

Minnisblað til Stjórnlagaráðs, júní 2011.

Með tölvupóstum þann 8. júní 2011, bárust mér tillögur stjórnlagaráðs um mannréttindi og um dómstóla, kosningar, kjördæmaskipan og utanríkismálanefnd. Ég samdi um það við Sif Guðjónsdóttur og Salvöru Nordal f.h. ráðsins að ég myndi lesa tillögurnar og gefa ráð.

Hér á eftir fara athugasemdir við einstakar greinar og atriði í tillögunum. Þær eru gerðar með eftirtöldum fyrirvörum:

- Langflestar tillögurnar þarfnast – hver fyrir sig – margra daga yfirlegu og fræðivinnu til að fínpússa orðalag, tryggja að ekki sé breytt því sem stjórnlagaráð vill ekki breyta, tryggja samræmi o.s.frv. Í einhverjum tilvikum bendi ég sérstaklega á þörf á þessu. Þetta gildir þó almennt. Hér geri ég athugasemdir við þau atriði sem vöktu athygli mína við hraðan lestur en þetta er hvorki tæmandi, né endilega nægileg, skoðun á tillögunum.
- Í athugasemdunum felast ábendingar byggðar á stjórnskipunarrétti og samanburði við stjórnskipun annarra ríkja. Það að ég geri ekki athugasemdir felur að sjálfsögðu ekki í sér að ég sé sammála tillögunni eða telji hana heppilega: Mat á því hverju skuli breyta er ekki mitt heldur ráðsins.

Almennar athugasemdir um mannréttindakaflann:

- Víða vantar upp á að við samningu ákvæða sé horft nægilega á það, að auk þess að vera stefnuskrá fyrir ríki, er stjórnarskrá *lög*. Þetta – að vera gildandi lög, sem dómstólar beita eins og öðrum lögum – hefur verið aðalhlutverk norrænu stjórnarskráanna. Alveg frá setningu stjórnarskrárinnar 1874 hefur mannréttindaákvæðunum verið framfylgt fyrir íslenskum dómstólum. Orð eru því dýr á þessu sviði og stjórnlagaráð ætti að hafa ákveðið í huga að ákvæðin munu verða notuð í dómsmálum. Mögulegt verður að vera að framfylgja þeim og þau mega ekki vera þannig orðuð að þau opni eða loki á allt aðra hluti en stjórnlagaráðið e.t.v. ætlaðist til. Sem dæmi má nefna 4. mgr. 6. gr. tillagnanna og 3. mgr. 10. gr. þeirra. Bæði ákvæðin myndu, ef þau eru sett, verða mikil uppspretta deilna og ég hallast að því að það síðara sé óframkvæmanlegt.
- Einstök ákvæði bera þess merki að teknar eru í stjórnarskrá meginreglur eða markmið, m.a. sem komið hafa upp á þjóðfundi eða komið fram í erindum til ráðsins. Í langflestum tilvikum er um að ræða efnisatriði sem flestir geta verið sammála um. Hins vegar er spurning hvort og þá hvernig eigi að hafa slík stefnumarkandi ákvæði í stjórnarskránni. Hér eru þau innan um ákvæði sem ætlað er að hafa bein áhrif og það er líklegt, sbr. efsta punktinn, að almennari ákvæðunum verði ætlað það líka en þau þá túlkuð af dómstólum á hverjum tíma. Þetta þarf að hugsa.
- Tillögurnar eru margar hverjar of orðmargar og bera þess merki að brugðist sé við einstökum málum. Hér má minna á að stjórnarskrár eru settar til langs tíma. Verður enn, árið 2150, ástæða til að tiltaka að stjórnvöld skuli „tryggja aðstæður til ... umræðu, svo sem óheftan aðgang að netinu“. Er e.t.v. betra að hafa ákvæðið tímalaust með því að hafa bara fyrri hluta þess? Þessu verður ekki svarað hér, en bara minnt á að þó stjórnarskrár séu oft settar eða þeim breytt sem svari við tilteknum aðstæðum eru þær – a.m.k. þær góðu – samdar þannig að þær úreldist hægt eða ekki.
- Það eru oft villandi eða rangar upplýsingar í athugasemdum með greinum: T.a.m. er sagt að ekki felist efnisbreyting í breytingum sem þó gera það og sagt að ákvæði færi stjórnarskrá til samræmis við þjóðréttarsáttmála, þó svo sé ekki. Þetta er skiljanlegt

