



Det juridiske fakultet

Hvilket strafferettslig vern har enkeltindividet mot sjikanøse og hatefulle ytringer etter straffeloven § 185 og straffeloven § 266?

Vetle Rød Hansen

Masteroppgave i Rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2021.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	<i>Problemstilling og aktualitet.....</i>	<i>1</i>
1.2	<i>De strafferettslige utgangspunkter for vurderingen av enkeltindividets vern.....</i>	<i>4</i>
1.3	<i>Avgrensinger og oppgavens videre fremstilling.....</i>	<i>6</i>
1.4	<i>Metode og rettskildenes vekt.....</i>	<i>7</i>
1.4.1	Betydningen av EMK i norsk rett, forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 og presumsjonsprinsippet.....	7
1.4.2	Betydningen av praksis fra EMD og dens gjennomslagskraft i norsk rett.....	8
2	Ytringsfriheten i relasjon til enkeltindividets vern mot hatefulle ytringer.....	8
2.1	<i>Hvorfor har vi Grunnloven § 100, og hvilke begrensinger setter den i adgangen til å straffe hatefulle ytringer?.....</i>	<i>9</i>
2.1.1	Prinsippet om sannhetssøken.....	10
2.1.2	Demokratihensynet.....	11
2.1.3	Hensynet til individets frie meningsdannelse.....	12
2.1.4	I hvilken grad taler hensynet til ytringsfriheten mot å strafflegge sjikanerende ytringer?...12	
2.2	<i>Betydningen av EMK art. 10.....</i>	<i>13</i>
3	Bakgrunnen for enkeltindividets strafferettslige vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, og vernets innhold.....	14
3.1	<i>Hvorfor har vi vern i form av straffeloven § 185?.....</i>	<i>16</i>
3.2	<i>Hvilke interesser ivaretas ved straffeloven § 185?.....</i>	<i>18</i>
3.3	<i>Hva er rekkevidden av straffeloven § 185?.....</i>	<i>20</i>
3.3.1	«Offentlig eller i andres nærvær».....	20
3.3.2	Ytringen må være «diskriminerende eller hatefull».....	23
3.3.3	Ytringen må ramme en vernet personkrets.....	25
3.4	<i>I hvilke situasjoner er en ytring straffbar etter strl. § 185?.....</i>	<i>25</i>
3.4.1	Terskelen for straffbarhet ved hatefulle ytringer mot enkeltindividet.....	26
3.5	<i>Hvorfor har vi vern etter straffeloven § 266, og hvilke interesser ivaretas ved vernet?.....</i>	<i>32</i>
3.6	<i>Hva er vernet etter straffeloven § 266?.....</i>	<i>33</i>
3.6.1	Ytringen må være «hensynsløs».....	33
3.6.2	Ytringen må «krenke en annens fred».....	34
3.7	<i>I hvilke situasjoner er en sjikanøs ytring mot enkeltindividet straffbar etter straffeloven § 266?..35</i>	

3.8	<i>Det samlede bildet av vernet etter § 185 og § 266 - hvilket strafferettslig vern har enkeltindividene mot sjikanøse og hatefulle ytringer?</i>	38
4	Er norsk praksis i tråd med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen?	41
5	Avsluttende bemerkninger	45
5.1	<i>I hvilken grad vil et utvidet strafferettslig vern mot sjikanerende ytringer mot enkeltindivider møte motstand i sentrale kriminaliseringsprinsipper som straffeloven bygger på?</i>	46
5.2	<i>Veien videre for enkeltindividets vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer</i>	48
	Kildeliste	51
	Norske lover	51
	Lovforarbeider og offentlige utredninger	51
	Andre stortingsvedtak og stortingsdokumenter	52
	Høyesterettsavgjørelser	52
	Underrettspraksis	53
	Internasjonale konvensjoner	53
	Uttalelser fra internasjonale komiteer	54
	Avgjørelser fra EMD	54
	Juridisk litteratur	55
	Regjeringsdokumenter	57
	Nettsider	57
	Andre kilder	58

«Menneskerettighetsdomstolen har i flere avgjørelser fremhevet at ytringsfrihet er et av de helt fundamentale elementer i grunnlaget for et demokratisk samfunn. Det påpekes at denne frihet ikke bare omfatter rett til å fremsette utsagn som blir positivt mottatt eller som anses ufarlige, eventuelt ubetydelige, men også utsagn som virker støtende, sjokkerende eller som foruroliger. [min uthevning]».

Rt. 1997 s. 1821 – Dommer Gussgard

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Temaet for avhandlingen er enkeltindividets strafferettslige vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer. I herværende avhandling menes med begrepet *sjikanerende og hatefulle ytringer* (i det følgende brukt både sammen og om hverandre, uten at det er ment noen realitetsforskjell) ytringer som – i tråd med Store norske leksikons definisjon av verbet «å sjikanere» – trakasserer, forulemper eller håner et annet menneske.¹ Definisjonen er, som det følgende vil vise, videre enn det objektive virkeområdet til de aktuelle straffebestemmelsene og en ytring vil således, i avhandlingens forstand, kunne være sjikanerende, uten å per definisjon være straffbar.

Forskning viser at sjikanøse og hatefulle ytringer fører til omfattende skadevirkninger *både* for enkeltindividet, for utsatte grupper og for samfunnet som helhet. For enkeltindivider er det blant annet påvist økt fare for frykt, lavere selvtillit, følelse av tap og verdighet, tilbaketrekking fra offentligheten og begrensinger på bevegelsesfriheten.² Som menneskerettskomiteen fremholder; «[De hatefulle ytringene] fratår menneskets deres verdighet ved å si at de ikke er likeverdige borgere av samfunnet».³

På gruppe- og samfunnsnivå har ytringene konsekvenser som følge av at frykten ytringene formåner har lett for å spre seg i hele gruppen⁴, bidra til «sosial eksklusjon og økt polarisering som bryter ned det sosiale fellesskapet», og virke «avskrekkende på deltakelse i vårt demokratiske system».⁵

At skadevirkningene er reelle viser seg i alle samfunnslag, både blant minoriteter og i resten av samfunnet. I forbindelse med årets stortingsvalg, og tilhørende valgkamp, har det vært flere eksempler på at ungdomspolitikere helt nede i trettenårsalderen er grovt hetset, med den

¹ <https://snl.no/search?query=sjikanere>

² *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* mv. henvisninger på s. 17.

³ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2018), på s. 11.

⁴ *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* mv. henvisninger på s. 17.

⁵ Likestillings- og diskrimineringsombudet (2018), på s. 11.

konsekvens at de skremmes bort fra den politiske debatt.⁶ Minoritetsdebatten polariseres stadig, blant annet ved at samene trues på livet både i Norge⁷ og i vårt naboland Sverige.⁸ Samtidig diskrimineres innvandrere, og debatten om strukturert rasisme har florerert i nyhetsbildet ved flere anledninger.⁹

Sjikane, rasisme, og hatefulle ytringer er et stadig tilbakevendende tema som i senere tid har fått stor oppmerksomhet både nasjonalt og internasjonalt. Flerkulturelle samfunn i kombinasjon med den hurtige utviklingen av sosiale medier fører til at mennesker fra svært ulike bakgrunn, og med til dels svært ulikt verdisyn, samhandler i en helt annen skala enn tidligere, tidvis med uheldig utfall. Virkningen forsterkes av at stadig flere unge har tilgang til internett, hvor informasjon og ytringer som ikke uten videre er samfunnstjenlige flyter fritt. Blant annet har den særdeles populære ungdomsapplikasjonen «TikTok» fått kritikk for manglende sensur av diskriminerende ytringer som ikke vil være egnet for lettpåvirkelige unge mennesker.¹⁰ Den stadige utviklingen av sosiale medier, og det faktum at det er anledning til å forbli anonym, fører også til at det i ytterste konsekvens er desto lavere terskel for å dele ytringene sine med den tenkte mottaker, men også med offentligheten for øvrig.

At sjikanøse og hatefulle ytringer er et omfattende samfunnsproblem gjenspeiles også i samfunnsutviklingen, politikken og regjeringsapparatet. På nasjonalt område lanserte Regjeringen i perioden 2016-2020 en strategi for å «forebygge og skape bevissthet om hatefulle ytringer i den offentlige debatten og i det offentlige rom»¹¹, samt «legge til rette for at ulovlige hatefulle ytringer, i større grad enn i dag, avdekkes, etterforskes, og fremmes for domstolene eller annen relevant instans». At bekjempelse av hatefulle ytringer er et

⁶ https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/pst-bistar-ungdomspolitikere-gjennom-valgkampen_-_ungdom-ned-til-13-ar-far-store-mengder-hets-1.15619199 , <https://www.dagsavisen.no/nyheter/navn-i-nyhetene/2021/08/26/ungdomspolitikere-mottar-mer-hets-vi-mister-demokratiforkjempere/> ,

⁷ <https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/bekymret-over-samehets-i-kommentarfeltet-etter-at-hunden-ble-skutt-1.15672240>

⁸ <https://www.nrk.no/sapmi/nettet-koker-over-av-hets-mot-samer-etter-girjas-dommen-1.14877945>

⁹ <https://www.nettavisen.no/nyheter/erna-solberg-om-strukturell-rasisme-det-finnes-i-samfunnet-vart/s/12-95-3424126919>

¹⁰ <https://www.vg.no/spesial/c/stories/IA2kW7>

¹¹ Barne- og likestillingsdepartementet (2016), på s. 11.

prioriteringsområde kommer også til uttrykk gjennom Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2017¹², og følges opp i Riksadvokatens rundskriv nr. 1/2021 hvor det presiseres at blant annet etterforskning av hatkriminalitet skal prioriteres i politiapparatet i 2021.¹³ Dette må anses å være et resultat av, og i overenstemmelse med, det faktum at det i 2014 ble anmeldt 51 tilfeller av hatefulle ytringer i Norge, mens det i 2019 ble anmeldt 330 tilfeller.¹⁴ Det er ingenting som tilsier at antall anmeldelser gir et dekkende bilde av antall faktiske overtredelser og det må antas å være store mørketall, særlig ved overtredelser som finner sted på sosiale medier hvor det ofte er unge mennesker involvert.

Det faktum at fenomenet sjikanøse og hatefulle ytringer er utbredt, og skadevirkningene påviselige, gir inntrykk av slike ytringer bør avskaffes i sin helhet og vernet bør være sterkt, men som det vil problematiseres må både ytringsfriheten og norsk kriminaliseringspolitikk sette en skranke for hvilke ytringer som kan straffes og ikke, og derav begrense enkeltindividets vern. Som sitatet innledningsvis så treffende illustrerer er det slik at ytringsfriheten ikke bare er en rettighet vi ønsker i samfunnet og et premiss for demokratiet, det er også en rettighet vi må tåle, og som – som både det ovenstående og det følgende vil vise – i enkelte tilfeller kan være ubehagelig. Ytringsfriheten har lenge bydd, og byr den dag i dag, på krevende avveininger mellom retten til å ytre hva man vil i det offentlige rom, og beskyttelse av samfunnets individer.

At avveiningen er krevende underbygges av at det i 2020 ble avsagt tre dommer som omhandler strl. § 185, hvorav samtlige omhandler hovedsakelig sjikanøse og diskriminerende ytringer.¹⁵ Dette vitner både om at Riksadvokatens initiativ om økt straffeforfølgning av hatefulle ytringer bærer frukter, og at det har vært et behov for avklaring rundt hvilke ytringer som skal straffes og hvor straffenivået skal ligge.

Denne avhandlingen vil – på bakgrunn av det samfunnsproblemet hatefulle ytringer utgjør, samt de empiriske skadevirkninger problemet tilsynelatende medfører – vurdere hvilket strafferettslig vern enkeltindividet har mot de ytringer som går utover det som kan tolereres i

¹² Riksadvokaten (2017), på s. 6.

¹³ Riksadvokaten (2021), på s. 12.

¹⁴ <https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/kriminalitet-og-rettsvesen/statistikk/anmeldte-lovbrudd-og-ofre>

¹⁵ HR-2020-184-A, HR-2020-185-A, HR-2020-2133-A.

et demokratisk samfunn etter straffeloven¹⁶ (strl.) § 185 om hatefulle og diskriminerende ytringer (heretter benevnt med «hatefulle ytringer» som samlebegrep) og straffelovens § 266 om hensynsløs atferd, og i forlengelsen av dette – om dagens vern, de lege ferenda, er hensiktsmessig og tilstrekkelig. Straffeloven § 185 behandles ettersom den er det eneste eksplisitt strafferettslige vernet mot sjikanøse ytringer i norsk rett, mens strl. § 266 behandles all den tid bestemmelsen formodentlig er det nærmeste enkeltindivider som ikke er beskyttet av § 185 kommer et vern om den psykiske integritet og mot sjikanøse ytringer – som ikke er egnet til å falle innenfor strengere straffebed.¹⁷ Som det vil redegjøres for, verner straffebedene i utgangspunktet vesensforskjellige interesser, og det er ikke åpenbart hvilket straffebed som skal anvendes når, og hva som er terskelen for vern.

1.2 De strafferettslige utgangspunkter for vurderingen av enkeltindividets vern

I hvilken grad enkeltindividet vernes mot sjikanøse og hatefulle ytringer beror på en avveining av motstående menneskerettigheter, ytringsfriheten på den ene siden, og diskrimineringsvernet og vernet om den personlige integritet på den andre siden.

Tanken om ytringsfrihet som en lovfestet rettighet kan spores helt tilbake til filosofiens teorier om naturtilstand, samfunnskontrakten og naturretten.¹⁸ Den er således et utslag av det faktum at alle mennesker er født frie og med et minimum av rettigheter, deriblant retten til å ytre seg. Som aksentuert av filosofen John Locke er individet «født med ukrenkelige, førpolitiske rettigheter til frihet i handling såvel som i talehandling».¹⁹ Denne retten er i norsk lov knesatt i Grunnloven²⁰ (Grl.) § 100 første ledd som bestemmer at «Ytringsfrihet bør finne sted». Den klare implikasjon av Grl. § 100 er på bakgrunn av dens ordlyd enkelt nok at man kan ytre hva man vil, og en naturlig følge av dette er at ytringsfriheten, som utgangspunkt, innebærer en rett til å, ved hjelp av ord og/eller tegn, uttrykke, eller ikke uttrykke sine meninger, tanker og opplysninger.

¹⁶ Lov 20.mai 2005 nr. 28 om straff.

¹⁷ Se f.eks strl. § 264 om grove trusler.

¹⁸ *Anfinsen/Christensen* på s. 167 flg.

¹⁹ NOU 1999:27 på s. 21.

²⁰ Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

Det er likevel en kjensgjerning at ytringsfriheten i likhet med andre sentrale menneskerettigheter ikke rekker lenger enn punktet hvor andres rettigheter krenkes.²¹ Avveiningen av hvilke ytringer enkeltindividet er vernet mot, og hvilke ytringer som er vernet av ytringsfriheten er krevende, og det er ikke innlysende hvor grensen skal settes. Som avhandlingen vil problematisere, er avveiningen, grunnet menneskets iboende verdi og deres lovfestede integritetsvern, særlig krevende hvor ytringene fremsettes mot enkeltindivider, og bærer preg av sjikane og hets.

En lovfestet innskrenking av ytringsfriheten kommer til uttrykk i strl. § 185 som bestemmer at

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. Som ytring regnes også bruk av symboler.

Den som i andres nærvær forsettlig eller grovt uaktsomt fremsetter en slik ytring overfor en som rammes av denne, jf. annet ledd, straffes med bot eller fengsel inntil 1 år.

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

- a) hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse,*
- b) religion eller livssyn,*
- c) seksuelle orientering,*
- d) kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, eller*
- e) nedsatte funksjonsevne».*

Bestemmelsen krever at ytringen er fremsatt i påhør av andre, er hatefull eller diskriminerende, og rammer en av minoritetsgruppene som er angitt i bokstav a-e. Det skiller i bestemmelsen mellom ytringer som er fremsatt «offentlig», og ytringer som fremsettes i «andres nærvær». I herværende avhandling er det sistnevnte straffalternativ som er sentralt ettersom det fanger opp de tilfeller hvor ytringer fremsettes overfor enkeltpersoner i tilnærmet private situasjoner, mens første straffalternativ hovedsakelig utgjør et vern om minoritetsgruppen som sådan. Som det vil redegjøres for er det ikke enkeltindividet

²¹ NOU 1999:27 på s. 21.

bestemmelsen i utgangspunktet tar sikte på å beskytte, og det kan stilles spørsmål ved om Høyesteretts praktisering av bestemmelsen ivaretar dens egentlige kjerne.

Beskyttelse av enkeltindividet er derimot hovedhensynet bak strl. § 266 som bestemmer at

«Den som ved skremmende eller plagsom opptreden eller annen hensynsløs atferd forfølger en person eller på annen måte krenker en annens fred, straffes med bot eller fengsel inntil 2 år».

Bestemmelsen krever at atferden er hensynsløs, og krenker en annens fred, for at den skal rammes av bestemmelsen. Den stiller, i motsetning til § 185, verken krav om at det dreier seg om en ytring, at den rettes mot minoritetsgrupper, eller at ytringen spres til andre. Den har derfor et videre anvendelsesområde, og vil formodentlig kunne fange opp de tilfeller som tilsynelatende ikke faller inn under begrepet «hatefulle ytringer» etter strl. § 185. Det er ikke tvilsomt at også ytringer rammes av begrepet «atferd».

