

UiO : **Det juridiske fakultet**

Hvor godt er straffeloven § 185 begrunnet?

Kandidatnummer: 517

Leveringsfrist: 25.11.2021 kl. 12:00

Antall ord: 13.274



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING OG PROBLEMSTILLING	1
2	DE SENTRALE ARGUMENTENE PRO CONTRA FORBUD MOT HATEFULLE YTRINGER	2
2.1	Pro-argumentene	2
2.1.1	a) Farlig tankegods-argumentet	2
2.1.2	b) Stimulere demokratisk deltakelses-argumentet.....	4
2.1.3	c) Vern mot ytringen i seg selv-argumentet	5
2.2	Contra-argumentene	5
2.2.1	d) Demokratiargumentet.....	5
2.2.2	e) Sannhetsargumentet.....	8
2.2.3	f) Praktiseringsargumentet.....	9
3	LOVGIVERS BEGRUNNELSE FOR STRAFFELOVEN § 185 – GJENNOMGANG AV FORARBEIDENE, MED FORTLØPENDE ANALYSE AV DE SENTRALE ARGUMENTENES TILSTEDEVÆRELSE	11
3.1	Sorenskriver Harbek og straffeloven § 135 a.....	11
3.1.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved vedtakelsen av strl. § 135 a	12
3.2	Endringen i 1981 – homofile vernes	12
3.2.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved 1981-endringen.....	16
3.3	Endringen i 2003 – symbolbruk blir omfattet	16
3.3.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved 2003-endringen.....	18
3.4	Den omfattende endringen i 2005 – Holgersen-utvalget	18
3.4.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved 2005-endringen.....	22
3.5	Endringen i 2008 – Strl. § 135 a videreføres som § 185 i den nye straffeloven. Funksjonsnedsettelse omfattes	23
3.5.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved 2008-endringen.....	24
3.6	Endringene i 2009 – 2013 – straffelovs-endringer berørte bestemmelsen på tre måter	24
3.6.1	Tilstedeværelsen av argumentene i 2009-2013	25
3.7	Endringen i 2020 – Kjønnssidentitet og kjønnsuttrykk omfattes	25
3.7.1	Tilstedeværelsen av argumentene ved 2020-endringen.....	28
4	HVOR GODT ER STRAFFELOVEN § 185 BEGRUNNET?	29
4.1	Utredningsinstruksens krav til begrunnelse	29
4.2	Lovgivers begrunnelse for straffeloven § 185 holdt opp imot utredningsinstruksens krav til begrunnelse	30

4.2.1	Krav 1	30
4.2.2	Krav 2	31
4.2.3	Krav 3	31
4.3	Konklusjon.....	32
LITTERATURLISTE.....		33

1 Innledning og problemstilling

I Norge er ytringsfriheten vernet i Grunnloven § 100. Utgangspunktet er at ingen kan holdes ansvarlig for å ha «meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap». Bestemmelsen beskytter både individets ytringsfrihet og informasjonsfrihet. Vernet er imidlertid ikke absolutt. Det kan gjøres inngrep i ytringsfriheten, dersom det kan forsvares «holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati, og individets frie meningsdannelse». I norsk rett finnes flere ytringsforbud. Et eksempel er forbudet mot krenkelse av privatlivets fred, jf. straffeloven § 267. Hensynet bak er beskyttelse av enhvers private sfære.¹ Det finnes en grense for hvilke private opplysninger vi ønsker offentlig innsyn i. Et annet er forbudet mot fremsettelse av trusler, jf. straffeloven § 263. Bestemmelsen beskytter mot ytringer som er «egnet til å fremkalle alvorlig frykt». Den er et vern mot følelsen av frykt for at noe alvorlig skal skje med deg, eller noen du er glad i.²

De fleste ytringsforbud, diskuteres det lite rundt begrunnelsene for. Et unntak er forbudet mot hatefulle ytringer, den såkalte «rasismeparagrafen», i straffeloven § 185. Bestemmelsen lyder:

Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. Som ytring regnes også bruk av symboler. Den som i andres nærvær forsettlig eller grovt uaktsomt fremsetter en slik ytring overfor en som rammes av denne, jf. annet ledd, straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

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,
- c) seksuelle orientering,
- d) kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, eller
- e) nedsatte funksjonsevne

Mange andre demokratier har også bestemmelser liknende straffeloven § 185. Bestemmelsene går gjerne under navnet «hate speech laws». Internasjonalt er det stor uenighet omkring en rekke prinsipielle spørsmål vedrørende disse. De prinsipielle spørsmålene er både rettslige og filosofiske. Mange mener forbud mot hatefulle ytringer kolliderer med begrunnelsene for ytringsfriheten. Et argument er at de kolliderer med ytringsfrihetens begrunnelse i «demokrati» jf. grl. § 100. Bør staten, som legitimerer sin maktutøvelse i frie demokratiske valg, selv gå inn og være ordstyrer i ordskiftet forut for valget? Et annet argument er at bestemmelsene stiller særlige spørsmål knyttet til «individets frie meningsdannelse». Respekterer staten individets rett til tanke- og meningsfrihet, når den går inn og bestemmer hvilke ytringer offentligheten har godt av å høre? Det er også knyttet stor usikkerhet til slike bestemmelsers effektivitet. Mange

¹ Kierulf (2021) s. 114.

² Kierulf (2021) s. 111.

argumenter for at å forby hatefulle ytringer kan virke mot sin hensikt, og skape mer hat og diskriminering.

Straffeloven § 185 ble vedtatt i 1970. Bakgrunnen var norsk ratifisering av FNs rasediskrimineringskonvensjon. Ratifiseringen ble ansett å skape en rettslig plikt til å ha et forbud mot hatefulle ytringer. Hovedhensynet bak bestemmelsen var å verne minoriteter mot ytringer som tilskyndet hat og diskriminering mot dem.³ Tanken var å motvirke at tankegods som kan oppildne befolkningen til å fremme hat og diskriminering mot minoriteter, spres i offentligheten. Denne oppgaven stiller spørsmål ved hvor godt lovgiver har vært bevisst de *andre* sentrale argumentene som gjør seg gjeldende, ved vedtakelsen av et forbud mot hatefulle ytringer. Problemstillingen er: Hvor godt er straffeloven § 185 begrunnet?

Oppgaven løses på følgende måte:

Del 2 presenterer de sentrale argumentene pro contra forbud mot hatefulle ytringer; tre pro og tre contra.

Del 3 redegjør for lovgiver begrunnelse for straffeloven § 185. Dette gjøres ved en gjennomgang av forarbeidene til bestemmelsen, med en fortløpende analyse av hvor tilstedeværende de sentrale argumentene, redegjort for i del 1, har vært i lovgivningsprosessen. Tanken er å danne et bilde av hvor bevisst lovgiver har vært den sentrale argumentasjonen som gjør seg gjeldende ved forbud mot hatefulle ytringer.

Del 4 undersøker hvor godt begrunnet straffeloven § 185 er. Utgangspunktet er tatt i utredningsinstruksens begrunnelseskrav. Tanken er at de begrunnelseskrav utredningsinstruksen oppstiller til norske utredningsprosesser, også tegner en god norm for hvilke krav som kan stilles til lovgivers begrunnelser. Oppgaven konkluderer, ved å holde lovgivers begrunnelse for strl. § 185, opp mot de krav utredningsinstruksen oppstiller.

2 De sentrale argumentene pro contra forbud mot hatefulle ytringer

2.1 Pro-argumentene

2.1.1 a) Farlig tankegods-argumentet

Det mest sentrale argumentet for et forbud mot hatefulle ytringer, er at slike forbud hindrer spredning av farlig ideologisk tankegods. For å beskytte minoriteter mot hatet og diskrimineringen de kan bli utsatt for, som følge av spredningen, bør ytring av slikt tankegods forbys.

³ Kierulf (2021) s. 129.

Det er ikke tvilsomt at spredning av visse former for ideologisk tankegods, kan ha katastrofale følger. For eksempel bekrefter studier av massepsykologi dette. Karl Jung skrev, i «The Symbolic Life»:

“Indeed, it is becoming ever more obvious that it is not famine, not earthquakes, not microbes, not cancer but man himself who is man’s greatest danger to man, for the simple reason that there is no adequate protection against psychic epidemics, which are infinitely more devastating than the worst of natural catastrophes.”⁴

Historien er full av eksempler på at hele samfunn har blitt kollektivt psykotiske, pga. ideologisk propaganda. Lenin og de marxistiske intellektuelle, overbeviste arbeiderklassen i Sovjet om at å drepe storbøndene og brenne gårdene deres, var en nødvendig frihetskamp. Hitlers nazistiske propaganda på 1930-tallet overbeviste befolkningen om at å angi jøder til Gestapo, var frem-skritt.

Et eksempel på «moderne» ytringer som inneholder et skadelig tankegods, kan hentes fra plenumskjennelsen Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus). Temaet var grensen mellom hatefulle ytringer og ytringsfriheten. Saken gjaldt ytringsansvar for innholdet i Hvit Valgallianses partiprogram. For å sikre at Norge forble et rike med norsk etnisk sammensetning, foreslo partiprogrammet blant annet at alle utlendinger som har kommet til Norge etter 1975, skulle tvangs-deporteres. Dersom det skulle forekomme en befruktning mellom en etnisk norsk kvinne og en utenlandsk mann, burde staten tvangs-abortere fosteret. Høyesteretts flertall stemte for ytringsansvar etter strl. § 135 a (den tidligere hatytringsbestemmelsen).

Dersom det ideologiske tankegodset i dette partiprogrammet blir spredd i den norske befolkningen, kan det føre til et kollektivt moralsk forfall; ideer om raseoverlegenhet kan igjen komme på moten. Dersom marxistene og nazistene aldri hadde hatt ytringsfrihet, kan hende at deres «ideologiske virus» aldri hadde blitt spredd i samfunnet, og at noen av tidenes mest grusomme forbrytelser mot menneskeheten, aldri hadde funnet sted.

Blant tilhengerne av forbud mot hatefulle ytringer, er Jeremy Waldron blant de mest fremtredende røstene internasjonalt. Han mener at slike forbud, kombinert med annen lovgivning, danner et nødvendig helhetlig vern av minoriteter. Han knytter hen til begrepene «upstream and downstream laws».⁵ Oppstrøms-lover sikter til lover som forbyr ytringer. Nedstrøms-lover er liknende forbud mot *andre handlinger* enn ytringer. Oppstrøms- og nedstrøms-lovene er altså beslektet; de ivaretar det samme, eller svært liknende, samfunnshensyn. Oppstrøms-lovene gjør det gjennom ytringssanksjonering, nedstrøms-lovene gjør det gjennom andre tiltak. Eksempelvis er straffeloven § 185 en oppstrøms-lov. Likestillings- og diskrimineringsloven (LOV-2017-06-16-51), inneholder flere nedstrøms-lover, for eksempel ldl. § 6. Bestemmelsen søker å verne

⁴ Copley (2021) s. 1.

⁵ Waldron (2012) s. 179.

minoriteter fra diskriminering generelt i samfunnet, jf. ldl. § 2. Strl. § 185 søker å verne minoriteter fra diskriminerende samfunnsvirkninger av hatefulle ytringer.

Waldrons mener forbud mot hatefulle ytringer «gjør samme jobben» som for eksempel forbud mot deling av barnepornografi. Poenget er at produksjon av barnepornografi er et stort samfunnsproblem. For å hindre produksjonen, er det viktig å også hemme distribusjonen. Derfor er det viktig med en oppstrøms-lov som forbyr deling (altså en form for ytring) av barnepornografi. Uten denne, ville nedstrøms-loven som rammer selve produksjonen, miste effektivitet. Incentivet som skapes ved å ulovlig produsere, men lovlig kunne distribuere, kan føre til at flere filmer blir produsert, enn hvis distribusjonsadgangen også er forbudt. Waldron hevder at «exactly the same points apply to the case of hate speech as well».⁶

2.1.2 b) Stimulere demokratisk deltakelses-argumentet

Et annet argument for forbud mot hatefulle ytringer, er at slike forbud kan stimulere minoriteters demokratiske deltakelse. Når noen grupper i samfunnet blir utsatt for grov hets, kan medlemmer av gruppen unnlate å ytre seg offentlig. Dette kan være av frykt for fysiske trusler, eller den sosiale kostnaden av å ytre noe upopulært. Gode demokratiske beslutninger forutsetter at flest mulige individer får uttrykt sin mening offentlig. Dersom det kun er majoritetsbefolkningen som i praksis deltar i det offentlige ordskiftet, blir minoriteters syn på en rekke samfunns spørsmål neglisjert. Et forbud mot hatefulle ytringer kan avhjelpe denne situasjonen, ved at majoritetsbefolkningen sanksjoneres for den groveste hetsen mot minoriteter, og derfor avstår fra å ytre den.

Jeremy Waldron argumenter på denne måten. Først understreker han at hatefulle ytringers skadevirkning på demokratisk deltakelse, ikke må undervurderes. Han viser til følgende eksempel. I Florida ble det satt opp et skilt med påskriften: «Jews and Dogs Prohibited». En slik ytring har en kraftig virkning på minoriteten (her jøder), og på majoriteten i samfunnet. Ytringen virker, ifølge Waldron, utover det umiddelbart støtende meningsinnholdet; mellom linjene sprer de også et budskap. Budskapet til minoriteten er: Jøder er ikke velkommen her. Dere må huske på hva som har skjedd med deres folkegruppe før, og ikke føle dere trygge. Vi venter på rette anledning til å ta dere. Budskapet til majoriteten er: Vi vet at noen av dere kjenner jødene for det de er, og forakter dem likeså sterkt som oss. Dere er ikke alene. En tid vil komme når vi alle kan slå til.

