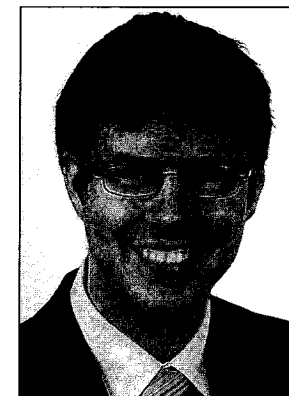


eins tengd forvörnum og varnaðaráhrifum („prevention and deterrence“) heldur jafnframt byggð á endurgjaldssjónarmiðum („retribution“).

Fróðlegt verður að fylgjast með því hvernig íslenskir dómstólar taka á þeim álitaeftum sem óhjákvæmilega munu rísa hér á landi við túlkun á gildissviði 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka við mannréttindasáttmála Evrópu.

Róbert R. Spanó

*Eiríkur Jónsson lauk embættisprófi frá lagadeild Háskóla Íslands 2002 og LL.M. gráðu frá Harvard Law School 2006. Hann hlaut réttindi sem héraðsdómslögmaður 2003 og hefur starfað hjá Landslögum – lögfræðistofu frá 2002. Hann var ritari kærunefndar útbodsmála 2002-2005 og er aðjúntkt við lagadeild Háskóla Íslands.*



Eiríkur Jónsson:

HINN KENNILEGI GRUNDVÖLLUR 73. GR. STJÓRNARSKRÁRINNAR•

EFNISYFIRLIT:

1. INNGANGUR
2. HVERSU GAGNLEG ER KENNILEG NÁLGUN?
3. NOKKRAR KENNINGAR UM GRUNNRÖK TJÁNINGARFRELISINS
  - 3.1 Inngangur
  - 3.2 Sannleiksmiðaðar kenningar
  - 3.3 Stjórnarfarsmiðaðar kenningar
  - 3.4 Einstaklingsmiðaðar kenningar
  - 3.5 Aðrar kenningar
4. VERND TJÁNINGARFRELISINS Í 73. GR. STJÓRNARSKRÁRINNAR
  - 4.1 Saga ákvæðisins og rökstuðningur fyrir upptöku þess
  - 4.2 Viðhorf íslenskra fræðimanna
  - 4.3 Viðhorf Hæstaréttar
    - a) Inngangur
    - b) Opinber og þjóðfélagsleg umræða
    - c) Kynþáttahatur o.fl.
    - d) Klám

• Grein þessi hefur staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt verklags- og ritrýnitreglum Tímarits lögfræðinga.

- e) Tóbaks- og áfengisauðglýsingar
- f) Réttur til upplýsinga frá stjórnvöldum
- 4.4 Viðhorf Mannréttindadómstóls Evrópu
- 4.5 Viðhorf löggjafans
- 5. HVER VIRÐIST KENNINGIN AÐ BAKI 73. GR. STJÓRN-  
ARSKRÁRINNAR VERA?
- 6. HVERT ER HIÐ HAGNÝTA GILDI KENNINGARINNAR?
- 7. SAMANTEKT

## 1. INNGANGUR

Kennilegum grundvelli mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar hefur lítill gaumur verið gefinn í íslenskri lögfræði, a.m.k. í samanburði við lögfræðilega umræðu í sumum öðrum ríkjum. Sést þetta til dæmis berlega ef borinn er saman íslenskur og bandarískur réttur. Hérlandis hafa fræðimenn fremur lítið fjallað um grundvallarrökin að baki íslensku mannréttindaákvæðunum og dómur um inntak þessara réttinda hafa gjarnan verið stuttur og hverfst um texta stjórnarskrárinnar eða hinar beinhörðu réttarheimildir. Í Bandaríkjunum hefur á hinn bóginn geysilega mikið verið ritað og deilt um hvaða grunnrök búi að baki einstökum réttindum í stjórnarskránni og hvers konar vernd leiði af þeim rökum. Dómar Hæstaréttar Bandaríkjanna hafa oft verið afar ítarlegir um slík atriði og á köflum hafa atkvæði dómara beinlínis borið brag af fræðiritgerðum á sviði réttarheimspeki og stjórnlagfræði. Þessa mismunandi nálgun má vafalaust að verulegu marki rekja til ólíks grunns þessara tveggja réttarkerfa, annars vegar meginlandsréttarins svonefnda (civil law) en hins vegar engilsaxneska réttarins (common law).

Íslenska stjórnarskráin verndar tjáningarfrelsi og hefur gert það að einhverju marki allt frá 1874. Engu að síður, og í samræmi við ofanefnt, hefur tiltölulega lítið verið rætt um hinn kennilega eða réttarheimspekilega grunn tjáningarfrelsisákvæðisins – af hvaða ástæðum þetta tiltekna frelsi er varið í stjórnarskránni og hvað leiði af þeim ástæðum um inntak tjáningarfrelsisins. Nálgunin jafnt í fræðiskrifum og dómum hefur fyrst og fremst verið *formleg* ef svo má að orði komast – hún hefur einblínt á það hvers konar vernd leiði af því ákvæði sem tekið var upp, án þess að röksemdum fyrir upptöku og tilvist ákvæðisins hafi verið gefið sérstakt vægi.

Þrátt fyrir hin fáorðu skrif um grunnrökin að baki ákvæðinu varpa fyrirliggjandi dómur og annað efni að sjálfsögðu ljósi á það hvers konar tjáning er varin – og að einhverju marki af hverju. Vegna aðdáunar á hinum fjölmörgu kenningum um kennilegan grundvöll bandaríska tjáningarfrelsisákvæðisins ákvað ég að kanna stuttlega

hvaða grunnrök unnt er að segja að búi að baki hinu íslenska ákvæði og hvers konar vernd leiði eða eigi að leiða af þeim rökum. Umfjöllunin í stuttri grein sem þessari verður óhjákvæmilega mjög takmörkuð og á margan hátt ófullnægjandi. Ég vona þó að mér takist a.m.k. að vekja athygli á tiltekinni nálgun að ákvæðinu sem ég tel gagnlega, bæði í fræðilegum og hagnýtum skilningi, en hefur hlotið litla athygli þrátt fyrir mörg dómsmál og heita stjórnamálaumræðu um tjáningarfrelsið á Íslandi.

Ég mun hefja umfjöllunina á því að rökstyðja stuttlega gagnsemi slíkrar kennilegrar nálgunar og gefa stutt yfirlit yfir nokkrar kenningar um tjáningarfrelsið. Því næst mun ég kanna íslensk fræðiskrif, dóma, og annað tengt efni, og rökstyðja í kjölfarið hver hinn kennilegi grundvöllur 73. gr. stjórnarskrárinnar sé. Að lokum mun ég fjalla stuttlega um hinar hagnýtu afleiðingar þessa grundvallar – hvernig hann getur vísað veginn við úrlausn umdeilda mála sem varða tjáningarfrelsið á Íslandi.<sup>2</sup>

## 2. HVERSU GAGNLEG ER KENNILEG NÁLGUN?

Sú spurning kann eðlilega að vakna hvaða máli hinn kennilegi grundvöllur skipti. 73. gr. stjórnarskrárinnar tryggir með skýrum hætti vernd tjáningarfrelsisins nema einhver hinna sérstaklega skilgreindu undantekninga eigi við. Eru grunnrökin og réttlættingin að baki ákvæðinu því ekki fullkomlega ónauðsynleg í lögfræðilegri umræðu? Reglan er einfaldlega þarna og er meginatriðið þá ekki að skýra orðalag hennar í stað þess að eyða púðri í vangaveltur um það af hverju hún sé þarna?

Slíkar spurningar eiga að sjálfsögðu fullan rétt á sér. Þær eru einnig mjög eðlilegar í réttarkerfi þar sem byggt er á hinni hefðbundnu aðferðarfræði meginlandsréttarins og grunnhlutverk dómara talið takmarkast við að beita hinum setta rétti eins og hann er færður í orð af lög- og stjórnarskrárgjafanum. Þau grunnrök sem búa að baki 73. gr. stjórnarskrárinnar skipta hins vegar máli. Þó að 73. gr. stjórnarskrárinnar sé nokkuð ítarleg þá gerir hún í raun lítið ein og sér til að leysa úr einstökum deilumálum. Lýsing undantekninganna í 3. mgr. 73. gr. er opin og óljós og oft virðast dómstólar hafa takmarkaða leiðsögn af texta ákvæðisins þegar þeir ákveða skilin á milli heimilla og óheimilla takmarkana. Þetta er t.d. áberandi þegar dómstólar leitast við að finna hið hæfilega jafnvægi á milli tjáning-

<sup>2</sup> Grein þessi byggir á ritgerð minni *The Theoretical Foundations Underlying the Protection of the Freedom of Expression in the Icelandic Constitution* sem unnin var í námskeiðinu *First Amendment Theory* við *Harvard Law School* í janúar og febrúar 2006. Var ritgerðin unnin í samráði við prófessor Seana H. Shiffrin sem veitti ýmsar gagnlegar ábendingar og á bestu þakkir skildar.

arfrelsisins og friðhelgi einkalífs, m.a. í meiðyrðamálum. Þá liggur yfirleitt fyrir að sú takmörkun tjáningarfrelsis sem á reynir byggist á lögum auk þess sem hún þjónar einu þeirra markmiða sem getið er í 3. mgr. 73. gr. Niðurstaðan ræðst þá af því hvort takmörkunin telst nauðsynleg og samræmist lýðræðishefðum. Stjórnarskráin ein og sér svarar auðvitað ekki með neinum skýrum hætti hvað teljist nauðsynlegt í þessum efnum. Oft virðist manni því sem dómara séu á nokkuð auðum sjó við að meta þessa nauðsyn og að niðurstaða einstakra mála ráðist jafnvel hreinlega af einhvers konar tilfinningu dómara fyrir því hvort of langt hafi verið gengið með tjáningu. Það er við slíkar matskenndar ákvarðanir – þar sem hin dæmigerða aðferðarfræði meginlandsréttarins hrekkur ekki fyllilega til – sem skilningur á grunnrökunum að baki ákvæðinu getur komið til hjálpar. Grunnrökin fyrir ákvæðinu veita að sjálfsgöðu tilteknar vísbendingar um það hvers konar vernd leiði af ákvæðinu og hvernig undantekningarnar skulu skýrðar. Þau geta því fært dómurum tiltekin viðmið við hagsmunamatið þegar hinar hefðbundnu heimildir þrýtur. Þjónar sú tjáning sem um er deilt þeim tilgangi og ástæðum sem búa að baki tjáningarfrelsisákvæðinu? Ef svo er þá er tjáningin vernduð en ef svo er ekki verður tjáningin frekar takmörkuð.

Þó að íslenskir dómstólar hafi verið fáorðir um grunnrökin að baki hinum stjórnarskrárvörðu mannréttindum verður ekki um það deilt að kennileg nálgun sem þessi rúmast innan þeirrar réttarheimildafræði sem héraendis hefur verið kennd og tíðkuð. Það hefur að sjálfsgöðu lengi verið ljóst að ekki er unnt að setja lagaákvæði sem taka á öllum hugsanlegum álitaeftum sem upp kunna að koma og réttarheimildir eins og *meginreglur laga* og *eðli máls* hafa því lengi verið viðurkenndar.<sup>3</sup> Þó ýmislegt sé á reiki um þessar réttarheimildir virðast þær veita dómstólum tilteknar heimildir til að byggja niðurstöður sínar á þeim grunnrökum sem að baki lagaákvæðum eða réttarkerfinu búa, eða jafnvel á því hvaða regla teljist sanngjörn og eðlileg. Þannig segir prófessor Ármann Snævarr m.a. í upphafi umfjöllunar sinnar um meginreglur laga í grundvallarriti sínu um almenna lögfræði:

3 Um þá aðstöðu þegar hinar hefðbundnu réttarheimildir veita ekki einhlít svör hefur prófessor Sigurður Línadal m.a. ritað: „Engin réttarskipan er svo fullkomin að hún gefi fyrirfram svar við öllum spurningum sem lúta að lögum og þá leita þegar þjóðfélagsins til dómara eða annarra handhafa þjóðfélagsvalds, eins og stjórnvaldsstofnana, sem dæma eða úrskurða um réttindi manns eða skyldur. Þeir standa þá frammi fyrir úrlausnarefni þar sem engu lagaákvæði er til að dreifa né heldur öðrum réttarheimildum sem leggja til ákveðið svar. [...] Þegar handhafar úrskurðarvalds, hvort heldur dómari eða stjórnvald stendur andspænis þeim vanda sem hér er lýst er mjög algengt að til stuðnings niðurstöðu sé skírskotað til þeirrar réttarheimildar sem kölluð er meginreglur laga.“ Sigurður Línadal: *Um lög og lögfræði*. Reykjavík 2002, bls. 325-326.

Við þá réttarheimild, meginreglur laga eða grunnreglur, sem nú verður fjallað um, er tilteknu ákvæði stundum beitt á grundvelli meginreglu, sem talin er felast í því, t.d. með vísan til undirstöðuraka eða grunnraka þess. [...] Annar grundvöllur réttarreglu er eðli máls [...] Hér er í báðum tilvikum um vissa lagaeyðu að ræða, þ.e. settra laga nýtur ekki við og þörf er á mótun réttarreglu. Munurinn er þó helst sá að meginreglurnar tengjast settum lagareglum eða kerfi hinna settu laga – íslenskri lagagerð – en eðli máls höfðar til sanngirni og könnunar á því hver regla sé hagnæg í þjóðfélagi.<sup>4</sup>

Auk þess að vera sjálfstæðar réttarheimildir, hefur lengi verið viðurkennt að *meginreglur laga* og *eðli máls* hafa þýðingu við lögskýringar.<sup>5</sup> Þá er einnig viðurkennt að tilgangur laga skipti máli við lögskýringar.<sup>6</sup> Af þessu öllu er ljóst að íslensk réttarheimildafræði gerir með ýmsum hætti ráð fyrir því að litið sé til þeirra grunnraka sem að baki lagaákvæðum búa. Það er því í fullu samræmi við réttarheimildafræðina að líta til kennilegs grundvallar 73. gr. stjórnarskrárinnar við beitingu ákvæðisins, enda veita hinar hefðbundnu réttarheimildir sjaldnast nokkur skýr svör um úrlausn einstakra deilumála um tjáningarfrelsið. Skal hér að endingu bent á eftirfarandi skrif Skúla Magnússonar, dósents, um þá aðstöðu sem hann kallar þegar löggin „renna út“:

Þegar hin lagalega aðferð sker ekki úr álitaefni verður að líta á álitaefnið í víðara samhengi. Komast verður að skynsamlegri niðurstöðu að öllu virtu, ef það er unnt. Hér verður dómari (eða annar sá sem ályktar um réttarreglur) þannig að komast að niðurstöðu án stuðnings við það sem er almennt viðurkennt. Hann verður að leggja eigið mat – eigin skynsemi eða samvisku – til grundvallar. Hann verður að velta fyrir sér rökum þeirrar heimildar sem gefur tilefni til vafans (t.d. tiltekins lagaákvæðis), sambandi hennar við aðrar heimildir, rökum viðkomandi réttarsviðs og jafnvel rökum réttarsins í heild. Með öðrum orðum verður hann að styðjast við ýmsar „óáþreifanlegar“ hugmyndir sem rétturinn byggir á. Þessar hugmyndir ganga oft undir heitinu meginreglur laga og eðli máls í íslenskri lögfræði.<sup>7</sup>

4 Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík 1989, bls. 233-235.

5 Sjá hér t.d. Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 442-454. Einnig Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. Reykjavík 1996, bls. 72-77.

6 Sjá hér t.d. Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*, bls. 404-412. Einnig Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, bls. 86-91.

7 Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*. Reykjavík 2003, bls. 93.

