

UMSÖGN

Dags. 30. mars 2021

Til: Allsherjar- og menntamálanefndar Alþingis

Frá: Dr. Kára Hólmari Ragnarssyni, lektor við Lagadeild Háskóla Íslands

Efni: Frumvarp til laga um breytingu á lögum um þjóðsöng Íslendinga, nr. 7/1983 (afnám takmarkana), **501. mál**

Ísáð er til umsagnarbeiðni frá nefndasviði Alþingis 16. mars 2021 varðandi ofangreint mál. Taka skal fram að efni frumvarpsins, sem virðist einfalt við fyrstu sýn, vekur upp margvísleg álitafni, einkum um leyfileg mörk tjáningarfrelsis. Í umsögn þessari gefst aðeins færi á að vekja athygli á nokkrum álitafnum:

- a) Fela núgildandi lög í sér takmörkun á tjáningarfrelsi?
- b) Hvernig er lagt mat á leyfilegar takmarkanir á tjáningarfrelsi skv. 73. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 (sjskr.) og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (MSE).
- c) Er líklegt að beiting núgildandi laga nr. 7/1983 brjóti gegn stjórnarskrá?
- d) Er sambærileg löggjöf í öðrum ríkjum? Hvernig er litið á refsíákvæði af þessum toga innan mannréttindakerfisins?

Varðandi öll þessi atriði er einungis unnt að veita stutta umsögn og eru allar niðurstöður háðar fyrirvara um að frekari rannsókn kynni að breyta afstöðu undirritaðs.

a) Fela núgildandi lög í sér takmörkun á tjáningarfrelsi?

Hér er svarið nokkuð skýrt já. Nánar tiltekið felur bann við tiltekinni tjáningu, að viðlagðri refsingu, í sér takmörkun. Gagnvart einstaklingum þá myndi þessi takmörkun í reynd eiga sér stað þegar lögunum er beitt í einstöku tilviki, þ.e. þegar einstaklingur er dæmdur til refsingar. Á sviði tjáningarfrelsis er þó einnig rétt að hafa svokölluð kælingaráhrif í huga, þ.e. að ótti við viðurlög getur valdið því að fólk veigri sér við að tjá sig með tilteknum hætti.

b) Hvernig er lagt mat á leyfilegar takmarkanir á tjáningarfrelsi skv. 73. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 (sjskr.) og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (MSE).

Aðferð íslenskra dómstóla við úrlausn tjáningarfrelsismála tekur verulega mið af framkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) og verður því almennt ekki gerður greinarmunur á umfjölluninni hér, nema sérstaklega sé tekið fram. Aðferðin fylgir í meginatriðum eftirfarandi skrefum:

1. Er mælt fyrir um takmörkunina í lögum?
2. Stefnir takmörkunin að lögmætu markmiði, þ.e. er hún tilkomin vegna „allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra“ (stjskr., 73. gr.) / „þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði

eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla“ (MSE, 10. gr.)?

3. Er takmörkunin nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi?

Í þessum lið fer fram hagsmunamat eða mat á meðalhófi takmörkunar á tjáningarfrelsi gagnvart því lögmæta markmiði sem stefnt er að. Einkum fjallar MDE um eftirfarandi atriði:

Er aðkallandi þörf (e. *pressing social need*) fyrir hendi?

Hvers eðlis og hversu íþyngjandi eru viðurlögin?

Eru aðrar vægari leiðir fyrir hendi?

Er almenn bannregla réttlætanleg?

Hvers eðlis og efnis var tjáningin sem var takmörkuð?

Listinn er ekki endilega tæmandi þar sem aðferð MDE tekur m.a. mið af þeim þætti 10. gr. MSE sem reynir á. Í hverju máli fyrir sig verður að svara þessum spurningum en rétt er að taka fram að í dómsmálum á þessu sviði er löggjafanum almennt veitt ákveðið svigrúm til mats. Í framkvæmd MDE er þetta svigrúm rýmra eftir því sem málsmeðferð löggjafans og réttlættingarástæður eru ítarlegri.

c) Er líklegt að beiting núgildandi laga nr. 7/1983 brjóti gegn stjórnarskrá?

Fyrst af öllu er rétt að geta þess að til þess að reyni á stjórnskipulegt gildi laganna fyrir dómi þarf að koma til þess að einstaklingur sé ákærður fyrir brot gegn þeim. Í slíku máli myndu dómstólar leysa úr því hvort beiting laganna í tilteknu tilviki fái staðist, ekki hvort lögin sem slík geti staðist almennt séð. Hér gefst því aðeins kostur á því að fjalla um lögin almennt.

i. Stefnir núgildandi takmörkun að lögmætu markmiði?

