

III hluti Borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi

III hluti efnisyfirlit

III A Bann við pyndingum, þrældómi og mansali	bls. 1
III A-1 Bann við pyndingum	bls. 3
III A-2 Bann við þrældómi, nauðungarvinnu og mansali	bls. 11
Heimildaskrá og frekara lesefni	bls. 24
III B Ferðafrelsi, réttur til búsetu og reglur um brottvísun	bls. 26
III B-1 Ferðafrelsi	bls. 28
III B-2 Réttur til búsetu og fjölskyldusameiningar	bls. 38
III B-3 Brottvísun útlendinga	bls. 46
Heimildaskrá og frekara lesefni	bls. 60
III C Reglur um ríkisfang og réttur stjórnmalapáttöku	bls. 62
III C-1 Reglur um ríkisfang	bls. 65
III C-2 Réttur til stjórnmalapáttöku	bls. 72
Heimildaskrá og frekara lesefni	bls. 79
III D Jafnræðisregla og bann við mismunun í mannréttindasáttmálum	bls. 80
III D-1 Borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi	bls. 83
III D-2 Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi	bls. 90
III D-3 Almenn jafnræðisregla	bls. 94
III D-4 Vernd tiltekinna hópa	bls. 99
Heimildaskrá og frekara lesefni	bls. 108

III A Bann við pyndingum, þrældómi og mansali

Í þessum kafla er fjallað um mikilvæg grundvallarréttindi sem varða frelsi og mannhelgi.

Reglur sem banna pyndingar og þrælahald eru grundvallarreglur í þjóðarétti og óundanþægar. Verða sjónarmið sem tengjast almannaoöryggi eða öryggi á hættutímum ekki borin fram til réttlætningar á takmörkunum á þessum réttindum. Hafa reglur þjóðaréttar að geyma fyrirmæli sem eiga jafnt við um alla, eigin þegna og útlendinga, og hafa þær reglur verið teknar upp í fjölda ríkja, þ.á m. hér á landi.

Bann við pyndingum er að finna í SBSR og CAP, auk MSE, auk þess sem eftirlitskerfi hefur verið sett upp með Evrópusamningi um varnir gegn pyndingum. Um þetta er fjallað í [III A-1](#). Ákvæði sem banna þrældóm og nauðungarvinnu eru einnig algild og óundanþæg og er fjallað um inntak þeirra í [III A-2](#). Þar er einnig fjallað um reglur sem ætlað er að taka á starfsemi einstaklinga og skipulagðri glæpastarfsemi þar sem reynir á nýrri form þrælkunar og nauðungarvinnu - mansal. Hefur þessi starfsemi kallað á aðgerðir alþjóðlegra stofnana og kallar umfang og eðli starfseminnar á nýjar og samhæfðar aðgerðir þjóðréttaraðila.

Niðurstöður

Íslenskur réttur tryggir þá vernd gegn pyndingum og nauðungarvinnu sem áðurgreindir samningar mæla fyrir um, sbr. 68. gr. STS. Ekki hefur oft reynt á ákvæðið fyrir dómstólum en Umboðsmaður Alþingis hefur í málum um aðbúnað fanga reglulega tekið mið af ákvæðum og sjónarmiðum sem fram koma í þjóðréttarsamningum um bann við pyndingum og ómannlegri meðferð. Þá hafa bæði nefnd SP gegn pyndingum og Evrópunefnd gegn pyndingum gert athugasemdir og óskað eftir frekari upplýsingum frá íslenska ríkinu, þ. á m. um framkvæmd við brottvísun útlendinga.

Að því er lýtur að þeim réttindum sem fjallað er um í þessum kafla er lítið um innlenda dómaframkvæmd og að nokkru virðist vera skortur á upplýsingum og gegnsæi á þessu sviði. Nefnd SP og Evrópunefnd gegn pyndingum hafa sent frá sér tilmæli í þessum málaflökki, sem lúta að frekari reglusetningu og frekari aðlögun að ákvæðum sáttmálanna (t.d. að skilgreining á pyndingum verði tekin upp í íslensk hegningarlög). Auk þess hafa nefndirnar kallað eftir frekara og skipulagðara eftirliti með því að farið sé að þjóðréttarlegum skuldbindingum og að settar séu skýrar reglur og leiðbeiningar, m.a. varðandi framkvæmd þegar útlendingum er vísað úr landi.

Að því er varðar nýrri reglur um vernd gegn mansali hefur íslenska ríkið undirritað samninga á þessu sviði, en dráttur hefur orðið á því að sumir þeirra hafi verið fullgiltir. Palermó-samningurinn, Palermó-bókunin og Evrópuráðssamningur um aðgerðir gegn mansali, allt mikilvægir samningar í baráttunni gegn mansali, eru til meðferðar fyrir Alþingi, og liggur fyrir frumvarp til breytinga á almennum hegningarlögum til að aðlaga íslenskan rétt að skuldbindingum samkvæmt Palermó-samningi og bókun. Þá hefur frumvarp til fullgildingar Evrópuráðssamningsins verið lagt fram.

Vekja má athygli á því að í skýrslum nefnda sem hafa eftirlit með þessum málum hefur verið mælt til þess að starfsfólk fái upplýsingar og þjálfun til að vinna rétt úr þeim málum sem koma upp. Með breytingum á útlendingalögum hefur að nokkru verið brugðist við tilmælum frá nefndunum. Eftir sem áður virðist vera nokkur misbrestur á því að þjóðréttarlegar skuldbindingar á þessu sviði verði virkar héraðs, og er þar einkum gagnrýniverð hversu langan tíma ferlið tekur. Þá má nefna að Mannréttindanefnd SP og nefnd gegn pyndingum hafa lýst áhyggjum yfir aukningu mansals innan íslenskrar lögsögu og því að ekki séu til nægilegar upplýsingar um þessi mál og að vanta kunni upp á eftirlit stjórnvalda. Hvatt hefur verið til að áætlun verði gerð um það hvernig skuli bregðast við þessum málum. Aðgerðaáætlun um mansal, sem unnið hefur verið að, var þó ekki komin fram í lok árs 2008.

III A-1 Bann við pyndingum

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, útskurðir, álit.
Bann við pyndingum	5. gr. MYSP 7. gr. SBSR Samningur gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (CAT) 3. gr. MSE Evrópusamningurinn um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu.	1. mgr. 68. gr. STS Almenn hegningarlög nr. 19/1940 Lög nr. 96/2002 um útlendinga Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr.62/1994 Lög nr. 15/1990 vegna aðildar Íslands að Evrópusamningi um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu Íslenskur réttur	MDE Írland gegn Bretlandi Tyrer gegn Bretlandi Aksoy gegn Tyrklandi Dougoz gegn Grikklandi Peers gegn Grikklandi Al-Nashif gegn Búlgaríu Dómar Hæstaréttar Hrd.1997,2828 UA UA nr. 2426/1998 UA nr. 2805/1999

Bann gegn pyndingum er viðtekin regla sem er áréttuð í fjölmörgum mannréttindasáttmálum og er þar að auki venjuréttarregla í þjóðarétti. Reglan er fortakslaus og leyfir ekki frávik eins og komið verður að hér á eftir. Þrátt fyrir þessar reglur eru pyndingar stundaðar víðs vegar um heiminn, einkum í þróunarríkjum og ríkjum þar sem frelsi manna er lítið, auk þess sem aukning hefur orðið á því að pyndingar séu notaðar í vestrænum ríkjum eftir hryðjuverkaárásir í Bandaríkjunum og víðar í upphafi 21. aldarinnar.[1] Tilgangur pyndinga er jafnan að fá frá

mönnum upplýsingar eða játningar, að brjóta niður einstaklinga svo þeir láti að stjórn eða að ala á ótta og hlýðni meðal almennings til að halda völdum.[\[2\]](#)

Bannið verndar jafnt íslenska ríkisborgara og útlendinga, sem staddir eru á Íslandi, þar sem íslenska ríkið hefur undirgengist að tryggja öllum einstaklingum á sínu yfirráðasvæði þau réttindi sem kveðið er á um í þessum alþjóðasamningum. Reglur þessar eiga hins vegar sérstaklega við útlendinga í tilvikum þegar það stendur til að vísa einstaklingum úr landi. Þá getur komið til greina að brottvísun stangist á við reglur þessar vegna þeirrar meðferðar sem kann að bíða einstaklings, er vísa á úr landi.

MYSÞ

Í [5.gr. MYSÞ](#) segir að enginn maður skuli sæta pyndingum, grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Ákvæði mannréttindayfirlýsingarinnar hefur einkum þýðingu að því leyti að hún undirstrikar gildi reglunnar sem venjuréttarreglu í þjóðarétti. Til að finna nánari útlistun á inntaki reglunnar ber að líta til sammingsins um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi. [\[3\]](#)

SBSR

7. gr. SBSR

Enginn maður skal sæta pyndingum eða grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Sérstaklega skal enginn sæta án frjáls samþykkis hans læknisfræðilegum eða vísindalegum tilraunum.

Orðalag [7. gr. SBSR](#) gegn pyndingum er hið sama og í MYSÞ að því undanskildu að SBSR bætir við sérstaklega að enginn skuli sæta án frjáls samþykkis hans læknisfræðilegum eða vísindalegum tilraunum. Ákvæði þetta bannar því meðferð sem telst vera pyndingar eða grimmileg, ómannleg og vanvirðandi meðferð. Þessi fjögur hugtök eru ekki nánar skýrð og enginn greinarmunur gerður. Eins og áður segir er regla 7. gr., sbr. 2. mgr. 4. gr. sammingsins, ófrávíkjanleg.

Mannréttindanefnd SP hefur talið óþarfa að skilgreina hvert og eitt hugtak þar sem meðferð af því tagi sem fellur undir ákvæðið brýtur gegn samningnum óháð því í hvaða flokk hún fellur. Þar af leiðandi er aldrei að finna í álitum hennar útlistun á því undir hvaða hugtak meðferð fellur heldur er tilgreint hvort hún er talin brjóta gegn 7. gr. Nefndin hefur lýst því yfir að hugtakið nái jafnt til andlegra þjánainga sem líkamlegra.

Nefndin gerir þær kröfur að ríki geri grein fyrir þeim skrefum sem tekin eru til að vernda rétt einstaklinga samkvæmt þessari grein. Í þessu felst að upplýsa um ráðstafanir sem gerðar eru til verndar einstaklingum sem einkum gætu orðið fyrir meðferð sem þessari. Regluleg endurskoðun reglna um yfirheyrslur og um framkvæmd frelsissviptingar og meðferð einstaklinga við slíkar aðstæður er jafnframt talin árangursrík leið til að koma í veg fyrir pyndingar og slæma meðferð. Fanga skal vista á opinberlega tilgreindum stöðum (þ.e. fangelsum). Jafnframt skulu nöfn þeirra og staðsetning geymd í skrá ásamt nöfnum þeirra sem ábyrgð bera á vistun einstaklinganna þannig að aðstandendur fanga hafi aðgang að upplýsingunum.[\[4\]](#)

Samningur gegn pyndingum og annarri grimmilegri, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu (CAT)

[CAT-samningurinn](#) var samþykktur árið 1984 og tók gildi árið 1987. Ísland fullgilti samninginn þann 23. október 1996. Í samningnum er að finna skilgreiningu á hugtakinu pyndingar í 1. mgr. 1. gr. Þar segir að pyndingar séu hver sá verknaður þar sem manni er vísitandi valdið alvarlegum líkamlegum eða andlegum sársauka eða þjáningu í því skyni t.d. að fá hjá honum eða þriðja manni upplýsingar eða játningu, refsa honum fyrir verk sem hann eða þriðji maður hefur framið eða er grunaður um að hafa framið, eða til að hræða eða neyða hann eða þriðja mann, eða af ástæðum sem byggjast á mismunun af einhverju tagi, þegar þeim sársauka eða þjáningu er valdið af eða fyrir frumkvæði eða með samþykki eða umlíðun opinbers starfsmanns eða annars manns sem er handhafi opinbers valds. Hugtakið tekur ekki til sársauka eða þjáningar sem rekja má að öllu leyti til eða tilheyrir eða leiðir af lögmatum viðurlögum. Það er því skilgreiningaratriði að til þess að um pyndingar sé að ræða verður að vera fyrir hendi „verknaður“. Athafnaleysi getur þó einnig talist til "verknaðar" í tilvikum þar sem það er með vilja gert (t.d. ef fangi fær ekki mat og drykk) og getur þá verið um pyndingar að ræða.[\[5\]](#)

Annað skilgreiningaratriði er að sársaukinn eða þjáningin séu "alvarleg." Þetta atriði er ekki skýrt að því leyti hvort einhver lágmarksþröskuldur verði að hafa náðst til að meðferð geti talist vera pynding. Sé þeim þröskuldi ekki náð sé þá um ómannúðlega meðferð að ræða. Skilgreining á mörkum þessum skipta ekki miklu máli hér, þar sem hvort tveggja fer í bága við aðra sáttmála sem Ísland er aðili að, þ.e. SBSR og MSE.

Eftirlit með framkvæmd samningsins er í höndum SP-nefndar gegn pyndingum (Committee Against Torture) og tekur hún við skýrslum frá aðildarríkjum um framkvæmd samningsins. Nýjasta skýrsla nefndarinnar um Ísland er frá 2008, sjá umfjöllun í kafla hér að neðan um íslenskan rétt ([smellið hér](#)).

MSE

3. gr. Bann við pyndingum.

Enginn maður skal sæta pyndingum eða ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu.

Í máli [Írlands gegn Bretlandi](#)[\[6\]](#) skýrði Mannréttindadómstóllinn pyndingar sérstaklega, þannig að um sé að ræða ómannlega meðferð sem er framkvæmd af ásetningu og veldur alvarlegum þjáningum.[\[7\]](#) Ekki eru til nákvæmar viðmiðanir um hvenær háttsemi er orðin svo alvarleg að hún varði við 3. gr. og skipta tilvik hvers einstaks máls miklu máli við slíkt mat. MDE taldi í þessu máli að við mat á því hvort um ómannlega meðferð væri að ræða skyldi horft á lengd tímabils sem meðferð varði, líkamleg og sálræn áhrif, sem og kyn, aldur og heilsu fórnarlamb. Við mat á vanvirðandi refsingu í máli [Tyrrer gegn Bretlandi](#)[\[8\]](#) horfði dómstóllinn til eðlis refsingar og kringumstæðna.

Mjög alvarlega háttsemi þarf til að MDE telji að um pyndingar sé að ræða. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur, öfugt við mannréttindanefnd SP, gert greinarmun á pyndingum annars vegar og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð hins vegar. Til að meðferð geti talist til pyndinga þarf að vera um vísitandi ómannúðlega meðferð að ræða sem veldur

alvarlegum þjáningum. Þessi greinarmunur hefur aðallega fræðilegt gildi þar sem bæði tilvik, þ. e. pyndingar annars vegar og ómannleg eða vanvirðandi meðferð hins, brjóta gegn 3. gr. samningsins.

Í fyrrnefndu máli Írlands gegn Bretlandi taldi dómstóllinn að sú háttsemi að hylja andlit fanga, láta þá þola stanslausan hávaða, halda þeim vakandi, gefa þeim ekki nægan mat og vatn og það að láta þá standa lengi í óþægilegum stellingum, teldist einungis ómannleg meðferð. Fyrsta málið þar sem dómstóllinn taldi meðferð svo alvarlega að hún teldist pynding var [Aksoy gegn Tyrklandi](#).^[9] Í því máli var fangi látinn þola svokallaða palestínska hengingu, þar sem hann var hengdur upp á höndunum, en þó með hendur á bak við bak. Var talið að slík meðferð væri hættuleg þar sem hún hindraði öndun og gat leitt til varanlegra meiðsla eða jafnvel andláts.

