

Allsherjar- og menntamálanefnd
B.t. Kristínar Einarsdóttur nefndarritara
Alþingi

Reykjavík 11. desember 2012

Efni: Umsögn um ákvæði í mannréttindakafla frumvarps til stjórnarskipunarlags um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, þskj. 510, 415. mál.

Á fundi allsherjar- og menntamálanefndar föstudaginn 7. desember sl. var óskað eftir því að undirrituð tjáði sig um þær athugasemdir fram hafa komið um þau ákvæði sem nefndin hefur til umfjöllunar. Af því tilefni er eftirfarandi umsögn send nefndinni til staðfestingar og nánari skýringar á því sem fram kom á fundinum. Tekið skal fram að umsögnin felur í sér sjálfstætt mat undirritaðrar á ákvæðunum óháð umboði sérfræðingahópsins sem fékk það verkefni að meta og lagfæra tillögur stjórnlagaráðs frá lagatæknilegu sjónarhorni og í ljósi alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Í henni felast því ýmsar ábendingar um málefni sem voru ekki talin rúmast innan þess umboðs.

Almennt

Það er mat undirritaðrar að *mannréttindakafla frumvarpsins feli í sér veruleg framfaraskref frá mannréttindakafla núgildandi stjórnarskrár þar sem hann er bæði nútímalegri og í betra samræmi við alþjóðlegar mannréttindaskuldbindingar og það sem best gerist í nýlega samþykktum réttindaskrá.*

Tekið er undir þær ábendingar sem fram hafa komið að *til bóta gæti verið að endurskrifa skýringar með mannréttindakaflanum á skýrari og hnitmiðaðri hátt í stað þess verklags sem umboð sérfræðingahópsins kallaði á. Í stað þess að endurspegla skýringar og nálganir stjórnlagaráðs að eins miklu leyti og hægt var og gera sérstaka grein fyrir öllum þeim leiðréttingum og viðbótum sem sérfræðingahópurinn gerði á grundvelli umboðs síns, væri þá hægt að skrifa hefðbundnari skýringar með öllum ákvæðunum. Vinna sérfræðingahópsins myndi eftir sem áður leggja grunn að þeim skýringum, en einfalda mætti verulega og stytta textann þar sem nýmæli eru skýrð. Jafnframt mætti auka nokkuð við skýringar með óbreyttum ákvæðum, en í því efni væri að verulegu leyti unnt að styðjast við skýringar þær með núgildandi ákvæðum sem stjórnlaganefnd lét útbúa til undirbúnings vinnu stjórnlagaráðs.¹ Ekki er þó fallist á þá ábendingu sem fram hefur komið að sérstök nauðsyn sé á auknum tilvísunum til dómaframkvæmdar umfram það sem þegar er að finna í skýringunum, en í þeim er vísað til dóma eftir því sem nauðsynlegt var talið. Til samanburðar má geta þess að einungis er vísað til eins dóms í skýringum með núgildandi mannréttindakafla. Að lokum má nefna að samhliða þessari vinnu gæti farið fram það mat á áhrifum tillagnanna að rannsaka hvaða lögum þyrfti að breyta í kjölfar samþykktar frumvarpsins.*

¹ Skýrsla stjórnlaganefndar 2011, 2. hefti.

Til bóta væri að endurraða ákvæðum mannréttindakaflans þannig að eðlilegra efnislegt samhengi myndist. Í öllum aðalatriðum er tekið undir tillögu sem fram kemur í umsögn Bjargar Thorarensen að nýrri uppröðun efnisákvæða mannréttindakaflans, þ.m.t. tilfærslur efnispáttá á milli 7., 10., 29. og 31. gr. Ekki er þó mælt með því að hafa 33.-37. gr. í sérstökum kafla þar sem þau ákvæði hafa fjölþætt og náin tengsl við ýmis mannréttindi af öllum kynslóðum. Einnig er lagt til að efni 5. gr. verði sameinað 1. mgr. 9. gr. og haft sem fyrsta ákvæði kaflans, en að 2. mgr. 9. gr. verði lokaákvæði hans.

Aðfararorð

Aðfararorð hafa þann tilgang að birta hugmyndafræðilegan grundvöll stjórnarskrárinnar sem endurspeglast síðan í ýmsum ákvæðum hennar. Tilgangur aðfararorða er táknrænn, en þau geta einnig verið til nokkurrar leiðsagnar við túlkun stjórnarskrárinnar.

Orðalagið „Ísland er frjálst og fullvalda réttarríki með frelsi, jafnrétti, lýðræði og mannréttindi að hornsteinum“ vísar til hvoru tveggja í senn, að Ísland sé frjálst og fullvalda ríki og að Ísland sé réttarríki. Þannig er tveimur efnispáttum komið fyrir í knöppum og kjarnyrtum stíl. Ekki verður séð að brýn þörf sé á því að breyta þessu orðalagi. Standi vilji þingsins samt sem áður til þess að gera það er mælt með því að orðalagið verði þá eitthvað á þessa leið:

„Ísland er frjálst og fullvalda ríki. Hornsteinar þess eru réttarríki, frelsi, jafnrétti og mannréttindi.“

Um 5. gr.

Lagt er til að 5. gr. verði sameinuð 1. mgr. 9. gr., sjá nánar hér á eftir.

Um 6. gr.

