

Frumvarp til laga

um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940,
með síðari breytingum (þrenging ákvæðis um hatursorðræðu).

Frá dómsmálaráðherra.

1. gr.

Við 233. gr. a laganna bætist: enda sé háttsemin til þess fallin að hvetja til eða kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun.

2. gr.

Lög þessi öðlast þegar gildi.

Greinargerð.

1. Inngangur.

Frumvarp þetta er lagt fram á Alþingi af dómsmálaráðherra í því skyni að þrengja gildissvið 233. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, og auka um leið vernd tjáningarfrelsis hér á landi. Er með frumvarpinu meðal annars brugðist við tveimur dómum Hæstaréttar Íslands frá árinu 2017 þar sem sakfellt var fyrir brot gegn ákvæðinu. Frumvarpið er jafnframt í samræmi við þingsályktun nr. 23/138, sem Alþingi samþykkti hinn 16. júní 2010, um að Ísland skapi sér afgerandi lagalega sérstöðu varðandi vernd tjáningar- og upplýsingafrelsis. Þar fól Alþingi ríkisstjórninni að leita leiða til að styrkja tjáningarfrelsi, málfrelsi, upplýsingamiðlun og útgáfufrelsi. Í þessu skyni skyldi meðal annars gerð úttekt á lagaumhverfinu svo að hægt væri að afmarka viðfangsefnið og undirbúa nauðsynlegar lagabreytingar eða nýja löggjöf. Stýrihópur mennta- og menningarmálaráðuneytisins, sem skipaður var á grundvelli þingsályktunarinnar, tók til skoðunar hvort nauðsyn stæði til að breyta 233. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, sem fjallar um bann við nánar tiltekinni tjáningu, sem nú er almennt nefnd hatursorðræða. Taldi stýrihópurinn svo vera og vann frumvarp þess efnis, sem fylgdi skilabréfi hópsins til mennta- og menningarmálaráðherra, dags. 13. júní 2015. Frumvarpið var þó ekki lagt fram á Alþingi af hálfu ráðherra. Hinn 16. mars 2018 skipaði forsætisráðherra nefnd um umbætur á löggjöf á sviði tjáningar-, fjölmiðla- og upplýsingafrelsis, sem var meðal annars falið að fara yfir framangreint frumvarp.

2. Tilfni og nauðsyn lagasetningar.

2.1 Inngangur.

Í málum sem snerta 233. gr. a almennra hegningarlaga vegast iðulega á tvenns konar réttindi, annars vegar réttindi þeirra sem tjáningin beinist að, meðal annars skv. 65. og 71. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, og hins vegar tjáningarfrelsi þeirra sem viðhaft

hafa þá tjáningu sem um ræðir. Rétt er í upphafi að víkja nánar að efni þessara réttinda, áður en útskýrt verður hvers vegna lagasetning er nauðsynleg og af hverju sú leið var valin sem hér er lögð til. Fyrst verður þó vikið nánar að efni og sögu núgildandi ákvæðis.

2.2 Efni og saga lagaákvæðisins.

Ákvæði 233. gr. a var upphaflega bætt inn í almenn hegningarlög með lögum nr. 96/1973 í tilefni af fullgildingu Íslands á samningi Sameinuðu þjóðanna um afnám alls kynþátta-misréttis, vegna 4. gr. hans. Ákvæðið sem lögfest var í 233. gr. a var efnislega sambærilegt ákvæðum sem bætt var við dönsk og norsk refsilög á svipuðum tíma og hljóðaði svo: „Hver sem með háði, rógi, smánun, ógnun eða á annan hátt ræðst opinberlega á hóp manna vegna þjóðernis þeirra, litarháttar, kynþáttar eða trúarbragða sæti sektum, varðhaldi eða fangelsi allt að 2 árum.“

Ákvæðinu var breytt með lögum nr. 135/1996. Var þar um tvíþættar breytingar að ræða. Annars vegar var orðunum „hóp manna“ breytt í „mann eða hóp manna“ og vernd einstaklinga innan hóps þannig styrkt með því að leggja berum orðum að jöfnu þá háttsemi að hæða, rægja, smána eða ógna einstaklingi opinberlega vegna þeirra atriða sem talin eru í ákvæðinu og þann verknað að ráðast á hóp manna af sömu ástæðum. Hins vegar var orðinu *kynhneigð* bætt inn í ákvæðið.

Með lögum nr. 82/1998 var varðhaldsrefsing felld út úr ákvæðinu. Með lögum nr. 13/2014 voru síðan gerðar nokkrar breytingar á ákvæðinu. Í fyrsta lagi var orðinu *kynvitund* bætt inn í ákvæðið. Í öðru lagi var gildissvið ákvæðisins rýmkað þannig að ekki færi á milli mála að refsíabýrgðin næði til útbreiðslu ummæla. Í þriðja lagi voru frekari orðalagsbreytingar gerðar á ákvæðinu. Meðal annars var sögnin *að ráðast* („Hver sem [...] ræðst opinberlega á“) tekin út úr verknaðarlýsingunni. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 13/2014 segir að þetta sé gert til þess að ákvæðið samrýmist betur framsetningu sambærilegra norrænna ákvæða en ekki sé ráðgert að í þessu felist efnisbreyting.

Með lögum um fjölmiðla, nr. 38/2011, var lögfest skylt ákvæði í 27. gr. þeirra laga, undir yfirskriftinni „Bann við hatursáróðri og hvatningu til refsiverðrar háttsemi“. Í greininni sagði upphaflega í 2. másl.: „Bannað er að kynda undir hatri í fjölmiðlum á grundvelli kynþáttar, kynferðis, kynhneigðar, trúarskoðana, þjóðernis, skoðana eða menningarlegrar, efnahagslegrar, félagslegrar eða annarrar stöðu í samfélaginu.“ Með lögum nr. 54/2013 var ákvæðinu breytt og orðunum „með markvissum hætti“ meðal annars bætt þar inn. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögunum segir meðal annars í skýringum við þessa breytingu: „Af dómum Mannréttindadómstóls Evrópu má ráða að einstök ummæli eða fréttáflutningur af málum er varða hugsanlegan hatursáróður teljast að jafnaði ekki vera brotleg og falla undir vernd 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu um tjáningarfrelsi.“ Með orðunum „með markvissum hætti“ sé átt við að efnisinnihald og framsetning miði að því að telja fólki trú um eða beina skoðunum þess í ákveðinn farveg, auk þess sem málflutningurinn hafi staðið yfir samfelld um lengri eða skemmri tíma. Eftir breytingarnar segir í 2. másl. 27. gr. laga nr. 38/2011 að fjölmiðlum sé „óheimilt að kynda með markvissum hætti undir hatri á grundvelli kynþáttar, kynferðis, kynhneigðar, trúarskoðana, þjóðernis eða menningarlegrar, efnahagslegrar, félagslegrar eða annarrar stöðu í samfélaginu“. Samhliða þessari breytingu var brot gegn 2. másl. 27. gr. þeirra laga gert refsivert, sbr. g-lið 1. mgr. 56. gr. laganna.

