



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Grunnloven § 100 – Rettsstatens utfordringer med ytringsfriheten og straff

Oda Nordhagen Vang

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Formål og aktualitet	1
1.3	Definisjoner og sammenheng.....	2
1.4	Metodiske særtrekk	3
1.4.1	Tolkning av Grunnlovsbestemmelser.....	3
1.4.2	Grunnlovens bestemmelser og internasjonal rett	4
1.4.3	Tolkning av straffebestemmelser	5
1.5	Avgrensing	6
1.6	Videre fremstilling	7
2	Ytringsfrihetens historie og dagens utgangspunkt	8
2.1	Historisk bakgrunn	8
2.2	Ytringsfriheten og dens begrunnelse i dag.....	9
2.2.1	Hvilke ytringer er vernet av Grl. § 100?	12
2.3	Det historiske idégrunnlaget sett i dagens lys	15
3	Sikringsplikten etter Grl. § 92.....	17
3.1	Innledning.....	17
3.2	Gjeldende rett etter Grl. § 92.....	17
3.3	Statens positive plikt til å sikre ytringsfriheten	19
3.3.1	Statens plikt til å beskytte ytringsfriheten	19
3.3.2	Statens plikt til å legge til rette for ytringsfrihet – Infrastrukturkravet i Grl. § 100 sjette ledd.....	21
3.4	Statens plikt til gjennomføring av straffelovgivning for å hindre krenkelse av diskrimineringsforbudet	23
3.5	Statens plikt til å respektere menneskerettighetene – Legalitetsprinsippet.....	25
3.5.1	Innledning.....	25

3.5.2	Det strafferettslige legalitetsprinsippet og kravet om en klar lovhjemmel	25
4	Ytringsfrihetens grenser og straff	28
4.1	Innledning	28
4.2	Kravet om Lovhjemmel i Grl. § 100 andre ledd	28
4.2.1	Vilkår for å kunne straffe ytringer	28
4.3	Politiske ytringer og straff	30
4.3.1	Innledning	30
4.3.2	Hva regnes som en politisk ytring?	31
4.3.3	Straff for politiske ytringer	32
4.4	Diskriminerende og hatefulle ytringer	34
4.4.1	Innledning	34
4.4.2	Ytingen må være fremsatt offentlig eller i andres nærvær	36
4.4.3	Ytingen må være diskriminerende eller hateful	39
4.4.4	Skyld	41
4.4.5	Tolkning av utsagn og skyld	43
4.5	Særlig om rasistiske og politiske ytringer	45
5	Avsluttende betraktninger	49
5.1	Innledning	49
5.2	Oppsummering av hovedtrekk i avhandlingen	49
5.3	Noen særlige utfordringer med ytringsfriheten	50
5.3.1	Utfordringer med utforming av straffelovgivning	50
5.3.2	Statens plikt til å sikre etter Grl. § 92 – interessekonflikt mellom Grl. §§ 98 og 100	52
5.3.3	Utfordringer med ytringsfrihetens infrastrukturkrav, demokrati og straff	54
5.3.4	Avslutning	55
6	Kilderegister	56
6.1	Lover	56

6.2	Konvensjoner	56
6.3	Forarbeider	57
6.4	Norsk rettspraksis	58
6.5	Internasjonal rettspraksis	59
6.6	Juridisk litteratur	59
6.6.1	Bøker	59
6.7	Nettbaserte kilder	60

Forord

Jeg fattet på første avdeling en interesse for Grunnloven og dens betydning for samfunnet. Disse lovbestemmelsene utgjør selve fundamentet for demokrati, den norske rettsstaten og grunnleggende menneskerettigheter. De må derfor voktes med omhu, slik at samfunnet i størst mulig grad blir godt og rettferdig. Jeg ønsket ut fra dette å skrive en avhandling der jeg belyser hva som skjer når to menneskerettigheter i Grunnloven står mot hverandre. Nye verktøy og samfunnsendringer krever at rettsstaten tilpasser seg, slik at konstitusjonen og den demokratiske legitimiteten består. Hvordan skal rettsstaten løse denne problemstillingen, slik at både menneskerettighetene og demokratiet fortsetter å sikre oss de frihetene vi ønsker oss?

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens overordnede spørsmål er hvilke utfordringer ytringsfriheten og straff skaper for den norske rettsstaten. Det er altså snakk om ytringsfriheten i et statsrettslig og menneskerettslig perspektiv.

Rettsområdene avhandlingen tar for seg er statsrett, menneskerettigheter og strafferett. Det er vanlig å skille mellom den delen av statsretten som angår styreformen og den delen som angår individenes rettigheter.¹ I denne oppgaven er det individets rettigheter som er hovedtemaet. Individets behov skal derfor trekkes inn i drøftelsene for å klargjøre hvilke krav og hensyn staten må imøtekomme for å oppfylle menneskerettighetene.

Sentralt for temaet er myndighetenes plikt til å sikre og respektere ytringsfriheten etter Grl. §§ 92 og 100, og hvordan diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 andre ledd kan sette grenser for ytringsfriheten.² Det er særlig strafferettslige begrensinger som skal analyseres, og det tas utgangspunkt i Grl. § 100 og strl. § 185 om diskriminerende og hatefulle ytringer.³

1.2 Formål og aktualitet

Formålet med avhandlingen er å belyse hvilke problemer og utfordringer ytringsfriheten kan skape for den norske rettsstaten. I dag reguleres samfunnet vårt i stor grad av lover. Det kan derfor oppstå problemer når f.eks. Grl. § 100 taler for ytringsfrihet, mens Grl. § 98 andre ledd taler for at ytringsfriheten skal begrenses fordi en uttalelse er diskriminerende. Det oppstår da spørsmål om staten skal vektlegge individets frihet, eller individets behov for beskyttelse.

Inspirasjonen til oppgavens tema er flere. Ytringsfriheten er kjent som en viktig demokratisk rettighet. Vi lever nå i en tid der det kommer stadige større utfordringer for at individets frihet skal ivaretas. António Guterres Generalsekretær i FN, skrev 30. juni 2019 en artikkel der han bemerker at hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer.⁴ I Norge fikk demonstrasjonene til SIAN stor oppmerksomhet høsten 2020.⁵ Flere

¹ Andenæs (2017) s. 95.

² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov – Grl.

³ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) – strl.

⁴ António Guterres, Generalsekretær i FN, «Hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer», 30. juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/kJBB9X/hat-er-i-ferd-med-aa-bli-normalen-baade-i-liberale-demokratier-og-autori> (sist besøkt 6.05.21)

⁵ Stopp islamiseringen av Norge – SIAN.

motdemonstranter møtte opp og tok i bruk trusler og vold, siden de følte seg krenket av ytringene til medlemmene i SIAN. Politiet måtte derfor bistå SIAN med beskyttelse under demonstrasjonen, noe som bidro til at mange reagerte. Sosiale medier, fremvekst av hat og høyreekstreme grupper gjør at myndighetene må vurdere nye tiltak i eksempelvis lovgivningen. Ytringsfriheten er med andre ord under stadig press. Jeg synes derfor det er interessant å stille spørsmål til hvordan rettsstaten skal håndtere hat og polariseringer i samfunnet samtidig som den demokratiske legitimiteten består.

1.3 Definisjoner og sammenheng

I en rettsstat regulerer lover store deler av samfunnet, og rettslige regler definerer hvordan statsmaktene forholder seg til hverandre og borgerne. Dersom borgerne mener at de utsettes for urettmessige inngrep, kan de få prøvd dette hos en uavhengig domstol.⁶ Domstolene skal kontrollere at statens inngrep mot individet er gjort i samsvar med lov. Dette utgjør kjernen i den moderne rettsstat.⁷ Maktfordelingsprinsippet er dermed en forutsetning for at det skal eksistere en rettsstat. Rettsstatens oppgave vil i hovedsak være å ivareta og sikre den individuelle friheten til borgerne, ved at statens handlingsrom innskrenkes.

Menneskerettighetene er basert på at ethvert individ har en iboende autonomi. Grunnlaget for rettighetene ligger i det å være et menneske. Menneskerettighetene beskytter borgerne mot urettmessige inngrep fra staten. Ileggelse av straff kan f.eks. bare gjøres etter strenge vilkår.

For at rettsstaten skal oppnå legitimitet er det viktig at borgerne har tillit til de som styrer staten og lager lovene. De nasjonale lovene burde derfor ha et demokratisk fundament.

Demokrati betegnes gjerne som folkestyre, der innbyggerne skal ha muligheten til å delta i viktige beslutningsprosesser som berører samfunnet. Alle borgerne skal ha en lik rett til å delta, men begrensinger som stemmerettsalder aksepteres gjerne. Ellers må det eksistere regler og institusjoner for at demokratiet skal fungere, og disse må respekteres av borgerne.⁸

Rettsstaten er derfor gjerne en forutsetning for demokrati, men det trenger nødvendigvis ikke å være motsatt.

⁶ Asle Toje mfl., «Den norske rettsstaten», 01.09.2020, <https://mediasite.nb.no/Mediasite/Showcase/arrangementsarkiv/Presentation/ec9a4fee9b874cffa66c8968672daf1f1d/Desktop> (sist besøkt 02.03.2021).

⁷ All (2018) s. 21–22.

⁸ Kjell-Olav Hovde, Palle Svensson og Dag Einar Thorsen, «Demokrati» i Store norske leksikon, 14. mai 2019, <https://snl.no/demokrati>. (sist besøkt 12.03.21).

For at folkestyret skal kunne fungere, og for at alle skal få delta, er det viktig med ytringsfrihet. Dette er en menneskerettighet som gir borgerne mulighet til å diskutere hvordan staten best skal styres, hvilke idéer som har størst oppslutning i befolkningen og økt kunnskap. Ytringsfriheten skaper dermed åpenhet som fremmer større aksept for myndighetene utøvelse. Folkestyret vil da fungere bedre. Samtidig gir ytringsfriheten en mulighet for borgeren til å si i fra hvis noe i samfunnet oppfattes som galt. Ytringsfriheten kan derfor motvirke maktmisbruk, og borgerne burde ikke være redd for å bli straffet i situasjoner der de er uenige med staten.

Både rettsstaten, menneskerettighetene, demokratiet og ytringsfriheten har altså en nær sammenheng. Dette vil utgjøre særtrekkene ved avhandlingens drøftelser.

1.4 Metodiske særtrekk

1.4.1 Tolkning av Grunnlovsbestemmelser

Drøftelsene i avhandlingen skal i hovedsak ta utgangspunkt i Grunnloven. Grunnloven er i det norske rettskildesystemet den øverste rettskilden. Utgangspunkt ved tolkning av Grunnlovens bestemmelser er ordlyden.⁹

I HR-2020-2472-P (klimasøksmålet) måtte det tas stilling til om Grl. § 112 gir individuelle rettigheter som kan prøves for domstolene.¹⁰ I den anledning uttaler Høyesterett at grunnlovsbestemmelsene i utgangspunktet skal tolkes på samme måte som andre formelle lover. De utmerker seg likevel ved at de ofte er mer generelle og skjønnsmessige enn vanlige lover og forskrifter. Den juridiske metoden er likevel den samme og ordlyden er utgangspunktet.¹¹ Andre rettskilder kan altså bidra til å klargjøre innholdet i Grunnlovens bestemmelser. Når det gjelder Grl. § 100 er den mer utfyllende og beskrivende enn Grl. §§ 92 og 98. Bestemmelsen om ytringsfrihet har likevel noen ord og uttrykk som fremstår som uklare, og andre rettskilder må derfor brukes for å avklare dens innhold.

Når Grunnloven skal tolkes, skal det gjøres i lys av den politiske og sosiale utviklingen som har funnet sted etter at den aktuelle bestemmelsen ble vedtatt.¹² Grunnlovens tolkningsgrunnlag er altså dynamisk, og dette sikrer en viss kontinuitet etter som tiden går. Ellers har det vært diskutert i juridisk litteratur hvor stor betydning forarbeidene til

⁹ HR-2020-2472-P (Klimasøksmålet) Avsnitt 84 og Smith (2017) s. 96.

¹⁰ HR-2020-2472-P (Klimasøksmålet) Avsnitt 78.

¹¹ HR-2020-2472-P (Klimasøksmålet) Avsnitt 84.

¹² Skoghøy (2018) s. 70.

Grunnloven skal ha ved tolkning av dens bestemmelser. Årsaken er Grunnlovens alder, revisjonen i 2014, folkerettslige forpliktelser og demokratiske hensyn. Forarbeidenes vekt kan derfor variere. Særlig Grl. § 121 om vedtak og endring av lov taler mot at forarbeidende skal tillegges vekt. Det tar gjerne lang tid før lovvedtakelse, og mange forslagsalternativer kan gjøre det uklart hva som kommer ut av prosessen. Intensjonene bak forslaget kan også endre seg før endelig vedtakelse.¹³

Når det gjelder menneskerettighetene i Grunnlovens kap. E, vil forarbeidene ha stor vekt. De er nye, godt utarbeidet og stemmer i stor grad med samfunnets rettsfølelse. Grunnlovens § 100 har blitt revidert fire ganger de siste 20 årene.¹⁴ Forarbeidene er altså nye og vil kunne gi et godt rettskildebidrag ved tolkningen av Grl. § 100.

1.4.2 Grunnlovens bestemmelser og internasjonal rett

I dag fastsetter Grl. § 92 at norske myndigheter skal sikre og respektere menneskerettighetene i Grunnloven og internasjonale traktater. Grunnlovens menneskerettigheter ble revidert i 2014.¹⁵ I forarbeidene til grunnlovsrevisjonen er det uttalt at hensikten med moderniseringen av Grunnlovens menneskerettighetskatalog har vært å styrke grunnlovsvernet. Grunnlovens rettighetsvern bør dekke de sentrale menneskerettighetene som Norge har sluttet seg til gjennom internasjonale konvensjoner.¹⁶ Den europeiske menneskerettskonvensjon kan altså trekkes inn ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter, og særlig like bestemmelser er relevante.¹⁷ Det må derfor avklares hvilken vekt EMK og EMD har ved tolkning av Grunnlovens menneskerettigheter.¹⁸

I HR-2016-2554-P (Holship) kom Høyesterett med en prinsipiell uttalelse om Grl. § 92 og internasjonale menneskerettigheter. Førstevoterende understrekte at Grl. § 92 må forstås som et pålegg til myndighetene om å håndheve menneskerettighetene på det nivå de er gjennomført i norsk rett.¹⁹ Grunnloven er altså den rettskilden med høyest rettskildemessige rang, og internasjonale menneskerettigheter står under. Dette innebærer at Grunnloven kan gi et sterkere og svakere menneskerettslig vern enn de internasjonale menneskerettigheter. I

¹³ Smith (2017) s. 113.

¹⁴ Torvund (2020) s. 60.

¹⁵ Aall (2018) s. 23.

¹⁶ Dok.16 (2011–2012) s. 13.

¹⁷ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen) – EMK.

¹⁸ Den europeiske menneskerettsdomstolen – EMD.

¹⁹ HR-2016-2554-P (Holship) Avsnitt 70.

hvilken utstrekning de internasjonale forpliktelsene påvirker norsk rett, avhenger av norsk formell lovgiving og rettspraksis. Høyesterett presiserer videre at EMK er en relevant kilde med stor vekt ved tolkning av Grunnloven. Dette medfører at EMDs praksis kan få betydning ved tolkningen av grunnlovsbestemmelsene.²⁰ Når det gjelder vekten til EMDs avgjørelser, har Høyesterett understreket i Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) at internasjonale håndhevingsorganer ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene. Det er Høyesterett som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.²¹ Høyesterett er altså ikke underordnet EMD, men skal i størst grad sørge for at Norge følger sine internasjonale forpliktelser.

De øvrige dommene viser at parallelle bestemmelser i EMK kan bidra i tolkningen av Grunnlovens menneskerettigheter. Grunnlovens § 92 er f.eks. inspirert av EMK art. 1, og de to bestemmelsene har derfor likt innhold.²² Når det gjelder Grl. § 100 og EMK art. 10 om «Freedom of expression», vil tolkningsbidraget være mer beskjedent siden de to bestemmelsene er noe ulike. Videre medfører Grunnlovens nære relasjon til EMK at rettspraksis fra EMD kan være relevant, siden domstolen anvender og tolker EMKs bestemmelser. Ellers er hensyn som gjøre seg gjeldene i menneskerettslige drøftelser individets behov for frihet og menneskeverd. Individet har også behov for beskyttelse mot inngrep fra staten og andre mennesker.

1.4.3 Tolkning av straffebestemmelser

Det følger av det strafferettslige legalitetsprinsippet i Grl. § 96 og strl. § 14 at lovteksten er utgangspunktet når innholdet i straffebestemmelser skal klargjøres. Grunnlovens rettskildemessige rang innebærer at alle straffebestemmelser må være innenfor Grunnlovens grenser. Ellers skal regler om straff tolkes med de begrensinger som følger av folkerett, jf. strl. § 2 og mrl. § 3.²³

I oppgaven skal strl. § 185 om diskriminerende og hatefulle ytringer analyseres. Forholdet mellom den gamle bestemmelsen i straffeloven 1902 § 135a og strl. § 185 må derfor avklares, slik at det blir tydelig hvilke rettskilder som kan benyttes i tolkningen. Det følger av

²⁰ HR-2016-2554-P (Holship) Avsnitt 81.

²¹ Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen) avsnitt 57.

²² Aall (2018) s. 51.

²³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrkning av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven) – mrl.

straffelovens forarbeider at tidligere rettspraksis fremdeles vil være av betydning ved tolkningen av strl. § 185.²⁴

I strafferetten er det flere hensyn som begrunner bruken av straff. Straffen skal i utgangspunktet ha en preventiv effekt, både for allmennheten og individet.²⁵ Videre er forutberegnelighet et viktig hensyn, og borgerne skal kunne gjøre seg kjent med hvilke handlinger som er straffbare, eller ikke. Dette gir en viss rettssikkerhet, slik at staten ikke kan gjøre urettmessige inngrep i borgernes frihet.²⁶

1.5 Avgrensing

Utgangspunktet for avhandlingen er Grunnloven, og norske rettskilder vil hovedsakelig benyttes i tolkningen. Bestemmelser fra EMK, og EMDs praksis vil bare brukes i tilfeller der norske rettskilder gir lite bidrag til å avklare de aktuelle reglens innhold. Årsaken er at oppgaven allerede er omfattende, og det er begrenset hvor mange perspektiver som kan trekkes inn.

Ytringsfriheten omfatter både retten til å motta ytringer og retten til å meddele.²⁷ I denne avhandlingen avgrenses det mot retten til å meddele ytringer. Begrunnelsen er at avhandlingens fokus skal rettes mot straff av ytringer.

Staten kan gjøre flere forskjellige inngrep i ytringsfriheten, slik at den begrenses. Det skal her fokuseres på bruk av straff, siden dette er en av statens strengeste reaksjoner mot enkeltindividet. I denne sammenhengen skal det særlig ses nærmere på strl. § 185 bokstav a om diskriminerende og hatefulle ytringer på grunn av noens hudfarge eller nasjonale eller etiske opprinnelse. Samfunnet står fortsatt overfor rasistisk problematikk og fremmedfrykt, og det kommer stadig politiske ytringer med rasistisk innhold. For øvrig begrenser også oppgavens størrelse hvilke problemstillinger som kan belyses.