Som en følge av avhandlingens siktemål om å kartlegge hvilke retningslinjer rettsanvenderen må forholde seg til i vurderingen av hvilket vern enkeltindividet nyter mot sjikanøse og hatefulle ytringer etter bestemmelsene, vil også forholdet dem imellom – sett i lys av at de som utgangspunkt verner om vesensforskjellige interesser – forsøkes klarlagt.

1.3 Avgrensinger og oppgavens videre fremstilling

På bakgrunn av det ovenstående vil det i kapittel 2 og 3 redegjøres for de rettslige utgangspunktene, henholdsvis ytringsfriheten som utgangspunktet for vurderingen, og de respektive straffebestemmelsene § 185 og § 266 som beskytter enkeltindividet. I kapittel 3 vil det også vurderes hvilket vern bestemmelsene de facto gir, før vernet i kapittel 4 vurderes opp mot den list EMD i nyere praksis har satt for inngrep i ytringsfriheten. Avslutningsvis vil det i kapittel 5 knyttes noen bemerkninger til avhandlingens innhold som sådan.

Jeg finner grunn til å presisere at oppgaven avgrenses til å behandle straffelovens § 185 bokstav a) ettersom det er eneste alternativet hvor det foreligger tilstrekkelig rettspraksis til at enkeltindividets vern etter bestemmelsen kan vurderes. Det vil heller ikke foretas en omfattende drøftelse av Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

art. 19²² (SP), hovedsakelig fordi det er alminnelig antatt at SP art. 19 neppe gir et sterkere vern enn Den europeiske menneskerettskonvensjonen art. 10²³ (EMK), men også fordi oppgavens størrelse vanskeliggjør en inngående gjennomgang. SP art. 19 vil således bare behandles hvor dette finnes strengt nødvendig.

Sivilrettslige bestemmelser som omhandler sjikane og diskriminering av enkeltindividet faller utenfor denne avhandlingens problemstilling.

1.4 Metode og rettskildenes vekt

Oppgaven vil i all hovedsak baseres på alminnelig rettsdogmatisk metode, med enkelte rettspolitiske innslag hvor dette finnes treffende. Ettersom praksis fra EMD likevel vil være en sentral rettskilde i oppgaven er det enkelte metodiske momenter som bør nevnes.

1.4.1 Betydningen av EMK i norsk rett, forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 og presumsjonsprinsippet

Den europeiske menneskerettskonvensjonen er gjennomført i norsk rett ved mrl. § 2, og er ved motstrid gitt forrang foran annen lovgivning etter § 3. Dette innebærer at dersom det kan utledes sterkere rettighetsvern for ytringsfriheten gjennom EMK, og motstrid med nasjonal lovgivning ikke lar seg tolke vekk, skal EMK legges til grunn. Dette innebærer også at Grl. § 100 må tolkes i lys av EMK art. 10, men likevel slik at det er Høyesterett som har ansvaret for tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser²⁴, og således har siste ord i hvilken tolkning som skal legges til grunn.

Her nevnes også at andre internasjonale forpliktelser som enten ikke er gjennomført i norsk rett, eller gjennomført, men ikke gitt forrang, skal presumeres i samsvar med norsk lovgivning i henhold til presumsjonsprinsippet.²⁵ Dette vil få betydning blant annet ved tolkningen av strl. § 185.

²² Inkorporert i norsk rett gjennom Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.) § 2.

²³ Ibid.

²⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

²⁵ Rt. 2000 s. 1811 på s. 1826 in fine, samt s. 1830 flg.

1.4.2 Betydningen av praksis fra EMD og dens gjennomslagskraft i norsk rett

Hva det gjelder betydningen av praksis fra EMD er det i Høyesterett lagt til grunn at retten må foreta en selvstendig tolkning, men likevel slik at det benyttes samme metode i EMD, og slik at de forholder seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og domstolens avgjørelser.²⁶ En naturlig følge av det ovenstående er at den praksis EMD avsier i relasjon til EMK art. 10, indirekte vil være av betydning ved tolkningen av Grl. § 100 og i så måte også ved etableringen av når det kan gjøres inngrep etter straffebestemmelsene.

Som et ytterligere moment av metodisk interesse nevnes at Høyesterett i den såkalte kjuus-kjennelsen fremholder at ytringsfriheten «åpenbart» må vurderes på bakgrunn av utviklingen i samfunnet²⁷ - riktignok i relasjon til den tidligere utgave av Grl. § 100, og selv om synspunktet nok må nyanseres noe etter bestemmelsen ble revidert, er det ingenting som tilsier at samfunnsutviklingen ikke vil være av viktighet ved tolkningen av nåværende bestemmelse.²⁸ Dette innebærer at det som var straffbart for 40 år siden, ikke nødvendigvis er straffbart i dag, og vice versa. Om en ytring skal anses vernet av ytringsfriheten må bero på de rettslige reguleringene, men også på kultur- og samfunnsutviklingen.

2 Ytringsfriheten i relasjon til enkeltindividets vern mot hatefulle ytringer

Utgangspunktet ved spørsmålet om en ytring kan straffes eller ei, vil være om den er beskyttet av ytringsfriheten. Ytringsfriheten er utgangspunktet, og det er eventuelle innskrenkninger i denne friheten som må begrunnes.²⁹ Dette innebærer at ytringsfriheten på sett og vis begrenser enkeltindividets vern mot hatefulle ytringer. De er motpoler.

Ytringsfriheten deles undertiden i tre komponenter, meddelelsesfriheten, informasjonsfriheten og taushetsretten.³⁰ Det er meddelelsesfriheten, selve retten til å ytre seg, eller som presisert av Kyrre Eggen «friheten til uhindret å kunne meddele opplysninger og tanker gjennom

²⁶ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 46.

²⁷ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1832.

²⁸ *Torvund* på s. 61.

²⁹ *Ibid.* på s. 19.

³⁰ *Ibid.* på s. 29.

kommunikasjonsfasiliteter man selv rår over»³¹, som er den sentrale komponenten for nærværende avhandling.

Ytringsfriheten spenner vidt, og omfatter retten til å ytre seg om de mest dagligdagse ting i private lag, så vel som retten til å ytre seg om betente tema i offentlige demonstrasjoner, på sosiale medier, eller i andre sammenhenger hvor ytringen når ut til et stort antall mennesker. Det er særlig de offentlige ytringer som vil være sentralt i det følgende.

Som nevnt er ytringsfriheten i norsk rett knesatt på øverste trinn, Grunnloven § 100, og i hvilke tilfeller det kan gjøres inngrep beror på når innskrenking lar seg forsvare opp mot grunnlovsbestemmelsen. Selv om denne avveiningen er krevende har Høyesterett ved flere anledninger gitt uttrykk for at sjikane og hatefulle ytringer befinner seg i randsonen av ytringsfriheten³², og således ikke kan nyte samme vern som ytringer i ytringsfrihetens kjerneområde. Dette medfører at begrunnelsen for ytringsfriheten vil være av begrenset betydning ved vurderingen av om sjikanøse og hatefulle ytringer skal tillates, men det vil likevel kunne utledes i hvilke tilfeller og i hvilken kontekst enkelte ytringer bør tillates – på tross av hatefullt innhold. Det ses derfor – for å tilstrekkelig vurdere rekkevidden av straffebestemmelsene – hensiktsmessig å redegjøre nærmere for ytringsfrihetens innhold og begrunnelse.

2.1 Hvorfor har vi Grunnloven § 100, og hvilke begrensinger setter den i adgangen til å straffe hatefulle ytringer?

Grunnloven § 100 første ledd lyder som følger

«Ytringsfrihet bør finne sted.»

Andre til sjetten ledd regulerer i hvilke tilfeller det kan gjøres inngrep, hvilke ytringer som har et særskilt vern, innsynsretten og forhåndssensur, og er i stor grad et resultat av Ytringsfrihetskommisjonens arbeid mot slutten av 90-tallet.³³ I herværende oppgave er det inngrepsadgangen og frihetens begrunnelse som er av interesse, og bestemmelsens øvrige innhold vil ikke behandles utover det som finnes nødvendig.

³¹ Eggen på s. 29.

³² Se blant annet Rt. 2012 s. 536 avsnitt 38 og HR-2020-2133-A avsnitt 41.

³³ NOU 1999:27.

Både begrunnelse og inngrepsvilkår fremgår av § 100 andre ledd som bestemmer at ingen kan holdes rettslig ansvarlig for å utøve ytringsfriheten med mindre det «lar seg forsvare opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i **sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse** [Min utheving]». Det ses hensiktsmessig å gi en kort redegjørelse av de enkelte begrunnelser.

2.1.1 Prinsippet om sannhetssøken

Begrunnelsen har sitt opphav i at sannheten nås gjennom meningsutveksling der påstander kan imøtegås, korrigeres og konfronteres med andre påstander. Tanken er at vi som mennesker vil få bedre funderte meninger ved å høre på hverandre, se og lære av måten andre gjør ting på, og således bygge fornuft i fellesskap. Ved sannhetssøken som et bærende prinsipp legges det også til rette for å stille spørsmål ved «vedtatte sannheter», styringssystemer og maktforhold. Som tilkjennegjort i proposisjonen, «uten at vi kjenner motargumentene, kan vi ikke vite om vi har rett».³⁴ Prinsippet tilsier også forsiktighet med bruk av straff som virkemiddel ved ytringer generelt, og konteksten ytringen fremsettes i bør tillegges stor betydning ved vurderingen av om en ytring er straffbar. Om ytringen bidrar til «sannhetssøken» bør terskelen for å ilegge straff være betydelig, mens den bør være tilsvarende lavere dersom ytringen ikke bidrar til samfunnstjenlig meningsutveksling.

En slik tilnærming må også bære tyngde i konfrontasjonen og imøtegåelsen av ytringer som bygger på stereotyper og uvitenhet, som sjikane og rasisme ofte gjør. Ved at ytringene kommer frem i lyset kan den øvrige befolkning korrigere holdninger som ikke hører hjemme i et moderne samfunn, og derved minske utbredelsen av dem.³⁵

På den annen side løper man risikoen at ved å tillate de hatefulle og/eller kontroversielle ytringene i utgangspunktet, «skremmer» man bort de individene som blir utsatt for slike holdninger fra det frie ordskiftet, og derved motvirkes ytringsfriheten som sådan³⁶, jf. blant annet eksempelet innledningsvis om ungdomspolitikere som, grunnet grov hets, skremmes

³⁴ NOU 1999:27 på s. 20.

³⁵ *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* på s. 13.

³⁶ *Ibid.* på s. 14 in fine.

bort fra den politiske debatt. På tross av denne innvendingen er det alminnelig antatt at sannhetsargumentet er det mest robuste argumentet for ytringsfrihet.³⁷

2.1.2 Demokratihensynet

Som dommer Gussgard innledningsvis forfekter, er demokratiet ved flere anledninger fremholdt som et grunnleggende premiss for demokratiet av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), blant annet i «Handyside-saken» hvor domstolen gir uttrykk for at «Freedom of expression constitutes one of **the essential foundations** of [a democratic] society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.»³⁸

Dette har også vært utgangspunktet for Ytringsfrihetskommisjonens vurdering, hvor det fremholdes at «åpenhet og kritikk» er noe av det viktigste ved demokratiet, og at demokrati fordrer en meningsutveksling mellom myndige mennesker forut for viktige avgjørelser³⁹, eller som Helge Høibraaten uttrykker det, «[demokrati er] en strøm av kommunikasjon som forandrer viljer, som river og sliter i dem med nye synspunkter og argumenter, som baner seg vei, ofte nok i uventede retninger».⁴⁰ Demokratihensynet i vid forstand bærer på det vis likhet med det ovenstående sannhetsprinsippet og tilsier at ytringer som har til formål å endre en etablert regulering eller en politisk prosess, vil være særlig beskyttelsesverdige.

Ytringsfriheten er således ikke bare en forutsetning for at det skal treffes riktige og gode avgjørelser, men også sentral for å sikre åpenhet og tillit til systemet, samt åpne for at kritiske røster skal kunne komme til orde både om samfunns- og maktforhold. At ytringsfrihet i relasjon til statsstyret og demokratiet er vitalt kommer til eksplisitt til uttrykk gjennom GrL § 100 tredje ledd, hvor det bestemmes at det skal tungtveiende hensyn til for å gjøre inngrep i denne friheten.

I relasjon til avhandlingens konkrete problemstilling kan innvendes at demokratihensynet ikke nødvendigvis gjør seg gjeldende i like stor grad når det er tale om sjikanøse og hatefulle ytringer som verken fremmer eller bidrar til demokratiet.

³⁷ NOU 1999:27 på s. 21.

³⁸ *Handyside v. The United Kingdom* avsnitt 49.

³⁹ NOU 1999:27 på s. 23.

⁴⁰ *Høibraaten* på s. 122.

Som Torvund problematiserer⁴¹ skal det bemerkes at den ovenstående begrunnelse tilkjenner demokratiet som et utelukkende positivt institutt, som er ønskelig og viktig. Jeg nøyer meg i denne avhandlingen med å legge til grunn at så er tilfellet.

2.1.3 Hensynet til individets frie meningsdannelse

Menneskets autonomi er, og har alltid vært, sentral i spørsmål knyttet til menneskerettigheter, statsstyre og maktutøvelse. Det er i bunn og grunn folket som er grunnlaget for statens makt, og det er et aksiom at mennesket er født med enkelte ukrenkelige rettigheter, derunder retten til fri meningsdannelse. Dette fremholdes også av kommisjonen hvor det gis uttrykk for at ytringsfriheten er en av de forutsetninger som må være til stede for at den enkelte kan fungere som et autonomt individ i det åpne samfunn.⁴² Hensynet bygger på en forutsetning om at det skal skapes såkalte «myndige mennesker», og et resultat av dette er at det er de «politiske ytringer i bred forstand» som må nyte et særlig vern. Etter kommisjonens syn innebærer dette at «det er ytringer som angår forhold som det forventes at vi som samfunnsborgere tar stilling til av samfunnsmessig, moralsk og kulturell art, og der det forutsettes bruk av felles fornuft i et offentlig rom».⁴³ En sentral forutsetning for dette hensynet må også være tilgang for alle til de arenaer hvor meninger utveksles, om en vid ytringsfrihet motvirker denne forutsetningen vil det kunne være nødvendig med enkelte begrensninger – som blant annet strl. § 185.⁴⁴

Også her kan i relasjon til den konkrete problemstillingen innvendes at hensynet til den frie meningsdannelse ikke gjør seg i like stor grad gjeldende når det er tale om sjikanøse og hatefulle ytringer. Hatefulle ytringer angår formodentlig ikke forhold vi som samfunnsborgere plikter å ta stilling til, og vil også kunne føre til at ofrene for hatefulle ytringer kvier seg for å delta i offentlig meningsutveksling.

2.1.4 I hvilken grad taler hensynet til ytringsfriheten mot å strafflegge sjikanerende ytringer?

Som det ovenstående gir uttrykk for er ytringsfriheten universelt begrunnet, den er et grunnleggende prinsipp for demokratiet, en forutsetning for sannhetssøken og vital for den

⁴¹ Torvund på s. 26.

⁴² NOU 1999:27 på s. 21.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ref. blant annet eksempelet innledningsvis hvor unge ungdomspolitikere lider og skremmes bort fra offentlig meningsutveksling som følge av andres ytringsfrihet.

enkeltes dannelse. At det dreier seg om en fundamental rettighet aksentueres av EMD på følgende vis «The Court is faced **not with the choice between two conflicting principles, but with the principle of freedom of expression that is subject to a number of exceptions which must be narrowly interpreted** [min utheving]». ⁴⁵ Kommisjonen på sin side omtaler rettigheten som et «ureduserbart grunnfjell»⁴⁶, og dens betydning kan således ikke underkommuniseres.

Om dens universelle begrunnelse er like treffende når det er tale om hatefulle ytringer mot enkeltindividet er derimot ikke åpenbart. Om hensynet til sannhetssøken kan innvendes at man risikerer å «skremme» viktige stemmer bort fra samfunnsdebatten, mens hensynet til demokratiet kan imøtegås ved at hatefulle ytringer verken bidrar til, eller fremmer vårt demokratiske samfunn. På samme måte kan det innvendes at ytringer som ene og alene har som formål å sjikanere en annen ikke vil være vitalt for den enkeltes personlige utvikling, ei heller bidra til å danne «myndige mennesker».

Det er etter det ovenstående, og i tråd med Høyesteretts vurdering, klart at retten til å fremsette sjikanøse og hatefulle ytringer overfor enkeltindivider ikke befinner seg i kjernen av ytringsfriheten, og hvilke utslag dette gjør seg vil gjennomgående være tema i det følgende.

2.2 Betydningen av EMK art. 10

Den grunnlovfestede ytringsfriheten må som redegjort for i punkt 1.3.1 tolkes i lys av dens folkerettslige forbilde, EMK art. 10. EMK art. 10 nr. 1 første punktum lyder som følger

“Everyone has the right to freedom of expression.”

Bestemmelsen bærer således likhetstrekk med Grunnloven § 100. Likheten følges opp i andre punktum hvor det gjøres klart at rettigheten inkluderer retten «*to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers*». Ordlyden tilsier at ytringsfriheten er en rettighet som tilfaller alle, spenner vidt, og innebærer både informasjons- og meddelelsesfrihet. EMD har i relasjon til meddelelsesfriheten – i likhet med Høyesterett – gitt uttrykk for at friheten ikke bare innebærer de ytringer «that are favourably received or regarded as inoffensive», men også «those that offend, shock or

⁴⁵ *Sunday Times v The United Kingdom* nr. 1 avsnitt 65.