Skilningur á grunnrökum 73. gr. stjórnarskrárinnar er ekki eingöngu gagnlegur fyrir dómstóla. Hann er með sama hætti gagnlegur fyrir Alþingi þegar það fjallar um og setur lög sem varða tjáningarfrelsið, sem og fyrir framkvæmdavaldið þegar það beitir lögum. Með almennum hætti má einfaldlega segja að umræða og vitneskja um hinn kennilega grundvöll stuðli að tjáningarfrelsisshugtaki sem er dýpra og fyllra en það tjáningarfrelsisshugtak sem leitt verður af beinu orðalagi 73. gr. stjórnarskrárinnar.<sup>8</sup>

Í þessu samhengi er vert að benda á að frændur okkar Norðmenn hafa nýlega staðfest með mjög skýrum hætti mikilvægi þess að líta til hins kennilega grundvallar tjáningarfrelsisins þegar mörk þessa frelsis eru ákveðin. Í hinni nýlegu 100. gr. norsku stjórnarskrárinnar er þannig að finna fyrirmæli um að takmarkanir á tjáningarfrelsi verði að eiga sér stoð í þeim grunnrökum sem að baki tjáningarfrelsinu búa. Orðrétt segir í 2. mgr. 100. gr.:

Ingen kan holdes retslig ansvarlig for at have meddelt eller modtaget Oplysninger, Ideer eller Budskab, *medmindre det lader sig forsvare holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelse* i Sandhedssøgen, Demokrati og Individets frie Meningsdannelse.<sup>9</sup> (Leturbr. EJ)

### 3. NOKKRAR KENNINGAR UM GRUNNRÖK TJÁNINGARFRELSISINS

#### 3.1 Inngangur

Margvíslegar kenningar hafa verið settar fram um hinn kennilega eða réttarheimspekilega grundvöll tjáningarfrelsisins. Þessar kenningar leitast við að útskýra af hverju tjáning nýtur sérstakrar verndar á meðan ríkisvaldinu er heimilt að skipta sér af flestum öðrum manngögum gerðum. Um leið felst að nokkru leyti í þeim afstaða til þess hvers konar tjáning skuli varin.

8 Hér má einnig taka undir eftirfarandi orð Guðmundar Heiðars Frímanssonar í grein hans um tjáningarfrelsið frá árinu 2004: „Með fullri virðingu fyrir lögum og lögfræði þá hljóta grunnrökin fyrir tjáningarfrelsinu að vera heimspekileg – siðferðileg fremur en lögfræðileg. [...] Við virðum ekki tjáningarfrelsisreglu vegna þess eins að hún er tjáningarfrelsisregla heldur vegna þess að hún stuðlar að því að móta manneskjulegt, lífvænlegt og gott samfélag. Hún styðst því á endanum við siðferðileg rök.“ Guðmundur Heiðar Frímansson: „Tjáningarfrelsið: forsendur og rökstuðningur“. Ritið 2004, bls. 80.

9 Ensk þýðing ákvæðisins er svohljóðandi á vefsíðu Stórþingsins (www.stortinget.no): „No person may be held liable in law for having imparted or received information, ideas or messages unless this can be justified in relation to the grounds for freedom of expression, which are the seeking of truth, the promotion of democracy and the individual's freedom to form opinions. Such legal liability shall be prescribed by law.“ (Leturbr. EJ)

Í stuttri grein sem þessari er ómögulegt að fjalla af einhverri dýpt um þessar fjölbreyttu kenningar. Vegna tilgangs greinarinnar mun ég þó minnast stuttlega á nokkrar þeirra áður en ég sný mér að hinum kennilega grundvelli íslenska tjáningarfrelsisákvæðisins. Mun ég styðjast við þær tegundir kenninga sem áberandi hafa verið við umfjöllun um tjáningarfrelsisákvæði bandarísku stjórnarskrárinnar.<sup>10</sup> Þær kenningar sem hér verða nefndar hafa því ýmist verið settar fram í beinum tengslum við það ákvæði eða þá skipað veglegan sess í umfjöllun um ákvæðið.<sup>11</sup>

#### 3.2 Sannleiksmiðaðar kenningar

Sumar hinna virtustu kenninga um grundvöll tjáningarfrelsisins hafa lagt áherslu á gagnsemi tjáningarfrelsisins við að leiða í ljós sannleikann, eða í öllu falli við að skapa nauðsynleg skilyrði fyrir því að sannleikurinn komi í ljós og sé virtur. Algengast er að sannleiksröksemdir sem þessar séu raktar til skrifa John Stuart Mill. Árið 1859 útskýrði hann m.a. í riti sínu *Frelsið*:

Ef skoðun er meinað að njóta sín, þá er gervallt mannkynið rænt eign sinni. Komandi kynslóðir bíða tjón ekki síður en þær, sem nú lifa, og þeir, sem öndverðir eru skoðuninni, bíða meira tjón en hinir, sem aðhyllast hana. Sé skoðunin rétt, glata menn færi á að hverfa frá villu síns vegar. Sé hún röng, missa menn næstum jafnmikils, þeirrar skýrari skynjunar og fjórmeiri myndar af sannleikanum, sem birtist, þegar sönnu og lognu lýstur saman.<sup>12</sup>

Aðrar sannleiksmiðaðar kenningar hafa lagt áherslu á gagnsemi þess sem kallað hefur verið „markaðstorg hugmyndanna“ („the marketplace of ideas“). Eina áhrifaríkustu nálgunina í þessa veru má sjá í frægu sératkvæði hæstaréttardómarans Oliver Wendell Holmes árið 1919 í máli *Abrams* gegn *Bandaríkjunum*. Í hinu margtilvitnaða sératkvæði segir m.a.:

But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very founda-

10 Bandaríska ákvæðið er að finna í svonefndum fyrsta viðauka stjórnarskrárinnar (First Amendment) og er svohljóðandi: „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.“ (Leturbr. EJ.)

11 Þess skal einnig getið að flokkun kenninganna hér á eftir er að verulegu leyti byggð á námskeiðslýsingu prófessors Seana H. Shiffrin í áður nefndu námskeiði, *First Amendment Theory*, við *Harvard Law School* árið 2006.

12 John Stuart Mill: *Frelsið*. Reykjavík 1978, bls. 54.

tions of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution.<sup>13</sup>

Hægt er að gagnrýna sannleiksmiðaðar kenningar á marga vegu enda hefur slíkt verið gert í ríkum mæli. Það má til dæmis draga verulega í efa að tjáningarfrelsið leiði alltaf til þess að sannleikurinn komi í ljós eða skapi skilyrði fyrir honum. Og ef tjáningarfrelsið er byggt á hugmyndinni um markaðstorg – af hverju má ríkivaldið þá ekki skipta sér af þessum markaði rétt eins og öðrum? Af hverju er þessi tiltekni markaður undanskilinn hinu almenna valdi ríkisins til að setja leikreglur og grípa inn í þegar það telur markaðinn misnotaðan?

### 3.3 Stjórnarfarismiðaðar kenningar

Sumar kenningar hafa útskýrt tjáningarfrelsið með vísan til þess sem kalla má hina lýðræðislegu sjálfstjórn borgaranna („democratic self-governance“). Meðal slíkra kenninga er kenning heimspekingsins Alexander Meiklejohn sem haft hefur mikil áhrif í Bandaríkjunum. Meiklejohn lagði áherslu á að samkvæmt stjórnkerfi Bandaríkjanna væri frjálsu fólki stjórnað af því sjálfu – að allt vald til að stjórna tilheyrði „okkur fólkinu“ („We the people“) eins og upphaf bandarísku stjórnarskrárinnar bæri með sér.<sup>14</sup> Þar sem fólkið sæi um að stjórna yrði að gera það eins vel upplýst og mögulegt er og gera því skilmerkilega ljósar allar staðreyndir og hagsmuni sem í hlut eiga áður en ákvarðanir eru teknar. Tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar tryggði hinni opinberu umræðu því ótakmarkaða vernd.<sup>15</sup> Meiklejohn útskýrði þetta nánar með þeim hætti að ákvæðið verndaði þá tjáningu sem við „stjórnnum“ með og fæli ekki í sér einstaklingsréttindi heldur almannavald:

[It] protects the freedom of those activities of thought and communication by which we “govern.” It is concerned, not with a private right, but with a public power, a governmental responsibility.<sup>16</sup>

13 *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).

14 Í upphafsákvæði bandarísku stjórnarskrárinnar segir: „We the people of the United States, [...] do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

15 Alexander Meiklejohn: *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. New York 1948, bls. 39.

16 Alexander Meiklejohn: „The First Amendment is an Absolute”. 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245, bls. 255.

Kenning Meiklejohn hefur verið gagnrýnd fyrir að veita tjáningu sem fellur utan hinnar opinberu og stjórnmalalegu umræðu ófullnægjandi vernd, svo sem listum og bókmenntum. Meiklejohn svaraði slíkri gagnrýni hins vegar með þeim hætti að vitneskja og greind borgaranna væri sprottin af margskonar tjáningu í mannlegum samskiptum.<sup>17</sup> Hún væri m.a. sprottin af bókmenntum og listum, sem og menntun og vísindum. Tjáning á þessum sviðum nyti því einnig verndar.

Aðrar og nýrri kenningar hafa einnig lagt áherslu á mikilvægi hinnar stjórnmalalegu umræðu. Meðal þeirra er kenning Cass R. Sunstein, eins áhrifamesta samtímalögspekingsins í Bandaríkjunum. Í bók sinni *Democracy and the Problem of Free Speech* frá 1993 mælir Sunstein fyrir tveggja þrepa nálgun að tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar sem hann skilgreinir á grundvelli stjórnskipulegra gilda. Að mati hans er megintilgangur tjáningarfrelsisins að stuðla að upplýstu lýðræði („deliberate democracy“) og því lúti kjarni stjórnarskrárverndarinnar að stjórnmalalegri umræðu. Hann telur að þessi afstaða, sem hann rekur til James Madison, hafi mikinn stuðning í sögunni. Hann vísar einnig til þess að það sé á sviði reglusetningar um stjórnmalalumræðu sem ríkisvaldið sé líklegast til að vera hlutdrægt og að slík reglusetning sé jafnframt líklegust til að skaða hið lýðræðislega ferli. Ríkustu kröfurnar verði því að gera til takmörkunar á stjórnmalalegri umræðu. Hvað sem þessu líður, mælir Sunstein einnig fyrir vernd annarrar tjáningar en stjórnmalalegrar, á þeim grunni að slík vernd stuðli að öðrum gildum tjáningarfrelsisins. Hann mælir þó ekki fyrir jafn ríkri vernd slíkrar tjáningar enda gerir hann ráð fyrir tveimur þrepum – annars vegar stjórnmalalegri tjáningu sem njóti mjög mikillar verndar og svo annars konar tjáningu sem njóti takmarkaðri verndar.<sup>18</sup>

Hægt er að gagnrýna stjórnarfarismiðaðar kenningar á ýmsa vegu, rétt eins og allar kenningar. Þær veita stjórnmalalegri tjáningu sérstaka vernd og ein augljós andmæli eru að þær veiti annars konar tjáningu ófullnægjandi vernd. Önnur möguleg gagnrýni felst í því að benda á vandann við að greina stjórnmalalega tjáningu frá annars konar tjáningu.

### 3.4 Einstaklingsmiðaðar kenningar

Margar kenningar um grundvöll tjáningarfrelsisins einblína á gildi tjáningar og verndar hennar fyrir einstaklinga. Slíkar kenningar

17 Alexander Meiklejohn: „The First Amendment is an Absolute”, bls. 256.

18 Cass R. Sunstein: *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York 1993, sjá einkum bls. 121-137.

leggja oft áherslu á mikilvægi tjáningarfrelsisins fyrir sjálfsfullnægingu, þroska og sjálfræði einstaklingsins. Sumar kenninganna einblína á hlustandann, aðrar á þann sem tjáir sig, og sumar á báða þessa aðila. Enn öðrum kenningum hefur verið lýst sem hugsuðamiðuðum („thinker based“). Margar þessara kenninga virðist mega rekja til hugmynda í ætt við þær sem þýski heimspekingurinn Immanuel Kant setti fram á 18. öld. Ég mun þó ekki fjalla sérstaklega um hugmyndir Kant heldur taka sem fyrr nokkur dæmi úr bandarískum fræðiskrifum þar sem margvíslegar einstaklingsmiðaðar kenningar hafa verið settar fram.

Dæmi um kenningu sem beinir sjónum að hlustandanum má finna í grein David Strauss *Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression* frá 1991. Í greininni lýsir Strauss því sem kalla mætti „sannfæringarregluna“ („persuasion principle“) og segir að færa megi rök fyrir því að hún feli í sér meginviðfangsefni bandaríska tjáningarfrelsisákvæðisins. Sannfæringarreglan felur í sér að ríkisvaldið má ekki takmarka tjáningu á þeim forsendum að tjáningin sé líkleg til að sannfæra fólk um að gera eitthvað sem ríkisvaldið telur óæskilegt.<sup>19</sup> Strauss tekur meðal annars sem dæmi að ríkisvaldið megi ekki banna tóbaks- og áfengisauglýsingar á þeim forsendum að auglýsingarnar muni sannfæra fólk um að gera hluti sem eru hættulegir heilsu þess.<sup>20</sup> Strauss réttlætir sannfæringarregluna með vísan til röksemdar um sjálfræði sem hann rekur til Immanuel Kant. Hann segir rangt að brjóta sannfæringarregluna af svipuðum ástæðum og geri það rangt að ljúga að fólk til að hafa áhrif á það – hvort tveggja feli í sér höfnun sjálfræðis í þeim skilningi að gripið sé inn í stjórn einstaklingsins á hans eigin röksemdafærslu.<sup>21</sup>

Aðrar kenningar útskýra tilvist tjáningarfrelsisverndarinnar með því að einblína á þann sem tjáir sig. Meðal þeirra er kenning sem C. Edwin Baker lýsir í bókinni *Human Liberty and Freedom of Speech* frá 1989. Baker telur að lykilgildi bandaríska tjáningarfrelsisákvæðisins séu tvenn – annars vegar einstaklingsbundin sjálfsfullnæging en hins vegar þátttaka í breytingum.<sup>22</sup> Hann tekur dæmi af mótmælanda sem öskrar: „Stoppið stríðið núna!“ Baker útskýrir að mótmælendinn geti öskrað slíkt án nokkurra væntinga til áhrifa af öskrinu heldur frekar til að skilgreina sig opinberlega, og einnig að nokkru marki til að skilgreina sig gagnvart sjálfum sér.<sup>23</sup> Hann öskri fyrir sjálfsfullnæg-

ingu og sjálfsuppgötvun. Virðing fyrir heilindum og sjálfræði einstaklingsins krefjist viðurkenningar á því að hann hafi rétt til að nota tjáningu til að þróa sig eða til að hafa áhrif á aðra einstaklinga með þeim hætti sem er í samræmi við gildi hans.<sup>24</sup> Að mati Baker á tjáning sem stuðlar að þessum tveimur grunnildum tjáningarfrelsisákvæðisins að vera vernduð svo fremi sem hún felur ekki í sér ofbeldi eða þvingun gagnvart öðrum einstaklingi.

