



Det Juridiske fakultetet

Balansen mellom ytringsfriheten og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer

- med et særlig fokus på ytringer gjennom bruk av symboler

Stine Aronsen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, Høst 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Faktisk og rettslig aktualitet	1
1.3	Avgrensning og metode	2
1.4	Internasjonal rett sin rettslige status i norske domstoler	4
1.5	Videre fremstilling	5
2	Ytringsfrihetens vern i Norge	6
2.1	Grunnloven § 100.....	6
2.2	EMK artikkel 10 og SP artikkel 19	7
2.3	Ytringsfrihetens overordnede begrunnelser	9
2.3.1	<i>Grunnloven</i>	9
2.3.2	<i>Den europeiske menneskerettskonvensjon</i>	10
2.4	Symboler som ytring	11
2.5	Rettslige rammer for ytringsfriheten	11
3	Straffeloven § 185	13
3.1	Generelt om straffeloven § 185	13
3.2	Vilkår for straffeansvar	14
3.3	De objektive straffbarhetsvilkår	14
3.3.1	«Ytring»	15
3.3.2	«Diskriminerende eller hatefull»	17
3.3.3	Offentlighetskravet	20
3.3.4	«I andres nærvær – overfor en som rammes av ytringen»	20
3.4	Det subjektive straffbarhetsvilkår	21
3.4.1	<i>Forsett</i>	21
3.4.2	<i>Grov uaktsomhet</i>	23
3.5	Bestemmelsens overordnede begrunnelser	24

4	Balansen mellom ytringsfrihet og diskriminerende eller hatefulle ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler	24
4.1	Innledning.....	24
4.2	Den europeiske menneskerettsdomstolen om ytringsfriheten etter konvensjonens artikkel 10.....	25
4.2.1	EMDs dom 8. juli 2008 <i>Vajnai mot Ungarn</i>	25
4.2.2	EMDs dom 24. juli 2012 <i>Fáber mot Ungarn</i>	28
4.2.3	EMDs dom 25. oktober 2019 <i>E.S. mot Østerrike</i>	30
4.2.4	EMDs avvisningssak 16. november 2004 <i>Norwood v. Storbritannia</i>	33
4.3	FNs rasediskrimineringskomité.....	34
4.3.1	<i>General Recommendation No. 15 (1993): Organized violence based on ethnic origin (Art. 4)</i>	35
4.3.2	<i>Jewish Community of Oslo and others v. Norway, CERD/C/67/D/30/2003</i>	36
4.4	Norske domstoler om balanseforholdet mellom ytringsfriheten og diskriminerende eller hatefulle ytringer	38
4.4.1	<i>Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys-dommen)</i>	39
4.4.2	<i>HR-2018-674-A (Kranjel-dommen)</i>	41
4.4.3	<i>HR-2020-184-A</i>	42
4.4.4	<i>HR-2020-2133-A (Potetbaker-dommen)</i>	45
4.4.5	<i>LA-2019-152301</i>	46
5	Fremstilling av sentrale funn	48
	Referanseliste	52

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Avhandlingens tema er balanseforholdet mellom ytringsfriheten og det strafferettslige vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer. Begge verdier er beskyttet av den norske rettsordenen. Disse rettighetene er imidlertid ikke alltid forenlige, og må derfor avveies mot hverandre. Ytringsfriheten har grunnlovsværn, men det er likevel slik at ikke alle ytringer er vernet. På samme måte er det heller ikke slik at alle ytringer med et ubehagelig eller krenkende innhold er forbudt. Fokuset i avhandlingen vil ligge på hvordan denne balansen er ivarett når den diskriminerende eller hatefulle ytringen har kommet til uttrykk gjennom symboler.

Problemstillingen som skal avklares er derfor hvor grensen går for at en diskriminerende eller hatefull ytring gjennom bruk av symboler er straffbar. Disse ytringene skaper noen rettslige utfordringer som er lite avklart i dagens rettstilstand. Siktemålet med avhandlingen er å belyse terskelen for når en diskriminerende eller hatefull ytring gjennom bruk av symboler ikke nyter ytringsfrihetens grunnlovsværn.

1.2 Faktisk og rettslig aktualitet

Den siste tiden har enkeltpersoner og menneskegrupper vært utsatt for en rekke diskriminerende, hatefulle og på andre måter krenkende ytringer.¹ Det er hendelser hvor man ser at personer uttaler seg grovt om blant annet andre menneskers hudfarge og rase.² Det dannes også grupper som har som formål å forhindre bestemte religioner i Norge.³

I løpet av året 2020 har Høyesterett behandlet tre saker som gjelder spørsmålet om en ytring er diskriminerende eller hatefull etter straffeloven⁴ (heretter strl.) § 185.⁵ Alle disse sakene gjaldt språklige ytringer. Vi mennesker benytter oss også av andre uttrykksformer, som for eksempel fysiske handlinger, symboler eller lignende.⁶ Blant annet har brenning av religiøse

¹ <https://www.aftenposten.no/osloby/i/avXmM/etter-31-aar-i-norge-opplevde-joao-noe-han-aldri-trodde-skulle-skje>, <https://filternyheter.no/sian-leder-domt-til-betinget-fengsel-for-hatefulle-ytringer/>, <https://www.sian.no/vedtekter>, <https://filternyheter.no/derfor-ble-de-frikjent-i-hakekors-saken-ikke-straffbart-a-gi-uttrykk-for-nazisme/> (25. november 2020).

² <https://www.tv2.no/a/11827397/?fbclid=IwAR3Wo5hR5bFmdWv00b72aUmw7C6WSP0tXJWZP0oH5ptgMdkDWeu-HGBdMU8> (9. desember 2020).

³ <https://www.sian.no/vedtekter> § 2 (29. november 2020).

⁴ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

⁵ Pr. 1. desember 2020. Se HR-2020-184-A, HR-2020-185-A, HR-2020-2133-A.

⁶ <https://www.tv2.no/a/10835439/> og <https://www.nrk.no/norge/brevik-gjorde-nazihilsen-i-retten-1.13314637> (1. desember 2020).

skrifteer blitt mer utbredt, i tillegg til at vi i større grad enn tidligere benytter emojis i tekstmeldinger og på sosiale medier.⁷

I 2003 ble det konkretisert i lovs form at «Som ytring regnes også bruk av symboler».⁸ Den 29. juni 2020 behandlet Agder lagmannsrett spørsmålet om en ytring fremsatt gjennom symboler var straffbar.⁹ Symbolet som ble fremsatt var et nazi-flagg. Dette ble satt frem sammen med en skriftlig ytring. Ytringene ble samlet sett ansett for å være integritetskrenkende, og kan derfor tenkes å objektivt overskride terskelen for hva som anses å være en straffbar ytring. Lagmannsretten kom imidlertid til at et av de øvrige straffbarhetsvilkårene ikke var oppfylt, og at de tiltalte av den grunn ikke kunne straffes. Denne saken ble ikke anket til Høyesterett. Saken illustrerer at bruken av symboler som ytring i det daglige er blitt mer vanlig enn tidligere. Slike ytringer setter ytringsfrihetens rammer på prøve.

Avveiningen mellom ytringsfrihet og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer gjennom bruk av symboler er ikke behandlet i Høyesterett etter lovendringen i 2003. Terskelen for når ytringer gjennom bruk av symboler er straffbar må derfor anses for å være til dels uavklart.

1.3 Avgrensning og metode

Avhandlingen avgrenses til å hovedsakelig omhandle de ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler. Formålet med avhandlingen er å besvare problemstillingen de lege lata.¹⁰ Avhandlingen vil derfor ha et rettsdogmatisk perspektiv. Når gjeldende rett skal belyses vil alminnelig juridisk metode anvendes slik den er beskrevet av Nils Nygaard i «*Rettsgrunnlag og standpunkt*».¹¹

Siden problemstillingen ikke er behandlet i Høyesterett, kan det påpekes at de ulike rettsreglene krever en balansering av ulike verdier hvor alle har høy grad av rettslig beskyttelse. Den rettslige beskyttelsen er sammensatt, og følger til dels av norske rettskilder, men også av internasjonal rett. Rettskildene er praksis fra Den europeiske

⁷ <https://www.nrk.no/nyheter/koranbrenning-1.14784878> (1. desember 2020).

⁸ Tilføyd i straffeloven 1902 § 135 a ved lov 10 januar 2003 nr. 2.

⁹ Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven pkt. 8.1 og LA-2019-152301.

¹⁰ Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019) s. 347.

¹¹ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Oslo 2015) s. 24.

menneskerettsdomstolen (EMD), praksis fra FNs rasediskrimineringskomité (CERD) og norsk domstolspraksis.

Av den utvalgte praksisen er det noen saker, særlig fra Høyesterett, som ikke knytter seg til ytringer gjennom bruk av symboler. I disse sakene har domstolene vurdert den strafferettslige terskelen for «vanlige» ytringer. Med «vanlige» ytringer menes eksplisitte ytringer, som muntlige og skriftlige. Den rettslige argumentasjon i disse sakene vil ha overføringsverdi til ytringer gjennom bruk av symboler.¹² Det vil derfor trekkes paralleller fra de sakene som omhandler eksplisitte ytringer til de ytringer som er fremsatt gjennom bruk av symboler.

En metodisk utfordring er den rettskildemessige vekten av underinstanspraksis. Det er ikke tradisjon for å tillegge denne praksisen særlig vekt i seg selv.¹³ Det som potensielt kan ha rettskildemessig verdi er «[d]et som følger av argumentenes egen overbevisningskraft».¹⁴ Avveiningen mellom ytringsfriheten og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer som uttrykkes gjennom symboler er, som omtalt, behandlet i en dom fra Agder lagmannsrett. Denne dommen benyttes som illustrasjon og tolkningsstøtte fordi den anses å ha argumenter med særlig overbevisningskraft som er relevant for å besvare avhandlingens problemstilling. Dommen vil dermed gi indikasjoner på hvordan ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler skal tolkes i norsk rett.

Praksis fra EMD vil også kunne by på metodiske utfordringer. Ved tolkningen av de aktuelle konvensjonsforpliktelsene skal Norge anvende «samme metode som EMD».¹⁵ EMK skal i all hovedsak tolkes etter prinsippene nedfelt i Wien-konvensjon¹⁶ artikkel 31-33.¹⁷ Artikkel 31 angir at tolkningsprinsippene er den konteksten ordlyden opptrer i så vel som konvensjonens gjenstand og formål. En slik tilnærming kan føre til at elementene og vekten av disse varierer ut fra de konkrete omstendighetene.¹⁸ Tolkningen av forpliktelsene innebærer at norske domstoler må ta utgangspunkt i disse prinsippene, og søke det tolkningsresultatet som harmonerer best med våre internasjonale forpliktelser.

¹² Høgberg og Sunde (2019) s. 277.

¹³ *Ibid.*, s. 273.

¹⁴ Skoghøy (2018) s. 106.

¹⁵ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45

¹⁶ Wien-konvensjonen av 23. mai 1969.

¹⁷ Stig Harald Solheim, Rettsanvendelsesprosessen på EMD-rettens område, *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019) s. 363.

¹⁸ *Ibid.*

På strafferettens område gjelder det strafferettslige legalitetsprinsippet. Prinsippet kommer til uttrykk i Grunnloven¹⁹ (heretter GrL.) § 96 første ledd, straffeloven § 14 og Den europeiske menneskerettskonvensjon²⁰ (heretter EMK) artikkel 7. Grunnloven § 96 første ledd lyder som følger: «Ingen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten etter dom».

Det strafferettslige legalitetsprinsipp er strafferettens formelle rammeverk.²¹ Prinsippet knesetter rettssetningen om at straffeansvar skal ha hjemmel i *formell* lov. Dette innebærer at straffansvar må være forankret i en nasjonal lovregel.²² Det stilles også innholdsmessige krav til straffelovgivningen.²³ Straffebud kan verken være for upresist formulert (presisjonskrav)²⁴ eller anvendes på tilfeller som ligger for fjernt fra ordlyden (analogiforbudet).²⁵ Forbudet mot tilbakevirkende lover (tilbakevirkningsforbudet) er også en side av det strafferettslige legalitetsprinsippet.²⁶ Sistnevnte er ikke relevant for avhandlingens problemstilling. Øvrige krav er relevant. Om disse bemerkes det kort at de generelt indikerer at ordlyden, innrettelse og forutberegneligheten tillegges større vekt enn ellers. Prinsippet får betydning for tolkningen av straffeloven § 185.

1.4 Internasjonal rett sin rettslige status i norske domstoler

Norge har internasjonale forpliktelser som påvirker tolkningen av både Grunnloven § 100 og straffeloven § 185. Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp. Dette prinsippet innebærer at norsk rett og folkerett er to separate rettssystem. En konsekvens av dualismen er at folkerettslige regler ikke uten videre anvendes i saker for norske domstoler. Dersom folkerettslige regler skal gjøres direkte gjeldende i norsk rett må disse gjøres til norsk lov, jf. Grunnloven § 75 a.²⁷

I enkelte tilfeller er det imidlertid bestemt at internasjonale forpliktelser skal gå foran annen formell norsk lovgivning ved motstrid. Dette ble blant annet bestemt for Den europeiske

¹⁹ Lov 17. mai 1814 nr. 17 om Kongeriket Norges Grunnlov.

²⁰ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950.

²¹ Høgberg og Sunde (2019) s. 527

²² Linda Gröning, Erling J. Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2. utgave, 1. opplag, Bergen 2019) s. 63; Provisorisk anordning med hjemmel i Grunnloven § 17 og forskrift hvor straffetrusselen er tatt inn er også formell lov, jf. Magnus Matningsdal (2020) note 90.

²³ Grunnloven § 75 første ledd bokstav a.

²⁴ HR-2016-1458-A avsnitt 8 og HR-2016-2228-A avsnitt 30.

²⁵ Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 68.

²⁶ Tilbakevirkningsforbudet kommer til uttrykk gjennom straffeloven § 3 første ledd første punktum og EMK art. 7.

²⁷ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkeretten* (4. utgave, 2. opplag, Oslo 2014) s. 62.

menneskerettskonvensjon og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter²⁸ (heretter SP) når disse ble gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven²⁹ (heretter mrl.) § 3 jf. § 2.

Norge har også inkorporert Rasediskrimineringskonvensjon (RDK)³⁰ gjennom likestillings og diskrimineringsloven³¹ § 5. Denne gjelder imidlertid ikke med forrang fremfor andre lovbestemmelser, slik som EMK og SP.³² RDK utgjør en relevant rettskilde ved tolkningen av norsk rett, og får derfor direkte betydning for terskelen i straffeloven § 185.

1.5 Videre fremstilling

Heretter kan avhandlingen deles opp i fire sentrale deler. Det første som skal fokuseres på er ytringsfriheten og dens vern i Norge. Det er nødvendig å gi en presentasjon av ytringsfriheten etter både Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon. Fokuset rettes først mot ytringsfrihetens innhold, og deretter dens overordnede begrunnelser (kapittel 2).

For det andre skal straffeloven § 185 og straffbarhetsvilkårene introduseres (kapittel 3). Også denne bestemmelsens overordnede begrunnelser redegjøres for. Formålet med kapittel 2 og 3 er å gi leseren den nødvendige forståelse av reglens innhold og betydning i det juridiske bildet før analysen av den utvalgte praksisen.

For det tredje skal utvalgt praksis redegjøres for og analyseres. Det er resultatet av denne praksisen som besvarer spørsmålet om hvordan ytringsfriheten og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer skal balanseres (kapittel 4). Denne analysen er dermed fundamental for å besvare problemstillingen.

Avslutningsvis kommer en fremstilling av sentrale funn. Med utgangspunkt i disse skal problemstillingen besvares.

²⁸ Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966.

²⁹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

³⁰ Konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 21. desember 1965.

³¹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

³² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.*, pkt. 8.8.3 s. 65.

2 Ytringsfrihetens vern i Norge

2.1 Grunnloven § 100

Ytringsfriheten er allmenn kjent som menneskets frihet til å formidle egne meninger i offentligheten. Ytringsfriheten har vern etter Grunnloven § 100. På midten av 1990-tallet ble det hevdet at ytringsfriheten ikke var i tråd med Norges internasjonale forpliktelser. Bestemmelsen fikk derfor nytt innhold i 2003.³³

Grl. § 100 første ledd lyder som følger: «Ytringsfrihet bør finne sted». Ordlyden «bør» tilsier at ytringsfrihet skal være hovedregelen. Utgangspunktet for lovtolkning er den naturlige språklige forståelsen av lovteksten på vedtakelsestidspunktet.³⁴ I dette tilfellet er «bør» datidens språkdrakt for «skal».³⁵ Første ledd inneholder således en prinsipperklæring om ytringsfriheten. Dette innebærer at ytringsfrihet er en hovedregel og utgjør et utgangspunkt for den mer detaljerte reguleringen i bestemmelsens øvrige ledd.³⁶ Bestemmelsens øvrige ledd lyder som følger:

«Ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse.

Frimodige ytringer om statsstyret og hvilken som helst annen gjenstand er tillatt for enhver. Det kan bare settes klart definerte grenser for denne rett der særlig tungtveiende hensyn gjør det forsvarlig holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelser.

Forhåndssensur og andre forebyggende forholdsregler kan ikke benyttes med mindre det er nødvendig for å beskytte barn og unge mot skadelig påvirkning fra levende bilder. Brevsensur kan ikke settes i verk utenfor anstalter.

Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer. Det kan i lov fastsettes

³³ NOU 1999: 27 *Om forslag til ny Grunnlov § 100* s. 20; Tilføyd i straffeloven 1902 § 135 a ved lov 10 januar 2003 nr. 2. Grunnloven ble også revidert i 2014. Denne revisjon er uten betydning for ytringsfriheten.

³⁴ https://www.idunn.no/file/pdf/53185156/lor_2012_03_pdf.pdf (24. november 2020).

³⁵ NOU 1999: 27 pkt. 1.1.1.

³⁶ St.meld. nr. 26 (2003-2004) *Om endring av Grunnloven § 100* kapittel 0 jf. kapittel 2.2.

begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner.

Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.»

For denne avhandlingen er det bestemmelsen første, andre og tredje ledd som er sentral.

Ytringsfrihet er et to-delt ord som omfatter både «ytring» og «frihet». Det kan leses ut av bestemmelsens andre ledd at «ytring» i Grunnlovens forstand er «å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap». Mest vanlig er muntlige og skriftlige ytringer, men også bilder, både stille og levende, er omfattet. Det samme gjelder formidling av meningsinnhold gjennom skulpturer, klesdrakt, fysiske bevegelser og symboler.³⁷ Ytringsfriheten er ikke begrenset til bestemte former eller medium, og det er på det rene at bestemmelsen er teknologinøytral.³⁸ Med «frihet» menes følgelig «en rett til».

Paragrafen tar således sikte på en vid fortolkning. Dette betyr at enhver har rett til å formidle ethvert innhold, til enhver tid og hvor som helst. Formålet med ytringsfrihet er å sikre det frie ordskiftet, og begrensninger i ytringsformer eller medium vil derfor være et betydelig innhogg i demokratiet.³⁹ Det er imidlertid klart at ytringsfriheten ikke er ubegrenset.

Det frie ordskiftet har en nær kobling til demokratiet, hvilket gjør politiske ytringer til bestemmelsens sentrale formål jf. at det skal «særlig tungtveiende hensyn» til for å begrense frimodige ytringer om statsstyret.⁴⁰ Det er imidlertid en flytende overgang mellom politiske ytringer og krenkende ytringer, noe som avhandlingen vil vise er av betydning når det gjelder adgangen til å gripe inn i ytringsfriheten og når terskelen for å straffe krenkende ytringer skal belyses.

2.2 EMK artikkel 10 og SP artikkel 19

Det følger av EMK artikkel 10 første ledd første setning at «[e]veryone has the right to freedom of expression». Konvensjon om sivile og politiske rettigheter har en tilsvarende bestemmelse i artikkel 19 første ledd første setning, hvor det fremgår at «[e]veryone shall

³⁷ St.meld.nr. 26 (2003-2004) pkt. 4.2.2.

³⁸ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utgave, Bergen 2018) s. 269 flg.

³⁹ HR-2018-674-A avsnitt 15 (Krangel-dommen).

⁴⁰ Se Grunnloven § 100 tredje ledd.

have the right to hold opinions without interference». I likhet med Grunnloven § 100 gir konvensjonene en rett til ytringsfrihet. Som utgangspunkt innebærer dette at krenkende ytringer gis et konstitusjonelt vern.

EMK art. 10 og SP art. 19 inneholder noenlunde tilsvarende forpliktelser, men det er EMK som har hatt størst innflytelse på norsk rett.⁴¹ EMD har behandlet et stort antall saker om avveiningen mellom ytringsfrihet og nasjonal lovgivning opp gjennom årene, og både innholdet i ytringsfriheten og de begrensninger som aksepteres etter EMK er godt utviklet. På grunn av dette, og at oppgaven må begrenses i omfang, behandles ikke SP. Den autentiske versjon av EMK art. 10 lyder som følger:

«1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.».

Det følger av bestemmelsens første ledd andre setning at ytringsfriheten omfatter «[f]reedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas». Dette medfører at alle former for meninger, informasjon og ideer omfattes av ytringsfriheten, følgelig uavhengig av hvilket innhold de har, hvordan de er kommunisert, hvem de er formidlet overfor og hvilken form de er fremsatt i.⁴² Dette betyr at ytringsfriheten etter EMK også er vid, i tillegg til at å uttale seg gjennom bruk av symboler anerkjennes som en ytring etter artikkelen.

⁴¹ Prop. 31 L (2019-2020) *Lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte journalistiske medier* pkt. 4.1. Se også Rt. 1997 s. 1821 s. 830 (Hvit Valgallianse).

⁴² Erik Møse og Jørgen Aall (2017) Note 78.

En forskjell mellom Grl. § 100 og EMK art. 10 er at det fremkommer eksplisitt at også «opinions» er vernet av ytringsfriheten etter artikkel 10. Det understrekes at meninger også har vern etter Grl. § 100 all den tid ytringsfriheten blant annet begrunnes i individets frie meningsdannelse. Mer om dette under pkt. 2.3.1.

2.3 Ytringsfrihetens overordnede begrunnelser

2.3.1 Grunnloven

Ytringsfriheten står sterkt i Norge, og har sin begrunnelse i «*sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse*» (mine kursiveringer).⁴³ Disse tre begrunnelser gir et universelt forsvar for ytringsfriheten.⁴⁴ I det videre vil innholdet i disse prinsippene bli nærmere redegjort for.

Sannhetsprinsippet er et utslag av «sannhetssøken» som begrunnelse. Ved å søke etter sannhet med samtaler, diskusjoner og motargumenter hevdes det at personlige begrensninger kan reduseres, noe som vil medføre bedre innsikt.⁴⁵ I vårt moderne samfunn er det en forutsetning for demokratiet at mennesker som samfunnsborgere tar stilling til blant annet politiske, samfunnsmessige og moralske spørsmål. Ved å søke etter sannheten vil man trolig kunne luke ut mindre gode oppfatninger og erstatte disse med oppfatninger som er bedre belagt.⁴⁶

Individets frie meningsdannelse som hensyn kommer til uttrykk gjennom autonomiprinsippet. Autonomi kjennetegnes oftest som menneskets rett til å bestemme over seg selv, men i Grunnlovens forstand innebærer prinsippet et mål om at mennesket skal utvikle seg til «et myndig menneske» ved å prøve sine synspunkter og argumenter mot andre. Dette innebærer at enhver gis mulighet til å si det vi ønsker og høre det vi ønsker.⁴⁷ I et moderne samfunn er det ønskelig at mennesket skal utvikle evnen til å finne seg selv ved å sette seg inn i andre menneskers situasjon og gjøre deres andres blick til sitt. På denne måten opparbeider mennesket seg kompetanse slik at den enkelte kan fungere som et «myndig menneske» i det åpne samfunn.⁴⁸

⁴³ Grunnloven § 100 andre ledd.

⁴⁴ NOU 1999: 27 pkt. 2.2.4.

⁴⁵ *Ibid* pkt. 2.2.1.

⁴⁶ *Ibid* pkt. 2.2.1.

⁴⁷ NRK Debatten, *Anine Kierulf*, den 3. september 2020. URL: <https://tv.nrk.no/serie/debatten/202009/NNFA51090320> (8. desember 2020)

⁴⁸ St.meld.nr. 26 (2003-2004) pkt. 2.1.1.

Den viktigste begrunnelsen for ytringsfrihet er hensynet til demokratiet. Demokrati betyr at alle myndige innbyggerne har like rettigheter til å delta aktivt i viktige politiske beslutningsprosesser.⁴⁹ Demokratiprinsippet innebærer at innbyggerne må ha åpenhet og kritikk til beslutningsprosesser i samfunnet for å kunne opprettholde et velfungerende demokrati. I slike prosesser er samfunnet også avhengig av å høre argumenter og diskusjoner som ikke nødvendigvis er allmennstøttet, nettopp slik at den demokratiske modellen får realitet. Fordi man også er avhengig av å høre disse argumentene og diskusjonene oppstår spørsmålet om hvor grensen går for hvilke ytringer som skal vernes av ytringsfriheten og hvilke ytringer som ikke skal det. Det som er sikkert er at den demokratiske modellen kun oppnås ved at motargumenterende også kan ta til ordet.

I forarbeidene til Grunnloven fremgår det på at en forutsetning for slik åpenhet i samfunnet er at relevant informasjon er tilgjengelig, at meningsutvekslinger av offentlig interesse kan skje i full offentlighet og at enkeltindividet er vernet mot maktovergrep.⁵⁰ Det hevdes at en opplyst, aktiv og kritisk offentlighet er ytringsfrihetens grunnvoll.⁵¹

Kjernen i disse prinsippene er å ivareta vårt felles samfunn så vel som det enkelte menneskets utfoldelse.⁵² Ytringsfriheten som sådan kan følgelig begrunnes i flere hensyn og argumenter. Det er likevel klart at de tre nevnte prinsipper er bærende, mens øvrige argumenter og hensyn vil være mer situasjonsbetinget.⁵³

2.3.2 *Den europeiske menneskerettskonvensjon*

Etter konvensjonens artikkel 10 kan inngrep i ytringsfriheten skje dersom inngrepet er «[n]ecessary in a democratic society». Dette tolkes som at ytringsfriheten primært er begrunnet i demokratihensynet.

Praksis fra EMD underbygger tolkningen. Blant annet uttaler domstolen i saken *Handyside mot Storbritannia* at domstolen er forpliktet til å ta hensyn til prinsipper som kjennetegner et «[d]emocratic society», og videre at ytringsfriheten «[c]onstitutes one of the essential foundations of such a society».⁵⁴ EMD understreker også at ytringsfriheten er viktig for

⁴⁹ www.snl.no/demokrati (4. desember 2020).

⁵⁰ NOU 1999: 27 pkt. 1.1.1.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Arne Fliflet (2014) Note 227.

⁵³ NOU 1999: 27 pkt. 1.1.2.

⁵⁴ *Handyside mot Storbritannia* [P] 1976 no. 5493/72 premiss 49.

utviklingen av demokratiet og «for the development of everyman».⁵⁵ Sistnevnte kan ikke leses direkte ut av artikkel 10, men fremkommer i en rekke praksis.⁵⁶ Det må etter dette være klart at demokratihensynet og menneskets utvikling er bærende hensyn bak ytringsfriheten etter konvensjon.

Innholdet i disse hensynene fremkommer ikke i artikkel 10 eller eksplisitt i praksis fra EMD. Det presumeres imidlertid at demokratihensynet har samme innhold etter Grunnloven og konvensjon, og at hensynet til menneskets utvikling etter konvensjonen har likhetstrekk med autonomiprinsippet etter Grunnloven.

2.4 Symboler som ytring

Samfunnet utvikler seg med tiden, noe som medfører en endring i både hvor og hvordan ytringer fremstilles. Ytringsfriheten er teknologinøytral, noe som innebærer en mulighet til å ytre seg hvor som helst. I tillegg til de tradisjonelle måtene å ytre seg på, er det nå også mulig å formidle meninger på TV, i sosiale medier, på nettsteder ol. På bakgrunn av dette utvikler det seg også nye måter å uttrykke seg på. I større grad enn tidligere benyttes symboler som uttrykksmåte.⁵⁷

Symboler anses for å være et indirekte uttrykk. Begrepet «symboler» har ikke en entydig definisjon, men er ofte en ting eller en gjenstand, og kjennetegnes ved at de uttrykker noe mer enn det som fremkommer direkte. Dette medfører at meningsinnholdet i symboler kan være vanskeligere å tolke enn eksplisitte ytringer.

På bakgrunn av denne utviklingen er spredningsmulighetene og skadepotensialet til diskriminerende eller hatefulle ytringer som fremsettes gjennom symboler større enn noen gang.

2.5 Rettslige rammer for ytringsfriheten

Selv om ytringsfriheten er en fundamental menneskerettighet, så er det på det rene at den ikke er absolutt. Ytringsfriheten kan komme i konflikt med både offentlige og private interesser,

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Dichand og andre mot Østerrike* [J] 2002 no. 29271/95 premiss 37, *Vajnai mot Ungarn* [J] 2008 no. 33629/06 premiss 46 og *Thoma mot Luxembourg* [J] 2001 no. 38432/97 premiss 43.

⁵⁷ <https://www.tv2.no/a/10835439/> (30. november 2020).

og det er derfor rettslig adgang til å gjøre inngrep etter både Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon.

Som omtalt i pkt. 1.3 skal norske domstoler bruke samme metode som EMD ved anvendelse av reglene i den europeiske menneskerettskonvensjon.⁵⁸ Et rettmessig inngrep i ytringsfriheten må derfor være foreskrevet i lov, ha et legitimt formål og være forholdsmessig i forhold til kostnaden av innskrenket ytringsfriheten.⁵⁹

Med «lov» siktes det i utgangspunktet til både skrevne og uskrevne regler.⁶⁰ Etter norsk rett kreves det imidlertid at straffeansvar er forankret i formell lovhjemmel.⁶¹

Etter Grunnloven § 100 andre ledd har inngrep i ytringsfriheten et legitimt formål når det lar seg forsvare «holdt opp mot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse», mens inngrep etter EMK art. 10 er legitimt hvis det, etter en forholdsmessighetsvurdering, er «necessary in a democratic society». En uttømmende liste for hva som kan utgjøre nødvendige inngrep i et demokratisk samfunn følger av EMK art. 10 andre ledd. Det aktuelle alternativet for denne avhandlingen er EMKs vern om «[t]he protection of the reputation or *rights of others*» (min kursivering).

Retten til å ikke bli utsatt for diskriminerende eller hatefulle ytringer følger av straffeloven § 185 og EMK art. 14. Bestemmelsene utgjør den nødvendige hjemmelen for å gripe inn i ytringsfriheten, og anses som et legitimt formål.

Når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen mellom ytringsfriheten og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer avhenger denne av en vurdering av om formålet som begrunner innskrenkningen er rimelig i forholdet mellom mål og middel. Det er dette spørsmålet som kommer på spissen når man skal belyse terskelen.

⁵⁸ Rt. 2005 s. 883 avsnitt 45.

⁵⁹ Aall (2018) s. 284; På nærmere betingelser kan det også *avtales* innskrenkninger i ytringsfriheten. Dette faller imidlertid utenfor oppgavens virkeområde. Se Aall (2018) kapittel 13.2.2 for mer om dette.

⁶⁰ Aall (2018) s. 116.

⁶¹ Se pkt. 1.3 om det strafferettslige legalitetsprinsippet.

3 Straffeloven § 185

3.1 Generelt om straffeloven § 185

Straffeloven § 185 pålegger straffeansvar for den som setter frem diskriminerende eller hatefulle ytringer som ikke er vernet av ytringsfriheten. Bestemmelsen er en videreføring av straffeloven 1902⁶² § 135 a, som for øvrig ble tatt inn i loven fordi Norge i 1969 ratifiserte FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (RDK).⁶³ Straffeloven § 185 lyder som følger:

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

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

- a) hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse,
- b) religion eller livssyn
- c) homofile orientering, eller
- d) nedsatt funksjonsevne.»

I bestemmelsen fremkommer det at bruk av symboler også regnes som en ytring. Det er imidlertid ikke slik at ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler ikke kunne straffes tidligere. Etter straffeloven (1902) § 135 a kunne symboler straffes, jf. setningen «[d]en som ved uttalelse eller *annen meddelelse*» (min kursivering).⁶⁴ Det var likevel ikke slik at enhver symbolbruk ble rammet av formuleringen, og i 2003 ble loven endret slik at det i lovteksten fremkom at symboler også regnes som ytringer. Denne endringen bidro til økt

⁶² Lov 22. mai 1902 nr. 10 om alminnelig borgerlig straffelov.

⁶³ Ot.prp. nr. 48 (1969-1970) *Om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902*, pkt. 1.

⁶⁴ Fordi ytringer gjennom symboler også kunne straffes under henvisning til straffeloven (1902) § 135 a, er det på det rene at tidligere rettspraksis kan være relevant. Se for eksempel Rt. 1994 s. 768 s. 770.

forutberegneligheten, og ivaretar de hensyn som ligger bak det strafferettslige legalitetsprinsipp.

For di ytringer gjennom symboler også kunne straffes under henvisning til strl. (1902) § 135 a er det på det rene at tidligere rettspraksis kan være relevant. Se for eksempel Rt. 1994 s. 768 s. 770

3.2 Vilkår for straffeansvar

En rekke vilkår må være oppfylt før en person kan ilegges straffeansvar. Inngangsvilkåret er at ansvaret er nedfelt i lov.⁶⁵ Det er videre krav til at gjerningsperson har handlet i strid med den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud. Gjerningsperson må også ha subjektiv skyld iht. lovens krav, jf. straffeloven § 21. Den subjektive skylden må omfatte alle de objektive elementene i straffebudet.⁶⁶

Dersom de objektive og subjektive vilkår for straff er oppfylt, kan straffeansvar likevel ikke ilegges hvis det foreligger materiell rettsstrid. Materiell rettsstrid er en anerkjent samlebetegnelse for alle de forhold som tilsier at straff likevel ikke kan ilegges, som for eksempel nødrett, nødverge, selvtekt iht. straffeloven §§ 17-19 (straffefrihetsgrunner), eller ulovfestede rettsstridsreservasjoner som provokasjon eller retorsjon (straffefritaksgrunner). At gjerningspersonen var tilregnelig i gjerningsøyeblikket er et ytterligere vilkår for å ilegge straffeansvar. Det finnes flere måter å systematisere straffbarhetsvilkårene. I denne avhandlingen er det kun bestemmelsens objektive gjerningsinnhold og subjektive skyld som er relevant og redegjøres for. I pkt. 3.6 følger en redegjørelse for bestemmelsens bærende hensyn og begrunnelse.