þegar um er að ræða vinnugögn sem taka miklum breytingum. En þetta verður að laga áður en drög fara í dreifingu.

Athugasemdir við einstök ákvæði í drögum.

1. Mannleg reisn

- Efni:
 - Hér þarf að hugsa hvort ætlunin sé að þessi grein hafi sjálfstætt efnislegt inntak eða sé fyrst og fremst stefnuyfirlýsing, sem leggi línu en bæti engu við þau réttindi sem á eftir koma.
 - Ef greinin á að hafa sjálfstæða efnislega merkingu þarf einhverja vísbendingu að gefa í fylgitexta um merkingu orðanna „réttlátu“ og „margbreytileiki“.
- Orðalag:
 - Þarf að hafa lýsingarorðið „mannleg“?
 - Ef á að breyta málfræðilegu kyni í öðrum greinum er spurning hvort það þurfi ekki að gera hér líka.

2. Jafnræðisregla

- Efni:
 - Ísland er aðili að Alþjóðasamningi (Sameinuðu Þjóðanna) um afnám alls kynþáttamisréttis. Það samræmist illa eða ekki skyldum skv. þeim samningi að fjarlægja tilvísun til kynþáttar úr jafnræðisákvæði stjórnarskrárinnar. Þetta gildir þó öðrum orðum (t.a.m. arfgerð) sé ætlað að taka á kynþáttamismunun. Það að halda tilvísun til kynþáttar inni styðst einnig við sögulegar ástæður; rétt eins og kynferði. Það er verið að vísa til þeirra þátta sem sögulega hafa falið í sér mesta hættu á mismunun.
- Orðalag
 - Skýra þarf hvað átt er við með „arfgerð“
 - Af hverju er „þjóðernisuppruna“ breytt í „uppruna“?
- Ég legg til að þessi grein verði skoðuð sérstaklega í heild, til að tryggja að vilji stjórnlagaráðs náist fram án þess að vikið sé frá því sem reynst hefur vel hingað til og til að tryggja samræmi við þjóðréttarskuldbindingar.

X. Mannréttindi

- Efni:
 - Hér þarf að hugsa hvort ætlunin sé að þessi grein hafi sjálfstætt efnislegt inntak eða sé fyrst og fremst stefnuyfirlýsing. Það að tekið er fram að hún sé rammaákvæði svarar því ekki alveg.
 - Ef greinin er ætlað að hafa sjálfstæða merkingu verður að gefa vísbendingar um hvað er „kjarni“ réttinda.
 - Þó greinin væri fyrst og fremst ætlað að vera stefnuyfirlýsing verður að hugsa samspil hennar og „skerðingarákvæði“ t.d. í 2. og 3. mgr. 4. gr. Eins og þetta stendur hér, er auðvelt (og gæti verið rétt) að skilja þetta svo að þetta ákvæði veiti mun víðtækari heimildir til skerðingar heldur en nú eru í stjórnarskrá. (Skerðing á tjáningarfrelsi þarf t.d. nú

að vera með lögum og í tilteknum mjög afmörkuðum tilgangi – það eru ekki skilyrði hér)

3. Mannhelgi

- Orðalag:

- Það er óheppilegt að taka dæmi á eftir „hvers kyns“. Ég myndi því fella út innskotssetninguna „svo sem kynferðisofbeldi“.