Öðrum einstaklingsmiðuðum kenningum hefur verið lýst sem hugsuðamiðuðum („thinker-based“) en þær einblína á frelsi til hugsana og heilindi hugsanaferlis einstaklinganna. Christina E. Wells hefur til dæmis lýst kerfi tjáningarfrelsis sem byggir á hugmyndum Kant um sjálfræði og felur í sér meira en frelsi fólks til að segja það sem það vill, heldur getu og ábyrgð einstaklinganna, sem hluti af samfélagi sínu, til að taka þátt í orðræðu í því skyni að þróa vitsmunalega getu sína.<sup>25</sup>

Það er ómögulegt að gera hér með ítarlegum hætti grein fyrir þeirri margskonar gagnrýni sem setja má fram á slíkar einstaklingsmiðaðar kenningar. Kenningarnar eru líka á margan hátt ólíkar og lýsingin að ofan inniheldur einungis nokkur dæmi þeirra. Ein andmæli sem koma þó strax upp í hugann eru að margar þeirra kenninga sem einblína á sjálfsfullnægingu og sjálfsþroska virðast í vanda með að aðskilja tjáningu frá öðrum mannlegum gerðum og útskýra af hverju það er einungis tjáning sem nýtur sérstakrar verndar en ekki aðrar þær athafnir sem stuðla að sjálfsfullnægingu og þroska einstaklinganna. Það virðist einnig erfitt að takmarka með sannfærandi hætti þær röksemdir sem kenningarnar hvíla á þannig að einhver skerðing á tjáningu teljist réttlætunleg. Að endingu má nefna að margar þessara kenninga virðast tryggja allri tjáningu jafn ríka vernd. Mörgum kann að finnast einkennilegt að veita stjórnsmálalegri stefnuræðu og tóbaksauglýsingu samskonar stjórnskipulega vernd.

### 3.5 Aðrar kenningar

Sumar aðrar kenningar beina athyglinni að tilteknum gildum sem tjáningarfrelsið stuðlar að, eða ætti að stuðla að, án þess að freista þess að vera heildstæðar kenningar um tjáningarfrelsið. Til dæmis hefur Vincent Blasi, með stjórnarfarismiðaðri nálgun, lagt áherslu á þýðingu tjáningarfrelsisins við eftirlit með misnotkun valds í opinberum

19 David Strauss: „Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression“. 91 *Colum. L. Rev.* 334 1991, bls. 335.

20 David Strauss: „Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression“, bls. 345.

21 David Strauss: „Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression“, bls. 354.

22 C. Edwin Baker: *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York 1989, bls. 59.

23 C. Edwin Baker: *Human Liberty and Freedom of Speech*, bls. 53.

24 C. Edwin Baker: *Human Liberty and Freedom of Speech*, bls. 59.

25 Christina E. Wells: „Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme Court's First Amendment Jurisprudence“. 32 *Harv. C.R.-C.L. L. rev* 159 1991, bls. 170.

störfum.<sup>26</sup> Aðrir hafa lagt áherslu á gildi þess að kalla fram andstöðu og gagnrýni, svo sem Steven H. Shiffrin sem telur slíkt nauðsynlegt til að berjast gegn óréttlæti. Að mati Shiffrin á kenning um tjáningarfrelsið að ganga lengra en að vernda og þola andstöðu, heldur eigi að líta svo á að tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar endurspegli stjórnskipulega skuldbindingu til að stuðla að andstöðu.<sup>27</sup>

Aðrar kenningar réttlæta hina sérstöku vernd tjáningar með vísan til dyggða tjáningarfrelsisverndarinnar sem slíkrar, eða „tjáningarfrelsismenningarinnar“ eins og hún er stundum kölluð. Vincent Blasi hefur t.d. fært rök að því að tjáningarfrelsismenning ali á tilteknum og dýrmætum mannlegum eiginleikum borgaranna sem þjóni sameiginlegri velferð.<sup>28</sup> Lee Bollinger hefur lagt áherslu á að verndin skapi umburðarlyndi – að líta megi á hana sem endurspeglun ákvörðunar um að búa til vitsmunalega mannkosti með því að skapa nokkurs konar siðferði umburðarlyndis.<sup>29</sup>

Það eru að sjálfsögðu margar aðrar kenningar sem ættu skilið að vera nefndar. Þá þarfnast ýmsar ofanefndra kenninga nánari útskýringa. Ég læt þó staðar numið hér og vona að mér hafi a.m.k. tekist að gefa hugmynd um sumar kenninganna um grunnrök tjáningarfrelsisins sem virðast áberandi í bandarískri lögfræði. Með þessar kenningar sem bakgrunn mun ég nú snúa mér að megintilgangi þessarar greinar – að grafast fyrir um vernd tjáningarfrelsisins í íslensku stjórnarskránni í því skyni að varpa ljósi á hinn kennilega grundvöll hennar.

#### 4. VERND TJÁNINGARFRELSISINS Í 73. GR. STJÓRNARSKRÁRINNAR

##### 4.1 Saga ákvæðisins og rökstuðningur fyrir upptöku þess

Í 54. gr. stjórnarskrárinnar frá 1874 var svohljóðandi ákvæði:

Hver maður á rjett á að láta í ljós hugsanir sínar á prenti; þó verður hann að ábyrgjast þær fyrir dómi. Ritskoðun og aðrar tálmanir fyrir prentfrelsið má aldrei innleiða.

Prentfrelsisákvæðið sótti fyrirmynd sína til dönsku grundvallarlaganna frá 1866. Það voru ríkar ástæður sem lágu að baki danska ákvæðinu. Virk ritskoðun hafði farið fram í Danmörku allt fram til

26 Vincent Blasi: „The Checking Value in First Amendment Theory“. 1977 *Am. B. Found. Res. J.* 521.

27 Steven H. Shiffrin: *Dissent, Injustice, and the Meanings of America*. Princeton 1999, bls. 91.

28 Vincent Blasi: „The First Amendment and Character“. 46 *UCLA L. Rev.* 1567 1999.

29 Lee Bollinger: *The Tolerant Society*. New York 1986, bls. 124.

loka einveldistímans þar sem allt prentað mál var fyrir fram lesið yfir af hálfu einveldisstjórnarinnar. Því má segja að eitt helsta markmið danska ákvæðisins hafi verið að vernda hið formlega prentfrelsi, þ.e. að afnema undanfarandi tálmanir á útgáfu prentaðs máls.<sup>30</sup> Þessar breytingar áttu sér stað í tengslum við þróun Danmerkur frá einveldi til lýðræðis. Þótt ekki verði séð að til séu skrifleg gögn frá setningu íslensku stjórnarskrárinnar 1874 sem útskýra sérstaklega tilgang og umfang 54. gr., hefur tilgangurinn væntanlega verið sá sami og bjó að baki danska ákvæðinu – að koma í veg fyrir ritskoðun af því tagi sem tíðkast hafði í Danmörku á einveldistímanum. Þegar ákvæðið var fyrst kynnt Alþingi Íslendinga árið 1867, í tillögu að stjórnarskrá, sagði einfaldlega í skýringum við ákvæðið og önnur samliggjandi ákvæði: „Í þessum greinum er veitt trygging fyrir hinum helztu borgaralegu og þjóðlegu réttindum“.<sup>31</sup>

Ný stjórnarskrá var sett árið 1920 og aftur við lýðveldisstofnunina 1944. Ákvæðið um prentfrelsi hélst þó óbreytt, með smávægilegum orðalagsbreytingum. Í þeim gögnum frá Alþingi sem tengjast gerð og setningu stjórnarskráanna virðist prentfrelsisákvæðið ekki hafa verið útskýrt. Ákvæðið var í gildi til ársins 1995.

Í stuttu máli var prentfrelsisákvæðið því sett og endurnýjað án nokkurra sérstakra útskýringa á tilgangi þess og hélst í gildi í meira en 100 ár. Samkvæmt bókstaflegri merkingu ákvæðisins verndaði það einungis eitt form tjáningar – prentað mál – og virtist auk þess einungis banna undanfarandi tálmanir á prentfrelsi en ekki eftirfarandi takmarkanir. Upphaflega verndin var því töluvert takmörkuð en seint á 20. öldinni fóru dómstólar að víkka nokkuð út verndina.

Árið 1995 var mannréttindakafla stjórnarskrárinnar breytt. Gamla prentfrelsisákvæðinu var skipt út fyrir nýrra og rýmra ákvæði um tjáningarfrelsi í 73. gr. stjórnarskrárinnar sem tryggir almennt frelsi til tjáningar:

Allir eru frjálsir skoðana sinna og sannfæringar.

Hver maður á rétt á að láta í ljós hugsanir sínar, en ábyrgjast verður hann þær fyrir dómi. Ritskoðun og aðrar sambærilegar tálmanir á tjáningarfrelsi má aldrei í lög leiða.

Tjáningarfrelsi má aðeins setja skorður með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannræðis annarra, enda teljist þær nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum.

30 Björg Thorarensen: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga* 2003, bls. 377.

31 *Tíðindi frá Alþingi Íslendinga. Ellefta þing. 1867. Síðari partur*. Bls. 48.



Þær skýringar stjórnarskrárnefndar sem fylgdu umræddu frumvarpi til stjórnarskipunarlaganna innihalda ríkari efnislega umræðu um tjáningarfrelsið en eldri gögn frá Alþingi. Í frumvarpinu er lýst þeim tilgangi að víkka út hina stjórnskipulegu vernd tjáningarfrelsis og þar er ítrekað vísað til alþjóðlegra sáttmála um mannréttindi, einkum Mannréttindasáttmála Evrópu. Hvað sem þessu líður er frumvarpið frekar fáort um grundvallarrökin að baki tjáningarfrelsisverndinni. Þar segir einfaldlega:

Skoðana- og tjáningarfrelsið eru í flokki elstu og mikilvægustu réttinda þegnanna og eru óumdeilanlega ein af undirstöðum lýðræðisþjóðfélags. Engu að síður er tjáningarfrelsið meðal vandmeðförnustu mannréttindanna, enda er ekki hægt að njóta þess án ábyrgðar og getur því verið nauðsynlegt að setja þessu frelsi ýmsar skorður vegna tillits til hagsmuna annarra einstaklinga.<sup>32</sup>

Í nefndaráliti stjórnarskrárnefndar sagði ennfremur: „Nefndin telur [...] mikilvægt að á því leiki enginn vafi að löggjafinn hafi ekki heimild til þess að lögbinda skorður við tjáningarfrelsi sem gætu reynst hættulegar lýðræðislegri umræðu í þjóðfélaginu.”<sup>33</sup> Öndvert við þessa áherslu á frjálsa lýðræðislega umræðu nefndu stjórnarskrárnefndin og formaður hennar sumar annars konar takmarkanir á tjáningarfrelsi sem 73. gr. stjórnarskrárinnar virðist ekki hafa verið ætlað að hafa sérstök áhrif á, eins og bann við ofbeldiskvikmyndum og bann við tóbaks- og áfengisauglýsingum.<sup>34</sup> Nefndin tók einnig fram í frumvarpinu að þótt ekki væri það berum orðum tekið fram í ákvæðinu þá innihéldi tjáningarfrelsið rétt manna til að „taka við upplýsingum, vitneskju eða hugmyndum frá öðrum og miðla slíku síðan áfram”.<sup>35</sup>

#### 4.2 Viðhorf íslenskra fræðimanna

Íslensk fræðiskrif um 73. gr. stjórnarskrárinnar og forvera hennar innihalda takmarkaða umfjöllun um kennilegan grundvöll ákvæðanna. Oft er einfaldlega látið nægja að nefna að tjáningarfrelsið sé meðal elstu og mikilvægustu mannréttindanna, án þess að fjallað sé sérstaklega um ástæður þessa mikilvægis. Það er þó vert að fjalla

32 Alpt. 1994-95, A-deild, bls. 2103.

33 Alpt. 1994-95, A-deild, bls. 3885.

34 Þess má þó geta að horfið var frá hinu algera banni við ofbeldiskvikmyndum með lögum nr. 62/2006 og var það ekki síst rökstutt með vísun til ákvæðis 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar um bann við ritskoðun.

35 Alpt. 1994-95, A-deild, bls. 2104.

stuttlega um skoðanir sem settar hafa verið fram í sumum þýðingarmestu ritunum um íslenskan stjórnskipunarrétt.

Í bókinni *Stjórnskipun Íslands* árið 1960 sagði Ólafur Jóhannesson, prófessor og síðar forsætisráðherra, meðal annars:

Málfrelsi má óefað telja til dýrmætustu mannréttinda. [...] Málfrelsi og prentfrelsi eru auðvitað dýrmæt réttindi fyrir hvern einstakling. En auk þess eru þau réttindi nauðsynlegar forsendur lýðræðislegra stjórnarháttanna. Prentfrelsisvernd stjórnarskrárinnar byggist því í sjálfu sér ekki síður á þjóðfélagshagsmunum en á tilliti til einstaklingsins.<sup>36</sup>

Ólafur staðhæfði síðan: „Það mundi ósamþýðanlegt stjórnarskránni að leggja refsingu við stjórn málaumræðum og pólitískri gagnrýni.”<sup>37</sup> Árið 1967 gaf prófessor Gunnar Thoroddsen, sem einnig varð síðar forsætisráðherra, út doktorsritgerð sína *Fjölmæli*. Í umfjöllun hans um málfrelsi og prentfrelsi sagði m.a.: „Þessi mannréttindi eru veitt m.a. vegna þess, að í lýðfrjálsu þjóðfélagi þykir þörf á opinberum og óhindruðum umræðum um opinber mál, svo sem gagnrýni um það, sem aflaga þykir fara hjá stjórnvöldum landsins.”<sup>38</sup> Gunnar lýsti skoðana- og málfrelsi sem einum hornsteina stjórnskipulagsins í lýðræðisríkjum og tók fram: „Þjóðskipulag þingræðisins ætlast til þess, að opinberar umræður fari fram um þjóðmálin. Á grundvelli opinberra umræðna er svo gert ráð fyrir, að kjósendur skapi sér skoðanir um málefni þau, er fyrir liggja til úrlausnar, og myndi sér jafnframt álit um þá menn, er trúa skal fyrir meðferð þjóðmálanna og fela forsjá þjóðarinnar.”<sup>39</sup>

Í bókinni *Stjórnskipunarréttur*, sem notuð er til kennslu í stjórnskipunarrétti í dag, er rökunum að baki tjáningarfrelsisverndinni stuttlega lýst og með svipuðum hætti og í riti Ólafs Jóhannessonar frá 1960. Tjáningarfrelsið er sagt einn af hornsteinum hvers lýðræðisþjóðfélags og áhersla lögð á mikilvægi þess á sviði stjórn mála legrar umræðu. Líkt og í bók Ólafs Jóhannessonar er einnig tekið fram að tjáningarfrelsið feli í sér dýrmæt réttindi fyrir hvern einstakling en í hvorugu ritinu er sá þáttur útfærður nánar.<sup>40</sup>

Í bók sinni *Fjölmíðlaréttur* frá 1997 fjallar prófessor Páll Sigurðsson um ástæðurnar fyrir mikilvægi tjáningarfrelsis. Þar segir hann meðal annars:

36 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. Reykjavík 1960, bls. 469-471.

37 Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, bls. 479.

38 Gunnar Thoroddsen: *Fjölmæli*. Reykjavík 1967, bls. 232.

39 Gunnar Thoroddsen: *Fjölmæli*, bls. 236.

40 Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Önnur útgáfa. Reykjavík 1999, bls. 569-571.



Það stuðlar að því að sannleikurinn komi í ljós en eyðir um leið villum og ranghugmyndum. Varla er unnt að hugsa sér virkt lýðræði nema þar sé jafnframt viðurkennt almennt tjáningarfrelsi, sökum þess að óheft opinber umræða – ásamt frjálsu upplýsingaflæði – er talin ein af forsendum lýðræðislegra stjórnarháttá. [...] Óheft tjáning er til þess fallin að einstaklingar fái að þroska hæfileika sína á mörgum sviðum, þannig að þeir fái notið sín til fullnustu.<sup>41</sup>

Nauðsynlegt er að taka fram að ofangreind dæmi eru ekki tæm-  
andi talning á íslenskum fræðiskrifum um rökin að baki tjáning-  
arfrelsisverndinni. Aðrir höfundar hafa einnig komið inn á þetta  
efni, a.m.k að einhverju marki.<sup>42</sup> Ofanefnd dæmi eru engu að síður  
dregin saman úr helstu grundvallarritunum um hina stjórnskipulegu  
vernd á þessu sviði. Flest þessara rita hafa verið notuð árum sam-  
an við lagakennslu. Dæmin hljóta því að endurspeгла hin ráðandi  
viðhorf í þeim takmörkuðu skrifum sem til eru um hinn kennilega  
grundvöll tjáningarfrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar.