⁴⁶ NOU 1999:27 på s. 25.

disturb».⁴⁷ Som vil behandles under kapittel 4, er ikke sitatet i dag nødvendigvis fullt ut treffende for gjeldende rett.

På bakgrunn av det ovenstående kan det legges til grunn at ytringsfriheten står sterkt, også etter EMK art. 10. I relasjon til avhandlingens problemstilling skal likevel innvendes at EMD i flere tilfeller har tolket EMK art. 10 innskrenkende som følge av EMK art. 17 som bestemmer at ingen konvensjonsbestemmelse skal anvendes på slikt vis at den krenker andre rettigheter etter konvensjonen. EMD har formulert innskrenningen på følgende måte «there can be no doubt that concrete expressions constituting hate speech, which may be insulting to particular individuals or groups, **are not protected by Article 10 of the Convention.** [min uthevning]».⁴⁸ Høyesterett har også behandlet forholdet mellom art. 10 og art. 17, hvor det fremholdes, med henvisning til EMD, at «ytringsfriheten er et av de helt fundamentale elementer i grunnlaget for et demokratisk samfunn», samtidig som det presiseres at art. 17 må anses som «et klart unntak når det gjelder avgjørelser på dette området [hatefulle ytringer]», og at også EMD hovedsakelig har knyttet sine drøftelser til art. 10.⁴⁹ Det ikke nødvendigvis åpenbart hvilke ytringer som vil falle innenfor «hate speech-begrepet», men det er klart – som jeg skal komme tilbake til – at ytringer som ikke lar seg forsvare i lys av ytringsfrihetens begrunnelse i beste fall nyter et beskjedent vern også etter EMK art. 10.

3 Bakgrunnen for enkeltindividets strafferettslige vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, og vernets innhold

Som det ovenstående viser står ytringsfriheten sterkt, både i kraft av norsk rett, og våre folkerettslige forpliktelser. Likevel er den ikke absolutt, og det kan gjøres inngrep på nærmere angitte vilkår, blant annet for å beskytte andres gode rykte og rettigheter. Som nevnt innledningsvis er det en kjensgjerning at den enkeltes rettigheter ikke strekker seg lenger enn hvor en annens rettigheter krenkes, en kjensgjerning som må anses som et utslag av at alle mennesker er født med enkelte ukrenkelige rettigheter. Som EMD uttrykker det; «[T]olerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a

⁴⁷ *Handyside v. The United Kingdom* avsnitt 49.

⁴⁸ *Gunduz v. Turkey* avsnitt 41.

⁴⁹ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1829.

democratic, pluralistic society».⁵⁰ For at dette utgangspunktet skal overholdes kreves lovreguleringer.

Det lovfestede vernet mot diskriminering og hatefulle ytringer har vært samfunnsaktuelt og omdiskutert i flere tiår, hvor naturlig nok perioden etter andre verdenskrig har vært av særlig viktighet. Perioden endte blant annet med stiftelsen av FN⁵¹, og verdens syn på menneskerettigheter og behovet for internasjonale og universale reguleringer i relasjon til diskriminering ble endret.⁵² Et utslag av dette arbeidet er vedtakelsen av FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK)⁵³, som etter likestillings- og diskrimineringsloven (Idl.) § 5 gjelder som norsk lov.⁵⁴

Etter RDK art. 4 forplikter konvensjonspartene seg til å «treffe øyeblikkelige og positive tiltak med sikte på å fjerne all diskriminering eller tilskyndelse til diskriminering», og skal i lys av art. 5 «forby og avskaffe alle former for rasediskriminering og sikre all rett til likhet for loven, uten hensyn til rase, hudfarge eller nasjonal eller etnisk opprinnelse», men likevel slik at det tas «behørig hensyn til» de rettigheter som er opplistet i bokstav a) til f), herunder ytringsfriheten.⁵⁵ Med «behørig hensyn til» menes at «statene må foreta en avveining mellom ytringsfriheten og forpliktelsene etter RDK art. 4 litra a)».⁵⁶

Forpliktelsene etter litra a) innebærer at statene skal – i tråd med avsnittet ovenfor - erklære at «enhver spredning av ideer basert på tanken om rasemessig overlegenhet eller rasehat, enhver tilskyndelse til rasediskriminering, (...) enhver voldshandling eller tilskyndelse til voldshandling (...) enhver støtte til rasistisk virksomhet, (...) er en straffbar handling». Dette innebærer at bestemmelsen har til formål å motvirke en rekke hatefulle ytringer, av ulik karakter og ulik alvorlighet. En naturlig følge av dette er at avveiningen mellom ytringsfriheten og de forpliktelser som er påtatt gjennom inkorporasjonen av RDK, vil kunne slå forskjellig ut avhengig av hvilken type ytring det er tale om. Det må i så måte foretas en

⁵⁰ *Erbakan v. Turkey* avsnitt 56.

⁵¹ De Forente Nasjoner.

⁵² Se blant annet FN-pakten art. 1 nr. 3 og FNs verdenserklæring art. 2 og art. 7.

⁵³ Konvensjon 21. desember 1965 om avskaffelse av alle former for rasediskriminering.

⁵⁴ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

⁵⁵ RDK art. 5 bokstav d) viii.

⁵⁶ NOU 2002:12 på s. 190.

konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle om ytringen lar seg forsvare av ytringsfriheten. Det fremstår åpenbart at «tilskyndelse til voldshandlinger» vil nyte et mer beskjedent vern enn en ytring som gir uttrykk for «rasemessig overlegenhet».

Statens forpliktelser etter RDK er i norsk rett formodentlig ivaretatt gjennom vedtakelsen av strl. § 185⁵⁷, og i det følgende vil det redegjøres for hvilke ytringer som etter bestemmelsen ikke er vernet av ytringsfriheten, særlig i relasjon til enkeltindividet.

Det bemerkes for øvrig at RDK ikke er gitt forrang i norsk rett på samme vis som EMK, og at den derfor som utgangspunkt ikke automatisk vil få gjennomslag ved motstrid. Som følge av presumsjonsprinsippet skal norsk lov likevel presumeres i tråd med det som følger av RDK så langt det lar seg gjøre⁵⁸, og realitetsforskjellen vil være begrenset.

3.1 Hvorfor har vi vern i form av straffeloven § 185?

Någjeldende § 185 er et resultat av samfunnsendringer og stadig økt fokus på, og behov for, beskyttelse av minoriteter helt siden perioden etter andre verdenskrig og frem til i dag. I kjølvannet av Nazi-Tysklands grusomheter gikk det en bølge av antisemittisme og demonstrasjoner over hele Europa, også i Norge.⁵⁹ Etter mønster av våre to naboland, Sverige og Danmark, ble det sett behov for en straffebestemmelse som kriminaliserte rasehets, og strl. § 135 annet ledd ble vedtatt for å sørge for at antisemittistiske holdninger ikke skulle få fotfeste i landet. Selv om straffebudet etter departementets vurdering «forsvarer sin plass reint prinsipielt»⁶⁰, bør det likevel «vises atskillig forsiktighet for at den ikke skal føre til utilsiktede inngrep i ytrings- og diskusjonsfriheten».⁶¹ Synspunktet følges opp med at det bare er de «grovt utilbørlige angrep som rammes», samt krav om at forhånelsen er «frem satt offentlig». Bakgrunnen for vedtakelsen av rasehetsvernet var således beskyttelsesbehovet til en minoritetsgruppe, og spenningsforholdet til ytringsfriheten var av stor viktighet allerede den gang.

⁵⁷ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) på s. 248 flg.

⁵⁸ Se punkt 1.3.1.

⁵⁹ Ot.prp.nr.45 (1960-1961) på s. 1.

⁶⁰ Ibid. på s. 2.

⁶¹ Ibid.

Utviklingen fortsatte i 1970 hvor strl. § 135 a ved lov 5.juni 1970 nr. 34 ble vedtatt for å ivareta Norges ovennevnte forpliktelser etter RDK. Bestemmelsen gjennomgikk i overgangen til ny straffelov betydelige endringer, og ble omdøpt til § 185. Bestemmelsen «svarer til 135 a første ledd»⁶², og praksis etter dagjeldende bestemmelse vil være av relevans også ved tolkningen av dagens straffebud.

Uten at det ses nødvendig å redegjøre for hver enkelt endring i bestemmelsen er det særlig to forhold av betydning som bør bemerkes. For det første ble straffebudet i 2009 utvidet til å også gjelde ytringer som fremsettes i «andres nærvær», i motsetning til det tidligere straffebudet som bare rammet ytringer fremsatt offentlig. Bakgrunnen for endringen var utviklingen av dagjeldende straffelovs § 246 om æreskrenkelser⁶³, hvor bestemmelsen ikke ble ansett å ha noen «selvstendig betydning ved siden av vernet av omdømmet».⁶⁴ Som følge av at det likevel ikke kunne ses bort fra «at det kan være straffverdig å fremsette hatefulle ytringer i halvoffentlige sammenhenger, eller i nærvær av andre», ble ovennevnte utvidelse av § 185 vedtatt for å fylle deler av tomrommet. Som utgangspunkt for denne vurderingen ble det lagt til grunn at straffverdigheten av hatefulle ytringer først og fremst skyldes at det nedsettende innhold spres vidt, og til andre enn dem som rammes⁶⁵, ikke krenkelsen av den enkeltes omdømme og æresfølelse – som den tidligere bestemmelse bygget på. Det bemerkes også i den sammenheng at det ble tillagt vekt at den som ærekrenkes ikke gjøres rettsløs, men henstilles til erstatningsinstituttet. Departementet fremholder at det «sentrale er derfor ikke om slike ytringer skal få rettslige konsekvenser, men om straff i dag er egnet reaksjon».⁶⁶ En naturlig slutning av det ovenstående er således at de rene æreskrenkelser, og derunder krenkelser av den enkeltes omdømme og æresfølelse, i de fleste tilfeller ikke bør møtes med straff.

For det andre viser det en omfattende både retts- og samfunnsutvikling at straffebudet er endret slik at den vernede personkretsen i dag omfatter svært mange flere enn ved tidligere utgaver. Siste utvidelse kom senest i desember 2020, og innebar at hatefulle ytringer

⁶² NOU 2002:4 på s. 299.

⁶³ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) på s. 157 flg.

⁶⁴ Ibid. på s. 165.

⁶⁵ Ibid. på s. 165 in fine.

⁶⁶ Ibid. på s. 166.

vedrørende «seksuell orientering» og «kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk» nå rammes av bestemmelsen.⁶⁷ Hvilke grupper som skal omfattes av bestemmelsen har siden vedtakelsen av § 135 vært omdiskutert, og departementet har holdt fast ved at «et vern for alle blir lett et vern for ingen».⁶⁸ Det avgjørende må være om minoriteten har behov for et særskilt vern, og det har ved flere anledninger vært bestemmende for vurderingen om hets mot den enkelte gruppe er i ferd med å utvikle seg til et samfunnsproblem.⁶⁹ At samfunnsbetraktninger vektlegges i vurderingen av om ytringer bør kriminaliseres bringer avhandlingen inn på hvilke hensyn som begrunner vernet etter strl. § 185.

3.2 Hvilke interesser ivaretas ved straffeloven § 185?

Som redegjort for under punkt 2.1.1, hensynet til sannhetssøken, er det motstridende interesser som møtes ved spørsmålet om kriminalisering av hatefulle ytringer, og det må foretas krevende avveininger både ved spørsmålet om hvilke ytringer som skal kriminaliseres, men også ved domstolens vurdering av om en ytring faller innenfor det som er kriminalisert. På den ene siden er strl. § 185 plassert i straffelovens kapittel 20 om vern av den offentlige ro, orden og sikkerhet, og skal primært ivareta samfunnsinteresser ved å «verne samfunnet som helhet mot spredning av rasisme gjennom offentlig fremsatte ytringer».⁷⁰

Som nevnt innledningsvis er det likevel slik at empirisk forskning viser at hatefulle ytringer har store konsekvenser, både for enkeltindividet og for samfunnet som sådan.⁷¹ Reaksjoner hos enkeltindividet i form av frykt, lavere selvtillit og tap av verdighet fører i lengden til at vedkommende i enkelte tilfeller vegrer seg fra å delta i den offentlige debatt, polariseres og ekskluderes fra det sosiale fellesskapet. Skadevirkningene underbygger det ofte brukte

⁶⁷ Lov 4. desember 2020 nr. 135 om Lov om endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.).

⁶⁸ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) på s. 250.

⁶⁹ Se bakgrunnen for vedtakelsen av § 135 innledningsvis i punkt 3.1, samt departementets vurdering av om personer med nedsatt funksjonsevne skal vernes av bestemmelsen, jf. Ot.prp.nr.8 (2007-2008) s. 250.

⁷⁰ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) på s. 28.

⁷¹ Se punkt 1.1.

argumentet om at hatefulle ytringer kan bidra til å stilne viktige stemmer i samfunnsdebatten, særlig fra de utsatte minoriteter.⁷²

På den andre siden er det ofte også fremholdt at kriminalisering av hatefulle ytringer kan føre til samme resultat, såkalt «chilling effect»⁷³, hvor enkeltindivider lar være å ytre seg om potensielt viktige temaer som følge av trusselen om straff.⁷⁴ Både kriminalisering av hatefulle ytringer, og mangel på sådan, kan således føre til at viktige stemmer «skremmes» bort fra samfunnsdebatten.

I samme retning trekker også det faktum at ytringsfriheten per se – i tråd med prinsippet om sannhetssøken – anses som et vern mot diskriminering.⁷⁵ Også Høyesterett har sluttet seg til et slikt synspunkt når det fremholdes at «diskriminerende holdninger [bør] bekjempes ved at de uønskede ytringene kommer til uttrykk offentlig og imøtegås».⁷⁶ Synspunktet nyanseres noe når retten samtidig fremholder at «muligheten for gjennom argumentasjon alene å få satt en stopper for de groveste rasistiske ytringer (...) er også i høyeste grad usikker». Dette underbygges også i teorien hvor det uttales at om offentlig meningsutveksling har en slik «vernende effekt» er empirisk uklart.⁷⁷ Om det kan sies at hatefulle ytringer og uønskede holdninger ikke vil få grobunn i samfunnet om de – innen rimelighetens grenser – imøtegås med fornuft og fordømmelse er derfor noe uklart, men at det er et moment i vurderingen av hvilke ytringer som bør være vernet av ytringsfriheten og ikke, fremstår åpenbart. Det forhold det virker å være noenlunde konsensus om, er at uavhengig av om ytringen rammes av strl. § 185 eller ikke, bør overskridelse av ytringsfrihetens rammer ikke medføre strenge juridiske sanksjoner⁷⁸, et synspunkt også fremholdt i teorien.⁷⁹

⁷² Se <https://mrbloggen.wordpress.com/2016/05/16/ja-vi-elsker-ytringsfrihet-og-nyanser/> - Blogginlegg av Anine Kierulf som gir uttrykk for debatten rundt temaet.

⁷³ Begrep som beskriver tilfeller der innføring av nye lover bidrar til å avskrekke atferd som i utgangspunktet har et grunnlovsfestet vern, jf. *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* s. 14.

⁷⁴ *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* på s. 14 mv. henvisninger.

⁷⁵ NOU 1999:27 på s. 10.

⁷⁶ HR-2020-2133-A avsnitt 42. Se også Rt. 1997 s. 1821 på s. 1832 in fine.

⁷⁷ *Bangstad/Vetlesen* på s. 341.

⁷⁸ Se HR-2020-184-A avsnitt 43 hvor førstevoterende fremholder at «Derneft bør, som generelt synspunkt, inngrep i ytringsfriheten ikke møtes med en overdreven reaksjon».

⁷⁹ *Steen-Johnsen/Fladmoe/Midtbøen* på s. 33-35.

I relasjon til avhandlingens problemstilling kan det stilles spørsmål ved om hensynet til samfunnsorden, ro og sikkerhet er et legitimt hensyn ved kriminalisering av sjikane mot enkeltindividet. Ytringsfrihetskommisjonen konstaterte at «**det kan tenkes situasjoner** der det er legitimt å forby eller begrense ytringer av hensyn til offentlig sikkerhet, ro og orden[*min utheving*]]»⁸⁰, men det siktes med dette hovedsakelig til situasjoner som kan utgjøre en risiko for at samfunnet ikke har «tilstrekkelig forutberegnelighet og trygghet til at samfunnsmaskineriet kan tikke og gå, at lovlig virksomhet kan utføres tilnærmet uforstyrret, og at folks hjem, eiendom og privatliv respekteres».⁸¹

Straffeloven § 185 utgjør primært et gruppevern, som – om den brukes riktig – vil kunne bidra til å opprettholde samfunnsorden, ro og sikkerhet. En naturlig følge av et slikt gruppevern er at enkeltindividet i de særlig utsatte gruppene vernes, men det er ikke dermed åpenbart at bestemmelsen bør være det primære grunnlag for straff i tilfeller hvor enkeltindividet er sjikanert. Dette vil problematiseres i det følgende hvor bestemmelsens innhold er tema.

3.3 Hva er rekkevidden av straffeloven § 185?

Som redegjort for under punkt 1.2 er det tre grunnvilkår som må være oppfylt for at en ytring skal rammes av strl. § 185. Ytringen må være fremsatt *offentlig eller i andres nærvær*, den må være *diskriminerende eller hatefull* og den må diskriminere på grunnlag av de forhold som er angitt i bokstav a) til e). Vilkårene vil i det følgende behandles hver for seg.

