring av anvendelsesområdet for strl §135a i dette tilfellet. Det vises til rettspraksis for EMD (særlig Jersild mot Danmark⁴³) og det konkluderes at ”[r]asediskriminerende uttalelser anses å bare ha et svakt vern mot statlige inngrep.” SP art. 19 antas å ikke gi noe annet eller sterkere vern enn det som gis etter EMK i denne sammenheng. Om forholdet til Grl §100 pekes det på at forarbeidene til strl §135a er påfallende tause om forholdet til Grl §100. Flertallet finner på bakgrunn av rettspraksis at ”§ 135a i seg selv ikke er i strid med grunnlovsbestemmelsen, men at den må ”tolkes og anvendes med Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor”,[...]”. Det skal nærmere bestemt foretas en avveining.

⁴³ Jersild v Denmark

Ved denne konkrete avveining finner førstvoterende og flertallet at utsagnene i partiprogrammet er av kvalifisert krenkende art. Det legges stor vekt på den betydning vern mot rasediskriminering er gitt i det internasjonale samfunn mens det at utsagnene fremkommer i et politisk program ikke er avgjørende for straffbarheten.

Mindretallet er enig i fremgangsmåten ved avgjørelsen, tolkningen av strl §135 og at utsagnene isolert sett rammes av ordlyden. Uenigheten gjelder forholdet til ytringsfriheten og annenvoterende uttaler:

”Når jeg er kommet til et annet resultat, er det fordi jeg vektlegger Grunnlovens bestemmelse om politisk ytringsfrihet - retten til frimodige ytringer om statsstyrelsen som det heter i Grunnloven § 100 - annerledes enn hun gjør. Jeg har her også et noe annet syn på betydningen av at de uttalelsene saken gjelder, fremkommer i et partiprogram.”

Det trekkes også frem det forhold at tolkningen gjelder tyngden av en grunnlovsbestemmelse veid mot vanlig lov, jf. lex superior-prinsippet. Det vektlegges at dette særlig gjelder ”jo mer man nærmer seg bestemmelsens sentrale innhold”. Etter mindretallets mening må det gis større vekt at utsagnene fremkommer i et partiprogram enn det flertallet gjør og hensynet til ”den demokratiske styreform” trekkes særskilt frem. Mindretallet er enig med forsvarerens anførsel om at strafflegging av uttalelsene er jevngodt med å forby partiet og viser til at organisering av politiske partier er beskyttet av forfatningen. Både flertall og mindretall trekker frem reelle hensyn når det gjelder hensiktsmessigheten av å straffbelegge uttalelser. På den ene side hevdes det at trussel om straff kan være egnet til å bekjempe rasisme, mens det på den annen side kan føre til at meninger ”går under jorden” og vokser i det skjulte. Flertallet gir eksplisitt uttrykk for at dette er en vurdering lovgiver står fritt til å ta mens mindretallet legger vekt på Høyesteretts konstitusjonelle rolle som på ytringsfrihetens sentrale område tilsier en sterk domstolskontroll også av hensiktsmessigheten av vanlige lover.

3.2 Boot Boys

Rt 2002.1618 Boot Boys, eller Sjølie-dommen gjaldt en leder av den nynazistiske gruppen Boot Boys som etter en ulovlig demonstrasjon i Askim bl.a. ble satt under

tiltale for overtredelse av strl §135a. For forholdet ble han frifunnet i byretten men dømt i lagmannsretten for deler av sine utsagn. Nærmere bestemt ble han dømt for den del av utsagnene som gjaldt jøder, men frifunnet for den del som gjaldt innvandrere ellers. Domfelte anket til Høyesterett som besluttet saken behandlet i plenum. I avgjørelsen ble tiltalte frifunnet for forholdet til §135a, dommen ble avsagt under dissens 11-6.

Førstvoterende tar utgangspunkt i en tolkning av utsagnene. På bakgrunn av avgjørelsen i Kjuus-kjennelsen rammes bare ytringer av kvalifisert krenkende karakter av §135a. Når det gjelder forholdet til Norges folkerettslige plikter på området uttaler førstvoterende følgende på side 1624:

”Riksadvokaten har gjort gjeldende at vår sak dreier seg om menneskerett mot menneskerett, og at å unnlate å straffe rasistiske ytringer kan innebære et brudd på våre folkerettslige forpliktelser. Jeg kan for min del vanskelig se at disse forpliktelsene går lenger enn hva som følger av § 135a - forstått i lys av Grunnloven § 100.”

Det vises for øvrig til samme konklusjon i Kjuus-kjennelsen, samt at denne ved klage til EMD ble avvist. Når det gjelder forholdet til RDK som pålegger statene å straffebelegge rasediskriminerende ytringer trekkes reservasjonen i artikkel 4 frem. Denne tolkes slik at det må foretas en avveining mellom ytringsfriheten og forpliktelsene etter artikkel 4 bokstav a.

Ved den konkrete vurdering av utsagnene slår førstvoterende fast at: ”Utgangspunktet må således være hvordan den alminnelige leser eller tilhører vil oppfatte utsagnet.” og

”Jeg finner det for min del klart at rettssikkerhetshensyn, særlig hensynet til forutberegnelighet, tilsier forsiktighet med utvidende tolking ut fra sammenhengen. I forhold til straffbare ytringer må poenget være at man bare kan straffes for det man har uttalt, ikke hva man kunne tenkes å ha uttalt. Det følger etter mitt syn også av hensynet til ytringsfriheten at ingen bør kunne risikere strafferettslig ansvar ved at utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt og heller ikke med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen.”

Mindretallet er langt på vei enig i prinsippene for denne tolkningen men legger tilsynelatende mer vekt på konteksten og uttaler:

”Men på den annen side kan det heller ikke være holdbart å foreta en ren ordfortolkning, som ut fra situasjonen gir et helt annet meningsinnhold enn det tilhørerne vil legge i utsagnene sett under ett. Kravet til forsett gir den som fremsetter ytringen, det nødvendige vern mot å bli

straffet på grunnlag av et annet meningsinnhold enn hva han har ansett som en naturlig forståelse for tilhørerne.”

Både flertall og mindretall ser på utsagnene som gjelder henholdsvis jøder og innvandrere separat. Førstvoterende finner utsagnene mot begge grupper krenkende, men ikke av slik kvalifisert art at de rammes av §135a. Avgjørende er at utsagnene ses som en generell tilslutning til nazismen og en ”Norge for nordmenn”-holdning, ikke en konkret tilslutning eller oppfordring til drap eller grove integritetskrenkelser for noen av gruppene. Konklusjonen lyder på frifinnelse. Mindretallet antar derimot at utsagnene måtte oppfattes som ”en godkjennelse av og tilslutning til de massive overgrep som jødene ble utsatt for [...]” og at domfelte var klar over at utsagnene ville bli oppfattet slik. Dette innebærer en overtredelse av §135a og straffbarhetsbetingelsene anses oppfylt. Når det gjelder utsagnene overfor innvandrere, foretar mindretallet en redegjørelse av forholdet mellom ytringsfrihet og rasediskrimineringsvern i EMD-praksis og finner at rasediskriminerende ytringer nyter et beskjedent vern. Det trekkes også sammenligninger med forholdet i Kjuus-kjennelsen der faktum befant seg helt i kjerneområdet for ytringer beskyttet av Grl §100, ytringer fremsatt i et partiprogram. Mindretallet uttaler i den forbindelse: ”Dette er en grunnleggende forskjell i forhold til vår sak, hvor appellen ble fremsatt på vegne av en gruppe som ikke engang selv definerer seg som en politisk organisasjon.” Når mindretallet likevel for denne del av utsagnene velger å frifinne er det fordi utsagnene ”må kunne sies å være en del av den alminnelige samfunnsdebatten.”

3.3 Rasediskrimineringskomiteens uttalelse 15. august 2005 om vernet mot rasistiske ytringer etter straffeloven § 135a

Etter avsigelsen av Boot Boys-dommen i 2002 kom det flere reaksjoner. De mosaiske trossamfunn i Oslo og Trondheim og Antirasistisk senter m.fl. klaget Norge inn for FNs rasediskrimineringskomité med den begrunnelse at strl §135a ikke ga den beskyttelse mot rasediskriminering som RDK art 4 og art 6 forutsetter. I sin uttalelse av 15. august

2005 kom CERD til at måten strl §135a ble tolket på i norsk rett var konvensjonsstridig.⁴⁴

CERD var ikke enig med flertallet i Boot Boys-dommen hvordan talen skulle forstås, komiteen la vekt på koblingen mot Hitler og at dette måtte ses som ideer basert på raseoverlegenhet og rasehat. Komiteen vurderte så forholdet til ytringsfriheten, men så ikke dette som en hindring. Det ble lagt avgjørende vekt på at diskriminerende ytringer nyter et beskjedent vern i andre internasjonale organer. Det ble også lagt vekt på komiteens egen generelle anbefaling nr. 15, som sier at forbudet mot alle ideer basert på rasemessig overlegenhet eller rasehat er forenlig med retten til menings- og ytringsfrihet.⁴⁵

Ved avveiningen mellom RDK og hensynet til ytringsfriheten i Boot Boys-dommen la Høyesterett Kyrre Eggens forståelse av ”due regard”-begrepet i NOU 2002:12 til grunn. I RDK art. 4 kreves det at rasehat skal bekjempes med straff, men at det skal ”[...] tas behørig hensyn til prinsippene nedfelt i Verdenserklæringen om menneskerettighetene og de rettigheter som er uttrykkelig fastslått i artikkel 5 i denne konvensjon [...]”. ”Behørig hensyn” tilsvarer uttrykket ”due regard” i den engelske teksten. Eggens uttalelse om denne begrensning, og med Høyesteretts tilslutning i Boot Boys-dommen skal forstås

”[...] slik at statene må foreta en avveining mellom ytringsfriheten og forpliktelsene etter artikkel 4 bokstav a, og at dette syn åpenbart må være det rette. Det er særlig rene meningsytringer det er problematisk å kriminalisere i forhold til ytringsfriheten. Sammenfatningsvis antas det at statene har plikt til å kriminalisere ytringer som på krenkende vis gir uttrykk for ideer om rasehat, ytringer som oppfordrer til diskriminering, og ytringer som oppfordrer til vold mot bestemte raser eller etniske grupper. Staten har derimot neppe plikt til å forby meningsytringer som gir uttrykk for ideer om rasemessig overlegenhet, jf. utredningen side 190.”

