

II hluti

Útlendingar og réttarstaða þeirra

Efnisyfirlit II hluta

II A Útlendingar og réttarstaða þeirra	bls. 1
II B Sérstök réttindi sett til verndar útlendingum : farandlaunþegar	bls. 9
Heimildaskrá	bls. 15

II A Útlendingar og réttarstaða þeirra

Efnisyfirlit II A

Almennt	bls. 1
Skilgreining á hugtakinu útlendingur	bls. 2
Algildi mannréttinda	bls. 3
MYSÞ	bls. 3
SBSR	bls. 4
SEFMR	bls. 4
ILO	bls. 5
MSE	bls. 5
Tilvísanir	bls. 7

Almennt

Verkefnið fjallar um áhrif þjóðréttarskuldbindinga (einkum mannréttindaákvæða) á réttarstöðu útlendinga. Ástæða þess að fjalla sérstaklega um réttarstöðu útlendinga er sú, að þrátt fyrir að ákvæði laga, stjórnarskrár og mannréttindasamninga taki jafnt til allra þeirra sem eru (löglega) á yfirráðasvæði ríkis, og verndi því réttindi útlendinga eins og annarra, eru ýmsar ástæður fyrir því að staða útlendinga getur verið frábrugðin stöðu eigin þegna og oft lakari. Reglur almenns þjóðaréttar og þjóðréttarsamninga viðurkenna að nokkru marki hið sérstaka samband sem er á milli ríkis og þegna þess, einkum á sviði ríkisborgararéttar og ýmissa borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda, s.s kosningaréttar og búseturéttar. Þá er réttur til aðstoðar og önnur efnahagleg, félagsleg og menningarleg réttindi stundum takmarkaður með vísan til langvarandi búsetu og/ eða þjóðernis. Verður fjallað um þjóðréttarreglur á þessum sviðum í hluta [III](#) og hluta [IV](#).

Almennt hefur venjubundinn þjóðaréttur verið talinn vernda réttarstöðu útlendinga þannig að ríkjum beri skylda til að sjá til þess að útlendingar njóti sömu réttinda og eigin þagnar. Innan þjóðaréttar var þó deilt um hvort slíkt væri nægilegt, eða hvort þjóðaréttur mælti einnig fyrir um „lágmarksréttindi“. Það getur farið eftir réttarstöðu og ástandi í mismunandi ríkjum hvort viðmiðið tryggir betri vernd. Þeir vankantar eru þó á þessum reglum að a) þær eru á því sviði þjóðaréttar sem fjallar um ábyrgð ríkja innbyrðis, sem leiðir til þess að þær eiga aðeins við ef ríki gætir hagsmuna þegna sinna í öðru ríki (fremur en að einstaklingar geti sótt rétt sinn beint í gistiríki) og b) inntak reglnanna er óvíst þar sem nokkuð skortir á örugga framkvæmd.[\[1\]](#)

Þegar þjóðréttarsamningar um mannréttindi urðu algengari eftir síðari heimstyrjöldina leiddu ákvæði þeirra til aukinnar verndar bæði eigin þegna og útlendinga og var þá gert ráð fyrir því að í meginatriðum skyldu útlendingar njóta sömu mannréttindaverndar og eigin þegnar.[2] Þrátt fyrir ætlað algildi mannréttindaákvæða er staðan þó sú að ýmsir mannréttindasamningar veita svigrúm til þess að ríki geri greinarmun á eigin þegnum og útlendingum, einkum varðandi málefni sem sérstaklega tengjast sérstöku sambandi ríkis og þegna. Þeim skoðunum vex stöðugt fylgi að algildi mannréttinda leiði til þess að munur á ríkisborgurum og öðrum (farandlaunþegum, þeim sem hafa verið búsettir í gistiríki um langan tíma o.sfrv.) fari sífellt minnkandi. Þannig sé hægt að tala um að útlendingar njóti sambærilegra réttinda og eigin þegnar þótt þeir njóti ekki þegnréttar, þegar tekið sé tillit til þeirra alþjóðlegu mannréttindaákvæða sem binda ríkin og gera kröfu til þess að helstu borgaraleg og stjórn mála réttindi séu tryggð öllum þeim sem eru á yfirráðasvæði ríkisins. [3]

Á hinn bóginn er ekki hægt að neita því að þjóðerniskennd er oft sterk og þegnar ríkis hafa tilhneigingu bæði til að krefjast réttinda, sem bundin séu við þegnrétt, sem og að skilgreina sig með vísan til þjóðernis, sem leiðir til þess að útlendingar eru útilokaðir frá þeirri skilgreiningu og eru skilgreindir „neikvætt“ sem aðrir en þeir sem eru ríkisborgarar.

Skilgreining á hugtakinu útlendingur

Hugtakið „útlendingur“ er almennt skilgreint neikvætt og á við um hvern þann sem ekki er ríkisborgari tiltekinnar þjóðar.

