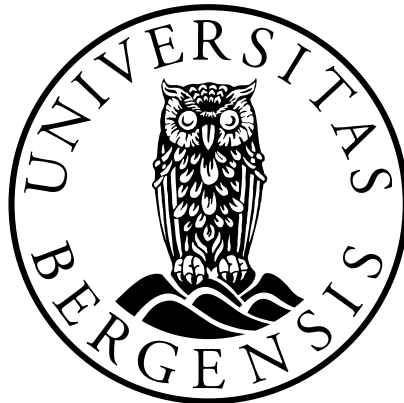


Hatefulle ytringer

*Grensene for hva som regnes som straffbare
hatefulle ytringer etter straffeloven § 185*

Kandidatnummer: 257

Antall ord: 14 352



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstilling og dens aktualitet	4
1.2 Den videre oppbygningen.....	5
2 Ytringsfriheten og Rasediskrimineringskonvensjonen	6
2.1 Grunnloven § 100	6
2.1.1 Den materielle og formelle ytringsfriheten og de 5 aspektene.....	6
2.1.2 Inngrepsadgangen.....	8
2.2 EMK artikkel 10	10
2.2.1 Artikkelenes innhold	10
2.2.2 Inngrepsadgangen.....	11
2.3 FNs konvensjon om rasediskriminering (RDK).....	13
2.4 Grl. § 102, EMK artikkel 8 og artikkel 14, og SP artikkel 20.....	15
3 Straffeloven § 185	16
3.1 Generelt om straffeloven § 185	16
3.2 Kravet til konteksten og hva bestemmelsen skal verne	17
3.2.1 Hva ligger i at ytringen må være fremsatt «offentlig»?	17
3.2.2 Hva ligger i «nærvær»-alternativet?.....	18
3.2.3 Hva er bestemmelsen ment å verne?	20
3.2.4 Særlig om forholdet mellom straffeloven § 185 og § 266 om hensynsløs atferd	23
3.3 Hva er en diskriminerende eller hatefull ytring i lovens forstand	25
3.4 De ulike grunnlagene for vern i annet ledd	27
3.4.1 Generelt om de ulike grunnlagene for vern.....	27
3.5 Tolkning av ytringer	30
3.6 Terskelen i annet ledd for hva som er straffbare diskriminerende eller hatefulle ytringer	32
3.6.1 Straffeloven § 185 tolkes innskrenkende på grunn av ytringsfriheten.....	33
3.6.2 Skillet mellom emne og person.....	34
3.6.3 Hva ligger i «kvalifisert krenkende»	36
3.6.4 Smaksløshetsmarginen	38

3.6.5	Aldersaspektet i HR-2022-1707-A og smaksløshetsmarginen – en senkelse av terskelen?.....	40
4	Det nye lovforslaget	44
4.1	Hva innebærer lovforslaget?.....	44
4.2	Løser lovforslaget problemstillingene som strl. § 185 reiser?.....	45
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Problemstilling og dens aktualitet

Ytringsfrihetskommisjonen fremhever i NOU 2022:9 at offentlig meningsutveksling er en forutsetning for et velfungerende demokrati.¹ For å kunne ha en offentlig meningsutveksling som skaper gode politiske beslutninger ved at alle argumenter kommer til overflaten og blir gjenstand for debatt, så kreves det at alle faktisk får muligheten til å ytre seg.² Straffeloven § 185 er en bestemmelse som utgjør et inngrep i ytringsfriheten, hvor formålet er å beskytte samfunnet og minoriteter mot skadevirkningene av at hatefullt tankegods får spre seg.³ Dette er en prinsipiell viktig bestemmelse.

Det er flere eldre dommer som gir god veiledning om innholdet i strl. § 185, eksempelvis Bootboys saken i HR-2001-1428, Dørvaktdommen i Rt. 2012 s.536, Kjuus kjennelsen i Rt. 1997 s. 1821, og Vigridsaken i Rt. 2007 s.1807. Samtidig er det slik at bestemmelsen skal være i takt med samfunnsendringene. Det som var regnet som straffbare hatefulle ytringer for noen tiår siden, er ikke nødvendigvis standarden for hva som regnes som hatefulle ytringer i dag. De siste årene har det vært en rekke saker oppe for Høyesterett som gjelder straffeloven § 185 om hatefulle ytringer.⁴ Disse sakene har aktualisert flere spørsmål. Videre er det blitt foreslått endringer i bestemmelsen av ytringsfrihetskommisjonen.⁵ Formålet med besvarelsen er å gjennomgå straffeloven § 185 for å kartlegge hvor grensen for straffbare hatefulle ytringer går i dag, i lys av den seneste tids rettspraksisen. Med «grensene» for straffbare hatefulle ytringer, sikter jeg til både terskelen for hvilke ytringer som anses som straffbare, men også til anvendelsesområdet av bestemmelsen. Ettersom anvendelsesområdet også setter en grense for hvilke ytringer som anses som straffbare. Samtidig kommer jeg til å problematisere visse problemstillinger som straffeloven § 185 reiser.

¹ NOU 2022: 9. En åpen og opplyst offentlig samtale- Ytringsfrihetskommisjonens utredning. Kultur- og likestillingsdepartementet. Side 39

² NOU 2022: 9 s. 39

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff, (straffeloven og strl.), og NOU 2022: 9 s. 189.

⁴ Herunder HR-2022-1843-A, HR-2022-1707-A, HR-2020-185-A, HR-2020-2133-A (Potetbaker'n), og HR-2020-184-A (Kakerlakk)

⁵ NOU 2022: 9 s. 208-209

1.2 Den videre oppbygningen

Straffeloven § 185 er en videreføring av straffeloven 1902 § 135a.⁶ Denne bestemmelsen ble vedtatt for å tilfredsstille rasediskrimineringskonvensjonen (RDK),⁷ og utgjør også et inngrep i ytringsfriheten etter Grunnloven § 100,⁸ og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), art. 10.⁹ Straffeloven § 185 har altså et tungt internasjonalt bakteppe. For å forstå innholdet i bestemmelsen, er det derfor hensiktsmessig med en gjennomgang av ytringsfriheten og RDK. Derfor har jeg dedikert kapittel 2 til en gjennomgang av dette bakteppet. I kapittel 3 gjennomgås straffeloven § 185 i lys av nyere rettspraksis. Dette kapittelet utgjør hoveddelen av oppgaven. Siste kapittel redegjør for forslagene til endring av bestemmelsen, og avrundes med avsluttende bemerkninger.

⁶ Lov 22. mai 1902 nr. 10, Almindelig borgerlig straffelov, (straffeloven 1902). Opphevet.

⁷ International convention on the elimination of all forms of racial discrimination – ICERD, 21. desember 1965. (ikrafttredelse 4. januar 1969), (konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, rasediskrimineringskonvensjonen, RDK).

⁸ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov, (Grunnloven)

⁹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK).

2 Ytringsfriheten og Rasediskrimineringskonvensjonen

Grunnloven § 100 hjemler ytringsfriheten, en grunnleggende rett med stor betydning for samfunnet og demokratiet. Bestemmelsen skal i stor grad tolkes i tråd med ytringsfriheten slik den er formulert i EMK art. 10. Ytringsfriheten er ikke absolutt, og straffeloven § 185 utgjør ett inngrep i ytringsfriheten. Siden ytringsfriheten og RDK er bakteppe for strl. § 185, er det naturlig å redegjør for dette før jeg går nærmere inn på strl. § 185.

2.1 Grunnloven § 100

2.1.1 Den materielle og formelle ytringsfriheten og de 5 aspektene

Ytringsfrihetskommisjonen delte, i NOU 1999:27, ytringsfrihetens innhold i 5 aspekter; meddelelsesretten, retten til å forholde seg taus, informasjonsfriheten, informasjonskravet og infrastrukturkravet.¹⁰ Dette har blitt fastholdt i juridisk teori også.¹¹

Grunnloven § 100 første ledd fastsetter det prinsipielle utgangspunktet om at «ytringsfriheten bør finne sted». Det er fastsatt etter lang rettspraksis og konstitusjonell sedvane at «bør» skal forstås som «skal».¹²

Bestemmelsens annet ledd slår fast at «ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap». Ordlyden i «ytringsfriheten» og «for å ha meddelt» i Grunnloven § 100 første og annet ledd, gir uttrykk for retten til å meddele. Videre fastsetter ordlyden «eller mottatt» i Grunnloven § 100 annet ledd, retten til å motta informasjon.

Grunnloven § 100 tredje ledd fastsetter at «Frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand er tillatt for enhver». Annet og tredje ledd gir samlet uttrykk for den

¹⁰ NOU 1999: 27. "Ytringsfrihed bør finde Sted", Forslag til ny Grunnlov § 100. Justis og politidepartementet, Side 19

¹¹ Aall, J. (2018). Rettsstat og menneskerettigheter (5.utg). Fagbokforlaget: Bergen, side 272.

¹² Dok.nr.19 (2011–2012), Rapport fra Grunnlovsspråkutvalget om utarbeidelse av språklig oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven på bokmål og nynorsk, punkt 3.4.3.

materielle ytringsfriheten. Videre gir fjerde ledd uttrykk for den formelle ytringsfriheten med sin ordlyd «Forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes».

Den materielle ytringsfriheten omfatter at man ikke skal bli holdt rettslig ansvarlig for en ytring, mens den formelle ytringsfriheten innebærer at ytringer ikke skal forhåndssensureres.¹³ Grunnloven § 100 annet, tredje og fjerde ledd oppstiller ulike vilkår for inngrep, slik at det er adgang for inngrep både i den materielle og formelle ytringsfriheten. Vilkårene for inngrep viser til en bred interesseavveining.

Grunnloven § 100 femte ledd fastsetter at «enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer». Dette gir uttrykk for informasjonskravet.¹⁴ Ved å gi borgerne rett på informasjon gjennom en Grunnlovsfestet offentlig innsyns- og møterett. Det kan gjøres unntak fra denne innsynsretten i offentlige dokumenter i lov, dersom personvern eller andre tungtveiende grunner tilsier dette.

Bestemmelsens siste ledd fastsetter at staten skal legge til rette for «en åpent og opplyst offentlig samtale». Ordlyden gir uttrykk for infrastrukturkravet. Hvor de andre aspektene fastsetter er en rett til frihet fra inngrep fra staten, så legger infrastrukturkravet en positiv plikt på staten. Dette innebærer at staten må aktivt vedlikeholde og utvikle det offentlige rom slik at det er kanaler og institusjoner som legger til rette for en åpen og opplyst samtale.¹⁵ Dette gir staten et overordnet ansvar til å sørge for en faktisk og reell ytringsmulighet for alle borgere, og ikke kun en formell ytringsmulighet.¹⁶ Samtidig er infrastrukturkravet kun et politisk ansvar for staten og ikke en rettighet.¹⁷

Retten til å forholde seg taus, også definert som den negative ytringsfriheten, er ikke uttrykkelig fastsatt i ordlyden. Det er lagt til grunn at dette er implisitt for Grunnloven § 100 i forarbeidene.¹⁸

¹³ Dok.nr.16 (2011–2012), Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 159

¹⁴ NOU 2022: 9 side 49

¹⁵ NOU 1999: 27 side 249-250, punkt 10.3.8

¹⁶ NOU 2022: 9 under punkt 4.2.2

¹⁷ NOU 1999: 27, side 249-250 punkt 10.3.8

¹⁸ NOU 1999:27 s. 240

Kjerneområdet til ytringsfriheten er politiske ytringer og ytringer som har en samfunnsmessig interesse.¹⁹ Samtidig er ytringsfriheten generell og beskytter i utgangspunktet alle ytringer selv om disse ikke er en del av offentlig debatt eller har et politisk innhold.

2.1.2 Inngrepsadgangen

Grunnloven § 100 operer med ulike inngrepsadganger avhengig av på hvilket område det gjelder. For inngrep i den formelle ytringsfriheten i fjerde ledd, kreves det at inngrepet er «nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder». For inngrep i innsyns og møterett i femte ledd kreves det at inngrepet være fastsatt i lov og være begrunnet med «hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner». Det er den materielle ytringsfriheten som er særlig relevant med tanke på hatefulle ytringer.

Den materielle ytringsfriheten omfatter både politiske og andre ytringer. Inngrepsadgangen er ulik avhengig av om det er tale om politiske ytringer etter tredje ledd, som er i kjerneområdet, eller om det er andre ytringer etter annet ledd. Inngrep i politiske ytringer krever at begrensningen må ha «klart definerte grenser», hvor «tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse». For ytringer, etter annet ledd, settes det som vilkår for inngrep at begrensningen er fastsatt i «lov», og det må la seg «forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse».

I tredje ledd kreves det «tungtveiende hensyn» i tillegg til at det er forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse, kontra annet ledd hvor det kun må «la seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse». Annet ledd fastsetter uttrykkelig at en begrensning må være fastsatt i lov. Tredje ledd om politiske ytringer fastsetter at det må være fastsatt i «klart definerte grenser». Ordlyden henviser ikke direkte til at lov kreves, samtidig presiserer forarbeidene at ordlyden her skal forstås slik at det kreves hjemmel i lov.²⁰

Ordlyden i annet ledd «lar seg forsvare holdt opp imot» og ordlyden i tredje ledd «gjør det forsvarlig holdt opp imot» gir begge uttrykk for et forholdsmessighetskrav.²¹ Slik at et inngrep i den materielle ytringsfriheten må stå i forhold til ytringsfrihetens begrunnelse. Hvor

¹⁹ Aal 2018: 270

²⁰ Dok.nr.16 (2011–2012) side 159

²¹ Aal 2018: 283

ytringsfrihetens begrunnelse defineres i annet ledd som «sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse». Samtidig setter Grunnloven § 100 et skille i inngrepsadgangen mellom politiske ytringer og andre ytringer, ved at for inngrep i politiske ytringer etter tredje ledd kreves det «særlig tungtveiende hensyn». Dermed vil et hensyn som kan være forholdsmessig etter annet ledd som gjelder generelt for ytringer, ikke være tilstrekkelig til å rettferdiggjøre inngrep etter tredje ledd om politiske ytringer. Dette illustrerer at politiske ytringer er kjernen av ytringsfriheten. Grunnloven § 100 legger dermed opp til en bred interesseavveining.