#### 4.3 Viðhorf Hæstaréttar

##### a) Inngangur

Þegar Hæstiréttur lýsti lagaákvæði í fyrsta sinn andstætt stjórn-  
arskránni – í *Hrd.* 1943, bls. 237, eða *Hrafnkötludómnum* svonefnda  
– þá byggðist það á því að lagaákvæðið bryti gegn prentfrelsisákvæði

41 Páll Sigurðsson: *Fjölmiðlaréttur*. Reykjavík 1997, bls. 53.

42 Hér má nefna þá helstu umfjöllun aðra sem mér tókst að finna í fræðiskrifum sem lúta að 73. gr. stjkskr.:

- 1) Í bók sinni um tjáningarfrelsi og fjölmiðla frá 1997 segir Hörður Einarsson, hæstaréttarlögmaður, m.a.: „Hin ríka vernd tjáningarfrelsisins – oft á kostnað annarra dýrmætra réttinda – sækir fyrst og fremst réttlætingu sína til þeirrar staðreyndar, að tjáningarfrelsið er grundvöllur lýðræðislegs þjóðskipulags og í rauninni forsenda þess, að önnur mannréttindi fái að njóta sín.“ Hörður Einarsson: *Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar*. Reykjavík 1997, bls. 127.
- 2) Í grein í *Tímariti lögfræðinga* frá árinu 2002 lýsir Jakob R. Möller, hæstaréttarlögmaður, eftirfarandi skoðun sinni: „Frjáls skoðanaskipti eru undirstaða lýðræðisþjóðfélagsins. Ákvarðanir á að taka á grundvelli upplýstrar umræðu, þar sem allar skoðanir megi hafa og takmörkunum á tjáningarfrelsi verði settar mjög þröngar skorður. Af þessum ástæðum er ég þeirrar skoðunar, að í landi eins og Íslandi beri að leggja mesta áherzlu á tjáningarfrelsið, það er undirstaða sjálfs stjórnskipulagsins.“ Jakob R. Möller: „Þátttaka lögmannna í opinberum deilum um dómsmál“. *Tímarit lögfræðinga* 2002, bls. 203.
- 3) Í grein í *Ritinu* frá árinu 2004 fjallar Guðmundur Heiðar Frímansson um forsendur og rökstuðning fyrir tjáningarfrelsinu út frá kenningum Kant og Mill. Þar segir hann m.a.: „Það eru sennilega einhverjir mikilsverðustu hagsmunir manneskjunnar að njóta sjálfræðis. Tjáningarfrelsi er mikilvægasta leiðin til að ná því takmarki.“ Hann tekur einnig fram að tjáningarfrelsið sé forsenda lýðræðis. Guðmundur Heiðar Frímansson: „Tjáningarfrelsið: forsendur og rökstuðningur“, bls. 88 og 96.

stjórnarskrárinnar. Dómurinn innihélt hins vegar enga sérstaka umfjöllun um ástæður prentfrelsisverndarinnar. A komandi áratugum fékkst Hæstiréttur af og til við prentfrelsisákvæðið en rökstuðningur fyrir niðurstöðum var oftast stuttur og lítt til þess fallinn að skýra hvert svið verndarinnar nákvæmlega væri. Hin algengu meidyrðamál voru leyst án tilvísunar til hinnar stjórnskipulegu verndar. Og þegar rétturinn beitti prentfrelsisákvæðinu fjallaði hann ekki sérstaklega um ástæðurnar að baki ákvæðinu.

Á áttunda áratugnum reis alda dómsmála vegna ummæla sem viðhöfð voru í tengslum við undirskriftasöfnunina *Varið land*. Sumir héraðsdómanna í þessum málum innihéldu efnismeiri umfjöllun um hin stjórnarskrárvörðu réttindi en áður hafði tíðkast. Þar var áhersla lögð á nauðsyn opinberrar umræðu í lýðræðissamfélagi og á því byggt að hin stjórnmalalega umræða nyti aukinnar verndar. Sem dæmi má nefna héraðsdóminn í *Hrd.* 1978, bls. 417, þar sem segir m.a.:

Í opinberum umræðum um stjórnarmálefni er [meginreglan um tjáningarfrelsi] sérlega mikilvæg vegna þeirra lýðræðislegu stjórnarháttá, sem stjórnskipunarreglur miðast við. [...] Meðal þeirra hagsmuna, sem þannig kunna að verða metnir meir en hagsmunir æruverndar, eru hagsmunir samfélagsins af því, að umræður um opinber málefni geti farið fram í þeim mæli, sem hinar lýðræðislegu og þingræðislegu grundvallarreglur krefjast. Meðal annars er nauðsynlegt, að menn geti gagnrýnt pólitíska andstæðinga, athafnir þeirra og skoðanir að vissu marki.

Þrátt fyrir þessa dóma var það í raun ekki fyrr en á tíunda áratugnum sem dómsúrlausnir fóru almennt að innihalda fyllri og rökstuddari umfjöllun um svið hins stjórnarskrárvarða tjáningarfrelsis. Þessa þróun er án efa að miklu leyti að rekja til dómaframkvæmdar Mannréttindadómstóls Evrópu, ekki síst *dómsins í máli Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi* þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að íslenska ríkið hefði brotið gegn 10. gr. Mannréttinasáttmála Evrópu.<sup>43</sup> Þróunin hefur augljóslega verið í átt til rýmra tjáningarfrelsis, a.m.k. á ákveðnum sviðum. En þrátt fyrir lengri og betur rökstudda dóma hefur Hæstiréttur varla nokkurn tímann fjallað með beinum hætti um grunnrökin að baki hinu stjórnarskrárvarða tjáningarfrelsi. Rétturinn hefur vísað til tjáningarfrelsisins sem „grundvallarreglu í lýðfrjálsu þjóðfélagi“<sup>44</sup> en nálgunin er oftast í megindráttum „tæknileg“, ef svo má að orði komast, og gefur rökunum að baki verndinni ekki sérstakt vægi.

43 *Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi frá 25. júní 1992, mál nr. 13778/88.*

44 Sjá t.d. *Hrd.* 1995, bls. 408. Fallbeygingin í tilvitnuninni er mín, E.J.

Niðurstöður dómanna og eitt og annað í rökstuðningi þeirra bregður hins vegar vitanlega ljósi á það hverskonar tjáningu stjórnarskráin er talin vernda – og að einhverju marki af hverju. Vegna tilgangs þessarar greinar – að reyna að festa hendur á því hver hinn kennilegi grunnur tjáningarfrelsisákvæðisins sé – er því vert að minnast á nokkra nýjustu og mikilvægustu dómanna um tjáningarfrelsið. Verða þeir flokkaðir eftir efni þeirra.

#### b) Opinber og þjóðfélagsleg umræða

Finna má marga nýlega dóma þar sem áhersla er lögð á mikilvægi hinnar opinberu og þjóðfélagslegu umræðu. Ótvírætt er að dómstólar veita slíkri umræðu sérstaka vernd og í fræðilegri umræðu er oft talað um að fólk njóti „rýmkaðs tjáningarfrelsis“ á þessu sviði.<sup>45</sup> Skulu hér nokkrir dómur nefndir:

*Hrd. 1997, bls. 3618.* Ritstjóri Alþýðublaðsins var sýknaður af öllum kröfum í meiðyrðamáli sem reis vegna blaðagreinar hans um ástand fangelsismála. Í forsendum Hæstaréttar sagði m.a.: „Greinin snýr að samfélagslegu málefni, sem eðlilegt er, að komi til almennrar umræðu. Í slíkri umræðu verða stjórnvöld að þola, að gagnrýni sé beint að þeim, þótt orðfæri í því sambandi kunni að verða hvasst.“

*Hrd. 1998, bls. 1376.* Hæstiréttur sýknaði af flestum kröfum í meiðyrðamáli sem spratt af harðorðum ummælum um Húsnæðisstofnun ríkisins og starfsmenn hennar. Hæstiréttur tók fram að um væri að ræða opinbera stofnun sem færi með málefni sem snerti hagsmunum margra og að „játa verði mönnum rúmu tjáningarfrelsi á því sviði, sem hér um ræðir.“

*Hrd. 1999, bls. 857 (mál nr. 252/1998).* Rithöfundur var sakfelldur fyrir hlutdeild í broti gegn 230. gr. hegningarlaga vegna bókar sem innihélt frásögn læknis af einkamálefnum fyrrum sjúklings hans. Í forsendum sínum útskýrði Hæstiréttur: „Við ákvörðun á mörkum tjáningarfrelsis hefur í dómafrankvæmd hin síðari ár verið litið mjög til þess að vegna lýðræðishefða verði að tryggja að fram geti farið þjóðfélagsleg umræða. [...] Í málinu eru ekki í húfi neinir slíkir hagsmunir, sem réttlætt geti að gengið sé svo harkalega á friðhelgi einkalífs eins og hér var gert...“

*Hrd. 2004, bls. 1553 (mál nr. 382/2003).* Umsækjanda um stöðu við Háskóla Íslands voru dæmdar miskabætur vegna ummæla um hann í dómnefndaráraliti. Hæstiréttur tók m.a. fram: „Fallast ber á með stefndu að gildisdómar í opinberri umræðu um samfélagsleg málefni séu almennt ekki refsiverðir. Hins er að gæta, að með umsókn sinni um starfið tók áfrýjandi ekki þátt í opinberri umræðu um samfélagsmál og ummæli stefndu um hann féllu ekki í slíkri umræðu...“

<sup>45</sup> Sjá hér t.d. Páll Sigurðsson: *Fjölmiðlaréttur*, bls. 213-221.

*Dómur Hæstaréttar frá 1. júní 2006 í máli nr. 541/2005.* Kröfum J vegna blaðaumfjöllunar sem innihélt persónuleg tölvubréf hennar var hafnað. Í dómnum sagði m.a.: „Skrif blaðsins höfðu að geyma efni, sem átti erindi til almennings og varðaði mál, sem miklar deilur höfðu staðið um í þjóðfélaginu. [...] Verður fallist á með stefnda að ekki hafi verið gengið nær einkalífi áfrýjanda en óhjákvæmilegt var í opinberri umræðu um málefni, sem varðaði almenning.“

*Dómur Hæstaréttar frá 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006.* Í dómnum kemur skýrt fram að við mat á því hvort tjáning sé vernduð skiptir grundvallarmáli hvort hún telst þáttur í þjóðfélagsumræðu eða ekki. Þar segir: „Þegar metnar eru þær skorður sem friðhelgi einkalífs setur tjáningarfrelsinu, sbr. 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar, skiptir grundvallarmáli hvort hið birta efni, myndir eða texti, geti talist þáttur í almennri þjóðfélagsumræðu og eigi þannig erindi til almennings. Þær myndir sem hér eru til umfjöllunar tengjast á engan hátt slíkri umræðu.“<sup>46</sup>

Eins og framangreindir sem og aðrir dómur sýna hefur Hæstiréttur lagt áherslu á mikilvægi þjóðfélagslegrar umræðu og veitt henni ríka vernd. Þótt ýmislegt sé óljóst um það hvaða umræða falli í þennan flokk er ljóst að verndin nær ekki eingöngu til hinnar beinhörðu stjórn mála umræðu heldur einnig til umræðu um annars konar mál-efni sem varða almenning. Dómstólar virðast telja hana ná til umræðu um fyrirtæki og forsvarsmenn þeirra – a.m.k. að nokkru marki. Þannig tók Hæstiréttur fram í *Hrd. 1995, bls. 408*: „Fyrirtæki, sem bjóða almenningi þjónustu sína, verða að þola gagnrýni um þá starfsemi

<sup>46</sup> Fleiri dóma um hina ríku vernd þessarar umræðu mætti nefna, svo sem:

- *Hrd. 2003, bls. 3136 (mál nr. 36/2003).* Sjávarútvegssráðherra var sýknaður af öllum kröfum fréttamanns í meiðyrðamáli. Hæstiréttur lagði áherslu á að fréttamaðurinn hefði margt gagnrýnt opinberlega stefnu stjórnvalda í máli sem heitar pólitískar deilur hefðu staðið um og tók svo fram: „Með því að hasla sér völl í stjórnmaladeilu með þessum hætti mátti stefndi búast við því að andsvör kæmu frá áfrýjanda sem forsvarsmanni stjórnvalda...“
- Í dómi *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 14. júní 2004 í máli nr. E-129/2004* segir m.a.: „[B]er almennt að játa mönnum verulegu svigrúmi við tjáningu í opinberri umræðu um málefni sem varða almenning miklu.“
- Í héraðsdómnum sem birtur er í dómi *Hæstaréttar frá 30. mars 2006 í máli nr. 490/2005* segir að dómafrankvæmd beri með sér að það sé ekki tilgangur 234. og 235. gr. hegningarlaga að leggja slíkar hömlur á tjáningarfrelsið að mönnum sé gert ókleift að taka þátt í „opinberri umræðu með því að lýsa skoðunum sínum eða mati á samfélagslegum málefnum.“ Hins vegar verndi tjáningarfrelsið ekki ummæli sem hafi þann tilgang einan að særa eða lítilsvirða og „verða þannig ekki réttlætt með vísan til hagsmuna almennings af því að fá að njóta slíkrar umræðu opinberlega.“
- Í dómi *Héraðsdóms Reykjavíkur frá 8. desember 2006 í máli nr. E-1316/2006* segir m.a.: „Við ákvörðun á mörkum tjáningarfrelsis verður að líta til þess að vegna lýðræðishefða þarf að tryggja að fram geti farið þjóðfélagsleg umræða.“

í meira mæli en aðrir." *Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 14. júní 2004 í máli nr. E-129/2004* er einnig áhugaverður í þessu sambandi. Þar var forsætisráðherra sýknaður af flestum kröfum í meiðyrðamáli sem aðili úr viðskiptalífínu höfðaði á hendur honum. Dómurinn tók m.a. fram: „Enda þótt stefndi sé ekki stjórnmalamaður að atvinnu eða hafi tekið þátt í umræðu um stjórnmal verður að ganga út frá því að hann hafi notið áhrifa umfram það sem gengur og gerist í krafti fyrirtækja sinna og fjármagns." Hann yrði því að „sætta sig við að viðskiptamál hans séu tekin til umfjöllunar í opinberri umræðu, þ.á.m. af stjórnmalámönnum [...] Á þetta því frekar við sem afskipti ríkisvaldsins af samfélaginu fara minnkandi og meira kveður að athöfnum og áhrifum einstaklinga og fyrirtækja á þeirra vegum."

c) *Kynþáttahatur o.fl.*

Þó Hæstiréttur veiti hvassri og gagnrýnni þjóðfélagssumræðu ríka vernd hefur hann nýlega staðfest sakfellingu byggða á 233. gr. a. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 þar sem refsing er lögð við því að ráðast opinberlega „með háði, rögi, smánun, ógnun eða á annan hátt" á mann eða hóp manna vegna „þjóðernis þeirra, litarháttar, kynþáttar, trúarbragða eða kynhneigðar". Í blaðaviðtali hafði varaformaður Félags íslenskra þjóðernissinna m.a. sagt: „Það þarf engan snilling eða erfðafræðivísindamann til að sýna fram á hver munurinn er á Afrikunegra með prik í hendinni eða Íslendingi. [Þeir] búa þarna í gróðursælustu álflu heims og gætu framleitt sex sinnum meira af mat en þeir þurfa ef þeir nenntu því. Við búum hér á grjóthnullungi, höfum ekkert nema fiskinn og klakann og höfum það bara stórfint á meðan þeir nenna ekki að berja af sér flugurnar..." Í *Hrd. 2002, bls. 1485 (mál nr. 461/2001)* staðfesti Hæstiréttur sakfellingu vegna þessara ummæla og tók fram um stjórnskipulegt gildi 233. gr. a. hgl.: „Lagaákvæðinu er ætlað að koma í veg fyrir kynþáttamisrétti og kynþáttahatur og er markmið þess því lögmaett og þær skorður sem það setur tjáningarfrelsi nauðsynlegar og samrýmast lýðræðishefðum."