Hugtakið útlendingur er skilgreint neikvætt samkvæmt íslenskum rétti, eins og það birtist í settum lögum. Í almennum ummælum í greinargerð (*hér eftir: grg.*) með frumvarpi(*hér eftir: frv.*) því sem varð [að lögum nr. 96/2002 um útlendinga](#) (*hér eftir: útlendingalög*) segir: „Samkvæmt 1. mgr. kemur fram að ákvæðunum er ætlað að gilda um útlendinga, en *útlendingur telst hver sá sem ekki er íslenskur ríkisborgari samkvæmt lögum um íslenskan ríkisborgararétt, sbr. lög nr. 100 23. desember 1952*[4]“ Í [lögum nr. 100/1952](#) er aðallega fjallað um hvernig menn öðlast íslenskan ríkisborgararétt sjálfkrafa og þau skilyrði sem uppfyllt þurfa að vera til þess að hann verði veittur útlendingum. Menn verða fyrst og fremst íslenskir ríkisborgarar fyrir ætternissakir, en dvöl á landinu getur verið ástæða veitingar ríkisborgararéttar og þegnleiðing með lögum Alþingis getur átt sér stað óháð öðrum skilyrðum.[5] Hugtakið útlendingur vísar því, í lögfræðilegri merkingu, til allra þeirra sem ekki hafa íslenskan ríkisborgararétt. Aðrir hlutlægir og huglægir mælikvarðar sem notast er við í daglegu tali þegar tekin er afstaða til þess hvort einstaklingur sé útlendingur koma því ekki til álitá.[6]

Almennt er afstaða þjóðaréttar talin sú að þjóðaréttur viðurkennir vald hvers ríkis til að ákvarða hverjir eru ríkisborgarar þess og byggist sú afstaða á kennisetningum þjóðaréttar um fullveldi og jafnræði ríkja.[7] Ríki verða að viðurkenna ákvörðun annarra ríkja um það hverjir eru þegnar þeirra, að því tilskildu að ákvörðunin fullnægi reglum þjóðaréttar.[8] Þá hafa frekari takmarkanir á ákvörðunarvaldi hvers ríkis verið leiddar af reglum þjóðaréttar - eins og staðfest var í *Nottebohm* dómi Alþjóðadómstólsins[9] þess efnis að ákveðin tengsl þurfi að vera á milli einstaklings og ríkis til að ríki geti veitt einstaklingi ríkisborgararétt. [10] Þegar um tvöfaldan ríkisborgararétt er að ræða er gerð krafa um raunveruleg tengsl, en það skilyrði kallar á mat á raunverulegum tengslum og jafnvel búsetu.[11]

Meginsjónarmiðið er því það sem áður kom fram um ákvörðunarvald hvers ríkis (með þröngum takmörkunum) sem leiðir til þeirrar niðurstöðu að þjóðaréttur hefur almennt ekki áhrif á reglur um þjóðerni og veitingu ríkisborgararéttar eða afturköllun ríkisborgararéttar.^[12] Þá gera reglur almenns þjóðaréttar að jafnaði ekki kröfu um að ríki veiti einstaklingum ríkisborgararétt.

Hins vegar geta þjóðréttarsamningar sem vernda tiltekin mannréttindi haft áhrif á ákvörðunarvald ríkja varðandi veitingu og afturköllun ríkisborgararéttar, t.d. ef ríki brjóta gegn samningum sem banna mismunun á grundvelli kynþáttar, trúarbragða eða stjórnmálaskoðana (CERD), eða á grundvelli kynferðis (CEDAW); skylt er að veita börnum sem fædd eru á yfirráðasvæði ríkisins ríkisborgararétt, ef þau yrðu ella ríkisfangslaus (8. gr. Barnasáttmálans), og samningar sem mæla fyrir um réttindi flóttamanna og þeirra sem eru ríkisfangslausir hafa áhrif á ákvörðunarvald ríkja. 15. gr. MYSP mælir fyrir um að allir menn hafi rétt til ríkisfangs og að engan mann megi eftir geðþótta svipta ríkisfangi né rétti til að skipta um ríkisfang. Þessar reglur hafa þó ekki verið útfærðar eins ítarlega í SBSR eins og önnur ákvæði MYSP. Þá hafa SP sett reglur um réttarstöðu fólks án ríkisfangs (1954) og reglur til að draga úr ríkisfangsleysi (1961) en Ísland á ekki aðild að þessum samningum. Um reglur um ríkisborgararétt er fjallað frekar í [III C](#).

Algildi mannréttinda: Útlendingar njóta sömu réttinda og aðrir með þröngum takmörkunum

Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna standa vörð um algild mannréttindi sem byggist á þeirri grunnhugmynd að allir menn séu frjálssir og jafnir öðrum að virðingu og réttindum (1. gr. MYSP). 2. gr. MYSP bannar að gerður sé geinarmunur á grundvelli kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúar, stjórnmálaskoðana eða annarra skoðana, *þjóðernis*, uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna. Þó hefur löngum verið viðurkennt að upphaflega hafi „þjóðerni“ vísað til þjóðernisuppruna eða þjóðerniseinkenna, fremur en ríkisborgararéttar.^[13]

Ýmis ákvæði Mannréttindaskrár SP heimila að gerður sé geinarmunur á eigin ríkisborgurum og öðrum.

MYSP

13. gr. [MYSP](#) mælir fyrir um réttinn til að koma til *heimalands síns* (auk þess sem allir njóta réttar til að yfirgefa ríki og að ferðast innan ríkis þar sem þeir eru staðsettir).

21. gr. MYSP mælir fyrir um stjórnmálaleg réttindi og jafnan rétt til að gegna *opinberum störfum í landi sínu*.

23. gr. MYSP veitir öllum rétt til atvinnu að frjálssu vali, en við gerð yfirlýsingarinnar var þó gengið út frá því að um væri að ræða alla sem væru löglega búsettir innan hvers ríkis.

29. gr. 2. mgr. MYSP er orðuð svo: „Við beitingu réttinda sinna og frelsis, skulu allir háðir þeim takmörkunum einum sem settar eru með lögum í því skyni að tryggja viðurkenningu á og virðingu fyrir réttindum og frelsi annarra og til þess að fullnægja réttlátum kröfum um siðgæði, almannareglu og velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi.“

Með stoð í þessu ákvæði er ekki útilokað að aðgerðir bitni fremur á útlendingum en eigin þegnum.

SBSR

12. gr. 1. mgr. [SBSR](#) tryggir frjálsa för en takmarkast við þá sem eru löglega innan landsvæðisins.

