

Rettslig moralisme og retten til ytringsfrihet

Kristian Skagen Ekeli

Kristian Skagen Ekeli er professor i filosofi ved Universitetet i Stavanger. Han arbeider med forskjellige problemstillinger innenfor etikk, politisk filosofi og rettsfilosofi.

kristian.ekeli@uis.no

1. INNLEDNING¹

Det finnes en rekke politiske og religiøse synspunkter som det vil være moralsk sett galt å ytre. Hatefulle ytringer, som rasistiske og islamofobiske ytringer, er et mye omtalt eksempel både i den offentlige og den akademiske debatten om ytringsfrihet. Det er vanlig å anta at hatefulle ytringer er ytringer som formidler, sprer eller forsvaret politiske eller religiøse synspunkter som krenker andre personer og deres verdighet. Det er bred enighet om at slike ytringer eller talehandlinger ofte er moralsk sett gale, fordi vi har en *pro tanto* moralsk plikt til ikke å krenke andre personer og deres verdighet.

Her stopper imidlertid enigheten i den filosofiske og juridiske debatten om ytringsfrihet og hatefulle ytringer. Noen forsvaret en form for *rettslig moralisme* som innebærer at hatefulle ytringer er umoralske handlinger, som bør forbys eller kriminaliseres. Tanken er at hatefulle ytringer bør forbys for å beskytte samfunnets moralske miljø og forme eller oppdra moralske og siviliserte borgere som viser respekt for hverandres verdighet – selv om de aktuelle ytringene ikke krenker andre personers grunnleggende politiske og sivile rettigheter.² Det vil si at man støtter den typen forbud mot hatefulle ytringer som man finner i Norge og andre europeiske demokratier, fordi slike forbud utgjør en ønskelig form for «morsk miljøvern». På den andre siden i debatten finner man *liberale motstandere av rettslig moralisme*, som hevder at retten til ytringsfrihet krever synspunktnøytralitet i liberale demokratier. Det vil si at alle borgere har en rett til å ytre *ethvert* politisk og religiøst synspunkt.³

1. Jeg vil takke Erik Christensen, Espen Gamlund, Ori Herstein, Kjartan Koch Mikalsen og Sveinung Sundfør Sivertsen for verdifulle kommentarer og diskusjoner.
2. Se f.eks. Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012; Sarah Sorial, «Hate Speech and Distorted Communication: Rethinking the Limits of Incitement», *Law and Philosophy*, 2014, 34: 299–324; og Sindre Bangstad og Arne Johan Vetlesen, «Ytringsfrihet og ytringsansvar», *Nytt Norsk Tidsskrift*, 2011, 28(4): 334–346.
3. Se f.eks. John Stuart Mill, *On Liberty*. London: Penguin Books, 1985/1856; Ronald Dworkin, *Freedom's Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996; Thomas Nagel, *Concealment and Exposure*. Oxford: Oxford University Press, 2002, kap. 3; og Corey Brettschneider, *When the State Speaks, What Should It Say?*. Princeton: Princeton University Press.

I denne artikkelen vil jeg diskutere følgende spørsmål om rettslig moralisme knyttet til ytringsfrihet: Har lovgivere i liberale demokratier en moralsk rett til å forby ytringer av umoralske politiske og religiøse synspunkter som ikke krenker andres grunnleggende rettigheter, for å beskytte samfunnets moralske miljø og forme moralske og siviliserte borgere? Utgangspunktet for min diskusjon er Jeremy Waldrons interessante positive svar på dette spørsmålet.⁴ Waldron forsvarer forbud mot hatefulle ytringer som har som mål å beskytte og fremme respekt for personers verdighet, og skape et sosialt og moralsk miljø preget av gjensidig respekt. I den norske debatten om ytringsansvar som oppstod i kjølvannet av 22. juli 2011 finner man lignende posisjoner, som ser ut til å være inspirert av Waldrons ideer. Dette gjelder blant annet Sindre Bangstad og Arne Johan Vetlesen.

Jeg vil argumentere for at Waldrons og andre lignende forsvar av forbud mot hatefulle ytringer utgjør en form for rettslig moralisme, som ikke bør være tillatelig i et liberalt demokrati. I liberale demokratier bør politiske institusjoner vise respekt for personer som selvstendig tenkende aktører. Respekt for personer som tenkende aktører krever politisk og religiøs tankefrihet og synspunktnøytralitet. Doktrinen om synspunktnøytralitet innebærer at alle personer – inkludert ekstreme dissenterer – har en rett til å gjøre galt. Det vil si at alle bør ha en *juridisk* rett til offentlig å ytre (dvs. formidle og forsvare) ethvert politisk eller religiøst synspunkt, selv om det kan være *moralsk* sett galt å ytre visse ekstreme politiske og religiøse synspunkter offentlig. Doktrinen om synspunktnøytralitet og den tilhørende retten til å gjøre galt innebærer at flertallet av borgerne og deres valgte representanter ikke har en rett til å bruke statens tvangsmakt til å bestemme hvilke politiske og religiøse synspunkter personer offentlig kan ytre eller høre.

Diskusjonen av den skisserte problemstillingen vil forløpe slik: I del 2 vil jeg presentere den forståelsen av rettslig moralisme som vil utgjøre utgangspunktet for den påfølgende diskusjonen. Del 3 og 4 vil gjøre rede for Waldrons rettslige moralisme og hans hovedargument for denne. Del 5 vil presentere noen bidrag til den norske debatten om ytringsansvar og hatefulle ytringer som ser ut til å være inspirert av ideer i Waldrons rettslige moralisme. I del 6 og 7 vil jeg presentere og forsvare min posisjon.

2. RETTSLIG MORALISME

Den filosofiske og juridiske debatten om rettslig moralisme dreier seg om en viktig dimensjon ved forholdet mellom lov og moral. Rettsfilosofen H. L. A. Hart var den som først introduserte termen rettslig moralisme, og Hart skriver at denne dimensjonen dreier seg om tillatelig rettslig håndheving av moral – det vil si tillatelig bruk av rettslig tvang og sanksjoner for å håndheve moral.⁵ Hart trekker et skille mellom positiv og kritisk moral,⁶ og rettslig moralisme kan dreie seg om rettslig håndheving av både positiv og kritisk moral.

4. Se Waldron, *The Harm in Hate Speech*; og «Dignity and Defamation: The Visibility of Hate», *Harvard Law Review*, 2010, 123: 1596-1657.

5. Ifølge Hart dreier debatten om rettslig moralisme seg om «the legal enforcement of morality». Se Hart, *Law, Liberty, and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963, s. 6. Mye av diskusjonen har fokusert på tillatelig kriminalisering av umoralske handlinger (dvs. forbud i statens straffelov), men debatten om rettslig moralisme har også tatt opp andre former for rettslig regulering.

6. Se Hart, *Law, Liberty, and Morality*, s. 20.

«Positiv moral» refererer til den moral eller de moralske oppfatninger som faktisk er dominerende i en gitt sosial gruppe. Eksempler kan være at prostitusjon, pornografi, homofili eller polygami er umoralsk eller synd. «Kritisk moral» viser til moralske standarder (plikter, verdier, dyder og laster) som man antar at det er overbevisende grunner for at bør gjelde eller være bindende for moralske aktører, uavhengig av om disse standardene faktisk er akseptert av en gitt sosial gruppe eller ei. Noen vil for eksempel hevde at det er overbevisende prinsipielle etiske grunner for moralske standarder som tilsier at prostitusjon eller polygami er umoralsk.

