

Herdís Þorgeirsdóttir*

TOGSTREITA MARKAÐAR OG RÉTTARRÍKIS

1. Inngangur

Við lifum einkennilega tíma, hverju nafni sem þeir nefnast. Spekin og frú Heimska hafa boðið í veislu.¹ Á örskotsstundu gerir tæknin manni kleift að fylgjast með atburðarrás um gervalla veröld, jafnvel að hafa áhrif á hana með einhverjum hætti en þó vart í sama mæli og hugsjónamaðurinn Thomas Paine á sínum tíma.² Hann var þátttakandi og áhrifamaður í tveimur heimsögulegum byltingum á 18. öld með aðgangi að prentvél og freigátu en ferðir hans á milli Frakklands og Norður-Ameríku voru tíðar. Hann sagði í riti sínu *Rights of Man* að hugmyndirnar að baki amerísku og frönsku byltingunum hefðu hrundið stjórnvöldum frá þjóðlegum fordómum í átt að alþjóðlegu samfélagi. Hann var einna fyrstur til að gagnrýna opinberlega í skrifum þrælalald í Bandaríkjunum og einn fremsti talsmaður í baráttunni fyrir sjálfstæði amerísku nýlendnanna frá bresku krúnunni og fyrir stofnun Bandaríkjanna. Paine var álitinn einn helsti róttæklingur sinnar samtíðar. Það var ekki fyrr en öld eftir dauða hans að hann fékk viðurkenningu fyrir sitt merka framlag. Þáttur hans í að móta sögu Bandaríkjanna og sögu Evrópu er mikill. Hann var andvígur konungsveldi, áleit stjórnvöld illa nauðsyn, barðist fyrir réttindum kvenna og var einn af fyrstu hvatamönnunum að almennu tryggingarkerfi, ókeypis menntun og lægri sköttum. Nokkrum áratugum síðar fjallaði Frakkinn Alexis de Tocqueville um ýmis stjórnskipuleg álitamál í bókinni *Lýðræði í Ameríku*. Hann taldi það ekki nóg að afnema forrétindi valdastéttarinnar eins og gert hafði verið í frönsku byltingunni, peningalegur ójöfnuður væri líka áhyggjuefni fyrir lýðræðið. De Tocqueville dró þá ályktun af skoðun sinni á hinu nýja samfélagi Bandaríkjanna Norður-Ameríu að heimurinn þyrfti ný stjórnvísindi.³ Í þróun ríkja sverfur oft til stáls í þeim jarðvegi sem hreyfiafl samfélagsins sprettur úr og þeirrar stjórnskipunar sem það hvílir á.

John Rawls, höfundur tímamótaritsins *Kenning um Réttlæti* (1971) bendir á í síðustu bók sinni, *The Laws of Peoples* (1999), hvernig yfirfæra megi kenninguna um samfélagssáttmálann yfir á svið þjóðaréttarins⁴ og þá út frá stjórnskipun lýðræðisríkja. Þó eru ýmis teikn á lofti um að brestir séu í grunni þeirra ríkja einmitt nú. Við upphaf 21. aldarinnar eru notuð ýmis hugtök til að lýsa þeim miklu breytingum sem þar eiga sér stað. Þegar hagfræðingar tala um „kapítalíska hnattvæðingu“,⁵ benda bjartsýnir lögfræðingar á sviði stjórnskipunar og þjóðaréttar á samrunaþróun stjórnskipunar í átt að einum „heimsrétti“. Guðmundur Alfredsson prófessor víkur að þróun í átt að „allsherjareineðli á sviði mannréttinda“⁶ með lögleiðingu alþjóðlegra samninga og breytingum á stjórnarskrám til samræmis. Philip Allot fyrrum lagaprófessor við Cambridge-háskóla er svartsýnni í afstöðu sinni til þess ástands sem hann kallar „lýðræðis-kapítalísma“, þar sem hinn Almenni Vilji og Markaðurinn eru komnir í stað Guðs og Konungs; alvitrir og almáttugir og þess umkomnir að stuðla bæði að hinu besta og versta í samfélaginu þar með ójöfnuði í framkvæmd dóms og

© Eigi má afrita á nokkurn hátt texta þessarar greinar án vitundar eða samþykkis höfundar.

* Höfundur þakkar Ragnari Aðalsteinssyni hæstaréttarlögmanni og Dr. Guðmundi Alfredssyni prófessor við lagadeildina í Lundi fyrir að lesa yfir greinina.

¹ Sbr. Orðskviðirnir 9.

² 1737-1809.

³ A. De Tocqueville, *Democracy in America*, vol. I (1835), 1994 Everyman's Library, New York, bls. 7.

⁴ John Rawls, *The Law of People*, 2002 Harvard University Press, bls. 2.

⁵ Jeffrey Sachs, „*Globalization and the Rule of Law*“, fyrirlestur við lagadeild Yale-háskóla, 16. október, 1998.

⁶ Guðmundur Alfredsson, „Tillaga um Mannréttindi í Stjórnarskrá“ í *Afmælisriti Gunnars G. Schram*, bls. 173.

laga.⁷ Allot segir aðeins ein mannréttindi virk um þessar mundir og það sé réttur hinna ríku til að verða ríkari.⁸ Undan rifjum Allot er einnig runnið hugtakið „alþjóðlegt ósamfélag“⁹ en lýðræðishugtakið segir hann geta verið grímu fyrir tálsýn, spillingu, arðrán og úrkynjun.¹⁰ Enn á ný hafi heimurinn þörf fyrir ferska heimspekilega sýn.

Dómara við Stjórnlagadómstól Þýskalands, Brun-Otto Bryde, finnst nærtækara að ræða um heimsborgina (*global megalopolis*) en heimsþorpið (*global village*) sem afleiðingu hnattvæðingar. Sú heimsborg sé orðin til við samvöxt margra borga og sé líkust stórborgarsvæðum í þriðja heiminum: þar sem kyrfileg öryggisgæsla er um hverfi auðmanna þó langt sé frá því að öryggi sé tryggt, þar sem eru enn fremur nokkur millistéttahverfi en aðallega fjöldi fátækrahverfa með tilheyrandi hættusvæðum.¹¹ Owen Fiss, prófessor við lagadeild Yale-háskóla lýsir ástandinu í heiminum við aldamót þannig að þar takist á annars vegar markaðsþjóðfélagið og hins vegar réttarríkið.¹²

Almennt má segja að of miklar væntingar séu bundnar við lýðræðið og að sama skapi séu of litlar kröfur gerðar til réttarríkisins í ljósi þess að lýðræði er ekki markmið í sjálfu sér heldur leið að réttlátara samfélagi. Réttarríkið er oft nefnt víggirðingin á milli þess samfélags, sem flestir kjósa að búa í og hins sem einkennist af valdníðslu. Samlíkingin vekur upp hugrenningar um kenningu Johns Milton um átök lyginnar og sannleikans – leyfum þeim að takast á: veit nokkur til þess að sannleikurinn hafi lotið í lægra haldi í frjálsum og opnum skoðanaskiptum?¹³ spurði Milton á 17. öld.

Hugmyndaheimur nútímans er ekki endilega sprottinn úr frjálsum farvegi en áður. Svigrúm fyrir átök um hin eilífu sannindi eins og frelsi og réttlæti er afmarkað af kringumstæðum sem eru efnahagslegar og pólitískar. Markaðstorg hugmyndanna er ekki öllum opið og síst þeim sem draga tilvistarforsendur þess í efa. Bæði Hæstiréttur Bandaríkjanna¹⁴ og Mannréttindadómstóll Evrópu¹⁵ hafa þurft að kljást við spurninguna um „fyrirtækja-bæjarfélagið“ og möguleikann á öflugum skoðanaskiptum innan þess. Spurningin snertir forsendur lýðræðisins, þ.e. skoðanaskiptin, sem beinir sjónum að hlutverki stjórnvalda í réttarríki og athafnaskyldu þeirra þegar samþjöppun fjármagns virðist fremur orðin spurning um samfélagslegt vald en eignarétt. Hvar á að draga mörkin á milli einstaklingsréttinda og samfélagslegra hagsmuna þegar þessi þróun hefur átt sér stað. Slík dómsmál varpa skýrara

⁷ Philip Allot, “The Globalization of Philosophy and the Philosophy of Globalization” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 147-148.

⁸ Philip Allot, *The Health of Nations, Society and Law Beyond the State*, 2002 Cambridge University Press, bls. 92.

⁹ P. Allot, *The Health of Nations: Society and Law Beyond the State*, 2002 Cambridge University Press.

¹⁰ P. Allot, *ibid*, bls. 131. Sjá enn fremur: Martti Koskeniemi, “*International Law as a Therapy: Reading the Health of Nations*” í *European Journal of International Law*, Vol. 16, no. 2 (2005).

¹¹ Brun-Otto Bryde, “International Democratic Constitutionalism”, í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005 Brill Martinus Nijhoff, bls. 103.

¹² Þessi átök hafa verið áberandi í mörgum ríkjum Suður-Ameríku þar sem frjálshyggjan hefur verið allsráðandi undanfarinn áratug og Alþjóðabankinn og Alþjóðagjaldeyrissjóðurinn hafa hvatt stjórnvöld til að mæta þeirri þróun með öflugri lögskipan.

¹³ “*And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so the truth be in the field, we do injuriously, by licensing and prohibiting, to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple: who ever knew Truth put to the worse, in a free and open encounter?*” J. Milton, *Areopagitica* (1644), *Areopagitica and of Education*, Sabine, George H. (ed.) 1951 Harlan Davidson, bls. 50.

¹⁴ *Hague v. Committee for Industrial Organisation*, 307 U.S. (United States: Supreme Court Reports) 496 (1939). *Marsh v. Alabama* (326 U.S. 501, 66 S.Ct. (Supreme Court Reporter) 276, 90 L.Ed. (United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition) 265 (1946)), *Pruneyard Shopping Center v. Robbins*, 447 U.S. 74, 64 L.Ed. 2d 741, 100 S.Ct. 2035 (1980).

¹⁵ *Appelby gegn Bretlandi*, 6. maí, 2003.

ljósi en margt á togstreituna milli markaðssjónarmiða og réttarríkis – hina eilífu togstreitu þeirra sem fara með valdið, áhöldin um lögmæti¹⁶ *de facto* valdhafa og réttar almennings.¹⁷

Í ljósi kringumstæðna nú getur vart talist byltingarkennt að skrifa um þörfina á alþjóðavæðingu réttarríkis, lýðræðis og mannréttinda – máttarstólpa Evrópuráðsins. Á hverju byggja þessi gildi? Hvernig eru þau stödd og hvert stefna þau? Eiga þau raunhæfa möguleika á að komast á leiðarenda? eru þau farvegur fyrir réttlætið? Eða eru þau eins og seglbátar á úthöfum jarðkúlunnar með engin ankeri? Hvernig geta ríki sinnt því hlutverki að standa vörð um grunnréttindi þegar stórfyrirtæki eru orðin alþjóðlegir, pólitískir gerendur hverra eigendur og stjórnendur hafa áhrif langt út fyrir fundarherbergi fyrirtækjanna. Felst svarið í „dómstólavæðingu stjórnmalanna“¹⁸ eða stjórnmalavæðingu laganna, eins og sumir fræðimenn hafa bent á?¹⁹

Hér er leitast við að skoða þessi hugtök almennt og stiklað á stóru varðandi álitamál þeim tengd. Sjónarhornið er á alþjóðleg viðmið, réttarframkvæmd og kenningar fræðimanna í samanburði á stjórnskipun ríkja. Tilgangurinn er að varpa ljósi á það samrunaferli sem á sér stað núna í fræðilegri umfjöllun um stjórnskipun og þá út frá forsendum þeirrar réttarþróunar, sem hefur átt sér stað í Evrópu – sérstaklega á vettvangi Evrópuráðsins, sem spor í þá átt að efla réttarríkið. Spurningin nú snýst öðru fremur um hvernig réttarríkinu reiðir af, oft í ósamhljóða sambýli við markaðinn og hnattvæðinguna. Stefnuarkandi dómaframkvæmd á grundvelli alþjóðlegra mannréttindasáttmála og samanburðarlögfræði í stjórnskipun hefur þjappað hinu lagalega umhverfi saman, enda kallar alþjóðavæðingin á skýra nálgun stjórnvalda í þessum efnum til að efla réttarríkið og algild mannréttindi.

Sú réttarþróun sem er þegar hafin er andsvar við heimsku, í hinum gamla skilningi, þess heimaalna sem er fákunnandi andspænis misvitrum stjórnvöldum og spillingu. Í hnattvæðingu markaðsgilda verður réttarríkið að vera með í för. Réttarríkið er ekki aðeins virki gegn valdníðslu. Mikilvægi þess felst einnig í því að efla skilning valdhafa og fólks almennt á grunnildum réttlætis, sem geyma „skugga hins góða, sem er í vændum, ekki skýra mynd þess.“²⁰

2. Réttarríkið

Hugtakið réttarríki í evrópskum skilningi vísar til réttarkerfa sem byggja á arfleifð Rómarréttar, þar sem stjórnvöldum eru settar skorður í meðferð valds í stjórnlogum.²¹ Áherslan er á meðferð *handhafanna* fremur en yfirburði *laganna*,²² þótt ein af forsendum réttarríkis sé sú að lögin séu bæði valdhöfum og öðrum æðri. Réttarríkið (*Rechtsstaat, Etat de Droit*) er eitt af þremur grunnildum Evrópuráðsins og eru rætur þess hugtaks nokkuð aðrar en bandaríska hugtaksins „*rule of law*“ sem táknar frekar lögfestu eða lögstjórn og verður

¹⁶ Hér er hugtakið lögmæti notað yfir enska hugtakið legitimacy – ekki legality, sbr. athugasemd frá Ragnari Aðalsteinssyni hrl. sem las handrit af greininni yfir.

¹⁷ Sjá t.d. kenningar Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (1996) sem fjallað er um í H.H. Koe og R.C. Sly (ritstj.), *Deliberative Democracy, Human Rights*, 1999 Yale University Press, p. 5.

¹⁸ Sjá kafla 6 hér fyrir neðan um rannsóknir Alec Stone Sweet.

¹⁹ Sjá t.d. umfjöllun Gawin W. Anderson, *Constitutional Rights after Globalization*, 2005, Hart Publishing, bls. 6. Ennfremur R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2004, Cambridge, MA, Harvard University Press.

²⁰ Hebraabréfið 10:1.

²¹ Sbr. ákvæði um valdmörkin í 2. gr. og 60. gr. og ákvæðum um heitvinnu í 10. gr. og 47. gr. íslensku Stjórnarskrárinnar.

²² Sjá einnig: T. Fleiner, “Reflections on Continental European Public Law in the Tradition of Hobbes and Napoleon”, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002, Praeger, bls. 88.

vikið að síðar.²³ Þessi hugtök hafa misjafna merkingu eftir því frá hvaða sjónarhóli þau eru skoðuð og af hverjum. Það má til dæmis spyrja þess hvort hugtakið réttarríki feli í sér siðferðilega réttlætningu fyrir lýðræði? Réttaröryggi, eitt af einkennum réttarríkisins í sígildri merkingu, getur verið í fullu samræmi við stjórnskipun sem byggir hvorki á lýðræði né mannréttindum. Lög í Þýskalandi nasismans um þjóðernislegan hreinleika voru skýr og fyrirjáanleg fyrir þýska gyðinga,²⁴ enda urðu þær hörmungar sem þau leiddu til grundvöllur fyrir þá byltingu sem varð með tilkomu alþjóðlegra mannréttindasamninga og yfirþjóðlegs samstarfs í kjölfar seinni heimsstyrjaldar. Mannréttindin og meginreglan um mannhelgina (sem er t.d. niðurnjörvuð í 1. grein þýsku grunnlaganna²⁵) eru skýr vísbending um að nýr skilningur hefur verið lagður í merkingu réttarríkis sem er óhugsandi nema það byggi einnig á öflugri mannréttindavernd.

Réttarríkið (*Rechtsstaat*) fær því að einhverju leyti nýja merkingu eftir 1945. *Rechtsstaat*, merkir ríki sem byggir á rétti og er skilgreint þannig að það bæti við lögfestuna (réttaröryggið), virðingu fyrir mannréttindum. Jürgen Habermas talar um réttarríki og stjórnskrárfestu í sömu andrænni.²⁶ Til viðbótar þeirri meginreglu að í réttarríki séu menn eingöngu bundnir af reglum sem byggja á formlega settum lögum þá verður til krafan um það að lögin hafi verið sett af lýðræðislega kjörnum stjórnvöldum og þau séu í samræmi við grundvallarmannréttindi.²⁷ Því má segja að sá skilningur sem lagður er í réttarríkið á síðari tímum felist ekki síður í því að tryggja að lög séu sett með lýðræðislegum hætti og að þau endurspegli upplýstan vilja almennings.²⁸ Að ákveðnum formsatriðum slepptum eru væntingarnar, sem bundnar eru við réttarríkið þær að lagasetningin og framkvæmd hennar eigi að þjóna réttlætningu en ekki pólitískum hagsmunum. Þess vegna virðum við lögin, tölum um réttarríki, þar sem allir eru jafnir fyrir lögum; að lýðræði þurfi að efla með lögum og að mannréttindi séu grundvallarþáttur stjórnskipunar.

Skilgreiningin er hins vegar ekki einhlít enda flokkast hún sem gildisvísindi. Annars vegar eru fræðimenn sem telja mikilvægast að greina lögmæti réttarins, þ.e. siðferðilegan grunn með áherslu á *jus* eða náttúruaréttinn og hins vegar þeir sem líta á lögskipan sem hreinan vildarrétt, lög sem hafa verið sett af löggjafanum eða stjórnvaldsfyrirmæli og fordæmisreglur sem stafa frá dómstólum – án þess að tengja réttarríkið um of rúmri skilgreiningu á mannréttindum.²⁹ Í þriðja lagi mætti nefna þá sem fara bil beggja en telja þá að mælikvarði á réttarríki sé „stofnanlegt siðgæði“.³⁰ Öðrum þræði endurspeglar þessi ágreiningur mismunandi afstöðu til hlutverks ríkisvaldsins í stjórnskipuninni og á möguleikum einstaklingsins innan þess ramma og þeirra viðja sem efnahagslegar og félagslegar aðstæður setja honum.³¹

²³ Dr. Guðmundur Alfredsson prófessor við lagadeild Lundarháskóla og forstöðumaður Raoul Wallenberg-mannréttindastofnunarinnar hefur notað orðið „lögfesta“. Sigurður Línal talar um „lögstjórn“. (Um lög og lögfræði, bls. 53).

²⁴ Svokölluð Nürnberg-lög (sjá <http://www.mtsu.edu/~baustin/nurnberg.html> í mars 2006).

²⁵ Grunnlögin (ekki talað um stjórnskrá) frá 23. maí, 1949 með mörgum breytingum síðan.

²⁶ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, þýtt af William Rehg, 1996 The MIT Press, bls. 39.

²⁷ Skilgreining Erik Jurgens, prófessors í stjórnlögum og fyrrum formanns laganefndar Evrópuráðsþingsins v. fyrirsögn frá greinarhöfundum 18. mars, 2006.

²⁸ N. Bobbio, *The Future of Democracy*, 1987 Polity Press, p. 2.

²⁹ Sjá t.d. M. Chanock, “The South African Bill of Rights Debate” í P. Alston (ritstj.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999 Oxford University Press, p. 398.

³⁰ Sjá kenningar Paul Craigh, “Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework”, 1997 *Public Law*, bls. 467.

³¹ Sjá David Dyzenhaus, *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, 1998 Duke University, bls. 4-8.

Réttarríkið, samkvæmt almennt viðtekinni skilgreiningu Diceys, ber með sér grundvallarreglu um að stjórnvöld hagi athöfnum sínum í samræmi við lög,³² að eftirlit þurfi með meðferð opinbers valds. Lögin mega ekki vera afturvirk.³³ Dómstólar eiga að vera sjálfstæðir og valdmörk á milli löggjafar- og framkvæmdavalds verða að vera skýr. Lagasetning um grundvallarreglur verður að eiga upptök hjá þeim, sem kjörnir voru til að fara með lagasetningarvaldið. Þingmenn mega ekki framselja lagasetningarvald sitt til framkvæmdavaldsins eða embættismanna nema í þeim tilfellum þar sem um tæknilegar útfærslur er að ræða.³⁴ Réttarstaða manna skal ráðast af almennum lagareglum, settum af þjóðkjörnum fulltrúum, en ekki tilfallandi ákvörðunum framkvæmdavaldshafa.³⁵ Meginreglan um sérstaka lagaheimild til handa stjórnvöldum er einkum óumdeild, þegar um er að ræða réttarreglur sem á einn eða annan hátt skerða eða takmarka almenn mannréttindi.³⁶

Bandaríska skilgreiningin á réttarríki (*rule of law*), þýðir í raun að lögin séu mönnum æðri (*supremacy of law*) og að dómstólar verði að beita þekktum fordæmum eða reglum, samkvæmt bókstafsskilningi og án alls geðþótta,³⁷ þótt Hæstiréttur Bandaríkjanna hafi í raun túlkað stjórnarskrána mjög vítt.³⁸ Í Bandaríkjunum er sú hefð viðtekin að löggjafarvaldið sæti endurskoðun dómstóla, sem hafa það hlutverk að standa sérstakan vörð um stjórnlögin á þeirri grunnforsendu að allt vald sé takmarkað. Dómarinn styðst við fordæmi til að álykta út frá lögum. Því er talað um aðhald í hinni stefnumarkandi dómaframkvæmd (restrained activism).³⁹ Endurskoðunarvald dómstóla og meginreglan um yfirburði laganna (*supremacy of law*) var staðfest með afgerandi hætti í tímamótadómnum *Marbury gegn Madison* árið 1803. Í þessu máli er hæstiréttur einnig talinn hafa skilgreint hlutverk sitt og stöðu⁴⁰ gagnvart löggjafarvaldinu.⁴¹ Í niðurlagi þessa fræga dóms er vitnað í bandarísku stjórnarskrána sem staðfesti og styrkti þá meginreglu sem er álitin grundvöllur allra skráðra

³² Hugtakið „réttarríki“ er ekki skýrt skilgreint en uppruni þess er oft rakinn til enska lögspekingsins Albert Venn Dicey sem sagði réttarríki einkenna enska stjórnskipun en meginþættir þess þýddu að stjórnvöld yrðu að fylgja þeim lögum sem þau settu; að allir þyrftu að lúta lögum og dómstólar að skapa réttarreglur með fordæmum. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: MacMillan, 1885), bls. 175-84.