²⁴ Ot.prp.nr.33 (2004–2005) punkt 20 s. 214.

²⁵ Eskeland (2017) s. 51–52.

²⁶ Eskeland (2017) s. 63.

²⁷ Aall (2018) s. 272.

1.6 Videre fremstilling

Det skal i kapittel 2 gis en fremstilling av ytringsfrihetens historie og utgangspunkt i dagens samfunn. Det historiske tilbakeblikket skal illustrere ytringsfrihetens særlige betydning for den demokratiske utviklingen, og dens verdi som menneskerettighet. Videre skal det redegjøres for ytringsfrihetens moderne rettslige status i Norge.

I kapittel 3 gjøres det rede for statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, med særlig fokus på Grl. §§ 92, 100, 98 og 96. I kapittel 4 ses det nærmere på hvilke grenser Grl. § 100 setter for straff. Avhandlingens hoveddel avsluttes med en presentasjon av strl. § 185, der nærmere vilkår for straff skal vurderes. Det rettes et særlig blick mot politiske ytringer, ettersom de spiller en viktig rolle i den demokratiske sammenhengen.

Hovedfokuset er altså ytringsfriheten og hvorfor Grl. § 98 og strl. § 185 kan innskrenke denne rettigheten, og hvordan straffelovgivningen burde balanseres etter disse menneskerettslige forpliktelsene. Det skal også vurderes i hvilken grad disse bestemmelsene er i tråd med legalitetsprinsippet, demokratiets formål og sikringsplikten etter Grl. § 92.

Avslutningsvis skal noen hovedtrekk ved avhandlingen trekkes frem, og utfordringer som ytringsfriheten og straff skaper for den norske rettsstaten.

2 Ytringsfrihetens historie og dagens utgangspunkt

2.1 Historisk bakgrunn

Før det ses nærmere på ytringsfriheten i dagens samfunn, skal jeg presentere ytringsfrihetens historiske bakgrunn. Ytringsfriheten er en av våre førstegenerasjons menneskerettigheter, og har derfor et idégrunnlag som bygger på gammel filosofi og verdens første konstitusjoner. Perspektiver fra forfatningsbevegelsen vil gjøre det tydeligere hvilke formål som ligger bak GrL § 100, og hvorfor disse også er viktige i dag. Ytringsfrihetens historie kan også være en viktig påminnelse om hvorfor denne rettigheten skal nyte et særlig sterkt vern i dag.

Ytringsfriheten har ikke alltid vært en selvfølge og er heller ikke det i alle verdens land i dag. Ytringsfrihetens idégrunnlag er gammelt, men menneskerettigheten fikk for alvor betydning etter at den moderne forfatningsbevegelsen begynte på slutten av 1700-tallet.²⁸ Før denne perioden hadde staten lenge kontrollert hvilken informasjon som skulle ut til borgerne. Ikke hvem som helst fikk ytre sine meninger. Det var kontroll med både domstolpraksis og rettsvitenskapelige meningsdannelser.²⁹ Med andre ord var det en innskrenket og vilkårlig ytringsfrihet før den moderne statsforfatningen så dagens lys. Enkelte steder var ytringsfriheten ikke-eksisterende. Tilgang til makt var avgjørende for i hvilken grad man fikk ytre seg, og det var stor usikkerhet rundt hva som var en lovlig eller ulovlig ytring.³⁰ Etter hvert førte den moderne statsforfatningen til større åpenhet for debatt, og ytringsfrihet ble en reell rettighet.

Den moderne forfatningen er i hovedsak bygget på naturrettens ideologi som hadde sin oppblomstring på 1600-tallet.³¹ Individuelle rettigheter sto særlig sentralt i flere av de nye forfatningene.³² Etter den amerikanske uavhengighetserklæringen ble det vedtatt flere og flere forfatninger i verden. Skrevne forfatninger ble dermed den rettslige og politiske standardformen for organisering av statsmakt. Den moderne forfatningsbevegelsen forutsatte at det skulle være et skrevet dokument som uttømmende skulle konstituere staten og statens organer. Dokumentet skulle inneholde universelle prinsipper og være en overordnet lov. Videre måtte forfatningen formelt vedtas av folket for at den skulle realiseres og være legitim. Grunnleggende bestemmelser i forfatningen var altså folkesuverenitetsprinsippet,

²⁸ Michalsen (2011) s. 267 og 289.

²⁹ Michalsen (2011) s. 252 og 283.

³⁰ Michalsen (2011) s. 283.

³¹ Michalsen (2011) s. 267.

³² Michalsen (2011) s. 267.

maktfordeling mellom statsorganer, og særskilte regler for endringer av grunnloven.³³ Opphavet til statens suverenitet lå nå i folket, og ikke hos en «eneherker». Dette gjorde at staten nå hadde en plikt til å påse at disse rettighetene ble overholdt. Den moderne rettsstaten begynte dermed å ta form, og konstitusjonen var særlig viktig for dette grunnlaget.

Ytringsfrihet ble ansett som en nødvendig forutsetning for at folkesuverenitetsprinsippet skulle bli en realitet og fungere. Læren om individets ukrenkelige rettigheter fikk dermed en rettslig realitet. Ytringsfriheten var nødvendig for å sikre en offentlighet som kunne føre kontroll med stat og samfunn.³⁴ Trykkefriheten var spesielt viktig siden dette var den mest effektive plattformen for å formidle sitt budskap til flere mennesker.³⁵ Likevel varierte det i stor grad hvor sterk gjennomslagskraft ytringsfriheten fikk i de ulike forfatningene. Den globale forfatningsbevegelsen påvirket etter hvert Norge. Dette førte til vedtakelsen av Grunnloven i 1814. Norge gikk dermed fra enevelde til forfatningsstat, og ytringsfriheten ble en av de grunnleggende hovedprinsippene for grunnlovsarbeidet. Den norske Grunnloven ga et særlig sterkt vern av ytringsfrihet i forhold til andre nye forfatninger i verden.

Ytringsfriheten ble ansett som en menneskerettighet, heller enn en rett som kunne tildeles den enkelte. Dette utgjorde en stor rettslig forskjell enn tidligere.³⁶

Den første utgaven av Grunnloven oppstilte mange unntak når det gjaldt ytringsfriheten. Rettsliggjørelsen gjorde imidlertid at innskrenkninger måtte begrunnes. Staten måtte forholde seg til at ytringsfrihet var en rettighet borgerne i utgangspunktet hadde.³⁷ Den moderne forfatningsbevegelsen bidro til at hensynet til individet vokste sterkere frem. Samfunnsmaktene stod ikke lengere i sentrum, og fikk begrensinger for sin maktutøvelse. Myndighetene fikk plikter til å ivareta borgerne gjennom menneskerettighetene, og ytringsfriheten var sentral for demokratiet og borgernes autonomi. Den moderne statsforfatningen representerer dermed begynnelsen på et nytt skifte, og starten på den norske rettsstaten.

2.2 Ytringsfriheten og dens begrunnelse i dag

I dette delkapittelet skal jeg gjøre rede for ytringsfrihetens utvikling i nyere tid, og analysere hva som er gjeldene rett etter Grl. § 100 i dag. Spørsmålet blir dermed hvilket utgangspunkt

³³ Michalsen (2011) s. 290–291.

³⁴ Michalsen (2011) s. 282.

³⁵ Michalsen (2011) s. 282.

³⁶ Michalsen (2011) s. 313.

³⁷ Andenæs (2017) s. 91–93 og Michalsen (2011) s. 284.

ytringsfriheten har i dagens Norge, og bakgrunnen for dette. Hva som defineres som en ytring skal også vurderes.

Grunnloven av 1814 var begynnelsen på den moderne rettsstaten i Norge.³⁸ Til tross av at grunnlovskonservatismen står sterkt i Norge, har det skjedd en del endringer i Grunnloven siden 1814. Dette gjelder særlig menneskerettighetene, som fikk et eget kapittel ved revisjonen av Grunnloven i 2014. Grunnloven § 100 som fastsetter ytringsfrihet, sto lenge uendret etter 1814. Bestemmelsen ble først endret 30. september 2004, der blant annet lovkravet i andre ledd ble innført. Deretter ble det gjort noen mindre justeringer 2. februar 2006.³⁹ Formålet med endringene var å bringe den konstitusjonelle rettstilstanden mer på linje med EMK art. 10.⁴⁰ Menneskerettighetsutvalget valgte ved grunnlovsrevisjonen i 2014 å videreføre Grl. § 100.⁴¹ Dette taler for at dagens bestemmelse er i samsvar med dagens oppfatninger. Ellers ble Grl. § 100 flyttet til Grunnlovens kap. E om menneskerettighetene i 2014. Ytringsfriheten er nå klart definert som en menneskerettighet, og har derfor en særlig betydning for rettsstaten. De gamle ideene har altså fortsatt en sentral plass i konstitusjonen og dagens samfunn.

I dag fastsetter Grl. § 100 første ledd at ytringsfrihet bør finne sted. Ordet «frihet» peker på at borgerne skal kunne ytre seg uten konsekvenser fra staten eller andre. Formuleringen «bør» i første ledd kan indikere at friheten ikke er en selvfølge. Den nynorske utgaven til Grunnloven gir her en bedre pekepinn på hvordan «bør» i Grl. § 100 skal forstås.⁴² Der står det at «Ytringsfridom skal det vere». Formuleringen «bør» skal altså leses som «skal», noe som også understrekes i forarbeidene.⁴³ Dette innebærer at ytringsfrihet er utgangspunktet.

Ytringsfriheten er likevel ikke absolutt, og staten kan straffe ytringer etter nærmere vilkår. Utgangspunktet setter likevel et krav om begrunnelse. Dersom en begrensning ikke er i tråd med de angitte vilkårene, vil det foreligge en krenkelse av ytringsfriheten. Grunnleggende vilkår for straff kommer frem i Grl. § 100 andre ledd. Der står det at «[i]ngen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre

³⁸ Asle Toje mfl., «Den norske rettsstaten», 01.09.2020, <https://mediasite.nb.no/Mediasite/Showcase/arrangementsarkiv/Presentation/ec9a4fee9b874cffa66c8968672daf1f1d/Desktop> (sist besøkt 02.03.2021).

³⁹ Torvund (2020) s. 60 og 85.

⁴⁰ Aall (2018) s. 29 og 268.

⁴¹ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 28.7 s.163.

⁴² Smiths (2017) s. 111.

⁴³ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1 s. 9.

det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Det rettslige ansvar bør være forskrevet i lov». Begrunnelsen for ytringsfrihet fremheves her, og ileggelse av straff kan bare gjøres dersom det foreligger en lovhjemmel. Det foreligger altså et legalitetskrav, som jeg skal behandle videre i kapittel 4.

Formålet «sannhetssøken» peker på at samfunnet og individet skal kunne bruke ytringsfriheten til å diskutere seg frem til de påstander som er nærmest virkeligheten. Det demokratiske formålet understreker ytringsfrihetens betydning for at folkestyret skal kunne bestå og utvikle seg. Videre angir «individets frie meningsdannelse» at ytringsfriheten er viktig for at enhver skal kunne danne seg sine egne meninger og ta standpunkt til disse. De tre begrunnelsene har nær sammenheng med hverandre, og er nødvendig for demokratiet.

I forarbeidene påpekes det at en ytring kan defineres som formidling av informasjoner eller ideer. Det er viktig å skille mellom tale og handling.⁴⁴ Årsaken er at ordet «ytring» ved første øyekast kan fremstå som noe verbalt. I realiteten kan midlertidig en ytring være både ord og handlinger. Et budskap kan altså formidles uten å være verbalt, ved f.eks. bruk av spesielle klær eller bæring av symboler. Å delta på demonstrasjoner er også et typisk eksempel på en handling som defineres som en ytring. Hvilke virkemidler som benyttes er avgjørende for hvordan ytringen påvirker sine omgivelser. Det er derfor viktig å ta hensyn til ytringens form i vurderingen av hvilke ytringer som skal beskyttes eller ikke. Misbruk av sterke virkemidler som lyd og bilde, kan ha en mye større skadelig effekt, enn en enkel verbal ytring.⁴⁵ Ytringens form er altså avgjørende for hvilken styrke formidlingen får.

Ellers er det antatt at retten til å forholde seg taus også dekkes av Grl. § 100.⁴⁶ Ytringsfriheten gir dermed muligheten til å velge om man vil ytre seg eller ikke. I de fleste tilfeller vil det ikke kunne tolkes mye ut av stillhet, men taushet kan også være en ytring. I relasjon til straff er det viktig at borgerne er klar over når taushet er en ytring eller ikke.⁴⁷ Hvis ikke svekkes hensynet til forutberegnelighet.

Etter andre ledd første setning er det tre hovedhensyn som begrunner ytringsfrihet. Sannhet, demokrati og individets frie meningsdannelse. Hensynet til individets frie menighetsdannelse krever at deltakerne er selvstendige og frittenkende mennesker. For å oppnå sannhet og

⁴⁴ NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26–27.

⁴⁵ NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26.

⁴⁶ NOU 1999: 27 s. 240 og St.meld.nr.26 (2003–2004) s. 33.

⁴⁷ Johan Vorland Wibye, «Rettslige friheter» punkt 3.1 s. 413, https://www.idunn.no/file/pdf/67171211/rettslige_friheter.pdf (sist besøkt 22.03.21).

frittenkende borgere, må det være fri tilgang til diskusjon og informasjon.⁴⁸ Dette gjelder også for demokratiet, og sikrer individet fullverdig deltakelse i folkestyret. For at hver enkelt skal kunne benytte seg av sin stemme, må de ha selvstendige tanker og meninger om hvordan de ønsker at samfunnet skal være. Diskusjon og informasjon fremmer i tillegg toleranse, innsikt og utvikling. Slike verdier gjør at demokratiet fungerer bedre, og får en sterkere legitimitet. Friheten til å ytre seg er altså viktig for både sannhet, demokrati og individets frie meningsdannelse. Eventuelle begrensinger vil kunne føre til at et eller flere av de tre hovedhensynene forringes.⁴⁹ Straff av ytringer må derfor vurderes opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. På denne måten kan vi komme frem til hvilke begrensinger demokratiet kan akseptere, slik at formålet bak Grunnlovens § 100 fortsatt ivaretas.⁵⁰

Ytringsfrihet er utgangspunktet i Norge. En ytring defineres som uttalelser, handlinger og taushet. Ytringen inneholder gjerne formidling av informasjon eller ideer. Bilder, film og bæring av symboler kan også regnes som ytringer. Ytringer kan straffes etter nærmere vilkår. Straff må ha hjemmel i lov og skal vurderes opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. Begrunnelsene er sannhet, demokrati og individets frie autonomi. Dersom det ilegges straff av en ytring uten at disse vilkårene er oppfylt, vil det foreligge krenkelse av ytringsfriheten. Sannhet og individets frie autonomi er nødvendige for at demokratiets skal kunne realiseres. For at begge disse begrunnelsen skal kunne oppnås, må borgerne ha tilgang på informasjon og en åpen offentlig debatt.

Ytringer kan fremsettes både privat og offentlig. Det må derfor avklares om ytringsfriheten beskytter alle former for ytringer, eller om det er et skille mellom offentlige og private ytringer.

2.2.1 Hvilke ytringer er vernet av Grl. § 100?

Grunnlovens § 100 andre ledd første setning fastsetter ytringsfrihetens begrunnelser. For at formålene skal kunne oppnås må det foreligge noen grunnleggende forutsetninger. Borgerne må ha tilgang til en åpen offentlig debatt for at demokratiet skal kunne bli reelt. Det er i det offentlige rom individene kan utvikle sine personlige meninger og søke etter sannheten gjennom diskusjon. Spørsmålet blir dermed hvilket vern Grl. § 100 gir når det gjelder offentlige ytringer, og hvor grensen trekkes mellom private og offentlige ytringer.

⁴⁸ Torvund (2020) s. 46.

⁴⁹ Torvund (2020) 44–45.

⁵⁰ Torvund (2020) s. 47.

Første punktum i den gamle § 100 i Grunnloven fastslo at «Trykkefrihed bør finde Sted». Forarbeidene påpeker i den sammenhengen at det er viktig å skille mellom ytringer i det offentlige rom og private ytringer. Det skal ikke være forhåndssensur ved offentliggjøring av ytringer.⁵¹ Det er altså ytringer i det offentlige rom oppmerksomheten i den gamle Grl. § 100 var rettet mot. Dette gjelder også for dagens bestemmelse.⁵² Offentligheten var tidligere under sterk regulering av eneherskeren, og Grunnlovsfedrene anså det derfor som grunnleggende at friheten til å bruke det offentlige rom ble beskyttet.⁵³ Det er på denne arenaen borgerne har muligheten til å spre sine ytringer til andre, og kritisere myndighetenes utøvelse.

Årsaken til at det skal skilles mellom offentlige og private ytringer er at de har et ulikt behov for beskyttelse. Offentlige ytringer skal være tilgjengelige for alle, mens bare de en kjenner har tilgang til ytringer i privatlivet. Den offentlige samtale i et fritt demokrati har ofte sitt utgangspunkt i privatlivet. I den private sfæren skal individet få utviklet sin identitet og meninger fritt, uten korrigerende fra samfunnet. Private ytringer må derfor vernes mot innsyn og reguleringer fra det offentlige.⁵⁴

Offentlige ytringer burde på sin side kunne reguleres i en viss grad, ettersom de har potensiale til å nå flere mennesker enn private ytringer. Skadeomfanget av f.eks. krenkende ytringer blir da mindre. Det karakteristiske for den offentlige samtale er en samtale mellom fremmede, men selvstendige og myndige mennesker.⁵⁵ Formuleringen «selvstendig og myndige mennesker» er her fremstilt i et historisk perspektiv av kommisjonen. I dag er det åpenbart ikke noe krav om at ytringsfrihet bare er for de som er «myndige». Alle har rett til å ytre sin mening, uavhengig av alder, psyke eller fysiske utfordringer. Barn må f.eks. ha mulighet til å protestere mot klima, eller andre saker de engasjerer seg i.

I forarbeidene blir det presentert flere begrunnelser for hvorfor ytringsfrihet i det offentlige rom er viktig. Det understrekes at en offentlig debatt gir en bedre mulighet til å korrigere «usanne ytringer». Det burde derfor utvises stor forsiktighet med å straffeforfølge, eller andre tiltak som bidrar til at ytringsfrihetens grenser blir uklare.⁵⁶ Årsaken er at slike virkemidler vil ha en dempende effekt på ytringsfriheten.⁵⁷ Søken etter sannhet kan dermed bli svekket. En

⁵¹ NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26.

⁵² NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26.

⁵³ Michalsen (2011) s. 282–284.

⁵⁴ NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26.

⁵⁵ NOU 1999: 27 punkt 2.3.2 s. 26–27.

⁵⁶ NOU 1999: 27 punkt 2.3.8 s. 34.

