Utredning om det strafferettslige diskrimineringsvernet

Kjetil Mujezinović Larsen

Utredning avgitt til Barne- og likestillingsdepartementet 13. september 2016

INNHOLDSFORTEGNELSE

1 Innledning 5
1.1 Utredningens rammer 5
1.2 Arbeidet med utredningen 8
1.3 Oversikt over utredningens innhold og utforming 8
2 Konstitusjonelle og folkerettslige rammer 10
2.1 Kolliderende rettigheter 10
2.2 Grunnloven 12
2.2.1 Likhet og ikke-diskriminering 12
2.2.2 Ytringsfriheten 14
2.2.3 Foreningsfriheten 15
2.3 Internasjonale menneskerettigheter 17
2.3.1 FNs rasediskrimineringskonvensjon 17
2.3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen 22
2.3.3 FNs torturkonvensjon 27
2.3.4 Andre menneskerettskonvensjoner 28
2.3.5 Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI) 29
3 Gjeldende norsk rett 32
3.1 Diskrimineringsloven om etnisitet 32
3.1.1 Dagens § 26 32
3.1.2 Bestemmelsens historikk 33
3.1.3 Bestemmelsens praktisering og betydning 37
3.2 Straffeloven 39
3.2.1 § 186 om diskriminering 39
3.2.2 § 185 om hatefulle ytringer 41
3.2.3 § 174 om tortur 42
3.2.4 Andre bestemmelser 43
3.3 Annen lovgivning 45
4 Andre lands rett 46
4.1 Spørsmålene som ble sendt 46
4.2 Sverige 46
4.3 Danmark 48
4.4 Finland 50

4.5 Island 52
4.6 Tyskland 53
4.7 Belgia 54
4.8 Nederland 55
4.9 Frankrike 56
4.10 Sveits 56
4.11 Østerrike 57
4.12 Ungarn 58
4.13 Generelle konklusjoner 58
5 Vurdering av det strafferettslige diskrimineringsvernet 60
5.1 Høringsnotatet 19. oktober 2015 60
5.2 En innledende avklaring 60
5.3 To grunnleggende premisser for denne utredningen 61
5.3.1 Likebehandling av diskrimineringsgrunnlagene 61
5.3.2 Forholdet mellom sivilrettslig og strafferettslig vern 62
5.4 Generelt om relevante diskrimineringsgrunnlag 65
5.4.1 Relevante diskrimineringsgrunnlag i eksisterende straffebestemmelser 65
5.4.2 Særlig om kjønn – spørsmålet om minoritetsvern eller vern av utsatte grupper 66
5.4.3 Særlig om språk og avstamning 69
5.4.4 Særlig om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk 69
5.4.5 Særlig om seksuell orientering 71
5.4.6 Flere diskrimineringsgrunnlag 72
5.4.7 Sammensatt diskriminering 74
5.5 Organisasjonsforbud 77
5.5.1 Bør rasistiske organisasjoner forbys særskilt? 77
5.5.2 Andre diskrimineringsgrunnlag 80
5.6 Grov diskriminering begått av flere i fellesskap 81
5.6.1 Bør bestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet § 26 videreføres? 81
5.6.2 Bestemmelsens utforming og plassering hvis den videreføres 82
5.7 Diskriminerende handlinger og ytringer 83
5.8 Tortur 84
6 Lovtekst og spesialmerknader 85
6.1 Utkast til lovtekst 85
6.1.1 Straffeloven 85

6.1.2 Likestillings- og diskrimineringsloven 86
6.2 Merknader til lovteksten 87
6.2.1 Straffeloven 87
6.2.2 Likestillings- og diskrimineringsloven 90
6.3 Økonomiske og administrative konsekvenser 90

1 INNLEDNING

1.1 Utredningens rammer

Barne- og likestillingsdepartementet har utarbeidet et utkast til en ny felles likestillings- og diskrimineringslov, som har vært på bred høring.[1] Lovforslaget innebærer at de fire gjeldende likestillings- og diskrimineringslovene (likestillingsloven,[2] diskrimineringsloven om seksuell orientering,[3] diskrimineringsloven om etnisitet,[4] og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven[5]) erstattes av en ny, felles likestillings- og diskrimineringslov.[6]

I høringsnotatet het det at

> bestemmelsen om straff for forsettlig grov diskriminering begått i fellesskap med minst to andre personer videreføres foreløpig som en særregel knyttet til grunnlagene etnisitet, religion og livssyn. Departementet vil komme tilbake til om bestemmelsen eventuelt skal utvides til andre diskrimineringsgrunnlag på et senere tidspunkt.[7]

For å følge opp dette har departementet besluttet å foreta en helhetlig gjennomgang av det strafferettslige diskrimineringsvernet ved å innhente en ekstern utredning. Oppdragsavtalen for utredningen gir følgende begrunnelse for behovet:

> Departementet foreslår i høringsnotatet at straffebestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet § 26, som rammer forsettlig grov diskriminering begått av en person i fellesskap med minst to andre personer, videreføres som en særregel knyttet til grunnlagene etnisitet, religion og livssyn og dermed ikke utvides til å gjelde alle lovens diskrimineringsgrunnlag. Departementet begrunner dette med at bestemmelsen har en særlig bakgrunn og begrunnelse. Departementet presiserer imidlertid at selv om den någjeldende bestemmelsen har en særlig bakgrunn knyttet til bekjempelse av grov rasisme, kan grove former for diskriminering også tenkes på andre grunnlag. Det vises derfor til at man vil komme tilbake til denne problemstillingen på et senere tidspunkt.
>
> Straffebestemmelsen har i lang tid vært kritisert av FNs rasediskrimineringskomité (CERD), som mener at Norge ikke sørger for et tilstrekkelig forbud mot rasistiske

---

[1] Høringsnotat 19. oktober 2015 om felles likestillings- og diskrimineringslov. Høringssaken er tilgjengelig her: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-felles-likestillings--og-diskrimineringslov/id2458435/

[2] Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

[3] Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering).

[4] Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet).

[5] Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

[6] Forslag til lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), høringsnotatet, ovenfor fn. 1, s. 162.

[7] Høringsnotatet, ovenfor fn. 1, s. 10-11, se også s. 160.

organisasjoner. Komiteen viser til at FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) pålegger statene å forby rasistiske organisasjoner i artikkel 4 bokstav b. Straffebestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet ble i sin tid vedtatt for å imøtegå FNs kritikk. Komiteen har merket seg norske myndigheters anførsel om at et formelt organisasjonsforbud neppe vil være særlig effektivt for norske forhold, fordi rasistiske grupper i Norge stort sett er løse nettverk og ikke formelle organisasjoner, men mener fortsatt at Norge har en plikt til å innføre et strafferettslig forbud mot rasistiske organisasjoner i tråd med RDK.

Bestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet tar altså særlig sikte på å hindre grove former for rasisme begått av flere i fellesskap I forarbeidene ble det vist til at denne typen samvirke til diskriminering er en særlig skadelig og alvorlig virksomhet som det er grunn til å ha skjerpede reaksjonsmuligheter mot. Bestemmelsen forbeholdes de grove overtredelsene av diskrimineringsforbudet. Ved vurderingen av om lovbruddet skal anses som grovt, skal det særlig legges vekt på graden av utvist skyld, om overtredelsen er rasistisk motivert, om den har karakter av trakassering, om den innebærer legemskrenkelse eller alvorlig krenkelse av noens psykiske integritet, om den er egnet til å skape frykt og om den er begått mot person som er under 18 år. Ved gjentakelse kan det anvendes straff selv om den nye overtredelsen ikke er grov. …

Videre inneholder straffeloven en rekke regler som inneholder elementer av diskrimineringsvern, herunder § 174 om tortur, § 185 om hatefulle ytringer, § 272 og 274 om kroppskrenkelse og kroppsskade, § 352 om grovt skadeverk, § 186 om diskriminering, § 264 om grove trusler og § 77 om skjerpende omstendigheter. Det kan stilles spørsmål ved om flere diskrimineringsgrunnlag bør tas inn i straffelovens bestemmelser og om grunnlagene bør være likelydende i de ulike straffebestemmelsene. Videre om diskrimineringsgrunnlagene bør være likelydende med de som omfattes av diskrimineringslovgivningen. Det har bl.a. vært stilt spørsmål ved om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk bør vernes i straffelovens bestemmelser. Torturkomiteen har videre kritisert Norge for at den norske straffebestemmelsen om tortur lister opp bestemte diskrimineringsgrunnlag, i stedet for å vise til diskriminering generelt, slik det gjøres i torturkonvensjonen.

Oppdragsavtalen uttaler videre at formålet med utredningen «er å få et solid faglig grunnlag for å vurdere om det strafferettslige diskrimineringsvernet er oppdatert og fullstendig, og hvorvidt sammenhengen mellom straffebestemmelsene i diskrimineringslovgivningen og straffeloven er god nok.»

Jeg ble tildelt utredningsoppdraget 4. mai 2016 etter en anbudskonkurranse. Oppdragsgiver er Barne- og likestillingsdepartementet. Oppdragsavtalen angir følgende mandat for utredningen:

- Redegjøre for hvilke rammer Grunnloven og Norges folkerettslige forpliktelser setter for den strafferettslige diskrimineringslovgivningen, herunder blant annet forpliktelsene i FNs rasediskrimineringskonvensjon, Den europeiske menneskerettskonvensjonen og torturkonvensjonen.

- Redegjøre for det strafferettslige diskrimineringsvernet i andre nordiske land.
- Redegjøre for hvordan andre, sammenlignbare europeiske land har gjennomført CERD artikkel 4 b i nasjonal lovgivning.
- Redegjøre for gjeldende strafferettslige regler om diskriminering, i diskrimineringslovgivningen og straffeloven. Se på rekkevidden og utformingen av dagens bestemmelse i diskrimineringsloven om etnisitet § 26, herunder hvilke handlinger som rammes av gjerningsbeskrivelsen i dagens bestemmelse. Det bør for eksempel redegjøres for hva som ligger i begrepet «grov diskriminering» sammenlignet med andre former for diskriminering. Det skal også redegjøres for eventuelle relevante domfellelser og anmeldelser. Det bør innhentes informasjon fra påtalemyndighetene (og eventuelt også domstolene) til dette formålet. Det bør også redegjøres for hvilke handlinger som kan rammes av straff ved gjentatte brudd på bestemmelsen. I slike tilfeller er det ikke krav om at overtredelsen er grov.
- Komme med forslag til hvordan det strafferettslige diskrimineringsvernet bør utformes. Herunder hvordan dette bør reguleres i henholdsvis diskriminerings-lovgivningen og straffeloven. Herunder:
    - Vurdere hvilke diskrimineringsgrunnlag som bør vernes i de ulike strafferettslige bestemmelsene, for å sikre at grunnlagene er dekkende og oppdaterte.
    - Vurdere om sammenhengen mellom bestemmelsene i straffeloven og i diskrimineringslovgivningen er god nok.
    - Vurdere behovet for dagens straffebestemmelse i diskrimineringsloven om etnisitet, herunder om bestemmelsen har selvstendig betydning utover vernet mot diskriminering og hatkriminalitet i straffeloven (og vurdere forholdet til de sivilrettslige sanksjonene). Vurdere om bestemmelsen bør flyttes til straffelovens regler om diskriminering.
    - Vurdere om det er behov for å gjøre endringer i bestemmelsens rekkevidde og utforming, herunder hvilke handlinger og pliktsubjekter som omfattes (for eksempel snevre inn, utvide og eventuelt hvordan).
    - Vurdere om det er behov for å utvide bestemmelsen til andre – og eventuelt hvilke – diskrimineringsgrunnlag, og antatte konsekvenser av dette. Det skal i den forbindelse ses hen til både de diskrimineringsgrunnlagene som har et vern etter dagens diskrimineringslovgivning og grunnlagene som er foreslått inntatt i BLDs forslag til felles likestillings- og diskrimineringslov, samt til hvilke grupper som er gitt vern i relevante bestemmelser i straffeloven.
    - Vurdere hvilken strafferamme som bør gjelde ved overtredelse av bestemmelsen. Dagens øvre strafferamme i diskrimineringsloven om etnisitet § 26 er 3 år.
- Konkret forslag til lovtekst og spesialmerknader og en redegjørelse for økonomiske og administrative konsekvenser.

Det må understrekes at mandatet bare omhandler det strafferettslige diskrimineringsvernet, og ikke diskrimineringsvernet i norsk rett mer generelt. Dette legger klare rammer for hvilke temaer som vil diskuteres videre.

1.2 Arbeidet med utredningen

Arbeidet med denne utredningen har pågått fra tildeling av oppdraget 4. mai 2016 frem til overlevering til Barne- og likestillingsdepartementet 13. september 2016. Arbeidet har ikke foregått på fulltid, siden utredningen har blitt utarbeidet som sidegjøremål ved siden av min ordinære stilling ved Universitetet i Oslo. Mitt tilbud til Barne- og likestillingsdepartementet tok utgangspunkt i et anslått tidsforbruk på 200 timer fordelt utover perioden. Selv om arbeidet nok har krevd betydelig mer tid enn anslått, gir dette en antydning om de faktiske premissene for utredningen. Utredningens rammer har ikke tillatt at alle spørsmål behandles i sin fulle bredde, men målet har vært å utarbeide en grundig utredning som muliggjør en konstruktiv høringsprosess og som tillater norske myndigheter å ta en informert beslutning om utformingen av det strafferettslige diskrimineringsvernet.

Mandatet for utredningen la ingen føringer på hvordan arbeidet skulle utføres. I hovedsak er utredningen utført som et skrivebordsprosjekt basert på eksisterende og tilgjengelige rettskilder nasjonalt og internasjonalt. Jeg avholdt et møte 13. juni 2016 med representanter fra Barne- og likestillingsdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet for å få et bedre bilde av hvilke refleksjoner departementene allerede har gjort seg om de ulike spørsmålene i mandatet. I tillegg inviterte jeg utvalgte aktører til et innspillsmøte 9. august 2016 for å få eksterne innspill til temaet,[8] foruten at jeg har innhentet opplysninger fra domstoler og andre aktører i rettsvesenet.

Med Barne- og likestillingsdepartementets bistand har jeg innhentet informasjon om hvordan det strafferettslige diskrimineringsvernet er lovregulert i Sverige, Danmark, Finland, Island, Tyskland, Nederland, Belgia, Frankrike, Sveits, Østerrike og Ungarn.[9]

1.3 Oversikt over utredningens innhold og utforming

Ved utarbeidelsen av utredningen har jeg lagt vekt på å finne en struktur som gjør det enkelt for oppdragsgiver (Barne- og likestillingsdepartementet) å se hvordan de ulike punktene i mandatet er besvart.

Kapittel 2 gir en fremstilling av konstitusjonelle og folkerettslige rammer for utredningens tema. Denne fremstillingen blir med nødvendighet nokså selektiv, siden det innenfor rammene av

---

[8] Invitasjon til møtet ble sendt til Antirasistisk senter, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet, Borgerrettsstiftelsen Stopp Diskrimineringen, Forbundet for transpersoner i Norge, FRI - Foreningen for kjønns- og seksualitetsmangfold, Funksjonshemmedes fellesorganisasjon, Institutt for offentlig rett – Avdeling for kvinnerett, barnerett, likestillings- og diskrimineringsrett, Likestillings- og diskrimineringsombudet, Menneskerettsalliansen, Nasjonal institusjon for menneskerettigheter, Norsk senter for menneskerettigheter, og Statens seniorråd.

[9] Se kapittel 4 nedenfor.

denne utredningen verken er mulig eller nødvendig å gi en generell fremstilling av det konstitusjonelle og folkerettslige diskrimineringsvernet. Temaet er i stedet hvilke rammer som gjelder for statens plikt eller mulighet til å straffeforfølge diskriminerende aktiviteter. Fremstillingen vil vise at lovgiver har stor frihet i utforming av lovgivningen.

Kapittel 3 gir en fremstilling av gjeldende norsk rett. Sentralt for utredningens tema er diskrimineringsloven om etnisitet § 26 samt en rekke bestemmelser i straffeloven, og disse to lovene vil få mest oppmerksomhet.

Kapittel 4 gir en fremstilling av hvordan elleve europeiske land har lovregulert tilsvarende spørsmål. Fremstillingen vil vise at det er stor variasjon i de ulike landenes lovgivning, men også at flere land har en lovregulering som likner på den norske uten at den nødvendigvis har blitt gjenstand for tilsvarende kritikk fra internasjonale menneskerettsorganer som hva Norge har mottatt. Fremstillingen vil også vise at diskrimineringsloven om etnisitet § 26 ser ut til å være en særnorsk bestemmelse som vi ikke finner i andre land.

Kapittel 5 gir denne utredningens vurderinger av de ulike spørsmålene som er reist i mandatet. Ut fra en grunnholdning om at relevante diskrimineringsgrunnlag bør likebehandles, vurderer jeg om det bør innføres et rent organisasjonsforbud for rasistiske eller på annen måte diskriminerende organisasjoner, om diskrimineringsloven om etnisitet § 26 bør videreføres og eventuelt utvides, om straffelovens bestemmelser om diskriminering bør revideres, og om det bør foretas andre lovendringer for å sikre et konsekvent og helhetlig strafferettslig diskrimineringsvern.

Kapittel 6 fremstiller de konkrete forslagene til lovendringer, spesialmerknader til disse, og en oversikt over de beskjedne økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget.

2 KONSTITUSJONELLE OG FOLKERETTSLIGE RAMMER

2.1 Kolliderende rettigheter

Vernet mot diskriminering er en grunnleggende menneskerettighet som er anerkjent i en rekke ulike internasjonale menneskerettskonvensjoner samt i Norges Grunnlov. Sett rent isolert, så tilsier diskrimineringsvernets grunnleggende betydning at både offentlig diskriminering samt privatpersoners diskriminering av andre private bør være belagt med straff, som et element i sikringen av et effektivt diskrimineringsvern. Det må imidlertid erindres at diskriminerings-vernet på ulike måter må avveies mot andre menneskerettigheter som også har stor betydning, særlig ytringsfriheten, forsamlingsfriheten, og retten til privatliv. For eksempel vil straff for en rasistisk eller på annen måte diskriminerende ytring være et inngrep i ytringsfriheten; et forbud mot rasistiske eller på annen måte diskriminerende organisasjoner vil være et inngrep i forsamlingsfriheten; og et forbud for privatpersoner mot diskriminering i private forhold (for eksempel boligutleie) vil være et inngrep i retten til privatliv. Dette medfører at en redegjørelse for folkerettslige rammer for utredningens spørsmål ikke primært handler om hvorvidt internasjonale menneskerettigheter pålegger eller forbyr en stat å straffebelegge diskriminerende handlinger, ytringer eller organisasjoner, men heller om hvordan ulike menneskerettigheter skal avveies mot hverandre. Den følgende fremstillingen blir med nødvendighet preget av dette.

Denne grunnleggende rettighetskonflikten har også vært hensyntatt ved tidligere vurderinger av de spørsmålene denne utredningen behandler, og denne utredningen kan selvsagt ikke påberope seg å gjøre en «riktigere» avveining mellom rettighetene enn tidligere vurderinger. I det store og hele legger denne utredningen i stedet til grunn at gjeldende rett innebærer en forsvarlig avveining av de motstridende rettighetene, typisk ved at straffeloven § 185 om hatefulle ytringer er utformet slik at den representerer et gyldig inngrep i ytringsfriheten.

Hovedformålet i det følgende vil derfor heller være å redegjøre grundigst mulig for de premissene som må ligge til grunn for avveiningen der hvor denne utredningen foreslår endringer i gjeldende rett.

Et innledende premiss i så måte er at rettighetskollisjonen i sin kjerne står mellom rettighetene til forskjellige private personer. Offentlige interesser er selvsagt også berørt (slik som hensynet til et velfungerende organisasjonsliv som sentralt for demokratiet), men de interessene som berøres av denne utredningens spørsmål er i hovedsak private. På et teoretisk plan kan man oppstille (minst) tre ulike tilnærminger for løsning av rettighetskonflikter mellom private.

Den første tilnærmingen handler om «kjernerettigheter», ved at man kan velge å gi fortrinn til den av de kolliderende rettighetene som anses som mest sentral ut fra menneskerettighetenes begrunnelse som vern for enkeltindividet mot overgrep fra myndighetene. Utfordringen med en slik tilnærming er at den strider mot idéen om menneskerettighetene som jevnbyrdige og gjensidig avhengige, og det er alltid vanskelig å si at én rettighet er viktigere eller mer sentral enn en annen. For denne utredningens tema er spørsmålet om det er mulig å si at

diskrimineringsvernet generelt er viktigere (eller mindre viktig) enn de motstridende rettighetene ytringsfrihet, foreningsfrihet og rett til privatliv, og det er vanskelig å hevde at dette er tilfellet. Denne tilnærmingen til rettighetskonflikter bør normalt unngås, og dette er helt klart i dette tilfellet.

Den andre tilnærmingen handler om «kjernen av rettigheter», ved at man kan velge å gi fortrinn til den av de kolliderende rettighetene som i størst grad berøres i sin kjerne. Hvis det i et tilfelle oppstår kollisjon mellom kjernen av en rettighet og en mer perifer side av en annen rettighet, kan det ofte være naturlig å gi fortrinn til førstnevnte. En utfordring med denne tilnærmingen er at det ofte er vanskelig å vurdere om en myndighetshandling berører en rettighets kjerne, og om en rettighet er berørt mer i sin kjerne enn en annen rettighet. For denne utredningens tema er spørsmålet hvorvidt straff for diskriminerende handlinger, ytringer eller organisasjoner berører foreningsfriheten, ytringsfriheten, personvernet eller diskrimineringsvernet mer i sin kjerne enn de øvrige rettighetene. Her kan det være stort rom for ulike vurderinger. En mulig tilnærming er å ta utgangspunkt i at kjernen i diskrimineringsvernet er at det enkelte individ skal sikres et effektivt vern mot diskriminering i forhold til andre individer fra offentlige eller private aktører. Sanksjoner mot den som utfører diskrimineringen, eller forbud eller andre forebyggende virkemidler for å motvirke diskriminering, er bare midler for å oppnå dette målet. Dersom andre virkemidler sikrer et tilstrekkelig effektivt diskrimineringsvern, kan det argumenteres for at en bestemt sanksjon ikke er nødvendig som et ledd i sikringen av samme. Ut fra en slik tankerekke ligger det strafferettslige diskrimineringsvernet utenfor diskrimineringsvernets kjerne, forutsatt at andre virkemidler sikrer et tilstrekkelig effektivt diskrimineringsvern. Dette har vært en sentral begrunnelse for ikke å forby rasistiske organisasjoner i norsk lovgivning, ved at det har vært fremhevet at andre virkemidler er bedre egnet for å sikre et effektivt diskrimineringsvern. Samtidig kan det hevdes at et vern av organisasjoner med et rasistisk eller på annen måte diskriminerende formål ligger helt i periferien av foreningsfriheten – på tilsvarende måte som rasistiske og hatefulle ytringer ligger i periferien av ytringsfriheten. Dette gjør at denne tilnærmingen til en rettighetskonflikt ikke gir særlig veiledning for denne utredningens tema.

Den tredje tilnærmingen tar som utgangspunkt at dersom to (eller flere) menneskerettigheter står mot hverandre, er alle rettighetene like gyldige og like tungtveiende. Hvis det oppstår konflikt mellom to eller flere rettigheter, kan man derfor ikke velge én rettighet som den dominerende, men man må isteden finne en avveining mellom rettighetene. Dette er den tilnærmingen som er dominerende i Den europeiske menneskerettsdomstolens praksis. Domstolen har ved en rekke anledninger påpekt at enhver bestemmelse i Den europeiske menneskerettskonvensjonen forutsetter at det skal finnes en rimelig avveining («fair balance») mellom de rettighetene eller interessene som er berørt. Denne tilnærmingen innebærer at begge rettighetene tolkes i lys av hverandre med sikte på å finne en sammenfattende regel som tar hensyn til begge de motstridende rettighetene. Det er denne tilnærmingen som må ligge til grunn for enhver avveining av de rettighetene som berøres av denne utredningens tema.

2.2 Grunnloven

2.2.1 Likhet og ikke-diskriminering

Ved Grunnlovsreformen i 2014 ble det gitt en ny § 98 i Grunnloven, som lyder:

> Alle er like for loven.
>
> Intet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.

Før dette fantes det ingen bestemmelse om likhet og ikke-diskriminering i Grunnloven, selv om mange bestemmelser mer indirekte bygget på et likhetsprinsipp.

Likhetsprinsippet i første ledd gir uttrykk for et «et grunnleggende krav om likhet, rettferdighet og respekt for menneskeverdet» og er ansett som et grunnleggende element i rettsstaten.[10] I bestemmelsens forarbeider heter det følgende om dens rettslige betydning:

> Et eventuelt likhetsprinsipp i Grunnloven vil fungere som en skranke for både lovgiver, domstoler og forvaltning. Konsekvensen av at alle er like for loven, er at lovgiver ikke vil ha adgang til å gi privilegier til enkelte personer eller grupper i samfunnet. Domstoler og forvaltning må på sin side praktisere lovverket i overensstemmelse med dette. Gjennom praktisering og fortolkning av det øvrige lovverket har likhetsprinsippet større reell betydning som tolkningsprinsipp for domstoler og forvaltning enn det vil ha som skranke for lovgiver.[11]

For denne utredningens tema oppstår det et spørsmål om hvorvidt likhetsprinsippet legger føringer i retning av at alle diskrimineringsgrunnlag skal behandles likt med hensyn til det strafferettslige vernet, samt om hvorvidt det kan forsvares at bestemte typer rasistiske handlinger bare kan straffes hvis de begås av flere i fellesskap

Likhetsprinsippet er et grunnprinsipp i norsk strafferett, ved at like tilfeller skal behandles likt. Gjerningspersoner skal behandles likt med hensyn til lovanvendelse og straffutmåling uavhengig av sin status, og alle skal nyte samme vern mot straffbare handlinger. Dette gjelder imidlertid bare så langt ikke saklige hensyn begrunner en forskjellsbehandling. Dermed oppstår det et spørsmål om det finnes saklige hensyn som begrunner at ofre for diskriminering skal ha et ulikt strafferettslig vern ut fra hva som er grunnlaget for diskrimineringen. Dette diskuteres videre i punkt 5.3.1 nedenfor, hvor det tas som utgangspunkt at relevante diskriminerings-grunnlag skal likebehandles med mindre det er saklig grunn for noe annet.

Diskrimineringsforbudet i annet ledd gir et grunnleggende premiss for denne utredningen, ved at all lovgivning om ikke-diskriminering må ligge innenfor Grunnlovens krav. Bestemmelsen sier imidlertid ikke direkte noe om det strafferettslige diskrimineringsvernet, men den legger

---

[10] Dokument 16 (2011–2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 143-144.
[11] *Ibid.*, s. 144.

likevel føringer for den videre utredningen. For denne utredningens formål kan to forhold trekkes frem.

For det første er det verdt å merke seg at Grunnloven har en åpen bestemmelse hvor det ikke angis hvilke diskrimineringsgrunnlag som er omfattet. Menneskerettighetsutvalget gir en nokså grundig begrunnelse for bestemmelsens utforming:

> Ved å liste opp kjennetegn ved personer får man en lettere forståelse for hvilke personlige kjennetegn man ikke kan diskriminere på grunnlag av. Dette vil trolig medføre at bestemmelsen får en sterkere signaleffekt. Det vil også gjøre det lettere for domstolene å håndheve grunnlovsbestemmelsen. …
>
> Ulempen med en opplisting av diskrimineringsgrunnlag er at personer med kjennetegn som ikke står på denne listen, kan oppleve dette som en bekreftelse på at samfunnet ikke ser like alvorlig på deres problemer. Denne følelsen kan raskt også vise seg å være en realitet, på den måten at disse personene vanskeligere vil nå frem med sin sak. Det er derfor problematisk å ta stilling til hvilke grunnlag som bør nevnes, og hvilke som bør utelates. Dette argumentet får særlig betydning ved utformingen av en grunnlovsbestemmelse. Utvalget ser det i stedet som verdifullt å fremheve de allmenngyldige prinsipper om at alle er like for loven, og at ingen skal utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.
>
> Utvalget mener også at det er for stor usikkerhet knyttet til de ulike diskriminerings-grunnlagene, både hva gjelder hvilke grunnlag som bør tas med, og hvor langt de ulike grunnlagene strekker seg. Det er fare for at noen diskrimineringsgrunnlag blir for ekstensive og favner for vidt, i den forstand at det ofte vil være saklig grunn til å forskjellsbehandle. Samtidig vil enkelte relevante diskrimineringsgrunnlag raskt falle utenfor. Det er derfor utvalgets oppfatning at de ulike diskrimineringsgrunnlag ikke bør listes opp i en grunnlovsbestemmelse, men at dette bør overlates til ordinær lovgivning.[12]

Begrunnelsen viser at de momentene som begrunner en åpen grunnlovsbestemmelse ikke nødvendigvis er relevante eller avgjørende for utformingen av bestemmelser i ordinær lovgivning. Ved utformingen av bestemmelser til motvirkning av diskriminering i ordinær lovgivning bør det likevel vurderes i hvilken grad momentene er relevante, og om det oppnås best samsvar med Grunnlovens bestemmelse ved å angi en tilsvarende åpen bestemmelse.

For det annet angir Menneskerettighetsutvalget en alternativ liste over hvilke diskrimineringsgrunnlag som kunne eller burde omfattes dersom det skulle angis konkrete diskrimineringsgrunnlag i Grunnlovens bestemmelse. Utvalget foreslo følgende alternative formulering:

---

[12] Dok. 16 (2011-2012) punkt 26.6.2.6 på s. 149, se også punkt 26.6.2.7 på s. 152.

> Ingen må utsettes for diskriminering på grunnlag av kjønn, etnisitet, språk, funksjonsevne, seksuell orientering, kjønnsuttrykk, religion, livssyn, politisk syn, helse, alder eller andre liknende vesentlige forhold ved en person.[13]

Denne alternative formuleringen ble altså ikke vedtatt, og angivelsen av diskriminerings-grunnlagene gir derfor liten eller ingen veiledning ved utformingen av ordinær lovgivning. Utvalgets begrunnelse for angivelsen av disse grunnlagene kan imidlertid være overførbar. Her kan det blant annet trekkes frem at utvalget inkluderte enkelte diskrimineringsgrunnlag som er utelatt fra flere bestemmelser i ordinær lovgivning (kjønn, språk, alder), med den begrunnelsen at ulemper ved å inkludere disse diskrimineringsgrunnlagene vil reduseres ved at det bare er den usaklige og uforholdsmessige forskjellsbehandlingen som rammes, ikke forskjellsbehandling som er saklig begrunnet og forholdsmessig.

2.2.2 Ytringsfriheten

Grunnlovens § 100 beskytter ytringsfriheten. Annet ledd bestemmer at ingen «kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap med mindre det lar seg forsvare holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse». Dette legger en grunnleggende begrensning for adgangen til å straffeforfølge diskriminerende eller hatefulle ytringer. Forholdet til bestemmelsen er imidlertid grundig vurdert av lovgiver ved utformingen av straffeloven § 185, og det er verken hensiktsmessig eller nødvendig i denne utredningen å redegjøre generelt for ytringsfrihetens innhold og grenser. Det relevante for mitt mandat er om Grunnlovens § 100 legger føringer med hensyn til om vernet i straffeloven § 185 kan utvides til å gjelde flere diskriminerings-grunnlag, og dette har jeg vanskelig for å se.