³³ Sigurður Línadal nefnir 8 kröfur sem gera verði til laga í réttarríki. Lög skv. þessum áskilnaði eiga að vera (1) almenn, taka til allra (2) framvirk, ekki afturvirk og alls ekki þegar um íþyngjandi lög er að ræða, gildir kannski öðru um ívilnandi (3) birt og öllum aðgengileg (4) stöðug (5) skýr og afdráttarlaus (6) laus við mótsagnir (7) þess eðlis að hægt sé að fylgja þeim (8) samræmi á milli ákvæða laga og athafna yfirvalda. Sjá: Sigurður Línadal, Um lög og lögfræði, bls. 52-53.

³⁴ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885 London: MacMillan, bls. 175-84.

³⁵ Þessar kenningar njóta almennrar viðurkenningar hér á landi og eru lagðar til grundvallar í dómaframkvæmd (sjá til dæmis dómásafn Hæstaréttar 1988 bls. 1532 og 1996 bls. 2956).

³⁶ Hefur þessi meginregla verið nefnd lögmatísreglan. Sjá rit Ólafs Jóhannessonar Stjórnskipun Íslands, 2. útg. 1978, bls. 361-362 og rit Gunnars G. Schram Stjórnskipunarrettur bls. 393-402. Ennfremur vísast hér til skýrslu umboðsmanns Alþingis (SUA) 1995 bls. 13-14. Það leiðir svo af fyrrgreindum meginreglum um nauðsyn laga, að löggjafinn getur ekki framselt til ráðherra ákvörðunarvald um málefni sem ekki verður skipað á annan hátt en með lögum. Þannig verða almenn stjórnvaldsfyrirmæli á þeim sviðum bæði að njóta formlegrar heimildar og vera innan þeirra efnislegu marka sem lög ákveða.

³⁷ Black's dictionary.

³⁸ Til dæmis *Griswold v. Connecticut* 381 US 479 (1965); *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

³⁹ Lord Irvine of Lairg, *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, 2003 Hart Publishing, bls. 210.

⁴⁰ Black's Law Dictionary segir um niðurstöðuna af *Marbury*-málinu að hæstiréttur hafi þar með staðfest hlutverk sitt og „prerogatives“ sem eftirt er að þýða öðruvísi en sem forgang eða heimild.

⁴¹ William Brennan sem sat í hæstarétti BNA frá 6. áratug til 1990 en var skipaður í tíð Eisenhowers og þótti einn frjálslyndasti dómari sem sat í Hæstarétti Bandaríkjanna á 20. öld sagði “[t]he federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”.

stjórnarskráa, að lög sem eru í mótsögn við stjórnarskrá séu ógild, og *dómstólar* sem aðrir handhafar ríkisvalds séu bundnir af stjórnarskránni.⁴²

Náttúru rétturinn á sér djúpar rætur í bandarískri lagahefð enda upphaflega fenginn frá Bretlandi í sjálfstæðisbaráttu nýlendnanna. Sjálfstæðisyfirlýsing Bandaríkjanna 1776 er innblásin af hugmyndum Johns Locke og ákveðinni andúð á ríkisvaldi. Höfundar Sjálfstæðisyfirlýsingar Bandaríkjanna töldu þau sannindi augljós að allir menn væru fæddir jafnir og gæddir af skapara sínum óafsalanlegum réttindum til lífs, frelsis og hamingjuleitar. Hinn hugmyndafræðilegi grunnur bandarískrar stjórnskipunar er að menn séu bornir til ákveðinna réttinda sem þeir megi ekki afsala sér.⁴³ Sú réttarheimspeki sem lá að baki markaði róttæk skil við enska hugsun á þessum tíma og útskýrir í raun muninn á bandarískri lagahefð og þeirri evrópsku.

Englendingar á 18. öld voru nokkuð hreyknir af lýðræðislegri uppbyggingu stjórnkerfisins, arfleifð Cromwells, sem var sambland af konungdæmi og þingræði. Þessi sýn birtist í skrifum Benthams, sem dró skörp skil á milli laga og siðferðis með áherslu á form en ekki inntak lagasetningar. Tilhneiging enskra dómara á 17. öld, sem vildu ógilda þau lög þingsins sem fóru gegn rétti almennings og skynsemi (*against common right and reason*) vék fyrir kröfum um formlega réttarframkvæmd. Slík formfesta náði ekki að skjóta rótum í bandarísku nýlendunum enda enginn aðall þar og ekki brýn þörf á að veita einhverri ráðandi stétt meiri vernd. Menningarleg fjölbreytni og alríkisfyrirkomulagið ýttu undir gagnkvæmt aðhald og jafnvægi meðal handhafa ríkisvalds.⁴⁴ Lögfesting einstaklingsbundinna frelsisréttinda þótti vísasti vegurinn til frjálsræðis. Enda er viðkvæðið í bandarískri umræðu um mannréttindi að nota orðið borgaralegt frelsi fremur en réttindi⁴⁵ og vísa í borgara (*citizens*) en ekki þegna (*subjects*) eins og tíðkast víða í Evrópu. Sú skoðun er ríkjandi að einstaklingsfrelsið feli í sér að hver sé sinnar gæfu smiður.

Hin sígilda evrópska sýn á stjórnskipun er sú að ríkið sé eins og „Leviathan“⁴⁶ í verki Thomasar Hobbes, sem áleit að menn gætu ekki séð lífi sínu og afkomu borgið nema semja um það sín í milli að fela einhverjum vald sem allir óttast.⁴⁷ Ríkið er því hið æðsta vald, sem er uppspretta laga og réttar.⁴⁸ Hugtakið opinber réttur,⁴⁹ (*public law*) lýsir þeim píramída sem

⁴² Stjórnarskrá Bandaríkjanna § III: “[t]he judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish.”

⁴³ All men . . . have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society they cannot by any compact deprive or divest their posterity. (Tilvitnun úr Réttindayfirlýsingu Virginíu í kjölfar Sjálfstæðisyfirlýsingarinnar). Sjá: Lord Irvine of Lairg, Lord Irvine of Lairg, *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, 2003 Hart Publishing, bls. 211.

⁴⁴ Lord Irvine, Lord Irvine of Lairg, *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, 2003 Hart Publishing, bls. 212.

⁴⁵ Í þeim skilningi að þau hugsanlega kalli á athafnaskyldu af hálfu stjórnvalda.

⁴⁶ Thomas Fleiner, “Reflections on Continental European Public Law in the Tradition of Hobbes and Napoleon” í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger, bls. 85.

⁴⁷ Atli Harðarson. „Hvað er átt við með samfélagssáttmála?“. *Vísindavefurinn* 10.2.2006. <http://visindavefur.hi.is/?id=5633>. (Skoðað 12.5.2006).

⁴⁸ Orð Þorgeirs Ljósveitningagoða, „Ef vér slítum í sundur lögina, slítum vér og í sundur friðinn“, minna á þessa hugmynd Hobbes, eins og Vilhjálmur Árnason heimspekingur hefur réttilega bent á (Vísindavefur HÍ). Í íslenska þjóðveldinu skorti hins vegar framkvæmdavald til að halda uppi lögum og reglu. Hobbes taldi að lagaveldi dygði engan veginn til að halda mönnum í skefjum, aðeins ótinn við ströng viðurlög af hálfu ríkisvaldsins myndi sporna gegn lögbrotum. Menn í ríki náttúrunnar eru allir í stríði við alla og lífið vart þess virði að lifa því. Eina leiðin út úr ógöngunum er samfélagssáttmáli til að koma á friði og reglu. Af því að lífið er óbærilegt án ríkisvalds tekur Hobbes undir kenninguna um valdbodsgjarnt ríki.

⁴⁹ Hugtakið er komið frá Lögbók Napóleons 1804 (Le Code Civil eða Code Napoléon), sem lögfesti grundvallarreglur byltingarinnar 1789; jafnrétti fyrir lögum, aðgengi hæfra að opinberum embættum, trúfrelsi, eignarrétt, afnám þrælshalds og aðskilnað ríkis og kirkju. Lögbókin bannaði hins vegar verkalýðsfélög og almenna kjarasamninga. Konur áttu einnig að hlýða eiginmönnum gegn því að þeir vernduðu þær.

mynda lögskipan samfélagsins, reglur sem löggjafinn setur og reglur sem handhafar framkvæmdavalds setja með stoð í lögum og eru oftast kallaðar reglugerðir. Öll þessi lögskipan byggir á grundvallarlögum sem eru ákvæði í stjórnarskrám. Sú hugmynd að lögskipanin sé píramídi (*Stufenordnung*) er undirstaða endurskoðunarvalds dómstóla í Evrópu þannig að uppspretta laganna er hjá hinu æðsta valdi en ekki í rökum eða forsendum fyrir úrskurðum dómara.⁵⁰ Þær hugmyndir sem mótuðust í tíð Napóleons um stöðu og mikilvægi ríkisvaldsins í að móta og breyta samfélaginu hafa haft mikil áhrif á lagalega hugsun í Evrópu, ekki síst á sviði stjórnskipunar. Stjórnarskrár veita samkvæmt þessari hefð ríkisvaldinu aðhald en eru um leið tæki þess til að þróa það samfélagsform sem valdhafar æskja. Þannig segir stjórnarskrá Liechtenstein frá 1921 að meginhlutverk ríkisvaldsins sé að efla almenna velferð þjóðarinnar.⁵¹ Þessi evrópska sýn á stjórnvöld sem viti betur en þegnarnir er mótuð í aldanna rás frá kirkjurétti miðalda þar sem konungar voru konungar af guðs náð.⁵² Það eru hinir kjörnu valdhafar sem setja lögin og lögmæti þeirra hvílir á því að þau séu sett af þeim sem eru rétt kjörnir til þess en dómara gefi þeim ekki nýtt inntak.

Allt fram til seinni hluta 20. aldar má segja að gerólík sýn á réttarríkið hafi einkennt Evrópu annars vegar og Bandaríkin hins vegar. Evrópsk lögfræði með rætur í Rómarrétti hefur þótt einkennast af ögun og tæknilegri hárnákvæmni þar sem æðstu gildi hinnar lagalegu aðferðar eru að auki skýrleiki, samkvæmni (mótsagnaleyssi) og fyrirsjáanleiki. Rökin fylgja lagatextanum og eiga vera laus undan huglægum viðmiðum sem byggja á trú, siðfræði, venjubundinni afstöðu og stjórnmalaskoðunum. Ameríska lagaáðferðin byggir á þeirri nálgun að lögin séu afsprengi félagslegrar þróunar og fræðilegrar nálgunar. Lögfræðileg dýpt og færni þykir óhugsandi nema fyrir tilstuðlan fræðilegrar hugsunar þar sem félagsleg og önnur markmið réttarkerfisins eru höfð að leiðarljósi og þau vegin og metin í ljósi siðfræðilegra þátta og pólitísku veruleika.⁵³ Þessi skilgreining á lagahefðum er auðvitað ekki algild – ólíkra sjónarhornna á lögfræðilega aðferð gætir innan allra réttarkerfa, innan Evrópu sem utan.⁵⁴

2.1 Breyting á afstöðunni til réttarríkis

Örar breytingar á undanförmum áratugum með innleiðingu alþjóðlegra mannréttindasáttmála, eflingu alþjóðlegra eftirlitsstofnana og samruna Evrópu hafa dregið úr þeim mun sem hefur þótt einkenna stjórnskipun í Evrópu annars vegar og Bandaríkjanna hins vegar. Þar vegur þyngst réttarframkvæmd stjórnlagadómstóla víða í Evrópu,⁵⁵ sérstaklega nálgun Mannréttindadómstóls Evrópu í túlkun á Mannréttindasáttmálanum sem „lifandi sáttmála“ er eigi að veita raunverulega réttarvernd í stað þess að vera fræðileg talsýn.⁵⁶ Evrópudómstóllinn í Lúxemborg hefur einnig verið virkur í því hlutverki að endurskoða löggjöf aðildarríkja á grundvelli Rómarsáttmálans. Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins um bein réttaráhrif lagaákvæða ESB-réttar sem æðri landslögum aðildarríkja hefur gert það að verkum að rætt er

⁵⁰ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945) í þýð. Anders Wedberg, 2003 Harvard University Press, 6. prentun, bls. 153.

⁵¹ Kafli III - § 14.

⁵² Thomas Fleiner, “Reflections on Continental European Public Law in the Tradition of Hobbes and Napoleon”, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger, bls. 86.

⁵³ D. M. Johnston, “World Constitutionalism in the Theory of International Law”, í R. St. J. MacDonald og D.M. Johnston (ritstj.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, 2005 Brill Martinus Nijhoff, bls. 3.

⁵⁴ Sjá 7.1 hér fyrir neðan.

⁵⁵ Sjá t.d. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (þýð. Julian Rivers), 2004 Oxford University Press.

⁵⁶ “Practical and effective not theoretical and illusory”, sjá *Artico* gegn *Ítalíu*, 13. maí, 1980, Series A no. 37, bls. 16, § 33.

um „alþjóðavæðingu réttarríkisins“ sem eigi upptök í Evrópu.⁵⁷ Þau yfirþjóðlegu viðmið⁵⁸ sem nú eru í örri þróun á vettvangi mannréttinda og stjórnskipunar eru orðin nokkurs konar sameiginlegt stjórnskipulegt tungutak. Fyrir tilstuðlan stofnana Evrópuráðsins í Strassborg og síðar Evrópusambandsins hefur löggjöf og réttarframkvæmd innan „eldri“ aðildarríkja, sem eru nokkuð einsleit, haft áhrif um álfuna alla og víðar. Áherslan á frelsi einstaklingsins sem er arfur frá frönsku byltingunni hefur haldist en jafnframt þróast með nýjum víddum efnahagslegra og félagslegra réttinda.

Árið 1959 ályktaði alþjóðþing Alþjóðalögfræðinganevndarinnar að réttarríkið væri tæki til að ná fram stjórnsmálalegu, félagslegu og efnahagslegu réttlæti.⁵⁹ Stjórnarskrárvarin mannréttindi eru tilefni margvíslegra lagalegra álitamála vegna „pólítísku eðlis“ þeirra eins og það hefur verið orðað.⁶⁰ Mannréttindi eru ekki einskorðuð við ákveðinn kafla stjórnarskrár og verða ekki lesin úr samhengi við önnur ákvæði hennar.⁶¹ Þau liggja sem rauður þráður í gegnum stjórnlögin sem hagsmunir heildarinnar og þau takast á sem slík; aðgreining handhafa ríkisvalds þjónar hagsmunum almennings sem og sjálfstæðir dómstólar, ákvæði um ráðherraábyrgð, jafnræðisreglan, ákvæði um að skattamálum skuli skipað með lögum og ákvæði um opinbera aðstoð í tilvikum þar sem þröf krefur, vernd eignarréttar og réttur til að semja um starfskjör sín og önnur réttindi tengd vinnu, svo nefnd séu dæmi. Hið pólitíska siðferði og almennt réttlæti sem stjórnögum er ætlað að tryggja endurspeglast í samspili og markmiðum ákvæðanna.⁶² En það eru margvísleg álitamál, sem upp koma þegar þessir þættir eru skoðaðir í innbyrðis samhengi og í ljósi aðstæðna.

Mannréttindi lúta ekki eingöngu að frelsi einstaklinga undan íhlutun stjórnvalda í ólögætum tilgangi. Þau snúast einnig um kröfur á hendur ríkisvaldinu um að njóta jafnréttis, um að fá úrlausn um réttindi sín, um að fá aðstoð, menntun og vernd svo dæmi séu tekin. Mannréttindavernd nær einnig til samskipta einstaklinga sín á milli en þar er er talað um áhrif þriðja aðila (*Drittwirkung*) og ábyrgð ríkisvalds, að koma í veg fyrir skerðingu á grundvallarréttindum, í slíku samhengi er viðurkennd.⁶³

Í 28. grein Mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu Þjóðanna segir: „Hverjum manni ber réttur til þess þjóðfélags- og millþjóðaskipulags, er virði og framkvæmi að fullu mannréttindi þau, sem í yfirlýsingu þessari eru upp talin.“

Áherslur á athafnaskyldu ríkisvaldsins greinir Evrópuríki frá Bandaríkjunum þótt þær áherslur séu missterkar og ráðist af pólitískri afstöðu viðkomandi ríkja.⁶⁴ Fyrrum kommúnistaríki Austur-Evrópu sem samþykktu nýjar stjórnarskrár eftir hrúnið 1989 slá ýmsa

⁵⁷ Sjá t.d. Karen J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, 2001 Oxford University Press, New York.

⁵⁸ Sjá Robert F. Drinan S.J., *The Mobilization of Shame: A World View of Human Rights*, 2001 New Haven, Yale University Press. Hann heldur því fram að hið yfirþjóðlega viðmið um hvað er „rétt“ og hvað er „rangt“ geti virkað eins og félagslegt aðhald þannig að bæði lögaðilar og einstaklingar veigri sér við að ganga á rétt annarra af ótta við almenna fordæmingu

⁵⁹ Sjá M. Chanock, “The South African Bill of Rights Debate” í P. Alston (ritstj.), *Promoting Human Rights through a Bill of Rights: A comparative perspective*, 1999 Oxford University Press, p. 399.

⁶⁰ Sbr. Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, *Tímarit Lögfræðinga* nr. 1/2002, bls. 10. „Inntak slíkra réttinda hlýtur hins vegar mjög að stjórnast af efnahagslegum aðstæðum í þjóðfélaginu á hverjum tíma og þeim fjármunum, sem þá eru til ráðstöfunar. Og af þeim er aldrei nóg.“

⁶¹ Eins og kemur fram í greinargerð með frumvarpi til stjórnskipunarlaganna, 759. breytingartillögur, 118. löggjafarþing, 297. mál.

⁶² Sjá t.d. Julian Rivers, inngangur þýðanda að verki R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004 Oxford University Press, bls. Xix.

⁶³ Ibid. Sjá ennfremur: A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, 1998 Clarendon Paperbacks; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004 Hart Publishing.