4. Friðhelgi einkalífs

5. Réttur barna

6. Tjáningarfrelsi

- Efni:

- Það er óljóst hvað átt er við í 2. mgr. þar sem sagt er að stjórnvöldum beri að tryggja þennan rétt. Það þarf að skýra. Er átt við að stjórnvöld skuli tryggja mönnum „outlet“ (t.d. að fá dagblaðagreinar birtar) eða að þau skuli tryggja að enginn annar takmarki þennan rétt manna?
- Sömuleiðis þarf að skýra nánar 4. mgr. um að stjórnvöld skuli tryggja aðstæður til opinnar og upplýstrar umræðu, svo sem óheftan aðgang að netinu. Eins og ákvæðið stendur núna er spurning hvort kostnaður við netþjónustu stæðist stjórnarskrá og sömuleiðis þær síur sem foreldrar, og mörg fyrirtæki, hafa á netnotkun. Er ætlunin að hrófla við þeim? Og hvað fleira er stjórnvöldum ætlað að gera til að tryggja þessar aðstæður? Það þarf ekki endilega að taka það fram í greininni en það þarf að vera skýrt í hugum þeirra sem semja ákvæðið, því ef svo er ekki er einfaldara að tala beint um netið.
- Ég tel að efnislegar breytingar felist í einföldun textans í 5. mgr. Það er auðvitað heimilt, en skýringar benda ekki til þess að ráðið telji svo vera. Sem dæmi um slíka breytingu má nefna að við breytingu stjórnarskrárinnar 1995 var ákveðið að víkja frá texta 10. gr. mannréttindasáttmála Evrópu um hvað „nauðsyn bæri til í lýðræðislegu þjóðfélagi“ og segja þess í stað „sem samrýmdust lýðræðishefðum.“ Þetta var gert til að tryggja að áfram mætti banna áfengis- og tóbaksauglýsingar. Hér er vikið frá því. Annað dæmi: í 10. gr. mannréttindasáttmálans og núgildandi stjórnarskrá eru fleiri ástæður sem geta leitt til þess að takmarka megi tjáningarfrelsi með lögum en þarna eru taldar.
- Athugasemd: Ég tel þessa grein þurfa sérstakrar skoðunar við.

7. Upplýsingafrelsi

- Efni:

- Þessi grein felur í sér meiri smáatriði en ég tel æskilegt að hafa í stjórnarskrá. Þess í stað mætti sjá fyrir sér eitthvað í líkingu við valkost 2 í skýrslu stjórnlaganefndar (bls. 88) með viðbótum um að kveða skuli á um gagnsæi og gagnavörslu stjórnvalda í lögum.
- Athugasemd: Ég tel þessa grein þurfa nánari skoðunar við.

8. Frelsi fjölmiðla

- Efni:

- Það er óljóst hvort þetta ákvæði eigi að vera í mannréttindakafla eða annars staðar. Ég hallast (við fyrstu sýn) heldur að því að þetta eigi að vera annars staðar.
- Síðari setning 2. mgr. er óþarfí. Búið er að segja að þetta skuli tryggja í lögum. Þá getur ráðið látið fylgja óskir um hvernig þau lög verði úr garði gerð en það er óheppilegt að segja bæði í stjórnarskrá að eitthvað skuli gert með lögum og leysa svo úr því efnislega í stjórnarskránni sjálfri. Sjá til samanburðar, gr. 9.