Ákvæðið er í góðu samræmi við innlenda og alþjóðlega réttarþróun á sviði bannsins við mismunun, þ.m.t. mismununarástæðurnar „arfgerð“ og „búseta“. Samspil 1. og 2. mgr. verður með sama hætti og verið hefur, enda er 2. mgr. óbreytt frá núgildandi ákvæði. Það vekur athygli að stjórnlagaráð hafnaði því að nefna „kynvitund“ sem mismununarástæðu, en að ósekju mætti bæta því við ákvæðið. Mismununarástæðan „stjórnmalatengsl“ er einnig nokkuð sérstök og má búast við því að í réttarframkvæmd muni reynast erfitt að sanna mismunandi meðferð á þeim grundvelli. *Hana mætti að skaðlausu fella niður úr ákvæðinu*, en mismunun á grundvelli „stöðu að öðru leyti“ næði yfir þau tilvik sem stjórnlagaráð hafði í huga í þessu sambandi.

Um 8. gr.

Hin ýmsu réttindi sem kveðið er á um í mannréttindakaflanum eru orðuð með mismunandi hætti eftir því a) hvort áherslan er á neikvæðar skyldur, b) hvort lögð er jafnframt áhersla á jákvæðar skyldur eða c) hvort lögð er áhersla á að réttindin séu frekar stefnuyfirlýsingar sem sæta innleiðingu í áföngum (sbr. nánar bls. 47 í skýringum með frumvarpinu). Ákvæði 8. gr. er orðað þannig að öllum „skuli tryggður“ réttur til að lifa með reisn, sem vísar til b) liðar hér að framan. Það er ekki allskostar rétt nálgun á ákvæðið sem vísar einkum til neikvæðra skyldna, en sérfræðingahópnum yfirsást að lagfæra þetta atriði við yfirferð sína yfir tillögur stjórnlagaráðs. Er því lagt til að ákvæðið verði umorðað þannig:

„Allir hafa rétt til að lifa með reisn. Marbreytileiki mannlífsins skal virtur í hvívetna.“

Um 1. mgr. 9. gr.

Lagt er til að 5. gr. og 1. mgr. 9. gr. verði sameinaðar og efni þeirra samræmt og einfaldað. Til viðbótar við þau almennt viðurkenndu óbeinu einkaréttaráhrif að túlka beri íslensk lög til samræmis við mannréttindaákvæði fela tillögur og skýringar stjórnlagaráðs í sér að veita skuli mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar óbein einkaréttaráhrif í anda þjóðaréttar (sbr. Mannréttindasáttmála Evrópu) sem leiða til þess að stefna má ríkinu til greiðslu bóta fyrir að hafa ekki tryggt með lögum eða öðrum aðgerðum að einkaaðilar brjóti ekki mannréttindi hver á öðrum. Þá fela þær í sér ráðagerð um bein einkaréttaráhrif þar sem einkaaðilar geti í ákveðnum tilvikum í skiptum sínum innbyrðis borið fyrir sig mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar. Gætu slík bein einkaréttaráhrif m.a. falið í sér möguleika einkaaðila á að stefna öðrum einkaaðila til greiðslu bóta á grundvelli stjórnarskrárinnar vegna mannréttindabrota. Sú mynd af einkaréttaráhrifum sem birtist í tillögum stjórnlagaráðs er óþarflega flókin þar sem hún býður upp á tvær leiðir, eða tvöfalda réttarvernd, þegar um er að ræða þá aðstöðu að einkaaðili brjóti mannréttindi á öðrum einkaaðila án þess að kveðið sé á um afleiðingar þess í almennum lögum. Lagt er til að þessi mynd verði einfölduð þannig að í 1. másl. sameinaðs ákvæðis verði kveðið á um að stjórnvöldum beri að virða og tryggja mannréttindi og dómstólum að framfylgja þeim. Í því felst þá a) *óbreytt ákvæði um gildissvið mannréttindaverndar*, b) *krafan um túlkun laga til samræmis við mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar* og c) *árétting á neikvæðum og jákvæðum skyldum stjórnvalda*, þ.m.t. hinni jákvæðu skyldu stjórnvalda að vernda almenning gegn mannréttindabrotum af hálfu einkaaðila með því að setja lög og grípa til viðeigandi réttargæsluúrræða. Aftur á móti væri rétt að taka fram í skýringum eða nefndaráli að í slíku ákvæði fælist ekki sérstök ráðagerð um óbein einkaréttaráhrif í þeim skilningi að unnt væri að stefna ríkinu í sjálfstæðu máli á þeim grundvelli að hafa ekki veitt nægilega góða réttarvernd. Í stað þeirrar leiðar væri látið nægja að kveða á um *bein einkaréttaráhrif* í 2. másl., sem er hin hefðbundnari leið landsréttar í þessum tilvikum. Sú leið á sér samsvörun í landsrétti t.d. Írlands, Spánnar, Ítalíu og Frakklands (í Frakklandi þó aðeins hvað varðar Mannréttindasáttmála Evrópu)² auk Suður-Afríku³ og fleiri ríkja.⁴ Mikilvægt er jafnframt að leggja áfram áherslu á það að líkt og í flestum þessara ríkja koma hin beinu einkaréttaráhrif einungis til greina í þeim undantekningartilvikum þegar almenn lög hafa ekki útfært vernd mannréttinda í skiptum einkaaðila innbyrðis og réttindin eru þess eðlis að geta átt við í málinu. Það skal loks tekið fram að vegna þess að hin beinu einkaréttaráhrif eru hugsuð sem takmörkuð við þau undantekningartilvik þegar eyður eru í almennti löggjöf *fellur mat á áhrifum mannréttindakaflans í heild, með því að rannsaka hvaða lögum þyrfti að breyta í kjölfar samþykktar frumvarpsins, að verulegu leyti saman við mat á áhrifum beinna einkaréttaráhrifa*. Það leiðir af því að verði almennum lögum breytt til samræmis við mannréttindakaflann eins og efni standa til í kjölfar samþykktar frumvarpsins má ganga út frá því að eyður í löggjöf verði í lágmarki. Þannig verður tryggt að hin beinu einkaréttaráhrif hafi ekki ríkari áhrif en þeim er ætlað að hafa sem öryggisnets sem ná einungis til undantekningartilvika. Lagt er til að sameinuð hljóði ákvæðin svo:

„Stjórnvöldum ber að virða og tryggja mannréttindi og dómstólum að framfylgja þeim. Einkaaðilar skulu, eftir því sem við á, virða mannréttindi annarra.“

² Dawn Oliver, „Human Rights and the Private Sphere“ *UCL Human Rights Review* (2008), bls. 8, á bls. 11.

³ Stephen Gardbaum, „The “Horizontal Effect“ of Constitutional Rights“ *Michigan Law Review* (2003), bls. 387, á bls. 397.

⁴ Michek Rosenfeld og Andrés Sajó (ritstj.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press 2010) bls. 180.

Um 2. mgr. 9. gr.

Lagt er til að 2. mgr. 9. gr. verði gerð að sérstöku ákvæði sem verði fært aftast í mannréttindakaflann. *Ekki er fallist á að þörf sé á að breyta ákvæðinu, eða öðrum ákvæðum frumvarpsins, vegna þess að í takmörkunarheimild 2. mgr. 9. gr. skorti tilvísun til nauðsynjar skerðingar mannréttinda.* Nauðsyn skerðingar er hugtaksatriði í meðalhófsreglunni sem kveðið er á um í 2. másl. ákvæðisins, þ.e. skerðing telst aldrei vera í meðalhófi nema hún sé bæði nauðsynleg og gangi ekki lengra en þarf til að ná markmiðum sínum.⁵ Þetta er einnig áréttað í skýringum með ákvæðinu þar sem fram kemur að tilvísunin til almannahagsmuna eða réttinda annarra feli það í sér að takmörkunin sem um ræðir þurfi að vera „raunverulega nauðsynleg“ til verndar mikilvægum almannahagsmunum eða réttindum annarra (bls. 61). Vilji þingið samt sem áður áréttta skilyrðið um að skerðingar réttinda þurfi ávallt að vera nauðsynlegar mætti gera það með eftirfarandi orðalagi:

„Mannréttindi tryggð með stjórnarskrá þessari má því aðeins skerða að það sé gert með lagaheimild og sé nauðsynlegt í þágu almannahagsmuna eða til verndar réttindum annarra svo sem samræmist lýðræðishefðum. Gæta skal meðalhófs og þess að ekki sé með takmörkuninni vegið að kjarna þeirra réttinda sem um ræðir. Réttindi samkvæmt 7. gr., 1. másl. 8. gr., 27. gr., 2. og 3. mgr. 28. gr., 29. gr. og 30. gr. má þó aldrei skerða á grundvelli þessa ákvæðis.“

Þá skal tekið fram að það er misskilningur sem fram hefur komið að ástæða sé til þess að ætla að ákvæðið feli í sér að lakari réttarvernd en í núgildandi mannréttindakafla. Þvert á móti gerir það almennt mun ítarlegri og skýrari kröfur til skerðinga mannréttinda en verið hefur, en í þeim fáu tilvikum sem núgildandi mannréttindakafla og/eða tillögur stjórnlagaráðs voru taldar fela í sér strangari kröfur en leiða má af Mannréttindasáttmála Evrópu og 2. mgr. 9. gr. var þeim ákvæðum haldið inni óbreyttum. Gerð er ítarleg grein fyrir þessu í skýringum með 2. mgr. 9. gr. og einstökum efnisákvæðum frumvarpsins. Einnig er bent er á að í skýringum með ákvæðinu er frá því greint hvernig skilja ber tilvísunina til „kjarna“ réttinda, en þar er tekið fram að ákvæðið heimili ekki að gengið sé „svo nærri kjarna viðkomandi réttinda að þau væru í raun að engu gerð.“ (bls. 61). Þessi nálgun á hugtakið „kjarna“ réttinda á sér skýra samsvörun í réttarframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu⁶ og endurspeglast einnig í skýringum með nýlegum norskum tillögum til stjórnarskrárbreytinga.⁷ Þá mun það ekki leiða til breytinga á núgildandi framkvæmd þótt ekki sé vísað til „sérstakrar“ lagaheimildar í texta ákvæðisins sjálfs, en í skýringum er ítarleg grein gerð fyrir því hvaða kröfur verða gerðar til lagaheimildarinnar (bls. 61).

Um 10. gr.

Best færi á því að sameina 10. gr. með 29. gr. Verndarþættir beggja eru mjög samtvinnaðir. Vegna athugasemda við skýringar með 10. gr. er þó tekið fram að eðli málsins samkvæmt ná bæði 8. og 29. gr. frumvarpsins yfir rétt manna sem sviptir hafa verið frelsi sínu til meðferðar sem er mannúðleg og virðir mannlega reisn þeirra, sbr. 10. gr. alþjóðasamnings um borgarleg og stjórnmalaleg réttindi.