⁶⁴ Sjá Philip Alston og J.H.H. Weiler, “An ever closer Union in need of Human Rights Policy: The EU and Human Rights,” í (P. Alston með M. Bustelo og J. Heenan ritstj.) *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press.

varnagla um skyldur ríkisins gagnvart hinum frjálsa markaði annars vegar og hins vegar gagnvart neytendum sem og borgurum.⁶⁵ Stjórnarskrá Slóveníu, sem samþykkt var í kjölfar þjóðaratkvæðagreiðslu 1991 hefur að geyma sérstakt ákvæði um viðskiptalífið, sem segir að stjórnarskráin verndi frjálst framtak en stofnun fyrirtækja verði að vera á grundvelli laga og slík fyrirtæki megi ekki með starfsemi sinni fara gegn almennum hagsmunum.⁶⁶ Ný stjórnarskrá Litháen inniheldur sérstakan kafla um hagkerfið og atvinnulífið, þar sem eignarréttur, athafnafrelsi og einstaklingsfrumkvæði er tryggt en ríkisvaldinu gert skylt að styðja athæfi og frumkvæði sem koma samfélaginu að gagni og stýra efnahagslífinu þannig að það þjóni almennum hagsmunum. Stjórnarskráin kveður á um að lög skuli setja sem hindri einokun á framleiðslu og markaði og tryggi samkeppni og ríkið á að verja neytendur.⁶⁷

3. Markaðurinn

Hugtökin réttarríki, lýðræði og mannréttindi eru endalaus uppspretta pólitískra og réttarheimspekilegra vangaveltna, ekki síst þegar þau eru sett í samhengi við markmið velferðar- eða markaðsþjóðfélags. Af þeim sökum er viss hættu í því fólgin að líta fram hjá áhrifum sterkra viðskiptaafli í samfélaginu í greiningu á stjórnskipulegum álitamálum.⁶⁸ Einn af höfundum Mannréttindasáttmála Evrópu, Pierre Henri Teitgen, varaði fyrir hálfri öld síðan við óheftri markaðshyggju. Hvers virði eru skráð lög og réttindi ef engar eru aðstæður til að njóta þeirra? - spurði Teitgen.⁶⁹ Hann benti réttilega á að það þyrfti visst hugrekki til að viðurkenna þá staðreynd að borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi kæmu fátæklingum að litlu gagni. Hvers virði er meginreglan um að allir hafi aðgang að opinberum embættum ef menntun og undirbúningur fyrir slíkt ráðast í raun af efnahag? Frelsi peninganna, samkeppninnar og gróðans hafa oft ógnað frelsi manna, sagði hann og vitnaði í Lacordaire um að frelsið gæti orðið að fjötrum en lögin leystu úr ánaud.⁷⁰

Afstaðan til ríkisvaldsins og hlutverks þess mótast af þeim aðstæðum sem eru uppi á hverjum tíma. Ólafur Jóhannesson, sem í riti sínu Stjórnskipun Íslands (1960) taldi frjálshyggjuna liðna, sagði þá:

„Á blómaskeiði liberalismans var . . . almennt talið að hagsmunum einstaklinga og þjóðarheildar væri best borgið með lögum og rétti. Einstaklingar áttu að hafa sem mest svigrúm og athafnafrelsi. Ríkið átti að hafa sem allra minnst afskipti af atvinnumálum og hverskonar efnahagsstarfssemi. Þá var starfssviði ríkisvaldsins líkt við hlutverk næturvarðar. Nú á dögum gera menn aftur á móti almennt allt aðrar og meiri kröfur til ríkisins . . . Hið

⁶⁵ Með því að aðgreina þegna í borgara og neytendur er verið að vísa í þá kröfu lýðræðisins að fólk sé virkt í að móta samfélagið sem borgarar – neytendur eru hins vegar sá hópur sem er ekki að sama skapi meðvitað virkur í hinu pólitíska lýðræði heldur upptekinn í neyslu. Þegar rætt er um fólk sem á kröfu á upplýsingar til þess að geta tekið pólitíska ákvörðun eða látið til sín taka í mótun samfélags er verið að tala um borgara með skyldur og réttindi – neytendur eru hins vegar þeir sem fá eða kaupa þjónustu og hafa réttindi skv. því. Sjá yfirlýsingu og áætlun Ráðherranefndar Evrópuráðsins 7. maí, 1999: *On Education for Democratic Citizenship, based on the Rights and Responsibilities of Citizens.*

⁶⁶ Stjórnarskrá Slóveníu, 3. hluti um efnahagsleg og félagsleg samskipti, § 74.

⁶⁷ Stjórnarskrá Litháen 1992, Kafla 4, § 46

⁶⁸ Sjá t.d. David Schneidermann, “Comparative Constitutional Law in an Age of Globalization” í Vicki C.

Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger.

⁶⁹ Sjá, Herdís Þorgeirsdóttir, *Journalism Worthy of the Name: Freedom within the Press and the Affirmative Side of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2005 Brill Martinus Nijhoff Publishers, bls. 89.

⁷⁰ *Ibid.*

sameinaða þjóðfélagsvald nú á hvarvetna að hlaupa undir bagga. Það á að styðja einstaklinga í lífsbaráttunni, tryggja þeim efnahagslegt og félagslegt öryggi . . . “⁷¹

Þessi orð stóðu óhöggðu í endurútgáfu af bók hans 1978 þegar uppgangur frjálshyggjuafla í Evrópu og Bandaríkjunum varð sem aldrei fyrr, en það tímabil er kennt við Reagan og Thatcher. Þarna var losað um höft á viðskiptalífi; áherslur voru á einkavæðingu ríkisfyrirtækja og að draga úr afskiptum ríkisvalds af markaði. Þótt mikilvægi fyrirtækja fyrir hagvöxt hafi lengi verið viðurkennt⁷² eru margir þeirrar skoðunar að stórfyrirtæki samtímans séu komin með allt of mikil efnahagsleg og pólitísk umsvif. Af eitt hundrað stærstu hagkerfum heims er rúmur helmingur (51) stórfyrirtæki en ekki þjóðríki og sum þeirra mun stærri hagkerfi en ríki. *General Motors* er stærra hagkerfi en Danmörk, *Royal Dutch/Shell* stærra en Venzúela og *Sony* umsvifameira en Pakistan.⁷³ Fjölbjóðafyrirtæki eru mörg hver með „sendiráð“ í borgum eins og Washington og Brussel.⁷⁴ Stórfyrirtæki beita sér markvisst í að hafa pólitísk áhrif. Dæmi um slíkt er *Business Roundtable* í Bandaríkjunum, samtök 160 forkólfar í viðskiptalífinu, sem vinna markvisst í því að koma hagsmunum sínum á framfæri í stjórnmalum.⁷⁵

Innri markaður Evrópusambands með áherslur á fjórfrelsið ýtti undir þessa þróun í Evrópu þar sem einkaðilar verða æ umsvifameiri í samfélaginu með þeim afleiðingum að hættan á því að mannréttindi séu skert stafar ekki lengur aðeins frá ríkinu heldur einnig frá valdamiklum aðilum á vettvangi einkaréttarins.⁷⁶ Stjórnvöld hafa sjálf dregið úr áhrifum sínum í samfélaginu með einkavæðingu og afnámi reglna í viðskiptalífi, milliríkjavíðskiptum og fjármagnsflutningum.⁷⁷ Geta ríkisvaldsins til að standa vörð um mannréttindi er ekki sú sama og áður í ljósi aukinna ítaka annarra; þegar stór fyrirtæki í ríkiseigu eru komin í hendur einkaaðila. Einkavæðingarferlið færir völd frá ráðherra til forstjóra en það gerir einnig meira. Það dregur úr áhuga almennings á að fylgjast með frammistöðu fyrirtækjanna á sama hátt og þegar þau voru í eigu ríkisins. Það er ekki hægt að kalla þau með sama hætti til ábyrgðar. Enn önnur afleiðing er sú að þau fyrirtæki sem eru eftir í eigu ríkisins eru starfrækt á grundvelli markaðssjónarmiða sem enn dregur tennur úr velferðarríkinu.⁷⁸ (Þótt hér sé látið liggja milli

⁷¹ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands*, 2. útg. 1978, Íðunn, bls. 20. Þetta var skrifað 1960, áður en Alþjóðasamningur um efnahagsleg og félagsleg réttindi kom til sögunnar, þ.e. 1966.

⁷² Sbr. fleyg ummæli forstjóra *General Motors* í Bandaríkjunum 1952: “*What is good for General Motors is good for the country.*”

⁷³ Skv. upplýsingum Institute of Policy Studies í Washington DC um rannsóknir á umsvifum 200 stórfyrirtækja í hnattvæðingarferlinu 1999. Sjá S. Anderson og J. Cavanagh, *The Top 200: The Rise of Corporate Global Power* (Washington Institute for Policy Studies 2000) http://www.ips-dc.org/downloads/Top_200.pdf

⁷⁴ Gawin W. Anderson, *Constitutional Rights After Globalization*, 2005 Hart Publishing, Oxford, bls. 26.

⁷⁵ Undanfarin ár hafa þessi samtök forstjóra 160 bandarískra stórfyrirtækja einng beitt sér fyrir ábyrgari fyrirtækjastjórnun, meiri gegnsæi og auknu viðskiptasiðferði, sem er krafa alþjóðasamfélagsins sbr. UN Global Compact 2000. Business Roundtable sendi frá sér leiðbeiningar um stjórnfestu í fyrirtækjum (*Principles for Corporate Governance*), 2002 og aftur 2005, sbr. Fréttatilkynningu 3. mars, 2006. Sjá: <http://www.businessroundtable.org/newsroom/Document.aspx?qs=58B6BF807822B0F1AD3448522FB51711FCF50C8>

⁷⁶ Sjá Sjá Philip Alston og J.H.H. Weiler, “An ever closer Union in need of Human Rights Policy: The EU and Human Rights,” í (P. Alston með M. Bustelo og J. Heenan ritstj.) *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press, bls. 63.

⁷⁷ Mennto T. Kamminga, “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC,” (P. Alston með M. Bustelo og J. Heenan ritstj.) *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press, bls. 553.

⁷⁸ Sjá D. Kennedy, “The Forgotten Politics of International Governance” 2001 *European Human Rights Law Review* 117, 120; M. Freeland, “Public Law and Private Finance – Placing the Private Finance Initiative in a Public Law Frame” 1998 *Public Law* 288; C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration*, 2. útg., 1997 Butterworths, London, bls. 133-38.

hluta hvort færa megi rök fyrir því að það hafi ef til vill misst þær sjálft sakir eigin hrumleika).

Hinn frjálsi markaður þarf þó á ríkisvaldinu að halda. Markaðir eru ekki sjálfbærir, þeir byggja á forsendum réttarríkis þar sem úrlausnir í deilum eru leystar með lögformlegum hætti og eignarréttur er verndaður,⁷⁹ m.a. í þágu langtímafjárfestinga og hagvaxtar. Jafnvel einkavæðingarferlið sem átt hefur sér stað víða um lönd og vinnur markvisst að því að draga úr ríkisáhrifum krefst opinberrar stýringar.⁸⁰

Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur túlkað ákvæði stjórnarskrárinnar um að allir séu jafnir fyrir lögum þannig að fyrirtæki njóti sömu verndar og einstaklingar.⁸¹ Stórfyrirtæki eru í skilningi laganna fremur handhafar mannréttinda en að þau séu ábyrg fyrir mannréttindum þeirra sem starfa og hrærast innan þeirra vébanda.⁸² Eignarrétturinn er kyrfilega verndaður í ákvæðum alþjóðlegra mannréttindasamninga sem og Mannréttindasáttmála Evrópu en á grundvelli hans hafa lögaðilar einnig mikilvæg stjórnmalaleg réttindi eins og tjáningarfrelsið.⁸³ Það hefur hæstiréttur Bandaríkjanna einnig staðfest í mikilvægu máli varðandi áhrif fyrirtækja á hið pólitíska ferli, þótt það ríki ekki samræmi í réttarframkvæmd þar að lútandi.⁸⁴ Hið sama gildir um Mannréttindadómstól Evrópu⁸⁵ og dómaframkvæmd innan aðildarríkja þar sem ákvæði í stjórnarskrám vernda iðulega atvinnufrelsi, sem að vísu má bæði túlka í þágu markaðsþjóðfélags og velferðarþjóðfélags. Þýsku grunnlögin vernda rétt manna til að stofna fyrirtæki.⁸⁶ Félagafrelsisákvæðið veitir að sama skapi sterka vernd til að bæta starfsskilyrði og kjör allra starfsstétta og bannar samninga sem ganga á þennan grunnrétt.⁸⁷ Eignarréttarákvæði þýsku grunnlaganna fylgir einnig sú kvöð að notkun eigna á *einnig* að þjóna almannahagsmunum.⁸⁸ Stjórnmalaflokkar eru verndaðir í þýsku grunnlögunum sem hluti af lýðræðisskipulaginu og það er einnig skýrt ákvæði um að þeir verði að standa opinberlega skil á eignum, fjárframlögum og notkun þeirra.⁸⁹ Þessu ákvæði er ætlað að fyrirbyggja misnotkun fjársterkra aðila í hinu lýðræðislega ferli.

Víða annars staðar er fjármögnun stjórnmalanna sterkasta tangarhald viðskiptalífs á hinu lýðræðislega ferli stjórnmalanna.⁹⁰ Slík tengsl varpa rýrð á lögmæti þeirra sem eru kjörnir til að fara með völdin og helstu stofnana samfélagsins.⁹¹ Það er almennt viðurkennd staðreynd að þáttur fyrirtækja sé orðinn slíkur að þau verði að axla aukna ábyrgð í samfélaginu en félagsleg ábyrgð fyrirtækja (*corporate social responsibility*) ryður sér til rúms í formi stefnuviðmiða og tengslaneta öflugra fyrirtækja sem hafa á stefnuskrá að virða mannréttindi og umhverfissjónarmið. Mörgum þykir þó ekki næg alvara á bak við þessa

⁷⁹ Sjá umfjöllun Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, 1997 Oxford University Press, bls. 207-211.

⁸⁰ Francis Fukuyama, höfundur inngangs að skýrslu um alþjóðlega spillingu árið 2005. *The Global Corruption Report 2005*, Pluto Press, London (316 bls.).

⁸¹ *Santa Clara County v. South Pacific Railroad Company*, 118 US 396 (1886).

⁸² C. Scott, "Multinational Enterprises and Emergent Jurisprudence on Violations of Economic, Social and Cultural Rights", í A. Eide, C. Krause, A. Rosas (ritstj.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2001 Kluwer Law International, bls. 563

⁸³ *Autronic AG gegn Sviss*, 22. maí, 1990, Series A no. 178, § 47.

⁸⁴ *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 US 765 (1978).

⁸⁵ *Autronic gegn Sviss*, 22. maí, 1990.

⁸⁶ I. Kafli, 9. gr. þýsku grunnlögin frá 1949 en hún hefur undirgengist margar breytingar.

⁸⁷ I. Kafli, 9. gr. mgr. 3 þýsku grunnlögin.

⁸⁸ I. Kafli, 14. mgr. 2 þýska stjórnarskráin – skáletr. höf.

⁸⁹ II. Kafli, 21. gr. Ennfremur sérstök lög um stjórnmalaflokka þ.á.m. varðandi fjármögnum (Gesetz über die politischen Parteien, 1994).

⁹⁰ Skýrsla *Transparency International: Global Report on Corruption*, 2005.

⁹¹ Sjá t.d. *Developing democracy in Europe: an analytical summary of the Council of Europe's acquis* / Lawrence Pratchett og Vivien Lowndes, 2004 Strasbourg : Council of Europe Publ.

viðleitni,⁹² þótt fyrirtæki séu einnig hvött áfram af þeirri staðreynd að neytendur, fjölmiðlar og fleiri hafa vökult auga með framgangi þeirra á þessum vettvangi.

Umræðan um ábyrgð fyrirtækja og mannréttindi hefur orðið æ fyrirferðameiri undanfarinn áratug, bæði á vettvangi Sameinuðu Þjóðanna⁹³ og víðar. Spurningin snýst einna helst um það hvort hægt sé að skuldbinda fyrirtæki til að framfylgja mannréttindum innan sinna vébanda en ekki aðeins siðferðilegum boðum, sem þau setja sér sjálf. Samhliða átaki Sameinuðu Þjóðanna (*Global Compact 2000*) um að fyrirtæki virði mannréttindi hefur sú krafa stöðugt vaxið að þær skyldur verði settar í lög í stað siðaboða.⁹⁴ Ýmsir þekktir fræðimenn á sviði þjóðaréttar hafa fært rök fyrir því að venjuréttur sem og alþjóðlegir mannréttindasamningar bindi hendur fyrirtækja í að virða mannréttindi og standa við þær skuldbindingar sem þeim fylgja.⁹⁵ Einnig benda margir á að það sé hagur fyrirtækjanna sjálfra að virða mannréttindaskuldbindingar, þannig laði þau að sér betra starfsfólk, neytendur séu ánægðari sem og aðrir hagsmunaaðilar.⁹⁶ Þótt nauðsynlegt kunni að vera að gera fyrirtæki lagaleg ábyrg í að standa vörð um mannréttindi sakir stærðar og efnahagslegra umsvifa skortir enn þá efnislegar forsendur til þess.⁹⁷ Ríkin eru grunnurinn að réttarskipan á alþjóðavettvangi og það er því þeirra að endurmeta eigið vægi í að tryggja samræmingu mannréttindalöggjafar í hnattvæðingarferlinu - á skjögrandi fótum í valsi við risa á alþjóðlegum markaði.

3.1 Þáttur ríkisvaldsins

Ríkið, sem á hvort tveggja að gæta þess að skerða ekki mannréttindi og jafnframt að tryggja öllum réttinn til að njóta þeirra⁹⁸ – er í raun í þeirri aðstöðu að vera óbeinn þátttakandi í skerðingu þeirra með því annað tveggja að ýta undir aðstöðu þriðja aðila til að skerða þau eða koma ekki í veg fyrir slíkt með því að gripa til aðgerða. Fjölmiðlasamsteypur nútímans eru ágætt dæmi um þetta vandamál. Hnattvæðingin er óhugsandi án þeirra, samtímis því að þeir sem þar ráða för eru komnir með yfirþjóðleg áhrif og vald til skoðanamótunar vegna stýringar á upplýsingastreymi, sem vart nokkur máttur innan ríkis fær rönd við reist. *Drittwirkung* eða áhrif stjórnarskrárbundinna mannréttinda í samskiptum einkaaðila er vart álitamál lengur heldur frekar spurning um hve langt sú réttarvernd nær.⁹⁹

Mannréttindi eru ekki aðeins hástemmd og draumkennd markmið heldur einnig dómtæk lagaákvæði þar sem auknar kröfur eru um athafnaskyldu ríkisvalds til að tryggja jafnræði borgara og forsendur þess að þeir geti notið grunnréttinda. Þegar Ísland sem fleiri

⁹² Sjá <http://www.csreurope.org/>; sjá einnig <http://www.business-humanrights.org/Categories/Gettingstarted>

⁹³ Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003). (Approved August 13, 2003, by [U.N. Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights resolution 2003/16](#), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/L.11 at 52 (2003).

⁹⁴ Í kveðjuviðtali sínu við Morgunblaðið 14. okt. 2005 sagði Davíð Oddsson fráfarandi formaður Sjálfstæðisflokks sem var forsætisráðherra Íslands í næstum einn og hálfan áratug að stjórnámálamenn mættu ekki heykjast á því „að setja viðskiptalífínu heilbrigðar lífsreglur þannig að enginn einn, tveir eða þrír aðilar geti náð yfirburðastöðu og drepið allt annað í dróma.“ Hvort „lífsreglur“ í þessu samhengi séu einhvers staðar á milli laga og siðaboða skal ósagt látið.

⁹⁵ Sjá A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006 Oxford University Press.

⁹⁶ Sjá t.d. D. Weissbrodt og M. Kruger, “Business as Non-State Actors”, í P. Alston (ritstj.), *Non-State Actors and Human Rights*, 2005 Oxford University Press, bls. 315-350.

⁹⁷ Sjá t.d. Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2003 Oxford University Press, bls. 320.

⁹⁸ Skv. 1 gr. Mannréttindasáttmála Evrópu

⁹⁹ Sjá R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (þýð. Julian Rivers), 2004 Oxford University Press, bls. 352 og bls. 355. Hann tekur sem dæmi að rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar nái til dóma á einkaréttarsviðinu þar sem inntak þeirra má ekki brjóta í bága við stjórnarskrá.

Evrópuríki gerðist aðili að Evrópuráðinu og skuldbatt sig að þjóðarétti til að framfylgja Mannréttindasáttmála Evrópu var almennt álitíð að sú réttarvernd sem í honum felst beindist gegn íhlotun ríkisvaldsins í grunnréttindi einstaklinga – enda meginregla að íslenskum rétti að einstaklingar búi við athafnafrelsi og slíku frelsi mætti aðeins setja skorður með lögum innan þess ramma sem stjórnarskrá setur. Hins vegar leggur Mannréttindasáttmáli Evrópu (1. gr.) sem og EES-samningurinn (3. gr) þá athafnaskyldu á íslenska ríkið að það geri viðeigandi ráðstafanir til að tryggja að staðið sé við þær skuldbindingar sem samningarnir kveða á um.¹⁰⁰ Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins hefur með afgerandi hætti undirstrikað að Evrópusambandslöggjöf hefur bein réttaráhrif í aðildarríkjum og skuldbindur bæði opinberar stofnanir sem fyrirtæki á sviði einkaréttar.¹⁰¹

Frá því að MSE varð að íslenskum lögum og EES-samningurinn tók gildi hér á landi má segja að vendipunktur hafi orðið í afstöðunni til athafnaskyldu stjórnvalda, sem kallar ekki aðeins á stefnumarkandi dómaframkvæmd heldur einnig löggjöf með áherslu á efnisleg viðmið en ekki eingöngu formlega staðfestingu á þjóðréttarlegum skuldbindingum.¹⁰² Hinir alþjóðlegu mannréttindasamningar sem upphaflega taka mið af þeim meginreglum stjórnskipunar sem eru ríkjandi í þeim ríkjum, sem lengst eru komin í átt til lýðræðis og frjálsræðis (eins og það viðmið var túlkað í upphafi kalda stríðsins) hafa síðan víxlverkandi áhrif í stjórnskipun innan ríkja. Endurbætur á stjórnarskrám og önnur lögskipan sem tekur mið af þjóðréttarlegum skuldbindingum veitir ríkisvaldinu aðhald en eru einnig í auknum mæli álitíð tæki stjórnvalda til að stuðla að ákveðinni samfélagsþróun, t.d. velferðarríki eða auknum jöfnuði.