Ytringsfrihetskommisjonen, som utredet Grunnlovens § 100, foreslo at straffelovens bestemmelse burde begrenses til å verne «medfødte biologiske eller kulturelt nedarvede sosio-kulturelle karakteristika».[14] Dette ville utelukke religion og livssyn, siden dette innebærer «et element av personlig valg eller vilje», foruten at det ikke var ønskelig at Grunnloven skulle motvirke fri og åpen religions- og kulturkritikk.[15] Hvis dette hadde blitt fulgt opp i det videre lovgivningsarbeidet, kunne det gitt føringer for hvilke diskrimineringsgrunnlag som kan vernes av straffeloven § 185 uten å komme i strid med Grunnloven. Synspunktet ble imidlertid ikke fulgt opp videre. Religion og livssyn er fortsatt nevnt i § 185. I tillegg er nedsatt funksjonsevne nevnt, og selv om nedsatt funksjonsevne (normalt) ikke er basert på personlig valg eller vilje, så er det heller ikke nødvendigvis en medfødt biologisk tilstand. Jeg har ikke sett noen argumenter for at inkludering av religion, livssyn og nedsatt funksjonsevne i straffeloven § 185 er grunnlovsstridig fordi bare medfødte biologiske egenskaper kan vernes, og jeg legger uten videre til grunn at dette ikke er en begrensning som følger av Grunnlovens § 100. Uansett ville ikke en slik hypotetisk avgrensning lagt noen føringer med hensyn til om kjønn kan vernes av straffeloven § 185, heller ikke kjønnsidentitet eller alder. Dette viser også at en slik avgrensning

---

[13] *Ibid.*, punkt 26.6.2.7 på s. 152, med begrunnelse på s. 150-152.
[14] NOU 1999: 27 punkt 6.3.3.4 på s. 206.
[15] *Ibid.*, s. 207.

av straffelovens bestemmelser ville fremstå som nokså vilkårlig. Hatefulle ytringer på grunnlag av etnisitet ville kunne straffes, men ikke på grunnlag av nasjonalitet eller religion; hatefulle ytringer på grunnlag av medfødt sykdom ville kunne straffes, men ikke på grunnlag av funksjonsnedsettelse som har oppstått senere (typisk gjennom en ulykke), og så videre. Jeg vil fraråde at man gjenopptar diskusjonen om hvorvidt et strafferettslig vern mot hatefulle ytringer avgrenses ut fra slike kriterier.

Under henvisning til lovforarbeidene har Høyesterett lagt til grunn at straffeloven § 185, sett i lys av ytringsfriheten, bare rammer «kvalifisert krenkende ytringer».[16] Når en så streng terskel legges til grunn, er det vanskelig å se at ytringsfriheten er til hinder for å utvide det strafferettslige vernet mot hatefulle ytringer til å omfatte andre diskrimineringsgrunnlag enn de som er vernet i dag.

2.2.3 Foreningsfriheten

Ved Grunnlovsreformen i 2014 ble det også gitt en ny § 101 i Grunnloven, hvor første ledd lyder:

> Enhver har rett til å danne, slutte seg til og melde seg ut av foreninger, herunder fagforeninger og politiske partier.

I bestemmelsens forarbeider uttales det at bestemmelsen ikke var ment å endre gjeldende rettstilstand, siden foreningsfriheten allerede var ivaretatt gjennom praksis, internasjonale menneskerettskonvensjoner og straffeloven.[17] Den grunnleggende begrunnelsen for likevel å grunnlovsfeste rettigheten, var å tydeliggjøre og synliggjøre en rettighet som har stor betydning for et velfungerende demokrati:

> Forenings- og forsamlingsfrihet er nært forbundet med utviklingen og ivaretakelsen av demokratiet. Gjennom foreningsliv og muligheten til å møtes i forsamlinger utvikles samtaler, diskusjoner og individets forståelse av samfunnet, seg selv og sine medmennesker. Begrenses muligheten til å møtes til samtale og diskusjon, vil mulighetene for et levedyktig demokrati begrenses tilsvarende. Det er derfor viktig at enkeltindivider som selv ønsker å være en del av en forening eller en forsamling, fritt skal ha adgang til dette. Det er også viktig at den enkelte har den samme adgangen til å motsette seg medlemskap i foreninger eller til å nekte å møte i forsamlinger.
>
> Både foreningsfrihet og forsamlingsfrihet er nært forbundet med ytringsfrihet. Det er gjennom muligheten til å møte andre at meninger og synspunkter dannes, utveksles og utvikles. Uten forenings- og forsamlingsfrihet vil ytringsfriheten i samfunnet ha dårlige levekår.[18]

---

[16] Se blant annet Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) på s. 1624.
[17] Dok. 16 (2011-2012) punkt 29.5.1 på s. 165.
[18] *Ibid.*

Ved vurderingen av et forbud mot visse typer organisasjoner må denne begrunnelsen tas i betraktning.

Rettigheten er imidlertid ikke absolutt. Selv om Stortinget valgte å utsette behandlingen av en foreslått bestemmelse som åpner for begrensning av grunnlovsgitte menneskerettigheter,[19] er det utvilsomt gjeldende rett at grunnlovsvernet ikke er absolutt, jf. blant annet Høyesteretts uttalelse i den såkalte «Maria-dommen» i Rt. 2015 s. 93, som direkte gjaldt § 102, men som må gjelde tilsvarende for § 101:

> Til forskjell fra SP artikkel 17 og EMK artikkel 8, inneholder Grunnloven § 102 ingen anvisning på om det overhodet kan gjøres lovlige begrensninger i privat- og familielivet. Men grunnlovsvernet kan ikke være – og er heller ikke – absolutt. I tråd med de folkerettslige bestemmelsene som var mønster for denne delen av § 102, vil det være tillatt å gripe inn i rettighetene etter første ledd første punktum dersom tiltaket har tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig, jf. Rt-2014-1105 avsnitt 28. Forholdsmessighetsvurderingen må ha for øye balansen mellom de beskyttede individuelle interessene på den ene siden og de legitime samfunnsbehovene som begrunner tiltaket på den andre.[20]

Disse tre vilkårene – lovskravet, formålskravet og forholdsmessighetskravet – må legges til grunn for en vurdering av om et eventuelt forbud mot rasistiske eller på annen måte diskriminerende organisasjoner kan stå seg i lys av Grunnloven.

Da bestemmelsen ble utformet, gjaldt fortsatt straffeloven 1902; selv om straffeloven 2005 var vedtatt, var den foreløpig ikke trådt i kraft. I straffeloven 1902 lød § 330:

> Med Bøder eller med Hefte eller Fængsel indtil 3 Maaneder straffes den som stifter eller deltager i en Forening, der ved Lov er forbudt, eller hvis Formaal er Forøvelse af eller Opmuntring til strafbare Handlinger, eller hvis Medlemmer forpligter sig til ubetinget Lydighed mod nogen.
>
> Er Foreningens Formaal at forøve eller opmuntre til Forbrydelser, kan Fængsel indtil 6 Maaneder anvendes.

Dette var altså en hjemmel for å straffe den som stifter eller deltar i en forening som enten i) var forbudt ved annen lov, eller ii) hadde som formål å begå eller oppfordre til straffbare handlinger, eller iii) krevde at medlemmene forpliktet seg til ubetinget lydighet mot noen. Siden visse former for diskriminering var forbudt etter straffeloven 1902 §§ 135 a og 349 a, ga alternativ ii) ut til å ha gitt tilstrekkelig hjemmel til å straffe stiftelse av eller deltakelse i organisasjoner som hadde som formål å begå handlinger som nevnt i disse bestemmelsene. Norge har brukt dette som et vesentlig element i sin argumentasjon for at Norge hadde lovgivning som oppfylte kravet i FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.b om å forby

[19] Se Innst. 187 S (2013–2014) punkt 2.10 på s. 26.
[20] Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

rasistiske organisasjoner,[21] men som det vil fremgå av punkt 2.3.1.3 nedenfor har ikke FNs rasediskrimineringskomité funnet dette argumentet tilfredsstillende.

Ved vedtakelsen av straffeloven 2005 ble § 330 ikke videreført. Dette ble foreslått av Straffelovkommisjonen med tilslutning fra departementet:

> § 330 rammer det å stifte eller delta i en forening som enten er forbudt ved lov, eller som har som formål å begå eller oppmuntre til straffbare handlinger. Kommisjonen mener bestemmelsen ikke bør videreføres. Det finnes ikke i dag lovforbud mot bestemte sammenslutninger i Norge, og dersom det skulle bli aktuelt å vedta et slikt forbud, mener kommisjonen at strafftrusselen bør inntas i forbudsloven. Når det gjelder forbudet mot å delta mv. i en sammenslutning som har som formål å begå eller oppmuntre til straffbare handlinger, mener kommisjonen at bestemmelsen har et for bredt virkefelt. Det vises blant annet til at den rammer medlemmer som står i et fjernt forhold til konkrete straffbare handlinger, se delutredning VII side 414-415.[22]

Og videre:

> I forhold til § 330, som departementet er enig med kommisjonen i at ikke bør videreføres, vil departementet særskilt fremheve at behovet for bestemmelsen er ytterligere redusert som følge av at departementet går inn for å videreføre kjernen i straffeloven 1902 § 104 a annet ledd om straff for den som deltar i en voldelig sammenslutning med politiske mål. Eventuelle ytterligere behov for å ramme deltakelse i denne typen sammenslutninger bør varetas ved straffebud som har en mer målrettet avgrensning enn § 330.[23]

Opphevelsen av bestemmelsen gjør at dette argumentet ikke lenger er relevant i relasjon til FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.b. For denne utredningens formål er det imidlertid grunn til å understreke at Menneskerettighetsutvalget uttrykkelig uttalte at § 330 «vil … ikke komme i konflikt med grunnlovsfesting av forenings- og forsamlingsfrihet». Begrunnelsen for dette var dels at § 330 ville oppfylle kravene i den generelle begrensingshjemmelen, og dels at foreningsfriheten uansett må tolkes innskrenkende av hensyn til andres menneskerettigheter.[24]

2.3 Internasjonale menneskerettigheter

2.3.1 FNs rasediskrimineringskonvensjon

2.3.1.1 Kort om konvensjonen

FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (FNs rasediskrimineringskonvensjon) ble vedtatt 21. desember 1965 og trådte i kraft 4. januar 1969.

---

[21] Se Norges 18. statsrapport (2005), CERD/C/497/Add.1, avsnitt 24, og (mindre uttrykkelig) Norges 19. og 20. statsrapport (2010), CERD/C/NOR/19-20, avsnitt 13.
[22] Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 9.16 på s. 229.
[23] *Ibid.*, på s. 230.
[24] Dok. 16 (2011-2012) punkt 29.5.2.1 på s. 166.

Norge ratifiserte konvensjonen 6. august 1970. I skrivende stund har konvensjonen 177 statsparter. Konvensjonen gjelder som norsk lov, jf. diskrimineringsloven om etnisitet § 5, men den er ikke tatt inn i menneskerettsloven av 1999, og har dermed ikke forrang foran annen lovgivning i tilfelle motstrid.

Konvensjonens artikkel 1 definerer rasediskriminering som

> enhver forskjellsbehandling, utestengning, begrensning eller begunstigelse på grunn av rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse som har som formål eller virkning å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, på like vilkår, innenfor det politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle området, eller innenfor andre områder av det offentlige liv.

Konvensjonens videre struktur er at artikkel 2 oppstiller generelle forpliktelser med hensyn til «å føre en politikk som tar sikte på å avskaffe alle former for rasediskriminering og øke forståelsen mellom alle raser», mens artikkel 3 til 7 gir mer konkrete forpliktelser på en rekke samfunnsområder. For denne utredningens formål er artikkel 4 mest relevant, jf. neste punkt.

Konvensjonens artikkel 8 oppretter en overvåkningskomité, FNs rasediskrimineringskomité, som skal overvåke statspartenes etterlevelse av konvensjonen. I henhold til artikkel 9 skal statspartene gi komiteen statsrapporter om gjennomføringen av konvensjonen annethvert år, og komiteens avsluttende merknader («concluding observations») til slike statsrapporter er en viktig kilde for å forstå hvordan komiteen tolker konvensjonen. Konvensjonens artikkel 14 oppstiller videre en valgfri individklageordning, som gir privatpersoner mulighet til å bringe saker inn for komiteen. Norge har tilsluttet seg denne individklageordningen, men har i liten grad blitt klaget inn for komiteen. Det finnes begrenset praksis fra individklagesaker om temaer som er relevant for denne utredningen.

2.3.1.2 Artikkel 4.b

FNs rasediskrimineringskonvensjons artikkel 4 lyder i norsk oversettelse:

> Konvensjonspartene fordømmer all propaganda og alle organisasjoner som er basert på ideer eller teorier om at en rase eller gruppe mennesker av en bestemt hudfarge eller etnisk opprinnelse er andre overlegen, eller som søker å rettferdiggjøre eller fremme rasehat og rasediskriminering i enhver form, og de forplikter seg til å treffe øyeblikkelige og positive tiltak med sikte på å fjerne all diskriminering eller tilskyndelse til diskriminering, idet det tas behørig hensyn til prinsippene nedfelt i Verdenserklæringen om menneskerettighetene og de rettigheter som er uttrykkelig fastslått i artikkel 5 i denne konvensjon, og de skal for dette formål blant annet
>
> a) erklære at enhver spredning av ideer basert på tanken om rasemessig overlegenhet eller rasehat, enhver tilskyndelse til rasediskriminering, så vel som enhver voldshandling eller tilskyndelse til voldshandling mot en rase eller gruppe

> personer av en annen hudfarge eller etnisk opprinnelse, samt enhver støtte til rasistisk virksomhet, herunder økonomisk støtte, er en straffbar handling,
>
> b) erklære at organisasjoner og organisert og annen propagandavirksomhet som fremmer og tilskynder til rasediskriminering, er ulovlig og forbudt, og at det er straffbart å delta i slike organisasjoner eller slik virksomhet,
>
> c) ikke tillate at offentlige myndigheter eller offentlige institusjoner, på nasjonalt eller lokalt nivå, fremmer eller tilskynder til rasediskriminering.

Dette er den eneste bestemmelsen i konvensjonen som oppstiller en forpliktelse for statene om å straffeforfølge visse former for rasediskriminering. Av særlig relevans for denne utredningens tema er bokstav b,[25] som stiller krav om at organisasjoner «som fremmer og tilskynder til rasediskriminering» skal forbys, og at det skal være «straffbart å delta i slike organisasjoner».

FNs rasediskrimineringskomité har selv lagt til grunn at artikkel 4 (forutsetningsvis inkludert bokstav b) ikke er selvkraftig,[26] det vil si at den ikke er av en karakter som gjør at individer kan påberope den direkte for nasjonale domstoler eller for komiteen. Av den grunn foreligger det så vidt jeg kjenner til ikke relevant komitépraksis fra individklagesaker. Ifølge komiteens eget søkeverktøy er det bare én sak hvor artikkel 4.b har vært diskutert, og den saken gir ingen veiledning for denne utredningens tema.[27] Bestemmelsen har imidlertid blitt diskutert i komiteens generelle anbefalinger («General Recommendations»). I disse har komiteen blant annet gitt uttrykk for sitt syn om at forbudet i artikkel 4 etter sin karakter ikke er uforenlig med ytrings- og foreningsfriheten.

Et grunnleggende utgangspunkt finnes i komiteens generelle anbefaling nr. 7 (1985).[28] Komiteen understreker her at artikkel 4 gir «mandatory» (obligatoriske) forpliktelser.[29] Dette er for så vidt selvsagt siden det følger av bestemmelsen selv, men det er en uttrykksform som komiteen har gjentatt en rekke ganger senere. Viktigere er imidlertid et annet element i den generelle anbefalingen, nemlig at komiteen understreker at artikkel 4 har et forebyggende formål i tillegg til å gi anvisning på sanksjoner mot utført diskriminering:

> *Bearing in mind* the preventive aspects of article 4 to deter racism and racial discrimination as well as activities aimed at their promotion or incitement …[30]

Dette er et sentralt premiss for å forstå komiteens kritikk av Norges og andre lands lovgivning, ved at komiteen kan oppfatte det slik at lovgivningen i for stor grad retter seg mot sanksjonering

---

[25] Bokstav a er også klart relevant, men gjennom straffeloven § 185 og øvrig lovgivning er det ikke tvilsomt at denne bestemmelsen er tilfredsstillende gjennomført i norsk rett.
[26] General recommendation No. 35, Combating racist hate speech, CERD/C/GC/35, 26. september 2013, avsnitt 13.
[27] Quereshi mot Danmark, CERD/C/63/D/27/2002, 26. august 2003. Saken gjaldt en klage på manglende nasjonal straffeforfølgning av en politiker og et politisk parti som hadde kommet med klart rasediskriminerende ytringer.
[28] General recommendation VII relating to the implementation of article 4, 23. august 1985.
[29] *Ibid.,* avsnitt 1.
[30] *Ibid.*, fortalens siste ledd.

av begåtte handlinger i stedet for å forebygge handlingene. Dette har imidlertid vært godt kjent for norsk lovgiver, jf. blant annet uttalelsen i NOU 2002: 12 om at «artikkel 4 (b) har som siktemål å *forebygge* rasisme, og skal dette formålet forfølges effektivt er det ikke tilstrekkelig med etterfølgende straff i enkelttilfeller av etnisk diskriminering».[31]

Komiteens generelle anbefaling nr. 15 (1993) redegjør for komiteens generelle tolkning av artikkel 4.[32] Komiteen gjentar her at forpliktelsene i artikkel 4 er obligatoriske og forutsetter effektiv gjennomføring, og imøtegår deretter flere staters argumentasjon om at deres nasjonale rettsorden ikke åpner for forbud mot bestemte typer organisasjoner:

> Some States have maintained that in their legal order it is inappropriate to declare illegal an organization before its members have promoted or incited racial discrimination. The Committee is of the opinion that article 4 (b) places a greater burden upon such States to be vigilant in proceeding against such organizations at the earliest moment. These organizations, as well as organized and other propaganda activities, have to be declared illegal and prohibited. Participation in these organizations is, of itself, to be punished.[33]

Det er imidlertid verdt å legge merke til at uttalelsen ikke inneholder noen rettslig eller annen argumentasjon utover bare å fastslå at dette er komiteens oppfatning.

I sin generelle anbefaling nr. 35 (2013) fremhever komiteen igjen at artikkel 4 har et forebyggende formål, dog i en kontekst avgrenset til hatefulle ytringer:

> Article 4 comprises elements relating to speech and the organizational context for the production of speech, serves the functions of prevention and deterrence, and provides for sanctions when deterrence fails. The article also has an expressive function in underlining the international community's abhorrence of racist hate speech, understood as a form of other-directed speech which rejects the core human rights principles of human dignity and equality and seeks to degrade the standing of individuals and groups in the estimation of society.[34]

I samme generelle anbefaling diskuterer komiteen kortfattet om artikkel 4.b bare retter seg mot formelle organisasjoner, og legger til grunn et nokså vidt organisasjonsbegrep:

> The Committee underlines that article 4 (b) requires that racist organizations which promote and incite racial discrimination be declared illegal and prohibited. The Committee understands that the reference to "organized … propaganda activities" implicates improvised forms of organization or networks, and that "all other

[31] NOU 2002: 12 punkt 12.2 på s. 214.
[32] General recommendation XV on article 4 of the Convention, 17. mars 1993.
[33] *Ibid.*, avsnitt 6.
[34] Ovenfor fn. 26, avsnitt 10.

> propaganda activities" may be taken to refer to unorganized or spontaneous promotion and incitement of racial discrimination.[35]

Jeg kan ikke se at øvrige generelle anbefalinger gir ytterligere momenter for tolkningen av bestemmelsen.

2.3.1.3 FNs rasediskrimineringskomités uttalelser til Norge

FNs rasediskrimineringskomité har i lang tid kritisert Norge for manglende gjennomføring av artikkel 4.b fordi norsk lovgivning ikke inneholder noe klart forbud mot rasistiske organisasjoner. I 2001 uttalte komiteen:

> With respect to the implementation of article 4 of the Convention, the Committee notes that racist organizations have not been prohibited. The Committee reminds the State party that in its opinion, prohibition of the dissemination of all ideas based upon racial superiority or hatred is compatible with the right to freedom of opinion and expression.[36]

Kritikken ble gjentatt i 2003:

> The Committee takes note of the State party's observation that a formal ban on organizations might not be very effective in combating racism, owing to the fact that the groups involved in most of the racist activities are loose networks and not formal organizations. In this respect, the Committee draws the State party's attention to its general recommendation XV according to which all provisions of article 4 of the Convention are of a mandatory character, including declaring illegal and prohibiting all organizations promoting and inciting racial discrimination.
>
> The Committee recommends that the State party adopt the necessary legislation in order to ensure full compliance with article 4 (b) of the Convention.[37]

Det er bemerkelsesverdig at komiteen i svært liten grad tilbyr noen begrunnelse for kritikken eller noe svar på Norges argumenter, utover å peke på at forpliktelsen i artikkel 4.b er obligatorisk. Den kanskje grundigste redegjørelsen for norsk rett ga Norge i sin 18. statsrapport i 2005, hvor det ble redegjort for straffelovens bestemmelser, herunder den nå opphevede § 330 som satte straff for «den som stifter eller deltager i en Forening, der ved Lov er forbudt, eller hvis Formaal er Forøvelse af eller Opmuntring til strafbare Handlinger, eller hvis Medlemmer forpligter sig til ubetinget Lydighed mod nogen». Heller ikke denne gangen ble komiteen overbevist av Norges argumenter, men uten å tilby noen begrunnelse:

> While taking note of the State party's observation that a formal ban might have the unwanted side-effect of providing legitimacy to racist organizations, the Committee

---

[35] *Ibid.*, avsnitt 21.
[36] CERD/C/304/Add.88, 1. mai 2001, avsnitt 14.
[37] CERD/C/63/CO/8, 10. desember 2003, avsnitt 12.

> reiterates its concern regarding the absence of any explicit penal provision in national legislation which criminalizes and punishes racist organizations (art. 4 (b)).
>
> The Committee recalls its general recommendation 15 on article 4, according to which all provisions of article 4 of the Convention are of a mandatory character, including declaring illegal and prohibiting all organizations promoting and inciting racial discrimination, and reiterates its recommendation that the State party adopt the necessary legislation in order to ensure full compliance with article 4 (b) of the Convention.[38]

I 2011 var ikke temaet like sentralt i komiteens avsluttende merknader, men også her ble Norge bedt om å «ban organizations promoting racism and racial discrimination».[39] I komiteens foreløpig siste avsluttende merknader, i 2015, ble temaet fremhevet på nytt:

> While taking note of the State party's approach of penalizing conduct by individuals belonging to organizations that promote and incite racial discrimination, the Committee remains concerned that the State party has not yet included in its criminal legislation provisions declaring such organizations illegal, in conformity with article 4 (b) of the Convention (art. 4).
>
> Recalling its general recommendation No. 1 (1972), concerning States parties' obligations, and general recommendations No. 7, No. 15 and No. 35, which state that the provisions of article 4 of the Convention are of a preventive and mandatory nature, the Committee recommends that the State party adopt specific legislation to implement all aspects of article 4 of the Convention, including the provisions that organizations which promote and incite racial discrimination should be declared illegal and prohibited.[40]

Dette er nåværende status for komiteens holdning til Norges gjennomføring av artikkel 4.b. Så lenge komiteen ikke tilbyr noen begrunnelse for sin holdning, er det utfordrende å vite nøyaktig hva komiteen mener er utilfredsstillende med gjeldende rett. Det kan nok hevdes at opphevelsen av straffeloven 1902 § 330 har svekket Norges argumentasjon, men heller ikke da denne bestemmelsen gjaldt, ga komiteen noen dekkende forklaring for sitt syn. Når komiteens kritikk av Norge ses i lys av komiteens manglende kritikk av andre land med sammenliknbar lovregulering,[41] blir det enda mer uklart hva som er og har vært utilfredsstillende. Ut fra komiteens generelle anbefalinger kan det likevel legges til grunn at hovedspørsmålet er om nasjonal lovgivning inneholder regler som i tilstrekkelig grad forebygger rasediskriminering i tillegg til regler om reaksjoner på slik diskriminering.

2.3.2 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

---

[38] CERD/C/NOR/CO/18, 19. oktober 2006, avsnitt 16.
[39] CERD/C/NOR/CO/19-20, 8. april 2011, avsnitt 21.
[40] CERD/C/NOR/CO/21-22, 25. september 2015, avsnitt 19-20.
[41] Se kapittel 4 nedenfor.

2.3.2.1 Diskrimineringsforbudet

Diskrimineringsforbudet i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er grundig fremstilt tidligere, se eksempelvis NOU 2009: 14 kapittel 24, og som allerede nevnt er en helhetlig fremstilling av dette verken mulig eller nødvendig for denne utredningens formål. Her er det tilstrekkelig å påpeke at verken det aksessoriske (uselvstendige) diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14 eller det selvstendige diskrimineringsforbudet i EMKs 12. tilleggsprotokoll artikkel 1 (som ikke er ratifisert av Norge) inneholder noe uttrykkelig krav om at statene skal straffeforfølge diskriminerende aktiviteter. Det finnes imidlertid en rekke avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som på ulike måter behandler relevante temaer.

I *Timishev mot Russland* klaget en tsjetsjener over at hans bevegelsesfrihet i EMKs 4. tilleggsprotokoll artikkel 2 var krenket på en diskriminerende måte fordi restriksjoner på innbyggernes bevegelsesfrihet var basert på etnisk opprinnelse. Her uttalte EMD at etnisk diskriminering er en særlig alvorlig form for diskriminering:

> Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction. It is for this reason that the authorities must use all available means to combat racism, thereby reinforcing democracy's vision of a society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment.[42]

I *Abdu mot Bulgaria* klaget en sudanesisk mann over at bulgarske myndigheter ikke tok ut tiltale etter et rasistisk motivert overfall. Med henvisning til tidligere praksis uttalte EMD at rasediskriminering i seg selv kan utgjøre «nedverdigende behandling» etter EMK artikkel 3, og at «[d]iscriminatory remarks and racist insults must in any event be considered as an aggravating factor when considering a given instance of ill-treatment in the light of Article 3».[43] Etter artikkel 3 gjelder det klart en aktivitetsforpliktelse for staten til å etterforske og straffeforfølge handlinger som faller innenfor bestemmelsens anvendelsesområde. EMD understreket videre at staten har en plikt til å undersøke om voldshandlinger har en rasistisk motivasjon:

> Moreover, when investigating violent incidents triggered by suspected racist attitudes, the State authorities are required to take all reasonable action to ascertain whether there were racist motives and to establish whether feelings of hatred or prejudices based on a person's ethnic origin played a role in the events. Treating racially motivated violence and brutality on an equal footing with cases lacking any racist overtones would be tantamount to turning a blind eye to the specific nature of acts which are particularly destructive of fundamental human rights. A failure to make a distinction in the way in which situations which are essentially different are handled may constitute unjustified treatment irreconcilable with Article 14 of the Convention …

---

[42] EMD snr. 55762/00 og 55974/00 Timishev mot Russland (dom 13. desember 2005) avsnitt 56.
[43] EMD snr. 26827/08 Abdu mot Bulgaria (dom 11. mars 2014) avsnitt 38.

> The said obligation also applies where a given type of treatment incompatible with Article 3 is inflicted by a private individual …[44]

Plikten til å undersøke om voldshandlinger har et diskriminerende motiv ser ut til å gjelde generelt for alle diskrimineringsgrunnlag. Saken *Milanović mot Serbia* gjaldt voldshandlinger med religiøst motiv, og EMD uttalte at «just like in respect of racially motivated attacks, when investigating violent incidents State authorities have the additional duty to take all reasonable steps to unmask any religious motive and to establish whether or not religious hatred or prejudice may have played a role in the events».[45] Saken *M.C. og A.C. mot Romania* gjaldt et overfall på deltakere i en homoparade, og EMD uttalte at staten «have a duty to take all reasonable steps to uncover any possible discriminatory motives».[46]

Dette kan ikke forstås slik at EMK artikkel 14 generelt påbyr straffeforfølgning av diskriminerende handlinger,[47] men det viser likevel at EMD tolker bestemmelsen slik at staten har positive forpliktelser (aktivitetsplikter), herunder visse strafferettslige forpliktelser, til å motvirke diskriminering. Uttalelsen kan kanskje også tolkes slik at staten har en plikt til å la et diskriminerende motiv være straffskjerpende, noe Norge oppfyller gjennom straffeloven § 77.

EMK artikkel 14 forbyr diskriminering «på noe grunnlag slik som kjønn, rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status» ved utøvelsen av konvensjonens rettigheter. EMKs 12. tilleggsprotokoll nevner de samme diskrimineringsgrunnlagene. Hvis artikkel 14 forstås slik at staten har en plikt til å la ethvert diskriminerende motiv telle inn ved etterforskning og straffeforfølgning av voldshandlinger og andre straffbare handlinger, blir dette et moment som tilsier at det nasjonale strafferettslige vernet bør omfatte de samme diskrimineringsgrunnlagene. Som det vil bli vist nedenfor, er ikke alle disse diskriminerings-grunnlagene vernet av straffelovens bestemmelser i dag.

2.3.2.2 Ytringsfriheten

EMK artikkel 10 lyder (i norsk oversettelse):

> 1. Enhver har rett til ytringsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å ha meninger og til å motta og meddele opplysninger og ideer uten inngrep av offentlig myndighet og uten hensyn til grenser. Denne artikkel skal ikke hindre stater fra å kreve lisensiering av kringkasting, fjernsyn eller kinoforetak.
>
> 2. Fordi utøvelsen av disse friheter medfører plikter og ansvar, kan den bli undergitt slike formregler, vilkår, innskrenkninger eller straffer som er foreskrevet ved lov og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet,

---

[44] *Ibid.*, avsnitt 44. For liknende uttalelser vedrørende artikkel 2, se EMD snr. 43577/98 og 43579/98 Nachova og andre mot Bulgaria (dom 6. juli 2005) avsnitt 160-161.
[45] EMD snr. 44614/07, Milanovic mot Serbia (dom, 14. desember 2010), avsnitt 96.
[46] EMD snr. 12060/12 M.C. og A.C. mot Romania (dom 12. april 2016) avsnitt 113.
[47] Se i samme retning Høyesteretts dom i Rt. 2002 s. 1618 (Boot Boys) på s. 1624, hvor det uttales at det er «temmelig klart at en plikt til å forby rasediskriminerende ytringer ikke kan utledes av» artikkel 14.

territoriale integritet eller offentlige trygghet, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, for å verne andres omdømme eller rettigheter, for å forebygge at fortrolige opplysninger blir røpet, eller for å bevare domstolenes autoritet og upartiskhet.