3.3 De objektive straffbarhetsvilkår

Straffeloven § 185 oppstiller to straffalternativer i henholdsvis første og andre setning. Felles for disse alternativene er vilkårene om at det må være fremsatt en «ytring» som etter omstendighetene er «diskriminerende eller hatefull».

For alternativet i første setning, som fører til bot eller fengsel inntil 3 år, må ytringen i tillegg være fremsatt «offentlig». Straffalternativet i andre setning medfører bot eller fengsel inntil 1

⁶⁵ Se pkt. 2.6 om det strafferettslige legalitetsprinsippet.

⁶⁶ Se Ståle Eskeland, *Strafferett* (5. utgave, 1 opplag, Oslo 2017) s. 318 og 319 om dekningsprinsippet. For øvrig kommer prinsippet til uttrykk i straffeloven § 25.

år for den som «i andres nærvær» fremsette en ytring «overfor en som rammes av denne». Vilkårene redegjøres for i det videre.

3.3.1 «Ytring»

En «ytring» etter straffeloven § 185 må forstås på samme måte som «ytring» etter Grunnloven § 100.⁶⁷ Kort oppsummert innebærer dette en formidling av informasjon, ideer eller meninger av ethvert innhold, til en hver tid, uansett form og medium.⁶⁸

Det følger eksplisitt av straffeloven § 185 at bruk av symboler anses for å være en ytring. Som omtalt i pkt. 2.4. har ikke begrepet «symboler» en entydig definisjon, men er ofte en ting eller en gjenstand, og kjennetegnes ved at de uttrykker noe mer enn det som fremkommer direkte. Ifølge forarbeidene vil typiske eksempler på symboler som kan være i strid med straffeloven § 185 være «hakekors eller Hitler-hilsen».⁶⁹ En naturlig språklig forståelse av «hakekors eller Hitler-hilsen» tilsier at fysiske gjenstander så vel som fysiske handlinger er å anse som symboler i lovens forstand.

Det finnes flere eksempler på symboler som etter sitt innhold kan være diskriminerende eller hatefull, uten at de nødvendigvis er straffbare. Et eksempel er Anders Behring Breivik og Philip Manshaus' «Hitler-hilsen» under den rettslige behandlingen av sakene deres. Det må være klart at handlingen oppfylder det objektive straffbarhetsvilkåret om å være en «ytring».

Et særlig tidsaktuelt eksempel på ytringer gjennom bruk av symboler, er emojis. Emojis er figurer som uttrykker følelser eller meninger gjennom tegn eller bilder, og som hovedsakelig blir satt frem på sosiale medier eller lignende.⁷⁰ Det er som regel opp til enhver å tolke en emoji. Noen har et klarere meningsinnhold enn andre. For eksempel kan man velge hudfarge på enkelte emojis. Det finnes emojis av menn som holder hender med menn, kvinner med kvinner og symbol som tilknyttes rullestolbrukere. Felles for disse er at de tillegges ulike meningsinnhold avhengig av hvem som tolker de og i hvilken kontekst de settes frem i. Det er derfor nærliggende å tenke at emojis kan fremstå som diskriminerende eller hatefulle.

⁶⁷ Se redegjørelsen under pkt. 2.1.

⁶⁸ Arne Fliflet (2014) note 228.

⁶⁹ Ot.prp.nr. 109 (2001-2002) *Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven* pkt. 8.1.

⁷⁰ <https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/19282/thesis.pdf?sequence=2&isAllowed=y> s. 22 (01. desember 2020).

Også «blackfaces» er et eksempel på en måte å ytre seg gjennom symboler. «Blackface» kjennetegnes ved at mennesker som ikke er mørk i huden maler seg mørk i ansiktet for å karikere personer med mørk hudfarge. Dette er ikke en ny måte å ytre seg på, men en måte som har blusset opp i kjølvannet av Black Lives Matter. I følge Kendall Trammell hos CNN vil det å farge ansiktet sitt i en annen farge enn den en har til vanlig representere en person som bruker noen andres hudfarge som kostyme. Trammell mener at å male ansiktet sitt i en farge som ikke er din egen, er rasistisk.⁷¹ Det er imidlertid ikke allmenn enighet om dette.

Uavhengig av om ytringen fremsettes gjennom symboler eller ikke, så må rettsanvender *tolke ytringen*. Denne tolkningen er en del av rettsanvendelsen. At ytringen må tolkes betyr at dens faktiske meningsinnhold må fastlegges. Tolkning av ytringer som fremsettes gjennom symboler gjøres på bakgrunn av en objektiv tilnærming til ytringen. Å fastlegge meningsinnholdet i symbolet kan imidlertid by på utfordringer, som illustrert gjennom de nevnte eksemplene. Symboler kan være tvetydige, noe som kan føre til blandede tolkninger. I vurderingen av om ytringen er straffbar må intensjonen vektas mot hva allmennheten vil lese ut av symbolene.⁷² Ytringens *kontekst* er derfor av stor betydning.⁷³ Herunder vil tid, sted og andre relevante faktorer bidra til å kaste lys over meningsinnholdet i ytringen. På grunn av symbolers potensielle tvetydighet kan det tenkes at disse tolkningsfaktorene vil være viktigere for ytringer fremstilt gjennom symboler enn ved eksplisitte ytringer.

En rettslig skranke ved denne tolkningen er «forsiktighetsregelen». Denne innebærer at ingen skal risikere strafferettslig ansvar ved at utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt og heller ikke med rimelig stor sannsynlighet kan utledes av konteksten ytringen fremsettes i.⁷⁴ Hva som skal til for at det foreligger «rimelig stor sannsynlighet» er nylig belyst av Høyesterett. I HR-2020-2133-A ble blant annet følgende ytring fremsatt: «kom deg tilbake til Afrika der du kommer fra, jævla utlending». Fornærmede var av somalisk opprinnelse. Ytringen hadde ingen uttrykkelig referanse til hudfarge eller etnisitet. Likevel ble konteksten ytringene var fremsatt i tillagt avgjørende vekt. Det var ingen

⁷¹ <https://edition.cnn.com/2019/09/19/world/brownface-blackface-yellowface-trnd/index.html> (27. november 2020).

⁷² Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) pkt. 3.3.2. s. 18.

⁷³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 189 og 214.

⁷⁴ Rt. 2012 s. 536 avsnitt 24, HR-2020-184-A avsnitt 30 mfl.

momenter i saken som tilsa at ytringene ble fremsatt på grunn av noe annet enn fornærmedes hudfarge.

Når ytringen er tolket må det vurderes om denne er *kvalifisert krenkende*, herunder om den har oversteget lovens terskel. De ytringer som straffeloven § 185 er satt til å verne er oppfordringer eller tilslutninger til integritetskrenkelser, og særlig de som innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd.⁷⁵ Skillet mellom ytringer om et emne og ytringer om en person kan være vanskelig. Politisk kritikk ligger i kjernen av det ytringsfriheten verner. Likevel er det viktig at disse ytringene ikke går på bekostning av enkeltpersoner eller utsatte menneskegrupper. Det må derfor skilles mellom legitim maktkritikk og diskriminerende eller hatefulle ytringer mot representanter for minoritetsgrupper. Det er imidlertid en «relativt rommelig margin» for smakløse ytringer uansett område, nettopp slik at folk skal tørre å ytre sin upopulære mening.⁷⁶ På grunn av dette må terskelen for å karakterisere en ytring som kvalifisert krenkende ligge relativt høyt.

Etter lovendringen i 2003 ble det presisert at bestemmelsen i større grad måtte tolkes i lys av de signaler som ble gitt i den nye grunnlovsbestemmelsen.⁷⁷ Herunder at konteksten ytringen ble fremsatt i skulle gis noe større betydning ved tolkningen.⁷⁸ I lys av at symboler ble tatt inn i loven forstås denne uttalelsen som at konteksten skal tillegges større betydning enn tidligere fordi symboler kan være vanskelig å tolke alene, og dermed vanskelig å straffe. Ved å tillegge konteksten betydning kan det dermed være mulig å straffe ytringer gjennom bruk av symboler.

Den kvalifisert krenkende ytringen er bare straffbar etter straffeloven § 185 når den er fremsatt på grunnlag av ett eller flere av de alternativer loven oppstiller som diskriminerende eller hatefull.

3.3.2 «Diskriminerende eller hatefull»

Et ytterligere vilkår for straffansvar er at ytringen er «diskriminerende eller hatefull». I realiteten skilles det ikke på om ytringen er diskriminerende *eller* hatefull. For at ytringen skal være diskriminerende eller hatefull må den «true eller forhåne noen, eller fremme hat,

⁷⁵ Prop. 66 L (2019-2020) *Om endringer i straffeloven mv.*, pkt. 8.2.1.

⁷⁶ HR-2020-184-A avsnitt 30.

⁷⁷ St.meld. nr. 26 (2003-2004)

⁷⁸ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 17.1.6.8 s. 189.

forfølgelse eller ringeakt». Dette må være på grunn av «noens» a) «hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse», b) «religion eller livssyn», c) «homofile orientering», eller d) «nedsatte funksjonsevne». Disse fire alternativene er uttømmende.

Vurderingen av om ytringen «true eller forhåne noen eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt» kan virke vanskelig som følge av upresise uttrykk og språk. I realiteten gjøres denne vurderingen basert på en helhetsvurdering av ytringen(e). Det er denne vurderingen som angir terskelen for hvilke ytringer som skal rammes.⁷⁹

Med «noen» menes en enkeltperson eller en gruppe av personer som rammes av ytringen. At «noen må rammes av ytringen» innebærer at ytringen må rettes mot noen som har tilhørighet til en av gruppene som gis vern etter ett eller flere av de alternativene som fremkommer i bokstav a til d.⁸⁰ Formålet med å avgrense straffebudet på denne måten er at disse utvalgte minoritetsgruppene anses å ha et særskilt behov for vern.⁸¹ I dag er det utelukkende de mest sårbare minoritetsgruppene som gis vern etter bestemmelsen.

Det første alternativet er at en ytring må være diskriminerende eller hatefull på grunnlag av noens «hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse». I dette ligger det at grunnen til at noen utsettes for trusler, hån, hat, forfølgelse eller ringeakt må være deres hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse. Med «nasjonale opprinnelse» menes fødested og landbakgrunn, mens «etnisk opprinnelse» betyr nasjonale minoriteter og urfolk.⁸² For eksempel er det å være samisk en etnisk opprinnelse. Dette er utvilsomt det mest brukte alternativet i bestemmelsen. Det de fleste av oss kjenner som rasisme vernes etter dette alternativet.⁸³

I lys av det første alternativet bemerkes det at de fleste kjenner straffeloven § 185 under klengenavnet «rasismeparagrafen». Dette er trolig fordi straffeloven (1902) § 135 a i første omgang var en rendyrket rasismebestemmelse som kun gjennomførte forpliktelsene etter FNs rasediskrimineringskonvensjon. Bestemmelsen er imidlertid utvidet gjentatte ganger, og flere grupper er gitt vern. Det er også foreslått å utvide bestemmelsen ytterligere slik at den gjelder

⁷⁹ HR-2020-2133-A avsnitt 22.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 215. Se også HR-2020-2133-A avsnitt 23.

⁸¹ HR-2020-2133-A avsnitt 23.

⁸² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 205.

⁸³ Klassisk rasisme kjennetegnes som biologisk inndeling av mennesker i rase med en innbyrdes rangordning, jf. www.snl.no/rasisme (23. november 2020).

kjønnsorientering.⁸⁴ Bestemmelsen har enda et rykte på seg for å kun verne rasistiske ytringer, og mange er dermed av den oppfatningen at den kun gir vern mot diskriminerende eller hatefulle ytringer til mennesker med en annen hudfarge enn hvit. Dette er imidlertid ikke en dekkende beskrivelse av alternativet om hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse, og heller ikke for bestemmelsen som sådan.

Alternativet verner som nevnt krenkende ytringer på grunn av noens «hudfarge» og «nasjonale eller etniske opprinnelse». Ordlyden gir ingen utvalgte hudfarger, nasjonaliteter eller etniske opprinnelse mer vern enn andre. Alternativet fremstår derfor som nøytralt i så måte at det ikke kun gir vern til minoritetsraser, selv om det er disse som hovedsakelig trenger vernet. Formålet med § 185 er følgelig å verne minoritetene fra rasistiske så vel som andre kvalifisert krenkende ytringer. Dette kan imidlertid ikke utelukke at også majoriteter kan vernes etter bestemmelsen. Å gi majoritetsgrupper vern etter denne bestemmelsen er trolig ikke så praktisk, men det må være klart at det er *adgang* til dette. I et majoritetstilfelle kan det argumenteres for at terskelen for å straffe må være høyere all den tid de ikke tilhører en utsatt gruppe.

Det andre alternativet er «religion eller livssyn». I denne sammenheng må «religion» tolkes slik at samtlige religioner i verden vernes etter bestemmelsen, mens «livssyn» verner de ikke-religiøse meningene. Humanisme for eksempel er et anerkjent livssyn. I tillegg til at straffeloven § 185 må tolkes i lys av Grunnloven § 100 må den i slike tilfeller leses i lys av Grunnloven § 16 om fri religionsutøvelse.⁸⁵ s

Videre vernes «homofile orientering». Homofili defineres som «tiltrekning til samme kjønn».⁸⁶ Alle leveformer som har sammenheng med den homofile legning, levemåte eller adferd vernes etter alternativet. Dette må også inkludere transseksualitet.

Til sist vernes «nedsatte funksjonsevne». Dette alternativet tar sikte på å verne fysiske, psykiske og kognitive funksjonstap.⁸⁷ Det er for eksempel anerkjent i samfunnet at de med fysiske funksjonstap kan gis tillatelse til å parkere på avsatte «handikap-parkeringsplasser»,

⁸⁴ Se Ytringsfrihetskommisjonens mandat av 14.02.2020. URL: <https://www.regjeringen.no/contentassets/cc7cf70e7ac34055b3512846c582edb3/ytringsfrihetskommisjon-mandat.pdf> (1. desember 2020).

⁸⁵ HR-2020-185-A avsnitt 18.

⁸⁶ www.snl.no/homofili (23. november 2020).

⁸⁷ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.*, kap. 12.2.5 s. 34.

såfremt man har et særskilt bevis for dette. Disse parkeringsplassene og beviset som trengs, markeres med et symbol som viser en person i rullestol. Misbruk av dette symbolet kan være et eksempel på en diskriminerende eller hatefull ytring som de med nedsatt funksjonsevne skal vernes mot.

De to neste vilkårene er alternative i den forstand at ett av de må være oppfylt, jf. at loven innehar to straffalternativer.

3.3.3 *Offentlighetskravet*

For å idømmes straffansvar etter bestemmelsens første straffalternativ må en diskriminerende eller hatefull ytring fremsettes «offentlig». En legaldefinisjon av «offentlig» finnes i straffeloven § 10. Når en handling består av å fremsette en ytring, så følger det av bestemmelsens andre ledd andre setning at ytringen er offentlig når den «[e]r fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer». Ordlyden av «egnet til» tilsier i denne sammenheng at noe er mulig. Dette må bety at så lenge det er mulig å nå et større antall personer med ytringen, så anses den for å være fremsatt «offentlig». Med «et større antall personer» menes rundt 20-30 personer.⁸⁸

Bestemmelsen stiller ingen krav til formidlingsmåte, og fremstår også som medienøytral. Dette underbygges av at diskriminerende eller hatefulle ytringer fremsatt på sosiale medier også kan straffes.⁸⁹ Heller ikke formidlingsform er viktig. Alle typer formidlinger, også symboler, rammes av bestemmelsen.⁹⁰ Det eneste kravet er at ytringen er egnet til å nå det respektive antallet personer.

3.3.4 *«I andres nærvær – overfor en som rammes av ytringen»*

I 2009 ble straffeloven § 185 endret. Endringen medførte at også de ytringer som fremsettes i halvoffentlighet eller i private omgivelser kan straffes.⁹¹ Dette forutsetter at ytringen fremsettes i «andres nærvær» og «overfor en som rammes av denne». Disse er kumulative vilkår.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.*, kap. 30.1 s. 409.

⁸⁹ HR-2020-184-A og HR-2020-185-A.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) kap. 12.2.2 s. 164.

⁹¹ Lov 19. juni 2009 nr. 74 om endring i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28.

Med «andres nærvær» menes at det må være flere personer til stede enn den som rammes av ytringen. Hvor mange som er tilstrekkelig er usikkert, men i en dom fra Borgarting lagmannsretten fremkommer det at «det må være en tredjeperson til stede som ikke rammes av den konkrete ytringen».⁹² I dommen var det hengt opp lapper på døren til et homofilt par med grove nedsettende og hatefulle ytringer mot dem som homofile. Lappen ble bare sett av det fornærmede paret. Domstolen kom til at det ikke var tilstrekkelig at hver fornærmede hadde sett ytringen mot den andre. Situasjon måtte som et minimum bestå av en gjerningsperson, en fornærmet og en tredjeperson som *ikke* var fornærmet.