12. gr. 4. mgr. SBSR veitir einstaklingum rétt til að koma til síns eigin lands.[\[14\]](#)

13. gr SBSR setur málsmeðferðarreglur um brottvísun útlendinga og vísar til ástæðna sem tengjast þjóðaröryggi sem réttlætt geta að réttarfarsreglum sé vikið til hliðar.

25. gr. SBSR takmarkar stjórn mála réttindi við ríkisborgara og 26. gr. SBSR sem mælir fyrir um víðtæka jafnræðisreglu var skilin svo við samningsgerð að aðildarríki gætu gert greinarmun á útlendingum og eigin ríkisborgurum svo framarlega sem mismunun væri réttlætlanleg með vísan til hlutlægra sjónarmiða.[\[15\]](#) Hefur þetta verið staðfest í framkvæmd og er greinin skýrð með sama hætti að þessu leyti og þegar reynir á mismunandi meðferð á öðrum grundvelli. Útlendingar njóta því verndar gegn mismunun sem byggist eingöngu á þjóðerni, en mismunandi meðferð má í mörgum tilvikum réttlæta. Mannréttindanefndin hefur í [almennri athugasemd nr. 15](#) lýst því yfir að réttindi sem sáttmálinn verndar eigi við um alla, án tillits til gagnkvæmni (milli ríkja) og án tillits til þjóðernis eða ríkisborgararéttar, nema þegar sérstaklega er mælt fyrir um annað í einstökum greinum sáttmálans (sbr. hér að ofan).[\[16\]](#)

4. gr. SBSR heimilar ríkjum að víkja frá skyldum sínum vegna neyðarástands og er mismunun á grundvelli þjóðernis þá ekki bönnuð berum orðum (sjá frekari umfjöllun í [III D](#)). Miklar kröfur yrðu gerðar um sönnun þess að um raunverulegt neyðarástand sé að ræða og þarf ríki að hafa formlega lýst yfir neyðarástandi til að ákvæðið eigi við.

SEFMR

Segja má að SEFMR veiti útlendingum að sumu leyti minni vernd en SBSR þar sem skyldur ríkja eru óákveðnari í SEFMR en í SBSR og SEFMR gerir í mörgum tilvikum ráð fyrir að ríki „geri þær ráðstafanir...sem það frekast megnar“ (1. mgr. 2. gr.) fremur en að tryggja réttindi sem fá má fullnægt fyrir dómi. Þó hefur nefnd um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi staðfest að aðildarríkjunum beri að tryggja lágmarkskjarna réttinda án tafar; jafnframt hafur verið talið að sá lágmarkskjarni réttinda SEFMR komi einnig útlendingum til góða.[\[17\]](#)

Um túlkun á ákvæðum SEFMR má vísa til [almennrar athugasemdar nr 3](#) sem og til Limburg reglnanna (e. Limburg Principles UN Doc E/CN4/1987/17 Annex). Craven hefur lagt áherslu á að SEFMR tryggi öllum þau réttindi sem þar koma fram og að sjónarmið um jafnrétti við framkvæmd réttindanna einkenni samninginn sem heild. Þó er viðurkennt að bann við mismunun í 2. gr. SEFMR er veikara en sambærilegt ákvæði SBSR.[\[18\]](#)

Einungis eitt ákvæði SEFMR heimilar beinlínis mismunandi meðferð þegar útlendingar eiga í hlut:

3. mgr. 2. gr. sem heimilar þróunarlöndum að ákvarða að hve miklu leyti þau efnahagslegu réttindi sem samningurinn tryggir skuli taka til útlendinga. Ákvæðið á sér sögulegar skýringar en er óskýrt og hefur verið gagnrýnt.

Þá leyfir 4. gr. SEFMR takmarkanir á réttindum sem samningurinn tryggir þegar um lögmæta hagsmuni er að ræða í þeim tilgangi að stuðla að velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi. Þó að ekki sé í greininni gert ráð fyrir því að „velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi“ vísi fyrst og fremst til eigin þegna, hefur ákvæðið þó verið gagnrýnt fyrir að vera orðað rúmt og að það geti rúmað aðgerðir sem koma niður á útlendingum fremur en eigin þegnum.^[19] Þó væri ekki unnt að réttlæta aðgerðir sem eingöngu beinast að ákveðnum hópi (t.d. útlendingum) með vísan í almannahagsmuni.

Frekar verður fjallað um túlkun þessara ákvæða í [III](#) og [IV](#) hluta.

ILO

Sáttmálar Alþjóðavinnuáráðsstofnunarinnar (ILO) taka almennt til allra, án tillits til þjóðernis og tryggja sáttmálar stofnunarinnar mikilvæg réttindi fyrir útlendinga á þeim sviðum sem starfsemi stofnunarinnar tekur til. Þó er mikilvæg undantekning frá því, þar sem sáttmáli nr.111, er varðar misrétti með tilliti til atvinnu eða starfa, tekur ekki til þjóðernis.

Ekki er fjallað almennt um samninga ILO í verkefninu, en fjallað er um þá samninga sem Ísland hefur fullgilt í viðeigandi hlutum í [IV](#). Í starfsemi ILO, sem og í starfsemi SP hefur áhersla í vaxandi mæli verið lögð á að tryggja réttindi útlendinga sem búsettir eru í öðrum ríkjum en upprunalandi- bæði þeirra sem eru löglega búsettir og þeirra sem ekki eru löglega í gistiríki. Fjallað verður um helstu reglur á þessu sviði í [II B](#).

