

**FORHOLDET MELLOM YTRINGSFRIHET OG
VERNET MOT RASEDISKRIMINERENDE YTRINGER**

Kandidatnr: 143309

Veileder: Synne Sæther Mæhle

Leveringsfrist: 17.12.2007

Til sammen 14537 ord

16.12.2007

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	
1.1 Tema og problemstilling.....	s. 4
1.2 Den videre fremstilling/avgrensning.....	s. 5
2 Rettsgrunnlaget for straffansvar – strl. § 135 a.....	s. 6
2.1 Innledning.....	s. 7
2.1.1 Formålsbetraktninger og hensyn.....	s. 8
2.2 Strl. § 135 a – de objektive straffbarhetsvilkår.....	s. 9
2.2.1 Hva er en ”ytring”?.....	s. 9
2.2.2 Tolkingsprinsipper ved fastleggelsen av ytringens innhold.....	s.10
2.2.3 De øvrige straffbarhetsvilkår.....	s.11
2.3 Skyldkravet.....	s.12
3 Ytringsfriheten som skranke for straff.....	s.12
3.1 Grl. § 100.....	s.12
3.1.1 Innledning.....	s.12
3.1.2 Betydningen av lex superior-prinsippet.....	s.13
3.1.3 Anvendelsesområdet – meddelelsesfriheten.....	s.13
3.1.3.1 Demokratihensynet.....	s.14
3.1.3.2 Hensynet til individets frie meningsdannelse.....	s.16
3.1.3.3 Hensynet til sannhetssøken.....	s.16
3.1.3.4 Sammenfatningsvis om hensynene.....	s.18
3.2 EMK art. 10.....	s.19
3.2.1 Betydning for norsk rett?.....	s.19
3.2.2 De nærmere vilkår.....	s.20
3.2.3 Praksis fra EMD og Kommisjonen.....	s.21
4 Norsk rettspraksis om forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasediskriminerende ytringer.....	s.24
4.1 Innledning.....	s.24
4.2 Lektordommen.....	s.26
4.3 Leserbrevidommen.....	s.29
4.4 Løpeseddeldommen.....	s.31
4.5 Kjuus-kjennelsen.....	s.34
4.6 Boot Boys-dommen.....	s.36
5 Kort om forskjellen mellom norsk og internasjonal praksis.....	s.36
6 Et endret rettskildebilde etter Boot Boys.....	s.38
7 Hva som kan utledes av rettspraksis og en vurdering av den dynamiske rettstilstanden.....	s.38
7.1 Noen vurderingstema.....	s.38
7.1.1 Kontekstuell tolkning.....	s.39
7.1.2 Ytringens grovhet.....	s.39
7.1.3 Ytringens art.....	s.40

7.1.4 Ytringens form.....	s.40
7.1.5 Medium.....	s.41
7.1.6 Ytringens sannhet.....	s.41
7.2 Borgarting lagmannsretts avgjørelse og egne bemerkninger i forhold til rettsutviklingen.....	s.41

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Hovedformålet med denne oppgaven er å gjøre rede for norsk rett når det gjelder forholdet mellom to sentrale menneskerettigheter. Disse er vernet om ytringsfriheten og det vernet minoriteter har mot å bli utsatt for rasistiske ytringer. I denne sammenheng vil jeg ha fokus på det strafferettslige vernet. Av denne grunn vil oppgaven i hovedsak omtale forholdet mellom Grunnloven (Grl.) § 100, som beskytter ytringsfriheten, og straffeloven (strl.) § 135 a. For oversiktens skyld nevner jeg allerede her at bestemmelsene nylig gjennomgikk endringer. Grunnlovsbestemmelsen ble endret i 2004¹, mens straffebestemmelsen ble endret i 2005, med ikrafttredelse 1. januar 2006². Oppgaven reiser særlig to hovedproblemstillinger: Hva skal til for at en ytring er straffbar etter strl. § 135 a? Og hvilken rolle spiller Grl. § 100 i denne sammenheng?

Gjennom strl. § 135 a har vi en hjemmel for å straffebelegge rasediskriminerende ytringer. Ettersom Grl. § 100, samt de internasjonale konvensjoner som Norge har forpliktet seg til, legitimerer inngrep i ytringsfriheten på visse vilkår, er ikke straffebudet i strid med ytringsfriheten. Det problematiske blir da å finne den rette balanse mellom to menneskerettigheter. Det er utvilsomt at både ytringsfriheten og vernet mot rasisme, er internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Ytringsfriheten som menneskerett kommer blant annet til uttrykk i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 10 og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 19 (2).³ At vernet mot rasisme, herunder det å være vernet mot rasediskriminerende ytringer, er en menneskerett blir blant annet poengtert av Høyesterett, jfr. Rt. 1997 s. 1821, men det fremgår også av FN's internasjonale erklæring om menneskerettighetene, jfr. artikkel 2.⁴ Andre konvensjoner som

¹ Forarbeider er NOU 1999:27 med tilhørende vedlegg, St. meld. nr. 26 (2003-2004) og Innst. S. nr. 270 (2003-2004).

² Endringen skjedde i forbindelse med vedtakelsen av den nye diskrimineringsloven, L 03.06.2005 nr. 33. Forarbeidene til loven er Innst. O. nr. 69 (04-05), Besl. O. nr. 67 (04-05), NOU 2002:12 (Holgersenutvalget) og Ot.prp. nr. 33 (04-05).

³ Se Møse – Menneskerettigheter 2002 s. 450 med videre henvisninger til andre traktater som hjemler ytringsfriheten som en sentral menneskerett.

⁴ <http://www.un.org/Overview/rights.html>, 13 des. 2007.

stadfester vernet mot rasistiske ytringer er SP art. 20, EMK art. 14 og FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK)⁵.

Dette medfører at forholdet mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a ikke kan vurderes utelukkende på bakgrunn av norske rettskilder. Idet begge rettighetene er beskyttet under internasjonale traktater som Norge har ratifisert, vil internasjonal rett få innvirkning på norsk rettsanvendelse. Hvordan og på hvilken måte vil jeg behandle nedenfor under punkt 3.2.

Før jeg går videre finner jeg det også hensiktsmessig å gi en kort avklaring av hva som ligger i en rasediskriminerende ytring, og redegjør for hvorfor denne terminologien brukes (rasediskriminerende ytringer og rasistiske ytringer vil i denne oppgaven bli brukt synonymt). Grunnen til denne problematiseringen er at ordlyden i strl. § 135 a ikke eksplisitt nevner rasistiske ytringer. Ifølge ordlyden er det nå straffbart å fremsette en ”diskriminerende eller hatefull” ytring overfor noen på grunn av deres ”hudfarge eller nasjonale opprinnelse, religion eller livssyn, eller homofile legning, leveform eller orientering”, jfr. annet ledd litra a-c. Med diskriminerende eller hatefullt menes det å ”true eller forhåne noen, fremme hat, forfølgelse eller ringeakt.” Rasistisk eller rasediskriminerende viser tilbake på ordet ”rase” som ikke er nevnt i bestemmelsen. Derimot var det et vilkår etter den gamle bestemmelsen. I forarbeidene til den nye diskrimineringsloven ble det lagt til grunn at begrepet skulle tas ut av straffeloven. Begrunnelsen var at ”rase” bygger på en foreldet og utdatert oppfatning om at det *finnes* menneskeraser. Videre var det et poeng at nettopp rase var et uttrykk man ønsket å distansere seg fra i kampen mot rasisme. Det ville således gi en dårlig signaleffekt om det ble brukt som et av de alternative vilkår i bestemmelsen. På tross av dette var det ikke meningen å gjøre innskrenkninger i bestemmelsens rekkevidde.⁶ I det følgende vil rasistiske ytringer/rasediskriminerende ytringer forstås som ytringer som diskriminerer på bakgrunn av hudfarge, religion eller etnisk opprinnelse. Jeg benytter samtidig anledningen til å avgrense mot homofobe ytringer.

1.2 Den videre fremstilling/avgrensning

Vurderingen av forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasistiske ytringer kan løses på flere måter. En måte er å bruke ytringsfriheten som innfallsvinkel, og vurdere i hvilke tilfeller strl. § 135 a kan legitimere begrensninger. En annen tilnærming er å starte i

⁵ Se CERD (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) - http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm, 13 des. 2007.

⁶ Ot.prp. nr. 33 (04-05) s. 89, jfr. NOU 2002:12 kap. 13.4 s. 228.

straffebestemmelsen. Ettersom strl. § 135 a alltid vil være det primære rettsgrunnlaget når det er snakk om straffansvar for rasediskriminerende ytringer, vil min oppgave ta utgangspunkt i denne. Dette betyr ikke at denne bestemmelsen blir prioritert. Når en skal redegjøre for *forholdet mellom bestemmelsene* vil begge stå like sentralt.

Jeg vil i det følgende gi en fremstilling av strl. § 135 a og dens begrunnelser. Jeg starter med å gi en oversikt over bestemmelsens formål og bakenforliggende hensyn. Deretter behandler jeg de enkelte straffbarhetsvilkår. Jeg vil så redegjøre for ytringsfriheten. I denne sammenheng vil jeg avgrense oppgaven til å kun omtale meddelelsesfriheten. Meddelelsesfriheten er kun en side av ytringsfriheten. Som det fremgår både av Grl. § 100 og dens forarbeider, er ikke ytringsfrihet et klart definert begrep. Rettigheten kan inndeles i flere underkategorier.⁷ For det første kan vi skille mellom formell og materiell ytringsfrihet. Den formelle siden er frihet fra forhåndssensur, mens den materielle siden er frihet fra etterfølgende ansvar. I tillegg til denne grovinnvidningen kan man dele ytringsfriheten inn i meddelelsesfriheten, meningsfriheten, retten til å forholde seg taus, informasjonskravet og infrastrukturkravet. Rasistiske ytringer manifesterer seg som oftest gjennom spesifikke ord og uttrykk hvor avsender søker å formidle et budskap til omverden/en mottaker. Dette kan enten gjøres gjennom ord, bilder eller handling. Slik form for ytringsfrihet betegnes i forarbeidene som den klassiske ytringsfriheten eller meddelelsesfriheten.

Under redegjørelsen for ytringsfriheten vil jeg behandle de sentrale bestemmelsene, først og fremst Grl. § 100, men også EMK art. 10. Herunder skal jeg redegjøre for hvilke hensyn som ligger til grunn og hvordan disse vektlegges når det er snakk om rasistiske ytringer.

Deretter vil jeg se hvordan internasjonal praksis har løst spørsmålet, før jeg under et eget punkt belyser Høyesterettspraksis. Deretter skal jeg kort redegjøre for forskjeller mellom norsk og internasjonal praksis, og prøve å gi en begrunnelse for eventuelle avvik. Jeg vil så vise til noen internasjonale signal som kom etter den siste Høyesterettsavgjørelsen. Avslutningsvis skal jeg gi en redegjørelse for hva som kan utledes av rettpraksis, og gi en vurdering av den dynamiske rettstilstanden.

2. Rettsgrunnlaget for straffansvar – strl. § 135 a

2.1 Innledning

⁷ NOU 1999:27 s.19.

Innenfor den alminnelige strafferett er det fire *straffbarhetsbetingelser* som må være oppfylt før straff kan anvendes. For det første må de objektive straffbarhetsvilkår i straffebudet være oppfylt. For det andre må det foreligge subjektiv skyld hos gjerningspersonen. Videre må handlingen være foretatt av en tilregnelig person. Avslutningsvis må det ikke foreligge noen straffrihetsgrunn⁸. Å gi en redegjørelse for tilregnelighet og de ulike straffrihetsgrunnene blir i forhold til denne oppgaven unødvendig problematisering utenfor oppgavens tema. Det vil derfor ikke behandles nærmere.

Med dette i tankene skulle utgangspunktet være at straff kan anvendes overfor ytringer så lenge straffebudets objektive og subjektive straffbarhetsvilkår er oppfylt. Men sett fra en strafferettslig synsvinkel utgjør det å straffe rasistiske ytringer et særlig metodisk problem. Grunnen er at strl. § 135 a, som det primære rettsgrunnlag, ikke kan vurderes isolert. Når man skal vurdere straff overfor ytringer, vil alltid Grl. § 100 ligge i bakgrunnen og fungere som en rettstridsreservasjon⁹. Som en følge av dette er det ikke tilstrekkelig for straff at ytringene fremmer hat, forfølgelse eller ringeakt. Det fremgår av rettspraksis at straffebestemmelsen må tolkes i lys av § 100, og at det derfor bare er de *kvalifisert krenkende* utsagn som rammes av bestemmelsen.¹⁰ Straffebestemmelsen tolkes med andre ord innskrenkende i lys av Grl. § 100. For å løse en konkret sak må rettsanvenderen således spørre seg: Er ytringene kvalifisert krenkende? Svaret på dette vil bero på en avveining av hvilke hensyn som i den konkrete saken veier tyngst. De hensyn som ligger til grunn for minoritetsvernet vil jeg behandle nedenfor. De øvrige straffbarhetsvilkår vil gjennomgå under punkt 2.2.

2.1.1 Formålsbetraktninger og hensyn

Som overfor nevnt ble bestemmelsen endret i 2005. Ved disse endringene ble skyldkravet senket, strafferammen hevet fra 2 til 3 år og ordlyden ble endret på noen punkt. Formålet var å styrke det strafferettslige vernet mot rasediskriminerende ytringer.

Bestemmelsen er sprunget ut av FNs rasediskrimineringskonvensjon¹¹ art. 4 a. På bakgrunn av dette må man, ved fortolkningen av strl. § 135 a, ta hensyn til det faktum straffebudet er resultat av en konvensjonsforpliktelse, hvoretter både konvensjonsteksten og traktatens

⁸ Andenæs – Alminnelig strafferett 5 utg. 2004 s. 101.

⁹ Om rettstridsreservasjonsbegrepet, se Andenæs s. 155.

¹⁰ Se punkt 4.