Høyesterett anså Sjølies uttalelser for å være en generell tilslutning til nazismen, ikke en oppfordring til rasisme eller vold og at dette kvalifiserte til ”due regard” og gikk klar av RDK art. 4. CERD avviser denne forståelsen:

⁴⁴ CERDs uttalelse av 15. august 2005 pkt. 11

⁴⁵ CERD. General Recommendation 15 (1993)

”Komiteen slutter at Sjølies uttalelser, gitt at de var av særdeles/åpenbart nedsettende karakter, ikke er beskyttet av klausulen om behørig hensyntagen, og at Høyesteretts frikjennelse av Sjølie derfor forårsaket en overtredelse av konvensjonens artikkel 4 og dermed også artikkel 6.”

Konklusjonen må bli at statene har plikt til å straffbelegge ytringer av rasistisk karakter uavhengig av om de oppfordrer til vold eller til integritetskrenkninger så fremt de kan sies å være av slik åpenbar nedsettende karakter.⁴⁶

Strl §135a ble forutsatt å oppfylle Norges forpliktelser etter RDK, og CERDs uttalelser vil derfor være sentrale rettskilder i tolkningen. Førstvoterende uttalte i *Boot Boys-dommen*: ”Som jeg har vært inne på tidligere, er imidlertid RDK artikkel 4 forutsatt gjennomført i norsk rett gjennom vedtakelsen av straffeloven § 135a. Det underbygger at bestemmelsen må tolkes i samsvar med konvensjonen.”⁴⁷ Jf. RDK art 14 har Norge gitt CERD myndighet til å gi uttalelser på bakgrunn av klager fra enkeltpersoner eller grupper av enkeltpersoner mot Norge. I forarbeidene til diskrimineringsloven uttales det:

”FNs rasediskrimineringskomité (CERD) fører tilsyn med at konvensjonen etterlevs. Konvensjonens artikkel 9 gir komiteen kompetanse til å behandle rapporter fra statene om hvilke tiltak som er truffet for å oppfylle konvensjonens krav. Etter konvensjonens artikkel 14 kan komiteen behandle klager fra enkeltindivider som mener seg utsatt for konvensjonsbrudd, dersom statene har godkjent komiteens kompetanse til å behandle slike klager. Norge har akseptert den individuelle klageretten. CERD har ikke kompetanse til å komme med folkerettslig bindende uttalelser, slik som Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har. Konvensjonsstatene er derfor ikke rettslig forpliktet til å handle i overensstemmelse med komiteens uttalelser. Det er likevel klart at komiteens uttalelser eller avgjørelser har stor moralsk og politisk kraft, og at det kan være en politisk belastning for statene å unnlate å følge komiteens synspunkter.”⁴⁸

I CERDs uttalelse viser klagerne også til den tredje rapporten om Norge fra Den europeiske kommisjon mot rasisme og intoleranse (ECRI), datert 27. juni 2003. Her påpekte ECRI at norsk lov ikke ga enkeltmennesker tilstrekkelig vern mot rasistiske ytringer, særlig sett i lys av Høyesteretts dom i *Boot Boys-saken*. ECRI anbefalte Norge

⁴⁶ Elgesem (2005) s. 395

⁴⁷ Rt 2002 1618 s. 1625

⁴⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 52

å styrke vernet mot rasistiske ytringer gjennom relevante endringer i Grunnloven og straffeloven.⁴⁹

Delvis parallelt med og delvis på grunn av CERDs uttalelse har både Grl §100 og strl §135a blitt endret etter Boot Boys-dommen. Videre har RDK ved diskrimineringsloven blitt inkorporert som norsk lov, skjønt uten forrangstillegg. Utvalget i NOU 2002:12 (Holgersenutvalget) foreslo å inkorporere RDK i menneskerettsloven med forrang, men fikk ikke gjennomslag for det.⁵⁰ Når det gjelder uttalelsen i forarbeidene til diskrimineringsloven omtalt ovenfor om at CERDs uttalelser har stor moralsk og politisk kraft kan det nå tilføyes også stor juridisk kraft. Hvordan CERD tolker RDK blir en sentral rettskildefaktor for norske domstoler.

3.4 Rt 2007.1807

Lederen av organisasjonen Vigrid hadde i intervju og senere publisering i avisen VG kommet med uttalelser av krenkende karakter overfor jøder og innvandrere.

I saken ble lagmannsrettens frifinnende dom for overtredelse av strl §135a opphevet for feil lovanvendelse. I den påankede dom fra lagmannsretten var han frifunnet under henvisning til at uttalelsene ikke var av slik kvalifisert krenkende karakter som kreves for domfellelse hensett til Grl §100. Høyesterett i avdeling bygger på de to tidligere refererte plenumsdommene og saken har likhetspunkter med begge. I likhet med Kjuus-kjennelsen var uttalelsene av kvalifisert krenkende art ved at de direkte ga tilslutning til grove integritetskrenkelser, men i motsetning til tilfellet i Kjuus var de ikke avgitt i forbindelse med et partiprogram. Dommen er avsagt i 2007, mens uttalelsene til VG skal ha skjedd i 2003. Om forholdet til CERDs uttalelse i mellomtiden uttaler Høyesterett:

”Jeg finner ikke grunn til å kommentere nærmere den rettskildemessige betydningen av uttalelsen av 15. august 2005 fra Komiteen for avskaffelse av rasediskriminering, da jeg er

⁴⁹ CERDs uttalelse av 15. august 2005 pkt. 5.5

⁵⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 203

kommet til at de rammer for anvendelsen av straffeloven § 135a som er trukket opp i Rt-2002-1618, må føre til at betingelsene for å straffedømme i dette tilfelle er til stede.”

Dommen er enstemmig.

3.5 NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern

”Formålet med diskrimineringslovutvalgets utredning har vært å samle vernet mot diskriminering i én lov, og å sørge for et mer helhetlig og derigjennom styrket diskrimineringsvern i norsk lovgivning.”⁵¹

Bakgrunnen for utvalget var som det fremgår å skape et mer helhetlig vern men også å styrke dette. Det blir også lagt vekt på den symboleffekten det vil ha. Det foreslås at det blir nevnt i tillegg til mer tradisjonelle diskrimineringsgrunnlag en ”sekkebestemmelse” for å fange opp usaklig forskjellsbehandling som lyder «andre liknende vesentlige forhold ved en person». ⁵² Utvalgets flertall går også inn for en grunnlovsfesting av diskrimineringsvernet der det særlig legges vekt på symbolfunksjonen, men også som en skranke for den alminnelige lovgivning i urolige tider som måtte komme, som for eksempel med økte krav til terrorbekjempelse. Foruten den styrking som måtte komme med diskrimineringsloven er ikke en grunnlovsfesting tenkt å gi utvidete materielle rettigheter. ⁵³ Det diskuteres også om en grunnlovsfesting og med det en båndlegging av folkestyret innebærer en uønsket rettsliggjøring. Det avvises likevel med at en styrking av individet tvert i mot er en styrking av folkestyret. ”Det som forsterkes, er et samfunn av frie og selvstendige borgere.” Om symbolverdien sies det også: ”En grunnlovsbestemmelse vil også være en sentral tolkningsfaktor i rettsanvendelsen. Det vil gi prinsippet en større gjennomslagskraft i rettslig og politisk argumentasjon.”⁵⁴ Videre diskuteres det ”[...] hvor myndigheten til å foreta avveining mellom sentrale rettsprinsipper bør ligge – i politiske organer eller domstoler, i nasjonale organer eller overnasjonale.” og det konkluderes med at ”[d]et er ikke like opplagt at domstolene

⁵¹ NOU 2009:14 s.7

⁵² Ibid. s.10

⁵³ Ibid. s. 378

⁵⁴ Ibid. s. 380

også bør ha muligheten til å overprøve lovgiveren når det gjelder realisering og balansering av rettighetene.”⁵⁵ Det vises til den grundige behandling et lovforslag får gjennom høringer og en åpen politisk prosess. I sum vil grunnlovsfesting innebære en klar styrking av diskrimineringsvernet.

3.6 Rt 2012.536

Saksforholdet i Rt 2012.536 gjaldt en beruset mann som hadde fremsatt sjikanøse beskyldninger overfor en dørvakt på et utested. Høyesterett bedømmer uttalelsene som ”en klar nedvurdering av fornærmede ut fra hans hudfarge.” og at strl §135a kommer til anvendelse. Høyesterett refererer til tidligere rettspraksis og vektlegger også signaler og lovendringer i kjølvannet av Boot Boys-dommen. Det står slik i dommen:

”Både i forarbeidene til den nye bestemmelsen i Grunnloven § 100 og til endringene i straffeloven § 135a i 2005, er det forutsatt at straffbarhetsterskelen ved rasehets i alminnelighet skal ligge noe lavere enn det som ble lagt til grunn i Rt-2002-1618. Som jeg straks skal komme tilbake til, taler mye for at terskelen for å kunne anvende straff på den rene sjikane av diskriminerende karakter ligger enda lavere, selv om det i rettspraksis generelt sett er etablert en rommelig margin for smakløse ytringer.”

På bakgrunn av dette

”[...] må det etter min oppfatning legges til grunn at lovgiver med 2005-endringene har forutsatt at domstolene i sin praktisering av bestemmelsen skal anvende en noe lavere terskel enn den som har vært lagt til grunn i tidligere avgjørelser.”

Hvor terskelen mer presist skal gå unnlater Høyesterett å ta stilling til og viser til at tiltaltes uttalelser uansett ville vært straffbare etter den gamle rettstilstanden.

Høyesteretts uttalelser er likevel klare og interessante som obiter dictum. Dommen er enstemmig.

⁵⁵ NOU 2009:14 s. 381

3.7 Oppsummering/konklusjon og veien videre

Som det fremgår ovenfor er ytringsfriheten i Norge (og Europa for øvrig) på ingen måte absolutt. I forholdet til strl §135a beskjæres ytringsfriheten der ytringer er av ”kvalifisert krenkende art”. Veiledning med hensyn til hva dette innebærer finnes først og fremst i de to plenumsdommene. Det knytter seg spenning til hvilken betydning hendelser etter Boot Boys-dommen i 2002 vil få, det gjelder CERDs uttalelse og endringene av strl §135a og Grl §100. Jeg har gitt CERDs uttalelse en sentral plass i rettsutviklingen, men dens reelle betydning er vanskelig å fastslå, det gjelder særlig fordi lovendringer i straffeloven og Grunnloven allerede var under forberedelse. Den utløsende faktor på begge områder var Boot Boys-saken som skapte et bredt engasjement for å bekjempe rasistiske uttalelser.