Grunnloven § 92 fastsetter at staten skal respektere og sikre menneskerettighetene som Norge har fastsatt i lov og i bindende traktateter. Dette, sett i sammenheng med at menneskerettsloven § 2 nr. 1 inkorporerer EMK i norsk rett og gir EMK forrang ved motstrid med annen norsk lov etter § 3, medfører at Grunnlovens § 100 skal tolkes i tråd med EMK.²² Strukturen i Grunnloven § 100 og EMK er ganske lik, ved at begge setter som vilkår for inngrep at inngrepet må ha hjemmel i lov, være formålsbestemt og være forholdsmessig. Selv om Grunnloven § 100 skal tolkes i tråd med EMK art. 10, og bestemmelsene har like vilkår for inngrep og like aspekter, så tilsier ikke dette at Grunnloven og EMK har samme vern for ulike ytringer. EMD slo strengere ned på hatefulle ytringer enn norske domstoler i en god periode. Dette var også en grunn for Høyesterett og forarbeider kom med signaler om at terskelen for å bli dømt for hatefulle ytringer hadde ligget for høyt.²³

Grunnloven er den høyeste rettskilden i norsk rett og veier dermed tyngst ifølge lex superior prinsippet. Samtidig har ratifikasjonen og inkorporeringen av EMK gjennom menneskerettsloven § 2 nr. 1 og § 3, gitt et bredere vern enn Grunnlovsvernet. Selv om EMK har nasjonal lovs rang, gir det brede vernet at konvensjonen reelt legger større bånd på statens myndigheter, enn Grunnloven selv.²⁴

²² Lov 21. mai 1990 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, (menneskerettsloven).

²³ Aal 2018: 302-303

²⁴ Aal 2018: 268

2.2 EMK artikkel 10

2.2.1 Artikkelens innhold

EMK artikkel 10 nr. 1 fastsetter at enhver har retten til «freedom og expression». Denne retten omfatter å «hold opinions», «to receive and impart information and ideas». Ordlyden gir uttrykk for meddelelses retten og retten til å motta informasjon. Det følger av sikringsplikten i EMK at staten også har et infrastrukturkrav. At det gjelder et informasjonskrav er fastsatt gjennom EMD sin praksis, herunder *Tarsasag A mot Ungarn*,²⁵ men dette kommer ikke direkte frem av ordlyden.²⁶ Ytringsfriheten etter EMK omfatter de samme 5 aspektene som Grunnloven § 100, til tross for ulike ordlyd. Nøyaktig rekkevidde av disse ulike aspektene kan dog variere fra norsk til internasjonal rett. Beste vern prinsippet, tilsier at der EMK rekker videre enn Grunnloven, så er det EMK som legges til grunn.

I utgangspunktet er alle ytringer vernet etter EMK art. 10. Både politiske ytringer og smaksløse ytringer som sjokkerer er omfattet, jf. *Handyside mot Storbritannia*.²⁷ I likhet med Grunnloven så er det politiske ytringer som er kjernen.

EMK artikkel 10 om ytringsfriheten er oppbygd annerledes enn Grunnloven § 100. EMK art. 10 fastsetter inneholder i ytringsfriheten i første avsnitt, og fastsetter vilkår for inngrep i annet avsnitt. Kontra Grunnloven som består av 6 ledd, med et prinsipp ledd, og flere ulike ledd som gir uttrykk for ulike aspekter ved ytringsfriheten og ulike vilkår for inngrep.

²⁵ *Tarsasag A mot Ungarn*, nr. 37374/05 (2009)

²⁶ Aal 2018:312

²⁷ *Handyside mot Storbritannia*, nr. 5493/72, (1976)

2.2.2 Inngrepsadgangen

Lovkravet, kravet til forholdsmessighet og formålskravet

EMK art. 10 annet ledd oppstiller vilkårene for inngrep. EMK art. 10 fastsetter at et inngrep må være «prescribed by law». Ordlyden gir uttrykk for lovkravet, som krever at et inngrep er fastsatt i lov, som også innebærer at hjemmelen må være tilgjengelig og forutsigbar. Videre må et inngrep være «necessary in a democratic society». Ordlyden sikter til et forholdsmessighetskrav. Videre lister bestemmelsen opp de formålene som anses som legitim, herunder «national security», «territorial integrity og public safety», «prevention of disorder or crime», «protection of health or morals», «protection of the reputation or rights of others», «preventing the disclosure of information received in confidence», «maintaining the authority and impartiality of the judiciary». Formålene er uttømmende. For at et inngrep skal være legitimt må det altså være hjemlet i lov, og være nødvendig i et demokratisk samfunn med et legitimt formål.

For at et inngrep skal være «nødvendig i et demokratisk samfunn» må det være tale om en «pressing social need» ifølge *Pentikäinen mot Finland* og *Sunday times mot Storbritannia*.²⁸ Hvor et «pressing social need» innebærer at det må være et tyngende behov for inngrep.

Forholdsmessighetsvurderingen legger opp til en bred interesseavveining, slik som Grunnloven også gjør. I vurderingen av forholdsmessighet vil utslaget variere ut ifra hvilket formål inngrepet knytter seg til. EMK artikkel 10 lister uttømmende opp flere formål som anses som legitime.

For hatefulle ytringer er det særlig «protection of the rights of others» som er relevant. Norge har også ratifisert RDK som jeg kommer tilbake til, som pålegger staten å ha straffelovgivning som forbyr hatefulle ytringer grunnet rase. EMD har lagt seg på en strengere linje en Høyesterett, og har slått hardere ned på ytringer som innebærer rasediskriminering.²⁹ Ytringer som er beviselig feil og som er hatefulle, slik som holocaust fornektelse, er av EMD blitt avvist og fastsatt at ikke nyter vern overhodet, jf. *Kasymakhunov og Saybatalov mot*

²⁸ *Pentikäinen mot Finland*, nr. 11882/10 (2015), *Sunday times mot Storbritannia*, nr. 6538/74 (1979)

²⁹ Aal. 2018:301

Russland.³⁰ Norge lå en stund på en liberal linje med en meget høy terskel for å bli straffet for hatefulle ytringer.

På bakgrunn av Boot Boys dommen i Rt. 2002 s. 1618 mottok Norge kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité (CERD) for å ha satt en for høy terskel for hva som anses som straffbare hatefulle ytringer.³¹ Kritikken ble senere lagt til grunn for å senke terskelen, som medførte en ny straffelovsbestemmelse.³²

Skjønnsmarginen

Staten har en viss skjønnsmargin i sin vurdering. *I Sunday times mot Storbritannia* uttalte EMD at «article 10 (2) (art. 10-2) leaves the contracting states a margin of appreciation». Det er tale om en skjønnsmargin som vil variere ut ifra hvilket område inngrepet befinner seg på.³³ Marginen innebærer ikke at statene kan definere innholdet i de ulike rettighetene selv, bare at EMD kan legge vekt på statens vurdering av gjennomføringen.³⁴ Dersom staten avveier to motstridende menneskerettigheter så gis det en vid skjønnsmargin.³⁵

Ytringsfriheten og hatefulle ytringer

Straffeloven § 185 om hatefulle ytringer er et inngrep i ytringsfriheten som er i tråd med vilkårene for inngrep, både i EMK og Grunnloven. Hensynene bak inngrepet er da å sikre andres rettigheter til å ikke bli utsatt for diskriminering. Ettersom bestemmelsen er et inngrep i ytringsfriheten må bestemmelsen tolkes på bakgrunn av avveiningen som er foretatt. Dersom bestemmelsen tolkes for utvidende, kan dette medføre at Norge bryter EMK art. 10 og Grunnloven § 100. Dersom bestemmelsen tolkes for strengt, kan dette medføre brudd på RDK art. 4 og EMK art. 8 og art. 14. Denne avveiningen og balansegangen som ligger til grunn for utformingen av bestemmelsen, ser man tydelig i hvordan terskelen fastsettes, jf. Smaksløshetsmarginen, forsiktighetsprinsippet, kravet til kontekstuell tolkning, kvalifisert

³⁰ *Kasymakhunov og Saybatalov mot Russland*, nr. 26261/05 og nr. 26377/06 (2013)

³¹ CERD/C/67/D/30/2003

³² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005). Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v. (diskrimineringsloven). Kommunal- og regionaldepartementet. Side 179

³³ *Sunday times mot Storbritannia*, nr. 6538/74 (1979)

³⁴ Aal 2018: 155

³⁵ Aal 2018: 156

krenkende som vilkår. Dette blir redegjort for under gjennomgangen av terskelen for straffeloven § 185.

2.3 FNs konvensjon om rasediskriminering (RDK)

FNs konvensjon mot rasediskriminering ble vedtatt av generalforsamlingen 21. desember 1965 med ikrafttredelse 4. januar 1969. Konvensjonen har som formål å avskaffe rasediskriminering. Norge har inkorporert konvensjonen gjennom likestillings og diskrimineringsloven § 5 som fastsetter at konvensjonens skal gjelde «som norsk lov».

FNs rasediskrimineringskomité (CERD) er etablert gjennom RDK art. 8 og skal sørge for korrekt gjennomføring av konvensjonen i statene som har ratifisert denne. Komiteen består av 18 personer som velges av konvensjonspartene, jf. RDK art. 8. Konvensjonens operer med fire ulike tiltak som skal sikre gjennomføringen. Herunder rapportbehandling, statsklage, individklage og tvister om fortolkning eller anvendelsen av konvensjonen kan forlegges til den internasjonale domstolen i Haag etter RDK art. 22.

RDK artikkel 4 bokstav a fastsetter at konvensjonspartene skal «declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin».

Bestemmelsen pålegger konvensjonspartene å kriminalisere rasediskriminerende ytringer. Hvor rasediskriminerende ytringer er ytringer som gir uttrykk for ideer om rasemessig overlegenhet, ytringer som gir uttrykk for ideer om rasehat, ytringer som oppfordrer til diskriminering, og ytringer som oppfordrer til vold mot bestemte raser og eller etniske grupper.³⁶

Samtidig fastsetter RDK artikkel 4 første ledd at det ved utformingen av forbudene i lovbestemmelser skal tas «due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention». Artikkel 5 bokstav d nevner ytringsfriheten eksplisitt som en av disse rettighetene. Dermed må statene ta

³⁶NOU 2002: 12. Rettslig vern mot etnisk diskriminering. Kommunal- og regionaldepartementet, side 188

en avveining mellom ytringsfriheten og pliktene i art. 4.³⁷ Denne kriminaliseringen og avveiningen mot ytringsfriheten ligger til grunn for straffeloven § 185. RDK fastsetter i sin kommentar til Norges rapporter, at kriminaliseringer av alle ideer som er basert på raseoverlegenhet er i tråd med ytringsfriheten.³⁸ Norge påpeker i forarbeidene for rettsvern mot etnisk diskriminering, hvor utvalget skulle vurdere hvordan RDK skulle innarbeides i norsk rett, at å kriminalisere rene meningsytringer uten å uttrykke rasehat eller oppfordre til vold, er et alvorlig inngrep i ytringsfriheten.³⁹ Utvalget vektla hensynene bak ytringsfriheten, særlig sannhetsargumentet og demokratihensynet og konkluderte med at Norge ikke er pliktet til å kriminalisere rene meningsytringer som sikter til raseoverlegenhet.⁴⁰ RDK artikkel 6 forplikter konvensjonsstatene til å gi alle borgere effektivt vern mot krenkelser av konvensjonens artikler.

Boot boys dommen i Rt. 2002 s. 1618 er en av sakene som har blitt klagd inn til FNs rasediskrimineringskomité (CERD). I dommen ble lederen av den nynazistiske gruppen «boot boys» frikjent for å ha fremsatt hatefulle ytringer under en demonstrasjon. Han ytret blant annet «Hver dag blir vårt folk og land plyndret og ødelagt av jødene som suger vårt land tomt for rikdom og erstatter det med umoral og unorske tanker». Høyesterett påpekte at ytringene var sterkt krenkende og nedsettende overfor en minoritetsgruppe, men la vekt på at det ikke ble vist til noe konkrete tiltak, slik som for eksempel vold.⁴¹ Saken ble klaget inn til FNs rasediskrimineringskomité av det mosaiske trossamfunn i Oslo, med begrunnelsen om at utsagnet nevnt ovenfor, inneholdt ideer om raseoverlegenhet.⁴² I tillegg hadde lederen oppfordret til å følge Hitlers og Görings fotspor som det mosaiske trossamfunnet anså for å være en tilskyndelse til rasistiske vold i strid med RDK art. 4. FNs rasediskrimineringskomité konkluderte med ytringene var rammet av RDK art. 4 og 6, og anbefalte Norge å sørge for slike uttalelser ikke skulle være beskyttet av ytringsfriheten etter norsk lov.⁴³ Denne avgjørelsen kom etter at Norge hadde fått kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité for å ikke ha implantert et forbud mot rasistiske organisasjoner og uttrykte bekymring for at Norge ikke har implantert RDK på lik linje som EMK, SP og ØSK.⁴⁴ Bemerkningene fra RDK ble

³⁷ NOU 2002: 12 s. 188

³⁸ CERD/C/304/Add.88, punkt 14

³⁹ NOU 2002: 12 s. 189

⁴⁰ NOU2002: 12 s. 190

⁴¹ Rt. 2002 s. 1618 på side1630

⁴² CERD/C/67/D/30/2003 punkt 3.1

⁴³ CERD/C/67/D/30/2003 punkt 11 og 12

⁴⁴ CERD/C/304/Add.88, punkt 11 og 14

grunnlaget for endring av straffeloven.⁴⁵ Behovet for ytterligere vern mot rasediskriminering ble også lagt til grunn for endring av Grunnloven § 100 i 2004.⁴⁶

2.4 Grl. § 102, EMK artikkel 8 og artikkel 14, og SP artikkel 20

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 20 (2) fastsetter en plikt til å forby rasehat og religiøst hat og trådte i kraft noen år etter RDK.⁴⁷ Samtidig går RDK lengre ettersom RDK pålegger konvensjonstatene å straffe slik diskriminering, hvor SP art. 20 (2) kun krever at dette skal forbys. EMK art. 8 fastsetter at enhver har rett til vern om privatliv, familieliv, hjem og korrespondanse. Samme vern følger av Grunnloven § 102. Rettspraksis fastsetter at Grunnloven § 102 skal tolkes i lys av EMK art. 8, jf. Rt. 2015 s. 93 og Rt.2015 s. 155. EMK har ikke en bestemmelse som direkte forbyr rasehat, slik som RDK og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 20 (2) gjør, men manglende tiltak til å sikre innbyggere mot slik diskriminering vil være brudd på diskrimineringsvernet i EMK art. 14 i sammenheng med EMK art. 8.⁴⁸

⁴⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 64 under punkt 8.7.3

⁴⁶ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004) s.179, siste avsnitt under punkt 17.1.1

⁴⁷ International covenant on civil and political rights, 16. desember 1966, (FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, SP).