Til að refsing eða meðferð verði talin ómannleg, þá þarf þjáningin eða auðmýkingin, sem á sér stað, að vera meiri en hin óhjákvæmilega þjáning og auðmýking sem fylgir löglegri meðferð eða refsingu. Ef einstaklingur verður fyrir barsmíðum af hendi lögreglunnar þá hefur dómstóllinn ekki talið að það nái því að teljast pyndingar þegar aðstæður einkennast af mikilli spennu. Væri þá um ómannlega hegðun að ræða. Ef meðferð er hins vegar fyrirfram ákveðin (framin af ásetningi) og hefur tilgang, t. d. að neyða einstakling til að játa á sig glæp þá væri hugsanlegt að mörkum pyndinga sé náð.^[10]

Dómstóllinn hefur í auknum mæli tekið afstöðu til 3. gr. MSE Í málum þar sem einstaklingar eru í haldi og aðstæður teljast ómannlegar vegna slæms aðbúnaðar, sjá t.d. [Dougoz gegn Grikklandi](#) ^[11] þar sem dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að Grikkland hefði brotið gegn skyldum sínum skv. 3. gr. vegna aðstæðna í fangelsi þar sem of margir fangar voru (100 fangar í 20 klefum) skortur var á rúmum og Dougoz var í haldi (vegna brottvísunar) í 7 mánuði. Vísaði MDE til Evrópunefndar um varnir gegn pyndingum í niðurstöðum sínum. Í máli [Peers gegn Grikklandi](#)^[12] var einnig talið að Grikkland hefði brotið gegn skyldum sínum, þegar breskur þegn sem sætti gæslu vegna brottvísunar var vistaður í 2 mánuði með öðrum manni þar sem var hvorki loftræsting né dagsbirta og ófullkomið salerni í kleanum, án skilrúms. Í þessum málum brýtur ríkið gegn jákvæðri skyldu sinni til að vernda einstaklinga gegn óviðunandi meðferð og er um að ræða brot gegn greininni enda þótt ekki sé um að ræða meðvitaða aðgerð til að vanvirða eða lítillækka einstaklinga.^[13] Greinin hefur einnig verið túlkuð þannig að hún taki til þess ef einstaklingum í gæslu er ekki séð fyrir nauðsynlegri læknaaðstoð.^[14]

Bannið við mismunun er sérstaklega tekið fyrir í [kafla III D](#). Ákvæði 14. gr. MSE hefur áhrif á túlkun 3. gr. þegar kemur að mismunandi meðferð á málum einstaklinga. Þannig er mismunun á grundvelli kynþáttar ekki heimil og fellur undir vanvirðandi meðferð. Í málum *Austur-afrískra asíumanna*,^[15] sem var synjað um komu til Bretlands, sagði mannréttindanefndin að löggjöf, sem setti takmarkanir um inngöngu í landið, mismunaði gegn einstaklingum af asískum uppruna á grundvelli kynþáttar og gæti því talist vanvirðandi meðferð í skilningi 3. gr.

Framsál og brottvísun getur í sumum tilvikum farið gegn ákvæðum alþjóðasamninga vegna þeirrar beinu líkamlegu eða andlegu áhrifa sem þau hafa á einstaklinga. Þetta efni er til umfjöllunar í [kafla III B-3](#).

Evrópusamningur um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu

[Evrópusamningurinn](#), sem er frá 1989, setur upp eftirlitskerfi innan Evrópuráðsins með Evrópunefnd um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Fer nefndin í eftirlitsferðir til samningsaðila og kannar meðferð manna sem sætt hafa frelsissviptingu af höndum hins opinbera. Er þetta gert í því skyni að sjá til þess að innan ríkja sé reglum framfylgt og jafnframt að efla vernd gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Eftirlitsnefnd þessi hefur ekki með hendi neins konar dómsvald eða úrskurðarvald. Hún skilar tilmælum til ríkja um hvað megi betur fara eftir að hún hefur lokið athugunum sínum.

Til að uppfylla skilyrði þessa samningsins voru sett [lög nr. 15/1990](#) vegna aðildar Íslands að Evrópusamningi um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Í lögnum er að finna, eins og heiti þeirra gefur til kynna, fyrirmæli um samskipti við nefndina í samræmi við ákvæði samningsins.

Íslenskur réttur

1. mgr. 68. gr. [STS](#) segir að engan megi beita pyndingum né annarri ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Þetta ákvæði er því orðað eins og ákvæði SBSR og MSE, sem stjórnarskrárákvæðið tók mið af.

Sjaldan hefur reynt á þetta ákvæði fyrir dómstólum, en umboðsmaður Alþingis hefur skoðað það í álitum sínum þar sem til skoðunar er aðbúnaður fanga og aðgangur þeirra að læknishjálpi sem og ákvarðanir um einangrunarvist. Í [kafla III B-3](#) er [Hrd. 1997, 2828](#) reifaður en mál það snerist um tengsl bannsins við pyndingum og ómannlegri meðferð annars vegar og brottvísun útlendinga hins vegar. [\[16\]](#) Í [máli nr. 2426/1998](#) tók Umboðsmaður Alþingis afstöðu til kvörtunar fanga, m.a. vegna einangrunarvistar. Benti umboðsmaður m.a. á 3. gr. MSE og þá skuldbindingu ríkisins að haga löggjöf og stjórnáslu þannig að réttindi tryggð í sáttmálanum væru virt. Bæri stjórnvöldum því að gæta að því að við meðferð fangelsismála væri gætt að líkamlegri og andlegri velferð fanga og að þeim væri tryggð viðeigandi lækniþjónusta.

Nefndin gegn pyndingum (CAT) skilaði niðurstöðu í [skýrslu](#) um Ísland sumarið 2008. [\[17\]](#) Þar eru engar stórvægilegar athugasemdir en þó bent á ýmislegt sem betur má fara. Má þar nefna að þó að íslensk lög séu talin uppfylla kröfur samningsins telur nefndin að innleiða beri skilgreiningu samningsins um pyndingar í landsrétt og gera bann við pyndingum að sérákvæði í hegningarlögum. Jafnframt er bent á að bæta kost og ráð umboðsmanns Alþingis til að fylgjast með ástandi mála í fangelsum. [\[18\]](#) Nefndin lýsti áhyggjum af tilkynntum málum um tíða og óhóflega einangrunarvistun fanga og beindi þeim tilmælum til ríkisins að rannsaka þetta vandamál og koma í veg fyrir það. Nefndin lýsti jafnframt áhyggjum af því að sönnunargögn, sem aflað er með pyndingum, megi nota í dómsmálum. Nauðsynlegt sé að samræma lög og reglur við 15. gr. CAT-samningsins og útiloka slík sönnunargögn. Jafnframt þurfi að endurskoða reglur um upptökur af yfirheyrslum með það að markmiði að vernda hinn grunaða. [\[19\]](#) Þá kallaði nefndin eftir frekari upplýsingum í næstu skýrslu um rannsókn á meintum flutningum fanga í gegnum íslenskt yfirráðasvæði, í tengslum við meintar pyndingar þeirra í Evrópu og/eða Bandaríkjum Norður Ameríku. Gagnrýndi nefndin að stjórnvöld virtust ekki hafa brugðist við ásökunum um að slíkir flutningar færu um íslenskt yfirráðasvæði. [\[20\]](#)

Evrópunefndin skilaði [skýrslu](#) um Ísland árið 2006 eftir þriðju athugun sína á stöðu mála, sem var 2004.^[21] Niðurstaða hennar er að einstaklingar í haldi lögreglu séu ekki í mikilli hættu á að verða fyrir slæmri meðferð og fáar athugasemdir eru gerðar við fangelsi landsins. Í skýrslunni eru gerðar nokkrar athugasemdir, t. a. m. við það að í sumum fangelsum sé ekki fullkominn aðskilnaður á milli karlkyns fanga og kvenkyns. Jafnframt var ekki talið nægilega tryggt að gætt væri ítrustu réttinda útlendinga í haldi lögreglu. Taldi nefndin að komið hefði verið til móts við fyrri athugasemdir í skýrslum hennar varðandi málsmeðferð vegna frelsissviptingar og brottvísunar útlendinga, þ. á m. með ákvæðum 25. gr. og 34. gr. laga nr. [96/2002 um útlendinga](#) þar sem mælt er fyrir um málsmeðferð. M.a er þar mælt fyrir um að sá sem sætir frelsissviptingu megi leita aðstoðar lögmanns, ræðismanns eða fulltrúa Flóttamannastofnunar Sameinuðu þjóðanna eða mannúðar- eða mannréttindasamtaka héraðs. Þá er einnig mælt fyrir um skyldu ríkisins til að skipa talsmann þegar um frelsissviptingu er að ræða, skv. tilteknum ákvæðum 29. og 33. gr. laganna. Nefndin óskaði hins vegar eftir frekari upplýsingum um þá staðhæfingu um héraðs framkvæmd að ókeypis lögfræðiaðstoð væri aðeins veitt á lokastigi málsmeðferðar (en málskot frestar ekki ákvörðun).^[22] Þá taldi nefndin að vantaði upp á upplýsingagjöf til einstaklinga í haldi, s.s. að skriflegar upplýsingar um réttindi þeirra væru tiltækar, að þeim væri kynntur réttur til læknaaðstoðar og að gætt væri að sérstökum réttindum barna sem væru ein á ferð. Jafnframt lagði nefndin til að ef aukning yrði á þeim málum þar sem útlendingar eru í haldi vegna löggjafar um útlendinga væri vert að athuga að koma á fót stofnun í þeim tilgangi að vista fólk fremur en að vista þá sem sæta gæslu í fangelsum. Þá var mælt með því að allir sem væru í haldi lengur en í sólarhring á Keflavíkurlugvelli fengju að vera utandyra í að minnsta kosti klukkutíma á hverjum degi.

Jafnframt voru athugasemdir gerðar varðandi brottvísun útlendinga (sjá nánar í [kafla III B](#)), en nefndin lagði til að skýrar reglur yrðu settar um framkvæmd brottvísunar þegar valdi er beitt, fremur en að fylgja framkvæmdarreglum. Íslenska ríkið svaraði skýrslunni (sjá [hér](#)) og greindi frá því hvernig brugðist hefði verið við þeim atriðum er gagnrýnd voru í skýrslu nefndarinnar varðandi meðferð útlendinga.^[23] Er að sjá af svörum ríkisins að almennt hafi verið leitast við að laga reglur og framkvæmd að þeim viðmiðum sem nefndin lagði til og var m.a. vísað til reglna lögreglunnar frá 2003 um framkvæmd við brottvísun þegar reynir á beitingu valds.

Tilvísanir:

[1] Það skal tekið fram að hvorki Bandaríkin né önnur ríki leyfa pyndingar. Hér er vísað til þess, sem Bandaríkin hafa gert, að beita ströngum yfirheyrsluaðferðum en telja það ekki falla undir skilgreiningu pyndinga (sbr. [þessa frétt](#)).

[2] Pennegard, Ann-Marie Bolin.

[3] Rehman, bls. 58 - 61.

[4] [Almenn athugasemd nr. 20](#), 11. mgr.

[5] Rehman, bls. 412.

[6] Írland gegn Bretlandi (dómur 18. janúar 1978).

[7] Á frummáli: „...deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.”

[8] Tyrer gegn Bretlandi (dómur 25. apríl 1978).

[9] Aksoy gegn Tyrklandi (dómur 18. des. 1996).

[10] Jacobs & White, bls. 81.

[11] Dougoz gegn Grikklandi (dómur 6. mars 2001).

[12] Mál Peers gegn Grikklandi (dómur 19. apríl 2001).

[13] Sjá frekari umfjöllun Mowbray, bls. 48-52.

[14] Sjá Mowbray, bls. 52 o.áfr.

[15] Mál Austur-afrískra Asíubúa gegn Bretlandi (dómur 14. desember 1973). Decisions and Reports 78-A.

[16] Sjá einnig m.a. frumkvæðisathugun umboðsmanns í [máli nr. 2805/1999](#), þar sem athyglin beindist m.a. að agaviðurlögum og lagagrundvelli þeirra, töku þvagsýna og upplýsingagjöf til fanga.

[17] SÞ-nefnd gegn pyndingum. Skýrsla um Ísland frá 8. júlí 2008 (CAT/C/ISL/CO/3). Skýrslan sem lá niðurstöðunum til grundvallar var þriðja skýrsla Íslands til nefndarinnar.

[18] Liðir 5-6.

[19] Liður 13.

[20] Liður 11.

[21] Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

[22] Liður 22. Í svari íslenska ríkisins um þetta atriði er vísað í ákvæði laga nr. 96/2002, 34. gr., þar sem kemur fram hvenær skipa skal talsmann (og lögmenn ef um meðferð fyrir dómstólum er að ræða) og hvenær kostnaður greiðist úr ríkissjóði, en um það er vísað til almennra reglna laga um meðferð opinberra mála, VI. kafla. Ekki eru gefnar frekari skýringar á þeim undantekningum frá skipun talsmanns sem koma fram í 34. gr., sem annars vegar velta á mati dómara (þegar um vægari úrræði er að ræða) og hins vegar þegar brottvísun er vegna refsiverðra brota. Á grundvelli dóma MDE um réttláta málsmeðferð og virk réttarúrræði (13. Gr. MSE) verður að ganga út frá því að það felist í kröfunni um virk réttarúrræði að málskot fresti framkvæmd ákvörðunar og að lögfræðileg aðstoð sé tiltæk í málum sem varða mikilvæga hagsmuni einstaklinga, ekki síst ef önnur ákvæði sáttmálans koma einnig til skoðunar, s.s. 8. gr. um vernd fjölskyldulífs, sjá m.a. [Al-Nashif gegn Búlgaríu](#) (dómur 20. júní 2002). Sjá frekar kafla [III B](#).

[23] Response of the Icelandic Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Iceland (CPT/Inf (2006) 4).

III A - 2 Bann við þrældómi, nauðungarvinnu og mansali

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Bann við þrældómi eða nauðungarvinnu	8. gr. SBSR 4. gr. MSE Samþykkt ILO nr. 29. Samþykkt ILO nr. 105.	2. mgr. 68. gr. STS Lög um Mannréttinda-sáttmála Evrópu nr. 62/1994 Almenn hegningarlög, 227. gr.a. nr. 19/1940 Frumvarp til laga um breyting á almennum hegningarlögum (þskj 33, lagt fyrir á 136. Löggjafarþingi 2008-2009; óafgreitt)	MDE Van der Mussele gegn Hollandi Ananyev gegn Úkraínu Siliadin gegn Frakklandi
Reglur varðandi mansal	6. gr. CEDAW Valkvæð bókun við samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins sem fjallar um sölu á börnum, barnavændi og barnaklám Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarsemi	Íslenskur réttur	

	<p>(Palermó-samningurinn)*</p> <p>Bókun um að koma í veg fyrir, berjast gegn og refsa fyrir verslun með fólk, einkum konur og börn (Palermó-bókunin)*</p> <p>Evrópusamningur um aðgerðir gegn mansali*</p> <p><i>*Samningarnir hafa verið undirritaðir af Íslands hálfu en ekki fullgildir</i></p>		
--	--	--	--

Hið almenna bann við þrældómi er eins í MSE og SBSR. Þar að auki hefur íslenska ríkið fullgilt tvær samþykktir Alþjóðavinnuálagstofnunarinnar um nauðungarvinnu (nr. 29 frá 1930 og nr. 105 frá 1957). MDE hefur horft til þeirra samþykktta við skilgreiningu á hugtökum en jafnframt bent á að MSE sé lifandi samningur sem þróist til að taka mið af nýjum aðstæðum.

Mansal er mikið og vaxandi vandamál í alþjóðasamfélaginu og hefur verið lýst sem nútíma þrælahaldi. [1] Hér að neðan er umfjöllun um þetta vandamál og þá samninga og reglur sem eiga við um það.

SBSR

8. gr. SBSR

1. Engum manni skal haldið í þrældómi; hvers konar þrældómur og þrælaverslun skulu vera bönnuð.
2. Engum manni skal haldið í þrælkun.
3. (a) Eigi skal þess krafist af neinum manni að hann vinni þvingunar- eða nauðungarvinnu;
 - (b) Ekki skal 3. mgr. (a) útiloka, í löndum þar sem fangelsun ásamt skyldu til erfiðisvinnu má beita sem refsingu fyrir glæp, að erfiðisvinna sé unnin í samræmi við dóm um slíka refsingu sem lögbær dómstóll kveður upp;
 - (c) „Þvingunar- og nauðungarvinna“ í merkingu þessarar málsgreinar skal eigi taka til:
 - (i) vinnu eða þjónustu [EÓ1], sem ekki er getið í málslíð (b), sem almennt er krafist af manni sem er í varðhaldi sem afleiðingu af löglegri skipun dómstóls, eða af manni sem hefur skilorðsbundið verið leystur úr slíku varðhaldi;
 - (ii) herþjónustu og, í löndum þar sem synjun til herþjónustu samvisku manna vegna er viðurkennd, þegnaskylduvinnu sem krafist er að lögum af mönnum sem synja herþjónustu

samvisku sinnar vegna;

(iii) þjónustu sem krafist er vegna hættu- eða neyðarástands sem ógnar lífi eða velferð almennings;

(iv) vinnu eða þjónustu sem er þáttur í venjulegum borgaraskyldum.