Þess má geta að þessi dómur er nokkuð frábrugðinn dómaframkvæmd í Bandaríkjunum þar sem kynþáttahatur hefur að nokkru marki verið talið verndað af tjáningarfrelsinu.<sup>47</sup>

47 Hér má m.a. benda á *R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)* en þar lýsti Hæstiréttur Bandaríkjanna tiltekna reglugerð ósamþýðanlega stjórnarskránni sem bannaði það að menn brenndu krossa eða önnur tákn ef þeir hefðu ástæðu til að ætla að það vekti reiði eða skelfingu annarra á grundvelli kynþáttar, litarháttar, trúar, eða kyns. Með vísan til bandarískrar sögu þarf þó ekki að fara mörgum orðum um þá miklu ögrun gagnvart blökkumönnum sem felst í bruna krossa, en í málinu hafði kross verið brenndur í heimagarði blökkufjölskyldu.

d) *Klám*

Samkvæmt 210. gr. almennra hegningarlaga er gerð, prentun og dreifing kláms bönnuð. Í *Hrd. 1998, bls. 516* hafnaði Hæstiréttur málsástaðum þess efnis að ákvæðið fæli í sér brot gegn tjáningarfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Rökstuðningur Hæstaréttar var stuttur en þar sagði einfaldlega: „Samkvæmt 3. mgr. [73. gr.] er heimilt að setja tjáningarfrelsi skorður til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra. Ákvæði 2. mgr. 210. gr. almennra hegningarlaga er lögbundin takmörkun á tjáningarfrelsinu í samræmi við þessa heimild. Takmörkunin er einnig í samræmi við ákvæði 2. mgr. 10. gr. samnings um verndun mannréttinda og mannfrelsis..."

Til samanburðar má nefna að í Bandaríkjunum hefur mikið verið deilt um það að hvaða marki tjáningarfrelsið verndi kynlífstengt efni. Hafa margir dómar gengið um mörkin á milli hins grófara klámefnis sem ekki er talið verndað og þess kynlífsefnis sem telst verndað.<sup>48</sup> Þó sumt virðist vissulega á reiki virðist a.m.k. óhætt að fullyrða að hið víðtæka bann í 210. gr. íslensku hegningarlaga yrði trauðla talið standast bandarísku stjórnarskrána, nema þá ef hugtakið klám yrði skýrt með töluvert þröngum hætti.

e) *Tóbaks- og áfengisauglýsingar*

Samkvæmt áfengislögum nr. 75/1998 og lögum um tóbaksvarnir nr. 6/2002 eru tóbaks- og áfengisauglýsingar bannaðar.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í *Hrd. 1999, bls. 781 (mál nr. 415/1998)* var komist að þeirri niðurstöðu að áfengisauglýsingabannið fengi ekki staðist 73. gr. stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur snéri þessari niðurstöðu hins vegar við og sagði m.a.: „Alkunna er að ofneyslu áfengis fylgja vandamál af ýmsum toga, sem meðal annars varða allsherjarreglu, siðgæði og heilsu. Hafa þau í för með sér mikla byrði fyrir þjóðfélagið í heild. [...] Þau rök, sem þannig búa að baki 20. gr. áfengislaga, eiga sér efnislega stoð í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar..." Þessi afstaða Hæstaréttar var staðfest í dómi *Hæstaréttar frá 14. júní 2007 í máli nr. 599/2006*.

Í dómi *Hæstaréttar frá 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005* og dómi *Hæstaréttar frá 6. apríl 2006 í máli nr. 462/2005* var síðan leyst úr ágreiningi um tiltekin bannákvæði tóbaksvarnalaganna. Þar lýsti Hæstiréttur auglýsingabannákvæði laganna samþýðanleg stjórnarskránni og sagði m.a.: „Gagnáfrýjandi hefur lagt fram margvísleg gögn, sem

48 Einn mikilvægasti dómurinn á þessu sviði er *Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)* þar sem fram kemur skilgreining á floknum „obscenity" sem ekki er talinn njóta verndar.

sýna með ótvíræðum hætti fram á mjög mikla skaðsemi tóbaksreykinga fyrir heilsu manna. Viðurkenna aðaláfrýjendur og sjálfir að reykingar séu skaðlegar og að ganga megi langt í að banna auglýsingar á tóbaki. Verður fallist á með gagnáfrýjanda að þau rök, sem búa að baki 1. og 3. tölulið 3. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002, eigi fullnægjandi stoð í 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar." Hæstiréttur komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að með algjöru banni við að sýna tóbak á sölustöðum hefði löggjafinn farið út fyrir mörk 73. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar, enda hefði ekki verið sýnt fram á nauðsyn þess að láta bannið ná til verslana þar sem helst þeir sem vildu kaupa tóbak ættu erindi.

Þess má geta að niðurstaða ofangreindra dóma er töluvert frábrugðin réttarstöðunni í Bandaríkjunum þar sem auglýsingar sem þessar njóta umtalsverðrar verndar.<sup>49</sup>

#### f) Réttur til upplýsinga frá stjórnvöldum

Í *Hrd.* 2002, bls. 1024 (mál nr. 397/2001) komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að Öryrkjabandalag Íslands ætti rétt til aðgangs að tilteknu minnisblaði frá forsætisráðuneytinu sem því hafði verið meinaður aðgangur að. Í forsendum sínum vísaði Hæstiréttur m.a. til 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu og sagði: „[Þ]að ákvæði hefur meðal annars verið skýrt svo að það eigi að tryggja að lagaákvæði sem veita almennan aðgang að upplýsingum verði aðeins takmörkuð á þann hátt sem nauðsynlegt teljist í lýðræðisþjóðfélagi til verndar löglegum almanna- og einkahagsmunum." Þó að rökstuðningurinn sé knappur að þessu leyti þá hlýtur sú ályktun að verða dregin af dómnum að Hæstiréttur álíti að umrædd tjáningarfrelsisákvæði verndi ekki aðeins frelsi fólks til að taka við og skila upplýsingum, heldur einnig rétt almennings til upplýsinga hjá stjórnvöldum.<sup>50</sup>

49 Hér má t.d. nefna *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996) þar sem lög-gjöf um bann við nánar tilteknum áfengisauplýsingum var talin brjóta gegn stjórnarskránni og *Lorillard Tobacco Co. v. Reilly*, 533 U.S. 525 (2001) þar sem komist var að sömu niðurstöðu um nánar tilteknar reglur um bann við tóbaksauplýsingum. Í meirihlutaatkvæði Hæstaréttar í fyrrnefnda málinu sagði m.a.: „[Bans] against truthful, nonmisleading commercial speech [usually] rest solely on the offensive assumption that the public will respond “irrationally” to the truth. The First Amendment directs us to be especially skeptical of regulations that seek to keep people in the dark for what the government perceives to be their own good.”

50 Björg Thorarensen: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti”, bls. 414.

#### 4.4 Viðhorf Mannréttindadómstóls Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu og dómur Mannréttindadómstóls Evrópu hafa haft greinileg áhrif á þróun tjáningarfrelsisverndarinnar hér á landi.<sup>51</sup> Einn megintilgangur stjórnarskrárbreytinganna árið 1995 virðist hafa verið að tryggja með skýrari hætti þau réttindi sem Mannréttindasáttmálinn mælir fyrir um. Og þó að Mannréttindasáttmálinn hafi að forminu til einungis stöðu almennra laga hefur hann augsýnilega þýðingu við skýringu stjórnarskrárinnar enda er mjög gjarnan vísað til hans auk stjórnarskrárinnar í úrlausnum um verndarsvið tjáningarfrelsisins. Vegna þessara miklu tengsla 73. gr. stjórnarskrárinnar og 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu er nauðsynlegt að fjalla stuttlega um efni 10. gr. sem og helstu röksemdirnar fyrir tjáningarfrelsinu sem greina má í dómum Mannréttindadómstóls Evrópu. Ákvæði 10. gr. Mannréttindasáttmálans er svohljóðandi:

1. Sérhver maður á rétt til tjáningarfrelsis. Sá réttur skal einnig ná yfir frelsi til að hafa skoðanir, taka við og skila áfram upplýsingum og hugmyndum heima og erlendis án afskipta stjórnvalda. Ákvæði þessarar greinar skulu eigi hindra ríki í að gera útvarps-, sjónvarps- og kvikmyndafyrirtækjum að starfa aðeins samkvæmt sérstöku leyfi.

2. Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna 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.

Frá miðjum áttunda áratugnum hefur Mannréttindadómstóll Evrópu kveðið upp marga dóma um efni 10. gr. og virðist þróunin hafa verið í átt til aukins tjáningarfrelsis. Í mörgum dómanna hefur dómstóllinn gert ljóst að meginástæða hinnar ríku verndar sem hann veitir tjáningarfrelsinu er að litið er á slíkt frelsi sem óaðskiljanlegan hluta lýðræðisþjóðfélags, þar sem frjáls umræða um stjórnsmál og önnur efni skipar öndvegi.<sup>52</sup> Hin miklu tengsl tjáningarfrelsis og lýðræðis birtast einnig m.a. í því að það sem iðulega ræður úrslitum um réttmæti takmarkana á tjáningarfrelsi er hvort þær teljist nauðsynlegar í lýðræðislegu þjóðfélagi. Áhersla dómstólsins á tjáningarfrelsi sem óaðskiljanlegan hluta lýðræðis kom fram í fyrsta mikilvæga dómnum á

51 Í grein Bjargar Thorarensen, „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti”, í *Tímariti lögfræðinga*, 4. hefti 2003, er m.a. gerð glögg grein fyrir ýmsum áhrifum Mannréttindasáttmálans á verndina hérlendis.

52 Hörður Einarsson: *Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar*, bls. 24.

Þessu sviði árið 1976<sup>53</sup> og hefur margoft verið ítrekuð. Dómurinn í máli *Lingens gegn Austurríki frá 8. júlí 1986* er dæmigerður fyrir nálgunina:<sup>54</sup>

41. In this connection, the Court has to recall that freedom of expression [...] constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society"...

42. Freedom of the press furthermore affords the public one of the best means of discovering and forming an opinion of the ideas and attitudes of political leaders. More generally, freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.<sup>55</sup>

Í dómi frá 1998 tók dómstóllinn jafnframt fram:

The Court considers one of the principal characteristics of democracy to be the possibility it offers of resolving a country's problems through dialogue, without recourse to violence, even when they are irksome. Democracy thrives on freedom of expression.<sup>56</sup>

Kjarninn í vernd 10. gr. lýtur að stjórn mála umræðunni.<sup>57</sup> Dómstóllinn hefur þó ekki eingöngu lagt áherslu á vernd slíkrar umræðu heldur einnig á vernd „umræðu um önnur málefni er varða almenn-

53 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Handyside gegn Bretlandi frá 7. desember 1976*, mál nr. 5493/72.

54 Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Lingens gegn Austurríki frá 8. júlí 1986*, mál nr. 9815/82.

55 Í dómi *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Castells gegn Spáni frá 23. apríl 1992*, mál nr. 11798/85, fjallaði dómstóllinn frekar um fjölmiðlafrelsið og sagði m.a.: „[I]t gives politicians the opportunity to reflect and comment on the preoccupations of public opinion; it thus enables everyone to participate in the free political debate which is at the very core of the concept of a democratic society..."

56 Dómur *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli United Communist Party of Turkey gegn Tyrklandi frá 30. janúar 1998*, mál nr. 19392/92, *Reports of Judgments and Decisions 1998-I*. Hér má einnig benda á áréttingu dómsins í máli *Kwecien gegn Póllandi frá 9. janúar 2007*, mál nr. 51744/99, þar sem sagði m.a.: „Free elections and freedom of expression, particularly freedom of political debate, together form the bedrock of any democratic system."

57 Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi". Í ritinu *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls. 360-361.

ing."<sup>58</sup> Á þessu sviði gerir dómstóllinn strangar kröfur til þeirra takmarkana sem aðildarríkin grípa til og gefur ríkjunum lítið svigrúm. Eins og dómstóllinn hefur nýlega tekið fram, í dómi í máli *Sokolowski gegn Póllandi frá 29. mars 2005*.<sup>59</sup>

According to the Court's well-established case-law, there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest...

Dómstóllinn hefur gert ljóst að umræður um viðskiptafyrirtæki varði almenning. Í dómunum í máli *Markt Intern Verlag gegn Þýskalandi frá 20. nóvember 1989* sagði dómstóllinn m.a.:<sup>60</sup>

In a market economy an undertaking which seeks to set up a business inevitably exposes itself to close scrutiny of its practices by its competitors. [T]he specialised press must be able to disclose facts which could be of interest to its readers and thereby contribute to the openness of business activities.

Þrátt fyrir áherslu dómstólsins á frjálsar og opnar umræður hefur hann tekið skýrt fram að tjáning sem inniheldur áþreifanlegt kynþáttahatur sé ekki vernduð af 10. gr. Mannréttindasáttmálsins, sbr. m.a. *dóminn í máli Gunduz gegn Tyrklandi frá 4. desember 2003*.<sup>61</sup> Eins og oft áður byggir dómstóllinn þar á lýðræðishugtakinu þegar hann skilgreinir svið ákvæðisins:

[T]olerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance...

58 Sjá t.d. *dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi frá 25. júní 1992*, mál nr. 13778/88 en ofanefnd tilvitnun er úr opinberri íslenski þýðingu dómsins.

59 Dómur *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sokolowski gegn Póllandi frá 29. mars 2005*, mál nr. 75955/01.

60 Dómur *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Markt Intern Verlag gegn Þýskalandi frá 20. nóvember 1989*, mál nr. 10572/83.

61 Dómur *Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Gunduz gegn Tyrklandi frá 4. desember 2003*, mál nr. 35071/97, *Reports of Judgments and Decisions 2003-XI*. Í dómunum segir m.a.: „[T]here can be no doubt that concrete expressions constituting hate speech, which may be insulting to particular individuals or groups, are not protected by Article 10 of the Convention."

Þó dómstóllinn leggi höfuðáherslu á röksemdir tengdar lýðræðishugtakinu hefur hann einnig vísað til tjáningarfrelsisins sem eins af grunnskilyrðunum fyrir „sjálfsfullnægingu hvers einstaklings“<sup>62</sup> og „þroska hvers manns“.<sup>63</sup> Ekki verður hins vegar séð að dómstóllinn hafi gert mikið til að lýsa þessum sjónarmiðum frekar eða látið þau ráða einhverjum úrslitum við túlkun ákvæðisins. Það er til dæmis athyglisvert að í *dómnum í máli Müller gegn Sviss frá 24. maí 1988* virðist dómstóllinn útskýra þá vernd sem listir njóta með tilvísun til lýðræðishugtaksins fremur en tilvísun til sjálfsfullnægingar eða annarra einstaklingsmiðaðra röksemda.<sup>64</sup> Þar segir dómstóllinn m.a.:

Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society. Hence the obligation on the State not to encroach unduly on their freedom of expression.

Það er einnig ljóst að dómstóllinn gerir mismiklar kröfur til réttlætningar takmarkana eftir því um hvers konar tjáningu er að ræða. Á meðan hann gerir strangar kröfur til takmarkana á þjóðfélagssumræðunni þá hafa aðildarríkin meira svigrúm á sumum öðrum sviðum sem ekki eru eins beintengd lýðræðishugtakinu. Þannig hefur dómstóllinn m.a. fært rök að því að aðildarríkin séu betur til þess fallin að ákveða hvort takmarkanir byggðar á „siðgæði“ teljist nauðsynlegar eða ekki. Sem dæmi má nefna að í *dómnum í máli Müller gegn Sviss frá 24. maí 1988* komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn 10. gr. með sektum sem dæmdar voru vegna málverka sem sýndu gróft kynlíf. Dómstóllinn sagði:

[I]t is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals. [...] State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements...