MSE

Staðbundnir mannréttindasamningar sem Ísland á aðild að, einkum samningar Evrópuráðsins, veita útlendingum að sumu leyti minni vernd en samningar SP, einkum FSE og aðrir sáttmálar á sviði efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda, þar sem þeir byggja á sjónarmiðum um gagnkvæmni. Það þýðir að það eru eingöngu þegar samningsaðila (aðildarríkja Evrópuráðsins) eða þegar þeirra aðildarríkja sem fullgilt hafa tiltekna samninga (eða tiltekin ákvæði samninganna) sem njóta verndar þeirra. Mannréttindasáttmáli Evrópu byggist hins vegar á hugmyndinni um algildi mannréttinda og skyldar aðildarríki til þess að tryggja *hverjum þeim sem innan yfirráðasvæði þeirra dvelst* þau réttindi sem sáttmálinn verndar, sbr. 1. gr. [MSE](#). Nokkrar undantekningar eru þó gerðar sem heimila mismunandi meðferð útlendinga og eigin þegna.

5. gr. MSE heimilar frelsissviptingu útlendinga í þeim tilgangi að hindra landgöngu þeirra eða vegna brottvísunar þeirra.

2. gr. 4. viðauka. MSE heimilar öllum þeim sem eru löglega innan yfirráðasvæðis ríkis ferðafrelsi og frelsi til að kjósa sér búsetustað. Ákvæðið tryggir ekki rétt til komu til lands, né ferða- og búseturétt þeirra sem er ólöglega innan yfirráðasvæðis ríkis.

4. gr. 4 viðauka MSE bannar hópbrottvísun útlendinga og á því eingöngu við um útlendinga.

1. gr. 7 viðauka MSE mælir fyrir um málsmeðferðarreglur vegna brottvísunar útlendinga sem eru löglega staddir í ríkinu. Ákvæðið mælir fyrir um réttindi útlendinga, en vegna skilyrðisins um að viðkomandi sé löglega á yfirráðasvæði ríkisins, verður því ekki beitt um hópa útlendinga sem eru ólöglega innan ríkisins eða bíða úrlausnar um stöðu sína.

16. gr. MSE heimilar frávik frá banni 14. gr. MSE við mismunun að því leyti að takmarkanir á stjórn málaumsvifum útlendinga eru leyfilegar, jafnvel þótt slíkar takmarkanir gangi gegn vernd sammingsins á tjáningarfrelsi og funda- og félagafrelsi.

14. gr. MSE hefur verið talin taka til mismununar á grundvelli þjóðernis og hefur MDE komist að þeirri niðurstöðu að mjög veigamiklar ástæður þurfi til að réttlæta mismununandi meðferð sem eingöngu byggist á þjóðerni (sjá frekar [III D](#)).

Þá geta þær takmarkanir sem heimilar eru á tilteknum réttindum leitt til þess að útlendingar standi höllum fæti enda þótt mismunun sem eingöngu byggist á þjóðerni myndi ekki standast ákvæði sáttmálans.

Tilvísanir

[1] Cholewinski, bls. 43-45.

[2] Sami, bls. 46.

[3] Oft er talað um þegnrétt sem er ekki bundinn þjóðerni í þessu sambandi (e. postnational membership), sjá m.a. kenningar um þetta Soysal 1994. Stundum er talað um sambærilega réttarstöðu án þegnréttar og eru ýmis hugtök notuð um slíka réttarstöðu, s.s. hugtakið „denizens“ um þá sem hafa búið í langan tíma í gistiríki og njóta stjórnmalalegra réttinda og hugtakið „metic“ um þá sem eru löglega búsettir í gistiríki en njóta ekki stjórnmalalegra réttinda (sjá Meehan, 1993, bls. 15).

[4] Skáletrun höf.

[5] Sjá tilvitnuð lög, og Schram, bls. 94-107.

[6] Eirik Sørdal. Benda má á umfjöllun Róberts R. Spanó um hugtakið útlendingur á bls. 535 í *Mannréttindasáttmáli Evrópu*. Róbert vísar m.a. til [Álits Umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3137/2000](#) um samspil 3. mgr. 66. gr. STS og lögætisreglu stjórnisýsluréttarins. Sjá einnig frekari umfjöllun um ríkisborgararétt í [III-C](#).

[7] Sjá Donner, bls. 1 og 27 og um fullveldi og jafnræði ríkja frekar Brownlie, *Principles of Public International Law* (1990), 287.

[8] Sjá Donner, bls. 28 sem vísar í sáttmála um ákvörðun þjóðernis [Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of nationality Laws, 1930] (League of Nations Doc. C. 24 M. 13 1931], þar sem segir: „it is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognized by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognized with regard to nationality.“ (bls. 29).

[9] *Liechtenstein v Guatemala (Preliminary Objection)* ICJ Reports 1953, 11.1

[10] Í Nottebohm fór Liechtenstein með mál Nottebohm sem var þýskur að uppruna, en hafði fluttst til Guatemala sem ungur maður (árið 1905) og skipt um ríkisborgararétt árið 1939, áður en stríð braust út. Alþjóðadómstóllinn vísaði málinu frá á þeim grundvelli að tengslin milli Nottebohm og Liechtenstein hefðu ekki verið nægileg er Liechtenstein veitti Nottebohm ríkisborgararétt - sbr. („[N]ationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.“ (Nottebohm, 23). Sjá frekar Donner, bls. 59-64.

[11] Á ensku "effective nationality" eða „dominant nationality“ Ruth Donner, 68 o. Áfr. Mörg af þeim málum sem varða ákvörðun þjóðernis (ríkisborgararéttar) varða hagsmuni einstaklinga í þriðju ríkum og/eða heimild ríkja til að koma fram fyrir hönd þegna þeirra í málarekstri þar sem reynir á reglur þjóðaréttar.