⁵ T.d. Ahron Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge University Press 2012), bls. 3.

⁶ T.d. Dómur MDE *Sigurður Sigurjónsson g. Íslandi*, 30.06.1993, mgr. 37.

⁷ *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettigetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, 19. desember 2011 (<http://www.stortinget.no/Global/pdf/Dokumentserien/2011-2012/dok16-201112.pdf>), bls. 73.

Ákvæði 10. gr. frumvarpsins nær aftur á móti yfir þau form ofbeldis sem ekki ná því alvarleikastigi, hvort sem það beinist að konum, börnum, frelsissviptum eða öðrum (sbr. bls. 64 í skýringum). Með sameiningu 10 og 29. gr. mætti einfalda skýringar með ákvæðunum nokkuð.

Um 11. gr.

Óumdeilt er að ákvæði 11. gr. nær yfir vernd persónuupplýsinga og því ekki brýn nauðsyn á viðbótum við það ákvæði. Þó gæti verið til bóta að geta sérstaklega um vernd persónuupplýsinga í ákvæðinu, líkt og Björg Thorarensen gerir tillögu um, en í því væri fólgið ágætis mótvægi við ítarleg ákvæði um tjáningarfrelsi, upplýsingarétt og frelsi fjölmiðla í 14-16. gr. frumvarpsins.

Um 18. gr.

Vegna athugasemda um óljóst inntak ákvæðisins er bent á að í skýringum er afdráttarlaust tekið fram að veita ber „trúfélögum og lífsskoðanafélögum og iðkun trúar og lífsskoðunar sambærilega vernd.“ (bls. 85). Það felst aftur á móti eðli málsins samkvæmt í 19. gr. frumvarpsins að veita má þjóðkirkjunni sérstakan stuðning umfram önnur trúar- og lífsskoðanafélög. Þá er í skýringum ítarlega greint frá því hvað átt er við með „lífsskoðunum“ (bls. 84) en lífsskoðanafélög verða skilgreind eftir sama mælikvarða.

Um 19. gr.

Meðlimum sérfræðingahópsins hefur borist ábending þess efnis að tilvísun til allra kosningabærra manna „í landinu“ sé úrelt og geti útilokað fjölda erlendis búsettra frá því að neyta kosningaréttar um breytingu á kirkjuskipan. Er því lagt til að 3. mgr. 19. gr. sé umorðuð þannig:

„Nú samþykkir Alþingi breytingu á kirkjuskipun ríkisins skv. 2. mgr. og skal þá leggja það mál undir atkvæði allra kosningarbærra manna til samþykktar eða synjunar. Atkvæðagreiðslan skal vera leynileg.“

Um 20. gr.

Vegna athugasemda Alþýðusambands Íslands við 20. gr. er rétt að taka fram að sú aðstaða að einstaklingur þurfi, gegn vilja sínum og sannfæringu, að vera í eða greiða til tilekins stéttarfélags til þess að fá vinnu eða halda vinnu er talin geta brotið gegn hinu svokallaða neikvæða félagafrelsi. Á meðal fræðimanna á Íslandi er óumdeilt að svo geti verið þar sem dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í málinu Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku frá 11. janúar 2006 feli það í sér aðgreiningin á milli aðildarskylduákvæða og forgangsréttarákvæða kjarasamninga hafi ekki þýðingu lengur þegar slík mál eru metin á grundvelli 11. gr. Mannréttindasáttmálans.⁸ Þennan skilning má enda skýrt leiða af dóminum, en dómstóllinn nefnir m.a. fyrirkomulagið í Danmörku og á Íslandi sem dæmi um þau örfáu lönd sem árið 2006 leyfðu enn aðildarþvinganir að stéttarfélögum sem skapa hættu fyrir starfsöryggi launþega.⁹ Þá hefur það verið afstaða eftirlitsnefndar með Félagsmálasáttmála Evrópu um langt árabíl að fyrirkomulagið á Íslandi brjóti í bága við 5. gr.

⁸ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008), bls. 417-419; Elín Blöndal: „Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku og áhrif hans“, *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2006, bls. 131-146 og Elín Blöndal: „The Sørensen and Rasmussen v. Denmark Judgment by the European Court of Human Rights: Implications for Iceland“, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, 3. hefti 2006, bls. 206-216.

⁹ Dómur MDE, *Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku*, 11. janúar 2006, mgr. 70.

sáttmálans um félagafrelsi, en í skýrslu nefndarinnar um Ísland árið 2010 sagði: „The Committee considers that such priority clauses constitute a serious interference with the right not to join trade unions as non-unionised workers find themselves in a clearly disadvantageous position on the labour market compared to workers belonging to trade unions having negotiated priority clauses for their members. [...] In the meantime, and given the current state of legislation and case law as described in the report, the Committee still cannot consider the situation to be in conformity with Article 5 by reason of the existence of such priority clauses.“¹⁰