Waldron hevder at hatefulle ytringer har så omfattende virkninger, at de kan forringe noe fundamentalt i samfunnet: «a sort of public good of inclusiveness».⁷ Det er følelsen alle i et velfungerende samfunn har av å kunne drive med sitt, uten å frykte fiendtlighet, vold og diskriminering fra andre. I velfungerende samfunn har alle denne følelsen, og den ivaretas uten at man

⁶ Waldron (2012) s. 183.

⁷ Waldron (2012) s. 4.

tenker stort over det. Som ren luft og rent drikkevann, er det bare der. Videre kan hatefulle ytringer frarøve individet en «basic social standing, I call their dignity».⁸ Denne verdigheten er selve den sosiale status, «the fundamentals of basic reputation» som sørger for at individet blir behandlet som likeverdig i samfunnshverdagen. Hatefulle ytringers formål er å angripe og undergrave denne verdigheten. Hatefulle ytringer søker altså å forringe selve grunnlaget individet har for å bli behandlet som likeverdig borger i et demokrati. Dette inkluderer grunnlaget for demokratisk deltakelse.

Når virkningene av noen typer ytringer er så graverende, hevder Waldron at demokratiet ikke kan unnlate å forby dem. Han hevder at et forbud mot hatefulle ytringer vil ha en viktig oppdragende effekt på befolkningen. Det vil legge til rette for at man benytter saklige argumenter, og ikke hatefulle ytringer, i det offentlige ordskiftet. Det vil skapes et sunt ytringsmiljø, der også minoritetsgrupper deltar.

2.1.3 c) Vern mot ytringen i seg selv-argumentet

Et tredje argument for forbud mot hatefulle ytringer, er at staten bør verne individet mot skadelige handlinger. Det er ikke tvilsomt at å bli utsatt for en hatefull ytring kan være meget belastende, psykisk og fysisk. Av samme grunn som at staten bør forby uprovoserte knyttneveslag, bør den også forby hatefulle ytringer. Det er ingen grunn til å skille mellom fysisk og psykisk vold, når psykisk vold kan være minst like skadelig.

En vanlig begrunnelse for dette argumentet, er at ytringsfriheten må avveies mot andre menneskerettigheter. Grl. § 100 jf. EMK art. 10 om ytringsfrihet må eksempelvis avveies mot EMK art. 14 om diskrimineringsvern. Tanken er at noen typer ytringer, i seg selv, representerer en form for diskriminerende hets, som ikke kan være beskyttet av ytringsfriheten.

Flertallet i Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus) argumenterte på en slik måte. Begrunnelsen for domfellelse la vekt på at man her stod overfor en type ytringer, som i seg selv, var så skadelig at de burde straffes. Det er i «høyeste grad usikkert» at argumentasjon alene er nok til «å få satt en stopper for de groveste rasistiske ytringer».⁹ Et eksempel var raseideologiske politiske meninger, slik som i Hvit Valgallianses partiprogram.

2.2 Contra-argumentene

2.2.1 d) Demokratiargumentet

Et sentralt argument imot forbud mot hatefulle ytringer, er at et slikt forbud innebærer et for stort statlig inngrep i det politiske ordskiftet. Dette skaper problemer vedr. ytringsfrihetens begrunnelse i «demokrati og individets frie meningsdannelse» jf. grl. § 100.

⁸ Waldron (2012) s. 5.

⁹ Rt-1997-1821 s. 1833.

Prinsippet om individets frie meningsdannelse, tar utgangspunkt i at individet er født med «ukrenkelige, førpolitiske rettigheter til frihet i handling såvel som i talehandling».¹⁰ Dette innebærer at alle individer, som et klart utgangspunkt, har en ukrenkelig rett til tanke-, menings- og ytringsfrihet. I et demokrati knyttes dette også til et kommunikativt og deliberativt aspekt.¹¹ Det er gjennom velinformert diskusjon med andre at individet utvikler sine politiske meninger, jf. også sannhetsprinsippet nedenfor (i 2.2.2). I denne prosessen har individet status som et selvstendig tenkende vesen, som har rett til å fritt vurdere og tolke andres meninger. Individet har derfor rett på informasjonstilgang til andres ytringer, og frihet til å selvstendig gjøre seg opp en mening om dem.

Dette er også en forutsetning for et velfungerende demokrati. Samfunnets lovgivende makt er stortinget, jf. grl. § 75. Stortinget får sin makt gjennom «frie og hemmelige valg,» jf. grl. § 49. Lovene i et demokrati, legitimeres altså i den frie folkeviljen. All legitim myndighets-utøvelse i et demokrati, kan derfor sies å springe ut av det frie individs politiske meninger. Det er det frie individ, som gjennom et offentlig ordskifte har lovregulert seg selv.

Følgelig blir et klart utgangspunkt at staten, som legitimerer sin maktutøvelse i individets politiske tanke-, menings- og ytringsfrihet, ikke selv kan gripe inn i den politiske debatten. Et regjeringsparti kan selvsagt ikke vedta en forskrift som forbyr offentlig kritikk av partiet. Det vil skape en klart demokratisk illegitim situasjon, der det er staten, og ikke individet, som er premissleverandør for retningen det offentlige ordskiftet tar. Det kan argumenteres for at forbud mot hatefulle ytringer, også innebærer en demokratisk illegitim statlig interaksjon i det politiske ordskiftet.

En av begrunnelsene for forbud mot hatefulle ytringer er, jf. argument a og b ovenfor, at staten til en viss grad bør søke å oppdra befolkningen, og skape et sunt ytringsmiljø. Dette for å hindre at farlig ideologisk tankegods sprer seg i befolkningen, og skader minoriteter i samfunnet. Tanken er altså at staten bør innta rollen som en politisk ordstyrer, og forsøke å kontrollere hvilke ytringer befolkningen skal høre og på hvilken måte befolkningen skal reagere når de hører ytringene. Dette kan sies å kollidere med utgangspunktet om at det er *folket selv*, i kraft av å være selvstendige tenkende vesener, som skal styre det politiske ordskiftet. Kristian Skagen Ekeli, har skrevet en artikkel der han argumenter *for* en sterk statlig beskyttelse av ytringer som oppfordrer til terrorisme. Han skriver at

«Det virker både merkverdig og inkonsistent å anta at borgere i et demokrati har rett til å styre, men samtidig behandle dem *som om* de mangler den nødvendige refleksjons- eller tenkeevne til å gjøre seg opp egne oppfatninger om politikk – slik at de bør beskyttes mot å bli eksponert for farlige ideer og synspunkter.»¹²

¹⁰ NOU: 1999: 27 s. 22

¹¹ NOU: 1999: 27 s. 24.

¹² Ekeli (2014) s. 172.

Mindretallet i Rt. 1997 1821 (Kjuus) argumenterte også på denne måten. Mindretallet ville frikjenne den ansvarlige for spredningen av Hvit Valgallianses partiprogram, med henvisning til ytringsfriheten. Mindretallet vektla at partiprogrammet ikke direkte oppfordret til å begå straffbare handlinger. I motsetning til flertallet oppstilte altså mindretallet et klarere skille mellom politiske ytringer og ulovlige handlinger. I amerikansk rettstenkning er dette skillet sentralt. Der er statlig forbud mot hatefulle ytringer kun tillatelig dersom ytringene «skaper (og har til hensikt å skape) en sannsynlig og overhengende fare for ulovlige handlinger».¹³

Videre kan forbud mot hatefulle ytringer, også ha en uheldig langtidseffekt på det politiske ordskiftet. James Weinstein mener at forbud kan skape situasjoner av demokratisk illegitimitet overfor noen borgere i samfunnet.¹⁴ Med demokratisk illegitimitet siktes her til en normativ diskusjon vedr. hvilke samfunnsmessige forhold som må være til stede, for at borgerne skal ha en moralsk plikt til å adlyde en lovbestemmelse. Dette er en omfattende diskusjon. Et utgangspunkt er likevel at siden alle individer er bundet av lovene i et demokrati, er en forutsetning for disse lovenes legitimitet, at alle borgerne i samfunnet har hatt mulighet til å delta i ordskiftet som ledet frem til vedtakelse av lovene. Prosessen forut for lovvedtak, må bestå av individer som er ansett som politiske likemenn. Kun da kan en tvangsmessig utøvelse av lovenes innhold legitimeres overfor alle i samfunnet.

Weinstein mener Waldron har oversett vesentlige poenger i sin barnepornografi-analogi. Waldron peker på ett område i samfunnet, som er regulert med en form for ytringssensur, og mener at forbud mot hatefulle ytringer kan gis samme begrunnelse. Dette blir for unyansert, ifølge Weinstein. Han mener at oppstrøms-lover kan skape demokratisk illegitime nedstrøms-lover. Forbud mot hatefulle ytringer virker ekskluderende for noen gruppers synspunkter i den politiske debatten i samfunnet. De er «viewpoint-discriminatory».¹⁵

Poenget er at forbud mot hatefulle ytringer innebærer at ytring av visse synspunkter i en samfunnsdebatt, vil sanksjoneres. Denne sanksjoneringen vil trolig ha innvirkning på hvilken retning debatten tar. Det er ikke gitt at debatten går i den samme politiske retningen den ville gjort uten sanksjoneringen. Dette fordi noen politiske røster i samfunnet, i større grad enn andre, vil bli møtt med sanksjoner for deres synspunkter. Målt mot idealet om at alle i samfunnet bør behandles som politiske likemenn, oppstår dermed en skjevhet. Noen borgeres politiske meninger stiller dårligere, på grunn av forbudet. Å verne et utvalg minoriteter, som i strl. § 185, vil kunne skape *andre* minoriteter som ikke blir «hørt like høyt» som de ville blitt uten forbudet. Er man moralsk bundet av beslutninger man ikke får ta del i, fordi staten har gjort ytring av noen synspunkter straffbare?

¹³ Ekeli (2014) s. 164.

¹⁴ Weinstein (2017) s. 529 flg.

¹⁵ Weinstein (2017) s. 545.

Weinstein mener ikke forbud mot hatefulle ytringer, gjør alle nedstrøms-lover *fullstendig* demokratisk illegitime. Det er et gradsspørsmål.¹⁶ Et arbeidsdisminerings-vern kan bli mer illegitimt enn det hadde vært, uten forbudet mot hatefulle ytringer, men ikke fullstendig illegitimt.

2.2.2 e) Sannhetsargumentet

Et annet argument imot et forbud mot hatefulle ytringer, er at slike forbud griper for omfattende inn i ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken. Dersom det skal gjøres inngrep i ytringsfriheten, må dette være «forsvarlig holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken» jf. grl. § 100. Bestemmelsen sikter til det såkalte sannhetsprinsippet. Den moderne vitenskapelige tenkemåte, innebærer at sannhetssøken best gjøres gjennom en prosess som er «verdslig, kulturavhengig og dialektisk».¹⁷ Menneskets fornuftsevne er ikke ufeilbarlig; ingen er født med viten om hva sannheten er. Et særs viktig element i individuell sannhetssøken, er derfor meningsutveksling med andre. Individet må lære bort og selv lære, gjennom argumentasjon. Uten ytringsfrihet, vil mange motargumenter forstumme. Individet mister da informasjonstilgang til andres argumenter. Dette medfører en innsnevring av meningene i det offentlige ordskiftet, som igjen hemmer individets premisser for sannhetssøken. Argumentet er at forbud mot hatefulle ytringer forstummer noens meninger, i så stor grad at det rammer sannhetsprinsippet.

Det kan argumenteres for at noen typer ytringer, er uten stor sannhetsstimulerende verdi. Et eksempel kan hentes fra en nyere Lagmannsrett-dom, LB-2017-39052. En mann ble dømt etter strl. § 185 for å bla. ytre, til en gravid somalisk kvinne: «Hvor mange aper har du i magen?». Man kan argumentere for at grove, sjikanøse ytringer, som dette, ikke bidrar til noen stimuli av sannhetssøken. Individene som hører dem, får ingen større kunnskap om verden; de har ikke potensiale som sannhetssøkende verktøy. Potensiale disse ytringene har, er kun å gjøre psykisk og fysisk skade på dem som utsettes for dem.

Imidlertid er sannhetssøken en komplisert prosess. Det er ikke lett å finne sannheten. Det sannhetssøkende individ må manøvrere gjennom mange vanskelige problemstillinger. Det må, overfor seg selv, på en tilfredsstillende måte, besvare mange av de spørsmålene som har opptatt filosofien siden tidenes morgen. Det må lære seg å skille mellom hvem som lyver og hvem som snakker sant, mellom hvem som bare krenker og hvem som sier noe fornuftig på en fornærmende måte. Det hele toner ned til et ekstremt komplisert valg, som bygger på individets erfaring. I de aller fleste situasjoner, toner det ned til en individuell konklusjon om hva individet *tror* er sant. En 90 år gammel kvinne blir enke etter 70 års ekteskap. Noen stiller henne spørsmålet: Elsket din mann deg? Hun trekker frem et helt liv av erfaringer som indikerer det og det, og svarer ja. Men hun kan ikke vite det. Hun er overlatt til å trekke slutninger basert på sine erfaringer, og hun velger å trekke en konklusjon om at hun *tror* han elsket henne.

¹⁶ Weinstein (2017) s. 565.

¹⁷ NOU: 1999: 27 s. 21.