Et sentralt spørsmål i debatten mellom rettslige moralister og deres liberale motstandere er *hvilke typer umoralske handlinger det er tillatelig for stater eller lovgivere å forby gjennom lover som kan håndheves med tvang*. Dette kan betraktes som et viktig aspekt ved det klassiske problemet om rettmessig utøvelse av politisk tvangsmakt. Det bør understrekes at *alle* er enige om at det er tillatelig for stater å forby eller kriminalisere visse typer umoralske handlinger. Det er for eksempel enighet om strafferettslige forbud mot umoralske handlinger som drap, voldtekt, tyveri, osv. Det samme gjelder forbud mot umoralske handlinger som krenker andre personers grunnleggende rettigheter. *Rettslig moralisme i vid forstand* kan sies å vise til den posisjonen at det er tillatelig for lovgivere å forby eller kriminalisere umoralske aktiviteter som (1) ikke påfører andre alvorlig skade enn de som har gitt sitt frie samtykke til å delta i aktivitetene og bli utsatt for skade, eller (2) ikke krenker andre personers grunnleggende rettigheter – spesielt personers politiske og sivile rettigheter. Grovt sett er denne generelle posisjonen skyteskiven for John Stuart Mill og andre motstandere av rettslig moralisme i den liberale tradisjonen i politisk filosofi og rettsfilosofi. *Mills frihetsprinsipp* (eller skadeprinsipp) er et berømt eksempel på et liberalt *anti-moralistisk prinsipp*. Frihetsprinsippet innebærer at det er utillatelig å forby umoralske aktiviteter hvis disse (1) ikke påfører andre alvorlig skade (enn de som frivillig deltar i aktivitetene), eller (2) ikke krenker andres grunnleggende rettigheter.⁷

Man kan imidlertid finne ulike versjoner av rettslig moralisme, som representerer forskjellige syn på hva slags umoralske handlinger av type (1) og (2) det er tillatt å forby. I den påfølgende diskusjonen vil jeg ta utgangspunkt i en form for perfeksjonistisk rettslig moralisme:

Perfeksjonistisk rettslig moralisme

Det er tillatelig for lovgivere å forby eller kriminalisere umoralske handlinger som ikke krenker andres grunnleggende rettigheter, for (a) å beskytte samfunnets moralske miljø hvor personers karakter formes, eller (b) forme eller oppdra moralske og siviliserte borgere – det vil blant annet si borgere som viser respekt for andre personer og deres verdighet.

Det kan være nyttig å klargjøre noen sentrale aspekter ved denne versjonen av rettslig moralisme, som jeg heretter enten vil omtale som «perfeksjonistisk rettslig moralisme» eller bare som «rettslig moralisme». (i) *Grunnleggende rettigheter* refererer her hovedsakelig til sivile eller liberale rettigheter og politiske eller demokratiske rettigheter. (ii) En sen-

7. Se Mill, *On Liberty*. Andre kjente motstandere av rettslig moralisme i den liberale tradisjonen i politisk filosofi er H. L. A. Hart og Joel Feinberg. Se Feinberg, *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1988.

tral antagelse i perfeksjonistisk rettslig moralisme er at det er tillatelig for staten eller lovgivere å forby eller kriminalisere umoralske handlinger og aktiviteter som krenker andre personers verdighet, og som undergraver et moralsk miljø preget av gjensidig respekt. Rettslige moralister forsvarer slike forbud *selv om* de aktuelle handlingene ikke på noen «direkte» eller «åpenbar» måte krenker andre personers grunnleggende rettigheter. Et eksempel kan illustrere hva dette vil si. Noen rettslige moralister vil mene at prostitusjon eller bordellvirksomhet representerer umoralske aktiviteter som bør forbys, fordi slik virksomhet krenker respekten for kvinners verdighet, og undergraver samfunnets moralske miljø. For disse rettslige moralistene er dette tillatelige og ønskelige forbud til tross for at bordellvirksomhet eller prostitusjon – hvor de involverte voksne og kompetente parter har gitt sitt frie samtykke til å delta – ikke krenker kvinners grunnleggende politiske og sivile rettigheter på en direkte eller åpenbar måte. (iii) Siden denne artikkelen fokuserer på demokratiske stater, vil *lovgivere* her vise til folket og deres valgte representanter – typisk sett et flertall av folket og deres valgte representanter. Å si at det er tillatelig for folket og deres valgte representanter å forby den ovennevnte typen umoralske handlinger, innebærer at de har en moralsk rett til å styre eller utøve statens tvangsmakt på denne måten.⁸

Perfeksjonistisk rettslig moralisme er ingen ny posisjon eller tanke i politisk filosofi. Denne posisjonen kan betraktes som en versjon av det Robert P. George omtaler som «*den tradisjonelle moralismen*», som man blant annet kan finne i Platon og Aristoteles' politiske filosofi.⁹ I vår tid forsvares en slik rettslig moralisme for eksempel av George selv og Steven Wall.¹⁰ George beskriver den tradisjonelle rettslige moralismen slik:

Aquinas' position, which is the one I believe to be correct, is the position of most defenders of morals legislation, namely, that while the main concern of criminal law ought to be the prevention of murder, rape, fraud, and the like, the law may also legitimately protect the community's moral environment [in which people form their characters]. ... Traditional moralists ... hold that morals laws may legitimately be enacted and enforced for the sake of establishing and maintaining a cultural milieu conducive to virtue and inhospitable to vice. And they believe that morals offenders may legitimately be punished.¹¹

Tradisjonell rettslig moralisme er i klar konflikt med en grunnleggende ide i klassisk liberalisme, som ligger til grunn for den posisjonen jeg vil forsvare. Ideen er at personer har en rett til frihet eller selvbestemmelse som innebærer at de bør få leve sine liv slik de selv ønsker, såfremt de ikke krenker andre personers grunnleggende rettigheter. Dette er en sentral ide i den klassiske liberale tradisjonen fra John Locke og frem til vår tid.¹² Selv om

8. Dette betyr ikke nødvendigvis at man mener at lovgivere har en moralsk plikt til å vedta slike lover i alle tilfeller, men mange rettslige moralister vil anta at lovgivere ofte har en slik plikt.

9. Se f.eks. Platon, *Kriton*. I *Platon. Samlede Verker* (Bind I), Oslo: Vidarforlaget, 1999; og Aristoteles, *Politikk*. Oslo: Vidarforlaget, 2007; *Den nikomakiske etikk*. Oslo: Vidarforlaget, 2013.

10. Se George, «Moralistic Liberalism and Legal Moralism», *Michigan Law Review*, 1990, 88(6): 1415–1429; og Wall, «Enforcing Morality», *Criminal Law and Philosophy*, 2013, 7: 455–471; «Moral Environmentalism», i C. Coons og M. Weber (red.), *Paternalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, ss. 93–114.

11. George, «Moralistic Liberalism and Legal Moralism», ss. 1422 og 1426.

12. Locke antar at personer har en naturlig rett til frihet som innebærer at de har en rett til å leve slik de selv ønsker såfremt de ikke krenker andre personers naturlige rettigheter til liv, frihet og eiendom. Se Locke, *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1689/1990.

liberalister kan ha noe forskjellige syn på hva som bør regnes som grunnleggende rettigheter, er det i dag bred enighet om at politiske og sivile rettigheter utgjør kjernen i personers grunnleggende rettigheter i et liberalt demokrati.