Rétt eins og gildir um 7.gr. samningsins, sem fjallað hefur verið um í [III A-1](#), þá eru undantekningar frá [8. gr. SBSR](#) ekki leyfilegar.

Bann við þrældómi er í 1. mgr. ákvæðisins. Með þrældómi er átt við aðstæður þar sem einstaklingur hefur í raun eignarrétt yfir öðrum einstaklingi og má nýta sér þann rétt á hvaða hátt sem er. Í 2. mgr. 8. gr. SBSR er lagt bann við þrælkun. Þrælkun er víðtækara hugtak hugtak en þrældómur. Undir það fellur hvers konar fjárhagsleg nýting eða þvingun á öðrum einstaklingi, án þess að um einhvers konar eignarrétt er að ræða. [\[2\]](#)

Í 3. mgr. (a) er síðan lagt bann við þvingunar- eða nauðungarvinnu. Skilgreiningu á þessum hugtökum má finna í 29. samþykkt alþjóðavinnuálagstofnunarinnar þar sem þetta er skýrt sem öll sú vinna eða þjónusta, sem krafist er af manni, með hótun um einhvers konar refsingu og hann hefur ekki gefið sig sjálfviljugur fram til þess að inna af hendi. Í liðum (b) og (c) eru síðan listaðar undantekningar frá banni (a)-liðar.

Jákvæð skylda er lögð á herðar ríkinu með 8.gr.SBSR. Ríki þurfa að vernda einstaklinga innan lögsögu þeirra fyrir meðferð einkaaðila, er brýtur gegn 8. gr. Þetta gerir ríkið með því að setja lög sem banna nauðungarvinnu, ólögmæta notkun barna sem vinnuafli sem og barnavændi. Jafnframt er ætlast til þess að ríki hafi skilvirkt eftirlit með því að landslög uppfylli kröfur alþjóðasamninga. [\[3\]](#)

MSE

4. gr. MSE. Bann við þrældómi og nauðungarvinnu

1. Engum manni skal haldið í þrældómi eða þrælkun.

2. Eigi skal þess krafist af nokkrum manni að hann vinni þvingunar- eða nauðungarvinnu.

3. Þvingunar- eða nauðungarvinna í merkingu þessarar greinar skal eigi taka til:

a. vinnu sem krafist er í samræmi við almennar reglur um tilhögun gæslu sem kveðið er á um í 5. gr. samnings þessa eða meðan á skilyrtri lausn úr slíkri gæslu stendur;

b. herþjónustu eða þjónustu sem krafist er í hennar stað af mönnum sem synja herþjónustu samvisku sinnar vegna og búa við lög sem heimila slíka synjun;

c. þjónustu vegna hættu- eða neyðarástands sem ógnar lífi eða velferð almennings;

d. vinnu eða þjónustu sem er þáttur í venjulegum borgaraskyldum.

Í [1. mgr. 4. gr. MSE](#) segir að engum manni skuli haldið í þrældómi eða þrælkun. Hvorki þrældómur né þrælkun eru skilgreind í MSE. Hugtökin vísa til stöðu eða aðstæðna einstaklings í heild. Einungis er stigsmunur á þessum tveimur hugtökum. Hugtakið þrældómur vísar til einhvers konar eignarréttar yfir þræl á meðan þrælkun vísar til vinnuskyldu sem ekki verður komist undan.[\[4\]](#)

Í 2. mgr. segir að eigi skuli þess krafist af nokkrum manni að hann vinni þvingunar- eða nauðungarvinnu. Þvingunar- eða nauðungarvinna er heldur ekki skilgreind í 4. gr MSE. MDE taldi í máli [Van der Mussele gegn Hollandi](#)[\[5\]](#) að til að 4. gr. MSE gæti átt við þyrfti í fyrsta lagi að vera líkamleg eða andleg nauðung. Einnig væri ekki nægilegt að um einhvers konar lagalega nauðung eða skyldu væri að ræða heldur þyrfti að vera um að ræða vinnu sem fengin væri fram með hótun um einhvers konar viðurlög.

Munurinn á hugtökum í þessum tveimur málsgreinum er að þrældómur og þrælkun eru viðvarandi ástand en þvingunar- og nauðungarvinna getur verið atviksbundið eða varað ákveðið tímabil. Engar undantekningar eru frá 1. mgr. en hins vegar eru í 3. mgr. 4. gr. taldar upp þær undantekningar sem leyfðar eru frá ákvæði 2. mgr. 4. gr.[\[6\]](#)

Fá mál koma fyrir Mannréttindadómstól Evrópu þar sem reynir á 4. gr. MSE. Í sumum málum, getur skipt máli hvort vinnan er unnin að eigin frumkvæði eða ekki. Tilvik þar sem einstaklingar fá ekki greitt fyrir vinnu, eins og samið hefur verið um, fellur ekki undir 4. gr. MSE sem þrælkun eða nauðungarvinna. Er í slíkum tilvikum um að ræða einkaréttarlegt mál eins og til dæmis í máli [Ananyev gegn Úkraínu](#)[\[7\]](#). Munurinn liggur í því að hafa gengið fús til vinnu í því skyni að fá greiðslu og er þá ekki um þvingun að ræða.

Þessi hugtök og ákvæði 4. gr. MSE geta hins vegar skipt miklu máli varðandi mál er tengjast mansali og þvingunar- eða nauðungarvinnu. Ekki verður þó séð að mörg mál hafi komið fyrir MDE enn sem komið er þar sem reynir á mansal. Stafar það mögulega af því að greinin verndar fyrst og fremst gegn brotum aðildarríkja - og þess vegna opinberra aðila.[\[8\]](#) Þó svo að jákvæð skylda ríkisins til að vernda einstaklinga gegn brotum gegn greininni komi til greina og mögulega einkaréttarleg áhrif, þar sem ábyrgð er lögð á einstaklinga eða lögaðila, hefur rýmkun á ákvæðum MSE í þá átt almennt gengið hægt fyrir sig. MDE hefur í einu máli fjallað um jákvæðar skyldur sem 4. gr. leggur á ríki og lagt áherslu á að skýra verði samninginn til samræmis við aðrar þjóðréttarlegar skuldbindingar sem banna þrælahald og nauðungarvinnu, s.s. sáttmála ILO (nr 29), og 19. gr. [Barnasáttmálans](#). Í [Siliadin gegn Frakklandi](#)[\[9\]](#) var um það að ræða að 15 ára stúlka frá Togo vann gegn vilja sínum ólaunaða vinnu við heimilisstörf hjá frönskum hjónum. Um var að ræða ólöglegan innflytjanda, sem hafði komið til Frakklands með ættingja föður síns, sem síðar „lánaði“ áðurnefndum hjónum stúlkuna. Henni hafði verið lofað að landvistarleyfi yrði fengið og að menntun hennar yrði tryggð. Þess í stað var hún látin vinna allt að 15 stundum á dag 7 daga vikunnar og vegabréf hennar var tekið af henni. Dómstóllinn taldi að þessi meðferð félli bæði undir þrælkun og nauðungarvinnu og taldi að Frakkland hefði ekki fullnægt þeirri skyldu að tryggja að meðferð eins og þessari væri útrýmt (með refsilögum og/eða öðrum viðeigandi aðgerðum).

Búast má við því að frekar reyni á jákvæðar skyldur samkvæmt 4. gr. MSE í framtíðinni, og að greinin muni mögulega ná til mansals (sjá frekari umfjöllun síðar í kaflanum). Eins og er hafa aðrar reglur þjóðaréttar að geyma ítarlegri reglur um mansal og nýrri afbrigði af þrælkun og nauðungarvinnu heldur en MSE.

Samþykktir alþjóðavinnumálastofnunarinnar

Alþjóðavinnumálastofnunin hefur gert tvær samþykktir sem snúa að nauðungarvinnu og hefur íslenska ríkið fullgilt þær báðar.^[10] Sú fyrri er [samþykkt nr. 29 frá 1930 um nauðungarvinnu eða skylduvinnu](#). Samkvæmt henni skuldbindur íslenska ríkið sig til þess að útrýma hvers konar nauðungarvinnu eða skylduvinnu á eins skömmum tíma og unnt er. Eru þessi hugtök skilgreind þannig að þau feli í sér: „...alla vinnu eða þjónustu sem krafizt er af manni með hótun um einhvers konar refsingu og hann hefur ekki gefið sig sjálfviljugur fram til þess að inna af hendi.“^[11] Undantekningar frá þessu banni eru herskylda, borgaralegar skyldur, vinna á neyðartímum og vinna í þágu sveitarfélaga.

Seinni samþykktin er [nr. 105 frá 1957 um afnám nauðungarvinnu](#). Með fullgildingu hennar er hugtakið nauðungarvinna nánar skilgreint þannig að undir það falli þegar vinna: (a) er beitt sé með pólitískri þvingun, fræðslu, eða sem refsingu gegn mönnum fyrir að hafa eða láta í ljósi stjórnmalaskoðun eða skoðanir hugsjónalega gagnstæðar hinu ríkjandi skipulagi, stjórnmalalegu, félagslegu eða efnahagslegu; (b) er beitt sé sem aðferð til þess að nota verkalýðinn til breytinga á efnahagskerfinu; (c) er beitt sé til þess að aga verkalýðinn; (d) er beitt sé til refsingar fyrir þátttöku í verkföllum; (e) er beitt sé til misununar sökum uppruna, félagslegrar aðstöðu, þjóðernis eða trúarbragða.

Bann við mansali

Þó að mansal sé síður en svo nýtt fyrirbæri þá hefur umfang þess aukist til muna á síðustu áratugum með aukinni alþjóðavæðingu og auknum fólksflutningum á milli landa.^[12] Til mansals telst verknaður, sem felur í sér vald yfir annarri manneskju, þannig að hún er flutt eða hýst eða ráðin til starfa, án samþykkis hennar, í þeim tilgangi að hagnýta bága stöðu hennar. Eins og kemur fram í frumvarpi til breytinga á almennum hegningarlögum sem liggur fyrir Alþingi (sjá [hér](#)) felur mansal í sér þrjá þætti: 1) verknað, t.d. að flytja á milli landa, hýsa eða ráða einstakling; 2) valdbeitingu eða annars konar nauðung, hótun, svik, blekkingar eða brottnám og 3) þann tilgang að hagnast á verknaðinum, þ.e. yfirleitt að njóta góðs af vinnu viðkomandi. Það er ekki skilgreiningaratriði að farið sé yfir landamæri, þ.e. að fólk sé flutt milli landa, en í raun eru tilvikin oft þannig til komin og eru þessar reglur því mikilvægar varðandi réttarstöðu útlendinga.

Ekki er víst að einstaklingar séu þvingaðir til farar í öllum tilvikum, en þá getur verið að samþykki þeirra sé óvirkt vegna þrýstings eða blekkinga. Þær aðstæður, sem þeim eru alla jafna boðnar, eru til þess fallnar að misnota þá og þeirra vinnu og ef ekki er um þvingun að ræða er oft um að ræða blekkingar eða svik. Munur er á þessu hugtaki og smygli á fólki, en þá er um að ræða aðstoð við að komast yfir landamæri í bága við innflytjendalöggjöf viðkomandi lands og gegn gjaldi. Þar er því ekki um hagnýtingu á fólki að ræða, en í reynd eru mörk þessarar tilvika og tilvika sem falla undir mansal oft óljós.^[13]

Baráttan gegn mansali fer fram með tvenns konar aðgerðum, annars vegar að skylda ríki til að sækja gerendur til saka og hins vegar með því að kveða á um réttindi fórnarlamba, t.d. til endurhæfingar og aðstoðar við að aðlagast nýjum aðstæðum. Einnig geta fórnarlömb átt rétt á vernd vegna þeirrar hættu sem gæti beðið þeirra heima fyrir, væri þeim vísað úr landi. Á öllum þessum sviðum reynir á samræmingu reglna, samræmingu lögsögu og jákvæðar skyldur ríkisins, þar sem ríki gangast undir þær skuldbindingar að setja reglur (refsilög) sem banna mansal, sjá til þess að banninu sé framfylgt, samræma refsilögsögu til að koma í veg fyrir að

þeir sem eru brotlegir komist undan refsingu og á annan hátt að vernda þá sem verða fyrir mansali, með almennum og sérstökum aðgerðum.

Hversu langt nær skylda ríkisins? Það er ekki hægt að ætlast til þess að ríki sé skylt að veita fullkomna vernd, enda er það ógjörningur. Hins vegar verður ríki að veita vernd með skilvirkum hætti, með því að setja í lög refsíákvæði og ákvæði sem vernda fórnarlömb. Það er því ekki endilega mannréttindabrot hjá ríkinu ef einstaklingur hefur orðið fyrir mansali. Það verður að hafa orðið misbrestur á því að tryggja réttindi með lögum eða þá á því að framfylgja slíkum lögum, sé þeim til að dreifa. Í [almennri athugasemd 31](#) styður mannréttindanefnd SP að það sé einungis ríkið sem tryggi mannréttindi og brjóti gegn þeim.^[14] Vegna þessa er erfitt að koma fram beinni ábyrgð þeirra sem sekir eru um mansal, með vísan í alþjóðlega mannréttindasamninga.

Alþjóðasamfélagið hefur brugðist við aukningu á mansali með samningum og með samstilltum aðgerðum. Þeir samningar og þær reglur sem áður er lýst geta að einhverju marki náð til mansals, en þó hefur umfang þess og skipulagning þeirrar glæpastarfsemi sem tengist mansali kallað á nýjar aðferðir við að berjast gegn starfseminni. Samninga sem hafa þann tilgang að berjast gegn mansali má finna á vettvangi ýmssa alþjóðastofnana, t.d. Sameinuðu þjóðanna, Evrópuráðsins, Evrópusambandsins^[15] og einnig á sviði alþjóðlegs refsiréttar.^[16] Verður nú gerð grein fyrir helstu samningum.

SBSR

Ákvæði 8. gr. SBSR samningsins, sem fjallað var um hér að ofan, getur náð til tilvika sem þessarra. Mannréttindanefnd SP gerir þær kröfur til aðila að samningnum að þeir upplýsi nefndina um þær aðgerðir sem teknar eru til að útrýma mansali og þvinguðu vændi. Í skýrslum^[17] hefur nefndin sagt að áhrifarík úrræði, m. a. refsingar, skuli vera til staðar til að koma í veg fyrir þvingað vændi, sem brýtur gróflega gegn 8. gr. Jafnframt taldi nefndin að ríki ættu að vera með áætlanir til staðar sem miða að því að veita konum í slíkum kringumstæðum aðstoð.

MSE

Fá mál koma fyrir Mannréttindadómstól Evrópu þar sem reynir á 4. gr. MSE, eins og áður sagði. Ekki er um sérreglur að ræða sem eiga sérstaklega við útlendinga. Ef mansal er hins vegar stundað hér á landi þá má fastlega gera ráð fyrir því að fórnarlömb séu af erlendu bergi brotin.