¹¹ CERD – Konvensjonen ble vedtatt den 21. desember 1965. Den ble ratifisert av Norge i 1970, men ble først inkorporert gjennom diskrimineringsloven.

bakenforliggende hensyn kan bidra til å belyse straffebestemmelsens innhold. Altså at man bruker konvensjonen som tolkningsmoment i rettsanvendelsen.

Etter art. 4 a er Norge forpliktet til å straffbelegge 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 eller etniske grupper.¹² Det har derimot vært uenighet både i teorien og rettspraksis¹³, om hvor langt plikten til å straffbelegge ytringer rekker, og som et resultat av dette; hvor langt strl. § 135 a kan strekkes. Det er på det rene at det ikke vil oppstå konflikt mellom ytringer som oppfordrer til diskriminering eller vold, og Grl. § 100. Ytringsfriheten beskytter ikke ytringer som oppfordrer til ulovlige handlinger. Mer usikkert er det om vi er forpliktet til å straffbelegge ytringer som kun gir uttrykk for rasemessig overlegenhet, jfr. første alternativ. Bakgrunnen for denne usikkerheten er forståelsen av den såkalte ”due-regard”-regelen, jfr. art. 4 første ledd. Regelen statuerer at medlemslandene, under vurderingen av hvilke ytringer som skal kriminaliseres, kan ta tilbørlig hensyn til de rettigheter fastsatt i rasediskrimineringskonvensjonens art. 5.¹⁴ Under denne artikkelen er ytringsfriheten en sentral rettighet, jfr. art. 5 (d) VIII. Poenget er at dersom man i en konkret sak finner at ytringene gir uttrykk for rasemessig overlegenhet, men tolker ”due-regard”-regelen dit at vi etter konvensjonen ikke har en plikt til å straffbelegge disse ytringene, må tolkningen av strl. § 135 a skje i lys av dette. Det betyr derimot ikke at ytringene ikke kan straffes. Det er forskjell på hva vi etter konvensjonen har en *plikt* til, og hva vi har en *rett* til. Avgjørelsen om ytringene kan straffes vil således bero på en tolkning av straffebudet, sett i lys av blant annet Grl. § 100.

Når det gjelder hensynene som ligger til grunn for vernet mot rasediskriminerende ytringer kan vi skille mellom de offentlige og individuelle hensyn. Den offentlige siden bygger på at samfunnet er best tjent med å utelukke fra den offentlige debatt, ideer og tanker som er skadelige for fellesskapet. At dette er et tungtveiende hensyn belyses blant annet av straffebudets plassering i straffeloven. Bestemmelsen står under kapittelet for ”[F]orbrydelser mod den almindelige Orden og Fred”. *Hovedformålet* er med andre ord å beskytte samfunnet mot tanker og ideer som kan skape opprør og ubalanse. Det vil si at dersom ytringer i en

¹² Se CERD article 4 a: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm, 13 des. 2007.

¹³ Eggen – Ytringsfriheten 2002 s. 492 – konkluderer med at det neppe foreligger en plikt til å kriminalisere ytringer som kun gir uttrykk for rasemessig overlegenhet.

¹⁴ http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm, 13 des. 2007.

konkret sak kan sies å besitte slike ”kvaliteter” vil det være et viktig argument for at inngrep i ytringsfriheten er legitimt.

Den individuelle siden bygger på hensynet til de som blir rammet. For det første kan ytringene påføre en sterk psykisk påkjennelse. For det andre kan ofrene, som følge av ordenes appellerende effekt, risikere å bli utsatt for fysisk trakassering og vold (dette individuelle hensyn spiller inn på det offentlige).

2.2 Strl. § 135 a – de objektive straffbarhetsvilkår

Enkelte av de objektive straffbarhetsvilkårene vil bare kort nevnes. Dette på grunn av oppgavens ordgrense, men også fordi det i utgangspunktet faller utenfor oppgavens hovedtema, nemlig forholdet *mellom* to menneskerettigheter. Det skal derimot nevnes at de objektive vilkårene får en indirekte betydning i den forstand dersom de *ikke* er oppfylt, vil heller ikke problemet ytringsfriheten kontra rasediskriminerende ytringer komme på spissen. Dette kan belyses gjennom et eksempel: Etter strl. § 135 a er det et vilkår at ytringen må være fremsatt ”offentlig” eller i det minste på en måte som gjør ytringen ”egnet” til å nå ”et større antall personer”, jfr. strl. § 135 a første ledd første og annet punktum. Dersom A blir angrepet med rasistiske ytringer av B, men ytringene faller utenfor offentlighetsvilkåret, kommer ikke bestemmelsen til anvendelse. Men for den som blir angrepet er det like mye en rasistisk ytring. Det skal her bemerkes at B eventuelt kan straffes for ærekrenkelser, jfr. strl. §§ 246 og 247 eller § 390 a.¹⁵

2.2.1 Hva er en ”ytring”?

For at bestemmelsen skal kunne anvendes, og forutsetningen for at det i det hele tatt oppstår et motsetningsforhold mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a, er at det er tale om en ”ytring”. For å belyse hva som ligger i begrepet, er det mest naturlig å ta utgangspunkt i den forståelsen som Grunnloven legger til grunn.

Grl. § 100 omtaler meddelelsesfriheten som frihet fra ansvar for å ha meddelt ”Oplysninger, Ideer eller Budskap.” Ordlyden rekker vidt. Dette var også meningen. Det fremgår av Ytringsfrihetskommisjonens utredning at definisjonen av en ytring er at det er en kommunikasjonsprosess hvor meninger, informasjon eller ideer formidles. Kommunikasjonen trenger ikke være begrenset til kun å gjelde verbale ytringer. Det sentrale er således at

¹⁵ Ot.prp. nr. 33 (04-05) s. 215.

ytringen formidler et meningsinnhold. Etter denne definisjonen kan også fysiske handlinger være ytringer.¹⁶ Det kan ikke være grunnlag for å anta at ytringer skal forstås på en annen måte i straffeloven.

2.2.2 Tolkingsprinsipper ved fastleggelsen av ytringens innhold

Dersom man kommer til at det er en ytring, må denne tolkes. Her oppstår sentrale spørsmål i forhold til hvilke tolkningsprinsipper som skal anvendes. Vi kan i hovedsak skille mellom tekstuell og kontekstuell tolkning.¹⁷

Tekstuell tolkning foreligger dersom man tolker ordene strengt etter sin ordlyd. Kontekstuell tolkning foreligger dersom man tillegger ordene et meningsinnhold på bakgrunn av den sammenheng de ble fremsatt i. Her mener jeg man også kan skille mellom to former for kontekstuell tolkning. Den ene er tekstbasert kontekstuell tolkning. Den andre er omstendighetsbasert kontekstuell tolkning. Med tekstbasert kontekstuell tolkning forstår jeg tolkning som tillegger ordene et meningsinnhold på bakgrunn av den samme tekst. Med omstendighetsbasert kontekstuell tolkning tar man hensyn til ikke bare teksten, men også utenforliggende omstendigheter. Hvilken tolkningsmetode som anvendes får innvirkning på forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasisme. Borvik¹⁸ mener at det er fruktbart å se retningslinjene for tolkning av ytringer som et uttrykk for den mer grunnleggende holdningen til hvordan ytringsfriheten og vernet mot rasisme skal avveies i forhold til hverandre. Dette er jeg langt på vei enig i. Poenget er at man ved kontekstuell tolkning har flere tolkningsalternativer til rådighet. Av denne grunn øker sannsynligheten for at ytringene oppfyller straffebedets straffbarhetsvilkår. Det vil si at flere ytringer kan bli gjenstand for straff. På denne måten styrkes minoritetenes vern mot rasisme, samtidig som ytringsfriheten, på dette området, svekkes tilsvarende.

Juridisk teori synes å være enige om at det må foretas en kontekstuell tolkning. Derimot foreligger det en viss uenighet om hvor langt en skal strekke dette tolkningsprinsipp. Eggen og Høgberg advarer mot bruken av vid kontekstuell tolkning. Eggen mener at ytringene skal tolkes i den konteksten de er fremsatt i, men med den reservasjon at *legalitetsprinsippet* setter skranker for hvor fri denne tolkningen skal være¹⁹. Høgberg mener at domstolene ikke bør gå

¹⁶ NOU 1999:27 s. 26.

¹⁷ Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 404 flg.

¹⁸ Bjørnar Borvik – LoR 2004 s. 83.

¹⁹ Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 404.

for langt i sin kontekstuelle tolkning av ytringer på grunn av faren for vilkårlige rettsavgjørelser²⁰. Borvik synes derimot å være mer åpen i forhold til tolkningen. Han påpeker det faktum at ytringer aldri blir fremsatt i et vakuum og at man av denne grunn må ta hensyn til alle sidene av kommunikasjonsprosessen.²¹

På bakgrunn av det faktum at man ved tolkningen av rasediskriminerende ytringer faktisk befinner seg på strafferettens område, mener jeg at løsningen til Eggen har mest for seg. Grl. § 96 sier at "[I]ngen kan dømmes uden efter Lov". Dette gir uttrykk for det strafferettslige legalitetsprinsipp. Poenget med prinsippet er at det skal sikre forutberegnelighet. Dette forutberegnelighetshensynet vil også gjøre seg gjeldende i relasjonen ytringer og kontekstuell tolkning. Tolker man *ytringene* for vidt, med det formål at de skal dekkes av lovteksten, krenker man, etter mitt syn, legalitetsprinsippet like mye som i et tilfelle hvor man tolker *lovteksten* vidt, med det formål å dekke ordlyden i ytringene.

2.2.3 De øvrige straffbarhetsvilkår

Forståelsen av hva som ligger i "offentlig" fremgår av den direkte henvisning til strl. § 7 nr. 2. Etter denne bestemmelsen er det sentrale spørsmål om plassen er alminnelig beferdet. Det som klart må falle innenfor er parker, kafeer, gater osv. Utenfor faller hjemmet, trappeoppganger osv. Men, som det fremgår av ordlyden, ytringen trenger ikke være fremsatt offentlig for å bli gjenstand for straff. Det er tilstrekkelig at den er "egnet" til å nå et "større antall personer". Ordlyden tilsier at det ikke er et vilkår at ytringen faktisk har blitt oppfattet av andre. Så lenge denne muligheten var reell, og dekket av skyldkravet, kan ytringene straffes. Eksempelvis vil ytringer som legges ut på nettet kunne straffes, uavhengig av om budskapet blir oppfattet av "et større antall personer". Hva som ligger i "større antall personer" lar seg vanskelig definere presist. Etter ordlyden må det være minst to. Ifølge forarbeidene kan begrepet variere alt etter hvor og på hvilken måte ytringen er fremsatt. Eksempelvis vil hensynet til å beskytte ytringsfriheten i det private rom få betydning for hvor mange som utgjør et "større antall personer".²²

Når det gjelder ytringens grovhet fremhever bestemmelsen at det å "true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt" anses straffbart når det gjøres på bakgrunn av

²⁰ Benedikte Moltumyr Høgberg – "Nye" Grunnloven § 100 LoR 2006 s. 467.

²¹ Borvik – LoR 2004 s. 84.

²² Ot.prp. nr. 33. (04-05) s. 187.

personen eller gruppens ”hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse, religion eller livssyn”, jfr. bestemmelsens annet ledd litra a og b.

Den naturlige forståelsen av de alternative vilkår gir ikke utstrakt veiledning. Hva ligger for eksempel i å ”true”? Vilkårene er skjønnsmessige, noe som vanskeliggjør rettsanvendelsen. Det som derimot kan legges til grunn er at vilkårene må tolkes strengt. Som overfor nevnt er det bare de kvalifisert krenkende ytringer som dekker ordlyden. Dette innebærer at ikke enhver ytring som truer, forhåner eller utsetter for ringeakt kan straffes. Det må kreves noe mer.

2.3 Skyldkravet

Skyldkravet er forsett eller grov uaktsomhet, jfr. strl. § 135 a, jfr. strl. § 40. Dette var et av de områdene hvor bestemmelsen ble endret i 2006. Tidligere var kravet bare forsett. I forhold til ytringsfriheten innebærer det senkende skyldkravet en viss utvidelse av bestemmelsens anvendelsesområde. Herunder at det åpner for en videre adgang til å tolke ytringene ut over sin ordlyd. I utgangspunktet vil ikke skyldkravet medføre at ytringene i seg selv blir mer eller mindre straffverdige. Derimot vil legalitetsprinsippet ikke i like stor grad komme inn som en faktor ved tolkningen. På tross av dette er det liten tvil om at ”grov uaktsomhet” må tolkes strengt. I forarbeidene til den nye straffeloven defineres grov uaktsomhet som ”særdeles klanderverdig og [en] handlingen [som] gir grunnlag for sterk bebreidelse på grunn av mangel på aktsomhet”.²³ Ordbruken viser vilkårets forholdsvise snevre anvendelsesområde.

3 Ytringsfriheten som skranke for straff

3.1 Grl. § 100

3.1.1 Innledning

I de fleste tilfeller vil spørsmålet om straff kan anvendes være avhengig av om ytringene er kvalifisert krenkende. Av denne grunn vil de bestemmelsene som beskytter ytringsfriheten være sentrale i rettsanvendelsen. Under dette punkt skal jeg gjøre rede for Grl. § 100. Under punkt 3.2 behandles EMK art. 10.

I norsk rett ble ytringsfriheten grunnlovsfestet i 1814. Som nevnt under punkt 1.1 ble bestemmelsen endret i 2004. Formålet var å styrke ytringsfriheten i norsk rett, *med unntak* når

²³ Jfr. Ot.prp. nr. 90 (03-04) kap. 16.3.4.

det gjelder vernet om rasediskriminerende ytringer. Selv om Ytringsfrihetskommissjonen ville utvide ytringsfriheten, *også* på dette området, kan dette ikke sies å ha fått gjennomslag hos verken Regjeringen eller Stortinget. Ytringsfrihetskommissjonen mente at en utvidet ytringsfrihet ville fungere som et vern mot rasediskriminerende ytringer. Tanken var at ytringene ville gjennomgå en renselsesprosess ved å bli kritisert og imøtegått i det offentlige rom²⁴. Til dette fremheves det, både av Regjeringen og flertallet i Kontroll- og Konstitusjonskomiteen, at kommisjonen synes å ha for stor tillit til det offentlige roms evne til selvregulering.²⁵ Dette skulle tilsi at den nye grunnlovsbestemmelsen ikke er ment å gi ytringsfriheten et sterkere vern overfor rasistiske ytringer, enn det som var tilfellet etter den gamle.