⁵⁷ NOU 1999: 27 punkt 2.3.8 s. 34–35.

eventuell regulering må derfor ta hensyn til hvordan ytringene står seg i forhold til ytringsfrihetens tre begrunnelser – sannhet, demokrati og fri meningsdannelse.⁵⁸

Kommisjonen uttaler også at det kan være problematisk å bestemme hvilke ytringer som skal anses som ønsket eller uønsket. Toleranse er viktig i et fritt samfunn med mangfold. Misnøye med visse ytringer gir ikke i seg selv noen tilstrekkelig grunn til å forby dem.⁵⁹

I Rt. 2010 s. 845 (UNE) tok Høyesterett utgangspunkt i ytringsfriheten da de skulle avgjøre om en kvinne kunne straffes for å ha sendt sjikanøse meldinger i over to måneder til direktøren i Utlendingsnemnda. Siden begrunnelsene for meldingene var politiske, men gjort i det private, var det snakk om et grensetilfelle mellom privat og offentlig ytring. Høyesterett påpeker at meldingene fra kvinnen til direktøren ikke var en del av den offentlige debatten, siden meldingene ble sendt til direktørens private telefon.⁶⁰ Videre presiseres det at kvinnen hadde andre offentlige plattformer hun kunne benytte seg av for å ytre sin mening i saken, noe hun også hadde gjort. Hennes ytringsfrihet var derfor ikke begrenset på en slik måte at meldingene til direktøren kunne anses som avgjørende for at hennes ytringsfrihet i saken skulle bli reell.⁶¹ Dommen presiserer at det er ytringer i det offentlige rom Grl. § 100 er ment å beskytte. Det er altså den offentlige debatten ytringsfriheten verner, og ikke hva som ytres mellom private. I grensetilfeller kan det vektlegges om uttalerens ytringsfrihet er begrenset, slik at vedkommende ikke har andre plattformer for å fremsette sin mening.

Ytringsfriheten beskytter den offentlige debatt, som kjennetegnes som en samtale mellom fremmede selvstendige individer. Straff av offentlige ytringer må vurderes opp mot de tre begrunnelsene for ytringsfrihet. Det skal i den sammenheng utvises forsiktighet, slik at ytringsfrihetens grenser ikke blir uklare for borgerne. Hensynet til forutberegnelighet er viktig ved straff av offentlige ytringer.

Som jeg har vært inne på er den offentlige debatten viktig for sannhetssøken og individets autonomi. De tre begrunnelsene for ytringsfrihet har en nær sammenheng, og den offentlige diskusjonen er viktig i et demokratisk perspektiv. Jo flere meninger det er i det offentlig rom, jo lettere kan individet vurdere hvilke oppfatninger de vil identifisere seg med. Offentlige samtaler gjør også at «sannheten» kommer bedre frem, siden alle ytringer får en mulighet til å bli vurdert. Det er derfor en arena der uriktig kunnskap og skadelige meninger kan korrigeres.

⁵⁸ NOU 1999: 27 punkt 2.3 s. 26.

⁵⁹ NOU 1999: 27: punkt 2.3.8 s. 34–35.

⁶⁰ Rt. 2010 s. 845 (UNE) Avsnitt 22.

⁶¹ Rt. 2010 s. 845 (UNE) Avsnitt 23.

Det er et særlig behov for dette i dag, pga. «falske nyheter». Muligheten til å spre meninger er også størst i det offentlige rom. Spesielt ved kritikk av myndighetene er det viktig for enkeltindividet å ha muligheten til å alliere seg med andre borgere som deler de samme synspunktene. Dersom dette ikke er mulig, vil individene i stor grad bli maktesløse overfor staten. Offentlige ytringer må derfor ha en særlig beskyttelse etter GrL. § 100.

2.3 Det historiske idégrunnlaget sett i dagens lys

Selv om det kan virke lenge siden 1814 da Norge fikk sin Grunnlov, er fortsatt dens idégrunnlag svært aktuell i dag. Ordlyden er endret og tilpasset nåtiden, men ytringsfrihetens kjerne fra 1800-tallet setter fortsatt de rettslige rammene for rettsstaten og individet. Sannhet, demokrati og individets frie autonomi, var og er fortsatt utgangspunktet for ytringsfriheten. Hensynenes styrke kan likevel ha endret seg på godt og vondt. Norge ble tidligere påvirket av internasjonale trender. I dag har midlertidig internasjonale konvensjoner blitt en helt sentral del av norsk rett. Vi er forpliktet til å følge de folkerettslige traktatene vi er tilsluttet.

Samtidig vitner den moderne forfatningens historie om at ytringsfriheten er en relativt ung rettighet. Den er ikke nødvendigvis en selvfølge, selv i dagens samfunn. Det kan ved begrensinger av ytringsfriheten være viktig å huske på tiden før den moderne statsforfatningen, slik at konsekvensene ved straff blir tydeligere. Utvidet bruk av straff kan for eksempel gjøre det vanskelig for borgerne å forutse hvilke ytringer som er akseptable, og gi en dempende effekt på den offentlige og frie debatten. Vi vil dermed kunne nærme oss fortidens rettstilstand, der ytringsfriheten var innskrenket og vilkårlig.

Hensynet til individet og samfunnet må fortsatt balanseres mot hverandre i dag. Det oppstår stadig nye utfordringer som kan fortrenge den individuelle friheten. Effektivt statsstyre, beskyttelse av individet og statens ressurser er eksempler på andre hensyn som kan begrense ytringsfrihetens rekkevidde. Beskyttelse er imidlertid et sentralt aspekt for at ytringsfriheten skal kunne bli reell. Friheten vil ha liten betydning dersom den som ytrer seg ikke kan gjøre det uten konsekvenser. Rettigheten har gitt samfunnets individer mulighet til å dele sine meninger samtidig som den beskytter dem mot inngrep fra staten. I neste kapittel skal det derfor redegjøres for statens plikt til å sikre og respektere menneskerettighetene, med særlig fokus på ytringsfriheten, diskrimineringsforbudet og legalitetsprinsippet. Det vil da bli tydeligere hvordan dagens myndigheter skal ivareta ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. Utgangspunktet for hvorfor ytringer kan straffes skal også

presenteres. Det må derfor ses nærmere på hvilke grunnleggende vilkår Grunnloven oppstiller ved bruk av straff.

3 Sikringsplikten etter Grl. § 92

3.1 Innledning

Ytringsfriheten er som nevnt en viktig menneskerettighet i den moderne rettsstaten. Imidlertid innebærer en rettsliggjøring av samfunnet at det også eksisterer andre menneskerettigheter som staten skal sikre. Det kan derfor oppstå situasjoner der to menneskerettigheter står mot hverandre. Spørsmålet blir da hvilken rettighet som burde vernes fremfor den andre. Når det gjelder ytringsfrihet er det særlig hatefulle og diskriminerende ytringer som er problematisk. Det følger av Grl. § 98 andre ledd at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling». Bestemmelsen ble vedtatt i 2014 og Grunnloven fastsetter dermed et forbud mot diskriminering.⁶² Dersom andres menneskeverd blir nedverdiget av offentlige ytringer, er det klart at diskrimineringsforbudet fort kan bli krenket. Vi lever i dag i et flerkulturelt samfunn, og det er særlig viktig å beskytte sårbare grupper mot hat og diskriminering. Hvis ikke vil deres menneskeverd krenkes.

I dette kapittelet skal det gis en fremstilling av hvilken plikt staten har til å sikre ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. I den forbindelse skal det vurderes hvilke tiltak borgerne skal kunne forvente at myndighetene gjør i en demokratisk rettstat, slik at disse menneskerettighetene sikres. Det skal også gis en innledning til statens plikt til å respektere menneskerettighetene ved ileggelse av straff.

3.2 Gjeldende rett etter Grl. § 92

Det følger av Grl. § 92 at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter». Statens myndigheter er pliktsubjektene etter bestemmelsen. Lovgivende, utøvende og dømmende makt er altså forpliktet til å respektere og sikre menneskerettighetene. Dette gjelder også underordnede statlige organer. Suverenitetsprinsippet innebærer at statens ansvar foreligger på statsterritoriet. Ordet «menneskerettighetene» gir uttrykk for at alle menneskerettigheter bør tillegges vekt ved tolkingen av Grunnlovens bestemmelser, både nasjonale og internasjonale. Ellers påpeker forarbeidene til sikringsplikts tidligere bestemmelse, § 110c, at en vid fortolkning av uttrykket «statens myndigheter» burde legges til grunn i forhold til menneskerettighetene.⁶³ Grl. § 92 har i dag samme innhold som den tidligere bestemmelsen Grl. § 110c, og praksisen

⁶² Dok 16 (2011–2012) punkt 26.2 s. 139.

⁶³ NOU 1993:18 punkt 11.3.3.1 s.159.

er videreført.⁶⁴ Som jeg har nevnt i kapittel 1.4.2, innebærer Grl. § 92 likevel ikke alle menneskerettigheter får Grunnlovs rang.

Når det gjelder begrepene «respekterer og sikrer», må de ses i sammenheng med alle rettighetene i Grunnlovens kap. E, og andre menneskerettslige konvensjoner som Norge har ratifisert. Dette medfører negative og positive forpliktelser for staten. Myndighetenes negative forpliktelser innebærer at de skal avstå fra handlinger som krenker menneskerettighetene. Staten skal f.eks. ikke straffe ytringer uten en klar lovhjemmel og en god begrunnelse der det fremheves at ytringsfrihetens begrunnelse består på tross av straffen, jf. Grl. § 100 andre ledd. Ordlyden er imidlertid uklar på hvordan staten skal gjennomføre og oppfylle sine forpliktelser. Det følger av forarbeidene at formuleringen «respektere og sikre» blant annet er hentet fra FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 2.⁶⁵ Dette innebærer at de som handler på statens vegne, skal unnlate å krenke rettighetene og gjøre positive tiltak for å forebygge krenkelse.⁶⁶ Positive tiltak skal altså hindre at andre enn staten bryter menneskerettighetene.

Det foreligger lite norsk praksis om Grl. § 92. Det må derfor ses på hvordan EMK art. 1 tolkes av EMD i saker som omhandler sikringsplikten. Like konvensjons- og grunnlovsbestemmelser kan som nevnt i kapittel 1.4.2 ha samme innhold. Læren om positive forpliktelser er utviklet gjennom praksis fra EMD.⁶⁷ Det generelle utgangspunktet for tolkningen finnes i EMK art. 1, som pålegger statene å «secure». Dette innebærer at myndighetene må gjøre nødvendige anstrengelser for å sørge for at menneskerettighetene oppfylles i størst mulig grad. Enkeltindividet skal ikke måtte sørge for at deres menneskerettigheter blir respektert eller sikret. Den positive forpliktelsen kan dermed innebærer at staten må kriminalisere handlinger fra private som kan krenke menneskerettighetene. De positive forpliktelsene deles gjerne i to. Staten skal beskytte og oppfylle alle menneskerettighetene til borgerne. For lovgiver innebærer dette god lovgivning, mens domstolen skal sørge for god rettshåndhevelse.⁶⁸ Når det gjelder regjeringen er det gjerne snakk om bevilgning, særlig i forhold til ytringsfrihet.

⁶⁴ Innst.169 S (2012–2013) punkt 1.6.1 s. 8.

⁶⁵ International Covenant on Civil and Political rights, December 1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter) – SP.

⁶⁶ NOU 1993:18 punkt 11.3.3.1 s.158.

⁶⁷ Starmer (1999) kapittel 5 s.195–196.

⁶⁸ Starmer (1999) kapittel 5 s.195–196.

Rettighetssubjektene etter Grl. § 92 er i hovedsak borgerne. Rettighetene gjelder for «everyone», etter EMK art. 1. Grunnloven § 92 har ikke noen tilsvarende formulering, men utgangspunktet er likevel det samme.⁶⁹ Utlendinger som befinner seg innenfor Norges territorium og jurisdiksjon er også omfattet, men de vil gjerne ikke ha det samme kravet på positive rettigheter. Dette må vurderes mer konkret. Tilsvarende vurdering gjelder i spørsmål om ansvaret omfatter både fysiske og juridiske personer. Når det gjelder ytringsfrihet etter EMK art. 10, så tilkommer den alle.⁷⁰ Årsaken er at ytringsfriheten effektiviseres gjennom det kollektive, som gjerne er en juridisk person. Dersom juridiske personer avskjæres, vil det angripe selve essensen av rettigheten.⁷¹ Dette må også gjelde for Grl. § 100.

Lovgivende, dømmende og utøvende makt skal sikre og respektere ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. Staten skal gjøre nødvendige anstrengelser for å sørge for at disse menneskerettighetene oppfylles i størst mulig grad. Dette innebærer positive tiltak fra myndighetenes side. Videre skal myndighetene avstå fra urettmessig bruk av straff. Rettigheten gjelder alle på statens territorium. Fysiske og juridiske personer er beskyttet av ytringsfriheten.

Det skal videre vurderes hvilke negative og positive tiltak staten skal gjøre for å sikre ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. Ved positive tiltak kan det være snakk om økonomiske bevilgninger, beskyttelse eller tilrettelegging fra staten. Negative tiltak kan innebære bruk av straff for å hindre at borgerne krenker hverandres menneskeverd eller ytringsfrihet.

3.3 Statens positive plikt til å sikre ytringsfriheten

3.3.1 Statens plikt til å beskytte ytringsfriheten

For at ytringsfriheten skal kunne realiseres, er staten nødt til å gjøre positive tiltak. Dette gjelder særlig i situasjoner der andre kan krenke ytringsfriheten til den som ønsker å fremsette sine meninger i det offentlige rom. Det er derfor klart at det må foreligge et krav om å beskytte ytringsfriheten. Spørsmålet blir hvilke tiltak borgerne kan forvente at myndigheten gjør for å beskytte ytringsfriheten.

⁶⁹ Aall (2018) s. 56.

⁷⁰ Autronic AG mot Sveits [P] 1990, no. 12726/87, avsnitt 47.

⁷¹ Aall (2018) s. 57.

I *Arzte fur das Leben mot Østerrike* fikk ikke demonstranter utført protester eller demonstrasjoner fordi de gjentatte ganger ble angrepet av motdemonstranter. Dette forhindret demonstrantene i å fremsette sitt budskap, og de anførte derfor brudd på EMK art. 9, 10 og 11.⁷² Det var altså snakk om brudd på retten til tanke- og religionsfrihet, ytringsfrihet og forsamlingsfriheten. Staten på sin side mente de hadde overholdt sin plikt, ettersom de ikke gjorde noen inngrep. Det forelå etter deres syn ingen positiv plikt til å beskytte demonstranter.⁷³ EMD var ikke enig med myndighetene og påpekte at det var behov for effektiv politibeskyttelse, slik at klageren kunne benytte seg av retten til en fredfull demonstrasjon, uten risiko for angrep fra motdemonstranter. Beskyttelse mot vold er et nødvendig positivt tiltak for at forsamlingsfriheten etter EMK art. 11 skal kunne realiseres.⁷⁴

Dommen viser at retten til ytringsfrihet og forsamlingsfrihet har en nær relasjon. Den ene friheten vil i liten grad kunne realiseres uten den andre. Staten må derfor gjøre positive tiltak i situasjoner der ytringsfriheten kan begrenses av vold eller andre integritetskrenkninger. Opposisjonspolitikere og andre skal kunne ytre seg, uten å være redd for fysiske krenkninger fra andre. Det er f.eks. snakk om å sette inn politi som kan forhindre andre i å utføre vold mot den som ytrer seg. Dette kan være aktuelt ved demonstrasjoner, debatter og i andre situasjoner der det er fysisk meningsutveksling i offentligheten. De som kritiserer andre i en offentlig debatt med saklige argumenter skal ikke måtte bli sjikanert eller usatt for trusler. Staten kan likevel ikke garantere for at private ikke kommer med angripende handlinger. Det er anstrengelsene staten gjør for å forhindre slike handlinger som teller.⁷⁵ Plikten til å beskytte ytringsfriheten kan heller ikke gå lengre enn grensene som følger av GrL § 100. I de tilfellene der ytringer legitimt kan straffes, vil plikten til å beskytte opphøre. Andre konsekvenser som økt imøtegåelse, moralsk fordømmelse eller lignede faller også utenfor statens ansvar.

Statens skal beskytte den som offentlig ytrer seg mot vold, trusler, sjikane eller tilsvarende integritetskrenkninger. Andre borgere skal ikke begrense enkeltindividets ytringsfrihet. Det er myndighetens innsats som avgjør om beskyttelsen er god nok eller ikke.

⁷² *Arzte fur das Leben mot Østerrike* [J] 1988, no. 10126/82, avsnitt 21.

⁷³ *Arzte fur das Leben mot Østerrike* [J] 1988, no. 10126/82, avsnitt 29.

⁷⁴ *Arzte fur das Leben mot Østerrike* [J] 1988, no. 10126/82, avsnitt 32.

⁷⁵ Aall (2018) s. 274–275.

3.3.2 Statens plikt til å legge til rette for ytringsfrihet – Infrastrukturkravet i Grl. § 100 sjette ledd

I noen tilfeller vil det være nødvendig med beskyttelse, slik at den som ønsker å ytre seg kan gjøre det uten å være redd for trusler eller vold. På denne måte sikrer staten at ytringsfriheten ikke blir krenket av de som skulle være uenige med den som ytrer seg. Det er likevel nødvendig med andre typer tiltak for at ytringsfriheten skal kunne realiseres fullt ut. Som jeg var inne på i kapittel 2.1 var ytringsfriheten tidligere vilkårlig, og de med høy status i samfunnet var gjerne de som fikk ytre seg. Dette vil i dag stride med den demokratiske tankegangen og hensynet til sannhetssøken. Det er derfor behov for at staten hindrer at kun et lite antall ytringer når offentligheten. Spørsmålet blir dermed hvilke tiltak staten skal gjøre for å sikre at alle borgerne får så lik ytringsfrihet som mulig.

Grunnlovens § 100 sjette ledd fastsetter at «[d]et påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale». Ytringsfriheten har altså en egen sikringspliktbestemmelse, og det omtales som infrastrukturkravet.⁷⁶ Staten har etter dette en positiv plikt når det gjelder ivaretagelse av fri meningsbrytning, formidling av kunnskap og informasjon. Ordlyden peker imidlertid ikke på hvordan dette skal gjøres, eller hvilke krav borgerne kan fremsette direkte. Bestemmelsen fremstår derfor hovedsakelig som en politisk programerklæring, noe forarbeidene til grunnlovsrevisjonen også understreker.⁷⁷ Dette innebærer at sjette ledd ikke har en klar rettighetskarakter, og at borgerne ikke kan fremsette direkte krav med utgangspunkt i Grl. § 100 sjette ledd.

Forarbeidene til Grl. § 100 påpeker hva infrastrukturkravet innebærer for staten.

Myndighetene skal legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale.

Vedlikehold og utvikling av det offentlige rom løftes fram som et viktig offentlig ansvar.⁷⁸

Videre sies det at staten har ansvar for borgernes faktiske ytringsmulighet.⁷⁹ Sjette ledd setter altså et krav til myndighetene om å sørge for at ytringsfriheten realiseres. Dette innebærer å legge til rette for kanaler og institusjoner, slik at samfunnet får en åpen og opplyst offentlig samtale. Staten har et overordnet statlig ansvar for oppbyggingen av et offentlig rom. Det er ikke nok med fravær av inngrep i ytringsfriheten, for at det offentlige rom skal fungere optimalt. Det er derfor nødvendig med aktive tiltak fra statens side, slik at infrastrukturkravet

⁷⁶ NOU 1999:27 punkt 10.3.8 s. 249.

⁷⁷ Dok 16 (2011–2012) punkt 28.2 s. 160.