Vilkåret om at ytringen må fremsettes «overfor en som rammes av denne» tilsier at minst en person som faller inn under lovens alternativer i bokstav a til d må være til stede når ytringen formidles. Forskjellen fra offentlighetskravet er at det ikke er tilstrekkelig at ytringen var «egnet til» å nå ut til andre. At ytringen fremsettes «overfor en som rammes av denne» er et *krav* for å straffes i henhold til lovens andre straffalternativ. Dette straffalternativet medfører lavere strafferamme som følge av at kretsen som får med seg ytringen ikke er så stor, og skadepotensialet derfor er mindre.

3.4 Det subjektive straffbarhetsvilkår

Ved siden av de objektive straffbarhetsvilkår er det som tidligere omtalt et grunnvilkår for straffansvar at gjerningsperson har utvist den nødvendige grad av skyld, og at skylden dekker alle de objektive elementene i straffebudets gjerningsbeskrivelse. Ingen skal straffes uten skyld. Straffelovens krav til skyld er forsett, med mindre «annet er bestemt», jf. strl. § 21.

Etter straffeloven (1902) § 135 a var skyldkravet forsett. I 2003 ble skyldkravet senket til også å omfatte grovt uaktsomme overtredelser.⁹³ Dette er videreført i straffeloven § 185, og både forsett og grov uaktsomhet kan straffes. Siden den subjektive skylden ikke påvirker terskelen for å straffe, så behandles dette kort.

3.4.1 Forsett

Forsett anses for å være den mest klanderverdige skyldformen, og kjennetegnes ved at gjerningsperson vet hva han gjør.⁹⁴ Etter straffeloven § 22 første ledd bokstav a til c foreligger forsett når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med

⁹² LB-2019-3868.

⁹³ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kap. 17.1.6.5. s. 188.

⁹⁴ Eskeland (Oslo 2017) s. 291.

henholdsvis «hensikt», «bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen», eller «holder det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfelle».

Hensiktsforsett etter bokstav a foreligger når en person «med hensikt» foretar den aktuelle handlingen. Vedkommende handlet med et mål om at en bestemt følge skulle inntre. Denne forsettsformen anses derfor som den mest alvorlige eller «kvalifiserte».⁹⁵

Sannsynlighetsforsett etter bokstav b går ut på at gjerningsperson «handler med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig» utgjør en straffbar handling.⁹⁶

Sannsynlighetsforsett er særlig relevant når ved gjerningsbeskrivelser som har et fare- eller skadeelement. Dolus eventualis fremkommer i bokstav c kjennetegnes som «positiv innvilgelse».⁹⁷ Dette er fordi denne typen forsett går ut på at gjerningsperson holder det for mindre sannsynlig at gjerningsbeskrivelsen i et straffebud oppfylles, men likevel velger å gjennomføre handlingen til tross for det potensielle utfallet.

Felles for disse er at rettsanvenderen må å ta stilling til tankeprosessen på gjerningstidspunktet, for å finne ut om gjerningsperson visste hva han gjorde.⁹⁸ Målet er å bevise det faktum som tiltalen bygger på. Det kan tenkes at det knytter seg ytterligere vanskeligheter til skyldvurderingen når ytringen skjer gjennom symboler. Det må foreligge subjektiv skyld for alle de objektive vilkår, og det må derfor stilles krav til at gjerningsperson kjente den alminnelige betydningen av symbolene, og gjennom symbolene mente å opptre diskriminerende eller hatefullt. Symboler kan være tvetydige, og med tanke på det strenge beviskravet kan det være utfordrende å bevise at gjerningsperson på gjerningstidspunktet var kjent med symbolets betydning, og visste at formidlingen av symbolet var diskriminerende eller hatefull.

Dersom gjerningsperson har fremsatt symboler han ikke kjente betydningen av, men som likevel har krysset terskelen, så vil handlingen ikke kunne straffes som en forsettlig overtredelse av straffebudet.

⁹⁵ Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 227.

⁹⁶ Ibid, s. 228.

⁹⁷ Eskeland (2017) s. 295.

⁹⁸ Innst. O. Nr. 69 (2004-2005) *Om innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.*, pkt. 17.1.

3.4.2 Grov uaktsomhet

Grov uaktsomhet foreligger dersom «handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse», jf. straffeloven § 23 andre ledd. Andre ledd må leses i lys av bestemmelsens første ledd om at «[d]en som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom». Det skilles mellom grader av uaktsomhet, og terskelen for grov uaktsomhet må dermed ligge høyere enn vanlig uaktsomhetsansvar. Vurderingselementene er imidlertid nokså lik.

Vilkårene om at handlingen må være svært klanderverdig og gi grunnlag for sterk bebreidelse, indikerer kumulativitet. Vilkårene har imidlertid så nær sammenheng at de i realiteten vurderes sammen.⁹⁹ Denne vurderingen går ut på å finne ut om det foreligger et vesentlig avvik fra det som er forsvarlig handlemåte på det aktuelle livsområdet, og det som måtte gi grunnlag for en vesentlig mer kvalifisert bebreidelse enn det som kreves for vanlig uaktsomhetsansvar.¹⁰⁰ Utgangspunktet er en objektiv vurdering hvor det sentrale er hva en alminnelig fornuftig og samvittighetsfull person ville ha gjort i en tilsvarende situasjon. Gjerningspersonens egen oppfatning av forsvarligheten er i denne vurderingen ikke avgjørende.¹⁰¹

Til forskjell fra forsettsvurderingen, hvor rettsanvender må ta stilling til gjerningspersonens tankeprosess, så vil vurderingen av om gjerningsperson har opptrådt grovt uaktsomt i større utstrekning knytte seg til selve handlingen.¹⁰² Det kan derfor tenkes at lovgivers intensjon om å senke skyldkravet for å straffe diskriminerende eller hatefulle ytringer i særlig grad virke etter sin hensikt for ytringer som er fremsatt gjennom symboler. Med dette menes at de utfordringer som knyttes til at gjerningsperson må kjenne til symbolenes betydning ikke vil være like relevant i uaktsomhetsvurderingen siden denne vurderingen i stor grad er objektiv og baserer seg på handlemåten i den aktuelle situasjon, og om en alminnelig fornuftig person ville opptrådt tilsvarende i en slik situasjon.

⁹⁹ Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 284-285; Rt. 1970 s. 1235.

¹⁰⁰ Gröning, Husabø, Jacobsen (2019) s. 284-285.

¹⁰¹ Magnus Matningsdal (2020) Note 142.

¹⁰² Innst. O. Nr. 69 (2004-2005) pkt. 17.1.

3.5 Bestemmelsens overordnede begrunnelser

Formålet med å knytte straffeansvar til utvalgte handlinger er forskjellig etter hvilket område det er snakk om. Det overordnede formålet med å straffe på en generell basis synes imidlertid å være hensynet til allmennprevensjon.¹⁰³ Likevel er det slik at formålet med allmennprevensjon er å beskytte individets frihet. Straffeansvar har også en moralsk begrunnelse. Den som påfører andre en skade bør straffes fordi det er riktig og passende, selv om straff ikke nødvendigvis vil virke preventivt i det bestemte tilfellet.¹⁰⁴

I dette tilfellet er straffeloven § 185 plassert i lovens kapittel 20. Det overordnede hensynet bak bestemmelsene i dette kapittelet er å verne den «offentlig ro, orden og sikkerhet». Dette tilsier at bestemmelsen har et samfunnsrettet gruppevernperspektiv.¹⁰⁵ Bakgrunnen for at diskriminerende eller hatefulle ytringer straffes under henvisning til gruppevernperspektivet er fordi slike ytringer ofte fører til uroligheter i samfunnet og kan gi følelsen av urett, frykt eller aggresjon hos den eller de som rammes direkte av slike ytringer. Av dette utledes det at bestemmelsen også søker å oppnå likeverd blant alle mennesker.

Symboler og øvrige karakteristikk som appellerer til følelser mv., må i utgangspunktet anses for å være like verneverdig som eksplisitte ytringer.¹⁰⁶ Som nevnt innledningsvis ser man tendenser til at mennesker i større grad ytrer seg gjennom bruk av kropp, tegn, emojis og gjenstander. Når disse ytringene kan ha samme meningsinnhold som en eksplisitt ytring er det ingen grunn til at gjerningsperson skal unngå straffeansvar for ytringer gjennom bruk av symboler.

4 Balansen mellom ytringsfrihet og diskriminerende eller hatefulle ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler

4.1 Innledning

Det er nødvendig å analysere praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen, FN's rasediskrimineringskomité og norske domstoler for å belyse terskelen for når en diskriminerende eller hatefull ytring ved bruk av symboler er straffbar. Formålet med

¹⁰³ Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) *Om innstilling fra justiskomiteen om lov om straff* pkt. 5.1.1.

¹⁰⁴ Hans Fredrik Marthinussen, *Debatt* (2020) URL: <https://www.regjeringen.no/no/tema/kultur-idrett-og-frivillighet/innsiktsartikler/ytringsfrihetskommisjonen/debatt-om-hatytringer-og-ytringsfrihet/id2765319/> (12.10.2020)

¹⁰⁵ Anine Kierulf, *Dommerpodden* (2020) URL: <https://podtail.com/no/podcast/dommerpodden/hatefulle-ytringer/> (03.09.2020)

¹⁰⁶ St.meld nr. 26 (2003-2004) pkt. 2.1.2.

analysen er å avdekke hvordan ytringsfriheten balanseres i forhold til vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer, og aller helst ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler. Videre må det trekke vekslinger mellom disse for å finne terskelen.

I analysene er det nødvendig å belyse de faktiske forhold, hvordan de konkrete tilfellene balanseres i forhold til ytringsfriheten og begrunnelsen for resultatet. Også generelle uttalelser om ytringsfriheten er viktig når terskelen skal belyses.

Grunnloven § 100 skal tolkes i lys av EMK art. 10, og praksis fra EMD er således av stor betydning når terskelen for å straffe krenkende ytringer skal belyses. Det er derfor hensiktsmessig å gjøre rede for praksis fra EMD først, under pkt. 4.2.

FNs rasediskrimineringskonvensjon får betydning for hvordan straffeloven § 185 skal tolkes, og praksis fra Rasediskrimineringskomiteen redegjøres for under pkt. 4.3. Norske domstolers praksis behandles under pkt. 4.4.

4.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen om ytringsfriheten etter konvensjonens artikkel 10

Under dette punktet behandles fire dommer som på hver sin måte illustrerer hvordan ytringsfriheten skal vektes i forhold til krenkende ytringer. To av dommene representerer et uberettiget inngrep i klagers ytringsfrihet, mens den tredje dommen illustrerer hvordan klager har handlet i strid med ytringsfriheten. Den fjerde dommen representerer en avvisningssak hvor symboler og eksplisitte ytringer i kombinasjon utgjorde et klart brudd på ytringsfriheten.

Det aktuelle fra dommene er EMDs vurdering av hvorvidt nasjonalstatene har foretatt et inngrep i ytringsfriheten som var «nødvendig i et demokratisk samfunn». Denne vurderingen vil være førende for når en diskriminerende eller hatefull ytring gjennom symboler er straffbar.

4.2.1 EMDs dom 8. juli 2008 Vajnai mot Ungarn¹⁰⁷

Spørsmålet i saken var om Attila Vajais dom for å ha brukt symbolet for den internasjonale arbeiderbevegelsen i en demonstrasjon utgjorde et uberettiget inngrep i hans rett til ytringsfrihet etter EMK art. 10.

¹⁰⁷ *Vajnai mot Ungarn* [J] 2008 no. 33629/06.

Vajnai var visepresident for Arbeiderpartiet i Ungarn, og talte på en lovlig demonstrasjon holdt av partiet. På jakken hadde han en femkantet rød stjerne som et symbol på den internasjonale arbeiderbevegelsen. Den røde stjernen symboliserte imidlertid også et totalitært regime preget av ideologier og praksis som hadde rettferdiggjort massekrenkelser av menneskerettighetene og voldelig maktutøvelse. Å bære symbolet offentlig måtte derfor, etter regjeringens mening, bety at han identifiserte seg med- og ønsket å forplante ideologien om det totalitære regimet. Symbolet var tvetydig, men Vajnai ble likevel dømt. Dette var fordi offentlig visning av totalitære symboler var en straffbar handling etter nasjonal lovgivning.

EMD aksepterte at Vajnais dom var i henhold til lov og hadde et legitimt formål, men konkluderte med at inngrepet ikke var «*necessary in a democratic society*». Begrunnelsen følger i det videre.

Hvorvidt et inngrep er «*necessary in a democratic society*» (nødvendig i et demokratisk samfunn) krever at EMD avgjør om det innklagede inngrepet utgjør et «*pressing social need*» (nødvendig samfunnsmessig behov).¹⁰⁸ Den nasjonale domstolen har som et utgangspunkt «*a certain margin of appreciation*» når det kommer til den sistnevnte vurderingen. Dette innebærer at nasjonale domstoler gis et visst handlingsrom i vurderingen, og at EMD skal være forsiktig med å overprøve deres beslutning ettersom det er alminnelig antatt at disse har best kompetanse om den nasjonale lovgivningen. Det er likevel EMD i siste instans som avgjør om inngrepet utgjorde et nødvendig samfunnsmessig behov, og dermed var i tråd med konvensjonsforpliktelsene.¹⁰⁹ Vurderingen går ut på at EMD undersøker om den nasjonale myndighetens begrunnelse for inngrepet var «*relevant and sufficient*», og om tiltaket var «*proportionate to the legitimate aims pursued*».¹¹⁰ Dette kan gi inntrykk av at det må foretas en toleddet vurdering, men i praksis foretas det en konkret forholdsmessighetsvurdering mellom inngrepet og de legitime formålene.¹¹¹

Vedrørende den generelle terskelen for en lovlig ytring, fremhever EMD at ytringsfriheten ikke bare verner informasjon og ideer som er gunstige eller betraktes som harmløse, men også

¹⁰⁸ *Ibid*, premiss 43.

¹⁰⁹ *Ibid*, premiss 43.

¹¹⁰ *Ibid*, premiss 45.

¹¹¹ Prop. 49 L (2010-2011) *Om endringer i ekomloven og straffeprosessloven mv.*, pkt. 3.3.2.5.

«those which offend, shock or disturb».¹¹² Det er bred enighet om at man ikke har et effektivt demokratisk samfunn dersom slike ytringer ikke tillates.

EMD foretar en *tolkning* av symbolet, og kommer til at det er tvetydig. At Vajnai valgte å bære den røde stjernen måtte betraktes som hans måte å uttrykke sine politiske synspunkter på. I denne sammenheng understreker EMD at det i utgangspunktet er lite rom for begrensninger av politisk tale eller for debatt om spørsmål av offentlig interesse.¹¹³ Når ytringsfrihet uttrykkes gjennom symboler og som politisk tale må det utvises ytterst forsiktighet ved bruk av eventuelle begrensninger, spesielt når saken gjelder symboler som har flere betydninger. Dette ble begrunnet i demokratihensynet. Hvis domstolen griper inn der symbolene er tvetydige, løper det en risiko for at bruken av disse symbolene også begrenses i tilfeller hvor inngrep ikke ville vært berettiget.¹¹⁴

I vurderingen av om inngrepet i visningen av det aktuelle symbolet utgjorde et uberettiget inngrep i ytringsfriheten la EMD særlig vekt på *konteksten* symbolet er fremsatt i. På et generelt grunnlag uttaler domstolen at å gripe inn i en ren spekulativ fare, som et forebyggende tiltak for beskyttelse av demokratiet, ikke utgjør et nødvendig samfunnsmessig behov. Et symbol kan ha flere betydninger i en kontekst, men når det ikke kan sidestilles med farlig propaganda kan det heller ikke være straffbart. Konkret for denne saken mente EMD at visningen av symbolet, som var allestedsnærværende under et totalitært regime, følgelig kunne skape uro blant tidligere ofre og deres slektninger, og at disse kan oppfatte symbolet som respektløst. Dette kunne imidlertid ikke, uavhengig av hvor forståelig det er, alene sette grensene for ytringsfriheten.

EMDs vurdering tolkes som at symbolet ikke var krenkende i stor nok grad til at visningen alene kunne straffes. Når konteksten symbolet ble fremsatt i, altså selve settingen og innholdet i talen, heller ikke støttet opp om det totalitære regimet, så kunne fremstillingen samlet sett ikke anses å være tilstrekkelig krenkende til å rettferdiggjøre et inngrep i ytringsfriheten. Dette tilsier at det må utvises ytterst forsiktighet ved eventuelle begrensninger i ytringsfriheten når symbolet er tvetydig. Det kan derfor slås fast at det er særdeles høy terskel for å gripe inn i politiske ytringer fremsatt gjennom enkeltstående symboler som ikke

¹¹² *Vajnai mot Ungarn*, premiss 46; *Handyside mot Storbritannia*, premiss 49.

¹¹³ *Ibid*, premiss 47 og bl.a. *Sürek og Özdemir mot Tyrkia* [GC] 1999 nr. 26682/95, premiss 61.