⁴⁸ *Vejdeland og andre mot Sverige*, nr. 1813/07 (2012), *Beizaras og Levickas mot Litauen*, nr. 41288/15 (2020)

3 Straffeloven § 185

3.1 Generelt om straffeloven § 185

Straffeloven § 185 første ledd første punktum fastsetter at den som «forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring» skal straffes med en strafferamme på bot eller fengsel inntil 3 år. Bruk av symboler regnes også som en ytring. Første ledd tredje punktum slår fast at den som «i andres nærvær forsettlig eller grovt uaktsomt fremsetter en slik ytring overfor en som rammes av denne» etter annet ledd, straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

Annet ledd presiserer hva som regnes som en diskriminerende eller hatefull ytring. Med diskriminerende eller hatefull ytring menes det å «true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen». Annet ledd lister også opp ulike grupper som nyter vern etter bestemmelsen, i bokstav a til e. Hvor ytringen må være hatefull og diskriminerende basert på ett av disse grunnlagene. Grunnlagene er ens hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse (a), religion eller livssyn (b), seksuell orientering (c), kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk (d), og nedsatt funksjonsevne (e).

Det grunnleggende vilkåret for bestemmelsen er at det må være fremsatt en «diskriminerende eller hatefull ytring». Videre stiller første ledd to alternative krav til hvordan ytringen blir fremsatt, ved at ytringen må enten være fremsatt «offentlig» eller i «andres nærvær (...) overfor en som rammes». Annet ledd definerer hva som ligger i at en ytring er hatefull eller diskriminerende, og hvilke grunnlag ytringen må knytte seg til. Bestemmelsen rammer både forsettlige og grovt uaktsomme overtredelser, jf. straffeloven (heretter strl.) § 21 og 23. Grunnlagene som er listet opp i annet ledd fastsetter også hvilke minoritetsgrupper som er vernet etter bestemmelsen.

3.2 Kravet til konteksten og hva bestemmelsen skal verne

Straffeloven § 185 setter et krav til konteksten ytringen er fremsatt i, for at den skal anses som straffbar. I første punktum er kravet til konteksten at ytringen må være fremsatt «offentlig», etter tredje punktum kreves det at ytringen er fremsatt «i andres nærvær (...) overfor en som rammes». Dersom ytringen ikke er fremsatt «offentlig» eller «i andres nærvær (...) overfor en som rammes», vil ytringen ikke være straffbar. Det som er interessant her er at en ytrings innhold kan være regnet som diskriminerende og hatefull, og være over terskelen for det straffbare ellers etter bestemmelsen, men likevel ikke være straffbar, ettersom kravet til konteksten ikke er oppfylt. Opprinnelig var det krav om at ytringen måtte være fremsatt «offentlig» for at bestemmelsen skulle få anvendelse. Alternativet «i andres nærvær (...) fremsetter en slik ytring overfor en som rammes» ble vedtatt i 2009 og utvidet dermed anvendelsesområdet til bestemmelsen.⁴⁹ Dette sistnevnte alternativet blir heretter betegnet som «nærvær»-alternativet. Kravet til konteksten setter anvendelsesområdet for bestemmelsen, og setter dermed også en grense for hvilke ytringer som rammes av straffebudet. Anvendelsesområdet henger sammen med hva som er formålet og hensynet bak bestemmelsen. Her kommer også konflikten mellom hva bestemmelsen er ment å verne tydelig frem.

3.2.1 Hva ligger i at ytringen må være fremsatt «offentlig»?

Vilkåret «offentlig» er definert i straffeloven § 10 annet ledd. Bestemmelsen består av tre alternativer. Annet ledd første punktum, fastsetter at en handling er offentlig når den er «foretatt i nærvær av et større antall personer *eller* når den lett kunne iakttas og er iakttatt fra et offentlig sted». Ordlyden i «nærvær» i første alternativ forutsetter at handlingen må foretas i en slik nærhet til andre personer, at de har en mulighet til å observere handlingen.

Forarbeidene fastsetter at 20-30 mennesker er å regnes som et «s større antall personer».⁵⁰ Det andre alternativet i annet ledd første punktum, krever at handlingen skjer på et offentlig sted. Hvor offentlig sted er definert som et sted hvor allmennheten ferdes eller er bestemt for

⁴⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning). Justis- og politidepartementet. S. 399

⁵⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Om lov om straff (straffeloven). Justis og politidepartementet, side 409

alminnelig ferdsel, jf. § 10 første ledd. I tillegg kreves det at handlingen faktisk er observert av en person, jf. ordlyden «og».

Det tredje alternativet fastsetter at en ytring er offentlig når den er fremsatt «på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer», jf. Siste punktum.. Sistnevnte alternativ gjelder kun for ytringer. Formulering i «større antall personer» er lik som i første alternativet i annet ledd første punktum, og det er naturlig at dette innholdet dermed er likt. Slik at et «større antall personer» her, tilsier at det må være tale om rundt 20-30 personer.⁵¹ Ordlyden i «egnet til å nå» tilsier at det ikke er et krav at ytringen faktisk har blitt hørt eller mottatt av andre, det er tilstrekkelig at det er mulighet for at den kan nå ut til mange. For å fastslå om en ytring er egnet og har mulighet til å nå ut til et større antall personer, så må det foretas en vurdering av hvordan ytringen er fremsatt. Klassiske tilfeller vil være innlegg i lokalavisen, flygeblader eller radio, dette er medier som er lagd nettopp for å nå ut til en større folkemengde. I de seneste årene er det reist spørsmål om hvilke ytringer på internett som vil være egnet til å nå et større antall personer. Forarbeidene fastsetter at vilkåret vil være oppfylt dersom en ytring legges ut på en internettside som er tilgjengelig for allmennheten.⁵² Høyesterett har også slått fast, at å legge ut ytringer eller bilder på en åpen profil på Facebook, vil oppfylle vilkåret, jf. HR-2018-871-A. Hvis det er tale om lukkede grupper så må det foretas en vurdering av hvor mange som er i gruppen. Hvis gruppen inneholder flere enn 20 medlemmer så er vil ytringer i gruppen være egnet til å nå et større antall personer, og dermed regnes som «offentlig» etter strl. § 10 annet ledd siste punktum.

3.2.2 Hva ligger i «nærvær»-alternativet?

Straffeloven § 185 første ledd tredje punktum fastsetter at den som «i andres nærvær (...) fremsetter en slik ytring overfor en som rammes av denne» straffes med bot eller fengsel i 1 år. Etter dette alternativet er det ikke et krav at ytringen må være fremsatt i det offentlige rom, dette åpner for at ytringer i private omgivelser kan være straffbare. For at ytringen skal være straffbar, må personen ytre en hatefull ytring overfor en som nyter vern etter bestemmelsen, samtidig må ytringen bli fremsatt i nærvær av en tredjeperson. Bestemmelsens ordlyd stiller

⁵¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 409

⁵² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 215

ikke noe krav til at ytringen faktisk blir oppfattet av denne tredjepersonen, det er tilstrekkelig at personen er i en slik nærhet at personen har en mulighet til å oppfatte ytringen.

Samtidig har dette vilkåret blitt tolket innskrenkende i rettspraksis. I LB-2019-3868 ble en kvinne av frikjent for hatefulle ytringer av en enstemmig lagmannsrett, etter å ha hengt opp lapper med nedsettende innhold på døren til et homofilt par. Begrunnelsen for frikjennelsen var at ingen andre enn fornærmede hadde sett lappene. Lagmannsretten uttalte at ytringer som fremsettes i privat eller halvoffentlig sammenheng kun er straffbare dersom «de rent faktisk er overhørt eller sett av andre». Lagmannsretten tolker her ordlyden innskrenkende ved å fastsette at vilkåret «i andres nærvær», krever at ytringen faktisk må ha blitt sett eller overhørt av en tredjeperson. Den innskrenkende tolkningen begrunnes med at tilføyelsen av «nærvær»-alternativet, i forarbeidene var begrunnet med at det straffeverdige ved handlingen var at ytringens innhold spres, og viser så til plasseringen av bestemmelsen i straffelovens kapittel om vern om den offentlige ro og orden. Dette er en rettsavgjørelse fra lagmannsretten, slik at den ikke har like tung rettskildemessig verdi som en uttalelse fra Høyesterett. Samtidig er vilkåret lite problematisert i rettspraksis, ettersom det er få saker hvor vilkåret blir satt på spissen. Det har ikke vært en sak oppe for Høyesterett hvor vilkåret har blitt problematisert, slik jeg kan se.

Forarbeidene som lagmannsretten her viser til, uttrykker ikke direkte at vilkåret «i andres nærvær» må tolkes innskrenkende.⁵³ Forarbeidene fastsetter at forslaget til innføringen av «nærvær»-alternativet har den samme tilnærmingen som ble foreslått i høringsnotat 30.mai 2008.⁵⁴ I dette høringsnotatet ble det foreslått å videreføre vernet i § 246 om æreskrenkelse i straffeloven 1902, men med et krav om at ytringen ble oppfattet av en tredjeperson.⁵⁵ Ved vurderingen av om straffeloven 1902 § 246 om æreskrenkelser skulle videreføres i strl. § 185, la departementet til grunn at straffeverdigheten til ytringene som skal rammes er knyttet til at «det nedsettende innhold spres vidt og til andre enn dem som rammes».⁵⁶ Dette er grunnen til plasseringen i straffelovens kapittel om vern av den offentlige ro og orden. Denne bekreftelsen av forslaget i høringsnotatet 30.mai 2008, med den senere henvisningen til at straffeverdigheten er knyttet til at ytringen spres, tilsier at en slik innskrenkende tolkning i

⁵³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 165 punkt 5.14.3.2

⁵⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 165 punkt 5.14.3.2

⁵⁵ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 163 punkt 5.14.2.4 som viser til høringsnotatet

⁵⁶ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 165 Punkt 5.14.3.2

stor sannsynlighet er i tråd med lovgiver sitt syn. Samtidig kan det stilles spørsmål ved hvorfor departementet ikke har presisert dette i ordlyden, da tilføyelsen ble vedtatt.

Et interessant tilfelle hvor vilkåret blir problematisert finner vi i en dom fra Asker og Bærum tingrett, hvor en kvinne var tiltalt for blant annet to tilfeller med hatefulle ytringer etter å ha tegnet hakekors på dørene til to nabofamilier med utenlandsk opprinnelse.⁵⁷ Kvinnen hadde tegnet hakekors på inngangsdøren til to ulike familier. For det første hakekorstilfellet ble tiltalte frifunnet, ettersom retten ikke fant det bevist at andre beboere hadde sett symbolet, slik at vilkåret «i andres nærvær» ikke var oppfylt. I det andre hakekorstilfellet ble symbolet stående i flere måneder. Retten fant det da bevist at noen i trappeoppgangen må ha observert hakekorset, slik at vilkåret «i andres nærvær» var oppfylt.

Det fremstår som veldig kunstig at samme handling kan være straffefri i det ene tilfellet, fordi symbolet ble vasket vekk relativt tidlig, og i det andre tilfellet være straffbart fordi symbolet ble stående lenge på døren. Om handlingen er straffbar er i disse tilfellene avhengig av om fornærmede vasker vekk symbolet eller ikke. Hvor lenge symbolet blir stående er utenfor gjerningspersonens kontroll. Dette utfallet fremstår for min del som kunstig og vilkårlig, og er nok en utilsiktet konsekvens fra lovgiver sin side. Samtidig tilsier uttalelsene i forarbeidene og tolkningen som er lagt til grunn i rettspraksisen som er nevnt, at «nærvær»-alternativet krever at en tredjeperson faktisk har sett eller overhørt den hatefulle ytringen.

3.2.3 Hva er bestemmelsen ment å verne?

Straffeloven § 185 er en videreføring av straffeloven 1902 § 135a. Som nevnt tidligere ble straffeloven 1902 § 135a vedtatt for å tilfredsstille RDK.⁵⁸ Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 4 setter krav til at medlemsstatene kriminaliserer spredning av rasediskriminerende ytringer. Forarbeidene presiserte at bestemmelsen tok sikte på å ramme forbrytelser mot den alminnelige orden og fred, og presiserte at fornærmelser og trusler mot enkeltpersoner måtte forfølges etter straffelovens alminnelige bestemmelser, herunder blant annet bestemmelsen om æreskrenkelser.⁵⁹ Straffelovens § 185 sin plassering i kapitlet 20 om vern av den

⁵⁷ TAHER-2021-1609

⁵⁸ Se kapittel 2.3

⁵⁹ Ot.prp. nr. 41 (1954). Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 mv., s. 18

offentlige ro, orden og sikkerhet fastsetter at bestemmelsens formål er å verne det offentlige rom mot spredning av hatefullt tankegods.