#### 4.5 Viðhorf löggjafans

Alþingi hefur að sjálfsögðu lögfest fjölmörg ákvæði sem tengjast tjáningarfrelsinu. Alþingi hefur t.d. lagt refsingu við guðlasti,<sup>65</sup> sett

62 Sjá *dóm MDE í máli Lingens gegn Austurríki frá 8. júlí 1986*: „[Freedom of expression constitutes] one of the basic conditions [...] for each individual's self-fulfilment.”

63 Sjá *dóm MDE í máli Handyside gegn Bretlandi frá 7. desember 1976*: „[Freedom of expression constitutes] one of the basic conditions [...] for the development of every man.”

64 *Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Müller gegn Sviss frá 24. maí 1988, mál nr. 10737/84.*

65 Sjá 125. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.

takmarkanir á sýningu og dreifingu ofbeldiskvikmynda,<sup>66</sup> tryggt höfundarétt,<sup>67</sup> lögfest þagnarskyldu opinberra starfsmanna,<sup>68</sup> og sett á fót Ríkisútvarpið sem hefur m.a. þá lagalegu skyldu að útvarpa mismunandi skoðunum á þeim málum sem efst eru á baugi.<sup>69</sup> Þessi ákvæði, sem og fjölmörg önnur, kunna að sjálfsögðu að varpa einhverju ljósi á þær ástæður sem taldar eru búa að baki tjáningarfrelsinu. Það væri hins vegar til að lengja þessa grein of mikið að ræða ítarlega hinar ýmsu gjörðir Alþingis sem tjáningarfrelsinu tengjast. Því verður látið nægja að nefna nokkar breytingar í kafla 6 sem ég tel að Alþingi þyrfti að gera í því skyni að styðja betur hinn kennilega grundvöll stjórnarskrárákvæðisins. Nú er hins vegar tímabært að setja fram tillögu um það hver þessi kennilegi grundvöllur er.

#### 5. HVER VIRÐIST KENNINGIN AÐ BAKI 73. GR. STJÓRNARSKRÁRINNAR VERA?

Sá litli gaumur sem hinum kennilega grundvelli hefur verið gefinn setur ályktunum vissulega skorður. Þau takmörkuðu gögn sem að framan eru rakin eru þó mjög samhljóða í grundvallaratriðum og af þeim virðist ótvírætt mega ráða hvað liggur við kjarna þeirrar verndar sem 73. gr. stjórnarskrárinnar veitir – hugtakið *lýðræði*. Bakgrunnur og skýringargögn stjórnarskrárákvæðisins, dómaframkvæmd, sem og fyrirbyggjandi fræðiskrif, virðast öll leggja áherslu á tjáningarfrelsið sem nauðsynlegan þátt í lýðræðisþjóðfélagi og undirstrika mikilvægi stjórnmalalegrar og annarrar opinberrar umræðu. Því til áréttingar má draga framangreinda umfjöllun saman:

- Uppruna stjórnarskrárákvæðisins er að finna í samsvarandi dönsku ákvæði sem kom til við þróun Danmerkur til lýðræðis og kom í veg fyrir þá framkvæmd sem tíðkast hafði að útiloka birtingu efnis sem ekki hentaði kónginum. (Sjá kafla 4.1.)
- Frumvarpið sem leiddi til upptöku núgildandi ákvæðis árið 1995 lýsti tjáningarfrelsinu þannig að það væri „óumdeilanlega ein af undirstöðum lýðræðisþjóðfélags“<sup>70</sup> og stjórnarskrárnefndin lagði áherslu á að löggjafinn hefði ekki heimild til að lögbinda skorð-

66 Ofbeldiskvikmyndir voru lengi vel alfarið bannaðar, sbr. nú síðast 3. gr. laga nr. 47/1995, en með lögum nr. 62/2006 var hið almenna bann fellt úr gildi og bannið takmarkað við sýningu og aðra dreifingu til barna. Var þessi breyting m.a. rökstudd með vísan til 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og þess að þágildandi fyrirkomulag hefði á sér yfirbragð ritskoðunar.

67 Sjá höfundalög nr. 73/1972.

68 Sjá m.a. 18. gr. laga um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996.

69 Sjá t.d. 3. gr. laga um Ríkisútvarpið ohf. nr. 6/2007.

70 Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 2103.



ur við tjáningarfrelsi „sem gætu reynst hættulegar lýðræðislegri umræðu í þjóðfélaginu.“<sup>71</sup> (Sjá kafla 4.1.)

- Einnig má segja að stjórnarskrárkvæðið sjálf leggi að nokkru marki áherslu á tengsl tjáningarfrelsis og lýðræðis með því hvernig heimilum takmörkunum á tjáningarfrelsinu er lýst. Samkvæmt 3. mgr. 73. gr. er skilyrði slíkra takmarkana m.a. að þær séu „nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum“.
- Þau takmörkuðu íslensku fræðiskrif sem fyrir liggja um grundvallarökkin að baki tjáningarfrelsinu leggja fyrst og fremst áherslu á tjáningarfrelsið sem nauðsynlega forsendu lýðræðisstjórnarfars og undirstrika mikilvægi hinnar opinberu og stjórnmalalegu umræðu fyrir lýðræðisþjóðfélög. (Sjá kafla 4.2.)
- Hæstiréttur hefur vísað til tjáningarfrelsisins sem „grundvallarreglu í lýðfrjálsu þjóðfélagi“<sup>72</sup> og lagt áherslu á að „vegna lýðræðishefða verði að tryggja að fram geti farið þjóðfélagsleg umræða“.<sup>73</sup> Hefur hann raunar nýlega gert ljóst að það skipti grundvallarmáli við mat á því hvort tjáning sé vernduð hvort hún „geti talist þáttur í almennri þjóðfélagsumræðu og eigi þannig erindi til almennings.“<sup>74</sup> (Sjá kafla 4.3.)
- Hinn áhrifamikli Mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert ljóst að meginástæðan fyrir vernd tjáningarfrelsisins sé að þetta frelsi sé óaðskiljanlegur hluti lýðræðisþjóðfélags. Dómstóllinn hefur lagt þunga áherslu á mikilvægi hinnar opinberu og stjórnmalalegu umræðu og m.a. tekið fram: „[F]reedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society.“<sup>75</sup> (Sjá kafla 4.4.)

Helstu grunnrökkin að baki 73. gr. stjórnarskrárinnar virðast því falla í flokk þeirra stjórnarfarsmiðuðu kenninga sem raktar voru í kafla 3.3. Virðast grunnrökkin raunar eiga mjög margt sameiginlegt með kenningu Alexander Meiklejohn. Á hinn bóginn er ekki að sjá að stjórnarskrárgjafinn, Alþingi eða dómstólar hafi aðhyllst að sýnilegu marki þær sannleiksmiðuðu kenningar sem raktar voru í kafla 3.2. Þá virðist lítil áhersla hafa verið lögð á röksemdir í ætt við þær einstaklingsmiðuðu kenningar sem fjallað var um í kafla 3.4. Þó að oft hafi verið tekið fram að tjáningarfrelsið feli í sér dýrmæt réttindi fyrir hvern einstakling hefur það lítið verið útskýrt og röksemdir ein-

71 Alþt. 1994-95, A-deild, bls. 3885.

72 Sjá t.d. *Hrd.* 1995, bls. 408. Fallbeygingin í tilvitnuninni er mín, E.J.

73 *Hrd.* 1999, bls. 857 (mál nr. 252/1998).

74 *Dómur Hæstaréttar frá 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006.*

75 *Dómur MDE í máli Lingens gegn Austurríki frá 8. júlí 1986.*

staklingsmiðuðu kenninga um sjálfsfullnægingu og sjálfræði virðast tæpast til staðar í íslenskum dómum. Þá má raunar finna nýlega dóma sem virðast beinlínis ganga gegn grunnsjónarmiðum ýmissa einstaklingsmiðuðu kenninga. Þannig hefur Hæstiréttur t.d. nýlega og vandræðalaust staðfest hið víðtæka bann við klámi sem og bann við tóbaks- og áfengisauðsýningum. Svipaða sögu er að segja um dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu – þar virðast einstaklingsmiðuðu kenningar ekki hafa haft sýnileg áhrif. Þó Mannréttindadómstóllinn hafi vísað til tjáningarfrelsisins sem eins af grunnskilyrðunum fyrir „sjálfsfullnægingu hvers einstaklings“ virðist dómstóllinn ekki hafa þróað þá röksemd mikið frekar eða lát-ið hana hafa einhverja úrslitabýðingu í dómum. Hann hefur gefið aðildarríkjum svigrúm til að takmarka tjáningu til verndar „siðgæði manna“ og upphafleg röksemd dómstólsins fyrir vernd lista virðist fremur byggjast á hugmyndum um lýðræðisþjóðfélag en hugmyndum um sjálfsfullnægingu eða önnur einstaklingsbundin gæði. Þessi óverulega áhersla á sjónarmið í anda einstaklingsmiðuðu kenninga en ofuráhersla á sjónarmið í anda stjórnarfarsmiðuðu kenninga er at-hyglisverð og hefur hagnýta þýðingu. Verður það nánar rakið síðar.

Sem fyrr segir eru að sjálfsögðu takmörk fyrir því hversu víðtækar ályktanir verða dregnar af fyrirbyggjandi gögnum. Hvatinn að þessari grein er sá litli gaumur sem hinum kennilega grundvelli hefur verið gefinn. Það er eðlilega ófært að draga afdráttarlausar ályktanir af óafgerandi gögnum. Á einhverjum tímavarki verða skrif mín um það hver hinn kennilegi grundvöllur sé því að skoðunum mínum á því hver hann ætti að vera. Engu að síður tel ég að framangreind umfjöllun og samantektin fremst í þessum kafla sýni svo skýrt meginstef að hægt sé að draga eftirfarandi meginályktanir á hlutlægum grunni:

- Meginástæða verndar tjáningarfrelsisins í 73. gr. stjórnarskrárinnar er að slíkt frelsi er talið vera nauðsynlegur hluti af lýðræðislegu stjórnarfari. Öflugar og opnar umræður um stjórnmal og önnur málefni sem varða almennung eru taldar vera eitt af grunnskilyrðum lýðræðisþjóðfélags og vernd slíkrar tjáningar myndar kjarna stjórnarskrárverndarinnar.
- Hinn kennilegi grundvöllur 73. gr. lýtur fyrst og fremst að hugmyndum um lýðræði og hið þjóðfélagslega mikilvægi tjáningarfrelsis, en síður að einstaklingsmiðuðum hugmyndum um gagnsemi tjáningarfrelsis.

Mikið lengra verður líklega ekki komist í hlutlægum ályktunum um hinn kennilega grundvöll. Það er því óhjákvæmilegt að þær ná-



kvæmari útlekkingar á þessum grundvelli sem hér fara á eftir beri umtalsverðan brag af persónulegum skoðunum höfundar, fremur en hlutlægri lýsingu á réttarástandinu.

Ofanefndar meginályktanir um hinn kennilega grundvöll skipta máli. Þó að öll tjáning falli undir verndarákvæði 2. mgr. 73. gr. þá ræðst lokaniðurstaðan um svið tjáningarfrelsisins af því hvernig takmarkanirnar í 3. mgr. 73. gr. eru skýrðar – þær leiða jú til þess að margskonar skorður við tjáningu teljast heimilar. Það er við skýringu þessara undantekninga sem hinn kennilegi grundvöllur ætti að fá vægi. Ef tjáningin sem um ræðir þjónar megintilgangi hinnar stjórnarskrármæltu verndar – með því að vera hluti þeirrar tjáningar sem talinn er nauðsynlegur þáttur lýðræðisþjóðfélags – þá er takmörkun tjáningarinnar óheimil. Því fjær sem tjáningin er því að þjóna þessum megintilgangi stjórnarskrárverndarinnar, því meira svigrúm hefur löggjafinn hins vegar til þess að takmarka hana. Þessa nálgun verður að telja í skýru samræmi við þau gögn, dóma og fræðiskrif sem ég hef áður rakið, auk þess sem hún hefur í raun og veru skýra stöð í orðalagi þess grunnskilyrðis 3. mgr. 73. gr. að takmarkanirnar séu „nauðsynlegar og samrýmist lýðræðishefðum“. Það myndi að sjálf-sögðu aldrei samrýmast lýðræðishefðum að takmarka þá tjáningu sem telst til nauðsynlegrar umræðu í lýðræðisþjóðfélagi.

Meginályktanirnar að framan vekja að sjálf-sögðu upp margar spurningar. Ein augljós spurning er: Af hverju nákvæmlega er tjáningarfrelsi nauðsynlegur hluti lýðræðisþjóðfélags? Þau íslensku gögn sem áður eru rakin virðast ekki svara þessari spurningu með beinum hætti heldur ganga þau meira eða minna út frá því sem sjálf-gefnu og augljósu að lýðræði krefjist tjáningarfrelsis. Telja verður að meginröksemdin sé mjög í ætt við kenningu Alexander Meiklejohn sem getið var í kafla 3.3. Grunnhugmynd lýðræðisins er sú að þjóðfélaginu sé stjórnað af fólkinu sjálfu. Til að stjórna er fólkinu nauðsynlegt að tjá sig. Það skiptist á skoðunum um það hvernig þjóðfélaginu skuli háttað, kýs sér fulltrúa til að fylgja þeim skoðunum eftir og stýrir gjörðum þeirra fulltrúa með umræðu og gagnrýni og endurteknum kosningum. Tjáningarfrelsið er þannig forsenda þess að fólkið njóti grundvallarréttar síns í lýðræðisríki – að stjórna. Um leið tryggir tjáningarfrelsið að þær staðreyndir og skoðanir sem í hlut eiga liggja fyrir áður en ákvarðanir eru teknar. Það eru einnig til annars konar röksemdir um inntak lýðræðishugtaksins sem nota mætti til stuðnings því að tjáningarfrelsið sé nauðsynlegt í lýðræðisþjóðfélagi. Mannréttindadómstóll Evrópu virðist til dæmis telja að umburðarlyndi og víðsýni, sem og jöfn virðing fyrir einstaklingum, séu nauðsynlegir þættir í lýðræðisþjóðfélagi og að þessir þættir krefjist viðtæks tjáningarfrelsis. Á hinn bóginn hefur dómstóllinn einnig

vísað til svipaðra atriða til stuðnings takmarkana á tjáningu, t.d. á kynþáttahatri, þar sem skorðurnar eru rökstuddar með vísun til þess umburðarlyndis sem sé ein af grunnstöðum lýðræðisþjóðfélags. Það er alls ekki fyllilega skýrt hvað er innifalið í hugtakinu lýðræði og mögulegt að setja fram margvíslegar röksemdir, bæði með og á móti tjáningarfrelsinu, með því að teygja hugtakið til. Ég mun hinsvegar ekki fara lengra í þá áttina hér þar sem ég tel að meginrökin fyrir nauðsyn tjáningarfrelsis í lýðræðisþjóðfélagi, sem ég hef þegar gert grein fyrir, séu þau lang veigamestu.