Í greinargerð með frumvarpinu sem hér er til umsagnar er tekin sú afstaða að takmarkanir þær sem felast í núgildandi lögum geti ekki talist stefna að neinu markmiði sem samrýmist 73. gr. / 10. gr. MSE. Lögskýringargögn gefa því sannarlega afar takmarkaðar vísbendingar um markmið laganna.

Hér verður hins vegar bent á að MDE hefur talið að margvísleg markmið yfirvalda geti fallið undir vernd „siðgæði manna“. MDE veitir landsyfirvöldum víðtækt svigrúm til mats á því hvað telst falla undir vernd siðgæðis. Vel mætti ímynda sér að íslenska ríkið haldi því fram fyrir dómi að markmið laga nr. 7/1983 væri að vernda þá (ætluðu) siðferðilegu afstöðu almennings að þjóðsöngurinn hafi sérstöðu meðal þjóðarinnar sem sameiningartákn. Sjónarmið í þessa átt koma fram í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 7/1983, þar segir: „munu langflestir Íslendingar líta á hann sem þjóðartákn, hliðstætt þjóðfánanum, sem eigi megi óvirða né vanhelga.“ Undirritaður tekur ekki sérstaka afstöðu til þess hvort þessi lýsing á afstöðu Íslendinga sé rétt í dag. Síðar í umsögn þessari verður bent á að margar alþjóðastofnanir gjalda varhug við vernd, sérstaklega refsivernd, þjóðartákna eða þjóðernishugmynda.

Þá hefur MDE í einhverjum tilvikum fallist á að vernd tilfinninga annarra, þá einkum trúarlegra tilfinninga, geti talist lögmætt markmið (fallið undir „réttindi annarra“ í skilningi 10. gr. MSE), sjá *E.S. gegn Austurríki* (38450/12), en sá tiltekni dómur hefur reyndar sætt mikilli gagnrýni. Á þeim grundvelli er ekki óhugsandi að MDE myndi fallast á að íslenski löggjafinn telji lög nr. 7/1983 stefna að því lögmæta markmiði að vernda „réttindi annarra“, þ.e. þjóðernis- eða samstöðutilfinningar þeirra.

Undirritaður telur því að a.m.k. sé hugsanlegt að benda á lögmætt markmið í skilningi tjáningarfrelsisákvæða sem gildandi takmörkun stefnir að. Það er þó ekki þar með sagt að lögin, eða beiting þeirra í einstökum tilvikum, fái staðist.

ii. Er takmörkunin nauðsynleg í lýðræðislegu þjóðfélagi?

Grundvallaratriðið er alltaf leit að sanngjörnu jafnvægi milli þess markmiðs sem að er stefnt og þeirrar aðferðar sem beitt er. Hér er markmiðið að vísu óljóst en ef gengið er út frá því að brotið væri gegn siðgæði manna ef þjóðsöngurinn væri afskræmdur þá er spurningin hvort nauðsynlegt sé að mæla fyrir um það algera bann sem lög nr. 7/1983 fela í sér, og refsingu, jafnvel fangelsisrefsingu, til að tryggja þá hagsmuni.

Þau tilvik sem fallið gætu undir núgildandi lög eru afar mismunandi, enda bannið afar víðtækt. Erfitt er að ímynda sér að refsing fyrir að útsetja þjóðsönginn fyrir jazztrío myndi standast stjórnarskrá. Það sama má segja um notkun þjóðsöngsins, t.d. með breyttum texta eða útsetningu, í pólitískri tjáningu. Nær markatilviki væri hins vegar t.d. ef texta söngsins væri breytt þannig að hann fjallaði á niðurlægjandi hátt um innflytjendur. Hugsanlega mætti réttlæta takmörkun á slíkri tjáningu á þeim grundvelli að afskræming þjóðsöngsins á meiðandi hátt særði siðgæði manna, sbr. framangreint, þar sem þjóðernisstolt þá sem þjóðsöngurinn veki væri beitt í meiðandi tilgangi.

Dómstólar myndu, sem fyrr segir, standa frammi fyrir því álitamáli að endurskoða mat löggjafans á því hvort aðkallandi þörf (e. *pressing social need*) væri fyrir hendi til þess að takmarka tjáningu með þessum hætti. Telji löggjafinn enga slíka þörf til staðar kann að vera rétt að samþykkja frumvarpið, eftir atvikum með breytingum.