Når det er tale om å straffeforfølge en ytring, har EMD fulgt to spor. For det første anses enkelte ytringer for helt å falle utenfor vernet etter artikkel 10, dersom de anses som misbruk av konvensjonens rettigheter i henhold til artikkel 17. Dette gjelder særlig hatefulle ytringer basert på etnisitet eller religion. Dette fremgår blant annet av saken *Pavel Ivanov mot Russland*, som gjaldt straffeforfølgning av grovt diskriminerende uttalelser om jøder: «The Court has held, in particular, that speech which is incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention would be removed from the protection of Article 10 by virtue of Article 17 of the Convention».[48] Dette var også EMDs begrunnelse for å avvise klagen Jack Erik Kjuus reiste mot Norge etter å ha blitt domfelt for overtredelse av straffeloven 1902 § 135 a.[49]

For det annet er det slik at selv om en ytring er vernet av artikkel 10, kan det likevel gripes inn mot den med straff hvis vilkårene i annet ledd er oppfylt, det vil si et lovskrav, et formålskrav, og et forholdsmessighetskrav. Her finnes det en rekke avgjørelser som bidrar til å trekke opp grensene for når ytringer kan straffeforfølges. Det mest relevante for denne utredningens formål er hvilke diskrimineringsgrunnlag EMD har anerkjent som relevante etter artikkel 10, i den forstand at ytringer rettet mot personer eller grupper med de aktuelle kjennetegnene kan straffes. Dette har vært akseptert for etnisitet, religion og livssyn, og seksuell orientering, men jeg kjenner ikke saker hvor EMD har konkludert med at det ikke er krenkelse av artikkel 10 i tilfeller hvor noen er straffet for hatefulle ytringer på grunn av andre diskrimineringsgrunnlag. Samtidig har EMD heller aldri antydet at andre diskrimineringsgrunnlag står i en annen stilling enn de som er nevnt. En likebehandling av diskrimineringsgrunnlagene antydes blant annet i *Vejdeland med flere mot Sverige*, som gjaldt krenkende ytringer rettet mot homofile. EMD uttaler her at «discrimination based on sexual orientation is as serious as discrimination based on 'race, origin or colour'».[50] Det er svært sannsynlig at EMD vil finne at hatefulle ytringer kan straffeforfølges hvis de er begrunnet i et av diskrimineringsgrunnlagene i artikkel 14 på samme vilkår som hva som gjelder for hatefulle ytringer basert på etnisitet, religion og livssyn, og seksuell orientering.

2.3.2.3 Foreningsfriheten

EMK artikkel 11 beskytter foreningsfriheten, og bestemmelsens struktur er liknende som artikkel 10. Første ledd angir rammene for den vernede rettigheten, mens annet ledd angir et lovskrav, et formålskrav, og et forholdsmessighetskrav, som vilkår for å gjøre inngrep i rettigheten. Første ledd har følgende ordlyd i norsk oversettelse:

---

[48] EMD snr. 35222/04, Pavel Ivanov mot Russland (avvisningsavgjørelse, 20. februar 2007).
[49] EMD snr. 41589/98, Jack Erik Kjuus mot Norge (avvisningsavgjørelse, 17. mars 2000), jf. Rt. 1997 s. 1821.
[50] EMD snr. 1813/07, Vejdeland med flere mot Sverige (dom, 9. februar 2012), avsnitt 55.

> Enhver har rett til fritt å delta i fredelige forsamlinger og til frihet til forening med andre, herunder rett til å danne og slutte seg til fagforeninger for å verne sine interesser.

Spørsmålet for denne utredningen er da om denne retten til «frihet til forening» er til hinder for å forby organisasjoner som er rasistiske eller på annen måte diskriminerende. Det er klart at et forbud mot bestemte typer organisasjoner vil utgjøre et inngrep etter artikkel 11 annet ledd, og spørsmålet er da om det foreligger lovhjemmel for forbudet, om forbudet forfølger et lovlig formål, og om forbudet er «nødvendig i et demokratisk samfunn».

Det ser ut til at den mest relevante avgjørelsen fra EMD er *Vona mot Ungarn* fra 2013.[51] Saken gjaldt opprettelsen av en forening kalt «Magyar Gárda Egyesület», som kan oversettes med «Ungarns vokterforening». Denne foreningen hadde som uttalt formål å bevare ungarske tradisjoner og ungarsk kultur. Denne foreningen opprettet i sin tur en «bevegelse», Ungarns vokterbevegelse, med formål å «forsvare et fysisk, åndelig og intellektuelt forsvarsløst Ungarn». Etter å ha utført enkelte diskriminerende aktiviteter, slik som demonstrasjoner som var egnet til å skape frykt hos mennesker tilhørende roma-minoriteten, besluttet domstolene å tvangsoppløse foreningen. Saksforholdet er litt komplekst, blant annet fordi foreningen anførte at de ulovlige handlingene ble utført av bevegelsen, som var en selvstendig enhet som ikke kunne identifiseres med foreningen. Domstolene fant imidlertid at de kunne identifiseres, slik at foreningen kunne oppløses. Spørsmålet for EMD var om denne tvangsoppløsningen var i samsvar med vilkårene i EMK artikkel 11.

For det første antyder EMD at artikkel 11 ikke på samme måte som artikkel 10 kan begrenses av artikkel 17 om misbruk av rettigheter. Domstolen legger til grunn at artikkel 17 innebærer at enkelte ytringer faller utenfor vernet etter artikkel 10 som sådan, men at

> unlike the cases cited by the Government involving the right to freedom of expression, the present application concerns the applicant's right to freedom of association, and indeed a quite serious restriction on it, resulting in the termination of the Association's legal existence as such. Therefore, the present application is to be distinguished from those relied on by the Government.[52]

Domstolen kommer likevel med argumenter som antyder at artikkel 17 likevel kan medføre at enkelte organisasjoner med et totalitært formål ikke vil nyte noe vern etter artikkel 11.

Ved vurderingen av om tvangsoppløsningen oppfylte vilkårene i artikkel 11 annet ledd, fant EMD først at lovskravet var oppfylt. Dette var basert på ungarsk lovgivning som sier domstolene skal oppløse en forening hvis den bedriver aktivitet i strid med konstitusjonen, som er straffbar eller som innebærer en oppfordring til straffbare handlinger, eller som krenker andres rettigheter og friheter. Dernest var det klart at formålskravet var oppfylt, siden artikkel 11 annet ledd anerkjenner «å beskytte andres rettigheter og friheter» som et lovlig formål. Det avgjørende spørsmål, her som i nesten alle slike saker, er om inngrepet var «nødvendig i et demokratisk samfunn». Domstolen peker i den forbindelse på at sivile foreninger vil nyte et

---

[51] EMD snr. 35943/10, Vona mot Ungarn (dom, 9. juli 2013).
[52] *Ibid.*, avsnitt 36.

annet, og mer begrenset, vern enn politiske partier, som har en særlig funksjon i et demokratisk samfunn. Deretter peker Domstolen på at staten må ha mulighet til å iverksette forebyggende tiltak for å hindre at en forening undergraver grunnleggende demokratiske verdier. Domstolen trekker frem rasediskriminering som en aktivitet det må kunne gripes inn mot. Deretter er følgende uttalelse av særlig interesse:

> The Court has previously held, in the context of Article 10, that ideas or conduct cannot be excluded from the protection provided by the Convention merely because they are capable of creating a feeling of unease in groups of citizens or because some may perceive them as disrespectful … It is of the view that similar considerations must apply to freedom of association in so far as it concerns the association of individuals in order to further ideas which are less than widely accepted, or even shocking or disturbing. Indeed, unless the association in question can reasonably be regarded as a breeding ground for violence or as incarnating a negation of democratic principles, radical measures restricting such fundamental rights as that of freedom of association – in the name of protecting democracy – are difficult to reconcile with the spirit of the Convention, which is aimed at guaranteeing the articulation of political views (even those which are difficult to accept for the authorities or a larger group of citizens and contest the established order of society) through all peaceful and lawful means, including association and assemblies …[53]

Dette viser at det gjelder en høy terskel for å kunne forby foreninger. EMD fastslår imidlertid deretter at gjentatte, planlagte aktiviteter som skaper stor frykt på et grunnlag som strider mot demokratiske verdier vil rettferdiggjøre inngrep fra statens side. Dernest er det av vesentlig interesse at EMD peker på at staten må velge det minst inngripende tiltaket mot foreningen:

> The Court is aware that the disbanding of the Movement and the Association represented quite a drastic measure. However, it is satisfied that the authorities nevertheless chose the least intrusive – indeed, the only reasonable – course of action to deal with the issue.[54]

I den konkrete saken fant EMD at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 11. Dette viser at tvangsoppløsning av, og forbud mot, organisasjoner kan forsvares etter artikkel 11. Det er imidlertid viktig å peke på at denne saken bare gjaldt sivilrettslige sanksjoner, det var ikke tale om straff for deltakerne. EMDs henvisning til «the least intrusive … course of action» antyder at det skal mye til for å godkjenne straffeforfølgelse av deltakerne i ulovlige foreninger, med mindre de deltar i konkrete ulovlige aktiviteter utover det å være medlem i foreningen.

2.3.3 FNs torturkonvensjon

FNs torturkonvensjon artikkel 1(1) lyder:

---

[53] *Ibid.*, avsnitt 63.
[54] *Ibid.*, avsnitt 71.

> I denne konvensjon skal uttrykket «tortur» bety enhver handling hvorved alvorlig smerte eller lidelse, enten fysisk eller psykisk, bevisst blir tilføyet en person i den hensikt å oppnå fra vedkommende eller en tredje person opplysninger eller en tilståelse, straffe vedkommende for en handling som denne person eller en tredje person har begått eller mistenkes for å ha begått, eller true eller tvinge vedkommende eller en tredje person, eller av hvilken som helst årsak basert på diskriminering av noen art, når slik smerte eller lidelse påføres av eller på tilskyndelse av eller med samtykke eller aksept fra en offentlig tjenestemann eller annen person som opptrer i embets medfør. Det omfatter ikke smerte eller lidelse som alene stammer fra, er forbundet med eller følger av lovlige straffereaksjoner.

Konvensjonen er ikke inkorporert i norsk lovgivning, verken i menneskerettsloven eller i annen lovgivning. Konvensjonen anses likevel gjennomført i norsk lov gjennom det særlige torturforbudet i straffeloven § 174. Grunnen til at torturkonvensjonen er relevant for denne utredningens tema, er at § 174 angir en liste med relevante diskrimineringsgrunnlag til forskjell fra konvensjonens åpne uttrykk «diskriminering av noen art». De relevante delene av § 174 lyder:

> Med fengsel inntil 15 år straffes en offentlig tjenestemann som påfører en annen person skade eller alvorlig fysisk eller psykisk smerte, …
>
> c) på grunn av personens religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, nedsatte funksjonsevne eller kjønn.

Dette har blitt kritisert av FNs torturkomité, senest i komiteens avsluttende merknader i 2012 til Norges sjette og syvende statsrapport:

> The Committee notes that, despite its previous recommendations, the definition of torture of the Penal Code is not in full compliance with article 1 of the Convention, as it still enumerates only acts based on some specific forms of discrimination instead of referring to any form of discrimination. While noting that the State party is drafting a new Penal Code, which includes discrimination based on political views and sexual orientation, the Committee regrets the absence of a reference to «any reason based on discrimination of any kind» (art. 1).
>
> The State party should consider amending its current definition of torture in order to include any form of discrimination as an element of the definition of torture.[55]

Jeg har ikke funnet komitépraksis som redegjør videre for torturdefinisjonens nærmere innhold, herunder hvilke diskrimineringsgrunnlag som er relevante i tillegg til de som er vernet i norsk rett.

2.3.4 Andre menneskerettskonvensjoner

[55] CAT/C/NOR/CO/6-7, 13. desember 2012, avsnitt 7.

Det finnes en rekke menneskerettskonvensjoner som er relevante for diskrimineringsvernet, men jeg ser ikke at disse gir noen veiledning utover hva som er nevnt ovenfor. De to øvrige diskrimineringskonvensjonene (det vil si FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, og FN-konvensjonen om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne) inneholder ingen krav om nasjonale straffebestemmelser for å motvirke diskriminering. FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter inneholder et generelt diskrimineringsforbud i artikkel 24, men heller ikke denne sier noe om nasjonale straffebestemmelser. Verken i generelle kommentarer eller i individklagesaker kan jeg se at disse konvensjonenes overvåkingsorganer har uttalt seg om behovet fra nasjonale straffebestemmelser, med ett unntak: FNs kvinnediskrimineringskomité har uttalt at

> discrimination against women also constitutes an abuse of other human rights, such as the right to life and physical integrity in, for example, cases of domestic and other forms of violence, States parties are obliged to initiate criminal proceedings, bring the perpetrator(s) to trial and impose appropriate penal sanctions.[56]

Henvisningen til andre menneskerettigheter og andre selvstendige straffbare forhold gjør at dette ikke har noen vesentlig betydning for denne utredningens tema.

2.3.5 Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI)

Avslutningsvis nevnes at Den europeiske kommisjonen mot rasisme og intoleranse (ECRI) vedtok en ny anbefaling om bekjempelse av hatefulle ytringer 8. desember 2015, hvor det redegjøres i detalj for hvordan nasjonal lovgivning bør utformes. ECRIs anbefaling nr. 10 er formulert slik at staten bør

> take appropriate and effective action against the use, in a public context, of hate speech which is intended or can reasonably be expected to incite acts of violence, intimidation, hostility or discrimination against those targeted by it through the use of the criminal law provided that no other, less restrictive, measure would be effective and the right to freedom of expression and opinion is respected, and accordingly:
>
> a. ensure that the offences are clearly defined and take due account of the need for a criminal sanction to be applied;
>
> b. ensure that the scope of these offences is defined in a manner that permits their application to keep pace with technological developments;
>
> c. ensure that prosecutions for these offences are brought on a non-discriminatory basis and are not used in order to suppress criticism of official policies, political opposition or religious beliefs;
>
> d. ensure the effective participation of those targeted by hate speech in the relevant proceedings;

[56] General Recommendation no. 28, CEDAW/C/GC/28, 16. desember 2010, avsnitt 34.

e. provide penalties for these offences that take account both of the serious consequences of hate speech and the need for a proportionate response;

f. monitor the effectiveness of the investigation of complaints and the prosecution of offenders with a view to enhancing both of these;

g. ensure effective co-operation/co-ordination between police and prosecution authorities;

h. provide appropriate training for and facilitate exchange of good practices by law enforcement officers, prosecutors and judges who deal with cases involving hate speech; and

i. cooperate with other States in tackling the transfrontier dissemination of hate speech, whether in a physical or electronic format.[57]

ECRI har også kritisert Norge for svakheter i det strafferettslige diskrimineringsvernet. I en rapport om Norge 10. desember 2014 uttales det blant annet:

> Paragraf 135a i straffeloven av 1902 kriminaliserer diskriminerende eller hatefulle ytringer som defineres som «å true eller fornærme noen, eller oppfordre til hat eller forfølgelse av eller forakt for noen på grunn av hans eller hennes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion eller livssyn eller homofil legning, leveform eller orientering». Denne forskriften er ikke helt på linje med § 18 i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7. Oppmuntring til vold og diskriminering og offentlig uttrykk for en ideologi som hevder at en gruppe personer er bedre enn andre på grunn av sin rase (§ 18a, b, d i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7) er ikke uttrykkelig behandlet. Kriteriene rase, språk og statsborgerskap mangler. Rasistiske og homofobiske trusler er kun straffbare når de ytres i offentlig rom (jf. § 18d i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7). Paragraf 135a i straffeloven av 1902 kriminaliserer kun bruk av diskriminerende eller hatefulle symboler, mens § 18f i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7 også anbefaler kriminalisering av produksjon og lagring av skriftlig materiale, bilder eller annet materiale som inneholder uttrykk for rasisme.
>
> ECRI ser positivt på en nyere endring i paragraf 7.2 i straffeloven av 1902 som har kriminalisert hatefulle ytringer på internett. Enkelte av regjeringspartienes politiske plattformer har uttrykt skepsis om behovet for å bevare paragraf 135a i straffeloven av 1902 i lovverket. Samarbeidsavtalen for den nye regjeringen sier imidlertid ingenting om dette. ECRI ønsker i denne sammenheng å understreke at Norge er bundet av Rasediskrimineringskonvensjonen (ICERD). Paragraf 5 i den nye diskrimineringsloven om etnisitet (se § 9) stipulerer at Rasediskriminerings-konvensjonen skal gjelde som en del av norsk lov. Artikkel 4(a) i ICERD stipulerer at parter som har ratifisert konvensjonen «skal erklære at all spredning av ideer basert på

[57] ECRI General Policy Recommendation no. 15 on combating hate speech, 8. desember 2015, s. 9-10, jf. s. 58-64.

raseoverlegenhet eller hat, oppfordring til rasediskriminering samt alle voldshandlinger eller oppfordringer til vold som en forbrytelse som skal straffes etter loven.» Ideen om at slike restriksjoner av talefrihet er nødvendig i et demokratisk samfunn er veletablert, selv om denne friheten er en av dets grunnleggende fundamenter (artikkel 10.2 i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, ECHR). Dette er også grunnen til at ECRI beklager at offentlig fornektelse, bagatellisering, berettigelse eller toleranse, med rasistisk målsetting, av folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser fremdeles ikke er straffbare i Norge (§ 18e i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7).

Paragraf 147d i straffeloven av 1902, vedtatt i 2013, kriminaliserer deltakelse i en terroristorganisasjon, mens paragraf 26 i den nye diskrimineringsloven om etnisitet kriminaliserer grove brudd på forbudet mot diskriminering (som finnes i paragraf 6 - 12 i den nye diskrimineringsloven om etnisitet) når de begås av flere personer sammen. Disse bestemmelsene dekker ikke det som anbefales i § 18g i ECRIs Generelle anbefaling nr. 7. Som påvist - nok en gang - i en nyere rapport, er det ytterst viktig å kunne gå til tidlig aksjon mot rasistiske grupperinger. I henhold til ECRIs Generelle anbefaling nr. 7 bør etablering av slike grupperinger således straffes (det gjelder også deltakelse i eller ledelse av slike grupperinger).

ECRI anbefaler at norske myndigheter bringer sin straffelov på linje med ECRIs Generelle anbefaling nr. 7; særlig at de skal inkludere grunnene rase, språk og statsborgerskap i de relevante bestemmelser, og kriminalisere (i) produksjon og lagring av skriftlig materiale, bilder eller annet materiale som inneholder manifestasjoner av rasisme, (ii) offentlig fornektelse, bagatellisering, berettigelse eller toleranse, med rasistisk målsetting, av folkemord, forbrytelser mot menneskeheten eller krigsforbrytelser og (iii) etablering og lederskap av en gruppe som arbeider for rasisme, samt deltakelse i dens aktiviteter.[58]

Ordlyden i § 18 i Generell anbefaling nr. 7 sier at nasjonal lovgivning bør forby trusler, hatefulle ytringer mv. mot «a person or a grouping of persons on the grounds of their race, colour, language, religion, nationality, or national or ethnic origin».

Selv om mandatet for denne utredningen ikke har bedt om en vurdering av om norsk lovgivning bør bringes i samsvar med disse anbefalingene, har det likevel vært naturlig å se hen til disse anbefalingene ved vurderingen av straffeloven 2005 § 185.

[58] ECRI rapport om Norge (femte overvåkingssyklus), CRI(2015)2, vedtatt 10. desember 2014, offentliggjort 24. februar 2015, s. 11-12.

3 GJELDENDE NORSK RETT

3.1 Diskrimineringsloven om etnisitet

3.1.1 Dagens § 26

Diskrimineringsloven om etnisitet § 26, om straff for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap, lyder i dag:

> Den som forsettlig i fellesskap med minst to andre personer grovt overtrer eller medvirker til grov overtredelse av §§ 6 til 12, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år. Den som tidligere er ilagt straff for overtredelse av denne bestemmelsen, kan straffes selv om overtredelsen ikke er grov.
>
> Ved vurderingen av om en overtredelse er grov skal det særlig legges vekt på graden av utvist skyld, om overtredelsen er rasistisk motivert, om den har karakter av trakassering, om den innebærer en legemskrenkelse eller alvorlig krenkelse av noens psykiske integritet, om den er egnet til å skape frykt og om den er begått mot en person som er under 18 år.
>
> Før tiltale tas ut for forhold som nevnt i første ledd, skal det vurderes om det vil være tilstrekkelig å ilegge en administrativ reaksjon.
>
> Reglene om bevisbyrde i § 24 kommer ikke til anvendelse ved håndhevingen av denne bestemmelse.[59]
>
> Dersom overtredelsen er ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe, gjelder straffeloven §§ 79 bokstav c og 198.[60]

Med unntak for henvisningene til andre lover, som er oppdatert i lys av nyere lovgivning, er bestemmelsen identisk med § 15 i diskrimineringsloven om etnisitet fra 2005. Før 2005 gjaldt ingen tilsvarende bestemmelse.

Bestemmelsen har en spesiell og litt uoversiktlig historie og begrunnelse, og det er hensiktsmessig for denne utredningen å redegjøre nokså utførlig for bakgrunnen. Dette vil

---

[59] Innsatt fotnote: § 24 lyder:
Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:
a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, og
b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted.
Dette gjelder ved påståtte brudd på bestemmelsene i kapittel 2 og §§ 16 og 17.

[60] Innsatt fotnote: Straffeloven 2005 § 79 bokstav c gir anvisning på at straff kan forhøyes inntil det dobbelte når en straffbar handling er utøvet som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe, mens § 198 gir et selvstendig straffebud for den som inngår forbund med noen om å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, og som skal begås som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe. «Organisert kriminell gruppe» defineres i § 198 annet ledd som «et samarbeid mellom tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, eller som går ut på at en ikke ubetydelig del av aktivitetene består i å begå slike handlinger.»

danne et nødvendig bakteppe for vurderingene nedenfor i kapittel 5, siden det vil fremgå at hovedspørsmålene i denne utredningen har vært grundig diskutert også tidligere.

3.1.2 Bestemmelsens historikk

3.1.2.1 Ratifikasjon av FNs rasediskrimineringskonvensjon

Ved ratifikasjonen av FNs rasediskrimineringskonvensjon ble det vurdert hvilke lovendringer som var nødvendig i norsk rett som følge av tilslutning til konvensjonen. For artikkel 4.b ble det opprinnelig vist til straffeloven 1902 § 330 som begrunnelse for at lovendring ikke var nødvendig:

> Den norske straffelov har i § 330 bestemmelser om straff av bøter eller fengsel inntil 6 måneder for den som stifter eller deltar i en forening der ved lov er forbudt «eller hvis formål er forøvelse av eller oppmuntring til straffbare handlinger, eller hvis medlemmer forplikter seg til ubetinget lydighet mot noen». Også bestemmelsene i strl. §§ 159 og 269 vil kunne få anvendelse på forhold som nevnt i art. 4 litra b) Denne bestemmelse synes derfor ikke å gi foranledning til noen ny straffebestemmelse.[61]

Justisdepartementet syntes imidlertid at denne begrunnelsen var litt enkel, og ga en utfyllende presisering:

> Departementet peker på at de straffebestemmelser det her er vist til, rammer forholdsvis massive utslag av rasediskriminering. Som påpekt i Utredningen … må man imidlertid på dette område ta hensyn til våre tradisjoner på ytrings- og foreningsfrihetens område. For øvrig kan nevnes at oppfordring til rasediskriminering gjennom stiftelse eller deltakelse i organisasjoner som omtalt, i en viss utstrekning vil kunne rammes av medvirkningsbestemmelsene i de nye straffebestemmelser som foreslås.[62]

Justisdepartementet foreslo etter dette heller ingen lovendring.

3.1.2.2 NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering

Lovutvalget for lov mot etnisk diskriminering (Holgersen-utvalget) hadde i mandat å utrede en «ny lov mot etnisk diskriminering for å styrke det rettslige vernet mot etnisk diskriminering», og som en del av dette mandatet skulle utvalget «utrede om loven skal ha sivilrettslig karakter ved å fastsette sanksjoner som erstatning, oppreisning, kontraktsbeføyelser eller administrative tiltak, og/eller strafferettslig karakter ved å fastsette straffesanksjoner som bøter og fengsel».[63] Denne delen ble fulgt opp gjennom en vurdering av det strafferettslige vernet mot rasistiske ytringer og handlinger, som diskuteres nedenfor i punkt 3.2, og gjennom en vurdering av et forbud mot organisert rasistisk virksomhet.[64] Bakgrunnen for sistnevnte vurdering var at FNs

---

[61] Utredning om forbud mot rasediskriminering, februar 1969, kapittel IV på s. 24.
[62] Ot.prp. nr. 48 (1969-70) punkt VI.1 på s. 16-17.
[63] NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, punkt 1.1 på s. 17.
[64] *Ibid.*, kapittel 12 på s. 213-223.

rasediskrimineringskomité, som vist i punkt 2.3.1 ovenfor, over tid hadde kritisert Norge for ikke å ha et tilstrekkelig forbud mot rasistiske organisasjoner slik CERD artikkel 4.b krever, samt at utvalget selv fant at den eksisterende rettstilstanden ikke syntes å oppfylle konvensjonens krav.[65]

Utvalget ga uttrykk for et «grunnsyn» om at det er uheldig at norsk rett ikke oppfyller kravene i FNs rasediskrimineringskonvensjon, og at «man kan og bør bekjempe mer organiserte former for etnisk diskriminering, på en måte som er effektiv og som tilfredsstiller de krav som oppstilles i RDK artikkel 4».[66] Utvalget så særlig hen til tysk rett,[67] og konkluderte – etter en drøftelse av argumenter for og mot[68] – med at diskrimineringsloven

> bør altså inneholde en bestemmelse som – sammen med de øvrige regler i loven – ilegger straff for organisert rasistisk virksomhet. Utvalget mener også at straffebestemmelsen bør gå noe lenger, og at den bør ramme all etnisk diskriminering som skjer i samvirke. Slik vil det blant annet ikke oppstå noen «gråsone» mellom organisasjonsbasert og annet samvirke.[69]

Utvalget foreslo følgende konkrete lovbestemmelse:

> Den som i samvirke med andre eller ved organisert rasistisk virksomhet tilskynder eller medvirker til brudd på denne lovs § 3 eller straffeloven § 135a, straffes med bøter eller fengsel inntil tre år, eller begge deler.

Utvalget foreslo altså ikke et rent organisasjonsforbud, men heller et særlig straffebud mot rasistiske handlinger og ytringer som skjer som ledd i organisert rasistisk virksomhet. En del av begrunnelsen for dette – i tillegg til øvrige momenter som altså diskuteres senere i denne utredningen – var at et «direkte forbud rettet mot selve organisasjonene ville etter utvalgets mening få uheldige virkninger i en norsk kontekst, dels pga. at forbudet ikke ville vært tilstrekkelig effektivt og dermed uansett måtte støttes opp av andre regler, dels på grunn av faren for en legitimerende funksjon gjennom forvaltnings- eller domsavgjørelser.»[70] Til tross for dette mente utvalget at forslaget ville tilfredsstille kravene i FNs rasediskriminerings-konvensjon artikkel 4 b:

> Samlet vil det i praksis (og som følge av norsk lovgivning) foreligge et reelt forbud mot foreninger og organisasjoner som har til formål å fremme og tilskynde til etnisk diskriminering. De vil kunne rammes både av sivilrettslige reaksjoner og straff, slik at det i praksis blir umulig å drive foreningen videre om den fortsetter å fremme og tilskynde til etnisk diskriminering.

---

[65] *Ibid.*, punkt 12.1 på s. 214.
[66] *Ibid.*, punkt 12.3 på s. 215.
[67] I denne utredningen redegjøres det for gjeldende tysk rett i punkt 4.6 nedenfor.
[68] I denne utredningen redegjøres det for disse argumentene i kapittel 5 nedenfor.
[69] NOU 2002: 12, punkt 12.7 på s. 221.
[70] *Ibid.*, punkt 12.9 på s. 223.

> Det må antas at det samlede regelverket vil kunne få en viktig forebyggende effekt, og utvalgets forslag til nye sivil- og strafferettslige bestemmelser sikter dermed også på å tilfredsstille et vesentlig kriterium i CERDs tolking av RDK artikkel 4 bokstav b).[71]

Utvalget bekrefter avslutningsvis at det «er altså organisert rasistisk virksomhet og samvirke til diskriminering i strid med § 3 og straffeloven § 135a som rammes, og ikke organisasjoners formelle forhold.»[72]

3.1.2.3 Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) og Innst. O. nr. 29 (2002-2003) om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven (rasistiske symboler, besøks-forbud og strafferammen ved sammenstøt av lovbrudd)

Holgersen-utvalgets forslag var i hovedtrekk sammenfallende med vurderingen til en studiegruppe nedsatt av Justisdepartementet i 2001, som skulle komme med en anbefaling med hensyn til et mulig forbud mot rasistiske organisasjoner, ytringer og demonstrasjoner på bakgrunn av erfaringer fra Sverige og Tyskland. Studiegruppen anbefalte ikke et organisasjonsforbud, men heller en utvidelse av forbudet mot rasistiske handlinger og ytringer gjennom endringer i straffeloven av 1902 § 135 a.[73] Etter at studiegruppens forslag hadde vært på offentlig høring, foreslo Justisdepartementet en annerledes formulering av lovendringen i Ot.prp. nr. 109 (2001-2002). I denne proposisjonen drøfter departementet kortfattet om det bør innføres et forbud mot rasistiske organisasjoner, men departementet mente dette burde vurderes nærmere i forbindelse med oppfølgning av Holgersen-utvalgets innstilling:

> Departementet foreslår ikke på det nåværende tidspunkt et uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner, og viser til at både studiegruppen og det store flertallet av høringsinstansene er negative.
>
> Departementet viser imidlertid til at Holgersenutvalget har foreslått at det innføres et forbud mot samvirke til etnisk diskriminering og et forbud mot organisert rasistisk virksomhet … Spørsmålet bør derfor vurderes på nytt etter at utredningen har vært på høring.[74]

Proposisjonen ble fulgt opp i Innst. O. nr. 29 (2002-2003). Her valgte Stortingets justiskomité å uttrykke seg mer bestemt enn hva departementet hadde gjort, og komiteen uttalte enstemmig – uten noen henvisning til behov for ny vurdering senere – at et forbud mot rasistiske organisasjoner ikke burde innføres.[75]

---

[71] *Ibid.*
[72] *Ibid.*, punkt 21.1.1 på s. 363.
[73] «Forbud mot rasistiske organisasjoner, ytringer og demonstrasjoner i Sverige og Tyskland», rapport fra en studiegruppe nedsatt av Justisdepartementet m/ forslag til ny lovgivning, avgitt til justisministeren 9. mars 2001, punkt 4.2.
[74] Ot.prp. nr. 109 (2001-2002) punkt 3.1.4 på s. 20.
[75] Innst. O. nr. 29 (2002-2003) punkt 3.1.2 på s. 2-3.