⁷⁸ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1 s. 10.

⁷⁹ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1 s. 10.

og ytringsfriheten realiseres.⁸⁰ Myndighetene vil være forpliktet til å ta dette kravet i betraktning når lovgivning og andre tiltak av betydning for ytringsfriheten vurderes.⁸¹ Sjettede ledd inneholder elementer av rettighet og deklarasjon. Meningen er ofte da at meningsinnholdet skal leses i sammenheng. Sjettede ledd forutsetter derfor at de forestående leddene i Grl. § 100 eksisterer.⁸² Det er likevel vanskelig å fastlegge et klart generelt juridisk innhold i infrastrukturkravet. Dette har sammenheng med bestemmelsens politiske utforming, og Grl. § 100 sjettede ledd bærer derfor preg av å være deklarasjon.

Å hindre monopolisering er et svært viktig aspekt av statens ansvar etter Grl. § 100 sjettede ledd. Dette er en problemstilling som har vært, og fortsatt er aktuell. Den som kan ytre seg har muligheten til å påvirke andre, og dermed tilgang på en stor makt. I dag er det i hovedsak snakk om å hindre at eierskap til media samles på et få antall mennesker. Dersom noen få regulerer medias plattform, vil det bli færre mangfoldige ytringer som får plass i offentligheten.⁸³ Staten burde derfor reagere på et ensidig udemokratisk mediebilde. Det kan f.eks. være aktuelt å pålegge media å slippe til motforestillinger ved å bruke straff, eller andre negative virkemidler.⁸⁴ Økonomiske tiltak kan også være et virkemiddel, ved at det gis pengestøtte til mindre aviser eller tabloider. Ellers kan staten gi støtte til ideelle organisasjoner for å skape dialog, toleranse og demokratibyggning.⁸⁵ Det kan for eksempel være aktuelt å gi økonomisk bistand til kulturelle og religiøse organisasjoner. Det er med andre ord nødvendig med positive tiltak som både er inngripende og tilretteleggende.

Myndighetene skal gjøre tiltak som sikrer at alle borgerne får en faktisk mulighet til å ytre seg i offentligheten. Formålet med tiltakene skal være vedlikehold og oppbygning av det offentlige rom. Det skal også tilrettelegges for kanaler og institusjoner som er inkluderende og fremmer informasjon, kunnskap og toleranse.

⁸⁰ NOU 1999:27 punkt 10.3.8 s. 249.

⁸¹ St.meld.nr.26 (2003–2004) s. 151–152.

⁸² Smith (2017) s. 319.

⁸³ Aall (2018) s. 273.

⁸⁴ Aall (2018) s. 274–275.

⁸⁵ Aall (2018) s. 274.

3.4 Statens plikt til gjennomføring av straffelovgivning for å hindre krenkelse av diskrimineringsforbudet

For at ytringsfriheten skal bli reell, er det nødvendig med både beskyttelse og tilrettelegging. Det er imidlertid også et behov for å sikre Grl. § 98 andre ledd. Staten må gjøre positive tiltak, slik at diskrimineringsforbudet beskyttes. Dette kan medføre at ytringer som fremstår diskriminerende og hatefulle ikke aksepteres. Diskrimineringsforbudet er dermed en menneskerettigheter som trenger at ytringsfriheten innskrenkes i noen særlige situasjoner. Det oppstår derfor spørsmål om hvilke tiltak staten skal gjøre for å sikre Grl. § 98 andre ledd mot diskriminerende og hatefulle ytringer. Behovet for strl. § 185 skal altså begrunnes.

I X og Y mot Nederland gjaldt saken en ung psykisk utviklingshemmet jente som ble voldtatt på institusjonen hun bodde på. Faren måtte anmelde saken på vegne av datteren, siden hun var mentalt ute av stand til å gjøre det. Etter nederlandsk lov måtte jenta ta initiativ til anmeldelsen selv. Saken ble derfor henlagt og avvist av en nederlandsk domstol.⁸⁶ Den europeiske menneskerettsdomstolen måtte dermed ta stilling til om lovverket beskyttet jentas rett til privatliv og familieliv, jf. EMK art. 8. Domstolen uttalte at EMK art. 8 pålegger statene visse positive forpliktelser for å sikre en effektiv beskyttelse av retten til privatliv og familieliv.⁸⁷ I dette tilfellet var ikke disse kravene oppfylt, og jentas rett til privatliv var krenket siden faren ikke kunne anmelde saken på vegne av henne.⁸⁸ Lovgivningen var derfor mangelfull. Det ble i den sammenhengen uttalt at straffelovgivning på mange områder vil være essensielt for å oppnå tilstrekkelig beskyttelse av menneskerettighetene.⁸⁹ Avgjørelsen viser at menneskerettighetene skal sikres med effektiv og tilfredsstillende lovgivning. Det kan særlig være snakk om å vedta straffelovgivning for å avskrekke borgerne fra å krenke hverandres menneskerettigheter. Når det gjelder ivaretagelse av diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 andre ledd, vil det være nødvendig med lovgivning som kriminaliserer hatefulle og diskriminerende ytringer. På denne måten vil utsatte mennesker vernes mot særlig krenkende ytringer fra andre borgere. Straffens allmennpreventive styrke vil sørge for færre krenkende ytringer i fremtiden. Andre menneskerettigheter kan altså tale for at ytringer skal straffes, slik at ytringsfriheten innskrenkes.

⁸⁶ X og Y mot Nederland [P] 1985, no. 8978/80, avsnitt 12.

⁸⁷ X og Y mot Nederland [P] 1985, no. 8978/80, avsnitt 23.

⁸⁸ X og Y mot Nederland [P] 1985, no. 8978/80, avsnitt 30.

⁸⁹ X og Y mot Nederland [P] 1985, no. 8978/80, avsnitt 24.

Straffelovgivningen må imidlertid være praktisk og effektiv, slik at kriminaliseringen blir en realitet. Dårlig gjennomført lovgivning vil medføre at få blir straffet for diskriminerende og hatefulle ytringer, og staten vil da ha forsømt sin plikt til å sikre Grl. § 98 andre ledd. Det er imidlertid myndighetenes bestrebelse som er avgjørende når statens gjennomføring av straffelovgivning skal vurderes.⁹⁰ Staten kan dermed ikke garantere for at kriminaliseringen gir færre krenkelser.⁹¹ Samtidig må ytringsfrihetens grenser respekteres i straffebestemmelsen. Den formelle lovgivningen skal ikke kunne gå lengre enn hva Grl. § 100 tillater. Straff vil f.eks. ikke være legitimt i tilfeller der uttalelsen kan forsvares av ytringsfrihetens begrunnelser. Dårlig balansering kan medføre krenkelse av enten ytringsfriheten eller diskrimineringsforbudet, og staten kan da bli ansvarlig.⁹²

Den positive plikten til å beskytte menneskerettighetene gjennom lovgivning fremkommer i hovedsak av EMDs praksis. Likevel finnes det bestemmelser i f.eks. FNs rasediskrimineringskonvensjonen som uttrykkelig krever gjennomføring av rettigheter med lov.⁹³ Norge ratifiserte konvensjonen i 1970.⁹⁴ Konvensjonen gjelder nå som norsk lov gjennom likestillings- og diskrimineringsloven, jf. ldl. § 5.⁹⁵ Etter art. 4 og 5 i ICERD er det et krav om straffelovgivning, slik at rasediskriminerende ytringer eller handlinger kriminaliseres.

For at staten skal oppfylle sin plikt etter Grl. § 92 og ivareta diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 andre ledd, må diskriminerende og hatefulle ytringer kriminaliseres gjennom straffelovgivning. Forbudet mot rasediskriminering etter ICERD, skal også beskyttes. Ytringsfriheten kan derfor innskrenkes ved bruk av straff.

Siden staten skal kriminalisere diskriminerende og hatefulle ytringer, skal det videre redegjøres for hvilke grunnleggende krav Grunnloven oppstiller for straffebestemmelser.

⁹⁰ Aall (2018) s. 61.

⁹¹ Aall (2018) s. 58–59.

⁹² Aall (2018) s. 59.

⁹³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965 (FNs rasediskrimineringskonvensjon) – ICERD

⁹⁴ FNs konvensjon mot rasediskriminering (ICERD), <https://www.regjeringen.no/no/tema/likestilling-og-inkludering/likestilling-og-inkludering/konvensjoner/fns-rasediskrimineringskonvensjon-/id670417/> (sist besøkt 17.03.21).

⁹⁵ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) – ldl.

3.5 Statens plikt til å respektere menneskerettighetene – Legalitetsprinsippet

3.5.1 Innledning

I tillegg til å sikre menneskerettighetene, skal staten også respektere dem. Dette innebærer at myndighetene ikke skal gjøre urettmessige inngrep i borgernes rettigheter som er fastsatt i Grunnlovens kapittel E. I Grunnloven er det særlig tre bestemmelser som skal beskytte borgerne. Legalitetsprinsippet er i dag fastsatt i Grl. §§ 94, 96 og 113, og oppstiller et krav om lovhjemmel for at staten skal kunne gripe inn i rettssfæren til borgerne. Grunnlovens § 94 omhandler retten til personlig frihet og krever lovhjemmel ved frihetsberøvelse, mens Grl. § 96 fastsetter legalitetsprinsippet på strafferettens område. Det generelle legalitetsprinsippet følger av Grl. § 113, og krever at alle inngrep har grunnlag i en lovhjemmel. I denne drøftelsen skal det ses nærmere på det strafferettslige legalitetsprinsippet i Grl. § 96. Årsaken er at problemstilling dreier seg om hvordan straff kan brukes til å innskrenke ytringsfriheten. Det må derfor analyseres hvilke krav Grl. § 96 oppstiller for at staten skal kunne ilegge straff.

3.5.2 Det strafferettslige legalitetsprinsippet og kravet om en klar lovhjemmel

Det strafferettslige legalitetsprinsippet sier at «[i]ngen kan dømmes uten etter lov eller straffes uten dom», jf. Grl. § 96 første ledd. Domstolene må ha hjemmel i lov for å kunne ilegge straff. Dette er utgangspunktet uansett om det er snakk om å straffe ytringer eller andre handlinger. Ordet «lov» gir lite veiledning når det gjelder innholdet i hjemmelen. Sett i sammenheng med straff peker ordlyden mot at det skal stilles strenge krav til straffebestemmelsen, siden det gjelder statens hardeste inngrep mot individet.

Etter forarbeidene til grunnlovsrevisjonen skal begrepet «lov» forstås slik at det må fremgå rimelig klart av lovhjemmelen hvilke handlinger som er straffbare, og hvordan disse handlingene vil bli pådømt og straffet. Straffeansvar kan derfor ikke etableres på grunnlag av analogislutninger fra eksisterende lover.⁹⁶

Høyesterett skulle i Rt. 2004 s. 357 overprøve lagmannsrettens avgjørelse. Saken gjaldt en begjæring av gjenopptakelse. Grunnlaget var at den domfelte var straffet etter en lovbestemmelse som var vedtatt, men ikke kunngjort i Norsk Lovtidend da handlingen fant sted. Høyesterett tok utgangspunkt i EMK art. 7 og EMDs vurdering av lovbegrepet. Retten kom frem til at lovkravet innebærer at nye, strengere strafferegler i utgangspunktet ikke kan

⁹⁶ Dok. Nr. 16 (2011–2012) punkt 24.2.1 s. 126.

anvendes overfor den enkelte før de er kunngjort.⁹⁷ Saken fastsetter at loven må gjøres tilgjengelig. Vedtakelse er derfor ikke nok, loven skal også være kunngjort. Forståelsen av EMK art. 7 legges til grunn ved tolkningen av lovkravet i Grl. § 96.

I Rt. 2012 s. 1211 (blogger-kjennelse) hadde en blogger oppfordret til drap på polititjenestemenn på internett.⁹⁸ Høyesterett vurderte lagmannsrettens lovtolkning, der hovedspørsmålet var om ytringen kunne regnes som offentlig etter den gamle straffeloven av 1902.⁹⁹ Høyesteretts ankeutvalg sa seg enig med lagmannsrettens vurdering av kravet til klar hjemmel som gjelder i straffesaker, jf. Grl. § 96 og EMK art. 7. Høyesteretts ankeutvalg viser i den sammenheng til to tidligere avgjørelser fra Høyesterett. I disse dommene ble det uttalt at lovkravet innebærer at det ikke er avgjørende hva lovgiver måtte ha ment når en eventuell lovgiverintensjon ikke har kommet tydelig til uttrykk i loven. Det fremheves at straffbarheten må følge av loven, og at manglende støtte i ordlyden ikke avhjelpes ved at forholdet er klart straffverdig, og at lovgiver utvilsomt ønsket å ramme det.¹⁰⁰

Avgjørelsen viser at lovgivers intensjoner ikke kan tillegges større vekt enn ordlyden som fremkommer av straffebestemmelsen. Andre rettskilder som f.eks. forarbeidene kan dermed ikke brukes til å gi en straffebestemmelse en annen betydning enn det som fremkommer direkte av ordlyden. Det skal være klart for borgerne hvilke handlinger som er straffbare, og loven skal gi tilstrekkelig kunnskap om hvilke handlinger som er rettsstridige. På denne måten sikres hensynet til forutberegnelighet og rettssikkerhet.

I HR-2016-1458-A gjaldt saken straff for pirattaxivirksomhet. Spørsmålet var om avtale om persontransport via mobilapplikasjonen Haxi måtte regnes som et tilbud på offentlig plass etter yrkestransportloven § 4.¹⁰¹ Førstevoterende presiserer hva som ligger i lovkravet etter strafferetten, jf. Grl. § 96 og EMK art. 7. Straffebudene skal utformes tilstrekkelig presist, slik at det gis en nødvendig veiledning om grensen mellom rett og galt på det aktuelle området. Videre skal lovkravet instruere domstolene til å påse at straffansvar ikke ilegges utover de situasjoner som selve ordlyden i straffebudet dekker ved tolkningen og anvendelsen av

⁹⁷ Rt. 2004 s. 357 avsnitt 15–16.

⁹⁸ Rt. 2012 s. 1211 (Blogger-kjennelse) avsnitt 2.

⁹⁹ Rt. 2012 s. 1211 (Blogger-kjennelse) avsnitt 14–15.

¹⁰⁰ Rt. 2012 s.1211 (Blogger-kjennelse) avsnitt 18.

¹⁰¹ HR-2016-1458-A avsnitt 1.

straffebestemmelser. Det blir vist til en rekke tidligere rettspraksis fra Høyesterett der lovkravet har blitt forstått slik at straff per analogi er utelukket.¹⁰²

Dommen presiserer hvordan lovgiver skal utforme straffebestemmelse etter kravene til Grl. § 96. Et straffebud skal gi en presis beskrivelse slik at det viser skillet mellom hva som er en straffbar handling eller ikke. Ordlyden skal være veiledende ved tolkning, og domstolen har ansvar for å legge denne forståelsen til grunn. Det skal ikke foretas analogitolkninger. Grunnlovens § 96 setter altså faste krav til lovgiver og domstolene når det gjelder straff. Lovkravet er fundamentalt i en rettsstat, og skal ivareta forutberegnelighet og hindre myndighetsmisbruk.

For at det skal kunne ilegges straff må kravet til en klar lovhjemmel være oppfylt. Kravet innebærer at straffebestemmelser skal ha en klar utforming og være tilgjengelig for borgerne. Det kan derfor ikke ilegges straff dersom ytringen faller utenfor straffebudets ordlyd. Ordlyden skal gjøre det tydelig for borgeren hvilke ytringer som er straffbare. Analogitolkninger aksepteres ikke dersom ytringen ikke rammes av det aktuelle straffebudet.

I neste kapittel skal det redegjøres for hvilke grenser Grl. § 100 setter for straff. Det vil da bli klarere hvilke grenser ytringsfriheten setter for rekkevidden til strl. § 185.

¹⁰² HR-2016-1458 avsnitt 8.

4 Ytringsfrihetens grenser og straff

4.1 Innledning

Det skal i dette kapittelet ses nærmere på hvilke vilkår Grl. § 100 oppstiller for at staten skal kunne straffe ytringer. Grunnlovens § 100 er i hovedsak negativt definert. Staten skal avstå fra å straffe ytringer, med mindre særskilte vilkår er oppfylt. Spørsmålet er hvilken adgang Grl. § 100 gir staten til å straffe ytringer. Innholdet i vilkårene til Grl. § 100 må derfor klargjøres, slik at det blir tydelig hvilke begrensinger ytringsfriheten oppstiller for straff. Straffbarhet i ettertid av ytringsfremsettelse defineres som materiell ytringsfrihet, og reguleres av Grl. § 100 andre og tredje ledd.¹⁰³ Innholdet i disse leddene blir derfor utgangspunktet for vurderingene som skal gjøres videre i kapittel 4.2 og 4.3. Fjerde og femte ledd i Grl. § 100 om forhåndssensur og innsynsrett i offentlige myndigheter, faller utenfor oppgavens tema.

4.2 Kravet om Lovhjemmel i Grl. § 100 andre ledd

4.2.1 Vilkår for å kunne straffe ytringer

Som jeg var inne på i kapittel 2.2, følger det av Grl. § 100 andre ledd andre setning at det må foreligge en lovhjemmel ved straff av ytringer som er beskyttet av ytringsfriheten. Sett i sammenheng med første setning i andre ledd, kan straff bare ilegges i tilfeller der det lar seg forsvare opp imot ytringsfrihetens begrunnelse. Vurderingen går ut på om straffen ivaretar sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Ellers er det noe uklart hva innholdet i kravet om lovhjemmel innebærer. Det er klart at ved bruk av straff vil minstekravet til lovhjemmelen være den regelen Grl. § 96 oppstiller. Ordlyd og utforming skal være klar, og lovteksten skal være tilgjengelig. Spørsmålet blir dermed hvilket innhold kravet til lovhjemmel har etter Grl. § 100 andre ledd.

Det uttales i forarbeidet til grunnlovsrevisjonen at kravet om lovhjemmel i Grl. § 100 er absolutt for at ytringer skal kunne straffes.¹⁰⁴ Videre følger det av forarbeidene til Grl. § 100 at rettslige inngrep i den klassiske ytringsfriheten, som ikke lar seg forsvare holdt opp mot de tre begrunnelsene i andre ledd, ikke kan vedtas eller håndheves.¹⁰⁵ Både lovgivning og rettslige avgjørelser må altså være i tråd med Grl. § 100 andre ledd. Dette innebærer at

¹⁰³ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 28.2 s. 159.

¹⁰⁴ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 28.2 s. 159.

¹⁰⁵ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1 s. 9.

straffebestemmelser skal utformes slik at vilkårene i Grl. § 100 andre ledd oppfylles, med mindre andre deler av Grl. § 100 oppstiller strengere krav.

I Rt. 2012 s. 1211 (blogger-kjennelse) vurderte Høyesterett hva lovkravet i Grl. § 100 andre ledd innebærer. Flertallet trekker frem lagmannsrettens begrunnelse og sier seg enig med den. I begrunnelsen ble det bemerket at kravet til klar lovhjemmel for straffansvar ikke minst vil være av betydning i saker hvor straffebudet innebærer en begrensning av ytringsfriheten.¹⁰⁶ Dommen presiserer at for å idømme straff kreves det en klar lovhjemmel, særlig i tilfeller der ytringsfriheten innskrenkes som følge av straffebestemmelsen. Ytringsfriheten har dermed et sterkere vern mot straff enn andre ulovlige handlinger.