Við mat á réttmæti takmarkana á tjáningarfrelsi hefur MDE litið til viðurlaga. Í núgildandi lögum nr. 7/1983 er mælt fyrir um refsingu, raunar fangelsi allt að tveimur árum. Fangelsisrefsing fyrir brot af þessu tagi verður að teljast algerlega úr hófi. Skilningur undirritaðs er þó sá að aldrei hafi komið til slíks og verður að telja nánast útilokað að íslenskir dómstólar myndu dæma fangelsisrefsingu. Refsiákvæði fyrir efni tjáningar eru raunar litin verulegu hornauga innan mannréttindakerfisins.

Telji löggjafinn aðkallandi þörf fyrir hendi til takmörkunar tjáningar til þess að vernda siðgæði manna (eða ná öðru því lögmæta markmiði sem undirritaður hefur ekki komið auga á) ætti að kanna aðrar vægari leiðir. Hér verður bent að nokkrar leiðir sem kæmu til skoðunar:

- Fyrsta skrefið gæti verið að afnema ákvæðið um fangelsisrefsingu úr lögnum. Þó er ekki víst að það væri fullnægjandi kostur.
- Kanna má hvort önnur úrræði, t.d. bann við hatursorðræðu skv. 233. gr. a. almennra hegningarlaga verndar nú þegar þá hagsmuni sem lögin leitast við að vernda?
- Kæmi til greina að skilgreina takmörkunina með þrengri hætti, t.d. þannig að tjáning um málefni sem á erindi til almennings (pólitísk tjáning) væri undanskilin banninu? Eða þannig að einungis (a) breytingar á þjóðsöngnum sem teldust meiðandi eða niðrandi og (b) notkun hans í viðskiptalegum tilgangi væru bannaðar?
- Kæmi til greina að beita einhvers konar stjórnsýsluviðurlögum, vægari en refsingu? Til dæmis að ráðherra, eða annað stjórnvald, hefði heimildir til þess að beina því til einstaklings eða lögaðila að láta af óheimilli notkun á þjóðsöngnum, en einungis ef slíkum tilmælum er ekki fylgt væri unnt að leggja stjórnvaldssektir á viðkomandi aðila.

Slíkt kann þó að vera þungbært í framkvæmd (og þá kæmi til skoðunar dómaframkvæmd MDE um réttlætingu á almennum bannreglum).

iii. Um mismunandi form tjáningar (t.d. viðskiptalega tjáningu og pólitíska tjáningu)

Að mati undirritaðs er auðveldara að réttlæta áframhaldandi takmarkanir á notkun þjóðsöngsins í viðskiptalegum tilgangi samanborið við önnur tilvik, a.m.k. pólitíska tjáningu, sem nýtur mun meiri verndar.

e) Er sambærileg löggjöf í öðrum ríkjum? Hvernig er litið á refsíákvæði af þessum toga innan mannréttindakerfisins?

Ítarleg samanburðarrannsókn á löggjöf á þessu sviði, svo og tengdum sviðum, t.d. takmörkun á tjáningu er varðar þjóðtákn, þjóðfána og aðrar táknmyndir, rúmast ekki innan umsgagnar þessarar. Eftir frumskoðun á efninu virðist þó mega draga eftirfarandi ályktanir:

- Undirrituðum er ekki kunnugt um dóma MDE um refsingu fyrir óheimila nýtingu á þjóðsöng. MDE hefur m.a. tekið fram að sú athöfn að brenna fána teljist tjáning í skilningi 10. gr. og í því sambandi minnt á að tjáningarfrelsi verndar tjáningu sem er móðgandi og stuðandi.¹ Í tveimur málum gegn Frakklandi gagnrýndi dómstóllinn meiðyrðalöggjöf sem veitir forseta franska lýðveldisins sérstaka vernd á þeim grundvelli að forsetinn sé þjóðartákn. Dómstóllinn tók þannig fram að þessi sérstaka vernd samræmdist ekki nútímaviðhorfum og engin aðkallandi þörf væri fyrir hendi.²
- Löggjöf einhverra Evrópuríkja inniheldur, eða hefur innihaldið þar til nýlega, ákvæði sem eru að einhverju leyti sambærileg. Heimildir benda til þess (undirritaður hefur ekki náð að staðfesta réttarstöðuna fullkomlega) að a.m.k. í Frakklandi, Grikklandi, Spáni, Búlgaríu, Tyrklandi, Lettlandi og Ungverjalandi sé að finna refsíákvæði vegna vanvirðingar við þjóðsöng og fleiri lönd mæla fyrir um refsingu fyrir vanhelgan þjóðfána eða annarra tákna. Í vel þekktum dómi, *Texas v. Johnson* (1989), taldi Hæstiréttur Bandaríkjanna að ekki stæðist stjórnarskrá að mæla fyrir um refsingu fyrir að brenna þjóðfánann. Stjórnlagadómstóll Þýskalands komst að öndverðri niðurstöðu í dómi sínum frá 7. mars 1990 (1 BvR 266/86) og taldi að, a.m.k. í vissum tilvikum væri heimilt að veita þjóðfána refsivernd.
- Sum ríki hafa nýtt, og nýta enn, svipaða löggjöf til þess að koma í veg fyrir andóf gegn yfirvöldum, fangelsa stjórnarandstæðinga o.s.frv. Amnesty International hefur þannig bent á að 2020 voru sett lög sem gilda í Hong Kong og gera það refsivert að vanvirða þjóðsöng Kína.³ Í þessu samhengi er almenn afstaða Amnesty þessi:

¹ MDE: Christian Democratic People's Party gegn Moldova (28793/02), 14. feb. 2006.

² MDE: *Colombani o.fl. gegn Frakklandi, 2002 og Eon gegn Frakklandi, 2013.*

³ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/hong-kong-national-anthem-law-is-an-insult-to-freedom-of-expression/> . Sjá almennt t.d. Martin Kwan, *The National Anthem Law in China: Human Rights Concerns and Justifications*, Harvard Human Rights Law Journal, 18. maí 2020.

„Under international human rights law, freedom of expression can protect ideas and speech that some may find offensive if they are not intended or likely to incite imminent violence. International human rights standards make clear that peaceful criticism of, or insult to, the nation or its symbols, even if offensive, does not constitute a threat to national security or justify prohibition on other grounds.“⁴

- Þessi afstaða Amnesty virðist í samræmi við afstöðu ýmissa mannréttindastofnana. Þannig hefur mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna (sem starfar skv. samningi um borgaraleg og stjórn mála og réttindi frá 1966, sem Ísland hefur fullgilt) áréttað að:

„As noted earlier in paragraphs 13 and 20, concerning the content of political discourse, the Committee has observed that in circumstances of public debate concerning public figures in the political domain and public institutions, the value placed by the Covenant upon uninhibited expression is particularly high. Thus, the mere fact that forms of expression are considered to be insulting to a public figure is not sufficient to justify the imposition of penalties, albeit public figures may also benefit from the provisions of the Covenant. Moreover, all public figures, including those exercising the highest political authority such as heads of state and government, are legitimately subject to criticism and political opposition. Accordingly, the Committee expresses concern regarding laws on such matters as, lese majesty [þ.e. að móðga þjóðhöfðingja], desecration [þ.e. að gagnrýna embættishafa], disrespect for authority, disrespect for flags and symbols, defamation of the head of state and the protection of the honour of public officials, and laws should not provide for more severe penalties solely on the basis of the identity of the person that may have been impugned. States parties should not prohibit criticism of institutions, such as the army or the administration.“ (Áhersla mín)⁵

Með svipuðum hætti hefur sú afstaða komið skýrt fram af hálfu amerísku mannréttindanefndarinnar (Inter-American Human Rights Commission, sem Ísland er eðli málsins samkvæmt ekki aðili að) að takmarkanir á tjáningarfrelsi í því markmiði að vernda óhlutbundnar hugmyndir, t.d. sameiningartákn þjóða, fái ekki staðist, nema tjáningin feli í sér áeggjan til haturs eða ofbeldis.⁶

Þessi umræða er nátengd, en þó að einhverju leyti aðgreind frá umfjöllun í að þjóðamannréttindakerfinu um guðlast og tengd atriði. Í umsögn þessari hefur ekki verið fjallað um vernd trúarhugmynda eða að koma í veg fyrir vanhelgan trúarskoðana sem hugsanlegt lögmætt markmið takmarkana á tjáningarfrelsi, þótt þjóðsöngur Íslendinga fjalli vissulega jafnvel meira um guð en Ísland. Nægir að nefna að almennt er afstaðan sú innan mannréttindakerfisins að slíkt teljist ekki til lögmæts markmiðs.

⁴ Amnesty, sjá fyrri heimild.

⁵ Human Rights Committee: General Comment No. 34, *Article 19: Freedoms of opinion and expression*, CCPR/C/GC/34, 12. september 2011.

⁶ Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur on Freedom of Expression: *Una Agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, 25. febrúar 2009.