3.1.2 Betydningen av lex superior-prinsippet

Før jeg behandler bestemmelsen, kan det være på sin plass med en problematisering rundt de mer bakenforliggende problemstillinger mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a. Her sikter jeg til det faktum at Grunnloven i utgangpunktet er lex superior i forhold til straffeloven. Lex superior-prinsippet tilsier at lov av høyere rang går foran annen lovgivning ved eventuell motstrid. Grunnloven er i norsk rett den høyeste rettskilde. Spørsmålet blir da om dette får betydning når man skal vurdere forholdet mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a.

Det må legges til grunn at lex superior-prinsippet har spilt en liten rolle når det er snakk om balansering av disse bestemte menneskerettighetene. Den eneste Høyesterettsavgjørelsen som nevner det er Hvit Valgallianse²⁶. Her var det derimot mindretallet som ville legge prinsippet til grunn. Bakgrunnen for den fraværende bruken er nok at det, ved anvendelsen av bestemmelsene, ikke er snakk om motstridene menneskerettigheter. Som nevnt, strl. § 135 a er ikke i strid med Grl. § 100. Av denne grunn er det kun i unntakstilfeller, hvor det kan tenkes å foreligge særlig tungtveiende hensyn på begge sider, at prinsippet kan bidra med en løsning.

3.1.3 Anvendelsesområdet - meddelelsesfriheten

Som nevnt under punkt 1.2, vil denne oppgaven kun omtale meddelelsesfriheten. Det sentrale blir således å fastslå innholdet i Grl. § 100 første til tredje ledd.

²⁴ NOU 1999:27 s. 150.

²⁵ St. meld. nr. 26 s. 20 og Innst. S. nr. 270 s. 22.

²⁶ Rt. 1997 s. 1821.

Grunnlovsbestemmelsens første ledd tilsier at ”Ytringsfrihed bør finde sted”. I lys av Grunnlovens språktradisjon er det klart at ”bør” tolkes som skal. I forhold til den gamle bestemmelsen er leddet endret på det punkt at ”Trykkfrihed” er byttet ut med ytringsfrihet. Dette for å synliggjøre at bestemmelsen gjelder alle aspekter av ytringsfriheten, jfr. de 5 inndelingene.²⁷ Bortsett fra dette har ikke første ledd selvstendig rettslig betydning. Leddet skal representere prinsipperklæringen og snarere fungere som tolkningsmoment ved anvendelsen av paragrafen.²⁸ I forhold til rasediskriminerende ytringer bidrar det likevel til å belyse at det er ytringsfrihet som er hovedregelen. Det er inngrep i denne rettighet som trenger særlig begrunnelse.

Annet ledd fremholder at ingen kan holdes ”retslig ansvarlig” for å ha ” meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskab”. Ordlyden tilsier at en verken kan stilles strafferettslig eller sivilrettslig til ansvar for sine ytringer. At ytringene faller utenfor det sosialt aksepterte har ingen betydning i denne sammenheng.

Begrensninger i meddelelsesfriheten fremgår av annet og tredje ledd. Annet ledd fremholder at inngrep kun kan aksepteres dersom det lar seg ”forsvare” holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelser i ”[S]annhetssøgen, Demokrati og Individets frie meningsdannelse”. Det er også et vilkår at begrensningen må være lovhjemlet, jfr. Grl. § 100 annet ledd annet punktum. Forbudet mot rasistiske ytringer i strl. § 135 a må klart tilfredsstillе dette kravet.

Forsvarlighetsvurderingen viser at det må foretas en avveining mellom de hensyn som på den ene siden som begrunner ytringsfriheten, holdt opp mot de som begrunner inngrep. Her er det viktig å huske på at hvilken vekt en skal tillegge hensynene vil avhengige av hvilken *type* rasistisk ytring det er snakk om. Det vil si at ytrereens krav på beskyttelse etter Grl. § 100 er avhengig av ytringens viktighet i forhold til ytringsfrihetens bakenforliggende hensyn. I denne sammenheng kan det skilles mellom flere typer ytringer. For det første kan en grovinndeling være mellom politiske og ikke-politiske ytringer. De politiske ytringene er beskyttet i Grl. § 100 tredje ledd. Dette fremgår av ordet ”[F]rimodig”.²⁹ Leddet viser at inngrep er akseptert også overfor disse ytringene, men her må de hensyn som begrunner inngrepet være ”særlig tungtveiende”. Men ytringer kan også inndeles på bakgrunn av andre kriterier. Som eksempel

²⁷ NOU 1999:27 s. 240.

²⁸ NOU 1999:27 s. 240.

²⁹ Jfr. Innst. S. nr. 270 (03-04) s. 10.

kan det nevnes kunstneriske ytringer som bilder, tegninger osv. med rasistisk motiv. Et annet eksempel er ”vitenskapelige” ytringer som prøver å ”bevise” eksistensen av menneskeraser.

Uavhengig av hvilken type ytring det er snakk om; det er hensynene til demokrati, selvutfoldelse og sannhetssøken, et eventuelt inngrep må holdes opp mot. I det følgende vil jeg først beskrive prinsippenes generelle begrunnelse. Deretter vil jeg undersøke hvordan de spiller inn i vurderingen av straffeansvar for rasediskriminerende ytringer.

3.1.3.1 Demokratihensynet

Demokratihensynet er kanskje det mest håndterlige vurderingsgrunnlaget for å begrunne ytringsfriheten. De fleste demokratiske stater opererer med ytringsfriheten som en grunnleggende rettighet. Demokrati stammer fra de greske ordene *demo* som betyr folk, og *kratein* som betyr å styre. Den grunnleggende ide er med andre ord at det er folket som skal styre staten. Dette gjøres stort sett gjennom flertallsbeslutninger. Men for at dette skal kunne gjennomføres er det en forutsetning at meninger og ideer kan diskuteres i åpenhet. I denne sammenheng er det viktig at mindretallet får anledning til å stille seg kritisk til flertallets styresett, og således danne en sunn opinion. Som Eivind Smith formulerte det: Flertallet ”bør kunne se at det grunnleggende krav om at dagens minoritet skal ha en mulighet til å bli flertall, ivaretas best hvis mindretallets rett til å ytre seg blir sikret”.³⁰ Mindretallet må i denne relasjon ha anledning til å fremme og gi uttrykk for ”upopulære” holdninger. Et samfunn hvor kun de ”aksepterte” meninger ser dagens lys, samsvarer dårlig med grunntanken bak demokratiet som styreform. Det er først og fremst de sjokkerende, oppsiktsvekkende og upopulære ytringer som har behov for beskyttelse. På denne måten fungerer ytringsfriheten som et grunnleggende prinsipp, nærmest en forutsetning for et fungerende demokrati.

Når det gjelder forholdet til rasistiske ytringer, kan demokratihensynet både fungere som argument for, og argument mot, kriminalisering og forbud. Med dette mener jeg at demokratihensynet bygger på en forutsetning om likeverd. Det problematiske med rasediskriminerende ytringer er at de har grunnlag i en generell holdning om raseoverlegenhet. At mennesker kan inndeles i raser og på denne bakgrunn tilskrives gode eller negative egenskaper, strider mot likeverdsprinsippet. Denne siden av demokratihensynet

³⁰ Eivind Smith – Stat og rett – Grunnlovsvernet i perspektiv s. 319.

tilsier at rasediskriminerende ytringer ikke nyter ytringsfrihetens vern, og dermed kan straffes³¹.

På den annen side; demokratihensynet taler også for åpenhet. Ifølge Ytringsfrihetskommisjonen er det et grunnleggende prinsipp ved det demokratiske samfunn at den politiske meningsutveksling foregår i det offentlige.³² Det påpekes at ytringsfrihetens egentlige begrunnelse er anledningen til å kunne ytre seg i dette offentlige rom, hvoretter ytringene kan anstendigjøres og renses gjennom samtale og kritikk. I forhold til rasediskriminering er tankegangen at ytringsfriheten skal fungere som et vern.³³ Det uttales av kommisjonen at det "[I] det større historiske perspektiv...heller ikke [er] tvilsomt at det i de åpne samfunn med høy grad av ytringsfrihet har vært mindre grad av diskriminering enn i de lukkede samfunn."³⁴

Dette er gitt som en påstand. Problemet er at den mangler nærmere begrunnelse. Hvilke samfunn er det snakk om? Når er det snakk om? Påstanden tar heller ikke, etter min mening, tilstrekkelig hensyn til de utsatte gruppene. Det er nok lett for etniske nordmenn å imøtegå og kritisere rasistiske ytringer på den offentlige arena. Noe helt annet gjør seg gjeldende for de angrepne minoriteter. Det som taler *mot* dette argumentet for sterkt ytringsfrihetsvern, er med andre ord minoritetsvernets individuelle karakter, jfr. pkt 2.1.1.

3.1.3.2 Hensynet til individets frie meningsdannelse (autonomiprinsippet)

Autonomiprinsippet tilsier at det, innenfor rimelighetens grenser, må aksepteres "upopulære" ytringer av hensyn til individets rett til selvtutfoldelse. På bakgrunn av dette argumentet har rasister like stor rett som antirasister til å utvikle seg som menneske, ved å delta i den offentlige debatt og fremme meninger og synspunkt. Hensynet bygger på en tanke om at mennesker skal ha rett til å handle på bakgrunn av sine overbevisninger. Gjennom en slik handling vil man få et bredere perspektiv, og en idé om hvordan man vil føre livet sitt.³⁵ Det prinsipielle motargumentet til dette blir å se det fra samfunnet synsvinkel: Skal ytringer som er skadelige for fellesskapet aksepteres av hensyn til enkeltindividers selvtutvikling? Dette argumentet bygger derimot på en forutsetning om at ytringene er *skadelige*, noe som ikke er et vilkår for straff etter strl. § 135 a.

³¹ Se også Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 251 flg.

³² NOU 1999:27 s. 23-24.

³³ Jfr. pkt. 3.1.1.

³⁴ NOU 1999:27 s. 151.

³⁵ Macklem – Independence of mind 2006.

3.1.3.3 Hensynet til sannhetssøken

Hensynet til sannhet bygger ikke på en tanke om å oppnå den uomtvistede universelle sannhet. Ifølge forarbeidene bygger argumentet på at ytringsfriheten er en forutsetning for rasjonalitet, og at det derfor er irrasjonelt å forby meningsytringer.³⁶

Dette innebærer at ytringens sannhet ikke vil være avgjørende i vurderingen av om den er beskyttet av ytringsfriheten. Samtidig er det heller ikke slik at en usann ytring automatisk *ikke* er beskyttet. Etter min mening må det derimot kunne legges til grunn at ytringer som en *vet* er usanne, nyter et svakere vern.

John Stuart Mill stiller seg kritisk til dette. Han skrev at "[T]o refuse a hearing to an opinion, because they are sure that it is false, is to assume that their certainty is the same thing as absolute certainty. All silencing of discussion is an assumption of infallibility."³⁷

Slik jeg ser det kan ikke argumentet legges til grunn på generell basis. I forhold til rasistiske ytringer mister det mye av sin overbevisningskraft. Poenget er at rasediskriminerende ytringer ikke bygger på et standpunkt om at ytringene er usanne og dermed må forbys. Det bygger på at ytringene, uavhengig av sannhet, er skadelige både for samfunnet og de utsatte grupper.

Hensynet til sannhetssøken en mellomting av de to ovenfor nevnte hensyn. Det har både en demokratisk og en individpreget undertone. Den demokratiske siden tilsier at det er til samfunnets beste å oppnå økt innsikt, noe som igjen vil lede til et bedre fellesskap og føre staten fremover. Den individuelle siden tilsier at mennesker, gjennom kontakt og diskusjon med andre, vil kunne innse feil og mangler ved sin egen argumentasjon. Deretter vil man være bedre egnet til å danne seg et bilde av hvordan man vil utvikle seg som menneske. Særlig fra den individuelle siden tilsier sannhetsargumentet, når det gjelder rasediskriminerende ytringer, at ytringsfriheten må nyte et sterkt vern. Poenget er at rasister skal kunne fremme sine synspunkt for så, gjennom en kommunikasjonsprosess, bli oppmerksom på motstridende holdninger og argument. Man søker å overbevise gjennom åpenhet. Jeg mener derimot vekten av hensynet til sannhetssøken i denne variant, vil variere alt etter hvilket standpunkt man har til *problemet* ytringsfrihet kontra rasisme. Her kan vi kan skille mellom *konfliktløsning* og *konflikt håndtering*. Med dette mener jeg: De som argumenterer for en nærmest ubegrenset

³⁶ Se NOU 2002:12 s. 189 note 17.

³⁷ Mill 1991/1859 s. 37.

form for ytringsfrihet må forutsette at man *klarer* å overbevise, og således *løse* rasismeproblemet. Men en slik fremgangsmåte er ikke ubetinget positiv. En slik offentlig ”overbevisning” vil kunne medbringe en opphetet offentlig debatt, hvor rasediskriminerende ytringer ikke går ut over debattantene, men minoritetene som sitter på sidelinjen. På bakgrunn av språklige referanserammer kan minoritetene ofte ha vanskeligheter med å delta i debatten på like vilkår som andre. Men tankegangen er altså at minoritetene blir vernet indirekte ved at man *etter* denne prosessen vil være kvitt slike holdninger.