Dersom vi søker sanksjonering, istedenfor imøtegåelse av ytringer vi misliker sterkt, kan vi frarøve oss selv viktige elementer ved den kompliserte sannhetssøkende prosess. Følgende fortelling fra virkeligheten, kan illustrere: Bjørn Stærk var i ungdomstiden svært aktiv på såkalte BBS-nettverk. BBS står for Bulletin Board Systems, og var 90-tallets forløper til dagens internetforum. BBS-er var diskusjonsplattformer, der alt mellom himmel og jord ble diskutert. Blant de mest aktive debattanter Stærk møtte der, var en Holocaust-fornekter. Han var personlig fullstendig overbevist av – og gjorde sitt beste for å overbevise de andre i forumet – om diverse teorier om «Holocaust-løgnen, om morderiske jøder og om genetisk underlegne raser».¹⁸ Å argumentere imot var svært vanskelig. Holocaust-fornekteren hadde tilsynelatende svært gode begrunnelser for sitt standpunkt. Han var belest og var en god debattant. Stærk ønsket å vinne over Holocaust-fornekteren ved hjelp av argumentasjon, ikke sensur. Han beskriver den vanskelige opplevelsen av å stå der «naken, uten noe annet å støtte meg på enn saklige argumenter».¹⁹ Han beskriver en lang og slitsom sannhetssøkende prosess, der han til slutt klarte å bryte ned Holocaust-fornekterens argumenter. Etter en møysommelig gjennomgang av kildene Holocaust-fornekteren henviste til, klarte Stærk å fremstille svært gode argumenter for hvorfor en så stor historieforfalskning ikke var gjennomførbar. Videre at å så tvil om gassen Cyklon Bs dødelighet ikke har hold i kjemien. Den sannhetssøkende prosessen var hard, men belønningen stor. Den var berikende. «Jeg glemmer aldri den følelsen heller. Følelsen av å ha vært gjennom en ildprøve, og at jeg bestod den ute å jukse».²⁰

Hadde Stærk valgt å blokkere Holocaust-fornekteren, i stedet for å imøtegå argumentene hans, hadde han frarøvet seg selv den berikende sannhetssøkende prosessen. Og han ville, den dag i dag, vært dårligere rustet til å møte en Holocaust-fornekters argumenter. Den som vil finne sannheten, må invitere, ikke sanksjonere. Finnes det en bedre måte å finne sannheten om Holocaust på, enn å lære seg å bryte ned argumentene til dem som sprer løgner om det?

2.2.3 f) Praktiseringsargumentet

Et tredje argument imot forbud mot hatefulle ytringer er at både utformingen og praktiseringen av slike bestemmelser har vist seg å være svært vanskelig. Utformingsproblemet skyldes først og fremst terminologiske problemer. Et forsøk på å lovregulere et fenomen som hatefulle ytringer, gjør at lovgiver tvinges til å benytte et språk som i for stor grad baserer seg på subjektive, dynamiske begreper. Straffeloven § 185 benytter flere slike. Hva som er en «hatefull ytring», «diskriminerende» eller å «fremme ... hat» er avhengig av tolkerens subjektive meninger. Lovanvendere stilles dermed overfor svært vanskelige tolknings spørsmål. Det er veldig vanskelig å skape en objektiv standard. Disse utfordringene er så store at slike bestemmelser kan komme

¹⁸ Stærk (2013) s. 8.

¹⁹ Stærk (2013) s. 9.

²⁰ Stærk (2013) s. 10.

i konflikt med grunnleggende rettsstats-prinsipper, som for eksempel legalitetsprinsippets klarhetskrav, jf. grl. § 96. Nadine Strossen argumenter for at forbud mot hatefulle ytringer, pga. utformingsproblemer uunngåelig kommer i konflikt med «fundamental free speech principles».²¹

Det er en rekke eksempler fra internasjonal rettspraksis, der forbud mot hatefulle ytringer har blitt misbrukt politisk, til å angripe politisk opposisjon.²² Misbruk av makt kan imidlertid gjøres ved bruk av enhver lovbestemmelse, og trenger ikke konkret ha noe med forbud mot hatefulle ytringer å gjøre. Interessant er likevel at rettspraksis fra en rekke land som regnes som moderne demokratier, også tegner et bilde av problematisk bruk av slike forbud. Dette kan tyde på at ved praktisk anvendelse av forbud mot hatefulle ytringer, materialiseres rettsstatsproblemer, uavhengig av om lovanvenderen har noe motiv om misbruk. Det følgende kan være to eksempler: I Østerrike ytret en anonym bruker på Facebook at lederen for Østerrikes miljø-parti, Eva Glawischnig, var en «meise Volksverräterin» og en «korruptes[s] Trampel».²³ På norsk betyr dette omtrent det samme som «elendige forræder» og «korrupte gresskar». De østeriske domstolene anså ytringene å være utenfor rammen for konstitusjonell beskyttelse. Facebook ble nødt til å fjerne innlegget og re-postene av det.

I Danmark ble den kvinnelige ex-muslimen, Firoozeh Bazrafkan, dømt etter den danske rasisemeparagrafen, i 2013. Hun bygde på personlig erfaring med islamske regimer, og ytret:

«... jeg er meget overbevist om, at muslimske mænd i meget stort omfang verden over både voldtager, mishandler og slår deres døtre ihjel. Dette skyldes efter min mening som dansk-iraner, at der er tale om en defekt, menneskefjendsk kultur – hvis det overhovedet er kultur? Men man kan sige, jeg mener, at der er tale om en defekt menneskefjendsk religion, hvis lærebog Koranen om muligt er endnu mere umoralsk, forkastelig og vanvittig end de andre 2 verdensreligioners manualer til sammen.»²⁴

Videre viser studier at praktiseringen av forbud mot hatefulle ytringer, ikke har noen avtagende effekt på nivået av diskriminering og hat mot minoriteter.²⁵ Tvert imot kan de føre til en økning i nivået. Grunnen er blant annet at hat-grupper profiterer på sanksjoneringer, ved å bli ytringsmartyrer. Martyr-rollen brukes som et viktig moment i deres aktivisme. Nynazisten kan si til dem han vil rekruttere: «Jeg kjenner Sannheten, og de er så redde for at jeg skal avsløre den, at de straffer meg for å ytre den». Videre fører sanksjonering til at farlig ideologisk tankegods ikke kommer frem i lyset, og blir bekjempet av argumenter i det offentlige ordskiftet. I stedet «vokser» tankegodset i samfunnets smug. Majoriteten mister kontroll over hvem de hatefulle

²¹ Strossen (2018) s. 119.

²² Strossen (2018) s. 83-86.

²³ Strossen (2018) s. 99.

²⁴ U.2014.73.

²⁵ Strossen (2018) s. 133 flg.

er, og de hatefulle mister muligheten til å justere sine meninger gjennom offentlig dialog.²⁶ Samfunnet polariseres, hatet øker.

3 Lovgivers begrunnelse for straffeloven § 185 – gjennomgang av forarbeidene, med fortløpende analyse av de sentrale argumentenes tilstedeværelse

3.1 Sorenskriver Harbek og straffeloven § 135 a

Historien om § 185 begynner i 1961. Straffeloven § 135 vernet «den almindelige Fred» ved å forby visse typer offentlig opphisselse av folkemasser. Bestemmelsen skulle nå tilføyes et nytt annet ledd. Bakgrunnen var at tidlig i 1960, gjennomgikk Europa en bølge av antisemittisme. I Norge var det også noen tilfeller av hakekorsmaling og liknende. Det ble derfor ansett nødvendig at § 135 ble utvidet til å også ramme den som offentlig «forhåner eller opphisser til hat eller ringeakt mot en folkegruppe».²⁷

Den 21. november 1966 undertegnet Norge konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK). Med dette fulgte en rekke rettslige spørsmål vedr. ratifiseringen av konvensjonen. I den forbindelse ble sorenskriver Ole F. Harbek, den 20. september 1966, oppnevnt til utredningsmann. Harbek skulle vurdere hvilke konsekvenser en ratifikasjon fikk for norsk rett, inkludert hvilke lovendringer som ble nødvendige. Februar 1969 stod utredningen klar. Det var særlig RDK art. 4 som kunne påvirke norsk rett. Under utarbeidelsen av konvensjonsteksten, oppsto en diskusjon om avveininger mellom art. 4 a-b og menings-, ytrings- og foreningsfrihet. De nordiske landene fremførte at i deres land stod ytringsfriheten så sterkt at den aldri ville kunne vike for fremsettelse av «standpunkter og meninger».²⁸ Dette førte til at det ble inntatt et direkte forbehold i art. 4, om at det ved gjennomføringen av RDK måtte tas tilbørlig hensyn til øvrige menneskerettigheter, inkl. ytringsfriheten jf. art. 5 bokstav d vil. De nordiske landene anså ratifikasjon av RDK for først og fremst for å være en prinsippløst. Harbek-utvalget kom til at bestemmelsen ikke pålå «å gjøre noen endringer i gjeldende regler om og tale- og trykkefrihet».²⁹ Tross dette utgangspunktet, kom Harbek-utvalget til at RDK art. 4 påla Norge å styrke sitt vern mot hatefulle ytringer. Ratifikasjon medførte altså likevel en viss forpliktelse. Det som måtte gjøres straffbart var «propaganda, som inneholder trusler eller forhånelser eller gjør noen til gjenstand for hat eller falske beskyldninger».³⁰ Utvalget foreslo at

²⁶ Strossen (2018) s. 143.

²⁷ Lov 9 juni 1961 nr. 8.

²⁸ Harbek-utredningen (1969) s. 10.

²⁹ Harbek-utredningen (1969) s. 24.

³⁰ Harbek-utredningen (1969) s. 24-25.

straffeloven § 135 annet ledd skulle oppheves, og at en ny § 135 a skulle opprettes. Formålet med strl. § 135 a var å iverksette tiltak mot spredningen av ideer om rasehat.

På bakgrunn av utredningens konklusjoner, støttet Utenriksdepartementet norsk ratifisering av RDK. Departementet bemerket at RDK ikke medførte noen ubetingede forpliktelser for Norge, til å gå til lovgivningssteg for å oppfylle dens innhold.³¹ Derfor oppstod ingen egentlig problematikk vedr. ytringsfrihetens grenser. Utenriks- og konstitusjonskomiteen hadde ingen øvrige merknader, og samtykket til norsk ratifikasjon av RDK.³² Ratifisering av RDK var et faktum. Harbek-utvalgets forlag til straffeloven § 135 a, ble i all hovedsak tiltrådt av Justis- og politidepartementet.³³ Departementet fremmet et forslag om at strl. § 135 annet ledd skulle avskaffes, og en ny § 135 a vedtas. I innstillingen til odelstinget støttet justiskomiteen for alt det vesentlige dette forslaget.³⁴ F.o.m 5. juni 1970 trådte den nye bestemmelsen i kraft. Ordlyden var:

«Med bøter eller fengsel inntil 2 år straffes den som ved uttalelse eller annen meddelelse som fremsettes offentlig eller på annen måte spres blant allmenheten, truer, forhåner, eller utsetter for hat, forfølgelse eller ringeakt en person eller en gruppe av personer på grunn av deres trosbekjennelse, rase, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse.»

3.1.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved vedtakelsen av strl. § 135 a

Gjennomgangen viser at det nærmest utelukkende var uttalelser fra Harbek-utredningen som lovgiver forholdt seg til, før vedtakelsen av § 135 a.

I den grad contra-argumentasjonen var til stede, var det gjennom en klar konsekvenstenkning vedr. en ratifiserings innvirkning på ytringsfriheten. Det virker særlig å ha vært at RDK først og fremst var en prinsipperklæring, som «beroliget» lovgiver vedrørende ytringsfrihetens grenser. Understrekingen av at ratifiseringen ikke skulle ha noen betydning for ytringsfriheten i de nordiske landene, vitner om at lovgiver antagelig var godt bevisst argument d og e. Dette fordi argumentene dreier seg om forbuds mulige kollisjon med ytringsfrihetens begrunnelser. Argument f var ikke til stede. Det fremkommer ingen betenkning omkring forbud mot hatefulle ytringers praktiseringsproblemer.

Pro-argumentene var til stede, i kraft av selve vedtakelsen. Det var argument a, om å beskytte minoriteter mot spredning av ideologisk tankegods som kan skade minoritetene, som var hovedargumentet.

3.2 Endringen i 1981 – homofile vernes

I 1972 avskaffet Norge forbudet mot seksuell omgang mellom menn. Justiskomiteens flertall, uttrykte i den anledning at det kunne bli «nødvendig med lovgivning og sosiale tiltak av omsyn

³¹ St. Prp. nr. 107 (1969-1970) s. 3.

³² Innst. S. nr. 239 (1969-1970).

³³ Ot. Prp. nr. 48 (1969-1970) s. 15 flg.