Önnur og kannski erfiðari spurning tengd meginályktunum mín-um að framan er hvernig beri að afmarka þá tegund tjáningar sem mikilvægust er í lýðræðisþjóðfélagi. Hvernig nákvæmlega á að skilgreina þá tjáningu um stjórn-mál, og önnur málefni sem varða almenning, sem myndar kjarna stjórnarskrárverndarinnar? Hæstiréttur hefur ekki gert það með skýrum hætti en virðist nota þessi hugtök til-tölulega rúmt, sbr. það sem rakið var í kafla 4.3.2. Í nýjum dómi notar Hæstiréttur orðalagið *almenn þjóðfélagsumræða sem á erindi til almennings*. Það er erfitt að skilgreina afdráttarlaust hvað fellur í þennan flokk en að mínu mati ætti að skýra flokkinn með rúmum hætti. Cass R. Sunstein, sem áður var minnst á, hefur gert tillögu að skilgrein-ingu á hugtakinu stjórn-málaleg umræða sem ég tel að fari hér nærri lagi. Mun ég nota skilgreiningu hans sem grunn að tillögu minni að skilgreiningu á kjarna íslensku tjáningarfrelsisverndarinnar. Sunstein leggur til að meðhöndla skuli ummæli sem stjórn-málaleg „þegar þau eru bæði ætluð og móttækin sem framlag til opinberrar umræðu um eitthvað málefni“.<sup>76</sup> Ég tel að *framlag til opinberrar umræðu eða umhugs-unar* sé réttilega lykilhugtakið í ljósi framangreindrar umfjöllunar um ástæður þess að tjáningarfrelsi sé nauðsynlegt í lýðræðisþjóðfélagi. Hins vegar tel ég rétt að sleppa þeim hluta skilgreiningarinnar sem krefst þess að tjáningin sé *bæði ætluð og móttækin* sem slíkt framlag og láta nægja að *líta megi á* tjáninguna sem slíkt framlag. Virðist síðast-nefnda viðmiðið í ótvíræðu samræmi við þær kröfur sem Hæstiréttur gerir, sbr. *dóm Hæstaréttar frá 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006* þar sem það er sagt skipta grundvallarmáli hvort tjáning „geti talist“ þáttur í almennri þjóðfélagsumræðu. Slíkt viðmið má einnig telja betri vörn fyrir tjáningarfrelsið en viðmið Sunstein. Í stað þess að krefjast erfið-rar og oft þýðingarlausrar athugunar á tilgangi þess sem talar og huga þess sem hlustar lætur viðmiðið þá tjáningu njóta vafans sem álíta má

<sup>76</sup> Cass R. Sunstein: *Democracy and the Problem of Free Speech*, bls. 130. Íslensk þýðing tilvitnunarinnar er mín, EJ. Orðrétt segir í frumtextanum að fara beri með ummæli sem stjórn-málaleg „when it is both intended and received as a contribution to public deliberation about some issue.“

til þess fallna að þjóna megintilgangi tjáningarfrelsisverndarinnar. Samkvæmt skilgreiningu Sunstein er nóg að framlagið sé um *eitthvað málefni*. Í ljósi meginályktana minna um hinn kennilega grundvöll 73. gr. stjórnarskrárinnar tel ég að framlagið verði að vera um *þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almenning*. Samkvæmt öllu þessu þá kýs ég að skilgreina kjarna 73. gr. stjórnarskrárinnar sem *vernd þeirrar tjáningar sem líta má á sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar um þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almenning*.

Þessi skilgreining er óhjákvæmilega mjög óljós og vekur upp fjölmargar spurningar. Ég tel þó engu að síður að hún geti verið gagnlegur vegvísir við úrlausn ágreiningsmála, líkt og nánar verður rakið síðar. Skilgreiningin er rúm og henni er ætlað að taka til mun rýmra sviðs en þess sem telst til hinnar dæmigerðu stjórnmalalegu umræðu. Skilgreiningin á t.d. að ná til harðrar gagnrýni á fyrirtæki og forsvarsmenn þeirra. Í gegnum kjörna fulltrúa sína hefur fólkíð veitt einstaklingum og fyrirtækjum þeirra umtalsverð völd, svo sem með því að takmarka afskipti ríkisins á ýmsum sviðum. Líta má á þetta sem framsal valds til einstaklinga og fyrirtækja frekar en til stjórnmalamanna. Þessir einstaklingar og fyrirtæki hafa þannig völd til að hafa margvísleg áhrif á daglegt líf fólksins á grundvelli heimilda frá fólkinu sjálfu. Hvernig þau völd eru notuð varðar almenning að sjálfsögðu miklu og vernd tjáningar sem að því lýtur telst því til kjarna tjáningarfrelsisverndarinnar. Raunar tel ég að orða megi þetta með almennari hætti og segja að hvers konar tjáning um meðferð valds í lýðræðisþjóðfélagi teljist til kjarnaverndarinnar. Allt slíkt vald er enda í raun og veru að rekja til einhvers konar heimildar frá fólkinu – það er jú fólkíð sem fer með hið upphaflega og endanlega vald í lýðræðisríkjum. Skilgreiningin á kjarnaverndinni inniheldur einnig mikinn hluta lista og bókmennta, sem mjög oft má líta á sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar. Íslensk bókmenntasaga ber t.d. skýrlega með sér að mikið af dádustu verkunum hafa verið öflugt innlegg í þjóðfélagsumræðuna. Í raun og veru tel ég að líta megi á mestan hluta lista og bókmennta sem framlag sem fellur undir kjarnaskilgreininguna að framan.

Hvað sem framangreindum útskýringum mínum á rúmri skýringu kjarnaverndarinnar líður má spyrja: Veitir sá kennilegi grundvöllur sem ég hef greint ekki margs konar annarri tjáningu of litla vernd? Hvað með samræður tveggja vana í einrúmi sem ekki er á nokkurn hátt ætlað að vera framlag til opinberrar umræðu? Hvað um færslu í dagbók sem síðan er geymd í læstri hirslu þess sem dagbókina ritar? Enginn vafi er á því að 73. gr. stjórnarskrárinnar bannar takmörkun slíkrar tjáningar en sá kennilegi grunnur sem að ofan er rakinn virðist eiga í vandræðum með að útskýra af hverju. Ég mun þó

nefna þrenns konar röksemdir í tilraun til að samræma hinn kennilega grundvöll og vernd slíkrar tjáningar. Í fyrsta lagi má hugsanlega segja að slík tjáning sé nauðsynleg forsenda eða forveri framlags til opinberrar umræðu og þar af leiðandi hluti af henni. Fólk stekkur ekki fullskapað út í þjóðfélagsumræðuna án þess að hafa áður tjáð sig að einhverju marki við sína nánustu eða í einrúmi og því má færa rök að því að slík tjáning sé nauðsynlegur undanfari og þar með hluti hinnar opinberu umræðu. Í öðru lagi má benda á að þegar við erum komin inn á svið slíkrar persónulegrar tjáningar þá verða á vegi okkar önnur stjórnarskrárgildi sem varða friðhelgi einkalífs. Það er utan við efni þessarar greinar að fjalla um kennilegan grundvöll þeirrar einkalífsverndar sem tryggð er í 71. gr. stjórnarskrárinnar. Hins vegar er vert að benda á að rétt eins og tjáningarfrelsið þá er rétturinn til friðhelgi einkalífs verulega tengdur lýðræðisshugtakinu. Það er álitinn nauðsynlegur þáttur raunverulegs lýðræðisríkis að virt sé tiltekið svið einkalífs borgaranna sem ekki megi hafa afskipti af. Vernd ofangreindrar tjáningar, svo sem dagbókarfærslunnar, má þannig hugsanlega útskýra með tilvísun til gilda friðhelgi einkalífs. Samkvæmt því færu afskipti af slíkum athöfnum í bága við hinn almenna rétt til einkalífs sem tryggður er í 71. gr. stjórnarskrárinnar og samrýmdust ekki „lýðræðishefðum“ í skilningi 3. mgr. 73. gr. þar sem tiltekið einkalíf er nauðsynlegt í lýðræðislegu þjóðfélagi. Þriðja og hugsanlega mest sannfærandi útskýringin felst í því að viðurkenna einfaldlega að tilvist grunnrakanna að baki 73. gr. útilokar ekki sjálfkrafa vernd þeirrar tjáningar sem fellur utan kjarnaverndarinnar. Þó að grunnrökin að baki ákvæðinu séu auðsýnileg og mikilvæg þá virðast þau ekki útskýra að fullu þá rúmu vernd sem 73. gr. stjórnarskrárinnar mælir fyrir um. Þannig mætti telja orðalag og efni ákvæðisins full rúmt ef tilgangurinn væri eingöngu að vernda þann kjarna sem ég hef greint. Það væri óskynsamlegt að hafna því alfarið að önnur gildi tjáningarfrelsisins skipti máli um verndina. Það hversu lítið í hinum íslensku gögnum styður sannleiksmiðaða eða einstaklingsmiðaða nálgun að 73. gr. mætti t.d. að hluta til skýra með þeirri litlu athygli sem hinum kennilega grundvelli hefur verið veitt yfirleitt. Með öðrum orðum: Tilgáta mín um hinn kennilega grundvöll 73. gr. felur ekki í sér altæka kenningu sem hafnar alfarið öðrum gildum tjáningarfrelsisins en þeim sem eru meginástæða verndarinnar. Tilgátan lýtur að tilteknum kjarna 73. gr. sem leiðir af hinni auðsýnilegu meginástæðu ákvæðisins – kjarna sem ég tel að eigi að hafa þýðingarmikið hlutverk sem vegvísir en er að sjálfsögðu ófær um að veita svör við öllum spurningum.

Eins og framangreind skrif bera með sér er ég einarður fylgismaður þeirrar kenningar að baki 73. gr. sem ég hef greint og síðan

reynt að útfæra. Raunar tel ég að ef fólk væri meðvitaðra um þennan kennilega grundvöll þá gæti það leitt til aukinnar virðingar fyrir tjáningarfrelsinu og aukins stuðnings við vernd þess. Á undanförunum árum hefur umræða um tjáningarfrelsið í auknum mæli tengst illa þokkaðri tjáningu sem ekki þjónar megintilgangi verndarinnar. Þannig hefur 73. gr. stjórnarskrárinnar gjarnan birst sem röksemd gegn takmörkunum á nektardansi, klámi, tóbaks- og áfengisauglýsingum, sem og röksemd fyrir birtingu nafna og mynda af meintum lögbrjótum áður en ákæru eða dómar liggja fyrir. Mér virðist oft sem óvinsældir slíkrar tjáningar hafi skapað tiltekinn almennan ótta við of ríka vernd tjáningarfrelsisins. Slíkur ótti hefur þá tilhneigingu að byrgja sýn á mikilvægi kjarnaverndarinnar og leiða af sér of miklar takmarkanir á óvinsælli tjáningu sem fellur innan kjarnans. Með öðrum orðum: Skortur á því að hinum kennilega grundvelli sé gefinn gaumur og hin algenga notkun tjáningarfrelsisins sem röksemd fyrir tjáningu eins og þeirri sem að ofan er nefnd kann að hafa dregið úr vernd tjáningarfrelsisins heilt yfir. Skýr áhersla á hinn kennilega grundvöll breytir þessari mynd vegna þess greinarmunar sem hann gerir á tjáningu innan og utan kjarnans. Hann krefst hámarks verndar þeirrar tjáningar sem fellur að kjarna ákvæðisins á meðan hann krefst ekki verndar ýmissar þeirrar tjáningar sem að ofan er nefnd og ekki þjónar megintilgangi ákvæðisins.

Það verður að endingu að nefna að þrátt fyrir þær miklu mætur sem ég hef á hinum kennilega grundvelli 73. gr. þá hef ég tilteknar grundvallar áhyggjur af honum. Með tilliti til alþjóðlegrar verndar mannréttinda er að sumu leyti óheppilegt að stjórnarskráin, og ekki síður Mannréttinasáttmáli Evrópu, leggi þessa höfuðáherslu á lýðræðishugtakið sem grundvöll tjáningarfrelsisverndarinnar. Meginviðfangsefni hinnar alþjóðlegrar mannréttindahreyfingar er að framfylgja tilteknum grundvallarréttindum sem öllum manneskjum er ætlað að njóta og það felur því í sér ákveðna þversögn að beintengja þessi réttindi við tiltekna tegund stjórnarfars. Hvað þá með fólk sem ekki býr í lýðræðisríkjum? Hvernig er réttur þess til tjáningarfrelsis rökstuddur ef slíkt frelsi er einfaldlega nauðsynlegur hluti af stjórnarfari sem ekki er til staðar í umræddu ríki? Það mætti að sjálfsögðu benda á þá staðreynd að flestir hinna alþjóðlegru mannréttinasamninga leggja áherslu á kosningarétt og lýðræði, rétt eins og tjáningarfrelsi. Þá mætti hugsanlega færa rök að því að tjáningarfrelsi sé einnig nauðsynlegur þáttur annars konar tegunda stjórnarfars. Hvað sem því líður sýnir spurningin tiltekið vandamál við höfuðáhersluna á lýðræðishugtakið. Hún gerir „útflytning“ þessara grundvallarréttinda eitthvað erfiðari og það virðist nauðsynlegt að gripa til annarra kenninga en hinna stjórnarfarsmiðuðu á sviði alþjóðlegrar mann-

réttindabaráttu. Þó þetta valdi mér tilteknum efasemdum um gæði þess grundvallar sem ég hef greint og skýrt þá verður því einfaldlega ekki neitað að þetta er hinn kennilegi grunnur íslensku tjáningarfrelsisverndarinnar. Og innan marka lýðræðisríkisins Íslands þá tel ég þetta skynsamlegasta grundvöllinn sem til er.

## 6. HVERT ER HIÐ HAGNÝTA GILDI KENNINGARINNAR?

Ég mun nú útskýra örlítið nánar hvernig hinn kennilegi grundvöllur og sá kjarni verndarinnar sem að ofan var greindur getur reynst gagnlegur sem vegvísir í deilumálum um tjáningarfrelsið. Í þeirri umfjöllun felst um leið afstaða mín til þess hvaða niðurstaða leiði af hinum kennilega grundvelli í sumum umdeildum málum sem lúta að tjáningarfrelsinu.

Meiðyrðamál eru algeng og það er stöðug umræða og sumpart óvissa uppi um það hversu langt einstaklingar og fjölmiðlar mega ganga í tjáningu sinni. Meiðyrðalöggjöfin hefur einnig reglulega komið til umræðu á Alþingi. Skilningur á hinum kennilega grundvelli og kjarna 73. gr. stjórnarskrárinnar getur verið gagnlegur á þessu sviði. Ef tjáningin sem um ræðir er hluti hinnar nauðsynlegru tjáningar í lýðræðisþjóðfélagi – ef líta má á hana sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar um þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almenning – þá er hún vernduð. Til að hinn kennilegi grundvöllur sé fyllilega virtur er nauðsynlegt að gera nokkrar breytingar á gildandi löggjöf. Þannig mætti taka ýmis dæmi af ákvæðum almennra hegningarlaga nr. 19/1940 sem fara illa saman við hinn kennilega grundvöll. Þar má nefna hina sérstöku vernd sem æru forsetans er veitt í 101. gr., þá sérstöku aðstoð sem opinberir starfsmenn njóta við meiðyrðamálahöfðun samkvæmt 242. gr., og þá refsingu sem lögð er við ærumeiðandi ummælum þótt sönnuð séu í 237. gr. Því má halda fram að auk löggjafans þurfi dómstólar að huga betur að kjarnaverndinni. Þannig má færa rök að því að á undanförunum árum hafi Hæstiréttur í sumum tilvikum ranglega takmarkað tjáningu á sviði kjarnaverndarinnar, t.d. í *Hrd.* 1992, bls. 401 og *Hrd.* 1993, bls. 1409. Á síðustu 10 árum hefur Hæstiréttur þó færst til sífellt öflugri verndar þess kjarna sem að framan er rakin. Engu að síður má enn finna dæmi sem valda a.m.k. réttmætum vafa, svo sem sakfellingu varaformanns Félags íslenskra þjóðernissinna í *Hrd.* 2002, bls. 1485 (mál nr. 461/2001). Þó að ummæli varaformannsins hafi verið afar óviðurkvæmileg og heimskuleg, þá tengdust þau með nokkrum hætti umræðu um innflytjendamál. Því má færa rök að því að líta hafi mátt á þau sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar um þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almenning, svo vitnað sé til fyrrnefndrar skilgreiningar á kjarnaverndinni. Meðal líklegra við-

fangsefna dómstóla á komandi árum er hörð umræða um fyrirtæki og gjörðir stjórnenda þeirra, enda virðist slík umræða sem og harkan í henni færast mjög í vöxt. Eins og áður hefur verið útskýrt fellur slík umræða undir kjarnavernd stjórnarskrárákvæðisins og þeir dómur sem raktir voru í kafla 4.3.2. benda til vaxandi áherslu á vernd slíkrar tjáningar.