3. WALDRONS RETTSLIGE MORALISME: HATEFULLE YTRINGER OG MORALSK MILJØVERN

Jeremy Waldron forfekter en form for perfeksjonistisk rettslig moralisme, som forsvarer de forbud mot hatefulle ytringer som man finner i Norge og de fleste andre europeiske stater.¹³ Fellesnevneren for slike lover er at de forbyr politiske og religiøse synspunkter som angriper eller krenker andre personer på grunnlag av deres rase, etnisitet, religion eller seksuelle legning. Den norske straffeloven er et representativt eksempel på den typen lovgivning Waldron forsvarer.

Den norske straffeloven, § 185

«Med bot eller fengsel inntil 3 år straffes den som forsettlig eller grovt uaktsomt offentlig setter frem en diskriminerende eller hatefull ytring. ... 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».

Waldrons rettslige moralisme innebærer at lovgivere i et demokrati har en moralsk rett og en moralsk plikt til å forby hatefulle ytringer både for å beskytte samfunnets moralske miljø, og for å forme og oppdra moralske og siviliserte borgere som viser respekt for andre personers verdighet. Utgangspunktet for Waldrons teori om verdighet («dignity») er at verdighet dreier seg om personers politiske, rettslige og sosiale status. Den moderne ideen om personers verdighet er en normativ ide om at alle personer bør tilskrives en *høytstående* («high-ranking») og *lik status* – det vil mer presist si en høytstående og lik politisk, rettslig og sosial status, som tidligere var forbeholdt adelen.¹⁴

Waldrons ide om personers verdighet spiller en sentral rolle for hans forståelse av hatefulle ytringers mål på den ene siden, og målet for forbud mot hatefulle ytringer på den annen side. *Hatefulle ytringers mål* er å angripe eller krenke personers verdighet. Han betrakter hatefulle ytringer som en form for ærekrenkelse av grupper («group defamation»). Det vil si angrep på grupperes omdømme eller anseelse («reputation»). Waldron sammenligner hatefulle ytringer med miljøforurensning. Hatefulle ytringer utgjør en «miljøtrussel» mot det sosiale og moralske miljøet i demokratiske samfunn. De synspunktene som formidles gjennom hatefulle ytringer utgjør en «gift» som angriper personers verdighet og omdømmet til ulike grupper – spesielt minoritetsgrupper. Denne miljøgiften undergraver eller «forurenser» et sosialt og moralsk miljø preget av gjensidig respekt, som er vesentlig for å bevare eller opprettholde en velfungerende demokratisk orden.¹⁵

Målet for forbud mot hatefulle ytringer er å beskytte personers verdighet. Forbudene utgjør en form for moralsk miljøvern, som har til hensikt å bekjempe moralsk miljøforu-

13. Se Waldron, *The Harm in Hate Speech*, kap. 1–2 og ss. 39–40.

14. Se Waldron, *Dignity, Rank, and Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 33.

15. Se f.eks. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, ss. 4 og 96.

rensning. Waldron antar at i et velordnet demokrati er det statens oppgave å utforme og håndheve lover som skal forme og oppdra moralske og siviliserte borgere, for å skape og opprettholde et moralsk miljø preget av gjensidig respekt. Å beskytte personers verdighet gjennom forbud mot hatefulle ytringer er vesentlig for å sikre en demokratisk orden: «We protect people's dignity because it matters: it matters to society in general, inasmuch as society wants to secure its own democratic character and its character as a society of equals; and dignity matters of course to those whose dignity is assaulted».¹⁶ Waldron antar også at forbud mot hatefulle ytringer utgjør en form for rettslig håndheving av visse *sivilitetsnormer* («civility norms»). Dette betyr at forbud mot visse ekstreme politiske eller religiøse synspunkter er tillatt for å skape siviliserte borgere, som viser respekt for andre personers verdighet i et demokrati.¹⁷

4. WALDRONS ARGUMENT BASERT PÅ PERSONERS VERDIGHET

Waldrons argument for en perfeksjonistisk rettslig moralisme og synspunktbaserte restriksjoner på visse politiske og religiøse ytringer kan kalles *argumentet basert på personers verdighet*. Dette argumentet innebærer at liberale demokratier og deres borgere har en plikt til å respektere personers verdighet, og at visse synspunktbaserte restriksjoner er tillatelige fordi de beskytter personers verdighet og et sosialt og moralsk miljø preget av gjensidig respekt.

Det grunnleggende premisset i Waldrons argument er at personers verdighet krever eller påkaller respekt. Waldron antar mer presist at personers verdighet krever det Stephen Darwall kaller anerkjennelsesrespekt. *Anerkjennelsesrespekt* for personer innebærer at alle personer er berettiget til respekt kun i kraft av å være personer: «To say that persons as such are entitled to respect is to say that they are entitled to have other persons take seriously and weigh appropriately the fact that they are persons in deliberating about what to do».¹⁸

De moralske krav som respekt for personers verdighet gir opphav til, har minst tre relaterte aspekter. Det første går ut på at personers verdighet utgjør et grunnlag for *moralske respektplikter* – det vil si plikter til å vise anerkjennelsesrespekt for andre personer. Liberale demokratier har en offentlig plikt («public duty») til å respektere personers verdighet, mens borgere har en tilsvarende privat plikt («private duty»)¹⁹ Det andre aspektet innebærer at forbud mot hatefulle ytringer representerer en *rettslig håndheving av personers moralske respektplikter*. Waldron antar at det er rimelig å bruke statens tvangsapparat til å sørge for at borgere viser anerkjennelsesrespekt for andre personer i samfunnet.²⁰

[A]s a social and legal status, dignity has to be nourished and maintained by society and the law, and this ... is a costly and difficult business and something in which we are all required to play a

16. Waldron, *The Harm in Hate Speech*, s. 111. Se også ss. 108–109.

17. Se Waldron, *The Harm in Hate Speech*, ss. 197–201.

18. Darwall, «Two Kinds of Respect», *Ethics*, 1977, 112: 38. Darwall skiller anerkjennelsesrespekt («recognition respect») fra «appraisal respect», som innebærer at ens vurderinger av personer varierer i lys av deres synspunkter, dyder og laster, innsats, osv. Se også Waldron, *The Harm in Hate Speech*, ss. 86–87.

19. «A person's dignity ... is something about a person that commands respect from others and the state» (Waldron «Dignity and Defamation», s. 1628).

20. Se Waldron, «Dignity and Defamation», s. 1628.

part. At the very least, we are required in our public dealings not to act in a way that undermines one another's dignity in this socio-legal sense – and that is the *obligation* that is being *enforced* when we enact and administer [hate speech] laws.²¹

Det tredje aspektet innebærer at personers verdighet utgjør et grunnlag for en offentlig og en privat plikt til å gi alle personer det Waldron kaller en *verdighetsbasert forsikring* («dignity-based assurance») som et kollektivt miljøgode. Et liberalt demokrati skal gi alle borgere en offentlig og synlig forsikring om at de vil bli behandlet slik deres verdighet krever, og alle borgere har en plikt til å bidra til en slik verdighetsbasert forsikring som et kollektivt miljøgode alle kan nyte godt av. En sentral ide er her at i et «velordnet» liberaldemokratisk samfunn så bør alle borgere ha en offentlig og synlig forsikring om hverandres felles forpliktelse («commitment») til å respektere *alle* personers verdighet og grunnleggende rettferdighetskrav. *Hatefulle ytringer* utgjør en miljøgift som krenker personers verdighet, og undergraver en verdighetsbasert forsikring, som et kollektivt miljøgode. *Lover som forbyr hatefulle ytringer* skal gi en offentlig og synlig verdighetsbasert forsikring som et kollektivt miljøgode. Lovene har til hensikt å forhindre hatsprederes moralske miljøforurensning,²² og skape og bevare et moralsk og sosialt miljø preget av gjensidig respekt – både gjennom tvang og gjennom de felles verdier lovene gir uttrykk for.²³