[12] Donner, bls. 119. Þó er almennt viðurkennt að þjóðarétti að ríki geti ekki veitt einstaklingi ríkisborgararétt án samþykkis hans/hennar. (Donner, bls. 181). Óvíst er hvort reglur almenns þjóðaréttar banni afturköllun ríkisborgararéttar (sama heimilid).

[13] Sjá Cholewinski, bls. 48, sem vísar til International Provisions Protecting the Human Rights of Non-citizens, Study prepared by Baroness Elles, Special Rapporteur, UN Doc. E/cN.4/Sub.2/392/Rev1 (1980) I, para 15.

[14] Íslensk útgáfa vísar í rétt til þess að „koma til síns eigin lands". Sumir hafa haldið því fram að þeir sem hafa sterk tengsl við land (þótt þeir séu ekki ríkisborgarar þess) geti byggt á ákvæðinu en þetta er ekki öruggt, sjá Cholewinski, bls. 52 sem vísar um þetta til Novak, M, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary (Engel 1993) XXIV Para 21. Sjá frekari umfjöllun í [III C](#).

[15] Cholewinski, bls. 51. Sjá frekari umfjöllun í [III D](#).

[16] Cholewinski, bls. 50-51.

[17] Cholewinski, bls. 56 og 58.

[18] Craven , sjá frekar í [III D](#).

[19] Cholewinski, bls. 61.

II B Sérstök réttindi sett til verndar útlendingum: Farandlaunþegar

Efnisyfirlit II B

Almennt	bls. 9
Farandlaunþegar og réttindi þeirra	bls. 9
Samningar sem vernda farandlaunþega	bls. 12
Sérstök réttindi sett til verndar útlendingum	bls. 13
Tilvísanir	bls. 14

Almennt

Vegna þess hversu mikil aukning hefur orðið á fólksflutningum á síðustu áratugum, [\[1\]](#) og þess hversu staða útlendinga er oft óörugg, hefur það aukist að samningar eða yfirlýsingar verndi sérstaklega réttindi þeirra sem búa eða vinna í ríki öðru en uppruna- eða heimaríki. Yfirleitt er vísað til slíkra einstaklinga sem farandlaunþega (migrants, migrant-workers) eða útlendinga (aliens). Sá samningur SP sem geymir víðtækastar reglur um réttindi farandlaunþega er „Samningur um vernd og réttindi farandverkamanna og fjölskyldna þeirra" (CMW). Sambærilegur samningur Evrópuráðsins er „Evrópusamningur um réttarstöðu farandlaunþega" (sjá frekar hér á eftir). Ísland hefur undirritað fyrrnefndan samning, en ekki fullgilt; Evrópuráðssamningurinn hefur ekki verið fullgiltur af Íslands hálfu.

Það hefur í auknum mæli komið í hlut Alþjóðavinnuumálastofnunarinnar (ILO) að setja reglur sem ná til farandlaunþega (bæði löglegra og ólöglegra). Tvær samþykktir Alþjóðavinnuumálastofnunarinnar (ILO) fjalla sérstaklega um farandlaunþega, nr. 97 og nr. 143. Ísland á ekki aðild að þessum samþykktum. Þá hefur Ísland samið um undanþágu frá 19. gr. FSE, sem fjallar sérstaklega um réttindi farandverkafólks [sic]. Þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem binda Ísland eru því fyrst og fremst ákvæði almennra mannréttindasamninga, en þeir samningar fela í sér minni vernd en sértækari samningar. Er þetta athugunarefni, sérstaklega að því gefnu að flutningar fólks á milli landa verða sífellt algengari og hefur fjölgun útlendinga hér á landi verið mikil á undanförunum áratugum. Býður það jafnframt upp á gagnrýni alþjóðlegra eftirlitsaðila ef ríki fylgjast ekki með þróun þjóðréttarlegra skuldbindinga eins og kom fram í áliti nefndar um afnám alls kynþáttamisréttis, en nefndin hefur gert athugasemdir við réttarstöðu hérlendis, þ.á m. um atvinnuréttindi útlendinga (sjá frekar umfjöllun í [IB](#)).

Farandlaunþegar og réttindi þeirra

Farandlaunþegar [\[2\]](#)

Migrant worker hefur stundum verið þýtt sem farandverkamaður á íslensku. Þannig hefur utanríkisráðuneytið þýtt alþjóðasamning SP sem heitir á ensku „*Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families*" (CMW),

sem „Samningur um vernd og réttindi farandverkamanna og fjölskyldna þeirra". [Sjá hér](#). Þessi þýðing hugtaksins er óheppileg, enda hefur orðið verkamaður mun þrengri merkingu en enska orðið „worker". Farandlaunþegi er því betra orð, enda eru farandlaunþegar afar fjölbreyttur hópur sem spannar allt frá sérfræðingum á ýmsum sviðum til ófaglærðra verkamanna. Í íslenskri þýðingu utanríkisráðuneytisins á [samningi Evrópuráðsins](#)[3] um efnið er orðið farandlaunþegi hins vegar notað yfir hugtakið „migrant worker": „Evrópusamningur um réttarstöðu farandlaunþega." Hér verður því rætt um farandlaunþega.

Fyrirgreindur samningur SP er frá 1990. Í honum er hugtakið farandlaunþegi skilgreint sem: Einstaklingur sem hlýtur, mun hljóta eða hefur hlotið greiðslu fyrir starf í ríki þar sem viðkomandi hefur ekki ríkisborgararétt." [4] Í samningi Evrópuráðsins er hugtakið skilgreint svo: Að því er samning þennan varðar merkir hugtakið "farandlaunþegi" ríkisborgara samningsaðila sem hefur fengið heimild hjá öðrum samningsaðila til að búa á landsvæði hans í þeim tilgangi að hefja þar launað starf."