Samhliða alþjóðavæðingu viðskiptalífs undanfarin ár eru ört vaxandi áherslur á að ríki og yfirþjóðleg samtök þeirra styrki stöðir lýðræðis og réttarríkis án þess að stíga skrefið til að breyta samfélagsgerðinni eða grípa inn í þá þróun sem togstreita markaðar og réttarríkis veldur. Markaðir þurfa á réttarríki að halda en þeir eru ef til vill ekki tilbúnir fyrir það í öllu sínu veldi, þar sem kröfur réttarríkis eru ekki endilega í samræmi við forsendur markaðarins.¹⁰³ Þetta sjónarhorn byggir á því að lýðræði og óheft markaðshyggja séu tvær hliðar á sömu mynt og að útkoma frjálsræðis í viðskiptum sé ekki endilega í samræmi við þá ríku mannréttindavernd sem réttarríkið gerir ráð fyrir. Að sama skapi er löggjöf sem á að tryggja grunnréttindi ekki endilega í þágu markaðar.¹⁰⁴

Stórfyrirtæki eru ekki skuldbundin að þjóðarétti með sama hætti og stjórnvöld.¹⁰⁵ Vissulega má þó færa sterk rök fyrir því að stórfyrirtæki séu ábyrg að landslögum sbr. 17. grein Mannréttindasáttmála Evrópu sem kveður á um að hvorki einstaklingar né hópar (*groups*)¹⁰⁶ megi takast á hendur eða aðhafast nokkuð það sem miðar að því að eyða réttindum

¹⁰⁰ Skv. 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, sem Ísland er aðili að, skuli skýra lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur, sem á honum byggja (sbr. H 258/2004)

¹⁰¹ A. Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, 2004 Oxford University Press.

¹⁰² Krafan um jafnrétti með lögum nr. 96/2000 (sem og lögin um fæðingarorlof nr. 95/2000) leggur margvíslegar skyldur á herðar stjórnvalda og einkaaðila og er dæmi um það að lögaðilar eru ábyrgir fyrir því að standa vörð um ákveðin grunnréttindi.

¹⁰³ Eins og Oven Fiss bendir á (Fiss, O. M. La autonomia del derecho, Estado de derecho y democracia, Un debate acerca del rule of law, SELA 2000, Buenos Aires, Argentina (2001); *26 Yale Journal of International Law* 517 (2001). The Idea of Political Freedom, in *Looking Back at Law's Century*; Cornell University Press, (A. Sarat, B. Garth, R. Kagan, eds. 2002), bls. 35.

¹⁰⁴ Sbr. *Wilson, National Union of Journalists og fleiri gegn Bretlandi*, Umsóknir nr. 30668/96, 30671/96 og 30678/96, 2. júlí, 2002, sem fjallað er um hér á eftir.

¹⁰⁵ E. Wyler og A. Papaux, “*The Search for Universal Justice*” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 302.

¹⁰⁶ 17. gr. ísl. laganna um MSE notar orðið samtök en bæði enska og franska útgáfan nota group sbr. franska: Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelcon que de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la

þeim einhverjum og frelsi, sem þar er lýst, eða að því að takmarka þau umfram það sem samningurinn kveður á um. Þá koma fyrir lítið mannréttindi ef enginn er raunverulega í stakk búinn til að axla ábyrgð á að þeim sé framfylgt.¹⁰⁷

Krafan um lagalega ábyrgð fyrirtækja var umræðuefni á fundi Alþjóðlegu Lögfræðinganevndarinnar, sem haldinn var í Kaupmannahöfn í lok september 2005.¹⁰⁸ Þar kom fram að enginn annar valkostur sé í stöðunni nú en að setja lagalega bindandi reglur út frá alþjóðlegum viðmiðum á fyrirtæki. Ekki dugi að knýja á ríki í að framfylgja lagalegum skuldbindingum sínum um mannréttindi að þau hafi eftirlit með að fyrirtæki geri slíkt heldur verði að setja lög á fyrirtækin beint sem skyldi þau til þess að standa vörð um mannréttindi. Þetta þýðir ekki að sú frumskylda sé færð frá ríki yfir á einkaaðila, að tryggja öllum innan sinnar lögsögu grunnréttindi, heldur sé mikilvægt að fyrirtæki axli lagalega ábyrgð ef þau brjóta mannréttindi.¹⁰⁹ Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu Þjóðanna (1948) er notuð sem viðmið í þessari umræðu. Þótt hún sé ekki lagalega bindandi þjóðréttarsamningur er hún almennt álitin hafa gildi sem venjuréttur. Samningar Alþjóðlegu vinnumálastofnunarinnar eru einnig teknir inn í þessa umræðu til að leggja áherslu á þörfina á lagasetningu um vinnuskilyrði, kaup, heilsuvernd og félagslegt öryggi. Rökin fyrir lagasetningu af þessu tagi eru í stuttu máli þau að stórfyrirtæki hafa orðið uppvís að alvarlegum mannréttindabrotum víða um heim eins og athygli hefur verið vakin á í heimsfréttum.¹¹⁰

Það vandamál sem hér er til umræðu er ekki bundið við einstök ríki og þaðan af síður mögulegar lausnir þar sem hvort tveggja er liður í alþjóðavæðingu; valdamikilir aðilar í viðskiptalífi hafa orðið það sterk ítök í samfélaginu að leiða má líkur að því að hin kjörnu stjórnvöld eygi von um að styrkja stóðir réttarríkisins með liðsinni yfirþjóðlegra samtaka. Rök stjórnvalda eru almennt þau að alþjóðlegt samstarf eins og aðild að EES-samningnum eða Evrópuráðinu sé af hinu góða eða m.ö.o. þjóni lögmætum tilgangi og sé ekki í andstöðu við stjórnلög viðkomandi ríkja,¹¹¹ þótt það síðastnefnda hafi að vísu verið mjög umdeilt í tilfelli aðildar Íslands að EES. Grein 13 í Amsterdam-viðauka við Evrópusambands-samninginn styrkir lagalegan grundvöll félagslegra réttinda, réttinn til að vera ekki mismunað t.d. á grundvelli kynferðis eða þjóðernis á vinnumarkaði og ýtir undir réttarvernd í samskiptum einkaaðila á vinnumarkaði.¹¹²

Alþjóðaviðskiptastofnunin WTO er eina alþjóðlega stofnunin sem hefur eftirlit með reglum um alþjóðleg viðskipti. Hún kveður upp bindandi úrskurði í deilumálum um viðskipti milli ríkja en 148 ríki eiga aðild að WTO, þar á meðal eru Bandaríkin og Evrópusambandið.

destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

¹⁰⁷ Viðleitni alþjóðastofnana eins og SP að kalla fyrirtæki til ábyrgðar birtist m.a. í ákalli Kofi Annan til fyrirtækja í alþjóðasamfélaginu með "Global Compact 2000" og tillögu undirnefndar SP: "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003)". Evrópusambandið hefur einnig sett félagslega ábyrgð fyrirtækja (Corporate Social Responsibility eða CSR) á stefnuskrá sína. CSR felst í því að fyrirtæki í alþjóðlegu umhverfi taki mið af samfélagslegum þörfum og umhverfissjónarmiðum umfram þann lagaramma sem þau starfa innan og þannig fylli hin félagsleg ábyrgð upp í lagarammann en komi ekki í stað laga. Þessi stefna á ekki að standa í vegi fyrir því að stjórnvöld geti sett lög sem skylda fyrirtæki til að virða ákveðin grunnréttindi en áherslan hingað til hefur verið fólgin í því að þróa aðferðir þar sem unnt er að sannreyni að fyrirtæki standi við þessar skuldbindingar. Gott dæmi um slíkt eru jafnréttiskennitölur.

¹⁰⁸ International Commission of Jurists. Sjá: http://www.icj.org/IMG/pdf/NICK_Speech_DK_2.pdf (15. okt. 2005). Ræða Nicholas Howen framkvæmdastjóra Alþjóðlegu Lögfræðinganevndarinnar.

¹⁰⁹ Jafnréttislögin á Íslandi nr. 96/2000 gera það refsivert fyrir fyrirtæki að framfylgja ekki ákvæðum laganna.

¹¹⁰ Unicoal í Burma, Shell í Nígeríu, McDonalds, Nike og fleiri stórfyrirtæki sem hafa orðið uppvís að mannréttindabrotum. Sjá enn fremur: <http://www.business-humanrights.org/Categories/Gettingstarted>

¹¹¹ Sjá: Winfried Brugger, European Integration and the Ideal of the Common Good, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger, bls. 98.

¹¹² Sjá E. Szyszczak, "Social Rights in the European Union" í A. Eide, C. Krause og A. Rosas (ritstj.) *Economic, Social and Cultural Rights*, 2001 Kluwer Law International, bls. 499-501.

WTO hefur sætt mikilli gagnrýni fyrir að vera ekki lýðræðislega ábyrg þar sem „réttarhöld“ /málsmeðferð vegna milliríkjadeilna eru lokuð almenningi og fjölmiðlum; stofnunin er sögð vera í forsvari fyrir auðugri ríki og taki ekki tillit til áhrifa hinna alþjóðlegu viðskipta á vinnuréttindi, barnaþrælkun, umhverfismál og heilsu. Á móti er bent á að með því að ýta undir alþjóðleg viðskipti sé WTO í raun að stuðla að bættum lífskjörum.¹¹³ Þróunarríki líta hins vegar mörg svo á að WTO gefi stórfyrirtækjum veiðileyfi á þau með því að skylda þau ekki til að fylgja lýðræðislega lögmætum markmiðum og viðmiðum um félagslegt réttlæti,¹¹⁴ eins og Evrópusambandið hefur á stefnuskrá sinni. Þó hafa 146 aðildarríki Alþjóðaviðskiptastofnunarinnar undirritað a.m.k. einn alþjóðlegan mannréttindasamning, þar af eru 113 þeirra samningsbundin af Alþjóðasamningi Sameinuðu Þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og öll nema Bandaríkin hafa samþykkt Barnasáttmála Sameinuðu Þjóðanna.

Þeirri röksemd er alfarið hafnað af þeim sem leggja áherslu á löggjöf að markaðurinn geti leyst úr þessum málum sjálfkrafa. Siðareglur sem fyrirtæki eða samtök á markaði fylgja, þ.e. viljayfirlýsingar um góða hegðun eru ekki trúverðugar í ljósi þess að það er ekkert eða lítið eftirlit til staðar og engin viðurlög né refsing eru við því að fylgja ekki viljayfirlýsingum. Ekki er þar með gert lítið úr þeim áhrifum sem siðareglur kunna að hafa og sem viðmið ganga þau jafnvel lengra en lagasetning. Siðareglur stuðla að því að samstaða næst um það að ganga ekki gegn ákveðnum grunngildum, sbr. almenn andúð á barnaþrælkun. Hið umdeilda hugtak „kjarnavinnuréttindi“ er til marks um þá tilhneigingu að samræma löggjöf samrunaferli viðskiptalífsins á alþjóðavettvangi.¹¹⁵ Þessi kjarnaviðmið, sett fram í yfirlýsingu Alþjóðavinnuálagasambandsins¹¹⁶, eru tilraun til að festa í sessi ófrávikjanlegar meginreglur í vinnurétti, þ.e. félagafrelsið, frelsið undan nauðungarvinnu, bann við barnaþrælkun og réttinum að vera ekki mismunað í starfi.¹¹⁷ Áherslan í að tryggja einhvern lágmarkskjarna mannréttinda á hinu gráa svæði einkaréttar byggir m.a. á þeim rökum (eða réttlætingu) að það sé efnahagslega mikilvægt.¹¹⁸

Þing Evrópuráðsins sendi frá sér ályktun 2004¹¹⁹ um nauðsyn þess að gera lagalegar úrbætur varðandi siðferði fyrirtækja sem væri á háskalegum brautum eins og dæmi sýndu beggja megin Atlantsála. Lagði þingið til lagalegar úrbætur á þætti endurskoðenda sbr. lög í Bandaríkjunum í kjölfar stórfelldra hneykslismála en vildi að öðru leyti að stigið yrði varlega til jarðar hvað varðar lögfestu en leggja áherslu á stjórnfestu (*good governance*) með tilheyrandi gagnsæi.¹²⁰ Lagt var til að frekari reglur yrðu settar á grundvelli Samnings Evrópuráðsins um Innherjavíðskipti (1989)¹²¹ í aðildarríkjum með ströngum viðurlögum. Þingið lagði til aukið eftirlit með fjárfestingarþönkum þar sem skil yrðu á milli ráðgjafar til

¹¹³ Sjá fréttavef BBC 24. nóvember, 2005.

¹¹⁴ Ernst-Ulrich Petersmann, “Time for a United Nations Global Compact for integrating Human Rights into the Law of World Wide Organizations: Lessons from European Integration”, *European Journal of International Law*, Vol. 13 (2002), No. 3.

¹¹⁵ Brian A. Langille, “Core Labour Rights – The True Story” (Reply to Alston), *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), No. 3.

¹¹⁶ Yfirlýsing Alþjóðavinnuálagastofnunarinnar um grundvallarvinnuréttindi á ársþingi, 86. þingi, Genf, júní 1998. Sjá: Philip Alston, ‘Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime’ í V. A. Leary og D. Warner (ritstj.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECE and WTO*, 2006 Martinus Nijhoff, bls. 1.

¹¹⁷ Sjá P. Alston, *ibid.*, bls. 2.

¹¹⁸ Ernst-Ulrich Petersmann, “*Taking human dignity, Poverty and Empowerment of Individuals more Seriously: Rejoinder to Alston*”, Jean Monnet working paper no. 12/02. Symposium: Trade and Human Rights: An Exchange. Innskot: höfundur.

¹¹⁹ *Text adopted by the Standing Committee*, acting on behalf of the Assembly, on 7. September 2004 (see [Doc. 10103](#), report of the Committee on Economic Affairs and Development, rapporteur: Mr. Brunhart).

¹²⁰ Sjá Guðmundur Alfreðsson og Herdís Þorgeirsdóttir, „Stjórnfestu“, *Afmælisrit Þórs Vilhjálmssonar*, 2000.

¹²¹ ETS No. 130

stjórnenda fyrirtækja annars vegar og hluthafa hins vegar. Lagt var til aukið aðhald með launagreiðslum til forstjóra sem væru handan og ofan skilnings hins almenna borgara og afnám launaleyndar, þar sem gagnsæi í launagreiðslum skipti meira máli en launamunurinn sem slíkur.

Siðareglur um félagslega ábyrgð fyrirtækja, sem bæði Sameinuðu Þjóðirnar og Evrópusambandið hafa sett á dagskrá skuldbinda fyrirtæki ekki lagalega til þess að standa vörð um mannréttindi þeirra sem eru innan vébanda þeirra og eiga í raun oft meira undir þeim en hinum löglega kjörnu stjórnvöldum.¹²² Í hörðum heimi viðskipta fara boðorð um félagslega ábyrgð fljótt fyrir lítið ef fjárhagslegir hagsmunir eru í húfi. Rannsóknir hafa t.d. leitt í ljós að siðareglur koma sjaldnast inn á veigamikila viðskiptahagsmuni eins og félagafrelsi og kjarasamninga,¹²³ eða launaleynd og vinnustaðasamninga.

Mannréttindadómstóll Evrópu álitur að ef stjórnvöld heimili atvinnurekendum að gera samninga við starfsfólk sem ganga út á að umbuna aðila fjárhagslega afsali hann sér réttindum sem fylgja aðild að stéttarfélagi hafi þau brugðist þeirri skyldu sinni að tryggja félagafrelsi undir 11. grein Mannréttindasáttmála Evrópu, rétti manna til að ganga í stéttarfélög til verndar hagsmunum sínum.¹²⁴

„Leitin að alþjóðlegu réttlæti“ er titill á grein eftir tvo evrópska lagaprófessora, í nýútkomnu riti um alþjóðlega þróun í stjórnskipun, og vísbending um þær áherslur sem eru í þessum fræðum nú.¹²⁵ Inn í umræðuna blandast ýmis fræðileg og óleyst vandamál en þar skiptir ekki minnstu þáttur fyrirtækjanna, sem vart er hægt að líta fram hjá lengur.

Í nýrri stjórnarskrá Fyrrum júgóslavneska Lýðveldins Makedóníu er langur kafli um efnahagsleg og félagsleg réttindi, þar sem nokkur ákvæði beinast að ítarlegri vernd á vinnumarkaði en önnur vernda sérstaklega markaðinn og frumkvæði einstaklinga þar. Þessi tilraun til að gæta meðalhófs minnir á hið „lífræna“ samhengi sem Montesquieu taldi lykilatriði í stjórnskipun. Hann útskýrði hrun og uppgang ríkja eins og lífrænt ferli þar sem röskun á jafnvægi veldur hruni.¹²⁶ Hann benti á hvernig útþensla rómverska heimsveldisins olli hruni þess þar sem einræði gerði út af við lýðveldið. Það er ýmislegt líkt með nútímalegum aðstæðum og Róm til forna, alveg eins og finna má hliðstæður frá endalokum íslenska þjóðveldisins og viðskiptaátökum í upphafi 21. aldar. Um miðbik 13. aldar reyndist vöntun á löggæslu og framkvæmavaldi orlagarík þegar ósætti og ófriður mögnuðust á milli höfðingja. Jafnvægi upphaflegu valdskiptingarinnar raskaðist og goðorðin söfnuðust á fárra hendur, valdabarátta og innanlandsfriður færðust í aukana. Höfðingjar virtu ekki lengur íslenska dóma og utanstefnur hófust. Allt þetta „dró úr viðnámsþrótti gegn ásælni hins erlenda valds“, eins og Ólafur Jóhannesson orðaði það.¹²⁷

4. Fullveldið

¹²² Mannréttindayfirlýsing SP tekur einnig til fyrirtækja og ábyrgðar þeirra í að standa vörð um þau réttindi sem hún tekur til, sbr. orð í formálanum að reglum sem nefndar eru hér að ofan: “*Recognizing* that even though States have the primary responsibility to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights, transnational corporations and other business enterprises, as organs of society, are also responsible for promoting and securing the human rights set forth in the Universal Declaration of Human Rights.”

¹²³ Sjá N. Howen, http://www.icj.org/IMG/pdf/NICK_Speech_DK_2.pdf (15. okt. 2005).

¹²⁴ Wilson, National Union of Journalists og fleiri gegn Bretlandi, *Umsóknir nr. 30668/96, 30671/96 og 30678/96, 2. júlí, 2002.*

¹²⁵ E. Wyler og A. Papaux, “The Search for Universal Justice” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 273. Hér verður ekki haldið áfram í flókinni og gagnrýnni umræðu á sjálfhverfu vestrænnar lagahyggju.

¹²⁶ I. Berlin, *Against the Current*, 1977 Edinburgh University Press, bls. 143-144 (fyrsta útg. 1959).

¹²⁷ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands, 2. útgáfa*, 1978 Íðunn, bls. 27.

Í dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli *Roper gegn Simmons*¹²⁸ í mars 2005 flutti Antonin Scalia sérálit sitt með hári raust líkt og höfðingi á Sturlungaöld.¹²⁹ Hann gerði „ásælni hins erlenda valds“ inn í hin helgustu vé bandarískrar réttvísi að umtalsefni.¹³⁰ Meirihluti dómstólsins komst að þeirri niðurstöðu að dauðarefsingar yfir ungu fólki samræmdust ekki ákvæði bandarísku stjórnarskrárinnar sem bannar ómannúðlega og vanvirðandi meðferð og vék því frá fyrra fordæmi um lögmæti dauðarefsinga unglunga.¹³¹ Hæstiréttur byggði niðurstöðu sína á því að samfélagsleg viðhorf hefðu þróast með þeim hætti að dauðarefsing yfir unglungum undir 18 ára aldri, sem hefðu gerst sekir um alvarlega glæpi, væri ómannúðleg og vanvirðandi meðferð. Einnig vísaði dómstóllinn í lög erlendra ríkja þar sem dauðarefsing yfir unglungum hefur verið afnumin enda brýtur hún í bága við 37. grein Barnasáttmála Sameinuðu Þjóðanna, sem öll ríki veraldar að Bandaríkjunum og Sómalíu undanskildum hafa undirritað.¹³²

Í séráliti Antonin Scalia kom fram hörð gagnrýni á meirihluta dómenda fyrir að líta til þjóðaréttarins í túlkun á bandarísku stjórnarskránni. Í grunninn beindist gagnrýni hans að því að dómstóllinn væri kominn langt út fyrir valdmörk sín, þar sem dómstóllinn væri að leggja mat á hvað lögín ættu að þýða og jafnvel þótt að lögín væru „slæm“ í skilningi almennra, samfélagslegra og alþjóðlegra viðhorfa væri slík afstaða íhlutun í störf löggjafans „hjarta fullveldisins“.¹³³

Hafa ber í huga að fullveldið sjálft, þ.e. sjálfsákvörðunarréttur þjóðarinnar, er ofar hinum þáttunum, þ.e. lífveran, sem hjartað vinnur fyrir. Það er hinn raunverulegi stjórnarskrárgjafi, „frumuppspretta“ ríkisvaldsins¹³⁴ og inn á svið stjórnarskrárgjafans má almenni löggjafinn aldrei stíga.¹³⁵ Stjórnlagadómstóll Þýskalands hefur orðað það þannig að stjórnarskrárgjafinn hafi reynt að raungera hugmyndina um réttlæti í stjórnarskránni.¹³⁶ Þannig finnur fólkið grundvallarkröfunum um réttlæti, sanngirni og jafnræði farveg í gegnum stjórnskipunina. Eins og 3. gr. frönsku Mannréttindayfirlýsingarinnar frá 1789 segir: „Allt þjóðfélagsvald á rætur sínar hjá þjóðinni. Engin stofnun og enginn einstaklingur getur farið með vald, nema beinlínis sé þaðan runnið.“¹³⁷

Stjórnarskrárgjafinn (*pouvoir constituant*) er í upphafi einskonar hluti af náttúruarétti, þ.e. hinn eiginlegi sjálfsákvörðunarréttur þjóðarinnar sem er handan og ofan við stjórnlögin (í upphafi). Handhafar ríkisvaldsins eru bundnir af stjórnarskránni. Stjórnarskrárgjafinn setur „endurskoðunarvaldið“ inn í ákvæði stjórnarskrár og má af því draga þá ályktun að handhafar ríkisvaldsins (*pouvoir constitué*) sem móta síðan aðra lögskipun á grundvelli stjórnarskrárinnar sé í raun búinn að taka til sín sjálfsákvörðunarréttinn eða fullveldið – þar sem endurskoðunarvaldið er hluti af hinni pósitoívsku lögskipan (vildarréttinum).¹³⁸ Um þetta

¹²⁸ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹²⁹ Franskur dómari sem var viðstaddur dómsuppkvaðninguna lýsti fyrir mér hvernig Scalia flutti sérálit sitt við dómsúrskurðinn, sem hann taldi óvenjulegt en sem honum væri að sama skapi ógleymanleg lífsreynsla.