³⁴ Innst. O. nr. 42 (1969-1970) s. 1-3.

til homofile mennesker».³⁵ I tillegg uttrykte Det Norske Forbundet av 1948, en organisasjon som jobbet for homofiles rettigheter, et politisk ønske om utvidelse av strl. §§ 135 a og 349 a. 11 april. 1975 fikk Straffelovrådet i oppdrag å utrede hvorvidt det strafferettslige vernet av homofile, burde styrkes. Rådet uttrykte generell skepsis til bruk av straff som politisk virkemiddel. Opprettelsen av norske straffebud, som følge av internasjonale forpliktelser, reiste en særlig fare for at «hensyn som ellers kan tale mot kriminalisering, ikke blir tatt opp til nærmere overveielse».³⁶ Som eksempel viste rådet til Harbek-utredningen der «ytringsfrihetens betydning bare ble summarisk nevnt». I denne forbindelse viste det også til at i 1971 forkastet Stortinget – nettopp med henvisning til ytringsfriheten – Regjeringens forslag om en ny § 135 b, som rettet seg mot krigspropaganda. Rådet mente at et vern for homofile, først og fremst måtte søkes i ikke-rettslige virkemidler.³⁷ En egen straffebestemmelse mot krenkelser av homofile, ble ikke anbefalt. Vernet måtte i så fall bli en utvidelse av strl. § 135 a. Rådet henviste til en utredning det gjorde året før (i 1978), i forbindelse med straffebestemmelser mot voldsskildringer. Rådet understreket at når det var snakk om å berøre grunnloven § 100 strafferettslig, «bør spørsmålet ikke i første rekke være om slike straffebestemmelser kan gis uten at dette kommer i strid med grunnloven eller internasjonale konvensjoner Norge er bundet av».³⁸ Lovbestemte begrensninger i grl. § 100 bør bare gjøres i den «utstrekning dette er nødvendig for å verne andre viktige samfunnsinteresser», og det er «særlig grunn til å vise varsomhet med å bruke forbud og straff som virkemiddel».

I spørsmålet om strl. § 135 a burde utvides, delte rådet seg i to. Rådets faste medlemmer, bestående av Johs. Andenæs og Rolv Ryssdal, var imot utvidelse. De pekte på at homofile allerede hadde det alminnelige strafferettslige vernet alle borgere i Norge har. Spørsmålet om det i tillegg bør gis et særlig strafferettslig vern av homofile, kom ikke uten betenkeligheter.

Det var utvilsomt at det eksisterte fordommer mot homofile i samfunnet. Noen av disse fordommene kunne trolig spores til en kristenkonservervativ moral. Disse fordommene var imidlertid allerede i liberal utvikling. Det ble vist til kontrasten mellom en biskop-uttalelse fra 1954, og en biskop-uttalelse fra 1977. Det hadde skjedd en stor oppmykning i synet på homofile, i kirken. Det fantes også fordommer av ikke-religiøst opphav. Disse kunne skyldes en mer «allmennmenneskelig motvilje».³⁹ Det var mange som aksepterte homofili, men som hadde vanskelig for å godta «at homofile åpent markerer sin legning», og som syntes det var vanskelig «å akseptere homofilt samliv».

³⁵ Ot. Prp. nr. 29 (1980-1981) s. 4.

³⁶ NOU: 1979: 46 s. 39.

³⁷ NOU: 1979: 46 s. 40.

³⁸ NOU: 1979: 46 s. 41.

³⁹ NOU: 1979: 46 s. 47.

Når dette var realiteten, var det en fare for at et strafferettslig vern kunne «lede til økt aggresjon og derfor virke mot sin hensikt».⁴⁰ Det ble henvist til en artikkel av John Leo i «Time Magazine» fra 1979. Artikkelen fremhevet uttalelser fra homofile aktivister, som hadde erfart at når lover om vern av homofile ikke fikk gjennomslag, skapte det en avtagende effekt på diskrimineringen av homofile i samfunnet. Det kunne skapes motsetninger i samfunnet, dersom det ble opprettet straffesaker mot personer på grunnlag av noe mange i befolkningen mente. Rådets faste medlemmer stilte seg derfor tvilsomme til om straff var rette veien å gå, for den som ønsket et vern av homofile.

De faste medlemmene understreket at det var ikke-rettslige midler som først og fremst burde søkes. Det klare utgangspunktet måtte være at ytringsfriheten skulle stå sterkest mulig. Unntak var kun dersom ytringsfriheten ble direkte misbrukt, eller måtte forventes å bli misbrukt på en slik måte at det var helt nødvendig å bruke forbud og straff som virkemiddel. Det måtte foreligge noe langt mer enn triviell uenighet, eller eksistensen av ytringer som kan mislikes. Rådet henviste til et avisinnlegg av Arne Skouen, fra 6. november 1978:

«Friheten til å ytre seg tar vi alvorlig her i landet. Men den er ikke lenger noen frihet, om vi ikke er i stand til å høre landsmenn bruke snakketøyet på en måte vi finner avskyelig, mens vi knytter nevene i bukselommene. Det er da den prøves... Vi tror vi kan skalke lukene gjennom forbud. Jeg tror det motsatte, som justiskomiteens formann Jo Benkow. Vi tror vi blir mindre rasistiske gjennom forbud. Jeg tror det motsatte. Det er som å forbinde et sår, og la betennelsen bre seg under bandasjen. Da tror vi at vi ikke har vondt av det vi ikke ser. Men langt verre er passiviteten vi oppfordrer til i offentligordskifte: vi tror spøkelset forsvinner om vi har forbudt det. Det er en oppfordring til bekvemhet i vårt forhold til rasismen, vi slipper konfrontasjonene om vi klapper til med forbud. Bare stopp kjeften på dem offentlig så får vi fred. Det er denne freden vi ønsker oss, uten å reflektere over hvor farlig den er. Vi ønsker å gjøre oss det makelig med ytringsfriheten».⁴¹

Rådets faste medlemmer var bekymret for at enhver utvidelse av § 135 a, ville innebære en form for inngrep i ytringsfriheten. Hver av disse utvidelsene, vil etter all sannsynlighet ha en brukbar begrunnelse for seg, isolert sett. Men, «en flerhet av unntak som hver for seg kan synes vel begrunnet, vil til sammen kunne uthule den ytringsfrihet som alle ansvarlige bekjenner seg til».⁴²

De to innkalte rådsmedlemmene, Bugge Fougner og Grünfeld, var for en utvidelse av straffeloven § 135 a. De vektla att følelsen av en større tilhørighet, medlemskap i en gruppe, er et stort menneskelig behov. Det er selve det trekk som «gjør oss til sosiale personer, at vi fungerer og utfolder oss innen rammen av et felleskap».⁴³ Denne trangen til å føle et gruppefelleskap, er særlig stor for den som har atypiske trekk og preferanser, i forhold til majoritetsbefolkningen. Belastningen av å tilhøre en minoritetsgruppe, som flertallet forbinder med negative trekk og

⁴⁰ NOU: 1979: 46 s. 42.

⁴¹ NOU: 1979: 46 s. 46.

⁴² NOU: 1979: 46 s. 46.

⁴³ NOU: 1979: 46 s. 50.

egenskaper, er stor. Kjernen i denne belastningen, er når forhold skyldes noe personen «ikke kan noe for», som saken er for «homofile i omgivelser preget av fordømmelse og krenkelse av personenes seksuelle orientering».⁴⁴

Hensynet til at straff ikke er et hensiktsmessig virkemiddel, gjorde seg etter de innkaltes syn mindre gjeldende «i de tilfeller hvor innskrenkningen av menneskets frihet og livsutfoldelse finner sted for å sikre minoritetsgruppene legitime behov for livsutfoldelse, m.a.o. hvor menneskerett står mot menneskerett».⁴⁵ Hensynene som talte for avskaffelse av den tidligere strl. § 213 (forbudet mot homoseksualitet) og løsgjengerlovens § 16 (en bestemmelse som straffet åpenbar offentlig beruselse), talte i denne sammenheng *for* en straffeutvidelse. Avskaffelsene viste, ifølge de innkalte, et samtidig lovgiverønske om å gi en større grad av frihet til minoriteter, på bekostning av majoriteten.⁴⁶

Det var viktig med opplysningsvirksomhet, men opplysningsvirksomheten alene var ikke tilstrekkelig. «Informasjon og strafferettslig vern må virke side om side mot det mål som bør tilstrebes, økt forståelse og toleranse for de homofile som gruppe».⁴⁷ Videre ble det vist til at Høyesterett hadde tolket § 135 a innskrenkende, med hensyn ytringsfriheten. Ytrings-inngrepene som bestemmelsen praktisk talt gjorde, var meget beskjedne. De innkalte mente at «det ikke kan foreligge noe berettiget behov for å uttale seg om menneskegrupper på en kvalifisert krenkende måte».

Samlet sett mente de innkalte at homofile derfor var å betegne som en gruppe som hadde behov for et særskilt strafferettslig vern. Strl. § 135 a burde tillegges ordlyden: «eller deres homofile legning eller leveform».

I den påfølgende odelstingsproposisjonen stilte Justisdepartementet seg, i all hovedsak, bak de innkalte medlemmenes standpunkt. Justisdepartementet stadfestet at homofile hadde et særskilt behov for vern, som «rekker lenger enn det alminnelige vern mot legemskrenkelser, ærekrenkelser og krenkelser mot privatlivets fred».⁴⁸ Vernet ble ansett for å melde seg med større behov for homofile, enn for andre grupper i samfunnet. Åndssvake, synssyke eller alkoholikere var andre utsatte grupper, men samfunnet vernet i mye større grad om disse gruppene, dersom de blir utsatt for ærekrenkelser el. Det ble ansett hensiktsmessig å innføre et strafferettslig vern, som et uttrykk for en prinsipiell holdning. Departementet antok at «symbolfunksjonen» til bestemmelsen kunne gjøre det lettere for homofile til å leve «åpent». Departementet understreket at det viktigste arbeidet for homofiles vern måtte skje på en ikke-rettslig arena. Straffebestemmelsen måtte anses som et supplement. Det ble henvist til de faste rådsmedlemmenes poeng

⁴⁴ NOU: 1979: 46 s. 51.

⁴⁵ NOU: 1979: 46 s. 52.

⁴⁶ NOU: 1979: 46 s. 52.

⁴⁷ NOU: 1979: 46 s. 53.

⁴⁸ Ot. Prp. nr. 29 (1980-1981) s. 12 flg.

om at et strafferettslig vern kunne virke mot sin hensikt, men poenget ble ansett å være en hypotese, som ikke kunne ha avgjørende betydning.

Når det gjaldt forholdet til ytringsfriheten, var Justisdepartementet enig med de faste rådsmedlemmenes prinsipielle utgangspunkt. Inngrep i ytringsfriheten er kun tillatelig der det er viktig for å «ivareta andre viktige hensyn». Inngrepet en utvidelse av strl. § 135 a innebar var imidlertid beskjedent. Med henvisning til rettspraksis, slo departementet fast at det «er bare ytringer av kvalifisert krenkende karakter» som rammes.⁴⁹

Justiskomiteen var enige med justisdepartementet.⁵⁰ Odelstinget sluttet seg også til forslaget.⁵¹ Den 8. mai 1981, ble strl. § 135 a utvidet til å også verne homofile.

3.2.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved 1981-endringen

Gjennomgangen viser at det var Straffelovrådets utredning, som var senter for lovgivers bevissthet. Contra-argumentene var til stede, særlig gjennom de faste medlemmenes argumentasjon. Argument d og e, var til stede gjennom et grundig fokus på ytringsfrihetens prinsipielle begrunnelser. I tillegg må de sies å ha vært godt innom argument f. Dette bekreftes av stadfestingen av at det var ikke-rettslige midler som først og fremst burde benyttes, for å verne homofile. Straff i form av ytrings-sanksjonering var ikke et godt praktisk virkemiddel. At det ble uttrykt skepsis vedr. en senere utvidelse av bestemmelsenes diskrimineringsgrunnlag, må tilskrives som en skepsis vedrørende lovgivningsmetoden strl. § 135 a benyttet. Poenget om at forbud kan virke mot sin hensikt, var til stede.

Pro-argumentene var til stede, særlig gjennom de innkalte medlemmenes synspunkter. Det ble pekt på en rekke samfunnsforhold som bevitnet at homofile hadde et særlig behov for vern, og argument a ble igjen brukt som hovedargument for en utvidelse. Et mulig «hull» i lovgivers tankerekke, kan spores i Justisdepartementets argumentasjon. Departementet hadde ingen god begrunnelse for *hvorfor* de ikke stilte seg bak de faste medlemmene. Justisdepartementet nøyde seg med å være enig med de innkalte, uten å ordentlig bryte ned argumentasjonen til de faste medlemmene. For eksempel slo departementet, nærmest uten videre, fast at påstanden om at straff kan virke mot sin hensikt, var en hypotese. Det følger av den akademiske begrunnelsen for argument f, at påstanden er reell.

3.3 Endringen i 2003 – symbolbruk blir omfattet

På begynnelsen av 2000-tallet, kunne man spore en økning av rasistisk motivert vold i Norge. Det tragiske kulimineringspunkt var Benjamin-drapet på Holmlia, i 2001. Dette fikk Justisdepartementet til å opprette en studiegruppe, som fikk i oppdrag å undersøke anti-rasistisk

⁴⁹ Ot. Prp. nr. 29 (1980-1981) s. 14.

⁵⁰ Innst. O. nr. 36 (1980-1981) s. 2-3.

⁵¹ Besl. O. nr. 44 (1980-1981).

lovgivning i Sverige og Tyskland. Sverige og Tyskland hadde hatt problemer med rasisme i lengre tid, og i større omfang enn Norge.⁵² Studiegruppen bestod av Ørnulf Røhnebæk (leder), Katrine Fangen, Henrik Lunde, Stephan Mo og Peer Reehorst.