Allar alþjóðlegar reglur sem banna mismunun á útlendingum í gistilandinu hafa, auk félagslegra sjónarmiða og mannúðar, fjárhagsleg markmið. Hvert ríki hefur augljósan hag af því að virða réttindi útlendinga sem starfa innan landamæra þess, ef það vill geta ætlast til sömu framkomu í garð sinna ríkisborgara sem starfa í öðrum ríkjum. Innan ríkisins kemur sér einnig illa ef tiltekinn hópur launþega er fótum troðinn, t.d. útlendingar, og þeim hópi gert lægra undir höfði hvað við kemur starfsumhverfi og launum. Ástæða þess er sú, að ef slíkt er látið óátalið bitnar það verulega á réttindabaráttu heimamanna. Talað hefur verið um félagsleg undirboð (e. [social dumping](#)) í þessu sambandi. [5]

Til glöggvunar má gefa eftirfarandi yfirlit yfir mismunandi hópa útlendinga:

EES

Ríkisborgarar EES-ríkja og fjölskyldur þeirra falla undir sérreglur EES-samningsins og njóta að meginstefnu til sömu réttinda og eigin þegnar í öllum málum sem varða atvinnuþátttöku og réttindi sem tengjast atvinnuþátttöku og búsetu í landinu. Ekki er fjallað um þessar sérreglur í verkefninu.

Evrópuráðið

Reglur Evrópuráðsins, einkum FSE og Evrópusamnings um vernd farandlaunþega, taka til breiðari hóps farandlaunþega, þar sem reglur Evrópuráðsins taka einnig til þjóða sem ekki eru hluti af EES, en ákvæði samninganna gilda á milli þeirra ríkja sem eiga aðild að þeim. Meðal ríkja Evrópuráðsins sem standa utan EES, má nefna Albaníu, Armeníu, Azerbadjan, Bosníu og Herzegóvínu, Króatíu, Georgíu, Moldavíu, Svartfjallaland, Rússland, Serbíu, Sviss, Makedóníu, Tyrkland og Úkraínu. Fæst þeirra eiga þó aðild að Evrópusamningnum um vernd farandlaunþega.

Eins og áður segir hefur Ísland undanþegið sig skyldu til að fullnægja 19. gr. FSE. Í greininni segir: „Farandverkafólk og fjölskyldur þess, **sem er þegnar samningsaðila**[6], á rétt á vernd og aðstoð í landi sérhvers annars samningsaðila." Samkvæmt 20. gr. FSE hafa ríki nokkuð val um hvaða ákvæði sáttmálans þau telja sig bundin af. Samkvæmt [yfirlýsingu Íslands](#), telur ríkið sig aðeins bundið af greinum 1, 3, 4, 5, 6, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, og 18; auk 1. 3. og 5. mgr. 2. greinar. Sú grein sáttmálans sem fjallar ítarlega um réttindi farandlaunþega, 19. gr.,

er því ekki í þeim hópi sem íslenska ríkið telur bindandi fyrir sig, en eins og fram kemur í 1. mgr. 20. gr. ber ríkjum engu að síður að stefna að markmiði sáttmálans alls.

Evrópusamningurinn er einnig því marki brenndur að byggja á gagnkvæmni og er því þrengri en þær reglur sem settar hafa verið á vettvangi SP og ILO.

SP

Reglur SP um farandlaunþega og aðra hópa útlendinga gilda almennt um alla útlendinga. Þó hafa fyrirvarar verið gerðir við réttarstöðu þeirra sem eru ólöglega í gistiríki (þ.e. ólögleggir innflytjendur, e. irregular migrants). Nokkuð hlutfall af reglum

Alþjóðavinnuálastofnunarinnar gerir þannig greinarmun á löglegum og ólöglegum innflytjendum og verndar fyrst og fremst fyrrnefnda hópinn. Þó hefur það aukist á síðustu árum að ólöglegir innflytjendur njóti verndar, sem kemur til af því hversu bágborin staða þeirra er oft. Eins og áður segir vantar mikið upp á að Ísland hafi tekið á sig skuldbindingar á þessu sviði og verður að telja það gagnrýniverð, þegar miðað er við þá almennu stefnu að fylgja þeim reglum og viðmiðum sem alþjóðasamfélagið hefur sett á flestum öðrum sviðum.

Samningur SP um rétt farandlaunþega og fjölskyldna þeirra gekk í gildi árið 2003, eftir fullgildinguna 20 ríkja. Enn er þó fjöldi ríkja sem taka við farandlaunþegum sem ekki hafa fullgilt samninginn og dregur það úr gildi hans. Samningurinn staðfestir og vísar til almennari samninga SP, s.s. SEFMR, en setur einnig fram mikilvæg réttindi sem *allir* farandlaunþegar njóta, hvort sem þeir eru löglega í ríkinu eða ekki. Hluti III mælir þannig fyrir um rétt farandlaunþega til að fara frá hvaða ríki sem er og rétt til inngöngu í eigið land (8. gr.), algild og ófravíkjanleg réttindi, s.s. réttinn til lífs, bann við pyndingum og ómannlegri meðferð (10. gr.) og bann við þrældómi og nauðungarvinnu (11. gr.). Þá er tjáningarfrelsi, skoðanafrelsi og trúfrelsi tryggt og er einnig bannað að beita farandlaunþega þrýstingi sem gengur gegn trú- og skoðanafrelsi þeirra; þá er farandlaunþegum tryggð virðing fyrir skoðunum þeirra og frelsi til að velja menntun fyrir börn sem samrýmist skoðunum þeirra (12. gr.).