¹¹⁴ *Vajnai mot Ungarn*, premiss 51.

alene utgjør en reell og umiddelbar fare for demokratiet. Det fremstår imidlertid som klart at dersom ytringer er fremsatt sammen med en trussel eller lignende, så er terskelen overskredet.

4.2.2 EMDs dom 24. juli 2012 *Fáber mot Ungarn*¹¹⁵

Spørsmålet i saken var om det forelå en krenkelse av Károly Fábérs rett til ytringsfrihet etter EMK art. 10 når han ble dømt for å ha holdt frem et Árpád-stripet flagg. Domstolen fant at dette spørsmålet, i lys av sakens omstendigheter, skulle undersøkes i samråd med EMK art. 11 om forsamlingsfrihet.

Fáber sto stille og rolig i trappene som førte til Donau-vollingen. I hånda holdt han et Árpád-stripet flagg. I nærheten pågikk en demonstrasjon som protesterte mot rasisme og hat. Donau-vollingen var stedet der jøder ble utryddet under andre verdenskrig. Bærere av Árpád-flagget blir kalt «fascister»¹¹⁶ eller «Arrow-crossers».¹¹⁷ På grunn av flaggets betydning anmodet politiet Fáber om å enten fjerne flagget eller forlate stedet. Han etterkom ikke politiets oppfordring fordi han mente flagget var et historisk symbol, og at ingen lov forbød visningen av det. Politiet ila Fáber en bot for å forårsake skade på offentlig orden fordi flagget kunne anses som støtende under de aktuelle omstendighetene. Flagget var tvetydig og forstås både som et historisk symbol så vel som et symbol på «Arrow-crossers»-regimet.¹¹⁸

EMD understreker at visningen av et symbol knyttet til en politisk bevegelse eller enhet, som for eksempel et flagg, er i stand til å uttrykke identifikasjon med ideer eller representere disse. Og videre, når ytringer fremsettes ved bruk av symboler i forbindelse med politisk tale, må det utvises ytterst forsiktighet ved anvendelsen av begrensninger, spesielt dersom symboler har flere betydninger. Dette underbygger at det er svært høy terskel for å gripe inn i politiske ytringer fremsatt gjennom tvetydige symboler, som fremkom under saken *Vajnai mot Ungarn*.

Også i denne saken kom EMD til at inngrepet var i henhold til lov og hadde et legitimt formål, men likevel ikke var nødvendig i et demokratisk samfunn. Det vises til pkt. 4.2.1 om EMDs redegjørelse av utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen. Domstolens

¹¹⁵ *Fáber mot Ungarn* [J] 2012 no. 40721/08.

¹¹⁶ Fascisme er en samlebetegnelse på politiske ideologier som legger sterkt vekt på nasjonens betydning og enhet, og inkluderer også nazisme, jf. www.snl.no/fascisme (20. november 2020).

¹¹⁷ «Arrow-crossers» var tilhengere av et fascistisk og antisemittisk parti i Ungarn fra 1935-1945. Se <https://www.alaturka.info/en/hungary/budapest/4023-monument-against-fascism-shoes-on-the-bank-of-danube> (20. november 2020).

¹¹⁸ *Fáber mot Ungarn*, premiss 6.

begrunnelse for at inngrepet ikke utgjorde et nødvendig samfunnsmessig behov følger i det videre.

Forholdsmessighetsvurderingen når ytringer som settes frem gjennom symboler i forbindelse med politisk tale, må foretas på bakgrunn av «a careful examination of the context», fordi det bare er slik man kan skille «a meaningful distinction between shocking and offensive language which is protected by Article 10 and that which forfeits its right to tolerance in a democratic society».¹¹⁹ Dette tilsier at konteksten er viktig for vurderingen av om ytringen har gått ut over det akseptable. At det må foretas «a careful examination» tolkes som at det må utvises tilbakeholdenhet ved tolkningen av konteksten. Innholdet i denne regelen fremkommer imidlertid ikke like klart som innholdet i «forsiktighetsregelen» etter norsk rett. Dette vanskeliggjør vurderingen av hvor stor gjennomslagskraft regelen får og hvordan den vil påvirke terskelen. Fordi Grunnloven § 100 skal tolkes i lys av EMK art.10 kan det imidlertid tenkes at disse anvendes noenlunde likt. Dette tilsier at EMD utviser tilbakeholdenhet med å legge vekt på det som ikke er uttrykkelig uttalt eller med rimelig stor sannsynlighet kan utledes av konteksten.

Vedrørende distinksjon presiserer EMD at alle ytringer mot myndighetene vil være tillatt, uavhengig av hvor sjokkerende og sosialt uakseptable de er, såfremt de ikke oppfordrer til vold eller avvisning av demokratiske prinsipper. Imidlertid vil ikke eksistensen av en risiko for vold være tilstrekkelig for å gripe inn i verken forsamlingsfriheten eller ytringsfriheten. Dette tilsier at terskelen ved slike politiske ytringer ikke er overtrådt før ytringen faktisk oppfordrer eller fører til vold eller avvisning av demokratiet.

Det ble påstått at symbolets betydning forårsaket skade på offentlig orden. Det avgjørende spørsmålet var derfor «whether or not the applicant's conduct represented danger for society». I denne vurderingen var «the location and the timing of the display of a symbol or of other expressions with multiple meanings» sentrale elementer.¹²⁰ Dette forstås som at EMD, fordi symbolet var tvetydig, la avgjørende vekt på konteksten symbolet var fremsatt i. Elementene tid og sted ble følgelig en sentral del av vurderingen, formodentlig fordi disse kunne belyse meningsinnholdet.

¹¹⁹ *Fáber mot Ungarn*, premiss 36 jf. *Vajnai mot Ungarn*, premiss 53.

¹²⁰ *Fáber mot Ungarn*, premiss 54 og 55.

Domstolen presiserte at valget av lokasjon for demonstrasjon mot rasisme og hat virker å være direkte relatert til målet med demonstrasjon. Fáber deltok ikke i demonstrasjonen, og kunne dermed ikke klandres for valg av verken tid og sted. Fordi Fáber ikke kunne klandres for de aktuelle omstendighetene ytringen ble fremsatt i, kunne ikke meningsinnholdet utledes på bakgrunn av disse elementene. Dette medførte at flagget måtte tolkes som en generell tilslutning til historien, og ikke som en ytring som representerte en fare for samfunnet. Denne vurderingen sier noe om terskelen for når en politisk ytring gjennom symboler anses å oppfordre til vold eller avvísning av demokratiske prinsipper og således anses å representere en fare for samfunnet.

Videre presiserer EMD at ytringer «which offend, shock or disturb» skal aksepteres under henvisning til ytringsfriheten.¹²¹ Dette forstås som at ytringsfriheten skal vektlegges tungt, særlig når noen ytrer seg politisk. Terskelen for et legitimt inngrep kan derfor sies å ligge svært høyt i disse tilfellene, men kan følgelig ikke være absolutt. På den ene siden vil et inngrep på grunn av at noen har ytret sin politiske mening vil trolig ikke være legitimt. På den andre siden er det klart at terskelen er overtrådt når ytringen oppfordrer eller fører til vold eller annen fare.

Dommen anses å underbygge slutningen som fremkommer i saken *Vajnai mot Ungarn*. Samlet sett tilsier disse dommene at det er svært høy terskel for å gripe inn i ytringsfriheten når ytringen er fremsatt i politisk sammenheng. Terskelen heves ytterligere når ytringen er fremsatt gjennom et tvetydig symbol. På denne måten ser man at EMD er tilbakeholden med å tillegge symboler et meningsinnhold som ikke er direkte uttalt, noe som vil gjøre det svært vanskelig å straffe ytringer som kun er fremstilt gjennom symboler.

4.2.3 EMDs dom 25. oktober 2019 *E.S. mot Østerrike*¹²²

Spørsmålet i saken var om den nasjonale domstolen i Østerrike hadde balansert klagers rett til å ytre seg opp mot andres rett til tankefrihet, samvittighet og religion på en måte som oppfylte konvensjonens krav til «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Som omtalt i *Vajnai mot Ungarn* har den nasjonale domstolen «*a certain margin of appreciation*» når det kommer til vurderingen av hvorvidt inngrepet utgjør et nødvendig

¹²¹ *Ibid*, premiss 34.

¹²² *E.S. mot Østerrike* [J] 2019 no. 38450/12.

samfunnsmessig behov. I dette tilfelle må vurderingen basere seg på om den nasjonale myndighetens begrunnelse for inngrepet var «*relevant and sufficient*», og om tiltaket var «*proportionate to the legitimate aims pursued*».

Klager, en kvinne omtalt som «E.S.», holdt flere seminar med tittelen «Basic information on Islam» på et utdanningsinstitutt for høyreorienterte. Disse seminarene ble annonsert utad og var således åpne for andre enn instituttets medlemmer. Noen utdrag av ytringene følger i det videre:

«[o]ne of the biggest problems we are facing today is that Muhammad is seen as the ideal man, the perfect human, the perfect Muslim. That means that the highest commandment for a male Muslim is to imitate Muhammad, to live his life. [...] he had many women, to put it like this, and liked to do it with children.» Og videre:

«[...] A 56-year-old and a six-year-old? What do you call that? Give me an example? What do we call it, if it is not paedophilia?»

Straffeloven i Østerrike forbyr nedsettelse av religiøse doktriner.¹²³ En annen bestemmelse forbyr oppfordring til hat mot utvalgte temaer som kan bringe den offentlige orden i fare eller som oppfordrer til å begå en fiendtlig handling mot en kirke eller trossamfunn. Østerrike dømte derfor E.S. i henhold til nasjonal lovgivning for å ha spredt hat, herunder fordi hun offentlig hadde ytret seg nedsettende om profeten Muhammad, Islams profet, på en måte som var egnet til å vekke berettiget sinne og/eller provokasjon. For øvrig var nasjonale myndigheters formål med inngrepet å «beskytte religiøs fred».¹²⁴

E.S. hevdet at hennes dom for å offentlig ytre seg nedsettende om religiøse doktriner krenket hennes ytringsfrihet etter EMK art. 10. Målet med seminaret var å fremme en kritisk analyse av islamsk doktrine som muliggjorde en diskusjon med deltakerne. Om innholdet i ytringene hevdet hun at uttalelsene om at Muhammad seksuelle interaksjon med barn var basert på fakta, og derfor måtte vernes av ytringsfriheten.

Om forholdsmessighetsvurderingen viser EMD til at vurderingen av det innklagede inngrepet ikke bare må tolkes i lys av «*the meaning of the impugned statement*», men også «*the*

¹²³ En «religiøs doktrine» er en grunnleggende teori eller lære innenfor religionen som sier noe om hvordan noen bør handle eller hvordan noe bør være, jf. www.snl.no/doktrine (22. november 2020).

¹²⁴ E.S. mot Østerrike, premiss 37.

context». Videre er «*the nature and severity of the penalty imposed*» også en faktor som skal tas i betraktning.¹²⁵ EMD må med andre ord tolke meningsinnholdet i ytringen i lys av konteksten den ble fremsatt i, i tillegg til at arten og alvorligheten av straffen vil være av betydning for om inngrepet var forholdsmessig eller utgjorde en krenkelse av E.S.' rett til å ytre seg.

EMD tolket ytringens meningsinnhold i lys av konteksten, og sluttet seg til den nasjonale domstolens konklusjon. Dette fordi ytringene subjektivt hadde merket Muhammad med en generell seksuell preferanse for pedofili, uten å informere om den historiske bakgrunnen, og uten at publikum hadde fått en objektiv mulighet til å bidra til en debatt av offentlig interesse. På grunn av dette kunne ytringene vekke berettiget sinne og provokasjon, som var i stand til å rokke ved den religiøse freden. Domstolen understreket at religiøse grupper må tåle andres fornektelse av deres religiøse tro og til og med andres propaganda av doktriner som er fiendtlige mot deres tro, så lenge uttalelsene ikke dreier seg om hat eller intoleranse.

E.S. kunne ikke dokumentere at uttalelsene var basert på fakta. Når hun beskrev seg selv som en ekspert på området, var den nasjonale domstolen av den oppfatning at hun må ha vært klar over at uttalelsen om Muhammads seksuelle interaksjon med barn delvis var basert på usanne fakta, og kunne dermed vekke berettiget harme hos andre all den tid seminaret var åpent for andre enn likesinnede. Uttalelser som baserer seg på åpenbare usanne fakta nyter ikke beskyttelse etter bestemmelsen. Videre presiserer EMD at det ikke er forenelig med det vernet som følger av EMK art. 10 å pakke inkriminerende uttalelser i innpakningen av et ellers akseptabelt meningsuttrykk og utlede at dette ville gjøre uttalelser, som i utgangspunktet overstiger de tillatte grensen for ytringsfrihet, akseptable.¹²⁶ Domstolen fant at inngrepet var nødvendig i et demokratisk samfunn og således ikke utgjorde en krenkelse av ytringsfriheten.

Fra dommen utledes det først og fremst at konteksten ytringen er fremsatt i kan få stor betydning for hvorvidt det er adgang til å gripe inn i ytringsfriheten. I dette aktuelle tilfellet fikk det stor betydning for uttalelsens skadepotensiale at den ble fremsatt for offentligheten, ikke bare for likesinnede. Dette ble videre forsterket av at ytringen rettet seg mot muslimer som en gruppe mennesker, selv om den kunne gi inntrykk av å rette seg mot religionen Islam. Når det heller ikke ble lagt til rette for at forsamlingen kunne komme med motargumenter, så

¹²⁵ Ibid, premiss 49.

¹²⁶ *E.S. mot Østerrike*, premiss 55.

tilsa konteksten at det var adgang til å gripe inn i ytringsfriheten. Ved siden av konteksten ble det lagt vekt på at uttalelsen baserte seg på usanne fakta fra en ekspert på området.

Det er uklart om elementene hver for seg kan legitimere et inngrep i ytringsfriheten. Imidlertid fremstår det som klart at terskelen ligger lavere når uttalelsen retter seg mot en religiøs gruppe i motsetning til ytringer rettet mot myndighetene eller en religion som sådan.

At konteksten i større grad aksepteres som tolkningsfaktor av eksplisitte ytringer kan få stor betydning for adgangen til å gripe inn i ytringer som fremsettes gjennom symboler. Symboler er ytringer på lik linje med eksplisitte ytringer. Disse ytringene er imidlertid indirekte uttrykk, og det kan derfor være større behov for tolkning for å komme frem til ytringens meningsinnhold. Konteksten ytringen er satt frem i blir derfor en sentral faktor. Når det i større grad åpnes for å tolke ytringer i lys av konteksten tilsier dette en større mulighet for å gripe inn i krenkende ytringer gjennom symboler.

4.2.4 EMDs avvisningssak 16. november 2004 *Norwood v. Storbritannia*¹²⁷

Dette er en avvisningssak fra EMD hvor klager påsto brudd på hans rett til ytringsfrihet etter EMK art. 10. Saken ble avvist fordi handlingen ble rammet av EMK art. 17 om forbud mot misbruk av rettigheter. EMD viste til at hensikten med artikkel 17 er å forhindre enkeltpersoner eller grupper med totalitære mål fra å utnytte prinsippene som er angitt i konvensjon til deres egen interesse. Domstolen viser til tidligere avgjørelser om at ytringsfriheten etter artikkel 10 ikke kan påberopes i strid med artikkel 17, jf. blant annet EMDs dom 2. september 2004 *W.P. mfl. Mot Polen*.¹²⁸

At dette er en avvisningsavgjørelse får i utgangspunktet betydning for hvor tung vekt den kan tillegges. Saken ble imidlertid avsagt i kammer av totalt syv dommere, og må derfor kunne få stor betydning.¹²⁹ Dette underbygges av at Høyesterett i Rt. 2006 s. 1409 avsnitt 53 uttalte at det ikke er noe grunn «[t]il å tillegge avgjørelser om avvisning mindre vekt enn dommer når de er avsagt av syv dommere». Denne saken illustrerer en kombinasjon av ytringer gjennom bruk av symboler og tekst.

¹²⁷ *Norwood mot Storbritannia* [J] 2004 no. 23131/03.

¹²⁸ *W.P. mfl. Mot Polen* [J] 2019 no. 42264/92.

¹²⁹ Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* (Oslo 2010) s. 28-31.

I den aktuelle saken var klageren, Mark Norwood, medlem av the British National Party (heretter BNP), et høyreekstremt politisk parti. I to måneder hadde han utstilt en stor plakate i vinduet på leiligheten hans som lå i første etasje. Plakaten var levert av BNP. På plakaten var tvillingtårnene avbildet i flammer, med ordene «Islam out of Britain – Protect the British People», og et symbol på en halvmåne og stjerne i et forbudstegn. EMD kom til at ordene og bildene på plakaten utgjorde et offentlig angrep på alle muslimer i Storbritannia, og at et slikt generelt, voldsomt angrep mot en religiøs gruppe, som knytter hele gruppen til en alvorlig terrorhandling, ikke var forenelig med verdiene som konvensjon søker å beskytte. EMD uttalte at enhver uttalelse om rasemessig eller religiøs diskriminering rammes av artikkel 17, og dermed faller utenfor det artikkel 10 tar sikte på å verne.