¹³⁰ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

¹³¹ *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815 (1998).

¹³² Bandaríkin undirrituðu Barnasáttmála SP, 16. febrúar 1995, en hafa ekki fullgilt samninginn. Ákvæði sáttmálans sem bannar dauðarefsingar gengur í berhögg við lög margra fylkja í BNA sem heimila dauðarefsingar vegna glæpa sem framdir eru af einstaklingum þegar þeir eru á aldrinum 16-18 ára. Því gæti niðurstaða hæstaréttar í málinu *Roper g. Simmons* haft áhrif á afstöðu BNA til að fullgilda Barnasáttmálann. Stjórn Bush er þó andvíg samþykkt þar sem önnur ákvæði sáttmálans þykja ganga of langt í að tryggja börnum efnahagslega og félagslega velferð sem bandarísk stjórnvöld eru ekki tilbúin að undirgangast með þessum hætti.

¹³³ Eins og hann komst að orði með sömu rökum í dóminum *Thompson v. Oklahoma*, 487 US 815 (1998).

¹³⁴ Ólafur Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, bls. 96.

¹³⁵ *Ibid.*, bls. 91.

¹³⁶ (BVerfGE 3, 225 (233)). Sjá R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, bls. 366.

¹³⁷ Sjá Ólaf Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, bls. 96.

¹³⁸ Kazuyuki Takahashi, “Why do we study constitutional laws of foreign countries, and how?” í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger, bls. 53. Það var

er að sjálfsögðu deilt – þ.e. hvort sjálfsákvörðunarrétturinn liggi ennþá hjá „þjóðinni“, sem sé raunveruleg uppspretta alls valds.¹³⁹ Slær hjartað í takt við almannaviljann? Fær almannaviljinn að vera áfram sú frumuppspretta alls valds sem honum ber, sbr. fyrsta ákvæði sænsku stjórnarskrárinnar. Þar segir m.a. að allt opinbert vald í Svíþjóð eigi rætur hjá þjóðinni; að sænskt lýðræði byggji á frjálsri skoðanamyndun og almennum og jöfnum kosningarétti.

Í framhaldi af þessu má spyrja varðandi endurskoðun íslensku stjórnarskrárinnar hverjir ákveði um þessar mundir hvaða kafla eigi að endurskoða, með hvaða hætti og hverjir komi að þeirri endurskoðun? Getur þjóðin gripið inn í þetta ferli, sem *pouvoir constituant*, ef hún vill? Eða hefur hún afsalað sér fullveldinu með því að setja sér stjórnarskrá og velja sér stjórnarform en takmarka framlag sitt eins og í íslensku stjórnarskránni þaðan í frá með 11. gr., 26. gr. og 2. mgr. 79 gr. stjkskr. um að tiltekin lögjafarmálefni skuli bera undir þjóðaratkvæði sem hefur síðan aldrei verið gert á lýðveldistímanum? Fólki fær tækifæri til að tjá sig í almennum kosningum á fjögurra ára fresti eða þegar yfirvöld boða til áður en kjörtímabili lýkur. Valið er mjög takmarkað, þar sem fólk kys fulltrúa sína á grundvelli flokka ekki málefna og getur ekki sett þeim neina frekari skilmála og hefur enga tryggingu fyrir því að heill flokkur sé með hjarta sem slái í takt. Þingmenn eru ekki bundnir við neinar reglur frá kjósendum sínum, sbr. 48. gr. stjórnarskrárinnar. Það að þingmenn vinni eið að stjórnarskránni þýðir fyrst og fremst að þingmaður hefur siðferðilegar skyldur og pólitíska ábyrgð fremur en lagalegar skyldur.¹⁴⁰ Því má segja að fyrir utan starfsskyldur þingmanna að þá sé pólitísk ábyrgð þeirra fólgin í því að standa vörð um stjórnarskrána, þ.e. taka ekki þátt í lagasetningu sem fer gegn henni og í annan stað að standa að lagasetningu sem ýtir undir að ákvæðum stjórnarskrár sé framfylgt í raun.

Í nýlegri tillögu til þingsályktunar um rannsókn á þróun valds og lýðræðis er því haldið fram að „ákvarðanir sem máli skipta fyrir þjóðarbúið séu í auknum mæli að færast frá vettvangi stjórnmalanna yfir á vettvang fjármála- og atvinnulífs.“¹⁴¹ Í umræðu um stjórnmal um nokkuð langt skeið hefur gætt tortryggni í garð stjórnmalamanna. Leynd yfir fjárfrahlögum til stjórnmalaflokka varpar skugga á heilindi þeirra andspænis sterkum öflum í viðskiptalífi og þeir sitja einnig undir ámæli um að láta flokksaga ganga frammar sannfæringu sinni. Í ljósi þróunar á undanförunum árum telja alþingismennirnir brýnt að skoða samþjöppun fjármagns og valds; vaxandi tekju- og eignaskiptingu; aðhaldshlutverk fjölmiðla í þessu ferli og áhrif valdablokka í viðskiptalífi á almanna hagsmunum. Ef hnignandi trú á fulltrúalýðræðinu¹⁴² á við rök að styðjast er hæpið að stjórnarskrárgjafinn hafi mikið að segja um mótun réttláts samfélags, alla vega ekki í grundvallaratriðum. Einn helsti lögspekingur í Weimar-Lýðveldi Þýskalands og síðar þjóðernisflokks Nasista, Carl Schmitt, gagnrýndi þingmannasamkundur fulltrúalýðræðisins fyrir að vera „sýningarglugga ólíkra hagsmuna“¹⁴³, þar sem lögjafarvaldið hefði ekki tögl og hagldir sjálft heldur væri það háð og undirorpið ytri þrýstingi. Schmitt kallaði þetta „*ástand pacta sunt servanda*“ milli hinna stríðandi hagsmunahópa sem líkja mætti við vopnahlé og væri ávísun á enn meiri óstöðugleika.

Abbé Emmanuel Joseph Siéyès, franskur byltingarmaður sem kom upphaflega með þessa skilgreiningu, cf., E. J. Sieyes, *Political Writings*, ritstj. M. Sonenscher, 2003 Hackett.

¹³⁹ Cf., William E. Scheuerman, “Revolutions and Constitutions: Hanna Arendt’s Challenge to Carl Schmitt” í *Law as Politics, Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, ritstj. David Dyzenhaus. 1998 Duke University, bls. 257.

¹⁴⁰ Ólafur Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, bls. 242.

¹⁴¹ 132. lögjafarþing. Þingskjal 20 – 20. mál. Tillaga til þingsályktunar um rannsókn á þróun valds og lýðræðis. <http://www.althingi.is/altext/132/s/0020.html>

¹⁴² Við stofnun Evrópuráðsins 1949 var vernd fulltrúalýðræðis þess se eitt af markmiðum hinna yfirþjóðlegu samtaka, sjá www.coe.int.

¹⁴³ Dominique Leydet, “Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy” í David Dyzenhaus (ritstj.), *Law as Politics, Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, 1998 Duke University Press, bls. 113.

Umræður í þessu ástandi eru lýðskrum til að ganga í augun á kjósendum en ekki til að fá niðurstöðu í brýnum málum.¹⁴⁴

Lýðræðislegt samfélag byggir m.a. á þeirri forsendu að fjölmiðlar gegni aðhaldshlutverki og slíkt er í þágu sjálfsákvörðunarréttar þjóðarinnar. Hér verður ekki farið út í að ræða það sem H.L.A. Hart kallaði „innri skoðun“ í meirihluta lýðræði, þ.e. tryggingu fyrir því að fólkíð sjálft glutri ekki lýðræðinu niður. Í þýsku grunnlögunum er sérstakt ákvæði (79. gr. (3)) sem á að tryggja það að hinu lýðræðislega fyrirkomulagi verði ekki tortímt. Ráðherranefnd Evrópuráðsins hefur í ályktunum sínum ítrekað látið í ljósi áhyggjur vegna vaxandi almenns sinnuleysis í Evrópu varðandi borgaralega þátttöku í stjórnmálum og virðingarleysis fyrir lýðræðislegum stofnunum.¹⁴⁵

Tjáningarfrelsið er eitt veigamesta tækið til að standa vörð um lýðræði, réttarríki og önnur mannréttindi. Íslenska ákvæðinu um vernd tjáningarfrelsis var afar ábótavant frá því að það kom fyrst fram í 54. gr. stjórnarskrárinnar 1874¹⁴⁶ og þar til því var breytt með lögum nr. 97/1995 þótt sú vernd gangi skemur en mjög víða annars staðar. Rithöfundur sem var dæmdur fyrir skrif sín á grundvelli þágildandi ákvæðis 108. gr. alm. hgl. fyrir brot gegn valdstjórninni fór með mál sitt til Mannréttindadómstóls Evrópu sem úrskurðaði, 25. júní 1992, að íslensk stjórnvöld hefðu brotið gegn tjáningarfrelsi hans. Í kjölfarið á þessum dómi Mannréttindadómstóls Evrópu, í máli Þorgeirs Þorgeirsonar¹⁴⁷ gegn Íslandi, ákvað dómsmálaráðherra að skipa nefnd sem falið var að gera tillögur um viðbrögð við dóminum og kanna hvort ekki væri tímabært að lögtaka mannréttinasáttmála Evrópu. Dómurinn í máli Þorgeirs Þorgeirsonar var tímamótadómur í þrennum skilningi. Mannréttindadómstóllinn útvíkkaði heimildina til pólitískrar tjáningar í lýðræðissamfélagi, 108. gr. alm. hgl. var felld niður með þeim afleiðingum að það varðar ekki lengur við hegningarlög að vera stóryrtur í skrifum um stjórnvöld og mál sem varða almenning. Í þriðja lagi var Mannréttinasáttmáli Evrópu í kjölfarið lögfestur á Íslandi.

Þannig markaði utanstefna íslensks rithöfundar tímamót í réttarsögu íslenska ríkisins. Hann sagði sjálfur í mörgum fréttaviðtölum á meðan hann lifði, að það væri valdið eða í raun misbeiting þess, sem hefði kippt fótunum undan honum eins og hann upplifði eftir að vera dæmdur af Hæstarétti fyrir brot gegn valdstjórninni árið 1983 fyrir skrif sín um þjóðfélagsmál.

Tjáningarfrelsið er í stjórnskipun fremstu lýðræðisríkja heims álitíð hornsteinn samfélagsins. Það hefur löngum verið vitað að tjáningarfrelsið gegnir hlutverki öryggisventils í samfélaginu þar sem ótti við að tjá sig, elur af sér kúgun sem kallar á hatur sem ögrar stöðugleika. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur hins vegar með framsækinni lögskýringu hnykkt á þeim meginforsendum tjáningarfrelsisverndarinnar að það er tæki einstaklings til þroska í samfélagi við aðra. Pólitísk umræða er liður af sjálfsákvörðunarrétti hvernar þjóðar og lífsnauðsynleg lýðræðinu.¹⁴⁸ Síðast en ekki síst hefur Mannréttindadómstóll Evrópu undirstrikað athafnaskyldu stjórnvalda í að tryggja fjölræði og fjölbreytni á fjölmiðlamarkaði í ljósi þessara forsendna.

Í þingumræðum um fullgildingu Mannréttinasáttmálans haustið 1951 kom það sjónarmið fram að sáttmáli þessi væri ekki að færa Íslendingum ný réttindi heldur staðfesta þau sem þeir þegar nutu í almennri löggjöf og að nokkru leyti í stjórnarskránni. Það í sjálfu sér að grundvallaratriði réttarríkis séu bundin í stjórnarskrá staðfestir ekki skuldbindingu

¹⁴⁴ Ibid 114-122.

¹⁴⁵ Ráðherranefnd Evrópuráðsins ályktun nr. 12 (2002) um upplýsta þátttöku borgara í lýðræði.

¹⁴⁶ Aðeins sá hluti þess sem er prentfrelsið naut verndar.

¹⁴⁷ Hann kaus að skrifa föðurnafn sitt með einu s-i og þannig er heiti málsins á dómaskrá Mannréttindadómstóls Evrópu; *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*.

¹⁴⁸ Sbr. dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu allt frá *Handyside gegn Bretlandi* 1976, 7. desember 1976, Series A nr. 24.

ríkisins, hvorki í orði né borði.¹⁴⁹ Fyrir hið fyrsta ríkir ekki einhugur í afstöðunni til meginþátta stjórnskipunarinnar og hvað þá þeirra hugtaka sem hún hverfist um án þess að þeir séu lögvarðir með beinum hætti. Það er engin almenn lýðræðisyfirlýsing í íslensku stjórnarskránni.¹⁵⁰ Endurskoðaðar stjórnarskrár eins og sú finnska leggur áherslu á að stjórnarskrár eigi að tryggja mannhelgi hvers einstaklings og stuðla að samfélagslegu réttlæti. Valdið er hjá fólkinu sem þingið er fulltrúi fyrir (2. gr.) og lýðræðið er skilgreint strax í upphafi sem réttur einstaklings til þátttöku og áhrifa í samfélaginu og á lífsafkomu sína (3. gr.).

Fullveldið sem slíkt á undir högg að sækja í alþjóðasamrunanum vegna tilkomu alþjóðlegs samstarfs, alþjóðlegra skuldbindinga, yfirþjóðlegra eftirlitsstofnana og þeirrar staðreyndir að ákvarðanir eða aðgerðir ríkja hafa oft áhrif langt út fyrir lögsögu þeirra. Slík þróun er engu að síður í ljósi þess sem hér er rætt mikilvæg öllum ríkjum til að tryggja lýðræðislegt fullveldi eða raunverulegan sjálfákvörðunarrétt þjóðarinnar.¹⁵¹

5. Samanburðurinn

Í alþjóðasamfélaginu nú flæða nýjar hugmyndir um réttláta stjórnskipun óhikað yfir landamæri. Samanburður á stjórnskipun ríkja er stór þáttur af rannsóknum í stjórnskipun í fræðasamfélaginu og þjónar þeim tilgangi að finna hagkvæmar og nothæfar lausnir á líkum vandamálum með fræðilegri og gagnrýninni fjarlægð frá pólitískum stundarhagsmunum, sem kunna að villa mönnum sýn. Í stað þess sem sumir kalla ofuráherslu á þjóðríkið miðast hinn svonefndi „heimsréttur“ að því að tryggja það sem er samfélögum fyrir bestu fremur en að einblína á stöðu þjóðríkisins sem slíks.¹⁵² Hugtakið alþjóðasamfélag er vísbending um breyttar áherslur. Samræming í grundvallarviðmiðum í stjórnskipun rýfur hefðbundna múra lagakerfa og er að mati margra hluti af hnattvæðingu. Annað einkenni hnattvæðingar er sú staðreynd að ekkert meiriháttar félagslegt vandamál sem upp kemur innan ríkis verður alfarið leyst innan þeirrar lögsögu.¹⁵³ Stjórnarskrá Lýðveldisins Suður-Afríku, sem er frá 1996 tekur fram í ákvæði um hvernig beri að túlka stjórnarskrána að túlkunin verði að styrkja grundvallargildi opins, lýðfrjáls samfélags sem byggir á mannréttindum, jafnrétti og frelsi og til þess verði að líta til alþjóðalaga.

Alþjóðavæðing réttarríkisins krefst samræmingar í nálgun löggjafa og dómstóla. Með tilkomu nýrra stjórnarskráa, staklega í Mið- og Austur- Evrópu og breytingum á eldri stjórnarskrám þykir sýnt að grundvallarviðmið í stjórnskipun ríkja stefna í svipað horf. Þessi samruni í stjórnskipulegum grundvallarviðmiðum byggir annars vegar á algildum mannréttindareglum og hins vegar á 19. aldar hugsmíðum tengdum opinberum rétti, svo sem

¹⁴⁹ Sjá MacDarrow og Philip Alston, “Bills of Rights in Comparative Perspective”, í P. Alston (ritstj.) *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999 Oxford University Press bls. 465.

¹⁵⁰ Sbr. Ólafur Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, bls. 96; tiltekur nokkur óræk lýðræðiseinkenni eins og sjálfstæði dómstóla.

¹⁵¹ Sjá einnig: A. Von Bogdany í G. Nolte (ritstj.), *European and US Constitutionalism: Science and technique of democracy*, 2005 Council of Europe, bls. 248. Hann bendir á 3. gr. (4) í drögum að Stjórnarskrá ESB í þessu samhengi.

¹⁵² D. M. Johnston, “World Constitutionalism in the Theory of International Law” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston (ritstj.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 7.

¹⁵³ Brun-Otto Bryde, “International Democratic Constitutionalism” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 103.

fullveldi, þegnum, venju, lögsögu og fleira.¹⁵⁴ Þróunin stefnir að mati margra í samruna stjórnskipunar og þjóðaréttar sem nokkurs konar „heimsréttar“ (*world law*).¹⁵⁵

Stjórnskipun íslenska ríkisins er reist á svipuðum hugsjónum og fyrirmyndum og stjórnskipun annarra Evrópuríkja og auk aðildar okkar að EES og með lögfestingu Mannréttindasáttmála Evrópu sem og staðfestingu fleiri alþjóðlegra sáttmála er nú langsótt að skilgreina stjórnskipun okkar og lögskipan sem sprötna af þjóðlegri rót eða að hún sé löguð eftir landsháttum, eins og áður var gert.¹⁵⁶ Samanburður leiðir að vísu í ljós að í íslensku stjórnarskránni er raunveruleg aðgreining valdsins sem „mun frelsa oss“¹⁵⁷ hvorki áþreifanlega skýr né trúverðug.¹⁵⁸ Löggjafarvald og framkvæmdarvald er mjög samofið á Íslandi. Ekki þykir komið fyllilega í veg fyrir ofríki eins valdhafa eða að hann fari að eigin geðþótta,¹⁵⁹ ekki er kveðið skýrt á um sjálfstæði dómstóla¹⁶⁰ né er mannhelgi einstaklinga sérstaklega vernduð,¹⁶¹ þótt hún sé undirliggjandi viðmið margra ákvæða eins og undirstöðureglunnar um að engan megi svipta frelsi nema samkvæmt heimild í lögum og bann við ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Réttarstaða frelssviþra manna var ekki bundin í stjórnarskrá fyrr en með lögum nr. 97/1995 né það að engum verði gert að leysa af hendi nauðungarvinnu. Þá var börnum ekki tryggð sérstök vernd í stjórnarskrá fyrir breytingarnar 1995.¹⁶²

Hinar alþjóðlegu mannréttindareglur hafa breytt hefðbundinni afstöðu til fullveldis þjóða. Norska stjórnarskráin inniheldur t.d. ákvæði sem heimilar framsal á einstaka þáttum ríkisvaldsins til alþjóðlegra stofnana sem Noregur á aðild að í því skyni að tryggja friðsamleg samskipti þjóða og efla réttarríkið.¹⁶³ Mannréttindasáttmáli Evrópu og báðir alþjóðasamningar Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg, stjórnmalaleg, efnahagsleg og félagsleg réttindi¹⁶⁴ voru lögfestir með sérstökum mannréttindalögum 1999 en samkvæmt þeim ganga þessir alþjóðlegu samningar framur landslögum.¹⁶⁵

Þjóðarétturinn er kominn langt út fyrir það svið að vera aðallega bundinn við samskipti á milli þjóða og fulltrúa þeirra. Vegna alþjóðlegra skuldbindinga eru ríki búin að setja eigin stefnumótun og löggjöf skorður í þeim tilgangi að þegnar njóti verndar gegn valdníðslu. Eftir helförina og aðrar hörmungar um miðbik 20. aldar urðu þessi umskipti og fáir draga úr mikilvægi þeirra fyrir mannkynið. Alþjóðlegt samfélag lýðræðislegra réttarríkja er enn sem komið er fjarlægur draumur. Evrópusambandið er á vissan hátt skref í þá átt, þótt

¹⁵⁴ Sjá, D. M. Johnston, “World Constitutionalism in the Theory of International Law” í ” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston (ritstj.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 28.

¹⁵⁵ Sjú einnig Gavin W. Anderson, *Constitutional Rights After Globalization*, 2005 Hart Publishing, Oxford.

¹⁵⁶ Sbr. Ól. Jóh. Stjórnskipun Íslands, bls. 22.

¹⁵⁷ Jesaja 33.22: *Drottinn er vor dómari, Drottinn er vor löggjafi, Drottinn er vor Konungur, hann mun frelsa oss.*

¹⁵⁸ Sjú grein eftir Þorstein Magnússon, „Alþingi í ljósi samþættingar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds“, *Tímarit Lögræðinga*, 2. hefti, 55. árg. 2005, bls. 197. Hann er þeirrar skoðunar að ákveðin samþætting hafi orðið á þessum tveimur handhöfum ríkisvaldsins.