3.3.1 «Offentlig eller i andres nærvær»

Når en ytring er fremsatt på et «offentlig sted» bestemmes av strl. § 10 første ledd hvor begrepet legaldefineres som «et sted bestemt for alminnelig ferdsel eller et sted der allmennheten ferdes». Når en handling – som det å ytre seg er – er den etter andre ledd første punktum fremsatt offentlig når den «er foretatt i nærvær av et større antall personer, eller når den lett kunne iakttas og er iaktatt fra «offentlig sted»». Handlinger i form av ytring er eksplisitt regulert i andre punktum hvor det presiseres at handlingen også er offentlig når den er «fremsatt på en måte som gjør den egnet til å nå et større antall personer».

⁸⁰ NOU 1999:27 på s. 148.

⁸¹ Ibid. på s. 149.

En ytring vil følgelig være offentlig når den er fremsatt på et offentlig sted, lett kan iakttas, og er iakttatt av et større antall personer. Kravene er kumulative, og ytringen vil ikke være iakttatt før den både ses og høres.⁸² At ytringen også vil være offentlig når den er «egnet til å nå et større antall personer» innebærer at ytringen verken trenger å ses eller høres, det er tilstrekkelig at sannsynligheten er stor for at den vil nå et visst antall personer. Det bemerkes i den forbindelse at «offentlig sted» for øvrig er teknologinøytralt, og vil omfatte sosiale medier så vel som fysiske steder.⁸³ Et Facebook-innlegg på en profil med mange venner vil derfor kunne være egnet til å nå «et større antall personer».

Hva som utgjør «et større antall personer» er behandlet i forarbeidene hvor det fremholdes at «ca 20-30 personer» vil oppfylle kravet.⁸⁴ Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, men likevel slik at det må nyanseres etter hvert enkelt straffebud.⁸⁵ Som nevnt ovenfor vil det derfor være tilstrekkelig at ytringen er egnet til å nå et slikt antall personer, om den faktisk gjør det vil i utgangspunktet ikke være av betydning.⁸⁶

At bestemmelsen også rammer ytringer som er fremsatt «i andres nærvær» overfor noen som er vernet av bestemmelsen, begrunnes i – det tidligere nevnte – bortfallet av straffeloven 1902 § 246 om æreskrenkelser, og ble inntatt i strl. § 185 ved lov 19.juni 2009 nr. 74.⁸⁷ Etter tilføyelsen vil også hatefulle ytringer som fremsettes i halvoffentlige eller private omgivelser kunne straffes⁸⁸, herunder ytringer som fremsettes for eksempel i en trappeoppgang eller et privat hjem.⁸⁹ Det skal også nevnes at strafferammen etter dette alternativet er mildere enn ved offentlige ytringer, ettersom de ytringene som rammes av dette alternativet – etter departementets mening – har mindre skadepotensial enn de offentlige ytringer.⁹⁰

⁸² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) på s. 163.

⁸³ *Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim* på s. 25, også forutsetningsvis lagt til grunn i HR-2020-184-A avsnitt 21.

⁸⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) på s. 164.

⁸⁵ Se Rt. 1995 s. 304 på s. 305.

⁸⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) på s. 164.

⁸⁷ Ot.prp.nr.22 (2003-2004) på s. 399.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ LB-2019-3868.

⁹⁰ *Ibid.*

Hvilke tilfeller som rammes av dette alternativet er ikke åpenbart, særlig sett i lys av at ytringen må være fremsatt overfor noen som er vernet av bestemmelsen, samtidig som andre – som formodentlig ikke vernes av bestemmelsen – er til stede. Alternativet er lite behandlet i praksis, men var oppe til behandling i en lagmannsrettsdom fra 2019 hvor et homofilt samboerpar hadde fått plassert flere lapper med hatefullt innhold på egen inngangsdør.⁹¹ Samboerparet var de eneste som så og oppfattet ytringene. Det var for retten ikke tvilsomt at innholdet som sådan falt innenfor strl. § 185, men vilkåret om at ytringen må være fremsatt i «andres nærvær» ble ikke ansett oppfylt, og vedkommende ble – som jeg skal komme tilbake til – dømt for overtredelse av § 266. Retten tolker «i andres nærvær» slik at det stilles krav til at det må være en tredjeperson til stede «som ikke rammes av den konkrete ytringen».⁹² En slik forståelse underbygges etter rettens syn av bestemmelsens plassering i kapittelet som verner om den offentlige ro og orden, og av at strl. § 185 for øvrig rammer offentlige ytringer. Etter rettens syn er grunnlaget for straff etter § 185 nettopp at ytringen fremsettes i påhør eller overværelse av en eller flere personer som ikke selv rammes av ytringen, og som aksentuert ved tilføyelsen av «i andres nærvær» skyldes straffverdigheten av slike ytringer først og fremst «at det nedsettende innhold spres vidt og til andre enn dem som rammes».⁹³

Kjerneområdet til strl. § 185 er således – også etter bortfallet av strl. 1902 § 246 om ærekrenkelser – de hatefulle ytringer som oppfattes av andre enn det enkeltindividet eller den gruppe som rammes. Hatefulle ytringer som fremsettes til en enkeltperson eller til flere medlemmer av en gruppe, uten at andre – som ikke er del av minoritetsgruppen – oppfatter ytringen, vil dermed ikke rammes av bestemmelsen. Enkeltindividet vil i så måte bare være vernet mot hatefulle ytringer i enkelte situasjoner, tvilen knytter seg til hvilke situasjoner dette omfatter, og i forlengelsen av dette – hvilket vern enkeltindividet har i de tilfeller som ikke rammes av strl. § 185.

⁹¹ LB-2019-3868.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., jf. Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 165 in fine.

3.3.2 Ytringen må være «diskriminerende eller hatefull»

Etter strl. § 185 annet ledd er en ytring «diskriminerende eller hatefull» når den truer eller forhåner noen, eller fremmer hat, forfølgelse eller ringeakt overfor noen på grunn av nærmere angitte forhold.

En naturlig forståelse av bestemmelsen tilsier for det første at «noen» også omfatter enkeltindividet, slik at det ikke bare er minoritetsgruppen som sådan som er beskyttet av bestemmelsen.

Det er etter ordlyden ikke åpenbart hva som er det konkrete innholdet i begrepene «hat, forfølgelse eller ringeakt», og Høyesterett gir uttrykk for at «[Begrepene er] ikke særlig presise og går noe over i hverandre»⁹⁴, hvor det avgjørende må være om ytringen er tilstrekkelig grov eller kvalifisert krenkende.⁹⁵ Dette innebærer blant annet at det er «en relativt rommelig margin for smakløse ytringer»⁹⁶, og at bestemmelsen ikke tar sikte på å ramme «enhver uttalelse som kan påvirke de grupper som omtales i negativ retning».⁹⁷ At det er en høy terskel for hvilke ytringer som skal rammes av bestemmelsen må ses i lys av at bestemmelsen per definisjon utgjør et inngrep i ytringsfriheten, og at dette inngrepet må – for å være legitimt – være av en slik art at det er nødvendig i et demokratisk samfunn. Det er derfor bare de mest skadelige ytringene som bør omfattes. Det skal i den forbindelse likevel bemerkes at det ikke stilles krav om at ytringen har medført påviselige skadevirkninger⁹⁸, den enkelte ytring må vurderes konkret i hvert tilfelle, og skadevirkningene må antas å ligge latent i konseptet «hatefulle ytringer».

At innholdet i begrepene er flytende har også støtte i teorien hvor det forfektes at kjernen av bestemmelsen må antas å være de ytringer som kan kategoriseres som trusler om å utsette enkeltpersoner for ulovlige handlinger grunnet deres tilhørighet i en av gruppene bestemmelsen verner. En naturlig følge av den kjernen er at bestemmelsen også omfatter

⁹⁴ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1826.

⁹⁵ Se blant annet Rt. 2012 s. 536 avsnitt 29, jf. Rt. 1997 s. 1821 på s. 1826.

⁹⁶ HR-2020-184-A avsnitt 28. Se også Rt. 2012 s. 536 avsnitt 20, 28 og 32.

⁹⁷ Se HR-2018-674-A avsnitt 17.

⁹⁸ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1828.

ytringer som er «egnet» til å fremme hat mot, eller som grovt nedvurderer menneskeverdet til de ovenfornevnte grupper.⁹⁹

Et utslag av det ovenstående, og en konsekvens av legalitetsprinsippet og de rettssikkerhetsgarantier dette medfører, er den såkalte «forsiktighetsregelen». Denne innebærer at i tolkningen om hvorvidt en ytring er hatefull eller ei, skal «ingen risikere strafferettslig ansvar ved at utsagn tillegges et meningsinnhold som ikke er uttrykkelig uttalt, dersom dette ikke med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen.»¹⁰⁰

En kuriositet i relasjon til «forsiktighetsregelen» er hvordan denne vurderingen skal foretas når det er tale om skriftlige ytringer. I dagens samfunn er hatefulle ytringer på sosiale medier stadig mer utbredt, vanskeligere å oppdage, og desto vanskeligere å tolke. Det vil formodentlig være svært mye mer krevende å utlede «med rimelig stor sikkerhet» hva som er hensikten og meningen med en skriftlig ytring, enn ved en muntlig. Mennesker har ulike skriftlige evner, og små detaljer i skriftspråket vil kunne gi ytringen et innhold den ikke er ment å ha. Illustrerende er det klassiske eksempelet; «Skyt ham, ikke vent til jeg kommer.» versus «Skyt ham ikke, vent til jeg kommer». Problemstillingen vil etter alle solemerker bare bli mer relevant i tiden fremover, og det er ikke åpenbart at «forsiktighetsregelen» kan beholdes i nåværende form uten at det vil by på utfordringer.

Det avgjørende for hvilket innhold ytringen skal tillegges må utover det innhold som «med rimelig stor sikkerhet kan utledes av sammenhengen» baseres på hvordan «den alminnelige tilhører vil oppfatte utsagnet ut fra den sammenheng det er fremsatt».¹⁰¹ Dette innebærer at ytringene «ikke tolkes isolert, men (...) bedømmes samlet og innenfor den ramme de ble fremsatt».¹⁰² Det vil således ikke være tilstrekkelig å utelukkende vurdere ytringens ordlyd i spørsmålet om straffbarhet.

⁹⁹ *Wessel Aas/Fladmoe/Nadim* på s. 28.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.33 (2004-2005) på s. 189.

¹⁰¹ Rt. 2012 s. 536 avsnitt 18 mv. henvisninger.

¹⁰² *Ibid.* avsnitt 19.

3.3.3 Ytringen må ramme en vernet personkrets

For at ytringen skal være straffbar må den etter det ovenstående være fremsatt «offentlig eller i andres nærvær» og være «kvalifisert krenkende». For det tredje må den være fremsatt mot noen som vernes av bestemmelsen, og den må være fremsatt på grunn av de forhold som gjør at vedkommende er vernet av bestemmelsen. Eksempelvis; Dersom det blir fremsatt en sjikanerende ytring mot en homofil mann fordi han holder med feil fotballag, vil ytringen ikke falle innenfor bestemmelsen. Seksuell orientering er riktignok vernet, men ytringen knytter seg ikke til de forhold som begrunner vernet. Det må i så måte oppstilles et krav om tilknytningsforhold mellom ytringen, og de forhold som begrunner gruppens vern.

Av dette kan utledes to ting; For det første nyter enkeltindividet intet vern etter bestemmelsen dersom ytringen ikke knytter seg til de forhold som begrunner vernet, og tvilen knytter seg følgelig til i hvilken grad enkeltindividet er vernet mot sjikanerende ytringer i slike tilfeller. For det andre forsterkes det faktum at strl. § 185 som det klare utgangspunkt knesetter et gruppevern, det er skadevirkningene av at hets mot allerede utsatte minoritetsgrupper sprer seg som begrunner vernet, og at enkeltindivider innad i de vernede grupper blir hetset av andre grupper vil ikke falle innenfor den begrunnelse.

Det er på bakgrunn av avhandlingens problemstilling ikke nødvendig å gå nærmere inn på de enkelte diskrimineringsgrunnlag. Spørsmålet som reiser seg er dermed i hvilke tilfeller en ytring kan kvalifiseres som «kvalifisert krenkende», og derav rammes av bestemmelsen.

3.4 I hvilke situasjoner er en ytring straffbar etter strl. § 185?

Som tidligere nevnt er det ytringer som knytter seg til statsstyret, den demokratiske prosess og samfunnstjenlige debatter som nyter det sterkeste vernet av ytringsfriheten, og følgelig hvor terskelen er høyest for at straffeloven § 185 skal få gjennomslag.

At slike ytringer nyter et sterkt vern er etablert gjennom langvarig rettspraksis, og kommer til uttrykk blant annet i den såkalte «Hvit valgallianse-dommen» hvor førstvoterende, i relasjon til svært grove ytringer av rasistisk art, understreker at lovgiver har en viss adgang til å gjøre begrensinger i ytringsfriheten, men at «nettopp fordi vi befinner oss i kjerneområdet for

ytringsfriheten, vil adgangen til å beskjære denne være meget begrenset».¹⁰³ Dette følges opp i «Boot Boys-dommen» hvor førstvoterende, i relasjon til forherligelse av Nazi-regimet, og under henvisning til at nynazistiske organisasjoner ikke er forbudt i Norge, uttaler at «det må være adgang til å gi uttrykk for meninger som vekker sterke reaksjoner»¹⁰⁴, samt minner om at hatefulle ytringer – i tråd med prinsippet om sannhetssøken – imøtegås best ved offentlig diskusjon. Synspunktet følges opp – enn noe nyansert som følge av Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité uttalelser i kjølvannet av «Boot Boys-dommen»¹⁰⁵ – i «Vigrid-dommen» hvor førstvoterende, i relasjon til et avisintervju med særdeles grove uttalelser om jødene og deres historie, uttaler at «straffeloven § 135a[någjeldende strl. § 185, min anmerkning] må forstås slik at selv om toleransen for ytringer som gir uttrykk for holdninger som for de fleste vil være uakseptable, skal være vid, er det en grense for hvor grove krenkelser samfunnet skal tolerere i det offentlige rom.»¹⁰⁶

At ytringer i kjernen av ytringsfriheten og dens begrunnelse er sterkt vernet fremstår av det ovenstående som åpenbart. Tvilen i herværende avhandling knytter seg til rekkevidden av vernet når ytringen befinner seg i randsonen av ytringsfriheten.

3.4.1 Terskelen for straffbarhet ved hatefulle ytringer mot enkeltindividet

I den første dommen Høyesterett avsa i relasjon til strl. § 185 og sjikane mot enkeltindividet, var saksforholdet at det ble fremsatt grove rasistiske ytringer overfor en dørvakt i forbindelse med at vedkommende ble nektet inngang på et utested.¹⁰⁷ Domfelte ga høylytt uttrykk for misnøyen ved å – i nærvær av enkelte andre i køen på utestedet – kalle fornærmede for «jævla neger», «jævla svarting», og ved å stille spørsmål ved «hvorfør tillates negre å jobbe i Norge», samt – i nærvær av fornærmede – spurte dørvaktens overordnede om hvor lenge han «hadde tenkt å la en neger styre døren til utestedet».¹⁰⁸

¹⁰³ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1831.

¹⁰⁴ Rt. 2002 s. 1618 på s. 1639.

¹⁰⁵ Innst.S.nr.270 (2003-2004) punkt 4.5.1.

¹⁰⁶ Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 37.

¹⁰⁷ Rt. 2012 s. 536.

¹⁰⁸ Ibid. avsnitt 11.

Høyesterett slår fast at det er «tale om en klar nedvurdering av fornærmede ut fra hans hudfarge»¹⁰⁹, og at «uttalelsenes tilsynelatende spontane karakter, endrer ikke på denne bedømmelsen».¹¹⁰ Førstvoterende presiserer at straffbarhetsspørsmålet ikke kan løses «bare ved å bedømme grovheten i utsagnet. Straffbarhetsvurderingen krever at det først tas stilling til hvor grensen for ytringsfriheten går for den type utbrudd saken gjelder.»¹¹¹ Retten uttaler generelt – med henvisning til forarbeidene til GrL. § 100 og den dagjeldende straffeloven 1902 § 135a – at «mye taler for at terskelen for å kunne anvende straff på den rene sjikane av diskriminerende karakter ligger enda lavere [enn ved politisk rasehets, jf. «Boot Boys-dommen], selv om det i rettspraksis generelt sett er etablert en rommelig margin for smakløse ytringer».¹¹²

I relasjon til det konkrete saksforhold fremholder retten at ytringene er «fremsatt som sjikane og uten annet formål enn å nedverdige den fornærmede ut fra hans hudfarge», og at de er fremsatt «i en sammenheng der yrkesutøveren er avhengig av respekt fra gjester og publikum». En naturlig følge av det foregående er at «situasjonen ikke har noe til felles med den kjerneverdi ytringsfriheten skal beskytte, nemlig det frie ordskiftet». Uten at retten utpensler videre gis det uttrykk for at slike utsagn «nyter i så måte et beskjedent grunnlovsværn – om noe vern overhodet vurdert opp mot diskrimineringsværet».¹¹³ Det påpekes avslutningsvis at straffebudets formål er «bekjempe rasefordommer og gi vern mot diskriminering»¹¹⁴, og at dersom slike ytringer ikke skal rammes av bestemmelsen ville dens betydning bli «om ikke illusorisk, så i et[sic] hvert fall vesentlig svekket».