Á 233. gr. a almennra hegningarlaga hefur að nokkru leyti reynt í dómaframkvæmd, líkt og nánar greinir í kafla 2.3. Hæstiréttur hefur notað hugtakið hatursorðræða yfir þá tjáningu sem ákvæðið lýtur að. Verður það hugtak því notað hér, en líkt og áður greinir er orðið hatursáróður notað í yfirskrift 27. gr. laga um fjölmiðla, nr. 38/2011.

2.3 Mannréttindaákvæði sem máli skipta um efni og túlkun lagaákvæðisins.

Sem fyrr segir var 233. gr. a almennra hegningarlaga upphaflega lögfest vegna 4. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um afnám alls kynþáttamisréttis. Þar segir meðal annars að aðildarríkin skuldbindi sig til að gera refsiverða með lögum „alla útbreiðslu á hugmyndum sem eru byggðar á kynþáttayfirburðum eða óvild, hvatningu til kynþáttamisréttis svo og öll ofbeldisverk eða hvatningu til slíkra verka gegn hvaða kynþætti sem er eða hópi manna af öðrum litarhætti eða þjóðlegum uppruna“. Fleiri samningar og samþykktir fela í sér vernd af framangreindum toga, sbr. t.d. 2. mgr. 20. gr. alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnómálagaréttindi. Ekki liggur hins vegar fyrir að þjóðarétti eða landsrétti skilgreining á hugtakinu hatursorðræða eða hatursáróður sem sammæli er um.

Ráðherranefnd Evrópuráðsins samþykkti árið 2007 tilmæli um hatursáróður (nr. R(97)20) og í upphafi þeirra er gildissvið tilmælanna skilgreint svo að hatursáróður taki til hvers konar tjáningar sem dreifi, hvetji til, stuðli að eða réttlæti kynþátta-, útlendinga- og gyðingahatur eða annars konar haturs sem byggist á umburðarleysi, þar á meðal umburðarleysi sem birtist í þjóðernishyggju eða þjóðhverfum sjónarmiðum, mismunum og fjandskap gagnvart minnihlutahópum, farandverkfólki og fólki af erlendum uppruna. Í tilmælunum er meðal annars mælt til þess að aðildarríkin komi á eða viðhaldi áreiðanlegu regluverki um hatursáróður, sem veiti stjórnvöldum og dómstólum kost á því að samrýma í hverju máli tjáningarfrelsi og virðingu fyrir mannlegri reisn og vernd mannorðs eða réttinda annarra. Þá liggja fyrir tilmæli ráðherranefndar Evrópuráðsins frá 31. mars 2010 og tilmæli þings Evrópuráðsins frá 29. apríl 2010 um hatursorðræðu á grundvelli kynhneigðar og kynvitundar, þar sem aðildarríki eru meðal annars hvött til að tryggja einstaklingum vernd gegn hatursorðræðu án þess þó að skerða tjáningarfrelsi. Árið 2003 var enn fremur gerð viðbótarbókun við samning Evrópuráðsins um tölvubrot frá 23. nóvember 2001 sem hefur það markmið að gera refsiverða verknaði sem lýsa kynþátta- og útlendingahatri og sem framdir eru með því að hagnýta tölvukerfi. Í viðbótarbókuninni, sem leiddi til hluta þeirra breytinga sem gerðar voru á 233. gr. a almennra hegningarlaga árið 2014, er skilgreint í 2. gr. hvað átt sé við með efni sem lýsi kynþátta- og útlendingahatri. Þar segir að slíkt efni merki „allt ritað efni, myndir eða annars konar framsetningu hugmynda eða kenninga sem mæla með, stuðla að eða kynda undir hatri, mismunum eða ofbeldi sem er beint gegn hvaða einstaklingi eða hópi einstaklinga sem er og á rót sína að rekja til kynþáttar, litarháttar, ætternis eða þjóðlegs eða þjóðernislegs uppruna og til trúarbragða, séu þau notuð sem tylliástæða fyrir einhverjum fyrrnefndra þátta.“

Rétt er einnig að benda á að í svonefndri hljóð- og myndmiðlunartilskipun ESB (nú tilskipun 2010/13/ESB), sem lá til grundvallar lögfestingu 27. gr. laga um fjölmiðla, nr. 38/2011, er mælt fyrir um að aðildarríkin skuli sjá til þess að hljóð- og myndmiðlunarþjónusta, sem veitendur fjölmiðlaþjónustu sem heyra undir lögsögu þeirra þjóða, „kyndi ekki undir hatri á grundvelli kynþáttar, kynferðis, trúarskoðana eða þjóðernis“. Í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum um fjölmiðla, nr. 38/2011, er hugtakið hatursáróður skilgreint með eftirfarandi hætti: „Hatursáróður er skilgreindur sem tal, texti, tjáning, hegðun og/eða framkoma sem birtist í texta, hljóði og/eða mynd þar sem hvatt er til ofbeldis, fordóma og/eða fordómfullrar hegðunar gegn einstaklingi eða hópi af fólki og/eða með því að vanvirða, smána, hræða og/eða ógna viðkomandi einstaklingi eða hópi.“

Auk þess að eiga bakgrunn í alþjóðasamningum og samþykktum hefur sú vernd sem felst í 233. gr. a almennra hegningarlaga nán tengsl við jafnræðisregluna í 65. gr. stjórnarskrárinnar. Þar segir að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að

öðru leyti. Þá er ljóst að háttarni sem gert er refsivert í ákvæðinu getur falið í sér inngríp í friðhelgi einkalífs sem mælt er fyrir um að allir skuli njóta í 71. gr. stjórnarskrárinnar. Í dómafrankvæmd hefur Hæstiréttur Íslands vísað til beggja framangreindra ákvæða við túlkun 233. gr. a almennra hegningarlaga. Verður því að ganga út frá því að vernd ákvæðisins sé liður í þeirri vernd sem umrædd mannréttindaákvæði veita og að ríkið beri vissar jákvæðar skyldur til að tryggja refsivernd í þessa veru. Í mannréttindasáttmála Evrópu er jafnframt að finna ákvæði um friðhelgi einkalífs og bann við mismunun, sbr. 8. og 14. gr.