5. RETTSLIGE MORALISTER OG TÅKEFYRSTER I DEN NORSKE DEBATTEN OM YTRINGSANSVAR

I den norske debatten om ytringsansvar og hatefulle ytringer kan man finne posisjoner som ser ut til å være inspirert av sentrale ideer i Waldrons rettslige moralisme. Dette gjelder blant annet Sindre Bangstad og Arne Johan Vetlesen.²⁴ I likhet med Waldron, hevder de at hatefulle ytringer er umoralske talehandlinger som bør forbys, for å beskytte et demokratisk samfunns moralske miljø og en offentlig debattkultur som er preget av gjensidig respekt. Odin Lysaker og Henrik Syse ser ut til å forsvare en lignende posisjon, som også ser ut til å være inspirert av Waldrons rettslige moralisme.²⁵ Dette er imidlertid langt mer uklart, fordi deres posisjon er overraskende vag på et sentralt område. I den internasjonale filosofiske og juridiske debatten om ytringsfrihet er det grunnleggende spørsmålet om ytringsfrihetens rekkevidde hvorvidt synspunktbaserte restriksjoner på politiske og religiøse ytringer bør være tillatelige i et liberalt demokrati. Det er her det viktigste slaget står. I likhet med Waldron, har Bangstad og Vetlesen et forbilledlig klart svar på dette spørsmålet. Som Waldron, støtter de visse synspunktbaserte restriksjoner som forbud mot hatefulle

21. Waldron, «Dignity and Defamation», s. 1612; mine uthevinger. Se også s. 1630.

22. Med «hatspredere» tenker jeg her på personer, grupper eller organisasjoner som offentlig angriper eller krenker andre på grunnlag av deres rase, etnisitet, religion og livssyn eller seksuelle legning.

23. Waldron, «Dignity and Defamation», s. 1623 og *The Harm in Hate Speech*, ss. 80–81.

24. Se Bangstad og Vetlesen, «Ytringsfrihet og ytringsansvar»; og Arne Johan Vetlesen, Sindre Bangstad, Thomas Hylland Eriksen og Bushra Ishaq, «Uakseptable ytringer», *Aftenposten*, 22. august 2011. Waldron trekkes frem i begge disse artiklene.

25. Se Lysaker og Syse, «Ingen ytringsfrihet uten etikk», *Aftenposten*, 28. mai 2013; «Etikk og ytringsfrihet – side om side», *Aftenposten*, 13. juni 2013; «Slik får vi en anstendig debatt», *Aftenposten*, 19. september 2014; «Å tolerere satire. Ytringsfrihetens moralske ansvar», *Sosiologi i dag*, 2015, 45(4): 38–66; Lysaker, «Moralsk rett til ikke å krenkes», *Aftenposten*, 30. mars 2016; og Syse, «Hvor mye skal vi tåle?», *Dagbladet*, 11. november 2015.

ytringer, og de fremsetter interessante og viktige argumenter for en slik posisjon. De argumenterer blant annet for at hatefulle ytringer sprer farlige og giftige synspunkter eller ideer som kan korrumpere personers moral og lede til voldelig radikaliserings – som i Anders Behring Breiviks tilfelle. De er spesielt opptatt av hvordan slike farlige og giftige synspunkter spres i nye sosiale medier eller «deloffentligheter» som har en sekterisk karakter. Det vil si nettsteder og fora hvor meningsutveksling og diskusjon domineres av likesinnede deltagere, og hvor konkurrerende perspektiver og argumenter i stor grad stenges ute slik at deltagerens synspunkter ofte forsterkes, fordi de ikke blir utfordret eller gjort til gjenstand for kritikk.

Lysaker og Syses svar på spørsmålet om ytringsfrihetens rekkevidde og synspunktnøytralitet er derimot forunderlig uklart. Deres posisjon er at «[v]i må forsvare en utstrakt ytringsfrihet» – «en vid juridisk garantert ytringsfrihet».²⁶ Hva vil det si? Har vi «utstrakt ytringsfrihet» eller «en vid juridisk garantert ytringsfrihet» i Norge til tross for forbudet mot hatefulle ytringer? Det meste av det Lysaker og Syse skriver tyder på at de er enige med Waldron i at det er gode grunner for visse synspunktbaserte restriksjoner, som det norske forbudet mot hatefulle ytringer. Lysaker hevder endog at vi har en moralsk rett til ikke å krenkes som er basert på personers «iboende verdighet».²⁷ Det er likevel ikke klart om de forsvarer forbud mot hatefulle ytringer. I artikkelen «Ingen ytringsfrihet uten etikk» (2013), forsvarer de følgende selvmotsigende ideer. På den ene siden hevder de at retten til ytringsfrihet er en absolutt rettighet. Dette betyr, ifølge standarddefinisjonen av en absolutt rettighet, at retten til ytringsfrihet skal respekteres i *alle* mulige situasjoner uavhengig av konkurrerende etiske hensyn.²⁸ (Dette er for øvrig en antagelse ingen i den akademiske debatten vil støtte.) På den annen side forsvarer de den norske konstitusjonelle doktrinen om ytringsfrihet – en doktrine som innebærer at retten til ytringsfrihet ikke er absolutt, og som tillater visse synspunktbaserte restriksjoner, som forbud mot hatefulle ytringer. I Norge er retten til ytringsfrihet hverken absolutt eller synspunktnøytral.

Det som imidlertid er klart ved Lysaker og Syses posisjon, er noe alle i den akademiske debatten synes å være enige om. Dette er antagelsen om at vi har et moralsk ansvar for våre ytringer, og at man ideelt sett bør respektere visse normer for sivilisert og anstendig offentlig debatt i et liberalt demokrati. Å bruke energi og blekk for å argumentere for dette er som å slå inn en åpen dør. Det er *ikke* her slaget står. Utfordringen i den pågående internasjonale og nasjonale debatten om ytringsfrihet og hatefulle ytringer, er ikke å utforme en «kardemommebylov» for anstendig offentlig debatt, som Lysaker og Syse tar til orde for. Det interessante og viktige spørsmålet i denne sammenhengen er hvorvidt det er tillatelig for liberale demokratier å forby ytringer av visse umoralske politiske og religiøse synspunkter for å forme eller oppdra moralske og siviliserte borgere som viser hverandre gjensidig respekt.

26. Syse, «Hvor mye skal vi tåle?»; og Lysaker og Syse, «Å tolerere satire», s. 58.

27. Se Lysaker, «Moralsk rett til ikke å krenkes». Han skriver at «respekten for ethvert menneskes ukrenkelighet [basert på personers verdighet] er ikke ytringsfrihetens illegitime begrensning, men snarere dens moralske vilkår». Det er ikke helt klart for meg hva dette vil si, men det synes å bety at han i likhet med Waldron støtter forbud mot hatefulle ytringer fordi slike ytringer krenker andre personers verdighet. Lysakers posisjon er imidlertid forvirrende fordi han i artikler skrevet sammen med Syse skriver at man ikke bør forby eller straffe krenkende ytringer. Se f.eks. artikkelen «Ingen ytringsfrihet uten etikk».

28. «An *absolute right* is one that is never justifiably infringed; it is a right that must be respected in *all* possible circumstances» (Peter Jones, *Rights*. London: Macmillan, 1994, s. 190; mine uthevinger). Se også Alan Gewirth, «Are There Any Absolute Rights?», *Philosophical Quarterly*, 1981, 31: 2.