Avgjørelsen gir ingen klare holdepunkter for at symboler alene kan falle utenfor det artikkel 10 tar sikte på å verne. Det kan imidlertid utledes at symboler og tekst i kombinasjon kan gi en såpass klar kontekst at det er rettmessig å gripe inn i ytringsfriheten. I dette tilfellet utgjorde konteksten et tydelig budskap om at muslimer var å klandre for terroren mot tvillingtårnene, og at Storbritannia var utrygg på grunn av muslimene. Å knytte en hel menneskegruppe til terrorhandlinger fremstår som et klart brudd på ytringsfriheten.

I de fire nevnte dommene skilles det mellom ytringer rettet mot en hel menneskegruppe og ytringer rettet mot politikk, statsstyret eller en religion. Av dette kan det utledes en klar regel om at ytringer rettet mot sistnevnte som hovedregel vernes av konvensjon, mens ytringer rettet mot enkeltpersoner eller en gruppe mennesker gis mindre vern. Begrunnelsen for dette er følgelig at ytringsfriheten er en grunnleggende forutsetning for demokratiet, mens ytringer rettet mot enkeltpersoner eller en gruppe mennesker ofte er egnet til å skape ulikheter og uroligheter i samfunnet.

4.3 FNs rasediskrimineringskomité

Etter FNs rasediskrimineringskonvensjon er Norge forpliktet til å forby all rasediskriminering. Forpliktelsen er gjennomført i straffeloven § 185. Komiteen for eliminering av rasediskriminering¹³⁰ (CERD) overvåker avtalepartenes gjennomføring av konvensjonen, og utøver også en kontrollfunksjon hvor den behandler klager i tillegg til å

¹³⁰ The Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

publisere sin tolkning av innholdet i menneskerettsbestemmelser. Sistnevnte er kjent som Komiteens generelle anbefalinger.

CERD har ikke kompetanse til å komme med bindende uttalelser.¹³¹ Det er likevel klart at komiteens praksis og generelle anbefalinger har stor moralsk og politisk kraft.¹³² Alle uttalelser fra komiteen er derfor en viktig rettskilde ved tolkningen av straffeloven § 185.

4.3.1 *General Recommendation No. 15 (1993): Organized violence based on ethnic origin (Art. 4)*

Stater som vedtar rasediskrimineringskonvensjon er forpliktet etter artikkel 4 til å straffe «[f]ormidling av alle ideer basert på rasemessig overlegenhet eller hat, tilskyndelse til rasehat, voldshandlinger mot enhver rase eller gruppe personer med annen farge eller etnisk opprinnelse og tilskyndelse til slike handlinger.»¹³³ Forpliktelsen gir inntrykk av at det gjelder et absolutt forbud mot rasediskriminering. Denne generelle anbefalingen sier noe om rekkevidden av forpliktelsen.

Komiteen viser til at menings- og ytringsfriheten er nedfelt i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter art. 19.¹³⁴ Verdenserklæringen er det viktigste grunndokumentet i det internasjonale arbeidet for menneskerettigheter, og er relevant fordi medlemsstatene har tatt inn bestemmelsene fra Verdenserklæringen gjennom andre konvensjoner, som for eksempel gjennom Den europeiske menneskerettskonvensjon. Anbefalingen sier derfor noe om rekkevidden av ytringsfriheten etter EMK art. 10.

Om rekkevidden viser Komiteen til at ytringsfriheten er begrenset etter Verdenserklæringen art. 29 andre ledd, hvor den som utøver rettigheten eller friheten pålegges «spesielle plikter og ansvar» for andres rettigheter og friheter. Denne begrensningen følger også av EMK art. 10 nr. 2. Som følge av denne begrensningen i ytringsfriheten uttrykker Komiteen at forbudet mot formidling av ideer basert på rasemessig overlegenhet eller hat, tilskyndelse til rasehat, voldshandlinger m.m. er forenlig med menings- og ytringsfriheten.

¹³¹ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) pkt. 8.1.1 s. 52.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Se URL for konvensjonens artikler:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/rasediskrimineringskonvensjonen.pdf> (27. november 2020).

¹³⁴ Alle land som er medlem av FN har sluttet seg til FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter, jf. <https://www.fn.no/om-fn/avtaler/menneskerettigheter/fns-verdenserklæring-om-menneskerettigheter> (27. november 2020).

Denne anbefalingen tolkes slik at konvensjonsstatene i utgangspunktet er forpliktet til å forby alle ideer, tilskyndelse og ytringer som er basert på rasemessig overlegenhet eller hat. Det fremkommer ikke noe konkret om hvordan straffeloven § 185 skal forstås eller hvordan den skal balanseres mot ytringsfriheten. Anbefalingen tolkes imidlertid slik at det i alle tilfeller må være høy terskel for å akseptere rasemessige ytringer med diskriminerende eller hatefullt innhold, og at straffeloven § 185 derfor må tolkes strengt. Dette må følgelig også gjelde når ytringen settes frem gjennom bruk av symboler.

I det følgende presenteres et tilfelle hvor CERD har vurdert en dom fra Høyesterett. Denne vurderingen har vist seg å få stor betydning for hvordan straffeloven § 185 skal tolkes i dag.

4.3.2 *Jewish Community of Oslo and others v. Norway, CERD/C/67/D/30/2003*

Nynazistgruppen Boot Boys demonstrerte ulovlig i Askim, som et svar på en motdemonstrasjon i Oslo. Lederen av gruppen fremsatte nedsettende uttalelser om innvandrere og jøder under en tale. Et utdrag av uttalelsene lyder som følger:

«Hver dag raner, voldtar og dreper innvandrere nordmenn, hver dag blir vårt folk og land plyndret og ødelagt av jødene som suger vårt land tomt for rikdom og erstatter det med umoral og unorske tanker.»

I samme tale ga han uttrykk for at gruppen var samlet for å følge Rudolf Hess og Adolf Hitlers fotspor ved å kjempe for at «et Norge bygger på nasjonalsosialismen». Gruppen var iført mørk bekledning, flere av deltakerne var maskert og talen ble avsluttet med gjentatte «Sieg Heil».¹³⁵ Høyesterett kom til at ytringene var vernet av ytringsfriheten.¹³⁶

Norge ble innklaget av De mosaiske trossamfunn i Oslo og Trondheim, Antirasistisk senter og deres ledere. Klagerne påstår at Høyesteretts dom representerer et brudd på deres krav på beskyttelse mot formidling av ideer om rasediskriminering og hat, samt oppfordring til slike handlinger.

Klager anfører at straff for alle fire kategorier av rasediskriminering som er nevnt i artikkel 4 er forenelig med ethvert internasjonalt prinsipp om ytringsfrihet. Komiteen fant at de

¹³⁵ «Sieg Heil» var den offisielle nazihilsen i Tyskland når landet ble regjert av Adolf Hitler. I Norge omtales denne hilsen som «Hitler-hilsen», som utføres med strak høyre arm til øynehøyde. En «Hitler-hilsen» symboliserer troskap til Hitler og nasjonalsosialismen, jf. www.snl.no/Sieg_Heil (24. november 2020).

¹³⁶ Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys-dommen).

uttalelsene som ble fremsatt inneholdt ideer basert på raseoverlegenhet eller hat, og at aktelsen for Hitler og hans prinsipper måtte ses på som at Boot Boys oppfordret til rasediskriminering, og derfor representerte et brudd på konvensjonens artikkel 4 og 6. Begrunnelsen følger i det videre.

Komiteen bemerker innledningsvis at den har tatt høyde for at saken er behandlet i Høyesterett og at nasjonalstaten følgelig har en «margin of appreciation». Komiteen kom likevel til at tolkningen av artikkel 4 i konvensjon må gjenspeile komiteens generelle anbefaling i GC-1993-15-CERD, som redegjort for i pkt. 4.3.1.

Problemstillingen i denne aktuelle saken er om ytringene fra Sølje, lederen av Boot Boys-gruppen, faller inn under en av kategoriene som er angitt i artikkel 4, og hvis ja, om de likevel beskyttes av «due regard»-klausulen.¹³⁷ I relasjon til talens karakter deler ikke komiteen Høyesterett sitt syn. Komiteen bemerker at innholdet i talen er «objectively absurd», men at «the lack of logic of particular remarks is not relevant to the assessment of whether or not they violate article 4». Når Sølje uttaler det ovennevnte, deretter viser til Rudolf Hess, Adolf Hitler og deres prinsipper og avslutningsvis uttaler at Boot Boys-gruppen vil følge deres fotspor og kjempe for det de tror på, så anser komiteen disse uttalelsene for å inneholde ideer basert på rasemessig overlegenhet eller hat. Som et minimum måtte i hvert fall uttalelsene om at gruppen skal følge de nevntes fotspor betraktes som en oppfordring til rasediskriminering, om ikke til vold.

I vurderingen av om disse uttalelsene er beskyttet av «due regard»-klausulen bemerker Komiteen at prinsippet om ytringsfrihet har blitt gitt et lavere beskyttelsesnivå når ytringene består av rasistiske og hatefulle ytringer behandlet av internasjonale organer. De viser deretter til sin generelle anbefaling som omtalt over, og understreker tydelig at forbudet mot alle ideer basert på rasemessig overlegenhet eller hat er forenelig med ytringsfriheten. Komiteen kommer derfor til at uttalelsene ikke er beskyttet av «due regard»-klausulen, og finner at Søljes frifinnelse i Høyesterett utgjorde et brudd på konvensjonens artikkel 4 og 6.

Komiteen gir klart uttrykk for at balansen mellom ytringsfrihet og vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer, slik den fremkommer i Boot Boys-dommen, ikke er i tråd med Norges

¹³⁷ En «due regard»-klausul forstås slik at forbudet mot rasediskriminerende ytringer må avveies med hensyn til øvrige konvensjonsprinsipper. I dette tilfellet var spørsmålet om de rasistiske ytringene likevel beskyttes av prinsippet om ytringsfrihet.

internasjonale forpliktelser. Dette fordi Norge i henhold til konvensjonens artikkel 4 er folkerettslig forpliktet til å forby alle former for rasediskriminering. Uttalelser fra Komiteen tilsier at alle ytringer av rasemessig karakter ikke skal ha vern etter ytringsfriheten, som må bety at terskelen for å straffe slike ytringer er satt for høyt av Høyesterett i Boot Boys-dommen. Det utledes dermed at terskelen for å straffe alle typer ytringer etter straffeloven § 185 må være betydelig mye lavere enn det som var fastsatt av Høyesterett. Denne tolkningen får følgelig direkte betydning for ytringer gjennom bruk av symboler all den tid symboler anses å være en ytring etter straffeloven § 185. Etter denne dommen ble det gitt tydelige signaler fra lovgiver om at minoritetsvern skal sikres i større grad.¹³⁸

4.4 Norske domstoler om balanseforholdet mellom ytringsfriheten og diskriminerende eller hatefulle ytringer

Høyesterett har behandlet en rekke dommer om grensedragningen mellom ytringsfrihet og diskriminerende eller hatefulle ytringer. Også i nyere tid er spørsmålet behandlet i flere dommer. Det er imidlertid ingen av de nyeste dommene fra Høyesterett som behandler spørsmålet om ytringer gjennom bruk av symboler.

Sist gang Høyesterett behandlet en slik sak var den omtalte Boot Boys-dommen fra 2002, hvor eksplisitte ytringer var fremsatt i en kontekst med symboler. Dommen har vært gjenstand for kritikk, og representerer ikke lengre gjeldende rett.¹³⁹ Til tross for dette er dommen likevel sentral for å forstå nyere rettspraksis og belyse terskelen for å straffe ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler. Boot Boys-saken ble først behandlet i Høyesterett, før den ble klaget inn for Menneskerettskomiteen. Komiteen kom til at terskelen for å straffe rasediskriminerende ytringer var satt for høyt, noe som har medført endring i den norske rettsanvendelsen. Dette kommer til syne i den øvrige praksisen fra Norske domstoler.

Boot Boys-dommen benyttes for å illustrere hva som er for stor gjennomslagskraft for ytringsfriheten i forhold til vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer. Den belyser således en terskel som «ligger for høyt» i forhold til gjeldende rett. I kombinasjon med øvrig utvalgt praksis samt uttalelser og avgjørelser vil dommen bidra til å gi en indikasjon på hvor terskelen skal gå, de lege lata.

¹³⁸ Innst. S. nr. 270 (2003-2004) *Om endring av Grunnloven § 100*, kap. 4.5, s. 20-23.

¹³⁹ [https://www.nrk.no/osloqviken/fn-refser-sjolie-dommen -dorum-vurderer-tiltak-1.341589](https://www.nrk.no/osloqviken/fn-refser-sjolie-dommen-dorum-vurderer-tiltak-1.341589) (13. desember 2020).

Alle de øvrige dommene fra de norske domstolene er avsagt etter 2018, og gir følgelig et klarere bilde av gjeldende rett.

4.4.1 Rt. 2002 s. 1618 (*Boot Boys-dommen*)

Boot Boys-dommen er saken fra Høyesterett som ble klaget inn og behandlet av FNs rasediskrimineringskomité under navnet *Jewish Community of Oslo and others v. Norway*, som redegjort for under pkt. 4.4.2. Komiteen kom til at det forelå brudd på artikkel 4 og 6.

Innledningsvis legger Høyesterett uten videre til grunn at straffeloven (1902) § 135 a anvendes med de begrensninger som følger av Grunnloven § 100. Utgangspunktet for tolkningen av meningsinnholdet i ytringen er «hvordan den alminnelige leser eller tilhører vil oppfatte utsagnet». I dette tilfellet bestod ytringen av en kort, muntlig appell, og tilhørernes umiddelbare forståelse av det som blir sagt måtte derfor være sentralt. Retten anså det ikke tvilsomt at uttalelsen må tolkes i lys av de ytre omstendigheter den fremsettes under, men reiser spørsmål om i hvilken grad man ut fra sammenhengen kan innfortolke et meningsinnhold som ikke direkte er uttalt, uten å krenke legalitetsprinsippet og uskyldspresumsjon.

På grunn av rettssikkerhetshensyn, og da særlig hensynet til forutberegnelighet, kommer retten til at det må utvises forsiktighet med utvidende tolkning. Dette gjelder særlig i de sammenhenger hvor man risikerer straffeansvar fordi utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt, og heller ikke med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen.

Når Høyesterett kommer til at «forsiktighetsregelen» skal tillegges så stor vekt, får det følgelig betydning for meningsinnholdet i talen. Sølje bar selv ikke maske, men utførte en «Hitler hilsen» etter talen. Gruppens øvrige medlemmer var iført ensartet mørk bekledning, noen var iført masker og samtlige gjorde «Hitler-hilsen». Det må være plausibelt å anta at retten hadde kommet til et annet meningsinnhold dersom de ytre omstendighetene ble tatt i betraktning. Dette fordi den alminnelige tilhørerens umiddelbare forståelse av appellen ikke utelukkende knytter seg til den eksplisitte ytringen.

I den konkrete vurderingen kommer Høyesterett til at lederens utsagn, som sitert i pkt. 4.4.2, fremstår som en sjablong, og ikke kaster lys over appellens meningsinnhold ut over å være en generell tilslutning til nasjonalsosialistisk ideologi. Videre, når det uttales at «Norge bygget på Nasjonalsosialismen», ser domstolen denne ytringen i sammenheng med at Boot Boys-

gruppen demonstrerte mot «kommunister og jøde-elskere som var mot ytringsfrihet og den hvite rase». Av dette så retten ytringen som et svar på en referanse fremsatt av andre demonstranter. Også denne uttalelsen måtte derfor anses som en ideologisk tilslutning til nazismen. Retten presiserte at tilslutning til nazistisk ideologi i sin alminnelighet ikke uten videre antas å omfatte aksept av masseutryddelse eller andre systematiske voldshandlinger, og at det bør utvises forsiktighet med å trekke slike slutninger inn i en straffesak om ytringer. Dette resonnementet ble lagt til grunn.

Retten mente videre at utsagnet om at «Hver dag raner, voldtar og dreper innvandrere nordmenn [...]» retter seg mot mørkhudede innvandrere. Som følge av at det ikke eksplisitt uttales mer enn dette, så kan ikke ytringen tolkes slik at den gir oppfordring eller tilslutning til konkrete tiltak mot slike innvandrere, og heller ikke tiltak som karakteriseres som integritetskrenkelser. Talen måtte derfor vernes av ytringsfriheten. Et viktig argument for dette var ytringene ble fremsatt som ledd i en samfunnsdebatt. Terskelen for inngrep heves i slike tilfeller. I dag er det klart at appellen ikke kun er å anse som en tilslutning til nazismen, men også må anses å være rasediskriminerende. De to forestående avsnittene illustrerer at «forsiktighetsregelen» har vært tillagt for stor vekt i norsk rett. Dette medførte at terskelen for å straffe rasediskriminerende ytringer ble satt for høyt i henhold til Norges folkerettslige forpliktelser.