Gagnstætt framangreindum réttindum stendur rétturinn til tjáningarfrelsis, sem tryggður er í 73. gr. stjórnarskrárinnar. Líkt og önnur mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar var greinin endurskoðuð árið 1995, sbr. lög nr. 97/1995. Ákvæði 1. mgr. 73. gr. tryggir skoðanafrelsi og réttinn til frjálstrar sannfæringar og 2. másl. 2. mgr. 73. gr. felur í sér bann við ritskoðun og öðrum sambærilegum tálmunum á tjáningarfrelsi. Bæði ákvæðin hafa takmarkaða hagnýta þýðingu þar sem beiting þeirra er bundin við nokkuð afmörkuð tilvik. Á hinn bóginn hefur 1. másl. 2. mgr. 73. gr. að geyma ákvæði sem hefur mikla hagnýta þýðingu og skiptir verulegu máli um efni þessa frumvarps. Þar er mælt fyrir um að hver maður eigi rétt á að láta í ljós hugsanir sínar en að hann verði að ábyrgjast þær fyrir dómi. Hér er um eiginlegt tjáningarfrelsisákvæði að ræða, sem tryggir ríkan rétt til tjáningar, miðlunar og viðtöku upplýsinga, óháð tjáningarformi. Um leið gerir niðurlag ákvæðisins hins vegar ráð fyrir því að tjáningarfrelsið sé ekki ótakmarkað enda verði menn að ábyrgjast fyrir dómi hugsanir sínar sem látnar hafa verið í ljós. Þeirri ábyrgð verður ekki komið fram nema að fullnægðum skilyrðum 3. mgr. 73. gr. þar sem segir að tjáningarfrelsi megi aðeins setja skorður „með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum“. Með svipuðum hætti mælir 1. mgr. 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu fyrir um tjáningarfrelsi en heimilar síðan takmarkanir á því frelsi að uppfylltum nánar tilteknum skilyrðum, sem rakin eru í 2. mgr. 10. gr. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur ítrekað tekið fram að skýra verði takmarkanir á tjáningarfrelsi þröngt og sýna fram á nauðsyn þeirra með sannfærandi hætti. Hæstiréttur hefur á sama hátt skýrt tekið fram um tjáningarfrelsið að „allar takmarkanir á því ber[i] að skýra þröngt“, sbr. *Hrd. 2004, bls. 1553 (382/2003)*. Skilyrðin sem ákvæðin setja fyrir takmörkunum á tjáningarfrelsi eru þrenns konar. Í fyrsta lagi þarf takmörkunin að vera gerð með lögum. Í öðru lagi þarf takmörkunin að hafa tiltekið markmið, þ.e. vera gerð í þágu einhvers þess sem getið er í ákvæðunum. Í þriðja lagi þarf takmörkun á tjáningarfrelsi að vera nauðsynleg og samrýmast lýðræðishefðum – vera nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi eins og þetta skilyrði er orðað í mannréttindasáttmála Evrópu. Óhætt er að segja að þriðja skilyrðið fyrir takmörkunum sé þýðingarmest, enda reynir langoftast á það í framkvæmd. Í tilviki flestra takmarkana á tjáningarfrelsinu eru fyrstu tvö skilyrðin iðulega uppfyllt, en niðurstaðan um það hvort tiltekin tjáning verði takmörkuð ræðst af því hvort takmörkunin uppfyllir skilyrðið um nauðsyn. Við túlkun á þessu skilyrði hefur mannréttindadómstóll Evrópu, allt frá dómi sínum í máli *Handyside gegn Bretlandi, frá 7. desember 1976 (5493/72)*, lagt áherslu á að tjáningarfrelsið sé einn af hornsteinum lýðræðislegs þjóðfélags. Það frelsi eigi ekki aðeins við um upplýsingar eða hugmyndir sem falli í góðan jarðveg eða litið sé á sem meinlausar eða þýðingarlitlar heldur einnig um þær sem móðgi, særi, hneyksli eða fari fyrir brjóstið á ríkinu eða einhverjum hluta þjóðarinnar. Þetta séu kröfur fjölhyggjunnar, umburðarlyndisins og víðsýnisins sem séu einkenni lýðræðislegs þjóðfélags. Þannig skuli vera knýjandi samfélagsleg þörf (e. pressing social need) fyrir sérhverri takmörkun tjáningarfrelsis.

Á stöðu takmarkana á hatursorðræðu gagnvart tjáningarfrelsinu hefur reynt bæði hér á landi og fyrir mannréttindadómstóli Evrópu. Nálgun síðarnefnda dómstólsins að slíkum takmörkunum hefur ekki verið að öllu leyti samræmd en segja má að þar hafi í meginatriðum verið beitt tvenns konar aðferðum. Fyrri aðferðin felst í því að líta svo á að vegna 17. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, svokallaðs misnotkunarákvæðis, njóti tjáning sem talin er til hatursorðræðu einfaldlega ekki verndar 1. mgr. 10. gr., þ.e. falli alfarið utan verndar ákvæðisins. Hin aðferðin felst í því að telja hatursorðræðu til tjáningar sem njóti verndar 1. mgr. 10. gr. en leggja mat á hvort takmörkun á henni sé heimil skv. 2. mgr. 10. gr. Skilin á milli þessara tveggja aðferða eru ekki skýr og stundum er þeim blandað saman þannig að 17. gr. hefur áhrif á það hvort takmörkun sé heimil skv. 2. mgr. 10. gr. Virðist helst sem alvarleiki eða grófleiki tjáningar ráði því hvorri aðferðinni er beitt. Því hefur verið lýst að erfitt sé að festa hönd á hugtakinu hatursorðræða í dómaframkvæmd dómstólsins en ljóst sé að hann hafi fallist á að ríkjum sé heimilt að takmarka orðræðu þótt hún feli ekki í sér hvatningu til mismununar og ofbeldis, eingöngu á þeim grundvelli að hún teljist fela í sér fordómafullar, særandi og niðrandi staðhæfingar. Þetta hefur sumum þótt erfitt að samræma dómaframkvæmd dómstólsins að öðru leyti.