I Rt. 2010 s. 845 (UNE) kom Høyesterett med uttalelser om hvilke krav som må være oppfylt for å ilegge straff av ytringer. Den tiltalte kvinnen påberopte at straff ikke kunne ilegges ettersom uttalelsene hennes var vernet av ytringsfriheten.¹⁰⁷ Førstevoterende uttaler at domfellelse etter straffeloven 1902 § 390 a ikke kan skje dersom dette utgjør et utillatelig inngrep i ytringsfriheten. Inngrep må være nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. EMK art. 10 nr. 2.¹⁰⁸ Høyesterett påpekte også at meldingene til direktøren var av en slik karakter at de var egnet til å gjøre han og hans familie utrygg. Dette talte også for ileggelse av straff.¹⁰⁹

Avgjørelsen understreker at det må foreligge en særlig begrunnelse dersom ytringer skal straffes. Inngrepet må etter EMK art. 10 nr. 2 være nødvendig i et demokratisk samfunn, noe som kan svare til vurdering som skal gjøres etter Grl. § 100 andre ledd. Straff kan ikke forsvares dersom ytringen ivaretar sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Ellers vil det som tidligere nevnt i kapittel 2.2.1, være avgjørende om ytringen er offentlig eller privat. Private ytringer som sjikanerer i et stort omfang kan straffes, og er ikke i strid med hverken EMK art. 10 eller Grl. § 100. I slike tilfeller er det heller privatlivets trygghet som skal beskyttes og regnes som nødvendig i et demokratisk samfunn. Høyesterett la dermed stor vekt på at det ikke dreide seg om offentlig menighetsbryting i vurderingen om straff kunne ilegges. Borgerne kan altså gi uttrykk for sine egne meninger i det offentlige rom, men ikke trakassere andre for å gjøre det samme. Personlige angrep i

¹⁰⁶ Rt. 2012 s. 1211 (Blogger-kjennelse) avsnitt 17.

¹⁰⁷ Rt. 2010 s. 845 (UNE) avsnitt 19.

¹⁰⁸ Rt. 2010 s. 845 (UNE) Avsnitt 19.

¹⁰⁹ Rt. 2010 s. 845 (UNE) Avsnitt 23.

offentlige debatter vil også være begrenset.¹¹⁰ Dette gjelder også for offentlige personer. De skal ikke måtte tåle sjikanerende uttalelser i en større grad enn andre.

For å kunne straffes for en ytring må det foreligge en særlig klar lovhjemmel og inngrepet må kunne forsvares opp mot ytringsfrihetens begrunnelser. Denne vurderingen er utgangspunktet når det skal vurderes om en ytring som er beskyttet av ytringsfriheten kan straffes. Offentlig meningsbryting har et sterkt vern mot straff. Slike ytringer kan likevel straffes i tilfeller der andre trakasseres eller sjikaneres på en hensynsløs måte. Spesielt ytringer som skaper utrygghet i privatlivet vil tale for ileggelse av straff.

Grunnlovens § 100 andre ledd oppstiller dermed en høyere terskel for at ytringer kan straffes enn Grl. § 96. Straffebestemmelser som kriminaliserer ytringer skal være særlig klar. Det skal også vurderes om straffen ivaretar sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Dette gjør at straff av ytringer må begrunnes ytterligere. Årsaken er at ytringer har en egenverdi for samfunnet.

4.3 Politiske ytringer og straff

4.3.1 Innledning

Det følger av Grl. § 100 tredje ledd at «[f]rimodige 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.» Første setning understreker at alle har rett til å fremsette politiske ytringer. Formuleringen «frimodige ytringer om statsstyret» påpeker et spesielt sterkt vern for politiske ytringer. Andre ledd åpner imidlertid opp for at også politiske ytringer kan straffes, slik at disse ytringene heller ikke nyter et absolutt vern. Formuleringen «klart definerte grenser» i andre ledd, innebærer at det må eksistere en lovhjemmel med særlig klar ordlyd ved ileggelse av straff. Hensynet til forutsigbarhet er dermed sterkt for politiske ytringer.

En av ytringsfrihetens sentrale begrunnelser er «demokrati», jf. Grl. § 100 andre ledd første setning. Ordet «demokrati» henviser til at politiske ytringer utgjør kjerneområdet for ytringsfriheten. Uttalelser med en politisk karakter må derfor nyte et særlig sterkt vern. Setningen «særlig tungtveiende hensyn» i tredje ledd taler også for at det foreligger en høy terskel for å straffe politiske ytringer. Forarbeidene til grunnlovsrevisjonen støtter også denne

¹¹⁰ Torvund (2020) s. 46.

forståelsen. Videre sies det at skillet mellom andre og tredje ledd innebærer at vilkårene for inngrep vil variere alt etter som det er snakk om politiske ytringer eller ikke.¹¹¹ Det må derfor skilles mellom straff av politiske ytringer og «andre ytringer».

Det er likevel uklart hvilke konkrete krav som må stilles ved ileggelse av straff for ytringer etter Grl. § 100 tredje ledd. Det må derfor vurderes nærmere hva som er en politisk ytring og i hvilke tilfeller slike ytringer kan straffes.

4.3.2 Hva regnes som en politisk ytring?

Grunnlovens § 100 tredje ledd virker å stille opp en høy terskel for at politiske ytringer skal kunne straffes. Det må derfor avklares hvilke ytringer som kan defineres som politiske.

I forarbeidene til Grl. § 100 trekkes kjennetegnene til politiske ytringer frem.

Ytringskommisjonen uttaler at «[m]ed «frimodige ytringer» menes ytringer som det kan kreves både mot og uavhengighet for å framsette. I særlig grad siktes det til kritiske ytringer på tvers av den etablerte oppfatning eller på tvers av autoriteter. Det kan videre være et kjennetegn at ytreren subjektivt mener at han eller hun taler for en god sak. Begrepet dekker også de mindre kontroversielle ytringer, men behovet for vern vil være størst for de kritiske – av noen uønskede – ytringer.»¹¹² Årsaken er at disse ytringene er under et særlig press, og vil miste muligheten til å nå offentligheten uten et særlig vern. Videre påpekes det at «[f]rimodige ytringer omfatter i sin kjerne opposisjonelle ytringer i kontradiktorisk forstand. Begrepet dekker derimot ikke den kontrære ytring med umiddelbare straffbare handlinger og/eller andre lovløse tilstander som mål.»¹¹³ Dette er naturlig siden lovgiver har angitt hva som skal kriminaliseres i straffebestemmelser. Ytringer som har ulovlige motiver, har derfor ikke en verneverdig interesse i forhold til demokratiet, og skal ikke beskyttes i kraft av å være politiske. Ellers må en frimodig ytring etter sin art kunne inngå i sannhetssøken, demokrati eller individets frie meningsdannelse. Dersom dette ikke er tilfellet, vil ytringen mest sannsynlig ikke kunne defineres som frimodig.¹¹⁴

I Rt. 2007 s. 404 (NRK NOKAS) presiserer mindretallet hvilket vern politiske ytringer har etter Grl. § 100 tredje ledd. Saken gjaldt en midlertidig forføyning om forbud mot sending av et TV-program om politiets etterforskningsmetoder.¹¹⁵ Etterforskningen i TV-programmet

¹¹¹ Dok.nr.16 (2011–2012) punkt 28.2 s. 159.

¹¹² NOU 1999:27 punkt 10.3.4 s. 244.

¹¹³ NOU 1999:27 punkt 10.3.4 s. 244.

¹¹⁴ NOU 1999:27 punkt 10.3.4 s. 244–245.

¹¹⁵ Rt. 2007 s. 404 (NRK NOKAS) avsnitt 1.

omhandlet oppsporingen av utbyttet etter NOKAS-ranet i Stavanger i april 2004.¹¹⁶ Spørsmålet var om forbudet var i strid med Grl. § 100 eller krenket EMK art. 10. Dommer Skoghøy uttaler at slik Grl. § 100 er oppbygd, har ytringer som omfattes av tredje ledd, et sterkere vern enn ytringer som omfattes av andre ledd. En ytring omfattes av tredje ledd dersom den er en «frimodige ytringer om statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden gjenstand».¹¹⁷ Uttalelsen i saken fremhever at politiske ytringer har et sterkere vern enn andre ytringer som beskyttes av Grl. § 100.

En politisk ytring kjennetegnes som kritiske ytringer på tvers av autoriteter eller etablerte oppfatninger i samfunnet. Politiske ytringer har et sterkt vern etter Grl. § 100 tredje ledd, og skal ta sikte på å fremme sannhetssøken, demokrati og individets frie autonomi. Kritiske og uønskede politiske ytringer har et særlig behov for beskyttelse, slik at de får plass i den offentlige debatten. Kontrære ytringer som har ulovlige handlinger eller tilstander som mål er ikke beskyttet.

4.3.3 Straff for politiske ytringer

Politiske ytringer skal ha et sterkere vern enn andre ytringer som beskyttes av Grl. § 100. Den vide formuleringen «særlig tungtveiende hensyn» i Grl. § 100 tredje ledd tilsier at det må gjøres en konkret vurdering av hvilke hensyn som taler for straff. Det oppstår dermed spørsmål om hvilke vilkår som må være oppfylt for å kunne straffe politiske ytringer, og hva begrunnelsen for dette er. I denne sammenhengen må det også vurderes hva «særlig tungtveiende hensyn» innebærer. Det legges til grunn at vilkåret om en eksisterende og særlig klar lovhjemmel gjelder ved straff av politiske ytringer.

Høyesterett måtte i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) vurdere om en politisk ytring kunne straffes. Saken gjaldt en eldre mann som var ansvarlig leder for et politisk parti. Han hadde distribuert et partiprogram som inneholdt krenkende og rasistiske uttalelser. Uttalelsene gikk ut på at innvandrere og adoptivbarn av en annen rase eller fra en fremmed kultur måtte la seg steriliseres for å få bo i Norge. Dersom befruktning skulle skje, måtte abort foretas. Mannen ble derfor tiltalt for overtredelse av straffeloven 1902 § 135 a første ledd, og ble idømt 60 dager betinget fengsel og bot.¹¹⁸ Høyesterett påpeker at ytringsfriheten er en viktig forutsetning for demokrati, særlig når det gjelder ytringer på det politiske området. Det er ikke

¹¹⁶ Rt. 2007 s. 404 (NRK NOKAS) avsnitt 2.

¹¹⁷ Rt. 2007 s. 404 (NRK NOKAS) avsnitt 90.

¹¹⁸ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1821–1822.

opp til myndighetene å bestemme hvilke politiske synspunkter folket skal få velge mellom. Det er først og fremst politiske oppfatninger som virker frastøtende på flertallet, som trenger vern.¹¹⁹ Det blir altså understreket at det demokratiske grunnlaget er avhengig av politiske ytringer, og myndighetene må utvise forsiktighet ved straff.

Høyesterett påpeker videre at å sensurere uakseptable meninger kan være skadelig ved at de tvinges under jorden og blir mer ondartede. Dette innebærer at det må vises betydelig varsomhet med å gripe inn overfor et politisk parti som deltar på lovlig måte i den demokratiske prosess, uansett hvilke oppfatninger partiet hevder.¹²⁰ Denne forståelsen kan også legges til grunn når det er snakk om straff av politiske ytringer, selv om forhåndssensur og straff har forskjellige virkninger. I tilfeller der ytringer straffes kan det allmennpreventive hensynet medføre at færre ytringer av samme karakter når offentligheten. Det innebærer nødvendigvis ikke at disse meningen slutter å eksistere, og de tvinges heller til andre arenaer, som ikke kan kontrolleres av offentligheten. Debatten kan da bli unyansert, og samfunnets mulighet til å korrigere uakseptable meninger blir begrenset.

Høyesterett bemerker også at det å belegge utsagn i et partiprogram med straff, er jevngodt med å forby partiet.¹²¹ Dette viser at ytringsfriheten har et nært forhold til andre demokratiske friheter som følger av Grunnloven, slik som forenings- og forsamlingsfriheten i Grl. § 101, noe EMD også har poengtert.¹²² Straff av politiske ytringer vil dermed raskt føre til begrensinger av andre grunnleggende menneskerettigheter. Videre blir det presisert at lovgiver har en viss adgang til, gjennom en avveining av hensynet til ytringsfriheten mot hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, å gjøre begrensninger i ytringsfriheten. Adgangen for straff er midlertidig meget begrenset for politiske ytringer etter Grl. § 100 tredje ledd.¹²³ Hensynet til politisk ytringsfrihet skal i utgangspunktet ha stor vekt i avveiningen mot andre hensyn som taler for straff.

Avgjørelsen fremhever at politiske ytringer utgjør kjerneområdet av ytringsfriheten i Norge, og at slike ytringer derfor har et særlig sterkt vern. Årsaken er deres betydning for demokratiets opprettholdelse og utvikling, og det skal utvises varsomhet med å ilegge straff. I spørsmål om straff burde det gjøres en vurdering av hvilke konsekvenser inngrepet kan ha for

¹¹⁹ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1823.

¹²⁰ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1823.

¹²¹ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1823.

¹²² Se kapittel 3.3.1 om *Arzte fur das Leben v. Østerrike*.

¹²³ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1831.

demokratiet, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse. Frastøtende politiske ytringer er ikke en direkte indikasjon på straff. Bare ytringer som anses som særlig skadelige eller avskyelige av majoriteten i befolkningen, kan straffes.

Vilkåret «særlig tungtveiende hensyn» innebærer at det må gjøres en konkret vurdering. I vurderingen skal hensynet til ytringsfrihet avveies mot de hensyn som taler for straff. Hensynet til ytringsfriheten skal ha stor vekt i avveiningen. Hensynet som taler for straff, må være beskyttelsesverdige. Hva som er «beskyttelsesverdige» interesser vil variere fra hvert enkelt tilfelle. Det er likevel naturlig å fastslå at disse må ha en særlig betydning for individ eller samfunn, og skal kunne måles opp mot ytringsfrihetens verdi. Andre menneskerettigheter vil derfor tale for straff, dersom de krenkes av en politisk ytring.

Ved straff av politiske ytringer må det eksistere en presis og klar lovhjemmel og særlig tungtveiende hensyn må tale for illeggelse av straff. De særlig tungtveiende hensynene må ha en beskyttelsesverdig interesse.

Det skal videre ses nærmere på hvilke ytringer lovgiver har valgt å gjøre straffbare med hensyn til ytringsfrihet og diskrimineringsforbudet. Det vil da bli klarere hvordan straffelovgivningen forholder seg til grensene i Grl. § 100. I denne sammenhengen skal det særlig ses nærmere på strl. § 185 bokstav a som fastsetter at hatefulle og diskriminerende ytringer på grunn av noens rase eller etnisitet kan straffes. Det skal også vurderes om lovgiver anser diskrimineringsforbudet i Grl. § 98 andre ledd og forbudet mot rasediskriminering som «beskyttelsesverdige interesser», i forhold til politiske ytringer.

4.4 Diskriminerende og hatefulle ytringer

4.4.1 Innledning

Som jeg har vært inne på i kapittel 3 har staten en plikt til å beskytte både ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. Ytringsfriheten har en gjennomgående beskyttelse i Grunnloven, mens bestemmelsen om diskrimineringsforbudet er mer generell og skal omfatte mange tilfeller. Grunnlovens § 98 er derfor avhengig av formell lovgivning for å kunne realiseres i en slik grad Grl. § 92 krever. Staten skal også gjøre effektive tiltak mot hat og rasisme, jf. ldl. § 5. I dag fastsetter strl. § 185 at diskriminerende og hatefulle ytringer kan straffes.

I forbindelse med ratifiseringen av ICERD og andre menneskerettigheter, har det skjedd flere endringer i både Grl. § 100 og strl. § 185. I en innstilling til Stortinget ble det påpekt at den

nye Grl. § 100 fra 2004 tar sikte på å styrke vernet mot rasediskriminering, og at det derfor var behov for endring av straffelovgivningen.¹²⁴ I forarbeidene til diskrimineringsloven ble det gitt forslag for å endre den tidligere straffelovens bestemmelse, § 135a om hatefulle ytringer, slik at den skulle få større rekkevidde. Det ble understreket at «[h]ovedformålet med endringene var å gi utsatte grupper et bedre og mer omfattende vern mot grove rasistiske og visse andre kvalifisert krenkende ytringer.»¹²⁵ FNs rasediskrimineringskonvensjon har dermed påvirket den norske straffelovgivningen.

Politiets egne tall viser at det ble anmeldt 761 tilfeller av hatmotivert kriminalitet i Norge i 2019. Dette er en økning på 22 prosent i fra 2018, og på 119 prosent fra 2015. For 2019 gjaldt 62 prosent av anmeldelsene hatkriminalitet på grunnlag av etnisk opprinnelse.¹²⁶ Økningen av hatkriminalitet gjør at borgerne har en berettiget forventning om at saker som omhandler hatkriminalitet følges opp av myndighetene, gjennom effektiv og tilstrekkelig lovgivning og straffeforfølgelse. Det skal derfor ses nærmere på hvilke vilkår som må være oppfylt etter strl. § 185, for å vurdere når en ytring kan straffes for å være diskriminerende og hatefull.

For å kunne straffes etter strl. § 185 må fire grunnleggende strafferettslige vilkår være oppfylt. Gjerningspersonen må ha handlet i strid med strl. § 185, det må ikke foreligge noen straffefrihetsgrunn, det må ha blitt utvist skyld og gjerningspersonen må være tilregnelig i handlingsøyeblikket.¹²⁷ Det legges videre til grunn at kravet om tilregnelighet er oppfylt og at det ikke foreligger noen straffefrihetsgrunner. Gjerningspersonens hatefulle ytring må også ha sammenheng med en krenkelse. Dette innebærer at det skal være en adekvat årsakssammenheng, og den straffbare ytringen må ha vært nødvendig for at krenkelsen fant sted. Dette omtales som betingelseslæren.¹²⁸ Kravet om årsakssammenheng skal ikke problematiseres i avhandlingen.

Det sentrale for denne drøftelsen er hva som må til for å oppfylle de objektive vilkårene i strl. § 185 bokstav a, og hvilke skyldkrav som kreves slik at straff kan ilegges. Det følger av strl. § 185 første ledd at «[m]ed bot eller fengsel straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. Som ytring regnes også bruk av

¹²⁴ Innst. S. nr. 270 (2003–2004) s. 22.

¹²⁵ Ot.prp.nr.33 (2004–2005) punkt 20 s. 214.

¹²⁶ Kulturdepartementet, Handlingsplan mot diskriminering av og hat mot muslimer 2020–2023, s.39, <https://www.regjeringen.no/contentassets/b2a6fd21c6a94bae83d5a3425593da30/handlingsplan-mot-diskriminering-av-og-hat-mot-muslimer-2020-2023.pdf> (sist besøkt 8.04.21).

¹²⁷ Eskeland (2017) s. 72–73.

¹²⁸ Eskeland (2017) s. 197.

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». Hva som regnes som en hatefull eller diskriminerende ytring er beskrevet nærmere i andre ledd, og bokstav a–e fastsetter hvilke personlige trekk og egenskaper som er ulovlig å diskriminere.