6. DOKTRINEN OM SYNSPUNKTNØYTRALITET OG RETTEN TIL Å GJØRE GALT

Vi har sett at Waldron betrakter hatspredere som miljøforurensere – i den forstand at de forurensere det moralske og det sosiale miljøet i et demokratisk samfunn. Waldrons miljøanalogi har imidlertid en alvorlig svakhet. Det er en vesentlig etisk relevant forskjell mellom miljøforurenser²⁹ og hatspredere. Hatspredere utøver en grunnleggende rettighet i et liberalt demokrati. Det gjør ikke en miljøforurensere. Man har ingen grunnleggende rett til å forurense miljøet, men man har en grunnleggende rett til politisk og religiøs ytringsfrihet, som krever *synspunktnøytralitet* i et liberalt demokrati. Som et første steg i forsvaret av denne posisjonen, vil jeg i denne delen argumentere for at doktrinen om synspunktnøytralitet innebærer at alle personer – inkludert ekstreme dissenter – har en rett til å gjøre galt (dvs. ytre umoralske politiske og religiøse synspunkter).

6.1. Doktrinen om synspunktnøytralitet

Doktrinen om synspunktnøytralitet krever at alle personer har en rett til å ytre, diskutere og høre *ethvert* politisk eller religiøst synspunkt. Synspunktnøytralitet innebærer at liberale demokratier bør beskytte ytringer av *alle* politiske og religiøse meninger, ideer eller doktriner. Denne ideen spiller også en sentral rolle i John Stuart Mills kjente teori om ytringsfrihet: «[T]here ought to exist the fullest liberty of professing and discussing, as a matter of ethical conviction, any doctrine, however immoral it may be considered».³⁰ Doktrinen om synspunktnøytralitet utelukker forbud mot å ytre politiske eller religiøse meninger og overbevisninger som er basert på ytringenes substansielle budskap – det vil si restriksjoner som er rettet mot bestemte synspunkter eller ideer. Denne doktrinen spiller en sentral rolle i amerikansk konstitusjonell rett,³¹ og den innebærer at synspunktbaserte restriksjoner på politiske og religiøse ytringer – inkludert ekstreme ytringer – er utillatelige.

For å kaste lys over hva dette betyr, kan det være nyttig å trekke et skille mellom tre ulike typer restriksjoner på ytringer. *Innholdsnøytrale restriksjoner* viser til restriksjoner som har en begrunnelse som ikke er relatert til (eller basert på) ytringens innhold eller budskap. Et eksempel er restriksjoner på tidspunkt og sted for politiske demonstrasjoner (på engelsk omtales dette ofte som «time, place and manner restrictions»). *Innholdsbaserte restriksjoner* refererer derimot til restriksjoner som er basert på ytringens innhold eller budskap. Alle innholdsbaserte restriksjoner er imidlertid ikke synspunktbaserte. For eksempel er et forbud mot politisk reklame på TV innholdsbasert, men synspunktnøytralt. *Synspunktbaserte restriksjoner* er en underkategori av innholdsbaserte restriksjoner, som legger restriksjoner på kommunikasjonen av visse bestemte synspunkter eller ideer. I en politisk sammenheng innebærer slike restriksjoner at man bringer til taushet eller utestenger en side i en politisk debatt eller uenighet. Synspunktbaserte restriksjoner har gjerne til hensikt å sensurere ytringer fordi synspunktene eller ideene som uttrykkes betraktes som farlige eller «giftige». De er vanligvis motivert av en frykt for de konsekvensene mottagelsen av

29. «Miljøforurenser» viser her bokstavelig talt til forurenser av det naturlige miljøet.

30. Mill, *On Liberty*, s. 75. Se også s. 119.

31. Se f.eks. James Weinstein, «An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech», i I. Hare and J. Weinstein (red.), *Extreme Speech and Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2009, ss. 81–91.

visse synspunkter kan få – det vil for eksempel si en frykt for at et synspunkt har en farlig eller giftig påvirkningskraft. Slike restriksjoner kan, som vi har sett, også være motivert av en frykt for at visse synspunkter er krenkende eller konfliktskapende.³²

Selv om doktrinen om synspunktnøytralitet forbyr *synspunktbaserte* restriksjoner, utelukker ikke doktrinen begrensninger av ytringsfriheten under *enhver omstendighet*. Mill har treffende beskrevet tankegangen i et berømt eksempel:

[H]uman beings should be free to form opinions and to express their opinions without reserve. ... [However,] even opinions lose their immunity when the *circumstances* in which they are expressed are such as to constitute their expression a positive instigation to some mischievous act. An opinion that corn dealers are starvers of the poor, or that property is robbery, ought to be unmolested when simply circulated through the press, but may justly incur punishment when delivered orally to an excited mob assembled before the house of a corn dealer, or when handed about among the same mob in the form of a placard.³³

Mills tankegang ligger også til grunn for den såkalte *Brandenburgtesten*, som spiller en viktig rolle i den amerikanske konstitusjonelle doktrinen om ytringsfrihet. Ifølge den amerikanske doktrinen er det ikke tillatelig å forby politiske og religiøse synspunkter, men *Brandenburgtesten* åpner for at det er tillatelig å forby politiske og religiøse ytringer i situasjoner hvor de skaper, og har til hensikt å skape, en sannsynlig og overhengende fare for alvorlige ulovlige handlinger – for eksempel straffbare voldshandlinger som terrorisme.³⁴

Det er viktig å understreke at doktrinen om synspunktnøytralitet ikke er en doktrine om at en liberal-demokratisk stat generelt sett bør være nøytral. Man kan, som Corey Brettschneider, forsvare synspunktnøytralitet, og samtidig anta at det er tillatelig for en liberal stat å offentlig forsvare liberal-demokratiske verdier og kritisere hatefulle synspunkter.³⁵

6.2. Retten til å gjøre galt

Doktrinen om synspunktnøytralitet har til hensikt å beskytte åpne og frie intrapersonlige og interpersonlige deliberasjonsprosesser³⁶ om politikk og livssyn. Doktrinen innebærer at det ikke er tillatelig for en demokratisk stat (eller et flertall av borgerne og deres valgte

32. For interessante diskusjoner av disse typene restriksjoner, se f.eks. Geoffrey R. Stone, «Content Regulation and the First Amendment», *William and Mary Law Review*, 1983, 25(2): 189–252; og Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: The Free Press, 1993, ss. 11–12.

33. Mill, *On Liberty*, s. 119; min utheving.

34. *Brandenburgtesten* ble formulert av den amerikanske høyesterett i den berømte saken *Brandenburg v. Ohio* (1969). Se *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), 447.

35. «The state should be viewpoint neutral in protecting all speech, regardless of its content. ... But it should not be viewpoint neutral in its own speech» (Brettschneider, *When the State Speaks, What Should It Say?*, s. 9).