¹⁵⁹ Friðgeir Björnsson sagði í grein, „Tvískipt ríkisvald?“ (*Tímarit lögræðinga*, 1. hefti, 49. árg. 1999, bls. 3-4), það „ekki mjög fjarri lagi að segja að sú sé staða mála að ríkisstjórn með forsætisráðherra í broddi fylkingar fari í raun bæði með handhöfn framkvæmdarvalds og löggjafarvalds í flestu því sem einhverju máli skiptir.“

¹⁶⁰ Sbr. danska stjórnarskráin.

¹⁶¹ Sbr. 1. gr þýsku grunnlaganna.

¹⁶² Ísland staðfesti Barnasáttmála Sameinuðu Þjóðanna 28. október 1992.

¹⁶³ § 93. For at sikre den internationale Fred og Sikkerhed eller fremme international Retsorden og Samarbejde kan Stortinget med tre Fjerdedeles Flertal samtykke i, at en international Sammenslutning som Norge er tilsluttet eller slutter sig til, paa et sagligt begrænset Omraade, skal kunne udøve Beføjelser der efter denne Grundlov ellers tillige Statens Myndigheder, dog ikke Beføjelse til at forandre denne Grundlov. Naar Stortinget skal give sit Samtykke, bør, som ved Behandling af Grundlovsforslag, mindst to Trediedele af dets Medlemmer være tilstede.

¹⁶⁴ Frá 1966.

¹⁶⁵ Council of Europe Venice Commission, *Constitutions of Europe*, 2004 Martinus Nijhoff, bls. 1302.

lýðræðishallinn þar sé áhyggjuefni í aðildarríkjunum. Tilvist sambandsins þykir vísbending um möguleikann á yfirþjóðlegu réttarríki.¹⁶⁶

Framsal valdheimilda íslenska ríkisins til alþjóðlegra stofnana¹⁶⁷ er ekki skýr. Talsverðar efasemdir voru uppi um það hvort aðild Íslands að EES-samningnum 1993 samrýmdist stjórnarskránni en í henni er ekkert ákvæði sem heimilar framsal fullveldis að ákveðnum skilyrðum fullrytum.¹⁶⁸ Vegna aukins alþjóðslegs samstarfs eru heimildir fyrir slíku framsali til alþjóðlegra stofnana víða í evrópskum stjórnarskrám.¹⁶⁹ Þetta er liður af þeirri breyttu sýn á alþjóðlegt samstarf ríkja í að styrkja réttarríkið, réttaröryggi, stöðugleika og stofnanalega ábyrgð.¹⁷⁰ Umhverfismál, varnarmál og mannréttindamál eru meðal þeirra þátta sem stjórnvöld aðildarríkja telja betur borgið á yfirþjóðlegum vettvangi.¹⁷¹

Innan Evrópuráðsins eru nú 46 aðildarríki, sem hafa samþykkt lögsögu Mannréttindadómstóls Evrópu. Hann hefur með dómaframkvæmd sinni undanfarna áratugi haft gífurleg áhrif á réttarframkvæmd í aðildarríkjunum og langt út fyrir þau með túlkun sinni á grundvallarréttindum Mannréttinasáttmálans. Fyrir vikið hafa ríki þurft að taka til endurskoðunar ýmislegt varðandi eigin athafnaskyldur og í kjölfarið að skoða betur í samhengi við eigin stjórnskipun afstöðuna til þeirra grunnilda sem Evrópuráðið byggir á, lýðræðis, mannréttinda og réttarríkis. Evrópusambandið fann sig knúið til að breyta stofnasáttmála sínum til samræmis við þær væntingar, sem Evrópuráðið byggir á, með Maastricht-samningnum 1992 (gr. F(2)) og síðar Amsterdam-samningnum 1997 með grein 6 (1) þar sem Evrópusambandið er sagt byggja á frelsi, lýðræði, virðingu fyrir mannréttindum og réttarríki sem eru grundvallargildi sameiginleg aðildarríkjunum. Áhrifa Mannréttinasáttmála Evrópu hefur víða gætt í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins¹⁷² sem og í stjórnarskrárþróun og lögskipan aðildarríkja. Hið athyglisverðasta í þessari þróun er sú óbeina krafa sem upp er komin að ríki skilgreini eða jafnvel endurskilgreini afstöðu sína til samfélagslegs réttlætis þegar þau leitast við að uppfylla þær væntingar sem samanburðarstjórnskipunin ýtir undir nú í upphafi 21. aldar.

6. Viðnámið

Við lögleiðingu Mannréttinasáttmála Evrópu í íslenskum rétti tók íslenska ríkið þá einstöku ákvörðun að verjast ásælni hins erlenda valds með sérstöku ákvæði í 2. grein laganna, sem tekur fram að úrlausnir Mannréttindanefndarinnar, Mannréttindadómstólsins og Ráðherranefndar Evrópuráðsins séu ekki bindandi að íslenskum landsrétti.¹⁷³ Mun þetta

¹⁶⁶ Brun-Otto Bryde, "International Democratic Constitutionalism", í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston (ritstj.), *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff, bls. 119.

¹⁶⁷ Sbr. Alþt. 2004 – 2005, A-deild, bls. 131.

¹⁶⁸ Stjórnarskráin heimilar ekki beint framsal eins og sú norska. Upp úr miðri síðustu öld var ákvæði um heimild til slíks framsals sett í margar evrópskar stjórnarskrár. Þar var gert ráð fyrir að heimilt væri að takmarka fullveldi þeirra með því að framselja valdheimildir ríkisins að vissu marki til alþjóðlegra stofnana. Rökin að baki þessum ákvæðum voru þau að með því hefðu ríki aukið svigrúm til þátttöku í alþjóðlegu samstarfi í því skyni að tryggja frið og efla samskipti við önnur ríki á grundvelli alþjóðalaga og friðsamlegri lausn deilumála, jafnvel fyrir sjálfstæðum stofnunum sem hefðu vald til að taka bindandi ákvarðanir.

¹⁶⁹ Sbr. 10 kafli sænsku Stjskr.; 20. gr. dönsku Stjskr.; 93. gr. norsku stjskr. Sjá einnig 94. gr. finnsku stjskr.

¹⁷⁰ Winfried Brugger, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger, bls. 93.

¹⁷¹ Winfried Brugger, bls. 102.

¹⁷² C. Leben, "A European Approach to Human Rights" í P. Alston (ritstj.), *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press, bls. 71.

¹⁷³ Lög nr. 62/1994, 2. gr.

ákvæði ekki eiga sér hliðstæðu við lögleiðingu sáttmálans í öðru aðildarríki.¹⁷⁴ Engu að síður voru rökinn fyrir lögfestingu þau að tryggja réttarstöðu einstaklinga hér á landi. Breyting á mannréttindakafla stjórnlaganna¹⁷⁵ sjálfra ári síðar þjónaði sama tilgangi án þess að hægt sé að fullyrða að almenn afstaða til ríkisvaldsins hafi verið að breytast.

Í athugasemdum við frumvarp um lögfestingu Mannréttindasáttmálans segir að til „að efna skuldbindingar sínar, sem fylgja aðild að Mannréttindasáttmálanum, verða ríkin, sem í hlut eiga, að haga löggjöf, stjórn- og dómsýslu sinni þannig að ofangreind réttindi séu virt. Í vel flestum atriðum eru þessi réttindi þess eðlis að þau beinast að ríkjunum sjálfum sem bera þá skyldurnar sem svara til réttindanna. Réttindin eru aðeins í undantekningartilvikum þess efnis að skyldur falli á einstaklinga eða samtök þeirra. Í raun má því segja að þegar rætt er um mannréttindi samkvæmt þessum sáttmála sé í meginatriðum átt við frelsisréttindi einstaklinganna til að haga lífi sínu, skoðunum og athöfnum að eigin vild án þess að eiga á hættu afskipti eða íhlutun ríkisins. Þessi afmörkun á hugtakinu mannréttindi eða eðli þeirra er í samræmi við viðtekinn skilning á því.”¹⁷⁶

Það er erfitt að fallast á þessa afmörkun á hugtakinu í ljósi 1. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem segir að ríkið verði að tryggja öllum innan sinnar lögsögu þau réttindi sem eru í sáttmálanum. Margir fræðimenn hafa sýnt með óyggjandi hætti fram á athafnaskyldu ríkja (bæði á grundvelli dómaframkvæmdar sem og með beinni vísan í ákvæði sáttmálans sjálfs) undir ýmsum kringumstæðum til að vernda einstaklinga bæði frá opinberum aðilum og einkaaðilum eins og vikið verður nánar að.¹⁷⁷

Við endurskoðun mannréttindaákvæða í Stjórnarskránni 1994 benti stjórnarskrárnefnd á að alþjóðlegir sáttmálar sem Ísland er aðili að fælu ekki í sér skuldbindingu af hálfu aðildarríkjanna til að stjórnarskrárbinda þau. Að auki var bent á að ekki þætti heppilegt að ákvæði stjórnarskrár væru of ítarleg þar sem sú hætta væri fyrir hendi að gagnályktun yrði beitt gagnvart öðrum mikilvægum samningsbundnum atriðum sem ekki væru tekin með í stjórnarskrá og draga mætti í efa gildi almennra stefnuyfirlýsinga sem ekki væri hægt að byggja lagalegan rétt á.¹⁷⁸

Staða mannréttinda í stjórnarskrám ríkja afhjúpar á vissan hátt ríkjandi pólitíska afstöðu¹⁷⁹ þótt varast beri að draga of miklar ályktanir um réttarvitund þegnanna eða stjórnvalda af orðalagi ákvæðanna einna saman. Borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi áttu ekki upp á pallborðið í fyrrum ríkjum Austur-Evrópu og Sovétríkjunum. Þar var aftur á móti lögð meiri áhersla á efnahagsleg og félagsleg réttindi sem stjórnvöld vestrænna ríkja vildu meina að kæmu sem afleiðing af hinu borgaralega frelsi. Þó fer víðsjarri að um slíkt hafi ríkt einhugur og því til staðfestingar er svonefnd Vínaryfirlýsing 1993 þar sem 171 ríki á heimsráðstefnu um mannréttindi lýstu því yfir að „öll mannréttindi séu algild, óaðskiljanleg, hvert öðru háð og innbyrðis tengd.“¹⁸⁰ Sú formlega samstaða sem birtist í þessari yfirlýsingu kann að vera dulið yfirvarp yfir langvarandi ágreining um raunverulega stöðu félagslegra og efnahagslegra réttinda. Eru þau mikilvægari hinum sígildu borgaralegu frelsisréttindum eða eru þau aðeins pólitískt viðmið en ekki raunveruleg réttindi í skilningi laga um

¹⁷⁴ Andrew Drzemczewski, yfirmaður laganeftar þingmannanefndar Evrópuráðsins, staðfesti aðspurður v. ritunar þessarar greinar að Ísland sé eina ríkið af þeim sem hafa lögleitt sáttmálann í Evrópu sem hafi farið þessa leið.

¹⁷⁵ Lög nr. 97/1995.

¹⁷⁶ Sbr. Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 445.

¹⁷⁷ A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004 Hart Publishing, Oxford, bls. 4. Sjá kafla 8 hér á eftir.

¹⁷⁸ Sbr. Alþt. 1993 – 1994, A-deild, bls. 2070.

¹⁷⁹ J. P. Théron, “A European Perspective: Economic and Social Rights in the French Constitution” í V. C. Jackson og M. Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, bls. 231.

¹⁸⁰ World Conference on Human Rights: Vienna Declaration and Programme of Action, UN doc. A/CONF.157/23, Part 1, § 5: “[a]ll human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.”

réttlátt/réttlátara samfélag sem kallar á íhlutun stjórnvalda með tilheyrandi skerðingu á frelsi einstaklinga?¹⁸¹

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur svarað þessari spurningu með því að segja að engin vatnsheld skil séu á milli þessara réttinda í raun og veru af þeim sökum að þau eru innbyrðis tengd, óaðskiljanleg og hvert öðru háð.¹⁸² Í tímamótadómi *Airey gegn Írlandi* árið 1979,¹⁸³ snerist málið um það hvort bágstöðd fjögurra barna móðir, Jóhanna Airey, sem sóttist eftir skilnaði frá ofbeldisfullum eiginmanni, ætti rétt á lögfræðiaðstoð samkvæmt 6. gr MSE um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi. Eiginmaður hennar hafði verið sakfelldur fyrir að líkamsárás á hana og í sjö ár hafði hún reynt að fá úrskurðaðan skilnað en aðeins Hæstiréttur á Írlandi getur úrskurðað um slíkt og lögfræðikostnaður hefði verið um tuttuguföld vikulaun hennar. Engin lagaheimild var fyrir gjafsókn og því kvað hún bágan efnahag sinn standa í vegi fyrir því að hún nyti réttarins til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi. Dómstóllinn kvað upp úrskurð sinn og sagði að írski ríkið hefði brotið á rétti Jóhönnu Airey með því að veita henni ekki gjafsókn og rökstuddi niðurstöðu sína m.a. með því að mörg hinna pólitísku og borgaralegu réttinda fælu í sér efnahagslegar og félagslegar kröfur. Það eitt að túlkun ákvæðanna leiddi til slíkrar niðurstöðu ætti ekki að standa í vegi fyrir því að dómarmar kvæðu upp þannig úrskurð enda ekki vatnshelt skilrúm á milli ákvæða sammingsins og félagslegra og efnahagslegra réttinda.¹⁸⁴

Þór Vilhjálmsson, þá dómari við Mannréttindadómstólinn, skilaði séráliti í Airey-dómnum sem er lýsandi fyrir þrönga lögskýringu eða „íhaldssama dómaframkvæmd“ (*judicial restraint*).¹⁸⁵ Þór sagði að hugmyndirnar að baki Mannréttinasáttmála Evrópu og orðalag ákvæðanna gæfi skýrt til kynna að hann tæki til annarra vandamála en þeirra sem við blöstu í þessu máli. „Stríðið gegn fátækt vinnst ekki með rúmri túlkun á Mannréttinasáttmála Evrópu,“ sagði hann.¹⁸⁶

Evrigenis dómari sem einnig skilaði séráliti var ekki sammála þeirri niðurstöðu dómsins að óþarfi væri að skoða hvort um brot á jafnræðisreglunni í samhengi við réttinn til réttlátrar málsmeðferðar og að nóg hefði verið að úrskurða brot á grundvelli hins síðarnefnda en Jóhanna Airey hélt því fram að um skýra mismunun hefði verið að ræða á grundvelli bágs efnahags hennar. Hann benti á að orðið *ad njóta réttinda* (*the enjoyment of the rights and freedoms*)¹⁸⁷ í skilningi 14. greinar MSE tæki til allra aðstæðna sem kynnu að koma upp, frá því að vera meinað að njóta réttinda til ríkrar réttarverndar.¹⁸⁸

Það eru dómur af þessu tagi sem hafa gert það að verkum að stjórnvöld aðildarríkja Evrópuráðsins eru ekki öll jafn sáttt við störf dómsstólsins og finnst hann oft á hálum ís.¹⁸⁹

¹⁸¹ H. J. Steiner and P. Alston, *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*, 1996 Oxford University Press, bls. 256.

¹⁸² *Airey gegn Írlandi*, dómur Mannréttindadómstóls Evrópu, 9. október, 1979 (Series A, nr. 32).

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Þór Vilhjálmsson sagði í álitinu enn fremur að hann hefði komist að niðurstöðu án mikils hiks en með trega (“*Bearing this in mind I have, without much hesitation but admittedly with regret, come to the conclusion that the applicant does not have a case under Article 6 para. 1 (art. 6-1) of the Convention.*”)

¹⁸⁶ “*The ideas underlying the Convention, as well as its wording, make it clear that it is concerned with problems other than the one facing us in this case. The war on poverty cannot be won through broad interpretation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*”

¹⁸⁷ Orðalag 14. gr. í íslensku útgáfunni: „Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skulu tryggð . . .“ er ekki bein þýðing á enska orðalaginu sem segir: “*The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured . . .*”

¹⁸⁸ Evrigenis, sérálit í Airey-dómnum 1979.

¹⁸⁹ Árið 2004 gengu 718 dómur hjá Mannréttindadómstól Evrópu og í 588 tilvikum voru ríki fundin sek um brot á Mannréttinasáttmálanum. Dómstóllinn samþykkti jafnframt rúmlega 20 þúsund kærur sem dómtækar og var það fjölgun um 17.5 prósent frá 2003. Áætlað er að fjöldi kæri hafi farið upp í 45 þúsund árið 2004 sem er u.þ.b. 16 prósent aukning.

Þess ber að geta að dómarnir sem eru frá 46 aðildarríkjum koma úr ólíkri réttarhefð og þurfa að samræma nálgun sína þannig að dómstóllinn mótar eigin réttarreglur sem verða að fordæmisreglum. Mannréttindadómstóll Evrópu er með orðum William Rehnquist fyrrum forseta hæstaréttar Bandaríkjanna „í hálfgerðu stjórnlagadómstólshlutverki“ (*quasi-constitutional adjudication*).¹⁹⁰

7. Dómstólavæðing stjórnmalanna

Stefnumarkandi dómaframkvæmd (*judicial activism*) sem á uppruna sinn í Bandaríkjunum fer óhjákvæmilega gegn rötgrónum vildarréttarhugmyndum margra aðildarríkja Evrópuráðsins þar sem dómstólar voru lengstum ekki í því hlutverki að leggja mat á hæfi löggjafans til að setja lög sem standast stjórnarskrána. Takmarkanir á þessu endurskoðunarvaldi dómstóla þegar um er að ræða mjög matskennd skilyrði eru á undanhaldi hér sem annars staðar. Ragnhildur Helgadóttir, sem hefur rannsakað þessi mál fullyrðir að hvorki lýðræðisrök né rök tengd þrískiptingu ríkisvaldsins standi til þess að íslenskir dómstólar haldi sig sérstaklega til hlés í þessum efnum.¹⁹¹

Þróunin undanfarinn áratug í Evrópu er að mati bandaríska lögspekingsins Cass Sunstein á endurvakningu réttarríkis með áherslum á réttlátt réttarríki (*rule-bound justice*).¹⁹² Sunstein telur að áhrif endurskoðunarvalds hæstaréttar Bandaríkjanna sem vettvangs til að skilgreina grunnhugmyndir stjórnskipunarinnar um frelsi og jafnræði¹⁹³ hafi haft víðtæk áhrif í Evrópu. Samkvæmt niðurstöðum rannsókna Alec Stone Sweet¹⁹⁴ á áhrifum stjórnlagadómstóla í Þýskalandi, Frakklandi, Ítalíu og Spáni er þróuninni frá 1945 best lýst með hugtakinu „dómstólavæðing stjórnmalanna“, þar sem löggjafinn gerir ráð fyrir endurskoðun og lagasetning er rædd á grundvelli stjórnskipulegs gildis. Þetta leiðir aftur til þess að dómaframkvæmd fær á sig blæ lagasetningar þar sem stjórnlagadómstólar skilgreina opinskátt efnisleg atriði réttinda með breiðum og síðferðilegum skírskotunum og vega þau og meta í ljósi pólitískrar stefnumótunar með mælikvarða meðalhófsreglunnar.¹⁹⁵

Samanburður á stjórnskipun í Evrópuríkjum sýnir að hin formlega nálgun „einungis eftir lögunum“ er á undanhaldi. Ragnar Aðalsteinsson hefur bent á það hér á landi að niðurstöður dóma ráðast m.a. af vali dómstóla á réttarheimildum, mismunandi skýringu á réttarheimildum og beitingu þeirra sem og „hvaða aðrir þættir en þeir sem flokkast undir réttarheimildirnar“.¹⁹⁶ Almennu eru íslenskir fræðimenn sammála um að lagahugtakið nái ekki aðeins til settra réttarreglna. Sigurður Línadal segir að hugtakið beri að skilja í víðtækustu merkingu nútímamáls – allar réttarreglur hvaðan sem þær eru upprunnar og hvort heldur þær eru skráðar eða óskráðar, eigi stöð í réttarvenju, fordæmi, meginreglum laga, eðli máls. Ármann Snævarr bætir við löggjöfnun. Garðar Gíslason nefnir sanngirnissjónarmið sem lagabátt en þá séu sett lög skýrð í ljósi ríkjandi grundvalla og gilda.¹⁹⁷

¹⁹⁰ William Rehnquist, Foreword í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger.

¹⁹¹ Ragnhildur Helgadóttir, „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir“, *Tímarit Lögfræðinga*, 1. hefti, 55. árg. 2005.

¹⁹² Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996 Oxford University Press, bls. ix.

¹⁹³ *Ibid.* Sérstaklega á svokölluðu Warren Court-tímabili frá 1940-80.

¹⁹⁴ Sjá Alec Sweet Stone, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, 2000 Oxford University Press.

¹⁹⁵ D. Beatty hefur gert ítarlega samanburðarrannsókn á beitingu meðalhófsreglunnar. Sjá “Law and Politics” 44 *AM. J. COMP. L.* 131, 136-37 (1996).

¹⁹⁶ Ragnar Aðalsteinsson, „... einungis eftir lögunum“ sérprent úr *Úlfjótí*, 4. tbl. 2000, bls. 2.