Av de dommer og lovforberedelser som har kommet ser det ut som utviklingen får den retning som var ønsket med en styrking av diskrimineringsvernet, også på ytringsfrihetens bekostning. Diskrimineringsvern og ytringsfrihet er allerede ranglike i menneskerettighetene, men med en grunnlovsfesting av diskrimineringsvern vil de bli det også i norsk rett med de konsekvenser det har for en eventuell lex superior-vurdering. Den menneskerettslige betydning kommer jeg tilbake til under oppgavens punkt 4.2 om menneskerettsaspektet.

Av andre dommer som har hatt betydning på området for strl §135a kan nevnes: Rt 1977.114 (Hoaas-kjennelsen), Rt 1978.1072 (Leserbrevdommen) og Rt 1981.1305 (Løpeseddeldommen). Alle disse ligger et stykke bak i tid og har hatt mindre betydning enn plenumsavgjørelsene Kjuus og Boot Boys. De vil av disse grunner, samt av plasshensyn, ikke bli behandlet nærmere her.

4 Rettspolitiske og filosofiske vurderinger

4.1 Nærmere om argumentene for ytringsfrihet

4.1.1 Analyse av argumentene

Før man kan diskutere begrensninger i ytringsfriheten er det avgjørende at man kjenner verdien av og forstår argumentene for ytringsfrihet. Ulf Petäjä prøver å vise at argumenter for ytringsfrihet kan analyseres ut fra tre dimensjoner.⁵⁶ Den første dimensjonen kaller han normativ og skillet her går mellom argumenter som viser til konsekvensene og argumenter som ikke gjør det, for eksempel argumenter som hevder at ytringsfrihet er en rettighet uansett hva slags konsekvenser det har. Den andre dimensjonen dreier seg om *hva* ytringsfrihet tjener, er det allmenninteressen eller individets interesser som først og fremst skal tilgodeses? Den tredje dimensjonen dreier seg om *hvem* som tjener på ytringsfriheten, er det mottakeren av informasjon eller avsenderen?

For å klargjøre og eksemplifisere denne analysemodellen trekker Petäjä frem fem sentrale argumenter for ytringsfrihet.⁵⁷ Det første argumentet er velkjent, det er hva vi kan kalle sannhetsargumentet. Hovedeksponenten for dette argumentet er John Stuart Mill. Mill legger vekt på at mennesker tar feil. Denne fallibilismen har som logisk konsekvens at vi aldri kan være sikre på å ha rett. En ubeskåret ytringsfrihet er en nødvendig garanti for at sannheten skal kunne komme frem. Dette argumentet er med andre ord konsekvensialistisk, rettet mot mottakeren og tjener allmenninteressen.

Det andre argumentet er demokratiargumentet. For at et demokrati skal kunne virke må borgerne kunne kommunisere fritt, kunne kritisere de styrende organer og ha full

⁵⁶ Freedom of Speech Abridged (2009) s. 25

⁵⁷ Ibid. s. 26

tilgang til informasjon. Dette argumentet er konsekvensialistisk, rettet mot mottakeren og tjener allmenninteressen.

Det tredje argumentet går på at ytringsfrihet bidrar til økt toleranse. Det er en naturlig menneskelig refleks å være skeptisk og negativ til andres ideer, men med en ubeskåret ytringsfrihet vil borgerne venne seg til å bli møtt med slike ideer og utvikle toleranse fremfor konfliktholdning. Dette er igjen et argument for ytringsfrihetens gode konsekvenser, det er først og fremst samfunnet som tjener på det og det er primært mottakeren som er gjenstand for økt toleranse.

Det fjerde og femte argumentet handler begge om autonomi. Det første av disse er rettighetsorientert og fokuserer på individets rett til å motta informasjon. Det vi kan kalle autonomiargument 1 er rettighetsorientert og ikke konsekvensialistisk, det er individet som tilgodeses og fokus er på mottakerens rett til informasjon men det kunne like gjerne vært argumentert for individets rett til å spre informasjon.

Autonomiargument 2 går på at ytringsfrihet er en nødvendig forutsetning for autonomi i seg selv, for at vi skal være autonome vesener er vi avhengig av fri informasjon og uhindret kommunikasjon. Dette argumentet er konsekvensialistisk og fokuserer på nytten for mottakeren. Det tjener både individet og allmenninteressen, skjønt Petäjä vektlegger det siste ut fra ideen om at autonome individer er en forutsetning for demokrati. Med et slikt fokus ligner dette argumentet ganske mye på både sannhetsargumentet og demokratiargumentet.

Petäjä finner altså at fire av argumentene har sin primære begrunnelse i konsekvensene, de tilgodeser allmenninteressen og det er først og fremst mottakeren som har glede av ytringsfriheten. Petäjä hevder på bakgrunn av dette at det er en noe overraskende forskjell i hvordan vi filosofisk begrunner ytringsfriheten og hvordan den fremstår rent juridisk. I det juridiske språket fremstår ytringsfrihet generelt som *en rettighet* for *individet* til å *spre* sine ideer i kontrast til de filosofiske begrunnelsene med fokus på *konsekvenser* for *samfunnet* ved å *motta* ideer.⁵⁸

⁵⁸ Freedom of Speech Abridged (2009) s. 31

Petäjä finner at en fellesnevner for disse argumentene er en tillitsvekkende kommunikasjonsprosess, at individene blir utsatt for argumenter de under andre omstendigheter ikke ville blitt utsatt for og at dette på nevnte måter har positive konsekvenser. Petäjä viser til Cass Sunstein som introduserer dikotomien ”consumer sovereignty” og ”political sovereignty”. Med det første menes individets rett til å velge informasjon i sin rolle som konsument. Trenden i moderne massemedier går i en slik retning at individer kan søke frem den informasjonen de ønsker eller er interessert i og *velge bort* annen informasjon. Sunstein fremhever flere negative konsekvenser av en slik utvikling: økende fragmentering av samfunnet, mer radikal polarisering av grupper og utvikling av ”sektmentalitet”. Et åpenbart og aktuelt eksempel på dette kan være Anders Behring Breivik, hvis tanker har fått næring og mulighet til å utvikle seg i mer lukkede former. (Slik går i hvert fall argumentet.) Som motsats til dette fremstår ”political sovereignty” som et positivt alternativ. Denne ideen antar at individets preferanser ikke er gitt en gang for alle, men at preferanser utvikles i samspill med andre (sosialisering). Sunstein skriver: ”Freedom consists not simply in preference satisfaction, but also in the chance to have preferences and beliefs formed under decent conditions”.⁵⁹ Verdien av ytringsfrihet blir etter dette utviklingen av et miljø for kommunikasjon rikt på perspektiver og ideer som utsetter deltakerne for uventede og provoserende meninger den enkelte ikke har bedt om. Det er rett og slett en forutsetning for slik kommunikasjon at ”avvikende” og ”farlige” meninger tillates. Dette fokuset på kommunikasjon som begrunnelse for ytringsfrihet er sentralt i filosofen Jürgen Habermas’ tenkning og hans oppfatning om ”the public sphere”.

4.1.2 Demokratiargumentet - Habermas og ”the public sphere”

Habermas argumenterer for at det vi kaller ”opinion” var noe som oppsto på 1700-tallet med opplysningstiden og ”den atlantiske demokratiske revolusjon”. Folk begynte å diskutere offentlige saker og hvordan samfunnet burde være. Dette ble mulig med fremveksten av offentlige samlingssteder, først opprettet for å diskutere litteratur i

⁵⁹ Freedom of Speech Abridged (2009) s. 32

franske salonger, senere mer politiske samlingssteder. Pamfletter, tidsskrifter og aviser åpnet for spredning av ideer og en arena for offentlig meningsutveksling. Habermas skiller mellom den private sfære og den offentlige sfære, et skille han mener oppsto i denne perioden. Fremveksten av en slik opinion var avgjørende for den demokratiske revolusjon. Det åpnet for at mennesker kunne diskutere meninger åpent og at man måtte argumentere for sine standpunkter. I senere tid ser Habermas utviklingen av moderne massemedier som en trussel eller utfordring for denne type debatt. Den offentlige sfære blir mindre inkluderende der fokus skiftes fra en deliberativ modell til et system dominert av manipulerende krefter som reklame, kommersielle interesser og regjeringers og organisasjoners særinteresser.⁶⁰ Disse forholder seg ensidig til offentligheten; målet er å uttrykke sine meninger og vinne oppslutning, ikke å inngå i en diskurs der det styrende er de beste argumenter. Habermas mener dette har en korrumpierende virkning på debatt i den offentlige sfære.⁶¹ Politikere har gått fra å være direkte ansvarlige overfor sine velgere til kun å stå til ansvar for sine partier. Disse profesjonaliseres og politikere blir partimedlemmer fremfor samfunnsborgere. En konsekvens av dette er at hensyn som treffes i kamp om velgere erstatter rasjonell refleksjon.

Habermas gjør seg noen refleksjoner over forholdet mellom jus og demokrati. I moderne samfunn krever vi at lovregler er mer enn bare forbud og påbud, de må være legitime. For Habermas kan dette bare løses gjennom en "universell politisk moral" der rettsprinsipper baseres på de samme, universelle prosesser for legitimering. Her finner vi Habermas' redegjørelse for diskurs og kommunikativ etikk.⁶² Rettspositivisme er kun opptatt av lovreglers legalitet mens naturretsteori og andre normative teorier søker å begrunne rettsregler i en allmenngyldig moral. Et sett rettsregler får, slik Habermas ser det, kun legitimitet i den grad de oppfattes slik av frie og rasjonelle borgere. Dette betyr at det han kaller offentlig autonomi og borgerlig deltakelse er en forutsetning for

⁶⁰ Edgar (2005) s. 48

⁶¹ Ibid. s. 49

⁶² Ibid. s. 246

legitime lover. Menneskerettigheter (privat autonomi) og demokrati (offentlig autonomi) er gjensidig avhengige.⁶³

Når det gjelder forholdet mellom internasjonale, og påstanden om universelle, menneskerettigheter og kulturrelativisme mener Habemas at Vesten i det minste har rett i det prosedurale.⁶⁴ Toleranse og pluralisme er grunnleggende for å kunne gjennomføre en diskurs som leder til legitime regler. I forhold til legitimitet vil følgelig et deliberativt demokrati være langt å foretrekke fremfor hva vi kaller et konkurransedemokrati.