Í dómaframkvæmd Hæstaréttar Íslands er ekki að finna neinn fyrirvara um að hatursorðræða falli utan gildissviðs 1. másl. 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Nálgunin í málum þar sem reynir á 233. gr. a almennra hegningarlaga hefur alfarið verið í gegnum 3. mgr. 73. gr. Með öðrum orðum virðist byggt á því að hatursorðræða falli undir vernd 73. gr. en álitamálið í hverju máli sé hvort skilyrðum 3. mgr. greinarinnar fyrir takmörkunum á tjáningarfrelsi sé mætt. Á ákvæðið reyndi fyrst í *Hrd. 2002, bls. 1485 (461/2001)*. Í málinu var einstaklingur ákærður fyrir brot gegn 233. gr. a almennra hegningarlaga vegna niðrandi ummæla um Afríkubúa í viðtali við helgarblað DV. Var meðal annars deilt um ummælin: „Það þarf engan snilling eða erfðafræðivísindamann til að sýna fram á hver munurinn er á Afríkunegra með prik í hendinni eða Íslendingi“, sem höfð voru eftir ákærða. Í dómi Hæstaréttar segir að ákærði eigi rétt til skoðana sinna og að láta þær í ljós skv. 1. og 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. einnig 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Andspænis tjáningarfrelsi hans standi réttur manna til þess að þurfa ekki að þola árásir vegna þjóðernis þeirra, litarháttar eða kynþáttar, sem varinn sé af 233. gr. a almennra hegningarlaga, sbr. 1. mgr. 65. gr. stjórnarskrárinnar. Ummæli ákærða væru alhæfingar sem ekki væru studdar neinum rökum. Þegar dagblaðsviðtalið væri lesið í heild og ummæli ákærða virt í því samhengi yrði að telja að með þeim væri leitast við að upphefja hvíta menn á kostnað manna af öðrum litarhætti með háði, rógi og smánun. Ummæli ákærða fælu því í sér háttsemi sem félli skýrlega að verknaðarlýsingu 233. gr. a almennra hegningarlaga. Lagaákvæðinu væri ætlað að koma í veg fyrir kynþáttamisrétti og kynþáttahatur og markmið þess væri því lögmætt og þær skorður sem það setti tjáningarfrelsi nauðsynlegar og samrýmdust lýðræðishefðum. Var refsing ákærða ákveðin 100.000 kr. sekt.

Árið 2017 kvað Hæstiréttur upp fjóra dóma um 233. gr. a almennra hegningarlaga. Fyrsti dómurinn var í kærumáli þar sem frávisunarúrskurður héraðsdóms var felldur úr gildi og lagt fyrir héraðsdóm að taka málið til efnismeðferðar, sbr. *Hrd. 2. febrúar 2017 (60/2017)*. Því máli lauk síðan með sýknudómi héraðsdóms í *Hérd. Rvk. 10. apríl 2017 (S-839/2016)*, sem virðist ekki hafa verið áfrýjað. Hinn 14. desember 2017 kvað Hæstiréttur hins vegar upp þrjá efnisdóma um 233. gr. a, sbr. *Hrd. 14. desember 2017 (354/2017)*, *Hrd. 14. desember 2017 (415/2017)* og *Hrd. 14. desember 2017 (577/2017)*. Öll málin vörðuð ummæli sem einstaklingar viðhöfðu í athugasemdum á vefmiðlum/vefsíðum í tilefni af ályktun sem bæjarstjórn Hafnarfjarðarbæjar hafði samþykkt og sneri að gerð samstarfssamnings við Samtökin '78 um

svokallaða hinseginfræðslu í grunnskólum sveitarfélagsins. Athugasemdin sem ákært var fyrir í fyrstnefnda málinu var svohljóðandi: „Hlutlaus kynfræðslu á að veita í skólum en ALDREI réttlæta ónáttúrulega kynhegðan fyrir saklausum börnum og kalla það sem er óeðlilegt eðlilegt!!!“ Í dómi sínum rakti Hæstiréttur forsögu 233. gr. a almennra hegningarlaga og röksemdir sem búa því að baki samkvæmt lögskýringargögnum. Síðan segir í dómnum: „Í 233. gr. a almennra hegningarlaga kemur ekki fram hugtakið hatusorðræða þótt það sé notað í ákæru í upphafi lýsingar sakargifta á hendur ákærða og að auki í fyrrgreindum lögskýringargögnum með frumvarpinu, sem varð að lögum nr. 13/2014, og tilmælum og ályktunum alþjóðlegra stofnana, sem snúa að lagasetningu um þessi efni. Má líta á þetta hugtak sem samnefnara fyrir þá hæðni, rógburð, smánun eða ógnun, sem refsivert er að tjá eftir ákvæðinu, og þá um leið sem mælikvarða á þann grófleika tjáningarinnar, sem áskilinn er. Af því leiðir að tjáningin verður að fela í sér slíka óbeit, andúð, fyrirlitningu eða fordæmingu að telja megi hana til hatusorðræðu í garð þess, sem henni er beint að.“ Í dómnum er ummælum ákærða síðan lýst og tekið fram að hann hafi viðhaft orð sem telja megi smánun í garð samkynhneigðra. Síðan segir: „Þótt orðin hafi jafnframt borið með sér fordóma verður á hinn bóginn ekki litið fram hjá því að samkvæmt áðursögðu verður tjáning ekki felld undir verknaðarlýsingu 233. gr. a almennra hegningarlaga nema telja megi hana fela í sér slíka óbeit, andúð, fyrirlitningu eða fordæmingu að flokka megi hana undir hatusorðræðu. Framangreind orð ákærða geta ekki talist slík að því skilyrði sé fullnægt.“ Var ákærði því sýknaður.

Í *Hrd. 14. desember 2017 (415/2017)* var hins vegar sakfellt fyrir eftirfarandi ummæli: „Við hlustendur útvarps Sögu kærur okkur ekki um neinar fjandans útskýringar A á þessari kynvillu. Þetta er ógeðslegt. Að innræta í börn hvernig kynvillingar eðla sig í rúminu. A getur þess vegna setið heima hjá sér heldur en að troða sér inn á útvarp Sögu. Þvílíkt ógeð.“ Í dómi sínum tók Hæstiréttur fram, rétt eins og í síðastgreindum dómi, að til þess að teljast refsiverð samkvæmt ákvæðinu yrði tjáning að fela í sér „slíka óbeit, andúð, fyrirlitningu eða fordæmingu að telja megi hana til hatusorðræðu í garð þess, sem henni er beint að“. Enginn vafi gæti leikið á því að ummæli ákærða hafi falið í sér fordómafullan rógburð og smánun í garð þeirra sem þeim var beint að. Við umrædd orð hafi ákærði aukið þá áherslu að lýsa ógeði á athæfi og hneigð af þessum toga. Háttsemi hans félli að þessu leyti innan verknaðarlýsingar 233. gr. a. Í dómnum er vísað til þess að ákærða sé tryggt tjáningarfrelsi með 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, en gagnstætt réttindum hans standi réttindi samkynhneigðra „til að njóta eins og aðrir friðhelgi einkalífs síns samkvæmt 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar, svo og jafnræðis og mannréttinda á við aðra án tillits til kynhneigðrar þeirra, sbr. 65. gr. hennar“. Ákvæði 233. gr. a séu ekki aðeins nauðsynleg og samrýmanleg lýðræðishefðum heldur sé jafnframt gætt með þeim samræmis við löggjöf skyldra ríkja og farið að samþykktum alþjóðastofnana, sem Ísland eigi hlut að, um að stuðla beri að jöfnuði manna í þessu tilliti og veita að auki þeim jöfnuði refsivernd. Að þessu virtu gætu engin réttmæt efni staðið til að telja löggjafann hafa farið út fyrir mörk meðalhófs með setningu 233. gr. a. Hæstiréttur mat síðan hvort það væri nauðsynlegt og samrýmanlegt lýðræðishefðum í skilningi 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar að takmarka í þessu tilviki tjáningarfrelsi ákærða með sakfellingu samkvæmt ákvæðinu. Vísaði Hæstiréttur meðal annars til þess að þótt ákærði hafi látið ummælin falla í viðamikilli almennri umræðu, þar sem orðræðan hefði ekki alltaf einkennst af yfirvegun eða hófsemd, hefðu orð hans verið komin langan veg frá upphaflegu tilefni umræðunnar og verið í senn alvarleg, gróflaga meiðandi og fordómafull. Til slíkra tjáningarháttá hefði honum verið alls óþarft að grípa í því skyni að koma skoðunum sínum á framfæri. Síðan segir í dómnum: „Á löggjafanum hvílir ekki aðeins sú skylda að haga lögum á þann hátt að tjáningarfrelsi sé ekki