Á meðan hinn kennilegi grundvöllur 73. gr. stjórnarskrárinnar ætlar hinna opinberu og þjóðfélagslegu umræðu hámarksvernd þá krefst hann ekki verndar þeirra umdeildu tilvika þar sem myndir og nöfn af meintum brotamönnum hafa verið birt né verndar á birtingu ýmis konar annarra einkaupplýsinga. Slíkar upplýsingar bæta yfirleitt engu við framlagið til opinberu umræðunnar. Sem dæmi má nefna að þótt frétt um nýframinn glæp sé klárlega framlag sem verndar nýtur, þá bæta nöfn hinna meintu brotamanna sjaldnast nokkru því við fréttina sem telst hafa gildi fyrir umræðu og umhugsun í lýðræðisþjóðfélagi. Því til viðbótar þá mætir slík tjáning hinum andstæðu hagsmunum einkalífsværndar í einni af sinni sterkustu mynd. Að sjálfsögðu eru mörkin oft óljós og verða flóknari þegar þeir einstaklingar sem í hlut eiga njóta valda í þjóðfélaginu. Engu að síður tel ég að áhersla á umfang framlagsins til opinberrar umræðu eða umhugsunar geti komið að gagni þegar leyst er úr einstökum deilumálum. Því ríkara sem framlagið er, því meiri verndar nýtur tjáningin á meðan tjáning sem þjónar auglýsingalega ekki megintilgangi 73. gr. verður frekar takmörkuð vegna annars konar réttinda.

Eins og áður var nefnt getur hinn kennilegi grundvöllur einnig reynst gagnlegur þegar leyst er úr umdeildum spurningum sem varða gildandi ákvæði og samþykktir um bann við klámi, nektardansi, sem og við tóbaks- og áfengisauglýsingum. Tjáningarfrelsisákvæðinu er iðulega teft fram gegn slíkum bönnum og líklegt að dómstólar muni áfram þurfa að leysa úr deilum um stjórnskipulegt gildi slíkra takmarkana. Einnig er líklegt að Alþingi muni ræða ákvæði sem þessi í náinni framtíð enda hefur t.d. komið fram frumvarp á þremur síðustu löggjafarþingum sem felur í sér að áfengisauglýsingar verði að meginsteftu til heimilaðar. Það er skýrt í mínum huga að tjáning í ofangreinda veru – þ.e. sú tjáning sem felst í klámi, nektardansi og áfengis- og tóbaksauglýsingum – þjónar almennt ekki megintilgangi 73. gr. stjórnarskrárinnar. Það er hæpið að líta megi á slíka tjáningu sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar um þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almennig. Í öllu falli er umfang framlagsins svo takmarkað að tjáningin þjónar ekki megintilgangi 73. gr. stjórnarskrárinnar. Hinn lýðræðislegi meirihluti Alþingis hefur því meira svigrúm til að takmarka slíka tjáningu til að tryggja aðra hagsmuni svo sem heilsu almennings og velferð og vernd barna.

Hinn kennilegi grundvöllur 73. gr. stjórnarskrárinnar hefur einnig einhverja þýðingu í hinna sífellið umræðu um stöðu og hlutverk Ríkisútvarpsins. Þar sem tilgangur 73. gr. er að tryggja þá opinberu umræðu sem nauðsynleg er í lýðræðisþjóðfélagi má færa rök að því að ákvæðið banni ekki aðeins takmarkanir á tjáningarfrelsinu heldur feli einnig í sér jákvæðar skyldur ríkisins til að tryggja að slík tjáning fari fram. Telja verður vafalaust að tilvist Ríkisútvarpsins og laga- legrar skyldu þess til að útvarpa mismunandi skoðunum sé til þess fallin að þjóna tilgangi 73. gr. stjórnarskrárinnar. Í ljósi þessa mætti e.t.v. færa rök að því að stórfelld breyting á stofnuninni og tilgangi hennar myndi ganga nærri 73. gr. með því að takmarka þá nauðsynlegu umræðu sem stofnunin stuðlar að í dag.

Af hinum kennilega grundvelli 73. gr. virðist einnig leiða tiltekin skylda ríkisvaldsins til að tryggja að fyrir liggi þær upplýsingar og þau gögn sem nauðsynleg eru fyrir hina stjórnmalalegu og opinberu umræðu. Virðist enda sem Hæstiréttur hafi þegar viðurkennt rétt almennings til upplýsinga frá stjórnvöldum sem hluta af 73. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. það sem rakið var í kafla 4.3.6. Kennilegi grundvöllurinn getur með svipuðum hætti haft þýðingu við túlkun á ákvæðum um þagnarskyldu opinberra starfsmanna enda myndi of rík þagnarskylda vinna gegn megintilgangi 73. gr. með því að takmarka mikilvægar umræður um meðferð ríkisvaldsins í lýðræðisþjóðfélagi.

Nefna mætti ýmis fleiri dæmi og dæmin sem nefnd hafa verið krefjast nánari umfjöllunar síðar. Ég vona þó að mér hafi tekist að benda á að vitund og vitneskja um hinn kennilega grundvöll er mikilvæg og getur lagt til viðmið og vísað veginn við úrlausn umdeilda mála sem varða vernd tjáningarfrelsisins á Íslandi.

## 7. SAMANTEKT

Ákvæði 73. gr. stjórnarskrárinnar felur ekki í sér altæka og ótvíræða reglu. Hún tryggir tjáningarfrelsi sem grunnreglu en heimilar síðan ýmsar undantekningar frá þessu frelsi í því skyni að tryggja önnur réttindi og aðra hagsmuni. Vegna þessa þurfa dómstólar og aðrir handhafar ríkisvaldsins oft að framkvæma hagsmunamat – að veða saman þau ólíku réttindi og hagsmuni sem í hlut eiga og reyna að finna hið hæfilega jafnvægi á milli þeirra.

Kennilegum grundvelli 73. gr. stjórnarskrárinnar hefur lítill gaumur verið gefinn. Ég tel þó að hann geti reynst gagnlegur við túlkun ákvæðisins og við leitina að hinu hæfilega jafnvægi. Það er jafnframt í góðu samræmi við héraenda réttarheimildafræði að gefa hinum kennilega grundvelli vægi. Af þeim heimildum sem ég hef rakið má telja ljóst að meginástæða verndar tjáningarfrelsisins í 73. gr. er að slíkt frelsi er talið nauðsynlegur þáttur lýðræðislegs stjórnarfars. Af

Þessari ástæðu leiðir tiltekinn kjarni ákvæðisins sem ég kýs að skilgreina sem *vernd þeirrar tjáningar sem líta má á sem framlag til opinberrar umræðu eða umhugsunar um þjóðfélagsmál eða annað málefni sem varðar almennungu*. Þessi kjarni er að mínu mati mikilvægur við framkvæmd þess hagsmunamats sem innbyggt er í ákvæðið. Því fjær sem tjáningin er þessum kjarna, því frekari takmarkanir verða gerðar með vísan til annarra réttinda eða hagsmuna. Sú tjáning sem fellur innan kjarnans á hins vegar að njóta öflugrar verndar. Ég hef lagt til rúma túlkun á þessum kjarna sem inniheldur m.a. harkalega umræðu um fyrirtæki og forsvarsmenn þeirra sem og verulegan hluta lista og bókmennta.

Færa má rök að því að bæði Alþingi og dómstólar þurfi að gera breytingar til að framkvæmdin samræmist fyllilega hinum kennilega grundvelli og tryggi kjarnaverndina með ótvíræðum hætti. Á hinn bóginn má færa rök að því að hinn kennilegi grundvöllur veiti þessum stofnunum svigrúm til að hafna hinum algengu staðhæfingum um að tjáningu eins og tóbaks- og áfengisauglýsingar, nektardans og klám sé óheimilt að takmarka.

Það má vissulega deila jafnt um réttmæti ályktana minna sem og um ágæti þess kennilega grundvallar sem ég hef greint og reynt að útfæra. Ég vona þó að megintilgangi þessarar greinar hafi verið náð – að vekja athygli á kennilegri nálgun að réttindum stjórnaskrárinnar og gagnsemi hennar við lausn ágreiningsefna um inntak stjórnarskrárákvæðanna. Allri gagnrýni og frekari umræðu verður innilega fagnað.

#### HEIMILDASKRÁ:

*Alþingistíðindi.*

Alexander Meiklejohn: *Free Speech and Its Relation to Self-Government*. New York, 1948.

- „The First Amendment is an Absolute.” 1961 *Sup. Ct. Rev.* 245.

Ármann Snævarr: *Almenn lögfræði*. Reykjavík, 1989.

Björg Thorarensen: „Áhrif Mannréttindasáttmála Evrópu á vernd tjáningarfrelsis að íslenskum rétti.” *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti 2003, bls. 373-420.

Cass R. Sunstein: *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York, 1993.

Christina Wells: „Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme Court’s First Amendment Jurisprudence.” 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 159 (1997).

Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. Reykjavík, 1996.

David Strauss: „Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression.” 91 *Colum. L. Rev.* 334 (1991).

Edwin C. Baker: *Human Liberty and Freedom of Speech*. New York, 1989.

Guðmundur Heiðar Frimannsson: „Tjáningarfrelsið: forsendur og rökstuðningur.” *Ritið*, 2/2004, bls. 77-100.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Önnur útgáfa. Reykjavík, 1999.

Gunnar Thoroddsen: *Fjölmaeli*. Reykjavík, 1967.

Hörður Einarsson: *Tjáningarfrelsi og fjölmiðlar*. Reykjavík, 1997.

John Stuart Mill: *Frelsið*. Íslensk þýðing eftir Jón Hnefil Aðalsteinsson og Þorstein Gylfason. Reykjavík, 1978.

Jakob R. Möller: „Þátttaka lögmannna í opinberum deilum um dómsmál.” *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2002, bls. 201-222.

Lee Bollinger: *The Tolerant Society*. New York, 1986.

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. Reykjavík, 1960.

Páll Sigurðsson: *Fjölmiðlaréttur. Meginþættir réttarumhverfis fjölmiðlanna*. Reykjavík, 1997.

Páll Þórhallsson: „Tjáningarfrelsi.” *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*: Reykjavík, 2005, bls. 359-389.

Steven H. Shiffrin: *Dissent, Injustice, and the Meanings of America*. Princeton, 1999.

Sigurður Lindal: *Um lög og lögfræði*. Reykjavík, 2002.

Skúli Magnússon: *Hin lagalega aðferð og réttarheimildirnar*. Reykjavík, 2003.

*Tíðindi frá Alþingi Íslendinga.*

Vincent Blasi: „The Checking Value in First Amendment Theory.” 1977 *Am. B. Found. Res. J.* 521.

- „The First Amendment and Character.” 46 *UCLA L. Rev.* 1567 (1999).

#### DÓMASKRÁ:

*Dómar Hæstaréttar Íslands:*

Hrd. 1943, bls. 237

Hrd. 1978, bls. 417

Hrd. 1992, bls. 401

Hrd. 1993, bls. 1409

Hrd. 1995, bls. 408

Hrd. 1997, bls. 3618

Hrd. 1998, bls. 516

Hrd. 1998, bls. 1376

Hrd. 1999, bls. 857 (mál nr. 252/1998)

Hrd. 1999, bls. 781 (mál nr. 415/1998)

Hrd. 2002, bls. 1024 (mál nr. 397/2001)

Hrd. 2002, bls. 1485 (mál nr. 461/2001)

Hrd. 2003, bls. 3136 (mál nr. 36/2003)

Hrd. 2004, bls. 1553 (mál nr. 382/2003)

Dómur Hæstaréttar frá 30. mars 2006 í máli nr. 490/2005

Dómur Hæstaréttar frá 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005

Dómur Hæstaréttar frá 6. apríl 2006 í máli nr. 462/2005

Dómur Hæstaréttar frá 1. júní 2006 í máli nr. 541/2005

Dómur Hæstaréttar frá 1. mars 2007 í máli nr. 278/2006

Dómur Hæstaréttar frá 14. júní 2007 í máli nr. 599/2006

*Íslenskir héraðsdómar:*

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 14. júní 2004 í máli nr. E-129/2004

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur frá 8. desember 2006 í máli nr. E-1316/2006

*Bandarískir dómar:*

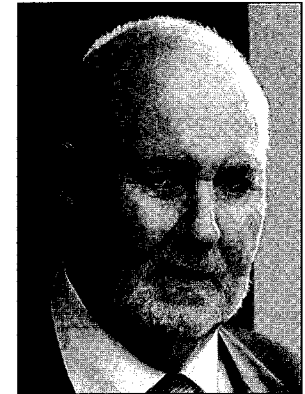
Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992)  
Liquormart, Inc. v. Rhode Island, 517 U.S. 484 (1996)  
Lorillard Tobacco Co. v. Reilly, 533 U.S. 525 (2001)

*Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:*

Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Handyside gegn Bretlandi frá 7. desember 1976, mál nr. 5493/72  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Lingens gegn Austurríki frá 8. júlí 1986, mál nr. 9815/82  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Müller gegn Sviss frá 24. maí 1988, mál nr. 10737/84  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Markt Intern Verlag gegn Þýskalandi frá 20. nóvember 1989, mál nr. 10572/83  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Castells gegn Spáni frá 23. apríl 1992, mál nr. 11798/85  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Þorgeirs Þorgeirsonar gegn Íslandi frá 25. júní 1992, mál nr. 13778/88  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli United Communist Party of Turkey gegn Tyrklandi frá 30. janúar 1998, mál nr. 19392/92  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Gunduz gegn Tyrklandi frá 4. desember 2003, mál nr. 35071/97  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sokolowski gegn Þýskalandi frá 29. mars 2005, mál nr. 75955/01  
Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Kwicien gegn Póllandi frá 9. janúar 2007, mál nr. 51744/99



*Dr. Carl Baudenbacher er forseti EFTA-dómstólsins og lagaprófessor við St. Gallen háskólann.*

Carl Baudenbacher:

## ERLA MARÍA: VIÐURKENND RÉTTARSKÖPUN DÓMSTÓLA<sup>1</sup>

### EFNISYFIRLIT:

1. INNGANGUR
2. RÉTTARÁSTANDIÐ FYRIR MÁL ERLU MARÍU
  - 2.1 Almennt
  - 2.2 Fræðirit og -greinar
3. MÁL ERLU MARÍU
  - 3.1 Staðreyndir, málsmeðferð og lagalegur bakgrunnur
  - 3.2 Málsástæður ríkisstjórna Íslands, Noregs og Svíþjóðar
  - 3.3 Afstaða Eftirlitsstofnunar EFTA
  - 3.4 Afstaða Framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins
  - 3.5 Til athugunar: Álit Evrópudómstólsins 1/91
  - 3.6 Dómur EFTA-dómstólsins
4. AFSTAÐA DÓMSTÓLA EES-LANDANNA TIL DÓMS EFTA-DÓMSTÓLSINS Í MÁLI ERLU MARÍU
  - 4.1 Dómstólar Evrópubandalagsins
    - a) Evrópudómstóllinn – Rechberger
    - b) Evrópudómstóllinn – Andersson
    - c) Umræðan um stefnu Evrópudómstólsins varðandi tilvitnanir
  - 4.2 Æðstu dómstólar ríkjanna

<sup>1</sup> Höfundur þakkar Ingunni Agnesi Kro og Bryndísi Pálmarsdóttur hjá EFTA-dómstólum fyrir þýðingu og yfirlestur á greininni.