Dette er en av de mest omtalte sakene hvor Høyesterett behandler spørsmålet om balansen mellom ytringsfriheten og diskriminerende eller hatefulle ytringer. Avgjørende for at ytringene ikke ble ansett for å være straffbar antas å være at ytringene isolert ikke var kvalifisert krenkende fordi de ikke direkte oppfordret til vold.¹⁴⁰ Høyesterett tolket ytringene isolert, uten at konteksten ble tillagt vekt, noe som medførte en alt for høy terskel for å håndheve ytringer som egentlig var av krenkende art. Det kan ikke være tvilsomt at dette er å strekke «forsiktighetsregelen» for langt. Dommen forstås som at Høyesterett var villig til å la de fleste uttalelser gå klar av ytringsfriheten såfremt de ikke eksplisitt kunne anses å være av rasediskriminerende karakter. Dette illustrerer hvor stor betydning konteksten kan ha for tolkningen av meningsinnholdet. Dersom det ikke er anledning til å straffe eksplisitte ytringer

¹⁴⁰ Aall (Oslo 2018) s. 302.

som fremsettes i kombinasjon med en symboltung kontekst, så er det vanskelig å si hvor terskelen for straff faktisk går.

4.4.2 HR-2018-674-A (Krangel-dommen)

Dommen illustrerer hvordan Høyesterett tolker straffeloven § 185 i lys av Grunnloven § 100 og EMK art. 10, og hvordan ytringsfriheten skal vektes når ytringen åpenbart ikke ligger i kjerneområde for hva ytringsfriheten tar sikte på å verne.

I saken dyttet tiltalte den fornærmede, noe som resulterte i at fornærmede kastet en bakt potet i hodet på tiltalte. Det oppstod en krangel, og i andres nærvær skrek tiltalte mot fornærmede, gjentatte ganger, følgende: «Jævla neger. Jeg skal pule mora di». Fornærmede er fra Somalia.

Høyesterett tok stilling til om den gjentatte ytringen av «jævla neger» i lys av omstendighetene rammes av forbudet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer etter straffeloven (1902) § 135 a. For ordens skyld gjentas det at straffeloven (1902) § 135 a ikke er innholdsmessig forskjellig fra straffeloven (2005) § 185.

Høyesterett slår raskt fast at ytringen må tolkes før domstolen kan ta stilling til eventuell straffbarhet. Avgjørende for tolkningen er hvordan den alminnelige tilhører vil oppfatte utsagnet fra den sammenhengen den ble fremsatt i. Ved korte, muntlige uttalelser som dette, legges det til grunn at den umiddelbare forståelsen vil være det sentrale for å fastlegge ytringens meningsinnhold. Retten presiserer at «forsiktighetsregelen» gjelder som en rettslig skranke, og at ingen ytringer skal tillegges meninger som ikke uttrykkelig er uttalt, med mindre et slikt innhold med rimelig stor grad av sikkerhet kan utledes av sammenhengen.

Retten bemerker videre at straffeloven § 185 skal tolkes innskrenkende i lys av Grunnloven § 100 og EMK art. 10, og viser til at ytringsfrihetens kjerneområde er det frie ordskifte. På den andre siden av kjerneområdet står ytringer fremsatt i ren sjikanehensikt. Særlig aktuelt for denne avhandlingen er Høyesteretts bemerkning om at ikke alle ytringer fremsatt i rene sjikane-tilfeller kan straffes. Dette tolkes som at det må sondres mellom negative uttalelser på den ene siden og diskriminerende eller hatefulle ytringer på den andre siden, hvor negative uttalelser går klar av ytringsfriheten. Dette tilsier at en ytring ikke umiddelbart skal medføre straffansvar når den er rettet mot en utsatt menneskegruppe. Terskelen må ligge høyere enn en negativ kommentar.

I dette konkrete tilfellet var det en krangel mellom tiltalte og fornærmede. En gjensidig krangel kunne ikke være utslagsgivende all den tid en frikjennelse ville signalisere at fremsettelse av sjikanøse ytringer er akseptabelt dersom de fremsettes i en krangel. Retten bemerker imidlertid at når ytringene er foranlediget av en krangel så vil terskelen for at en ytring er kvalifisert krenkende være høyere, men understreker at også de som deltar i en krangel må være beskyttet av menneskerettighetene.

Denne dommen representerer et grensetilfelle for når diskriminerende eller hatefulle ytringer er straffbart. Retten har lagt til grunn at når ytringene er korte og muntlige, så vil den umiddelbare forståelsen av ytringen være avgjørende i klarleggingen av dens faktiske meningsinnhold. Den umiddelbare forståelsen vil følgelig påvirkes av omstendighetene og konteksten ytringen er fremsatt i, noe som tilsier at konteksten må tillegges vekt når meningsinnholdet skal tolkes. Når Høyesterett kom til at ytringen rammes av forbudet i strl. (1902) § 135 a var dette fordi utsagnet «jævla neger» ble fremsatt gjentatte ganger, og dermed ikke representerte en spontan reaksjon eller lignende. Ytringen appellerte til fornærmedes hudfarge og dermed etnisitet, og var heller ikke særlig tvetydig.

Høyesterett vurderer ikke eksplisitt om ytringen er kvalifisert krenkende, men bemerker at ytringen faller innenfor ordlyden «forhåne» og «fremme ringakt». Basert på dette må det være forsvarlig å legge til grunn at Høyesterett mener at sjikanøse ytringer, som rammes av lovens alternativer, anses for å være kvalifisert krenkende. Dommen illustrerer at terskelen for å straffes for sjikanøse ytringer er lav, og at selv korte ytringer fremsatt i sinne har potensiale til å være straffbar. Det samme må gjelde når slike ytringer fremsettes gjennom bruk av symboler.

4.4.3 HR-2020-184-A

Den 29. januar 2020 ble det avsagt to dommer hvor Høyesterett balanserer ytringsfriheten mot diskriminerende eller hatefulle ytringer fremsatt på Facebook. HR-2020-184-A er den første av disse to, men begge representerer en fersk konkretisering av gjeldende rett på dette området. Dommene vil dermed være høyaktuell når terskelen for straffbare ytringer som uttrykkes gjennom symboler skal belyses. Den andre dommen, HR-2020-185-A er behandlet

sammen med HR-2020-184-A.¹⁴¹ For å begrense avhandlingens omfang behandles kun den sistnevnte.

I denne saken ble det postet et innlegg i Facebook-gruppen «Vi som støtter Sylvi Listhaug». Gruppen besto av 20.000 medlemmer. Innlegget henviste til en artikkel som omhandlet Sumaya Jirde Ali, en aktiv samfunnsdebattant fra Somalia.¹⁴² Tiltalte hadde i kommentarfeltet til innlegget ytret seg på følgende måte om Jirde Ali (fornærmede): «Fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korrupte kakkelakk». Spørsmålet for Høyesterett var om den nevnte ytringen er straffbar etter straffeloven § 185.

Høyesterett understreker at når den straffbare handlingen består i å fremsette en «diskriminerende eller hatefull ytring» må det trekkes et skille mellom kritiske ytringer om et *emne*, enten dette er av politisk, kulturell, religiøs eller annen art, og de ytringer som angriper en eller flere *personer*. Dette er fordi ytringer av for eksempel politisk art ikke retter seg mot «noen», og således ikke kan straffes etter straffeloven § 185.¹⁴³ Om dette skillet viser retten til uttalelser hvor Islam som religion anses som en ytring om et emne, mens uttalelser som mer direkte angriper islamske innvandrere kan være et angrep på en eller flere personer.¹⁴⁴

Ytringsfriheten tar sikte på å verne ytringer om et emne, og personangrep nyter derfor et beskjedent vern. Det er imidlertid klart at det også utenfor ytringsfrihetens kjerneområde gjelder en «relativt rommelig margin for smakløse ytringer».¹⁴⁵ På grunn av dette må retten tolke ytringen.

Ved *tolkningen* er det avgjørende hvordan «den alminnelige leser vil oppfatte utsagnet ut fra den sammenheng den er fremsatt i».¹⁴⁶ Av dette kan det utledes at *konteksten* ytringen er fremsatt i er viktig når meningsinnholdet skal fastlegges, men også at det ikke er mottakers subjektive opplevelse som avgjør om en ytring er diskriminerende eller hatefull.

Retten slår fast at en ytring må være *kvalifisert krenkende* for at den skal overstige terskelen i straffeloven § 185. Eksempler på kvalifisert krenkende ytringer vil være de som «oppfordrer

¹⁴¹ HR-2020-185-A avsnitt 15.

¹⁴² <https://www.nrk.no/nordland/71-arang-slipper-a-sone-for-a-ha-skrevet-korrupte-kakerlakk-om-sumaya-jirde-ali-1.14883322> (24. november 2020).

¹⁴³ Se redegjørelsen for dette straffbarhetsvilkåret under pkt. 3.4.2.

¹⁴⁴ HR-2020-184-A avsnitt 24 og 25 jf. Rt. 1981 s. 1305 s. 1314.

¹⁴⁵ HR-2020-184-A avsnitt 28.

¹⁴⁶ *Ibid*, avsnitt 30.

eller gir tilslutning til integritetskrenkelses» og de som innebærer en «grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd». ¹⁴⁷ Forutsetningen er følgelig at krenkelsen er fremsatt på grunn av et av alternativene i § 185 bokstav a til d.

Høyesterett mente at «fandens svarte avkom» var direkte rettet mot fornærmedes hudfarge, og at en alminnelig leser klart oppfattet ytringen som en svært grov krenkelse og en betydelig nedvurdering av hennes menneskeverd. For retten var det klart at tiltaltes ytring rettet seg mot fornærmede som person. Retten mente videre at «din korrupte kakkelakk» ga assosiasjoner til skadedyr, men la likevel til grunn at det ikke var grunnlag for å antyde at tiltalte mente Jirde Ali burde utryddes eller lignende. Slik ser man at Høyesterett anvender «forsiktighetsregelen». Når det ikke ble uttrykkelig uttalt eller med rimelig stor sannsynlighet kunne utledes at tiltalte mener fornærmede er et skadedyr som bør utryddes, utviste Høyesterett tilbakeholdenhet med å legge denne tolkningen grunn.

Tiltalte var ikke var alene om å fremsette krenkende ytringer mot fornærmede. Retten kom til at tiltalte ikke kunne sies å gi en tilslutning til andres uttalelser ved å kommentere, men kom til at de øvrige kommentarene var egnet til å styrke forståelsen av de ordene hun selv valgte å bruke. Også dette illustrerer at domstolen er tilbakeholden med å tillegge konteksten betydning når et potensielt meningsinnhold ikke er uttrykkelig uttalt eller med stor sannsynlighet kan utledes. I sum kom Høyesterett til at ytringen var rettet mot fornærmede som person, var kvalifisert krenkende og således straffbar etter straffeloven § 185.

Denne saken illustrerer at Høyesterett tar avstand fra rettsanvendelsen i *Boot Boys*-dommen. I denne saken er domstolen i langt større grad åpen for å ta i betraktning konteksten ytringen ble fremsatt i. Samtidig er de åpenbart tilbakeholden med å ilegge konteksten et meningsinnhold som ikke eksplisitt eller åpenbart fremkommer. For symboler vil dette medføre en høyere terskel for adgangen til å ilegge straff, da deres meningsinnhold i stor grad avhenger av konteksten de er fremsatt i.

¹⁴⁷ *Ibid*, avsnitt 27.

4.4.4 HR-2020-2133-A (Potetbaker-dommen)

Den 5. november 2020 avsa Høyesterett en dom som belyser den nedre terskelen for når en eksplisitt ytring er straffbar. Dommen har ingen befestede populærnavn, men omtales i det videre som «Potetbaker-dommen».

Saken handler om en kvinne som, helt uoppfordret, i køen utenfor gatekjøkkenet Potetbaker'n, ytret seg mot en ung mann med afrikansk opprinnelse. Et utvalg av ytringene lyder som følger: «Kom deg tilbake til Afrika der du kommer fra, din jævla utlending», og «Sånne som deg kan dra hjem til Afrika igjen». Spørsmålet for Høyesterett var om kvinnens ytringer kunne straffes etter straffeloven § 185.

Retten legger til grunn at vilkåret om at ytringen må «true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen» angir terskelen for hvilke ytringer som er diskriminerende eller hatefull.¹⁴⁸ Vurderingen av hvorvidt terskelen er overskredet må bero på en *tolkning* av ytringen(e), med det formål å fastlegge meningsinnholdet. Prinsippene som skal anvendes i vurderingen er de samme som fremkommer i Krangel-dommen og HR-2020-184-A.

Vedrørende terskelen for hva som regnes som *kvalifisert krenkende* ytringer viser Høyesterett til en rekke forarbeider som indikerer at tidligere rettspraksis har lagt terskelen noe høyt, og at det i stor utstrekning må foretas en nærmere vurdering av den konkrete ytringens forhold til ytringsfriheten. I denne forbindelse vises det til skillet mellom kritiske ytringer om et *emne*, enten dette er av politisk, kulturell, religiøs eller annen art, og ytringer som angriper en eller flere *personer* som redegjort for i HR-2020-184-A avsnitt 24. Sistnevnte faller utenfor ytringsfrihetens kjerneområde, noe som innebærer at det er en lavere terskel for at slike ytringer kan straffes. Høyesterett bemerker imidlertid at også disse må være *kvalifisert krenkende*, slik at ikke enhver negativ uttalelse gir grunnlag for straff.

Høyesterett kom til at ytringene ikke hadde noen direkte relevans til fornærmedes hudfarge. Likevel, siden ytringene ble tolket i den konteksten de ble fremsatt i, ble de samlet sett vurdert å ha nær sammenheng med fornærmedes etniske opprinnelse. Dette tolkes som at retten

¹⁴⁸ HR-2020-2133-A avsnitt 22.

mente det var «rimelig stor sikkerhet» for at ytringene var foranlediget av fornærmedes hudfarge, hvilket medførte at «forsiktighetsregelen» måtte vike for konteksten.

I denne saken understreker Høyesterett at enkeltstående utsagn ikke kan tolkes isolert, og må vurderes i den konteksten eller sammenhengen de er fremsatt i. Etter denne uttalelsen må det presumeres at kontekstens betydning for tolkningen av meningsinnholdet heves betraktelig. I motsetning til *Boot Boys-dommen*, hvor konteksten ble tilsidesatt, fremstår det nå som en plikt å vurdere ytringen i lys av konteksten den er fremsatt i. Siden tolkningen av symbolers meningsinnhold er så avhengig av konteksten det er fremsatt i, vil kontekstens forhøyende betydning følgelig senke terskelen for å straffe slike ytringer. Det er likevel klart at dette løftet av kontekstens viktighet ikke kan tilsidesette «forsiktighetsregelen» i sin helhet.

4.4.5 LA-2019-152301

Saken illustrerer at avhandlingens problemstilling er aktuell. Dommen falt 29. juni 2020 i Agder lagmannsrett. Det vises redegjørelsen for underinstansens rettskildemessige verdi i pkt. 1.3.

Saken gjaldt tre tiltalte som hadde hengt opp hakekorsflagg og -bannere med påskriften «Vi er tilbake!». Lokasjonen var satt til Arkivet freds- og menneskerettighetscenteret, politistasjonen og Varoddbroa i Kristiansand. Dette skjedde natt til 9. april 2018, samme dato som nazistenes angrep på Norge i 1940. Alle de tiltalte var medlemmer av Den nordiske motstandsbevegelsen.

Lagmannsretten kom til at ytringene meddelte støtte for og ga tilslutning til integritetskrenkelser. Når de tiltalte likevel ikke ble dømt så var dette fordi ett av de øvrige vilkårene etter straffeloven § 185 ikke var oppfylt. Lagmannsretten mente at ytringens budskap ville mottas av forbipasserende som observerte flaggene og bannerne, og derfor ikke rettet seg mot «noen» i så måte at mottakergruppen var «tilstrekkelig ensartet og begrenset».¹⁴⁹ At dette vilkåret ikke er oppfylt er imidlertid uten betydning for spørsmålet om ytringen objektivt sett er egnet til å overskride terskelen for hva som er lovlig etter strl. § 185.

Tolkningen av ytringer rettet mot allmennheten må ta utgangspunkt i hvordan den alminnelige tilhører vil oppfatte utsagnet, i lys av konteksten den var fremsatt. Når

¹⁴⁹ LA-2019-152301 jf. Rt. 1997 s. 1821 s. 1825 (Hvit Valgallianse).

lagmannsretten vurderer ytringens meningsinnhold kommer de til at teksten «Vi er tilbake» gis betydning i forhold til datoen for handlingen. Tidspunktet tilknyttet tysk militærmakt styrt av nazistisk ideologi sitt inntog til Kristiansand på samme dato i 1940. Retten mener imidlertid denne koblingen mellom ytring og dato neppe vil finne sted for en alminnelig tilhører uten at det suppleres med ytterligere informasjon. Retten mener derfor at «Vi er tilbake» må tolkes innskrenkende slik at ytringen forstås som at nazistene er tilbake all den tid hakekorssymbolet er alminnelig kjent som et nazi-symbol i Norge.

Den sistnevnte tolkningen forsterkes, etter rettens syn, av at ytringen og symbolet delvis ble fremsatt på et av hovedkvarterene til de nazistiske okkupantene. I sum måtte meningsinnholdet i ytringen forstås som at nazismens ideologi eksisterer videre, og at det finnes folk som vil arbeide for dens utbredelse. Slike politiske ytringer er som regel i kjernen av det ytringsfriheten søker å verne, men lagmannsretten ser videre på *konteksten*, og kommer til at lokasjonen for plasseringen av hakekorset og den skriftlige ytringen var knyttet til et sted som representerer tortur og henrettelser. På grunn av dette mente retten at de tiltalte tilsluttet seg og aksepterte det nazistene står for, herunder grove krenkelser og overgrep og det politiske budskapet som formidles ved ytringene. Denne tilslutningen innebar propaganda for, og en forbeholdsløs tilslutning til, ekstrem nasjonalistisk ideologi så vel som en tilslutning til integritetskrenkelser. Sistnevnte ligger i kjerneområdet av hva straffeloven § 185 søker å forhindre.