Dersom man på den annen side forutsetter at fragmenter av rasistiske holdninger alltid vil eksistere, vil derimot ikke en slik form for ytringsfrihet være å foretrekke. I et slikt tilfelle *håndterer* man problemet best gjennom en blanding av lovgivning og overbevisning. På denne måten har man en straffemulighet for de mest ekstreme ytringene. Videre overbeviser man de som de som det er mulig å overbevise ved å opprettholde ytringsfrihetsvernet innenfor visse grenser.

3.1.3.4 Sammenfatningsvis om hensynene

Ettersom ytringsfrihetens bakenforliggende hensyn nå er positiverte vil de bidra på en mer konkret måte enn tidligere til å løse rettsspørsmål. De er ikke lenger noe rettsanvenderen *kan* ta hensyn til. Nå representerer de reelle verdier som *må* være en del av rettsanvendelsen. Hvordan de i en eventuell sak skal anvendes er derimot usikkert. Som beskrevet ovenfor; hensynene bak ytringsfriheten kan gjøre seg gjeldende både som argument for, og argument mot, inngrep. I tillegg er ”forsvarlig”, jfr. Grl. § 100 annet ledd, vagt og skjønnsmessig. Direkte av ordlyden blir det således vanskelig å oppstille klare retningslinjer for hvordan hensynene skal vektlegges i en konkret sak. Heller ikke forarbeidene gir klar veiledning. Eggen stilte seg kritisk til denne delen av forslaget til den nye grunnlovsbestemmelsen.³⁸ Han mente at usikkerheten var uheldig og at man, på bakgrunn av indikasjoner i forarbeidene, måtte falle tilbake på at inngrepet i det minste kunne tilfredsstilt nødvendighetsvilkåret i EMK art. 10.³⁹ Hvordan dette løses i rettspraksis gjenstår å se.

Det kan også stilles spørsmål om andre hensyn, eller versjoner av de nevnte, kan få betydning ved rettsanvendelsen. Forarbeidene gir liten veiledning her. Spørsmålet blir da om andre bestemmelser gir bidrag til vurderingen av forholdet. I tillegg til at Grl. § 100 beskytter ytringsfriheten har Norge også tiltrådt flere konvensjoner som beskytter den samme

³⁸ Kyrre Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 283-284. Ettersom forslaget på dette punkt fikk gjennomslag, finner jeg grunnlag for å bruke Eggens argument i denne oppgaven.

³⁹ Dette leser han ut av Ytringsfrihetskommisjonens utredning s. 243.

rettigheten. De mest sentrale er EMK art. 10 og SP art. 19 (2). I det følgende vil jeg gi en redegjørelse for hvordan EMK art. 10 får innvirkning i norsk rett når det gjelder forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasediskriminerende ytringer. SP art. 19 (2) gir, ifølge juridisk teori og rettspraksis, ikke et bedre vern om ytringsfriheten enn det som følger av EMK art. 10 og vil av denne grunn ikke bli nærmere behandlet⁴⁰.

3.2 EMK art. 10

3.2.1 Betydning for norsk rett?

EMK ble gjort til norsk lov ved inkorporasjon gjennom menneskerettsloven.⁴¹ På det generelle plan kan man si at EMK, og EMDs fortolkning av denne, har stor betydning i norsk rett⁴². Derimot må det påpekes at statene i utgangspunktet tilkjennes en viss skjønnsmargin ved anvendelsen av konvensjonsbestemmelsene.

Når det gjelder det konkrete ytringsfrihetsvernet kan det settes spørsmålsteget ved hvilken betydning EMK art. 10 har ved siden av grunnlovsvernet. Svaret på dette kan belyses ved en henvisning til den diskusjonen som fant sted mellom Ytringsfrihetskommissjonen og Regjeringen i forbindelse med vedtakelsen av den nye grunnlovsparagrafen.

Kommissjonen argumenterte for at EMK er en traktat som ved sin utforming skal redegjøre for menneskerettslige minimumskrav de enkelte stater må respektere.⁴³ Norge burde etter kommissjonens syn ikke være tilfreds med å ligge på et slikt nivå. Kommissjonen mente med andre ord at den nye grunnlovsparagrafen på alle områder måtte beskytte ytringsfriheten lenger enn det som følger av EMK. Regjeringen på sin side påpekte at Ytringsfrihetskommissjonens beskrivelse, om at EMK kun gir uttrykk for et minste multiplum, ikke uten videre er treffende for EMK art. 10. Regjeringen sa at "[E]n må uansett se mer konkret på innholdet av [EMK art. 10]".⁴⁴ Videre gjøres det klart at "[P]å noen områder synes vernet etter EMK art. 10 svakere enn det som i dag gjelder etter Grl. § 100. Det gjelder for eksempel vernet for rasistiske ytringer".⁴⁵ Eksempelvis har norsk rettspraksis, i motsetning til EMD, holdt et sterkt vern om ytringsfriheten når det gjelder rasediskriminerende ytringer. På

⁴⁰ Se for eksempel flertallet i Hvit Valgallianse, Rt. 1997 s. 1821 (s. 1830) og Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 139.

⁴¹ Lov av 21.5.1999 nr. 30 – Lov om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett.

⁴² Jfr. blant annet den utvikling som har funnet sted i rettspraksis – fra Bølgepapp-saken, Rt. 1994 s. 610 til Rt. 2005 s. 833.

⁴³ NOU 1999:27 s. 85.

⁴⁴ St. meld. nr. 26 (03-04) s. 31-32.

⁴⁵ St. meld. nr. 26 (03-04) s. 32.

den annen side har Norge, i ærekrenkelsessaker, fått flere dommer mot seg i EMD for å ha lagt for *lite* vekt på ytringsfriheten⁴⁶. Poenget er at EMK art. 10 står som en selvstendig hjemmel i norsk rett og vil i det minste kunne fungere som et tolkningsmoment ved anvendelsen av Grl. § 100. På denne måten vil artikkelen kunne bidra til å harmonisere norsk praksis med den fra EMD. I denne sammenheng er presumsjonsprinsippet et nøkkelord. Prinsippet tilsier at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. I en sak hvor det er snakk om å balansere menneskerettigheter innebærer dette at norsk rettspraksis må følge de retningslinjene for slik balansering knesatt av EMD⁴⁷. Som jeg vil belyse nedenfor, har rettspraksis vært sprikende på dette punkt.

3.2.2 De nærmere vilkår

For at inngrep i EMK art. 10 skal aksepteres må tre kumulative vilkår være oppfylt. For det første må inngrepet være lovhjemlet – ”prescribed by law”. I forhold til rasediskriminerende ytringer er dette klart oppfylt gjennom strl. § 135 a.

For det andre må inngrepet oppfylle ett av bestemmelsens uttømmende formål. Det er ikke tvilsomt at hensynet til rasediskriminering oppfylder vilkåret om andres rettigheter – ”for the protection of the reputation or rights of others”. Som nevnt ovenfor tilkjenner EMD statene en viss skjønnsmargin ved anvendelsen av konvensjonsbestemmelsene. Derimot vil intensiteten av denne ”retten” være avhengig av *hvilket* formål inngrepet tar sikte på å beskytte.

Eksempelvis vil skjønnsmarginen være vid hvis inngrepet begrunnes med rikets sikkerhet – ”in the interest of national security”, jfr. art. 10 (2)⁴⁸. I slike tilfeller anser Domstolen nasjonale myndigheter mest kompetente til å avgjøre inngrepets legitimitet. Er det derimot snakk om inngrep på grunn av andres rettigheter, vil skjønnsmarginen være snever⁴⁹.

Dersom disse vilkår er oppfylt, vil spørsmålet etter EMK art. 10, om hvorvidt rasediskriminerende ytringer kan straffes, bero på om inngrepet er ”nødvendig” i et demokratisk samfunn – ”necessary in a democratic society”.

⁴⁶ Se Bladet Tromsø og Stensaas mot Norge (dom av 20. mai), Nilsen og Johnsen mot Norge (dom av 25. november) og Bergens Tidende mot Norge.

⁴⁷ Se Bøhler-dommen, Rt. 2000 s. 1007 – her uttales det at norske domstoler må legge til grunn de samme tolkningsprinsipper som EMD. Bakgrunnen er at det i første rekke er EMDs oppgave å utvikle konvensjonen, mens norske domstolers oppgave er å anvende den retten som konvensjonsorganene har skapt.

⁴⁸ Se *Observer and Guardian v. the United Kingdom*.

⁴⁹ Se *Lingens v. Austria*, se også *Oberslich v. Austria* og *Schwabe v. Austria*.

Begrepet ”nødvendig” viser, på samme måte som ”forsvarlig” i Grl. § 100, at det må foretas en avveining. I forhold til den konkrete avveiningen derimot, tilsier ordlyden i art. 10 at inngrepsterskelen er strengere. Det skal normalt mer til for at noe er ”nødvendig” enn ”forsvarlig”.⁵⁰

Denne forståelsen blir derimot for generell. Slik praksis fra EMD viser, vil nødvendighetsvilkåret normalt underlegges en streng fortolkning, men med et viktig forbehold om at bestemmelsen skal anvendes i lys av et konkret faktum. Videre påpeker EMD i flere dommer at hvorvidt noe er ”necessary”, vil bero på om det foreligger et ”pressing social need”.⁵¹

3.2.3 Hvordan har EMD og Den europeiske menneskerettighetskommisjon vurdert forholdet mellom ytringsfriheten og rasediskriminerende ytringer?

Denne gjennomgangen av praksis prøver ikke å være uttømmende. Formålet er å utpense visse tendenser ved å kort redegjøre for noen utvalgte dommer og avgjørelser. Poenget er å vise at Domstolen, så vel som Kommisjonen, legger liten vekt på ytringsfriheten når det er snakk om rasediskriminerende ytringer.

For det første slo Domstolen tidlig fast at ytringsfriheten er en fundamental forutsetning for ethvert demokrati. I 1976, i den såkalte Handyside-dommen (som for øvrig ikke gjaldt rasistiske ytringer), fremhever Domstolen viktigheten av at også ytringer som ”shock, offend or disturb” er beskyttet av ytringsfriheten.⁵²

Derimot, når det gjelder forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasistiske ytringer, har både Domstolen og Kommisjonen vært forholdsvis liberale med tanke på inngrep. Det hersker dog en viss usikkerhet rundt hvilken fremgangsmåte som benyttes for å løse spørsmålet⁵³. Valg av fremgangsmåte vil kunne belyse den generelle holdningen disse internasjonale organer inntar når det gjelder balanseringen av disse bestemte menneskerettighetene.

⁵⁰ Se Benedikte Moltumyr Høgberg – LoR 2006 s. 463.

⁵¹ Se blant andre Handyside, Sunday Times, Lingens, Observer and Guardian m.fl.

⁵² Handyside v. the United Kingdom § 49.

⁵³ Dette blir påpekt i NOU 2002:12 s. 190 flg.

Den ene metoden er å vurdere om inngrepet tilfredsstillende kravene i art. 10 (2). Dette er, etter min mening, kanskje den mest forsvarlige fremgangsmåten når det gjelder balansering av menneskerettigheter. Grunnen til dette er at man da får belyst begge sider av saken, noe som virker essensielt når det er snakk om to sentrale menneskerettigheter. En annen fremgangsmåte er å anvende EMK art. 17. Dette er for å begrunne at ytringene ikke er vernet av art. 10 (1)⁵⁴. EMK art. 17 statuerer at ingenting i konvensjonen skal forstås som en rett til å ”engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein.” Dersom denne fremgangsmåten velges er det fordi Domstolen anser ytringene som et *misbruk* av den rettigheten art. 10 (1) gir.⁵⁵ Av denne grunn faller ytringene helt utenfor art. 10 sin beskyttelse. Denne metoden må kunne sies å være det alternativet som tilkjenner ytringsfriheten minst spillerom når det er snakk om rasistiske ytringer. En mellomting er å tolke art. 10 (2) i lys av art. 17.⁵⁶

Når det gjelder Kommisjonen har praksisen vært varierende. Den har dog stort sett tatt utgangspunkt i EMK art. 10 (2) og anvendt EMK art. 17 som støtteargument for at inngrepet er legitimt. Et eksempel på dette er Kühnen v. Tyskland⁵⁷. Her var en journalist dømt for å ha forsøkt å gjenopprette det nasjonalsosialistiske partiet NSDAP. I denne forbindelse hadde han publisert flere ytringer som inneholdt elementer av diskriminering pga. rase og religion. Kommisjonen avviste klagen da inngrepet ble ansett nødvendig i et demokratisk samfunn. Som støtte for dette ble det vist til art. 17 og det faktum at slike ytringer forsøker å undergrave de prinsipper som EMK bygger på.⁵⁸

Men det finnes også eksempler på at andre metoder anvendes. I Glimmerveen og Hagenbeek v. Nederland ble klagen avvist da inngrepet var i overensstemmelse med art. 17. Hvorvidt det var nødvendig i et demokratisk samfunn ble ikke drøftet.

I X v. Tyskland ble det kun henvist til EMK art. 10 (2). Her hadde klageren blitt dømt for å hevde at holocaust var en sionistisk løgn. Kommisjonen kom frem til at ytringene var krenkende overfor jødene, og at inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn.

⁵⁴ Eggen – Ytringsfrihet 2002 s. 165 – mener at denne fremgangsmåten ikke bør benyttes idet EMK art. 10 (1), etter hans mening, beskytter ytringer om *ethvert* tema.

⁵⁵ “Abuse of freedom of expression is incompatible with democracy and the human rights and infringes the rights of others” – se Witzsch v. Germany

⁵⁶ NOU 2002:12 s. 191

⁵⁷ For domsreferansene, se domsregisteret bakerst.

⁵⁸ Andre kommisjonsavgjørelser som behandler forholdet slikt er EMK 12774/87, EMK 21128/92 DR 80 p. 94, EMK 25096/94 DR 83 p 77, EMK 25992/94 DR 84 p. 194.

Når det gjelder Domstolen er den mest prinsipielle saken *Jersild v. Danmark*. Her var en journalist og programsjef ved Danmarks radio, blitt dømt for spredning og medvirkning til spredning av rasediskriminerende ytringer. Bakgrunnen for domfellelsen var et intervju journalisten hadde gjennomført med de såkalte ”Grønnjakkene” – en høyreekstremistisk gruppe ungdommer.