Tre individuelle objektive vilkår må være oppfylt for å kunne ilegge straff etter strl. § 185, og utgjør den «straffbare adferden». For det første må det være fremsatt en ytring. Det andre vilkåret oppstiller et krav om at ytringen må være offentlig eller fremsatt i andres nærvær overfor en som rammes av ytringen. Tredje vilkår fastsetter at ytringen må være hatefull eller diskriminerende.

Når det gjelder vilkåret om at det må være fremsatt en ytring, tilsier en naturlig språklig forståelse at en ytring kan være både muntlig og skriftlig. Ellers har jeg tidligere vært inne på hva som regnes som en ytring i kapittel 2.2. En ytring defineres gjerne som formidling av informasjon eller ideer. Handlinger, bilder, film og bæring av symboler kan også regnes som ytringer. Denne forståelsen av en ytring legges også til grunn her. Symbolbruk er også presisert som en ytring i strl. § 185 første ledd andre setning.

Det skal videre ses nærmere på når en ytring regnes som fremsatt i det offentlige og hva som defineres som en hatefull eller diskriminerende ytring. Formålet er å gjøre det tydeligere når en ytring kan straffes etter strl. § 185. Når det gjelder diskriminerende og hatefulle ytringer skal det vurderes hvilke ytringer som omfattes av strl. § 185 andre ledd, bokstav a. Etter bokstav a er det ulovlig å diskriminere noen på grunn av deres «hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse». Videre skal skyldkravet vurderes, og hvordan ytringer skal tolkes i en strafferettslig sammenheng.

4.4.2 Ytingen må være fremsatt offentlig eller i andres nærvær

I følge forarbeidene innebærer formuleringen «i andres nærvær», at det ikke er et krav om at ytringen fremsettes offentlig.¹²⁹ Vilkåret skal ikke problematiseres i denne avhandlingen.

Årsaken er at det skal fokuseres på de områdene som ytringsfriheten i Grl. § 100 verner, og dette er i hovedsak offentlige ytringer.¹³⁰

¹²⁹ Ot.prp. nr.22 (2008–2009) punkt 16.1 s. 398.

¹³⁰ Se kapittel 2.2.1 i avhandlingen.

Etter strl. § 185 første ledd tredje setning må ytringen være fremsatt «offentlig». Begrepet tilsier at det må være snakk om et rom eller en plass, der flere mennesker har en ubegrenset mulighet til å samles. Straffeloven gir midlertidig en definisjon i strl. § 10 for hva som er et offentlig sted og når en handling er offentlig. Etter strl. § 10 første ledd er et offentlig sted et sted bestemt for alminnelig ferdsel eller et sted der allmennheten ferdes. Andre ledd fastsetter at «[e]n handling er offentlig når den er foretatt i nærvær av et større antall personer, eller når den lett kunne iakttas og er iaktatt fra et offentlig sted. Består handlingen i fremsettelse av en ytring, er handlingen også offentlig når ytringen er fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer.»

Som tidligere nevnt kan en ytring være en handling, og er derfor klart omfattet av strl. § 10. Spørsmålet videre blir hva som regnes som «et større antall personer». Ut i fra ordlyden er det vanskelig å gi en klar avgrensning, men det kan være rimelig å ikke kreve mindre enn 20 personer. Når det gjelder vilkåret for ytringer, må den være «fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer». Dette tilsier at en ytring kan defineres som offentlig når den har potensiale til å nå mange, selv om den nødvendigvis ikke gjør det.

I forarbeidene til straffeloven presiseres det at praksisen fra den gamle straffeloven videreføres når det gjelder kriteriet «handlinger som er foretatt i nærvær av et større antall personer». Kravet er at det må gjelde 20-30 personer. At handlinger skjer på privat område med adgang bare for særskilt utvalgte, vil ikke hindre at handlingen har skjedd offentlig. Kravet er at ytringen når det nødvendige antall personer, men det kan trolig stilles et strengere krav til antall personer ved private sammenkomster.¹³¹ Årsaken er at ytringens innhold og mening potensielt kan spres i en større rekkevidde, når flere deltar på et privat arrangement. En privat yting vil da kunne oppnå den samme virkningen som en offentlig ytring.

Det gis i forarbeidene til diskrimineringsloven en merknad til endringer i straffelovens gamle bestemmelse om hatefulle og diskriminerende ytringer. Situasjoner hvor ytringer ikke blir oppfattet av andre skal også kunne straffes. I slike sammenhenger kreves det imidlertid at ytringen kunne ha blitt oppfattet av et tilstrekkelig antall personer. Det vil da være avgjørende hvor, når og på hvilken måte ytringen ble fremsatt. Vilkåret vil for eksempel kunne være oppfylt dersom en skriftlig ytring eller en lydfil legges ut på en internettside som er tilgjengelig for allmennheten, uavhengig av om noen har vært inne på siden. Ytringer som

¹³¹ Ot.prp.nr.90 (2003–2004) punkt 30.1 s. 409.

ikke er egnet til å nå et «større antall personer», kan også straffes dersom ytringen er fremsatt på et offentlig sted. Det er imidlertid da et vilkår at minst én person må ha oppfattet ytringen.¹³²

I Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) omhandlet saken en lege som hadde gitt taushetsbelagt informasjon om en pasient til et TV-team. Pasientens helsesituasjon ble samme kveld en del av en TV-reportasje, der lagring og bruk av helseopplysninger ble diskutert.¹³³ Spørsmålet i saken var om det hadde skjedd brudd på legens taushetsplikt og om erstatning eventuelt kunne kreves.¹³⁴ Det måtte derfor avgjøres om det hadde skjedd brudd på privatlivets fred ved at privat informasjon var blitt gjort offentlig, jf. straffeloven 1902 § 390.¹³⁵ Spørsmålet ble i den sammenheng hva som kunne regnes som et større antall personer. I vurderingen skal det legges vekt på den situasjonen hvor ytringen ble fremsatt.¹³⁶ Høyesterett la til grunn at en gruppe på 12-14 personer var et større antall personer.¹³⁷ Avgjørelsen viser at 12-14 kan regnes som et «større antall personer», selv om forarbeidene påpeker at det gjerne må være snakk om 20-30 personer. Det må imidlertid gjøres en konkret vurdering av situasjonen der ytringen ble fremsatt for å avgjøre om ytringen er offentlig.

De siste årene har sosiale medium blitt en større offentlig arena, og Høyesterett måtte i HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2) ta stilling til om en lukket gruppe på Facebook måtte regnes som offentlig. Hovedspørsmålet i saken var om en manns ytringer på sosiale medier var hatefulle og diskriminerende etter strl. § 185. Han hadde blant annet skrevet krenkende kommentarer i den lukkede Facebook-gruppen «Fedrelandet viktigst».¹³⁸ I avsnitt 28 ble det presisert at gruppen hadde om lag 15 000 medlemmer, og at det er ubestridt om ytringene ble fremsatt offentlig.¹³⁹ Saken understreker at selv om gruppe på sosiale medium er lukket eller privat, må den regnes som offentlig når et større antall personer er medlemmer. Dette er naturlig, ettersom ytringen når et stort antall mennesker.

En ytring er offentlig når den oppfattes, eller har potensialet til å oppfattes av 20-30 personer. Ytringer på private områder kan også regnes som offentlig dersom flere enn 20-30 personer er

¹³² Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) punkt 20 s. 215.

¹³³ Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) avsnitt 4–6.

¹³⁴ Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) avsnitt 1.

¹³⁵ Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) avsnitt 46.

¹³⁶ Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) avsnitt 47–48.

¹³⁷ Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet) avsnitt 49–50.

¹³⁸ HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2) avsnitt 1–4.

¹³⁹ HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2) avsnitt 28.

til stede. Dette gjelder også for lukkede grupper i sosiale medium. I situasjoner der ytringen ikke oppfattes av andre, skal det vurderes om den kunne ha nådd et tilstrekkelig antall personer. Hva som betegnes som «et tilstrekkelig antall personer» beror på en konkret vurdering av tid, sted og ytringens form. Ytringer som ikke er egnet til å nå et større antall personer, kan også straffes dersom ytringen er fremsatt på et offentlig sted, og én person har oppfattet ytringen.

4.4.3 Ytingen må være diskriminerende eller hatefull

For at ytringen skal kunne straffes må den være diskriminerende eller hatefull, jf. strl. § 185 første ledd. Begrepene «hatefull» og «diskriminerende» er vide og dynamiske. Hva som omfattes vil gjerne variere med samfunnsutviklingen. I andre ledd gis det derfor en veiledning for hvilke ytringer som forstås som hatefulle eller diskriminerende etter dagens rett, og jeg skal som nevnt se nærmere på bokstav a i strl. § 185 andre ledd. Det følger av strl. § 185 andre ledd bokstav a at «[m]ed diskriminerende eller hatefull ytring menes det å true eller forhåne noen, eller fremme hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av deres hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse».

Begrepet å «true noen», må etter ordlyden kunne betegnes som ytringer med formål om å skremme noen. Straffeloven gir imidlertid en definisjon av hva som er en trussel. Det følger av strl. § 263 at trusler kan bli fremsatt ved ord og handling. Trusselen må omhandle straffbar atferd på en slik måte at den er egnet til å fremkalle alvorlig frykt. Det kan f.eks. være en person som truer en annen med grov vold, på grunn av deres hudfarge eller kultur. Ordet «forhåne» forstås som svært nedsettende ytringer om en person eller avgrenset gruppe. Det vil gjerne være snakk om fornærmende og latterliggjørende kommentarer som henger ut den utsatte. Å fremme «hat» tilsier at ytringer fremkaller avsky, sinne og fiendtlighet.

Formuleringen «forfølgelse» innebærer ytringer som oppmuntrer til å jage, mens «ringeakt» kan betegnes som ydmykende og spottende uttalelser. Samtidig glir ordene «forhåne», «hat» og «ringeakt» tydelig over i hverandre, og er noe vage. I følge forarbeidene må bestemmelsen tolkes innskrenkende av hensyn til ytringsfriheten i situasjoner der uttalelsen er beskyttet av Grl. § 100.¹⁴⁰ Det er ikke et vilkår for straff at ytringen har hatt skadevirkninger.¹⁴¹

Førstevoterende presiserer i Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) hva som ligger i uttrykkene «hat», «forhåner», «forfølgelse» og «ringeakt». Det bemerkes også at begrepene er upresise

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.33 (2004–2005) punkt 20 s. 214.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.33 (2004–2005) punkt 20 s. 215.

og går noe over i hverandre. Det er imidlertid sterke karakteristikk det er snakk om, og det har i tidligere rettspraksis blitt lagt til grunn at det er de grove forholdene som rammes. Etter den gamle straffelovens forarbeider, er det bare «ytringer av kvalifisert krenkende karakter som vil bli rammet».¹⁴² Videre vurderer førstevoterende karakteristikken til utsagnene i saken som omhandlet tvangssteriliseres og tvangsabort. Det understrekes at ytringene gir uttrykk for helt ekstreme integritetskrenkelser overfor mørkhudete. Utsagnene omhandler etnisk rensing, siden det skal sørges for at den mørkhudete befolkning i Norge dør ut. Slike utsagn gir i sterk grad uttrykk for ringeakt.¹⁴³ Avgjørelsen understreker at ytringen må være særlig krenkende for at den skal kunne falle under begrepene «hat», «forhåner», «forfølgelse» og «ringeakt». Ekstreme integritetskrenkelser vil være et eksempel på ringeakt, og er straffbare etter strl. § 185 bokstav a.

Høyesterett forkastet anken til en domfelt mann i Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt).¹⁴⁴ Mannen hadde blitt dømt av Stavanger tingrett for hatefulle ytringer etter straffeloven 1902 § 135 a.¹⁴⁵ Bakgrunnen for saken var at mannen hadde kalt en dørvakt for «jævla neger» og «jævla svarting» flere ganger, da han var beruset og ikke slapp inn på et utested. Dørvakten var farget.¹⁴⁶ Førstevoterende uttaler at dersom ytringens karakteriseres som en grov nedvurdering av en menneskegruppe, vil det være avgjørende i bedømmelsen for om uttalelsen er kvalifisert krenkende.¹⁴⁷ Høyesterett bygger med dette videre på forståelsen om at det er særlig grove ytringer som rammes av strl. § 185, og nedsettende menneskesyn aksepteres ikke. Det blir videre sagt at den dømte mannens ytringer ble fremsatt med formål å sjikanere dørvakten. Ytringene er derfor ikke beskyttet av ytringsfrihetens kjerneverdi, som tar sikte på å beskytte det frie ordskiftet. Diskrimineringsvernet fikk etter dette avgjørende vekt i saken.¹⁴⁸ Rasistiske ytringer har altså et svakt vern etter Grl. § 100.

I HR-2020-184-A (kakerlakk) var spørsmålet om en ytring fremsatt i et kommentarfelt på Facebook var straffbar etter strl. § 185.¹⁴⁹ Facebook-gruppen hadde om lag 20.000 medlemmer, var lukket og het «Vi som støtter Sylvi Listhaug».¹⁵⁰ Tiltalte skrev kommentaren «Fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korrupte kakkellakk» i gruppen, i

¹⁴² Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1826.

¹⁴³ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1832.

¹⁴⁴ Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt) avsnitt 6 og 10.

¹⁴⁵ Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt) avsnitt 4.

¹⁴⁶ Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt) avsnitt 11.

¹⁴⁷ Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt) avsnitt 29.

¹⁴⁸ Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt) avsnitt 38.

¹⁴⁹ HR-2020-184-A (Kakerlakk) avsnitt 1.

¹⁵⁰ HR-2020-184-A (Kakerlakk) avsnitt 8.

forbindelse med en diskusjon.¹⁵¹ Høyesterett kom til at utsagnet ble rammet av strl. § 185. Det ble imidlertid understreket at det gjelder «en relativt rommelig margin for smakløse ytringer», også utenfor ytringsfrihetens kjerneområde.¹⁵² Dommen viderefører forståelsen fra tidligere praksis om at ytringen må være grov for å kunne straffes. Rasistiske uttalelser aksepteres i liten grad, men ytringen må ikke være politisk for å nyte et vern etter Grl. § 100. Høyesterett understreker med dette at terskelen for å straffe ytringer er relativt høy, noe som samsvarer med vilkårene i Grl. § 100 andre og tredje ledd.

En ytring er diskriminerende eller hatefull når den fremmer hat, forfølgelse eller ringeakt på grunn av noens hudfarge, nasjonalitet eller etniske opprinnelse. Trusler og forhåning er også omfattet. Ytingen må være grov og svært nedsettende eller krenkende overfor menneskeverdet til en person eller en gruppe. Særlig ytringer som oppfordrer til grove integritetskrenkelser kan straffe. Det er en høy terskel for å straffe ytringer. Selv om en ytring er uakseptabel etter flertallets syn, er den ikke automatisk straffbar. Rasistiske ytringer har imidlertid et svakt vern etter ytringsfriheten.

4.4.4 Skyld

Skyldkravet innebærer at gjerningspersonen må kunne bebreides for å ha oppført seg i strid med gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebudet.¹⁵³ Det følger av strl. § 25 første ledd at «[e]nhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjonen på handlingstidspunktet.» Det foreligger etter dette et krav om at skylden skal dekke hele gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Denne regelen betegnes som dekningsprinsippet.¹⁵⁴ Det er gjerningspersonens subjektive forestillinger om de faktiske forholdene som skal vurderes og bedømmes i forhold til den aktuelle gjerningsbeskrivelsen. Dette innebærer at gjerningspersonens subjektive forestillinger om ytringens faktiske innhold skal vurderes og bedømmes i forhold til de objektive vilkårene i strl. § 185. Skyldkravet for diskriminerende og hatefulle ytringer er forsett eller grov uaktsomhet, jf. strl. § 185 første ledd.

Det følger av strl. § 22 at «[f]orsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med hensikt», jf. bokstav a. Etter bokstav b foreligger også forsett når noen «med bevissthet om handlingen sikker eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen». Bokstav c fastsetter forsett når noen «holder det for mulig at

¹⁵¹ HR-2020-184-A (Kakerlakk) avsnitt 13.

¹⁵² HR-2020-184-A (Kakerlakk) avsnitt 28.

¹⁵³ Eskeland (2017) s. 285.

¹⁵⁴ Eskeland (2017) s. 318.

handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen, og velger å handle selv om det skulle være tilfellet.» Etter andre ledd foreligger forsett «selv om lovbrysteren ikke er kjent med at handlingen er ulovlig, jf. § 26.»

En ordlydsfortolkning av begrepet «hensikt» i strl. § 22 bokstav a, tilsier at gjerningspersonen anstrenger seg for å nå et bestemt mål. Det stilles ikke krav om at gjerningspersonen hadde kunnskap eller forestillinger omkring sannsynligheten for følgene som ville inntreffe. Det sentrale i vurderingen er gjerningspersonens vilje til å fremsette ytringen. I bokstav b er det snakk om «visshets- eller sannsynlighetsforsett». At gjerningspersonen er «bevisst» på følgene innebærer at han eller hun må ha en forestilling om, eller innsikt i at ytringen «sikkert eller mest sannsynlig» vil oppfattes som diskriminerende eller hatefull. At denne følgen vil inntre, er noe gjerningspersonen aksepterer. Ordlyden «mulig» i bokstav c peker mot at gjerningspersonen anser ytringen som potensielt diskriminerende eller hatefull. Det er altså noe gjerningspersonen tror kan skje, men vurderer det ikke som sikkert at ytringen oppfattes slik. Formuleringen «velger å handle selv om det skulle være tilfellet», er noe uklar. Likevel burde den forstås som at gjerningspersonen uansett ville fremsatt ytringen, selv når vedkommende var sikkert på at den ville bli oppfattet som krenkende. Det er dermed snakk om at den som ytrer seg tar et bevisst standpunkt om hvordan uttalelsen kan forstås av andre. Ellers må det være snakk om under 50 % sannsynlighet, ettersom bokstav b fastsetter «sannsynlighetsforsett». Forarbeidene til Grl. § 100 understreker at ytringens innhold er viktig når det skal vurderes rettslig ansvar. Ingen skal kunne stilles ansvarlig for ytringer som er fremsatt i aktsom god tro. Dette vil gi en friere offentlig debatt.¹⁵⁵ Ytringsfrihetens begrunnelse blir med andre ord ivaretatt av skyldkravet. En vid tolkning av ytringens innhold fører til uforutsigbarhet, og straffens allmennpreventive effekt kan forringe sannhetssøken, demokrati og utviklingen av individets frie autonomi.

Når det gjelder uaktsomhet, fremkommer det av strl. § 23 første ledd 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.» Andre ledd fastsetter at «[u]aktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.» Det må etter første ledd gjøres en konkret vurdering av hva som vil være uaktsomt i den gitte situasjonen. Når det gjelder skyldkravet i strl. § 185 er det andre ledd i strl. § 23 som er aktuell. Formuleringene «svært klanderverdig» og «sterkt bebreidende» tilsier at det

¹⁵⁵ NOU 1999: 27 punkt 1.1.1 s. 10.

foreligger en høy terskel for å fastslå grov uaktsomhet. Gjerningspersonen må ha akseptert en stor risiko ved å fremsette ytringen, og burde ha visst at den kunne oppfattes som diskriminerende eller hatefull. Det påpekes av forarbeidene til Grl. § 100 og strl. § 185 at et krav om forsett innebærer en vurdering av den siktedes tankeprosess på gjerningstidspunktet, mens i spørsmålet om grov uaktsomhet, er det sentrale selve handlingen.¹⁵⁶

Det er gjerningspersonens subjektive tanker og handlinger som skal legges til grunn i skyldvurdering. Forsett innebærer en konkret vurdering av gjerningspersonens tanker og aksept av ytringens følger. Ved grov uaktsomhet har gjerningspersonen fremsatt en uakseptabel ytring i forhold til den aktuelle situasjonen. Vedkommende har i slike tilfeller ikke visst at ytringen ville bli oppfattet som diskriminerende eller hatefull, men burde likevel hatt kunnskap om dette. Uvitenhet vil i svært liten grad kunne unnskyldes.