Af öllum ofangreindum heimildum leiðir að við mat á því hvort forgangsréttarákvæði standist félagafrelsisákvæði skiptir ekki máli hvað viðkomandi aðildarþvingun er kölluð (útilokunarsamningar/aðildaskylda/forgangsréttur) heldur hvaða áhrif hún hefur á launþega. Þótt vinnuveitanda sem gert hefur forgangsréttarákvæði sé heimilt að ráða ófélagsbundna í þeim tilvikum þegar engir hæfir félagsbundnir starfsmenn bjóðast, er ljóst að öðrum tilvikum getur forgangsréttur félagsbundinna leitt til útilokunar ófélagsbundinna frá tilteknum störfum. Jafnframt er ljóst að líkt og í Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku breytir það engu í þessu sambandi að viðkomandi einstaklingi bjóðist að ganga í félag sem gert hefur samning um forgangsrétt, því vilji hann ekki ganga í félagið ber að virða þann vilja einstaklingsins. Auk þessa hefur Félagsdómur túlkað forgangsréttarákvæði svo að „þau nái ekki tilgangi sínum“ leiði þau ekki til þess að félagsbundnir starfsmenn sitji fyrir um að halda vinnu sinni þegar fækka þarf starfsmönnum.¹¹

Sýn Félagsdóms og almennra dómstóla á Íslandi á það hvernig meta beri forgangsréttarákvæði kjarasamninga í ljósi félagafrelsisákvæðis 74. gr. stjórnarskrárinnar og 11. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu virðist ekki hin sama. Félagsdómur hefur, þrátt fyrir dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Sørensen og Rasmussen gegn Danmörku, haldið fast við þá túlkun að forgangsréttarákvæðin standist og vísað því til stuðnings til þess sem fram kom í skýringum við endurskoðun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995 að ekki stæði til að „hrófla við núverandi réttarstöðu á vinnumarkaði að því er varðar forgangsréttarákvæði.“¹² Almennir dómstólar virðast aftur á móti, réttilega, leggja sambærilegt mat á forgangsréttarákvæði kjarasamninga og leiða má af réttarframkvæmd á grundvelli Mannréttindasáttmála og Félagsmálasáttmála Evrópu. Þannig virðast þeir t.d. meta það svo að sú afleiðing forgangsréttarákvæða að félagsbundnir skuli sitja fyrir um að halda vinnu sinni við fækkun starfsmanna brjóti í bága við núgildandi félagafrelsisákvæði stjórnarskrárinnar. Má leiða það af dómum Hæstaréttar 2004:640 og 2004:656. Í málunum leiddu *res judicata* áhrif Félagsdóms í máli nr. 2/2002 reyndar til þess að félagsbundnum starfsmönnum voru dæmdar bætur vegna ólögmatrar uppsagnar. Aftur á móti var í dómum Hæstaréttar fallist á það með héraðsdómara að ekki væru skilyrði til greiðslu miskabóta, en þegar héraðsdómur hafnaði bótakröfum í málinu var byggt á því að: „ef vinnuveitandi lætur félagsaðild skipta sköpum þegar til uppsagna kemur, þannig að félagsmönnum í tilteknu stéttarfélagi sé skipulega hlíft við uppsögnum á kostnað annarra starfsmanna feli það í sér svo alvarlega íhlutun í frelsi manna til að velja sér stéttarfélag eða vera utan þeirra að jafngildi þvingun til aðildar að viðkomandi stéttarfélagi. Telja verður slíka framkvæmd á forgagnsréttarákvæði kjarasamnings ósamrýmanlega 4. gr. laga nr.

¹⁰ European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-3 (2010) (ICELAND), bls. 10.

¹¹ Sjá dóm Félagsdóms í máli nr. 2/2002 (Bifreiðastjórafélagið Sleipnir gegn Samtökum atvinnulífsins f.h. Samtaka ferðabjónustunnar vegna Kynnisferða).

¹² Alþt. A 1994-1995, bls. 3886. Sjá dóm Félagsdóms í máli nr. 9/2006 (Flugvirkjafélag Íslands gegn Samtökum atvinnulífsins f.h. Samtaka ferðabjónustunnar vegna Flugfélagsins Atlanta ehf.).

80/1938 og 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar.“ *Ótækt væri virða þá réttarþróun sem hér hefur verið lýst að vettugi við endurskoðun mannréttindakaflans.*

Athugasemdir sem fram hafa komið þess efnis að það orðalag að öllum „skuli tryggður“ réttur til að mynda félög feli í sér þrengingu eða veikingu félagafrelsisins eru byggðar á misskilningi. Líkt og fjallað er um í skýringum með frumvarpinu felur þetta orðalag þvert á móti í sér að vísað er bæði til neikvæðra og jákvæðra skyldna (sjá bls. 47). Þessi nálgun á mismunandi orðalag ákvæða, sem vissulega felur í sér breytingu frá núgildandi stjórnarskrá, er í takt við áherslu stjórnlagaráðs á jákvæðar skyldur ríkisins þegar við á og á sér t.d. samsvörun í nýlegum stjórnarskrám Finnlands og Sviss (metið út frá enskum þýðingum þeirra og samanburði á ákvæðum sem orðuð eru með neikvæðum og jákvæðum hætti).

Um 21. gr.

Óþarfi er að gera greinarmun á útifundum og öðrum fundum, einkafundum og almennum samkomum. Líkt og í núgildandi ákvæði verða heimildir til skerðinga á fundafrelsinu á grundvelli 2. mgr. 9. gr. eðli málsins samkvæmt ríkari þegar um er að ræða útifundi og almennar samkomur. Orðalag 21. gr., m.a. að menn hafi rétt á að safnast saman „án leyfis“, á sér t.d. fyrirmyndir í finnsku og þýsku stjórnarskránum og lýsir meginreglu fundafrelsis á mun nútímalegri hátt en núgildandi ákvæði. Á grundvelli 2. mgr. 9. gr. frumvarpsins má þó skerða fundafrelsið og krefjast sérstaks leyfis og/eða tryggja lögregluviðveru. Líkt og endranær í frumvarpinu er þó áskilið að til þess liggi skýr lagaheimild og að takmörkunin sé „raunverulega nauðsynleg“ í þágu t.d. allsherjarreglu eða almannaöryggis í tengslum við umferðaröryggi, rýmingarleiðir o.þ.h.