I denne saken var spørsmålet for EMD var om inngrepet var ”nødvendig” i et demokratisk samfunn. I vurderingen inngikk flere faktorer. For det første var det et poeng at ytringene ikke var fremsatt av journalisten selv. Han fungerte kun som videreformidler. I denne sammenheng henviser Domstolen til pressens rolle som ”public watchdog” og fremhever at ytringsfriheten for pressen må være særlig sterk.⁵⁹ Andre argument som talte mot inngrepet var at journalisten ikke selv var rasist, og at intervjuet var gjennomført på bakgrunn av en pågående debatt om rasisme i samfunnet.

Domstolen fant at inngrepet ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn og fastslo at det forelå krenkelse.

Til tross for at Domstolen, i dette tilfellet vektla hensynene bak ytringsfriheten, gir den likevel klare indikasjoner på at EMD anser ytringsfrihetsvernet som beskjedent når det gjelder rasediskriminerende ytringer. For det første var det dissens 12-7. Selv om det ikke var snakk om å straffe orginærytreren, finner altså 7 dommere at inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn.

En annen sak, fra 2003, er *Garaudy*. Her hadde klageren blitt dømt i Frankrike for å ha gitt ut en bok som fornektet historiske fakta, herunder holocaust. Domstolen avviste klagen under henvisning til art. 17. Domstolen fant at en slik fornektelse ikke nyter ytringsfrihetens vern. For det første var hensynet til sannhetssøken ikke relevant fordi formålet med denne typen ytringer ikke var å oppdage ”sannheter”, men å gjenoppbygge det Nasjonal-Sosialistiske regime ved å beskyldte ofrene av holocaust for å forfalske historien. Som Domstolen selv beskriver det: ”Denying crimes against humanity is therefore one of the most serious forms of racial defamation of Jews and of incitement to hatred of them.”⁶⁰ Av denne grunn fant Domstolen at ytringene truet den offentlige orden og krenkelse av art. 10 forelå *ikke*, nettopp

⁵⁹ § 35 i dommen.

⁶⁰ Se s. 397.

fordi ytringene ikke n t artikkelens beskyttelse. Klagen ble derfor avvist som ”manifestly ill-founded”.

I samme stil følger flere nyere dommer fra Domstolen. I *Norwood v. the United Kingdom*, fra 2004, var klageren en organisator for det Britiske Nasjonale Parti (et h yreekstremistisk parti, BNP – the British National Party). Fra november 2001 til 9. januar 2002 hang klageren opp en plakat i vinduet sitt med tittelen ”Islam out of Britain – Protect the British people”. I tillegg til ordbruken fremstilte plakaten World Trade Center i flammer. Domstolen fant at dette utgjorde et angrep på islam. Ytringen linket den muslimske befolkningsgruppe som helhet til terrorisme, noe som var uforenelig med de grunnleggende verdier som EMK bygger på. Dette var således en handling som falt inn under art. 17 og av den grunn, utenfor vernet av EMK art. 10.

I *Witzsch v. Tyskland* fra 2005, var det ikke spørsmål om benektelse av holocaust, men snarere Hitlers kjennskap og medvirkning til den. Også denne klagen ble avvist som ”inadmissible”. Domstolen mente at Witzsch med dette viste forrakt overfor ofrene av holocaust, og at forholdet derfor falt inn under art. 17.

Den seneste dommen bygger på samme argumentasjon. I saken *Ivanov v. Russland* fra 2007, hadde en grunnlegger, eeneier og redaktør av en russisk nyhetsavis blitt dømt for å ha fremmet rasehets mot jødene. Domstolen kom frem til, på bakgrunn av EMK art. 17, at ytringene ikke var beskyttet av ytringsfriheten.

Det faktum at praksisen går i retning av å anvende art. 17 er med å belyse den restriktive holdningen Domstolen inntar i forhold til ytringsfriheten. Når det i tillegg ikke virker som det skal mye til for å oppfylle vilkårene i art. 17, må det kunne legges til grunn at ytringsfrihetsvernet, av EMD, tilkjennes lite spillerom ved siden av rasistiske ytringer.

4 Norsk rettspraksis om forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasediskriminerende ytringer

4.1 Innledning

F r jeg går nærmere inn i rettspraksis finner jeg grunn til å presisere at alle dommene bygger på de gamle bestemmelsene. Dommene er likevel interessante i forhold til dagens rettstilstand. Begrunnelsen er at området for det straffbare etter endringen av strl.   135 a, er

blitt utvidet på en del områder, men ikke når det gjelder kravet til ytringens grovhet. Gjennomgangen vil forsøke å belyse hvordan Høyesterett balanserer de aktuelle menneskerettighetene, og hvilke tolkningsprinsipp (tekstuell eller kontekstuell) som benyttes for å fastlegge ytringens innhold.

4.2 Lektordommen Rt. 1977-114

Dette var den første Høyesterettsavgjørelsen som gjaldt forholdet mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a. Den gir noen holdepunkter i forhold til hvordan man skal tolke ytringene, men lite i forhold til avveiningsproblematikken.

I saken ble en 40 år gammel lektor dømt til 120 dagers betinget fengsel for utsagn han hadde gitt i forbindelse med et avisintervju. Lektoren hadde blant annet gitt uttrykk for at jødeutryddelsen under andre verdenskrig ”hendte for tidlig. Men om 50 år, i en overbefolket verden, vil kanskje saken stille seg annerledes?”.

Problemstillingen var utelukkende om de uttalelsene lektoren hadde avgitt, falt inn under straffeloven § 135 a.⁶¹

For å løse dette anvendes kontekstuell tolkning. Dommer Michelsen påpeker at ”Når man sammenholder de to utsagn, må man etter min oppfatning konstatere at det er domfeltes mening at det i en gitt situasjon vil kunne være riktig å utrydde jødene.”⁶² Ved å anvende et slikt tolkningsprinsipp kommer retten frem til at ytringene kan anses som en ”oppfordring til – eller i alle fall en godkjennelse av – ekstreme integritetskrenkelser overfor jødene.”⁶³

Både Jakhelln og Bratholm⁶⁴ har kritisert dommen for å gå for langt i å innfortolke noe som ikke sies direkte. Jakhelln påpeker at det ”neppe kan være riktig å anse disse uttalelser, slik de er referert i dommen, for å passere grensen for det straffbare.” Bratholm fremhever det poeng at Hoaas, ifølge dommen⁶⁵, støtter den franske historiker Paul Rasseniers syn om at gasskamrene var ”oppspinn”. Av denne grunn mener han at uttalelsene i beste fall kan oppfattes som uklare. Indirekte blir dette en henvisning til legalitetsprinsippet ved tolkningen av ytringer, jfr. punkt 2.2.2.

⁶¹ Rt. 1977 s. 114 (s. 118).

⁶² Rt. 1977 s. 114 (s. 118).

⁶³ Rt. 1977 s. 114 (s. 119).

⁶⁴ Se Henning Jakhelln LoR 1980 s. 180 og Anders Bratholm LoR 1980 s. 195.

⁶⁵ Rt. 1977 s. 114 (s. 115).

Etter min mening gir ikke uttalelsene særlig grunn til tvil. Det som direkte uttales er at man, etter Hoaas' beregning, om 50 år vil stå overfor et befolkningsproblem på kloden. Det er nettopp uttrykket *overbefolket* som tilkjenner ytringene en ekstrem karakter. Dersom Hoaas virkelig tror at gasskamrene var oppspinn, og at systematisk utryddelse av jødene ikke fant sted, blir overbefolket, slik det er brukt i setningen, overflødig. Det faktum at det står der viser, etter mitt skjønn, at Hoaas erkjenner holocaust som en faktisk hendelse. Dette bygger på den logiske argumentasjonslinjen om at "overbefolket" gjenspeiler det globale problem om at det er for mange folk. For å rette på dette kan man gjøre som nazistene under andre verdenskrig; systematisk utrydde jødene for å bøte på et problem. Legger man denne tolkningen til grunn, fremstår både domfellelsen og tolkningsprinsippene som anvendes som forsvarlige.⁶⁶

Hvordan de enkelte vilkår i strl. § 135 a skal forstås, blir ikke drøftet i særlig grad. Når Michelsen har kommet til at ytringene dekkes av straffebudets gjerningsbeskrivelse, blir spørsmålet om det vil stride mot Grl. § 100 å anvende straffebestemmelsen overfor domfelte.

Han presiserer først at strl. § 135 a ikke er i strid med Grl. § 100 og at begge bestemmelsene gir uttrykk for en menneskerett. Vurderingen av hvilken rettighet som i den konkrete saken skal tillegges mest vekt, vil bero på en "avveining...[av] hvilket hensyn som i den konkrete situasjon må gis forrang".⁶⁷

Hvilke hensyn det er snakk om, og hvordan disse eventuelt skal vektlegges, blir ikke nærmere behandlet i dommen. Han konstaterer kun at Grunnloven i denne sak ikke hindrer anvendelsen av straffeloven § 135 a.⁶⁸ Ser en da bort fra at kontekstuell tolkning anvendes, gir ikke dommen klare retningslinjer på hvordan forholdet mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a skal vurderes. Alt som kan utledes er at det er tale om to sentrale menneskerettigheter og at avgjørelsen av hvilke hensyn som skal gå foran vil bero på en avveining.

4.3 Leserbrevidommen – Rt. 1978 s. 1072

Først gjennom denne dommen fikk norsk rett føringer på hvordan rettsforholdet mellom Grl. § 100 og strl. § 135 a skulle trekkes. Her går Høyesterett mer aktivt inn, enn hva som var tilfelle i lektordommen, og ser hva som ligger i vilkårene i strl. § 135 a og hvordan disse skal

⁶⁶ Gro Nystuen - Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4 1991, støtter også domsresultatet, side 62.

⁶⁷ Rt. 1977 s. 114 (s. 119).

⁶⁸ Rt. 1977 s. 114 (s. 120).

forstås i lys av Grl. § 100. Hvilke tolkningsprinsipp som skal anvendes kan også, om noe mer indirekte, leses ut av dommen.

Redaktøren av Morgenavisen i Bergen, samt innsenderen av et leserbrev ble frifunnet for å ha fremmet rasistiske ytringer (dissens 4-1). Bakgrunnen for tiltalen var et innlegg i morgenavisen som inneholdt nedsettende uttalelser om fremmedarbeidere, med særlig vekt på pakistanere.

Den første problemstillingen var om ytringene kunne subsumeres under strl. § 135 a.

Flertallet viderefører først det som kom frem i lektordommen; utsagnene må tolkes sammenhengende og kontekstuel. Dette kommer til uttrykk på side 1075 i dommen:

”Helhetsinntrykket er at leserbrevet gjennom sine påstander, overdrivelser og urimelige generaliseringer kan ha en følelsesmessig appell, spesielt til lesere som på forhånd måtte ha lignende oppfatninger.”

Derimot vil flertallet, etter min mening, innsnevre bruken av kontekstuell tolkning i forhold til det som fremkom i lektordommen. Dette kan belyses med følgende: I dommen synes det springende punkt å være hvordan man fortolker avsnitt 6 i leserbrevet. Dette lyder som følger:

”Amerika søkte emigranter og emigrantene ble henvist til ødemarkene hvor de bygget opp lokale samfunn. De kom ikke til Amerika som analfabeter og startet knivstikking og voldtekt!”

Flertallet ser dette som en ”drastisk og følelsesladet imøtegåelse av sammenligningen med norske innvandrere, men uten særlig selvstendig meningsinnhold.”⁶⁹ Ved å fremheve at nevnte avsnitt ikke har selvstendig meningsinnhold sier førstvoterende indirekte at man heller ikke kan innfortolke noe i det på bakgrunn av teksten for øvrig. Slik jeg tolker leserbrevet tilsier dette at Høyesterett innsnevrer bruken av kontekstuell tolkning.⁷⁰

Mindretallet fremhever at avsnittet, på bakgrunn av leserbrevets øvrige avsnitt, må tolkes dit hen at pakistanere nettopp hadde det adferdsmønsteret som nordmenn ikke hadde. Av denne grunn finner andrevoterende at brevet dekker gjerningsbeskrivelsen i strl. § 135 a. Etter min mening har denne tolkningen mest for seg.⁷¹ For det første er dette mer i samsvar med det

⁶⁹ Rt. 1978 s. 1072 (s. 1075).

⁷⁰ For leserbrevet, se Rt. 1978 s. 1072 (s. 1073-1074).

⁷¹ Jfr. også Gro Nystuen - Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4 1991 s. 39.

tolkningsprinsipp som ble lagt til grunn i lektordommen. For det andre synes det litt lettvtint å legge til grunn at det aktuelle avsnitt ikke kan tillegges et selvstendig meningsinnhold. Tatt i betraktning at leserbrevet gjennomgående retter sterk kritikk mot pakistanere, synes det naturlig å koble pakistanere opp mot det nevnte avsnitt.

Mindretallet gjør også et poeng ut av at leserbrevet er spredd gjennom dagspressen. ”De fleste vil lese det fort og har verken tid eller ønske om å underkaste det en kritisk analyse”. Her vil mindretallet bruke medium som begrunnelse for hvilket tolkningsprinsipp som anvendes. I denne konkrete sak: Åpen bruk av kontekstuell tolkning på grunn av at leserbrevet ikke undergis en kritisk analyse av den alminnelige leser. Dette er derimot kun påpekt av mindretallet. Hvilken overføringsbetydning det skal ha i forhold til rettstilstanden er således usikkert.