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

Den 10. desember 2003 mottok Norge de avsluttende merknadene fra FNs rasediskriminerings-komité til Norges 16. statsrapport.[76] Her ba komiteen om at norsk lovgivning måtte bringes i samsvar med artikkel 4 b:

> The Committee takes note of the State party's observation that a formal ban on organizations might not be very effective in combating racism, owing to the fact that the groups involved in most of the racist activities are loose networks and not formal organizations. In this respect, the Committee draws the State party's attention to its general recommendation XV according to which all provisions of article 4 of the Convention are of a mandatory character, including declaring illegal and prohibiting all organizations promoting and inciting racial discrimination.
>
> The Committee recommends that the State party adopt the necessary legislation in order to ensure full compliance with article 4 (b) of the Convention.[77]

Disse uttalelsene forelå dermed når Kommunal- og regionaldepartementet fulgte opp Holgersen-utvalgets innstilling i NOU 2002: 12, uten at de bragte noe nytt i forhold til tidligere uttalelser.[78]

Et utgangspunkt for departementet var at forslaget i NOU 2002: 12 ble godt mottatt av høringsinstansene, og at ingen høringsinstanser ønsket et organisasjonsforbud som man hadde i tysk rett.[79] Samtidig la departementet til grunn at et organisasjonsforbud neppe var et aktuelt alternativ etter at Stortingets justiskomité enstemmig hadde avvist dette i Innst. O. nr. 29 (2002-2003).[80] Departementet sluttet seg derfor til forslaget fra utvalget (og fra studiegruppen) om «at det i stedet bør innføres reaksjonsmuligheter som rammer mer direkte former for diskriminering knyttet til organisert virksomhet, og dessuten også andre former for diskriminering i fellesskap med andre, slik at vernet mot diskriminering i organiserte former blir effektivt», samt at forbudet burde rettes «mot selve virksomheten som utøves av organisasjoner/fellesskap, fremfor mot organisasjonen/fellesskapet i seg selv».[81] Departementet foreslo likevel en del endringer i forhold til utvalgets forslag, blant annet med hensyn til kvalifikasjonskravet, skyldgraden, kravet til fellesskapet. Departementet foreslo deretter en bestemmelse som senere ble vedtatt som lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) § 15, som altså er identisk med § 26 i dagens diskrimineringslov om etnisitet, med unntak av henvisningene til øvrige lovbestemmelser.[82]

---

[76] CERD/C/63/CO/8, jf. punkt 2.3.1.3 ovenfor.
[77] *Ibid.*, avsnitt 12.
[78] Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) punkt 13.3 på s. 155.
[79] *Ibid.*, punkt 13.6 på s. 158. For tysk rett i dag, se punkt 4.6 nedenfor.
[80] *Ibid.*, punkt 13.7 på s. 159, jf. punkt 3.1.2.3 ovenfor.
[81] *Ibid.*
[82] Se punkt 3.1.1 ovenfor.

3.1.2.5 NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Diskrimineringslovutvalget (Graver-utvalget) hadde i mandat å «utrede en samlet lov mot diskriminering, grunnlovsvern mot diskriminering og ratifisering av tilleggsprotokoll nr. 12 til den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)».[83] Utvalgets mandat inneholdt ikke noe særlig punkt om det strafferettslige diskrimineringsvernet. Utvalgets forståelse av sitt mandat medførte at utvalget vurderte «om de straffereglene som er inntatt i de ulike diskrimineringslovene i dag bør videreføres», men at det «har ligget utenfor utvalgets mandat å foreslå nye strafferegler».[84] Utvalget nøyde seg derfor med en kortfattet vurdering av de relevante spørsmålene, hvor det under henvisning til lovforarbeidene nevnt ovenfor heter kort:

> Utvalget viser til at denne straffebestemmelsen har en spesiell bakgrunn og begrunnelse. Utvalget foreslår at denne straffebestemmelsen blir videreført i den samlede diskrimineringsloven. … Bestemmelsen skal som nå kun gjelde etnisk diskriminering, innenfor det avgrensede virkeområdet bestemmelsen har i dag.[85]

3.1.2.6 Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet foreslo i det videre lovarbeidet ikke å gjennomføre Graver-utvalgets forslag om en samlet diskrimineringslov, men heller å videreføre den gjeldende modellen med særlover for det enkelte diskrimineringsgrunnlag. Prop. 88 L (2012-20013) behandler derfor alle de fire någjeldende diskrimineringslovene. Det strafferettslige diskrimineringsvernet er i liten grad diskutert særskilt, og som kommentar til diskrimineringsloven om etnisitet § 26 nøyde departementet seg, under henvisning til tidligere lovforarbeider, med å si at bestemmelsen viderefører gjeldende rett.[86]

3.1.3 Bestemmelsens praktisering og betydning

Diskrimineringsloven om etnisitet av 2005 § 15 ble lite anvendt i praksis. I Lovdatas baser finnes det bare én avgjørelse hvor bestemmelsen har vært påberopt, nemlig Eidsivating lagmannsretts kjennelse i RG 2009 s. 451. Denne saken hadde et spesielt faktum og gir liten veiledning for tolkningen av bestemmelsen.[87] Det finnes foreløpig ingen avgjørelser i Lovdata om diskrimineringsloven om etnisitet av 2013 § 26.

---

[83] NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern, punkt 2.2 på s. 30.
[84] *Ibid.*, punkt 2.2 på s. 32.
[85] *Ibid.*, punkt 23.3 på s. 289.
[86] Prop. 88 L (2012-2013) punkt 20.3 på s. 179.
[87] Saken gjaldt en utenlandsk statsborger som sonet dom i norsk fengsel, hadde et uavklart utvisningsvedtak og ingen kjent tilknytning til Norge. Han fikk avslag på en permisjonssøknad og reiste privat straffesak etter § 15 mot fengselsdirektøren og kriminalomsorgen. Etter begjæring fra motpartene ble han pålagt å stille sikkerhet for eventuelle saksomkostninger. Lagmannsretten la til grunn at fengselets vedtak om å nekte permisjon ikke var i strid med diskrimineringsloven, og at det var sannsynlighetsovervekt for at mannen ville tape den private straffesaken, slik at vilkårene for sikkerhetsstillelse var til stede. Lagmannsretten uttalte: «I dette tilfellet er det fengselsdirektøren som har signert vedtaket på kriminalomsorgens brevark. At dette dekkes av «i fellesskap med

Den 13. juni 2016 skrev jeg til Domstoladministrasjonen med forespørsel om bistand til innhenting av informasjon fra tingrettene om eventuelle saker om bestemmelsene. Til tross for purring 29. juli 2016 har ikke Domstoladministrasjonen gitt noe svar på henvendelsen. Derfor kontaktet jeg selv alle tingretter med e-post 13. august 2016, med følgende spørsmål:

> 1. Har det ved deres tingrett vært tatt ut tiltale etter lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet) § 26, eller etter den nå opphevede lov 3. juni 2005 nr. 33 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven) § 15? (Bestemmelsene gjelder straff for grov overtredelse av diskrimineringsforbudet som er begått av flere i fellesskap)
>
> 2. Hvis ja, har disse sakene endt med domfellelse eller frifinnelse?
>
> 3. Har det ved deres tingrett vært tatt ut tiltale etter straffeloven 2005 §§ 185 og 186 om hatefulle ytringer og diskriminering, eller etter bestemmelsenes forgjengere i straffeloven 1902 §§ 135a og 349a, siden 1. januar 2006?
>
> 4. Hvis ja, har disse sakene endt med domfellelse eller frifinnelse?

Av landets 63 tingretter var det totalt 16 tingretter som besvarte henvendelsen.[88] En av tingrettene ga uttrykk for at domstolenes databehandlingssystemer gjør det vanskelig å finne frem til eventuelle saker, og det er mulig at dette er med på å begrunne det lave antallet svar. Blant tingrettene som har svart er det ingen som har hatt saker etter diskrimineringslovene, men det finnes saker etter straffeloven §§ 185 og 186.

Jeg har også kontaktet Riksadvokatembetet med forespørsel om hvorvidt det finnes sentral statistikk om anmeldelser og tiltalebeslutninger etter diskrimineringsloven om etnisitet. Muntlig tilbakemelding var at diskrimineringslovens bestemmelser ikke er registrert i politiets driftsstatistikk STRASAK. Heller ikke hatkrimgruppa i Oslo politidistrikt kjenner til saker etter disse bestemmelsene.

Selv om det ikke kan utelukkes at det finnes anmeldelser eller saker som ikke har blitt meddelt meg, gir disse undersøkelsene likevel grunn til å anta at verken diskrimineringsloven om etnisitet § 26 eller dens forgjenger noen gang har blitt benyttet i praksis.

---

minst to andre personer» anses tvilsomt. Forbudet mot diskriminering i § 4 gjelder dessuten når «etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn» fører til at en person blir behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, jf. annet ledd, eller stilt særlig ufordelaktig sammenlignet med andre, jf. tredje ledd. Det er ikke grunnlag for at A, som er utenlandsk statsborger med et uavklart utvisningsvedtak og ingen kjent tilknytning til riket, gjennom vedtaket blir stilt annerledes enn andre i samme situasjon. Lagmannsretten kan ikke se at noen av elementene ved diskriminering ligger innbakt i fengselsdirektørens vedtak.»

[88] Aust-Agder, Brønnøy, Drammen, Follo, Glåmdal, Hallingdal, Lister, Nordmøre, Nord-Østerdal, Sogn, Søre Sunnmøre, Sør-Østerdal, Trondenes, Vest-Telemark, Øst-Finnmark, og Øvre Romerike.

3.2 Straffeloven

3.2.1 § 186 om diskriminering

Straffeloven § 186 lyder:

> Med bot eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester på grunn av personens
>
> a) hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse,
>
> b) religion og livssyn,
>
> c) homofile orientering, eller
>
> d) nedsatte funksjonsevne, såfremt nektelsen ikke skyldes manglende fysisk tilrettelegging.
>
> På samme måte straffes den som av en slik grunn nekter en person adgang til en offentlig forestilling, oppvisning eller annen sammenkomst på de vilkår som gjelder for andre.

Bestemmelsen er en videreføring av straffeloven 1902 § 349 a, som kom inn i straffeloven i 1970 i forbindelse med norsk ratifikasjon av FNs rasediskrimineringskonvensjon.[89] I sin opprinnelige ordlyd rammet bestemmelsen bare diskriminering på grunnlag av «trosbekjennelse, rase, hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse». Bestemmelsen ble særlig gitt til gjennomføring av konvensjonens artikkel 4.f, som pålegger statene å sikre enhver «retten til adgang til alle steder og tjenester til bruk for allmennheten, slik som transportmidler, hoteller, restauranter, kafeer, teatre og parker». Bestemmelsens opprinnelige forarbeider er nokså vage med hensyn til behovet for en slik straffebestemmelse, og det uttales blant annet at den går «i visse henseender lenger enn hva konvensjonen kan antas å kreve».[90] Bestemmelsen ble utvidet i 1981 til også å omfatte noens «homofile legning, leveform eller orientering», dog slik at forarbeidene understreket at også bifil legning var beskyttet.[91] Deretter ble bestemmelsen utvidet i 2005 ved at «religion eller livssyn» kom inn i stedet for «trosbekjennelse».[92] Nedsatt tilgjengelighet ble først tilføyd i 2013 i forbindelse med ikrafttredelsen av straffeloven 2005.[93] I den forbindelse kom Justisdepartementet med en generell bemerkning som er veiledende for hvordan ulike diskrimineringsgrunnlag bør vurderes i et strafferettslig perspektiv:

> Departementet legger særlig vekt på at det er et behov for å kunne straffe særlig alvorlige tilfeller av diskriminering overfor denne gruppen. Sivilrettslige sanksjoner som Syse-utvalget har foreslått vil i hovedsak være tilstrekkelige, og departementet legger til grunn at det kun er i mer graverende tilfeller at straffansvaret vil aktualiseres. Departementet legger også i denne sammenheng – som i forhold til hatefulle ytringer

---

[89] Endringslov 5. juni 1970 nr. 34.
[90] Ot.prp. nr. 48 (1969-70) punkt IV.3.B på s. 11.
[91] Endringslov 8. mai 1981 nr. 14, se Ot.prp. nr. 29 (1980-81) kapittel VI på s. 15.
[92] Endringslov 3. juni 2005 nr. 33.
[93] Endringslov 21. juni 2013 nr. 85.

– vekt på at likebehandlings- og rettferdighetshensyn tilsier at personer med nedsatt funksjonsevne får et tilsvarende strafferettslig vern som de grupper som i dag omfattes av straffeloven 1902 § 349 a.[94]

Straffeloven § 186 er, i likhet med straffeloven 1902 § 349 a, lite benyttet. I Lovdatas baser finnes det i realiteten bare to avgjørelser hvor bestemmelsene har vært diskutert:

- Rt. 2004 s. 331 (Skippagurra) handlet om hvorvidt personer som drev en campingplass der det foregikk utstrakt prostitusjonsvirksomhet, kunne straffes. Straffeloven § 349 a kom inn som et moment i de tiltaltes favør fordi de prostituerte kvinnene var russiske, og det ble fremhevet i dommen at «for overnattingsbedrifter oppstår det særlige spørsmål, idet avvisning av kvinner bare fordi de har en bestemt etnisk opprinnelse vil være diskriminerende og kan utløse straffansvar etter straffeloven § 349 a. Og i alle fall som hovedregel kan det ikke kreves at de ansvarlige ved en overnattingsbedrift stiller et uttrykkelig spørsmål om vedkommende kvinne tar sikte på prostitusjon under oppholdet.»[95] De tiltalte ble likevel domfelt.
- Rt. 1999 s. 1192 handlet om en kvinne som gjennom et selskap mot betaling hadde formidlet lister for utleie av boliger der det var opplyst at enkelte boliger kun var tilgjengelig for norske i fast arbeid. Kvinnen ble frifunnet fordi Høyesterett mente kvinnen ikke selv hadde diskriminert noen gjennom å nekte noen en tjeneste hun tilbød i sitt erverv på samme vilkår som andre. Privat utleie av bolig omfattes ikke av § 186, og det var ikke lovhjemmel for å straffe noen som videreformidler lister om slik utleie.

Heller ikke fra tingrettene har jeg fått tilsendt avgjørelser om straffeloven § 186, med ett unntak. I sluttfasen av arbeidet med denne utredningen pågikk en sak ved Jæren tingrett som har fått betydelig medieoppmerksomhet. Saken gjelder en frisør som nektet å betjene en kvinne som brukte hijab. Dom i saken ble avsagt 9. september 2016, og frisøren ble dømt for overtredelse av § 186 til 10.000 kr i bot. Tingretten la til grunn at det kan «ikke være tvil om at hijab er et uttrykk for religion, og en del av religionsutøvelsen for de kvinner som velger å bære plagget.» Tiltaltes anførsel om at «hennes motvilje mot bruk av hijab er politisk motivert ut fra en redsel for totalitære regimer og ikke handler om religion, er etter rettens mening oppkonstruert.»[96] Etter mitt syn er domsresultatet åpenbart korrekt, men dommen er ikke rettskraftig idet denne utredningen ferdigstilles.

Umiddelbart etter domsavsigelsen ble for øvrig en frisør i Moss politianmeldt fordi hun tar mindre betalt av asylsøkere enn av nordmenn, noe anmelderen mente var rasisme mot nordmenn. Frisøren sier at motivasjonen å hjelpe asylsøkere som har lite penger.[97] Dette verken er eller bør være straffbart etter straffeloven § 186, allerede fordi det ikke er tale om å nekte noen en vare eller tjeneste.

---

[94] Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.8 på s. 252.
[95] Rt. 2004 s. 331, avsnitt 28.
[96] Jæren tingrett, snr. 16-096260MED-JARE, dom 9. september 2016.
[97] Se http://www.tv2.no/nyheter/8584140/.

3.2.2 § 185 om hatefulle ytringer

Straffeloven § 185 lyder i dag:

> 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) homofile orientering, eller
>
> d) nedsatte funksjonsevne.

Listen over relevante diskrimineringsgrunnlag er altså den samme som i § 186 (med unntak for reservasjonen i § 186 for manglende fysisk tilrettelegging), og det fremgår av forarbeidene at diskrimineringsgrunnlagene skal forstås likt. Bestemmelsen er en videreføring, med visse endringer, av straffeloven 1902 § 135 a, som kom inn i straffeloven i 1970 i forbindelse med ratifikasjonen av FNs rasediskrimineringskonvensjon. Bestemmelsen er nødvendig for å gjennomføre FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.a i norsk rett.

FNs rasediskrimineringskomité har kritisert Norges *praktisering* av denne bestemmelsen, men jeg kan ikke se at komiteen nå har innvendinger mot bestemmelsens utforming som sådan.[98]

Bestemmelsen innebærer en komplisert avveining av en rekke ulike menneskerettigheter og norske konstitusjonelle og internasjonale menneskerettighetsforpliktelser, særlig ytringsfriheten og diskrimineringsvernet i ulike konvensjoner. Innenfor rammene av denne enpersonsutredningen er det ikke rom for å åpne for en revurdering av denne avveiningen, og jeg legger prinsipielt til grunn at bestemmelsen i sin utforming tilfredsstiller alle motstridende hensyn. Det eneste jeg vurderer i denne utredningen er derfor om bestemmelsen har en tilfredsstillende oppregning av relevante diskrimineringsgrunnlag.

Lovforarbeidene har lagt til grunn at «[a]llment aksepterte grupperinger trenger ikke noen særskilt beskyttelse mot hets»,[99] og dette danner et utgangspunkt for bestemmelsens angivelse av relevante diskrimineringsgrunnlag. Dette ble konkret nevnt i forbindelse med en vurdering av om seksuelle minoriteter burde vernes, men uttalelsen er helt generell. Jeg synes dette er et

---

[98] Se CERD/C/NOR/CO/21-22, ovenfor fn. 40, avsnitt 15-16.
[99] NOU 2002: 4 punkt 9.6.2 på s. 299.

uheldig kriterium for å avgrense diskrimineringsgrunnlagene i § 185, og kommer tilbake til dette nedenfor.

Til forskjell fra § 186 har § 185 (og dens forgjenger, straffeloven 1902 § 135 a) blitt anvendt en god del i praksis. Disse sakene blir gjerne gjenstand for betydelig offentlig oppmerksomhet, og spørsmålet om hatefulle ytringer har generelt fått mer oppmerksomhet de senere årene. De fleste avgjørelsene fra Høyesterett gjelder ytringer som er fremsatt i en politisk sammenheng, men Høyesterett har fastslått at bestemmelsen er anvendelig også for ytringer som er utelukkende sjikanøse, se Rt. 2012 s. 536.

De fleste avgjørelsene gjelder ytringer som retter seg mot noens etnisitet, hudfarge eller religion, men det finnes også avgjørelser fra lavere rettsinstanser som gjelder ytringer som retter seg mot noens seksuelle legning.[100] Jeg kjenner ikke til avgjørelser som gjelder ytringer som retter seg mot personer med nedsatt funksjonsevne.

Under henvisning til lovforarbeidene legger Høyesterett videre kontinuerlig til grunn at det bare er «kvalifisert krenkende» ytringer som rammes, og praksis har utdypet dette slik at utsagn som «oppfordrer eller gir tilslutning til integritetskrenkelser» eller som «innebærer en grov nedvurdering av en gruppes menneskeverd» rammes.[101] Disse standardene gir ikke i seg selv noen veiledning for spørsmålet om hvorvidt andre diskrimineringsgrunnlag kan tilføyes i § 185.

3.2.3 § 174 om tortur

Som nevnt i punkt 2.3.3 inneholder definisjonen av tortur i FNs torturkonvensjon et alternativ om smerte og lidelse som påføres «av hvilken som helst årsak basert på diskriminering av noen art». FNs torturkomité har kritisert Norge for at straffelovens forbud mot tortur angir bestemte diskrimineringsgrunnlag i stedet for å ha en ubegrenset angivelse slik torturkonvensjonen krever. Straffeloven § 174 første ledd bokstav c oppstiller straff for å påføre noen alvorlig fysisk eller psykisk smerte «på grunn av personens religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, nedsatte funksjonsevne eller kjønn.»

Bestemmelsen er en videreføring av straffeloven 1902 § 117 a, som kom inn i straffeloven ved endringslov 25. juni 2004 nr. 52. Bakgrunnen for å innføre bestemmelsen var nettopp «å oppfylle anbefalingen fra FNs torturkomité om å ha et eget straffebud mot tortur i samsvar med definisjonen av tortur i torturkonvensjonen artikkel 1».[102] Begrunnelsen for å angi bestemte diskrimineringsgrunnlag var å gi en mer presis lovbestemmelse enn hva torturkonvensjonen gir anvisning på:

> Konvensjonen bruker formuleringen «av hvilken som helst årsak basert på diskriminering av noen art». Fordi begrepet diskriminering har en uklar rekkevidde, har departementet valgt å spesifisere de mest praktiske formene for diskriminering i

[100] Se Follo tingretts dom 11. mars 2014, TFOLL-2013-118371.
[101] Se eksempelvis Rt. 2002 s. 1618 på s. 1624 og Rt. 2007 s. 1807 avsnitt 33.
[102] Ot.prp. nr. 59 (2003-2004) punkt 10.1 på s. 56.

lovteksten. Andre aktuelle former for diskriminering vil imidlertid lett kunne omfattes av alternativet «avstraffe».[103]

Forarbeidene til straffeloven 2005 gir ingen utførlig diskusjon av spørsmålet, utover å utvide listen med relevante diskrimineringsgrunnlag. Diskrimineringsgrunnlagene er utformet for å sikre samsvar med øvrige straffebestemmelser om diskriminering, særlig §§ 185 og 186,[104] men bestemmelsen nevner i tillegg kjønn som et relevant diskrimineringsgrunnlag.

Lovdatas baser inneholder ingen rettspraksis som anvender bestemmelsen.[105] Det er derfor et nokså tynt rettskildegrunnlag for å vurdere den nærmere forståelsen av bestemmelsen eller for å ta stilling til hva som er realitetsforskjellen mellom bestemmelsen og torturkonvensjonen artikkel 1.

Sverige og Danmark har for øvrig lovgivning som i mindre grad enn Norge oppfyller torturkonvensjonens krav. Sverige har foreløpig ikke hatt et eget straffebud om tortur, men i 2015 ble det foreslått en egen lov om straff for tortur. I dette lovforslaget defineres tortur som alvorlig smerte som påføres noen blant annet med formål å «diskriminera någon på grund av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning, ålder, politisk eller annan åskådning eller annat liknande förhållande», det vil si en liknende tilnærming som den norske straffebestemmelsen.[106] Danmark har ikke gjort tortur til et selvstendig straffbart forhold, men har i stedet valgt å gjøre tortur til et straffeskjerpende moment, jf. straffeloven § 157 a. Her defineres tortur som alvorlig smerte som påføres noen blant annet «på grund af den pågældendes politiske overbevisning, køn, race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering», og lovforarbeidene beskriver at av «hensyn til præcisionen i den foreslåede bestemmelse har Straffelovrådet fundet det mest rigtigt, at det i bestemmelsen udtømmende anføres, hvilke nærmere grunde der skal have motiveret torturhandlingen».[107] Danmark blir kritisert av FNs rasediskrimineringskomité for ikke å ha gjort tortur til en selvstendig straffbar handling, men jeg kan ikke se at kritikken spesifikt nevner oppregningen av diskrimineringsgrunnlag.[108]

3.2.4 Andre bestemmelser

Straffeloven 2005 inneholder en rekke bestemmelser som tillegger en bestemt rettsvirkning til at en handling er utført på bakgrunn av et diskrimineringsgrunnlag:

---

[103] *Ibid.*, på s. 57. «Avstraffe» er et alternativ i § 174 første ledd bokstav b.
[104] Se særlig Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 12.2.4 på s. 340.
[105] Straffeloven 1902 § 117a ble påberopt i sak LB-2013-52878, 25. mars 2013, som gjaldt et krav fra Anders Behring Breivik om å få oppnevnt bistandsadvokat. Dommen går imidlertid ikke inn i tolkningen av bestemmelsen.
[106] Ds 2015:43 «Ett särskilt tortyrbrott?», pkt 13.1 på s. 257.
[107] Straffelovrådets betænkning om en torturbestemmelse i straffeloven, Betænkning nr. 1494 (2008), pkt 7.2 på s. 91.
[108] CAT/C/DNK/CO/6-7, 4. februar 2016, avsnitt 10 og 11.

- I § 77 bokstav i) gjøres det til et generelt straffskjerpende moment om en straffbar handling «har sin bakgrunn i andres religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile orientering, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern».
- I § 264 heter det at ved vurderingen av om en fremsatt trussel er grov, og dermed få økt strafferamme sammenliknet med ordinære trusler etter § 263, skal det legges vekt på om handlingen er «motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, homofile orientering eller nedsatte funksjonsevne».
- Samme formulering benyttes i § 272 for å skille mellom grov og ordinær kroppskrenkelse, jf. § 271.
- Samme formulering benyttes i § 274 for å skille mellom grov og ordinær kroppsskade, jf. § 273.
- Samme formulering benyttes i § 352 for å skille mellom grovt og ordinært skadeverk, jf. § 351.

En annen sentral bestemmelse for den videre vurderingen er straffeloven § 198 om forbund om alvorlig organisert kriminalitet, jf. også § 79 bokstav c. Bestemmelsen lyder:

> Den som inngår forbund med noen om å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, og som skal begås som ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe, straffes med fengsel inntil 3 år, med mindre forholdet går inn under en strengere straffebestemmelse. Forhøyelse av maksimumsstraffen ved gjentakelse eller sammenstøt av lovbrudd kommer ikke i betraktning.
>
> Med organisert kriminell gruppe menes et samarbeid mellom tre eller flere personer som har som et hovedformål å begå en handling som kan straffes med fengsel i minst 3 år, eller som går ut på at en ikke ubetydelig del av aktivitetene består i å begå slike handlinger.

Forholdet mellom denne bestemmelsen og diskrimineringsloven om etnisitet § 26 er ikke helt klart. Sistnevnte bestemmelse viser også direkte til førstnevnte. For eksempel er strafferammen den samme (tre år), og kravet til antall personer er det samme (tre eller flere). I dag fremstår det som at overtredelse av diskrimineringsloven om etnisitet § 26 kan være en handling som også rammes av straffeloven § 198, siden § 26 er en bestemmelse som «kan straffes med fengsel i minst tre år» og som pr. definisjon er et «samarbeid mellom tre eller flere personer». For øvrig betyr § 198, som rammer det å inngå forbund om alvorlig organisert kriminalitet selv før den tilsiktede kriminelle handlingen finner sted, at det å inngå forbund om å utføre en diskriminerende handling som rammes av § 26, er straffbart i seg selv. Forarbeidene gir ikke særlig veiledning, utover å anføre at § 26 «innebærer at de løsere sammensatte gruppene (for eksempel lokale rasistiske ungdomsgjenger) vil kunne rammes av [§ 26], mens de mer organiserte rasistiske gruppene (grupper med en viss struktur og varighet) vil kunne rammes av straffeloven, både når det gjelder planlagte og begåtte lovbrudd.»[109]

---

[109] Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 på s. 214.

Straffeloven § 198 kan også ramme inngåelse av forbund om overtredelse av § 185, siden denne har en strafferamme på tre års fengsel, men ikke overtredelse av § 186, siden den har en lavere strafferamme.

3.3 Annen lovgivning

En rekke andre lover forbyr diskriminering innenfor ulike sektorer eller samfunnsområder, men disse oppstiller stort sett bare sivilrettslige reaksjoner. Inntil en lovendring i 2015 gjaldt det et nevneverdig unntak i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), som i § 13-1 jf. § 19-1 oppstilte en straffehjemmel for «[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder». Denne straffehjemmelen ble opphevet ved lov 24. april 2015 nr. 21, med den begrunnelse at diskrimineringsforbudet «i hovedsak regulerer privatrettslige forhold mellom partene», og at departementet «er ikke kjent med at overtredelser av disse reglene i praksis har vært straffeforfulgt».[110]

Siden et vesentlig spørsmål for denne utredningen omhandler gjennomføringen av FNs rasediskrimineringskonvensjons artikkel 4.b om forbud mot rasistiske organisasjoner, nevnes det også kort at lov 3. juni 1994 nr. 15 om Enhetsregisteret § 17 jf. §§ 5 og 19 gir hjemmel for å nekte registrering av organisasjoner som har et ulovlig formål. Dette er imidlertid en svært lite praktisk bestemmelse for de organisasjonene som berøres av denne utredningens tema.

[110] Prop. 48 L (2014-2015) punkt 6.2.3 på s. 69.

4 ANDRE LANDS RETT

4.1 Spørsmålene som ble sendt

Denne utredningens mandat ba om en redegjørelse for det strafferettslige diskrimineringsvernet i andre nordiske land, samt om en redegjørelse for hvordan andre, sammenlignbare europeiske land har gjennomført artikkel 4.b i FNs rasediskrimineringskonvensjon i nasjonal lovgivning. Jeg fant det uhensiktsmessig å skille mellom nordiske og andre europeiske land, og har derfor slått sammen disse punktene i mandatet. Med Barne- og likestillingsdepartementets bistand ble følgende spørsmål sendt til landene som diskuteres i fortsettelsen:

> 1. What is your domestic legislation with regard to criminal responsibility for discrimination? Which forms of discrimination may lead to penal sanctions, and does the legislation distinguish between different grounds for discrimination?
>
> 2. What is the legal status of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) in your internal legal system? Has CERD been incorporated into domestic law, and may it be invoked by private parties before national courts?
>
> 3. CERD Article 4.b establishes an obligation for Contracting States to «declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law». Has this provision in particular been incorporated into domestic law, and if so, how?

Svar ble mottatt fra Belgia 27. juni, Finland 30. juni, Sveits 18. juli, Danmark 19. juli, Nederland 26. juli, Østerrike 28. juli, Island 29. juli, Sverige 1. august, Ungarn 2. august, og Frankrike og Tyskland 4. august. For noen lands vedkommende har jeg stilt oppfølgningsspørsmål direkte til landets myndigheter.

4.2 Sverige

Svensk lovgivning og praksis er grundig behandlet i rapporten «Forbud mot rasistiske organisasjoner, ytringer og demonstrasjoner i Sverige og Tyskland» fra 2001.[111] Svensk rett ser i hovedtrekk ut til å være tilsvarende i dag, med noen unntak.

Svensk rett er i prinsippet dualistisk, i likhet med norsk rett, det vil si at det kreves en egen nasjonal gjennomføringsakt for at folkerettslige forpliktelser skal bli gjeldende som nasjonal rett. Sverige har imidlertid valgt å være mer restriktive enn Norge med hensyn til inkorporering av internasjonale menneskerettskonvensjoner, og det er bare Den europeiske menneskerettskonvensjonen som er inkorporert i svensk rett. Øvrige menneskeretts-konvensjoner er gjennomført ved transformasjon, det vil si at de gjennomføres ved endringer i

[111] Ovenfor, fn. 73.

annen lovgivning og skrives om til svensk lovspråk. Ved tolkningen av slike bestemmelser gjelder et prinsipp om folkerettskonform tolkning (omtrent tilsvarende det norske presumsjonsprinsippet), det vil si at nasjonal rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med folkerettslige forpliktelser, men bare innenfor rammene av ordlyden i lovgivningen. Ved motstrid som ikke lar seg bortfortolke, går nasjonal rett foran.