skert í ríkara mæli en svigrúm stendur til eftir kröfum 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Lög-gjafanum er einnig skylt að tryggja með lögum einkalífi manna friðhelgi, sbr. 1. mgr. 71. gr. hennar, og stuðla jafnframt að vernd þeirra, sem hætt er við að sæti vegna aðstæðna sinna eða sérkenna útbreiddu aðkasti eða andúð, og gæta þar með allsherjarreglu. Þegar horft er til þessara hagsmuna, sem meðal annars 233. gr. a almennra hegningarlaga er sett til að vernda, verða þeir samkvæmt lýðræðishefðum og eftir heildstæðu mati á öllum atvikum málsins að vega þyngra en óheft frelsi ákærða til að tjá skoðanir sínar á þann hátt sem hann gerði. Er þá jafnframt tekið fullt tillit til þess að tjáningarfrelsi hans verði ekki skert í ríkara mæli en nauðsyn ber til svo að náð verði því lögmæta markmiði, sem 233. gr. a almennra hegningarlaga stefnir að, en reglur þess ákvæðis verða að teljast nauðsynlegar í skilningi 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar til að sporna við fordómum, andúð og fyrirlitningu í garð afmarkaðra þjóð-félagshópa, sem unnt væri að stuðla að með hatursorðræðu.“ Var ákærði því sakfelldur samkvæmt ákæru og gert að greiða 100.000 kr. sekt í ríkissjóð. Einn dómari af þremur vildi sýkna ákærða á grundvelli tjáningarfrelsis. Í *Hrd. 14. desember 2017 (577/2017)* var sakfelldur með sambærilegum rökum og að framan greinir fyrir eftirfarandi ummæli, þar sem einn dómari af þremur skilaði einnig sératkvæði: „Á nú að fara eyðileggja sakleysi barnanna að foreldrum forspurdum? Ég myndi flokka þetta undir barnanýð vera troða kynvillu í saklaus börn. Bæjarstjórn Hafnarfjarðar vinsamlegast haldið saurugu hugsunum og löngunum ykkar frá börnunum mínum.“ Til viðbótar framangreindum hæstaréttardómum hafa fallið nokkrir hér-aðsdómar um 233. gr. a, sbr. áðurnefndan *Hérd. Rvk. 10. apríl 2017 (S-839/2016)*, sem og *Hérd. Rvk. 24. apríl 2017 (S-839/2016)*, *Hérd. Rvk. 28. apríl 2017 (S-835/2016)*, *Hérd. Reykn. 2. janúar 2018 (S-172/2017)* og *Hérd. Reykn. 8. janúar 2018 (S-425/2016)*. Ekki þykir ástæða til að rekja þá sérstaklega hér.

Að endingu skal þess getið að refsíákvæði í framangreinda veru er einnig að finna í löggjöf annars staðar á Norðurlöndum, en til slíkra ákvæða var einmitt horft þegar 233. gr. a almennra hegningarlaga var lögfest. Skv. 266. gr. b dönsku hegningarlaganna (d. straffeloven) skal hver sem opinberlega eða í því skyni að breiða út til fjölda manna setur fram ummæli eða aðra yfirlýsingu þar sem hópi manna er ógnað, þeir smánaðir eða niðurlægðir vegna kynþáttar, litarháttar, þjóðernis eða uppruna, trúar eða kynhneigðar, sæta sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Þegar refsing er ákvörðuð skal það vera til sérstakrar refsipýngingar ef háttsemin hefur einkenni áróðurs. Skv. 1. mgr. 185. gr. norsku hegningarlaganna (n. lov om straff) varðar það sektum eða fangelsi allt að þremur árum að setja, af ásetningi eða gáleysi, opinberlega fram hatursfulla tjáningu eða tjáningu sem hvetur til mismununar. Sá sem af ásetningi eða gáleysi setur fram slíka tjáningu í nærveru annars skal sæta sektum eða fangelsi allt að einu ári. Í ákvæðinu segir síðan að með hatursfullri tjáningu eða tjáningu sem hvetji til mismununar sé átt við það að ógna einhverjum eða smána, eða að stuðla að hatri, ofsóknum eða fyrirlitningu einhvers á grundvelli litarháttar, þjóðernis, þjóðlegs uppruna, trúar, lífsskoðana, kynhneigðar eða fötlunar hans. Mörg dæmi eru um sakfellingu danskra og norskra dómstóla samkvæmt framangreindum ákvæðum, sbr. t.d. *UfR. 2000, bls. 2234*, og *Rt. 1997, bls. 1821*.

2.4 Nauðsyn lagasetningar.

Líkt og rakið er að framan var gerð nokkur breyting á orðalagi 233. gr. a almennra hegningarlaga með lögum nr. 13/2014. Þrátt fyrir að í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögunum segi að ekki sé gert ráð fyrir að í þessu felist efnisbreyting verður að telja ljóst, miðað við orðalag ákvæðisins, að í breytingunni fólst nokkur þrenging á tjáningarfrelsi. Þannig er ekki lengur hluti af verknáðarlýsingunni að *ráðist sé að manni eða hópi manna*. Ákvæðið felur þannig ekki berum orðum í sér kröfu um tiltekið stig eða alvarleika tjáningarinnar, svo hún

verði takmörkuð, utan þess sem felst í hugtökunum að rógbera, smána, ógna eða hæðast að. Í dómunum frá 14. desember 2017, sem raktir eru í kafla 2.3, komst Hæstiréttur þó að þeirri niðurstöðu að af þeim röksemdum sem búa að baki ákvæðinu verði ráðið að til þess að teljast refsiverð verði tjáning að fela í sér „slíka óbeit, andúð, fyrirlitningu eða fordæmingu að telja meggi hana til hatursorðræðu í garð þess, sem henni er beint að“.