Det finnes to måter å oppfatte demokrati på. Hvilken måte man legger mest vekt på har betydning for hvordan samfunnet bør innrettes og hvordan konflikter løses. Den første måten springer ut av liberalistisk tradisjon med røtter tilbake til Hobbes og Locke og fokuserer på selve avstemningen eller aggregering av interesser. Den andre måten har sitt utgangspunkt fra de antikke folkeforsamlingene, her er selve den politiske prosessen sentral – målet er ikke bare å telle stemmer, men å finne en felles løsning gjennom argumentasjon.⁶⁵ Det første får karakter av et konkurransedemokrati, mens det andre kalles et deliberativt demokrati.

Konkurransemodellen har som nevnt sitt utgangspunkt i liberalistisk tradisjon og naturrettstankegang. Man forutsetter at mennesket er født fritt og at ens enkeltinteresser står i et potensielt konflikthold til andre individer og til staten. Det antas at naturtilstanden medfører skarp konkurranse, et nådeløst anarki der kun den sterkeste overlever. Ved å inngå en samfunnskontrakt med de andre individene (evt. direkte med suverenen jf. Hobbes) oppnår individene større trygghet og frihet. Men i følge det liberalistiske synet skapes ingen fellesinteresse, det er kun snakk om en aggregering av individuelle interesser. Drivkraften i den politiske virksomheten blir en kamp om ressurser, makt og posisjoner mellom partier, individer, virksomheter og interesseorganisasjoner. Partiene kappes om velgernes gunst.⁶⁶

⁶³ Edgar (2005) s. 257

⁶⁴ Ibid. s. 261

⁶⁵ Demokrati – vilkår og virkninger (1998) s. 37

⁶⁶ Ibid. s. 39

Den deliberative modellen fokuserer i mye sterkere grad på muligheten for å oppnå enighet gjennom diskusjon, en avstemning får mer karakter av en siste utvei ut av en konflikt. Det finnes også folk som vektlegger verdien av selve deltakelsen i den politiske prosessen med fokus på selvutvikling eller politikkenes ekspressive funksjon, for eksempel Hannah Arendt.⁶⁷ John Stuart Mill har et sterkt fokus på sannhetsargumentet og ser det deliberative demokrati som en garanti for dette. Uten en åpen og fordomsfri debatt kan man ikke vite om ens oppfatninger er riktige eller sanne, da det først er i konfrontasjon med andres meninger man får svaret på om egne meninger er holdbare.⁶⁸

Avgjørende for ideell deliberasjon er at alle kan delta, ingen risikerer sanksjoner for sin deltagelse verken formelle eller uformelle, ingen emner eller argumenter er utelukket, deliberasjonen er saklig – en påstand må kunne begrunnes, partene er likestilte i forhold til å delta i debatten og i å sette punkter på dagsorden. Målet er å oppnå konsensus der dette er mulig, og selv der dette ikke er mulig antas det at løsningen ofte vil bli bedre enn i tilfeller der man ikke har gjennomført en slik prosess. Gjennom deliberasjonen spres kunnskap om andres synspunkter og man får prøvet egne argumenter. En antagelse er at interesser som kan forsvares med allmenne eller universelle argumenter er bedre egnet til å overbevise enn argumenter som kun bunner i individets særinteresser.⁶⁹

Et hovedtrekk ved deliberasjonsmodellen er at individene ser hverandre som subjekter og ikke som motstandere. I deliberasjonen er alle likeverdige, det er argumentenes styrke som skal prøves. Maktstrukturer, trusler og bestikkelser bryter således med idealmodellen og går under betegnelsen strategisk handling i kontrast til kommunikativ handling.⁷⁰ De etiske regler for en fri diskurs som Habermas legger frem skal sikre at det tellende blir ”kraften i de bedre argumenter”.

⁶⁷ Demokrati – vilkår og virkninger (1998) s. 40

⁶⁸ Ibid. s. 42

⁶⁹ Ibid. s. 44

⁷⁰ Edgar (2005) s. 155

Hvordan samsvarer disse normative idealer med dagens virkelighet? Vi kan si at det finnes deler av begge systemer. Vi har en relativt velfungerende offentlighet med debatter i aviser, radio, internett og TV der både politikere, eksperter og ”vanlige” folk rutinemessig deltar. Det kan også argumenteres for at arenaer der folkevalgte møtes utviser flere deliberative trekk, for eksempel i regjeringsskonferanser, Storting og kanskje særlig i kommunene. På den annen side ligger aggregeringsprinsippet i bunn, det er ved valgene borgerne bestemmer seg for ett enkelt parti til å representere seg. Det blir en kamp om velgere og partiene vil ofte kjøre hardt på sine saker selv i møte med ”bedre argumenter” fordi de er forpliktet til å kjempe for ”sine velgere” og fordi de har en egeninteresse i å kunne vise til resultater og få partiet til å vokse. Dette er vel det viktigste innslaget av konkurransedemokrati vi har, men også interessegrupper innebærer et sterkt innslag av konkurranse. De har ofte snevre interesser og prioriterer disse sterkt. Antirasistiske organisasjoner og CERD representerer slike særinteresser og må antas å alltid ville fokusere på argumenter som taler deres sak. En interesseorganisasjon vil aldri si at ”nå er målet nådd”, da har den utspilt sin rolle – både organisasjonen som sådan og de som jobber på dens vegne får en egeninteresse i å jobbe videre, eventuelt ved å utvide virkeområdet. Det er ikke gitt at det alltid finnes en motpol til å presentere motargumenter mot slike interesseorganisasjoner.

4.1.3 Sannhetsargumentet – J.S.Mill om frihet

John Stuart Mill er en av de store tenkere innen liberal filosofi med sitt engasjement for frihet. Han er særlig opptatt av tanke- og ytringsfrihet. Det som særlig bekymrer ham er det han kaller majoritetstyranni, det vil si den sosiale kontroll majoriteten kan utøve på individet. Mill opplevde den engelske viktariatiden med streng sosial moralkontroll som et utslag av dette. Hans mål var å definere en grense for hvor langt slik kontroll legitimt kunne tvinge individet til å underkaste seg. Hans løsning ble å utvide området for individuell frihet. For Mill fremsto majoritetstyranni som langt mer inngripende enn politisk undertrykkelse siden det i sterkere grad griper inn i den enkeltes liv. Individuell

frihet skulle bare kunne begrenses dersom det var nødvendig for å hindre skade på en annen. Disse friheter inkluderer tanke-, tros- og ytringsfrihet.

For Mill er begrensninger i ytringsfriheten å berøve samfunnet og ettertiden for sannhet. Han skisserer tre tilfeller av dissenterende meninger som utsettes for sensur: I det første tilfellet er ytringen sann, som for eksempel med Sokrates eller Galileo, og her kan ikke sensur komme på tale da samfunnet har en interesse i at sannhet kommer frem. I det andre tilfellet er ytringen usann, men også her bør ytringen slippe til for å avsløre at den er falsk og validere den (sanne) tingen som ble angrepet ved ytringen. I det tredje tilfellet kan det ikke fastslås om ytringen er sann eller ikke men også her må den slippe til slik at samfunnet og den enkelte kan vurdere mellom kontrasterende meninger. Det sentrale for sannhet hos Mill ligger i prosessen, bare ved å slippe meninger til kan vi ha noe grunnlag for å skille sant fra usant. Sannhet kommer som et resultat av en fri konkurranse mellom meninger, en "marketplace of ideas".⁷¹

4.2 Menneskerettsaspektet

4.2.1 Demokratisk konstitusjonalisme vs internasjonal konstitusjonalisme

Jeg har redegjort for menneskerettighetenes stilling i norsk rett tidligere i punkt 1.2. Dette norske synet er en del av felleseuropeisk tenkning og er et utslag av det Jed Rubenfeld vil kalle "internasjonal konstitusjonalisme".⁷² En annen oppfatning finner vi i USA som kan sies å representere "demokratisk konstitusjonalisme". Rubenfeld argumenterer for at dette skillet har sitt utgangspunkt i 2. Verdenskrig og den ulike effekt denne hadde på henholdsvis Europa og USA. I Europa dannet det seg et syn som tilsa at demokratiet måtte vernes mot å skli ut i nasjonalisme og populisme på nytt, mens erfaringen var den motsatte for USA – de alliertes seier representerte her snarere

⁷¹ Dalton. (1994) Lecture Four: John Stuart Mill's Philosophy of Freedom

⁷² Steiner (2007) s. 51

en seier for nasjonalisme, den amerikanske.⁷³ Dette la grunnlaget for to forskjellige synsmåter på forholdet mellom nasjonal rett og internasjonal rett. Sentralt i den amerikanske versjonen, demokratisk konstitusjonalisme, er at konstitusjonen kun er gyldig der den utgår fra nasjonens folkeflertall. Lenge var det ikke her noen konflikt for USA var den største pådriver i utviklingen av internasjonale regler og internasjonale menneskerettigheter og rettighetene var ”amerikanske”. Motsatt har den europeiske tradisjonen sett menneskerettighetene som et utslag av universelle prinsipper, gjerne begrunnet i naturrett, det er dette Rubinfeld betegner internasjonal konstitusjonalisme. Som et resultat av dette er de fleste europeiske stater i dag bundet av EMK og denne har høy formell status, ofte på linje med eller av høyere rang enn de nasjonale konstitusjoner. USA anerkjenner internasjonal myndighet i svært liten grad, og det er kun Supreme Court som er kompetent domstol i tolkningen av internasjonale konvensjoner. Det er her en åpenbar konflikt mellom demokrati og internasjonale menneskerettigheter. Rubinfeld illustrerer denne konflikten med synet på dødsstraff som eksempel.⁷⁴ Når dette inngår i en menneskerettighetskonvensjon som et lovbrudd konstaterer tilhengere av internasjonal konstitusjonalisme (Europa) at USA per definisjon er skyldig i dette. For USA er dette ikke et menneskerettighetsbrudd så lenge det ikke er vedtatt demokratisk av USA. Typisk for argumentasjonen i EMD er doktrinen om ”margin of appreciation” eller skjønnsmargin. Handlingsrommet for nasjonalstatene snevres inn jo sterkere innslag av konsensus det er mellom medlemsstatene i en sak. Bare der hvor statene har varierende praksis slår hensynet til statenes skjønnsmargin gjennom. Av samme grunn utsettes USA for kritikk når de er en av få stater i verden som praktiserer dødsstraff. (Dette som et eksempel på tenkemåte per analogi). Menneskerettskonvensjonene løfter således saker ut av nasjonalstatenes politiske domene og inn i et internasjonalt juridisk domene. Sånn sett kan vi snakke om en konflikt mellom demokrati og rettsliggjøring og en konflikt mellom nasjonal suverenitet og internasjonal jurisdiksjon.