Ekki hefur reynt á það hér á landi hvort beita má 4. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994 um mansal, enda ekki fyrir að fara skýrri framkvæmd MDE um beitingu greinarinnar og hversu rúmt hún verður túlkuð. Eins og áður kom fram hefur dómstóllinn fallist á að jákvæðar skyldur ríkisins skv. 4. gr. taki til þess að koma í veg fyrir að einstaklingar fari með aðra einstaklinga á þann hátt sem telst til þrælkunar eða nauðungarvinnu. Jákvæðar skyldur ríkisins myndu þó fyrst og fremst ná til þess að banna slíka framkvæmd, með refsilögum og eftirliti, en ólíklegt er að greinin yrði túlkuð svo rúmt að á henni mætti byggja kröfur um aðgerðir sem vernda fórnarlömb mansals. Eins og Egan bendir á eru önnur ákvæði MSE líklegri til að undibygga jákvæða skyldu ríkja til þess að vernda fórnarlömb mansals. Þar má nefna 3. gr. MSE sem bannar ómannlega eða vanvirðandi meðferð^[18] og 8. gr. um friðhelgi einkalífs, en MDE hefur talið að í greininni felist jákvæðar skyldur til að vernda einstaklinga og líkamlega og siðferðilega velferð þeirra^[19]

CEDAW

Þessi [samningur](#), sem er komin til af starfsemi Sameinuðu þjóðanna, leggur þær skyldur á samningsaðila að þeir vinni gegn hvers kyns verslun með konur og gróðastarfsemi sem tengist vændi kvenna, sbr. 6. gr. samningsins.

Aðildarríkin skulu gera allar viðeigandi ráðstafanir, þ. á m. með lagasetningu, til að hamla gegn hvers konar verslun með konur og gróðastarfsemi tengdri vændi kvenna.

Í skýrslum sínum hefur nefnd um afnám mismununar gagnvart konum túlkað greinina rúmt og kallað eftir aðgerðum ríkja bæði til að útrýma mansali en einnig aðgerðum til að vernda fórnarlömb og aðstoða, líkamlega, andlega og félagslega, m.a. með því að sjá þeim fyrir húsnæði, ráðgjöf og lækniástoð. Nefndin gerir nú tillögur um þessi efni í flestum skýrslum sínum. [\[20\]](#)

Valkvæð bókun við samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi barnsins sem fjallar um sölu á börnum, barnavændi og barnaklám

Verndarákvæði er í [valfrjálsri bókun](#) við samning um réttindi barna en í henni er einkum lögð skylda á að refsa fyrir brot sem bókunin tekur til. Í 8. gr. segir að „aðildarríki skulu samþykka viðeigandi ráðstafanir til að vernda réttindi og hagsmuni barna sem eru fórnarlömb þeirra athafna sem eru bönnuð samkvæmt þessari bókun á öllum meðferðarstigum sakamáls.“ Leggur bókunin því áherslu á vernd fórnarlamba auk þess að mæla fyrir um þau brot sem ríki skulu gera refsiverð, sbr. einnig 9. gr. Bókunin fjallar einnig um atriði varðandi lögsögu, framsal og samvinnu, bæði varðandi rannsókn og saksókn brota. Íslenska ríkið hefur skrifað undir og fullgilt bókunina.

Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarsemi (Palermó samningurinn) og Palermó-bókunin við samninginn

Nýjasti samningur á vegum Sameinuðu þjóðanna í baráttunni gegn mansali er samningurinn gegn fjölþjóðlegri, skipulagðri brotastarsemi ([Palermó-samningurinn](#)) og bókun um að koma í veg fyrir, berjast gegn og refsa fyrir verslun með fólk, einkum konur og börn (

Megintilgangur Palermó-samningsins er að stuðla að samvinnu á milli ríkja með það að markmiði að berjast gegn skipulagðri brotastarfsemi með skilvirkari hætti en áður og efla þar með alþjóðlegt samstarf. Í Palermó-bókuninni er síðan að finna fyrstu skilgreininguna á mansali, sem samþykkt hefur verið á alþjóðavettvangi, og er hún í dag hin viðtekna skilgreining. Hefur hún að geyma hina þrjá þætti sem nefndir voru í upphafi þessa kafla, það er að um sé að ræða verknað, t.d. að flytja á milli landa, hýsa eða ráða einstakling; að til staðar sé valdbeiting eða annars konar nauðung, hótun, svik, blekkingar eða brottnám og að sá tilgangur sé til staðar að hagnast á verknaðinum, þ.e. yfirleitt að njóta góðs af vinnu viðkomandi.

Skilningur á mansalsvandana hefur aukist hratt og hefur það leitt til þess að mati sumra að samningurinn sé farinn að verða að hluta til úreltur t.d. með því að tengja saksókn þeirra sem bera ábyrgð annars vegar og vernd fórnarlamba hins vegar. Þróunin í samningum af þessu tagi hefur verið hröð í þá átt að veita fórnarlömbum hvata til að starfa með stjórnvöldum ríkja. [\[21\]](#) Palermó bókunin er ekki mannréttindaákvæði í sjálfu sér heldur ákvæði um skyldu til að samræma refsilög. Palermó samningurinn og bókunin við hann eiga þó aðeins við um

alþjóðlega glæpastarfsemi, en Evrópusamningurinn um aðgerðir gegn mansali, sem fjallað er um hér að neðan, tekur til mansals án tillits til þess hvort um skipulagða glæpastarfsemi er að ræða.

Evrópuráðssamningur um aðgerðir gegn mansali

[Samningur Evrópuráðsins um aðgerðir gegn mansali](#), sem Ísland hefur undirritað, en ekki fullgilt, tók gildi þann 1. febrúar 2008. Í honum er að finna sambærilega skilgreiningu á mansali og í Palermó-bókuninni. [\[22\]](#) Þessi samningur horfir meira á mannréttindi þolenda. Þannig setur 1. gr. sáttmálans fram tilgang sáttmálans, um að vernda mannréttindi og að setja fram skýran ramma (framework) til að vernda og aðstoða fórnarlömb og vitni. Í skýringu við Evrópusamninginn segir að mannréttindi geti gilt lárétt sem og lóðrétt, þ.e.a.s. að ríki beri ekki aðeins ábyrgð á inngripi í réttindi einstaklinga heldur geti það borið ábyrgð á gjörðum einstaklinga ef það hefur ekki gripið til aðgerða til að koma í veg fyrir þær aðgerðir. Nýmæli er einnig í samningnum að lögð er sú skylda á ríkið að leggja refsíábyrgð á lögaðila (en ekki eingöngu einstaklinga) í málum sem þessum.

Samningurinn gengur lengra en aðrir samningar í því að viðurkenna réttindi fórnarlamba og tengslin milli þess að vernda þau og að ná árangri í að sækja hina brotlegu til saka. Hann viðurkennir með skýrum hætti að mansal er mannréttindabrot og gerir ríkjum skylt að veita lágmarks aðstoð til fórnarlamba þess óháð vilja þeirra til að starfa með eða aðstoða yfirvöld og er ekki leyfilegt að víkja nokkru fórnarlambi sjálfkrafa úr landi. Fórnarlömbum, sem starfa með yfirvöldum, er síðan veittur réttur til aukinnar aðstoðar og börnum, sem eru fórnarlömb mansals, eru tryggð sérstök aðstoð. [\[23\]](#)

Íslenskur réttur

Í 2. mgr. 68. gr. STS segir að nauðungarvinnu skuli engum gert að leysa af hendi. Þó að hér sé um einfaldara ákvæði að ræða heldur en samsvarandi bann í MSE var við breytingu stjórnarskrár ekki talin ástæða til að breyta þessu ákvæði. Var talið að þó ekki væri tiltekið sérstaklega að þrældómur og þrælkunarvinna væru bönnuð mætti álykta að svo væri, enda gengi það mun lengra en nauðungarvinna. Ekki hefur reynt á þetta ákvæði í íslenskum rétti. [\[24\]](#)

Í almennum hegningarlögum er að finna bann við mansali í 227. gr. a. og komu þessar breytingar til til að aðlaga íslenskan rétt að framangreindum skuldbindingum. Þar segir: [\[25\]](#)

227. gr. a.

- Hverjum þeim sem gerist sekur um eftirfarandi verknað í þeim tilgangi að notfæra sér mann kynferðislega eða til nauðungarvinnu eða til að nema á brott líffæri hans skal refsa fyrir mansal með allt að 8 ára fangelsi:

1. Að útvega, flytja, hýsa eða taka við einhverjum sem beittur er eða hefur verið beittur ólögmati nauðung skv. 225. gr., eða frelsissviptingu skv. 226. gr., eða hótun skv. 233. gr., eða ólögmatum blekkingum með því að vekja, styrkja eða hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður eða annarri ótilhlýðilegri aðferð.

2. Að útvega, flytja, hýsa eða taka við einstaklingi yngri en 18 ára eða láta af hendi greiðslu

eða annan ávinning til að afla samþykkis frá þeim sem hefur umsjón með barni.

- Sömu refsingu skal sá sæta sem tekur við greiðslu eða öðrum ávinningi skv. 2. tölul. 1. mgr.

Í frumvarpi með lögnum sagði m.a.: „ Með hliðsjón af þessum alþjóðasamningum er lagt til að lögfest verði sérstakt ákvæði í hegningarlögnum um refsinaemi mansals. Þótt sú háttsemi sem lýst er í frumvarpinu sé í flestu tilliti þegar refsinaemi er með þessu lögð sérstök áhersla á þessi brot og refsivernd gegn þeim aukin, en brotastarfsemin beinist gegn frjálsræði og helgustu persónuréttindum. Við lýsingu brotsins í frumvarpinu er höfð hliðsjón af 3. gr. bókunarinnar við samninginn gegn alþjóðlegri og skipulagðri glæpastarfsemi. Þess má geta að í Danmörku var þessi leið farin með lögum nr. 380/2002.”

Í frumvarpi því sem nú liggur fyrir Alþingi er lagt til að gerðar verði nokkrar breytingar á greininni og er það enn gert til að laga íslenskan rétt að áðurgreinum samningum sem íslenska ríkið hefur undirritað. Í 1.gr. frv. er lögð til breyting á 6. gr. hgl. og lagt til að íslensk refsilögsaga nái til mansals, þótt brot sé framið utan íslenskrar lögsögu og af einstaklingum sem ekki falla undir lögsögu ríkisins. Lagt er til að 227. gr.a laganna orðist svo, sbr. 7. .gr. frumvarpsins:

„Hverjum þeim sem gerist sekur um eftirtalda verknaði, einn eða fleiri, í þeim tilgangi að misnota mann kynferðislega eða til nauðungarvinnu eða til að nema á brott líffæri hans skal refsa fyrir mansal með allt að 8 ára fangelsi:

1. Að útvega, flytja, afhenda, hýsa eða taka við einhverjum og við það er beitt eða hefur verið beitt ólögmætri nauðung skv. 225. gr., eða frelsissviptingu skv. 226. gr., eða hótun skv. 233. gr., eða ólögmætum blekkingum með því að vekja, styrkja eða hagnýta sér villu viðkomandi um aðstæður eða með því að hagnýta sér bága stöðu viðkomandi.

2. Að útvega, flytja, afhenda, hýsa eða taka við einstaklingi yngri en 18 ára.

3. Að láta af hendi greiðslu eða annan ávinning til að afla samþykkis til misnotkunarinnar hjá manni sem ræður gerðum annars manns.

Sömu refsingu skal sá sæta sem tekur við greiðslu eða öðrum ávinningi skv. 3. tölul. 1. mgr.

Beinist brot skv. 1. mgr. gegn barni skal taka það til greina til þyngingar refsingunni.

Sömu refsingu skal hver sá sæta sem gerist sekur um eftirtalda verknaði, einn eða fleiri, í því skyni að greiða fyrir mansali:

1. Að falsa ferða- eða persónuskilríki.

2. Að annast milligöngu um slík skilríki eða útvega þau.

3. Að halda eftir, fjarlægja, skemma eða eyðileggja ferða- eða persónuskilríki annars einstaklings. „

Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna lýsti í [skýrslu sinni um Ísland](#) yfir áhyggjum yfir aukningu mansals innan lögsögu Íslands og hvatti til þess að koma á fót áætlun til að bregðast við þessu.^[26] Nefndin gegn pyndingum gerði slíkt hið sama í [skýrslu sinni um Ísland](#) en sú skýrsla er ítarlegri hvað þetta varðar. Hún lýsti áhyggjum af því að mansalstilvik á Íslandi og í gegnum Ísland hefðu komið upp og að ekki sé kerfi til að fylgjast með og meta hversu umfangsmikið þetta vandamál er. Gæta þurfi að því að áætlun um aðgerðir gegn mansali fái nægilega fjárhagslega aðstoð auk þess að koma þurfi á samræmdu upplýsingaforriti til að safna gögnum, fylgjast með raunverulegu ástandi mála og hafa tök á því að koma í veg fyrir slík tilvik og aðstoða fórnarlömbin.

Ríkið skuli jafnframt koma á sérstakri þjálfun fyrir starfsfólk í löggæslu og landamæraeftirliti.[\[27\]](#)

Nefnd SP um afnám allrar mismununar gagnvart konum skilaði [skýrslu](#) um hvernig Íslandi gengi við að uppfylla ákvæði sáttmálans.[\[28\]](#) Þar lýsti nefndin áhyggjum af skorti á upplýsingum um mansal og framkvæmd banns við mansali. Jafnframt var lýst yfir áhyggjum af lögleiðingu vændis sem geti stuðlað að aukningu á mansali og misnotkun í tengslum við vændi. Einnig að fórnarlamba- og vitnavernd sé ekki til að dreifa fyrir fórnarlömb mansals.

Kallað hefur verið eftir framkvæmdaáætlun varðandi mansal, en eins og sagt var leggur Evrópuráðssamningur um aðgerðir gegn mansali áherslu á aðgerðir til að aðstoða fórnarlömb mansals. Svo virðist sem hugmyndir um framkvæmdaáætlun hafi verið í bígerð í nokkurn tíma og hafa samtök og hagsmunahópar kallað eftir aðgerðum auk alþjóðlegra stofnana.[\[29\]](#) Á heimasíðu Alþingis kemur fram fyrirspurn um hvernig þeirri framkvæmdaáætlun líði, en hún virðist ekki komin fram þrátt fyrir áætlanir um að hún yrði komin fram fyrr á þessu ári.

Tilvísanir:

[1] Sjá Egan, bls. 106. Í greininni kemur fram að þótt erfitt sé að meta umfang mansals með áreiðanlegum hætti, hafi verið áætlað að um 800.000 manns séu flutt á milli landa á hverju ári, auk þess sem fjöldi manns sé seldur mansali í heimaríki sínu. Þar kemur einnig fram að enn sem áður séu fórnarlömb mansals helst konur og börn sem eru seld mansali í kynlífsiðnað.

[2] Joseph, Schultz og Castan, bls. 295.

[3] Skýrsla SP-nefndar um [Brasilíu](#) frá 24. júlí 1996 (CCPR/C/79/Add.66). Joseph, Schultz og Castan, bls. 298.

[4] Gauksdóttir, bls. 137-138.

[5] Van der Mussele gegn Belgíu (dómur 23. nóvember 1983), 34. mgr.

[6] Ovey & White, bls. 110.

[7] Ananyev gegn Úkraínu (dómur 30. nóvember 2006).

[8] Þau mál sem hafa komið til kasta MDE hafa því fjallað um starfsgreinar á borð við lögfræðinga (Van der Mussele), slökkviliðsmanna og lækna, sem bera skyldur sem opinberir starfsmenn.

[9] Siliadin gegn Frakklandi (dómur 25. júlí 2005).

[10] Aþjóðavinnuálagstofnunin var stofnuð árið 1919 með Versalasaláttmálinum, sem gerður var eftir fyrri heimstyrjöldina. Tilgangur stofnunarinnar er að bæta möguleika einstaklinga á að öðlast vinnu þar sem aðstæður einkennast af frelsi, jafnræði, öryggi og virðingu fyrir mannlegri reisu. Vefsíða sambandsins er www.ilo.org og umfjöllun um samninga stofnunarinnar er í öðrum köflum verkefnisins. Sjá einnig almenna umfjöllun í [I B.](#)

[11] 1. mgr. 2. gr. samþykktarinnar.

[12] Eldri sáttmálar tóku sérstaklega til kynlífsþrælkunar kvenna og barna, sbr. t.d. sáttmála SP frá 1949 um vernd gegn mansali og vændi (Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others of 2 December 1949, CEDAW, 6. gr.).

[13] Sjá Egen, bls. 108.