9. Frelsi menningar og mennta.

10. Trúfrelsi

- Efni:
 - Það er órökrétt að segja að rétturinn til að iðka trú sína felist í réttinum til að hafa hana. Þetta er sitt hvort, og annað (rétturinn til að iðka trú) getur skv. þjóðréttarsamningum sætt takmörkunum en rétturinn til að hafa trú getur það ekki. Sem dæmi (sem upp hefur komið í öðrum löndum) má nefna að Jón Jónsson hefur fulla heimild til að trúá því að hann nálgist guðdóminn með því að neyta eiturlyfja. Réttur hans til að trúá því verður ekki skertur. Hins vegar má ríki (og hafa ríki) bannað trúarleiddtogum eins og öðrum að neyta og afhenda öðrum ólögleg eiturlyf. Þar er verið að setja skorður við því að hann iðki trú sína. Í tillögunum hér vantar þennan greinarmun á trúnni sjálfri og iðkun hennar.
 - Með sama hætti þarf að athuga alvarlega að setja inn ákvæði sem heimila takmörkun á réttinum til að iðka trú sína.
 - 3. mgr. gefur til kynna að vernda eigi aðeins þau trúfélög og lífsskoðunarfélög sem miða að umburðarlyndi. Þetta kynni að útiloka mörg algengustu trúarbrögðin og því þarf að hugsa alvarlega hvort þetta er það sem átt var við. Hvaða trúfélög miða að umburðarlyndi og hver ekki? Hver á að meta það og á hvaða grunni? Hér rísa ýmis vandkvæði.
 - Í skýringum eru talin tvö atriði sem skilgreina hvað sé trú- eða lífsskoðunarfélag. Það er óljóst hvort þau þurfa bæði að vera uppfyllt eða hvort annað dugar.
- Athugasemd: Þessi grein tel ég að sé mjög gölluð eins og hún er núna. Hún þarfnast nánari skoðunar.

11. Þjóðkirkja

12. Félagafrelsi

13. Fundafrelsi

- Efni:
 - Fram kemur að ákveðið hafi verið að fella brott heimild til að banna fundi undir opnum himni vegna hættu á óspektum. Ég legg til að kannað verði hvort ákvæðið eins og það er lagt til hafi áhrif á lögreglulög og getu lögreglu til að leysa upp mannfjölda sem safnast saman á götu og óttast er að valdi uppþotum. Nauðsynlegt er að

stjórnlagaráð fái staðfest að breyting ákvæðisins hafi þau áhrif sem það vill og önnur ekki.

14. Ríkisborgararéttur

- Efni:
 - Hér er breyting frá núverandi ákvæði sem felst í því að tiltekin er ein aðferð við að öðlast íslenskt ríkisfang (og sú algengasta) en sagt að ríkisborgararéttur verði að öðru leyti veittur skv. lögum. Tvennt þarf að íhuga vegna þessa:
 1. Í fyrsta lagi vekur þetta spurningu um hvar ákvæðið eigi að vera. Flestir hlutar þess lúta að réttindum ríkisborgara og ferðafrelsi en í 1. og 2. setningu 1. mgr. er ekki fjallað um réttindi sem fylgja ríkisborgararéttinum heldur hvernig menn öðlast hann.
 2. Í öðru lagi hef ég ákveðnar efasemdir um að taka eina leið til að öðlast ríkisborgararétt upp í stjórnarskrá en láta aðrar vera tilteknar í lögum. Bæði er lagaleg „ósýmmetría“ í því, sem er skrýtin, en aðallega gefur það til kynna að sumur ríkisborgararéttur sé merkilegri en annar, sem er rangt. Það væri því e.t.v. heppilegra að annað hvort segja að um það hvernig menn öðlast ríkisborgararétt fari eftir lögum eða taka meira upp í ákvæðið.
 - Ákvæði 3. og 4. mgr. eru um ferðafrelsi. Þess er ekki getið í heiti ákvæðisins. Ég tel því annað hvort að þau þurfi að fara í sérstakt ákvæði eða að breyta þurfi heiti greinarinnar.

15. Réttlát dómsmeðferð

- Efni:
 - Heiti greinarinnar er rangt. Hér er ekki fjallað um meðferð mála fyrir dómi heldur um það hvenær megi svipta menn frelsi og að hvaða skilyrðum uppfylltum. Þess ber sérstaklega að geta að 4. mgr. greinarinnar fjallar um þá sem eru sviptir frelsi af öðrum ástæðum en þeim sem tengjast sakamálum.

16. Bann við afturvirkni refsingar

- Efni
 - Tekið er undir aths. að því er snertir fullkomna lögjöfnun.