Når det gjelder forholdet mellom menneskerettigheter som også er vernet gjennom Grunnloven har Vibeke Blaker Strand ved å gå gjennom nyere høyesterettsavgjørelser

⁷³ Steiner (2007) s. 53

⁷⁴ Ibid. s. 56

funnet at den primære veiledning for Høyesterett utledes fra menneskerettskonvensjonene og ikke Grunnloven. Det at ytringsfriheten er vernet i Grl §100 har ikke blitt tillagt særskilt vekt i møte med andre menneskerettigheter hun har sett på, som rasediskrimineringsvern og personvern.⁷⁵ I Rt 2003.928 Tønsbergs Blad heter det: ”... det er konvensjonen og EMDs praktisering av denne som i dag er den primære rettskilde når norske domstoler skal trekke grensen for de ærekrenkende utsagn...”⁷⁶

4.2.2 Individuelle vs kollektive rettigheter

Det går et skille i menneskerettighetene mellom individuelle og kollektive rettigheter. Kan det sies noe om hvilken type som skal ha forrang og hva som bør vektlegges i en avveinings situasjon? Grunnleggende i utviklingen av internasjonale menneskerettigheter var likhetstanken, en tanke om at det var visse likhetspunkter mellom mennesker av forskjellige raser og fra forskjellige land og religioner. Formuleringen i de langt fleste menneskerettigheter i dag er individualistisk, det er individet som gis rettigheter og stater som gis plikter. Men det finnes også bestemmelser som også i sin utforming skal verne grupper. For eksempel er alle bestemmelsene i EMK individuelle rettigheter og det samme gjelder de fleste i SP/ØSK. Av unntak kan nevnes SP art. 1 om folkenes selvbestemmelsesrett som forutsetter at ”folk” er noe mer enn individer og trenger beskyttelse. Et annet eksempel er SP art. 27 som beskytter etniske, religiøse og språklige minoriteter. Utslag av det samme finner vi i bestemmelser som søker å beskytte kultur eller religion. RDK med krav om straffesanksjonering av rasistiske uttalelser søker også å verne en gruppe av personer. Det er diskriminering av gruppen som straffebudet tar sikte på å ramme, ikke individet selv om det i praksis ofte vil være rettet mot et individ. Regler til vern om ytringsfrihet har gjerne en dobbel begrunnelse, både hensynet til den enkelte og verdien for samfunnet, men reglens utforming gir individuelle rettigheter.

⁷⁵ Strand, Vibeke Blaker (2007A) s. 20

⁷⁶ Rt 2003 928 avsnitt 38

Det ses ofte en motsetning mellom ”vestlige verdier” med fokus på individuelle rettigheter, typisk de vi finner i SP og mer kollektive rettigheter fra andre kulturer, land som tidligere gikk under den brede kategorien ”tredje verden”. Menneskerettsaktivister vil typisk kritisere Kina for å neglisjere tradisjonelle, individuelle rettigheter (eks. dødsstraff, tortur, mangel på ytringsfrihet, organisasjonsfrihet mv.) mens Kina vil argumentere for at de er like mye ”for” menneskerettigheter, men at fokus ligger på å forbedre typiske rettigheter funnet i ØSK fremfor SP.⁷⁷ For hvilken verdi har ytringsfrihet hvis man risikerer å sulte i hjel? David Kelley uttrykker det slik om forholdet mellom individuelle og kollektive (velferds-)rettigheter: ”In short, liberty rights reflect an individualist political philosophy that prizes freedom, welfare rights a communitarian or collectivist one that is willing to sacrifice freedom...”⁷⁸ Ikke bare har Kina (og andre mer kollektivistiske land) et annet rettighetsfokus, men baserer seg ofte på plikter fremfor rettigheter for individene. Det heter blant annet i Kinas grunnlovsbestemmelser: ”Work is the glorious duty of every able-bodied citizen.”(art 42(3) og “[...] duty of the citizens [...] to safeguard the security, honour and the interests of the motherland[...]”(art 54)⁷⁹

I fortalen til FNs menneskerettserklæring heter det:

”Da anerkjennelsen av iboende verdighet og av like og uavhengelige rettigheter for alle medlemmer av menneskeslekten er grunnlaget for frihet, rettferdighet og fred i verden, [...] en verden hvor menneskene har tale- og trosfrihet og frihet fra frykt og nød, er blitt kunngjort som folkenes høyeste mål[...]”.

Noen begrunnelse for menneskerettighetene i denne erklæringen, SP, ØSK eller EMK finnes ikke – de anses ”self evident”. Amitai Etzioni argumenterer for at en slik begrunnelse er tilstrekkelig:

”Numerous attempts have been made to justify human rights in terms of other sources of normativity, or values that can be used to justify these rights. This article suggests that such attempts unwittingly weaken the case of human rights and that instead these rights should be

⁷⁷ Steiner (2007) s. 370

⁷⁸ Ibid. s. 287

⁷⁹ Ibid. s. 502

treated as moral causes that speak to us directly, as one of those rare precepts that is self-evident.”⁸⁰

Det finnes altså liten veiledning utover det man kan tolke fra selve rettighetstekstene om hvorvidt menneskerettighetene er primært individuelle eller kollektive rettigheter. Historisk har derimot menneskerettighetene sprunget ut av en liberal tradisjon med røtter til naturrett og kontraktsteori med et fokus på individet. Likhetstanken fokuserer likedan på individene. Samlet kan dette vanskelig ses på noen annen måte enn at menneskerettighetene primært beskytter individuelle rettigheter fremfor kollektive, men det kan selvfølgelig stille seg annerledes i en konkret avveiningsprosess.

4.2.3 Hierarkiske eller likeverdige menneskerettigheter?

Beslektet med skillet mellom individuelle og kollektive rettigheter finner vi et spørsmål om hvordan menneskerettigheter skal harmoniseres og avveies i møte med andre menneskerettigheter. Kan vi si noe generelt om hvilke rettigheter som er mer sentrale eller grunnleggende enn andre? Som et utgangspunkt må menneskerettighetssystemet ses som en helhet av likeverdige rettigheter, det samme gjelder SP og ØSK som formelt er likevektige konvensjoner. Fra dette utgangspunktet finnes det flere ulike syn. For eksempel er det forutsatt at implementeringen av SP skal skje uten hensyn til statenes økonomiske tilstand utover det som følger av ”margin of appreciation”. For gjennomføringen av ØSK er derimot statenes økonomiske evne av avgjørende betydning. Mange vil tolke dette som at SP er av mer fundamental karakter mens ØSK mer gir uttrykk for et mål.⁸¹

Et annet moment for et skille mellom menneskerettigheter finnes i SP art. 4 som gir regler for derogasjon fra rettighetene i nødstilfeller og mer presist annet ledd som unntar visse bestemmelser fra derogasjon uansett omstendigheter. Eksistensen av slike regler i SP og andre menneskerettskonvensjoner er et sterkt argument for at det finnes et utvalg

⁸⁰ Etzioni (2010) s. 187

⁸¹ Steiner (2007) s. 287

rettigheter av mer fundamental eller elementær karakter.⁸² Beslektet med dette er begrepet *jus cogens* som refererer til slike rettsregler som er tvingende, ikke kan utsettes for derogasjon og må være akseptert og anerkjent av det internasjonale samfunn som helhet, m.a.o. en overveldende majoritet av stater. Vern mot rasediskriminering hevdes å være en slik regel.⁸³ Et motargument mot et slikt syn er at det ikke finnes noen kriterier for å avgjøre akkurat hvorfor disse rettighetene ikke kan være gjenstand for derogasjon (kjønnsdiskriminering anses for eksempel ikke som del av *jus cogens*⁸⁴) og at det som oppnås er mer forvirring og ikke økt klarhet. Andre rettigheter inneholder selv begrensninger for å verne andre aktverdige interesser der det anses ”nødvendig i et demokratisk samfunn” som for eksempel EMK art. 10 om ytringsfrihet. Kan en regels grad av å være absolutt si noe om dens vekt generelt?

Under arbeidet med ny grl §100 uttalte stortingskomiteens flertall at

”[...] ytringsfriheten ikke kan ha en overordnet status i forhold til andre fundamentale menneskerettigheter, som blant annet retten til vern mot hatefulle og rasistiske ytringer eller retten til vern mot seksualiserte krenkelser. Ytringsfriheten og retten til vern mot rasistiske og hatefulle ytringer er begge grunnleggende menneskerettigheter [...]”⁸⁵

4.2.4 Levende menneskerettigheter

Med levende menneskerettigheter mener jeg at menneskerettigheter ikke er gitt en gang for alle. Som andre rettsregler kan de komme i utakt med samfunnsmeningen. Ikke minst er menneskerettigheter et felt som øker i omfang, flere og flere rettigheter heves til menneskerettslig status. Omvendt skjer det ikke at menneskerettigheter nedgraderes og mister sin menneskerettslige stilling. Menneskerettskomiteen uttaler:

”The Human Rights Committee has consistently taken the view, as evidenced by its long-standing practice, that once the people are accorded the protection of the rights under the

⁸² Steiner (2007) s. 158

⁸³ Ibid. s. 78

⁸⁴ Ibid. s. 170

⁸⁵ Innst.S.nr.270 (2003-2004) pkt. 2.1

Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them, notwithstanding change in government of the State party, including dismemberment in more than one State or State succession or any subsequent action of the State party designed to divest them of the rights guaranteed by the Covenant.”

og

“The Committee is therefore firmly of the view that international law does not permit a State which has ratified or acceded or succeeded to the Covenant to denounce it or withdraw from it.”⁸⁶

Stater, NGOer og andre samfunnsaktører fører en stadig debatt om å inkludere flere regler i menneskeretts-regimet. Med fraværet av en aktiv lovgiver skjer det også sjelden at regler revideres, rettsutviklingen er primært overlatt til domstoler samt komiteer og organisasjoner som gir generelle anbefalinger, råd og lignende. Det er dette som menes med en rettsliggjøring av samfunnet. Rettsområder ”løftes” ut av nasjonal, demokratisk kontroll og over i mer byråkratisk styrte, internasjonale fora. Menneskerettighetene vil på et vis leve sitt eget liv der ingen enkelt stat eller noen klart definerbar institusjon vil kunne holdes ansvarlig. Man har bygget en barkebåt og plassert den på havet der vind og havstrømmer vil avgjøre ferden. For EMKs vedkommende er rettsutviklingen avhengig av endringer generelt i medlemsstatene. Som tidligere nevnt har statene en vid skjønnsmargin der praksis mellom dem varierer stort, på den annen side er denne adgangen snevrere der det kan påvises stort sett sammenfallende praksis mellom dem. Dette kan minne mistenkelig om institusjonalisert flertallstyranni.