Av dommen kan utledes at det er vanskelig å etablere en norm for hva som er en straffbar ytring, og hva som ikke er det. Hvilken betydning ytringsfriheten skal tillegges må avgjøres i hvert enkelt tilfelle, og det er tilsynelatende – som nevnt under punkt 2.1.4 – ikke åpenbart at sjikane mot enkeltindividet nyter et vern overhodet, selv om Høyesterett ikke konkluderer på dette punkt. Selv i mangel på konklusjon kan det likevel utledes at om ikke

¹⁰⁹ Rt. 2012 s. 536 avsnitt 23.

¹¹⁰ Ibid. avsnitt 24.

¹¹¹ Ibid. avsnitt 31.

¹¹² Ibid. avsnitt 32.

¹¹³ Ibid. avsnitt 38.

¹¹⁴ Ibid. avsnitt 39.

ytringsfrihetsvernet er fraværende, er det i alle fall svært beskjedent sett i forhold til de tilfeller hvor det er tale om ytringer som treffer frihetens kjerneområde.

Det skal også bemerkes at hensynet til enkeltindividet tillegges vekt i vurderingen av om terskelen for straffbarhet er overtrådt, både i form av den nedverdige ytringen representerer for den konkrete fornærmede, men også ved at det hensyntas det behov vedkommende har for beskyttelse i sin stilling generelt. Ettersom dommen var den første av sitt slag, har den naturlig nok satt et prejudikat for senere praksis.

Et lignende tilfelle, men i nedre sjikt av bestemmelsen, er den såkalte «krangel-dommen» hvor domfelte, i forbindelse med en krangel i køen foran en matvogn, og i påhør av andre, uttrykte sin misnøye over fornærmede i form av «jævla neger».¹¹⁵ Høyesterett minner om at terskelen for straffbarhet ligger lavere i de tilfeller hvor ytringen er fremsatt «utelukkende i sjikanøs sammenheng»¹¹⁶, men at det også utenfor ytringsfrihetens kjerneområde må «gjelde en relativt rommelig margin for smakløse ytringer».¹¹⁷ Terskelen presiseres ved fremholdelsen av at «straffebudet i § 135a ikke [kan] forstås slik at det gis strafferettslig vern mot enhver uttalelse som kan påvirke de grupper som omtales i negativ retning».¹¹⁸ Det tillegges i den konkrete sak vekt at fornærmede selv bidro til at krangelen eskalerte, men konkluderes med – på bakgrunn av lovens formål, og det faktum at også den som deltar i en krangel bør være beskyttet av diskrimineringsvernet – at det «ville sende uheldige signaler til allmennheten dersom fremsettelse av sjikanøse diskriminerende ytringer aksepteres, så sant de er fremsatt i en opphetet krangel».¹¹⁹

Av dommen kan det for det første utledes at det også ved ren sjikane bare er de «kvalifisert krenkende» ytringer som rammes av straffebudet, det skal være rom for smakløse ytringer, og ikke alle ytringer som kan tolkes i negativ forstand mot de utsatte grupper skal være straffbare. Det pekes også på at situasjonen ytringen fremsettes i vil kunne øke terskelen for hvilke ytringer som rammes av straffebudet, men likevel ikke på et slikt vis at diskrimineringsvernet fremstår illusorisk. Avgjørelsen gir også uttrykk for – i tråd med 2012-

¹¹⁵ HR-2018-674-A.

¹¹⁶ Ibid. avsnitt 16.

¹¹⁷ Ibid. avsnitt 17 mv. henvisninger til Rt. 2012 s. 536 avsnitt 32.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid. avsnitt 20.

dommen, og selv om ytringen befinner i nedre sjikt av bestemmelsen – at terskelen for å domfelle ved ren sjikanøse er langt lavere enn de tilfeller hvor ytringen har et innhold og fremsettes i en situasjon som er i kjernen av ytringsfrihetens begrunnelse.

Den ovenstående terskelen for domfellelse ved sjikanøse ytringer følges opp i en nyere dom hvor siktede, i en lukket Facebook-gruppe med nærmere 20.000 medlemmer, ytret til sin motdebattant «Fandens svarte avkom reis tilbake til Somalia og bli der din korruperte kakerlakk». ¹²⁰ I avgjørelsen trekkes – med henvisning til tidligere rettspraksis – et skille mellom «kritiske ytringer om et *emne*, enten dette er av politisk, kulturell, religiøs eller annen art, og ytringer som angriper en eller flere *personer*». ¹²¹ Som retten fremholder, vil ytringer om et *emne* i langt større grad være beskyttet av ytringsfriheten, enn ytringer som er fremsatt utelukkende med sjikanøst formål. ¹²² I derværende sak ble ytringen ansett å representere en betydelig nedvurdering av fornærmedes menneskeverd, og siktede ble, til tross for fånyttets argumentasjon om at ytringen knyttet seg til innvandringspolitiske tema og dermed var vernet av ytringsfriheten, dømt for overtredelse av straffebudet.

Også den siste Høyesterettsdommen som er avsagt i relasjon til strl. § 185 og sjikanøse ytringer mot enkeltindividet følger i stor grad opp tidligere praksis, hvor siktede ble domfelt for å ha, i køen utenfor et gatekjøkken, uttrykt overfor en ung gutt av afrikansk opprinnelse «kom deg tilbake til Afrika der du kommer fra, jævla utlending». ¹²³ Retten slutter seg til tidligere praksis når den fremholder at «Sjikanøse eller rasistiske ytringer, i form av rene personangrep på utsatte enkeltpersoner eller grupper, nyter et helt beskjedent grunnlovsværn – om noe vern overhodet – i avveiningen mot diskrimineringsvernet, som også er en viktig menneskerettighet» ¹²⁴, samtidig som det understrekes at det fortsatt må stilles et krav om at ytringen er å anse som «kvalifisert krenkende». Det avgjørende er om ytringene «innebærer en grov nedvurdering av den utsatte enkeltpersonens eller gruppens menneskeverd, på grunn av ett eller flere av diskrimineringsgrunnlagene § 185 andre ledd bokstav a til d.» ¹²⁵ Høyesterett tar implisitt stilling til det tidligere nevnte prinsippet om sannhetssøken og tanken

¹²⁰ HR-2020-184-A.

¹²¹ Ibid. avsnitt 23.

¹²² Ibid. avsnitt 24 og 25.

¹²³ HR-2020-2133-A.

¹²⁴ Ibid. avsnitt 41.

¹²⁵ Ibid.

om at «diskriminerende holdninger [bør] bekjempes ved at de uønskede ytringene kommer til uttrykk offentlig og imøtegå»¹²⁶, når den fremholder at hensynet må tillegges begrenset vekt ved de rent sjikanøse ytringer, og at «ved slike ytringer tilsier tvert imot de hensyn som ligger til grunn for det rettslige vernet av utsatte enkeltpersoner og grupper, at terskelen for straffansvar i § 185 ikke må settes for høyt».¹²⁷

På bakgrunn av det ovenstående kan skisseres noen utgangspunkter for vurderingen av om hvilket vern enkeltindividet nyter i kraft av strl. § 185. For det første er det krevende å oppstille generelle vilkår for hva som utgjør en hatefull ytring. Både situasjonen ytringen fremsettes i, hvor mange som er til stede, hvem den fremsettes overfor, hvilke tema den knytter seg til og hvilke tema som med rimelighet kan tolkes inn i den, vil være av betydning i vurderingen. Høyesterett er derfor tilsynelatende varsomme med å gi tydelige retningslinjer for hva som skal være straffbart og ikke, men nøyer seg med å gi uttrykk for at terskelen for straffbarhet i alle tilfelle vil gå ved den «grove nedvurderingen» av en enkeltpersons menneskeverd.

For det andre gir praksis klart uttrykk for at ren sjikanøse mot enkeltindividet – riktignok minoritetsindivider – nyter et beskjedent vern av ytringsfriheten. Det problematiseres riktignok i flere avgjørelser om sjikanøse og rasistiske ytringer nyter et vern i kraft av ytringsfriheten overhodet, men i mangel på konklusjon av om så er tilfellet, og i tråd med det faktum at retten foretar en relativt inngående drøftelse i de fleste sakene, må kunne legges til grunn at også den aktuelle typen ytringer i prinsippet nyter et vern – så beskjedent som det enn måtte være.

At ytringsfriheten i beskjeden grad verner om sjikanøse ytringer resulterer i at flere ytringer vil rammes av straffebudet enn hvor ytringens innhold, og fremsettelsen av den, befinner seg i frihetens kjerneverdier. Retten begrenser likevel bestemmelsens nedslagsfelt ved å stille krav om at ytringen, for å være straffbar, må være «kvalifisert krenkende». Dette underbygger det faktum at straffebudet oppstiller krav om at ytringen må «true eller forhåne noen, eller fremme hat forfølgelse eller ringeakt», som gjennom rettspraksis er etablert som «sterke

¹²⁶ St.meld.nr.26 (2003-2004) på s. 72.

¹²⁷ HR-2020-2133-A avsnitt 42.

karaktistikker»¹²⁸, og innebærer at ikke enhver negativ omtale av de utsatte grupper kan medføre straffansvar.

Oppsummeringsvis må det, på bakgrunn av det ovenstående, konkluderes med at enkeltindividet i minoritetsgrupper nyter et relativt sterkt vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer – særlig hvor ytringen representerer en grov nedvurdering av de utsatte gruppers menneskeverd. Begrunnelsen for ytringsfriheten, og det vernet den medfører, gjør seg ikke gjeldende i nevneverdig omfang, og diskrimineringsvernet må i stor grad få gjennomslag. At minoriteter vernes er i tråd med de forpliktelser staten har påtatt seg gjennom blant annet RDK, og er i samsvar med at ytringsfrihetens rekkevidde må tilpasses samfunnet og dets utvikling til enhver tid. Det skal likevel ikke underkommuniseres at det er en «relativt rommelig margin for smakløse ytringer», og at det må være, og er, rom for usjarmerende, sårende, støtende og potensielt skadelige ytringer, også rundt minoritetsindivider. Spørsmålet om økt kriminalisering av hatefulle ytringer er formålstjenlig og de facto fører til lavere forekomst av hatkriminalitet, faller utenfor denne avhandlingen, og det legges til grunn at så er tilfellet.

Som vil behandles under punkt 3.8, er det interessant at de nylig avsagte dommer vedrørende strl. § 185 knytter seg til sjikane mot enkeltpersoner, hvor hensynet til den enkelte tillegges vekt, når bestemmelsens formål – i tråd med kapittelet den er plassert i – primært er å verne om ideelle samfunnsinteresser, og etablere et gruppevern for utsatte minoriteter.¹²⁹ Et formål som må kunne antas å ha kommet implisitt til uttrykk ved at det ikke er behandlet rene sjikanetilfeller etter verken den forhenværende straffeloven 1902 § 135a, eller någjeldende § 185 før «dørvakt-dommen» ble avsagt i 2012.¹³⁰

Det er likevel slik at sjikanøse ytringer ikke bare er et samfunnsproblem i relasjon til minoriteter, og spørsmålet i det følgende er i hvilken grad enkeltindividet er vernet mot sjikanerende ytringer, uavhengig av de forhold som begrunner vern etter straffeloven § 185.

¹²⁸ Rt. 1997 s. 1821 på s. 1826.

¹²⁹ Innst.O.nr.42 (1969-1970) på s. 72.

¹³⁰ Rt. 2012 s. 536.

3.5 Hvorfor har vi vern etter straffeloven § 266, og hvilke interesser ivaretas ved vernet?

Paragraf § 266 er en videreføring av forhenværende straffelov 1902 § 390 a, med enkelte mindre endringer.¹³¹ Tidligere forarbeider og praksis før dagens straffelov sin ikrafttredelse i 2015 vil således være av betydning ved etableringen av bestemmelsens innhold.

Det strafferettslige vernet mot hensynsløs atferd ble vedtatt som en direkte følge av den såkalte «telefonsjikane-dommen»¹³² hvor siktede, i en periode på rundt tre måneder og hovedsakelig mellom kl 8 på morgenen og inntil henimot midnatt, stadig ringte fornærmede i sjikanehensikt.¹³³ Retten fant ikke hjemmel for å ilegge siktede straff, men fremholder at «[J]eg er enig med byretten i at de handlinger den har funnet bevist, er forkastelige og at de burde vært belagt med straff».¹³⁴ Kort tid etter avsagt dom ble Straffelovrådet anmodet om å utrede muligheten for et strafferettslig vern mot sjikanøse telefonoppringninger. Forslag til strafferettslig vern mot fredskrenkelser ble fremlagt i Straffelovrådet sin innstilling av 24. mars 1953.

Bakgrunnen for forslaget var ikke bare å ramme sjikanøse telefonoppringninger, men totalt sett å bedre det strafferettslige vernet mot psykiske integritetskrenkelser. Dette innebar at bestemmelsen måtte favne vidt, og ramme sjikanøse henvendelser på gaten eller i hjemmet, så vel som leieboersjikane, falske sørgebudskap og nattspøkerier.¹³⁵ Det skal påpekes at eksemplene i forarbeidene på ingen måte er uttømmende, og det sentrale formål med bestemmelsen var å «gi en vid regel som yter et mer utstrakt vern mot psykiske krenkelser i sin alminnelighet.»¹³⁶ En vid utforming av gjerningsbeskrivelsen gir domsapparatet stor frihet til å avgjøre når et forhold rammes av straffebudet, men det går til gjengjeld på kompromiss med samfunnets krav på forutberegnelighet. For å bøte på dette fremholder utvalget at «det er imidlertid klart at et slikt straffebud ikke kan ha som oppgave å beskytte

¹³¹ NOU 2002:4 s. 342 in fine.

¹³² *Matningsdal (2020)*, note 1697.

¹³³ Rt. 1952 s. 989.

¹³⁴ *Ibid.* på s. 989.

¹³⁵ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 22.

¹³⁶ *Ibid.*

individet mot enhver form for forstyrrende eller plagsom opptreden. Et stykke på vei må man nøye seg med å være helt uten eller bare ha sivilrettslig beskyttelse.».¹³⁷

Resultatet ble, etter departementets ønske om å styrke straffelovens vern mot psykiske krenkelser, og straffelovrådet sitt påfølgende arbeid, vedtakelsen av straffeloven 1902 § 390 a.¹³⁸

3.6 Hva er vernet etter straffeloven § 266?

Som redegjort for under punkt 1.2 er det to grunnvilkår som må være oppfylt for at atferden – i vårt tilfelle, ytringen – skal rammes av strl. § 266. Ytringen må kunne kategoriseres som *plagsom, skremmende eller på annen måte hensynsløs*, og den må *krenke en annens fred*. Vilkårene vil i det følgende behandles hver for seg.

3.6.1 Ytringen må være «hensynsløs»

En naturlig forståelse av «plagsom, skremmende eller på annen måte hensynsløs» tilsier at ytringen må være usmakelig og av en art som gjør det naturlig å knytte klander til den. Den gir også uttrykk for at, for det første, kan en ytring som verken er plagsom eller skremmende, fortsatt være hensynsløs på annen måte, og for det andre, uavhengig av om ytringen er plagsom eller skremmende, må den i alle tilfeller være hensynsløs for å rammes av straffebudet.

Høyesterett har lagt til grunn et lignende synspunkt når de fremholder, i relasjon til bestemmelsens ordlyd, at «[den] gir tydelig varsel om at bare handlinger som ligger utenfor det som normalt kan anses akseptabelt, kan straffes».¹³⁹ Ordlyden innebærer blant annet at «en fredskrenkelse først blir straffbar etter § 390a [någjeldende § 266] dersom den går markert ut over slike ubehageligheter som alminnelig menneskelig samkvem regelmessig kan føre med seg».¹⁴⁰ Dette er også forutsatt i forarbeidene hvor det fremholdes at «dagliglivets små krenkelser faller utenfor straffebudet.», samtidig som det påpekes at «hensynsløs er en ganske sterk karakteristikk og vil iallfall som oftest forutsette at atferden helt klart er moralsk

¹³⁷ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 23.

¹³⁸ Ibid. på s. 21.

¹³⁹ HR-2019-1468-U avsnitt 21.

¹⁴⁰ Rt. 2014 s. 669 avsnitt 17.

forkastelig.».¹⁴¹ At terskelen for at ytringen rammes av straffebudet som utgangspunkt er høy medfører ifølge Høyesterett at «[d]et må foretas en konkret helhetsvurdering av om et forhold faller inn under bestemmelsen, jf. Rt-2010-845 avsnitt 14. Omstendigheter som når og hvor handlingen ble begått, om den hadde et aktverdig formål og fornærmedes opptreden vil ofte være sentrale elementer i denne vurderingen».¹⁴² Dette er i tråd med forarbeidene som presiserer at «[Avgjørelsen av om ytringen rammes] må foretas konkret, og omstendigheter som tid, sted og fornærmedes individuelle forhold vil får[sic] betydning ved bedømmelsen.».¹⁴³

Det ovenstående tyder på at det også etter § 266 stilles krav om at ytringen er av kvalifisert krenkende art¹⁴⁴, og om ytringen er hensynsløs vil således ikke bare bero på dens ordlyd, men også hvor, når og hvem den er fremsatt mot.

3.6.2 Ytringen må «krenke en annens fred»

En naturlig forståelse av «krenke en annens fred» tilsier at ytringen på negativt vis må påvirke en annens sinnstilstand. Den gir også uttrykk for at ytringen må oppfattes av den aktuelle mottaker. Om ytringen ikke er kommet til vedkommendes kunnskap, kan den heller ikke «krenke hans fred».