Som følge av at bestemmelsen om æreskrenkelse ble opphevet, ble anvendelsesområdet til straffeloven §185 utvidet med «nærvær»-alternativet i 2009.⁶⁰ Departementet viste til at ulike høringsinstanser hadde påpekt at fjerningen av æreskrenkelsesbestemmelsen som verner æresfølelsen, ville medføre at det ikke ville være mulig å straffe grove æreskrenkelser i form av hatefulle ytringer som blir fremsatt i private og halvoffentlige situasjoner.⁶¹ Om en æreskrenkelse er grov var avhengig av en vurdering av æreskrenkelsens karakter, ytringens usannhet, den ærekrenkedes egen oppførsel og om den er spredt til allmennheten på noe vis.⁶² Det som er interessant er at da departementet drøftet tilføyelsen av «nærvær»-alternativet, så er det ikke problematisert at den tidligere æreskrenkelsesbestemmelsen skulle verne den personlige frihet og fred. Dette understrekes ved at departementet drøfter opphevelsen av æreskrenkelsesbestemmelsen i forarbeidenes kapittel 5 om vern av den personlige frihet og fred.⁶³ Straffeloven 1902 § 246 vernet æresfølelsen til den enkelte. Ved å tilføye «nærvær»-alternativet, med begrunnelse i at æreskrenkelsesbestemmelsen ikke ble videreført, så tilsier det at formålet og hensynet bak «nærvær»-alternativet er å verne enkeltpersoner mot grove beskyldninger og grove forhånelser i form av hatefulle ytringer.⁶⁴ Dette vernet mot at enkeltpersoners selvfølelse krenkes som følge av grovt nedsettende ytringer, samsvarer ikke med formålet om å verne den offentlige ro og orden som straffeloven § 185 første ledd første punktum, skal ivareta.

Spesielt interessant er det at det er lagt til grunn i rettspraksis, at straffeloven § 266 som skal verne den personlige frihet og fred, kan anvendes i konkurrans med straffeloven § 185, fordi straffeloven § 185 skal verne den offentlige ro, orden og sikkerhet. Begrunnelsen for at disse kan anvendes i konkurrans er fordi bestemmelsene beskyttet interesser av ulik karakter. Samtidig er det ikke problematisert hva tilføyelsen av «nærvær»-alternativet var ment å verne. Det at departementet kun kriminaliserte de hatefulle ytringene som faktisk blir overhørt av en tredjeperson, er grunnet at det kun var vernet mot grove æreskrenkelser som skulle videreføres. En grov ærekrenkelse er karakterisert med at den er spredt til flere. Dette er ikke

⁶⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 399

⁶¹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 165 punkt 5.14.3.2

⁶² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 163 punkt 5.14.2.4

⁶³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 134 Kapittel 5

⁶⁴ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 157 punkt 5.14.1.2

problematisert i rettspraksis, og heller ikke påpekt i forarbeidene. Dersom «nærvær»-alternativet på samme vis som det tradisjonelle anvendelsesområdet, var ment å verne samfunnet mot de skadelige virkningene som kan forekomme av at hatefulle ytringer om minoritetsgrupper spres seg, så burde lovgiver ha presisert dette i drøftelsen av videreføringen av vernet av æresfølelsen. Ettersom bestemmelsen om vern av æresfølelsen var et vern for enkeltpersoner. Dette er heller ikke problematisert noe særlig i senere Høyesterettspraksis. Samtidig som at flere saker som er tatt opp til Høyesterett i ettertid av tilføyelsen av «nærvær»-alternativet, har hatt et betydelig fokus på personangrep og sjikane perspektivet.⁶⁵ Dette ble problematisert av Tennfjord og Methi i artikkelen *hatefulle ytringer – grensen mellom ytringsfrihet og diskrimineringsvern – kommentar til HR-2020-2133-A*. Hvor de uttaler:

«det er ikke helt klart hvordan begrunnelse for straffeloven § 185 spiller inn i vurderingen av bestemmelsens rekkevidde, og ei heller hva som er forholdet mellom hvilke ytringer som rammes av straffeloven § 185 kontra hvilke ytringer som rammes av straffeloven § 266 om hensynsløs atferd».

Lignende er blitt påpekt av Anine Kierulf i *Kommentar til HR-2022-1707-A- Stortinget bør nå revurdere § 185*.⁶⁶ Hun fremhever at bestemmelsen som opprinnelig var ment for å verne samfunnet den siste tiden har blitt benyttet i Høyesterett, til å verne individer fra utsatte grupper mot personangrep og sjikane. En endring som ikke er kommentert av lovgiver eller Høyesterett.

Utvidelsen av anvendelsesområdet ved tilføyelsen av «nærvær»-alternativet fremstår ikke som grundig vurdert. Økningen av saker i Høyesterett hvor bestemmelsen er benyttet i tilfeller som kan karakteriseres som rene personangrep og trakassering, reiser spørsmålet om hva bestemmelsen skal verne. Dette er et spørsmål som er blitt problematisert i juridisk teori, men ikke av lovgiver eller Høyesterett. Her trengs det en rettsavklaring.

⁶⁵ Methi, E.J og Tennfjord, V.J. (2021, 27. april). Hatefulle ytringer - grensen mellom ytringsfrihet og diskrimineringsvern - kommentar til HR-2020-2133-A. Ekspertkommentar. Juridika.

⁶⁶ Kierulf, A (2022, 16. sep.). Kommentar til HR-2022-1707-A – Stortinget bør nå revurdere § 185. Ekspertkommentar. Juridika

3.2.4 Særlig om forholdet mellom straffeloven § 185 og § 266 om hensynsløs atferd

Ved tilføyelsen av «nærvær»-alternativet i strl. § 185 presiserte forarbeidene at utvidelsen medførte at ytringer som ble fremsatt i halvoffentlige situasjoner nå var omfattet. Tilfeller som faller utenfor anvendelsesområdet til straffeloven § 185, skulle forfølges etter straffelovens andre bestemmelser som beskyttet den personlige frihet.⁶⁷ Her er strl. § 266 særlig relevant. For å forstå rekkevidden av strl. § 185 er det interessant å se hvordan strl. § 185 og § 266 blir brukt. Videre skal det ses nærmere på straffeloven § 266 og hvordan denne bestemmelsen brukes i tilfellene som sammenfaller med straffeloven § 185. Straffeloven § 266 rammer vidt. Fokuset kommer til å være på de rene sjikane og personangrepene som inneholder hatefulle ytringer, altså tilfellene som i utgangspunktet også omfattes av strl. § 185. Det avgrenses mot andre tilfeller som rammes av strl. § 266.

Generelt om straffeloven § 266 om hensynsløs atferd

Straffeloven § 266 fastsetter at den som med «skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd forfølger en person eller på annen måte krenker en annens fred» kan straffes med bot eller fengsel inntil 2 år. Bestemmelsen viderefører straffeloven 1902 § 390 a.⁶⁸ Kjernen i bestemmelsen er å forhindre hensynsløse fredskrenkelser. Skyldkravet er forsett, jf. Strl. § 21. Grunnvilkåret for at bestemmelsen skal få anvendelse, er at personen «krenker en annens fred». Ordlyden i «krenker en annens fred» tilsier at det må være tale om en negativ forstyrrelse av den personlige integriteten til en person. Forarbeidene presiserer at å «krenke en annens fred» sikter til sinnets integritet, slik at det er de psykiske integritetskrenkelser som rammes av bestemmelsen.⁶⁹ Bestemmelsen fastsetter at den fredskrenkende handlingen må være resultat av «hensynsløs atferd».

Ordlyden i «annen hensynsløs atferd» tilsier at «skremmende og plagsom atferd» er eksempler på atferd som er hensynsløs.⁷⁰ Forarbeidene uttaler at om en handling er «hensynsløs» forutsetter at handlingen er moralsk forkastelig.⁷¹ Om handlingen er å anses

⁶⁷Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 166

⁶⁸Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) side 424, under merknad til § 266

⁶⁹ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 147, punkt 5.10, og Ot.prp. nr. 41 (1954) s.23

⁷⁰ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 147 som viser til Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23

⁷¹ Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23, er også gjentatt i Høyesterettspraksis slik som HR-2019-1468-U avsnitt 21

som moralsk forkastelig, er avhengig av en helhetsvurdering av tiden, stedet og fornærmedes individuelle forhold.⁷² Høyesterettspraksis supplerer ved å fastsette at om handlingen hadde et aktverdig formål og fornærmedes opptreden også er sentrale momenter, jf. Rt. 2014 s. 669 avsnitt 18. Kravet til at den hensynsløse atferden må være moralsk forkastelig tilsier at det kun er fredskrenkelser som går «markert ut over slike ubehageligheter som alminnelig menneskelig samkvem regelmessig kan føre med seg».⁷³

Bestemmelsen rammer vidt, slik at det vanskelig kan gjengis hvilke tilfeller som omfattes. Det sentrale her er at tilfeller hvor det er fremsatt hatefulle ytringer overfor en person som er vernet etter strl. § 185 bokstav a til e, er tilfeller som også dekker gjerningsbeskrivelsene i strl. § 266. Disse bestemmelsen er blitt anvendt i konkurrans med hverandre, med begrunnelsen at bestemmelsene verner to ulike formål. Samtidig er strl. § 18, som nevnt i kapittel 3.2.3, i større grad brukt i rene sjikane tilfeller, slik at det fremstår som at det er blir benyttet til vern av enkeltindividet mot hatefulle ytringer. Et skifte i perspektivet som ikke er særlig problematisert i rettspraksis eller av lovgiver. En slik glidning medfører at bestemmelsene ikke nødvendigvis ivaretar ulike hensyn lenger. Dermed er det interessant å se nærmere på hvordan retten anvender bestemmelsene i konkurrans tilfellene.

Nærmere om hvordan straffeloven § 185 og § 266 anvendes i tilfeller hvor handlingen rammes av begge gjerningsbeskrivelsene

I HR-2012-689-A (Dørvakt) hadde tiltalte fremsatt sterkt nedsettende ytringer mot en dørvakt etter at dørvakten kastet han ut. Her hadde tiltalte i tingretten blitt dømt for både hensynsløs atferd etter straffeloven 1902 § 390a og for hatefulle ytringer etter straffeloven 1902 § 135a. Tiltalte anket lovanvendelse under skyldspørsmålet for begge tiltalepunktene, men lagmannsretten tillot kun fremmet det som gjaldt spørsmålet om overtredelse av straffeloven 1902 § 135a. Lagmannsretten forkastet anken. Lagmannsrettens dom ble så anket til Høyesterett, hvor Høyesterett opprettholdt domfellelsen etter straffeloven 1902 § 135a. Slik at tiltalte ble domfelt for både hensynsløs atferd etter straffeloven 1902 § 390a og hatefulle ytringer etter straffeloven 1902 § 135a. Opprettholdelse av domfellelsen på begge punkter

⁷² Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 147 og Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23

⁷³ Rt. 2014 s. 669 avsnitt 17 som viser til Ot.prp. nr. 41 (1954) s. 23

tilsier at Høyesterett anser bestemmelsene for å verne to ulike interesser, slik at det er intet i veien for å anvende begge bestemmelsene i konkurrans på samme forhold.

I HR-2020-2133-A (Potetbaker'n) ble tiltalte dømt for hatefulle ytringer etter straffeloven § 185 etter å ha fremsatt grovt krenkende ytringer mot en tilfeldig gutt i køen til en matvogn. I lagmannsretten var tiltalte blitt frikjent for dette forholdet. Lagmannsretten vurderte om forholdet kunne omsubsumeres og føres under strl. § 266 om hensynsløs atferd. I den sammenheng fastsatte lagmannsretten at det følger klart av Rt. 1989 s. 1336 og juridisk teori at slike omsubsumering, ikke kan skje ettersom straffebudene verner ulike interesser.

Retten operer altså med at strl. § 185 og strl. § 266 verner to ulike interesser, slik at de dermed kan anvendes i konkurrans. At bestemmelsen verner to ulike interesser stenger også for at retten av eget initiativ kan omsubsumere forholdet. Det er tydelig at strl. § 185 primært er ment å verne samfunnet mot skadevirkningene av at hatefullt tankegods sprer seg. Samtidig har straffeloven § 185 i større grad enn tidligere blitt anvendt i rene sjikane og personangrep tilfeller, slik at det fremstår som at det er et økende fokus på individet som rammes. Samtidig er hovedformålet til straffeloven § 266 verne den enkeltes personlige frihet og fred. Dermed er det underlig at denne utviklingen i anvendelsen av straffeloven § 185 på rene sjikane og personangreps tilfeller, i tilfeller hvor begge bestemmelsene kan anvendes på samme forhold, ikke er påpekt eller problematisert på noe vis.

3.3 Hva er en diskriminerende eller hatefull ytring i lovens forstand

Det grunnleggende vilkåret for at straffelovens § 185 skal få anvendelse er at det må være fremsatt en «diskriminerende eller hatefull ytring». Ordlyden i «diskriminerende eller hatefull» antyder at det er to alternative grunnlag.

Det er en forskjell i meningsinnholdet til ordene «diskriminerende» og «hatefull». At noe er diskriminerende tilsier at en person er blitt behandlet på en viss måte med grunnlag i sin tilhørighet til en gruppe. Denne gruppen er ofte en minoritetsgruppe, men behøver ikke være det. At noe er hatefullt trenger ikke være ensbetydende med at det er diskriminerende, ettersom det hatefulle ikke trenger å knytte seg til en viss karakteristikk som kjennetegner en

gruppe mennesker. Meningsinnholdet i ordlyden «hatefull» og «diskriminerende» er dermed ikke lik. Dermed er det av betydning om dette er alternative vilkår eller ikke.

Om ordlyden i «diskriminerende eller hatefull ytring» medfører at det er tale om to alternative grunnlag er ikke presisert eller problematisert i noen av forarbeidene til bestemmelsen. At det i bestemmelsen står «eller», ble problematisert i NOU 2022:2 om akademisk ytringsfrihet.⁷⁴ Ekspertgruppen for akademisk ytringsfrihet hadde som oppgave å utrede problemstillinger knyttet til nettopp dette. I den forbindelse vurderte de straffelovens § 185 og pekte på ulike problemer med bestemmelsens utforming. Ett av disse problemene er at ordlyden i «diskriminerende eller hatefull ytring» intuitivt tilsier at det er to alternative grunnlag, noe som ikke stemmer med rettspraksisen på området.⁷⁵

Videre viser rettspraksisen til straffelovens § 185 at dette ikke anses for å være to alternative grunnlag, ettersom ordlyden på dette punktet ikke blir særlig problematisert og alternativene blir brukt om hverandre.⁷⁶ Straffeloven § 185 annet ledd angir hva som regnes som «diskriminerende eller hatefull ytring». Annet ledd angir ikke om de ulike alternativene; «true, forhåne, fremme hat, forfølgelse, eller ringeakt», er spesifikt knyttet til enten «diskriminerende» eller «hatefull». Slik at alternativene i annet ledd som fastsetter hva som regnes som en «diskriminerende eller hatefull ytring», knytter seg til både «diskriminerende» og «hatefull», som et og samme vilkår. Dermed må ordlyden «diskriminerende eller hatefull ytring» forstås som at ytringen må være både diskriminerende og hatefull for at bestemmelsen skal få anvendelse.