4.4.5 Tolkning av utsagn og skyld

For å avgjøre om en ytring er diskriminerende eller hatefull, må den tolkes. Det er ikke alltid slik at den som ytrer seg mente å krenke noen med meningen eller uttalelsen sin, selv om andre kanskje oppfatter det slik. Det kan i slike tilfeller virke urimelig for den som ytrer seg å bli straffet. Det er derfor viktig at tolkningen av en ytring er påregnelig og forutsigbar. Spørsmålet blir dermed hvordan ytringer skal tolkes, og hvilket perspektiv som skal være bestemmende i vurderingen, slik at kravet til skyld oppfylles.

I Rt. 1960 s.1147 (Aktuell) omhandlet saken en krenkende reportasje i et ukeblad. Reportasjen inneholdt personlig informasjon, og saksøkeren mente derfor at bladet hadde krenket privatlivets fred etter straffeloven 1902 § 390, og anket saken fra byretten.¹⁵⁷ Høyesterett forkastet anken, og uttalte hvilken vekt den enkelte persons oppfatning skal ha i bedømmelsen av om en ytring er krenkende eller ikke. Det må gjøres en alminnelig vurdering om ytringen har karakter av å være et utilbørlig inngrep i privatlivets fred. I vurderingen kan det ikke tillegges vekt om en person er særlig nærtagende eller ikke. Det avgjørende er hvordan uttalelsen oppfattes i en objektiv sammenheng. Videre understrekes det at helhetsinntrykket har stor vekt, og det er ikke hvert enkelt ord eller uttrykk som skal vurderes. De må ses i sammenheng med hverandre.¹⁵⁸ Høyesterett fastsetter utgangspunktet for tolkning av ytringer i dommen. Det avgjørende i vurderingen er hvordan uttalelsen anses

¹⁵⁶ Ot.prp.nr. 33 (2004–2005) punkt 17.1.6.5 s. 188.

¹⁵⁷ Rt. 1960 s. 1147 (Aktuell) s. 1147–1148.

¹⁵⁸ Rt. 1960 s. 1147 (Aktuell) s. 1148.

objektivt. Det er altså allmenhetens oppfattelse som er bestemmende, og det skal gjøres en helhetsvurdering av ytringen. Subjektive synspunkt vil ha liten vekt, og det kan ikke tas hensyn til om noen er mer følsomme for krenkelse enn andre. Dette legges også til grunn i senere rettspraksis.¹⁵⁹

I Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) hadde en leder i den nynazistiske gruppen Boot Boys kommet med nedsettende uttalelser om jøder og innvandrere i forbindelse med en ulovlig demonstrasjon i Askim. Det oppstod derfor spørsmål om ytringene var diskriminerende og hatefulle etter straffeloven 1902 § 135a.¹⁶⁰ Tolkning av utsagn kom på spissen i saken. Annenvoterende uttalte på vegne av mindretallet at innholdet i utsagnet må fastlegges, når det skal avgjøres om ytringen er diskriminerende og hatefull.¹⁶¹ Den strafferettslige bedømmelsen skal ikke bygge på meningsinnholdet som fremkommer i en språklig analyse av appellen. Det er tilstedeværende personers oppfatning som er avgjørende for hvordan utsagnet i fremføringen skal tolkes. Rettsanvendelsen skal bygge på fremlagt manuskript og hvordan appellen ses helhetlig av andre i den gitte situasjonen.¹⁶² Høyesterett gir dermed en utdypelse av helhetsvurderingen, og presiserer at flere momenter må trekkes inn når det skal avgjøres om en ytring kan straffes for å være diskriminerende og hatefull. Tid, sted og hvordan tilskuerne oppfatter situasjonen er avgjørende. Det påpekes videre at en ren ordlydsfortolkning ikke vil være akseptabelt hvis den gir et annet meningsinnhold enn hva tilskuerne oppfattet. Kravet til forsett verner den som ytrer seg mot å bli straffet på grunnlag av et annen meningsinnhold enn hva allmennheten ville lagt til grunn.¹⁶³ Dommen viser at tolkning av utsagn skal ivareta hensynet til forutsigbarhet, og den har derfor nær sammenheng med skyldkravet. Gjerningspersonen burde kunne forutse hvilke reaksjoner ytringen vil frembringe fra allmennheten.

I HR-2020-184-A (Kakerlakk) presiserer Høyesterett at det skal utvises en «forsiktighetsregel» når ytringer skal tolkes. «Den innebærer at ingen skal risikere straffansvar for et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt, «med mindre et slikt innhold med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen».¹⁶⁴ Dette er i tråd med hensynet til

¹⁵⁹ Se blant annet Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s.1826.

¹⁶⁰ Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) s. 1618.

¹⁶¹ Forarbeidene til revisjonen av straffeloven (Ot.prp.nr.8 (2007–2008) punkt 10.7.4.2 s. 249) påpeker at lovendringene medfører at utfallet av Rt-2002-1618 ville ha blitt et annet nå. Avgjørelsen gir dermed ikke lenge uttrykk for gjeldende rett. Mindretallets uttalelser vil derfor ha større vekt.

¹⁶² Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) s. 1631.

¹⁶³ Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) s. 1632.

¹⁶⁴ HR-2020-184-A (Kakerlakk) avsnitt 30.

forutberegnelighet og kravet til lovtekstens klarhet, jf. GrL. §§ 96 og 100. Straff for diskriminerende og hatefulle ytringer vil få en utvidende tolkning dersom noe annet aksepteres. I en demokratisk rettsstat vil dette ikke kunne anses som legitimt.

Høyesterett fremhevet i HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2) at en naturlig språklig forståelse av ytringen og konteksten den leses i, gjerne kan gli over i hverandre.¹⁶⁵ Ordlyden kan derfor få større vekt i noen sammenhenger, men dette må vurderes konkret.

Når det skal vurderes hvilket innhold et utsagn har, skal det legges til grunn hvordan ytringen oppfattes av allmennheten. Det skal gjøres en konkret helhetsvurdering der det tas utgangspunkt i hvilken sammenheng ytringen er presentert. Tid, sted og hvordan tilskuerne oppfatter situasjonen er sentrale momenter i vurderingen. Ordlyden til utsagnet og omstendigheten ellers, skal vurderes sammen. Ytringens ordinnhold vil alene ha liten vekt i tolkningen. Bare i tilfeller der en helhetlig vurdering av situasjoner tilsier at noe annet er rimelig sikkert, kan en naturlig språklig forståelse legges til grunn.

Det skal utvises varsomhet med å gi ytringer et annet meningsinnhold enn det som faktisk kan ha blitt sagt. Det stilles derfor strenge krav til tolkningen av utsagn, slik at kravet til skyld ivaretas. Dette er svært viktig ettersom det er snakk om frihetsberøvelse, der hensynene til forutberegnelighet og rettssikkerhet skal stille sterkt. Dette har også sammenheng med at straff ikke skal ha en dempende effekt på ytringsfriheten. Subjektive synspunkt har dermed liten vekt.

4.5 Særlig om rasistiske og politiske ytringer

Straffelovens § 185 oppstiller en høy terskel for å straffe ytringer. Dette samsvarer med grensene som er fastsatt i GrL. § 100 andre og tredje ledd. Det er imidlertid slik at rasistiske ytringer har et svakt vern etter ytringsfriheten. Dette har sammenheng med at Norge har inntatt FNs rasediskrimineringskonvensjonen i norsk lovgivning, diskrimineringsforbudet i GrL. § 98 og statens plikt etter GrL. § 92.¹⁶⁶ Siden rasistiske ytringer har et svakt vern etter GrL. § 100 er det interessant å se nærmere på tilfeller der politiske ytringer bærer karakteristikk av å være rasistisk. Spørsmålet er hvilken innvirkning diskrimineringsforbudet i GrL. § 98 andre ledd og ICERD har på ytringsfriheten i tilfeller der en ytring er både politisk og rasistisk.

¹⁶⁵ HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2) Avsnitt 29.

¹⁶⁶ Se kapittel 3.4 eller ldl. § 5.

I Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) kom Høyesterett med prinsipielle drøftelser av forholdet mellom ytringsfrihet og rasistiske uttalelser. Førstevoterende uttaler at rasediskrimineringskonvensjonen er den viktigste kilden ved tolkning av straffeloven 1902 § 135a. Årsaken er at straffebestemmelsen ble vedtatt for å oppfylle konvensjonens forbud mot rasisme. Hensynet til ytringsfriheten kan ikke føre til at mørkhudete innvandrere blir uten vern mot slike uttalelser.¹⁶⁷ Dette peker mot at politiske ytringer kan få en svakere beskyttelse når de er rasistiske. Videre uttaler førstevoterende at også Norges internasjonale forpliktelser kan ha betydning for hvordan Grl. § 100 skal tolkes.¹⁶⁸ Særlig EMK art. 10 og EMDs vurdering trekkes frem som en viktig kilde i denne sammenhengen.¹⁶⁹ Det konkluderes med at hensynet til ytringsfriheten må balanseres mot hensynet til vern mot rasediskriminering.¹⁷⁰ Ytringsfriheten skal altså tolkes i lys av rasediskrimineringskonvensjonen ICERD og EMK art.10. Høyesterett viser med dette at Grl. § 100 og EMK art. 10 har en nær relasjon, og at de internasjonale menneskerettighetene kan påvirke innholdet i Grunnloven, særlig i spørsmål om straff av politiske ytringer.

Høyesterett redegjør så for forholdet mellom Grl. § 100 og straffeloven 1902 § 135a. Det påpekes at domstolene har en plikt til å beskytte de verdiene Grl. § 100 verner. Straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, kan derfor vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet. Videre vises det til tidligere rettspraksis, der det blir sagt at § 135a i seg selv ikke er i strid med grunnlovsbestemmelsen, men at den må «tolkes og anvendes med Grunnloven § 100 som bakgrunn og rettesnor».¹⁷¹ Dette viser at en straffebestemmelse alene ikke kan innskrenke Grl. § 100. Det må være verneverdige interesser som begrunner kriminalisering av ytringer som beskyttes av ytringsfriheten. Det er likevel slik at ytringsfriheten ikke er absolutt, og Grl. § 100 andre og tredje ledd åpner for at det kan gjøres begrensinger. Straffelovgivningen må derfor balanseres mot ytringsfrihetens grenser. Grunnlovens § 100 er bestemmende for hvilket utslag strl. § 185 får, og straffebestemmelsen kan ikke gå lengre enn hva som tillates av Grunnloven.

Det bemerkes videre av flertallet at Grl. § 100 skal vurderes på bakgrunn av samfunnets utvikling. At Norge har sluttet seg til internasjonale konvensjoner som beskytter grunnleggende menneskerettigheter, må også få betydning. Når det gjelder demokratiet, er

¹⁶⁷ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1825.

¹⁶⁸ Rt. 1997 s.1821 (Hvit Valgallianse) s. 1828.

¹⁶⁹ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1829.

¹⁷⁰ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1830.

¹⁷¹ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1831.

både ytringsfriheten og vern av minoriteter mot diskriminering, vesentlige hensyn. Vern mot rasediskriminering er akseptert i det internasjonale samfunn som en grunnleggende rettighet. Dette må få betydning i avveiningen av Grl. § 100. Det vises til Grunnlovens daværende bestemmelse om sikringsplikten, Grl. § 110c.¹⁷² Høyesterett illustrerer med dette hvilke momenter som skal trekkes inn i den dynamiske tolkning av Grl. § 100. Både sikringsplikten og internasjonale konvensjoner vil gjøre at andre menneskerettigheter er relevante, særlig i en strafferettslig sammenheng.

Førstevoterende konkluderer etter disse vurderingene med at sakens utsagn rammes av straffelovens § 135a, og at dette ikke strider mot Grunnlovens bestemmelse om ytringsfrihet. Utsagn om ekstreme integritetskrenkelser og grove nedvurderinger på grunn av noens rase eller etnisitet vernes ikke av den politiske ytringsfriheten.¹⁷³

Avgjørelsen viser at avveiningen mellom menneskerettighetene kan føre til en innskrenket tolkning av ytringsfriheten.¹⁷⁴ Forbudet mot rasediskriminering anses som et særlig tungtveiende hensyn, og vern mot rasisme er derfor en beskyttelsesverdig interesse som kan måles opp mot ytringsfriheten. Årsaken er at rasistiske ytringer har et stort skadepotensial og hovedsakelig oppfattes som skadelig og avskyelig av allmennheten. Ytringsfrihetens vekt blir dermed mindre i spørsmål om hvorvidt en politisk og rasistisk ytring kan straffes. Det må likevel gjøres en nøye balansering, slik at hverken Grl. § 100 eller Grl. § 98 andre ledd og forbudet mot rasediskriminering krenkes. På denne måten vil myndighetene best oppfylle sin plikt etter Grl. § 92.

Når det gjelder den dynamiske tolkningen i dommen, må det tas i betraktning at avgjørelsen er fra 1997 og at grunnlovsbestemmelsen har blitt endret fire ganger siden den gang. Grunnlovens § 100 er nå i bedre samsvar med dagens rettsoppfatning. Flere menneskerettigheter ble også inntatt i Grunnloven ved revisjonen i 2014, slik at de nå har et sterkere vern. Tolkningen av Grl. § 100 vil derfor være mer bundet til bestemmelsens ordlyd og forarbeider, enn tidligere. På den andre siden står grunnlovsconservatisme sterkt i Norge, og det skal mye til for å endre grunnlovsbestemmelsene i en større grad. Den dynamiske tolkningen vil derfor være helt sentral etter som årene går.

¹⁷² Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1832.

¹⁷³ Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1833.

¹⁷⁴ Kierulf (2013) s. 444–445.

Rettsstatens omfattende lovregulering medfører altså at ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet kan ha en innskrenkende effekt på hverandre. Lovgiver og domstolene må da vurdere hvilke hensyn samfunnet har størst interesse i å beskytte. Det må da avgjøres om individenes behov for frihet er større enn behovet for beskyttelse. Den løsningen som best ivaretar menneskeverdet og frihet, vil være foretrukket. I tillegg må hensynene til sannhetssøken, demokrati og individets frie autonomi vurderes i avgjørelser som berører ytringsfriheten. Det er altså mange faktorer som kan bli påvirket av valget til lovgiver og domstolene. Dette skaper flere utfordringer for rettsstaten.

5 Avsluttende betraktninger

5.1 Innledning

I dette kapittelet er formålet å diskutere problemstillinger som oppstår som følge av at Grl. §§ 100 og 98 er to rettigheter som kan stå mot hverandre. Myndighetene står overfor en krevende problemstilling slik at begge rettighetene sikres og respekteres, jf. Grl. § 92. For at rettsstaten skal være rettferdig og legitim, må balansen mellom de to menneskerettighetene aksepteres av befolkningen. Samtidig vil det demokratiske perspektivet være viktig, særlig når ytringsfrihetens vekt skal vurderes. Styrker og svakheter med dagens rettsstilstand skal altså trekkes frem.

5.2 Oppsummering av hovedtrekk i avhandlingen

Ytringsfriheten skaper flere utfordringer for rettsstaten. Diskriminerende og hatefulle ytringer krenker andres menneskeverd, og kan være skadelige for toleransen og åpenheten vi ønsker i samfunnet. Slike ytringer kan også føre til at mange kvier seg for å delta i den offentlige debatten, og meningsutvekslingen vil få et mindre mangfold. Dette kan ha en negativ effekt på demokratiet. Disse ytringer burde derfor kunne straffes, slik at de ekskluderes fra den offentlige debatten. Det må imidlertid utvises forsiktighet ved straff av ytringer. Straffen skal ikke innskrenke sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse. Rettsstaten trenger derfor nøye balanserte lovbestemmelser for å unngå at hverken ytringsfriheten eller diskrimineringsforbudet krenkes. I avveiningen må det vurderes hvilken av de to menneskerettighetene som skal prioriteres. Målet vil likevel være et resultat som kan bevare både ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet. Straff av ytringer trenger nødvendigvis ikke å føre til at ytringsfriheten i Norge begrenses.

Innledningsvis i avhandlingen viste jeg til António Guterres artikkel, der han skriver at hat er i ferd med å bli normalen. Hat rettes særlig mot religiøse grupper, minoriteter, flykninger og kvinner. António viser også til at grupper som kan kategoriseres som «andre» er omfattet.¹⁷⁵ Hva årsaken til det økte hatet er, er ikke helt sikkert. Sannsynligvis er det flere faktorer som spiller en rolle. Det virker blant annet som om fremmedfrykten vokser på det globale planet,

¹⁷⁵ António Guterres, Generalsekretær i FN, «Hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer», 30. juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/kJBB9X/hat-er-i-ferd-med-aa-bli-normalen-baade-i-liberale-demokratier-og-autori> (sist besøkt 6.05.21)

noe vi i Norge kan bli påvirket av. Flere benytter seg også av sterk retorikk i politiske debatter heller enn saklig argumentasjon.

Ytringsfriheten må vurderes i takt med samfunnsendringene. Det blir derfor nødvendig å gjøre nye vurderinger for å sikre at ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet følger borgernes samfunnsfølelse. Norge er et flerkulturelt samfunn der alle skal ha like rettigheter. Ytringsfriheten må også tilpasses den nye teknologien. Internett og sosiale medier er blitt en del av vår hverdag, og gjør det enklere å kommunisere med mennesker utenfor vår fysiske sfære. Muligheten til å påvirke flere er derfor blitt større enn tidligere. Video, bilder og lyd har også blitt lettere og billigere å bruke. Ellers hevder mange at folk krenkes lettere nå enn før. Dette kan ha sammenheng med at vi lettere kan eksponeres for hatefulle ytringer gjennom sosiale medier. Før skulle det mer til for å bli vitne til slik uttalelser.

Det skal videre presenteres noen tilfeller der ytringsfriheten skaper utfordringer for rettsstaten. Det skal blant annet ses nærmere på hvilke utfordringer ytringsfriheten skaper ved utformelsen av straffelovgivning. Videre skal en situasjon der Grl. § 100 og Grl. § 98 står mot hverandre trekkes frem. Avslutningsvis skal det nevnes noen problemer straff av ytringer kan skape for infrastrukturkravet i Grl. § 100 sjette ledd og demokratiet.