4.3 Strafferettsaspektet

4.3.1 Formålet med straff – hva ønsker vi å oppnå

Strl §135a er en bestemmelse belagt med trussel om straff, det kan derfor være interessant å se på i hvilken grad det er sammenheng mellom paragrafens formål og de

⁸⁶ Human Rights Committee. General comment 26 (1997)

formål vi viser til for å straffe mer generelt. RDK krever at ytringer av en slik art som nevnt skal belegges med straff og anfører at dette er nødvendig for en effektiv bekjempelse av rasisme.

Straffens formål har endret seg over tid og mellom samfunn. Noen egen drøftelse av straffens begrunnelse finnes ikke i forarbeidene til strl av 1902. En vanlig oppfatning er likevel at straffens begrunnelse er individual- og allmennprevensjon.⁸⁷ Gjengjeldelse skal ikke være et formål med straff.⁸⁸ I følge Nils Jareborg er det overordnede formålet med straffen å beskytte borgerne fra staten og hverandre ved å erstatte uformell sosial kontroll med formell, statlig kontroll. Det kan kalles en defensiv modell. En offensiv modell vil typisk ha mer tro på straffesystemets korrigerende evne.⁸⁹ Når det gjelder den individualpreventive effekt viser forskning av den er tilnærmet lik null foruten den effekt uskadeliggjøring som frihetsberøvelse innebærer, tilbakefallsprosenten går i hvert fall ikke ned. Når det gjelder den allmennpreventive virkning har det vært vanskelig å si noe sikkert, men det er å håpe at rettsøkonomiske modeller kan være til hjelp. Det vi likevel vet er at reell oppdagelsesrisiko har mer å si for prevensjon enn størrelsen på straffetrusselen. En annen begrunnelse som Høyesterett ofte bruker er hensynet til rettferdighet, at straffen skal stå i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet. Eskeland trekker frem frem kulturelle verdier med betydning for straff:

”Straffelovgivningen skal bare ramme *straffverdige handlinger*, straffene skal *ikke være umenneskelige*, det skal være et *rimelig forhold mellom handlingens straffverdighet og straffen* (forholdsmessighetsprinsippet), *like tilfeller skal behandles likt* (likhetsprinsippet) og det skal legges vekt på *rettssikkerhetshensyn*.”⁹⁰

Forholdsmessighetsprinsippet fungerer gjerne som et korrektiv i saker der en preventiv virkning kan synes høy men straffverdigheten er liten. På den andre side kan de norske straffer for narkotikaforbrytelser ses som et brudd på dette prinsippet.

⁸⁷ Eskeland (2006) s. 47

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 6.2

⁸⁹ Eskeland (2006) s. 49

⁹⁰ Ibid. s. 54

4.4 Oppsummering og diskusjon

4.4.1 Radikal sannhetssøken

Store norske leksikon kan fortelle at moral er det sett av moralske normer, verdier og holdninger som aksepteres og forsøkes praktisert av et individ eller en gruppe.⁹¹ Mens Stanford Encyclopedia of Philosophy⁹² gir oss følgende definisjon:

”The term “morality” can be used either

1. descriptively to refer to some codes of conduct put forward by a society or
 - a. some other group, such as a religion, or
 - b. accepted by an individual for her own behavior or
2. normatively to refer to a code of conduct that, given specified conditions, would be put forward by all rational persons.”

Etter dette ser vi at en deskriptiv definisjon av moral innebærer en relativisme, kun en normativ definisjon kan ha universelle aspirasjoner. Menneskerettighetene utgir seg for å være universelle og med det være riktige for alle. Innbakt i rettighetssystemet ligger dog en viss ambivalens som vist tidligere. Det er likevel mulig å finne mer tilfredsstillende svar her for den som våger å stille spørsmål. La oss våge det. En kritisk vitenskapelig metode er tilstrekkelig etter modell av filosofen Sokrates. Et utgangspunkt er å erkjenne menneskelig feilbarlighet og stille spørsmål ved alle sannheter vi tror vi kjenner. Ved å jobbe oss ”bakover” eller ”nedover” ender vi til slutt ved eksistensielle spørsmål av typen: ”Hva er universet?”, ”Hva er meningen med livet?”, ”Finnes jeg?” Svaret på slike spørsmål kan objektivt sett ikke være annet enn at vi ikke vet. Det burde være ukontroversielt å si at hva som er meningen med livet er det viktigste spørsmål mennesker har stilt seg gjennom tidene. Religion, etikk, moral, filosofi har alle oppstått som svar på å finne dette livets mest sentrale spørsmål. Jeg tror det er trygt å se bort fra rent epistemologiske innvendinger og skeptikere som tviler på at vi kan ha kunnskap overhodet. De fleste vil kunne godta den vitenskapelige metode om enn de ikke godtar at det som frembringes er ”kunnskap” som sådan. Kunnskap må forstås i tråd med den

⁹¹ Moral. Store norske leksikon. (2011)

⁹² Gert. ”The Definition of Morality” (2012)

vitenskapelige forståelse av ordet, som fallibilistiske sannheter. Å si at det ligger i menneskets natur å være søkende og nysgjerrig ville kanskje møte på motforestillinger hos noen, men allment vil vel de fleste godta et slikt syn. Utover følelsen av at dette rent intuitivt er riktig ønsker jeg altså å vise at radikal sannhetssøken er en ren logisk nødvendighet av at vi ikke har alle tilværelsens svar, at vår kunnskap er mangelfull (men økende) og at vi som art er fallible.

Dersom vi starter med et utsagn som ”ytringsfrihet er sentralt for demokrati” overser vi at ikke alle er enige i at demokrati er viktig. Noen vil kanskje hevde at et kommunistisk samfunn eller et kollektivistisk samfunn som indianerne i Amerika hadde før de europeiske oppdagelsene er bedre. Vi sier heller ikke så mye om avgrensningen av ytringsfriheten målt mot rasediskrimineringsvernet. Det åpnes for mer eller mindre grad av subjektiv synsing som til slutt avgjøres ved avstemming (normalt etter majoritetsprinsippet), dette fortjener ikke merkelappen ”allmenngyldig sannhet”. Med *radikal* her mener jeg den språklige opprinnelse fra latin *radicalis* som betyr å gå til roten av noe, ikke nødvendigvis den mer moderne betydning av ordet – altså ekstrem eller ytterliggående. Det er en helt avgjørende forutsetning for en fruktbar deliberasjon der målet er en god løsning, slik at det som til syvende og sist avgjør spørsmålet er kraften i de bedre argumenter.

Som en logisk konsekvens av å ikke vite blir svaret at vi må søke. Det er det som på engelsk kalles ”a quest for meaning”. Ingenting kan gjøre krav på samme fundamentale viktighet. Det er her menneskerettighetene burde hente sin normative begrunnelse, ikke i vage ”self-evident”-bortforklaringer. Den som er svar skyldig har sjelden en god sak. Som ’moral’ vil en slik radikal sannhetssøken kunne fortelle oss forskjell på rett og galt. Bare i den grad rettsregler, herunder menneskerettigheter, bidrar til sannhet og kunnskap kan de hevde riktighet og universalitet.

4.4.2 "Bedre enn" – en avvisning av verdi- og kulturrelativisme

Jeg knytter argumentasjonen min rundt "bedre enn" til filosofen Sam Harris som i sin bok *The Moral Landscape*⁹³ argumenterer for en moral bygget på vitenskap. Han avviser at vitenskap ikke kan si noe om moral, at dette utelukkende er et domene for tro og religion. Sentralt hos Harris er "human well-being", altså menneskelig velferd som det sentrale kriterium på moral. Menneskelig velferd består både av en subjektiv og en objektiv komponent. En handling som av avsenderen oppfattes som god må samsvare med en lignende biologisk eller psykologisk respons hos mottakeren. Dersom avsenderen tror at omskjæring av sin datter er en god moralsk handling er dette ikke tilfelle om det ikke motsvares av en tilsvarende oppfatning hos datteren og oppfyller visse objektive kriterier.

Ved å vise at vi kan fastslå at enkelte handlinger åpenbart er gale, påstår Harris at vi har et utgangspunkt for å avgjøre om noe er bedre enn eller dårligere enn noe annet. Dette er noe helt annet enn manges utgangspunkt som er at vitenskap er helt utelukket fra å si noe om hva som er god moral, eller at det går et skarpt skille mellom fakta og verdivurderinger. Harris velger en analogi og kaller det et "moralsk landskap", i dette landskapet er det flere topper (god moral/høy velferd) og flere daler (dårlig moral/lav velferd). Flere av toppene kan være like høye/gode, det sentrale er ikke først og fremst å vurdere med millimetermål hvilke av to gode løsninger som er best, men å unngå en verdirelativisme som narrer oss til å tro at det er uvesentlig om vi lever på en topp eller i en dal. Målet er å få flest mulig mennesker ut av dalene og opp på toppene, en lav topp er uendelig mye bedre enn å leve i en dal.

Harris er viktig for mitt resonnement på minst to måter: For det første bruker jeg "bedre enn"-argumentasjonen for å finne en god løsning på konflikten mellom ytringsfrihet og rasediskrimineringsvern. Ved å knytte dette til kunnskap (radikal sannhetssøken) betyr det at vi alltid må velge den løsning som best bidrar til kunnskapsutvikling. Det er viktig å være klar over her at det må anlegges en bred vurdering, noe som isolert sett

⁹³ Harris (2010)

bidrar til kunnskapsutvikling kan over tid ha motsatt effekt. Det kunne for eksempel være mye å hente på ufrivillige, medisinske tester på mennesker, men effekter over tid ville ha en rekke negative konsekvenser (som mangel på villige testpersoner, mangel på tillit i samfunnet mv.) som blir altoverskyggende i forhold til det man kunne oppnå. For det andre innebærer det en avvisning av kulturrelativisme. Vi har etter dette et kraftfullt verktøy for å kunne vurdere forskjellige typer av kultur og rettsregler mot hverandre.

4.4.3 Vurdering av strl §135a i lys av ytringsfrihetens begrunnelser

Sannhetsargumentet og demokratiargumentet blir gjerne trukket frem som de viktigste begrunnelser for ytringsfrihet. Det er mitt håp å gjøre det klart at sannhetsargumentet logisk klart må gis forrang. Demokratiet er på tross av sin sterke stilling og status som den best tilgjengelige styreform ingen sannhet i seg selv. Det er de gode effekter, verdier og resultater demokratiet bringer meg seg som har verdi. Ingen kan i dag med sikkerhet si at det ikke kan komme en bedre styre- og samfunnsform i fremtiden. Det er på bakgrunn av denne, om enn lille, mulighet at også demokratiet må tåle kritikk og konkurranse. Det tilsier en ytringsfrihet som er absolutt i sitt kjerneområde helt uten hensyn til konsekvenser, hvor ille de enn måtte være.