Ordlyden i «på grunn av» tilsier at det ikke er tilstrekkelig at ytringen oppfyller ett av alternativene i annet ledd første punktum (true, fremme hat osv.), ytringen må oppfylle ett av disse alternativene og innholdet i ytringen må bygge på et av de grunnlagene som er listet opp i bokstav a til e. Dersom en ytring er truende og fremmer hat, men ikke har tilknytning til ett av grunnlagene listet opp i annet ledd, vil bestemmelsen ikke få anvendelse.

⁷⁴ NOU 2022: 2 Akademisk ytringsfrihet God ytringskultur må bygges nedenfra hver dag, Kunnskapsdepartementet, Ekspertgruppen for akademisk ytringsfrihet, s. 89-91

⁷⁵ NOU 2022: 2 s. 90

⁷⁶ Det brukes om hverandre og er ikke blitt problematisert, jf. HR-2020-185-A, HR-2020-2133-A avsn. 49, og HR-2018-674-A (Krangel) avsn. 20.

3.4 De ulike grunnlagene for vern i annet ledd

3.4.1 Generelt om de ulike grunnlagene for vern

Etter at Norge mottok kritikk for mangelfull gjennomføring av FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK), ble det satt ned et utvalg som skulle komme med forslag til endring av lovverket for diskriminering. Utvalget fremmet forslag om å vedta diskrimineringsloven og utredet også det strafferettslige vernet mot diskriminering.⁷⁷

Grunnlagene for vern i straffeloven § 185 er utformet på bakgrunn av RDK og likestillings og diskrimineringsloven, og skal derfor forstås og tolkes på samme måte som i likestillings og diskrimineringsloven. Straffeloven § 185 lister opp fem grunnlag som gir vern i bokstav a til e. Etersom oppgaven tar sikte på å kartlegge hvor grensene for straffbare hatefulle ytringer går i dag, er det ikke relevant å gå i dybden av nøyaktig hvilke minoriteter som nyter vern etter bestemmelsen. Samtidig er det viktig å ha en viss forståelse av hvilke grupper som er vernet, ettersom at en hatefulle ytring kun er straffbar dersom den referer til karakteristikk ved minoritetene. Derfor skal det kort redegjøres for de ulike grunnlagene for vern.

«Hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse»

Straffelovens § 185 bokstav a fastsetter at «hudfarge eller nasjonal opprinnelse eller etnisk opprinnelse» er grunnlag for vern etter bestemmelsen. Ordlyden i «eller» tilsier at det er tre alternative elementer i grunnlaget. At uttrykket «hudfarge» står som et eget alternativ, tilsier at også dem som er av norsk opprinnelse vil ha vern etter bestemmelsen så fremt ytringene er knyttet til hudfargen.⁷⁸

Ordlyden i nasjonal opprinnelse er nært beslektet med etnisitet. Skillet består i at nasjonal opprinnelse knytter seg til et sted eller en bestemt folkegruppe. Hvor etnisitet rammer mer vidt og knytter seg til kjennetegn som er felles for en gruppe, slik som felles språk, religion, og felles verdisyn. Ordlyden i «nasjonal opprinnelse» er nært knyttet opp til statsborgerskap, men er skal ikke forstås som at dette er ensbetydende.⁷⁹ Departementet presiserer at begrepet

⁷⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 185

⁷⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 89

⁷⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 88

nasjonalitet kan omfatte fødested, landbakgrunn, og sted hvor man har sin oppvekst eller sin bakgrunn fra, og at begrepet ligger nært opp til etnisitetsbegrepet.⁸⁰

Ordlyden i «etnisk opprinnelse» favner vidt. Hvor etnisitet omfatter kjennetegn som er felles for en gruppe, slik som felles språk, religion, og felles verdisyn. Etnisitet omfatter også urfolk og nasjonale minoriteter.⁸¹ For eksempel er samer en etnisk gruppe som har felles språk, historie, kultur, og næringstradisjoner, men har også ulik nasjonal tilknytning og statsborgerskap.⁸²

«Religion eller livssyn»

Straffeloven § 185 annet ledd bokstav b fastsetter «religion eller livssyn» som grunnlag for vern. Ordlyden i «religion eller livssyn» tilsier at både de etablerte religionene og humanistiske livssyn er omfattet. Da ordlyden ble endret i 2006 presiserte forarbeidene at tilføyelsen av uttrykket «livssyn» medførte at sekulære livssyn også omfattes.⁸³ Tilføyelsen av uttrykket «livssyn» ble begrunnet med at dette ville samsvare med tolkningen av Grunnloven § 2 (nå § 16) og EMK art. 9 om religionsfrihet hvor enhver form for livssyn er omfattet.⁸⁴ Forarbeidene til diskrimineringsloven presiserer at «sosiale, kulturelle, humanitære, og andre interesseorganisasjoner som ikke har et religions- eller livssynsbasert grunnlag og rent kommersielle virksomheter» faller utenfor begrepet.⁸⁵ Utover dette er det ikke stilt noe spesifikke krav til hvilke religioner eller livssyn som er omfattet.

«Seksuell orientering»

Den tredje gruppen som gir grunnlag for vern er «seksuell orientering» i straffeloven § 185 annet ledd bokstav c. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «seksuell orientering», tilsier at både homofil, lesbisk, bifil og heterofil legning er omfattet. Forarbeidene og rettspraksis

⁸⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 88

⁸¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 88, og Prop.81 L (2016-2017). Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). Barne- og likestillingsdepartementet. s. 96

⁸² LH-2019-36965

⁸³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 188

⁸⁴ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 90

⁸⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 77

fastsetter at ordlyden må tolkes innskrenkende.⁸⁶ Grunnlaget var opprinnelige «homofili» som ble tilføyd etter forslag i ot.prp.nr.29 (1980-1981).⁸⁷ Ordlyden i grunnlaget har blitt endret flere ganger. Ordlyden ble i 2021 endret fra «homofile legning, leveform eller orientering» til «seksuell orientering» med begrunnelsen at uttrykket «homofil orientering» er for snevert, ved at det ikke kommer klart frem av lovteksten at også bifile, og dem som ikke identifiserer seg innenfor tokjønnsmodellen, er omfattet.⁸⁸ I forarbeidene til likestillings og diskrimineringsloven uttaler departementet at begrepet «seksuell orientering» omfatter både seksuell legning og seksuell praksis.⁸⁹ Departementet påpekte at dette er en vid definisjon, og presiserte at aseksualitet og seksuelle preferanser, slik som BDSM og fetisjisme, ikke var omfattet av uttrykket.⁹⁰

«Kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk»

Straffeloven § 185 bokstav d fastsetter at «kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk» gir grunnlag for vern. En naturlig språklig forståelse av begrepet «kjønnsidentitet» er det kjønn en person identifiserer seg med, hvor begrepet «kjønnsuttrykk» omfatter hvordan man gjennom sitt utseende uttrykker det kjønn man identifiserer seg med. Begrepene omfatter etter sin ordlyd alle kjønnsidentiteter og uttrykk. Slik at både dem som har en kjønnsidentitet som samsvarer med ens biologiske kjønn, og dem som har en kjønnsidentitet som ikke samsvarer med ens biologiske kjønn, er omfattet.

Forarbeidene til endringer i straffeloven fastholdt at formålet med tilføyelsen av dette diskrimineringsgrunnlaget var å verne transpersoner og andre som har en kjønnsidentitet eller et kjønnsuttrykk som bryter med omgivelsens forventninger, og at hensikten var å verne en utsatt minoritetsgruppe.⁹¹ Slik at ordlyden måtte tolkes innskrenkende.

⁸⁶ Prop. 66 L (2019-2020). Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv). s. 76

⁸⁷ Ot.prp. nr. 29 (1980-1981). Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og 349 a (forbud mot diskriminering av homofile). Justis- og politidepartementet.

⁸⁸ Prop. 66 L (2019-2020) s. 75

⁸⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 313

⁹⁰ Prop. 81 L (2016-2017) s. 96

⁹¹ Prop. 61 L (2019-2020) s. 70

«Nedsatte funksjonsevne»

Den siste av de vernede grunnlagene er «nedsatt funksjonsevne», jf. strl. § 185 annet ledd bokstav e. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «nedsatt funksjonsevne» tilsier at mennesker med en form for fysisk eller psykisk funksjonshemming er vernet. Dette grunnlaget for vern ble tilføyd i 2013. Forarbeidene til endringen begrunner tilføyelsen med at personer med nedsatt funksjonsevne blir utsatt for hatefulle ytringer i større grad enn før, slik at dette kan være i ferd med å bli et samfunnsproblem.⁹² Forarbeidene fastsetter at begrepet «nedsatt funksjonsevne» omfatter fysiske, psykiske, og kognitive funksjoner.⁹³ Bevegelse, syns- eller hørselsfunksjon er omfattet av fysiske funksjoner.⁹⁴ Psykiske funksjoner omfatter sykdommer og psykiske lidelser.⁹⁵ Videre presiserer forarbeidene at nedsatte kognitive funksjoner tilsier redusert eevne til mentale prosesser.⁹⁶ Departementet viser til at begrepet skal forstås på lik måte som i likestillings- og diskrimineringsloven. Forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven presiserer at det ikke stilles krav til varighet eller alvorlighet, men at det avgrenses mot «forbigående og/eller bagatellmessige forhold».⁹⁷ Forarbeidene utdyper videre at årsaken for funksjonsnedsettelsen ikke er av betydning, slik at selvforskyldte tilstander, som rusavhengighet, fedme, og utseendemessige forhold er omfattet, så fremt dette har resultert i en funksjonsnedsettelse.

3.5 Tolkning av ytringer

For å kunne konstatere om en ytringer har fremmet ringeakt eller vært kvalifisert krenkende så må den tolkes. Høyesterett har utviklet to prinsipper for tolkningen av ytringer, herunder forsiktighetsprinsippet og kravet til kontekstuell tolkning. Retten har full kompetanse til å prøve en tolkning, jf. Dørvakt Rt. 2012 s.536 avsnitt 17, som er vist til i HR-2020-2133-A.

⁹² Ot.prp. nr.8 (2007–2008). 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). Justis- og politidepartementet. s. 250

⁹³ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 343

⁹⁴ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 343

⁹⁵ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 343

⁹⁶ Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 343

⁹⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 313

Høyesterett har til lagt til grunn gjennom langvarig rettspraksis at utgangspunktet for tolkningen er hvordan den alminnelige leser eller tilhører ville oppfatte ytringen ut ifra den sammenhengen den er fremsatt i.⁹⁸ Dette gir uttrykk for kravet til kontekstuell tolkning. En kontekstuell tolkning av en ytring tilsier at det er en forskjell i om en ytring er fremsatt i en hetet diskusjon på en bar, eller i en appell under en demonstrasjon. Situasjonen ytringen er fremsatt i påvirker meningsinnholdet i en uttalelse.

Samtidig skal det anvendes et forsiktighetsprinsipp. Dørvakt dommen i Rt. 2012 s.536 presiserer i avsnitt 20 at «ingen skal risikere strafferettslig ansvar ved at utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt, med mindre et slikt innhold med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen».⁹⁹ I dette ligger det at retten ikke må «legge mer i utsagnene enn det klart er grunnlag for», jf. HR-2022-1843-A avsnitt 14.

Høyesterett illustrer tolkningsprosessen godt i Kakerlakk dommen i HR-2020-184-A. Her hadde en person blitt dømt for hatefulle ytringer, i både tingretten og lagmannsretten, etter å ha skrevet «fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korruperte kakerlakk» om en samfunnsdebattant, i et kommentarfelt i en lukket Facebook gruppe med rundt 20 000 medlemmer. En enstemmig Høyesterett forkastet anken, men reduserte straffen noe. Høyesterett redegjorde først for prinsippene for tolkning, herunder kravet til kontekstuell tolkning og forsiktighetsprinsippet som er utviklet gjennom tidligere rettspraksis, jf. avsnitt 30. I avsnitt 32 foretar Høyesterett en konkret tolkning utsagnet «fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korruperte kakerlakk». Her uttaler Høyesterett at utformingen av ytringen klart retter seg direkte mot samfunnsdebattanten som person.

Høyesterett tar først utgangspunkt i hvordan den alminnelige tilhører ville ha forstått meningsinnholdet og uttrykker «den alminnelige leser vil etter min mening klart oppfatte ytringen som en svært grov krenkelse, og som en betydelig nedvurdering av hennes menneskeverd».¹⁰⁰ Så går Høyesterett videre til å presisere at ordlyden i «kakerlakk» kan gi assosiasjoner til skadedyr, før Høyesterett presisere «det er imidlertid ikke grunn til å bygge på at det her antydes at C bør utryddes eller lignende».¹⁰¹ Her benytter Høyesterett

⁹⁸ Dørvakt dommen Rt. 2012 s.536 avsn-18, HR-2020-184-A avsnitt 30, HR-2022-1707-A avsnitt 22, HR-2020-2133-A avsnitt 26, HR-2022-1843-A avsnitt 14, Ot.prp.nr. 8 (2007-2008) s. 249 og Ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 189 og 214.

⁹⁹ Dette er også lagt til grunn i HR-2020-2133-A avsnitt 27, og HR-2022-1707-A avsnitt 22, HR-2022-1843-A avsnitt 14

¹⁰⁰ Dommens avsnitt 32.

¹⁰¹ Dommens avsnitt 32

forsiktighetsregelen uten å direkte uttale det, og fastsetter at begrepet «kakerlakk» med rimelighet kan sies å sikte til skadedyr. Samtidig betyr ikke det at ytringen sikter til skadedyr, at man kan innfortolke at dette også betyr at utsagnet sikter til at personen burde bli utryddet eller bekjempet.