17. Bann við ómannúðlegri meðferð

- Orðalag:
 - Bera má saman orðalag 1. mgr. 17. gr. og 1. mgr. 18. gr. Er ástæða til að hafa orðalag 1. mgr. 17. gr. veikara en 1. mgr. 18. gr.?

18. Bann við herskyldu

19. Réttlát málsmeðferð fyrir dómi

- Efni:
 - Orðin velsæmi og allsherjarregla eru felld út úr listanum yfir þær ástæður sem geta réttlætt lokuð réttarhöld. Þetta felur í sér efnisbreytingu, sem stjórnlagaráð þarf að vera viss um að það vilji.

20. Heilbrigðisþjónusta

- Efni:
 - Nú koma nokkur ákvæði sem öll fjalla um félagsleg réttindi. Er ástæða til þess að hafa heilbrigðisþjónustu á undan t.d. atvinnu og félagslegum réttindum?
 - Það kann að valda vanda, að greinin í alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi fjallar um að ríki viðurkenni rétt manns til að njóta heilsu að hæsta marki sem unnt er. Í ákvæði 20. gr. er hins vegar ekki verið að fjalla um þann rétt heldur að tryggja rétt til heilbrigðisþjónustu sem miði að heilsu að hæsta marki sem unnt er. Í hverju munurinn felst þarf að skoða betur.
 - Af athugasemdum verður helst ráðið að stjórnlagaráð telji sig ekki vera að breyta núverandi réttarástandi – heldur bara taka skýrar í stjórnarskrá réttindi sem þar eru vernduð nú þegar. Ég treysti mér ekki til að fullyrða að ákvæðið í þessum búngi geri þetta, né heldur er ljóst (ef í því felast efnisbreytingar) hverjar þær eru.
- Athugasemd: Greinin þarfnast nánari skoðunar.

21. Menntun

- Efni:
 - Ákvæði um rétt til almennrar menntunar hefur verið talið taka til grunnskólamenntunar og menntunar á framhaldsskólastigi, en þó ekki í sérskólum. Því eru ákvæði 1. og 2. mgr. að stórum hluta tvítekning.
 - Ákvæði 4. mgr. er orðið sjálfstætt ákvæði og á því væntanlega að fara út hér.

22. Atvinna

- Athugasemd:
 - Hér er myndað ákvæði úr nokkrum ákvæðum alþjóðasáttmála. Ástæða er til að samlesa sáttmálana og ákvæðið.

23. Félagslegt öryggi

- Efni:
 - Vantar e.t.v. (til samræmis við menntun o.fl.) orðin „í lögum“ eða „með lögum“ í 1. málsgreinina?

24. Eignarréttur

- Efni:
 - Síðasta setning 2. mgr. býður upp á deilur. Má t.d. brugga í bjórverksmiðjum? Má stunda mengandi starfsemi? Hvort tveggja er hægt að rökstyðja að gangi gegn almannahag. Í eignarréttar- og atvinnufrelsisákvæðum stjórnarskrárinnar hefur hugtakið „almanahagsmunir“ og „almenningsþörf“ verið túlkað gríðarlega rúmt (t.d. sem ástæða fyrir eignarnámi). Á það við hér líka? Þá er þetta veruleg skerðing á eignarréttinum og mjög hætt við geðþótta: Stjórnvöld velja um hvað þetta gildir og um hvað ekki.