Þótt Hæstiréttur telji kröfu um tiltekinn grófleika þannig innbyggða í ákvæðið, í ljósi þeirra röksemda sem að baki því búa, verður að telja rétt að orða þann grófleika með einhverjum hætti í ákvæðinu sjálfu. Í því sambandi athugast að 27. gr. laga um fjölmiðla nr. 38/2011, sem byggist á ákvæði í tilskipun ESB, er mun þrengra að þessu leyti, enda takmarkast bannið þar við að fjölmiðlar *kyndi með markvissum hætti undir hatri* og útilokar þannig almennt ábyrgð vegna einstakra ummæla. Reglan um tjáningarfrelsi á ekki aðeins við um hugmyndir sem falla í góðan jarðveg eða lítið er á sem meinlausar eða þýðingarlitlar heldur einnig um þær sem móðga, særa, hneyksla eða fara fyrir brjóstið á ríkinu eða einverjum hluta þjóðarinnar. Í ljósi mikilvægis reglunnar verður að telja rétt að færa ákvæðið nær þeim röksemdum sem búa að baki því og 27. gr. laga um fjölmiðla enda fela þær alþjóðaskuldbindingar sem búa að baki 233. gr. a almennra hegningarlaga ekki í sér skyldu til að hafa ákvæðið jafn opið og almennt og það er nú. Um leið fæli slík breyting í sér að ákvæðið væri fært nær þeirri vernd sem í því fólst í upphafi, þ.e. áður en kom til framangreindrar rýmkunar á verknaðarlýsingunni með orðalagsbreytingunni árið 2014.

2.5 Valkostir við lagasetningu.

Að gefinni framangreindri niðurstöðu, um að rétt væri að þrengja 233. gr. a almennra hegningarlaga í ljósi meginreglunnar um tjáningarfrelsi, voru nokkrir valkostir uppi sem frumvarpshöfundar þurftu að taka afstöðu til.

Í fyrsta lagi kom til álita að færa ákvæðið aftur í svipað horf að framangreindu leyti og var fyrir setningu laga nr. 13/2014, með því að bæta þar inn kröfu um að ráðist sé á mann eða hóp manna með viðkomandi tjáningu. Í öðru lagi kom til álita að orða í ákvæðinu það alvarleikastig sem Hæstiréttur gerir kröfu um í fyrrnefndum dómum frá 14. desember 2017, þ.e. að til þess að teljast refsiverð þurfi tjáning að fela í sér slíka óbeit, andúð, fyrirlitningu eða fordæmingu að flokka meggi hana undir hatursorðræðu. Í þriðja lagi kom til álita að leitast við að orða kröfu um tiltekinn alvarleika í ljósi þeirra alþjóðaskuldbindinga sem uppi eru á þessu sviði.

Niðurstaðan var sú að fara síðastnefndu leiðina. Í því sambandi athugast að þótt fyrstnefnda leiðin dragi fram visst alvarleikastig tjáningar þá gerir hún í reynd lítið til þess að afmarka nánar hvers konar tjáning telst refsiverð. Sama má segja um skilgreiningu Hæstaréttar; hún leggur áherslu á visst alvarleikastig en felur í reynd ekki í sér frekari skilgreiningu á hatursorðræðu. Slík skilgreining er enda örðug þar sem hvorki liggur fyrir í þjóðarétti eða landsrétti skilgreining á hugtakinu sem sammæli er um. Í frumvarpinu er þó leitast við afmarka nokkuð nánar hvers konar tjáning geti talist til hatursorðræðu í skilningi ákvæðisins, í ljósi fyrrnefndra alþjóðaskuldbindinga, líkt og nánar er rakið í skýringum við 1. gr. frumvarpsins.

Meðal þess sem kom til athugunar við endurskoðun ákvæðisins var hvort ástæða væri til að bæta við þá hópa sem þar er vísað til, einkum hvort bæta ætti við orðinu *kynferði*, en það er að finna í 27. gr. laga um fjölmiðla, auk fleiri orða sem ekki eru í 233. gr. a almennra hegningarlaga. Niðurstaðan var sú að hreyfa ekki við ákvæðinu að þessu leyti. Er þar hafður í huga bakgrunnur ákvæðisins sem miðar einkum að vernd tiltekinna og viðkvæmra hópa, almennt minnihlutahópa. Með því að tilgreina kynferði tæki refsivernd ákvæðisins að þessu leyti til tveggja hópa, sem hvor um sig telur liðlega helming mannkyns. Telja verður að í því fælist nokkur breyting á eðli ákvæðisins og er hún ekki lögð til hér. Í því sambandi má einnig

nefna að orðið kynferði er ekki að finna í sambærilegum refsíákvæðum annars staðar á Norðurlöndum.

2.6 Markmið lagasetningar.

Samkvæmt öllu framansögðu er meginmarkmið lagasetningarinnar að þrengja 233. gr. a almennra hegningarlaga í þágu tjáningarfrelsis, eftir rýmkun sem varð á ákvæðinu með lögum nr. 13/2014.

3. Meginefni frumvarpsins.

Með frumvarpinu er lagt til að við 233. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, bætist „enda sé háttsemin til þess fallin að hvetja til eða kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun“. Verði frumvarpið að lögum mun 233. gr. a hljóma svo í heild sinni: „Hver sem opinberlega hæðist að, rógber, smánar eða ógnar manni eða hópi manna með ummælum eða annars konar tjáningu, svo sem með myndum eða táknum, vegna þjóðernis, litarháttar, kynþáttar, trúarbragða, kynhneigðar eða kynvitundar, eða breiðir slíkt út, skal sæta sektum eða fangelsi allt að 2 árum enda sé háttsemin til þess fallin að hvetja til eða kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun.“