Denne rettstilstanden gjelder blant annet for FNs rasediskrimineringskonvensjon, som er gjennomført dels gjennom diskrimineringsloven (lov 2008:567), og dels gjennom straffeloven (brottsbalken, lov 1962:700).

Diskrimineringsloven inneholder ingen straffebestemmelser, bare sivilrettslige reaksjoner. Bestemmelser om straff for diskriminering finnes i stedet i brottsbalken.

Svensk rett inneholder ikke noe uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner. Derimot finnes det straffebestemmelser som innebærer at det anses som straffbart hvis organisasjoner bedriver rasistisk virksomhet. Svenske myndigheter viser i den forbindelse særlig til bestemmelsen om hets mot en folkegruppe i brottsbalkens kapittel 16 § 8, som lyder (i svensk original):

> Den som i uttalande eller i annat meddelande som sprids hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp eller annan sådan grupp av personer med anspelning på ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse eller sexuell läggning, döms för hets mot folkgrupp till fängelse i högst två år eller om brottet är ringa, till böter.
>
> Är brottet grovt döms till fängelse i lägst sex månader och högst fyra år. Vid bedömande av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om meddelandet haft ett särskilt hotfullt eller kränkande innehåll och spritts till ett stort antal personer på ett sätt som varit ägnat att väcka betydande uppmärksamhet.

Gjennom en lovendring i 1989 ble det tatt ut et krav om at uttalelsen eller meddelelsen måtte spres «bland allmänheten». Endringen hadde som formål å begrense rasistiske organisasjoner interne virksomhet, og å sikre at deres handlingsrom i praksis ville forsvinne.[112] Samlet sett anser Sverige at lovgivningen oppfyller kravene i RDK artikkel 4.b. FNs rasediskriminerings-komité er imidlertid øyensynlig ikke enig i dette; i komiteens nyeste avsluttende merknader til Sveriges statsrapport gis Sverige en liknende kritikk som hva gis til Norge:

> The Committee notes with concern reports that racist and extremist organizations continue to function despite the State party's position that its legislation effectively prohibits all forms of racist expression, including the operation of groups advocating racial discrimination … In this regard, the Committee is concerned that the State party's legislation does not fully respond to the requirements of article 4 of the Convention, taking into account the absence of any explicit legal provisions declaring illegal and prohibiting organizations promoting and inciting racial hatred …

---

[112] Se proposition 1986/87:151 s. 109 f., tilgjengelig på http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Forslag/Propositioner-och-skrivelser/om-andringar-i-tryckfrihetsfor_GA03151/?text=true

> Drawing attention to general recommendation No. 15 (1993) on article 4 of the Convention, the Committee reiterates its previous recommendation that the State party amend its legislation to declare illegal and prohibit organizations promoting and inciting racial hatred, in line with article 4 (b) of the Convention.[113]

Brottsbalkens kapittel 16 § 9 gjør det videre straffbart å begå visse former for diskriminering. Bestemmelsen lyder (i svensk original):

> En näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerar någon på grund av hans eller hennes ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att inte gå honom eller henne till handa på de villkor som näringsidkaren i sin verksamhet tillämpar i förhållande till andra, ska dömas för olaga diskriminering till böter eller fängelse i högst ett år.
>
> Vad som sägs i första stycket om en näringsidkare tillämpas också på den som är anställd i näringsverksamhet eller annars handlar på en näringsidkares vägnar samt på den som är anställd i allmän tjänst eller innehar allmänt uppdrag.
>
> För olaga diskriminering döms även anordnare av allmän sammankomst eller offentlig tillställning och medhjälpare till sådan anordnare, om han eller hon diskriminerar någon på grund av hans eller hennes ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelse genom att vägra honom eller henne tillträde till sammankomsten eller tillställningen på de villkor som gäller för andra.
>
> Om någon som avses i första-tredje styckena på sätt som där sägs diskriminerar annan på grund av hans eller hennes sexuella läggning, döms likaledes för olaga diskriminering.

Bestemmelsen rammer altså diskriminering i næringsvirksomhet på grunnlag av de samme diskrimineringsgrunnlagene som kapittel 16 § 8 nevnt ovenfor, det vil si rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, livssyn og seksuell legning, men ikke andre diskrimineringsgrunnlag slik som for eksempel kjønn, alder eller funksjonsnedsettelser.

4.3 Danmark

Med hensyn til menneskerettskonvensjoners stilling i nasjonal rett står dansk rett i omtrent samme stilling som svensk rett. Danmark har et dualistisk rettssystem, hvor det kreves en nasjonal gjennomføringsakt for at internasjonale forpliktelser skal bli anvendelig som nasjonal rett. Også i dansk rett er det bare Den europeiske menneskerettskonvensjonen som er inkorporert i nasjonal lovgivning, mens andre menneskerettskonvensjoner er gjennomført ved transformasjon. Danmark har nylig fått gjennomført en offentlig utredning av temaet, gjennom et utvalg som i 2014 avga Betænkning om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet

[113] CERD/C/SWE/CO/19-21, avsnitt 13.

(betænkning nr. 1546/2014).[114] Utvalget hadde blant annet i mandat å vurdere om Danmark skulle inkorporere flere menneskerettskonvensjoner, herunder FNs rasediskrimineringskonvensjon. Utvalget foreslo at en rekke konvensjoner skulle inkorporeres, men regjeringen valgte ikke å følge opp dette med den hovedbegrunnelsen at inkorporering medførte fare for forskyvning av kompetanse fra Folketinget til domstolene. FNs rasediskrimineringskonvensjon, herunder artikkel 4.b, er dermed bevisst ikke inkorporert i dansk rett.

Dansk lovgivning inneholder ikke noe uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner. I forbindelse med ratifikasjonen av FNs rasediskrimineringskonvensjon ble det vurdert om det var nødvendig med en endring i straffeloven § 266 b (som gjengis nedenfor) for å oppfylle kravene i konvensjonens artikkel 4 b. Vurderingen den gang var at dansk lovgivning til sammen oppfylte konvensjonens krav, slik at det ikke var nødvendig med en lovendring. Med hensyn til kravet om et forbud mot rasistiske organisasjoner var hovedbegrunnelsen for dette at Danmarks Grunnlov § 78.2 allerede gir hjemmel for å oppløse ulovlige organisasjoner:

> Foreninger, der virker eller søger at opnå deres mål ved vold, anstiftelse af vold eller lignende strafbar påvirkning af anderledes tænkene, bliver at opløse ved dom.[115]

Straffelovens § 266 b lyder:

> Den, der offentligt eller med forsæt til udbredelse i en videre kreds fremsætter udtalelse eller anden meddelelse, ved hvilken en gruppe af personer trues, forhånes eller nedværdiges på grund af sin race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering, straffes med bøde eller fængsel indtil 2 år.
>
> Ved straffens udmåling skal det betragtes som en særligt skærpende omstændighed, at forholdet har karakter af propagandavirksomhed.

Siden denne bestemmelsen forbyr fremsettelse av diskriminerende uttalelser, forstås dette å tilfredsstille kravet i Grunnlovens § 78 om «lignende strafbar påvirkning». Danmark har ikke fått kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité om manglende gjennomføring av artikkel 4.b.[116]

Etter straffeloven § 81.6 er det videre en generelt straffskjerpende omstendighet om en straffbar handling har «baggrund i andres etniske oprindelse, tro, seksuelle orientering eller lignende». Bestemmelsen er ikke uttømmende, og lovforarbeidene tilsier at denne bestemmelsen skal tolkes i lys av diskrimineringsgrunnlagene som er nevnt i § 266 b.

Danmark har videre en egen straffebestemmelse i lov 29. september 1987 nr. 629 om forbud mot forskelsbehandling på grund af race m.v., hvor § 1 lyder:

---

[114] Tilgjengelig her:
http://justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2014/Betaenkning_1546.pdf
[115] Nærmere begrunnelse fremgår av Betænkning 1969 nr. 553 om forbud mot racediskrimination, kapittel III.
[116] Nyeste avsluttende merknader er fra 2010, CERD/C/DNK/CO/18-19.

> Den, som inden for erhvervsmæssig eller almennyttig virksomhed på grund af en persons race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering nægter at betjene den pågældende på samme vilkår som andre, straffes med bøde, hæfte eller fængsel indtil 6 måneder.
>
> På samme måde straffes den, som af nogen af de i stk. 1 nævnte grunde nægter at give en person adgang på samme vilkår som andre til sted, forestilling, udstilling, sammenkomst eller lignende, der er åben for almenheden.

4.4 Finland

Finland har, i likhet med Sverige og Danmark, et dualistisk rettssystem hvor internasjonale konvensjoner må gjennomføres ved en nasjonal gjennomføringsakt for å bli anvendelig som nasjonal rett. Til motsetning fra Sverige og Danmark har imidlertid Finland inkorporert FNs rasediskrimineringskonvensjon som nasjonal lov, gjennom forskrift 34/1970. Konvensjonen gjelder som nasjonal lov, og kan påberopes direkte for nasjonale domstoler.

Finland har ikke noe uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner. Som svar på de oversendte spørsmålene viser finske myndigheter til bestemmelsene i straffeloven som forbyr offentlig oppfordring til forbrytelser (kapittel 17 § 1), deltakelse i organisert kriminell virksomhet (kapittel 17 § 1(a)), og hets mot folkegruppe (kapittel 11 §§ 10 og 10(a)).[117] Dette er bestemmelser som i stor grad tilsvarer liknende bestemmelser i den norske straffeloven, og de gir ikke i seg selv noe forbud mot rasistiske organisasjoner. Finland har tidligere fått kritikk av FNs rasediskrimineringskomité for mangelen på et uttrykkelig forbud. I komiteens avsluttende merknader i 2001 til Finlands 15. statsrapport uttalte komiteen at den «reiterates its concern at the absence of a law prohibiting organizations which promote and incite racial discrimination and of a provision in the Penal Code declaring any dissemination of ideas based on racial superiority or hatred punishable by law».[118] I sin 16. statsrapport besvarte Finland denne kritikken på følgende måte:

> A Government Bill (HE 183/1999) suggesting that participation in the activities of a criminal organization be punishable by law has been submitted to Parliament. Furthermore, a court order may already be issued, by virtue of section 43 of the Associations Act (503/1989),[119] to abolish an organization which significantly violates the law or codes of conduct. Continuance of the activities of such an organization is subject to punishment by virtue of section 62 of the same Act. As regards dissemination of racist ideas or incitement to racial hatred, charges of ethnic agitation

[117] Tilgjengelig her: https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1889/18890039001
[118] CERD/C/304/Add.107, 1. mai 2001, avsnitt 9.
[119] Tilføyd fotnote: Lov 26. mai 1989 nr. 503, tilgjengelig her: https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1989/19890503

> or public incitement to an offence may be brought under the Finnish Penal Code (chap. 11, sect. 8 and chap. 17, sect. 1).[120]

Dette ser ut til å ha blitt akseptert av FNs rasediskrimineringskomité, som ikke diskuterer spørsmålet nærmere i sine avsluttende merknader til denne statsrapporten.[121] Jeg kan ikke se at spørsmålet har blitt diskutert på nytt i forbindelse med senere periodiske statsrapporter.

Den finske diskrimineringsloven inneholder ikke egne straffebestemmelser, men sier i § 3 at regler om «straff för diskriminering, för diskriminering i arbetslivet och ockerliknande diskriminering i arbetslivet samt för hets mot folkgrupp och grov hets mot folkgrupp finns i strafflagen».[122]

I straffeloven er det særlig kapittel 11 § 11 som er relevant (og som påfallende nok finnes i straffelovens kapittel om krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten):

> Den som i näringsverksamhet, yrkesutövning, betjäning av allmänheten, tjänsteutövning eller något annat offentligt uppdrag eller vid anordnande av en offentlig tillställning eller ett allmänt möte utan godtagbart skäl
>
> 1) inte betjänar någon viss person på gängse villkor,
>
> 2) förvägrar någon tillträde till tillställningen eller mötet eller avlägsnar någon därifrån, eller
>
> 3) försätter någon i en uppenbart ojämlik eller väsentligt sämre ställning än andra
>
> på grund av dennes ras, nationella eller etniska ursprung, hudfärg, språk, kön, ålder, familjeförhållanden, sexuella läggning, genetiska arv, funktionsnedsättning eller hälsotillstånd eller religion, samhälleliga åsikter, politiska eller fackliga verksamhet eller någon annan därmed jämförbar omständighet ska, om inte gärningen utgör diskriminering i arbetslivet eller ockerliknande diskriminering i arbetslivet, för diskriminering dömas till böter eller fängelse i högst sex månader.

Det er verdt å legge merke til at bestemmelsen har en meget vid angivelse av relevante diskrimineringsgrunnlag.

Samme kapittels § 10 gir følgende bestemmelse om hets av folkegruppe:

> Den som för allmänheten tillgängliggör eller annars bland allmänheten sprider eller för allmänheten tillhandahåller information, åsikter eller andra meddelanden där en grupp hotas, förtalas eller smädas på grund av ras, hudfärg, härstamning, nationellt eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, sexuell läggning eller

---

[120] CERD/C/409/Add.2, 11. april 2002, avsnitt 147. Den finske straffeloven er tilgjengelig her: https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1889/18890039001

[121] CERD/C/63/CO/5, 10. desember 2003.

[122] Lov 30. desember 2014 nr. 1325, tilgjengelig her: http://www.finlex.fi/sv/laki/alkup/2014/20141325

> funktionsnedsättning eller på grunder som är jämförbara med de nämnda grunderna, ska för hets mot folkgrupp dömas till böter eller fängelse i högst två år.

Det finnes også egne bestemmelser om straff for diskriminering i arbeidslivet i kapittel 47 §§ 3 og 3(a).

4.5 Island

For Islands vedkommende er det innledningsvis viktig å huske at landet inntil nylig har hatt svært liten innvandring, som har medført at landet har hatt mindre behov enn øvrige europeiske land for et godt lov- og rammeverk knyttet til innvandring og etnisk diskriminering. Den norske ambassaden på Island påpeker at dette bildet er i ferd med å endre seg som følge av økt tilstrømning av asylsøkere og økende arbeidsinnvandring, slik at det i tiden fremover kan oppstå flere spørsmål om praktiseringen av lovverket.

I likhet med øvrige nordiske land har Island en dualistisk tilnærming til forholdet mellom nasjonal rett og folkeretten, slik at internasjonale menneskerettighetskonvensjoner må gjennomføres ved en egen nasjonal gjennomføringsakt for å bli bindende i landets nasjonale rett. Island har ikke inkorporert FNs rasediskrimineringskonvensjon i nasjonal rett. Den europeiske menneskerettskonvensjonen er den eneste menneskerettskonvensjonen som er inkorporert i islandsk rett, siden Island normalt foretrekker å skrive forpliktelsene om til nasjonalt lovspråk (transformasjon). Islandsk rett har imidlertid et prinsipp som tilsvarer det norske presumsjonsprinsippet, som tilsier at nasjonal rett så langt som mulig skal tolkes i samsvar med landets folkerettslige forpliktelser.

Island har ikke noe uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner. På spørsmål om gjennomføringen av FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.b i nasjonal rett, viser islandske myndigheter til straffeloven § 233 a, som omtrent tilsvarer den norske straffeloven § 185. Bestemmelsen lyder (i engelsk oversettelse):

> Anyone who publicly mocks, defames, denigrates or threatens a person or group of persons by comments or expressions of another nature, for example by means of pictures or symbols, for their nationality, colour, race, religion, sexual orientation or gender identity, or disseminates such materials, shall be fined or imprisoned for up to 2 years.

I tillegg gir straffeloven § 180 en bestemmelse som tilsvarer den norske straffeloven § 186, om forbud mot diskriminering i ervervsmessig virksomhet.

Island ser likevel ikke ut til å ha blitt kritisert for manglende gjennomføring av artikkel 4.b. I 2005 anbefalte FNs rasediskrimineringskomité Island om å innføre en lovgivning som i større grad forebygger etnisk diskriminering, men et organisasjonsforbud ble ikke uttrykkelig nevnt:

> The Committee recalls that the notion of prevention is inherent in many provisions of the Convention and encourages the State party to take direct measures to prevent racial discrimination in all spheres of life and, to that effect, consider the possibility of

> adopting comprehensive anti discrimination legislation providing, inter alia, for effective remedies against racial discrimination in civil and administrative proceedings.[123]

Denne kritikken ble gjentatt i mer moderert form i de hittil siste avsluttende merknadene til Island i 2010.[124]

4.6 Tyskland

Tysk lovgivning og praksis er grundig behandlet i rapporten «Forbud mot rasistiske organisasjoner, ytringer og demonstrasjoner i Sverige og Tyskland» fra 2001,[125] samt i NOU 2002: 12 kapittel 12. Hovedtrekkene i tysk rett ser ut til å være tilsvarende i dag.

FNs rasediskrimineringskonvensjon er inkorporert i tysk rett som føderal lov, og kan som sådan påberopes for domstolene. Tyskland peker likevel på at konvensjonen inneholder statsforpliktelser snarere enn rettigheter for individer, slik at bestemmelsene bare kan påberopes i sammenheng med krav basert på andre rettslige normer.

Tyskland har et velutviklet forbud mot rasistiske organisasjoner. For organisasjoner som ikke er politiske partier reguleres dette av artikkel 9.2 i den tyske Grunnloven, i tillegg til en egen foreningslov. Det følger av disse reglene at kompetente myndigheter kan vedta at en organisasjons formål eller virksomhet strider mot nasjonal straffelovgivning eller mot konstitusjonen, og enhver organisasjon som rammes av dette, er forbudt. Det er videre særlige regler for organisasjoner som har medlemmer som ikke er EU-borgere samt utenlandske organisasjoner, som også er forbudt hvis de fremmer, støtter eller oppfordrer til voldsbruk som et middel for å oppnå politiske, religiøse eller andre målsetninger.

Et forbud mot politiske partier fremgår av artikkel 21.2 i Grunnloven, som sier at partier som på grunnlag av deres mål eller av opptredenen til deres medlemmer søker å undergrave eller avslutte eksistensen til den tyske forbundsrepublikken, strider mot konstitusjonen. Det er opp til konstitusjonsdomstolen å fastslå dette. Inntil domstolen eventuelt har fastslått dette med virkning for et parti, vil et parti som opptrer ukonstitusjonelt likevel anses som konstitusjonelt på grunnlag av et prinsipp om politiske partiers privilegier.

FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.b gjenspeiles videre i straffelovens §§ 85, 86 og 86 a. Det fremgår av disse bestemmelsene at overtredelse av et forbud mot en organisasjon, samt spredning av propagandamateriale fra forbudte partier eller organisasjoner, er straffbart. Av særlig interesse er § 85, som hjemler straff for den som (i engelsk oversettelse) «maintains the organisational existence of … an organisation, which has been banned by final decision because it is directed against the constitutional order or against the idea of the comity of nations or which has been held by final decision to be a surrogate organisation of such a banned

---

[123] CERD/C/ISL/CO/18, 1. november 2005, avsnitt 9.
[124] CERD/C/ISL/CO/19-20, 25. mars 2010, avsnitt 12.
[125] Ovenfor, fn. 73.

organisation». Strafferammen er fem års fengsel. Den som er aktivt medlem i en slik organisasjon kan straffes med inntil tre års fengsel.

Det finnes i tillegg egne straffebestemmelser som rammer diskriminering. Straffeloven § 185 lyder (i engelsk oversettelse):

> An insult shall be punished with imprisonment not exceeding one year or a fine and, if the insult is committed by means of an assault, with imprisonment not exceeding two years or a fine.

Videre omfatter § 130 oppfordring til hat og vold mot «a national, racial, religious group or a group defined by their ethnic origins, against segments of the population or individuals because of their belonging to one of the aforementioned groups or segments of the population». Tyske myndigheter opplyser at uttrykket «segments of the population» viser til enhver gruppe av mennesker i et ikke ubetydelig antall, som på grunnlag av felles indre eller ytre kjennetegn kan skilles fra den bredere befolkningen.

4.7 Belgia

Belgia har en monistisk tilnærming til forholdet mellom nasjonal rett og folkeretten, det vil si at folkerettslige forpliktelser får virkning som nasjonal rett uten noen egen gjennomføringsakt. FNs rasediskrimineringskonvensjon gjelder derfor som belgisk lov. Konvensjonens bestemmelser kan påberopes for domstolene hvis de tar sikte på å skape rettigheter for individer og er tilstrekkelig presise til å egne seg for direkte virkning i den nasjonale rettsordenen. De fleste bestemmelsene i rasediskrimineringskonvensjonen er gjennomført ved egne lovbestemmelser i belgisk rett, og da er det normalt de nasjonale bestemmelsene som anvendes av domstolene. Et relevant unntak for denne utredningen gjelder artikkel 4.b, som ikke er gjennomført ved noen annen bestemmelse.

Belgia har ikke noe generelt forbud mot rasistiske organisasjoner. Det er verdt å merke seg at Belgia ser ut til å akseptere at dette innebærer en mangelfull gjennomføring av artikkel 4.b, men at det er et bevisst valg ikke å endre lovgivningen. Under sin andre universelle periodiske gjennomgang (UPR) i 2016 fikk Belgia en anbefaling om å foreta «other legislative measures to declare illegal organizations that incite racial discrimination», men dette var en anbefaling Belgia avviste.[126] Belgia har også fått kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité for mangelfull gjennomføring av artikkel 4.b, sist i 2014:

> While taking note of the State party's approach of penalizing individuals belonging to organizations which promote and incite racial discrimination, the Committee remains concerned that the State party has not adopted legislation declaring organizations which promote and incite racial discrimination illegal, in conformity with article 4 (b) of the Convention (art. 4).[127]

---

[126] A/HRC/32/8, 11. april 2016, avsnitt 141.13.
[127] CERD/C/BEL/CO/16-19, 14. mars 2014, avsnitt 9.

Belgiske myndigheter begrunner dette med at landet legger stor vekt på foreningsfriheten, samt at det ikke oppfattes som verken ønskelig eller virkningsfullt å forby rasistiske organisasjoner. Belgia mener at eksisterende rettslige virkemidler er tilstrekkelige for å oppnå det som ønskes oppnådd, og i sitt svar viser myndighetene her særlig til straffebestemmelsene om oppfordring til hat og vold. Organisasjoner kan straffes som selvstendig rettssubjekt, men det kan ikke ved dom besluttes at organisasjonene skal oppløses.

Videre har Belgia flere lover som forbyr diskriminering. I sitt svar trekker belgiske myndigheter frem tre lover: For det første en lov fra 1981 (med endringer i 2007) som forbyr visse handlinger som er motivert av rasisme eller fremmedfrykt. Denne loven forbyr enhver diskriminering basert på nasjonalitet, rase, hudfarge, genetisk opprinnelse, og nasjonal eller etnisk opprinnelse. For det annet en lov fra 2003, også endret i 2007, som forbyr visse former for diskriminering på grunnlag av alder, seksuell orientering, sivilstatus, religiøs eller filosofisk overbevisning, politisk orientering, medlemskap i fagforeninger, språk, nåværende eller fremtidig helsetilstand, funksjonsnedsettelser, karakteristiske genetiske eller fysiske kjennetegn, eller sosial bakgrunn. Og for det tredje en lov fra 2007 som forbyr diskriminering av kvinner og menn basert på kjønn, i tillegg til diskriminering på grunnlag av kjønnsskifte, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Belgiske myndigheter gir uttrykk for at disse tre lovene til sammen dekker alle samfunnsområder innenfor så vel offentlig virksomhet som privat ervervsvirksomhet. Disse lovene gjelder bare på føderalt nivå, men de enkelte regionene har vedtatt liknende lovgivning.

Den belgiske straffeloven inneholder ingen generell bestemmelse om straff for diskriminering, men derimot en regel om forhøyet strafferamme i tilfeller hvor bestemte kategorier av straffbare handlinger utføres med et diskriminerende motiv.

4.8 Nederland

Nederland har inkorporert FNs rasediskrimineringskonvensjon i nasjonal lovgivning, slik at den gjelder som nederlandsk lov. Det er imidlertid også gitt en rekke lovbestemmelser, herunder straffebestemmelser, til gjennomføring av konvensjonen.

Nederland har ikke noe uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner. Straffeloven § 140 setter imidlertid straff for deltakelse i organisasjoner som har som formål å begå straffbare handlinger. Deltakelse i slike organisasjoner kan straffes med fengsel opptil seks år.

Nederland har en rekke straffebestemmelser som rammer ulike former for diskriminering. I sitt svar trekker nederlandske myndigheter frem straffeloven §§ 90quater, 137c, 137d, 137e, 137f, 137g og 429quater. Disse bestemmelsene rammer forsettlige diskriminerende fornærmelser, oppfordring til vold eller hat, publisering og spredning av diskriminerende materiale, deltakelse i eller støtte til diskriminerende aktiviteter, og diskriminering i ervervsvirksomhet. Med unntak for § 137f (deltakelse i eller støtte til diskriminerende aktiviteter) gjelder det videre en særlig bestemmelse om fordobling av strafferammene ved diskriminering som begås av to eller flere i fellesskap

I sine konkluderende merknader i 2010 kritiserte FNs rasediskrimineringskomité Nederland for flere forhold knyttet til artikkel 4, men ikke for et manglende organisasjonsforbud.[128]

4.9 Frankrike

Frankrike har en monistisk tilnærming til forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett, det vil si at en folkerettslig konvensjon som er godkjent av nasjonalforsamlingen blir en del av nasjonal rett i og med ratifikasjonen, uten behov for noen egen nasjonal gjennomføringsakt. FNs rasediskrimineringskonvensjon har blitt ansett å ha direkte virkning i nasjonal rett av den franske kassasjonsdomstolen og av statens råd (Conseil d'État).

Frankrike har et forbud mot rasistiske organisasjoner, ved at en organisasjon som fremmer eller tilskynder rasediskriminering kan oppløses ved administrativ eller rettslig beslutning. Å drive organisasjonen videre i samme eller omarbeidet form etter oppløsningen er straffbart etter straffeloven artikkel 431-15. Av særlig betydning er en foreningslov fra 1901, som sier at enhver forening som er stiftet for et ulovlig formål, i strid med lov eller moral, eller som tar sikte på å undergrave integriteten til det nasjonale territoriet eller republikken, er ugyldig. Før oppløsning er ikke deltakelse i organisasjonen straffbart.

Diskriminering er straffbart etter flere bestemmelser i straffeloven. Av særlig betydning er artikkel 225-1, som forbyr diskriminering på grunnlag av en omfattende liste av diskrimineringsgrunnlag: Opprinnelse, kjønn, sivilstand, graviditet, fysisk utseende, navn, bosted, helsestatus, funksjonsnedsettelse, genetiske egenskaper, oppførsel, seksuell orientering eller kjønnsidentitet, alder, politisk oppfatning, faglige aktiviteter, samt medlemskap eller ikke-medlemskap, reelt eller antatt, i en etnisk gruppe, nasjon, rase eller religion. En egen bestemmelse rammer også diskriminering av noen som har vært utsatt for, eller har motsatt seg, seksuell trakassering. Strafferammen for diskriminering er fengsel opp til tre år når diskrimineringen består i å nekte levering av en vare eller tjeneste, å hindre normal utøvelse av økonomisk aktivitet, og å nekte å ansette noen.

Artikkel 225-3 lister opp en rekke unntak, det vil si saklig begrunnet forskjellsbehandling som ikke kan straffes.

4.10 Sveits

I likhet med Frankrike har Sveits en monistisk tilnærming til forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett, det vil si at en folkerettslig konvensjon som er godkjent av nasjonalforsamlingen blir en del av nasjonal rett i og med ratifikasjonen, uten behov for noen egen nasjonal gjennomføringsakt. Sveits er part i alle relevante menneskerettighetskonvensjoner (herunder RDK, KDK, TK og CRPD), og alle disse gjelder da som sveitsisk lov. I prinsippet gis folkerettslige forpliktelser også en trinnhøyere rang enn nasjonal rett, slik at folkerettslige forpliktelser går foran nasjonal rett i tilfelle motstrid.

---

[128] CERD/C/NLD/CO/17-18, 25. mars 2010.

Om en konkret folkerettslig bestemmelse kan påberopes for domstolene av private parter, beror på bestemmelsens karakter, det vil si om det er tale om en bestemmelse som er egnet for direkte virkning i nasjonal rett. Dette avgjøres av domstolene i den enkelte sak, men fast praksis sier at prinsippet er at en folkerettslig bestemmelse har direkte virkning i nasjonal rett hvis den er formulert på en tilstrekkelig presis og konkret måte for å kunne danne grunnlag for en avgjørelse i konkrete saker.

Den sveitsiske føderale konstitusjonen forbyr diskriminering i artikkel 8, hvor annet ledd lyder (i engelsk oversettelse):

> No person may be discriminated against, in particular on grounds of origin, race, gender, age, language, social position, way of life, religious, ideological, or political convictions, or because of a physical, mental or psychological disability.[129]

Konstitusjonen beskytter også ytringsfriheten i artikkel 16, samt foreningsfriheten i artikkel 23.

Til tross for konstitusjonens beskyttelse av foreningsfriheten, har Sveits et generelt forbud mot organisasjoner som forfølger et umoralsk eller ulovlig formål, i den forstand at slike organisasjoner ikke kan oppnå juridisk personlighet, og uten egen juridisk personlighet kan de ikke opptre som en selvstendig enhet. Sivillovbokens artikkel 52 tredje ledd lyder (i engelsk oversettelse):

> Associations of persons and bodies which pursue an immoral or unlawful purpose may not acquire legal personality.[130]

Denne bestemmelsen utfylles av artikkel 261bis i den sveitsiske straffeloven, hvor tredje ledd forbyr organisering av rasistisk kampanjer. Lovgivningen ser ut til å ha blitt akseptert av FNs rasediskrimineringskomité som en tilfredsstillende gjennomføring av RDK artikkel 4.b, siden Sveits ikke har fått kritikk på dette punktet.[131]

Straffeloven artikkel 261bis gir for øvrig et videre forbud mot rasediskriminerende handlinger og ytringer med en strafferamme på tre års fengsel.[132] Sveits har mottatt kritikk for at denne bestemmelsen tolkes for snevert av domstolene, samt for at sveitsisk lovgivning ikke inneholder noen klar definisjon av direkte og indirekte rasediskriminering.[133]

4.11 Østerrike

Østerrike har en monistisk tilnærming til forholdet mellom folkeretten og nasjonal rett, det vil si at folkerettslige forpliktelser blir direkte bindende i nasjonal rett uten noen ytterligere gjennomføringsakt. Internasjonale konvensjoner får samme status som nasjonal lovgivning, med unntak av noen forpliktelser som er gitt Grunnlovs rang. Hvis en konvensjon ikke skal få

---

[129] Tilgjengelig her: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201506140000/101.pdf
[130] Tilgjengelig her: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf
[131] Se CERD/C/CHE/CO/7-9, 13. mars 2014.
[132] Tilgjengelig her: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201501010000/311.0.pdf.
[133] CERD/C/CHE/CO/7-9, 13. mars 2014, avsnitt 6.

direkte virkning i nasjonal rett, må parlamentet vedta en internrettslig reservasjon. Uansett kreves det at en internasjonal forpliktelse er egnet og tilstrekkelig presis for å få virkning i nasjonal rett.