[14] Almenn athugasemd nr. 31 frá 26. maí 2004 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)

[15] Innan Evrópusambandsins er helst að finna rammaákvörðun frá 2002 um baráttu gegn mansali og tilskipun 2004/81/EC frá 2004 um rétt til búsetu fyrir þá sem eru þolendur mansals. Rammaákvörðunin og tilskipunin eru ekki hluti EES-samningsins, enda eru reglurnar settar með heimild í reglum innan þriðju stoðar (JHA) og taka mið af reglum um innflytjendur sem og öryggis- og landamæragæslu. Reglurnar, sem og fjöldi aðgerðaáætlana, geta haft áhrif á framkvæmd héraðs í gegnum Schengen samstarf Íslands við Evrópusambandið og

aðildarríki þess. Um aðgerðaráætlanir Evrópsambandsins, og gagnrýni á stefnu sambandsins á þá leið að stefnan byggist of mikið á öryggis- og refsisjónarmiðum í þessum málum sjá Berman og Friesendorf.

[16] Ekki verður fjallað sérstaklega um reglur alþjóðlegs refsiréttar, en þær reglur sem settar eru í þeim samningum sem fjallað er um hafa áhrif á þá framkvæmd.

[17] Skýrsla SP-nefndarinnar um [Portúgal](#) frá 5. maí 1997 (CCPR/C/79/Add.77) og [Slóvakíu](#) frá 22. ágúst 2003 (CCPR/CO/78/SVK)

[18] Egan, 117. Sjá umfjöllun um 3. gr. MSE í [III A-1](#).

[19] Sjá m.a. [X og Y gegn Hollandi](#) (dómur 26. mars 1985). Talað er um „physical and moral integrity“. Sjá frekar Egan, bls. 117.

[20] Egan, bls. 114.

[21] Sjá nánar Gallagher. Svipuð gagnrýni hefur komið fram á aðgerðir Evrópusambandsins í þessum málum, en þar er aðstoð við fórnarlömb mansals oft skilyrt þannig að fórnarlambi beri skylda til að upplýsa um eða bera vitni gegn þeim sem stunda mansal. Sjá frekari umfjöllun Berman og Friesendorf.

[22] Í 4. gr. er að finna eftirfarandi skilgreiningu á mansali:

a. „Trafficking in human beings“ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs;

b. The consent of a victim of „trafficking in human beings“ to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used;

c. The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered „trafficking in human beings“ even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article;

d. „Child“ shall mean any person under eighteen years of age;

e. „Victim“ shall mean any natural person who is subject to trafficking in human beings as defined in this article.

[23] Gallagher, bls. 187-188.

[24] Gauksdóttir, bls 142.

[25] Í athugasemdum við frumvarpi sem varð að lögum nr. 40/2003 um breytingar á hegningarlögum nr. 19/1940 segir: Í svonefndu mansali felst hagnýting á einhverjum, oft í kynferðislegum tilgangi. Slík háttsemi getur varðað við ýmis ákvæði almennra hegningarlaga, einkum 206. gr., en í 2. mgr. hennar segir að hver sem hafi atvinnu eða viðurværi sitt af lauslæti annarra skuli sæta fangelsi allt að fjórum árum. Samkvæmt 3. mgr. varðar sömu refsingu að ginna, hvetja eða aðstoða ungmenni, yngri en 18 ára, til þess að hafa viðurværi sitt af lauslæti. Í 4. mgr. er síðan sama refsing lögð við að stuðla að því að nokkur maður flytji úr landi eða til landsins í því skyni að hafa viðurværi sitt af lauslæti ef viðkomandi er yngri en 21 árs eða honum er ókunnugt um þennan tilgang dvalarinnar. Í 5. mgr. segir síðan að hver sem stuðli að því með ginningum, hvatningu eða milligöngu að aðrir hafi holdlegt samræði eða önnur kynferðismök gegn greiðslu eða geri sér lauslæti annarra að tekjulind, svo sem með útleigu húsnæðis eða öðru, skuli sæta fangelsi allt að 4 árum en sektum eða fangelsi allt að einu ári ef málsbætur eru. Eftir atvikum getur mansal einnig tengst brotum gegn öðrum ákvæðum XXII. kafla laganna. Þá geta ákvæði XXIV. kafla laganna um brot gegn frjálrsræði manna komið til álita, en þar eru í 225. gr. lagðar refsingar við ólögumætri nauðung og í 226. og 227. gr. við frelsissviptingu.

[26] Mannréttindanefnd SP. Skýrsla um Ísland frá 25. apríl 2005 (CCPR/CO/83/ISL).

[27] SP-nefnd gegn pyndingum. Skýrsla um Ísland frá 8. júlí 2008 (CAT/C/ISL/CO/3).

[28] Skýrsla CEDAW nefndar um Ísland frá 18. júlí 2008 (CEDAW/C/ICE/CO/6).

[29] Sjá m.a. [Tillögur](#) nefndar gegn kynbundnu ofbeldi að aðgerðaráætlun vegna mansals. Sjá einnig tilvísanir í kafla [IV-A](#).

Heimildaskrá og frekara lesefni

Berman, Jacqueline og Friesendorf, Cornelius. „EU Foreign Policy and the Fight Against Human Trafficking: Coercive Governance as Crime Control." *European Foreign Affairs Review* 13: 189-209, 2008.

Egan, Suzanne. „Protecting victims of trafficking: problems and prospects." *European Human Rights Law Review* 2008, 106.

Gallagher, Anne. „Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments." *European Journal of Migration and Law* 8: 163-189, 2006.

Gauksdóttir, Guðrún. „Bann við pyndingum." Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.). *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík, 2005.

Joseph, Sarah; Schultz, Jenny og Castan, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* (2. útg.). Oxford University Press. Oxford, New York, 2004.

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

Ovey, Clare og White, Robin. *The European Convention on Human Rights.* (4. útg.) Oxford University Press, Oxford, New York, 2006.

Pennegard, Ann-Marie Bolin. „Article 5". Guðmundur Alfreðsson og Eide, Asbjørn(ritstj.) *The Universal Declaration of Human Rights; A Common Standard of Achievement.* Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999.

Piotrowicz, Ryszard. „Trafficking of Human Beings and Their Human Rights in the Migration Context." Macdonald, Euan; Cholewinski, Ryszard og Perruchoud, Richard. *International Migration Law: Developing Paradigms and Key Challenges.* T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007.

Rehman, Javaid. *International Human Rights: A Practical Approach.* Pearson Education Limited, Essex, 2003.

Skýrslur

CEDAW nefndin. Skýrsla um Ísland frá 18. júlí 2008 (CEDAW/C/ICE/CO/6).

SP-nefnd gegn pyndingum. Skýrsla um Ísland frá 8. júlí 2008 (CAT/C/ISL/CO/3).

Evrópunefnd um varnir gegn pyndingum og ómannlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

Íslenska ríkið. Response of the Icelandic Government to the report of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) on its visit to Iceland (CPT/Inf (2006) 4).

Mannréttindanefnd SP.

Almenn athugasemd nr. 20 (General Comment nr. 20)

Almenn athugasemd nr. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13)

Skýrsla um Brasilíu frá 24. júlí 1996 (CCPR/C/79/Add.66)

Skýrsla um Ísland frá 25. apríl 2005 (CCPR/CO/83/ISL)

Skýrsla um Portúgal frá 5. maí 1997 (CCPR/C/79/Add.77)

Skýrsla um Slóvakíu frá 22. ágúst 2003 (CCPR/CO/78/SVK)

Aðrar skýrslur

[Tillögur](#) nefndar gegn kynbundnu ofbeldi að aðgerðaráætlun vegna mansals

III B Ferðafrelsi, réttur til búsetu og reglur um brottvísun

Þær þjóðréttarskuldbindingar sem helst hafa áhrif á réttarstöðu útlendinga að því er varðar ferðafrelsi, rétt til búsetu og reglur um brottvísun eru Samningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (SBSR) og Mannréttindasáttmáli Evrópu (MSE) og er fjallað um inntak viðeigandi ákvæða hér. Ekki verður fjallað sérstaklega um ákvæði Mannréttindayfirlýsingar SP (MYSP) þar sem ákvæði yfirlýsingarinnar eru útfærð frekar í áðurgreindum samningum.

Samningur um vernd og réttindi farandverkamanna og fjölskyldna þeirra hefur að geyma ákvæði svipuð ákvæðum í áður nefndum samningum, en samningurinn hefur ekki verið fullgiltur af Íslandi. Þá hafa reglur sem tengjast Schengen samstarfi Íslands við Evrópusambandið og ríki þess áhrif á réttarstöðu varðandi ferðafrelsi og reglur um komu til og för frá landi. Ekki er fjallað um þessar reglur né reglur sem eiga við um EES-útlendinga, þar sem um umfangsmikið regluverk er að ræða sem hefur að geyma sérreglur sem veita frekari réttindi.

Í [III B-1](#) er fjallað um ákvæði þjóðréttarsamninga um ferðafrelsi og er áhersla einkum lögð á MSE, þar sem einstaklinga geta byggt á ákvæðum sáttmálans (lögum nr. 62/1994) í íslenskum rétti. Í [III B-2](#) er fjallað um réttindi fjölskyldu og barna í þessu samhengi og í kafla [III B-3](#) er fjallað um reglur um brottvísun útlendinga.

Niðurstöður

Þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem hafa áhrif hérlendis á rétt útlendinga til farar, komu og búsetu og reglur um brottvísun (einkum SBSR og MSE) gilda um alla þá sem eru löglega á yfirráðasvæði ríkisins, eða löglega búsettir þar. Það leiðir til þeirrar niðurstöðu að útlendingar sem falla í flokk „ólögleggra innflytjenda“ njóta ekki verndar greinanna. Þá viðurkenna þessir samningar rétt ríkja til að taka ákvörðun um komu og dvöl útlendinga á yfirráðasvæði þeirra, sem og brottvísun þeirra, með takmörkunum sem helst varða pyndingar eða ómannlega meðferð og rétt til fjölskyldulífs. Sú krafa er gerð að við ákvarðanir í málum útlendinga, einkum varðandi brottvísun, sé byggt á lögmætum takmörkunum og meðalhófsreglu og að ekki sé um gerræðislegar ákvarðanir að ræða. SBSR setur ákveðnar málsmeðferðarreglur og gerir kröfu um að skjóta megi ágreiningsmálum til úrlausnar þar til bærri aðila (sem þó þurfa ekki að vera dómstólar). MSE mælir einnig fyrir um málsmeðferð fyrir stjórnvöldum um brottvísun einstaklinga, og í því tilviki að um hópbrottvísun sé að ræða setur 4. gr. 4. viðauka efnisreglu sem bannar slíkar brottvísanir.

Réttur útlendinga til að bera álitaefni um komu, dvöl og brottvísun undir dómstóla, er samkvæmt þessum samningum takmarkaður, en MSE hefur ekki talið hingað til að 6. gr. MSE eigi við um ágreiningsefni sem falla undir innflytjendalöggjöf, ef ekki er um refsikröfu að ræða, þar sem um kröfu opinbers réttar eðlis er að ræða fremur en úrlausn um einkaréttarleg álitaefni. 13. gr. MSE um raunhæf réttarræði á þó við í þessum málum auk þess sem 5. gr. MSE mælir fyrir um rétt til málskots fyrir dómstólum þegar um frelsisskerðingu er að ræða.

Vegna þess svigrúms sem ríki hafa við ákvörðun í málefnum innflytjenda getur verið erfitt fyrir útlendinga að fá jákvæða niðurstöðu í málum sem varða ágreiningsefni um rétt til komu til lands og dvalar og á það einnig við í málum sem varða fjölskyldusameiningu og takmarkanir á brottvísun úr landi vegna fjölskylduaðstæðna. Veikari skuldbindingar, s.s. Barnasáttmálinn og FSE veita ekki víðtækari vernd. Athyglisvert er að ákvæði samninga sem gætu veitt betri vernd, einkum ákvæði 19. gr. FSE og samnings SP um réttindi farandlaunþega hafa ekki verið fullgilt af Íslandi.

Eftir gildistöku laga um útlendinga nr. 96/2002 - með breytingum með lögum nr. 86/2008 - sem og með stjórnáráðslögum og með lögfestingu MSE, með lögum nr. 62/1994, eru reglur um komu, dvöl og brottvísun útlendinga skýrar. Mælt er fyrir um málsmeðferð í V. kafla útlendingalaga, og auk þeirra reglna gilda ákvæði stjórnáráðslaga. Auk þess styrkir það réttarstöðu útlendinga að ákvæði MSE eru gildandi réttur hér á landi. Þá leiðir túlkun á ákvæðum 70. gr. STS og almennar reglur til þess að hægt er að bera lögmæti stjórnvaldsákvörðunar undir dómstóla og á það einnig við um ákvarðanir um dvalarleyfi, brottvísun o.s.frv. Ekki eru settar skorður við málskoti í lögum um útlendinga að öðru leyti en um tilteknar stjórnvaldsákvörðanir um áritanir á vegabréf o.s.frv. Þá er mælt fyrir um það í 1. mgr. 33. gr. laga um útlendinga að málskot vegna endanlegrar ákvörðunar um að yfirgefa landið fresti ekki framkvæmd. Vafasamt er að það ákvæði brjóti gegn þjóðréttareglum skuldbindingum, en þó er ljóst að útlendingur, sem hefur verið löglega staddur hér á landi og er vísað úr landi og færður úr landi áður en hann/hún kemur fram málskoti á rétt á að fá niðurstöðu um lögmæti ákvörðunarinnar.

Fáar dómsúrlausnir eru fyrir hendi hér á landi í málum sem varða komu, dvöl og brottvísun útlendinga. Vekur það spurningar um það hvort aðgangur að úrlausnaraðilum, einkum dómstólum, sé nægilega tryggður í framkvæmd.^[1] Af þeirri réttarframkvæmd sem liggur fyrir er ljóst að í auknum mæli er farið eftir þeim meginsjónarmiðum sem þjóðréttarlegar skuldbindingar leggja áherslu á, þ.e.a.s. um lögmæti ákvörðunar og rétta málsmeðferð. Hefur Umboðsmaður Alþingis í álitum sínum lagt áherslu á að þessum grundvallarsjónarmiðum sé fylgt og hefur auk þess ítrekað mikilvægi þess að aðgangur að dómstólum sé tryggður, jafnt fyrir útlendinga sem eigin þegna.

Einnig er mikilvægt að úrlausnaraðilar á stjórnáráðslustigi taki mið af þeim leiðbeiningum sem draga má af þjóðréttarlegum skuldbindingum og MSE við úrlausn einstakra mála, til að tryggja að staðið sé við þjóðréttarlegar skuldbindingar og að réttarstaða einstaklinga sé tryggð.

Tilvísanir:

[1] Samkvæmt tölum Útlendingastofnunar frá 2001 var heildarfjöldi dvalarleyfa það ár 6515 og á árinu 2004 voru dvalarleyfi fyrir aðstandendur 20% af öllum dvalarleyfum. Á því ári var 280 umsóknum um dvalarleyfi synjað, þar af 169 dvalarleyfi án atvinnuþátttöku (sem gera má ráð fyrir að séu einkum aðstandendur). Af þessum synjunum var 33 skotið til dómsmálaráðuneytisins og 2 hnekkta af dómstólum.

III B – 1 Ferðafrelsi

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Ferðafrelsi	12. gr. SBSR 2. gr. 4. viðauka MSE 5. gr. 1. mgr. (f) MSE 18. gr. FSE	2., 3. og 4. mgr. 66. gr. STS II. kafli útlendingalaga nr. 96/2002 Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994 Íslenskur réttur	SP-nefnd J.M. gegn Jamaica Stewart gegn Kanada Celepli gegn Svíþjóð Gonzalez del Rio gegn Perú MDE Landvreugd gegn Hollandi Piermont gegn Frakklandi Bauman gegn Frakklandi Austurríki gegn Júgóslavíu Amuur gegn Frakklandi Dómar Hæstaréttar Mál nr. 413/1999 Mál nr. 379/2004 Mál nr. 232/2002 Mál nr. 440/2008 Mál nr. 568/2008 Mál nr. 515/2008 Mál nr. 502/2008 Mál nr. 474/2004

			UA UA 3137/2000
--	--	--	------------------------------------

SBSR

12. gr. SBSR

1. Hver sá sem er á löglegan hátt innan landsvæðis ríkis skal eiga rétt á umferðarfrelsi og frelsi til þess að velja sér dvalarstað á því landsvæði.
2. Allir menn skulu frjálssir að því að yfirgefa hvaða land sem er, þar með talið sitt eigið land.
3. Ofangreindur réttur skal ekki vera neinum takmörkunum háður nema þeim sem ákveðnar eru í lögum, eru nauðsynlegar til þess að vernda þjóðaröryggi, allsherjarreglu (ordre public), heilbrigði almennings eða siðgæði, eða réttindi og frelsi annarra, og eru samrýmanlegar öðrum réttindum sem viðurkennd eru í samningi þessum.
4. Enginn maður skal að geðþótta sviptur rétti til þess að koma til síns eigin lands.