Vegna athugasemdar við orðalagið að öllum „skuli tryggður“ réttur til fundafrelsis vísast til umfjöllunar um sambærilegt orðalag í athugasemdum við 20. gr.

Um 24. gr.

Vegna ábendinga um að óljóst sé til hvaða menntunarstiga 3. mgr. 24. gr. nái er bent á þau ummæli í skýringum að ákvæðinu sé „einkum beint að grunnskóla- og framhaldsskólastigunum“ (bls. 99). *Til að árétta að á hverju skólastigi er háð mati hverju sinni að hve miklu leyti er fjallað um þá efnisþætti sem taldir eru í ákvæðinu, er lagt til að það hljóði svo:*

„Menntun skal *m.a.* miða að alhliða þroska hvers og eins, gagnrýninni hugsun og vitund um mannréttindi, lýðræðisleg réttindi og skyldur.“

Varðandi 4. mgr. 24. gr. og tilvísanir til þess að hún endurspegli ekki nægilega vel efni 14. gr. samnings Sp um réttindi barnsins skal tekið fram að hið tilvitanaða ákvæði barnasáttmálans fjallar um trúfrelsi barna, en ekki rétt til menntunar, og því er þarna verið að blanda saman réttindum sem vissulega eru náskyld en er þó af ákveðnum ástæðum almennt haldið aðskildum í mannréttindasáttmálum. Trúfrelsi barna er verndað af 18. gr. frumvarpsins, en börn njóta eðli málsins samkvæmt almennt þeirra réttinda sem stjórnarskráin veitir. Trúfrelsisákvæðið, ákvæðið um rétt barna í 12. gr. frumvarpsins og ákvæðið um réttinn til menntunar geta síðan allar spilað saman með ýmsum hætti. Rétt er að árétta að réttur foreldra til að ákveða að undanþiggja börn sín þeim þáttum í starfsemi menntakerfisins sem falið geta í sér hugmyndafræðilega innrætingu er í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum skilgreindur sem réttur foreldra en ekki barns. Er það vegna

bakgrunns og sögu ákvæðisins sem tengist vernd minnihlutahópa og möguleikum þeirra á að viðhalda tilvist sinni og sjálfsmynd. Þá er í þjóðaréttinum litið á réttinn sem rétt fjölskyldunnar sem slíkrar, enda mótar barn ekki sjálfsmynd sína óháð fjölskyldu sinni. Ákvæði 14. gr. barnasáttmála Sp um trúfrelsi barna er einmitt eina ákvæði hans sem áréttar sérstaklega rétt og skyldu foreldra til að veita barni leiðsögn að þessu leyti og gefur það sterka vísbendingu um mikilvægi fjölskyldunnar og samfélagsins sem barnið tilheyrir að þessu leyti.¹³ Samkvæmt vínarsáttmálanum um þjóðréttarsamninga skal túlka alþjóðlega mannréttindasáttmála þannig að þeir stangist ekki á hvor við annan.¹⁴ Þrátt fyrir leit að heimildum og vísbendingum úr réttarframkvæmd var ekki hægt að finna að nokkuð væri fram komið í þjóðaréttinum sem gæfi tilefni til að álykta að tilvist 14. gr. barnasáttmála Sp hefði á einhvern hátt raskað grundvallareðli réttarins til menntunar í Mannréttindasáttmála Evrópu og alþjóðsamningi um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, en þann rétt ber þó að túlka í ljósi hins síðar til komna ákvæðis. Barnið nýtur samkvæmt því trúar- og sannfæringarfrelsis, og komi til þess að vilji barns og foreldra stangist á í tengslum við menntun barnsins þarf einfaldlega að leysa með viðteknum aðferðum úr þeim árekstri réttinda sem af því hlytist. Í því efni bæri einnig að líta til 12. gr. frumvarpsins um að taka skuli réttmætt tillit til skoðana barnsins í samræmi við aldur þess og þroska. Loks skal áréttað að í ljósi þess markmiðs 4. mgr. 24. gr. að koma í veg fyrir *innrætingu* barna af hálfu hins opinbera skólakerfis myndi það orka mjög tvímælis að setja barnið of ákveðið í þá stöðu að ákveða sjálft á ungum aldri varðandi þátttöku í trúarlegum eða hugmyndafræðilegum athöfnum innan skólakerfisins, þar sem ákveðin hættu er á því að barnið vilji ekki skera sig úr. Niðurstaða alþjóðlegra mannréttindasáttmála er sú að ekki sé farsælt að setja vilja barnsins eða rétt barnsins of ákveðið í öndvegi framar vilja foreldra þess í þessum tilvikum, en það gæti gefið tilefni til *óþarfrar togstreitu* á milli fjölskyldunnar og hins opinbera skólakerfis á þessu viðkvæma málefnaviði. Virðist hefðbundin nálgun mannréttindaverndar mun frekar bjóða upp á farsælt jafnvægi á milli þeirra hagsmuna sem hér eru í húfi með því að vernda a) trúfrelsi barns b) rétt þess til menntunar sem miði að alhliða þroska, gagnrýninni hugsun og vitund um mannréttindi, lýðræðisleg réttindi og skyldur, c) rétt foreldra til að ákveða menntun þess þannig að barninu verði ekki innrætt ákveðin hugmyndafræði í andstöðu við trúar- og lífsskoðanir þeirra ásamt því að gera d) kröfu um að síaukið mið sé tekið af vilja barnsins í þessu efni eftir því sem það eldist og þroskast. *Ekki er mælt með því að gerðar verði breytingar á ákvæði 4. mgr. 24. gr., en vandasamt væri að sjóða öll þessi réttindi saman í eina málsgrein með viðunandi hætti án þess að ákveðnir efnisþættir þeirra væru annað hvort tvíteknir í mannréttindakafnanum eða féllu niður. Í ljósi þeirrar umræðu sem um þetta atriði hefur skapast í meðförum þingsins á frumvarpinu væri aftur á móti til bóta að fjalla um þessi álitafni í skýringum eða nefndarálitum.*