I sitt svar fremhever østerrikske myndigheter at FNs rasediskrimineringskonvensjon som sådan ikke har direkte virkning i østerriksk rett, men det opplyses ikke om dette er fordi det er vedtatt en reservasjon eller fordi konvensjonens bestemmelser ikke anses egnet for nasjonal anvendelse. Konvensjonens bestemmelser er imidlertid i stor grad gjennomført i annen lovgivning. Et generelt diskrimineringsforbud fremgår av Grunnloven, og en generell diskrimineringslov forbyr diskriminering på en rekke ulike grunnlag.

Østerrike har et uttrykkelig forbud mot rasediskriminerende organisasjoner. Etter foreningsloven av 1953 er det forbudt å stifte eller opprettholde foreninger som fremmer eller oppfordrer til rasediskriminering. Loven gir Innenriksdepartementet kompetanse til å oppløse slike foreninger.

4.12 Ungarn

Ungarn er inkludert her fordi landet var part i en av de mest relevante sakene for Den europeiske menneskerettsdomstolen, *Vona mot Ungarn*.

Ungarn har gjennomført FNs rasediskrimineringskonvensjon ved lov av 1969, slik at den gjelder som ungarsk lov. I tillegg har landet en grunnlovsbestemmelse som forbyr diskriminering, foruten at det er gitt en egen diskriminerings- og likestillingslov fra 2003 som forbyr diskriminering på en rekke ulike grunnlag. Ungarske myndigheter opplyser imidlertid at diskriminering som sådan ikke er straffbart etter straffeloven, men at en rekke straffebestemmelser inneholder elementer basert på diskriminering, slik som bestemmelsene om oppfordring til hat og vold, bruk av rasistiske symboler, osv. For en rekke straffbare forhold gjelder også en høyere strafferamme hvis den straffbare handlingen er begått med et diskriminerende motiv.

Ungarn har et forbud mot rasistiske organisasjoner i den forstand at domstolene ved dom kan oppløse en organisasjon som blant annet har et rasistisk formål. Å delta i en organisasjon som er oppløst ved dom, er straffbart etter straffeloven. Ungarn har også særlige bestemmelser om «forbrytelser begått av personer i uniform», som er basert på erfaring med høyreekstreme organisasjoner som begår straffbare handlinger med en bekledning som antyder at de har en offentlig funksjon.

4.13 Generelle konklusjoner

Denne relativt kortfattede gjennomgangen viser at det ikke er uvanlig med et uttrykkelig forbud mot rasistiske organisasjoner i europeiske lands rett. I de landene hvor dette er tilfelle, bestemmer lovgivningen gjerne at organisasjoner som har et formål som strider mot lov (eller moral) kan besluttes oppløst, og at videre virksomhet i organisasjonen kan straffes. Det er imidlertid også videre grunn til å fremheve at flere land mangler et slikt forbud, uten at landene

har fått kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité for denne mangelen. Landene har videre litt ulike løsninger med hensyn til å straffe diskriminerende handlinger, særlig med hensyn til hvilke diskrimineringsgrunnlag som nevnes. Imidlertid er det generelt slik at landene har straffehjemmel for hatefulle ytringer og for diskriminering i ervervsvirksomhet, sammenliknbart med den norske straffeloven §§ 185 og 186. Ingen av landene gir uttrykk for å ha en bestemmelse som kan sammenliknes med diskrimineringsloven om etnisitet § 26.

5 VURDERING AV DET STRAFFERETTSLIGE DISKRIMINERINGSVERNET

5.1 Høringsnotatet 19. oktober 2015

I høringsnotatet 19. oktober 2015 valgte departementet en løsning med et foreløpig forslag om at gjeldende rett skulle videreføres, det vil si at «at bestemmelsen om straff for forsettlig grov diskriminering begått i fellesskap med minst to andre personer videreføres som en særregel knyttet til grunnlagene etnisitet, religion og livssyn og dermed ikke utvides til alle lovens diskrimineringsgrunnlag.» [134] Begrunnelsen for et foreløpig forslag var hovedsakelig at spørsmålet skulle utredes nærmere:

> Departementet er enig med Diskrimineringslovutvalget at bestemmelsen har en særlig bakgrunn og begrunnelse. Straffebestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet § 26, som rammer forsettlig grov diskriminering begått i fellesskap med minst to andre personer, ble innført å oppfylle FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4 bokstav b, etter kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité (CERD). Komiteen mente Norge hadde en plikt [til å] innføre et strafferettslig forbud mot rasistiske organisasjoner. Lovgiver ønsket imidlertid ikke et organisasjonsforbud i diskrimineringsloven, fordi dette ville være problematisk i lys av organisasjons- og ytringsfriheten. Departementet gikk derfor isteden inn for et forbud mot (organisert) rasistisk virksomhet/handlinger. I forarbeidene ble det også vist til at denne type samvirke til diskriminering er en særlig skadelig og alvorlig virksomhet som det er grunn til å ha skjerpede reaksjonsmuligheter mot. Bestemmelsen tar altså særlig sikte på å hindre grove former for rasisme.
>
> Selv om den någjeldende bestemmelsen har en særlig bakgrunn knyttet til bekjempelse av grov rasisme, kan grove former for diskriminering også tenkes på andre grunnlag. Departementet vil komme tilbake til denne problemstillingen på et senere tidspunkt.[135]

De videre vurderingene her i kapittel 5 tar sikte på å gi departementet det nødvendige grunnlaget for å følge opp spørsmålet, i lys av premissene som er redegjort for ovenfor.

5.2 En innledende avklaring

Mandatet for denne utredningen omhandler temaer som berører en rekke bestemmelser i flere ulike lover. Fremstillingen ovenfor har vist at flere av temaene har blitt grundig utredet ved flere anledninger de siste 10-15 årene, og det er ikke hensiktsmessig eller realistisk innenfor rammene av denne enpersonsutredningen å gjenåpne alle deler av temaene. Noen av temaene, slik som spørsmålet om rammene for forbud mot hatefulle ytringer, er også komplekse temaer

---

[134] Høringsnotatet, ovenfor fn. 1, s. 160.
[135] Ibid. Opprinnelige fotnoter er utelatt.

som ikke kan gis en forsvarlig ny vurdering her. Det er derfor nødvendig å presisere rammene for den videre fremstillingen, som deles i tre hovedspørsmål:

1. Bør det innføres et forbud mot rasistiske eller på annen måte diskriminerende organisasjoner i lys av kritikken fra FNs rasediskrimineringskomité?
2. Bør bestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet § 26 videreføres og/eller utvides, og i så fall på hvilken måte?
3. Bør det gjøres endringer i øvrige bestemmelser i straffeloven og diskriminerings-lovgivningen for å sikre tilfredsstillende sammenheng mellom bestemmelsene, særlig med hensyn til hvilke diskrimineringsgrunnlag som omfattes?

Det følger av denne presiseringen at rammene for denne utredningen ikke har tillatt meg å gå særlig inn i spørsmålet om hvorvidt andre former for diskriminering enn hva som i dag er straffbart, bør kunne straffes. Dette gjelder eksempelvis spørsmålet om diskriminering i private forhold utover hva som rammes av eksisterende bestemmelser. Videre innebærer presiseringen at jeg ikke har vurdert om enkelte eksisterende straffebestemmelser bør oppheves, utover diskrimineringsloven om etnisitet § 26.

5.3 To grunnleggende premisser for denne utredningen

5.3.1 Likebehandling av diskrimineringsgrunnlagene

Denne utredningen bygger på en grunnholdning om at relevante diskrimineringsgrunnlag bør behandles likt med mindre det er tungtveiende grunner for dette. Jeg slutter meg fullt og helt til Graver-utvalgets fremstilling av samme tema:

> Gjeldende regler gir ulikt vern avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag og hvilke samfunnsområder det er tale om. En del av disse ulikhetene kan det være vanskelig å se noen god begrunnelse for. Videre er regler som i praksis fortolkes likt, i flere tilfeller likevel formulert ulikt.
>
> Harmonisering av gjeldende diskrimineringsregler er slik utvalget ser det for det første et sentralt premiss for arbeidet med å samle diskrimineringsreglene, selv om dette ikke er uttalt i mandatet. Med harmonisering av reglene sikter utvalget for det første til en målsetting om mest mulig like regler med hensyn til reglenes innhold, med mindre tungtveiende hensyn taler for at vernet bør være ulikt. Noe av formålet med en samlet lov er å unngå hierarki mellom ulike diskrimineringsgrunnlag, der noen har sterkere vern enn andre.
>
> Fravikes dette utgangspunktet ved særregler eller svakere vern for noen grunnlag, krever dette en særskilt begrunnelse. En slik særskilt begrunnelse kan for eksempel være at det er tale om en gruppe som møter en spesiell type diskrimineringsproblemer, at det er tale om et samfunnsområde der det er behov for et særlig sterkt diskrimineringsvern, at en regel i en bestemt situasjon vil skape særlige rettssikkerhetsproblemer eller at det er tale om et diskrimineringsgrunnlag der det oftere enn det som er tilfelle for andre grunnlag, vil være legitimt å forskjellsbehandle.

> For det andre siktes det til at bestemmelser som regulerer samme eller liknende forhold så langt som mulig bør reguleres mest mulig enhetlig, og samles i en eller flere felles bestemmelser der det er hensiktsmessig. Dette kan bidra til å gjøre regelverket mer tilgjengelig, slik at man unngår dobbeltbehandling og i størst mulig grad eliminerer tolkningstvil.
>
> Det å samle reglene vil for det tredje kunne gi større forståelse og kunnskap om diskriminering og diskrimineringsrettslige problemstillinger ved at regler, praksis og erfaringer knyttet til ett grunnlag blir overført til andre. Det vil også kunne medføre at nivået på diskrimineringsvernet for noen grunnlag som har svakere vern enn andre grunnlag blir hevet som følge av harmoniseringen.[136]

Denne begrunnelsen gjelder fullt ut også for det strafferettslige vernet. For alle temaene som vurderes i det følgende, oppstår derfor et særlig spørsmål om hvorvidt tungtveiende hensyn begrunner en ulik strafferettslig regulering av de relevante diskrimineringsgrunnlagene. Fravær av slike tungtveiende hensyn bør bety at diskrimineringsgrunnlagene likebehandles.

Et innledende premiss i den forbindelse er at diskriminering ikke omfatter enhver forskjellsbehandling, men bare den usaklige og uforholdsmessige forskjellsbehandlingen. Spørsmålet er derfor ikke om tungtveiende hensyn tilsier at enhver forskjellsbehandling på ett grunnlag bør unntas fra straff mens andre grunnlag omfattes, men om *usaklig og uforholdsmessig* forskjellsbehandling på ett grunnlag bør unntas fra straff mens andre grunnlag omfattes. Jeg tar som et innledende utgangspunkt at det skal mye til for å si at tungtveiende hensyn tilsier at usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling på ett grunnlag ikke skal kunne straffes mens tilsvarende usaklige og uforholdsmessige forskjellsbehandling på andre grunnlag kan straffes. Unntak kan likevel tenkes.

5.3.2 Forholdet mellom sivilrettslig og strafferettslig vern

Et grunnleggende spørsmål for denne utredningen er om det skal skje en likebehandling av diskrimineringsgrunnlagene i den forstand at enhver diskriminering som er forbudt, også skal ha et strafferettslig vern. Sagt på en annen måte så er dette et spørsmål om hvorvidt enhver diskriminering som har et sivilrettslig vern også skal ha et strafferettslig vern. Dagens rettstilstand innebærer at enkelte former for diskriminering er forbudt og kan møtes med sivilrettslige sanksjoner (eksempelvis erstatning), uten at de kan møtes med straff.

Denne utredningens utgangspunkt er, som sagt i foregående punkt, at de ulike diskrimineringsgrunnlagene bør likestilles med mindre tungtveiende grunner tilsier noe annet. Dette burde tilsi, som et utgangspunkt, at diskriminering som anses alvorlig nok til å bli forbudt ved lov og til å kunne møtes med sivilrettslige sanksjoner, også bør kunne møtes med straff dersom lovgiver prinsipielt mener at straff er en egnet reaksjon mot visse diskriminerende handlinger.

---

[136] NOU 2009: 14 punkt 7.2 på s. 96.

Denne diskusjonen var særlig oppe i forbindelse med innføringen av en egen lov om diskriminering av mennesker med nedsatt funksjonsevne. Lovutvalget som la frem NOU 2005: 8 med forslag til en ny diskriminerings- og tilgjengelighetslov (Syse-utvalget) foreslo at bare sivilrettslige reaksjoner skulle anvendes. Jeg synes det er hensiktsmessig å gjengi utvalgets vurdering i sin helhet, siden den gir momenter av generell verdi:

> Som beskrevet ovenfor tilsier likeverdsprinsippet ikke bare at det bør gjelde et vern mot diskriminering, men også at beskyttelsesnivået er likt for de ulike diskrimineringsgrunnlagene. I prinsippet bør all diskrimineringsbeskyttelse omfatte alle grunnlag. Hensynet til likeverd taler derfor i utgangspunktet for at straffelovens vern bør omfatte nedsatt funksjonsevne.
>
> Det kan hevdes at det vil ha en signaleffekt å ta nedsatt funksjonsevne med i oppregningen av de beskyttede grunnlagene i de relevante strafferettslige bestemmelsene. På denne måten synliggjøres at også mennesker med nedsatt funksjonsevne utsettes for diskriminering, og at de, på linje med andre grupper, bør ha et strafferettslig vern mot slike krenkelser. Signaleffekt og hensynet til bevisstgjøring trekker følgelig i retning av at nedsatt funksjonsevne bør omfattes.
>
> På strafferettens område gjør imidlertid særskilte hensyn seg gjeldende.
>
> På generelt grunnlag mener utvalget det bør utvises forsiktighet med å kriminalisere flere handlinger enn de som allerede er straffbare. Tendensen i de senere år har gått i retning av økt kriminalisering. Straff er samfunnets strengeste reaksjon på normbrudd, og bør reserveres for tilfeller der det er klart behov for en slik streng reaksjon, og der den alminnelige rettsbevissthet tilsier straff. Utvidelse av området for det straffbare utover dette innebærer risiko for at respekten for straff brytes ned. Risikoen for utvanning av straffetrusselen tilsier videre særlig forsiktighet med straffetrusler som ikke håndheves i praksis, enten dette skyldes praktiske vanskeligheter eller ressurshensyn.
>
> Straffelovkommisjonens holdning er at «straff bare bør brukes dersom man ikke kan oppnå en like god eller bedre nytteeffekt med andre og mindre inngripende virkemidler». Departementet slutter seg til at straff bare bør brukes «dersom andre reaksjoner og sanksjoner ikke finnes eller åpenbart ikke vil være tilstrekkelige». Samme holdning ligger til grunn for oppnevnelsen av Sanksjonsutvalget (Jahre-utvalget), som nettopp fikk i oppgave å utrede bruk av andre sanksjoner enn straff.
>
> Utvalget slutter seg til at dette er en viktig retningslinje for hvilke forhold som bør kriminaliseres. Når diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne kan møtes med sanksjoner etter en sivilrettslig lov, er det klart at behovet for strafferettslig vern reduseres. Spørsmålet må derfor være om mennesker med nedsatt funksjonsevne har behov for vern etter § 135 a og 349 a når diskrimineringen også kan møtes med

> sivilrettslige sanksjoner. Som nevnt vil strafferettens skyldkrav og beviskrav innebære at det skal mer til for å idømme straffesanksjoner, enn sivilrettslige …[137]

Utvalget drøfter deretter særlig om nedsatt funksjonsevne burde inntas i de strafferettslige bestemmelsene som tilsvarer någjeldende §§ 185 og 186, og fant i begge tilfeller at dette ikke burde gjøres. Ved vedtakelsen av straffeloven 2005 ble diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne likevel tatt inn i de to bestemmelsene. Også departementets begrunnelse for dette er verdt å innta i sin helhet. Om § 185 uttaler departementet følgende:

> I hovedsak vises det til at den justering av inngrepsterskelen som har skjedd i etterkant av at Syse-utvalget kom med sin utredning, tilsier at vernet mot hatefulle ytringer er noe skjerpet. I forlengelsen av dette fremheves at å innta personer med nedsatt funksjonsevne i bestemmelsen om hatefulle ytringer ikke vil være en rent symbolsk markering, men et nødvendig supplement til det foreslåtte sivilrettslige vernet i en ny diskriminerings- og tilgjengelighetslov. Videre anføres det at likebehandlings- og rettferdighetsprinsipper taler for at også personer med nedsatt funksjonsevne får et vern på linje med de gruppene som allerede i dag er gitt et vern etter straffeloven 1902 § 135 a.
>
> Departementet er kommet til at personer med nedsatt funksjonsevne bør gis et strafferettslig vern i forhold til hatefulle ytringer, se lovforslaget § 185. Flere av høringsinstansene som det er vist til ovenfor har erfart at personer med nedsatt funksjonsevne i større grad enn før er gjenstand for hatefulle ytringer, og at dette kan være i ferd med å utvikle seg til et samfunnsproblem. I Norge er det til nå i mindre grad blitt ført statistikker over omfanget over problemet, men dette må i stor grad tillegges det forhold at slike handlinger ikke har vært ulovlige.
>
> Subsidiaritetsprinsippet tilsier at straff ikke er nødvendig dersom personer med nedsatt funksjonsevne gis sivilrettslige sanksjonsmuligheter som i tilstrekkelig grad gir det vern som er påkrevd. Slik departementet oppfatter Syse-utvalget, er det først og fremst dette som har vært den bærende begrunnelsen for at utvalget ikke foreslår at det i tillegg skal gis et strafferettslig vern.
>
> Langt på vei er dette riktig. Selv om det er begrensninger i rekkevidden av det sivilrettslige vernet som foreslås, vil det også i fremtiden i hovedsak være det sivilrettslige vernet som aktualiseres i slike saker. Strafferettens krav til skyld hos gjerningspersonen samt de strenge beviskrav som gjelder, tilsier at tyngdepunktet for sanksjonsmuligheter vil ligge på de sivilrettslige sanksjoner. Likevel mener departementet at det er gode grunner som taler for at det i tillegg bør oppstilles et strafferettslig vern – som vil ha sitt særlige nedslagsfelt overfor de mest graverende tilfeller av hatefulle ytringer mot denne gruppen.

---

[137] NOU 2005: 8 punkt 9.5.3.1 på s. 143-144. Opprinnelige fotnoter er utelatt.

> Likebehandlings- og rettferdighetshensyn tilsier også at personer med nedsatt funksjonsevne får det samme strafferettslige vernet som andre utsatte grupper, jf. straffeloven 1902 § 135 a. I tillegg vil et strafferettslig vern mot hatefulle ytringer for personer med nedsatt funksjonsevne, gi uttrykk for en norm som kan ha betydning i den alminnelige holdningsdannelse.[138]

For § 186 vises det i hovedsak til denne begrunnelsen:

> Departementet legger særlig vekt på at det er et behov for å kunne straffe særlig alvorlige tilfeller av diskriminering overfor denne gruppen. Sivilrettslige sanksjoner som Syse-utvalget har foreslått vil i hovedsak være tilstrekkelige, og departementet legger til grunn at det kun er i mer graverende tilfeller at straffansvaret vil aktualiseres. Departementet legger også i denne sammenheng – som i forhold til hatefulle ytringer – vekt på at likebehandlings- og rettferdighetshensyn tilsier at personer med nedsatt funksjonsevne får et tilsvarende strafferettslig vern som de grupper som i dag omfattes av straffeloven 1902 § 349 a.[139]

Denne utredningen legger til grunn de synspunktene departementet gir uttrykk for her, det vil si likebehandlings- og rettferdighetshensyn, at straff kan være et nødvendig supplement til sivilrettslige reaksjoner med de mest graverende formene for diskriminering, samt at et strafferettslig vern kan ha betydning for den alminnelige holdningsdannelse.

Et spørsmål som reiser seg er om straffelovens diskrimineringsbestemmelser burde henvise til diskrimineringsforbudet i en ny likestillings- og diskrimineringslov. Dette ville sikre samsvar mellom lovene. Lovteknisk ville ikke dette være så vanskelig; for eksempel kunne straffeloven § 186 første ledd endres til å ramme «den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester på grunn av noe forhold som nevnt i likestillings- og diskrimineringsloven § 6» eller liknende. Det er imidlertid ikke tradisjon for å la straffeloven henvise til sivilrettslige lover, og jeg foreslår ikke en endring som nevnt. Det bør heller sikres at lovene i størst mulig grad verner de samme forholdene.

5.4 Generelt om relevante diskrimineringsgrunnlag

5.4.1 Relevante diskrimineringsgrunnlag i eksisterende straffebestemmelser

I forlengelsen av forrige delkapittel bør det også tas stilling til hvilke diskrimineringsgrunnlag som er relevante. I gjeldende norsk lovgivning er følgende diskrimineringsgrunnlag vernet av de strafferettslige bestemmelsene denne utredningen behandler:

- Religion (straffeloven §§ 77, 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352, og diskriminerings-loven om etnisitet § 26)

---

[138] Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7.4.3 på s. 250.
[139] Ot. prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.8 på s. 252.

- Livssyn (straffeloven §§ 77, 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352, og diskrimineringsloven om etnisitet § 26)
- Hudfarge (straffeloven §§ 77, 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352, og diskriminerings-loven om etnisitet § 26)
- Nasjonal eller etnisk opprinnelse (straffeloven §§ 77, 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352, og diskrimineringsloven om etnisitet § 26)
- Avstamning (diskrimineringsloven om etnisitet § 26)
- Språk (diskrimineringsloven om etnisitet § 26)
- Homofil orientering (§§ 77, 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352)
- Funksjonsevne (straffeloven § 77) / nedsatt funksjonsevne (§§ 174, 185, 186, 264, 272, 274, 352)
- Kjønn (straffeloven § 174)
- «Andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern» (straffeloven § 77)

Denne listen gir grunnlag for en rekke spørsmål som bør diskuteres nærmere:

For det første er det svært få strafferettslige bestemmelser som omfatter kjønn som et relevant diskrimineringsgrunnlag. Dette vurderes nærmere i punkt 5.4.2 nedenfor.

For det annet gir diskrimineringsloven om etnisitet et strafferettslig vern for enkelte diskrimineringsgrunnlag som ikke er vernet av straffelovens bestemmelser. Dette gjelder språk og avstamning. Dette diskuteres nærmere i punkt 5.4.3 nedenfor.

For det tredje er det ingen straffebestemmelser som uttrykkelig nevner kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Dette diskuteres nærmere i punkt 5.4.4 nedenfor.

For det tredje benytter straffelovens bestemmelser uttrykket «homofil orientering», som er en nokså snever betegnelse. Dette uttrykket diskuteres nærmere i punkt 5.4.5, hvor det ses opp mot de videre begrepet «seksuell orientering».

For det fjerde er det enkelte diskrimineringsgrunnlag som ikke er omfattet av noen strafferettslige bestemmelser, slik som overvekt og fedme, sivilstand, alder, eller sykdom (i den grad dette ikke er å anse som nedsatt funksjonsevne). Dette diskuteres nærmere i punkt 5.4.6 nedenfor.

For det sjette bidrar oppregning av relevante diskrimineringsgrunnlag til en viss grad til å underkommunisere at diskriminering ofte er sammensatt, ved at diskrimineringen skjer på bakgrunn av flere ulike diskrimineringsgrunnlag på samme tid. Dette diskuteres nærmere i punkt 5.4.7 nedenfor.

5.4.2 Særlig om kjønn – spørsmålet om minoritetsvern eller vern av utsatte grupper

Kjønn er ikke vernet av straffelovens diskrimineringsvern, med unntak av § 174 om tortur. Dette kan fremstå som overraskende med tanke på at kvinner utsettes for en betydelig mengde

av de hatefulle ytringene som fremsettes på internett og andre steder, foruten å utsettes for betydelig diskriminering på annen måte. Begrunnelsen for dette synes primært å være at straffelovens diskrimineringsvern tar sikte på å verne ulike minoritetsgrupper, mens kvinner ikke er en minoritet. Som det vil bli nevnt i punkt 5.4.5 nedenfor, er imidlertid dette en forutsetning som ikke er gjennomført i praksis siden bestemmelsene eksempelvis verner religion og etnisk opprinnelse uten å skille mellom minoritet og majoritet. Samtidig gir lovforarbeidene uttrykk for at «[a]llment aksepterte grupperinger trenger ikke noen særskilt beskyttelse mot hets», [140] og begge biologiske kjønn er klart nok «allment aksepterte grupperinger», selv om dette er en betegnelse som er lite treffende for så vidt gjelder kjønn. Jeg mener for egen del at dette er et lite heldig grunnlag for å avgrense det strafferettslige diskrimineringsvernet. Selv om det er snodig å kalle kvinner (eller menn) for en «gruppering», så er det åpenbart at kvinner omfattes av betegnelsen «allment akseptert gruppering», men dette er ikke i seg selv noen holdbar begrunnelse for å si at hets eller annen diskriminering rettet mot kvinner ikke skal være straffbart.

Begrunnelsen er lite overbevisende også av en annen grunn, nemlig at det strafferettslige diskrimineringsvernet ikke nødvendigvis har som sin berettigelse å verne *minoriteter*, men å verne *utsatte grupper*. Dette er ikke nødvendigvis det samme Dette er uttrykkelig uttalt i straffeloven § 77 bokstav i, som nevner «grupper med et særlig behov for vern». Grupper som er særlig utsatt for diskriminering eller hets, fortjener vern, mens grupper som ikke er utsatt for det samme, i mindre grad fortjener et vern. Det finnes en lang rekke grupper mennesker som kan kalles «minoriteter» hvis man legger et vidt minoritetsbegrep til grunn, men som ikke er vernet av straffelovens bestemmelser, fordi de ikke har særlig behov for et slikt vern (mennesker med en bestemt dialekt, eller mennesker med rødt hår – for å ta to enkle eksempler). Det er behovet for vern som bør være styrende for avgrensningen av det strafferettslige vernet.

Begrunnelsen for ikke å inkludere kjønn som et strafferettslig relevant diskrimineringsgrunnlag synes også å være at enkelte straffbare handlinger etter sin art er rettet mot noen på grunn av deres kjønn, typisk seksuallovbrudd som regulert i straffeloven kapittel 26. Å karakterisere slike lovbrudd som diskriminering kan ha utilsiktede virkninger, slik som at alle seksuallovbrudd dermed vil falle innenfor definisjoner av hatkriminalitet. Dette er imidlertid ikke noe argument for ikke å la kjønn være et relevant diskrimineringsgrunnlag i andre sammenhenger.

Det er vanskelig å finne en klar og uttrykkelig begrunnelse i lovforarbeidene for at kjønn ikke er omfattet av straffelovens diskrimineringsvern. Som vist i punkt 3.2 ovenfor har straffelovens bestemmelser gjerne blitt utvidet etter hvert som ny diskrimineringslovgivning har kommet til, men en slik vurdering ble ikke gjort da likestillingsloven ble gitt i 1978,[141] og heller ikke da ny likestillingslov ble gitt i 2013. Nasjonal og internasjonal diskusjon om hvorvidt kjønn bør vernes av strafferettslige diskrimineringsforbud frembringer imidlertid noen argumenter, som jeg ikke synes er overbevisende.

---

[140] Ovenfor fn. 99.
[141] Se Ot.prp. nr. 1 (1977-78), som ikke drøfter forholdet til straffeloven 1902 § 135a eller § 349a.

Det har vært anført at straffbare handlinger mot kvinner har et så stort antall at det vil forstyrre all statistikk for øvrig hatkriminalitet. Det må imidlertid vært klart at statistiske metodeproblemer ikke skal avgjøre rammene for det strafferettslige vernet. Mer vektig da er det beslektede argumentet om at en karakterisering av kriminalitet rettet mot kvinner som hatkriminalitet vil føre til en uthuling av hatkriminalitetsbegrepet, og svekke dets betydning, på grunn av omfanget av slik kriminalitet. Heller ikke dette fremstår som overbevisende. Dersom kriminalitet rettet mot kvinner virkelig har et slikt omfang at det vil føre til uthuling av hatkriminalitetsbegrepet, kan det heller argumenteres med at en karakterisering av dette som hatkriminalitet vil bidra til større oppmerksomhet om et betydelig samfunnsproblem. Videre har det vært pekt på at hatkriminalitet mot kvinner i all hovedsak rammes av eksisterende straffebestemmelser (seksuelle overgrep, vold, osv.), og at det ikke er nødvendig samtidig å la det omfattes av egne bestemmelser om hatkriminalitet. Dette ser jeg som sagt mest som et lovteknisk spørsmål, foruten at det ikke er treffende for en del aktuelle problemstillinger, slik som grov hets mot kvinner i det offentlige ordskiftet. Dernest har jeg sett et argument om at straffbare handlinger mot kvinner er annerledes enn andre former for hatkriminalitet ved at det kvinnelige offeret oftere kjenner overgriperen ved at det er tale om vold, seksuelle overgrep eller andre straffbare handlinger fra en partner, en bekjent, eller liknende. Selv om dette muligens er sant for en rekke integritetskrenkelser, er det ikke treffende for hets innenfor det offentlige ordskiftet, hvor kvinner utsettes for hets fra personer de ikke kjenner, og det er heller ikke treffende for overfallsvoldtekter og liknende grov kriminalitet rettet mot kvinner. Videre kan jeg ikke helt se at en straffbar handling som er motivert av et personlig kjennetegn ved offeret skal vurderes annerledes ut fra om gjerningsperson og offer kjenner hverandre eller ikke. I det overveiende antall tilfeller av straffbare handlinger motivert av kjønn er det menn som begår overgrep mot kvinner. Å si at dette må vurderes annerledes enn andre overgrep fordi mannen kjente kvinnen fra før, kan i seg selv hevdes å gi uttrykk for en systemisk diskriminering basert på kjønn ved at man vurderer mannlige overgrep mot kvinner mildere enn andre, sammenliknbare overgrep mot andre grupper.

Jeg mener det er helt åpenbart at diskriminering på grunnlag av kjønn bør gis et strafferettslig vern. Hovedbegrunnelsen for dette er at kvinner i dag er en av de mest utsatte gruppene (eller til og med den mest utsatte gruppen) for hets og hatefulle ytringer, samt at diskriminering på grunnlag av kjønn fortsetter å være et strukturelt og systemisk problem på en rekke samfunnsområder. En eventuell uro for at et strafferettslig vern mot kjønnsdiskriminering kan føre for langt, eller at det kan uthule det strafferettslige diskrimineringsvernet, bør ikke begrunne at grov diskriminering på grunnlag av kjønn overhodet ikke kan straffes.

Spørsmålet er mest relevant for straffeloven § 185 om hatefulle ytringer. Kvinner utsettes for omfattende og grov hets i det offentlige ordskiftet og i andre sammenhenger, og dette er hets som ikke handler om meninger eller kvalifikasjoner, men om kvinner som samfunnsaktører. Det er hets som handler om voldtektstrusler eller annen seksuell hets på grunn av at man har gitt uttrykk for en mening, det er hets som handler om at kvinner bør holde seg hjemme, og så videre. Et manglende strafferettslig vern mot slik hets er etter mitt syn en vesentlig svakhet ved dagens lovverk. Dette angår ikke bare den enkelte kvinne som utsettes for det, men det angår

kvinners deltakelse i samfunnsdebatten mer generelt, det angår systemiske og strukturelle spørsmål knyttet til et konstruktivt ordskifte og et effektivt demokrati.