Í frumvarpinu felst tillaga að rýmkun tjáningarfrelsis með því að gera kröfu um nánar tiltekinn grófleika eða alvarleika til þess að sú tjáning sem ákvæðið tekur til varði refsingu. Þannig þarf tjáningin að vera til þess fallin að hvetja til eða kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun. Er það orðalag lagt til í ljósi þeirra alþjóðaskuldbindinga sem að baki ákvæðinu búa, en einnig meðal annars í ljósi orðalags 27. gr. laga um fjölmiðla, nr. 38/2011. Í þessu sambandi athugast að af orðalagi a-liðar 4. gr. sammingsins um afnám alls kynþáttamisréttis hefur verið ráðið að hugmyndin um refsivernd tengist því að stemma stigu við ofbeldi eða annars konar aðgerðum gegn einstaklingum eða hópum vegna kynþáttar, útbreiðslu hugmynda um yfirburði kynþátta og óvildar í þeirra garð og hvatningu til kynþáttamisréttis eða ofbeldis. Þótt hvatning til ofbeldis sé alls ekki skilgreiningaratriði hatusorðræðu er því ljóst að hugtakið tengist upphaflega *útbreiðslu óvildar og hvatningu* til mismununar eða ofbeldis gegn tiltekn- um hópum. Svipuð atriði má greina í sambærilegum ákvæðum nágrannalandanna, þótt þau séu með ýmsu móti og orðalag þeirra að nokkru leyti opnara, sbr. kafla 2.3. Líklega má segja að með breytingunni færi orðalag íslenska ákvæðisins úr því að vera rýmsta ákvæðið yfir í það að vera hið þrengsta, a.m.k. þegar litið er til Danmerkur og Noregs. Er sú breyting sem fyrr segir lögð til í þágu tjáningarfrelsis, enda rúmast hún innan alþjóðaskuldbindinga á þessu sviði.

4. Samræmi við stjórnarskrá og alþjóðlegar skuldbindingar.

Líkt og kafla 2 að framan ber með sér snertir frumvarpið ýmis mannréttindaákvæði, þar á meðal 65., 71. og 73. gr. stjórnarskrárinnar, sem og alþjóðaskuldbindingar, meðal annars 4. gr. alþjóðasammings um afnám alls kynþáttamisréttis og 10. gr. mannréttinasáttmála Evrópu. Megintilgangur frumvarpsins er að rýmka tjáningarfrelsi en tryggja að 233. gr. a almennra hegningarlaga veiti um leið þá vernd sem hópum sem þar er vísað til ber samkvæmt mannréttindaákvæðum.

Fram fór ítarlegt mat á þessum atriðum bæði af hálfu stýrihópsins sem starfaði á grundvelli þingsályktunar nr. 23/138 og nefndarinnar sem skilaði af sér þessu frumvarpi. Var það niðurstaðan að það samrýmdist framangreindum mannréttindaákvæðum og öðrum alþjóðaskuldbindingum. Sé litið sérstaklega til mannréttinasáttmála Evrópu er þar um að ræða svið þar sem mannréttindadómstóll Evrópu eftirlætur aðildarríkjunum talsvert svigrúm. Þannig verður

að telja ótvírætt að núgildandi ákvæði sé innan marka umrædds svigrúms og fari sem slíkt ekki í bága við tjáningarfrelsisákvæði 10. gr. mannréttindasáttmálans. Á hinn bóginn er í sáttmálanum á engan hátt gerð krafa um svo mikla takmörkun sem í orðalagi ákvæðisins felst. Því er aðildarríkjunum heimilt að marka slíkum refsíákvæðum þrengri farveg. Verður enda að telja slíka notkun á því svigrúmi sem aðildarríkin hafa í mjög góðu samræmi við 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og þau grunngildi sem ákvæðið hvílir á. Um framangreind atriði vísast að öðru leyti til umfjöllunar í kafla 2.

5. Samráð.

Frumvarpið snertir alla sem tjá sig eða hyggjast tjá sig og miðar að því að þeir njóti rúms tjáningarfrelsis. Þá gefur augaleið að frumvarpið snertir sérstaklega fjölmiðla, enda eru þeir helsti liðurinn í miðlun tjáningar. Frumvarpið snertir jafnframt þá sem tjáningin beinist að, þ.e. þá sem verða fyrir þeirri háttsemi sem lýst er refsiverð í 233. gr. a almennra hegningarlaga, og miðar við að þeir njóti eftir sem áður virkrar refsiverndar.

Með samsetningu stýrihópsins á grundvelli þingsályktunar nr. 23/138 og nefndarinnar sem skilaði af sér þessu frumvarpi var leitast við að ná sem víðtækustu samráði við samtök og stofnanir sem málið snertir. Þannig sátu í nefndinni fulltrúar fjögurra ráðuneyta, fulltrúar Bláðamannafélagsins og IMMI, auk tveggja lögfræðinga með sérþekkingu á þessu sviði. Þá hefur verið haft samráð við refsiréttarnefnd. Frumvarpið var til umsagnar í samráðsgátt Stjórnarráðsins á vefnum Ísland.is (mál nr. 164/2018) frá 15. október til 12. nóvember 2018. Tvær umsagnir bárust. Af hálfu Mannréttindaskrifstofu Íslands var þeirri spurningu velt upp hvort nauðsyn væri þeirrar viðbótar við 233. gr. a almennra hegningarlaga sem frumvarpið felur í sér, enda væri háttsemi sem undir það fellur alltaf til þess fallin að hvetja eða kynda undir hatur, ofbeldi eða mismunun. Með því að skilyrða ákvæðið á þann hátt sem frumvarpið leggi til sé það gert flóknara og geri erfiðara fyrir um saksókn. Í umsögn Mannréttindaskrifstofu Íslands er jafnframt hvatt til þess að tekið sé meira tillit til skaðsemi hatursorðræðu í frumvarpinu. Þá barst umsögn frá einum einstaklingi þar sem talið er að þær tillögur sem frumvarpið feli í sér gangi of langt og gangi mjög nærri jaðarsettum einstaklingum, frelsi þeirra og friðhelgi einkalífs. Jafnframt er lagt til að fordómum verði bætt við þá breytingartillögu við 233. gr. a almennra hegningarlaga sem frumvarpið felur í sér, verði sú leið á annað borð fyrir valinu. Ráðuneytið taldi framangreindar umsagnir ekki kalla á breytingar á frumvarpinu.

6. Mat á áhrifum.

Verði frumvarpið að lögum verður verndarandlag 233. gr. a almennra hegningarlaga þrengt, eftir þá rýmkun sem varð á ákvæðinu með lögum nr. 13/2014. Í þeirri breytingu mun felast að meira þarf að koma til svo mönnum verði gert að sæta refsingu samkvæmt ákvæðinu en nú er. Í því felst um leið að dregið er úr refsivernd þeirra hópa sem vísað er til í ákvæðinu. Þeir munu eftir sem áður njóta virkrar refsiverndar til samræmis við mannréttindaákvæði og alþjóðaskuldbindingar á þessu sviði.

Samþykkt frumvarpsins mun engin áhrif hafa á stjórnslu ríkisins, að því frátöldu að þrenging refsíákvæðisins kann að einhverju leyti að létta skyldu af ákærvaldinu, en skv. 1. tölul. 242. gr. almennra hegningarlaga sæta brot gegn 233. gr. a ákæru.