Um 26. gr.

Bent er á að í skýringum með 2. másl. 3. mgr. 26. gr. kemur fram að 29. gr. frumvarpsins feli það í sér að óheimilt sé að vísa brott, endursenda eða framselja mann til ríkis þar sem hættu er á að hann sæti dauðarefsingu, pyndingum eða annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Skipti þá ekki máli hvort viðkomandi sé flóttamaður, hælisleitandi eða útlendingur með aðra stöðu (bls. 103). Er það í samræmi við hefðbundna skýringu bannsins við pyndingum og annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Ákvæði 26. fjallar því ekki um það viðfangsefni, en sá

¹³ Anat Scolincov, „The Child’s Right to Religious Freedom and Formation of Identity“ *International Journal of Children’s Rights* (2007), bls. 1, á bls. 2.

¹⁴ T.d. Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (Oxford University Press 2008), bls. 367.

misskilningur virðist koma fram í athugasemdum sem fram hafa komið um ákvæðið. Inntak þessa ákvæðis er bundið við það að flóttamenn og hælisleitendur í þessari stöðu eigi rétt á réttlátri málsmeðferð á stjórnáslustigi, en auk þess tryggir það skilyrðislausan kærurétt og rétt til þess að slík kæra eða málsmeðferð fyrir dómi fresti framkvæmd brottvísunar og endursendingar hælisleitenda og flóttamanna.

Þrátt fyrir ofangreint er tekið er undir það sjónarmið sem fram kemur í athugasemdum Bjargar Thorarensen að *til aukins skýrleika væri að fella niður ákvæði 2. másl. 3. mgr. 26. gr. og bæta þess í stað við nýrri 4. mgr. 26. gr. sem tæki með almennari hætti á þessum málum en stjórnlagaráð lagði til.* Væri það gert mætti einfalda skýringar með ákvæðinu verulega. Mikilvægt væri að taka eftir sem áður fram í skýringunum að í 2. másl. nýs ákvæðis felist a) *að virða beri meginreglur stjórnásluréttar um vandaða málsmeðferð í slíkum málum,* b) *að kæra stjórnvaldsákvörðunar í þessum málum fresti framkvæmd þeirra* og c) *að ákvæðið feli í sér þá efnislegu sérreglu gagnvart 3. mgr. 100. gr. frumvarpsins að sé lögmæti slíkra stjórnásluákvæðana borið undir dóm fresti það framkvæmd þeirra.* Jafnframt þyrfti að fjalla um skilyrðið *um málsmeðferð innan hæfilegs tíma* og geta um *samspil ákvæðisins við 28. gr. frumvarpsins* með sama hætti og gert er í skýringunum (bls. 104). Lagt er til að ný 4. mgr. 26. gr. hljóði svo:

„Óheimilt er að vísa brott, endursenda eða framselja útlending til ríkis þar sem hann er í hættu á að sæta dauðarefsingu, pyndingum eða annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Tryggja skal réttláta málsmeðferð innan hæfilegs tíma í slíkum málum.“

Um 28. gr.

Varðandi athugasemdar um meinta óvissu um heimildir til að loka þinghöldum er bent á að í skýringum er fjallað ítarlega um þau sjónarmið sem réttlætt geta lokun þinghalda (bls. 108).

Tekið er undir ábendingar Bjargar Thorarensen um skýrara orðalag 3. mgr. 28. gr. Þó er ekki fallist á að rétt sé að fella orðalagið „endanlegri úrlausn samkvæmt lögum“ niður og setja orðið „dómi“ í staðinn þar sem það myndi ekki endurspeglja það gildissvið ákvæðisins að taka ekki einungis til dóma heldur einnig til álagningar refsikenndra viðurlaga með endanlegri stjórnvaldsákvörðun. Líkt og fram kemur í skýringum verður ákvæðið túlkað til samræmis við 4. gr. 7. viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu (bls. 108). Vegna ábendingar um álitaefti tengd því hvort hefja megi lögreglurannsókn að nýju, hafi rannsókn áður verið lokið án þess að ákæra væri gefin út, er bent á að samkvæmt ákvæðinu mætti í öllu falli heimila með lögum endurupptöku rannsóknar ef nýjar eða nýupplýstar staðreyndir koma fram eða ef alvarlegir ágallar hafa verið á málsmeðferðinni áður (sjá skýringar bls. 109). Lagt er til að ákvæðið hljóði svo:

„Enginn skal sæta málsmeðferð eða refsingu að nýju fyrir sama brot innan lögsögu ríkisins og hann hefur þegar verið sakfelldur fyrir eða sýknaður af með endanlegri úrlausn samkvæmt lögum. Endurupptaka mála er þó heimil í samræmi við lög.“

Um 29. gr.