Ferðafrelsi í [12.gr. SBSR](#) veitir einstaklingum rétt til að ferðast óhindrað um ríki og gildir það um allt svæði ríkis. Þennan rétt má ekki binda við ákveðinn tilgang eða ástæðu einstaklings fyrir því að flytja sig til eða vera á sama stað. Ef einhverja takmörkun á að gera verður hún að vera í samræmi við 3. mgr. Aðildarríkjum að samningnum ber jafnframt að tryggja að einkaaðilar, sem og opinberir aðilar, brjóti ekki gegn þessum rétti einstaklinga.[\[1\]](#)

Regla 12. gr. SBSR hefur tengsl við reglu 9. gr. um frelssviptingu. Mannréttindanefnd SP segir í áliti sínu í máli [Celepli gegn Svíþjóð\[2\]](#) að 9. gr. eigi við í alvarlegri tilvikum en þeim sem falla undir 12. gr. Í tilvikum þar sem frelssvipting er leyfileg samkvæmt 9. gr. SBSR getur því ekki verið um brot á 12. gr. samningsins að ræða.[\[3\]](#)

SBSR veitir útlendingum ekki rétt til inngöngu eða landvistar í öðrum ríkjum. Ríki má því setja takmarkanir við komu til lands en 1. mgr. 12. gr. nær til allra sem eru á löglegan hátt innan landsvæðis ríkis. Það er undir ríki komið að ákveða hvaða einstaklingar fá að koma til landsins í flestum tilvikum. Undantekningar frá þessu eru þó þegar taka þarf tillit til banns við mismunun, banns við pyndingum og réttar til fjölskyldulífs. Sú undantekning sem mögulega felst í 4. mgr. 12. gr. hefur verið túlkuð þröngt. Sumir hafa haldið því fram að orðalagið „til síns eigin lands“ vísi ekki nauðsynlega til upprunaríkis (eða ríkis þar sem viðkomandi hefur ríkisborgararétt) heldur sé nægilegt að sýna fram á ákveðin tengsl, t.d. langvarandi búsetu. Mannréttindanefndin hefur þó ekki óbyggjandi tekið undir þetta, sbr. [J.M. gegn Jamaica\[4\]](#) og [Stewart gegn Kanada\[5\]](#)

Þegar útlendingar eru löglega staddir í landinu njóta þeir allra réttinda sem kveðið er á um í greininni. Það ræðst af landsrétti hvenær einstaklingur er löglega í landinu og á það örugglega við um þá sem fengið hafa dvalarleyfi og þá sem hafa fengið landvist eftir gildandi reglum.[\[6\]](#) Þegar svo er má einungis hindra ferðafrelsi útlendinga á grundvelli 3. mgr. 12. gr. samningsins.[\[7\]](#)

Mismunandi meðferð á útlendingum og ríkisborgurum þarf að vera rökstudd með vísan til 3. mgr. 12. gr. SBSR. Þessar takmarkanir mega ekki brjóta gegn öðrum ákvæðum sáttmálans.^[8] Í máli [Celepli gegn Svíþjóð](#)^[9] fyrir Mannréttindanefndinni kvartaði tyrkneskur ríkisborgari yfir takmörkunum á ferðafrelsi sínu, en honum var gert að halda sig innan bæjarmarka og gera grein fyrir sér hjá lögreglunni með reglulegu millibili. Upphaflega stóð til að vísa honum úr landi með vísan til þjóðaröryggis, en þar sem hann átti á hættu að verða fyrir pólitískum ofsóknum í heimalandi sínu var tekin ákvörðun um að takmarka ferðafrelsi hans með vísan til þjóðaröryggis, sbr. 3. mgr. 12. gr. Mannréttindanefndin taldi að takmarkanirnar væru í samræmi við heimild 3. mgr. 12. gr. Í [skýrslu](#) sinni um Litháen^[10] lýsti nefndin áhyggjum sínum yfir því að takmarkanir væru settar á ferðafrelsi hælisleitenda og þeim tjáð að umsókn þeirra kynni að verða hafnað, fylgdu þau ekki fyrir mælunum. Sú ályktun hefur verið dregin af þessari skýrslu að ekki eigi að setja takmarkanir samkvæmt 3. mgr. 12. gr. sem ná til hóps útlendinga, heldur beri að skoða hvert mál fyrir sig. Jafnframt er sú ályktun dregin að einstaklingar skuli ekki eiga á hættu óhóflega refsingu fari þeir ekki eftir takmörkunum sem settar eru á ferðafrelsi þeirra.^[11]

Samkvæmt 2. mgr. 12. gr. eiga allir rétt á að yfirgefa hvaða land sem er. Ekki er heimilt að skilyrða brottför við ákveðinn tilgang eða tímabil sem einstaklingurinn má vera í burtu. Einstaklingur er jafnframt frjálst að velja áfangastað. Útlendingur, sem vísa á úr landi, á rétt á því að velja til hvaða lands hann fer, óháð því hvort hann var löglega í landinu. Ekki er þó þar með sagt að öll ríki myndu leyfa þeim útlendingi að koma inn á sitt landsvæði.

Ríki setja jafnan lög og reglur sem takmarka þetta frelsi. Setji aðildarríki að samningnum takmarkanir verða þær að vera í samræmi við ákvæði 3. mgr. 12. gr. SBSR. Jafnframt þarf að upplýsa Mannréttindanefnd SP um þessar takmarkanir svo hún geti metið réttmæti þeirra. Það er t.d. talið samrýmanlegt sáttmálanum að takmarka ferðafrelsi úr landi vegna dómsmála sem bíða einstaklings. Í álitu sínu í máli [Gonzalez del Rio gegn Perú](#)^[12], þar sem kvartanda var meinað að yfirgefa heimaland vegna sjö ára gamallar handtökuskipunar, sagði nefndin að í tilvikum þar sem mál hafa tafist óeðlilega sé ekki heimilt að halda takmörkun á ferðafrelsi einstaklings til streitu.

Til þess að uppfylla skyldu sína samkvæmt 2. mgr. 12. gr. SBSR þurfa ríki, bæði þar sem einstaklingur er ríkisborgari og einnig þar sem hann dvelur, að gefa út öll nauðsynleg skjöl til að einstaklingur geti farið úr landi, sér í lagi vegabréf. Á þetta jafnt við í tilvikum þar sem einstaklingur er staddur í sínu eigin heimaríki eða í erlendu ríki.^[13]

Í 3. mgr. 12. gr. eru talin upp þau tilvik þar sem ríkjum er heimilt að takmarka ferðafrelsi einstaklinga. Til að takmörkun sé leyfileg samkvæmt þessum samningi verður hún að vera lögbundin og vera í samræmi við önnur ákvæði samningsins. Þá verður hún að teljast nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi til verndar andlagi sínu, það er að segja þjóðaröryggi, allsherjarreglu (ordre public), heilbrigði almennings eða siðgæði, eða réttindum og frelsi annarra.

Lögin, sem heimila takmörkun, skulu innihalda skilyrði fyrir takmörkuninni. Skilyrðin skulu vera nákvæmlega tilgreind og skulu ekki veita óeðlilegt svigrúm til matskenndra ákvarðana. Við setningu slíkra laga skulu ríki jafnframt ávallt hafa það að grundvallarreglu að virða tilgang réttindanna. Jafnvægi frelsis og takmarkananna skal ekki snúa við þannig að ferðafrelsið verði undantekningartilvik.

Takmarkanir af þessu tagi verða að fylgja grundvallarreglunni um meðalhóf, það er að segja að þau skulu vera þannig úr garði gerð að þau nái fram tilgangi sínum en jafnframt vera sá kostur sem skemmst gengur í takmörkun á ferðafrelsi einstaklinga.[14]

MSE 2. gr. 4. Viðauka MSE

1. Öllum þeim sem á löglegan hátt eru staddir á landi einhvers ríkis skulu frjalsir ferða og dvalarstaðar þar í landi.
2. Öllum ber réttur til brottfarar úr landi, einnig úr eigin landi.
3. Eigi má leggja nokkrar hömlur á vernd slíkra réttinda, umfram það sem lög standa til og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis eða almannaheilla, í þágu allsherjarreglu, til að firra glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.
4. Réttindi þau, er greinir í 1. mgr., geta á tilteknum landsvæðum sætt takmörkunum, svo fremi að þeim sé beitt að lögum og séu réttlætanager vegna almennra hagsmuna í lýðræðislegu þjóðfélagi.

Ákvæði [2. gr. 4. viðauka](#) við Mannréttindasáttmála Evrópu er mjög lík samsvarandi ákvæði SBSR að innihaldi. Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. er það skilyrði fyrir því að njóta ferðafrelsis að einstaklingur dveljist löglega í landi. Hér er einnig gert ráð fyrir að það miðist við innlenda löggjöf og framkvæmd hver er löglega í landinu, sjá m.a. niðurstöðu Mannréttindanefndarinnar í P gegn Þýskalandi.[15] Hafi útlendingur komið löglega inn í land en hættir á ákveðnum tíma að uppfylla skilyrði til dvalar, falla réttindi hans samkvæmt 2. gr. niður, sbr. dóm MDE í máli [Piermont gegn Frakklandi](#)[16].

Rétt eins og á við um samsvarandi ákvæði SBSR má ríki, undir ákveðnum kringumstæðum, takmarka ferðafrelsi einstaklinga á sínu yfirráðasvæði, sbr. 3. mgr. 2. gr. Í máli [Landvreugd gegn Hollandi](#)[17] taldi MDE að hollensk löggjöf, sem heimilaði sveitastjórnnum að gefa fyrirmæli um ráðstafanir til að koma í veg fyrir truflanir á allsherjarreglu, bryti ekki gegn ákvæðum sammingsins. Hafði sveitarstjórn í því máli gert einstaklingi, sem var eiturlyfjaneytandi, að halda sig utan ákveðins svæðis í Amsterdam. Þrátt fyrir ómarkvisst orðalag ákvæðisins sagði MDE að verið væri að framfylgja lögmætu markmiði og að meðalhófsregla væri ekki brotin.[18]

Í 2. mgr. 2. gr. segir að öllum beri réttur til brottfarar úr landi og á það við um útlendinga sem og um ríkisborgara landa. Í máli [Baumann gegn Frakklandi](#)[19] komst MDE að þeirri niðurstöðu að það bryti gegn ferðafrelsi einstaklinga að leggja hald á vegabréf. Slíkt væri ekki nauðsynlegt í lýðræðisríki.

5.gr. 1. mgr. MSE getur komið til álita þegar útlendingar eru handteknir.

5.gr. 1. mgr. (f) MSE

1. Allir menn eiga rétt til frelsis og mannhelgi.

Engan mann skal svipta frelsi nema í eftirfarandi tilvikum og þá í samræmi við þá málsmeðferð sem segir í lögum. Tilvikin eru:

...

f) lögleg handtaka eða gæsla manns til að koma í veg fyrir að hann komist ólöglega inn í land eða gæsla manns sem vísa á úr landi eða framselja.

Þó að [5. gr. MSE](#) eigi við um frelsisskerðingu, en ekki samkvæmt orðum sínum um takmarkanir á ferðafrelsi getur þó reynt á greinina þegar undanþágu f. liðar er beitt, en f. liður heimilar frelsisskerðingu í málum sem varða innflytjendur (bæði rétt til komu og brottvísun úr landi) sem og í málum vegna framsals. Valdi ríkisins eru settar skorður sem koma m.a. fram í máli [Amuur gegn Frakklandi\[20\]](#) Börnum frá Sómalíu, sem hugðust sækja um hæli sem flóttamenn, var haldið á flugvelli í París í tuttugu daga. Fyrst skar dómstóllinn úr því hvort um frelsisskerðingu væri að ræða eða takmörkun á frelsi. Við mat á því er litið til atvika málsins í heild sinni. Ef um frelsisskerðingu er að ræða verður hún að vera í samræmi við rétta málsmeðferð og skýrar, lögbundnar reglur. Í því sambandi leggur dómstóllinn mat á efni löggjafarinnar, m.a. hvort hún tryggir að skjóta megi ákvörðun til dómstóla. Í máli *Amuur gegn Frakklandi* var talið að um brot á 5. gr. MSE væri að ræða þar sem börnunum var haldið með heimild í verklagsreglum fremur en löggjöf og reglurnar tryggðu ekki nægilega réttarstöðu þeirra.

Atviksbundið mat á við um skilyrðið um „nauðsyn“ skv. 5. gr. 1. mgr. (f) Hér hefur MDE talið að ekki þurfi að sýna fram á nauðsyn umfram það að frelsisskerðingin þjóni því markmiði að hindra ólögmeata inngöngu eða stuðla að lögmætri brottvísun og gefur því ríkjunum rúmt svigrúm til mats (sjá frekar umfjöllun um brottvísun í [III B-3](#)). Málsmeðferð þarf þó alltaf að standast kröfur sáttmálans til að koma í veg fyrir að ómálefnaleg sjónarmið ráði ferðinni. Þá myndi almenn stefna í málefnum innflytjenda, sem fælist í frelsissviptingu þeirra, sem og langvarandi frelsisskerðing, án sérstakrar réttlætningar í þágu almannaöryggis, brjóta gegn sáttmálanum.[\[21\]](#)

Félagsmálasáttmáli Evrópu

18. gr. [FSE](#) fjallar um réttinn til að stunda vinnu í landi annars samningsaðila.

18. gr. FSE

Í því skyni að tryggja, að réttur til að stunda arðbært starf í landi annars samningsaðila sé raunverulega nýttur, skuldbinda samningsaðilar sig til:

1. að beita gildandi reglum frjáltslega,
2. að einfalda gildandi formsatriði og draga úr eða fella niður gjöld, sem erlendu verkafólki eða vinnuveitendum þess er gert að greiða,
3. að slaka á reglum um ráðningu erlends verkafólks, í einstökum tilvikum eða almennt, og viðurkenna:
4. rétt þegna sinna til að fara úr landi í því skyni að stunda arðbær störf í löndum annarra

samningsaðila.

Ákvæðið bætir ekki miklu við varðandi ferðafrelsi, en mælir sérstaklega fyrir um rétt til að fara úr eigin landi. Greinin tekur ekki til komu til lands, eins og hún hefur verið túlkuð af Evrópunefnd um félagsleg réttindi, en leggur þær skyldur á aðildarríki að beita reglum um atvinnuleyfi að ráðningu erlendra launþega frjálsglega. [22] 19. gr. FSE fjallar um réttindi tengd ferðafrelsi en 19. gr. bindur ekki íslenska ríkið vegna undanþágu sem gerð var við fullgildingu samningsins. (Sjá frekar [IV A](#))

Íslenskur réttur

Í 2. - 4. mgr. 66. gr. [STS](#) er kveðið á um sömu réttindi og nefnd hafa verið í alþjóðasamningum hér á undan:

66. gr. STS

[...]

2. Íslenskum ríkisborgara verður ekki meinað að koma til landsins né verður honum vísað úr landi. Með lögum skal skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hverjar sakir sé hægt að vísa þeim úr landi.

3. Engum verður meinað að hverfa úr landi nema með ákvörðun dómara. Stöðva má þó brottför manns úr landi með lögmætri handtöku.

4. Allir, sem dveljast löglega í landinu, skulu ráða búsetu sinni og vera frjálssir ferða sinna með þeim takmörkunum sem eru settar með lögum.