På denne bakgrunn må avgjørelsen i Kjuus-saken anses som en ”gal dom”. Fra Grunnlovens forarbeider: ”Det vesentlige er å slå fast at det er et ureduserbart grunnfjell.”⁹⁴ Hvis meningsyttringer på det politiske område, sågar et partiprogram brukt i demokratisk kamp om velgere ikke er en del av dette ”grunnfjellet” blir rettigheten illusorisk, kun en eufemisme for majoritetstyranni. Ytringsfrihet må ikke bli et ord i ordbok for Nyttale (jf. George Orwell – 1984). Jeg nøyer meg med å henvise til mindretallets argumentasjon i dommen. Flertallet har, som de fleste andre som har uttalt seg i saken, lagt en ukorrekt forståelse av ytringsfrihet til grunn. Bestemmelsen skal verne om de upopulære meninger. Det står ikke ”vern om meninger vi ikke liker, med unntak av dem vi virkelig ikke liker”. Det er selvmotsigende og en logisk feilslutning.

⁹⁴ NOU 1999:27 pkt 2.2.4

Det sies ofte som et forsvar av ytringsfriheten at ved å begrense den risikerer man å fjerne også ytringer som kan være ønskede. Underforstått i dette ”forsvaret” er at det vi ikke ønsker ikke fortjener vern. Det er forbausende hvor ofte det trås feil her, om meninger er ønskede eller ikke er totalt irrelevant. Ingen har monopol på sannheten og kan med noen legitimitet vurdere hva som er ønsket eller ikke. Det er en oppgave for den enkelte å vurdere kraften i de bedre argumenter, ytringsfrihet er en prosedural garanti for at alle meninger skal slippe til for å bli vurdert. Kokkvold bifalt Kjuus-kjennelsen og skriver:

”Det er ikke troen, men tvilen som er Vestens viktigste bidrag til sivilisasjonen. Kompromiss og toleranse er langt bedre enn sitt rykte. [...] Ekstremisme er som regel et onde, moderasjon er nesten alltid en dyd...”⁹⁵

Jeg er enig i dette, men det begrunner ytringsfrihet langt sterkere enn det gjør en fellende dom mot Kjuus. Tvilen tilsier en usensurert prosess, toleranse tilsier at også intolerante meninger slipper til i samfunnsdebatten. Dette formuleres ofte som et spørsmål om vi må tolerere det intolerante som om dette var en selvmotsigelse. Å tolerere ytringene er en ting, det er ikke dermed sagt at man må være enig eller ikke kan ta til motmæle. Det må være tillatt å kjempe politisk for å endre lover, også grunnlov og menneskerettigheter. Ad det siste må det sies at både Sokrates og Galileo ble ansett som ekstremister totalt blottet for kompromissvilje. Det finnes ingen større uhyrlighet enn å kompromisse mellom sant og usant. ”Ytringsfrihetsforkjemperen” Kokkvold følger opp med en tale i 2012: ”Men vi må aldri kompromisse med tros- og ytringsfriheten, retten til å le av de mektige, retten til å fornærme de rettroende.” og i samme tale: ”Selv har jeg sagt at Breivik ikke lenger har noen moralsk rett til å delta i samfunnsdebatten, at han gjennom sine handlinger har meldt seg ut av den siviliserte, offentlige samtale.”⁹⁶ Utover det åpenbart selvmotsigende er det tydeligvis behov for å minne om at ingen kan ”melde seg ut” fra sine universelle menneskerettigheter en bloc. At Breivik kan sensureres på annet grunnlag, for eksempel i forbindelse med ”clear and present danger” er en annen sak.

⁹⁵ Kokkvold (2001) s. 19

⁹⁶ Kokkvold (31.08.2012)

Frederik Stjernfelt trekker frem et skille mellom toleranse og respekt som et skille som ofte fremstår som uklart når det kommer til ytringsfrihet. Særlig i forbindelse med Muhammed-karikaturene har det vokst frem et krav om at presse og samfunnsaktører må utvise respekt overfor religioner og religiøse minoriteter. Det vektlegges at ytringsfriheten ikke er absolutt og at den også omfatter ansvar. Ledende politikere har lansert uttrykket ”ytringsansvar”⁹⁷. Med slik retorikk er det lett å trå feil. Stjernfelt skriver at toleranse er å avstå fra handling. Man må tåle å høre de meninger man ikke liker eller som kan virke sårende. Respekt, derimot, er noe man må gjøre seg fortjent til. Respekt gjelder tankefriheten, mens toleranse gjelder ytringsfriheten. Man må tolerere at andre har meninger man ikke liker, men man trenger ikke like eller respektere disse. At det er venstresiden i Vesten som har tatt til orde for en slik ”respekt” forklarer Stjernfelt med det han kaller kulturalisme, med røtter fra marxismen og tysk romantikk med ideen om ’Volksgeist’. Han skriver:

”...culturalism appears in arguments [...] claiming that cultures, rather than individuals, should be given special rights, such as the right not to be insulted, defamed, or confronted with arguments. In the more radical versions of “multiculturalism”, culturalism sticks out its ugly head. Just like racism tried to tie the individual to his race, to the color of his skin, culturalism tries to tie him to his culture.”⁹⁸

Han argumenterer for at demokratier må fjerne seg fra denne tankegangen og insistere på at fundamentale, individuelle menneskerettigheter ikke blir erodert av kollektive, kulturelle rettigheter. Han avslutter:

”...the problem of multiculturalism is not the ”multi” part – the existence of many different persons, ideas, points of view. The problem lies in the “culturalism” part – the insistence that such persons form closed groups, which should be accorded the right to be protected against free speech. They should not.”

Det samme bør gjelde på andre områder der kollektiv identitet fremheves, som for eksempel etnisk identitet. Det ligger i likhetstanken som gjerne brukes som et forsvar for rasediskrimineringsvern at alle er like. Konsekvensen av dette kan ikke være å beskytte grupper av mennesker mot ”hate speech”, det er individer som må beskyttes. Vibeke Blaker Strand skriver: ”Kjernen i prinsippet er at hvert menneske har en rett til å

⁹⁷ Solvang (22.11.2011)

⁹⁸ Freedom of Speech Abridged (2009) s. 137

bli vurdert som et individ, ikke som del av en gruppe.”⁹⁹ Lovgivning som strl §135a er uheldig og egnet til forvirring i så måte da det som rammes er ytringer mot gruppen som sådan. Det er ikke noe krav om at ytringen må ha rammet et individ, det er offentliggjøringen eller spredningen av ”hatbudskapet” som er avgjørende.

Det er naturlig å nevne ”slippery slope”-argumentet i den forbindelse. ”Krenkede” grupper i Norge og i utlandet påpekte under og etter karikaturstriden at Vesten selv ikke praktiserer absolutt ytringsfrihet. Det ble vist til at flere europeiske stater, mest kjent Tyskland, har forbud mot Holocaust-benektelse. Det kunne også vært nevnt våre lover mot hets av minoriteter. For hvis disse har krav på vern, hvorfor ikke også religiøse grupper når krenkelse av religionen føles som et angrep på deres identitet? ”Slippery slope”-argumentet kan ikke lett avvises når det blir brukt i en slik retorikk og burde tilsi at Norge og Vesten burde feie for egen dør først. Også i juridisk litteratur er det glidende overganger mellom religion og etnisitet; som det står i Fredman:

”...it is no longer adequate to think that racism is based entirely on colour. Besides ‘colour-racism’, it has become clear that there is a developing set of ‘cultural racisms’, which ‘use cultural difference to vilify or demand cultural assimilation from groups who also suffer colour racism.’ Modood identifies, in particular, anti-Muslim prejudice, a white reaction to the revival of Islamic self-confidence.”¹⁰⁰

Når det gjelder ”retten til å ikke bli fornærmet” kan det noen ganger sies best av en komiker:

”What happens if you say something and someone gets offended? Well, they can be offended! [...] Nothing happens! [...] There’s not like ”I went to the comedy show and the comedian said something about the Lord, and I was offended. And when I woke up in the morning I had lepresy!”¹⁰¹

Om menneskerettsaspektet viser jeg til det jeg tidligere har sagt om statenes skjønnsmargin. Rasediskrimineringsvern og ytringsfrihet er begge menneskerettigheter, men det kan virke som Norge i noen grad har oversett dette. Vi ønsker å være ”best i klassen” og skal ikke ha noe dårligere vern enn resten av Europa. Hvorfor kan vi ikke

⁹⁹ Strand (2007B) s. 132

¹⁰⁰ Fredman (2002) s. 54

¹⁰¹ Hughes (2009)

være ”best i klassen” på ytringsfrihet i stedet? Det er ikke gitt at flertallet av stater under EMK nødvendigvis er bedre egnet til å treffe en interesseavveining enn mindretallsstater.

Så langt det prinsipielle. Et annet spørsmål er hvor egnet straffetrussel er for å bekjempe diskriminering. Tanken er at slike ”kvalifisert krenkende ytringer” er særlig farlige og at de må bekjempes med trussel om straff for at de ikke skal spres ”som ild i tørt gress”. Lover kan hjelpe med å forme holdninger, men deres opinionsdannende effekt bør ikke overdrives. Sexkjøpsloven er et annet område der lovgivning gis der den primære begrunnelse er å endre holdninger. Kanskje kunne man tenke seg andre tiltak som ville være mer effektive uten å bryte med viktige prinsipper som ytringsfrihet og retten til å styre sitt eget liv og inngå avtaler. Hva er årsakene til diskriminering? Kanskje burde man i sterkere grad vektlegge hvordan rasisme kan bekjempes med rasjonelle argumenter. Typisk her er argumentet om at ”trollene sprekker” når hatefulle ytringer møter gode motargumenter i det offentlige rom og motsatsen om at å nekte ytringsfrihet fører til at de ”går under jorden” og vokser i det skjulte. Dette er det naturligvis vanskelig å si noe sikkert om. Men dersom man virkelig mener noe ved å fremheve viktigheten av sannhet og demokrati, burde man kanskje ta konsekvensen av det fullt ut. Har ikke demokratiet tillit til sin egen autoritet eller legitimitet? Å avfeie mennesker med upopulære eller støtende meninger er å trekke i tvil deres universelle egenskaper som mennesker: evnen til å tenke rasjonelt og å forme og endre sine oppfatninger i møte med andre rasjonelle og tolerante mennesker. I debatten om ytringsfrihet etter terroren 22. juli 2011 uttaler Helge Lurås¹⁰²:

”Man snakker om visse meninger som «troll» som må ut i lyset for å sprekke. Standpunktene og personene som har dem er allerede forhånds dømt. Dette er ikke en dialog- og debattform verdig et åpent og reelt demokrati.”