Ordlyden har støtte i forarbeidene som tilkjenner at formuleringen begrenser straffebudet på to vis. For det første «innskrenkes vernet til sinnets integritet, dets krav på ro.», og således faller «økonomiske og legemlige krenkelser (...) utenfor.».¹⁴⁵ Det understrekes at «straffebudet vil først og fremst få sin betydning når andre paragrafer ikke gir beskyttelse»¹⁴⁶, og det ble forutsatt ved opphevelsen av den forhenværende § 246 om æreskrenkelser, at någjeldende § 266 ville fange opp en del av de tilfellene som tidligere ble ansett som

¹⁴¹ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 23.

¹⁴² Rt. 2014 s. 669 avsnitt 18.

¹⁴³ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 23.

¹⁴⁴ *Bratholm/Matningsdal* på s. 230.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 23.

¹⁴⁶ *Ibid.*

æreskrenkelse.¹⁴⁷ Bestemmelsen må dermed antas å ramme enda videre i dag enn det ble forutsatt ved vedtakelsen og i påfølgende praksis.¹⁴⁸

For det andre underbygger forarbeidene også at bestemmelsen innskrenkes på det vis at «straffebudet bare kan anvendes når det ligger innenfor gjerningsmannens forsett at fornærmede skal oppfatte krenkelsen»¹⁴⁹, i dette ligger også et krav om at fornærmede faktisk blir kjent med de handlingene som utgjør krenkelsen.¹⁵⁰ Det innebærer at om man i hemmelighet spiller inn avskyelige ytringer om en annen person og publiserer de på nett, men på et sted hvor vedkommende etter alle solemerker ikke vil kunne finne de, vil forholdet ikke rammes av bestemmelsen.

3.7 I hvilke situasjoner er en sjikanøs ytring mot enkeltindividet straffbar etter straffeloven § 266?

Selv om bestemmelsen, som det ovenstående viser, rammer både ytringer og annen hensynsløs atferd, vil det i relasjon til denne avhandlingen fokuseres på hva som utgjør en *hensynsløs ytring*. Det er sparsomt med praksis fra øverste instans, og hvilket vern som foreligger må i stor grad utledes fra underrettspraksis.

I en dom fra Hålogaland lagmannsrett¹⁵¹ – som tilsluttes av Høyesterett ved beslutning¹⁵² – ble siktede, som følge av grove ytringer fremsatt på en Facebook-gruppe mot en barnevernsansatt, dømt til overtredelse av § 266.¹⁵³ Vedkommende skrev blant annet «Hvem

¹⁴⁷ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) på s. 166.

¹⁴⁸ Se for eksempel Rt. 1989 s. 257 hvor det i byrettens dom – som Høyesterett på dette punkt slutter seg til – uttales at «Denne straffebestemmelse tar i sitt utgangspunkt sikte på de mere direkte, ytre former for fredsforstyrrelser. Handlinger som ikke har denne karakter, men som mere indirekte kan forstyrre en persons indre fred gjennom de psykiske belastninger handlingen medfører, kan nok i spesielle tilfelle også falle inn under bestemmelsen.». Det fremholdes at «Den psykiske fredsforstyrrelse som kan voldes ved en ærekrenkelse, er nettopp en av de skadevirkninger som ærekrenkelsesbestemmelsene i seg selv tar sikte på å gi vern mot.».

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.41 (1954) på s. 23.

¹⁵⁰ HR-2019-563-A avsnitt 31.

¹⁵¹ LH-2020-74131.

¹⁵² HR-2021-237-U.

¹⁵³ Det bemerkes at sjikane mot barnevernsansatte for øvrig er en gjenganger i nåværende praksis, se blant annet LA-2018-35988, LA-2018-116566 og LA-2018-12214.

håper du dør snart? Person håper jeg av hele mitt hjerte at fitta B dør snart...er en ærlig sak som jeg står 360% for...!', '...Håper ulvene spiser fitta hennes og at hun dør sakte...' og '...tar dere ikke på meg på alvor snart så blir dere å lese om med i avisa for jeg skal så jævlig klikke og ødelegge ALT rundt meg før de legger meg i reim.». ¹⁵⁴ Retten fremholder at «[innleggene] har et grovt og alvorlig innhold.», og presiserer at selv om det ikke kan utledes direkte trusler av ytringene, fremgår det klart at siktede ønsker fornærmede død, og – på avskyelig vis – hvordan hun skal dø. Innleggene fremstår totalt sett som klart støtende og er «markert utenfor det som kan kalles «dagliglivets små krenkelses» og som faller utenfor straffebudet». ¹⁵⁵

I vurderingen av straffbarhet vektlegges i skjerpene retning blant at innleggene er spredt til et stort antall personer, og at det forutsettes at de skal videreformidles. ¹⁵⁶ Retten fremholder også at «innleggene [ikke] på noen måte kan ses på som kritikk med et aktverdig formål», og gir uttrykk for at de fremstår som grunnløse og «utelukkende er skrevet ut fra sjikanerende formål». ¹⁵⁷ Avslutningsvis bemerkes at det er foretatt en avveining mot ytringsfriheten, men det finnes klart «at denne type grov sjikane av en offentlig ansatt i barnevernet ikke er vernet av ytringsfriheten». ¹⁵⁸

Av dommen kan utledes at det i helhetsvurderingen av om et forhold er straffbart eller ei, vil tillegges vekt både hvem mottaker og avsender av ytringen er. Det er i herværende tilfelle tilsynelatende ikke tvilsomt at ytringen faller innenfor straffebudet, men det gis likevel uttrykk for at det må være tale om svært grove ytringer for at de skal rammes. ¹⁵⁹ Det skal også bemerkes at forholdet til ytringsfriheten behandles, selv om det ikke gjøres inngående. At det nærmest bare legges til grunn at slike ytringer ikke er vernet, tyder – i tråd med det ovenstående – på at den aktuelle ytringen befinner seg i øvre sjikt av bestemmelsen.

Et lignende tilfelle ble behandlet av Agder lagmannsrett hvor siktede, i form av flere tekstmeldinger til sin mormor, ga uttrykk for at mormoren ikke skulle hatt unger, at hun ikke

¹⁵⁴ LH-2020-74131, grunnlaget for tiltalen.

¹⁵⁵ Ibid. under skyldspørsmålet.

¹⁵⁶ Ibid. siktetes formulering når hun gir uttrykk for at mottakerne gjerne må ta «screenshot».

¹⁵⁷ Ibid. under skyldspørsmålet.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Jf. at ytringen i den aktuelle sak var «klart støtende» og fremsatt med utelukkende «sjikanerende formål».

hadde fått to barn som ble alkoholikere om hun var en god mor, og at det var bestemoren som skulle vært død, ikke bestemorens datter (siktetes mor).¹⁶⁰ Retten fremholder at tekstmeldingene representerer et «grovt personangrep» på vedkommende, og tillegger det vekt at fornærmede kritiseres for en hendelse langt tilbake i tid som åpenbart var traumatisk for henne (bortadopsjon av datteren). At ytringen treffer et særlig følelsesmessig og sårbart punkt, sett i sammenheng med at fornærmede er en 69 år gammel dame ved svak helse, forsterker krenkelsen. Det samlede saksforholdet medfører, med henvisning til at det er et «ondsinnhet og grovt personangrep å beskyldte mormoren for å være årsaken til at hennes to døtre skal ha blitt alkoholikere»¹⁶¹, at tekstmeldingene har et «innhold som er moralsk lastverdig og som går markert ut over ubehageligheter som vanlig menneskelig samkvem regelmessig kan føre med seg».¹⁶² Det pekes særskilt på at «henvisningen til at fornærmede skulle vært død isteden for datteren, gir klare assosiasjoner om at siktede ønsket mormoren død.».¹⁶³

På bakgrunn av det ovenstående kan konkluderes med at om en ytring rammes av strl. § 266 beror på en sammensatt vurdering. Det avgjørende vil i alle tilfelle være om ytringen, i den kontekst den er framsatt, utgjør et markant avvik fra slike ubehageligheter som menneskelig samkvem i alminnelighet fører med seg. At ytringen må representere et markant avvik innebærer at det oppstilles en ikke ubetydelig terskel for overtredelse, hvor det gjennom praksis er avklart at både ytringens bakgrunn i et aktverdig formål og/eller om den er egnet til å fremkalle følelsesmessige påkjenninger utenom det vanlige¹⁶⁴, vil kunne heve terskelen for straffbarhet. Det later også til at subjektive forhold hos fornærmede er av større betydning i vurderingen av om ytringen er straffbar enn etter § 185, selv om det, som vist under punkt 3.4.1, også etter den bestemmelsen til en viss grad tillegges vekt.

Det samlede inntrykk er at § 266 – i tråd med forarbeidene – anvendes hvor andre bestemmelser som verner om enkeltindividet kommer til kort. Uten at det ses hensiktsmessig å redegjøre inngående for alternative grunnlag påpekes det at ytringene som vises til ovenfor

¹⁶⁰ LA-2018-131909.

¹⁶¹ Ibid. under drøftelsen av § 266.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid. under drøftelsen av § 266.

¹⁶⁴ Se blant annet LA-2018-12214, under lagmannsrettens vurdering.

har et truende preg, men ikke av en slik grad at de kan subsumeres under § 264 om trusler. De er heller ikke rettet mot minoritetsgrupper, eller av en slik art at de hindrer offentlige tjenestemenn å utføre en tjenestehandling, og kan således ikke subsumeres under verken § 185 eller § 156 om hindring av offentlig tjenestemann. Ei heller krenker de privatlivets fred og kan straffes etter § 267, som i hovedsak verner om den enkeltes privatliv, ikke dets psykiske integritet.

Ved de rene sjikanetilfeller mot enkeltindivider som ikke faller innenfor en vernet gruppe etter § 185 fremstår dermed § 266 som eneste aktuelle hjemmelsgrunnlag for å fange opp straffverdige ytringer. Likevel er terskelen satt slik at bare de groveste tilfellene vil omfattes, og en stor del av den daglige hets og sjikane, som for eksempel den tidligere nevnte hets unge politikere utsettes for, som i særlig grad rokker ved demokratihensynet og den politiske prosess, vil falle utenfor. I dette er det et paradoks å spore, terskelen er tilsynelatende satt så høyt i dagens praksis at forholdet til ytringsfriheten bare behandles overfladisk – det er åpenbart at ytringene ikke er vernet.¹⁶⁵ Samtidig sirkulerer daglig, både på internett og i samfunnet for øvrig, ytringer som motvirker demokratiet ved å skremme yngre, og voksne for den del, bort fra det politiske miljø og den offentlige debatt – hvor både viktige, og mindre viktige temaer behandles. Dagens praksis, ved at terskelen for inngrep i ytringsfriheten settes ved de groveste tilfeller, motvirker i siste konsekvens en av ytringsfrihetens kjerneverdier – det frie ordskiftet.

3.8 Det samlede bildet av vernet etter § 185 og § 266 - hvilket strafferettslig vern har enkeltindividet mot sjikanøse og hatefulle ytringer?

Som redegjort for ovenfor, utgjør straffeloven § 185 primært et vern mot diskriminering og rammer bare ytringer som er fremsatt offentlig eller i nærvær av andre, og mot en av de grupper som er vernet etter bestemmelsen. Paragraf § 266 på sin side beskytter primært den enkeltes psykiske integritetsvern, og rammer hensynsløse fredskrenkelser uavhengig av hvor

¹⁶⁵ Se for eksempel LH-2020-74131 hvor retten fremholder at «Lagmannsrettens flertall vil avslutningsvis bemerke at retten har foretatt en avveining mot ytringsfriheten, jf. Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Lagmannsrettens flertall finner det klart at denne type grov sjikane av en offentlig ansatt i barnevernet ikke er vernet av ytringsfriheten». Se også LA-2018-12214 hvor retten bare slår fast at «Det er heller ikke i strid med Grunnloven § 100 annet ledd og EMK artikkel 10 å ilegge straffansvar», eller LA-2018-131909 hvor forholdet til ytringsfriheten ikke behandles overhodet.

de er fremsatt, og hvem de er fremsatt mot. Bestemmelsene anvendes likevel ofte i konkurrens, og det ses hensiktsmessig å redegjøre nærmere for forholdet mellom dem.

Et illustrerende saksforhold ble behandlet i Borgarting lagmannsrett hvor siktede hadde hengt opp lapper på døren til et homofilt samboerpar.¹⁶⁶ Lappene inneholdt både grove utsagn som «Når det III riket gjenopstår skall dere gasses med jødene som sist', 'Sodomi medfører evig pinsler i helvetes ild 'god' tur....og alle vonde ønsker. VI HATER DERE' og ' In nomine dei. Excelsis. Burn in hell», og støtende symboler som hakekors, hodeskaller og pentagram. Det var bare samboerparet selv som oppfattet ytringen, og den ble derfor ikke ansett å være fremsatt i «nærvær av andre» og kunne ikke straffes etter § 185. Retten fremholder at «lovgivers ønske og formål med å straffe slike ytringer [synes], å være begrunnet i at ytringen fremsettes i påhør eller overværelse av en eller flere personer som selv ikke rammes av ytringen»¹⁶⁷, og presiserer at «straffverdigheten av slike ytringer [som er fremsatt i nærvær av andre] skyldes først og fremst at «det nedsettende innhold spres vidt og til andre dem som rammes, jf. plasseringen av straffeloven 2005 § 185 i kapitlet om vern av den offentlige ro og orden»». ¹⁶⁸ Retten fant det imidlertid, i tingrettsdommen, ikke tvilsomt at forholdet rammes av § 266.¹⁶⁹ Det er klart at meningsinnholdet i ytringen som utgangspunkt faller innenfor § 185, men hvilke interesser straffebedene beskytter blir avgjørende for at § 266 anvendes.

Et annet illustrerende forhold ble behandlet i Drammen tingrett hvor siktede¹⁷⁰, på en åpen Facebook-gruppe, skrev blant annet «Skulle vært tvang steriliserte når dem kommer hit til landet så dem ALDRI noen sinne fikk formert seg... svarte bermen som velter unnover landet VÅRT som en haug med skadedyr full av sjukdommer.'», samt «håper virkelig at sånne som deg med sånne holdninger virkelig blir gruppvoldtatt og mishandlet av en gjeng svarte svin».¹⁷¹ Ved bedømmelsen av ytringene fremholder retten i relasjon til førstnevnte ytring at den er «klart diskriminerende og veldig sårende for de gruppene som rammes», mens sistnevnte er «sårende, skremmende og grensende til truende». Siktede ble dømt for

¹⁶⁶ LB-2019-3868.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid. in fine.

¹⁶⁹ TOSLO-2018-128381.

¹⁷⁰ TDRAM-2017-38558.

¹⁷¹ Ibid. under tiltalegrunnlaget.

overtredelse av henholdsvis § 185 og § 266 for de respektive ytringene. Ytringene har store likhetstrekk, men siktede dømmes etter § 185 for den ytring som knytter seg til en minoritetsgruppe som sådan, men etter § 266 for den ytring som utelukkende rammer et enkeltindivid. Denne sontringen må etter alle solemerker tilskrives interesseforskjeller i straffebudene.

Som et ytterligere moment skal bemerkes at terskelen for overtredelse av § 266 tilsynelatende er lavere ved hatefulle ytringer som rammer en vernet gruppe etter § 185, enn ved sjikanøse ytringer mot enkeltindivid for øvrig. Uten at det ses nødvendig å gå nærmere inn på saksforholdet vises det til at retten i de aktuelle dommer, etter å ha konstatert overtredelse av § 185, nærmest legger til grunn at forholdet også rammes av § 266.¹⁷²

På bakgrunn av det ovenstående kan det stilles spørsmål ved Høyesteretts praktisering av § 185 i nyere tid. Det er interessant at strl. § 185, på tross av sitt primære formål om å verne om samfunnets ro og orden, samt motvirke de skadevirkninger som oppstår dersom hatefulle ytringer spres «vidt og til andre enn dem som rammes», hovedsakelig anvendes som et vern om den enkeltes integritet hvor konsekvensene for fornærmede brukes som argument for å konstatere overtredelse.¹⁷³ Illustrerende er den ovennevnte «dørvakt-dommen». Det er ikke åpenbart at det er skadende for offentlige interesser og samfunnets ro og orden at vedkommende blir omtalt som «jævla neger» i påhør av enkelte, formodentlig berusede, mennesker. Samtidig er det åpenbart at det utgjør en psykisk integritetskrenkelse at vedkommende, som er på arbeid og er avhengig av respekt i sitt virke, blir omtalt i særdeles negative og sjikanerende ordelag. Poenget som forsøkes illustrert er; det er ikke tvilsomt at ytringen i derværende dom bør være straffbar, men det er ikke åpenbart at den bør pådømmes etter strl. § 185 selv om den rammer et enkeltindivid i en vernet gruppe. Det er av nåværende praksis krevende å utlede hvilken betydning bestemmelsens begrunnelse og formål har i vurderingen av dens rekkevidde, og som det ovenstående viser, heller ikke åpenbart når den bør anvendes sammen med eller i stedet for § 266.

¹⁷² Se blant annet LB-2018-28747, LB-2017-39052 og TVEFO-2020-62489. Paragraf 266 og § 185 pådømmes i konkurrans i alle de nevnte avgjørelsene.

¹⁷³ Se blant annet Rt. 2012 s. 536 (dørvakt) og bruken av fornærmedes behov for respekt i sitt virke som dørvakt.