Studiegruppen fikk knapt med tid. Oppnevningen fant sted 31. januar 2001. Studiegruppens rapport ble overlevert til justisministeren 9. mars 2001. Gruppen skrev innledningsvis at den knappe tiden kunne ha betydning for kvaliteten på rapporten.⁵³ Det var vanskelig for studiegruppen å danne seg et klart bilde av effekten av den svenske og tyske lovgivningen. Både langtids- og kortidseffektene var det usikkerhet rundt. Det var heller ikke sikkert at innføring av like bestemmelser i Norge, ville få samme effekt som de hadde fått der. Gruppen bet seg likevel merke i at rasistisk motivert vold, gjerne kommer som en følge av økende rasistiske holdninger i befolkningen. Gruppen hadde tiltro til at et vern mot hatefulle ytringer derfor hadde gode grunner for seg. Gruppen ville imidlertid advare mot en oppfatning om at det land som har mest forbud mot rasisme, også er det landet som stikker av med seieren i rasismekampen. For vidtrekkende forbud, vil påvirke borgernes tillit til rettssystemet, og vil virke mot sin hensikt. Gruppen understreket den betydningen andre virkemidler har, som ulike typer av holdningsskapende arbeid.

Alle i studiegruppen anbefalte Norge å utvide § 135 a, til å omfatte symbolbruk. Gruppen mente det ville bidra til en mer effektiv straffeforfølgelse. Påtalemyndigheten ville lettere kunne bevise at en rasistisk ytring hadde blitt fremsatt; enten har man fremsatt et symbol, eller ikke. Samfunnet for øvrig ville nyte en større forutberegnelighet, for hvor grensene for rasistiske ytringer går.⁵⁴ Røhnebæk var inspirert av svenske og tyske bestemmelser som tilførte forbudet mot hatefulle ytringer en aldersgrense. Han mente at bestemmelsen burde reguleres på en liknende måte som for «grove filmatiske voldsskildringer», og ønsket at § 135 a burde endres til å kun straffe hatefulle ytringer fremført i nærvær av en person under 18 år.⁵⁵ Gruppens øvrige medlemmer støttet ikke dette forslaget, og mente § 135 a burde videreføres i sin opprinnelige form, men utvides til å også omfatte bruk av symboler. De mente det burde skje gjennom en tilføring av et nytt ledd i bestemmelsen.

Den påfølgende odelstingsproposisjonen fulgte, i all hovedsak, opp flertallet i studiegruppens forslag. Departementet var kun redaksjonelt uenig. Departementet mente det ekstra leddet kunne skape oversiktighet, og ville derfor ha utvidelsen inn i første ledd i stedet.⁵⁶

I justiskomiteen var medlemmene fra Fremskrittspartiet, imot utvidelse. De mente at forbudet mot rasistiske symboler, ikke ville løse problemet med rasisme.⁵⁷ I stedet kunne det virke mot

⁵² Ot. Prp. nr. 109 (2001-2002) s. 7.

⁵³ Studiegruppen (2001) s. 44 flg.

⁵⁴ Studiegruppen (2001) s. 50.

⁵⁵ Studiegruppen (2001) s. 54.

⁵⁶ Ot. Prp. nr. 109 (2001-2002) s. 20.

⁵⁷ Innst. O nr. 29 (2002-2003) punkt 3.3.2.

sin hensikt, og gi de rasistiske gruppene en slags eiendomsrett til symbolene, som de kunne profitere på politisk. FrP henviste også til en uttalelse fra Oslo Politidistrikt, som hevdet at rapporten var for begrenset til å kunne gi grunnlag for beslutninger som berørte ytrings- og forsamlingsfriheten. De øvrige medlemmene i komiteen sluttet seg til departementet. Fra og med 1. januar 2003, ble § 135 a utvidet til å også omfatte hatefulle ytringer fremsatt ved symboler.

3.3.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved 2003-endringen

I denne omgang var det utvilsomt studiegruppens rapport, som hovedsakelig tok lovgivers oppmerksomhet. Siden studiegruppen fikk knapt med tid, kan det stilles spørsmål ved den generelle kvaliteten på rapporten. Gruppen påpekte også dette selv. Tidsproblemet kan ha medført at prinsipielle spørsmål om ytringsfrihetens betydning for strl. § 135 a, ikke ble overveiet. Dermed ble contra-argumentene i veldig liten grad hensyntatt. Et unntak ligger i forbeholdet om mulig kvalitetsmangel på rapporten, samt at argument f må sies å være til stede gjennom advarselen om at den med flest forbud, ikke nødvendigvis vinner rasismekampen. FrP-medlemmenes bemerkninger i justiskomiteen, var også innom argument f, ved at de var bekymret for den praktiske virkningen av et symbol-forbud. Flertallet (alle de øvrige medlemmene) delte imidlertid ikke en slik bekymring. Det er dermed usikkert hvor mye av FrPs argumentasjon som ble vektlagt.

Pro-argumentene var med, gjennom den generelle tilslutningen til at forbud mot hatefulle ytringer hadde gode grunner for seg. Anbefalingen om symbol-utvidelsen var først og fremst begrunnet i et ønske om effektiv straffeforfølgelse. Tankemåten til studiegruppen må ha vært at effektivisering av strl. § 185 ville bedre vernet av minoriteter, i tråd med argument a og b.

3.4 Den omfattende endringen i 2005 – Holgersen-utvalget

3. mars 2000 oppnevnte regjeringen et lovutvalg som skulle utrede norsk diskrimineringslovgivning. Blant annet skulle utvalget foreta en samlet vurdering av alle lover og regler i Norge, som relaterte seg til diskrimineringsvern, inkludert strafferettslige. Utvalget ble ledet av dr. juris. Gudrun Holgersen. I 2002 stod utredningen ferdig.⁵⁸ I kapittel 11 vurderte utvalget Norges strafferettslige vern mot rasistiske ytringer og handlinger. Først gjennomgikk utvalget Norges internasjonale forpliktelser. Deretter trakk de opp linjene for gjeldende rett i Norge, altså for rekkevidden til § 135 a. Så vurderte utvalget hvorvidt norsk rett er forenelig med de internasjonale forpliktelsene. Det ble deretter foretatt en vurdering av hvorvidt Ytringsfrihetskommisjonens forslag til ny § 100, ville få betydning for strl. § 135 a. Til slutt kom utvalget med en anbefaling om å foreta nokså drastiske endringer i bestemmelsen.

⁵⁸ NOU: 2002: 12.

Utvalget forsøkte å finne grensene for Norges internasjonale forpliktelser, ved å først undersøke hvor langt plikten til å *forby* ytringer strakk seg, og deretter finne ut hvor langt plikten til å *beskytte* ytringer strakk seg. Slik kunne man trekke opp ytterpunktene for norsk retts handlingsrom. Etter FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) og RDK, anså utvalget Norge for å være forpliktet til å reagere overfor rasediskriminerende ytringer. Det var særlig RDK som oppstilte denne plikten. Forpliktelsene etter RDK måtte imidlertid holdes opp mot ytringsfriheten. Sannhetsargumentet var et bestandig forsvar for den. «Forestillingen om den feilbarlige fornuft forsvarer at alle offentlige interessante tema bør kunne drøftes ved fri og opplyst meningsutveksling i det offentlige rom».⁵⁹ Demokratihensynet var også viktig. «Det er et grunnleggende prinsipp ved det demokratiske samfunn at den politiske meningsutveksling skal foregå i det offentlige».⁶⁰ Plikten etter RDK måtte, etter dette, være å betrakte som «meget beskjedent». Det var tre typer ytringer, Norge pliktet å forby:⁶¹ 1) Ytringer som på krenkende vis gir uttrykk for ideer om rasehat, 2) ytringer som oppfordrer til diskriminering, og 3) ytringer som oppfordrer til vold mot bestemte raser eller etniske grupper.

Når det gjaldt rekkevidden til EMK art. 10 og SP art. 19, mente utvalget, etter en gjennomgang av rettspraksis, at rasediskriminerende ytringer «nyter et beskjedent ytringsfrihetsvern».⁶² Det ble uttalt at «behovet for å gripe inn overfor ytringer er internasjonalt anerkjent». Å forby rasistiske ytringer kunne ikke være særlig betenkelig, holdt opp mot demokratihensyn, «fordi ytringer med rasistisk innhold undergraver det demokratiske prinsipp om menneskers likeverd».⁶³ Utvalget antok at «inngrep overfor rasistiske ytringer generelt sett ikke kan sies å være særlig betenkelig ut fra formålene bak EMK art. 10 og SP art. 19». Et viktig poeng i denne sammenheng var at slike inngrep delvis gjøres for å «oppfylle andre menneskers forpliktelser». Etter en gjennomgang av norsk rett, konkluderte utvalget med at norsk rett var i henhold til de internasjonale forpliktelsene.⁶⁴ Dvs. at den befant seg i innenfor ytterpunktene for norsk retts handlingsrom, målt mot de internasjonale forpliktelser.

I forbindelse med analysen av det nye grl. § 100-forslagets mulige innvirkning på § 135 a, kom utvalget inn på Ytringsfrihetskommisjonens prinsipielle standpunkter vedr. grensene mellom hatefulle ytringer og ytringsfriheten.⁶⁵ Ytringsfrihetskommisjonen uttalte, i sin utredning, blant annet følgende:⁶⁶

⁵⁹ NOU: 2002: 12 s. 190.

⁶⁰ NOU: 2002: 12 s. 190.

⁶¹ NOU: 2002: 12 s. 191.

⁶² NOU: 2002: 12 s. 195.

⁶³ NOU: 2002: 12 s. 195.

⁶⁴ NOU: 2002: 12 s. 204.

⁶⁵ NOU: 2002: 12 s. 205.

⁶⁶ NOU: 1999: 27 s. 152 flg.

Alle personer i Norge, burde bli ansett som myndige og ansvarlige. Det ville si at alle, både kan og bør, kritiseres «gjensidig og åpent for alt som er kritikkverdige i adferd og holdninger». Ytringsfrihetens egentlige begrunnelse, er knyttet til eksistensen av det offentlige rom.

«Det forutsettes at friheten til å ytre seg i dette rom fører til utluftning, renselse og anstendiggjøring av standpunkter gjennom samtale og kritikk. For at offentligheten skal fungere på denne måten, må de diskriminerende holdninger komme til uttrykk, for det er først når de er uttrykt, at de kan bekjempes gjennom offentlig kritikk. I prinsippet er altså ytringsfrihet tenkt som et vern mot slike fenomener som diskriminering. I det større historiske perspektiv er det heller ikke tvilsomt at det i de åpne samfunn med høy grad av ytringsfrihet har vært mindre grad av diskriminering enn i de lukkede samfunn. Ytringsfrihet har i de fleste tilfeller fungert som et vern mot diskriminering, om enn ikke i alle tilfeller.»

Ytringsfrihetskommisjonen pekte på debatten om hvorvidt forbud mot hatefulle ytringer er effektive. Dersom forbudene ble for omfattende, kunne de virke mot sin hensikt. Ytringsfriheten, i seg selv, er et diskrimineringsvern. For omfattende sanksjonering, er det motsatte. «I den grad rasistene bringes til taushet eller går under jorden, vil også mye av den antirasistiske argumentasjon forstumme og den antirasistiske bevisstgjørelse svekkes».

Ytringsfrihetskommisjonen argumenterte for et beskjedent forbud mot hatefulle ytringer. Det er mulig noe kan vinnes ved sanksjonering. Det må foretas

«en avveining mellom to legitime hensyn, på den ene side hensynet til korrigerende som forutsetter at de diskriminerende holdninger kommer til uttrykk, og på den annen, hensynet til et renselig offentlig rom der enhver kan bevege seg med frimodighet uten permanent å måtte være forberedt på å bli krenket».

Det kunne være hensiktsmessig å ha en slags beredskaps-bestemmelse, som ville kunne anvendes dersom agitasjons-nivået i samfunnet skulle bli for høyt. Kommisjonen kom innom Kjus-saken og forskjellene mellom flertallet og mindretallet. Det ble pekt på forskjellene i syn på ytring og handling. Flertallet mente det fantes ytringer som, i seg selv, var så skadelige at de burde strafferettslig forbys. Mindretallet var av en annen oppfatning, og mente at det var først og fremst ytringer som kunne lede til en ulovlig handling, som burde forbys.

Norge bestod, ifølge kommisjonen, av en «rimelig våken offentlighet». Den foreslo derfor en liberalisering av § 135 a. Noen konkret utforming ble ikke foreslått, men kommisjonen mente «den noe tilfeldige oppramsing av forskjellige typer karakteristika» burde endres. Et alternativ kunne være at bestemmelsen forholdt seg til «medfødte biologiske eller kulturelt nedarvede sosio-kulturelle karakteristika». Med dette mentes trolig hatefulle ytringer rettet mot fysiske synlige trekk ved en person. Hudfarge, synlige funksjonshemninger eller synlige religiøse plagg, kan være eksempler. Kommisjonen ønsket diskrimineringsgrunnlaget «trobekjennelse» fjernet fra bestemmelsen. Det viktigste for kommisjonen var at bestemmelsen ikke ble en bestemmelse som svekket «retten til fri og åpen religions- og kulturkritikk».