¹⁹⁷ *Ibid.*, bls. 4.

7.1 Lögfræði eins og hún gæti verið

And-formalismismi eða pragmatísk afstaða til laganna hefur lengi átt upp á pallborðið í Bandaríkjunum, þótt formalisminn (sem Sigurður Nordal kallaði regluþembing¹⁹⁸) eigi sér einnig öflugan talsmenn eins og Antonin Scalia hæstaréttardómara.¹⁹⁹ Að mati bandaríska lögspækingsins (dómarans) og hagfræðingsins Richard Posners er réttarríkið bæði grundvöllur markaðshagkerfisins og hins lýðræðislega stjórnkerfis.²⁰⁰ Posner vísar í orðalag bandaríska dómaraeidsins, þar sem dómara heita því að kveða upp dóma án tillits til manna, auðs þeirra, félagslegrar stöðu, pólitískra áhrifa, kynþáttar eða þjóðernisuppruna, skyldleika við dómara og segir þann eið mun nær veruleikanum en þá ímynd sem margir lögfræðingar virðast hafa af lögum sem svo hlutlægu fyrirbæri að gildismat, persónuleg reynsla, félagsleg afstaða og pólitískar skoðanir dómarans hafi engin áhrif á það hvernig hann komist að niðurstöðu í dómi.²⁰¹ Posner talar um tótemhyggju í ríkjandi formlegri afstöðu til laga. „Lögin“ segir Posner í bók sinni *Overcoming Law* í þeirri merkingu sem hann er gagnrýninn á „eru faglegt tótem,²⁰² tákn þess tilgerðarlega, óupplýsta, fordómafulla og óekta sem fyrirfinnst í hinni lagalegu hefð.“

Owen Fiss, prófessor á Yale, er gagnrýninn á pragmatismann í nálgun að lögum. Hann segir þetta viðhorf²⁰³ um að öll gildi séu afstæð og dómara eigi að leysa þannig úr málum að það þjóni sem best hagkvæmnissjónarmiðum enda sé þetta spurning um hvað eigi að hafa forgang þar sem engin gildi séu sérlega mikilvægari en önnur. Í hnotskurn segir Fiss að dómara eigi að leita réttlætis en ekki friðar, þ.e. með því að leysa ágreining.²⁰⁴ Fiss er einnig gagnrýninn á þann skóla í dómaframkvæmd sem kallast gagnrýnin lögfræði (*critical legal studies*) og gengur út á að afhjúpa dómaniðurstöður og raunverulegt eðli laganna sem pólitík, þar sem engin rétt niðurstaða er líkleg. Fiss segir að þegar um stjórnskipuleg álitamál sé að ræða eigi dómara að blása lífi í þau gildi sem liggja að baki jafnrétti og öðrum mikilvægum meginreglum stjórnskipunar. Hið fræga dómsmál *Brown v. Board of Education* (1954) frá því tímabili Hæstaréttar sem kennt er við Warren segir Fiss besta dæmið um dómaframkvæmd þar sem dómara þurftu að skera úr því álitamáli hvort lög um aðskilnað kynþátta stæðust fjórtánda víðauka bandarísku stjórnarskrárinnar sem segir að allir eigi að vera jafnir fyrir lögum. Dómaramenn ígrunduðu rökin að baki þeirri meginreglu að allir skuli jafnir fyrir lögum og stríddu við að lesa hana í ljósi kynþáttajafnréttis. Þeir skoðuðu fordæmi og reyndu að átta sig á því hvernig lögfræðin væri að þróast. Þeir settu regluna í samhengi við hlutverk ríkisvaldsins, ígrunduðu þátt almennrar menntunar og mikilvægi hennar í þjóðlífinu og mátu áhrif aðskilnaðarstefnunnar á blökkumenn út frá vitnaleiðslum.²⁰⁵ Þetta var tímamótadómur í bandarískri réttarsögu þar sem lög og jafnrétti tókust í hendur og réttindabarátta blökkumanna hófst fyrir alvöru. Hæstiréttur Bandaríkjanna hratt af stað gagngerri umbreytingu í þjóðlífinu.

¹⁹⁸ Sigurður Nordal, *Ritverk Fornar Menntir I*, 1993 Almenna Bókafélagið, bls. 163.

¹⁹⁹ Sbr. kafli 4 hér að ofan.

²⁰⁰ Richard A. Posner, *Overcoming Law*, 1998 Harvard University Press, bls. 20.

²⁰¹ Auðvitað er það viðurkennt hér sem víða annars staðar að úrlausnir dómara byggji oft „á öðru en hreinum lögfræðilegum atriðum“, sbr. grein eftir Sigríði Ingvarsdóttur í 2. hefti tímaritsins *Lögréttu*, 2. árg. 2005, bls. 164. Þór Vilhjálmsson segir í grein í *Tímariti Lögfræðinga* 1995, bls. 45: „Dómara eins og allir lögfræðingar og allir menn hafa mismunandi viðhorf. Vitanlega verður ekki sagt að það hafi aldrei áhrif á ákvarðanir þeirra, en starfsupplýsingar stefnir að því að kenna mönnum að láta ekki persónuleg viðhorf ráða ferðinni.“

²⁰² Tótem skv. Enska ísl. orðabók: tótem e-ð sem flokkur fólks kennir sig við (oftast dýrategund eða jurt), rekur ætt sína til, sýnir lotningu.

²⁰³ Kallað „law and economics“. Sjá Owen Fiss, *The Law as it could be*, 2003 New York University, bls. 199.

²⁰⁴ *Ibid.*, bls. xi.

²⁰⁵ O. Fiss, *The Law as it could be*, 2003 New York University Press, bls. 202.

Ronald Dworkin hefur gagnrýnt „hlutlausu nákvæmni“ dómara í að dæma eftir lögnum en velja ekki vöngum yfir siðferðilegum eða réttarheimspekilegum forsendum þeirra.²⁰⁶ George Letsas hefur beint kenningu Dworkins um „siðferðilega greiningu á lagahugtökum í dómaframkvæmd“ á dóma Mannréttindadómstóls Evrópu og gagnrýnt þá viðteknu hugmynd að dómara við Mannréttindadómstól Evrópu hafi með ólögætum hætti tekið sér vald til túlka að vild ákvæði Mannréttinasáttmálans og setja nýjar reglur. Hann bendir á þann vanda sem þessir 46 dómara standa frammi fyrir í að túlka ákvæðin þar sem mikill efnislegur ágreiningur ríki um mörg grundvallarhugtök og því beri að skoða hvert þeirra óháð öðru en efnisleg niðurstaða dómstólsins kunni að fara algerlega á skjön við þann skilning sem lagður er í lagahugtakið í hinum ýmsu réttarkerfum aðildarríkjanna. Dómara verða því að byggja upp efnislegan rökstuðning til samræmis við eðli og tilgang réttindanna í ljósi markmiða Mannréttinasáttmálans.²⁰⁷

8. Athafnaskyldan

Það er ekki hægt að horfa fram hjá tíðarandanum í þróun dómaframkvæmdar. Skoðun á dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu leiðir í ljós að réttindi þau sem vernduð eru í Mannréttinasáttmála Evrópu eru túlkuð af dómstólum þannig að þau eiga við í mjög víðtæku og margvíslegu samhengi²⁰⁸ og samkvæmt því eru skyldur ríkisvaldsins til að standa vörð um þessi mannréttindi staðfestar.²⁰⁹ Dómstóllinn hefur undanfarna áratugi glætt ákvæði sáttmálans slíku lífi að þau ná nú til kringumstæðna sem höfunda hans hefði vart órað fyrir þegar þeir töldu sig hólþna að hafa náð saman lágmarkssamnefnara grunnréttinda í aðildarríkjunum, sem þá voru tíu, í kjölfar þeirra hörmunga sem seinni heimsstyrjöld leiddi til.²¹⁰ Þetta er rót þess að dómstóllinn hefur bakað sér óvinsældir meðal valdhafa í aðildarríkjum (og víðar) fyrir að vera kominn út fyrir lagalega túlkun á sáttmálanum og sé í raun að taka sér stefnumótandi vald löggjafans í aðildarríkjunum.²¹¹

Hugtakið „dómstólavæðing“ lýsir vel þeirri gagnrýni sem nú er uppi á þennan dómstól sem og Hæstarétt Íslands það sem af er þessari öld – jafnvel hæstiréttur Bandaríkjanna fær sinn skerf af slíkri gagnrýni. Af gagnrýni mætti ætla að dómara væru búnir að taka yfir hlutverk stjórnarandstöðu í stjórnkerfum,²¹² þar sem kjörin stjórnvöld sæta ámæli fyrir að eiga sitt meira og minna undir velvilja peningaafli og fjölmiðla þeirra og geta ekki í raun rétt hag lítilmagnans eða stuðlað að auknum efnahagslegum og félagslegum jöfnuði. Á sömu forsendum má segja að dómara hafi fengið vopn í hendur sem eru þjóðréttarlegar skuldbindingar. Dæmi sýna, bæði hér og annars staðar, að dómstólar styðjast við alþjóðalega mannréttinasamninga í dómaframkvæmd áður en slíkir samningar hafa verið lögfestir eins og þörf er á í svokölluðum tvíeðliskerfum svo unnt sé beita þeim fyrir dómstólum. Þó svo að réttarkerfi séu ólík að uppbyggingu hvað þetta og annað varðar eru teikn á lofti um það að átök réttarríkis og markaðar séu að eiga sér stað í dómsölum víða um heim. Mannréttindin,

²⁰⁶ R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996 Oxford University Press.

²⁰⁷ G. Letsas, “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR” í *European Journal of International Law*, 15, 2004, no. 2.

²⁰⁸ Umhverfismengun af völdum fyrirtækis í einkaeigu sbr. Hatton gegn Bretlandi.

²⁰⁹ Sbr. A. Mowbray, A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004 Hart Publishing, Oxford, bls. 4.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Sjá F. Matscher, ‘Methods of Interpretation of the Convention’ í Macdonald, Matscher og Petzold (ritstj.), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993 Dordrecht, Martinus Nijhoff, bls. 69-70.

²¹² Sbr. Ummæli Davíðs Oddssonar þáverandi forsætisráðherra í Mbl. 21. desember 2000 um að dómara væru komnir á bólakaf í skylmingar stjórnmalanna.

límið og grundvöllur réttarríkisins, hafa þróast í samlífi við markaðinn en bæði hafa rutt sér mjög til rúms innanríkis og í yfirþjóðlegu samhengi með óhjákvæmilegum árekstrum og óvissu um framhaldið.

Afstaðan til þess hvernig leysa má ýmis ágreiningsmál sem varða mannréttindi er bæði lögfræðileg og pólitísk – og þar er jafnræðisreglan iðulega lögð til grundvallar. Jafnræðisreglan, sem hafði ekki verið bundin í íslensk stjórnskipunarlæg fyrir 1995 felur ekki í sér beinlínis efnisréttindi heldur felst mikilvægi hennar ofar öllu í því að vera almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun sem ber ávallt að hafa að leiðarljósi. Það á ekki einvörðungu við í tengslum við lagasetningu heldur einnig við skýringu laga þar á meðal annarra stjórnarskrárbundinna mannréttindaákvæða.²¹³ En hve langt mega dómstólar ganga í túlkun á jafnræðisreglunni?

Var Hæstiréttur í svonefndu Öryrkjamáli²¹⁴ að blása lífi í pólitísk réttlætissjónarmið? Niðurstaða réttarins í því máli opinberaði ágreining um valdssvið hinna pólitískt kjörnu og dómstóla (þ.e. hinna pólitískt skipuðu?). Þáverandi forsætisráðherra sagði að „dómarar, sem ekki eru lýðræðislega kjörnir, eru komnir með ígildi lagasetningar og fjárstjórnarvalds á ákveðnu sviði og þar með sokknir á bólakaf í hinar hefðbundnu skýlmingar stjórnmalanna.“²¹⁵ Forsætisráðherra gagnrýndi þá niðurstöðu Hæstaréttar um að skerðingarákvæði tekjutengingar öryrkja vegna tekna maka samræmdist ekki jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar og taldi hana frekar tilvísun í pólitískar hugmyndir en lögfræðileg rök. Hann kvað réttinn nota jafnræðisregluna í því skyni að mæla borgurunum önnur réttindi en löggjafinn hafi gert og spurði í framhaldi af því hvort það hafi verið ætlun stjórnarskrárgjafans að færa lagasetningar og fjárstjórnarvald frá Alþingi til dómstóla.²¹⁶ Hæstiréttur kvað í dómi sínum að lög hefðu farið á svig við stjórnarskrána og staðfesti dóm Héraðsdóms að Tryggingastofnun ríkisins hefði verið óheimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap með því að telja helming samanlagðra tekna beggja hjóna til tekna lífeyrisþegans í því tilviki, er maki hans er ekki lífeyrisþegi. Einnig úrskurðaði Hæstiréttur, að Tryggingastofnun hafi verið óheimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap. Hæstiréttur sagði að hinn almenni löggjafi hefði svigrúm til mats á því hvernig þessi lágmarksréttindi skuli ákvörðuð en dómstólar geti ekki vikið sér undan því að taka afstöðu til þess hvort matið samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar.

Öryrkjadómurinn staðfesti jákvæðar skyldur ríkisins í að tryggja félagsleg og efnahagsleg réttindi.²¹⁷ Gagnrýnin beinist því ekki aðeins að spurningunni um valdmörkin heldur endurspeglar hún einnig ólíka sýn á grunnréttindi, flokkun þeirra, algildi, innbyrðis tengsl og pólitíska afstöðu. Forsætisráðherra hafði sérstaklega orð á því að félagsleg, efnahagsleg og menningarleg réttindi væru „pólitísku“ eðlis – af því að þau eru jákvæð og kalla á að ríkið grípi til „ákveðinna og oft mjög kostnaðarsamra aðgerða til að fylgja þeim eftir.“ „Inntak slíkra réttinda hlýtur hins vegar mjög að stjórnast af efnahagslegum aðstæðum í þjóðfélaginu á hverjum tíma og þeim fjármunum, sem þá eru til ráðstöfunar. Og af þeim er aldrei nóg.“²¹⁸

Það er fræðilega viðurkennt að efnahagsleg og félagsleg réttindi séu óaðskiljanleg frá stjórnmalalegum og borgaralegum réttindum. Enn fremur er það staðfest í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu að öll þessi réttindi séu hvert öðru háð og engin vatnsheld skil á milli þeirra.²¹⁹ Himinn og haf aðskilja þó framkvæmd þeirra oft í reynd. Það er mikill munur

²¹³ Alþt. 1994, A-deild, bls. 2085.

²¹⁴ H 125/2000, *Tryggingastofnun Ríkisins gegn Öryrkjabandalagi Íslands*, 19. desember, 2000.

²¹⁵ Davíð Oddsson, Morgunblaðið 21. desember, 2000.

²¹⁶ Morgunblaðið 21. desember, 2000.

²¹⁷ Jakob R. Möller, Morgunblaðið, 21. desember, 2000.

²¹⁸ Davíð Oddsson í Tímariti Lögfræðinga, nr. 1/2002, bls. 8.

²¹⁹ Airey-dómur, sbr. kafli 6.

á því hvort einstaklingur hafi frelsi til að hugsa eða trúa því sem hann vill og ríkisvaldið láti hann afskiptalausán með það og svo hins vegar hvort einstaklingur er heimilislaus, heilsulaus, menntunarlaus og afskiptur af yfirvöldum. Það er illmögulegt að njóta borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda ef efnahagsleg og félagsleg skilyrði eru slæm. Það er í raun pólitísk ákvörðun sem mörg ríki hafa þegar undirgengist lagalega að taka efnahagsleg og félagsleg réttindi alvarlega enda kallar framkvæmd þeirra á endurskoðun dreifingar hinna efnalegu gæða. Af þessum sökum hafa bandarísk stjórnvöld ekki viljað staðfesta alþjóðasamninginn um efnahagsleg og félagsleg réttindi frá 1966 (sem þau undirrituðu 1977), enda þótt þau hafi lýst yfir eindregnum stuðningi við Mannréttindayfirlýsingu SP á sínum tíma og þann ramma sem yfirlýsingin markaði öllum mannréttindum. Staðfesting á samningnum myndi þýða það að bandarísk stjórnvöld væru skuldbundin að því að framfylgja ákvæðum samningsins með framsæknum hætti. Skuldbindingar af því tagi stríða gegn hugmyndafræðinni um frjálstan markað. En eins og staðan er nú er það ekki brot á þjóðréttarlegum skuldbindingum þótt stjórnvöld þar grípi ekki til aðgerða til að tryggja lágmarks efnahagsleg og félagsleg réttindi fólks.

Ákvæðið í stjórnarskrá Bandaríkjanna, sem á að veita borgurum jafna vernd gagnvart lögum²²⁰ er ekki túlkað þannig af Hæstarétti Bandaríkjanna að það eigi að taka sérstakt tillit til fátæktar,²²¹ sem er athyglisvert í samanburði við niðurstöðu Mannréttindadómstóls Evrópu í Airey-dómnum.²²² Mannréttindadómstóllinn viðurkennir að ríki hafi ákveðið svigrúm til að uppfylla skuldbindingar sínar sem ráðist af efnahagslegum og félagslegum aðstæðum, og pólitískri afstöðu kjörinna stjórnvalda í forgangsroðun á grundvelli efnahags.²²³ Við mat á skyldum ríkis verður að gæta meðalhófs svo að þær reynist stjórnvöldum ekki of þungar í skauti.²²⁴

Þróunin í dómaframkvæmd hefur verið í samræmi við þá réttarþróun innan eldri aðildarríkja að stjórnvöld hafi ólíkt Bandaríkjunum²²⁵ lagalega skyldu til að tryggja þegnum grunnréttindi, ekki aðeins vernd frá íhlotun ríkisvaldsins heldur einnig gegn íhlotun þriðja aðila. Þessi „Drittwirkung“ áhrif hefur Mannréttindadómstóll Evrópu staðfest í dómaframkvæmd undanfarna áratugi eins og kemur fram í nýútkominni bók Alastair Mowbray um þróun athafnaskyldu Evrópuríkja á grundvelli Mannréttindasáttmálans, sem er „lifandi sáttmáli sem verður að túlka í ljósi þeirra aðstæðna sem uppi eru hverju sinni“.²²⁶ Dómstóllinn tekur mið af tíðarandanum, t.d. samfélagslegum viðhorfum til kynskiptinga,²²⁷ fjölgun einstæðra foreldra,²²⁸ auknum umsvifum stórfyrirtækja og hættunni á því að peningalegir hagsmunir skerði grunnréttindi einstaklinga,²²⁹ við mat sitt á því hvort ríki hafi

²²⁰ Giovanni Bogneri, “The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism” í G. Nolte, *European and US Constitutionalism: Science and technique of democracy*, 2005 Council of Europe Publishing, bls. 76.

²²¹ *San Antonio* gegn. *Rodriguez*, 411 US 1 (1973). Yfir 20 prósent barna í Bandaríkjunum lifa undir fátækramörkum og er sú tala hærri en í Evrópuríkjum sbr. K. Vlemminckx & T. Smeeding (ritstj.) *Child well-being, child poverty and child policy in modern nations: What do we know?* 2001 Policy Press.

²²² Dómstóllinn hefur þó ekki viljað túlka réttinn til réttlátrar málsmeðferðar í 6. gr. MSE þannig að ákvæðið feli í sér að ríkjum beri skylda til að koma upp almennu kerfi gjafsókna eða að ákvæðið feli í sér almennan rétt til gjafsókna, sbr. *Glaser gegn Bretlandi*, dómur 19. september, 2000, § 99.

²²³ *Ösgur Gündem* gegn *Tyrklandi*, 16. mars, 2000, RJD 2000-III, § 43.

²²⁴ *Ibid.*, § 43, vísað í *Rees* gegn *Bretlandi*, 17. október, 1986, Series A nr. 106, § 37; *Osman* gegn *Bretlandi*, yfirdeild MDE, 28. október, 1998, RJD 1998-VIII § 116.

²²⁵ William Rehnquist fyrrum forseti Hæstaréttar BNA sagði í dómsniðurstöðu í máli *De Shaney g. Winnebago County* að ákvæðið um jafnan rétt fyrir lögum veitti einstaklingum ekki vernd gegn hverjum öðrum. Það væri löggjafans að ákveða hvort eða hvernig slíkri vernd yrði háttáð.

²²⁶ *Loizidou* gegn *Tyrklandi*, dómur 23. mars 1995, Series A nr. 310, § 71.

²²⁷ *Christine Goodman* gegn *Bretlandi*, 11. júlí, 2002 1993, Series A nr. 247.

²²⁸ *Marckx* gegn *Belgíu*, 13. júní, 1979, Series A nr. 31.