5.3 Noen særlige utfordringer med ytringsfriheten

5.3.1 Utfordringer med utforming av straffelovgivning

Som det ble gått inn på i kapittel 3.4, er straffelovgivning et sentralt virkemiddel for å sikre diskrimineringsforbudet mot krenkende uttalelser fra andre samfunnsborgere. Hatefulle ytringer reiser spørsmålet om ytringsfriheten eller diskrimineringsforbudet skal vektlegges. Det er altså snakk om å sikre en menneskerettighet fremfor en annen.¹⁷⁶ Det oppstår da en interessekonflikt, der den ene siden taler for å verne mindre grupper og enkeltindivider mot diskriminering og hat. På den andre siden står ytringsfrihetens begrunnelse om demokrati, sannhet og fri meningsdannelse. Det er viktig at disse hensynene balanseres mot hverandre slik at staten ivaretar sin plikt etter både Grl. §§ 92, 98 og 100. I kapittel 4.2.1 og 4.3.3 ble det presisert at ytringsfriheten har et sterkt vern, særlig når det gjelder politiske ytringer. Grunnloven § 100 skal verne enkeltmenneskets personlige frihet og sikkerhet mot staten. Ordlyden i Grl. § 100 og lang rettspraksis har fastsatt hvilke rettigheter som kan kreves, slik at domstolene kan foreta en effektiv håndhevelse. Dette gir ytringsfriheten en god beskyttelse

¹⁷⁶ Aall (2018) s. 62.

og rettskvalitet i norsk rett.¹⁷⁷ Den politiske ytringsfriheten vil likevel kunne innskrenkes når det er straffbart å komme med rasistiske eller hatefulle ytringer, slik som i Hvit Valgallianse. Spørsmålet blir hvordan lovgiver burde utforme legitime straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, samtidig som ytringsfrihetens begrunnelser består. Det må i den sammenheng vurderes om strl. § 185 oppfyller kravene etter Grl. §§ 96 og 100, og hvilke konsekvenser dette har for domstolene.

Utformingen til strl. § 185 må være innenfor legalitetsprinsippet og ytringsfrihetens grenser, jf. Grl. §§ 96 og 100. Dette innebærer at straffebudet skal ha en særlig klar ordlyd og utforming, og være tilgjengelig for borgerne. Formålet med disse vilkårene er å sikre hensynet til forutberegnelighet. Det har blitt fremhevet i forarbeidene til diskrimineringsloven at strl. § 185 skal tolkes innskrenkende av hensyn til ytringsfriheten i situasjoner der uttalelsen er beskyttet av Grl. § 100.¹⁷⁸ Det må da gjøres en konkret vurdering av ytringens behov for vern mot diskrimineringsforbudet. Dette gir nødvendigvis ikke så stor forutberegnelighet, men sikrer at domstolene vil vurdere hvilken virkning straffen vil ha på ytringsfriheten. Dette er særlig viktig for politiske ytringer ettersom de har stor betydning for demokratiet.

Bestemmelsen om straff for diskriminering og hatefulle ytringer har gradvis blitt utviklet i takt med menneskerettighetene og Norges internasjonale forpliktelser.¹⁷⁹ Når det gjelder utformingen til dagens bestemmelse, er strl. § 185 muligens noe vag og komplisert. Spesielt noen av vurderingene kan bli omfattende. Når forutsigbarheten skal vurderes burde det forsøkes å se det fra borgernes perspektiv, og hvordan de forstår loven. Som påpekt i kapittel 4.4.2 sklir uttrykkene «forhåne», «hat» og «ringeakt» noe over i hverandre. Det kan derfor være vanskelig å fastslå et konkret innhold i begrepene alene, uten hjelp fra andre rettskilder. Noen av ordene er heller ikke så vanlige i dagligtalen, og uten særlig språklig eller juridisk kompetanse kan en bli usikker på deres betydning. Dette taler for at ordlyden gir dårlig forutberegnelighet. Samtidig kan alle de ulike begrepene sammen skape et bedre bilde på hva som regnes som diskriminerende og hatefullt. Dette taler for at forutberegneligheten er tilstrekkelig. Ellers presiserer bokstav a-e at det er noen spesifikke grupper som skal vernes mot hat og diskriminering.

¹⁷⁷ Aall (2018) s 32 og 58–59. Se også Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse) s. 1831.

¹⁷⁸ Ot.prp.nr.33 (2004–2005) punkt 20 s. 214.

¹⁷⁹ Se kapittel 4.4.1.

Dette er et viktig moment, slik at det blir klarere hvem som hovedsakelig skal vernes mot ytringer som er særlig krenkende. Det blir derfor klarere hvilke ytringer som er ulovlige.

Forutberegneligheten kan også diskuteres når innholdet i utsagnene skal tolkes og presiseres. Hver enkelt ytring og situasjon skal vurderes konkret, og det kan derfor oppstå usikkerhet om når en ytring er diskriminerende eller hatefull. Samtidig er det nødvendig med en konkret vurdering, siden det finnes mangfoldige muligheter for hvordan ytringer kan fremsettes. Ulike typer medier og virkemidler kan skape uendelige kombinasjoner og uttrykk. En mer firkantet rettsregel kunne ha ført til at for mange ytringer ikke ble straffet, eller motsatt. Ytringsfriheten eller diskrimineringsforbudet ville dermed ha blitt krenket. Imidlertid må den konkrete vurderingen ta utgangspunkt i noen faste rammer for å oppnå god forutberegnelighet. På den andre siden kan dette vanskelig leses ut av ordlyden, siden vurderingen tar utgangspunkt i allmennhetens oppfattelse. Likevel er dette en bedre løsning enn at hver enkeltes mening skal legges til grunn.

Det kan være vanskelig å vite på forhånden hvor dempende effekt et straffebud vil ha på demokratiet og den offentlige debatten. På den ene side kan en rigid bestemmelse føre til færre hatefulle ytringer. På den andre siden vil flere kvie seg for å fremsette ytringer som kritiserer innvandringspolitikk, eller andre lignende meninger. Hvis straffebudet blir for mildt, kan det føre til at staten har forsømt sin plikt til å sikre mot diskriminering, både etter internasjonale konvensjoner og Grunnloven. Det er derfor viktig at straffebudet balanseres på en slik måte at det ivaretar ytringsfriheten og diskrimineringsforbudet samtidig. Rettstaten står altså overfor en krevende oppgave. Lovgiver må utforme balansert straffelovgivning, som skal harmonere med Grunnlovens bestemmelser. Domstolenes oppgave vil være å gjøre nøye avveininger, når det oppstår spørsmål om ytringsfriheten skal vernes fremfor diskriminering. Grunnloven setter med dette grenser for både lovgiver og domstolene.

5.3.2 Statens plikt til å sikre etter Grl. § 92 – interessekonflikt mellom Grl. §§ 98 og 100

Statens skal som nevnt beskytte den som offentlig ytrer seg mot vold og trusler. Dette kan oppleves problematisk i situasjoner der ytringen bærer preg av hat og diskriminering. Ved å bistå med beskyttelse kan det virke som om myndighetene aksepterer og legger til rette for ytringer som krenker Grl. § 98 og ICERD. Et dagsaktuelt eksempel der staten møter på en interessekonflikt i denne forbindelsen er SIANs demonstrasjoner i Oslo og Bergen høsten

2020. Organisasjonen SIAN står for «stopp islamiseringen av Norge», og mener demokratiet står i fare på grunn av en stadig økende utbredelse av islam.¹⁸⁰

På den ene siden har alle i utgangspunktet ytringsfrihet og rett til å demonstrere, jf. Grl. §§ 100 og 101. I møte med sinte motdemonstranter kan det derfor være behov for beskyttelse for at SIANs medlemmer skal få realisert sine menneskerettigheter. Samtidig er beskyttelse under en demonstrasjon også en side av statens positive plikt etter Grl. § 92. Det trengs altså «hindringshandlinger» for at ytringsfriheten og formsalingsfriheten realiseres. Hvis staten unnlater å ha f.eks. politi på stedet under en kontroversiell demonstrasjon, kan det lett oppstå voldshendelser. Myndighetene unnlater dermed å beskytte i en situasjon der det åpenbart kan skje integritetskrenkelser. På den andre siden oppfattes SIANs ytringer som krenkende og hatefulle, spesielt av muslimer og innvandrere. Staten har også en positiv plikt til å straffeforfølge de som fremsetter diskriminerende og hatefulle ytringer. Myndighetene må derfor vurdere hvilke hensyn som skal ivaretas.

Det er klart at det er uaktuelt å ikke stille med beskyttelse. Spørsmålet dreier seg heller om hvorvidt SIAN i det hele tatt burde tillates å holde demonstrasjoner der de fremsetter ytringer som befinner seg i grenseland av ytringsfriheten. På den andre siden er det ikke opp til myndighetene å bestemme hvilke politiske synspunkter borgerne skal få velge mellom. Det er utfordrende når politikken brukes til å spre skadelige fordommer, spesielt nå som flere bruker provoserende ytringer for å få mer oppmerksomhet. Politiets beskyttelse av SIANs appell og demonstrasjoner mot potensielt sinte motdemonstranter illustrerer at politiske ytringer har et særlig sterkt vern. På den andre siden er samfunnstrender og borgernes rettsfølelse også viktig i spørsmål om ytringsfrihetens grenser. Samlet sett vil den beste løsningen være å gi slike ytringer mindre oppmerksomhet, og heller anmelde dem for å være diskriminerende og hatefulle. Straffens allmennpreventive effekt kan dermed hindre at færre fremsetter slike ytringer.

¹⁸⁰ SIAN, stop islamiseringen av Norge, <https://www.sian.no/vedtekter> (sist besøkt 17.03.21).

5.3.3 utfordringer med ytringsfrihetens infrastrukturkrav, demokrati og straff

Staten har som nevnt i kapittel 3.3.2, en plikt til å legge til rette for ytringsfriheten, jf. GrL. § 100 sjette ledd. Formålet med tiltakene skal være vedlikehold og oppbygning av det offentlige rom. Det kan derfor virke som om staten gjør det motsatte når straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten vedtas. På den andre siden kan det være viktig å redusere diskriminerende og rasistiske ytringer i det offentlige rom. Alle vil da få en lik mulighet til å delta i debatten, uten å bli krenket på usaklig grunnlag i offentligheten. Det kan derfor være nødvendig med straffebestemmelser som medfører inngrep i ytringsfriheten for å ivareta både statens plikter etter GrL. §§ 92, 98 og 100 siste ledd. På denne måten vil sannheten, demokratiet og individets autonomi få bedre forutsetninger. Lovgiver må imidlertid være tydelig på hvor grensen skal gå, og vurdere nøye konsekvensene ved straffebestemmelsen.

En av de største ulempene ved å straffeforfølge politiske ytringer, er at debatten kan flytte seg til andre arena, og at det oppstår polariseringer i samfunnet. Grupper med meninger som det ikke er lov å ytre, vil føle seg bortvist av samfunnet. De vil derfor lage fronter mot resten av befolkningen og søke til det mørke nettet for å møte andre likesinnede, siden den offentlige debatten er stengt for dem. Staten burde altså være varsom med å korrigere eller påvirke med straff på plattformer der ytringer fremsettes. Fra borgernes stilling kan det oppstå betenkeligheter dersom staten blander seg for mye inn med regulering av det offentlige rom. Samfunnets individer vil i lengden føle at de mister en viktig plattform for å kritisere myndighetene. Dette utgjør en reell fare ved omfattende statlig regulering av ytringsfriheten. På den andre siden kan straff sørge for mindre støy i den offentlige debatten. Skadelige ytringer medbringer i utgangspunktet lite positivt i diskusjoner.

Ellers kan ytringsfriheten til den enkelte begrenses av penger, sosial status og utdanning. Årsaken er at disse faktorene kan avgjøre i hvilken grad man har tilgang til media, eller andre store ytringsplattformer.¹⁸¹ Samfunn med små klasseforskjeller vil derfor være den beste forutsetningen for lik ytringsfrihet hos borgerne. Ideelt sett skal borgerne ha krav på å få meddele seg gjennom andres kommunikasjonskanaler. Realiteten er selvfølgelig ikke helt slik. De som regulerer media i dag, bestemmer i stor grad hvem som får benytte seg av deres plattform for å ytre seg.

¹⁸¹ Aall (2018) s. 273.

5.3.4 Avslutning

Ytringsfriheten skaper utfordringer for den norske rettsstaten ved at straffelovgivningen må være presis og godt balansert. Videre må domstolene gjøre gode vurderinger som ivaretar ytringsfrihet, diskrimineringsforbudet og demokrati. Noen mener at straff av ytringer er en urettmessig begrensning ytringsfrihet. António Guterres uttalte i sin artikkel at å adressere hatretorikk ikke betyr at ytringsfriheten begrenses eller forbys. Det innebærer å hindre hatefulle ytringer fra å eskalere til noe farligere, som diskriminering, fiendtlighet og vold.¹⁸² Jeg er i stor grad enig med António Guterres. Å straffeforfølge diskriminerende ytringer kan faktisk ivareta de verdiene som begrunner ytringsfriheten. Toleranse, kunnskap og åpenhet er viktig for at rettsstaten og demokratiet skal bestå. Det må likevel utvises stor varsomhet når det skal vurderes om en ytring skal straffes. Det er viktig at statens myndigheter foretar grundige vurderinger. Dette skaper rettssikkerhet og forutsigbarhet. Hat er som António Guterres påpeker, en trussel mot oss alle.¹⁸³ Det er derfor minst like viktig å begrense slike ytringer som å bevare ytringsfriheten.

¹⁸² António Guterres, Generalsekretær i FN, «Hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer», 30. juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/kJBB9X/hat-er-i-ferd-med-aa-bli-normalen-baade-i-liberale-demokratier-og-autori> (sist besøkt 6.05.21)

¹⁸³ António Guterres, Generalsekretær i FN, «Hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer», 30. juni 2019, <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/kJBB9X/hat-er-i-ferd-med-aa-bli-normalen-baade-i-liberale-demokratier-og-autori> (sist besøkt 6.05.21)

6 Kilderegister

6.1 Lover

Forkortelse

Fullstendig referanse

Grunnloven – Grl.

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

Straffelov 1902

Lov av 22. mai 1902 nr. 10 om Almindelig borgerlig Straffelov [opphevet].

Menneskerettsloven – mrl.

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

Straffeloven – strl.

Lov 20. mai 2005 om straff.

Likestillings- og
diskrimineringsloven
– ldl.

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

6.2 Konvensjoner

Forkortelse

Fullstendig referanse

EMK (Den
europiske
menneskerettskonvensjon)

Convention of the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950 (entered into force 3 September 1953).

ICERD (FNs
rasediskrimineringskonvensjon)

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965 (entered into force 4 January 1969).

SP (FNs konvensjon om sivile
og politiske rettigheter)

International Covenant on Civil and Political rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976).

6.3 Forarbeider

Forkortelse

Fullstendig referanse

Dok.nr.16 (2011–2012)

Dok.nr.16 (2011–2012) *Rapport fra menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*

Innst.S.nr.270 (2003–2004)

Innst.S.nr.270 (2003–2004) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om endring av Grunnloven § 100.*

Innst.169 S (2012–2013)

Innst.169 S (2012–2013) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.*

Innst.263 S (2014–2015)

Innst.263 S (2014–2015) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag.*

NOU 1993:18

NOU 1993:18 *Lovgivning om menneskerettigheter.*

NOU 1999: 27

NOU 1999:27 «Ytringsfrihed bør finde Sted» *Forslag til ny Grunnlov § 100.*

Ot.prp.nr.90 (2003–2004)

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

Ot.prp.nr.33 (2004–2005)

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

Ot.prp.nr.8 (2007–2008)

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

Ot.prp. nr.22 (2008–2009)

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

St.meld.nr.26 (2003–2004)

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

6.4 Norsk rettspraksis

Rt. 1960 s. 1147 (Aktuell)

Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse)

Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys)

Rt. 2004 s. 357

Rt. 2006 s. 799 (Rikshospitalet)

Rt. 2007 s. 404 (NRK NOKAS)

Rt. 2010 s. 845 (UNE)

Rt. 2012 s. 536 (Dørvakt)

Rt. 2012 s. 1211 (blogger-kjennelse)

Rt. 2015 s. 93 (Maria-dommen)

HR-2016-1458-A

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2020-184-A (Kakerlakk)

HR-2020-185-A (Hatefulle ytringer 2)

HR-2020-2472-P (klimasøksmålet)

6.5 Internasjonal rettspraksis

Forkortelse

Fullstendig referanse

X og Y mot Nederland

Case of X and Y v. The Netherlands [P], no. 8978/80, ECHR:1985:0326JUD000897880.

Arzte fur das Leben mot Østerrike

Case of plattform "Arzte fur das Leben" v. Austria [J], no. 10126/82, ECHR:1988:0621JUD001012682.

Autronic AG mot Sveits

Case of Autronic AG v. Switzerland [P], no. 12726/87, ECHR:1990:0522JUD001272687.

6.6 Juridisk litteratur

6.6.1 Bøker

Forkortelse

Fullstendig referanse

Aall (2018)

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2018.

Andenæs (2017)

Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave ved Arne Fliflet, Universitetsforlaget 2017.

Eskeland (2017)

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 5: utgave ved Alf Petter Høgberg, Cappelen Damm 2017.

Kierulf (2013)

Kierulf, Anine, *Tolkningar av Grunnlova*, Eirik Holmøyvik (red.), Pax forlag 2013.

Michalsen (2011)

Michalsen, Dag, *Rett en internasjonal historie*, Pax forlag 2011.

Skoghøy (2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018.

- Smith (2017) Smith, Eivind, *konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 4. utg., Fagbokforlaget 2017.
- Starmer (1999) Starmer, Keir, *European Human Rights Law: The Human Rights Act 1998 and the European Convention on Human Rights*, Legal Action Group 1999.
- Torvund (2020) Torvund, Olav, *Ytringsfrihet og medieregulering*, Universitetsforlaget 2020.

6.7 Nettbaserte kilder

Sist besøkt

Fullstendig referanse og URL

02.03.21

Toje, Asle mfl., «Den norske rettsstaten», 01.09.2020.

URL: <https://mediasite.nb.no/Mediasite/Showcase/arrangementsarkiv/Presentation/ec9a4fee9b874cffa66c8968672daf1f1d/Desktop>.

12.03.21

Hovde, Kjell-Olav, Palle Svensson og Dag Einar Thorsen, «Demokrati» i Store norske leksikon, 14. mai 2019.

URL: <https://snl.no/demokrati>.

17.03.21

Stopp islamiseringen av Norge, SIAN.

URL: <https://www.sian.no/vedtekter>.

17.03.21

FNs konvensjon mot rasediskriminering (ICERD), 17.12.2020.

URL: <https://www.regjeringen.no/no/tema/likestilling-og-inkludering/likestilling-og-inkludering/konvensjoner/fns-rasediskrimineringskonvensjon-/id670417/>.

22.03.21

Wibye, Johan Vorland, «Rettslige friheter», Tidsskrift for Rettsvitenskap 2019, punkt 3.1 s. 413.

URL: https://www.idunn.no/file/pdf/67171211/rettslige_friheter.pdf

08.04.21

Kulturdepartementet, Handlingsplan mot diskriminering av og hat mot muslimer, 2020-2023 s.39

URL: <https://www.regjeringen.no/contentassets/b2a6fd21c6a94bae83d5a3425593da30/handlingsplan-mot-diskriminering-av-og-hat-mot-muslimer-2020-2023.pdf>

06.05.21

Guterres, António, Generalsekretær i FN, «Hat er i ferd med å bli normalen både i liberale demokratier og autoritære regimer», Aftenposten 30. juni 2019.

URL: <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/kJB/B9X/hat-er-i-ferd-med-aa-bli-normalen-baade-i-liberale-demokratier-og-autori>