Holgensen-utvalget var for det første skeptisk til argumentet om at forbud kan føre til at rasistiske holdninger «vokser i det stille». «Så vidt utvalget kjenner til foreligger det ikke empirisk

materiale som underbygger påstanden». ⁶⁷ Det ble ikke ansett som klart at dersom loven ble skjerpet, ville man se en økning i rasisme; «tvert imot synes mye å tale for at utbredelsen av holdningene *ikke* vil kunne få like bred tilslutning som om ytringene fremsettes åpent, pga. at de ikke får fritt omløp i offentligheten». ⁶⁸ Ytringsfrihetskommisjonens standpunkt ble ansett for å være en «tese» som ikke kunne underbygges. Strl. § 135 a hadde en positiv «avskrekkende effekt,» og kan «neppe sies å utgjøre et hinder mot den offentlige meningsbrytning». Utvalget konkluderte med at Ytringsfrihetskommisjonens forlag til ny § 100 ikke innebar noen endringer som kunne få betydning for utformingen av strl. § 135 a. ⁶⁹

Utvalget ønsket både en utvidelse av bestemmelsens virkeområde, og en endring av skyldkravet. Bestemmelsen burde også ramme «ytringer som ikke blir fremsatt offentlig eller på annen måte spres blant allmennheten». Stedet ytringene ble fremsatt på, burde ikke være avgjørende. En klynge på 5-6 personer rammes like hardt av rasistiske ytringer, som en større gruppe. Utvalget la vekt på at § 135 a blant annet er å anse som en «markering fra lovgivers side» om at hatefulle ytringer «ikke er akseptable». ⁷⁰ Dersom bestemmelsen ikke ble klargjort, ville denne markeringen bli svakere. I rettspraksis hadde det vist seg uheldig å ha et skyldkrav om forsett. Dette fordi det «er meget vanskelig å fastslå skyld» når det kreves hensikt også knyttet til spredningen av det rasistiske utsagn. ⁷¹ Skyldkravet burde endres til grov uaktsomhet.

I tillegg burde følgende endringer gjøres, for å bidra til språklig klarhet. Begrepet «utsette noen» burde byttes ut med «fremmer». Dette fordi det ikke burde være av betydning om ytringen rammet en eller flere bestemte personer. Uttrykket «rase» var et belastet begrep som burde omformuleres. Endelig burde «trosbekjennelse» endres til «religion».

Den 17. desember 2004 utgav Kommunal- og regionaldepartementet odelstingsproposisjonen som ledet til 2005-endringen i strl. § 135 a. Departementet viste til Ytringsfrihetskommisjonen, med de påfølgende forarbeider frem mot vedtakelsen av den nye Grunnloven § 100 i 2004. ⁷² Dette for å fastslå at den endelige vedtatte § 100 ikke satte noen sperre for utvidelse av strl. § 135 a. Videre var departementet enig med Holgersen-utvalget om at bestemmelsen burde utvides. Om det prinsipielle omkring ytringsfriheten og hatefulle ytringer, var det etter departementets syn ikke behov for noen ytterligere utredning. ⁷³ Departementet var ikke enig med Holgersen-utvalget om at skillet mellom det offentlige og det private rom burde innskrenkes. For øvrig var departementet hovedsakelig enig. I tillegg ble det vurdert om det burde kodifiseres at bestemmelsen skulle tolkes innskrenkende av hensyn til ytringsfriheten. Dette ble ikke ansett

⁶⁷ NOU: 2002: 12 s. 208-209.

⁶⁸ NOU: 2002: 12 s. 209.

⁶⁹ NOU: 2002: 12 s. 204.

⁷⁰ NOU: 2002: 12 s. 205.

⁷¹ NOU: 2002: 12 s. 210.

⁷² St. Meld. nr. 26 (2003-2004) og Innst. S. nr. 270 (2003-2004).

⁷³ Ot. Prp. nr. 33 (2004-2005) s. 187.

nødvendig, fordi dette fulgte av klar Høyesterettspraksis. Terminologiske problemer ved en slik kodifisering, kunne også lede til at terskelen for straff ble senket.⁷⁴

Kommunalkomiteen var enige med Kommunal- og regionaldepartementet.⁷⁵ Den 3. juni 2005 ble bestemmelsen omfattende endret. «Rase» ble tatt ut. «Trosbekjennelse» ble endret til «religion og livssyn». «Utsette noen» ble endret til «setter frem». Skyldkravet ble senket til grov uaktsomhet. Ordlyden var:

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.

3.4.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved 2005-endringen

Gjennomgangen vitner om at det var Holgersen-utvalgets utredning som var mest sentral i lovgivers bevissthet. Ytringsfrihetskommisjonens uttalelser ble også iaktatt, men noe perifert.

Contra-argumentene ble kun delvis berørt. Dette skyldtes to ting. For det første skyldtes det metoden utvalget brukte for å trekke opp ytterpunktene for norsk retts handlingsrom vedr. § 135 a. Utvalget tok utgangspunkt i de internasjonale konvensjonene Norge er forpliktet til, og ønsket å finne handlingsrommet mellom grensene. Det man gjør da, er å undersøke hvordan overnasjonale organer har tolket internasjonale regler. Ytringsfriheten veies mot andre rettigheter som av organene har blitt tolket viktige nok til å kunne gjøre inngrep i den. Ytringsfriheten blir én av mange overnasjonale regler, som organene trekker opp grensene for. Grensene for individets ytringsfrihet blir der de overnasjonale organene mener den bør være.

Det contra-argumentene berører, særlig d og e, er hvordan et forbud mot hatefulle ytringer berører individets ytringsfrihet i et demokrati. Det er individets rolle i et demokrati som hele tiden er det normative referansepunkt. Å peke på at Norge er internasjonalt forpliktet i den og den retningen, trekker opp ytringsfrihetens grenser på en annen måte, enn det contra-argumentene gjør; man diskuterer noe annet. Derfor sveipet også Holgersen-utvalget også kun innom contra-argumentene.

For det andre skyldtes det at Holgersen-utvalget bare delvis argumenterte imot Ytringsfrihetskommisjonen prinsipielle argumentasjon. For eksempel nøyde Holgersen-utvalget seg med å si at den ikke kjente til empirisk data som kunne underbygge Ytringsfrihetskommisjonens

⁷⁴ Ot. Prp. nr. 33 (2004-2005) s. 190.

⁷⁵ Innst. O. nr. 69 (2004-2005) punkt 17.2.

standpunkt om at straff kan virke mot sin hensikt. Argument f ble således ikke iaktatt. Holgersen-utvalget argumenterte med en rekke pro-argumenter, uten å hensynta contra.

3.5 Endringen i 2008 – Strl. § 135 a videreføres som § 185 i den nye straffeloven. Funksjonsnedsettelse omfattes

I 2008 utgav Justis- og politidepartementet en odelstingsproposisjon, som fremsatte lovforslag til en rekke bestemmelser i den nye straffelovens spesielle del.⁷⁶ I den ble også tatt stilling til hvordan den gamle straffelovens § 135 a, skulle videreføres. Noen høringsinstanser hadde realitetsbemerkinger vedr. videreføringen av strl. § 135 a. Disse ble ansett for å overlape med høringsuttalers avgitt i forbindelse med Ytringsfrihetskommisjonens utredning i 1999, og i Holgersen-utvalget. De ble ansett for å være godt imøtegått den gangen. Forholdet til ytringsfriheten trengte derfor ingen ytterligere utredning nå.⁷⁷

Departementet bygde på Straffelovkommisjonens delutredning VII, som i all hovedsak ønsket å direkte videreføre § 135 a.⁷⁸ Videre trakk departementet inn Syse-utvalgets synspunkter. Syse-utvalget var under ledelse av Aslak Syse, og var oppnevnt i 29. november 2002 for å utrede diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.⁷⁹ I utredningen ble spørsmålet om behov for å innføre funksjonsnedsettelse som diskrimineringsgrunnlag i strl. § 135 a, drøftet. Utvalget kjente ikke til miljøer i Norge, som var ideologisk overbevist om at mennesker med nedsatt funksjonsevne, ikke har samme menneskeverd som andre. Verken Riksadvokaten eller Funksjonshemmedes Fellesorganisasjon kunne rapportere om saker som kunne berettige straff etter § 135 a. Strafferettslig var det uheldig, i forhold til ytringsfriheten, å bedrive rene symbolske markeringer uten effekt.⁸⁰ Insentivet for vern etter strl. § 135 a, ble ansett for å være lite, og Syse-utvalget anbefalte derfor ikke at diskrimineringsgrunnlaget funksjonsnedsettelse burde omfattes av bestemmelsen.

Justis- og politidepartementet pekte på at flere høringsinstanser hadde kritisert Syse-utvalgets konklusjon vedr. funksjonsnedsettelse. I etterkant av Syse-utredningen hadde også inngreps- terskelen i strl. § 135 a blitt endret. Her ble det vist til 2005-endringen. Departementet anså Syse-utvalgets hovedargumentasjon å rette seg mot at det sivilrettslige vern av mennesker med funksjonsnedsettelse, var så sterkt at det ikke var behov for et strafferettslig i tillegg. Departementet var langt på vei enig, men anså det nødvendig å ha et strafferettslig vern, som ville «ha

⁷⁶ Ot. Prp. nr. 8 (2007-2008).

⁷⁷ Ot. Prp. nr. 8 (2007-2008) s. 249.

⁷⁸ NOU: 2002: 4 s. 299.

⁷⁹ NOU: 2005: 8.

⁸⁰ NOU: 2005: 8 s. 145.

sitt særlige nedslagsfelt overfor de mest graverende tilfeller av hatefulle ytringer mot denne gruppen».⁸¹

Justisdepartementet sluttet seg til Straffelovkommisjonens forslag.⁸² Stortinget vedtok at strl. § 185 skulle ha samme innhold som § 135 a, men at diskrimineringsgrunnlaget funksjonsnedsettelse skulle tillegges.

3.5.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved 2008-endringen

Det var Syse-utvalget og Justis- og politidepartementets argumentasjon, som var det sentrale for lovgiver ved denne utvidelsen. Forholdet til ytringsfriheten ble ikke ansett å trenge noen videre utredning. Den eneste måten contra-argumentasjonen kan sies å ha vært til stede, var derfor gjennom Syse-utvalgets henvisning til at det var uheldig med symbol-markeringer uten effekt.

Pro-argumentasjonen fikk igjen gjennomslag, uten særlig hensyntagen til contra.

3.6 Endringene i 2009 – 2013 – straffelovs-endringer berørte bestemmelsen på tre måter

Den gamle straffelovens § 246 om krenkelser av æresfølelsen, ble ikke foreslått videreført i den nye straffeloven. I den forbindelse anså Justis- og politidepartementet det hensiktsmessig å bevare noe av dette vernet, gjennom en mild revisjon av strl. § 185. Bestemmelsens stedlige virkeområde burde delvis utvides til å også omfatte «halvoffentlige eller private omgivelser».⁸³ Dette burde gjøres ved å endre begrepet «offentlig» i første ledd tredje punktum, til «andres nærvær».

I 2013 ble straffelovens definisjon av hva som regnes som en offentlig handling endret. For strl. § 135 a, fikk dette den betydning at første ledd annet punktum ble opphevet, pga. overflødighet.⁸⁴

Den nye straffeloven ble vedtatt i 2005. Den trådte imidlertid ikke i kraft før i 2015. Med dette oppstod en situasjon der Norge, i en tid, hadde to parallelle straffelover. Det var den gamle straffeloven som gjaldt, men noen av bestemmelsene i den nye straffeloven ble ansett så gode at de ble intensivert, ved å endre bestemmelser i den gamle. Senere i 2013 kom

⁸¹ Or. Prp. nr. 8 (2007-2008) s. 251.

⁸² Innst. O. nr. 29 (2007-2008) s. 41.

⁸³ Ot. Prp. nr. 22 (2008-2009) s. 400.

⁸⁴ Prop. 53 L (2012-2013) s. 9.

diskrimineringsgrunnlaget «funksjonsnedsettelse» inn i § 135 a. Dette for å intensivere det vernet som allerede fulgte av den nye strl. § 185.⁸⁵

3.6.1 Tilstedeværelsen av argumentene i 2009-2013

Argumentene var ikke til stede ved disse endringene.

3.7 Endringen i 2020 – Kjønnsideidentitet og kjønnsuttrykk omfattes

Barne- og likestillings-departementet sendte, i 2015, et forslag til ny likestillings- og diskrimineringslov på høring. Bakgrunnen var blant annet kritikk fra Rasediskrimineringskomiteen. Departementet ønsket å utrede diskrimineringsvernet i norsk rett. Departementet ville danne seg et «solid faglig grunnlag for å vurdere om det strafferettslige diskrimineringsvernet er oppdatert og fullstendig, og hvorvidt sammenhengen mellom straffebestemmelsene i diskrimineringslovgivningen og straffeloven er god nok».⁸⁶ Et utredningsoppdrag ble sendt på anbud. Professor i rettsvitenskap Kjetil Mujezinović Larsen, vant anbudskonkurransen. 13. september 2016 stod hans enkeltmanns-utredning klar.

Larsen trakk først opp de folkerettslige rammer som omkranset diskrimineringslovgivningen. Ytringsfriheten var en grunnleggende begrensning. Forholdet til denne, var imidlertid «grundig vurdert av lovgiver ved utformingen av § 185, og det er verken hensiktsmessig eller nødvendig i denne utredning å redegjøre generelt for ytringsfrihetens innhold og grenser».⁸⁷ Larsen begrenset sitt fokus på grl. § 100, til om den la noen føringer på hvorvidt vernet i straffeloven § 185 kunne utvides med flere diskrimineringsgrunnlag. Han pekte på at Ytringsfrihetskommisjonens restriktive synpunkter – i form av at det kun var hets pga. «medfødte biologiske eller kulturelt nedarvede sosiokulturelle karakteristika» som burde vernes – ikke hadde blitt fulgt opp i det videre lovgivningsarbeidet. Når dette ikke var tilfellet, kunne heller ikke § 100 ilegge noen sperre for flere diskrimineringsgrunnlag. Larsen frarådet også oppfølging av den diskusjonen Ytringsfrihetskommisjonen hadde dannet grunnlag for, fordi det kunne føre til en vilkårlig straffelovgivning. Eksempelvis ville hets pga. en medfødt funksjonsnedsettelse være omfattet, men ikke hets pga. funksjonshemming grunnet en ulykke.⁸⁸ Larsen henviste også til at Høyesterett hadde lagt til grunn en høy terskel for hvilke ytringer som ble rammet av bestemmelsen. Terskelen «kvalifisert krenkende ytringer» var så streng, at Larsen hadde vanskelig for å se at § 100 hindret utvidelse av bestemmelsen, i form av flere diskrimineringsgrunnlag.