36. *Intrapersonlig deliberasjon* viser til et individs «interne» refleksjoner eller overveielser om politikk og livssyn. Et eksempel er en persons refleksjoner når vedkommende leser en avis eller ser en politisk diskusjon på TV og vurderer argumenter for og mot ulike synspunkter. *Interpersonlig deliberasjon* viser til diskusjonsprosesser hvor flere personer deltar (dvs. interpersonlig kommunikasjon) – for eksempel debatter i et parlament eller andre offentlige fora. Se også Kristian Skagen Ekeli, «Liberalism and Permissible Suppression of Illiberal Ideas», *Inquiry*, 2012, 55(2): 180–181.

representanter) å bringe til taushet eller sensurere synspunktene til en side i en politisk eller religiøs deliberasjonsprosess. Fri intrapersonlig og interpersonlig deliberasjon er uadskillelig fra *retten til tankefrihet*. Denne rettigheten omfatter tanke- og trosfrihet knyttet til religion, livssyn, politikk, vitenskap, kunst og litteratur. Retten til tankefrihet innebærer også frihet til å leve i overenstemmelse med de krav ens samvittighet stiller til en. Et viktig aspekt ved retten til tankefrihet er personers rett til å gjøre seg opp sine egne oppfatninger om hva man vil tro på, og hva man mener er verdifullt og verdt å gjøre.

Med tanke på ekstreme politiske og religiøse ytringer, har doktrinen om synspunktnøytralitet to viktige dimensjoner. Den første innebærer at radikale ekstreme dissenter (f.eks. rasistiske eller islamofobe dissenter) har en rett til å ytre og forsvare sine politiske og religiøse overbevisninger og ideer – uavhengig av hvor umoralske andre (eller flertallet) måtte mene at disse synspunktene er. Det betyr at de har en rett til å bidra til offentlig diskusjon og overveielse, selv om de uttrykker provoserende anti-liberale synspunkter, som krenker andre eller angriper omdømmet til minoritetsgrupper eller majoritetsgrupper i samfunnet. Den andre dimensjonen innebærer at resten av oss – deres potensielle publikum – har en rett til å høre og gjøre oss opp en egen oppfatning om de synspunktene og ideene som fremsettes.

Doktrinen om synspunktnøytralitet krever at borgere i liberale demokratier har en grunnleggende rett til politisk og religiøs ytringsfrihet som innebærer at de har en rett til å gjøre galt. Det er en selvmotsigelse å hevde at synspunktbaserte restriksjoner er utillatelige (f.eks. fordi de bringer en side i en politisk eller religiøs debatt til taushet), og samtidig hevde at personer ikke har en rett til å uttrykke ekstreme politiske eller religiøse synspunkter, som det moralsk sett er galt å ytre eller eksponere andre for. Hvis det var tilfellet, ville en helt vesentlig del av doktrinens poeng eller rasjonale forsvinn eller bortfalle. I resten av denne delen vil jeg gjøre rede for hva det vil si å ha en rett til å gjøre galt generelt, og en rett til å gjøre galt med hensyn til ytringsfrihet spesielt.

En rett til å gjøre galt er en moralsk eller juridisk rett til å gjøre noe som er galt fra et moralsk synspunkt.³⁷ P har en rett til å gjøre galt hvis P har en rett til å gjøre noe som P ikke bør gjøre. Det betyr at en rett til å gjøre galt er en rett til å gjøre noe man har en moralsk plikt til ikke å gjøre – en rett til å handle i strid med en plikt man er bundet av.³⁸

En rett til å gjøre galt er en *valgbeskyttende rettighet*. Det vil si en rettighet som har som mål å beskytte rettighetshaverens valg eller valgfrihet. Eksempler på valgbeskyttende rettigheter er retten til ytringsfrihet, retten til foreningsfrihet og retten til å stemme. Valgbeskyttende rettigheter inneholder en *krav-rettighet*, som pålegger andre personer og staten en plikt til ikke å intervensjonere eller blande seg inn i rettighetshaverens valg (dvs. en plikt til ikke-intervensjon). Å si at en person har en valgbeskyttende rettighet til å gjøre galt, betyr således at andre personer og staten har en plikt til ikke å forhindre rettighetshaveren fra å handle moralsk galt. En rett til å gjøre galt er en rett til ikke å bli tvunget til å oppfylle ens

37. Her fokuserer jeg på rettigheter til å gjøre noe som er *moralsk* galt, men det finnes også moralske og juridiske rettigheter til å gjøre ting som er *juridisk* sett galt: (1) Moralske rettigheter til å gjøre noe som er galt rettslig/juridisk sett (f.eks. den moralske retten til sivil ulydighet). (2) Juridiske rettigheter til å gjøre noe som er galt rettslig sett (f.eks. doktrinen om diplomatisk immunitet). Se Ori Herstein, «A Legal Right to Do Legal Wrong», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, 34(1): 21–45.

38. Se David Enoch, «A Right to Violate One's Duty», *Law and Philosophy*, 2002, 21: 356–357.

moralske plikt. Det vil si en rett til at andre ikke intervensjoner når rettighetshaveren handler i strid med sine egne moralske plikter.³⁹

Funksjonen til valgbeskyttende rettigheter er ikke å utgjøre retningslinjer for hvordan man bør velge eller handle, men å beskytte personers valgfrihet. I denne sammenhengen er det en interessant og viktig forskjell mellom moralske plikter og valgbeskyttende rettigheter. *Moralske plikter* utgjør grunner til å handle på bestemte måter. Hvis P har en plikt til å gjøre X, så innebærer det at P har en grunn til å gjøre X. Hvis vi har en moralsk plikt til å respektere personers verdighet i Waldrons forstand, så utgjør det en grunn til å handle slik. Situasjonen er annerledes når det gjelder valgbeskyttende rettigheter. *Valgbeskyttende rettigheter* utgjør ikke grunner til å handle på bestemte måter. Hvis P har en rett til X, så innebærer ikke dette at P har en grunn til å gjøre X. Hvis P har en rett til å ytre og forsvare ekstreme politiske og religiøse synspunkter, så innebærer ikke dette at P har en grunn til å ytre slike synspunkter. Selv om valgbeskyttende rettigheter ikke gir rettighetshavere grunner til å handle på bestemte måter, gir de andre grunner til ikke-intervensjon. De foregående betraktningene betyr at en valgbeskyttende rettighet til å gjøre galt utgjør grunner for andre personer og staten til ikke å intervensjonere når en rettighetshaver handler moralsk sett galt, men de gir ikke rettighetshaveren en grunn til å handle galt.

Hvis man aksepterer doktrinen om synspunktnøytralitet, bør borgere i liberale demokratier ha en *juridisk* rett til å handle *moralsk* galt. Dette har minst to viktige og relaterte implikasjoner. For det første krever synspunktnøytralitet at borgere bør ha en juridisk beskyttet rett eller *frihet* til å ytre og forsvare ethvert politisk eller religiøst synspunkt, selv om det kan være moralsk galt å ytre, eller eksponere andre for, visse ekstreme synspunkter. Til tross for at det er moralsk galt for borgere å spre rasistiske eller islamofobiske synspunkter som krenker andre personers verdighet, så innebærer doktrinen om synspunktnøytralitet at de bør ha en valgbeskyttende juridisk rett til å gjøre galt.

For det andre krever doktrinen om synspunktnøytralitet en juridisk *krav-rettighet* til å gjøre galt. Denne krav-rettigheten pålegger staten en plikt til ikke å intervensjonere gjennom forbud mot å ytre umoralske politiske eller religiøse synspunkter. Mer konkret betyr dette at det ikke er tillatelig for et liberalt demokrati å rettslig håndheve den moralske plikten til å respektere andre personers verdighet gjennom forbud mot hatefulle ytringer, fordi staten har en plikt til ikke-intervensjon. Doktrinen om synspunktnøytralitet og den tilhørende retten til å gjøre galt er således i klar konflikt med Waldrons rettslige moralisme. Den liberale doktrinen om synspunktnøytralitet er uforenlig med en rettslig moralisme som antar at lovgivere har en rett og en plikt til å forby umoralske politiske og religiøse synspunkter, for å beskytte samfunnets moralske miljø og forme moralske og siviliserte borgere.