Tjáningarfrelsi er tryggt í 13. gr. og réttur til friðhelgi fjölskyldu, heimilis og einkalífs í 15-16. gr. auk þess sem þeim er tryggð raunhæf vernd gegn ofbeldi, hótunum og lítillækkun, hvort sem er af hálfu opinberra aðila eða einkaaðila, hópum eða stofnunum; þeim er tryggð ákveðin málsmeðferð við framkvæmd eftirlits, að því er varðar staðfestingu á uppruna o.s.frv. og bannað er að svipta farandlaunþega frelsi, nema ákveðinni málsmeðferð sé fylgt.

Farandlaunþegum og fjölskyldum þeirra skulu veittar upplýsingar um ástæður handtöku, á máli sem þau skilja og mælt er fyrir um að ekki skuli vista farandlaunþega og fjölskyldur þeirra með þeim sem hafa verið sakfelldir fyrir afbrot (17. gr.). 18. gr. mælir fyrir um málsmeðferðarreglur og aðgang að dómstólum og mælir fyrir um sama rétt og eigin þegnar njóta fyrir dómstólum. Þá tryggir samningurinn mikilvæg réttindi sem varða vinnu, s.s. jafnrétti við eigin þegna að því er varðar laun og önnu starfskjör, þ.m.t. uppsögn, og tekur samningurinn fyrir að einstaklingar geti samið sig undan þeim skyldum sem þar koma fram og tryggir sérstaklega að óregluleg staða farandlaunþega hafi ekki áhrif á réttindi þeirra.

Félagafrelsi og samningsfrelsi er tryggt í 26. gr. og 27. gr. mælir fyrir um sama rétt til félagslegra trygginga, að uppfyltum skilyrðum laga í hverju ríki fyrir sig og að teknu tilliti til tvíhliða eða fjölþjóðlegra samninga. Aðgangur að nauðsynlegri heilbrigðisþjónustu er tryggður í 28. gr., þó svo að viðkomandi sé ekki löglegur í landinu og ákvæði 29. - 31. gr. tryggja rétt barna og fjölskyldna til þjóðernis, virðingar og menningar. [Hluti IV](#) mælir síðan fyrir um frekari réttindi fyrir þá sem eru löglega búsettir innan ríkisins og mælir m.a. fyrir um

stjórnómálagleg réttindi (ef viðkomandi ríki veitir slík réttindi) og jafnan rétt á við eigin þegna bæði að því er varðar menntun, húsnæði, félags- og heilbrigðisþjónustu. 44. gr. mælir fyrir um skyldu ríkja til að stuðla að fjölskyldusameiningu, þó að ákvæðið sé ekki orðað þannig að það veiti ótvíræðan rétt. Þá er mælt fyrir um skyldu ríkja til að veita útlendingum búsetuleyfi sem samræmast atvinnuleyfum þeirra og frekari skyldur eru lagðar á aðildarríki varðandi vernd farandlaunþega sem missa vinnu sína áður en atvinnuleyfi þeirra renna út (49. gr.) og takmarkanir eru lagðar við því hvaða skilyrði má setja um lengd búsetu sem forsendu fyrir því að njóta tiltekinna réttinda. Þannig mælir 52. gr. 3. mgr. fyrir um það að viðtökuríki megi ekki takmarka rétt til að kjósa sér atvinnu við lengri búsetutíma en tvö ár; þegar réttur til atvinnuleyfa er háður því að ekki sé öðrum til að dreifa (sem hafa viðurkenndan forgang) má slík takmörkun ekki vara lengur en í fimm ár.

Að teknu tilliti til þeirra sérreglna sem gilda um farandlaunþega (m.a. um takmarkanir á atvinnuleyfum og búsetuleyfum) eiga farandlaunþegar rétt á sömu vernd og eigin þegar að því er varðar uppsögn, rétt til atvinnuleysisbóta og aðgerðir til að sporna gegn eða vegna atvinnuleysis (54. gr.). Í V hluta samningsins er ríkjum heimilað að takmarka réttindi ákveðinna hópa farandlaunþega (t.d. fólks í árstíðabundinni vinnu og þeirra sem vinna að ákveðnum verkefnum). Í VI hluta samningsins er fjallað um mikilvægi þess að ríki vinni saman að tryggja framkvæmd reglna sem stuðla að mannúðlegri og lögmætri umgjörð um starfsemi farandlaunþega.^[7] Þó hefur verið bent á að samningurinn sé nú þegar að sumu leyti úreltur ef tekið er mið af þeim hröðu breytingum sem verða á þessu sviði, einkum einkavæðingu vinnuafls, minni afskipti opinberra aðila, tímabundna vinnusamninga, aukningu ólöglegs vinnuafls (þ.m.t.vinnuafll kvenna), sem einkennist af ófaglærðum og stundum ólöglegum störfum.^[8]

Samningar sem vernda farandlaunþega

Hér á eftir er yfirlit um helstu samninga sem gerðir hafa verið sérstaklega til að vernda stöðu farandlaunþega, umfram grundvallar mannréttindasamninga SP. Hér er tekið mið af ábendingum og tilmælum til ríkja um það hvaða samninga ríki ættu að samþykkja til að stuðla að virkri vernd farandlaunþega og annarra útlendinga.^[9]