Mælst er gegn því að fyrirsögn ákvæðisins verði breytt úr „bann við ómannúðlegri meðferð“ í „bann við pyndingum“ þar sem síðarnefnda hugtakið er þrengra. Með öðrum orðum eru pyndingar (e. torture) meðferð sem allaf er ómannúðleg (e. inhuman), en ýmis form ómannúðlegrar meðferðar ná

aftur á móti ekki alvarleikastigi pyndinga. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur t.d. skilgreint hugtakið pyndingar þannig að þær séu „deliberal inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.“¹⁵

Um 30. gr.

Mælt er gegn því að fyrirsögn ákvæðisins verði breytt úr „bann við afturvirkni refsíákvæða“ í „engin refsing án lagaheimildar.“ Rétt er að fyrirsögn sambærilegs ákvæðis í Mannréttindasáttmála Evrópu er „no punishment without law“ en efnisinntaki hennar er í raun betur lýst með tilvísun til banns við afturvirkni refsíákvæða þar sem hið minna felst í hinu meira. Því er gjarnan vísað til banns við afturvirkni refsíákvæða í umfjöllun um ákvæðið.¹⁶

Um 32. gr.

Komið hafa fram ábendingar um að óljóst sé hvort 32. gr. megi jafna til sérstakrar eignarnámsheimildar þegar um er að ræða efnisleg verðmæti sem falla undir hugtakið dýrmætar þjóðareignir. Einnig hefur verið bent á að hugtakanotkun í nággun stjórnlagaráðs sé nokkuð óljós. Sérfræðingahópnum vannst ekki mikill tími til yfirlegu yfir 32. gr. frumvarpsins og því er hér tekið undir það að skýra þurfi betur hvernig fara skuli með menningarverðmæti, svo sem fornhandrit, sem lúta einkaeignarrétti. *Því er hér lögð til nokkuð breytt hugtakanotkun og skýrari aðgreining í ákvæðinu sjálfu á milli hinna dýrmætu þjóðareigna sem lúta handhöfn stjórnvalda, s.s. safngripa, þeirra forngripa sem finnast og gjafa til íslensku þjóðarinnar, og menningarminja sem lúta einkaeignarrétti.* Myndi 32. gr. þá líkjast 34. gr. meira að uppbyggingu. Eftirfarandi er tillaga að nýju orðalagi ákvæðisins. Í 1. másl. 1. mgr. væri þá kveðið á um þjóðareign á dýrmætum menningarminjum sem ekki eru háðar einkaeignarrétti. Í 2. másl. 1. mgr. væru hinar skilgreindu hömlur þjóðareignarhugtaksins lagðar á stjórnvöld í meðferð þeirra á þessum menningarminjum. Í 2. mgr. væri aftur á móti tekið fram að kveðið skuli á um vernd menningarminja í lögum. Slík lög tækju þá á öllum menningarminjum, þ.m.t. þeim sem ekki teljast til þjóðareignar og lúta einkaeignarrétti. Hinar skilgreindu hömlur þjóðareignarhugtaksins myndu þá ekki eiga við um þær, þannig að eigendur t.d. fornhandrita gætu eftir sem áður selt þau o.s.frv. Aftur á móti fæli 2. mgr. í sér stjórnarskrárbundna heimild til þess að leggja ýmsar almennar takmarkanir á eignarráð að menningarminjum, svo sem friðlýsingu í ætt við V. kafla laga nr. 80/2012 um menningarminjar, eða kvaðir á sölu eða flutning fornhandrita og annarra menningarminja úr landi, sbr. XI kafla sömu laga:

„Dýrmætar menningarminjar sem ekki eru háðar einkaeignarrétti og heyra til íslenskum menningararfi, svo sem þjóðminjar og fornhandrit, eru sameiginleg og ævarandi eign þjóðarinnar. Þær má hvorki eyðileggja né afhenda til eignar eða varanlegra afnota, selja eða veðsetja.

Kveða skal á um vernd menningarminja í lögum.“

Um 71. gr.

Við lagatæknilega yfirferð yfir frumvarpið var það ekki metið svo að nauðsynlegt væri að færa 71. gr. inn í mannréttindakaflann. Staðsetning þess ákvæðis sem slík myndi ekki breyta neinu efnislega um það að skattlagning er sjálfsgöð og viðurkennd takmörkun á eignarréttindum manna skv. 13. gr. frumvarpsins, en lýtur þó eins og aðrar takmarkanir mannréttinda ákveðnum efnislegum kröfum sem

¹⁵ Dómur MDE í málinu *Írland gegn Bretlandi*, 18. janúar 1978, mgr. 167.

¹⁶ Sjá t.d. D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates of C.M. Buckley, *Harris O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press, 2. útg. 2009) bls. 331 (kaflaheiti 7. kafla).

birtast m.a. í 71. gr. frumvarpsins. *Ákvæðið á þó nána efnislega samstöðu með mannréttinda-
ákvæðum og mætti að óseku færa inn í mannréttindakaflann.*

Virðingarfyllst,

Oddný Mjöll Arnardóttir
prófessor við lagadeild Háskóla Íslands