Ákvæði 3. og 4. mgr. komu inn í stjórnarskrá árið 1995 svo að tryggð væru sambærileg réttindi og kveðið er á um í 2. gr. 4. viðauka MSE. Raunhæfasta undantekningin frá rétti til að fara úr landi er þegar maður er settur í farbann samkvæmt ákvörðun dómara. Getur dómari þá til dæmis lagt fyrir sakborning, með vísan til 110. gr. laga um meðferð opinberra mála, að halda sig á tilteknu svæði eða bannað honum brottför. Slíkar ákvarðanir verða aðeins teknar með dómsúrskurði. [23]

Í dómaframkvæmd hefur helst reynt á skilyrði frelsissviptingar þegar útlendingar eiga í hlut í málum þar sem vafi er um rétt útlendinga til dvalar og byggist frelsisskerðingin á ákvæðum laga um útlendinga.

Í hæstaréttarmáli [413/1999](#) (Lögreglustjórinn í Reykjavík gegn Marewan Mostafa) felldi Hæstiréttur úr gildi gæsluvarðhaldsúrskurð sem kveðinn var upp á grundvelli 15. gr. laga nr 45/1965 um eftirlit með útlendingum. Var um að ræða gæsluvarðhald í eina viku yfir manni sem hafði eyðilaggt vegabréf sitt við komu til landsins og óvissa var um það hver hann var og hver áform hans voru. Hæstiréttur beitti meðalhófsreglu og taldi að lögregla hefði ekki nægilega sýnt fram á nauðsyn gæslu og að ekki væru aðrar leiðir færar til að tryggja návist mannsins.

Í hæstaréttarmáli [379/2004](#) (ríkislögreglustjóri gegn X) var 14 daga gæsluvarðhald yfir útlendingi sem vísa átti úr landi fellt niður, með vísan í meðalhófsreglu. Var beiðnin rökstudd með vísan til 29. gr. og 33. gr. laga nr. 96/2002 um útlendinga en fyrirnefnda greinin veitir heimild til að beita gæsluvarðhaldi ef einstaklingur neitar að gefa upplýsingar um hver hann er og sinnir ekki tilkynningaskyldu. Hæstiréttur taldi að ekki hefði verið nægilega sýnt fram á nauðsyn gæsluvarðhalds eða að ekki væri unnt að beita léttbærari aðgerðum til að tryggja að ákvörðun um brottvísun úr landi yrði fullnægt.

Í hæstaréttarmáli [440/2008](#) (Lögreglustjórinn á Suðurnesjum gegn X) staðfesti Hæstiréttur hins vegar gæsluvarðhaldsúrskurð yfir útlendingi sem talinn var hafa gefið rangar upplýsingar um það hver hann var. Þá voru líkur á því að maðurinn tengdist frelsisher Kosovo og að hætta stafaði af honum. Gæsluvarðhaldsúrskurður var byggður á 29. gr. laga nr. 96/2002, eins og þeim var breytt með lögum nr. 86/2008, en þar kemur fram að gæsluvarðhaldi megi beita ef rökstuddur grunur sé um að útlendingur gefi rangar upplýsingar. Sjá einnig hæstaréttarmál [568/2008](#). Í hæstaréttarmáli [515/2008](#) (Lögreglustjórinn á Suðurnesjum gegn X) var enn um að ræða gæsluvarðhaldsúrskurð á grundvelli 29. gr. laga um útlendinga, vegna óvissu um það hver viðkomandi væri. Hæstiréttur staðfesti gæsluvarðhaldsúrskurð en stytta gæsluvarðhald úr rúmlega 1 mánuði og 10 dögum í u.þ.b. 3 vikur.

Ljóst er að gerðar eru ríkar kröfur til þess að sýnt sé fram á að frelsissvipting sem tengist komu og för útlendinga sé nauðsynleg og að gætt sé meðalhófs. Þótt dómur í kjölfar breytinga á lögum um útlendinga hafi staðfest gæsluvarðhald í málum sem þessum í ríkara mæli en áður, er þó ljóst að gerðar eru kröfur um að frelsisskerðing sé í samræmi við lög og að ekki sé gengið lengra en nauðsynlegt er. Í hæstaréttarmáli [502/2008](#) (Lögreglustjórinn á Suðurnesjum gegn X) felldi Hæstiréttur úr gildi gæsluvarðhaldsúrskurð yfir útlendingi þar sem Hæstiréttur taldi að ekki hefði verið sýnt fram á að hann hefði gefið rangar upplýsingar um það hver hann væri. Þá var ekki talið sýnt fram á að hætta stafaði af honum, þótt lögregla hefði verið kölluð til vegna hegðunar hans gagnvart öðrum einstaklingum þar sem hann bjó og gagnvart lögreglu.

Ekki verður séð að lögmæti gæsluvarðhalds eða gæslu sem ákveðin er eingöngu vegna brottvísunar úr landi, með heimild í 5. mgr. 33. gr. laga um útlendinga, hafi verið borið undir Hæstarétt. Almennt verður að telja að dómaframkvæmd samrýmist þeim sjónarmiðum sem koma fram í þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem fjallað hefur verið um hér að framan, auk þess sem útlendingar njóta þess réttaröryggis að fá úrlausn dómstóla í þessum málum, sbr. 4. mgr. 5. gr. MSE. Athyglisvert er að ekki er vísað beint í ákvæði 5. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994 (hvorki c. eða f. lið) í þessum málum.

Umboðsmaður Alþingis fjallaði um 2. mgr. 66. gr. STS í [álitu í máli nr. 3137/2000](#). Taldi hann ljóst að með ákvæðinu hefði fyrst og fremst verið lögð sú skylda á löggjafann að setja lög til að girða fyrir að framkvæmdarvaldið hefði ákvörðunarvald um þessi atriði án skýrra lögákveðinna skilyrða og er sú niðurstaða í samræmi við grunnsjónarmið þeirra þjóðréttarlegu skuldbindinga sem binda íslenska ríkið. Komst umboðsmaður að þeirri niðurstöðu að lög nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum væru um margt óskýr og hefðu jafnvel ekki að geyma tiltekna afstöðu löggjafans til grundvallaratriða um meðferð mála útlendinga hér á landi. Þannig væri sem dæmi ekki að finna í lögnum skýra og glögga upptalningu á skilyrðum fyrir veitingu hælis af stjórnmalalegum ástæðum eða útgáfu dvalarleyfis. Í dag hafa verið sett ný lög um útlendinga, nr. 96/2002 og með lögum nr. 86/2008 var þeim lögum breytt, m.a. í því skyni að setja með lögum reglur um komu og dvöl útlendinga. Voru ýmis ákvæði sem áður voru í reglugerð um útlendinga nr. 53/2003 tekin upp í ákvæði laga um útlendinga. Í II. kafla

laganna er að finna reglur um eftirlit með komu til lands og brottför. Auk þess hafa reglur tengdar Schengen samstarfi Íslands við Evrópusambandið og ríki þess áhrif.

Ákvæði 4. mgr. 66. gr. tryggir frelsi til að velja stað til búsetu. Þeir sem dveljast hér á landi verða þó að fylgja lögum nr. 54/1962 um þjóðskrá og almannaskráningu. Ef einstaklingur er hér lengur en í sex mánuði er honum skylt að eiga ákveðið lögheimili samkvæmt lögum nr. 21/1990 um lögheimili. Í hæstaréttarmáli [nr. 474/2004](#) reyndi á þetta ákvæði stjórnarskrárinnar í fyrsta skipti. Var um að ræða skráningu einstaklinga í húsi á svæði sem hafði verið skipulagt sem tómsfundabyggð. Taldi Hæstiréttur að aðilar nytu í skjóli 4. mgr. 66. gr. STS verndar til að ráða búsetu sinni og hefði ekki verið vísað til haldbærra heimilda, sem gæti sett skorður við búsetu þeirra.

Tilvísanir

[1] [Almenn athugasemd nr. 27.](#)

[2] Celepli gegn Svíþjóð. Mál nr. 456/91 (CCPR/C/51/D/456/1991).

[3] Joseph, Schultz og Kastan, bls. 349.

[4] J.M. gegn Jamaica. Mál nr. 165/1984 (CCPR/C/27//D/165/1984).

[5] Stewart gegn Kanada. Mál nr. 538/1993 (CCPR/C/58/D/538/1993).

[6] Nefndin hefur hins vegar gert athugasemd við það þegar þessi réttur er talinn ná eingöngu til eigin þegna, sbr. skýrslu í máli gegn Armeníu (CCPR/C/79/Add100(1998)), sjá Carlson og Gisvold, bls. 96.

[7] [Almenn athugasemd nr. 15](#), 5, 6. og 8. mgr.

[8] [Almenn athugasemd nr. 27.](#)

[9] Celepli gegn Svíþjóð. Mál nr. 456/91(CCPR/C/51/D/456/1991)

[10] Mannréttindanefnd SP. Skýrsla um Litháen (CCPR/C/79/Add.87).

[11] Joseph, Schultz og Castan, bls. 354.

[12] Gonzalez del Rio gegn Perú. Mál nr. 263/87 (CCPR/C/40/D/263/1987).

[13] [Almenn athugasemd nr. 27, 8.-10. mgr.](#)

[14] [Almenn athugasemd nr. 27.](#)

[15] P v The Federal Republic of Germany, Application No 12068/86 (DR 51/237), sjá Lambert, bls. 22.

[16] Piermont gegn Frakklandi (dómur 27. apríl 1995).

[17] Landvreugd gegn Hollandi (dómur 4. júní 2002).

[18] Aðalsteinsson, bls. 191.

[19] Baumann gegn Frakklandi (dómur 22. maí 2001).

[20] Amuur gegn Frakklandi (dómur 26. júní 1996). Sjá einnig um skilyrði um gæði laga umfjöllun um mál *Hildar Hafsteinsdóttur gegn Íslandi* (dómur 8. júní 2004), Aðalsteinsson, bls. 149.

[21] Sjá frekar Lambert, 19-21.

[22] Samuel, bls. 383-4.

[23] Aðalsteinsson, bls. 194. Sjá hér hæstaréttarmál nr. [232/2002](#) (Sýslumaðurinn á Keflavíkurflugvelli gegn X) þar sem 11 daga farbann útlendingis var staðfest.

III B – 2 Réttur til búsetu og fjölskyldusameiningar

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Réttur til búsetu og fjölskyldu sameiningar	16. gr MYSP	2 mgr. 66. gr. STS	SP-nefnd Hendriks gegn Hollandi
	17. gr. SBSR	1. mgr. 71. gr. STS	A.S. gegn Canada
	23. gr. SBSR		Aumeeruddy-Cziffra og aðrir gegn Mauritius
- Réttindi barna	8. gr. MSE	III. kafli útlendingalaga nr. 96/2002	Stewart gegn Kanada
	24. gr. SBSR		MDE
	10. gr. og 16. gr. Barnasáttmálans	Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994	Abdulaziz, Cabales og Balkandali gegn Bretlandi
	3. mgr. 24. gr. SBSR		Gül gegn Sviss Ahmut gegn Hollandi Amrollahi gegn Danmörku
			UA UA 4275/2004

SBSR

23. gr. SBSR

1. Fjölskyldan er hin eðlilega grundvallarhópeining þjóðfélagsins og á rétt á vernd þjóðfélagsins og ríkisins.
2. Réttur karla og kvenna á hjúskaparaldri til þess að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu skal viðurkenndur.
3. Ekki skal stofnað til hjúskapar nema með frjálsum og fullkomnu samþykki hjónaefnanna.
4. Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum skulu gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja jöfn réttindi og jafnar skyldur hjóna varðandi stofnun hjúskapar, á meðan á hjúskap stendur og við slit hjúskapar. Við hjúskaparslit skal gera

ráðstafanir varðandi nauðsynlega vernd barna.

Ákvæði [23. gr. SBSR](#) viðurkennir mikilvægi fjölskyldueiningarinnar. Henni til viðbótar vernda önnur ákvæði samningsins einnig fjölskylduna beint eða óbeint, til dæmis 17. gr. um friðhelgi einkalífs og 24. gr. um réttindi barna. Þá ítrekar greinin þá vernd sem kemur fram í 3. mgr. [16. gr. MYSP](#) þar sem segir: „Fjölskyldan er í eðli sínu frumeining þjóðfélagsins, og ber þjóðfélagi og ríki að vernda hana.“ Til að tryggja þá vernd, sem kveðið er á um í 23. gr., þurfa ríki að innleiða lög og reglur til að tryggja þessi réttindi.[\[1\]](#) Leggur greinin því á ríki jákvæða skyldu til að stuðla að vernd fjölskyldunnar.

Hugtakið fjölskylda hefur verið skýrt rúmt af Mannréttindanefndinni, þannig að innan þess falli allir sem teljast til fjölskyldu í hverju þjóðfélagi fyrir sig.[\[2\]](#) Erfitt er að gefa nákvæma skilgreiningu á fjölskyldu vegna þess hversu breytilegt hugtakið getur verið eftir því hvaða ríki á í hlut. Þegar hópur einstaklinga er talinn mynda fjölskyldu í ákveðnu ríki, hvort sem það er í lögum eða í framkvæmd, ber því ríki að vernda þá einingu í samræmi við 23. gr. SBSR. Ríki ættu því að tilgreina í skýrslu til nefndarinnar hvernig hugtakið er skilgreint og hversu rúmt það er.[\[3\]](#)

Í nýjustu [skýrslu Íslands](#) til Mannréttindanefndarinnar er í umfjöllun um 23. gr. SBSR fjallað um fjölskylduna sem grundvallareiningu samfélagsins rétt eins og á öðrum Norðurlöndunum. Gerir Ísland grein fyrir stöðu hjónabands á Íslandi sem og réttindum barna. Er ekki að sjá að litid sé á fjölskylduna sem stærri einingu en fólk í hjónabandi og börn þeirra.[\[4\]](#)

Mannréttindanefndin veitir því hverju aðildarríki fyrir sig mikið svigrúm til að skilgreina fjölskylduhugtakið, þó ekki þannig að það hafi lokaorðið í þeim efnum. Ríki má þannig ekki skilgreina eininguna þrengra en samfélagið, sem tilheyrir ríkinu.[\[5\]](#) Í máli [Hendriks gegn Hollandi](#)[\[6\]](#) sagði nefndin að fjölskyldan, í skilningi 23. gr., væri ekki takmörkuð við giftinguna. Hugtakið yrði jafnframt að ná til sambands foreldra og barna óháð hjúskaparstöðu foreldranna. Nefndin hefur þó ekki tekið tillit til stöðu fjölskyldueiningarinnar með tilliti til samkynhneigðra einstaklinga.[\[7\]](#)

Tengslin milli fjölskyldumeðlima verður að vera þannig að raunverulegt fjölskyldulíf sé til staðar. Í máli [A.S. gegn Kanada](#)[\[8\]](#) kvartaði A.S. undan því að yfirvöld hefðu ekki heimilað komu pólskrar fósturdóttur og dóttursonar til landsins. Hins vegar taldi nefndin ekki að brotið hefði verið gegn 23. gr. þar sem ekki hefði verið um fjölskyldulíf að ræða nema um tveggja ára skeið sautján árum áður.

Reglan í 23. gr. tryggir þau grundvallarréttindi að fjölskyldumeðlimir geti búið saman, en það leiðir til þess að skýra þarf löggjöf um útlendinga með tilliti til réttar til fjölskyldusameiningar. Sá réttur er ekki afdráttarlaus, enda hafa ríkin ákvörðunarvald í málefnum útlendinga, en valdi þeirra eru settar skorður, m.a. með vísan í 23. gr. SBSR. Í athugasemdum um Sviss vísaði Mannréttindanefnd SP til þess að sameining fjölskyldunnar væri ekki leyfð samstundis í tilviki erlendra verkamanna innan ríkisins. Tæki 18 mánuði að fá slíku framgengt, sem væri of langur tími að mati nefndarinnar.

Miklar kröfur eru einnig gerðar ef brjóta á upp fjölskyldueininguna (sjá einnig í því sambandi réttindi barna). Löggjöf eða ákvarðanir stjórnvalda mega ekki mismuna eftir kyni. Í máli [Ameeruddy-Czifra og annarra gegn Mauritius](#)[\[9\]](#) var það talið brjóta gegn 23. gr. SBSR auk fleiri ákvæða að erlendir eiginmenn fengju ekki dvalarleyfi á meðan erlendir eiginkonur fengju þau sjálfkrafa. Sagði nefndin að vernd fjölskyldunnar mætti ekki vera breytileg eftir kyni fjölskyldumeðlimsins.