Spørsmålet kan imidlertid formodentlig også være aktuelt for straffeloven § 186 om diskriminering i ervervsvirksomhet. Et eksempel kan være utesteder som vil være rene «herreklubber» og som nekter kvinner adgang. Det må imidlertid erkjennes at rammene for denne utredningen ikke har tillatt meg å vurdere alle forhold knyttet til dette. Eksempelvis er det ikke uvanlig at enkelte virksomheter organiserer egne tilstelninger for bare ett kjønn (for eksempel «ladies' night» på utesteder), uten at dette nødvendigvis er kritikkverdig eller straffverdig. Her, som ellers, ligger det likevel en sikkerhetsventil i at diskriminering defineres som usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling, noe som også må legges til grunn ved anvendelsen av § 186 selv om bestemmelsens ordlyd ikke gir anvisning på dette.

For andre bestemmelser i straffeloven, som sondrer mellom «ordinær» og «grov» krenkelse ut fra blant annet om handlingen er utført på grunn av et bestemt diskrimineringsgrunnlag (se punkt 3.2.4 ovenfor), ser jeg ingen betenkeligheter med å inkludere kjønn som et relevant diskrimineringsgrunnlag. Dette gjelder trusler, kroppskrenkelser, kroppsskade, og skadeverk. Hvis noen av disse handlingene er motivert av noens kjønn, ser jeg ikke hvorfor dette ikke skal kunne begrunne at overtredelsen er «grov» på samme måte som når handlingen er motivert av noens hudfarge eller liknende.

Jeg foreslår derfor at kjønn tas inn som et relevant diskrimineringsgrunnlag i de aktuelle lovbestemmelsene.

5.4.3 Særlig om språk og avstamning

Språk og avstamning er nevnt som et relevant diskrimineringsgrunnlag i diskrimineringsloven om etnisitet § 6. Det fremgår av lovforarbeidene at disse elementene, i likhet med nasjonal opprinnelse og hudfarge, «skal forstås som elementer av etnisitetsbegrepet og ikke som selvstendige diskrimineringsgrunnlag»,[142] og dette fremgår nå også direkte av lovens ordlyd. Sammenhengen i lovverket tilsier da at språk og avstamning bør omfattes der hvor lovverket ellers bruker tilsvarende begrep. Når straffeloven verner «nasjonal eller etnisk opprinnelse» mener jeg det er klart at språk og avstamning også er omfattet. Denne koblingen finnes også i forarbeidene til diskrimineringsloven om etnisitet 2005, hvor det uttales at «[b]egrepet 'etnisitet' skal forstås på samme måte som begrepet 'etnisk opprinnelse' forstås der det er brukt ellers i lovverket.»[143]

Ut fra dette fremstår det som klart at språk og avstamning er omfattet når straffeloven verner etnisk opprinnelse, og det er ikke nødvendig med noen lovendring på dette punktet.

5.4.4 Særlig om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

---

[142] Prop. 88 L (2012-2013) punkt 20.3 på s. 176.
[143] Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) kapittel 20 på s. 205.

Et eget diskrimineringsvern for kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk ble først innført ved diskrimineringsloven om seksuell orientering i 2013. Ved vedtakelsen av denne loven ble det ikke vurdert endringer i straffelovens diskrimineringsvern, og dette har ført til at disse diskrimineringsgrunnlagene ikke har noe strafferettslig vern etter gjeldende rett. Dette fremstår nærmest som en ren inkurie.

Kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er et diskrimineringsgrunnlag som egentlig har fått oppmerksomhet først de seneste årene. En utmerket illustrasjon på dette er at NOU 2009: 14, som gir en meget god drøftelse av diskrimineringsvernet på disse grunnlagene, konkluderer med at denne gruppen gis et tilstrekkelig vern gjennom diskrimineringsgrunnlaget «kjønn»,[144] mens departementet uttrykkelig gikk bort fra dette i det videre lovarbeidet ved å foreslå at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk skulle inkluderes som nye diskrimineringsgrunnlag.[145] Senere har vi fått en egen lov om endring av juridisk kjønn, lov 17. juni 2016 nr. 46, hvor § 2 bestemmer at personer «som opplever å tilhøre det andre kjønnet enn det vedkommende er registrert med i folkeregisteret, har rett til å få endret sitt juridiske kjønn». Denne loven innebærer en erkjennelse av at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk er noe annet enn kjønn, og at opplevd kjønn er noe annet enn biologisk kjønn. Dette antyder at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk må vurderes som et selvstendig diskrimineringsgrunnlag, adskilt fra kjønn.

Allerede her oppstår det en begrepsmessig og lovteknisk utfordring. I gjeldende rett er kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk gitt et sivilrettslig vern på linje med seksuell orientering gjennom diskrimineringsloven om seksuell orientering, ikke på linje med kjønn (som er vernet gjennom likestillingsloven). Men lovforarbeidene antyder selv at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk har nærmere likhet med kjønn enn med seksuell orientering, siden kjønn, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk handler om hvem du er og hvordan du uttrykker deg, mens seksuell orientering handler om hvem du tiltrekkes av.[146] Bør da kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk vernes på lik linje som kjønn, eller på lik linje som seksuell orientering? Seksuell orientering (pr. nå i form av «homofil orientering») er gitt et strafferettslig diskrimineringsvern, mens kjønn ikke er gitt et slikt vern. I denne utredningen foreslår jeg lovendringer som medfører en likebehandling av disse diskrimineringsgrunnlagene, ved at «homofil orientering» endres til «seksuell orientering» og ved at kjønn inntas som et relevant diskrimineringsgrunnlag i det strafferettslige vernet. Samtidig foreslår jeg at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk tilføyes, og hvis forslagene følges opp, oppstår ikke dette terminologiske og lovtekniske problemet. Men dersom ett av diskrimineringsgrunnlagene holdes utenfor, eksempelvis hvis kjønn ikke inntas som et relevant diskrimineringsgrunnlag, så må lovgiver vurdere hva kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

---

[144] NOU 2009: 14 punkt 13.5.1 på s. 168.
[145] Prop. 88 L (2012-2013), bl.a. kapittel 16 på s. 110.
[146] Se eksempelvis Prop. 88 L (2012-2013), *ibid*.: «Begrepet seksuell orientering i rettslig sammenheng omfatter homofile, lesbiske, bifile og heterofile. Seksuell orientering inkluderer både seksuell legning og seksuell praksis. Begrepet peker på hvilket kjønn en persons kjærlighet og/eller seksualitet er rettet mot, om det er personer av motsatt kjønn eller av samme kjønn.» Og: «Med *kjønnsidentitet* siktes det til hva slags kjønn vi føler og opplever oss selv som. Denne følelsen eller opplevelsen kan være i samsvar eller bryte med ens biologiske kjønn. Med *kjønnsuttrykk* menes hvordan kjønnsidentiteten bevisst eller ubevisst uttrykkes eller oppfattes av andre, for eksempel med stemme, klær, kroppsspråk, sminke eller frisyre. Noen har et kjønnsuttrykk som utfordrer gjengse kjønnsstereotypier i samfunnet.»

best kan sammenliknes med. For meg er disse utfordringene i seg selv et relevant moment for å begrunne hvorfor alle diskrimineringsgrunnlagene bør omfattes. Det er meget flytende overganger mellom kjønn (hva du biologisk sett «er»), kjønnsidentitet (hva du selv innad oppfatter deg selv som), kjønnsuttrykk (hva du utad gir uttrykk for) og seksuell orientering (hvem du kjærlighetsmessig eller seksuelt tiltrekkes av). Å skille mellom disse diskrimineringsgrunnlagene med hensyn til hvem som skal gis et strafferettslig vern, er både vanskelig og uheldig. Skal det være mulig å straffe noen som diskriminerer noen på grunnlag av at vedkommende er homofil (seksuell orientering), men ikke på grunnlag av at vedkommende uttrykker seg på en kjønnsoverskridende måte? Et eksempel kan være at en person som biologisk sett er kvinne velger å opptre utad som en mann og fortsatt tiltrekkes av menn, noe som da ikke er homofili og ikke handler om kjønn eller seksuell orientering, men om kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Hvorfor skal, eksempelvis, et utested som diskriminerer homofile kunne straffes, mens et utested som diskriminerer personer som uttrykker seg som noe annet enn hva de biologisk sett er ikke skal kunne straffes? Moderne forståelse av forholdet mellom kjønn, identitet og seksualitet, kombinert med moderne innsikt i hvordan personer som utfordrer den tradisjonelle heteroseksuelle normen behandles, tilsier at det ikke bør sondres mellom disse diskrimineringsgrunnlagene.

Jeg foreslår derfor at kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk tilføyes som et relevant diskriminerings-grunnlag i de strafferettslige bestemmelsene.

5.4.5 Særlig om seksuell orientering

Det fremgår allerede av foregående punkt at jeg mener seksuell orientering fortsatt bør gis et strafferettslig diskrimineringsvern. Spørsmålet i herværende punkt er om straffelovens begrep «homofil» orientering bør endres til å gjelde «seksuell» orientering.

Ved vedtakelsen av straffeloven 2005 ble det vurdert om uttrykket «homofile legning, leveform eller orientering», som ble brukt i straffeloven 1902, skulle erstattes med det bredere begrepet «seksuell orientering». Dette ble imidlertid uttrykkelig avvist av departementet, med den hovedbegrunnelsen at straffebudet tar sikte på å beskytte seksuelle minoriteter:

> Departementet er enig i at tiden er moden for å la «orientering» fullt ut erstatte de mer gammelmodige begrepene «legning» og «leveform», men holder fast ved at formålet også med dette straffalternativet bør være å gi utsatte minoriteter et særskilt vern. Et vern for alle blir lett et vern for ingen. Uttrykket «seksuell orientering» ville også omfatte heterofile, som ikke har behov for et slikt vern. Departementet går inn for å utforme dette alternativet slik at det verner personer med homofil orientering.[147]

Jeg er for egen del ikke overbevist av denne begrunnelsen, og mener spørsmålet bør vurderes på nytt. De øvrige diskrimineringsgrunnlagene i §§ 185 og 186 skiller ikke mellom minoritet og majoritet, derimot vernes eksempelvis «religion» uten noe skille mellom en majoritets- og en minoritetsreligion, og tilsvarende vernes etnisk opprinnelse uten å skille mellom etnisk

[147] Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) punkt 10.7.4.3 på s. 250.

majoritet og etnisk minoritet. Hvorfor dette da skal være avgjørende for seksuell orientering, er ikke helt lett å se.

Begrepet «homofil orientering» er snevert og ikke dekkende for gjeldende oppfatninger om kjønn og seksualitet. Selv om forarbeidene tilsier at bifili omfattes,[148] gir begrepet inntrykk av at dette er klare kategorier, noe som ikke alle vil kjenne seg igjen i. At straffeloven nå er den eneste gjeldende loven som benytter begrepet homofili, er i seg selv en indikasjon på at begrepet ikke lenger er velegnet som avgrensning av hvem som vernes eller rammes av lovbestemmelser.

I øvrig diskrimineringslovgivning er det nå «seksuell orientering» som er det foretrukne begrepet. Dette begrepet kom først inn i arbeidsmiljøloven i forbindelse med gjennomføringen av EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om forbud mot diskriminering i arbeidslivet (rammedirektivet mot diskriminering) ved endringslov 26. mars 2004 nr. 15, og har siden blitt benyttet blant annet i diskrimineringsloven om seksuell orientering av 2013.

Det fremgår av ulike lovforarbeider at begrepet «seksuell orientering» verner heterofile, homofile, lesbiske og bifile, men at det ikke verner transkjønnede.[149] Sistnevnte gruppe vernes i stedet av bestemmelser som forbyr diskriminering på grunnlag av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk. Seksuell adferd er ikke omfattet, verken lovlige former (eksempelvis sadomasochisme) eller ulovlige former (eksempelvis pedofili).

Det fremgår av det som er sagt at det er en realitetsforskjell mellom begrepene «homofil orientering» og «seksuell orientering», ved at førstnevnte begrep, som er brukt i straffeloven, er ment å verne bare seksuelle minoriteter, ikke heterofile. Sistnevnte begrep, som vi finner i øvrig lovgivning, verner alle grupper. Dette er dermed ikke et spørsmål om terminologi, men om innhold. Ved vedtakelsen av straffeloven 2005 gjorde lovgiver et bevisst valg om at heterofile ikke skulle ha noe strafferettslig vern, og det er da vanskelig innenfor rammene av en slik enpersonsutredning å gjenåpne den diskusjonen. I motsetning til hva som gjelder utelatelsen av kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk fremstår ikke valget av «homofil orientering» som noen inkurie, men som et bevisst valg. Jeg mener likevel at valget fremstår som såpass svakt begrunnet at jeg likevel foreslår en endring. Straffelovens øvrige diskrimineringsgrunnlag skiller ikke mellom minoritet og majoritet, lovverket for øvrig har forlatt begrepet «homofil» som avgrensningsgrunnlag, og det kan vanskelig hevdes at det vil innebære en uheldig utvidelse av straffebestemmelsene om «homofil orientering» erstattes av «seksuell orientering». Jeg foreslår derfor en lovendring i tråd med dette.

5.4.6 Flere diskrimineringsgrunnlag

Gjennomgangen av andre lands rett viste at noen land opererer med betydelig flere diskrimineringsgrunnlag enn hva norsk rett gjør. Særlig er fransk rett svært detaljert, ved å nevne opprinnelse, kjønn, sivilstand, graviditet, fysisk utseende, navn, bosted, helsestatus, funksjonsnedsettelse, genetiske egenskaper, oppførsel, seksuell orientering eller kjønnsidentitet, alder, politisk oppfatning, faglige aktiviteter, samt medlemskap eller ikke-medlemskap, reelt

---

[148] Se punkt 3.2.1 ovenfor.
[149] Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.2.4.4 på s. 31.

eller antatt, i en etnisk gruppe, nasjon, rase eller religion. EMK artikkel 14 nevner i tillegg eiendom som et relevant diskrimineringsgrunnlag.

Barne- og likestillingsdepartementets utkast til ny likestillings- og diskrimineringslov inneholder også en rekke diskrimineringsgrunnlag. Lovutkastets § 6 første ledd lyder:

> Diskriminering på grunn av kjønn, graviditet, permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet (blant annet nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge og språk), religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, [alder] eller kombinasjoner av disse grunnlagene er forbudt. [Det samme gjelder diskriminering på grunn av andre lignende, vesentlige forhold ved en person.]

Her ser man at diskriminering på grunn av graviditet, permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver, og alder, er nevnt som relevante diskrimineringsgrunnlag, men ingen av disse nyter noe strafferettslig vern etter gjeldende rett. Man ser også at den foreslåtte bestemmelsen ikke gir noe vern for enkelte diskrimineringsgrunnlag som er vernet av andre lands rett, og heller ikke for enkelte diskrimineringsgrunnlag som ble vurdert inntatt i Grunnloven, slik som politisk syn.[150]

Dette viser at en oppregning av diskrimineringsgrunnlag alltid til en viss grad vil utelukke egenskaper som like gjerne kunne vært tatt med. Hvis noen eksempelvis diskrimineres på grunnlag av sivilstand, synes ikke straffeloven § 186 å være anvendelig. Dette er heller ikke helt upraktisk; man kan eksempelvis tenke seg en restauranteier som på religiøst grunnlag er mot ugift samboerskap og derfor nekter samboere servering. Det samme gjelder for eksempel fedme: Er det i strid med § 186 dersom et flyselskap nekter en overvektig person å reise? Dette rammes ikke av diskrimineringsgrunnlagene i § 186, med mindre man definerer overvekt som nedsatt funksjonsevne. Videre gjelder det for politisk oppfatning, alder, bosted, helsetilstand, fysisk utseende, osv. En del av dette kan omfattes av en vid tolkning av øvrige diskrimineringsgrunnlag, for eksempel at en bestemt helsetilstand eller overvekt kan utgjøre en funksjonsnedsettelse, men dette gjelder ikke for alle – tenk for eksempel på et utested som på grunn av et ønske om et bestemt image bare slipper inn «vakre» mennesker. Dette vil ikke rammes av straffeloven § 186. Da oppstår spørsmålet om hvorfor det skal være straffbart å nekte noen inngang på grunn av vedkommendes hudfarge, mens det ikke er straffbart å nekte noen inngang fordi vedkommende ikke oppfyller et eller annet subjektivt krav til skjønnhet. Handlingen er den samme, og opplevelsen for den som rammes kan også være den samme.

Diskrimineringsvernet må imidlertid ha en grense, både sivilrettslig og strafferettslig. Alternativet er å forby og å straffeforfølge «diskriminering på noe grunnlag» eller liknende, og dette blir for vagt og for upresist. Dette har vært vurdert, og blitt avvist, for den relativt snevre torturbestemmelsen i straffeloven § 174, og kan ikke gjøres til et generelt strafferettslig kriterium. Hvis man da legger til grunn at det må trekkes en grense, så vil det ubønnhørlig oppstå spørsmål om hvor grensen skal trekkes. For likestillings- og diskrimineringsloven har

---

[150] Se punkt 2.2.1 ovenfor.

Barne- og likestillingsdepartementet foreslått en grensedragning, men selv der inkluderes ikke enkelte mulige diskrimineringsgrunnlag slik som fedme (med mindre dette anses som «lignende, vesentlige forhold ved en person», forutsatt at dette alternativet vedtas), sivilstand (som neppe uansett kan innfortolkes), eller «eiendom». Det bør imidlertid være helt klart at det strafferettslige diskrimineringsvernet ikke bør omfatte diskrimineringsgrunnlag som ikke er gitt noe sivilrettslig vern, og jeg lar derfor forslaget til ny likestillings- og diskrimineringslov danne yttergrensen for hvilke diskrimineringsgrunnlag som bør gis et strafferettslig vern.

Jeg foreslår generelt at straffelovens bestemmelser endres til å verne religion eller livssyn, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, nedsatte funksjonsevne, og kjønn.

Sammenliknet med likestillings- og diskrimineringsloven vil da enkelte diskriminerings-grunnlag ikke nevnes særskilt. Avstamning og språk vil imidlertid fortsatt måtte innfortolkes i begrepet «nasjonal eller etnisk opprinnelse», og det mest usikre er da om likestillings- og diskrimineringslovens diskrimineringsgrunnlag «graviditet, permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon, omsorgsoppgaver» kan (eller bør) innfortolkes. Jeg mener at dersom det oppstår straffverdig diskriminering på disse grunnlagene, vil det normalt være mulig å innfortolke dette i «kjønn». Det er diskrimineringsgrunnlag som er mindre praktiske for flere av straffelovens bestemmelser; er det for eksempel praktisk med hatefulle ytringer rettet mot noen på grunn av deres omsorgsoppgaver? Et uklart behov kombinert med at grunnlagene formodentlig kan innfortolkes dersom det blir aktuelt, gjør at jeg ikke foreslår å inkludere disse i straffelovens bestemmelser.

Min avgrensning gjør for øvrig at det ikke sikres full oppfølgning av ECRIs anbefaling om at straffeloven «skal inkludere grunnene rase, språk og statsborgerskap i de relevante bestemmelser».[151] Dette skyldes at jeg mener det er åpenbart at disse tre forholdene kan innfortolkes i begrepet «nasjonal eller etnisk opprinnelse» slik lovforarbeidene angir, og etter norsk lovgivningstradisjon er det unødvendig å nevne disse uttrykkelig i lovteksten.

5.4.7 Sammensatt diskriminering

I høringsnotatet til ny likestillings- og diskrimineringslov foreslår Barne- og likestillings-departementet et uttrykkelig og selvstendig forbud mot sammensatt diskriminering. Med sammensatt diskriminering menes enten multippel (kumulativ) diskriminering hvor flere diskrimineringsgrunnlag berøres samtidig, eller interseksjonell (sammenvevd) diskriminering hvor diskrimineringen skjer på grunn av en kombinasjon av flere diskrimineringsgrunnlag som gjensidig påvirker hverandre.

I lovutkastet § 6 første ledd er dette uttrykt ved at det nevnes en rekke diskrimineringsgrunnlag og det deretter bestemmes at diskriminering på grunn av «kombinasjoner av disse grunnlagene» er forbudt. Det oppstår dermed et spørsmål om hvorvidt samme uttrykk bør inntas i de strafferettslige bestemmelsene.

---

[151] Se punkt 2.3.5 ovenfor.

Høringsnotatet drøfter det sivilrettslige vernet i punkt 6.6.5, hvor det gis en grundig begrunnelse for forslaget. Spørsmålet for denne utredningen er om denne begrunnelsen også strekker til for å begrunne et strafferettslig vern mot sammensatt diskriminering.

Departementet peker blant annet på at et

> uttrykkelig forbud mot sammensatt diskriminering vil ha informasjonsverdi fordi det vil tydeliggjøre gjeldende rett og skape større bevissthet om sammensatt diskriminering. Et uttrykkelig forbud vil dermed kunne tydeliggjøre samspillet mellom de ulike diskrimineringsgrunnlagene, noe som kan føre til et mer effektivt diskrimineringsvern.[152]

Dette er i seg selv ikke en tilstrekkelig begrunnelse for også å gi et eget strafferettslig vern mot sammensatt diskriminering. Departementet gir deretter et eksempel som er meget godt egnet til å illustrere problemstillingen:

> Hvis en person med en bestemt etnisk bakgrunn mener seg forskjellsbehandlet, vil som regel sammenligningspersonen være en person med norsk etnisk bakgrunn. Hvis en kvinne som kommer fra et land mange prostituerte kommer fra blir nektet hotellrom fordi hotellet frykter at kvinnen er prostituert, oppstår spørsmålet om hvem hun skal sammenlignes med i en diskrimineringsvurdering. I et slikt tilfelle er hun stilt dårligere enn andre kvinner på grunn av sin nasjonale opprinnelse. Samtidig er hun stilt dårligere enn andre med samme nasjonal opprinnelse fordi hun er kvinne. I en slik sak kan det altså være vanskelig å påvise at diskrimineringen direkte knytter seg til ett bestemt diskrimineringsgrunnlag, da det er kombinasjonen av ulike diskrimineringsgrunnlag som fører til forskjellsbehandlingen.
>
> I en slik sak vil det avgjørende derfor være om vedkommende blir stilt dårligere enn andre som ikke har den aktuelle kombinasjonen av karakteristikker som påstås å ha ført til diskriminering. Relevante sammenligningspersoner i eksemplet over vil dermed både være andre kvinner som ikke har samme nasjonal opprinnelse, og menn med samme nasjonal opprinnelse som kvinnen.[153]

Departementet understreker imidlertid at forbudet mot sammensatt diskriminering ikke skal omfatte diskriminering på grunnlag av en kombinasjon av et opplistet diskrimineringsgrunnlag og et ikke-opplistet grunnlag, og da ser jeg ikke helt at slike eksempler heller begrunner noe strafferettslig vern. Et strafferettslig vern mot sammensatt diskriminering kunne hatt en selvstendig verdi hvis noen diskrimineres på flere grunnlag hvor noen er vernet av det strafferettslige diskrimineringsvernet mens andre ikke er det. I eksemplet ovenfor kunne hotelleieren eksempelvis argumentere med at dette er diskriminering på grunnlag av at personen er kvinne, noe som ikke er straffbart siden diskriminering på grunnlag av kjønn ikke er vernet av straffeloven § 186, mens forholdet ville vært straffbart hvis det ble ansett som diskriminering

---

[152] Høringsnotatet 2015, ovenfor fn. 1, s. 73-74.
[153] *Ibid.*, s. 74-75.

på grunnlag av etnisitet. Men når ikke-opplistede grunnlag ikke vernes, gir ikke dette argumentet noen begrunnelse for et strafferettslig vern.

Departementet peker videre på at ved sammensatt diskriminering i form av multippel diskriminering må en saklig begrunnelse for forskjellsbehandlingen påvises for hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag. Departementet bruker eksemplet med en gravid kvinne som kan diskrimineres på grunn av en kombinasjon av graviditet, etnisitet og funksjonsnedsettelse, og at dersom forskjellsbehandlingen skal være lovlig, må den være saklig knyttet til hvert diskrimineringsgrunnlag.[154] Dette begrunner ikke et selvstendig strafferettslig vern mot sammensatt diskriminering. Begrunnelsen må dermed søkes et annet sted.

Det må legges til grunn at det gjelder en viss terskel for å straffe diskriminerende handlinger eller ytringer. Dette er helt klart etter straffeloven § 185, hvor ytringsfriheten setter strenge grenser for hvilke ytringer som kan straffeforfølges, og det er like klart etter diskrimineringsloven om etnisitet § 26, som uttrykkelig omfatter «grov» diskriminering. Dette er ikke like klart for straffeloven § 186, som rammer enhver form for ervervsmessig diskriminering, likevel slik at det bare er usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling som utgjør diskriminering, noe som i seg selv angir en nedre grense. For sammensatt diskriminering i form av *multippel* diskriminering oppstår da spørsmålet om hvorvidt et uttrykkelig vern mot sammensatt diskriminering kan tilsi at det kan oppstå tilfeller hvor diskriminering på grunnlag av hvert enkelt diskrimineringsgrunnlag i seg selv ikke er tilstrekkelig alvorlig til å straffeforfølges, mens diskrimineringen likevel vil bli ansett som tilstrekkelig alvorlig når diskrimineringsgrunnlagene ses i sammenheng. Dette kan kanskje tenkes, men jeg har vanskelig for å konstruere realistiske eksempler. For sammensatt diskriminering i form av *interseksjonell* diskriminering er spørsmålet hvorvidt problemet med å spore diskrimineringen tilbake til et diskrimineringsgrunnlag som er omfattet av det strafferettslige vernet gjør at diskrimineringen i praksis blir straffri. Jeg tviler imidlertid på at dette vil være et vesentlig problem i praksis. Tenk som et eksempel at russiske kvinner nektes overnatting på en campingplass fordi det fryktes at de er prostituerte, og det oppstår spørsmål om straff etter straffeloven § 186.[155] Dette ville ikke vært diskriminering på bakgrunn av kjønn, fordi kvinner fra av andre nasjonaliteter ville fått overnatte, og heller ikke på bakgrunn av nasjonal opprinnelse, fordi russiske menn ville fått overnatte – det er kombinasjonen av grunnlagene som forårsaker diskrimineringen. Siden kjønn ikke er vernet etter § 186 etter gjeldende rett, er det da et spørsmål om hvorvidt det er tilstrekkelig for straffeforfølgning at et relevant diskrimineringsgrunnlag er en medvirkende årsak til diskrimineringen. Jeg vil anta at domstolene vil legge dette til grunn, men det må erkjennes at spørsmålet ikke er avklart.

Ut fra en betraktning at det er et uklart behov for et særlig strafferettslig vern mot sammensatt diskriminering, samt at jeg antar at domstolene uansett kan anvende gjeldende rett til å ramme straffverdige tilfeller av sammensatt diskriminering, foreslår jeg ikke en lovendring på dette punktet. Hvis lovgiver likevel ønsker et slikt alternativ, kan dette gjøres lovteknisk svært enkelt

---

[154] *Ibid.*, s. 75.
[155] Sml. Høyesteretts betraktning om dette i Rt. 2004 s. 331, ovenfor fn. 95.

ved at samme formulering som i utkastet til likestillings- og diskrimineringslov, altså «kombinasjoner av disse grunnlagene», tas inn i hver enkelt bestemmelse.

5.5 Organisasjonsforbud

5.5.1 Bør rasistiske organisasjoner forbys særskilt?

Dette spørsmålet har vært vurdert en rekke ganger tidligere i Norge, av så vel offentlige utvalg, departementer som av Stortinget. Hver gang har konklusjonen vært at et organisasjonsforbud ikke er ønskelig i Norge. Hovedbegrunnelsen til at spørsmålet likevel har gjenoppstått for denne utredningen, er at FNs rasediskrimineringskomité fortsatt kritiserer Norge for mangelfull gjennomføring av FNs rasediskrimineringskonvensjons artikkel 4.b, som pålegger statene å forby og straffesanksjonere rasistiske organisasjoner.

Jeg mener prinsipielt at Norge skal gjennomføre sine menneskerettslige forpliktelser lojalt og pliktoppfyllende. Jeg mener imidlertid også at det må være rom for å avveie menneskerettslige forpliktelser opp mot andre relevante og legitime samfunnshensyn, og at det ikke nødvendigvis er slik at en formell folkerettslig forpliktelse alltid skal gis forrang. Hvis det sentrale argumentet for å innføre et straffesanksjonert forbud mot rasistiske organisasjoner i norsk rett er at en folkerettslig forpliktelse fra 1965 krever det, mener jeg det er grunn til å innta en kritisk holdning til den folkerettslige forpliktelsen. Ett element i denne vurderingen er at folkerettslige forpliktelser etter sin natur er mer statiske enn nasjonal lovgivning. Mens nasjonal lovgivning kan endres ut fra synspunktene til den til enhver tid sittende nasjonalforsamling, krever endring av folkerettslige forpliktelser enten at medlemsstatene i den aktuelle konvensjonen reforhandler konvensjonen, noe som i de fleste tilfeller er lite aktuelt, eller at staten trekker seg ut av konvensjonen, noe som i de fleste tilfeller har betydelige internasjonale kostnader.

På bakgrunn av dette mener jeg at det ikke nødvendigvis bør være avgjørende at FNs rasediskrimineringskomité kritiserer Norge for manglende gjennomføring av en formell forpliktelse, for så vidt norsk lovgivning på annen måte lojalt og effektivt oppfyller samme formål og imøtekommer forpliktelsens materielle innhold.

Siden et organisasjonsforbud har vært utredet flere ganger, er det her hensiktsmessig å ta utgangspunkt i argumenter som har vært diskutert i den anledning, og vurdere om det nå foreligger omstendigheter som tilsier at de samme argumentene bør avveies på en annen måte.

Et forbud vil innebære en klar oppfyllelse av FNs rasediskrimineringskonvensjon. Særlig NOU 2002: 12 fremhever dette som et tungtveiende argument, og det uttales der at det vil «være prinsipielt sett meget uheldig om Norge skulle bli stående med en diskrimineringslov der innholdet ikke fullt ut overholder de internasjonale menneskerettigheter Norge er bundet av».[156] Selv om dette er et helt sentralt utgangspunkt for internasjonale menneskerettighets-konvensjoners stilling i norsk rett, er jeg som nevnt ovenfor tvilende til at dette hensynet i seg

[156] NOU 2002: 12 punkt 12.6.1 på s. 219.

selv kan begrunne innføring av et internrettslig forbud dersom andre, mer tungtveiende hensyn tilsier en annen løsning.

Det har også blitt fremhevet at et forbud vil være en markering fra lovgiveren om hvor grensene mot det akseptable går.[157] Dette er et holdbart argument, men spørsmålet er heller om et forbud markerer dette på en bedre måte enn de bestemmelsene vi allerede har. Den samlede virkningen av diskrimineringslovgivningen og straffelovens diskrimineringsvern innebærer allerede en tydelig grense for hva som er lovlig, og det er vanskelig å se at dette vil bli noe klarere av et formelt organisasjonsforbud.