⁸⁵ Prop. 131 L (2012-2013) s. 85.

⁸⁶ Larsen-utredningen (2016) s. 6.

⁸⁷ Larsen-utredningen (2016) s. 14.

⁸⁸ Larsenu-tredningen (2016) s. 15.

I Larsens konkrete vurdering av det strafferettslige diskrimineringsvernet, stadfestet han innledningsvis at denne utredningen hadde begrensninger. I lys av at det var en enkeltmannsutredning, var noen temaer «slik som spørsmålet om rammene for forbud mot hatefulle ytringer», så «komplekse temaer» at en forsvarlig ny vurdering av disse ikke kunne gjøres.⁸⁹

Larsen la to grunnleggende premisser i bunnen for den videre argumentasjonen. Premiss 1 var likebehandling av de ulike diskrimineringsgrunnlagene i norsk rett. Larsen viste til Graver-utvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov.⁹⁰ Den samme grunnholdningen som var lagt til grunn der, burde også legges til grunn på strafferettens område. Dersom de ulike strafferettslige diskrimineringsgrunnlagene ikke skulle ha samme vern, måtte det kreves en særskilt begrunnelse. Premiss 2 var at alle diskrimineringsgrunnlag som har et sivilt vern, også bør ha et strafferettslig vern. Unntak kan kun begrunnes i «tungtveiende grunner».⁹¹ Larsen trakk inn begrunnelsen Syse-utvalget hadde hatt for å ikke innlemme funksjonsnedsettelse i strl. § 135 a. Han brukte denne til å belyse at selv om det måtte utvises en viss forsiktighet med bruk av straff, talte «likebehandlings- og rettferdighetshensyn» for at straff kunne være et nødvendig supplement til sivil lovgivning.⁹² Et strafferettslig vern kunne også stimulere «den alminnelige holdningsdannelse».

Larsen foreslo tre endringer til strl. § 185. For det første burde diskrimineringsgrunnlaget «kjønn» omfattes av bestemmelsen. For det andre burde diskrimineringsgrunnlaget «kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk» omfattes. For det tredje burde begrepet «homofil orientering» erstattes av «seksuell orientering», slik at bifile også ble vernet.

At «kjønn» burde omfattes, begrunnet Larsen i at kvinner generelt sett må sies å bli utsatt for mye hatefulle ytringer. At § 185 i utgangspunktet var tenkt å være et særlig vern for minoriteter, og at kvinner ikke burde være omfattet fordi de ikke er noen minoritet, var ifølge Larsen et svakt argument. I praksis var ikke dette utgangspunktet opprettholdt; diskrimineringsgrunnlagene «religion» og «etisk opprinnelse» begrenset seg ikke til minoriteter. Skillet majoritet-minoritet var også uheldig, fordi det vesentlige var å verne «utsatte grupper». Alle mulige grupperinger som utsettes for hets, fortjente vern. Grupperinger som ikke gjør det, fortjente mindre vern. Strafferettslige argumenter, som at innføring av et særlig vern for kvinner ville skape statistikkproblemer og en uthuling av hatkriminalitets-begrepet, fant han lite overbevisende. Larsen anså det som «helt åpenbart at diskriminering på grunnlag av kjønn bør gis et strafferettslig vern».⁹³ At straffeloven § 185 ikke vernet hets mot kvinner, var en vesentlig mangel ved norsk strafferett.

⁸⁹ Larsen-utredningen (2016) s. 60-61.

⁹⁰ NOU 2009: 14.

⁹¹ Larsen-utredningen (2016) s. 62.

⁹² Larsen-utredningen (2016) s. 65.

⁹³ Larsen-utredningen (2016) s. 68.

At «kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk» burde omfattes, begrunnet Larsen i en moderne forståelse for at det er «meget flytende overganger» mellom kjønn, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk og seksuell orientering. Forståelsen for dette fenomenet hadde først styrket seg i de senere år. «Å skille mellom disse diskrimineringsgrunnlagene med hensyn til hvem som skal gis et strafferettslig vern, er både vanskelig og uheldig».⁹⁴ For å unngå terminologiske og lovtekniske utfordringer, burde derfor alle diskrimineringsgrunnlagene uttrykkelig bli vernet.

Begrunnelsen for at «seksuell orientering» burde erstatte «homofil orientering» begrunnet Larsen, i all hovedsak, i det samme synspunktet.⁹⁵

I 2016 uttrykte regjeringen et ønske om å styrke vernet mot diskriminering på grunn av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. En vid handlingsplan ble fremlagt. Et av punktene var at Barne- og likestillingsdepartementet skulle foreta en vurdering av strl. § 185. Senere samme år lanserte regjeringen også en strategi mot hatefulle ytringer. Et av punktene i denne var at Barne- og likestillingsdepartementet skulle vurdere diskrimineringsvernet i straffeloven. Larsens utredning ble vist til, både i handlingsplanen og i strategien.⁹⁶

I mai 2018 fattet Stortinget et anmodningsvedtak om å innlemme «kjønn og kjønnsidentitet» som diskrimineringsgrunnlag i straffeloven. Forslaget ble fulgt opp av Justis- og beredskapsdepartementet. Departementet bygde på Larsens utredning, og noen høringsstansers synspunkter. Departementet støttet forslaget «kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk», og «seksuell orientering». Departementet drøftet også hvorvidt «kjønn» burde vernes, og konkluderte med at det ikke burde det. Begrunnelsen var at det var usikkert om straff var «et egnet og treffsikkert virkemiddel» for bekjempelse av hets mot kvinner.⁹⁷ Uthuling av bestemmelsen var en fare. Andre nordiske land hadde heller ikke innlemmet «kjønn» som strafferettslig diskrimineringsgrunnlag. Ikke rettslige midler måtte i første rekke søkes, men departementet utelukket ikke at kjønn i fremtiden kunne innlemmes i bestemmelsen, og ville komme tilbake til spørsmålet ved en senere anledning.⁹⁸

Under justiskomiteens behandling, stilte medlemmene fra Fremskrittspartiet stilte seg kritiske til utviklingen § 185 hadde hatt. Ytringsfriheten var sentral. Den var en forutsetning for utvikling av individet og for demokratiet. Det var gjennom den at «meninger formes, uttrykkes, brytes og utvikles».⁹⁹ Det måtte utvises svært stor varsomhet ved ethvert lovmessig inngrep i den. FrP-medlemmene stilte seg skeptiske til at strl. § 185 var «forsvarlig begrunnet i vårt frie, demokratiske samfunn». De mente bestemmelsen svekket den strafferettslige forutberegneligheten, fordi den i for stor grad inneholdt «en rekke subjektive elementer og overlater et betydelig

⁹⁴ Larsen-utredningen (2016) s. 71.

⁹⁵ Larsen-utredningen (2016) s. 71-72.

⁹⁶ Prop. 66 L (2019-2020) s. 67.

⁹⁷ Prop. 66 L (2019-2020) s. 74.

⁹⁸ Prop. 66 L (2019-2020) s. 74.

⁹⁹ Innst. 41 L (2020-2021) kap. 8.

skjønn til domstolene» når det gjelder hvilke ytringer som er straffbare. Videre var det uheldig at bestemmelsen delte samfunnet inn i grupper, etter hvor stort vern de hadde behov for. Det ble stilt spørsmål ved om hvorvidt «en norsk jente som blir utsatt for rasisme fra personer med minoritetsbakgrunn» i praksis ville ha samme vern etter bestemmelsen, som i motsatt tilfelle. FrP anerkjente behovet for en bestemmelse ala. § 185, men mente det ville vært mer heldig med en bestemmelse som vernet alle i samfunnet fra visse former for hatefulle ytringer. Et viktig moment ved en slik bestemmelsen var at terskelen for hva som ble ansett hatefullt, måtte oppjusteres. FrP-medlemmene fremmed derfor forslag om at straffeloven § 185 burde avskaffes. Videre burde en svært grundig utredningsprosess settes i gang, som skulle vurdere hvorvidt det var hensiktsmessig med en bestemmelse som vernet alle borgere, for visse hatefulle ytringer. De øvrige medlemmene i justiskomiteen var ikke enig med FrP. Medlemmer fra Høyre og Senterpartiet bemerket at i Canada hadde vernet mot hatefulle ytringer gått i en uheldig retning, som Norge ikke burde følge. Det ble vist til den mye omtalte debatten om statlige påbud om at transpersoner skal tiltales med visse kjønnspronomen. For øvrig stilte de øvrige medlemmene seg bak forslagene fra Justis- og beredskapsdepartementet. Den 4. desember 2020, vedtok Stortinget en lovendring i tråd med dette. Dagens strl. § 185 var et faktum.

3.7.1 Tilstedeværelsen av argumentene ved 2020-endringen

Gjennomgangen viser at det var Larsen-utredningen, med Justis- og beredskapsdepartementets motargumentasjon vedr. «kjønn» som var det sentrale i lovgivers bevissthet. Siden Fremskrittspartiets medlemmer gikk til steget å fremme forslag om at strl. § 185 avskaffes, er det sannsynlig at også deres argumentasjon, til en viss grad, ble iaktatt av lovgiver.

I Larsen-utredningen og departementets argumentasjon var contra-argumentene lite til stede. For det første skyldtes det at Larsen antok at forholdet til ytringsfriheten var grundig utredet ved tidligere lovgivningsarbeid. Larsen hadde heller ikke anledning, i lys av enkeltmanns-utredningens begrensninger, til å gå grundig inn i rammene for hatefulle ytringer.

For det andre skyldtes det at Larsen, i likhet med Holgersen-utvalget, kun delvis brøt ned Ytringsfrihetskommisjonens prinsipielle argumentasjon. For eksempel gikk han ikke inn på den prinsipielle argumentasjonen omkring hvorfor en oppmykning av § 185 kan ha gode grunner for seg, jf. kommisjonens forslag. Larsen konstaterte i stedet at forslaget ikke var fulgt opp i senere lovgivning, og at det derfor ikke var grunn til å gå nærmere inn på det. På denne måten sveipet Larsen kun innom contra-argumentasjonen, uten å ordentlig hensynta den.

For det tredje kan nevnes at Larsen nok hadde den samme tilnæringsmåten til spørsmålet om ytringsfrihetens grenser, som Holgersen-utvalget hadde. Han så på ytringsfriheten som en av mange menneskerettigheter, som det internasjonalt er trukket opp grenser imellom. Når ytringsfriheten blir betraktet på denne måten, blir den hva organene som tolker den mener den bør være. Ytringsfrihetens grenser blir da ikke nødvendigvis de samme, som når man betrakter den

i lys av et individs rolle i et demokrati. Det ene er å sette internasjonale organers tolkning som normativt referansepunkt, det andre er å sette individet i et demokrati som det.

Justis- og beredskapsdepartementet kom også lite inn på contra-argumentasjonen. Et unntak er deres drøftelse av «kjønn»-utvidelsen. Der ble det nevnt at straff ikke nødvendigvis er det heldigste alternativ, i møte med kvinnediskriminering, og at ikke-rettslige midler burde søkes. Således var argument f delvis til stede.

I medlemmene fra FrPs argumentasjon var contra-argumentene godt til stede. Argumentene d og e må sies å vær berørt gjennom FrPs generelle bemerkninger om ytringsfrihetens viktighet. Medlemmene var også klart innom argument f, for eksempel gjennom skepsisen til den praktiske anvendelsen av § 185.

Pro-argumentasjonen var generelt godt ivaretatt, men igjen på en måte som i liten grad hensyntok contra.

4 Hvor godt er straffeloven § 185 begrunnet?

4.1 Utredningsinstruksens krav til begrunnelse

Hvilke krav som kan stilles til lovgivers begrunnelser, er et omfattende spørsmål jeg ikke kan gå i dybdene på her. For denne oppgavens art og omfang, har jeg funnet det fruktbart å ta utgangspunkt i instruksens om utredning av statlige tiltak (FOR-2016-02-19-184). Instruksens er utgitt av Finansdepartementet. Den gjelder for utarbeiding av statlig beslutningstiltak «i, eller på oppdrag for, statlige forvaltningsorganer» jf. instruksens punkt 1-2 første ledd. Tanken er at de begrunnelseskrav utredningsinstruksens oppstiller til norske utredningsprosesser, også tegner en god norm for hvilke krav som kan stilles til lovgivers begrunnelser.

Utredningsinstruksens har røtter tilbake til 1985.¹⁰⁰ Dagens instruks ble utgitt i 2016, og videreførte FOR-2000-02-18-108. Innholdet har i hovedsak vært det samme siden 2000. Endringene i 2016 var først og fremst en språklige, samt at de krav som ble stilt til utredningene ble utformet som et eksplisitt minimumskrav, i punkt 2-1. Alt lovgivningsarbeid rundt strl. § 185, etter 1981-endringen, bør dermed kunne bedømmes etter de krav dagens instruks oppstiller.