Oppsummert kan sies at det i norsk rett, per dags dato og på bakgrunn av den praksis som foreligger, må trekkes et skille mellom sjikanøse ytringer som fremsettes i relasjon til en vernet gruppe etter § 185, og den daglige sjikanøse ytringer som rammer i alle samfunnslag, både på internett og i den virkelige verden. Som konkludert med ovenfor nyter minoritetsgrupper som utgangspunkt et sterkt vern mot sjikanøse ytringer som fremsettes nettopp på grunn av deres tilknytning til den aktuelle minoritetsgruppe. På den andre siden konkluderes det med at sjikanøse ytringer som fremsettes mot enkeltindivider som sådan, uavhengig av deres tilknytning til både minoritets- og majoritetsgrupper, ikke vernes i samme grad. En sterk ytringsfrihet er som inngående redegjort for innledningsvis et ideale vi som samfunn anser som positivt, og en rettighet som verner om både vårt demokratiske styre og utviklingen av den enkeltes vesen og integritet. Likevel er det mye som tyder på, med bakgrunn i gjeldende rett og den stadige utbredelsen av sjikanøse og hatefulle ytringer, at ytringsfriheten med fordel kan tåle innskrenkninger i relasjon til den enkeltes psykiske integritet – særlig i tilfeller hvor en omfattende ytringsfrihet fører til at enkeltindivider avskremmes den politiske debatt og ytringsfrihetens kjerneverdier for øvrig undergraves.

Dersom ytringsfriheten skal tåle ytterligere innskrenkninger som følge av behovet for vern om den enkelte, vil Den europeiske menneskerettsdomstols praksis være av stor betydning ved vurderingen av hvilke rammer Grunnloven § 100 setter for inngrep, og dermed indirekte også for tolkningen av både § 185 og § 266. I det følgende vil derfor den terskel som er etablert ovenfor vurderes opp mot den list EMD har lagt seg på i nyere tid. Vurderingen vil være særlig aktuell i relasjon til § 185, men terskelen for inngrep i EMK art. 10 vil være av betydning også for vernet etter § 266.

4 Er norsk praksis i tråd med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen?

Det skal først bemerkes at statene i forhold som omhandler ytringsfriheten har en vid skjønnsmargin ved vurderingen av om inngrep er legitimt eller ei.¹⁷⁴ Dette innebærer at Høyesteretts praksis ikke nødvendigvis trenger å være i full overenstemmelse med EMDs, men at EMD likevel vil sette klare retningslinjer for hvordan ytringsfriheten og diskrimineringsvernet er å forstå. Synspunktet kommer til eksplisitt til uttrykk når Høyesterett

¹⁷⁴ Se for eksempel, *E.S v. Austria* avsnitt 50.

fremholder at «slik straffeloven § 185 forstås i dag, er det ikke tvilsomt at rettspraksis etter denne bestemmelsen ligger **innenfor det handlingsrom** folkeretten gir norske myndigheter [min utheving]». ¹⁷⁵ Det skal bemerkes at retten (EMD) forbeholder seg, uavhengig av skjønnsmarginen statene er innrømmet, adgangen til å «give a final ruling on whether a restriction is reconcilable with freedom of expression as protected by Article 10» ¹⁷⁶, og at Høyesterett i så måte vil kunne være bundet til å i det minste ta EMDs avgjørelser til etterretning, og i majoriteten av tilfeller vil følge domstolens eksempel.

Sitatet tillagt dommer Gussgard på første side av avhandlingen bygger på en avgjørelse fra menneskerettsdomstolen hvor det fremholdes at ytringsfriheten ikke bare rammer ytringer som er «favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference», men også de «that **offend, shock or disturb** the State or any sector of the population [min utheving]». ¹⁷⁷ Dette innebærer at både støtende, sjokkerende og forstyrrende ytringer vil kunne nyte vern etter EMK art. 10, og det må, i likhet med i norsk rett, antas at enkeltindividet må utholde ytringer som ikke kan kategoriseres som kvalifisert krenkende.

Det skal innvendes at avgjørelsen er gammel, og i tråd med prinsippet om dynamisk tolking fremholder menneskerettsdomstolen at konvensjonens artikler «must be interpreted in the light of present-day conditions». ¹⁷⁸ Det medfører at det ikke uten videre kan legges til grunn at domstolen anvender samme terskel for inngrep i ytringsfriheten i dag, som i 1978.

I likhet med i Høyesterett, plages Menneskerettsdomstolen tilsynelatende med at det ikke finnes en universell definisjon på hva som utgjør en hatefull ytring. ¹⁷⁹ Dette innebærer at om en ytring er hatefull må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle. ¹⁸⁰

At det som tidligere nevnt er vanskelig å oppstille klare retningslinjer for når en ytring bør være straffbar har ført til at domstolen ikke nødvendigvis har vært konsekvente i sin bruk av

¹⁷⁵ HR-2020-185-A avsnitt 25.

¹⁷⁶ Se *Handyside v. The United Kingdom* avsnitt 49.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Se for eksempel, *Tyrer v. The United Kingdom* avsnitt 31.

¹⁷⁹ General Recommendation No. 32 on The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination (2009) CERD/C/GC/32 avsnitt 9.

¹⁸⁰ Se *Lilliendahl v. Iceland* avsnitt 36 hvor retten fremholder at vurderingen må bero på ytringens innhold, og måten den ble fremsatt på.

EMK art. 10 i relasjon til sjikanøse og hatefulle ytringer, særlig i diskrimineringstilfeller. I en avgjørelse fra 2004 fremholder retten at «There can be no doubt that concrete expressions constituting hate speech, **which may be insulting** to particular individuals or groups, are not protected by Article 10 of the Convention[*min utheving*]]»¹⁸¹, og terskelen er tilsynelatende senket fra støtende, sjokkerende og forstyrrende ytringer til fornærmelser.

Dette underbygges i *Vejdeland v. Sweden* i 2012 når retten poengterer at det var tale om «serious and prejudicial allegations»¹⁸², og at «attacks on persons committed by **insulting, holding up to ridicule or slandering** specific groups of the population can be sufficient for the authorities to favour combating racist speech in the face of freedom of expression **exercised in an irresponsible manner**[*min utheving*]]».¹⁸³

Terskelen nyanseres i 2018 når retten fremholder at «merely because a remark may be perceived as offensive or insulting by particular individuals or groups does not mean that it constitutes “hate speech”. (...) The key issue in the present case is thus whether the statements in question, when read as a whole and in their context, could be seen as promoting violence, hatred or intolerance».¹⁸⁴ Dette presiseres nærmere i 2020 når retten forfekter at «inciting hatred **does not** necessarily involve an explicit call for an act of violence, or other criminal acts.[*min utheving*]]»¹⁸⁵, samtidig som den slutter seg til *Vejdeland* ved å understreke at «insulting, holding up to ridicule or slandering» ikke nødvendigvis er vernet av EMK art. 10.

Det nærmeste en retningslinje som kan utledes vedrørende bedømmelsen av hatefulle ytringer innføres i *Lilliendahl v. Iceland* hvor retten sonderer mellom den «gravest forms of hate speech»¹⁸⁶ som ikke er vernet av EMK i det hele tatt gjennom artikkel 17, og «less grave forms of hate speech»¹⁸⁷ som faller innenfor EMK art. 10, men som statene har vid adgang til

¹⁸¹ Se *Gündüz v. Turkey* avsnitt 41.

¹⁸² *Vejdeland v. Sweden* avsnitt 54.

¹⁸³ *Ibid.* avsnitt 55.

¹⁸⁴ Se *Ibragim Ibragimov and Others v. Russia* avsnitt 115.

¹⁸⁵ Se *Atamanchuk v. Russia* avsnitt 52.

¹⁸⁶ *Lilliendahl v. Iceland* avsnitt 34.

¹⁸⁷ *Ibid.* i avsnitt 35.

å innføre begrensninger i.¹⁸⁸ Retten setter ingen retningslinjer for hvilke ytringer som utgjør «the gravest forms of hate speech», men det kan av tidligere praksis utledes at særlig Holocaustbenektelse¹⁸⁹, grov rasisme¹⁹⁰ og Nazist-glorifikasjon¹⁹¹ ikke vil være vernet av konvensjonen, men likevel slik at også andre forhold kan være unntatt på «exceptional basis» og i «extreme cases».¹⁹²

I relasjon til «less grave forms of hate speech» derimot, tilslutter retten seg den ovenstående *Vejdeland* og etterfølgende *Atamanchuk* når den fremholder at begrepet omfatter «not only speech which explicitly calls for violence or other criminal acts, but has held that attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering (...) can be sufficient for allowing the authorities to favour combating prejudicial speech within the context of permitted restrictions on freedom of expression».¹⁹³

Etter det ovenstående er det åpenbart at det er klare begrensninger i hva EMK art. 10 verner, de groveste ytringene vil ikke anses vernet etter konvensjonen overhodet, og er således ikke omfattet av ytringsfriheten. På en annen side er det også åpenbart at det er krevende å utlede objektive kriterier for hva som utgjør en hatefull ytring og ikke. Det er vanskelig å forene *Handyside* og dens beskyttede «offend, shock or disturb» med *Vejdeland* og dens straffbare «serious and prejudicial», eller *Lilliendahl* og dens straffbare «insulting, holding up to ridicule or slandering». De er ikke bare vanskelig å forene, det er også vanskelig å konkretisere hvilke ytringer som rammes ut fra tilsynelatende flytende begreper. Likevel er det naturlig å anta, særlig i lys av *Atamanchuk* og *Lilliendahl*, at terskelen for når en ytring er vernet etter EMK art. 10 er vesentlig hevet.

Som en kuriositet bemerkes at det i teorien er problematisert om EMD er i ferd med å bifalle problemet kjent som «heckler's veto». I amerikansk rettspraksis benyttes en doktrine gitt navnet «fighting words» som innebærer at ytringer av en slik art at

¹⁸⁸ *Lilliendahl v. Iceland* avsnitt 35.

¹⁸⁹ Se blant annet *Garaudy v. France* og *W.P and Others v. Poland*. Tilsynelatende er det likevel ikke slik at alle folkedrap nyter samme vern, se blant annet *Perincek v. Switzerland*.

¹⁹⁰ Se *Jersild v. Denmark* avsnitt 35.

¹⁹¹ Se *Lehideux and Isorni v. France* avsnitt 53.

¹⁹² *Paksas v. Lithuania* avsnitt 87.

¹⁹³ *Lilliendahl v. Iceland* avsnitt 36.

mottakerens eneste alternativ er å ty til vold, er forbudt. En forutsetning for at det skal dreie seg om «fighting words» er at mottakeren ikke har mulighet til å unngå å oppfatte ytringen, dette er den såkalte «captive audience»-teorien. Kritikken påpeker at dersom denne doktrinen ikke tolkes svært strengt, vil teorien om «captive audience» i siste konsekvens innebære at det er mottakeren av ytringen som i bunn og grunn avgjør hva som er straffbart. Og her ligger problemet; dersom mottakeren grunnnet ytringen reagerer på straffbart vis, eksempelvis med voldelige demonstrasjoner og forstyrrelse av ro og orden (særlig relevant i relasjon til § 185), for deretter å kreve at den aktuelle ytringen straffes grunnnet mottakerens forstyrrelse av ro og orden, vil det – i lys av at vernet mot hatefulle ytringer primært skal ivareta samfunnsinteresser – i praksis argumenteres for beskyttelse mot egen voldsutøvelse. Også kjent som «heckler's veto».¹⁹⁴

På tross av statenes skjønnsmargin er det vanskelig å forene den ovenstående praksis fra Høyesterett, særlig i relasjon til strl. § 185, med at EMD har aksentuert at fornærmelser, latterliggjøring og baktale kan fordre begrensninger i ytringsfriheten. Dette medfører at Høyesterett, om EMD opprettholder sin praksis, vil måtte justere sin tilnærming til hatefulle ytringer etter § 185, og sin tilnærming til inngrep i ytringsfriheten som sådan. Det er formodentlig et spillerom mellom «kvalifisert krenkende» etter norsk rett, og «insulting, holding up to ridicule or slandering» etter EMK.

Om EMDs praksis i nyere tid er i ferd med å uthule ytringsfrihetens rolle som grunnpilar i det demokratiske samfunnet er et betimelig spørsmål, men antas å falle utenfor denne avhandlingen. Det samme gjør spørsmålet om hvilken forutberegnelighet det gir borgerne å forholde seg til at deres støtende og sjokkerende ytringer etter *Handyside* er beskyttet av EMK art. 10, mens deres fornærmende, seriøse, sjokkerende og baktalende ytringer etter *Lilliendahl*, ikke er det.

5 Avsluttende bemerkninger

Avhandlingen avdekker primært tre utfordringer i gjeldende rett. For det første er det uklart i hvilken grad strl. § 185 sitt formål og begrunnelse i opprettholdelse av ro og orden og vern mot diskriminering har betydning for dens rekkevidde, særlig i relasjon til enkeltindividets

¹⁹⁴ Ved nærmere interesse, se *Lemmens* s. 138 og *Kiska* s. 112.

vern etter bestemmelsen. For det andre er det mye som tyder på at terskelen for overtredelse av § 266 grunnet sjikanøse ytringer mot enkeltindividet er så høy at ytringsfrihetens grunnprinsipper om demokrati og individets frie meningsdannelse i praksis motvirkes ved at enkeltindivider lider under de skadevirkningene slike ytringer påviselig medfører. For det tredje viser det ovenstående tilsynelatende – selv om EMDs praksis riktignok ikke er av intuitiv art på alle punkter – at domstolen har senket terskelen for inngrep i ytringsfriheten, uten at dette er fulgt opp i norsk rett. Jeg finner det i denne avhandlingen tilstrekkelig å påpeke at problemene finnes, og avslutter således med å knytte noen refleksjoner til enkeltindividets vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, hvilke utfordringer som oppstår ved en eventuell utvidelse av vernet, og ytringsfriheten som sådan.

5.1 I hvilken grad vil et utvidet strafferettslig vern mot sjikanerende ytringer mot enkeltindivider møte motstand i sentrale kriminaliseringsprinsipper som straffeloven bygger på?

Som konkludert med under punkt 3.8 er det i hovedsak minoritetsgrupper som nyter et sterkt vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, mens samfunnets øvrige enkeltindivider i beste fall nyter et vern mot de groveste av ytringer. Det er to grunnpilarer som begrenser enkeltindividets vern, ytringsfriheten og kriminaliseringspolitikken. Ytringsfrihetens rammer er inngående redegjort for, og det ses hensiktsmessig å knytte noen betraktninger også til den andre grunnpilaren.

Norsk straffelovgivning bygger prinsipielt på et «skadefølgeprinsipp».¹⁹⁵ I dette ligger at «straff bare bør brukes som reaksjon på handlinger som medfører, eller kan medføre, at noen påføres skade», som igjen innebærer at individet, som utgangspunkt, bør kunne «handle fritt, og at straff bare bør kunne anvendes når tungtveiende grunner taler for det.»¹⁹⁶ Omfattende skadevirkninger vil normalt utgjøre «tungtveiende grunner».¹⁹⁷ En sentral følge av det foregående er at «en type atferd ikke bør være straffbar bare fordi et flertall misliker den».¹⁹⁸

Konseptuelt er prinsippet enkelt nok å forstå, utfordringen ligger hovedsakelig i hva som utgjør en «skade» i den forstand at den vil legitimere kriminalisering. De klare fysiske

¹⁹⁵ NOU 2002:4 på s. 79.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid. in fine.

lovbruddene som drap og ran lar seg lett plassere, men verre er det med de psykiske krenkelser hvor det er krevende å sette fingeren på den konkrete skadevirkningen krenkelsen medfører.

Skadefølgeprinsippet kommer klart til uttrykk i strl. § 185 hvor ytringer som er fremsatt «offentlig» har en høyere strafferamme enn ytringer som er fremsatt «i andres nærvær». Dette må tilskrives, som tidligere nevnt, at skadevirkningene av hatefulle ytringer, etter departementets syn, først og fremst ligger i at ytringene spres vidt og til andre enn dem som rammes.¹⁹⁹ Tanken er; jo færre ytringene spres til, jo mindre skadevirkninger og behov for kriminalisering. Det skal likevel påpekes at dette ikke nødvendigvis er riktig²⁰⁰, og som det ovenstående viser er det omfattende skadevirkninger av sjikanøse og hatefulle ytringer både på individ- og samfunnsnivå.

Dette fører til en vanskelig avveining, på den ene siden er ytringer som konsept vanskelig å måle skadevirkningene av, både ytringer og påfølgende reaksjon foregår ofte i det skjulte, og de skadevirkninger forskningen viser at oppstår beror gjerne på subjektive forhold og viser seg gjerne som senvirkninger. På den andre siden er det empiriske holdepunkter for at sjikanøse og hatefulle ytringer de facto har skadevirkninger, også for andre enn minoritetsindivider. At skadevirkningene rammer uavhengig av minoritetsbakgrunn viser seg særlig tydelig i den tidligere nevnte hets mot ungdomspolitikere, en hets som rammer både enkeltindividet og vårt demokratiske system. At barn og unge – riktignok i relasjon til minoritetsgrupper – er særlig beskyttelsesverdige fremholdes også av ytringsfrihetskommisjonen²⁰¹, men som det ovenstående viser vil dette også kunne gjøres gjeldende generelt og særlig i relasjon til ungdomspolitikere. At norsk rett bygger på et «skadefølgeprinsipp» tilsier således at det ikke nødvendigvis er gode grunner for at bare minoritetsindivider skal være eksplisitt vernet mot hatefulle ytringer.