Dommen gir også andre føringer på hvordan rettstilstanden skal forstås. For det første oppstod spørsmålet om ytringens *form*. De tiltalte hadde begge anført at retten til meningsytringer vil bli illusorisk dersom det stilles for store krav til form og saklighet. Den politisk debatt vil også lide dersom det ikke er rom for visse overdrivelser og for tilspissede formuleringer.⁷²

Dette blir det også tatt hensyn til av flertallet. Førstvoterende sier at hvis ”det stilles for strenge krav til saklig form eller til arten eller holdbarheten av den faktiske fremstillingen en meningsytring gjerne vil knytte seg til, vil dette begrense mulighetene for meningsytringer, spesielt for de mange som savner forutsetningene for å ikle sine ytringer en uklanderlig form.”⁷³

Dette argument bygger helt klart på demokratihensynet og hensynet til enkeltindividers selvutfoldelse. For det første vil den offentlige samtale forkludres, idet mange vil være avskåret fra å delta. Som en følge av dette, vil mange fratras muligheten til å vokse som menneske. Poenget viser at ytringsfriheten veier tungt.

Et annet hensyn som vektlegges av flertallet, er at rasediskriminerende ytringer best bekjempes gjennom åpenhet og offentlig diskusjon. Det fremheves av førstvoterende at ”Hvis fordommer, usaklige meninger og uriktige faktiske oppfatninger stenges ute fra den offentlige debatt, vil de lettere kunne vokse i det stille uten at de kan imøtegås, noe som i lengden kan medføre større skadevirkninger enn om de kommer fram offentlig og kan besvares.”

⁷² Rt. 1978 s. 1072 (s. 1073).

⁷³ Rt. 1978 s. 1072 (s. 1076).

Dette argumentet samsvarer med det som ytringsfrihetskommisjonen vektla som et hovedargument for å ville innsnevre bruken av strl. § 135 a ved endringen av Grl. § 100. Bratholm er kritisk til argumentets generelle rekkevidde idet det er vanskelig ”å si noe sikkert om virkningene av å undertrykke rasehets kontra virkningene av å slippe dem til.”⁷⁴

På dette punkt er jeg enig med Bratholm. Følelsesladede appeller, fremsatt på en tiltalende måte, kan representere en konkret samfunnsfare. Dersom man legger lokk over situasjonen og begraver ytringene, vil nok ikke deres appeller til usikker ungdom og lett påvirkelige sjeler, kunne utøves i like stor grad. På den annen side vil heller ikke rasistene kunne omvendes like lett gjennom offentlig samtale og overbevisning. Å avgjøre hvilket alternativ som i det faktiske liv fungerer best, kan fort bli hypotetisk.

Som en forlengelse av det overfor nevnte kan det også spørres om det ikke foreligger mer prinsipielle betenkeligheten ved å anvende straff overfor ytringer. Et argument er at rasister da vil omformulere seg og tilsløre språket for å unngå straffeforfølgning. Som en følge av dette vil ytringene bli mer ”spiselige” for publikum⁷⁵. Etter min mening bygger dette argumentet derimot på en overdrivelse. Rasistiske ytringer fremsettes i første rekke med sikte på å forme holdninger i samfunnet. Dette gjøres best gjennom følelsesladede appeller og sjokkerende ord og uttrykk. Ved å ikle sine argument en nøytral språkdrakt vil argumentene miste sin kommunikasjonskraft overfor dem de søker å påvirke. Ved å fremtre som ”fornuftige” vil ytringene, etter min mening, bli offer for sin egen absurde ideologi.

Avslutningsvis, og kanskje mest interessant, uttales det av førstvoterende: ”Alt dette taler etter min mening for at de skadevirkninger en uttalelse utsetter grupper eller personer som nevnt i § 135 a for, må være av *kvalifisert art*.” (min utheving).⁷⁶ Dette gir et konkret holdepunkt i forhold til avveiningsproblematikken. Grl. § 100 tilsier at strl. § 135 a må tolkes innskrenkende. Dette får den konsekvens at det ikke er tilstrekkelig at ytringene fremmer ”ringeakt”, ”hat” osv. De må altså være *kvalifisert krenkende*. I tillegg kan det virke som et vilkår at ytringene har hatt skadevirkninger.

⁷⁴ Anders Bratholm – LoR 1980 s. 195.

⁷⁵ Dette argumentet er formulert av Sandra Coliver fra ytringsfrihetsorganisasjonen ARTICLE 19 – Article 19 Freedom of Expression Handbook 1993.

⁷⁶ Rt. 1978 s. 1072 (s. 1076).

Sett i sammenheng med at bruken av kontekstuell tolkning innsnevres, får dette den konsekvens at det er en meget streng praktisering av strl. § 135 a som legges til grunn. Ytringsfriheten, og dens begrunnelser, tilkjennes meget vidt spillerom.

4.4 Løpeseddeldommen – Rt. 1981 s. 1305

Det interessante i denne dommen er det faktum at både flertallet og mindretallet konkluderer med domfellelse, men med ulik begrunnelse. Uenigheten ligger i hvilket tolkningsprinsipp som skal anvendes overfor ytringene.

Høyesterett dømte her en 61 år gammel kvinne for brudd på strl. § 135 a. Bakgrunnen var at hun, gjennom en serie av 3 sett med løpesedler, hadde gitt uttrykk for slike holdninger at straffebudet kunne anvendes. Hun ble dømt til 60 dagers betinget fengsel (dissens på dette punkt 3-2).

Flertallet fremhever at strl. § 135 a må tolkes og anvendes med Grl. § 100 som veileder og rettesnor.⁷⁷ Det påpekes her at det skal særlig mye til for å anvende straff overfor politiske ytringer. Som det fremgår av andrevoterendes (som representerte flertallet) votum, tilsier dette at det må gis en ”rommelig margin for uheldige og smakløse ytringer”. Dette er en videreføring av det som kom frem i leserbrevdommen.⁷⁸

I denne dommen var det ikke enkeltutsagn eller spesifikke avsnitt som gav løpesedlene den krenkende karakter, men det samlede meningsinnhold de gav uttrykk for. Andrevoterende kom til at løpesedlene, sett i sammenheng, utgjorde et så massivt fordømmende angrep på en konkret avgrenset gruppe (innvandrerguppen av muslimer i Norge), at straffebudet kunne anvendes.

Som vi ser foretar flertallet en konkret avveining av de motstridende interessene. Idet løpesedlene er så fordømmende etter sitt innhold, veier hensynet til minoriteters vern mot rasediskriminering tyngre enn et ønske om å beskytte ytringsfriheten. Det ble i denne sammenheng også påpekt at det ikke er et straffbarhetsvilkår at utsagnene er usanne. Det vil si at selv om de er sanne, kan det tenkes at de er straffbare.⁷⁹

⁷⁷ Rt. 1981 s. 1305 (s. 1318).

⁷⁸ Rt. 1981 s. 1305 (s. 1318).

⁷⁹ Rt. 1981 s. 1305 (s. 1318).

Førstvoterende (mindretallet) kommer til samme resultat, men med en annen begrunnelse. Mindretallet legger til grunn en videre kontekstuell tolkning enn det flertallet gjør. Etter førstvoterendes oppfatning må løpesedlene tolkes uavhengig av en reflektert og logisk analyse. Fordi ytringene bygger på en sterk følelsesladet appell må de tolkes slik de fremstår for den ”ikke helt spesielt ettertenksomme leser”.⁸⁰ Dette er i samsvar med det som mindretallet i leserbrevdommen ville legge til grunn.

Slik jeg ser det vil flertallet i leserbrevdommen innsnevre bruken av kontekstuell tolkning i forhold til lektordommen, mens mindretallet vil utvide den. I løpeseddeldommen vil flertallet tilbake til den tekstbaserte kontekstuelle tolkningen som fremkom i lektordommen, mens mindretallet støtter mindretallet i leserbrevdommen. Borvik⁸¹ ser annerledes på det. Ifølge han representerer løpeseddeldommen et avvik tidligere praksis, da tolkningsprinsippene i de to første dommene, etter hans mening, bærer preg av å være tekstuelle.

Etter de tre dommene, 77-78-81, fikk vi ikke flere føringer på hvordan rettstilstanden var å forstå før Kjuus-kjennelsen. Det skal dog nevnes at Pastor-dommen, Rt. 1984 s. 1359, omhandler strl. § 135 a i forhold til Grl. § 100. Denne dommen behandles derimot ikke nærmere, først og fremst av hensyn til ordgrensen. For det andre gjaldt det ikke rasistiske ytringer, men negative ytringer overfor homofile.

4.5 Hvit Valgallianse – Rt. 1997 s. 1821

Dette er kanskje den mest kontroversielle dommen som omhandler forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasistiske ytringer. Bakgrunnen for dette var at det var snakk om utsagn som fremkom i et partiprogram. Som det fremgår av både flertallet og mindretallets votum er dette ytringer som ligger i kjerneområdet for Grl. § 100 å beskytte. Det skal således særlig mye til for at inngrep kan aksepteres.

I dommen ble lederen for det høyreekstremistiske partiet Hvit Valgallianse, Jack Erik Kjuus, tiltalt og dømt for overtredelse av strl. § 135 a. Høyesterett fant at løftene som ble fremmet i partiprogrammet var så krenkende overfor mørkhudede at de kunne straffes. Blant tiltakene partiet ville gjennomføre var utsending, sterilisering og tvangsabort. Kjuus fikk 60 dagers betinget fengsel. Dissens 12-5.

⁸⁰ Rt. 1981 s. 1305 (s. 1314).

⁸¹ Bjørnar Borvik – Nordisk tidskrift for menneskerettigheter nr. 2:2005 s. 161.

I dommen ble det for det første anført av tiltalte at det måtte foreligge *skadevirkninger av kvalifisert art* for at strl. § 135 a skulle kunne anvendes. Her henvises det til leserbrevdommen. Dette avfeies kort. Førstvoterende, som representerte flertallet, bemerker følgende: ”Jeg *kan ikke se* at det verken i loven eller i rettspraksis er grunnlag for å oppstille noe krav om at de diskriminerende utsagnene har medført påviselig skadevirkninger. Et slikt krav ville for øvrig reise vanskelige avgrensning- og bevissspørsmål. At krenkelsene må være av kvalifisert art, er jeg enig i” (min utheving).

Dommen dreide seg i hovedsak om to sentrale problemstillinger. Den første problemstillingen var å fastslå om partiprogrammet var rettet mot en slik minoritet som straffeloven tar sikte på å beskytte.

Partiprogrammet rettet seg mot alle som ikke er av ”etnisk norsk opprinnelse”. Rent språklig sett betyr dette alle som ikke er nordmenn. Dersom denne tolkningen legges til grunn er det ikke en bestemt minoritet som trenger beskyttelse, og strl. § 135 a er uanvendelig.

På bakgrunn av en kontekstuell tolkning, der partiprogrammet som helhet stod i fokus, fant Høyesterett at utsagnet måtte bety mørkhudede. Denne tolkningen var flertallet og mindretallet enige om.

I en artikkel i LoR⁸² ser Kyrre Eggen kritisk på denne del av dommen. Han fremhever at programmet ”inneholder – etter sin ordlyd – ikke negative karakteristikk av folk med annen hudfarve eller av etniske minoriteter”. Han støtter således Johs. Andenæs’ kritikk av dommen i en Aftenpostens-kronikk hvor han hevdet følgende: ”I programmet til Hvit Valgallianse finnes ikke ett nedsettende ord om andre raser eller etniske grupper”⁸³.

Poenget til både Andenæs og Eggen, er at Høyesterett krenker legalitetsprinsippet ved å tolke partiprogrammets utsagn for vidt. Kritikken er sammenfallende med den som kom etter Lektordommen, jfr. overfor.

Jeg er uenig i den tolkningen som Eggen og Andenæs foretar. Som førstvoterende påpeker fremkom det i partiprogrammet utsagn som ”den eneste grunnen til at det finnes hvite mennesker, er at de i overveiende grad har holdt seg unna blanding med mørke folkeslag”.

⁸² LoR – 1998 s. 259.

⁸³ Se Johs. Andenæs, Rasediskriminering og ytringsfrihet, kronikk i Aftenposten 19. desember 1997.

Slik jeg ser det er passusen ovenfor inntatt i partiprogrammet for å synliggjøre forholdet mellom hvite og mørkhudede. Ettersom den etniske nordmannen normalt er hvit, vil gjennomføringen av deres ideologi forutsette at hvert fall alle personer av annen hudfarge sendes ut av landet, steriliseres eller at det i enkelte tilfeller foretas tvangsabort.

Det påpekes samtidig at partiet vil føre forskjellig politikk overfor mennesker som har sin etniske bakgrunn i Europa. Indirekte sies det her at de tiltak som er beskrevet i partiprogrammet i første rekke retter seg mot befolkningsgrupper med annen hudfarge. Dette betyr at mennesker, på bakgrunn dette kriteriet, må finne seg i særdeles voldsomme inngrep. Som det påpekes av førstvoterende i dommen: ”Dette er etnisk rensning”⁸⁴. Å ville utrydde en gruppe i Norge på grunn av sin hudfarge er i høyeste grad å tale nedsettende en minoritet.

Den andre problemstillingen var hvordan utsagnene skulle avveies i forhold til ytringsfriheten. Ettersom det var snakk om et politisk partiprogram gjaldt det forhold som lå i kjerneområdet for Grl. § 100.

For det første gjøres det klart av førstvoterende at det også kan gjøres inngrep i den politiske ytringsfrihet. Førstvoterende påpeker at den sedvanebaserte konstitusjonelle retten til å danne politiske partier, samt det sterke vernet Grl. § 100 gir politiske ytringer, ikke kan legitimere ”ethvert syn, uansett hvilke inngrep det måtte innebære for andre mennesker”.

En sentral uttalelse i denne forbindelse er at det ”[V]ed den avveining som skal foretas i forhold til Grl. § 100, må det ha betydning at vern mot rasediskriminering er akseptert i det internasjonale samfunn som en grunnleggende rettighet. I denne forbindelse finner jeg grunn til å nevne Grl. § 110 c”. Hva som nærmere kan legges i denne uttalelsen er derimot usikkert.