25. Menningarleg verðmæti

26. Náttúruauðlindir

- Efni:
 - Ég fæ ekki betur séð en það sé ósamræmi milli 1. og 3. mgr. greinarinnar, þar sem talað er um „Náttúruauðlindir Íslands“ í 1. mgr. en svo talað um hvaða auðlindir eru í þjóðareign í 3. mgr. Þessar málsgreinar virðast samrýmast hvor annarri illa. Að auki er spurning hvort 1. setning 1. mgr. getur staðið óbreytt. Falla tún t.d. þar undir? Það er varla ætlunin, en orðalagið bendir ekki til annars.
 - Einhvers staðar þarf að skilgreina hugtakið þjóðareign.
 - Sömuleiðis veldur „fullt“ gjald (í 2. mgr.) vanda. Sambærilegt ákvæði er í eignarréttarákvæðinu og fjallar um bætur fyrir eignarnám. Á „fullt“ að hafa sömu merkingu hér? Stjórnlagaráð getur auðvitað ákveðið það, en þá er spurning hvernig tekst að fá fólk til að nýta auðlindirnar.
- Orðalag:
 - Í 2. mgr. er spurning hvort eigi að tala um handhafa ríkisvalds frekar en löggjafar- og framkvæmdarvalds.
 - Í sömu málsgrein er spurning (líka með hliðsjón af greininni á eftir) hvort ætti að nota orðin „fara með“ í stað „vernda“.
- Athugasemd: Greinin þarfnast sérstakrar skoðunar.

27. Náttúra Íslands.

28. Upplýsingaskylda og samráð

- Efni:
 - Greinin virðist vera rangnefnd, þar sem hún fjallar um umhverfismál eingöngu.
 - Þessi ákvæði eiga flest klárlega að vera (og eru) í lögum en er ástæða til að hafa þau í stjórnarskrá?
- Athugasemd: Greinin þarfnast sérstakrar skoðunar.

29. Dýravernd

- Efni :
 - Efnisatriði þessa ákvæðis eiga flest klárlega að vera (og eru) í lögum en er ástæða til að hafa þau í stjórnarskrá? Það er lögbrot og siðferðilega hræðilega rangt að ofnýta dýrastofna og fara illa með dýr. En á það að vera stjórnarskrárbrot?

30. Skyldur skv. alþjóðlegum mannréttindasamningum

- Efni:
 - Báðar málsgreinar greinarinnar gera hlut þjóðréttarsamninga meiri í löggjöfinni en nú er. Kenningunni um að þjóðréttarsamningar verði ekki sjálfkrafa hluti af landsrétti nema þeir séu teknir inn í hann er hér með vikið til hliðar. Það er í sjálfu sér ágætt, en menn verða að átta sig á því að hér er um gríðarlega breytingu á réttarkerfinu að ræða.
 - Síðari málsgreinin, sem leiðir til þess að samningar gerðir af handhöfum framkvæmdarvalds hafa stjórnarskrárgildi og gilda því framur almennum lögum hefur gríðarmikil áhrif á samspil greina ríkisvaldsins. Hún framselur í raun hluta af valdi stjórnarskrárgjafans til þeirra sem gera þjóðréttarsamninga. Ég legg því til að a.m.k. verði kveðið á um það hvernig Alþingi skuli fara með samninga áður en þeir fá stjórnarskrárgildi.

- Með síðari mgr. greinarinnar er verið að gera öllum almenningi illkleift eða ókleift að átta sig á réttarstöðu sinni. Þá er þetta sennilega stærsta viðbót við stjórnarskrána sem nokkru sinni hefur verið gerð. Dæmin um áhrif þessa eru mýmörg, enda samningar með mannréttindapátt afskaplega margir. Af handahófi má nefna að skv. barnasáttmála Sameinuðu þjóðanna hefur hvert barn rétt til nafns frá fæðingu. Íslensku mannanafnalögin segja að gefa skuli barni nafn innan 6 mánaða frá fæðingu. Þetta ákvæði færi þá í bága við stjórnarskrá.
- Hér er ástæða til að benda á norska stjórnarskrárákvæðið um alþjóðlega mannréttindasamninga sem fyrirmynd.
- Þá er ástæða til að vísa frekar til tillagna stjórnlaganefndar varðandi 1. mgr. en þeirrar sem hér er. Það er ankannalegt að aðrir handhafar ríkisvalds en löggjafinn eigi að tryggja hluti með lögum.
- Athugasemd: Þessi grein felur í sér langmestu breytinguna á réttarástandi af öllum tillögnum og ekki eingöngu á mannréttindasviðinu. Ákvæðið verður að skoða nánar.