7. RESPEKT FOR PERSONER OG FLERTALLETS BETINGEDE RETT TIL Å STYRE

Doktrinen om synspunktnøytralitet og den tilhørende retten til å gjøre galt innebærer at flertallet av folket og deres valgte representanter ikke har en rett til å bruke statens tvangsmakt til å bestemme hvilke politiske og religiøse synspunkter personer kan ytre eller høre. I det følgende vil jeg presentere to argumenter for denne posisjonen. Det første går ut

39. Se Ori Herstein, «Defending the Right to Do Wrong», *Law and Philosophy*, 2012, 31(3): 343.

på at respekt for personer som tenkende aktører krever tankefrihet og synspunktnøytralitet. Det andre argumentet går ut på at flertallets rett til å styre i et liberalt demokrati er en betinget rettighet, og denne betingede retten til å styre omfatter ikke en rett til å forby umoralske politiske og religiøse synspunkter.

7.1. Hva krever respekt for personer i liberale demokratier?

I den liberale tradisjonen i politisk filosofi er det bred enighet om at personers verdighet krever respekt – det vil si anerkjennelsesrespekt. Denne ideen spiller en sentral rolle i Immanuel Kants etiske og politiske teori, som er en viktig inspirasjonskilde for dagens liberalisme. Ifølge Kant har personer en verdighet – en absolutt indre verdi – som påkaller respekt fra andre.⁴⁰ Det er imidlertid ingen enighet om hva respekt for personer eller respekt for personers verdighet krever. Dette er tydelig i diskusjoner om retten til ytringsfrihet, og denne rettighetens rekkevidde og status. Respekt for personers verdighet er en normativ ide eller et krav som kan trekke i forskjellige retninger. På den ene siden kan man, som Waldron og andre rettslige moralister, argumentere for at respekt for personers verdighet krever visse synspunktbaserte restriksjoner for å beskytte personers verdighet og et moralsk og sosialt miljø preget av gjensidig respekt. På den annen side kan man, som jeg vil gjøre, argumentere for at respekt for personer og deres verdighet krever synspunktnøytralitet.

Det grunnleggende premisset i mitt argument er at i et liberalt demokrati bør politiske institusjoner vise *respekt for personer som tenkende aktører*. Dette er en kjerneverdi i et demokrati, som demokratiske institusjoner og prosedyrer må respektere for at den demokratiske utøvelsen av politisk tvangsmakt skal kunne betraktes som rettmessig. Hovedideen er at personer, betraktet som selvstendig tenkende aktører, har visse evner som berettiger eller påkaller respekt, og disse respektpåkallende evnene utgjør en normativ basis for å tilskrive dem visse grunnleggende liberale og demokratiske rettigheter. Disse respektpåkallende evnene utgjør dessuten det normative grunnlaget for å spesifisere disse grunnleggende rettighetenes rekkevidde – det vil si hva en rettighet er en rett *til*. De viktigste respektpåkallende evnene til personer som selvstendig tenkende aktører, er som følger: (i) Den deliberative evnen til å gjøre seg opp sine egne oppfatninger om (a) politiske saker, ideer og problemer, og (b) tro og livssyn. (ii) Den kommunikative evnen til å formidle sine grunnleggende moralske, politiske eller religiøse oppfatninger, og forsvare dem mot kritikk. (iii) Evnen til å velge hvordan man vil leve sitt liv i overensstemmelse med sine egne oppfatninger om hva som utgjør et meningsfullt og verdifullt liv. (iv) Evnen til å ta ansvar for sine valg. Det vil blant annet si å ta ansvar for de personlige og politiske mål man velger å forfølge, og måten man velger å forfølge dem på.

Det er en sentral liberal ide at respekt for personer som tenkende aktører krever en rett til *politisk og religiøs tankefrihet*. Det vil si retten til å utvikle og gjøre seg opp sine egne oppfatninger om politikk, religion og livssyn. Respekt for personer og retten til tankefrihet krever synspunktnøytralitet og den tilhørende juridiske retten til å gjøre galt. Ideen om at det er en nær sammenheng mellom tankefrihet og synspunktnøytralitet spiller en sentral rolle

40. Se f.eks. Kant, *The Metaphysics of Morals*, i I. Kant, *Practical Philosophy*, Mary Gregor (red.), Cambridge: Cambridge University Press, 1996, s. 557.

i flere forsvar av doktrinen om synspunktneutralitet. Denne koblingen beskrives treffende av Thomas Nagel, som antar at mental autonomi (eller tankefrihet) krever synspunktneutralitet.

The sovereignty of each person's reason over his own beliefs and values requires that he be permitted to express them, expose them to the reactions of others, and defend them against objections. It also requires that he not be protected against exposure to views and arguments that might influence him in ways others deem pernicious, but that he have the responsibility to make up his own mind about whether to accept or reject them. Mental autonomy is restricted by shutting down both inputs and outputs.⁴¹

Rettslig moralisme og synspunktbaserte restriksjoner utgjør en utøvelse av politisk tvangsmakt som i betydelig grad undergraver respekten for personers status som selvstendig tenkende aktører. Waldrons forsvar av forbud mot hatefulle ytringer representerer et *moralsk miljøvern* som utgjør en form for politisk og religiøs *tankekontroll*. Denne formen for tankekontroll er uforenlig med å behandle personer som selvstendig tenkende aktører, som både har *evnen* og *retten* til å utvikle og forme sine egne politiske og religiøse synspunkter. Forbud mot hatefulle ytringer har som mål å kontrollere (a) hvilke politiske og religiøse ideer og synspunkter borgere skal bli eksponert for, (b) hvilke ideer som skal få lov å påvirke samfunnets moralske miljø hvor borgeres karakter formes, og (c) hvordan borgere skal tenke om visse politiske og religiøse saker, ideer og mål. Selvstendig tenkende personer kan med rette klage på uverdigheten eller respektløsheten ved å bli fortalt av staten eller folkeflertallet hvilke politiske og religiøse synspunkter og ideer de offentlig skal få lov til å ytre og høre (gjennom forbud eller kriminalisering av slike synspunkter). Å påtvinge voksne kompetente personer synspunktbasert sensur er å behandle dem som barn. Dette er en fornærmelse som er i strid med å vise respekt for selvstendig tenkende personers verdighet. Det er tillatelig for et liberalt demokrati å forby umoralske handlinger som krenker andre personers grunnleggende rettigheter, men ikke å bruke statens tvangsmakt til å forby politiske og religiøse synspunkter, som ikke krenker andres rettigheter. Det siste er en krenkelse av respekten for personers verdighet som selvstendig tenkende aktører.

7.2. Flertallets betingede og begrensede rett til å styre

Kravet om respekt for personer som tenkende aktører legger klare føringer på hva som utgjør en rettmessig demokratisk utøvelse av politisk tvangsmakt i liberale demokratier. Respekt for personer som tenkende aktører krever synspunktneutralitet og den tilhørende retten til å gjøre galt, og dette innebærer at flertallet av folket og deres valgte representanter ikke har en rett til å bruke statens tvangsmakt til å bestemme hvilke politiske og religiøse synspunkter personer offentlig kan ytre eller høre (dvs. vurdere og ta stilling til). Denne posisjonen kan utdypes gjennom en analyse av det normative grunnlaget og rekkevidden for flertallets moralske rett til å styre i et liberalt demokrati. Retten til å styre viser her til den moralske retten (eller autoriteten) til å lage eller utforme lover, og den moralske retten til å bruke, eller autorisere bruk av, tvang for å håndheve lover.