Eggen kritiserer uttalelsen. Han mener at det Høyesterett gjør, er å oppgradere strl. § 135 a til Grunnlovs nivå.⁸⁵

Synne Sæther Mæhle tar et annet standpunkt⁸⁶. Etter hennes mening gir uttalelsen uttrykk for at presumsjonsprinsippet må ha særlig stor gjennomslagskraft i forhold til internasjonalt vernede menneskerettigheter.

⁸⁴ Rt. 1997 s. 1821 (s. 1832).

⁸⁵ Eggen – Ytringsfrihet s. 103.

⁸⁶ Synne Sæther Mæhle - Grenser for rettsanvendelsesskjønn., Gyldendal, Oslo, 2005 s. 316.

Etter min mening er det denne forståelsen som har mest for seg. Som nevnt overfor, tilsier presumsjonsprinsippet i en sak hvor det er snakk om å balansere menneskerettigheter, at det er retningslinjene for denne balanseringsprosessen som må presumeres å være i samsvar med folkeretten. At det er dette førstvoterende gjør, belyses gjennom hennes henvisninger til EMK og EMDs praktisering av denne. Det vises blant annet til Jersild-dommen. Også dette blir kritisert av Eggen. Han mener at saksforholdene ikke kan sammenlignes og at Jersild-dommen dermed ikke kan tillegges vekt i denne konkrete saken.

Slik jeg ser det brukes denne dommen for å beskrive de retningslinjene og de internasjonale holdningene som EMD legger til grunn ved avveiningen av to sentrale menneskerettigheter. Selv om saksforholdet er annerledes er dommen prinsipiell og, på det tidspunktet, nærmest den eneste EMD-dommen som belyste forholdet.

I lys av internasjonal praksis kommer flertallet dermed til at Kjuus kunne dømmes. Gjennom denne konklusjonen viderefører flertallet rettspraksis ved å fremheve at balanseringen mellom menneskerettigheter må bero på en avveining.

Mindretallet er stort sett enig i den regel som oppstilles av flertallet, men veier hensynet til ytringsfriheten tyngre. Andrevoterende slutter seg til at utsagnene som fremkom i partiprogrammet er kvalifisert krenkende og dekket av straffebudets gjerningsbeskrivelse. På den annen side bygger han argumentasjonen sin mer på det prinsipielle skillet om rangforholdet mellom Grunnlov og formell lov. Det fremkommer av hans votum at ytringer på den politiske arena, spesielt de som kommer til uttrykk i et partiprogram, må nyte et særlig sterkt vern.

Slik jeg ser det finner mindretallet i avveiningen av de motstridende hensyn at det er tungtveiende argumenter på begge sider. Fordi balanseringsprosessen er så jevn, gir den ikke gode holdepunkter for en konkret løsning. I et slikt tilfelle kan man si at det foreligger kollisjon av menneskerettigheter. Etter andrevoterendes syn må man da falle tilbake på generelle tolkningsprinsipp. I dette tilfellet *lex superior*. Ettersom ytringsfriheten da bærer konstitusjonell rang må den gå foran.

4.6 Boot Boys-dommen – Rt. 2002 s. 1618

Dette er den siste avgjørelsen på området. Også denne gangen var Høyesterett satt i plenum. Det sentrale i denne dommen er igjen spørsmålet om kontekstuell tolkning. Men den gir også

indikasjoner på hvilke ytringer som strl. § 135 a *ikke* straffer, herunder de som kun gir uttrykk for rasemessig overlegenhet. Høyesterett avsa frifinnende dom overfor lederen (Sjølie) av den nynazistiske gruppen Boot Boys. Sjølie var tiltalt for overtredelse av strl. § 135 a for uttalelser han hadde kommet med i forbindelse med en appell han holdt på Askim torg. Dissens 11-6.

I forhold til den konkrete rettsanvendelsen synes førstvoterende å ville nærme seg tekstuell tolkning. Hun fremhever på side 1627 i dommen, at særlig hensynet til ”forutberegnelighet, tilsier forsiktighet med utvidende tolkning ut fra sammenhengen. I forhold til straffbare ytringer må poenget være at man bare kan straffes for hva man har uttalt, ikke hva man kan tenkes å ha uttalt.”

Etter min mening må dette derimot leses i lys av påtalemyndighetens anførsel i den konkrete saken. Fra påtalemyndigheten var det anført at appellen måtte tolkes på bakgrunn av de omstendigheter den falt i. Herunder den generelle kjennskap allmennheten har til Boot Boys, samt rammene rundt demonstrasjonen. Med rammene menes at gruppen opptrådte uniformert, maskert og med skjold.

På bakgrunn av dette kan det tenkes at førstvoterende *ikke* vil endre rettstilstanden i forhold til tolkningsprinsipp, men snarere presisere legalitetsprinsippet som en reell faktor ved tolkningen av utsagn. Som støtte for dette argument kan det påpekes at førstvoterende henviser i dommen direkte til Kyrre Eggens kritikk av Kjuus-kjennelsen. En ting er å tolke enkeltuttrykk i sammenheng med helhetsinntrykket av en tekst. En annen ting er å tillegge ord og uttrykk et meningsinnhold på bakgrunn av faktiske omstendigheter som maskering mv, jfr. punkt 2.2.2.

Førstvoterende kommer til at hensynet til ytringsfriheten tilsier at ingen skal kunne straffeforfølges for ytringer som tillegges et annet meningsinnhold enn det som er uttalt, med mindre det med ”rimelig stor sikkerhet” kan utledes av sammenhengen. Etter min oppfatning er dette en videreføring av de tolkningsprinsipper som Høyesterett oppstiller i lektordommen og løpeseddeldommen.

I lys av dette kommer flertallet til at ytringene ”unndrar seg fornuftig tolkning”. Etter hennes syn kan de ikke oppfattes som noe annet enn en generell tilslutning til nazistisk ideologi. Ytringene er således ikke kvalifisert krenkende og faller utenfor straffebudet.

Det er på dette området mindretallet er av en annen oppfatning. Andrevoterende uttaler at det avgjørende ved den strafferettslige bedømmelsen må være det ”samlede inntrykk som domfelte og hans meningsfeller skapte gjennom det som ble sagt og ved den måten de opptrådte på”⁸⁷. Av denne grunn finner han at appellen formidler et grovt diskriminerende budskap som dekkes av straffebudet.

Avslutningsvis skal det også bemerkes: Det synes å være et springende punkt i dommen (side 1630) at appellen ikke fremsatte trusler eller gav oppfordringer til konkrete tiltak. Dette innebærer at Høyesterett ikke anser ytringer som kun gir uttrykk for rasemessig overlegenhet, straffbare etter strl. § 135 a.

5 Kort begrunnelse for avvikende norsk og internasjonal praksis

Etter denne dommen er det klart at norske domstoler vurderer forholdet annerledes enn EMD. I denne sammenheng skal jeg bare påpeke to mulige forklaringer for den avvikende praksis. Utgangspunktet er jo at norske domstoler må følge de retningslinjene som her nedlegges, jfr. punkt 3.2.1.

Når det gjelder avveiningen kan en mulig forklaring være at EMK ble opprettet med annen verdenskrig friskt i minne. På bakgrunn av dette påpekes det av Domstolen at selve konvensjonens formål og idégrunnlag bygger på forutsetningen om menneskers likeverd. Det synes derfor viktigere for Domstolen å beskytte samfunnet og minoriteter mot rasisme, enn å beskytte ytringsfriheten. Norsk rett bygger ikke på samme forutsetning.

En annen forklaring kan være forståelsen av statens skjønnsmargin. Med dette sikter jeg ikke til at prinsippet åpner for at det kan være forskjeller, men snarere det faktum at norske domstoler, og norske lovgivere, forholder seg til prinsippet annerledes enn EMD.

6 Et endret rettskildebilde etter Boot Boys

I etterkant av dommen har som sagt de aktuelle bestemmelsene blitt endret. Dette skjedde blant annet på bakgrunn av internasjonalt press.

⁸⁷ Rt. 2002 s. 1618 (s. 1632).

For det første ble Norge klaget inn til FNs rasediskrimineringskomité for brudd på konvensjonsforpliktelser, nærmere bestemt brudd på RDK art. 4 a.⁸⁸

Komiteen kom til at strl. § 135 a, slik den ble tolket og praktisert i dommen, ikke gav minoritetene det vern de hadde krav på. Norge oppfylte dermed ikke sine forpliktelser etter konvensjonen.

Det skal dog bemerkes at Komiteen tolker utsagnene til Sjølie annerledes enn Høyesterett. Under pkt. 10.4 fremhever Komiteen at “the deference to Hitler and his principles and “footsteps” must in the Committee’s view be taken as incitement at least to racial discrimination, if not to violence.” På bakgrunn av dette er det fortsatt litt uklart hvor Komiteen mener grensen mellom ytringsfriheten og vernet mot rasistiske ytringer skal gå. Dersom Høyesterett hadde tolket utsagnene som oppfordring til rasediskriminering eller vold, ville nok konklusjonen blitt domfellelse.

Komiteen gir derimot uttrykk for at ytringsfriheten bør tilkjennes liten vekt når det er snakk om rasediskriminering. Under punkt 10.5 påpekes det at “the Committee notes that the principle of freedom of speech has been afforded a lower level of protection in cases of racist and hate speech dealt with by other international bodies (blant annet EMD, jfr. overfor), and that the Committee’s own General recommendation No 15 clearly states that the prohibition of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right to freedom of opinion and expression.” (dette er en gjengivelse av det som ble fremhevet i Rasediskrimineringskomiteens kommentarer til Norge i CERD/C/304/Add.88 av 1. mai 2001).

Eggen stiller seg kritisk til denne uttalelsen og hevder at det må være tvilsomt at det alltid vil være i overensstemmelse med ytringsfriheten å forby rene meningsytringer om rasemessig overlegenhet.⁸⁹ For å eksemplifisere dette påpeker han at “få vil hevde at ytringen om at mørkhudede mennesker gjennomgående har en fysikk som er overlegen den hvite manns, ikke er beskyttet av ytringsfriheten”.

Jeg er enig med Eggen, men det er nok ikke slike utsagn Komiteen hadde i tankene ved sin formulering. Rasistiske ytringer forutsetter en negativ omtale av en minoritet. I det norske

⁸⁸ Communication No. 30/2003 : Norway. 22/08/2005. CERD/C/67/D/30/2003. (Jurisprudence).

⁸⁹ Se Eggen – Ytringsfrihet s. 491.

samfunn vil utsagn som det Eggen fremhever, være positivt rettet mot mørkhudede. Av denne grunn vil aldri strl. § 135 a komme til anvendelse.

Formuleringen til Komiteen fremstår som noe uheldig, men poenget er klart; ytringsfriheten gis lite spillerom når det er snakk om rasediskriminerende ytringer. Dette er i overensstemmelse med EMDs praksis.

Avgjørelsen til Rasediskrimineringskomiteen gikk altså imot Norge, men det skal bemerkes at Komiteens uttalelser ikke er rettslig bindende. Komiteen utøver sitt embete ved å gi såkalte ”opinions” – anbefalinger – til medlemslandene. I denne spesifikke saken anbefaler Komiteen at Norge iverksetter tiltak som sikrer at lignende utsagn, i fremtiden, ikke er beskyttet av ytringsfriheten.⁹⁰

I tillegg til denne domfellelsen gav Den europeiske kommisjon mot rasisme og intoleranse (European Commission against Racism and Intolerance – ECRI) i sin tredje rapport om Norge (juni 2003), uttrykk for at dommen var beklagelig.⁹¹ Det fremgår av punkt 101 og 102 i rapporten, at komiteen ønsker at Norge styrker det strafferettslige vernet mot rasistiske ytringer.

7 Hva som kan utledes av rettspraksis og en vurdering av den dynamiske rettstilstanden

7.1 Noen vurderingstema

Under dette punkt skal jeg forsøke å koble sammen det som kan utledes av den gjennomgatte rettspraksis og de nye bestemmelsene. På denne måten vil jeg belyse hvordan rettstilstanden skal forstås ved å ta utgangspunkt i visse vurderingstema. Under punkt 7.2 skal jeg gjøre rede for en ny underrettsdom og foreta egne bemerkninger i forhold til rettsutviklingen.

7.1.1 Kontekstuell tolkning

Ytringene må for det første ikke gis et annet meningsinnhold enn hva som med ”rimelig stor sikkerhet” kan utledes av sammenhengene, jfr. Boot Boys. Dette tilsier at kontekstuell

⁹⁰ Se Communication No. 30/2003 : Norway. 22/08/2005. CERD/C/67/D/30/2003. (Jurisprudence) punkt 12.

⁹¹ http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/2-country-by-country_approach/norway/third%20report%20on%20Norway%20-%20cri04-3.pdf, 13. des. 2007.

tolkning må anvendes med forsiktighet. Det synes mer akseptabelt å tolke ytringene i lys av den samme tekst, enn å tolke dem i lys av andre omstendigheter, jfr. punkt 2.2.2.

På dette området gir derimot forarbeidene indikasjoner på at man ønsker å endre rettstilstanden. På hvilken måte er derimot uklart. Det fremheves i forarbeidene til den nye diskrimineringsloven at man vil styrke rasediskrimineringsvernet. I tillegg til de endringene som er gjort i straffebestemmelsens ordlyd, ønsker man å utvide området for kontekstuell tolkning.⁹² Indirekte sies det kanskje her at man støtter mindretallet i Boot Boys-dommen og at man i fremtiden bør ha anledning til å vektlegge utenforliggende omstendigheter ved tolkningen av ytringer.

7.1.2 Ytringens grovhet

Kravet til ytringens grovhet er fortsatt at den må være av ”kvalifisert krenkende karakter”. Spørsmålet blir da hva som menes med kvalifisert krenkende. Gjennomgangen av rettspraksis gir ikke noe klart svar. Det må derimot kunne legges til grunn at kravet er strengt. Det nærmeste man kommer en oppklaring er kanskje uttalelsene i Boot Boys-dommen hvor det fremheves at ”utsagn som oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkelser, vil kunne være av en slik karakter. Et annet moment vil være om utsagnene innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd. Negative utsagn og meningsytringer av typen ”Norge for nordmenn” vil på den annen side være vernet av ytringsfriheten.”⁹³ Behovet for klarhet på dette området taler for noe mer konkret. På den annen side er det så å si umulig å på forhånd kunne oppstille klare vilkår for å avgjøre om en ytring er rasistisk eller ikke. Ved å ha en vag regel opprettholder domstolen fleksibilitet og muligheten for skjønnsutøvelse, selv om det går ut over forutberegneligheten.