Formålet med utredningsinstruksens er «å legge et godt grunnlag for beslutninger om statlige tiltak» jf. instruksens punkt 1-1 første punktum. Dette skal bla. gjøres gjennom å «identifisere alternative tiltak» og «utrede og vurdere virkningene av aktuelle tiltak». Punkt 2-1 oppstiller minimumskravet til utredningene. For utredninger som reiser «viktige prinsipielle spørsmål», oppstilles et særlig grundighetskrav, jf. punkt 2-2 første ledd andre punktum. Et prinsipielt spørsmål berører eksempelvis grunnleggende individuelle rettigheter, som menneskerettighetene i grunnloven. De ansvarlige for utredningen er, i slike tilfeller, underlagt et særlig ansvar for kvalitetssikring.

¹⁰⁰ FOR-1985-08-30-9952.

Utredningen skal vurdere hvilke tiltak som er «relevante» jf. punkt 2-1 nr. 2. Det skal reflekteres over hvilke muligheter man har til å oppnå det ønskete formål. Direktoratet for økonomistyring (DFØ) har utarbeidet en veileder til utredningsinstruksen. DFØ uttaler at utredningen bør «dokumentere årsaken til at eventuelle tiltak er silt ut».¹⁰¹

Videre skal utredningen vurdere «de positive og negative virkningene» av tiltakene, inkludert «hvem som blir berørt» jf. punkt. 2-1 nr. 4. DFØ uttaler at utredningen bør beskrive hvilke «virkninger det er knyttet usikkerhet til».¹⁰² Det inkluderes en vurdering av hvorvidt det bør iverksettes tiltak som kan redusere usikkerheten.

Det skal også gjøres rede for de «prinsipielle spørsmål» utredningen reiser. Disse skal drøftes på en «balansert, systematisk og helhetlig måte» jf. punkt 2-2 annet ledd. «Balanse» betyr det motsatte av ensidighet. Det oppstilles et krav til at både pro og contra-argumentasjon vedrørende de prinsipielle spørsmålene skal drøftes. DFØ uttaler at de prinsipielle vurderingene er «ikke begrenset til slike som strider mot våre menneskerettslige forpliktelser eller lovfestede rettigheter».¹⁰³ Selv om det som skal besluttes er innenfor rammene for offentlige tiltaks handlingsrom, er det viktig å frem hvordan øvrige prinsipielle hensyn påvirkes. Videre uttales at dersom ulike prinsippspørsmål står mot hverandre, er det viktig at dette klargjøres på en god måte.

Etter dette kan man si at utredningsinstruksen oppstiller tre minstekrav til begrunnelsen:

1. Når utredningen berører prinsipielle spørsmål, krevet en særlig kvalitetssikring av utredningen. Dette på generelt plan.
2. Utredningen skal vurdere hvilke alternative muligheter man har til å oppnå ønsket formål, og klargjøre *hvorfor* andre tiltak ikke er valgt. Det skal knyttes bemerkninger til de forventede virkningene av tiltaket som foreslås. Dette inkluderer en mulig anbefaling om at en ytterligere konsekvensutredning kan være nødvendig.
3. Ved iakttagelsen av de prinsipielle spørsmål som reises, skal både pro og contra-argumentasjon drøftes. Det viktigste er at motsetninger mellom de prinsipielle spørsmålene blir godt belyst. Rammene for internasjonale forpliktelser ol. er mindre viktig.

4.2 Lovgivers begrunnelse for straffeloven § 185 holdt opp imot utredningsinstruksens krav til begrunnelse

4.2.1 Krav 1

Utredningen av straffeloven § 185 reiser utvilsomt prinsipielle spørsmål. Særlig er disse knyttet til ytringsfrihetens begrunnelser, jf. grl. § 100. De ansvarlige for utredningen pliktet dermed å

¹⁰¹ DFØ-veilederen (2018) s. 27.

¹⁰² DFØ-veilederen (2018) s. 30.

¹⁰³ DFØ-veilederen (2018) s. 28.

særlig kvalitetssikre arbeidet. Kvalitetssikring måtte skje på generelt plan. Personlig kompetanse hos dem som ble gitt utredningsoppdraget, må være ett element. Et annet må være at disponibel tid og omfanget av oppdraget, er egnet til å besvare de prinsipielle spørsmålene som reises.

Analysen av forarbeidene gir at det *ikke* kan stilles spørsmål ved personlig kompetanse hos dem ble gitt utredningsarbeidet. Tidvis kan det imidlertid stilles spørsmål ved tiden disse ble gitt, og om omfanget av utredningsoppdraget de fikk tildelt. Studiegruppen fra 2001 fikk liten tid til sitt arbeid. Ifølge gruppen selv kan dette ha fått betydning for kvaliteten på rapporten. Larsen-utredningen var en enkeltmanns-utredning, som hadde både tids- og omfangsmessige begrensninger. Det kan dermed stilles spørsmål ved de ansvarliges særlige kvalitetssikring av arbeidet, ved disse to endringene.

4.2.2 Krav 2

Analysen viser også at det, gjennomgående, har vært en bevissthet omkring alternative tiltak til strl. § 185. En mangel er likevel at i for stor grad ble alternativet om endring valgt, *uten* å ordentlig klargjøre *hvorfor* andre tiltak ikke ble det. Et eksempel er Justisdepartementets argumentasjon ved 1983-endringen. Et annet er Holgersen-utvalgets tilnærming til Ytringsfrihetskommisjonens restriktive utvidelsesargumentasjon.

Gjennomgående er det også et lite fokus på virkningene av strl. § 185. I stor grad har det blitt postulert at forbudet vil være et effektivt minoritets-vern, uten å underbygge dette med empirisk data. Videre har det vært reflektert lite over hvorvidt ytterligere konsekvensutredninger kan ha vært nødvendig. Et unntak er FrPs argumentasjon i Justiskomiteen, ved 2020-endringen.

4.2.3 Krav 3

Når det gjelder iakttagelsen av de prinsipielle spørsmål, kan det sies at både pro og contraargumentasjonen vedr. forbud mot hatefulle ytringer, var godt til stede til og med 1983-endringen. Etter denne endringen, har drøftingen pro-contra vært mangelfull.

For det første skyldes dette at den prinsipielle argumentasjonen vedr. ytringsfrihetens begrunnelser, ikke har vært hovedfokus. Hovedfokuset har i stedet vært hvilket handlingsrom man har hatt for utvidelse av strl. § 185, i lys av internasjonale forpliktelser. Eksempelvis bevitner argumentasjonen til Holgersen-utvalget dette.

For det andre skyldes det at mulig kollisjon mellom strl. § 185 og ytringsfriheten, noe forhastet har blitt antatt å være godt utredet. Dermed har det vært lite insentiv for å gå inn på pro-contra argumentene. I den grad det likevel har blitt gjort, har fokuset vært på pro-argumentene uten å hensynta contra. Eksempelvis bevitner Larsen-utredningen dette.

Det eneste tydelige unntaket fra denne mangelfullheten, var FrPs argumentasjon i Justiskomiteen, ved 2020-endringen.

4.3 Konklusjon

Lovgivers begrunnelse for strl. § 185 holdt opp imot utredningsinstruksens krav til begrunnelse, viser at det kan stilles spørsmål om mangelfullhet ved alle de tre kravene utredningsinstruksen oppstiller. Tidvis dårlig tid, og for omfangsbegrensede utredningsoppdrag, kan stille spørsmål ved krav 1. Mangel på klargjøring av hvorfor alternativer til strl. § 185 ikke har blitt valgt, samt lite fokus på konsekvensutredninger om bestemmelsens faktiske effektivitet, stiller spørsmål ved krav 2. Særlig mangelfull prinsipiell contra-argumentasjon, etter 1981-endringen, stiller spørsmål ved krav 3.

Etter dette kan ikke lovgivers begrunnelse sies å være i henhold til de krav utredningsinstruksen oppstiller. Manglene er av et betydelig omfang. Konklusjonen er at straffeloven § 185 er dårlig begrunnet.

Litteraturliste

Lover, forskrifter og konvensjoner

1814	LOV-1814-05-17 Kongerike Noregs Grunnlov (grunnloven).
1902	LOV-1902-05-22-10 almindelig borgerlig straffelov (straffeloven 1902).
1950	Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).
1965	FNs konvensjon mot rasediskriminering (RDK).
1966	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).
1985	FOR-1985-08-30-9952 om arbeidet med offentlige utredninger, lover, forskrifter, stortingsmeldinger og -proposisjoner. (Regelverkinstruksen).
2000	FOR-2000-02-18-108 om utredning av konsekvenser, foreleggelse og høring ved arbeidet med offentlige utredninger, forskrifter, proposisjoner og meldinger til Stortinget (Utredningsinstruksen).
2005	LOV-2005-05-20-28 om straff (straffeloven).
2016	FOR-2016-02-19-184 om utredning av statelige tiltak (utredningsinstruksen).
2017	LOV-2017-06-16-51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

Forarbeider

NOU-er og andre utredninger

Harbek-utredningen (1969) *UTREDNING om Forbud mot rasediskriminering.*

NOU: 1999: 27	<i>«Ytringsfrihed bør finde Sted» Forslag til ny Grunnlov § 100.</i>
NOU: 1979: 46	<i>Særlig strafferettslig vern for homofile.</i>
Studiegruppens rapport (2001)	<i>Forbud mot rasistiske organisasjoner, ytringer og demonstrasjoner i Sverige og Tyskland. Rapport fra en studiegruppe nedsatt av Justisdepartementet m/ forslag til ny lovgivning.</i>
NOU: 2002: 4	<i>Ny straffelov — Straffelovkommisjonens delutredning VII.</i>
NOU: 2002: 12	<i>Rettslig vern mot etnisk diskriminering.</i>
NOU: 2005: 8	<i>Likeverd og tilgjengelighet — Rettslig vern mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne. Bedret tilgjengelighet for alle.</i>
NOU: 2009: 14	<i>Et helhetlig diskrimineringsvern— Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK.</i>
Larsen-utredningen (2016)	<i>Utredning om det strafferettslige diskrimineringsvernet. Utredning avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 13. september 2016.</i>

Proposisjoner

Ot. Prp. nr. 48 (1969-1970)	<i>Om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 (forbud mot rasediskriminering m.m.).</i>
St. Prp. nr. 107 (1969-1970)	<i>Om samtykke til ratifikasjon av Den internasjonale konvensjon av 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, undertegnet den 21. november 1966 med forbehold om ratifikasjon.</i>

Ot. Prp. nr. 29 (1980-1981)	<i>Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 a (forbud mot diskriminering av homofile).</i>
Ot. Prp. nr. 109 (2001-2002)	<i>Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd).</i>
Ot. Prp. nr. 33 (2004-2005)	<i>Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).</i>
Ot. Prp. nr. 8 (2007-2008)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet).</i>
Ot. Prp. nr. 22 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).</i>
Prop. 53 L (2012-2013)	<i>Endringer i straffeloven 1902 mv. (offentlig sted, offentlig handling m.m).</i>
Prop. 131 L (2012-2013)	<i>Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m).</i>
Prop. 66 L (2019-2020)	<i>Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.).</i>

Innstillinger og beslutninger

Innst. S. nr. 239 (1969-1970)	<i>Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomitéen om ratifikasjon av Den internasjonale konvensjon av 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.</i>
-------------------------------	---

- Innst. O. nr. 42 (1969-1970) *om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 (forbud mot rasediskriminering m.m.).*
- Innst. O nr. 36 (1980-1981) *Innstilling fra justiskomiteén om lov om endringer i straffelovens § 135 a og § 349 (Forbud mot diskriminering av homofile).*
- Besl.O.nr.44 (1980–1981) *(ingen tittel).*
- Innst. O. nr. 29 (2002-2003) *Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd).*
- St. Meld nr. 26 (2003-2004) *Om endring av Grunnloven § 100.*
- Innst. S. nr. 270 (2003-2004) *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 Kvassheim og Lars Sponheim om ny § 100 a i Grunnloven. (Offentlighetsprinsippet).*
- Innst. O. nr. 69 (2004–2005) *Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven).*
- Innst. 41 L (2020-2021) *Innstilling fra justiskomiteen om Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern mv.).*

Rettspraksis

Rt. 1997 s. 1821 (Kjuus)

U.2014.73

Litteratur

Bøker

- Kierulf, Anine. *hva er ytringsfrihet.*, Oslo: Universitetsforlaget, 2021.
- Strossen, Nadine. *HATE: Why We Should Resist It With Free Speech, Not Censorship.*, London: Oxford University Press, 2018.
- Stærk, Bjørn. *Ytringsfrihet.*, Oslo: Humanist forlag, 2013.
- Waldron, Jeremy. *The harm in hate speech.*, Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Artikler

- Copley, Gregory R. «Creating Countermeasures Against Weaponized Mass Psychosis» *Defence & Foreign Affairs Strategic Policy Vol. 49., Nr. 7 (2021)*.
<https://www.proquest.com/docview/2552296249/fulltextPDF/7602A235201A424DPQ/6?accountid=14699>
- Ekeli, Kristian Skagen. «Ytringsfrihet og terrorisme» *Norsk filosofisk tidsskrift vol. 49. Nr. 3-4 (2014)*.
https://www-idunn-no.ezproxy.uio.no/nft/2014/03-04/ytringsfrihet_og_terrorisme
- Weinstein, James. «HATE SPEECH BANS, DEMOCRACY AND POLITICAL LEGITIMACY» *CONSTITUTIONAL COMMUNITY VOL. 32., NR. 1 (2017)*.
<https://heinonline-org.ezproxy.uio.no/HOL/Page?handle=hein.journals/ccum32&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/ccum>

Veiledere

DFØ-veilederen (2018)

Veileder til utredningsinstruksen – Instruks om utredning av statlige tiltak er til bruk ved utredninger av statlige tiltak.