41. Nagel, *Concealment and Exposure*, s. 43.

Den sentrale liberale ideen om individers selvbestemmelsesrett innebærer at personer har en rett til å bestemme over seg selv og sitt eget liv, såfremt de ikke krenker andre personers grunnleggende rettigheter. I den liberale tradisjonen i politisk filosofi er det bred enighet om at denne retten til å bestemme og styre over sitt eget liv er en naturlig rettighet eller en grunnleggende moralsk rettighet. Personer, eller grupper av personer, har imidlertid ingen naturlig eller grunnleggende moralsk rett til å styre over andre personers liv.⁴² Individer eller grupper har ingen naturlig rett til å styre eller utøve betydelig tvangsmakt over livene til andre personer. Det samme gjelder folket og deres valgte representanter i et demokrati. Flertallet av folket og deres representanter har ingen naturlig rett til å styre over mindretallet.

Flertallets moralske rett til å styre og utøve betydelig tvangsmakt over mindretallet er en *betinget kompetanserettighet*.⁴³ Det vil si at visse betingelser må være oppfylt for å tilskrives retten til å styre over andre, og visse betingelser må være oppfylt for at utøvelsen av denne retten skal kunne betraktes som rettmessig. I et liberalt demokrati må følgende betingelser være oppfylt for at flertallet skal ha en rett til å styre, og at flertallets utøvelse av politisk tvangsmakt skal kunne betraktes som rettmessig: (1) Demokratiske institusjoner og prosedyrer må være på plass som oppfyller visse grunnleggende krav til demokratisk legitimitet. Disse kravene må kunne forsvares på grunnlag av den normative ideen om at politiske institusjoner bør respektere personers status som tenkende aktører. Demokratisk legitimitet dreier seg om rettmessig demokratisk utøvelse av politisk tvangsmakt, og politisk tankefrihet og synspunktnøytralitet utgjør to grunnleggende krav til demokratisk legitimitet. Både politisk tankefrihet og synspunktnøytralitet er vesentlige krav til rettferdige demokratiske prosesser. Siden alle borgere er bundet av flertallets beslutninger gjennom lover som kan håndheves med tvang, krever rettferdige demokratiske prosesser at alle parter i en debatt eller uenighet har muligheten og retten til (a) å legge frem sine politiske synspunkter og (b) høre konkurrerende politiske synspunkter og vurdere deres styrker og svakheter.⁴⁴ (2) Beslutninger fattet av folkeflertallet og deres valgte representanter må respektere kravene til demokratisk legitimitet og deres normative grunnlag. (3) Flertallets beslutninger må respektere grunnleggende sivile eller liberale rettigheter, som tankefrihet knyttet til religion og livssyn, foreningsfrihet, osv.

Waldrons rettslige moralisme forsvarer forbud mot hatefulle ytringer som er i klar konflikt med disse betingelsene. Betingelsene (2) og (3) innebærer at i saker hvor flertallet utøver politisk makt på en måte som krenker grunnleggende krav til demokratisk legitimitet eller grunnleggende liberale/sivile rettigheter, så forsvinner det normative grunnlaget for

42. Se f.eks. Richard Arneson, «The Supposed Right to a Democratic Say», i T. Christiano og J. Christman (red.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009, ss. 197–212.

43. *Kompetanserettigheter* er rettigheter som tildeler eller gir rettighetshaveren myndighet eller autoritet (dvs. kompetanse) over andre eller seg selv. Eksempler er retten til å stemme, folkevalgte representanters rett til å vedta lover og retten til å inngå avtaler eller ekteskap.

44. En mer utførlig diskusjon av dette argumentet for at demokratisk legitimitet krever synspunktnøytralitet finnes i Ekeli, «Ytringsfrihet og terrorisme», *Norsk Filosofisk Tidsskrift*, 49(3–4): 172–175. Det er viktig å understreke at det ovennevnte kravet til demokratisk legitimitet og rettferdige demokratiske prosesser ikke innebærer at liberale demokratier bør tildele ekstreme radikale dissenter en rett til å oppnå politisk makt til å bruke loven for å påtvinge andre sine politiske eller religiøse ideer og mål. Det innebærer *kun* at det ikke er tillatelig å forby dem å ytre sine politiske og religiøse synspunkter. Dette poenget er diskutert mer inngående i Kristian Skagen Ekeli, «The Political Rights of Anti-Liberal-Democratic Groups», *Law and Philosophy*, 2012, 31(3): 269–297.

flertallets moralske rett til å styre, og flertallet opphører å være en rettmessig kilde til autoritet i et liberalt demokrati. Flertallet har ingen moralsk rett til å styre og utøve betydelig politisk tvangsmakt over mindretallet på denne måten. Det betyr at flertallet ikke har en moralsk rett eller legitim myndighet til å vedta synspunktbaserte restriksjoner på politiske og religiøse ytringer.

Dette aktualiserer spørsmålet om hva liberale demokratier bør gjøre når flertallet utøver politisk makt i konflikt med betingelsene (2) og (3). Med tanke på institusjonsutforming mener jeg at den beste tilgjengelige institusjonelle mekanismen er et system for domstolskontroll med lovgivning. Et slik system vil ha to elementer. Det første innebærer at krav til demokratisk legitimitet og grunnleggende liberale rettigheter bør ha status som konstitusjonelle lover. Det andre innebærer at forfatningsdomstoler bør tilskrives en rett og en plikt til å kontrollere eller prøve lovers grunnlovsmessighet (dvs. om lover er i overensstemmelse med grunnloven), og underkjenne synspunktbaserte restriksjoner på politiske og religiøse ytringer, som forbud mot hatefulle ytringer.⁴⁵ Dette har den viktige praktiske følgen at forfatningsdomstoler i europeiske stater bør tildeles myndighet til å underkjenne eller annullere forbud mot hatefulle ytringer dersom disse lovene er i klar konflikt med doktrinen om synspunktnøytralitet. Dette betyr at norsk høyesterett burde ha en rett og en plikt til å annullere det eksisterende norske forbudet mot hatefulle ytringer.

8. KONKLUSJON

I denne artikkelen har jeg diskutert et sentralt spørsmål om rettslig moralisme knyttet til ytringsfrihet: Har lovgivere i liberale demokratier en moralsk rett til å bruke statens tvangsmakt til å forby umoralske politiske og religiøse synspunkter som ikke krenker andres grunnleggende rettigheter, for å beskytte samfunnets moralske miljø og forme eller oppdra moralske og siviliserte borgere? Som vi har sett, representerer Waldrons forsvar av forbud mot hatefulle ytringer en form for rettslig moralisme, som utgjør et positivt svar på dette spørsmålet. Jeg har argumentert for at en slik rettslig moralisme er utillatelig i et liberalt demokrati. I et liberalt demokrati krever respekt for personer som selvstendig tenkende aktører, synspunktnøytralitet og en tilhørende *juridisk* rett til å handle *moralsk* galt (dvs. ytre umoralske politiske og religiøse synspunkter). Dette innebærer at flertallet av folket og deres valgte representanter ikke har en rett til å bruke statens tvangsmakt til å bestemme hvilke politiske og religiøse synspunkter og ideer personer offentlig kan ytre og høre.

45. En *forfatningsdomstol* viser her til en spesiell forfatningsdomstol eller et tilsvarende organ, som en stats høyesterett. For en mer inngående diskusjon av ulike systemer for domstolskontroll med lovgivning, se Kristian Skagen Ekeli, «Hvem skal vokte vokterne?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, 117(4–5): 548–579.