I NOU 2002: 12 ble det også fremhevet at et forbud kunne styrke politiets oppmerksomhet rundt rasistiske organisasjoner. Jeg tror dette nå er et foreldet argument. Politiet og påtalemyndigheten har allerede betydelig mer oppmerksomhet på disse temaene nå enn for 15-20 år siden. For egen del antar jeg dessuten at politiets oppmerksomhet fortsatt primært ville rettes mot rasistiske handlinger, ikke mot organisasjonene som sådan såfremt disse ikke samtidig bedriver en rasistisk aktivitet.

Argumentene mot et formelt organisasjonsforbud fremstår som mer overbevisende. Et grunnleggende argument er at et organisasjonsforbud er et sterkt inngrep i foreningsfriheten, som er en viktig forutsetning for et velfungerende demokrati. Selv om det kan anføres at rasistisk aktivitet ikke fremmer demokratiet, og tvert imot kan sies å være anti-demokratisk, er det en tungtveiende innvending at man ikke skal møte med forbud og straff, men heller med argumentasjon og motstand, de meninger, oppfatninger og miljøer man ikke ønsker. Som et inngrep i foreningsfriheten må et forbud anses som «nødvendig i et demokratisk samfunn» for å oppfylle kravene i EMK artikkel. 11, og selv om dette kan være oppfylt i en land med en annen historie enn Norge knyttet til rasisme og fremmedfrykt (slik som Tyskland), er det vanskelig å begrunne at et organisasjonsforbud er «nødvendig» for Norge som et demokratisk samfunn. Jeg tror det er grunn til å betvile synet til FNs rasediskrimineringskomité om at kravet om et organisasjonsforbud ikke står i noen motstrid til foreningsfriheten slik denne er beskyttet av andre konvensjoner.

Tidligere vurderinger har også pekt på andre momenter. Det er en fare for at organisasjonen kan komme styrket ut av en rettslig prosess, ved at det kan oppfattes som en legitimering av organisasjonen dersom det ikke finnes bevist at den oppfyller lovens straffbarhetsvilkår. Dernest er det en fare for at et effektivt forbud mot rasistiske organisasjoner kunne føre til at personene «går under jorden» og unndrar seg den kontroll de ellers ville vært utsatt for. Det spiller også inn at det er nokså lite å oppnå med et forbud i tillegg til de bestemmelsene vi allerede har. Det har også vært pekt på at et forbud kan sementere et «fiendebilde» for de personene som tiltrekkes av slike miljøer, og oppfattes som en bekreftelse av at myndighetene forbyr alt de ikke liker. Alt dette er vektige argumenter mot et formelt organisasjonsforbud.

Til slutt er det et vesentlig moment at et forbud er upraktisk, fordi de gruppene det er tale om ikke organiserer seg formelt. Norsk rett inneholder ingen legaldefinisjon av «organisasjon»

---

[157] *Ibid.*

eller «forening». Vi har regler om hvilke enheter som kan registreres i Enhetsregisteret gjennom lov 3. juni 1994 nr. 15, men dette er ikke en praktisk lov for de miljøene som driver organisert diskriminerende virksomhet. Da oppstår et vesentlig lovteknisk spørsmål om hvem som egentlig skal kunne straffes, altså hva som oppfattes som en «organisasjon».

Det finnes en del aktive eller oppløste grupperinger som illustrerer dette i en norsk kontekst. For denne utredningen kan Boot Boys, Vigrid, Pegida, Norwegian Defence League, Folkebevegelsen mot innvandring, og Den nordiske motstandsbevegelsen, utgjøre en illustrasjon. Alle disse er grupperinger som på mer eller mindre organisert måte bedriver eller har bedrevet organisert rasistisk virksomhet.

- Boot Boys var en nynazistisk gruppe som oppstod på 1990-tallet. Ifølge Wikipedia hadde gruppen omtrent 50 medlemmer. Medlemmer fra denne gruppen stod bak det rasistisk motiverte drapet på Benjamin Hermansen i 2001, og ytringer fra et medlem av gruppen var gjenstand for straffeforfølgelse etter straffeloven 1902 § 135 a, som førte til frifinnelse i Høyesteretts dom i Rt. 2002 s. 1618.
- Vigrid beskriver seg selv som «et etnisk/religiøst fellesskap som vil utvikle et Nordisk samfunn basert på Nordisk religion og Nordiske verdi- og kulturnormer».[158] Gruppens leder, Tore W. Tvedt, ble straffedømt for rasediskriminerende ytringer, se Rt. 2007 s. 1807. Gruppens nettsted beskriver selv at den driver en «nordisk sivilisasjonskamp», og Politiets sikkerhetstjeneste beskrev i 2005 Vigrid som «et miljø med ekstremt rasistisk og voldelig ideologi».
- Pegida («Patriotische Europäer gegen die Islamisierung des Abendlandes») er opprinnelig en tysk bevegelse som har fått europeisk utbredelse. I Norge fikk bevegelsen oppmerksomhet særlig gjennom demonstrasjoner i 2015, men bevegelsens aktivitet døde i stor grad ut samme år. På Facebook beskriver gruppen seg som «en protestbevegelse som på humanistisk grunnlag demonstrerer mot muslimsk innvandring og påvirkningen fra islam».
- Norwegian Defence League er en anti-islamsk gruppe som ble opprettet etter inspirasjon fra English Defence League. Gruppen var aktiv rundt 2010/2011 med demonstrasjoner og annen aktivitet, men har vært nokså stille siden. Gruppen har et nettsted hvor siste oppdatering var i 2015.
- Folkebevegelsen mot innvandring ble opprettet i 1987, og fikk mye oppmerksomhet på 1990-tallet. Gruppen er, ifølge sitt nettsted, «en tverrpolitisk opplysningsorganisasjon som arbeider for å stoppe den fremmedkulturelle masseinnvandring til Norge». Det spesielle med denne gruppen sammenliknet med gruppene nevnt ovenfor, er at den har et eget organisasjonsnummer og altså er formelt registrert. Gruppens vedtekter, slik de fremstilles på nettsiden, angir at gruppens formål blant annet er å «arbeide for en lovgivning og en praksis som sikrer at Norge forblir en enhetlig nasjonal stat med basis i vår norske og kristne kulturarv og folkets historiske fellesskap».
- Den nordiske motstandsbevegelsen beskriver seg selv på internett som «en revolusjonær nasjonalsosialistisk kamporganisasjon» som blant annet arbeider for å stoppe

[158] Jeg inkluderer bevisst ikke henvisning til gruppenes nettsteder.

innvandringen og å «arbeide for å ta tilbake makten fra den globale sionistiske eliten som økonomisk og rent militært har okkupert større deler av vår verden». I 2016 påtok gruppen seg ansvaret for å ha fjernet flagg tilhørende «Skeive sørlandsdager», noe som illustrerer at rasistiske grupperinger også kan være motstandere av andre grupper mennesker.

Det kan argumenteres for at alle disse gruppene ville (eller burde) blitt rammet av et organisasjonsforbud, og da er spørsmålet hvordan et organisasjonsforbud kunne utformes for å ramme dem. Med ett unntak ser gruppene ut til ikke å være formelt registrert, det er uklart hvor mange medlemmer de har eller hvor stor aktivitet de har, og så videre. Det er uklart om de er «bevegelser», «nettverk», «organisasjoner», eller bare miljøer bestående av personer som mer eller mindre tilfeldig har funnet frem til hverandre og bedriver en tidsbegrenset aktivitet. Det er lovteknisk veldig vanskelig å utforme et forbud som på en treffende måte rammer disse organisasjonene.

Flere av gruppene har nettsteder hvor man enkelt kan trykke på en lenke for å «bli medlem», og hvis et organisasjonsforbud utformes etter mønster av FNs rasediskrimineringskonvensjon artikkel 4.b ville det å registrere seg som medlem i seg selv måtte være straffbart, selv om man ikke har deltatt i noen aktivitet innenfor gruppen. Dette fremstår som uheldig.

Neste spørsmål er hvordan man kan ramme disse gruppene uten å ramme andre grupper som man av ulike grunner ikke ønsker å ramme. Et eksempel kan være Human Rights Service, som mottar statlig støtte og som er anerkjent som en legitim stemme i samfunnsdebatten, og som ifølge sine vedtekter arbeider for et fleretnisk samfunn med respekt for sentrale menneskerettigheter. Organisasjonen fremstilles imidlertid ofte i media og blant meningsmotstandere som islamkritisk og innvandringsfiendtlig på bakgrunn av hvordan den opptrer, uavhengig av hva dens vedtekter sier eller hvordan organisasjonen oppfatter seg. Det er jo helt åpenbart at en slik aktør verken kan eller bør forbys selv om den eventuelt måtte være islamkritisk. Og hvordan skiller man lovteknisk mellom det som er «rasistisk» og det som er «kritisk»?

Det er slike praktiske eksempler som må ligge til grunn når man vurderer et organisasjonsforbud. Jeg støtter tilnærmingen i tidligere utredninger av spørsmålet, som tilsier at det er grupperingenes rasediskriminerende aktiviteter som bør motarbeides ved forbud og straffeforfølgning, ikke deres eksistens i seg selv. Jeg foreslår derfor ikke noe formelt organisasjonsforbud.

Jeg foreslår imidlertid at det gjeninnføres en bestemmelse etter mønster av straffeloven 1902 § 330, som satte straff for den som stifter eller deltar i en forening som er forbudt ved lov, eller som har til formål å begå eller oppmuntre til en handling som kan straffes med fengsel i minst 6 måneder. Dette vil gi en hjemmel for å straffeforfølge deltakelse i rasistiske organisasjoner, og andre europeiske land har med tilsvarende lovgivning unngått kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité. Jeg tror denne bestemmelsen ble opphevet på et litt sviktende grunnlag, og at det er grunn til å gjeninnføre den.

5.5.2 Andre diskrimineringsgrunnlag

Det følger av foregående punkt at jeg mener det heller ikke bør innføres noe forbud mot organisasjoner som diskriminerer på annet grunnlag enn etnisitet eller religion. Forslaget om gjeninnføring av en bestemmelse som åpner for å straffeforfølge deltakelse i en organisasjon som har til formål å begå eller oppmuntre til en handling som kan straffes med fengsel i minst 6 måneder vil imidlertid også omfatte organisasjoner som retter seg mot andre diskrimineringsgrunnlag. Eksemplet med Den nordiske motstandsbevegelsen viser at dette er en fornuftig tilnærming, ved at en organisasjon som fremstår som rasistisk gjerne også vil være diskriminerende overfor andre grupper, slik som seksuelle minoriteter eller personer med nedsatt funksjonsevne.

5.6 Grov diskriminering begått av flere i fellesskap

5.6.1 Bør bestemmelsen i diskrimineringsloven om etnisitet § 26 videreføres?

Diskrimineringsloven om etnisitet § 26 gir en meget spesiell bestemmelse om grov diskriminering som begås av tre eller flere personer i fellesskap. Bestemmelsen har ikke blitt benyttet i praksis, uten at det er kjent hvorfor dette er tilfellet. Det kan spekuleres i at bestemmelsen er lite kjent, både blant publikum og i påtalemyndigheten, slik at mulige overtredelser ikke anmeldes eller påtales. En annen mulig årsak er at bestemmelsen inneholder straffbarhetsvilkår som dels er uvanlige i norsk rett og som dels er vanskelige å bevise.

Det mest uvanlige består i at straffbarhet er betinget av at diskrimineringen begås av tre eller flere personer i fellesskap Så vidt jeg kjenner til, er dette den eneste bestemmelsen i norsk straffelovgivning som har fellesskap som et straffbarhetsvilkår, ved siden av straffeloven § 198 om forbund om alvorlig organisert kriminalitet.

I tillegg rammer bestemmelsen bare «grov» diskriminering, som i seg selv gjør det vanskeligere å bevise overtredelse av bestemmelsen. Hva som er «grovt», defineres videre i § 26 annet ledd på en måte som gjør at bestemmelsen får et begrenset anvendelsesområde. Blant annet skal det legges vekt på om «overtredelsen er rasistisk motivert», noe som nærmest er en forutsetning all den tid bestemmelsen handler om grov diskriminering på grunnlag av etnisitet, religion og livssyn. Dernest skal det legges vekt på om diskrimineringen «har karakter av trakassering, om den innebærer en legemskrenkelse eller alvorlig krenkelse av noens psykiske integritet, om den er egnet til å skape frykt og om den er begått mot en person som er under 18 år». Med unntak for det sistnevnte alternativet er det vanskelig å konstruere konkrete eksempler på handlinger som vil rammes av bestemmelsen uten også å rammes av andre bestemmelser i straffelovgivningen. Bestemmelsen har imidlertid en strafferamme som tilsier at den har en selvstendig betydning uansett, eksempelvis der hvor den diskriminerende handlingen innebærer en kroppskrenkelse. Etter straffeloven § 271 kan en kroppskrenkelse straffes med inntil 1 års fengsel, mens diskrimineringsloven om etnisitet § 26 åpner for inntil 3 års fengsel når handlingen er utført som en grovt diskriminerende handling begått av flere i fellesskap

Lovforarbeidene viser at bestemmelsen er gitt for å oppfylle kravet i FNs rasediskriminerings-konvensjon artikkel 4.b uten å innføre noe formelt organisasjonsforbud, men kritikken fra FNs rasediskrimineringskomité viser at bestemmelsen uansett ikke anses for å oppfylle dette

formålet. Dette er dermed ikke noe treffende argument for å beholde bestemmelsen slik den står.

Som vist i kapittel 4 ovenfor ser det ut til at dette er en særnorsk bestemmelse som andre land ikke har. Dette er ikke nødvendigvis noe sterkt argument for eller mot å ha en slik bestemmelse i Norge, men det antyder at andre land ikke har sett noe behov for bestemmelsen.

Denne utredningens grunnpremiss om likebehandling av diskrimineringsgrunnlagene tilsier at hvis bestemmelsen videreføres i en ny likestilling- og diskrimineringslov, bør den gjøres gjeldende for alle de diskrimineringsgrunnlagene som omfattes av loven. Som beskrevet i punkt 5.3.1 bør det gjøres unntak fra dette bare hvis tungtveiende hensyn tilsier noe annet, og jeg mener for egen del at det ikke er et «tungtveiende hensyn» at det stilles andre krav i FNs rasediskrimineringskonvensjon enn i andre konvensjoner, særlig når bestemmelsen uansett ikke er ansett som tilstrekkelig for å oppfylle konvensjonens krav.

Det er også vanskelig å forsvare bestemmelsens eksistens ved siden av straffeloven § 198 om forbund om alvorlig organisert kriminalitet.

Det er utfordrende å konstruere et praktisk eksempel som viser at bestemmelsen har en selvstendig betydning. Det skal altså være tale om en diskriminerende handling som er grov nok til å oppfylle bestemmelsens strenge vilkår, men som ikke oppfyller straffbarhetsvilkårene i straffeloven § 198. Jeg tror imidlertid at følgende eksempel kan illustrere at bestemmelsen likevel har en funksjon:

En guttegjeng bedriver langvarig mobbing av en mørkhudet ungdomsskoleelev (altså under 18 år). Utenfor skolen og uten at andre overhører det (slik at straffeloven § 185 første ledd første punktum ikke er anvendelig) fremsettes grovt krenkende ytringer som skaper frykt og engstelse. Etter lang tids mobbing begår ungdomsskoleeleven til slutt selvmord. Dette vil etter omstendighetene rammes av en rekke bestemmelser i straffeloven, slik som § 266 om hensynsløs atferd, § 263 om trusler eller § 271 om kroppskrenkelse (hvis mobbingen involverer slike forhold), og så videre, men etter omstendighetene kan diskrimineringsloven om etnisitet § 26 gi en høyere strafferamme enn andre anvendelige bestemmelser i straffeloven. Samtidig kan det ha en symbolvirkning i slike tilfeller at noen tiltales for grov diskriminering i stedet for eksempelvis hensynsløs atferd.

Til tross for at bestemmelsen ser ut til å ha liten betydning i praksis, foreslår jeg derfor under en viss tvil at bestemmelsen bør videreføres.

5.6.2 Bestemmelsens utforming og plassering hvis den videreføres

Hvis diskrimineringsloven om etnisitet § 26 videreføres, oppstår en del spørsmål om hvordan den bør utformes og hvor den bør plasseres.

Lovteknisk kan bestemmelsen plasseres enten i straffeloven eller i likestillings- og diskrimineringsloven. Begge løsninger har fordeler og ulemper.

Plassering i straffeloven skaper nærmere tilknytning til straffelovens øvrige bestemmelser om diskriminering, særlig §§ 185 og 186. Dette gjør også at straffelovens generelle bestemmelser vil få anvendelse, slik at bestemmelsen kan gis en enklere utforming enn hvis den plasseres i spesiallovgivningen. Bestemmelsen kan også bli bedre kjent, både hos publikum og hos påtalemyndigheten.

Plassering i likestillings- og diskrimineringsloven vil på sin side klargjøre at det er grove overtredelser av denne loven som rammes. Denne koblingen vil man ikke få hvis bestemmelsen plasseres i straffeloven. Plassering her ville tydeliggjøre at lovens definisjoner og generelle vilkår også gjelder for straffebestemmelsen, herunder hva som menes med diskriminering. Plassering i straffeloven kunne gjøre det nødvendig å gi en legaldefinisjon av hva som menes med diskriminering, samtidig som det kunne bli lovteknisk utfordrende å utforme en lovbestemmelse om grov diskriminering som tydeliggjør for rettsanvenderen at den også gjelder utenfor ervervsvirksomhet, siden § 186 har en slik begrensning.

Jeg foreslår for egen del at bestemmelsen gis som § 40 i likestillings- og diskrimineringsloven, som foreslått av departementet i høringsnotatet fra 2015.

Jeg foreslår imidlertid at den gis en litt annen utforming, primært ved at den gis anvendelse for alle diskrimineringsgrunnlagene i loven. Selv om bestemmelsen har en særlig bakgrunn knyttet til rasediskriminering, er ikke det en holdbar begrunnelse for å begrense bestemmelsens anvendelsesområde til dette diskrimineringsgrunnlaget dersom bestemmelsen videreføres. Som vist ovenfor, anses bestemmelsen uansett ikke å oppfylle kravene i FNs rasediskrimineringskonvensjon, og dermed er dette uansett ikke en holdbar begrunnelse for bestemmelsen og dermed heller ikke for å begrense den til å gjelde dette diskriminerings-grunnlaget. Med denne utvidelsen kan bestemmelsen gis en litt enklere utforming.

Jeg foreslår også visse lovtekniske endringer sammenliknet med departementets høringsnotat, men disse forslagene har ingen realitetsbetydning, og jeg viser derfor til spesialmerknadene nedenfor.

Jeg foreslår ingen endringer på et par områder hvor mandatet for denne utredningen ber om en særlig vurdering. Dette gjelder for det første pliktsubjektene («den som i fellesskap med minst to andre»), og for det andre strafferammen (nå bøter eller fengsel inntil tre år). Selv om bestemmelsens angivelse av pliktsubjektet er uvant i norsk strafferett, innebærer gjeldende beskrivelse at det er samsvar med straffeloven § 198 om organisert kriminalitet. Det fremstår som unødvendig forvirrende hvis pliktsubjektet i disse to bestemmelsene skulle være ulikt. Strafferammen på tre års fengsel fremstår også som hensiktsmessig i lys av andre relevante bestemmelser, og foreslås derfor ikke endret.

5.7 Diskriminerende handlinger og ytringer

Innenfor rammene av denne enpersonsutredningen har det ikke vært rom for å gå inn i alle spørsmål vedrørende straffbarheten av diskriminerende handlinger og ytringer, og jeg konsentrerer meg som tidligere nevnt om spørsmålet om hvorvidt straffelovens bestemmelser har en fornuftig angivelse av relevante diskrimineringsgrunnlag.

Det fremgår av punkt 5.3.1 ovenfor at jeg mener diskrimineringsgrunnlagene skal likestilles med mindre tungtveiende hensyn tilsier noe annet, og det fremgår av punkt 5.4 at jeg mener det strafferettslige diskrimineringsvernet bør utvides til å gjelde flere diskrimineringsgrunnlag. Jeg foreslår derfor endringer i flere bestemmelser i straffeloven, og viser generelt til lovutkastet og spesialmerknadene nedenfor.

5.8 Tortur

Et siste spørsmål er om straffeloven § 174 bør endres i samsvar med anbefalingene fra FNs torturkomité, som ber Norge innta en henvisning til «discrimination of any kind» i stedet for gjeldende retts løsning med oppregning av bestemte diskrimineringsgrunnlag. I likhet med tidligere vurderinger av dette spørsmålet mener jeg at en åpen angivelse til enhver form for diskriminering blir for vag og ubestemt for straffeloven. Legalitetsprinsippet og hensynet til rettslig forutsigbarhet tilsier at straffebestemmelser må utformes med større krav til presisjon, og det er ikke en tilstrekkelig begrunnelse for utvidelse at FNs torturkomité kritiserer norsk lovgivning på dette punktet. Det vil være svært liten forskjell i praksis, om noen i det hele tatt, mellom de to formuleringene, og den norske lovteksten vil uansett innebære en lojal, hensiktsmessig og tilstrekkelig oppfyllelse av våre internasjonale forpliktelser.

Jeg foreslår derfor at straffeloven § 174 bare endres slik at den samsvarer med straffelovens øvrige diskrimineringsvern.

6 LOVTEKST OG SPESIALMERKNADER

6.1 Utkast til lovtekst

6.1.1 Straffeloven

I lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) gjøres følgende endringer:

§ 77 bokstav i) skal lyde:

i) har sin bakgrunn i andres religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, *seksuelle* orientering, *kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk, kjønn*, funksjonsevne eller andre forhold som støter an mot grupper med et særskilt behov for vern,

§ 174 første ledd bokstav c skal lyde:

c) på grunn av personens religion eller livssyn, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, *seksuelle* orientering, *kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk,* nedsatte funksjonsevne eller kjønn.

§ 185 annet ledd skal lyde:

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, *kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk,*

d) *kjønn, eller*

e) nedsatte funksjonsevne.

§ 186 første ledd skal lyde:

Med bot eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som i ervervsmessig eller liknende virksomhet nekter en person varer eller tjenester på grunn av personens

a) hudfarge eller nasjonale eller etniske opprinnelse,

b) religion og livssyn,

c) *seksuelle* orientering, *kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk,*

d) *kjønn, eller*

e) nedsatte funksjonsevne, såfremt nektelsen ikke skyldes manglende fysisk tilrettelegging.

Ny § 198 a skal lyde:

§ 198 a. Deltakelse i lovstridige organisasjoner

Med bot eller fengsel inntil 6 måneder straffes den som stifter eller deltar i en forening som er forbudt ved lov, eller som har til formål å begå eller oppmuntre til en handling som kan straffes med fengsel i minst 6 måneder.

§ 264 skal lyde:

Grove trusler straffes med fengsel inntil 3 år. Ved avgjørelsen av om trusselen er grov skal det særlig legges vekt på om den er rettet mot en forsvarsløs person, om den er fremsatt uprovosert eller av flere i fellesskap, og om den er motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, *seksuelle* orientering*, kjønn, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk* eller nedsatte funksjonsevne.

§ 272 første ledd bokstav e skal lyde:

e) er motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, *seksuelle* orientering*, kjønn, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk* eller nedsatte funksjonsevne, eller

§ 274 første ledd bokstav e skal lyde:

e) er motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, *seksuelle* orientering*, kjønn, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk* eller nedsatte funksjonsevne, eller

§ 352 første ledd bokstav c skal lyde:

c) om det var motivert av fornærmedes hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, religion, livssyn, *seksuelle* orientering*, kjønn, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk* eller nedsatte funksjonsevne, og

6.1.2 Likestillings- og diskrimineringsloven

I lov xx.xx.xxxx om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) skal **§ 40** lyde:

§ 40. Straff for grov diskriminering som er begått av flere i fellesskap

Med bøter eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig i felleskap med minst to andre personer grovt overtrer denne lovs forbud mot å

a) diskriminere, jf. § 6,

b) trakassere, jf. § 13,

c) gjøre gjengjeld, jf. § 14, eller

d) instruere om å diskriminere, jf. § 15.

Den som tidligere er ilagt straff for overtredelse av første ledd, kan straffes selv om overtredelsen ikke er grov.

Ved vurderingen av om en overtredelse er grov skal det særlig legges vekt på graden av utvist skyld, motivert, om den har karakter av trakassering, om den innebærer en kroppskrenkelse eller alvorlig krenkelse av noens psykiske integritet, om den er egnet til å skape frykt og om den er begått mot en person som er under 18 år.

Før tiltale tas ut for forhold som nevnt i første ledd, skal det vurderes om det vil være tilstrekkelig å ilegge en administrativ reaksjon.

Reglene om delt bevisbyrde i § 38 gjelder ikke ved håndhevingen av denne bestemmelsen.

Dersom overtredelsen er ledd i aktivitetene til en organisert kriminell gruppe, gjelder straffeloven §§ 79 bokstav c og 198.

6.2 Merknader til lovteksten

6.2.1 Straffeloven

Til § 77:

Bestemmelsen foreslås endret for å samsvare med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor.

Det foreslås også å føye til kjønn som et vernet diskrimineringsgrunnlag, jf. punkt 5.4.2 ovenfor. Dette er noe mer problematisk, siden det generelle anvendelsesområdet til § 77 vil gjøre at dette blir et straffskjerpende moment også for straffbare handlinger som i seg selv er rettet mot noens kjønn, se særlig straffelovens kapittel 26 om seksuallovbrudd. Eksempelvis ved voldtekt kan

det klart nok ikke være straffskjerpende at handlingen «har sin bakgrunn i andres … kjønn». Siden § 77 ikke oppstiller noen økning i strafferammene, er dette likevel et beskjedent problem.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 174:

Det foreslås endringer i første ledd bokstav c for å sikre samsvar med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor.

Det må erkjennes at lovendringen ikke vil sikre samsvar med definisjonen i FNs tortur-konvensjon artikkel 1. For dette vises til punkt 5.8 ovenfor. For bestemmelsens øvrige avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 185:

Bestemmelsen foreslås endret for å samsvare med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 186:

Bestemmelsen foreslås endret for å samsvare med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 198 a:

Bestemmelsen er utformet etter mønster av straffeloven 1902 § 330, som ikke ble videreført i straffeloven 2005. Dette ble begrunnet med at gjeldende lovgivning ikke inneholdt noe forbud mot bestemte organisasjoner samt at alternativet om straff for foreninger som har til formål å begå straffbare handlinger var for vidtrekkende, se punkt 2.2.3 ovenfor. Andre europeiske land

har imidlertid liknende bestemmelser, som sammen med bestemmelser om straff for diskriminerende handlinger eller ytringer tilsvarende straffeloven §§ 185 og 186 ser ut til å motvirke kritikk fra FNs rasediskrimineringskomité.

Straffeloven 1902 § 330 satte en alminnelig strafferamme på 3 måneder, som kunne forhøyes til 6 måneder hvis foreningen hadde til formål å begå eller oppmuntre til forbrytelser, som i straffeloven 1902 var en kategori av straffbare handlinger som var adskilt fra forseelser. Dette skillet ble ikke videreført i straffeloven 2005, og kan ikke benyttes i en ny bestemmelse. Det foreslås i stedet en generell strafferamme på 6 måneder, siden 3 måneder ikke lenger benyttes som strafferamme.[159]

Den opphevede bestemmelsen ga også straffehjemmel overfor organisasjoner hvor medlemmene forpliktet seg til ubetinget lydighet overfor noen. Dette alternativet foreslås ikke videreført. Det er ikke relevant for å gjennomføre våre internasjonale menneskeretts-forpliktelser, og det er vanskelig å se noen god begrunnelse for å ta den inn igjen.

Til § 264:

Bestemmelsen foreslås endret for å samsvare med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 272:

Det foreslås endringer i første ledd bokstav e) for å sikre samsvar med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 274:

Det foreslås endringer i første ledd bokstav e) for å sikre samsvar med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

---

[159] Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 11.4.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

Til § 352:

Det foreslås endringer i første ledd bokstav c) for å sikre samsvar med de øvrige strafferettslige diskrimineringsbestemmelsene.

«Homofil orientering» foreslås endret til «seksuell orientering», jf. punkt 5.4.5 ovenfor. Det foreslås videre å føye til kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, jf. punkt 5.4.4 ovenfor, og å føye til kjønn, jf. punkt 5.4.2 ovenfor.

For bestemmelsens avgrensning av de relevante diskrimineringsgrunnlagene vises det til begrunnelsen i punkt 5.4.6 ovenfor.

6.2.2 Likestillings- og diskrimineringsloven

Til § 40:

Bestemmelsen videreføre diskrimineringsloven om etnisitet § 26, men den utvides til å omfatte alle diskrimineringsgrunnlagene som er vernet i likestillings- og diskrimineringsloven. Det vises generelt til punkt 5.6 ovenfor.

Sammenliknet med Barne- og likestillingsdepartementets høringsnotat 2015 er det foreslått noen lovtekniske endringer. Det er tatt inn igjen en uttrykkelig henvisning til at overtredelse må være forsettlig for å kunne straffes, noe som finnes i gjeldende diskrimineringslov om etnisitet § 26. Det er videre gjort noen språklige endringer som ikke har noen realitetsbetydning. I forslagets tredje ledd, som tilsvarer annet ledd i høringsnotatet, foreslås det å ta ut henvisningen til rasistisk motivasjon. Dette begrepet har en uklar betydning i gjeldende lov, siden bestemmelsen som sådan gjelder rasistisk diskriminering, og gir uansett ingen mening hvis bestemmelsens anvendelsesområde utvides..

6.3 Økonomiske og administrative konsekvenser

Jeg kan vanskelig se at noen av lovforslagene ovenfor vil medføre vesentlige økonomiske eller administrative konsekvenser. Det er tale om straffebestemmelser som hittil har vært lite benyttet, og dette må antas å forbli tilfellet også fremover selv om virkeområdet til bestemmelsene utvides noe. Dersom lovendringene skulle føre til en økning i antallet anmeldelser, tiltaler og/eller domfellelser, er det klart at dette vil ha en kostnad, men det er altså lite trolig at dette vil bli en vesentlig konsekvens av lovforslaget.

Diskrimineringslovgivning har som sitt grunnleggende formål å motvirke diskriminering og å sikre likebehandling. I den grad dette formålet oppnås, har det en klar samfunnsmessig gevinst,

og som et ledd i diskrimineringsvernet vil det strafferettslige vernet bidra til oppfyllelse av denne gevinsten. Det er imidlertid umulig å tallfeste en slik gevinst, og det er nok uansett grunn til å tro at en utvidelse av det strafferettslige diskrimineringsvernet vil ha en svært beskjeden virkning i å motvirke diskriminering utover hva som oppnås gjennom øvrig lovregulering.

Generelt må det understrekes at det strafferettslige diskrimineringsvernet bare er aktuelt i unntakstilfeller, og det vil være få saker som oppstår etter de aktuelle bestemmelsene.