I Facebook gruppen hadde flere andre i samme kommentarfelt skrevet en rekke krenkende ytringer. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at ettersom personen skrev dette i samme kommentarfelt så har personen dermed også gitt en viss tilslutning til disse. Høyesterett avviste dette og fremhevet imidlertid at «disse andre kommentarene er egnet til å styrke forståelsen av personen sin ytring som kan utledes av de ordene hun selv valgte».¹⁰² Her trekker retten inn konteksten som kommentaren ble skrevet i for å presisere hva meningsinnholdet til den aktuelle ytringen var. Etter at Høyesterett nå har fastlagt meningsinnholdet så går de videre til å vurdere om ytringen er å regnes som diskriminering eller hatefull i lovens forstand.

3.6 Terskelen i annet ledd for hva som er straffbare diskriminerende eller hatefulle ytringer

Straffeloven § 185 annet ledd fastsetter at det med en diskriminerende eller hatefull ytring menes det å «true eller forhåne noen, fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen». Ordlyden tilsier at ytringens innhold må oppfylle ett av 5 alternative vilkår. Ordlyden i «true» er nært beslektet med straffeloven § 263 om trusler. En naturlig språklig forståelse av «forfølgelse» tilsier at ytringen må oppfordre til å følge etter og iaktta en person for å skape en følelse av usikkerhet. Ordlyden i «forhåne» og «ringeakt» er derimot uklar og gir lite veiledning. Ordlyden i annet ledd samsvarer ikke med det vurderingstemaet som Høyesterett har utviklet gjennom rettspraksis med bakgrunn i forarbeidene.

¹⁰² HR-2020-184-A avsnitt. 35

3.6.1 Straffeloven § 185 tolkes innskrenkende på grunn av ytringsfriheten

HR-2020-2133-A avsnitt 22 fastsetter at annet ledd, som definerer hva som regnes som en hatefull eller diskriminerende ytring, angir terskelen for hvilke ytringer som rammes.

Straffeloven § 185 er, som redegjort for tidligere, et inngrep i ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og EMK art. 10, og er dermed et resultat av en avveining av ytringsfriheten på ene siden og behovet for vern for utsatte grupper på den andre siden. Forarbeidene fastsetter derfor at straffeloven § 185 må tolkes innskrenkende.¹⁰³ Slik at det ikke er tilstrekkelig at ytringen objektivt sett faller innenfor ordlyden «true eller forhåne noen, fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen».¹⁰⁴

Bestemmelsen tolkes innskrenkende ved at det kun er kvalifisert krenkende utsagn som rammes. Rettspraksis og tidligere forarbeider¹⁰⁵ fastsetter at det kun er kvalifisert krenkende utsagn som rammes av straffeloven 1902 § 135a. Dette er fastholdt også for straffeloven § 185 i nyere rettspraksis, sli som i HR-2022-1707-A avsnitt 20.

I forarbeidene til diskrimineringsloven ble det foreslått å kodifisere terskelen som «kvalifisert krenkende» som Høyesterett har utviklet ved å legge til «*grovt* diskriminerende eller hatefull» i ordlyden.¹⁰⁶ Departementet hevdet det ikke var behov for dette fordi Høyesterett har klargjort rettstilstanden. Her fremstår det som at departementet ikke har vurdert tilstrekkelig at man befinner seg på strafferettens område, hvor legalitetsprinsippet krever at hjemmelen for inngrep må være klar, presis og tilgjengelig, jf. Grl. § 96 og § 100. Selv om begrepet «grovt» ikke er passende ettersom dette kan resultere i at rammen for straff blir for «rigid og setter snevrere rammer» enn ønskelig¹⁰⁷, så undres jeg over hvorfor det ikke er blitt tatt stilling til å kodifisere rettstilstanden med samme begrepsbruk som Høyesterett har benyttet seg av, nemlig akkurat «kvalifisert krenkende». Dette ville ha vært mer i tråd med legalitetsprinsippet. Ytringsfrihetskommisjonen har fremmet forslag om å endre ordlyden i

¹⁰³ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 249

¹⁰⁴ Dette ble fastslått i plenumsavgjørelsen Hvit valgallianse i Rt. 1997 s. 1821 på side 1824, jf. St.Meld. nr. 26 (2003-2004). Om endring av Grunnloven § 100. Justis- og politidepartementet, s. 66, og HR-2018-674-a avsn. 15

¹⁰⁵ For eksempel Rt. 1997 s.1821 Hvit valgallianse på side1826, og forarbeider Ot.prp. nr. 29 (1980-1981) s.13

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 190

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s.190

bestemmelsen for å klargjøre terskelen, dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4 om det nye lovforslaget.¹⁰⁸

Det har skjedd en endring i hva som regnes som kvalifisert krenkende. Etter at Norge fikk kritikk for å praktisere en for høy terskel av FNs rasediskrimineringskomité (CERD), etter at lederen i Boot Boys saken ble frikjent for hatefulle ytringer, resulterte dette i endring av loven i 2005.¹⁰⁹ Dermed kan rettspraksis fra før lovendringen ikke kunne tas til inntekt for hvor terskelen for hva som regnes som kvalifisert krenkende skal ligge.

3.6.2 Skillet mellom emne og person

Rettspraksis har utviklet et skille mellom ytringer om en person og ytringer om et emne. Det følger for så vidt av ordlyden at ytringen må være rettet mot «noen» i strl. § 185 annet ledd. Dette har også en tilknytning til at kritiske ytringer om en person med sjikanehensikt er utenfor kjernen av ytringsfriheten, i motsetning til kritiske ytringer om et emne som er i kjernen. Løpeseddel dommen i Rt. 1981 s. 1305 fastsatte at det foreligger et skille mellom

*«på den ene side uttalelser om islam som religion, om forholdene til islamske stater og om norsk innvandringspolitikk, som etter min oppfatning ikke kan rammes av straffelovens § 135 a, og på den annen side uttalelser som mer direkte angriper de islamske innvandrere her i landet».*¹¹⁰

Dette standpunktet har blitt fastholdt gjennom langvarig praksis, herunder i Kakerlakk dommen i HR-2020-184-A avsnitt 23, hvor Høyesterett viser til løpeseddel dommen og presiserer at det i rettspraksis er trukket et «skille mellom kritiske ytringer om et emne, enten dette er av politisk, kulturell, religiøs eller annen art, og ytringer som angriper en eller flere personer». Høyesterett uttrykker videre at ytringer av politisk art er normalt i kjernen av ytringsfriheten og rammes derfor ikke av strl. § 185, slike ytringer retter seg heller ikke mot «noen».

¹⁰⁸ NOU 2022: 9 s. 209

¹⁰⁹ CERD/C/67/D/30/2003, se også kapittel 2.3

¹¹⁰ Rt. 1981 s. 1305, side 1314

Løpeseddel dommen i Rt. 1981 s. 1305 presiserte at i grensdragningen mellom religionskritikk og angrep mot en religiøs gruppe, må det ses til om ytringene retter seg mot «trosretningen eller mot menneskegruppers egenskaper og adferd».¹¹¹ Hvis ytringen omhandler en trosgruppe, men inneholder krenkende og nedsettende omtaler av karakteristikk og atferden til medlemmene av gruppen, så vil dette kunne være over grensen for hva som er straffbart.

Videre fastsetter Krangel dommen HR-2018-674-A avsnitt 15 at personangrep med sjikane hensikt har et beskjedent Grunnlovsvvern fordi de «ikke har noe til felles med den kjerneverdi ytringsfriheten skal beskytte, nemlig det frie ordskiftet».¹¹²

I 2018 hadde SIAN (stopp islamiseringen av Norge) holdt demonstrasjon foran stortinget hvor det ble holdt appeller og det ble delt ut løpesedler. Dette resulterte i at lederen ble dømt for hatefulle ytringer etter strl. § 185 i tingretten, men nestlederen ble frikjent etter samme bestemmelse. Frifinnelsen ble opprettholdt av en enstemmig lagmannsrett. En av ytringene i en av flere løpesedler som lederen ble dømt for var:

«Gode muslimer er en svøpe for sine omgivelser hvor enn de er. Et hvert menneske som bekjenner seg til Muhammeds ideologi og som arbeider for å innføre islams ondskap her – uansett om det gjøres med vold eller med politiske midler – er en trussel mot rikets sikkerhet og må deporteres eller interneres på livstid».¹¹³

Tingretten begrunnet dette med at ytringen sett i sammenheng med innholdet i resten av løpeseddelen, omtalte islam negativt, og viser også til «konkrete tiltak som skal gjøres mot dem som omfattes av utsagnet, nemlig «deporteres eller interneres på livstid»».

Nestlederen ble på sin side frifunnet for ytringen:

«Lekeberg, er byen i Sverige. En liten kommune. Dem har en video som viser hvordan det blir når det blir importert morderzombier, seksualpredatorer, tilbakestående kultur. Kultur fra Midtøsten. Folk blir

¹¹¹ Rt. 1981 s. 1305 (løpeseddel), side 1315

¹¹² Henvist til i HR-2020-184-a

¹¹³ TOSLO-2019-14462

steina ned når de er på sykkelstur, dem skiter ned balkongene og hagene demmes, dem banker på dørene og krever servering. Det er blitt et shithole.

Shithole»

Lagmannsretten begrunnet dette med at hun uttalte seg om forhold i andre stater og om konsekvenser av norsk innvandringspolitikk under en appell, som gjorde det tydelig at det var ment at ytringene skulle inngå i det offentlige ordskiftet.¹¹⁴ Grunnet konteksten var det ikke tilstrekkelig at ytringen var «krasse og ensidig fordømmende og utvilsomt kan virke sårende og krenkende på dem som bekjenner seg til den islamske religion».¹¹⁵

Forskjellen mellom de to tilfellene er at løpesedlene inneholdt ytringer med konkrete tiltak som var rettet direkte mot medlemmene av en religiøs gruppe, hvor appell ytringen til tross for sine krenkende ord, omhandlet den norske innvandringspolitikken og hadde ingen henvisning til konkrete tiltak rettet mot medlemmene av en religiøs gruppe. At appellen tydelig var ment som en del av det offentlige ordskiftet medførte at det var tale om et tilfelle som er i kjernen av ytringsfriheten, slik at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende. Dette illustrerer skillet mellom emne og person godt.

3.6.3 Hva ligger i «kvalifisert krenkende»

I kakerlakk dommen HR-2020-184-A fastsetter i avsnitt 27, at ytringer av kvalifisert krenkende karakter omfatter ytringer som «oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkelser» og ytringer som innebærer en «grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd».

Integritetskrenkelser omfatter voldsforbrytelser i straffelovens kapittel 25 og seksuallovbrudd i kapittel 26, de klassiske tilfellene er da kroppskrenkelse, kroppsskade, voldtekt, drap m.m. Dette er handlinger som griper inn i en person sitt liv, helse og kroppslige integritet.¹¹⁶ I Rt. 2007 s.1807 (Vigrid) hvor lederen av den omtalte nazist gruppen Vigrid, ble dømt for hatefulle ytringer etter straffeloven av 1902 § 135a, på bakgrunn av flere ytringer gitt i et intervju med verdens gang (VG). Han uttalte blant annet at Vigrid «ønsker å ta makten i

¹¹⁴ LB-2019-177188

¹¹⁵ Med henvisning til Rt. 1981 s.1305 s. 1317

¹¹⁶ Jacobsen, Husabø, Gröning og Strandbakken (2020), s. 17 og 24

samfunnet, renske ut jødene». Videre uttalte han «jødene er hovedfiendene, de har drept vårt folk, de er ondskapsfulle mordere. De er ikke mennesker, de er parasitter som skal renskes ut ...». Han la også til grunn at medlemmene i Vigrid fikk våpen og kamptrening. Da intervjueren spurte hvordan han ville reagere hvis noen fra Vigrid skadet jøder. Han svarte da «jeg beklager ikke hvis noe skjer med folk jeg ikke ønsker her i landet (...)». En enstemmig Høyesterett konkluderte med at utsagnene ga uttrykk for at lederen for Vigrid oppfordret og ga tilslutning til integritetskrenkelser. Høyesterett presiserte at selv om han

*«ikke direkte gir uttrykk for at han vil bruke vold eller direkte oppfordrer andre til bruk av vold mot jøder, kan uttalelsene, lest i sammenheng, vanskelig forstås på annen måte enn som en trussel om at vold og tvang kan bli benyttet».*¹¹⁷

Det er dermed ikke et krav at personen spesifikt uttrykker at han selv kommer til eller ønsker å utøve vold. Det er tilstrekkelig at det ved tolkningen av ytringen ut ifra konteksten blir klart at personen uttrykker at vold er en reell mulighet og et middel.

Uttrykket «en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd» har et vagere innhold enn uttrykket «oppfordre eller gi tilslutning til integritetskrenkelser». Høyesterett har utdypet uttrykket i rettspraksis, iblant annet Kakerlakk dommen i HR-2020-184-A, hvor en mann ble dømt for hatefulle ytringer etter straffeloven § 185 etter å ha skrevet «Fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korruperte kakerlakk» om en samfunnsdebattant på Facebook. Høyesterett la vekt på at uttalelsen hadde en direkte referanse til hennes hudfarge og at begrepet «kakerlakk» sikter til skadedyr.¹¹⁸ Lignende bli lagt til grunn i den allerede omtalte Vigrid saken i Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 13 hvor Høyesterett presiserer at å sammenligne jøder med parasitter er en grov nedvurdering av jøders menneskeverd. Det kan dermed legges til grunn at å sammenligne eller kalle et menneske for skadedyr grunnet tilknytning til en av minoritetene som er vernet straffeloven § 185, tilsier at ytringen er kvalifisert krenkende.