Með hliðsjón af mikilvægi tjáningarfrelsis í lýðræðisþjóðfélagi verður að telja ávinning af samþykkt frumvarpsins meiri en hugsanleg neikvæð eða íþyngjandi áhrif þess.

Frumvarpið hefur hvorki í för með sér útgjöld fyrir ríkissjóð né sveitarfélög. Frumvarpið gerir ekki greinarmun á kynjum eða tekur kyn til skoðunar og því hvorki gert ráð fyrir að það hafi áhrif á jafnrétti né stöðu kynjanna.

Um einstakar greinar frumvarpsins.

Um 1. gr.

Líkt og rakið er í almennum athugasemdum var orðalagi 233. gr. a almennra hegningarlaga, nr. 19/1940, breytt með lögum nr. 13/2014. Þrátt fyrir að í greinargerð með því frumvarpi sem varð að lögunum segi að ekki sé gert ráð fyrir að í þessu felist efnisbreyting verður að telja ljóst, miðað við orðalag ákvæðisins, að í breytingunni fólst nokkur þrenging á tjáningarfrelsi. Þannig er ekki lengur hluti af verknaðarlýsingunni að *ráðist sé að manni* eða *hópi manna*. Ljóst er að nýrra orðalagið hefur aðra merkingu en það eldra enda er það *ad ráðast opinberlega að manni með háði* sterkara orðalag en að *hæðast opinberlega að manni*, þ.e. ber með sér kröfu um alvarlegri háttsemi. Með greininni er leitast við að snúa til baka að þessu leyti og orða kröfu um tiltekið stig eða alvarleika tjáningarinnar í 233. gr. a, sem er jafnframt í samræmi við undirliggjandi mannréttindaákvæði og alþjóðaskuldbindingar á þessu sviði. Um þessi atriði vísast nánar til almennra athugasemda.

Í greininni felst tillaga um að við ákvæði 233. gr. a almennra hegningarlaga bætist „enda sé háttsemin til þess fallin að hvetja til eða kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun“. Í viðbótinni felst krafa um að sú háttsemi sem er refsiverð sé annaðhvort til þess fallin að *hvetja til haturs*, ofbeldis eða mismununar eða til þess fallin að *kynda undir hatri*, ofbeldi eða mismunun. Orðalag þetta er valið í ljósi þess sem nánar greinir í kafla 2 um undirliggjandi alþjóðaskuldbindingar á þessu sviði, auk þess sem hliðsjón er höfð af 27. gr. laga um fjölmiðla, nr. 38/2011, og tilskipun 2010/13/ESB. Segja má að það fyrrnefnda – að hvetja til haturs, ofbeldis eða mismununar – feli að mörgu leyti í sér kjarna þeirrar tjáningar sem ákvæðum um hatursorðræðu er ætlað að takmarka. Um leið verður að telja hvatningu til ofbeldis til alvarlegustu brotanna gegn ákvæðinu, sem meta verði til þyngri refsingar en ella. Það síðarnefnda – að kynda undir hatri, ofbeldi eða mismunun – er til samræmis við orðalag 27. gr. laga um fjölmiðla, þar sem fjölmiðlum er gert óheimilt að kynda markvisst undir hatri á grundvelli þeirra atriða sem þar eru talin upp. Hér er þó ekki gengið jafnt langt og í nefndu ákvæði, sem gerir kröfu um að þetta sé gert „með markvissum hætti“. Engu síður er ljóst að í orðalaginu um að *kynda undir hatri*, ofbeldi eða mismunun felst krafa um tiltekið alvarleikastig. Háttsemin þarf að vera til þess fallin að ýta undir slík atriði, þ.e. að leiða til haturs, ofbeldis eða mismununar eða breiða slíkt út. Markviss eða endurtekin tjáning í þá veru sem greinir í ákvæðinu myndi uppfylla þetta skilyrði. Einstök og einangruð ummæli myndu hins vegar almennt ekki ná því stigi ein og sér að teljast til þess fallin að kynda undir hatri, þótt slíkt sé ekki útilokað þegar um mjög grófa tjáningu er að ræða sem vitnar um eða er liður í eiginlegri útbreiðslu hatursfullra hugmynda.

Við mat á því hvort framangreindum þröskuldi sé náð skiptir tilgangur þess sem setur tjáninguna fram verulegu máli, þ.e. hvort telja verði að hann hafi leitast við að ýta undir hatur, ofbeldi eða mismunun eða hvort tilgangur tjáningar hafi verið annar, t.d. kímni eða að efna til opinberrar þjóðfélagsumræðu. Þá skiptir staða þess sem tjáir sig máli, sem og hvar og undir hvaða kringumstæðum hann tjáir sig. Tjáning sem er á mörkunum getur þannig horft mismunandi við, t.d. eftir því hvort hún er sett fram af einstaklingi sem nýtur virðingarstöðu í samfélaginu, í stóru viðtali í útbreiddum fjölmiðli, eða hvort um er að ræða almennan borgara sem hefur snöggreiðst og tjáð sig án yfirvegunar í athugasemdakerfi netmiðils. Almennt yrði að telja tjáningu fyrrnefnda einstaklingsins mun frekar til þess fallna að kynda undir hatri en síðarnefnda einstaklingsins, enda sannfæringarmáttur hennar meiri. Fleiri atriði geta skipt máli við mat á því hvort þröskuldi ákvæðisins sé náð en segja má að grundvallaratriðið sé hvort

tjáningunni sé ætlað og hvort hún sé líkleg til að ýta undir hatur, ofbeldi eða mismunun. Einaangruð ummæli almennra borgara í athugasemdakerfum myndu sem fyrr segir almennt ekki ná því stigi og samkvæmt því verður að telja líklegt að niðurstaðan í *Hrd. 14. desember 2017 (415/2017)* og *Hrd. 14. desember 2017 (577/2017)*, sem raktir eru í kafla 2.3, hefði orðið önnur ef sú breyting á ákvæðinu sem hér er lögð til hefði verið orðin að veruleika.

Að endingu skal tekið fram að þótt hér sé leitast við að leggja til nákvæmari verknaðarlýsingu en er í núgildandi ákvæði er óhjákvæmilegt að beiting ákvæðisins verði áfram háð talsverðu mati. Þar skiptir meðal annars máli að túlka verður ákvæðið hverju sinni í samræmi við mannréttindaákvæði og alþjóðaskuldbindingar sem gerð er grein fyrir í almennum athugasemdum.

Um 2. gr.

Í greininni er kveðið á um gildistöku með hefðbundnum hætti. Í gildistökunni felst að löggin taki eingöngu til tjáningar sem viðhöfð er eftir gildistöku laganna en núgildandi lagaákvæði eigi við um tjáningu fram að því tímamarki.