Ved avgjørelsen av ytringens grovhet vil det ha betydning om ytringen er ledd i en organisert kampanje. Hensynet til ytringsfriheten legitimerer ikke en gjentagende og utrettelig svertekampanje. Man kan med andre ord ikke holde den samme appellen hver uke. Dette belyses av forholdet mellom løpeseddeldommen og Boot Boys-dommen. Det skal mindre til for å tilfredsstille kravet til kvalifisert krenkende dersom en rasediskriminerende ytring gjentas uten noe nærmere bestemt formål.

⁹² Ot.prp. nr. 33 04-05 s. 189-190

⁹³ Rt. 2002 s. 1618 (s. 1624)

Også her påpeker forarbeidene at man vil modifisere rettstilstanden noe. Kontroll og konstitusjonskomiteen mener at grensen for hva som anses kvalifisert krenkende kan ”synes noe høy”.⁹⁴ Hva som nærmere ligger i dette er derimot vanskelig å gi et konkret svar på. Det som kan legges til grunn er at man ønsker å begrense ytringsfriheten i større grad enn tidligere når det gjelder rasediskriminerende ytringer. Uttalelsen kommer nok i forbindelse med et ønske om å oppfylle forpliktelsene etter RDK, samtidig som man ønsker å nærme seg den praksis som er nedlagt av EMD.

7.1.3 Ytringens art

Ytringens *art* vil ha stor betydning. En politisk ytring vil ha anledning til å være mer krenkende enn en kommersiell ytring. Dette fremgår nå direkte av Grunnlovens § 100 tredje ledd. Spørsmålet kan da stilles ved hva en politisk ytring er. Dette klargjøres i forarbeidene.

”Med politisk ytring mener departementet ytringer om alle offentlige temaer som det forventes at vi som mennesker og samfunnsborgere tar stilling til av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art.”⁹⁵

Spørsmålet blir da hvordan andre ytringer skal behandles. Som nevnt vil ytringens beskyttelse etter Grl. § 100 er avhengig av dens viktighet i forhold til de prinsipper og hensyn som ytringsfriheten bygger på. Eksempelvis vil saker som er av allmenn interesse være viktige å beskytte på bakgrunn av demokratihensynet. Videre vil kunstneriske ytringer være viktige å beskytte av hensyn til enkeltindividets selvtillit. Ytringer som faller på siden av ytringsfrihetens hensyn er det liten grunn til å beskytte dersom de har et krenkende rasistisk innhold.

7.1.4 Ytringens form

Ytringens *form* vil normalt *ikke* ha betydning. Bakgrunnen for dette er at ytringsfriheten skal verne alle, også dem som mangler evnen til å kommunisere på en akademisk og artikulert måte. Dette fremgår av den overfor nevnte praksis, men kan også utledes direkte av ytringsfrihetens bakenforliggende hensyn. Vernet om ytringsfriheten ville blitt illusorisk, som det sies i leserbrevdommen, dersom ikke de overdrevne og tilspissede formuleringer gis spillerom.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 33 04-05 s. 190, med henvisninger til Innst. S. nr. 270 (03-04) s. 20 flg.

⁹⁵ St. meld. nr. 26 – generelle spørsmål.

Dette må på den annen side ikke forveksles med ytringens grovhet. Det er tross alt ordene, ved straffebedømmelsen av ytringer, som står sentralt. Å unnskyldte seg med manglende akademisk bakgrunn for å legitimere særlig tilspissede og grove ytringer, bør ikke kunne aksepteres.

7.1.5 Medium

Hvilket medium ytringen fremsettes gjennom *kan* ha betydning. I de dommene hvor dette vektlegges, er det derimot mindretallet som vil benytte seg av argumentet (mindretallet i leserbrev, løpeseddel og Boot Boys). I forhold til den nye Grl. § 100 fremhever Regjeringen at ytringsfriheten er beskyttet gjennom ethvert medium, men at noen kan ha større uønsket virkning enn andre.⁹⁶ Eksempelvis vil ofte levende bilder være mer støtende enn ord. En annen side av dette er at moderne teknologi gjort det lettere for rasistiske ytringer å få tilgang til det offentlige rom. Da særlig gjennom internett. Dette medfører at ytringer fremsatt gjennom internett kan være svært krenkende, i første rekke på grunn av det store omfanget. Det kan derimot fremheves at slike ytringer muligens nøytraliseres på grunn av en viss ”inflasjonsvirkning”. Beskyldningene kan være så mange og overdrevne at de ikke tillegges samme betydning som tidligere. På den annen side kan man si at det er innholdet i ytringene som gir dem den krenkende karakter. Dersom et mangfold av ytringer med krenkende karakter kommer til uttrykk enten i en avis, over internett eller på tv, nøytraliseres ikke det fordomsfulle innholdet ved at det er flere av dem. Tvert imot; dersom kun et utsagn med overdreven absurd karakter kommer til uttrykk, kan det lettere tenkes at det mister sin kommunikasjonskraft, nettopp fordi utsagnet står alene og representerer en ”gal” manns verk.

7.1.6 Ytringens sannhet

I utgangspunktet er det ikke et straffbarhetsvilkår at utsagnene er uriktige. Dette fremkom i løpeseddeldommen. Derimot vil det kunne være et moment i avveiningen.

7.2 Borgarting lagmannsretts avgjørelse LB-2006-174077 og egne bemerkninger i forhold til rettsutviklingen

Under dette punkt vil jeg vise til den seneste dommen som omhandler forholdet mellom ytringsfriheten og vernet mot rasistiske ytringer. Det er riktignok en underrettsdom, men saken er anket og skal opp for Høyesterett. Det kan således være interessant å se hvordan domstolen redegjør for gjeldende rett, i lys av den nye rettskildesituasjonen på området.

⁹⁶ St. meld. nr. 26 – generelle spørsmål

I lagmannsretten ble lederen for det nasjonalistiske partiet Vigrid frifunnet for overtredelse av strl. § 135 a. Han var tiltalt for utsagn han hadde gitt i et intervju med Verdens Gang. Intervjuet ble trykket 14. juli 2003. På bakgrunn av dette måtte lagmannsretten anvende de gamle bestemmelsene. Retten må allikevel være oppmerksom på hele rettskildebildet. Som ovenfor nevnt representerer ikke endringene store realitetsforskjeller når det gjelder avveiningen som skal foretas.

Tiltalte gav i intervjuet blant annet uttrykk for at ”jødene er hovedfiende, de har drept vårt folk, de er ondskapsfulle mordere. De er ikke mennesker, de er parasitter som skal renskes ut”.

Til dette bemerker retten at ytringene ”fremstår som absurde og kan vanskelig undergis alminnelig tolkning”. Her bygger man videre på det som kom frem i Boot Boys-dommen. Det som derimot skal nevnes er at Rasediskrimineringskomiteen bemerket seg dette utsagnet i Boot Boys-dommen. Det blir her vist til at ”[W]hilst the contents of the speech are objectively absurd, the lack of logic of particular remarks is not relevant to the assessment of whether or not they violate article 4.”⁹⁷ Ikke i direkte sammenheng med dette, men på det generelle plan gjør lagmannsretten oppmerksom på at uttalelsene fra komiteen ikke er rettslig bindende for norske domstoler.⁹⁸ Retten finner derfor at ytringene ikke er kvalifisert krenkende.

En skulle kanskje tro at domstolen ville komme til et annet resultat grunnet det nye rettskildebildet på området. At dommen ender med frifinnelse følger likevel av alminnelige rettskildemessige prinsipp. Det er klart at internasjonale signal kan påvirke rettstilstanden, men da er det i første rekke Høyesterett eller lovgivers oppgave å utvikle retten. Som det fremgår av lagmannsrettens avgjørelse legges det betydelig vekt på det prejudikatet som Boot Boys-dommen representerer. Dommen bør derimot, etter min mening, få et annet resultat i Høyesterett.⁹⁹ Begrunnelsen for dette kan for det første forankres i anbefalingene til Rasediskrimineringskomiteen. Uttalelsene her gir også uttrykk for at det *foreligger* en plikt til å kriminalisere ytringer som gir uttrykk for rasemessig overlegenhet. Som det fremgår av Boot Boys-dommen, synes konklusjonen å være den motsatte, jfr. punkt 4.6. Selv om ikke uttalelsene er rettslig bindende virker det usannsynlig at norsk praksis bevisst skal handle i

⁹⁷ CERD, Communication no. 30/2003 22 august 2005.

⁹⁸ LB-2006-174077.

⁹⁹ Saken er berammet Høyesterettsbehandling den 12-13 desember 2007.

strid med de retningslinjene som komiteen legger til grunn. I tillegg finner jeg ytringene til Vigrid-lederen av grovere kaliber enn de som Sjølie fremsatte i sin appell.

Uavhengig av utfallet i Høyesterett i denne saken, må det kunne konkluderes med at vernet mot rasediskriminerende ytringer de senere år har blitt styrket i forhold til ytringsfriheten i norsk rett. Det er utvilsomt klart at det reelle vernet har blitt styrket da straffebestemmelsen senkende skyldkrav medfører at bevissituasjonen blir enklere. Når det gjelder balanseringen av menneskerettighetene finnes det flere eksempler i forarbeidene at man ønsker å legge mer vekt på vernet mot rasisme, enn ytringsfriheten. Det faktum at RDK nå er inkorporert gir også en sterk signaleffekt i denne retningen. I tillegg til dette viser rettsutviklingen at norsk rett, på en klarere måte en tidligere, forsøker å innordne seg etter EMD's praksis, jfr. pkt. 3.2.1 note 42. Avslutningsvis kan den dynamiske rettsstilstanden belyses ved en henvisning til st.prp. nr. 1 (07-08) s. 219. Her fremhever Regjeringen at man ser et ytterligere behov for å styrke vernet mot diskriminering i norsk rett. Det er blant annet opprettet et utvalg som skal utrede en samlet lov om diskriminering og spørsmålet om ratifikasjon av EMK's tolvte tilleggsprotokoll.¹⁰⁰ Videre skal det utrede spørsmålet om en grunnlovsbestemmelse om diskriminering. Utvalget skal levere sin innstilling innen 1. juli 2009.

¹⁰⁰ EMK's tolvte tilleggsprotokoll er et selvstendig forbud mot diskriminering.

Litteraturliste

Gro Nystuen	Rasediskriminerende ytringer og organisasjoner – Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 4 1991
Bjørnar Borvik	LoR 2004
Kyrre Eggen	Ytringsfrihet 2002
Mill	1991/1859
Macklem	Independence of mind 2006
Synne Sæther Mæhle	Grenser for rettsanvendelsesskjønnet 2004
Bjørnar Borvik	Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter 2005
Anders Bratholm	LoR 1980
Benedikte Molumyr Høgberg	LoR 2006 – ”Nye” Grunnloven § 100
Møse	Menneskerettigheter 2002
Eivind Smith	Ytringsfrihet – Grunnlovsvernet i perspektiv
Johs. Andenæs	Alminnelig strafferett 5. utgave 2005
Henning Jakhelln	LoR 1980
Sandra Coliver	Article 19 – Freedom of Expression Handbook 1993

Domsregister

Norsk rettspraksis

Høyesterettspraksis: *Rt 1977 s. 114 (Lektordommen)*
Rt 1978 s. 1072 (Leserbrevdommen)
Rt 1981 s. 1305 (Løpeseddeldommen)
Rt 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse)
Rt 2002 s. 1618 (Boot Boys)
Rt 2000 s. 1007 (Bøhlerdommen)

Underrettspraksis *LB-2006-174077*

Internasjonal praksis

Kommissjonsavgjørelser: *- Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands application no. 8348/78 and 8406/78 DR 18 p. 187*
- X v. Germany application no. 9235/81 DR 29 p. 194
- Kühnen v. Germany application no. 12194/86 DR 56 p. 205

EMD avgjørelser: *- Jersild v. Denmark application no. 15890/89*
- Garaudy - Inntatt i Reports of judgments and decisions 2003 IX
- Norwood v. the United Kingdom - application no. 23131/03 fra 2004
- Witzsch v. Germany - application no. 7485/03
- Ivanov v. Russia - application no. 35222/04
- Observer and Guardian v. the United Kingdom application no. 13585/88
- Lingens v. Austria - application no. 9815/82

- *Oberslich v. Austria* application no. 11662/85
- *Schwabe v. Austria* application no. 13704/88.
- *Handyside v. the United Kingdom* – application no. 5493/72 § 49
- *Bergens Tidende mot Norge* – Eur. Court H.R., - *Bergens Tidende* judgment of 2 May 2000, RJD 2000
- *Nilsen og Johansen mot Norge* – Eur. Court H.R., *Nilsen and Johnsen* judgment of 25 November 1999, RJD 1999
- *Bladet Tromsø mot Norge* – Eur. Court H.R., *Bladet Tromsø* judgment of 20 May 1999, RJD 1999
- *Sunday Times* application no. 13166/87

FNs Rasediskrimineringskommissjon

- *Communication No 30/2003: Norway*. 22/08/2005 CERD/C/67/D/30/2005 (Jurisprudence)

Forarbeider

Strl. § 135 a:	<i>Ot.prp. nr. 33 (04-05)</i> <i>NOU 2002:12</i>
Grl. § 100:	<i>NOU 1999:27</i> <i>St. meld. nr. 26 (03-04)</i> <i>Innst. S. nr. 270 (03-04)</i> <i>St.tid s. 3585-3605</i> <i>St.prp. nr. 1 (07-08)</i>
Forarbeidene til ny straffelov	<i>Ot.prp. nr. 90 (03-04)</i>