Lagmannsretten konkluderer ikke uttrykkelig med at ytringen og symbolbruken er kvalifisert krenkende, men at disse anses for å være en tilslutning til integritetskrenkelser. Når retten kommer til denne konklusjon presumeres det som tidligere nevnt at ytringene i kombinasjon anses for å være kvalifisert krenkende og således overskrider den strafferettslige terskelen.

Retten avslutter imidlertid dommen med følgende setning: «At bruken av hakekorsflagget som nazistisk symbol lett assosieres med jødeforfølgelsene, er ikke tilstrekkelig til at den bruk som i nærværende sak ble gjort av hakekorsflagget i handlingen rammes av straffeloven § 185». Denne uttalelsen tilsier at retten mener tiltaltes bruk av hakekors *på et selvstendig grunnlag* ikke er nok til å overskride terskelen i straffeloven § 185. Når retten kommer med denne uttalelsen tolkes det som at det skal svært mye til for å bli straffet for en diskriminerende eller hatefull ytring som er fremsatt gjennom symboler dersom symbolet står alene. Hvorvidt Høyesterett vil slutte seg til dette, er foreløpig uklart.

5 Fremstilling av sentrale funn

Det er ikke tvilsomt at ytringsfriheten og det strafferettslige vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer har et innbyrdes vanskelig balanseforhold. Analysen av den ovennevnte praksisen gir indikasjoner på hvordan disse rettighetene skal balanseres i forhold til hverandre.

Hvorvidt en ytring er diskriminerende eller hatefull og har overskredet terskelen for hva som er akseptabelt etter straffeloven § 185, beror på en tolkning av ytringen. Denne tolkningen er som nevnt en del av rettsanvendelsen, hvor formålet er å finne ytringens meningsinnhold. Et sentralt funn for terskelen knytter seg til denne tolkningsprosessen.

Det er tydelig at sammenhengen ytringen er fremsatt i, er en viktig tolkningsfaktor for EMD.¹⁵⁰ Også for norsk retts vedkommende har konteksten vært av betydning for tolkningen i lang tid, men trolig ikke med samme tyngde. Konteksten måtte blant annet vike under henvisning til «forsiktighetsregelen i Boot Boys-dommen».¹⁵¹ Regelen har dermed ført til en høy terskel for å straffe både eksplisitte og indirekte diskriminerende eller hatefulle ytringer, så vel som eksplisitte ytringer som er fremsatt i kontekst med symboler.

EMD foretar på sin side «[a] careful examination of the context».¹⁵² Det vises til at domstolen for eksempel er forsiktig med å legge til grunn at fremstilling av tvetydige symboler utgjør et brudd på ytringsfriheten. Dette til tross for at en mulig forståelse av symbolet kan tyde på at visningen er rettsstridig.¹⁵³ At EMD foretar en forsiktig tolkning av konteksten tilsier at «forsiktighetsregelen» som anvendes i norsk rett er i tråd med internasjonale forpliktelser. Likevel fremstår det som at regelen som fremkommer i praksis fra EMD ikke har et ensartet innhold, slik som «forsiktighetsregelen» har etter norsk rett. Min forståelse er at EMD foretar en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, uten å ha noen faste holdepunkter for regelen. Det har formodningen for seg at dette er grunnen til at konteksten har fått større gjennomslagskraft i EMD enn i norsk rett.

Problemet med indirekte ytringer som symboler er nettopp at meningsinnholdet ikke er direkte uttalt. I nyere tid, og særlig i HR-2020-2133-A, ser vi imidlertid at norske domstoler i

¹⁵⁰ Se *E.S. mot Østerrike*, premiss 49, LE-2020-43658-2.

¹⁵¹ Rt. 2002 s. 1618 s. 1631 (Boot Boys-dommen) og Innst. S. nr. 270 (2003-2004) pkt. 4.5.1.

¹⁵² *Vajnai. mot Ungarn*, premiss 53.

¹⁵³ *Ibid*, premiss 54, og *Fáber mot Ungarn*, premiss 36.

større grad strekker seg etter EMD på dette punktet.¹⁵⁴ Utviklingen går i retning av at det er større rom for å vektlegge konteksten ytringen er fremsatt i, noe som må bety at «forsiktighetsregelen» vil få mindre gjennomslagskraft enn tidligere. Dette kan få stor betydning for ytringer som kommer til uttrykk gjennom symboler. Dersom konteksten skal gis slik tyngde som illustrert i sakene med eksplisitte ytringer, så indikerer dette en endret retning på området og lavere terskel for å straffe indirekte ytringer.

I forlengelse av dette kan det trekkes en slutning som anses å representere avhandlingens mest sentrale funn. Det er vanskelig å se for seg at det er praktisk mulig å straffe enkeltstående symboler etter straffeloven § 185. Dette krever i så tilfelle adgang til å tillegge «forsiktighetsregelen» mindre vekt og i større grad kunne innfortolke et meningsinnhold på bakgrunn av konteksten ytringen er fremsatt i. Denne slutningen underbygges av uttalelsen fra Agder lagmannsrett om at visningen av et hakekors alene ikke gir grunnlag nok til å overskride terskelen i straffeloven § 185. Om dette er i tråd med lovgivers intensjoner, er uvisst.

Likevel kan det tenkes at symboler fremsatt i kombinasjon med eksplisitte ytringer kan gi en såpass klar kontekst at det er mulig straffe. Et godt eksempel på et slikt tilfelle er dommen fra Agder lagmannsrett, LA-2019-152301. Saken illustrerer en situasjon hvor flagg og bannere med hakekorssymbol ble satt frem i kombinasjon med en skriftlig ytring om at «Vi er tilbake!», på et sted som er kjent for hovedkvarteret for Gestapo, på samme dato som nazistenes angrep på Norge i 1940. Dersom det ikke er adgang til å straffe handlinger i en kontekst som i dette konkrete tilfellet, så ligger terskelen etter min mening for høyt.¹⁵⁵

Hvilken type ytring som er fremsatt utgjør et viktig utgangspunkt for hvilken terskel som skal legges til grunn. Dette vil trolig ikke være et «funn» i så måte at det ikke er «nytt» for de som er litt kjent med temaet. Likevel antas det at den alminnelige borger vil ha vanskeligheter med å lese det foranstående ut av straffeloven § 185 og Grunnloven § 100.

¹⁵⁴ HR-2020-2133-A.

¹⁵⁵ Det bemerkes at straff følgelig er betinget av at alle straffbarhetsvilkår er oppfylt, og at Agder lagmannsrett *ikke* har uttalt at disse ytringene i kombinasjon ikke overskrider terskelen. Lagmannsretten kom som nevnt til at ytringene utgjorde en integritetskrenkelse. Det er min mening at disse ytringene samlet sett må ligge utenfor det ytringsfriheten tar sikte på å verne, og således burde være mulig å straffe iht. straffeloven § 185.

Basert på rettighetenes bærende hensyn og begrunnelser er det tydelig at disse tar sikte på å verne to forskjellige, men vel så viktige, samfunnsaspekter. På et overordnet nivå er demokrati og det frie ordskifte ytringsfrihetens kjerne, mens det strafferettslige vernet mot diskriminerende eller hatefulle ytringer søker å ivareta offentlig ro, orden og sikkerhet. I kjernen av demokratihensynet og det frie ordskifte ligger ytringer om emner av eksempelvis politisk, kulturell eller religiøs art. Disse ytringer nyter et særlig vern, og i henhold til både lov og praksis er det lite rom for begrensninger i disse ytringene. På den andre siden står ytringer som angriper en person eller en gruppe mennesker. Dette betyr at rettsanvender må vurdere om meningsinnholdet retter seg mot et emne og med overveiende sannsynlighet gis vern etter Grunnloven § 100, eller mot en person eller gruppe mennesker på grunnlag av ett alternativ loven søker å verne, og dermed kan rammes av forbudet etter straffeloven § 185. I nedre sjikt av hva rettsordenen aksepterer som en lovlig ytring om enkeltpersoner eller utsatte grupper, står negative uttalelser. Terskelen må følgelig ligge høyere enn en negativ kommentar, ellers får ikke den demokratiske modellen realitet.

I krangeldommen ble uttalelsen «Jævla neger» fremsatt gjentatte ganger under en opphetet diskusjon, som begge parter var å bebreide for. Til tross for at begge kunne bebreides for situasjon, så ble den gjentatte ytringen etter omstendighetene ansett for å være straffbar i henhold til straffeloven § 185.¹⁵⁶ På bakgrunn av dette kan det tenkes at en enkeltstående ytring av «Jævla neger» etter de samme omstendighetene *kan* anses for å være en negativ uttalelse i det nedre sjikt, som dermed ikke skal straffes. For symboler tilsier dette at en mørkhudet emoji fremsatt på sosiale medier, i et kommentarfelt under et innlegg som omhandler mørkhudede, kan aksepteres som en negativ kommentar som ligger i nedre sjikt av hva rettsordenen aksepterer. Dersom emojien kombineres med andre negative symboler eller eksplisitte ytringer, kan grensen likevel være overtrådt.

På bakgrunn av de sentrale funnene kan det trekkes en slutning om at terskelen for å straffe ytringer fremsatt gjennom enkeltstående symboler ligger høyt. Straff for disse er imidlertid ikke *utelukket*, men det skal veldig mye til for at slike ytringer skal kunne anses som kvalifisert krenkende og dermed overstige terskelen i straffeloven § 185. Det er på rene at domstolen er tilbakeholden med å ilegge konteksten et meningsinnhold som ikke eksplisitt

¹⁵⁶ HR-2018-674-A (Krangel-dommen).

eller åpenbart fremkommer, med mindre et slikt innhold med rimelig stor grad av sikkerhet kan utledes av sammenhengen.

Selv om nyere rettspraksis gir et inntrykk av det nærmest er en plikt å vurdere ytringen i lys av konteksten den er fremsatt i, er det er vanskelig å se for seg situasjoner hvor symboler i seg selv, eller i lys av konteksten, fremsetter et så uttrykkelig meningsinnhold at de ikke må vike for «forsiktighetsregelen». I praksis vil det nok være mest aktuelt å straffeforfølge bruk av symboler i kombinasjon med andre, mer eksplisitte ytringer, da dette gir mer kontekst til symbolene.

Referanseliste

Lover

Lov 17. mai 1814 nr. 17 om Kongeriket Norges Grunnlov.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om alminnelig borgerlig straffelov.

Lov 22. mai 1902 nr. 10 om endringer i straffeloven 1902 § 135 a ved lov 10 januar 2003 nr. 2.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff.

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

Internasjonale konvensjoner

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950

Konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 21. desember 1965. Se URL for konvensjonens artikler:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/099c01568a0e4ecaa8ac606847fd7542/rasediskrimineringskonvensjonen.pdf> (27. november 2020)

Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Wien-konvensjonen av 23. mai 1969

Lovforarbeider, innstillinger, utredninger m.m.

Ot.prp. nr. 48 (1969-1970) Om endringer i den alminnelige borgerlige straffelov av 22. mai 1902 (forbud mot rasediskriminering m.m.)

NOU 1999: 27 Om forslag til ny Grunnlov § 100

Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøksforbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd)

St.meld. nr. 26 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Innst. S. nr. 270 (2003-2004) Om endring av Grunnloven § 100

Innst. O. nr. 69 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)

Innst. O. Nr. 72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet)

Prop. 31 L (2019-2020) Om forslag til ny lov om redaksjonell uavhengighet og ansvar i redaktørstyrte journalistiske medier

Prop. 66 L (2019-2020) Om endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.)

Høyesterettspraksis

Rt. 1981 s. 1305

Rt. 1994 s. 768

Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse)

Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys-dommen)

Rt. 2005 s. 833

HR-2016-1458-A

HR-2016-2228-A

HR-2018-674-A (Krangel-dommen)

HR-2020-184-A

HR-2020-185-A

HR-2020-2133-A (Potetbaker-dommen)

Øvrige norske rettsavgjørelser

LA-2019-152301

LB-2019-3868

LE-2020-43658-2

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen

Handyside mot Storbritannia [P] 1976 no. 5493/72

Sürek og Özdemir mot Tyrkia [GC] 1999 nr. 26682/95

Thoma mot Luxembourg [J] 2001 no. 38432/97

Dichand og andre mot Østerrike [J] 2002 no. 29271/95

Norwood mot Storbritannia [J] 2004 no. 23131/03

Vajnai mot Ungarn [J] 2008 no. 33629/06

Fáber mot Ungarn [J] 2012 no. 40721/08

E.S. mot Østerrike [J] 2019 no. 38450/12

W.P. mfl. Mot Polen [J] 2019 no. 42264/92

Praksis fra FNs rasediskrimineringskomité

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

Jewish Community of Oslo and others v. Norway, CERD/C/67/D/30/2003

Litteratur

Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkeretten* (4. utgave, 2. opplag Oslo 2014)

Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* (Oslo 2010)

Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Oslo 2015)

Ståle Eskeland, ved Alf Petter Høgberg, *Strafferett*, (5. utgave, 1. opplag Oslo 2017)

Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (5. utgave, Bergen 2018)

Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (Oslo 2018)

Stig Harald Solheim, Rettsanvendelsesprosessen på EMD-rettens område, *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019)

Linda Grønning, Erling J. Husabø, Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff* (2. utgave, 1 opplag, Bergen 2019)

Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde, *Juridisk metode og tenkemåte* (Oslo 2019)

Lovkommentarer

Arne Fliflet «Kommentar i Grunnloven» i Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata, 2014, hentet 01.12.2020 (note 228). Sist hovedrevidert den 27.04.2014.

Magnus Matningsdal «Kommentar i straffeloven» i Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata, 2020, hentet 04.12.2020 (note 90). Sist hovedrevidert den 01.07.2020.

Magnus Matningsdal «Kommentar i straffeloven» i Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata, 2020, hentet 05.12.2020 (note 142). Sist hovedrevidert 01.07.2020.

Erik Møse og Jørgen Aall «Kommentar i menneskerettsloven» i Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata, 2020, hentet 13.12.2020 (note 78). Sist hovedrevidert 06.06.2017.

Nettbaserte kilder:

Artikler m.m.:

Hans Fredrik Marthinussen, Debatt (2020) URL: <https://www.regjeringen.no/no/tema/kultur-idrett-og-frivillighet/innsiktsartikler/ytringsfrihetskommisjonen/debatt-om-hatytringer-og-ytringsfrihet/id2765319/> (12.10.2020)

Anine Kierulf, Dommerpodden (2020) URL:

<https://podtail.com/no/podcast/dommerpodden/hatefulle-ytringer/>

https://www.idunn.no/file/pdf/53185156/lor_2012_03_pdf.pdf (24. november 2020)

<https://www.fn.no/om-fn/avtaler/menneskerettigheter/fns-verdenserklaering-om-menneskerettigheter> (27. november 2020)

<https://www.sian.no/vedtekter> (29. november 2020)

<https://munin.uit.no/bitstream/handle/10037/19282/thesis.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (01. desember 2020)

Nyheter:

<https://www.alaturka.info/en/hungary/budapest/4023-monument-against-fascism-shoes-on-the-bank-of-danube> (20. november 2020)

<https://www.nrk.no/nordland/71-aring-slipper-a-sone-for-a-ha-skrevet-korrupte-kakerlakk-om-sumaya-jirde-ali-1.14883322> (24. november 2020)

<https://www.aftenposten.no/osloby/i/avXmM/etter-31-aar-i-norge-opplevde-joao-noe-han-aldri-trodde-skulle-skje> (25. november 2020)

<https://filternyheter.no/sian-leder-domt-til-betinget-fengsel-for-hatefulle-ytringer/>,
<https://www.sian.no/vedtekter> (25. november 2020)

<https://filternyheter.no/derfor-ble-de-frikjent-i-hakekors-saken-ikke-straaffbart-a-gi-uttrykk-for-nazisme/> (25. november 2020)

<https://edition.cnn.com/2019/09/19/world/brownface-blackface-yellowface-trnd/index.html>

(27. november 2020)

<https://www.tv2.no/a/10835439/> (30. november 2020)

<https://www.nrk.no/norge/breivik-gjorde-nazihilsen-i-retten-1.13314637> (1. desember 2020)

<https://www.tv2.no/a/10835439/> (1. desember 2020)

<https://tv.nrk.no/serie/debatten/202009/NNFA51090320> (8. desember 2020)

<https://www.tv2.no/a/11827397/?fbclid=IwAR3Wo5hR5bFmdWv00b72aUmw7C6WSP0tXJWZP0oH5ptgMdkDWeu-HGBdMU8> (9. desember 2020)

https://www.nrk.no/osloogviken/fn-refser-sjolie-dommen_-dorum-vurderer-tiltak-1.341589

(13. desember 2020)

Store norske leksikon (nettbasert):

www.snl.no/fascisme (20. november 2020)

www.snl.no/doktrine (22. november 2020)

www.snl.no/rasisme (23. november 2020)

www.snl.no/homofili (23. november 2020)

www.snl.no/Sieg_Heil (24. november 2020)