Sérlegir erindrekar um tjáningarfrelsi (special rapporteurs) innan SP, OSCE og OAS stóðu saman að yfirlýsingu árið 2000 þar sem segir að ríki ættu að afnema refsilöggjöf um tjáningu og nýta fremur einkaréttarleg úrræði, þar sem þörf væri á. Þá segir „the State, objects such as flags or symbols, government bodies, and public authorities of all kinds should be prevented from bringing defamation actions“.⁷

Að síðustu má nefna að þing Evrópuráðsins tók fram árið 2010: ”the reputation of a nation, the military, historic figures, or a religion cannot and must not be protected by defamation or insult laws” (Recommendation 1897).

Rétt er að ítreka að í allri þessari umfjöllun alþjóðlegra stofnana er aðaláherslan á pólitíska tjáningu, þ.e. að löggjöf um vernd þjóðartákna sé ekki nýtt til þess að koma í veg fyrir gagnrýni á stjórnvöld, og minna má á að tjáningarfrelsi heimilar harða og óvægna gagnrýni.

Heildarniðurstaða umsagnar þessarar, með öllum fyrrgreindum fyrirvörum, er sú að í mörgum tilvikum er líklegt að beiting refsíákvæða núgildandi laga nr. 7/1983 fengi ekki staðist stjórnarskrá. Á það sérstaklega við um nýtingu þjóðsöngsins við pólitíska tjáningu. Almennu eru alþjóðlegar mannréttindastofnanir mjög á varðbergi gagnvart refsíákvæðum sem vernda þjóðartákn af ýmsum toga eða óhlutbundnar hugmyndir um þjóðarstolt, en í framkvæmd lúta þær áhyggjur fyrst og fremst að aðstæðum þar sem slík lög eru nýtt til kúgunar eða þöggunar þeirra sem gagnrýna stjórnvöld. Þó er ekki hægt að útiloka að unnt væri að réttlæta einhverjar takmarkanir á meðferð þjóðsöngsins og gæti slíkt komið til annað hvort við meðferð einstakra sakamála þar sem ákært væri fyrir brot gegn lögunum, eða með gagngerri endurskoðun lagaumhverfisins.

Virðingarfyllt,

Dr. Kári Hólmar Ragnarsson

(nix v Germ)

⁷ <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=142&IID=1>

Nefndasvið Alþingis
Allsherjar- og menntamálanefnd
Austurstræti 8-10
105 Reykjavík
nefndasvid@althingi.is

Reykjavík 30. mars 2021

Umsögn STEFs um frumvarp til laga um breytingu á lögum um þjóðsöng Íslendinga nr. 7/1983 (afnám takmarkana), 151. löggjafarþing, þingskjal 834, 501. mál.

STEF hefur fengið ofangreint frumvarp til umsagnar en frumvarpið er samhljóða frumvarpi sem lagt var fram á síðasta löggjafarþingi og STEF sendi þá inn umsögn (dags. 12. febrúar 2020).

Umsögn STEFs nú er samhljóða eldri umsögn.

STEF vill áréttta að þjóðsöngurinn sé höfundaverk Sveinbjörns Sveinbjörnssonar og Matthíasar Jochumssonar, og sem slíkur hefur hann gildi sem sjálfstætt listaverk með höfundanafni þótt hann njóti ekki lengur hefðbundinnar höfundaréttarverndar skv. höfundalögum.

STEF setur sig ekki upp á móti því að takmarkanir á flutningi verksins verði afnumdar og að hægt verði að flytja þjóðsönginn í mismunandi útgáfum og útsetningum, en þó innan þess ramma að sæmdar verði gætt gagnvart einkennum tónverksins og höfundar séu nafngreindir að því marki sem hægt er að koma því við.

Ljóst er að lög um þjóðsöng Íslendinga eru úrelt að nokkru leyti. STEF telur skynsamlegast að skoða löginn heilstætt í stað þess að afnema eingöngu þær takmarkanir sem að frumvarpið gengur út á. Í því sambandi þarf sérstaklega að skoða hvort heimild ráðherra skv. 2. mgr. 4. gr. sbr. 53. gr. höfundalaga um að stefna fyrir brot á sæmdarrétti sé nægjanleg vernd fyrir því að ekki verði misfarið með heimildina til að nota þjóðsönginn í viðskipta- og auglýsingaskyni þannig að þjóðsöngnum verði ekki fullur sómi sýndur.

Virðingarfyllst
F.h. STEFs



Guðrún Björk Bjarnadóttir, framkvæmdastjóri