I Dørvakt dommen Rt. 2012 s. 536 ble en mann dømt for hatefulle ytringer etter å ha kalt dørvakten som kastet ham ut for «jævla neger» og «jævla svarting», og for å uttale «hvorfor tillates negre å jobbe i Norge». Høyesterett anså dette får å være en grov nedvurdering av en

¹¹⁷ Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 42

¹¹⁸ HR-2020-184-A avsnitt 32

gruppes menneskeverd. I avsnitt 29 presiserer Høyesterett at en ytring som inneholder «nedvurderingen som bygger på hudfarge eller etnisitet, retter seg klart mot menneskeverdet». Dette har blitt fastholdt i senere rettspraksis. I Potetbaker'n dommen i HR-2020-2133-A ble en kvinne dømt for hatefulle ytringer etter straffeloven § 185, etter å ha sagt blant annet «kom deg tilbake til Afrika der du kommer fra, jævla utlending» til en tilfeldig ung gutt i køen foran et gatekjøkken. Høyesterett la vekt på at utsagnet innebar et verbalt personangrep grunnet hans hudfarge og etniske opprinnelse.¹¹⁹ Videre presiserer Høyesterett at forholdet blir mer kvalifisert krenkende når utsagnene kom helt uten foranledning. Bruken av «jævla utlending» ga uttrykk for sterk forakt. Utsagnene og situasjonen sett i sammenheng medførte at uttrykket ble tolket som sterkt nedsettende og forhånende.¹²⁰

3.6.4 Smaksløshetsmarginen

I sakene hvor det er tale om rene personangrep med sjikanehensikt, som faller utenfor kjerneområdet til ytringsfriheten, så gjelder det likevel en smaksløshetsmargin. I Krangel dommen, i HR-2018-674-A, ble en mann dømt for hatefulle ytringer etter straffeloven av 1902 § 135a, etter å ha flere ganger kalt en innvandrers «jævla neger» under en krangel. Høyesterett fastsetter i avsnitt 17 at:

«selv om hensynet til ytringsfriheten spiller en mer beskjeden rolle i de rene sjikane-tilfellene, kan straffebudet i § 135 a ikke forstås slik at det gis strafferettslig vern mot enhver uttalelse som kan påvirke de grupper som omtaler i negativ retning».

Høyesterett viser så til løpeseddel dommen, i Rt. 1981 s. 1305 på side 1318, som viser at det gjelder en rommelig margin for uheldige og smakløse ytringer, under henvisning til at ytringsfriheten har vesentlig vekt. Høyesterett viser så til dørvakt dommen i Rt. 2012 s. 536 avsnitt 32, som fastsetter at selv om hensynet til ytringsfriheten ikke gjør seg like gjeldende fordi man er utenfor kjerneområdet, så gjelder det likevel en «relativt rommelig margin for smakløse ytringer». Disse synspunktet fastholdt Høyesterett senest i HR-2022-1707-A avsnitt 19.

¹¹⁹ HR-2020-2133-A avsnitt 45

¹²⁰ HR-2020-2133-A avsnitt 46

Samtidig har hva som omfattes av denne marginen endret seg, etter at Norge mottok kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité for at terskelen var lagt for høy i 2002 i Boot Boys saken.¹²¹ Som nevnt tidligere medførte dette en endring av terskelen, som ble fastholdt i både forarbeidene og i senere rettsavgjørelser.¹²² Slik vurderingene av hva som regntes som innenfor denne marginen frem til 2002, ikke kan tillegges vekt.

I LA-2018-171851 hvor en mann var tiltalt for brudd på straffeloven § 185, grunnet flere ytringer han hadde fremsatt på Facebook. Han ble dømt for flere av ytringene, noe Høyesterett holdt fast ved i HR-2020-185-A. Han ble også frikjent for en av ytringene i lagmannsretten, herunder «fordømrade svineri denne satans islam kulten».¹²³ Lagmannsretten påpekte at ytringen var fremsatt som et svar på en annen person sitt innlegg om at «koranen er jo en tekst med et visst pedofilt innhold», og tolket derfor ytringen fra tiltalte som smaksløs uspesifikk religionskritikk, med en verdivurdering. Retten konkluderte med at ytringen var formulert som «sterkt negative generelle utsagn om islam som religion og har mest preg av nedvurderende sjikane fremfor mer konkret religionskritikk. Ytringen kan dermed både oppfattes hånende og bidra til et negativt syn på både religionen og dens tilhengere». Lagmannsretten viste til redegjørelsen av smaksløshetsmarginen i Krangel dommen i HR-2018-674-A avsnitt 17 før de fastslo at ytringen grunnet sammenhengen den var fremsatt i falt innenfor smaksløshetsmarginen.

Smaksløshetsmarginen er et resultat av avveiningen mellom ytringsfriheten på den ene siden og diskrimineringsvernet på den andre siden. Slik at selv om man ikke befinner seg i kjernen av ytringsfriheten, så står fremdeles ytringsfriheten sterkt, slik at det skal en del til for at ytringer utenfor kjernen kan anses som straffbare. Det interessante er at i den senere Høyesterettspraksisen så viser bare Høyesterett til at det foreligger en smaksløshetsmargin når man befinner seg utenfor kjernen av ytringsfriheten, uten at det redegjøres nærmere for hva som inngår i denne marginen. Det er tydelig at konteksten ytringen er fremsatt i, spiller en stor rolle. Slik at hvilke ytringer som faller innenfor denne marginen er avhengig av en helhetsvurdering av hvordan ytringen er fremsatt, hvem ytringen retter seg mot, den konkrete ordlyden i ytringen og hendelsesforløpet før og etter ytringen.

¹²¹ CERD/C/67/D/30/2003, og Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys)

¹²² Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt), Ot.prp. nr. 33 (2004-2005), s. 179

¹²³ Tiltalte anket kun bedømmelsen av to av ytringene han ble dømt for, slik at Høyesterett behandlet ikke ytringen han ble frikjent for i lagmannsretten.

3.6.5 Aldersaspektet i HR-2022-1707-A og smaksløshetsmarginen – en senkelse av terskelen?

I HR-2022-1707-A ble det dissens 3-2 om nettopp denne smaksløshetsmarginen. Her hadde en mann sagt «Allah være med deg» til en 16 år gammel jente med somalisk bakgrunn. Hun hadde spurt hva mente med dette. Situasjonen hadde eskalert slik at det nå var skriking fra begge parter. Mannen ropte på et tidspunkt at hun burde «dra tilbake til Somalia så får du det mye bedre, for der får du ikke noe NAV». Flertallet konkluderte med at den sistnevnte ytringen var straffbar fordi den var fremsatt overfor et barn. Mindretallet på sin side var uenig i tolkning av ytringen og la til grunn at ytringen ikke oversteg terskelen for det straffbare.

Høyesterett viser til HR-2020-2133-A avsnitt 40-42 for redegjørelse av straffeloven § 185, og legger til at det gjelder en smaksløshetsmargin og at det kun er kvalifisert krenkende ytringer som rammes. I avsnitt 21 uttaler Høyesterett at i saken her

«oppstår spørsmålet om denne terskelen også kommer til anvendelse der fornærmede er under 18 år, eller om det da skal anvendes en annen terskel. Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at terskelen er den samme (...). Den fremsatte ytringen må imidlertid tolkes ut fra konteksten, og her vil det forhold at fornærmede er et barn, kunne få betydning.»

Høyesterett presiserer i avsnitt 25 at ordlyden i ytringen ikke har en direkte referanse til fornærmedes bakgrunn, hudfarge eller religion, men fastsetter likevel at den alminnelige tilhører ville oppfattet utsagnet til å referere til dette. Flertallet konkluderer så med at ytringen innebærer et verbalt diskriminerende personangrep.

Flertallet la særlig vekt på at fornærmede var 16 år gammel og viser til at aldersaspektet er fremhevet i Potetbaker´n dommen i HR-2020-2133-A avsnitt 47. Potetbaker´n dommen avsnitt 47 fastsetter at:

«A, som var en godt voksen dame, var også «krass i stemmen» mot B, som var en gutt på 18 år, som helt tilfeldig befant seg i køen. As opptreden var av en slik karakter at også F, som sto i kassen, reagerte og kom ut for å avverge krangel. Dette bidrar, slik jeg ser det, til å forsterke krenkelsen»

Flertallet viser til tre rettsavgjørelser med særlig sammenligningsverdi, herunder Dørvakt-dommen i Rt. 2012 s. 536, Krangel-dommen i HR-2018-674-A og Potetbaker´n dommen i

HR-2020-2133-A. Flertallet påpeker at det er uttrykkelig sagt i Dørvakt-dommen at tilfellet hvor tiltalte hadde kalt dørvakten for «jævla neger» eller «jævla svarting» flere ganger da han ble kastet ut, var ansett for å ligge i det nedre sjiktet.

Flertallet presiserer i avsnitt 27 at i motsetning til de tre sakene ovenfor, så er det her ikke brukt skjellsord eller andre kraftfulle uttrykk, som medfører at saken her fremstår mindre krenkende. Høyesterett fastsetter at ytringen er smakløs og sårende, men at ytringen «ikke ville vært kvalifisert krenkende dersom den hadde vært fremsatt overfor en voksen».

Flertallet slutter seg så til lagmannsrettens vurdering om at «når utsagnets språklige innhold sammenholdes med konteksten – herunder at tonen var amper, at tiltalte var voksen og fornærmede var et barn – finner lagmannsretten det klart at den alminnelige tilhører oppfattet utsagnet som en grov nedvurdering fremsatt overfor fornærmede fordi hun ble oppfattet som somalisk». Samtidig presiserer flertallet at ytringen er i «grenseland over hva som er straffbart overfor barn».

Mindretallet på sin side er enig i at ytringer overfor et barn «ofte vil oppfattes mer sårende og krenkende enn om den samme ytringen hadde vært fremsatt overfor en voksen», men er ikke enig i at ytringen i tilfellet her overstiger terskelen i straffeloven § 185.¹²⁴

Mindretallet begrunner dette i avsnitt 42 med ytringen ikke er særlig grov, og ikke innebærer noe grov nedvurdering av fornærmede eller en gruppes menneskeverd. Videre presiserer mindretallet at ytringen er smaksløs spesielt fordi den er fremsatt overfor en mindreårig, men kan ikke se at det skal være «avgjørende om fornærmede hadde vært 18 år eller- som i vår sak – et barn på 16 år og 10 måneder».

Videre er mindretallet uenig i tolkning av ytringen. Mindretallet fremhever at forsiktighetsprinsippet medfører at flertallet ikke kan legge til grunn at ytringen om NAV, innebærer en henvisning til at somaliere er avhengig av NAV bistand, når dette ikke er sagt uttrykkelig.¹²⁵ Avslutningsvis fremhever mindretallet at dersom ytringen i dette tilfellet innebærer en overtredelse av straffeloven § 185 så vil det innebære at smaksløshetsmarginen ikke har et innhold.¹²⁶

¹²⁴ HR-2022-1707-A avsnitt 41

¹²⁵ HR-2022-1707-A avsnitt 43

¹²⁶ HR-2022-1707-A avsnitt 44

I dette tilfellet er jeg enig med mindretallet. Flertallet viser til avsnitt 47 i Potetbaker`n dommen i HR-2020-2133-A og påpeker at Høyesterett e trakk fram aldersaspektet. Dette er det eneste avsnittet i Potetbaker`n dommen hvor det er uttrykkelig kommentert at tiltalte er en godt voksen dame og var krass i stemmen mot fornærmede som var en gutt på 18 år. Det fremstår som at det er tatt med i den kontekstuelle vurderingen av ytringen at det er en aldersforskjell, men det fremstår ikke for min del som at dette var utslagsgivende for vurderingen av om ytringen var innenfor terskelen. Høyesterett sin uttalelse i avsnitt 47 om at «dette bidrar (...) til å forsterke krenkelsen» fremstår for min del ikke som en utelukkende henvisning til at det var en vesentlig aldersforskjell mellom fornærmede og tiltalte, men at situasjonen var så eskalert og amper at utenforstående grep inn. Det må her også tas i betraktning at ytringene i Potetbakern`n dommen var «kom deg tilbake til Afrika din jævla utlending» før hun fortsatte med å uttale at «bryr du deg ikke om at folk i Afrika sulter». Etter min vurdering er ordbruken «jævla utlending» hakket mer grovt enn i saken her, fordi bruken av skjellsord fremhever at det er tydelig ment som nedsettende og forhånende.

Videre påpeker ikke flertallet i saken her at den aktuelle ytringen ble fremsatt i en høylytt krangel. I krangel dommen i HR-2018-674-A ble tiltalte dømt for å ha kalt fornærmede for «jævla neger» flere ganger under en opphetet krangel. Høyesterett presiserte da at ytringen ikke blir straffefri fordi fornærmede deltok i krangelen, men presiserte at terskelen må bli høyere «når fornærmede selv bidrar til konflikten».¹²⁷ På den bakgrunn ble tilfellet ansett for å være i det nedre sjiktet. Flertallet i vår sak viste til denne dommen, men trakk ikke frem at dette tilfellet var ansett for å være i det nedre sjiktet. I avsnitt 26 fremhever flertallet som nevnt ovenfor, tre saker med lignende tilfeller og uttaler «i alle disse tre sakene kom Høyesterett til at straffebudet var overtrådt, men i dørvakt-dommen er det uttrykkelig sagt at overtredelsen lå i i det nedre sjikt». Her burde det blitt trukket frem at tilfellet i Krangel-dommen, også var ansett for å være i det nedre sjiktet. Når disse tilfellene hvor ytringene er grovere er ansett for å være i det nedre sjiktet, så burde flertallet gått nærmere inn på vurderingen av grovheten til ytringen her.

Videre er flertallet kortfattet når det gjelder tolkningen av meningsinnholdet i ytringen. Flertallet fastsetter at ytringen kan forstås som en insinuasjon til at somaliere trenger nav bistand når de kommer til Norge. Dette blir lagt til grunn uten en nærmere vurdering av om ytringen kan ha et annet meningsinnhold. Tiltalte har her ikke uttrykkelig sagt dette. Flertallet

¹²⁷ HR-2018-674-A avsnitt 21

legger til grunn det kan forstås som en insinuasjon. Å legge til grunn en insinuasjon uten nærmere holdepunkter i konteksten er ikke forenelig med forsiktighetsprinsippet som krever at innholdet med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen. Det fremstår som at flertallet viser til både smaksløshetsmarginen og forsiktighetsprinsippet, men uten å faktisk anvende disse på tilfellet her.

Denne rettsavgjørelsen har mottatt kritikk for å senke terskelen for hva som rammes av bestemmelsen.¹²⁸ Det er likefullt en rettskraftig avgjørelse fra Høyesterett, og må dermed i senere saker tillegges en viss vekt. Samtidig er den avsagt under dissens, slik at den ikke veier like tungt.