Samningur	Athugasemdir
Yfirlýsing SP um réttindi einstaklinga sem eru ekki þegar búseturíkis (UN Declaration on the human rights of individuals who are not nationals of the country in which they live)	Þar sem um yfirlýsingu er að ræða er hún ekki bindandi. Yfirlýsingin mælir fyrir um grundvallarréttindi útlendinga í 10 liðum og styrkir almenna samninga og Mannréttindaskrá SP
Samningur um vernd og réttindi farandverkamanna og fjölskyldna þeirra (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) sjá fyrir	Ísland undirritaði samninginn en hefur ekki fullgilt hann
Samþykkt Alþjóðavinnuárástafnunarinnar nr. 97 (ILO convention 97)	Ekki fullgilt af Íslandi
Samþykkt Alþjóðavinnuárástafnunarinnar nr. 143 (ILO	Ekki fullgilt af Íslandi

convention 143)	
Samningur SP um að draga úr ríkisfangsleysi (Convention on the Reduction of Statelessness) 1961	Ekki fullgiltur af Íslandi (sjá III C-1)
Samningur SP um réttarstöðu fólks án ríkisfangs (Convention relating to the Status of Stateless Persons) 1954	Ekki fullgiltur af Íslandi (sjá III C-1)
Samningur gegn fjölþjóðlegri skipulagrði brotastarfsemi (Convention against Transnational Organized Crime) (Palermósamningurinn)	Undirritaður en ekki fullgiltur (sjá III A-2) (undirbúningsvinna fyrir fullgildingu stendur yfir)
Bókun um að koma í veg fyrir, berjast gegn og refsa fyrir verlsun með fólk, einkum konur og börn (Protocol to prevent, suppress and punish trafficin in perons, especially women and children) (Palermó-bókunin).	Undirrituð en ekki fullgilt (sjá III A-2) (undirbúningsvinna fyrir fullgildingu stendur yfir).
Bókun gegn flutningi farandlaunþega (Protocol against the smuggling of migrants by land, sea and Air)	Ekki fullgilt
Vínarsamningur um ræðissamband ásamt bókunum (Vienna Conventon on Consular Relations and its protocols)	Ísland hefur fullgilt Vínarsamninginn um ræðissamband
Rammasamningur Evrópuráðsins um verndun þjóðarbrotá (European Framework Convention for the protection of National minorities)	Ekki fullgiltur

Sérstök réttindi sett til verndar útlendingum: Þegnar þriðju ríkja sem hafa verið búsettir lengi í gistiríki

Annar hópur útlendinga sem oft stendur höllum fæti en nýtur ekki alltaf verndar framangreindra samninga eða annarra sérreglna eru þeir sem hafa verið búsettir í öðru landi en upprunaríki í langan tíma, án þess að taka upp ríkisfang búseturíkisins. Getur þessi hópur fólks staðið höllum fæti, þar sem greinarmunur sem gerður er á eigin þegnum og útlendingum getur náð til þeirra, þrátt fyrir langvarandi búsetu þeirra í gistiríkinu. Eftir atvikum hvers máls geta þeir samningar sem fjallað er um hér að ofan (einkum almennir samningar SP og Evrópuráðsins) náð til þessa hóps fólks; einnig er líklegt að jafnræðisregla stjórnarskrár og útfærsla hennar í almennum lögum tryggi réttindi þessa hóps, þar sem það myndi oft teljast ólögmat mismunun að gera greinarmun á þjóðerni (eingöngu) án tillits til annarra atriða, s.s. langvarandi búsetu. Um þetta vísast frekar til umfjöllunar um bann við mismunun í [III D](#).

Tilvísanir

[1] Á árunum 1975-2000 hefur fjöldi þeirra sem teljast til farandlaunþega og annarra sem fara á milli landa (migrants) aukist um 100 milljón manns (úr 75 milljónum í 175 milljónir); Weissbrodt, bls. 221-237

[2] Eirik Sørđal vann eftirfarandi texta um farandlaunþega

[3] Samningur Evrópuráðsins hefur víđtækara gildi en EES-samningurinn, þar sem hann tekur einnig til þjóða sem ekki eru hluti af EES, en ákvæði hans gilda á milli þeirra ríkja sem eiga aðild að honum. Meðal ríkja Evrópuráðsins sem standa utan EES, má nefna Albaníu, Armeníu, Azerbadjan, Bosníu og Herzegóvínu, Króatíu, Georgíu, Moldavíu, Svartfjallaland, Rússland, Serbíu, Sviss, Makedóníu, Tyrkland og Úkraínu. Fæst þeirra eiga þó aðild að samningnum.

[4] Þýđing höf. „A person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a state of which he or she is not a national.”

[5] Sen og Koray, bls. 331.

[6] Feitletranir höf.

[7] Cholewinski (2007), bls. 259.

[8] Sami, 260.

[9] Hér er tekið mið af ábendingum Weissbrodt (2007).

Heimildaskrá

Cholewinski, Ryszard. *Migrant Workers in International Human Rights Law.* Clarendon Press, Oxford, 1997.

- "The Rights of Migrant Workers." Cholewinski o.fl. (ritstj.). *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges.* Asser, The Hague, 2007.

Craven, Matthew. *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - A Perspective on its Development.* Clarendon Press, Oxford, 1995 (og 2. útg. 1998).

Donner, Ruth. *The Regulation of Nationality in International Law.* (2. útg.) Transnational Publishers, Inc. Irvington-on-Hudson, New York, 1994.

Meehan, Elizabeth. *Citizenship and the European Community.* London, Sage, 1993.

Sen, Faruk og Sedef Koray. „Migrant Workers’ Rights." Symonides, Janusz (ritstj.). *Human Rights: Concept and Standards.* Aldershot, Ashgate, 2000, bls. 327.

Schram, Gunnar G. *Stjórnskipun Íslands.* Reykjavík, Háskólaútgáfan, 1999.

Soysal, Yasemin. *Limits of Citizenship. Migrants and Postnatal Membership in Europe.* Chicago, University of Chicago, 1994.

Weissbrodt, David. „The Protection of non-citizens in International Human Rights Law." Ryszard Cholewinski o.fl.(ritstj.). *International Migration Law: Developing Paradigms and key challenges.* Asser, the Hague 2007, bls. 221-237.