Hva mennesker ytrer og hvilke ytringer som preger samfunnet beror i stor grad på moralnormer. Et sentralt moment i kriminaliseringsspørsmålet er således i hvilken grad samfunnets moraloppfatning skal være førende for vurderingen. Det er hevdet at samfunnet hviler på en moralsk konsensus, og at handlinger som truer denne konsensusen per definisjon

¹⁹⁹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) på s. 165 in fine.

²⁰⁰ Se *Hovlid* på s. 166-167.

²⁰¹ Innst.S.nr.270 (2003-2004) på s. 20 flg.

også truer samfunnet. Dette innebærer, fordi en av lovens hovedoppgaver er å beskytte samfunnet, at det vil være legitimt å kriminalisere for å beskytte samfunnets felles moral.²⁰² Om et slikt syn legges til grunn vil dagens samfunnsutvikling og utbredelsen av sjikanøse og hatefulle ytringer tilsi at straff som moralendrende grep kan være effektivt.

Den sentrale utfordringen med et slikt perspektiv er at det vil være krevende å etablere en konsensus om hvilke ytringer som bør være straffbare, det er stor diskrepans i individers moralsyn, og kriminalisering vil fort føre til at enkelte ytringer gjøres straffbare som følge av at et flertall misliker de– i strid med departementets syn.²⁰³ Mot straff som moraldannende virkemiddel kan også innvendes at ytringsfrihetens kjerneverdi om sannhetssøken i stor grad ivaretar samme hensyn, under den forutsetning at samfunnet hviler på en felles moralkonsensus vil ytringer som faller utenfor denne formentlig imøtegås, kritiseres og debatteres av samfunnet som enhet, og derav virke moraldannende. Det bemerkes også at Høyesterett har vært tilbakeholdne med å heve straffenivået hvor kriminalisering er brukt som moraldannende virkemiddel.²⁰⁴

Det ovenstående tilsier etter mitt syn at skadefølgeprinsippet samlet sett ikke stenger for en utvidelse av enkeltindividets vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, men utvidelsen må tuftes på de empiriske skadevirkninger, ikke moraloppfatninger. Selv om det kan innvendes at skadevirkningene er vanskelig å måle, er det tilsynelatende klart at behovet for vern, særlig for yngre politikere, er betydelig all den tid barn og unge sin psykiske integritet og samfunnets krav på en uforhindret demokratisk prosess trues. Likevel skal det, som tidligere nevnt, erindres at overtredelse av ytringsfrihetens rammer ikke bør medføre strenge straffer²⁰⁵, og eventuell kriminalisering må ivareta også dette hensynet.

5.2 Veien videre for enkeltindividets vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer

Det er en truisme at enkeltindividets vern mot sjikane, og ytringsfriheten, er motstående størrelser. Ytringsfriheten, og den begrunnelse den bygger på, er en grunnpilar i det moderne samfunnet, mens et velfungerende samfunn i like stor grad krever at den enkelte nyter et

²⁰² NOU 2002:4 på s. 80.

²⁰³ Ibid. s. 79 in fine.

²⁰⁴ *Matningsdal* (2004) på s. 245, jf. *Frøseth* på s. 115-116.

²⁰⁵ HR-2020-184-A avsnitt 43, jf. *Steen-Johnsen/Fladmoe/Midtbøen* på s. 33-35.

integritetsvern. Dette medfører at størrelsene som utgangspunkt ikke er forenelige, og hvilken rettighet som skal vike i det enkelte tilfellet er på ingen måte åpenbart. Vurderingen vanskeliggjøres ytterligere ved at – som det ovenstående viser – mangel på inngrep i ytringsfriheten i ytterste konsekvens kan rokke ved en av dens sentrale begrunnelser, samtidig som integritetsvernet ikke ivaretas. Det er således på ingen måte enkelt å ivareta begge rettigheter på forsvarlig vis.

At avveiningen er krevende, både for minoriteter og majoriteter, viser seg både i media og i lovgivningsprosessen. På den ene siden har straffeloven § 185 siden den ble vedtatt vært et betent politisk tema, og det heller ikke i dag unison enighet om at utviklingen går i riktig retning, ei heller at bestemmelsen er riktig verktøy for å imøtegå hatefulle ytringer. Debatten kom senest til uttrykk i Aftenposten 21. juni 2019 hvor 19 samfunnsdebattanter tok til orde for at «rasismeparagrafen» ikke hører hjemme i et liberalt demokrati.²⁰⁶ Det bemerkes for ordens skyld at innlegget møtte motstand²⁰⁷, men utover dette er formålet utelukkende å vise at både bestemmelsens innhold, og eksistens, er en høyaktuell debatt også i samfunnsbildet. Om dagens vern er hensiktsmessig har også vært behandlet i Stortinget senest i 2021 ved spørsmål om endring i diskrimineringsvernet, hvor mindretallet forfekter det syn at det vil være «langt mer treffsikkert, rettsikkert og demokratisk å vurdere en generell bestemmelse i straffeloven som verner alle borgere mot særlig hatefulle ytringer».²⁰⁸

Av det ovenstående kan slutes at det er tilnærmet umulig å fremlegge en fasit på hvordan rettighetene skal veies mot hverandre, men sentralt vil det i alle tilfeller være å erindre at det er folket selv som må avgjøre hvilke ytringer som skal møtes med straff, og hvilke som skal imøtegås med debatt og fordømmelse. Det pekes på at det i norsk rett er «den alminnelige tilhørers oppfatning» som avgjør hvordan en ytring tolkes, og at det både etter Grunnloven § 100 og EMK art. 10 er lagt til grunn at ytringsfriheten må forstås i lys av utviklingen i samfunnet for øvrig. Dette innebærer at det i siste instans er samfunnet som sådan som skal begrunne hvilke sjikanøse ytringer som straffes.

²⁰⁶ <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/BRzx17/opp-prop-rasismeparagrafen-hoerer-ikke-hjemme-i-et-liberalt-demokrati>

²⁰⁷ <https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/QuawPW/aa-oppheve-rasismeparagrafen-vil-sende-feil-signal-vilde-jalleni-te>

²⁰⁸ Innst.41 L (2020-2021) på s. 13, høyre spalte.

Det er åpenbart at sjikane og hatefulle ytringer er et stadig økende problem i dagens samfunn, og det faktum at strl. § 185 stadig er revidert til å verne flere grupper, må formodentlig tilskrives denne utviklingen. Retten er som kjent tilbakeskuende, og dersom dagens utvikling opprettholdes er det nærliggende å tro at veien til et generelt vern mot hatefulle ytringer er kort. I denne prosessen bør det være et overordnet mål at ytringsfriheten ikke uthules, og at utgangspunktet fortsatt skal være at kontroversielle ytringer imøtegås av samfunnet som enhet. Lovgivningsorganene skal i så måte vokte seg for at ikke også vi skaper et «heckler's veto», hvor den gruppe som roper høyest blir vernet på grunnlag av egen krenkelse, og påfølgende forstyrrelse av ro og orden. Som nevnt ovenfor; straff skal ikke anvendes som et virkemiddel bare fordi et flertall misliker den aktuelle type atferd. Resultatet vil kunne bli at vi oppnår ytringsfrykt istedenfor ytringsfrihet²⁰⁹, samtidig som vi oppnår – i tråd med departementets innvending²¹⁰ – at «et vern for alle lett blir et vern for ingen».

Avslutningsvis finner jeg grunn til å påpeke at den sentrale utfordringen ved å etablere grensene for enkeltindividets vern mot sjikanøse og hatefulle ytringer, og kriminaliseringen av ytringer som sådan, virker å være at ingen riktig vet hva som utgjør en straffbar ytring, eller hvordan den skal defineres. Jeg viser i dette tilfellet til at Europarådet i et tidligere utgitt fakta-ark kom frem til «hatefulle ytringer» (1) Ikke har en definisjon, (2) Er vanskelig å definere, og (3) Noen ganger kan fremstå normalt og rasjonelt.²¹¹ Det er svært krevende å oppstille objektive kriterier for hva som utgjør en straffbar ytring når vurderingen ikke bare vil bero på innhold, når og hvor den er fremsatt, men også hvem som har fremsatt den, hvem den retter seg mot og hva vedkommende mente med den. Dette er problematisk i relasjon til samfunnets krav på forutberegnelighet, og det kan være rom for nytenkning.

²⁰⁹ <https://www.vg.no/nyheter/meninger/i/jBL5vb/trine-skei-grande-cancel-culture-gjoer-farlige-meninger-farligere>.

²¹⁰ Ot.prp.nr.8 (2007-2008) på s. 250.

²¹¹ Se *Kiska* på s. 110 mv. henvisninger.

Kildeliste

Norske lover

Lov 17.mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven eller Grl.)

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

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

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

Lov 4.desember 2020 nr. 135 om Lov om endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.)

Lovforarbeider og offentlige utredninger

NOU 1999:27

NOU 2000:12

NOU 2002:4

Ot.prp.nr.41 (1954)

Ot.prp.nr.45 (1960-1961)

Ot.prp.nr.22 (2003-2004)

Ot.prp.nr.90 (2003-2004)

Ot.prp.nr.33 (2004-2005)

Ot.prp.nr.8 (2007-2008)

Ot.prp.nr.22 (2008-2009)

Andre stortingsvedtak og stortingsdokumenter

Innst.O.nr.42 (1969-1970)

Innst.S.nr.270 (2003-2004)

St.meld.nr.26 (2003-2004)

Innst.41 L (2020-2021)

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1952 s. 989

Rt. 1989 s. 257

Rt. 1995 s. 304

Rt. 1997 s. 1821

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2002 s. 1618

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2007 s. 1807

Rt. 2012 s. 536

Rt. 2014 s. 669

Rt. 2015 s. 93

HR-2018-674-A

HR-2019-1468-U

HR-2019-563-A

HR-2020-184-A

HR-2020-185-A

HR-2020-2133-A

HR-2021-237-U

Underrettspraksis

TDRAM-2017-38558

TOSLO-2018-128381

TVEFO-2020-62489

LB-2017-39052

LB-2018-28747

LA-2018-12214

LA-2018-116566

LA-2018-35988

LA-2018-131909

LB-2019-3868

LH-2020-74131

Internasjonale konvensjoner

De Forente Nasjoners pakt av 26.juni 1945. (FN-pakten)

FNs erklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (Menneskerettserklæringen)

Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK)

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 7. mars 1966 (RDK)

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter (SP)

Uttalelser fra internasjonale komiteer

FNs rasediskrimineringskomité. General Recommendation No. 32 on The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination (2009) CERD/C/GC/32

Avgjørelser fra EMD

Handyside v. The United Kingdom, no. 5493/72, 7 December 1976

Tyrer v. The United Kingdom, no. 5856/72, 25 April 1978

The Sunday Times v. The United Kingdom nr. 1, no. 6538/74, 26 April 1979

Jersild v. Denmark, no. 15890/98, 23 September 1994

Lehideux and Isorni v. France, no. 24662/94, 3 December 1999

Garaudy v. France, no. 65831/01, 7 July 2003

Gündüz v. Turkey, no 35071/97, 4 December 2003

W.P and Others v. Poland, no. 42264/98, 2 September 2004

Erbakan v. Turkey, no. 59405/00, 6 July 2006

Paksas v. Lithuania, no. 34932/04, 6 January 2011

Vejdeland v. Sweden, no. 1813/07, 9 February 2012

Perincek v. Switzerland, no. 27510/08, 15 October 2015

Ibragim Ibragimov and Others v. Russia, no. 28621/11, 28 August 2018

E.S. v. Austria, no. 38450/12, 25 October 2018

Atamanchuk v. Russia, no. 4493/11, 11 February 2020

Lilliendahl v. Iceland, no. 29297/18, 12 May 2020

Juridisk litteratur

Følgende verker er sitert med henvisning bare til forfatternavnet eller til verkets tittel i forkortet form.

- | | |
|----------------------|---|
| Anfinsen/Christensen | Anfinsen, Roar N. og Christensen, Erik(red.), « <i>Menneske, natur og samfunn</i> », Universitetsforlaget, 2013 |
| Bangstad/Vetlesen | Bangstad, Sindre og Vetlesen, Arne, « <i>Ytringsfrihet og ytringsansvar</i> », Nytt Norsk Tidsskrift, 04/2011, s. 334-346 |
| Bratholm/Matningsdal | Bratholm, Anders og Matningsdal, Magnus, « <i>Straffeloven med kommentarer – tredje del</i> », Kopinor, 2018 |
| Eggen | Eggen, Kyrre, « <i>Ytringsfrihet</i> », Cappelen Damm akademisk forlag, 2002 |
| Frøseth | Frøseth, Anne Marie, « <i>Utmåling av straff for diskriminerende og hatefulle ytringer etter straffeloven § 185</i> », Festskrift til Magnus Matningsdal «Med ære og samvittighet», Gyldendal forlag, s. 96 flg, 2021 |
| Hovlid | Hovlid, Ellen Lexerød, « <i>straffelovens legaldefinisjon av en «offentlig handling»</i> », Tidsskrift for strafferett s. 161 flg. på s. 166-167, 2016 |
| Høibraaten | Høibraaten, Helge, « <i>Jürgen Habermas, en tysk etterkrigsfilosof</i> », i boken «P2-akademiet B», NRK P2, 1995 |
| Kiska | Kiska, Roger, « <i>Hate speech: A comparison between The European Court</i> |

- Of Human Rights and The United States Supreme Court jurisprudence», Regent University law review vol. 25:107 s. 107-151, 2012*
- Lemmens Lemmens, Koen, «*Hate Speech in the case law of the European Court of Human Rights - Good Intentions make Bad Law*» i boken «*Freedom of Speech under Attack*» s. 135-162, Eleven International Publishing, 2015
- Matningsdal Matningsdal, Magnus, «*Kommentar til straffeloven*» i Norsk Lovkommentar, Gyldendal Rettsdata, 2020
- Matningsdal Matningsdal, Magnus, «*Utviklingen av strafferettslige reaksjoner i Norge de senere årene*», Norsk tidsskrift for kriminalvidenskab s. 243 flg, 2004
- Steen-Johnsen/Fladmoe/Midtbøen Steen-Johnsen, Kari; Fladmoe, Audun og Midtbøen, Arnfinn Haagensen, «*Ytringsfrihetens grenser: Sosiale normer og politisk toleranse*», Fritt Ord og institutt for samfunnsforskning, 2016
- Torvund Torvund, Olav, «*Ytringsfrihet og medieregulering*», Universitetsforlaget, 2020
- Wessel-Aas/Fladmoe/Nadim Wessel-Aas, Jon; Fladmoe, Audun og Nadim, Marjan, «*Hatefulle ytringer. Delrapport 3: Grenseoppgangen mellom ytringsfrihet og strafferettslig vern mot*

hatefulle ytringer», Institutt for
samfunnsforskning, 2016

Regjeringsdokumenter

Barne- og likestillingsdepartementet. «*Regjeringens strategi mot hatefulle ytringer*» (2016)

Riksadvokaten. «*Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2017*», rundskriv nr. 1/2017 (2017)

Likestillings- og diskrimineringsombudet. «*Hatefulle ytringer i offentlig debatt på nett*» (2018)

Riksadvokaten. «*Mål og prioriteringer for straffesaksbehandlingen i 2021*», rundskriv nr. 1/2021 (2021)

Nettsider

<https://www.vg.no/spesial/c/stories/1A2kW7>. Innhentet 17.11.2021

https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/pst-bistar-ungdomspolitikere-gjennom-valgkampen_-_-_ungdom-ned-til-13-ar-far-store-mengder-hets-1.15619199. Innhentet 10.11.2021

<https://www.dagsavisen.no/nyheter/navn-i-nyhetene/2021/08/26/ungdomspolitikere-mottar-mer-hets-vi-mister-demokratiforkjempere/>. Innhentet 10.11.2021

<https://www.nrk.no/sapmi/nettet-koker-over-av-hets-mot-samer-etter-girjas-dommen-1.14877945>. Innhentet 11.11.2021

<https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/bekymret-over-samehets-i-kommentarfeltet-etter-at-hunden-ble-skutt-1.15672240>. Innhentet 11.11.2021.

<https://www.nettavisen.no/nyheter/erna-solberg-om-strukturell-rasisme-det-finnes-i-samfunnet-vart/s/12-95-3424126919>.
Innhentet 17.11.2021.

<https://www.oecd.org/migration/netcom/campaigns-tools-platforms/no-hate-speech-movement.htm>. Innhentet 17.11.2021

<https://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/kriminalitet-og-rettsvesen/statistikk/anmeldte-lovbrudd-og-ofre>. Innhentet 17.11.2021

<https://mrbloggen.wordpress.com/2016/05/16/ja-vi-elsker-ytringsfrihet-og-nyanser/>. Innhentet 17.11.2021.

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/BRzx17/opp-prop-rasismeparagrafen-hoerer-ikke-hjemme-i-et-liberalt-demokrati>.
Innhentet 17.11.2021

<https://www.aftenposten.no/meninger/debatt/i/QuawPW/aa-oppheve-rasismeparagrafen-vil-sende-feil-signal-vilde-jalleni-te>.
Innhentet 17.11.2021

<https://www.vg.no/nyheter/meninger/i/jBL5vb/trine-skei-grande-cancel-culture-gjoer-farlige-meninger-farligere>. Innhentet 17.11.2021

<https://snl.no/.search?query=sjikanere>. Innhentet 10.12.21

Andre kilder

HUDOC database of case law