¹²⁸ Kierulf, A. (2022). *Kommentar til HR-2022-1707-A – Stortinget bør nå revurdere § 185.*

4 Det nye lovforslaget

Ytringsfrihetskommisjonen har i sin utredning i NOU 2022:9, gjort rede for og vurdert ytringsfrihetens rettslige rammer. I den forbindelse har ytringsfrihetskommisjonen foretatt en vurdering av straffeloven § 185 om hatefulle ytringer. På bakgrunnen av denne vurderingen har ytringsfrihetskommisjonen fremsatt forslag til endring av bestemmelsen.¹²⁹ Høringsfristen var 16. januar 2023 og er fremdeles under behandling. Ovenfor har jeg problematisert noen skavanker ved bestemmelsen, dermed er det interessant å se om forslagene til lovendring faktisk bidrar til å avklare disse problemene.

4.1 Hva innebærer lovforslaget?

Ytringsfrihetskommisjonen påpeker at Høyesterett har behandlet 4 saker etter straffeloven § 185 om hatefulle ytringer, som alle gjaldt sjikanerende personangrep¹³⁰. Kommisjonen fremsatte to alternative forslag til endring i ordlyden. Begge endringene i ordlyden gjelder kun ordlyden i annet ledd, som angir terskelen for hva som anses som straffbare diskriminerende eller hatefulle ytringer.

Bakgrunnen for forslagene er å gjøre bestemmelsen mer forståelig og tydeliggjøre terskelen for hva som er straffbart, ikke å endre bestemmelsens innhold.¹³¹ Ytringsfrihetskommisjonen, peker særlig på at dagens ordlyd er språklig foreldet, og henviser til ordlyden i «forhåne» og «ringeakt».¹³² Videre peker kommisjonen på at ordlyden favner vidt og har lite retningslinjer for hvor terskelen for det straffbare faktisk går.¹³³ Kommisjonen påpeker at det ikke samsvarer godt med legalitetsprinsippet at retningslinjene for hva som er straffbart, utelukkende er tilgjengelig gjennom rettspraksis og forarbeider.¹³⁴

¹²⁹ NOU 2022: 9 s.19

¹³⁰ Høyesterett har behandlet enda en sak som gjaldt sjikanerende personangrep, slik at dette nå er 5. Herunder HR-2022-1843-A, HR-2022-1707-A, HR-2020-185-A, HR-2020-2133-A (Potetbaker'n), og HR-2020-184-A (Kakerlakk)

¹³¹ NOU 2022: 9 nederst på side 208

¹³² NOU 2022: 9 side 209

¹³³ NOU 2022: 9 side 209

¹³⁴ NOU 2022: 9 side 209

Første alternativ lyder «Med hatefulle ytringer menes ytringer som grovt nedvurderer menneskeverdet til noen på grunnlag av deres».¹³⁵

Kommisjonen fastsetter at dette alternativet skal gjøre bestemmelsen mer allmenn tilgjengelig å fremheve hvor høy terskelen for det straffbare er, samtidig som formuleringen understreker formålet, som er å beskytte minoriteter mot skadevirkningene av at hat spres i samfunnet.¹³⁶

Det andre alternativet lyder: «En ytring regnes som hatefull når den på kvalifisert krenkende måte fremmer hat eller forfølgelse mot, oppfordrer eller slutter seg til integritetskrenkelser mot, eller grovt nedvurderer menneskeverdet til noen på grunn av deres».¹³⁷

Dette alternativet skal ifølge kommisjonen gi veiledning til hvilke rammer domstolene har fastsatt for bestemmelsen.¹³⁸ Sistnevnte alternativet angir mer detaljert den terskelen som Høyesterett har satt for bestemmelsen. Utover forslaget til å endre ordlyden i annet ledd for å tydeliggjøre hvor terskelen for hva som anses som straffbare hatefulle ytringer faktisk går, har kommisjonen ikke foreslått andre endringer. Det er blitt fremlagt et representantforslag hvor det foreslås å legge til grunn det andre alternativet som ytringsfrihetskommisjonen har foreslått, dette er under vurdering.¹³⁹

4.2 Løser lovforslaget problemstillingene som strl. § 185 reiser?

Som nevnt i særlig kapittel 3.2.2, 3.2.3, og 3.6 så er det to forhold ved straffeloven § 185 som krever ytterligere avklaring. Første forholdet er at ordlyden i annet ledd, som skal angi terskelen for hva som anses som straffbare hatefulle ytringer, er vag og gir ikke veiledning for hvor terskelen for straffbare hatefulle ytringer som domstolen har utviklet, går. Lovforslaget sikter kun på å klargjøre ordlyden i annet ledd, slik at den samsvarer med de retningslinjene som Høyesterett har utviklet. Dette er en helt nødvendig for at bestemmelsen skal være i tråd

¹³⁵ NOU 2022: 9 side 209

¹³⁶ NOU 2022: 9 side 209

¹³⁷ NOU 2022: 9 side 210

¹³⁸ NOU 2022: 9 side 210

¹³⁹ Representantforslag 134 S (2022–2023), Dok.nr.8:134 S (2022–2023) Representantforslag fra stortingsrepresentantene Lan Marie Nguyen Berg, Rasmus Hansson og Kristoffer Robin Haug om endring av straffeloven § 185, «rasismeparagrafen», og et tryggere offentlig ytringsrom.

med legalitetsprinsippet. På strafferettens område er det strenge krav til at bestemmelsen skal være tilstrekkelig klar. Det kan reises spørsmål ved om ordlyden i dagens annet ledd oppfyller kravene som legalitetsprinsippet setter.

Klargjøringen av ordlyden er i og for seg bra, men jeg kan ikke se at utvalget tar stilling til de andre spørsmålene som straffeloven § 185 reiser. Det andre forholdet som er problematisert, er behovet for rettsavklaring av hva bestemmelsen egentlig er ment å verne. Er det hensiktsmessig at bestemmelsen de siste årene i større grad anvendes på tilfeller som kan karakteriseres som rene sjikane og personangrep? Eller burde slike tilfeller forfølges etter en annen, eller eventuelt en ny lovbestemmelse som er utformet for akkurat slike tilfeller av sjikane og personangrep? Som nevnt tidligere er dette spørsmål som Anine Kierulf blant har stilt, etter Høyesterett sin avgjørelse i HR-2022-1707-A.¹⁴⁰ Hva bestemmelsen er ment å verne er også blitt problematisert av Methi og Tennfjord etter Høyesterett sin avgjørelse i HR-2020-2133-A.¹⁴¹ Det konkluderes med at lovforslaget klargjør ordlyden og dermed løser ett av problemene med utformingen straffeloven § 185. Samtidig er det fortsatt et behov for at lovgiver kommer på banen og tar stilling til om utviklingen i rettspraksis, knyttet til hvor grensene får straffbare hatefulle ytringer går, er en ønskelig utvikling. I tillegg er det fremdeles et behov for å klargjøre hva bestemmelsen skal verne.

¹⁴⁰ Kierulf, A. (2022). *Kommentar til HR-2022-1707-A – Stortinget bør nå revurdere § 185.*

¹⁴¹ Methi, E.J og Tennfjord, V.J. (2021, 27. april). *Hatefulle ytringer - grensen mellom ytringsfrihet og diskrimineringsvern - kommentar til HR-2020-2133-A.*

Litteraturliste

Lover og konvensjoner

- Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov, (Grunnloven).
- Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig straffelov, (straffeloven 1902).
Opphevet.
- Lov 21. mai 1990 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, (menneskerettsloven).
- Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff, (straffeloven).
- Lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven). Opphevet.
- Lov 21. juni 2013 nr. 185 om endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.). Endringslov
- Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering, (likestillings og diskrimineringsloven).
- Lov 4. desember 2020 nr. 135 om endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.).
Endringsloven.
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK).
- International convention on the elimination of all forms of racial discrimination – ICERD, 21. desember 1965. (ikrafttredelse 4. januar 1969), (konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering, rasediskrimineringskonvensjonen, RDK).
- International covenant on civil and political rights, 16. desember 1966, (FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, SP).

Forarbeider og andre offentlige dokumenter

- Ot.prp. nr. 41 (1954). Om endringer i den almindelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 mv. Hentet fra https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Lesevisning/?p=1954&paid=3&wid=a&psid=DI_VL428&pgid=a_0525&s=False
- Ot.prp. nr. 29 (1980-1981). Om lov om endringer i straffelovens § 135 a og 349 a (forbud mot diskriminering av homofile). Justis- og politidepartementet.
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Om lov om straff (straffeloven). Justis og politidepartementet
- Ot.prp. nr. 33 (2004-2005). Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion m.v. (diskrimineringsloven). Kommunal- og regionaldepartementet
- Ot.prp. nr.8 (2007–2008). 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). Justis- og politidepartementet.
- Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon – slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning). Justis- og politidepartementet
- Prop.81 L (2016-2017). Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven). Barne- og likestillingsdepartementet.
- Prop.66 L (2019-2020). Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv). Justis- og beredskapsdepartementet.
- NOU 1999: 27. "Ytringsfrihed bør finde Sted", Forslag til ny Grunnlov § 100. Justis og politidepartementet

- NOU 2002: 12. Rettslig vern mot etnisk diskriminering. Kommunal- og regionaldepartementet.
- NOU 2009: 14. Et helhetlig diskrimineringsvern, Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, Grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK. Barne- og likestillingsdepartementet, BLD Diskrimineringslovutvalget.
- NOU 2022: 2. Akademisk ytringsfrihet, God ytringskultur må bygges nedenfra hver dag. Kunnskapsdepartementet, Ekspertgruppen for akademisk ytringsfrihet
- NOU 2022: 9. En åpen og opplyst offentlig samtale- Ytringsfrihetskommisjonens utredning. Kultur- og likestillingsdepartementet
- Dok.nr.19 (2011–2012). Rapport fra Grunnlovsspråkutvalget om utarbeidelse av språklig oppdaterte tekstversjoner av Grunnloven på bokmål og nynorsk.
- Dok.nr.16 (2011–2012). Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
- St.Meld. nr. 26 (2003-2004). *Om endring av Grunnloven § 100*. Justis- og politidepartementet. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/stmeld-nr-26-2003-2004-/id197978/>
- Representantforslag 134 S (2022–2023), Dok.nr.8:134 S (2022–2023). Representantforslag fra stortingsrepresentantene Lan Marie Nguyen Berg, Rasmus Hansson og Kristoffer Robin Haug om endring av straffeloven § 185, «rasismeparagrafen», og et tryggere offentlig ytringsrom. Hentet fra: <https://lovdata.no/pro/#document/REPFOR/forarbeid/representantforslag-134-202223?from=NL/lov/2005-05-20-28/%C2%A7185>

Norske rettsavgjørelser

- HR-2022-1843-A
- HR-2022-1707-A

- HR-2020-185-A
- HR-2020-2133-A (Potetbaker'n)
- HR-2020-184-A (Kakerlakk)
- HR-2019-1468-U
- HR-2018-674-A (Krangel)
- Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt)
- Rt. 2014 s. 669
- Rt. 2015 s. 93
- Rt. 2015 s. 155
- Rt. 2002 s. 1618 (Boot boys)
- Rt. 1997 s. 1821 (Hvit valgallianse)
- Rt. 1989 s. 1336
- Rt. 1981 s. 1305 (Løpeseddel)
- LH-2019-36965 (Hålogaland lagmannsrett)
- LB-2019-177188 (Borgarting lagmannsrett)
- LB-2019-3868 (Borgarting lagmannsrett)
- LB-2017-39052 (Borgarting lagmannsrett)
- TVES-2021-170882 (Vestfold tingrett)
- TAHER-2021-16089 (Asker og Bærum tingrett)
- TOSLO-2019-14462 (Oslo tingrett)

Rettsavgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

- *Beizaras og Levickas mot Litauen*, nr. 41288/15 (2020)
- *Handyside mot Storbritannia*, nr. 5493/72, (1976)
- *Kasymakhunov og Saybatalov mot Russland*, nr. 26261/05 og nr. 26377/06 (2013)
- *Pentikäinen mot Finland*, nr. 11882/10 (2015)
- *Sunday times mot Storbritannia*, nr. 6538/74 (1979)
- *Tarsasag A mot Ungarn*, nr. 37374/05 (2009)
- *Vejdeland og andre mot Sverige*, nr. 1813/07 (2012)

Avgjørelser og uttalelser fra FNs komité for eliminering av rasediskriminering (CERD)

- *The Jewish community of Oslo, the Jewish community of Trondheim, Kirchner, Paltiel, the Norwegian Antiracist Centre, and Butt v. Norway*, Communication No. 30/2003, CERD/C/67/D/30/2003, 22.08.2005
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, CERD/C/304/Add.88, publisert, 01.05.2001, Hentet fra: <https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/cerdc304add89-concluding-observations-committee-elimination>

Litteratur

- Aall, J. (2018). *Rettsstat og menneskerettigheter* (5.utg). Fagbokforlaget: Bergen
- Borvik, B. (2011). *Personvern og ytringsfridom - avveginga mellom kolliderandre menneskerettar*. Universitetsforlaget: Oslo

- Høstmælingen, N. (2012). *Internasjonale menneskerettigheter* (2.utg.). Universitetsforlaget: Oslo
- Jacobsen, J., Husabø, E.J., Gröning, L., og Strandbakken, A. (2020). *Forbrytelser I utvalg - Straffelovens regler om voldsforbrytelser og narkotikaforbrytelser*. Fagbokforlaget: Bergen
- Kierulf, A (2022, 16. sep.). Kommentar til HR-2022-1707-A – Stortinget bør nå revurdere § 185. Ekspertkommentar. *Juridika*. Hentet fra: <https://juridika.no/innsikt/anine-kierulf-om-hatyringsdommen-hr-2022-1707-a>
- Magnus Matningsdal, Straffeloven 2005. Lovkommentar til § 266. Hensynsløs atferd, *Juridika* (09. mai 2023). Hentet fra: <https://juridika.no/lov/2005-05-20-28/%C2%A7266/kommentar/>
- Methi, E.J og Tennfjord, V.J. (2021, 27. april). Hatefulle ytringer - grensen mellom ytringsfrihet og diskrimineringsvern - kommentar til HR-2020-2133-A. Ekspertkommentar. *Juridika*. Hentet fra: <https://juridika.no/innsikt/hatefulle-ytringer-grensen-mellom-ytringsfrihet-og-diskrimineringsvern-kommentar-til-hr-2020-2133-a>
-