Det ligger i strl §135a også å verne grupper på bakgrunn av religion, avgrensningen mot blasfemi går på om det er gruppen av mennesker eller religionen i seg selv som rammes. Med det moderne ordet ”islamofobi” legges det her opp til en samrøre av begreper, ikke bare juridisk men i stor grad i samfunnsdebatten. En kritikk av

¹⁰² Lurås (30.07.2011)

Muhammed hevdes, og oppleves, av muslimer som et angrep på dem direkte. Dette vil i praksis være en kraftig brems på det som ellers ville vært sett som legitim religionskritikk. I spørsmålet om å ta ut tiltale etter strl §135a vil den samme vurdering måtte legges til grunn som for mer tradisjonelle rasistiske eller nazistiske uttalelser.

Å beskjære eller fjerne strl §135a betyr selvsagt ikke å godta diskriminering. Hets mot enkeltindivider tjener ikke ”grunnfjellet” i ytringsfriheten og kan lett avskjæres. Det kunne enkelt blitt sett som et tilfelle av ærekrenkelse med en eventuell skjerping i strafferamme dersom hetsen var rasistisk motivert. Å insistere på individuelle rettigheter, og ikke lover som anerkjenner rettigheter til etniske og religiøse grupper som sådanne er mest i tråd med likhetstanken og best egnet til å bekjempe diskriminering.

Det fremheves hvor viktig det er med symboleffekten, vernet som gis ved strl §135a skal vise at rasehets og ”hate speech” tas på alvor og ikke godtas. Men hva med den motsatte symboleffekten, det at vi viser at noen ytringer og meninger ikke er lovlige – at det er legitimt å stoppe andres meninger bare de er ”ille nok”. Man skulle tro at toleranse for det fremmede, uvante og kanskje upopulære ville være hovedpoenget i anti-rasistisk arbeid. Men det er det motsatte som signaliseres ved å forby ytringer basert på deres innhold. Det er etter mitt syn samme mentalitet som ligger bak både ytrerne av ”hate speech” og dem som ivrer for viktigheten av å bekjempe dem med straff; en trang til å kontrollere og tvinge egne meninger på andre. En intoleranse for det vi ikke liker og en manglende tro på kraften i de bedre argumenter.

Jeg tror mye kan vinnes på også å ”tolerere det intolerante”. For det første symboleffekten av hvor viktig toleranse er, og for det andre åpne for en dialog med mennesker og grupper med ”ekstreme meninger”. Dialog legger til rette for utveksling av synspunkter og modning av standpunkter. Kanskje det aller viktigste er det å insistere på alle individers autonomi, rett til å delta i den offentlige samtale og universelle evne til å si sin mening og vurdere argumenter.

4.5 Konklusjon

Vi har sett hvordan strl §135a har vokst frem på bakgrunn av internasjonal utvikling og press og hvordan paragrafen uløselig er knyttet til ytringsfrihet. På tross av menneskerettighetenes universelle aspirasjon og karakter ser vi hvor ulikt de praktiseres mellom stater, også blant stater som er medlem av de samme konvensjonene. Hva som ligger i uttrykket ”ytringsfrihet” ses ganske ulikt mellom land og kulturer, men at det er et kjerneinnhold som må være felles uten at friheten skal bli illusorisk er det enighet om. Ytringsfrihet er ikke absolutt og hvordan den mer bestemt skal avveies mot andre viktige hensyn er ikke alltid like enkelt å si. I denne oppgaven har jeg vektlagt demokratihensynet og særlig sannhetshensynet og konkluderer på bakgrunn av det at strl §135a på utilbørlig måte griper inn i denne rettigheten. Det har vært et internasjonalt press for å skjerpe vernet etter strl §135a, noe Norge har tatt konsekvensen av. På tross av gode hensikter og at en majoritet av jurister og politikere støtter endringene, har jeg tatt til orde for at dette ikke er noen heldig utvikling.

5 Litteraturliste

- Dalton, Dennis. *Freedom: The Philosophy of Liberation*. The Teaching Company, 1994. (lydbok)
- Demokrati – vilkår og virkninger*. Redigert av Midgaard, Knut og Rasch, Bjørn Erik. Bergen, 1998.
- Edgar, Andrew. *The philosophy of Habermas*. Chesham, 2005.
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2.utg. Oslo, 2006.
- Elgesem, Frode. *FNs rasediskrimineringskomité krever at rasehets tas på alvor*. I: Tidsskrift for Strafferett 2005 s 389. (www.lovdato.no)
- Etzioni, Amitai. *The Normativity of Human Rights Is Self-Evident*, I: Human Rights Quarterly vol 32. 2010.
(<http://www.gwu.edu/~ccps/etzioni/documents/The%20Normativity%20of%20Human%20Rights%20Is%20Self%20Evident.pdf>)
- Fredman, Sandra. *Discrimination law*. Oxford, 2002.
- Freedom of Speech Abridged*. Redigert av Kierulf, Anine og Rønning, Helge. Gøteborg, 2009.
- Gert, Bernard. *"The Definition of Morality"*, I: The Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2012. (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/morality-definition/>) [Sisert 4. november 2012]
- Harris, Sam. *The Moral Landscape: How Science Can Determine Human Values*. New York, 2010.
- Hughes, Steve. *Offended* I: Comedy Road Show. 20. juni 2009.
(<http://www.thatvideosite.com/v/2822>) (video) [Sisert 4. november 2012]
- Høgberg, Benedikte Moltumyr. *"Nye Grunnloven §100"* I: Lov og Rett 2006 s. 463. (www.lovdato.no)
- Høstmølingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003.
- Kokkvold, Per Edgar. *Folketale av Per Edgar Kokkvold*. I: Romsdals Budstikke 31. august 2012. (<http://www.rbnett.no/kultur/article502992.ece>) [Sisert 4. november 2012]

Kokkvold, Per Edgar. *Nynazismen og ytringsfriheten – et dilemma? I: Den norske presse og nazismen.* Oslo, 2001.

Lurås, Helge. *Vern om ytringsfriheten, nå! I: Aftenposten* 30. juli 2011.

(<http://www.aftenposten.no/meninger/debatt/article4187305.ece>) [Sitert 4. november 2012]

Riksadvokatens publikasjoner nr 2/2004: *Rasisme.* Oslo, 2004.

Steiner, Henry og Alston, Philip og Goodman, Ryan. *International human rights in context.* 3.utg. New York, 2007.

Store norske leksikon. "Moral". 2011. (<http://snl.no/moral>) [Sitert 4. november 2012]

Strand, Vibeke Blaker. *Forholdet mellom den norske Grunnlovens menneskerettigheter, de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene og ordinær lovgivning. - Særlig om religionsfrihet og vern mot diskriminering.* I: Retfærd nr. 119 s 1. 2007A.

(www.lovdata.no)

Strand, Vibeke Blaker. *Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett - et ensartet vern? I: Lov og Rett* s 131. 2007B. (www.lovdata.no)

Skirbekk, Gunnar. *Vit og vitskap.* Bergen, 1998.

Vestens store tenkere. Redigert av Eriksen, Trond Berg. Oslo, 2002.

Solvang, Fredrik og Kolberg, Marit. *Mener Frp bidrar til hatsk debatt.* I: NRK 22. november 2011. (<http://www.nrk.no/nyheter/norge/1.7886748>) [Sitert 4. november 2012]

Uttalelser:

CERD. General Recommendation No. 15: Organized violence based on ethnic origin (Art.4) 23. mars 1993

([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768))

CERDs uttalelse av 15. august 2005

(<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/b0f01303db356e96c125714c004eb10f?Opendocument>)

The human rights committee. General comment 26. 1997.

([http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/06b6d70077b4df2c8025655400387939?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/06b6d70077b4df2c8025655400387939?Opendocument))

Lov og forarbeidsregister:

NOU 1993:18	Lovgivning om menneskerettigheter
NOU 1999:27 100	”Ytringsfrihed bør finde Sted” Forslag til ny Grunnlov §
NOU 2002:12	Rettslig vern mot etnisk diskriminering
NOU 2009:14	Et helhetlig diskrimineringsvern
Ot.prp. nr. 33 (2004-2005)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)	Om lov om straff (straffeloven)
Innst.O.nr.69 (2004-2005)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)
Innst.S.nr.270 (2003-2004)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100, forslag fra Gunnar Skaug, Carl I. Hagen, Einar Steensnæs, Jan Petersen, Kristin Halvorsen og Lars Sponheim om endring av Grunnloven § 100. (Ytringsfrihet) og forslag fra Gunnar Kvasheim og Lars Sponheim om ny § 100 a i Grunnloven. (Offentlighetsprinsippet)
Grunnloven.	Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1814
Straffeloven.	Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10
Diskrimineringsloven.	Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. av 3. juni 2005 nr. 33
Straffeloven 2005.	Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28
Diskrimineringsombudsloven	Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005
Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950 (EMK)	
FNs Verdenserklæring om menneskerettighetene av 10. desember 1948	
FNs konvensjon av 7. mars 1966 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK)	
FNs konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)	
FNs konvensjon av 16. desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)	

Domsregister:

Rt 1977 114 (Hoas-kjennelsen)

Rt 1978 1072 (Leserbrevdommen)

Rt 1981 1305 (Vivi Krogh-dommen / Løpesedddommen)

Rt 1994 610 (Bølgepappkjennelsen)

Rt 1997 1821 (Kjuus)

Rt 2000 996 (Bøhlerdommen)

Rt 2002 1618 (Boot Boys)

Rt 2003 928 (Tønsbergs Blad)

Rt 2007 1807

Rt 2012 536

Handyside v UK The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. desember 1996.

Lingens v Austria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juli 1986.

Barfod v Denmark The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. februar 1989

Jersild v Denmark The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. september 1994

Sunday Times v UK The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. april 1979

Forkortelser:

EMK – Den europeiske menneskerettskonvensjon

EMD – Den europeiske menneskerettsdomstol

SP – FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

RDK – Rasediskrimineringskonvensjonen (konvensjonen)

CERD – Committee on the Elimination of Racial Discrimination (komiteen)

ØSK – FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Grl – Grunnloven

Strl – Straffeloven

NGO – non-governmental organization