²²⁹ *Vgt Verein gegen Tierfabriken* gegn *Sviss*, 28. júní, 2001, RJD 2001-VI, 2002 og *Appelby* gegn *Bretlandi*, 6 maí, 2003.

brotið á réttindum einstaklinga með beinni íhlutun, lagasetningu, stefnumótun eða hreinlega vanrækslu í að tryggja með lögum vernd ákveðinna réttinda.²³⁰ Þá hefur dómstóllinn ítrekað að ríki gætu ekki rökstutt íhlutun í mannréttindi með vísan í efnahagslega farsæld í samfélaginu.²³¹

Í dómi Hatton gegn Bretlandi 2001 gekk dómstóllinn langt að margra mati í að undirstrika mikilvægi þess að peningar væru ekki allt, þegar hann sagði að ríki mættu ekki ganga á svig við grunnréttindi í þeim tilgangi að tryggja efnalega farsæld.²³² Í Hatton-málinu voru miklir efnahagslegir hagsmunir í húfi, þar sem íbúar í nágrenni við Heathrow-flugvöll töldu brotið á rétti sínum til friðhelgi heimilis og einkalífs með þeirri stefnu breskra stjórnvalda að heimila næturflug með margvíslegum heilsuspillandi áhrifum fyrir þetta fólk vegna hávaða og svefntruflana. Dómstóllinn kvað upp úr í að í þessu tilfalli væri efnahagsleg farsæld þjóðarinnar ekki nægileg ástæða til að skerða mannréttindi fólks með þessum hætti. Ríki yrðu að leita annarra leiða til að ná fram markmiðum sínum og gera ítarlega úttekt á því hver væri fjárhagslegur ávinningur af stefnu eða aðgerðum til þess að gæta meðalhófs. Þessi dómur var túlkaður þannig að stjórnvöld væru tilneydd til að fara út í vandlega áætlunargerð um kostnað og hagnað áður en þau færu út í umdeildar aðgerðir. Afar skiptar skoðanir voru um dóminn í Bretlandi enda sýnt að hann gæti haft víðtækar afleiðingar. Bresk stjórnvöld óskuðu í kjölfarið eftir því eftir því á grundvelli 43 gr. MSE að málinu yrði vísað til yfirdeildar Mannréttindadómstólsins sem skal verða við slíkri beiðni ef málið vekur alvarlega spurningu varðandi túlkun eða mikilvæg álitamál í ljósi almannahagsmuna. Yfirdeildin, skipuð sautján dómurum, komst að þeirri niðurstöðu að það væri lögmætt af hálfu breskra stjórnvalda að taka tillit til fjárhagslegra hagsmuna (flugfélaganna, fleiri fyrirtækja og viðskiptavina) þegar mótuð væri stefna um næturflug.²³³ Ríki yrðu að hafa ákveðið svigrúm þegar um veigamikla fjárhagslega hagsmuni væri að ræða og ekki sýnt í þessu máli að meðalhófs hafi ekki verið gætt. Mikil umræða hafði átt sér stað í Bretlandi, m.a. á breska þinginu um áhrif upprunalega dómsins á starfssemi annarra breskra flugvalla og afkomu.²³⁴ Fimm dómáramur yfirdeildarinnar settu sig upp á móti niðurstöðunni og töldu dómstóllinn hafa tekið skref aftur á bak með þessum dómi, sem gengi þvert á þróun í réttarvernd með því að setja fjárhagslega hagsmuni í forgrunn. Dómarnir héldu því fram í séráliti, sem þeir skiluðu, að mannréttindavernd snerist í auknum mæli um að vernda þá sem minna mega sín – ekki síst í ljósi þeirra eigin upplifunar.²³⁵

Varfærin afstaða yfirdeildarinnar í Hatton-dóminum er ef til vill skýranleg og skiljanleg í ljósi þess að dómstóllinn verður fyrir óvenjulegri beiðni frá aðildarríki þar sem miklir hagsmunir eru í húfi. Dómstóllinn á framtíð sína undir velvilja aðildarríkja og undanfarin ár hafa miklar umræður átt sér stað um afar erfiða fjárhagsstöðu dómstólsins, þörfina á auknu fjármagni og endurskipulagningu en um síðustu áramót biðu rúmlega 80

²³⁰ Sbr. niðurstöðu dómstólsins í máli *Christine Goodwin gegn Bretlandi* 2002 en í svipuðu máli 1986 gegn Bretlandi varðandi athafnaskyldu stjórnvalda á grundvelli 8. gr MSE í að tryggja vernd kynskiptinga með lögum hafði dómstóllinn aðeins bent á þörfina á því að stjórnvöld hefðu eftirlit með því hvort lagaleg vernd væri næg.

²³¹ *Berrehab gegn Hollandi*, dómur 21. júní, 1988, Series A nr. 138; *Lopez Ostra gegn Spáni*, dómur 9. desember, 1994, Series nr. 303-C.

²³² *Hatton gegn Bretlandi*, dómur 2. október, 2001.

²³³ *Hatton gegn Bretlandi*, dómur Yfirdeildar 8. júlí, 2003.

²³⁴ “I shall not go into whether the European Court of Human Rights should be ruling on such issues. Some of us believe that it has gone far beyond its original remit, but we are signatories to the Convention and usually accept its judgments. Indeed, the Government are so enamoured of the Convention that they have gone so far as to incorporate it into our domestic law.” (Úr umræðum í breska þinginu í kjölfar Hatton-dómsins 2001, George Osborne, 21. október 2001.)

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200102/cmhansrd/vo011023/halltext/11023h03.htm>

²³⁵ *Hatton gegn Bretlandi*, dómur Yfirdeildar 8. júlí, 2003. Sérálit 14 mgr.

þúsund mál úrlausnar.²³⁶ Með tilkomu nýrra aðildarríkja eftir hrun kommúnismans í Austur-Evrópu hefur álagið á dómstólinn aukist gífurlega og vandamálin að sama skapi. Því hefur verið lýst svo að áður hafi dómstóllinn aðallega verið að fínstilla hina lýðræðislegu strengi í rótgrónum og vel smurðum lýðræðisríkjum en nú sé verkefni hans að tvinna saman lýðræði og réttarríki í nýjum og brothættum lýðræðisríkjum.²³⁷ Vissulega eru vandamálin sem við blasa í hinum, nýju aðildarríkjum mikil og erfið viðfangs. Þá er ekki þar með sagt að samlíf lýðræðis, réttarríkis og mannréttinda sé fast í sessi annars staðar.

9. Lokaorð

Mannréttindadómstóll Evrópu hefur bent á mikilvægi þess að löggjöf innan ríkja sé þannig háttáð að hún sé í samræmi við tíðarandann²³⁸ og að ríki geti ekki firrt sig ábyrgð af því að tryggja mannréttindi með því að koma verkefnum yfir á einkaaðila.²³⁹ Umfram allt skal þó hafa í huga að mannréttindi verða ekki tryggð með því að reisa múra með skilgreiningum um hverjir séu best til þess fallnir að dæma um það hvort/hvernig ríki hagi samskiptum sínum við borgara þannig að mannhelgi hvers og eins sé virt. Mannréttindavernd krefst samspils innanríkis sem utan. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur með dómaframkvæmd sinni haft gífurleg áhrif um alla Evrópu og víðar. Enn er ríkjandi ágreiningur um svigrúm ríkja til að fara sínu fram, oft á kostnað mannréttinda og sundurþykkja varðandi dómstólavæðingu stjórn mála, gildi réttarheimilda og forgang í samspili yfirþjóðlegs réttar og réttarkerfa innanríkja. En rétt eins og rás tímans verður ekki stöðvuð eru þau áhrif sem hið alþjóðlega eftirlit með frammistöðu ríkja á vettvangi mannréttinda og þau viðmið sem ríki beygja sig undir nokkuð örugglega komin til að vera.

Það eru teikn á lofti um alþjóðavæðingu réttarríkisins svo að samlífið við markað í hnattvæðingu þróist ekki upp í sníkjulíf. Í því samspili greiningar á hugsmíðum þess veruleika sem við búum í er ljóst að þar er hvergi að finna skýr svör en hins vegar ákveðnar formúlur til lausnar. Ein er sú að mannréttindi eru algild og óaðskiljanleg og að þau eru límið sem heldur saman réttarríkinu. Þau eru forsenda þess að til staðar sé virkt pólitískt lýðræði og einhvers konar efnahagslegt réttlæti.

Hér hefur verið sýnt fram á ákveðna þróun á skilningi og beitingu þessara hugtaka í stjórnskipun. Í íslensku fornlögunum var m.a.s. til staðar „næmur og drengilegur skilningur á rétti einstaklings“ eins og Sigurður Nordal varpar ljósi á í umfjöllun um lög til forna.²⁴⁰ Eitt af því sem menn gátu vegið sökudólga sína fyrir, þó að lagasetning stefndi að því að mál skyldu útkljáð með dómum, voru skírlífisbrot er framin voru á eiginkonum þeirra eða –öðrum konum, er þeim voru nákomnastar. Og í sambandi við það bendir hann á þetta ákvæði: „Rétt á þræll meira um einn hlut en frjáls maður. Þræll á vígt um konu sína, þótt hún sé ambátt en eigi á frjáls maður vígt um ambátt, þótt hún sé hans kona.“ Sú viðurkenning sem í þessu gamla ákvæði er fólgin er að þrælum sé ambáttin, sem hann er kvæntur, meira virði en hinum frjálsa manni og rétturinn taki mið af tilfinningum þrælsins.²⁴¹ Þrælahald var horfið, eða fágætt í upphafi 12. aldar og á 21. öld er það skýlaust brot á *jus cogens*, sem eru grundvallarviðmið í þjóðarétti, sem öllum ber að virða. Sá sérstaki skilningur sem hið forna ákvæði um rétt þrælsins endurspeglar, sem er þversögn í sjálfu sér, er viðurkenning á

²³⁶ Skýrsla Woolf lávarðar:

<http://www.echr.coe.int/ECHR/Resources/Home/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf> en árið 1981 voru 404 kærur skráðar hjá dómstólnum.

²³⁷ Paul Mahoney, “New Challenges for the European Court of Human Rights Resulting from the Expanding Caseload and Membership,” bls. 3.

²³⁸ *Christine Goodwin gegn Bretlandi*, dómur 11. júlí, 2002.

²³⁹ *Costello-Roberts gegn Bretlandi*, 25.mars, *Christine Goodwin gegn Bretlandi*.

²⁴⁰ Sjá Sigurð Nordal, *Ritverk Fornar Menntir I*, 1993 Almenna Bókafélagið, bls. 163.

²⁴¹ *Ibid.*

„mannhelgi þrælsins“. En það er einmitt mannhelgin, sem er meginforsendan fyrir alþjóðavæðingu réttarríkisins. Hún kallar á það að mun fleiri mannréttindi, en þau að t.d. að vera laus undan pyndingum og þrældómi, falli í flokk *jus cogens* eða fortakslausra mannréttinda.

Thomas Jefferson sagði að frelsið krefðist eilífrar árvekni. Frelsið eitt og sér er ekki markmið heldur leið að markmiði og ekkert markmið réttlætir brot á mannhelgi. Því þarf að skilgreina réttarríkið þannig að það taki til laganna í skilningi réttar (*ius*) en ekki aðeins laganna í formlegum skilningi (*lex*). Regludýrkun var réttmæt á vissu stigi réttarfars²⁴² en framtíð réttarríkis er háð því að hinn „næmi og drengilegi skilningur“ á mannréttindum víki aldrei fyrir regluþembingi.²⁴³ Sjálfræði og jafnræði eru tákni þeirra tveggja kerfa, sem eru markaður og réttarríki og líkja má við samlíf tveggja ólíkra lífvera. Hjörleifur landnámsmaður afrækti fornan sið þegar hann treysti ekki Goðunum, sem öndvegissúlurnar voru helgaðar, til að vísa honum til bæjarstæðis í grennd við hollar vættir, sem ömuðust ekki við mannabyggð, eins og Sigurður Nordal segir frá.²⁴⁴ Hann gerði þá höfuðskyssu að beita fyrir plóginn þrælum sínum. Réttarríkið er á vissan hátt eins og ónumið land sem öflugir aðilar geta numið. Hinn farsæli landnámsmaður, sá sem átti að erfa landið, kunni að lifa í sátt við það og lúta lögum þess um leið og hann nam það.²⁴⁵ Hinum farnaðist ekki giftusamlega því þrælarnir ginntu hann og frelsingja hans frá húsum og endalokin eru flestum kunn.

²⁴² Ibid, bls. 164.

²⁴³ Sbr. formalismi, sjá 7.1 að ofan.

²⁴⁴ Ibid, bls. 78.

²⁴⁵ Ibid.

Heimildaskrá:

Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, (þýð. Julian Rivers), 2004 Oxford University Press.

Allot, Philip, *The Health of Nations, Society and Law Beyond the State*, 2002 Cambridge University Press

Allot, Philip, “The Globalization of Philosophy and the Philosophy of Globalization” í R. St.

Alston, Philip (ritstj.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999 Oxford University Press

Alston, Philip og J.H.H. Weiler, J.H.H. “An ever closer Union in need of Human Rights Policy: The EU and Human Rights,” í (P. Alston með M. Bustelo og J. Heenan ritstj.) *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press

Alston, Philip, “Core Labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime” í V. A. Leary og D. Warner (ritstj.), *Social Issues, Globalisation and International Institutions: Labour Rights and the EU, ILO, OECE and WTO*, 2006 Martinus Nijhoff

Anderson, Gawin W., *Constitutional Rights After Globalization*, 2005 Hart Publishing, Oxford

Alter, Karen J., *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe.*, 2001 Oxford University Press, New York

Beatty, David, “Law and Politics” 44 *AM. J. COMP. L.* 131, (1996)

Berlin, Isaiah, *Against the Current*, 1977 Edinburgh University Press, bls. 143-144 (fyrsta útg. 1959).

Biblían, Heilög Ritning, Reykjavík, Hið Íslenska Bókmenntafélag 1981.

Black’s Law Dictionary

Bobbio, Norberto, *The Future of Democracy*, 1987 Polity Press

Bognetti, Giovanni, “The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism” í G. Nolte, *European and US Constitutionalism: Science and technique of democracy*, 2005 Council of Europe Publishing

Bryde, Brun-Otto, “International Democratic Constitutionalism”, í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff

- Brugger, Winfried, European Integration and the Ideal of the Common Good, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger,
- Chanock, Martin, “The South African Bill of Rights Debate” í P. Alston (ritstj.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999 Oxford University Press
- Clapham, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, 1998 Clarendon Paperbacks
- Craig, Paul, “Formal and Substantive Conception of the Rule of Law: An Analytical Framework, 1997 *Public Law*
- Dyzenhaus, David, *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, 1998 Duke University
- Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, *Tímarit Lögfræðinga* nr. 1/2002
- De Tocqueville, A. *Democracy in America*, vol. I (1835), 1994 Everyman’s Library, New York.
- Dicey, Alfred V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: MacMillan, 1885)
- Drinan, Robert F. *The Mobilization of Shame: A World View of Human Rights*, 2001 New Haven, Yale University Press
- Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, 1996 Oxford University Press
- Fiss, Owen, *The Law as it could be*, 2003 New York University
- Fleiner, Thomas “Reflections on Continental European Public Law in the Tradition of Hobbes and Napoleon”, í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger
- Friðgeir Björnsson, „Tvískipt ríkisvald?“ *Tímarit lögfræðinga*. 1. hefti, 49. árg. 1999
- Fukuyama, Francis, Inngangur: The *Global Corruption Report 2005* is published in London by Pluto Press. Ritstj. í Berlín: Diana Rodriguez, Gerard Waite and Toby Wolfe
- Guðmundur Alfreðsson, “Tillaga um Mannréttindi í Stjórnarskrá” *Afmælisriti Gunnars G. Schram*, 2001 Almenna Bókafélagið
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, þýtt af William Rehg, 1996 The MIT Press

Herdís Þorgeirsdóttir, *Journalism Worthy of the Name: Freedom within the Press and the Affirmative Side of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, 2005 Brill Martinus Nijhoff Publishers

Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2004 Cambridge, MA, Harvard University Press.

Jackson, Vicki C. og Tushnet, Mark, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger

Johnston, David M. “World Constitutionalism in the Theory of International Law”, í R. St. J. MacDonald og D.M. Johnston (ritstj.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, 2005 Brill Martinus Nijhoff,

Jurgens, Erik, skriflegt svar við fyrirspurn greinarhöfundar 18. mars, 2006. (Prófessor í stjórnlögum og fyrrum formaður laganefndar Evrópuráðspingsins).

Kamma, Mennto T. “Holding Multinational Corporations Accountable for Human Rights Abuses: A Challenge for the EC,” (P. Alston með M. Bustelo og J. Heenan ritstj.) *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (1945) í þýð. Anders Wedberg, 2003 Harvard University Press, 6. prentun

Kennedy, David, “The Forgotten Politics of International Governance” 2001 *European Human Rights Law Review* 117, 120

Koe, Harold H. og Sly, R.C. (ritstj.), *Deliberative Democracy, Human Rights*, 1999 Yale University Press

Langille, Brian A., “Core Labour Rights – The True Story” (Reply to Alston), *European Journal of International Law*, Vol. 16 (2005), No. 3

Leben, C. “A European Approach to Human Rights” í P. Alston (ritstj.), *The EU and Human Rights*, 1999 Oxford University Press

Letsas, G., “The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR” í *European Journal of International Law*, 15, 2004, No. 2

Leydet, Dominique “Pluralism and the Crisis of Parliamentary Democracy” í David Dyzenhaus (ritstj.), *Law as Politics, Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, 1998 Duke University Press

Lord Irvine of Lairg, *Human Rights, Constitutional Law and the Development of the English Legal System*, 2003 Hart Publishing

MacDarrow og Philip Alston, “Bills of Rights in Comparative Perspective”, í P. Alston (ritstj.) *Promoting Human Rights through Bills of Rights: Comparative Perspectives*, 1999 Oxford University

MacDonald, R. St. J. og Johnston, D.M. (ritstj.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, 2005 Brill Martinus Nijhoff

Matscher, F. 'Methods of Interpretation of the Convention' í Macdonald, Matscher og Petzold (ritstj.), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993 Dordrecht, Martinus Nijhoff

Mowbray, Alexander, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004 Hart Publishing.

Ólafur Jóhannesson, Stjórnskipun Íslands, Iðunn 2. útg. 1978

Petersmann, Ernst-Ulrich, "Time for a United Nations Global Compact for integrating Human Rights into the Law of World Wide Organizations: Lessons from European Integration", *European Journal of International Law*, Vol. 13 (2002), No. 3

Formatted: Icelandic

Posner, Richard A., *Overcoming Law*, 1998 Harvard University Press

Ragnar Aðalsteinsson, „... einungis eftir lögunum“, sérprent úr *Úlfjótí*, 4. tbl. 2000

Ragnhildur Helgadóttir, „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvæðanir“, *Tímarit Lögfræðinga*, 1. hefti, 55. árg. 2005.

Rawls, John, *The Law of Peoples*, 2002 Harvard University Press

Rehnquist, William, Foreword í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger

Rivers, Julian, inngangur þýðanda að verki R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 2004 Oxford University Press

Sachs, Jeffrey, "Globalization and the Rule of Law", fyrirlestur við lagadeild Yale háskóla, 16. október, 1998.

Scheuerman, William E., "Revolutions and Constitutions: Hanna Arendt's Challenge to Carl Schmitt" í *Law as Politics, Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, ritstj. David Dyzenhaus. 1998 Duke University

Schneidermann, David, "Comparative Constitutional Law in an Age of Globalization" í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger

Scott, C., "Multinational Enterprises and Emergent Jurisprudence on Violations of Economic, Social and Cultural Rights", í A. Eide, C. Krause, A. Rosas (ritstj.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2001 Kluwer Law International,

Sigurður Líndal, *Um Lög og Lögfræði: Grundvöllur laga- og réttarheimildar*, 2003 Hið Íslenska Bókmenntafélag

Sigurður Nordal, *Ritverk Fornar Menntir I*, 1993 Almenna Bókafélagið

Sigríður Ingvarsdóttur, „Dómarastarfið og meðferð dómsvaldsins“, 2. hefti tímaritsins *Lögrettu*, 2. árg.

Steiner, H. J. and Alston, P. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*, 1996 Oxford University Press

Stone Sweet, Alec, *The Judicial Construction of Europe*, 2004 Oxford University Press

Sunstein, Cass R., *Free Markets and Social Justice*, 1997 Oxford University Press

Sunstein, Cass. R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996 Oxford University Press

Szyszczak, E. “Social Rights in the European Union” í A. Eide, C. Krause og A. Rosas (ritstj.) *Economic, Social and Cultural Rights*, 2001 Kluwer Law International,

Takahashi, Kazuyuki “Why do we study constitutional laws of foreign countries, and how?” í Vicki C. Jackson og Mark Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, 2002 Praeger

Théron, J. P. “A European Perspective: Economic and Social Rights in the French Constitution” í V. C. Jackson og M. Tushnet, *Defining the Field of Comparative Constitutional*

Venice Commission, *Constitutions of Europe*, Council of Europe, 2004 Martinus Nijhoff

Von Bogdany, A. í George Nolte (ritstj.), *European and US Constitutionalism: Science and technique of democracy*, 2005 Council of Europe

Wyler, E og Papaux, A. “*The Search for Universal Justice*” í R. St. J. MacDonald og D. M. Johnston, *Towards World Constitutionalism*, 2005, Brill Martinus Nijhoff

Þorsteinn Magnússon, “Alþingi í ljósi samþættingar löggjafarvalds og framkvæmdarvalds”, *Tímarit Lögfræðinga*, 2. hefti, 55. árg. 2005

Þór Vilhjálmsson, „Staða Hæstaréttar í stjórnskipuninni“, *Tímarit Lögfræðinga* 1995

Formatted