Hafi útlendingur dvalist lengi í landi getur þurft að taka tillit til 23. gr. SBSR ef hugsanlega á að vísa honum úr landi. Í máli [Stewart gegn Kanada\[10\]](#) hafði Skoti flust til Kanada 7 ára gamall. Þar taldi hann sig eiga heima og átti tvö börn þar með fyrrverandi eiginkonu sinni. Á grundvelli innflytjendalöggjafar var sú ákvörðun tekin að hann skyldi yfirgefa landið. Stewart taldi að vernd fjölskyldunnar hefði ekki verið nægilega tryggð í lögum Kanada, sem leiddi til þess að stjórnvöld litu ekki til þess við ákvörðun um brottvísun. Nefndin félst ekki á kvörtunina. Sagði hún að spurningin, sem spyrja þyrfti, væri hvort íhlutun í fjölskyldulíf gæti verið talin ólögleg eða tekin af geðþótta. Stewart hefði fengið tækifæri til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri og við ákvörðun hefði ákvörðunaraðili talið að það væri ekki ástæða til að afturkalla ákvörðunina um brottvísun. Þar sem ákvörðunin var gerð samkvæmt lögum og í lögmætum tilgangi var ekki talið að um bot á 23. gr. SBSR væri að ræða.

MSE

8. gr. Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu

1. Sérhver maður á rétt til friðhelgi einkalífs síns, fjölskyldu, heimilis og bréfaskipta.
2. Opinber stjórnvöld skulu eigi ganga á rétt þennan nema samkvæmt því sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, almannaheilla eða efnalegrar farsældar þjóðarinnar, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu manna eða siðgæði eða réttindum og frelsi annarra.

[Mannréttindasáttmáli Evrópu](#) veitir ekki sjálfstæðan rétt til handa útlendingum til að koma til eða dveljast í ákveðnu landi, og er við skýringu 8. gr. m.a. litið til þess hvort fjölskyldan geti búið í öðru landi sem hún hefur tengsl við. Málum hefur þó farið fjölgandi þar sem einstaklingar hafa haldið því fram að ákvarðanir stjórnvalda um að veita þeim ekki aðgang að landi eða að vísa þeim úr landi skerði réttinn til fjölskyldulífs skv. 8. gr. MSE. Dómstóllinn hefur þó ekki til þessa kveðið afdráttarlaust á um það hvort jákvæð skylda hvíli á aðildarríkjum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. MSE að leyfa útlendingum að koma til lands til að sameinast fjölskyldu. Hafa aðildarríki allmikið svigrúm til mats.[\[11\]](#) Dómstóllinn beitir mati á öllum aðstæðum við ákvörðun þess hvort jákvæð skylda hvíli á ríki í málum sem þessum og vegur og metur hagsmuni fjölskyldunnar og þjóðfélagsins við ákvörðun sína.[\[12\]](#)

MDE hefur oftari metið réttmæti brottvísunar úr landi með tilliti til 8. gr. en þá aðstöðu þar sem óskað er dvalarleyfis (sjá frekar í kaflanum um brottvísun í [III B-3](#)). Í nokkrum málum hefur þó reynt á rétt útlendinga, sem hefur fjölskyldutengsl við þegn eða íbúa viðtökuríkisins, til að koma til landsins. Vegna þess hversu mikið svigrúm ríkjum er eftirlátið hefur ekki komið til þess að ákvarðanir um að synja útlendum aðstandendum um komu og dvöl hafi verið taldar brjóta gegn 8. gr. MSE, sérstaklega ef talið er að viðkomandi geti búið í öðru landi með fjölskyldu sinni.

Í dómi Mannréttindadómstólsins í máli [Abdulaziz, Cabales og Balkandali\[13\]](#) gegn Bretlandi sagði dómurinn að þessi skylda væri breytileg og byggði á atvikum hvers máls. Dómurinn gæti jafnframt ekki horft fram hjá þeirri reglu þjóðaréttar að ríki hefur rétt til að setja reglur um komu útlendinga inn á sitt yfirráðasvæði. Í þessum dómi var ekki talið að það bryti gegn 1. mgr. 8. gr. að meina þremur eiginmönnum kvennanna, sem fóru með málið fyrir dóm, að koma til landsins. Skipti þar máli að þær gætu lifað fjölskyldulífi í heimaríkjum eiginmannanna og að þær hefðu mátt vita að innflytjendalöggjöf Bretlands myndi ekki veita þeim rétt til að koma til landsins. 8. gr. MSE ein og sér verndaði ekki rétt útlendinga í málum

sem þessum. Hins vegar var talið að lögin fælu í sér mismunun þar sem eiginkonur erlendra innflytjenda nyttu meiri réttar en eiginmenn. Var réttlæting breska ríkisins um vernd vinnumarkaðarins ekki talin réttlæta mismuninn, þannig að niðurstaðan var sú að brotið var gegn 8. gr. og 14. gr. MSE.

Í [Gül gegn Sviss\[14\]](#) og í máli [Ahmut gegn Hollandi\[15\]](#) fylgdi MDE þeirri stefnu sem mörkuð hefur verið og taldi að ekki hefði verið brotið gegn vernd fjölskyldulífs þegar ríki synjuðu börnum um dvalarleyfi vegna fjölskyldusameiningar. Farið var fram á dvalarleyfi fyrir börnin í kjölfar erfiðra fjölskylduaðstæðna og feður barnanna, sem óskuðu eftir að fá þau til sín, voru búsettir í gistiríkjunum (Sviss annars vegar og Hollandi hins vegar[16]); móðir barnanna var óhæf til að fara með forsjá barnanna í *Gül gegn Sviss* og í máli *Ahmut gegn Hollandi* var móðirin látin. Þrátt fyrir erfiðar fjölskylduaðstæður taldi dómstóllinn ekki sýnt fram á að brotið hefði verið gegn vernd 8. gr. MSE. Um ákvarðanir í málum um brottvísun er tekið mið af nokkuð öðrum sjónarmiðum (sjá [III B-3](#)).

Barnasáttmálinn

10. gr. samnings um réttindi barna

1. Í samræmi við skuldbindingar sínar samkvæmt 1. tl. 9. gr. skulu aðildarríki með jákvæðu hugarfari, mannúðlega og með skjótum hætti afgreðia beiðni barns eða foredris þess um að koma til eða fara frá aðildarríki vegna endurfunda fjölskyldu. Aðildarríki skulu enn fremur sjá til þess að það eitt að slík beiðni sé borin fram hafi engar slæmar afleiðingar í för með sér fyrir beiðendur eða aðra í fjölskyldu þeirra.

2. Barn sem á fjoreldra búsetta í mismunandi ríkjum á rétt til þess að halda persónulegum tengslum og beinu sambandi við þau bæði með reglubundnum hætti, nema sérstaklega standi á. Í því skyni, og í samræmi við skuldbindingar sínar samkvæmt 2. tl. 9. gr. skulu aðildarríki virða rétt barns og foreldra þess til að fara frá hvaða landi sem er, þar á meðal eigin landi, og til að koma til eigin lands. Réttur til að fara frá hvaða landi sem er skal einungis háður þeim takmörkunum sem ákveðnar eru með lögum og nauðsynlegar eru til að gætt sé öryggis þjóðarinnar, allsherjarreglu (ordre public), heilbrigðis almennings eða siðgæðis, eða réttar og frelslis annarra, sem samræmast öðrum réttindum viðurkenndum í samningi þessum."

16. gr. samnings um réttindi barna

1. Eigi má láta barn sæta gerræðislegum eða ólögætum afskiptum af einkalífi þess, fjölskyldu, heimili eða bréfum, né ólögmati árásum á sæmd þess eða mannorð.

2. Barn á rétt á vernd laganna fyrir slíkum afskiptum og árásum.

Af gögnum við gerð [Barnasáttmálans](#) er ljóst að ætlunin var að tryggja börnum sömu vernd að því er lýtur að borgaralegum og stjórnsmálalegum réttindum og tryggð eru í öðrum samningum SP, til að mynda SBSR. Gæti ákvæðið því komið til álita við túlkun stjórnarskrár og laga, en ekki er líklegt að það veiti víðtækari vernd en þegar verður leidd af SBSR og MSE. [\[17\]](#)

Íslenskur réttur

Í 2. mgr. 66. gr. [STS](#) segir að með lögum skuli skipað rétti útlendinga til að koma til landsins og dveljast hér, svo og fyrir hvaða sakir er hægt að vísa þeim úr landi. Í [III. kafla útlendingalaga](#) eru reglur um dvalarleyfi. Í 1. mgr. 11. gr. laganna eru grunnskilyrði fyrir dvalarleyfi rakin og í 12. gr. - 12. gr. g eru sérákvæði um dvalarleyfi mismunandi hópa fólks. Ekki eru aðrar skýringar á þessu nýmæli í greinargerð með lögnum en að þetta sé gert til samræmis við nýmæli í lögum um atvinnuréttindi útlendinga.

Í 13. gr. er síðan að finna ákvæði um dvalarleyfi fyrir nánustu aðstandendur en samkvæmt 2. mgr. 13. gr. er með því er átt við maka, sambúðarmaka og samvistarmaka, börn viðkomandi yngri en 18 ára á hans framfæri og á hans forsjá, ættmenni hans eða maka í beinan legg eldri en 66 ára og á þeirra framfæri. Athygli vekur að réttur til dvalarleyfis takmarkast við aðstandendur íslensks eða norræns ríkisborgara sem búsettir eru hér og útlendinga sem dveljast hér á grundvelli dvalarleyfis skv. 12. gr. (*dvalarleyfi vegna starfs sem krefst sérfræðipækkingar*), 12. gr. b (*dvalarleyfi íþróttafólks*) og 12. gr. f (*dvalarleyfi á grundvelli mannúðarsjónarmiða*) en ekki er kveðið á um dvalarleyfi aðstandenda annarra, þ.m.t. þeirra sem fá dvalarleyfi vegna skorts á vinnuafli (12. gr. a), og þeirra sem stunda nám (12. gr. e) eða eiga rétt á styttri dvöl vegna vistráðningar (12. gr. d). Undantekning er þó gerð þar sem mælt er fyrir um rétt þeirra til dvalarleyfis sem eru nánustu aðstandendur doktorsnema, skv. 12. gr. e. Í 3. mgr. 13. gr. segir að ef rökstuddur grunur um að til hjúskapar, staðfestrar samvistar eða sambúðar hafi verið stofnað í þeim tilgangi einum að afla dvalarleyfis, og ekki er sýnt fram á annað með óyggjandi hætti, veiti það ekki rétt til dvalarleyfis. Sama gildir ef rökstuddur grunur er um að ekki hafi verið stofnað til hjúskapar eða staðfestrar samvistar með vilja beggja hjóna eða ef stofnun hjúskapar eða staðfestrar samvistar brýtur í bága við allsherjarreglu og meginreglur íslenskra laga. Ef annar makinn er 24 ára eða yngri skal ávallt kanna hvort málsatvik eru með þeim hætti sem um getur í 1. og 2. málsl.

Enginn dómur hefur gengið um gildi laganna gagnvart [1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar](#) um friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og hvort takmarkanirnar, sem þar er að finna, gangi of langt. Eðli málsins samkvæmt hefur heldur ekki reynt á ákvæði laga nr. 86/2008, um breytingu á lögum um útlendinga, þar sem þau gangu í gildi nýlega.

Umboðsmaður Alþingis fjallaði um ákvæði 2. mgr. 11. gr. útlendingalaga nr. 96/2002 í [máli nr. 4275/2004](#) sem fjallaði um afturköllun á dvalarleyfi. Umboðsmaður benti á að við mat á því hvort beita ætti undanþáguheimildinni vegna fjölskyldutengsla útlendinga yrði að gæta að því hvort synjun dvalarleyfis kynni að brjóta í bága við rétt útlendingans til friðhelgi fjölskyldulífs, sbr. 1. mgr. 71. gr. STS og 8. gr. MSE, án þess að slík skerðing yrði réttlætt á grundvelli undanþáguákvæða þessara greina. Tók Umboðsmaður fram að ekki væri að finna neina vísbendingu um það í úrskurði ráðuneytisins, skýringum þess eða gögnum málsins að öðru leyti að afstaða hefði verið tekin til réttarstöðu viðkomandi með þau sjónarmið og þær aðferðir að leiðarljósi, sem leiddu af þessum ákvæðum.

Vegna þessa, sem og vegna þess að útlendingastofnun hafði synjað beiðninni eingöngu á grundvelli aldursskilyrðis í þágildandi 2. mgr. 13. gr. laga nr. 96/2002, sbr. lög nr. 20/2004 (sem setti sem skilyrði fyrir dvalarleyfi að maki væri eldri en 24 ára), beindi umboðsmaður þeim tilmælum til ráðuneytisins að endurupptaka málið ef beiðni kæmi fram um það. [\[18\]](#)

Í álitum Umboðsmanns í máli nr. 3137/2000, sem rakið er í [III B-1](#), þar sem útlendingur, sem upphaflega óskaði eftir hæli, en óskaði svo eftir dvalarleyfi á grundvelli hjúskaparstöðu, kvartaði yfir synjun dómsmálaráðuneytisins tók umboðsmaður fram að í málum sem þessu kynni að vera nauðsynlegt að hafa hliðsjón af 1. mgr. 71. gr. STS og 8. gr. MSE, sbr. lög nr. 62/1994, um friðhelgi fjölskyldunnar. Mælti Umboðsmaður með gjafsókn í dómsmáli ef til þess kæmi.

Tilvísanir

[1] [Almenn athugasemd nr. 19](#).

[2] [Almenn athugasemd nr. 16](#), 5. mgr.

[3] [Almenn athugasemd nr. 19](#), 2. mgr.

[4] Skýrsla Íslands til Mannréttindanefndar SP, 115. mgr. (CCPR/C/ISL/2004/4). Í skýrslunni er þó einnig gerð grein fyrir réttarstöðu samkynhneigðra sem og öðrum fjölskylduformum.

[5] Joseph, Schultz og Castan, bls. 587.

[6] Hendriks gegn Hollandi. Mál nr. 201/85(CCPR/C/33/D/201/1985).

[7] Joseph, Schultz og Castan, bls. 588.

[8] A.S. gegn Kanada. Mál nr. 68/80 (CCPR/C/12/D/68/1980).

[9] Aumeeruddy-Cziffra og annarra gegn Mauritius. Mál nr. 35/78 (CCPR/C/12/D/35/1978).

[10] Stewart gegn Kanada. Mál nr. 538/1993 (CCPR/C/58/D/583/1993).

[11] Thorarensen, bls. 305.

[12] Þetta er gert fremur en að fylgja þeirri aðferðafræði sem oftast er notuð að ákvarða fyrst hvort brotið sé gegn friðhelgi fjölskyldu og vega síðan og meta aðstæður með vísan til 2. mgr. 8. gr. Hefur þessi aðferðafræði verið gagnrýnd af fræðimönnum sem og innan MDE Sjá m.a. Mowbray, bls. 131-136.

[13] Abdulaziz, Cabales og Balkandali gegn Bretlandi (dómur 28. maí 1985).

[14] Gül gegn Sviss (dómur 19. febrúar 1996).

[15] Ahmut gegn Hollandi (dómur 28. nóvember 1996).

[16] Í máli *Ahmut gegn Hollandi* hafði faðir barnsins fengið hollenskan ríkisborgararétt þegar umsókn var lögð fram. Stefna dómstólsins hefur verið gagnrýnd, bæði innan dómstólsins sjálfs og af fræðimönnum, sjá frekar Janis, Kay og Bradley, bls. 258-268 og Lambert 2006, bls. 41.

[17] Detrick, bls. 255-61.

[18] Þetta stangast á við þær fullyrðingar sem koma fram í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 86/2008, þar sem segir, í athugasemdum um 11. gr. frumvarpsins, að þeirri framkvæmd hafi verið fylgt að kanna sérstaklega tilvik þar sem maki er yngri en 24 ára fremur en að láta ungan aldur fortakslaust leiða til synjunar á dvalarleyfi. Með lögum nr. 86/2008 er aldurskilyrðið afnumið en í greininni segir nú: „Nú er rökstuddur grunur um að til hjúskapar, staðfestrar samvistar eða sambúðar hafi verið stofnað í þeim tilgangi einum að afla dvalarleyfis, og ekki er sýnt fram á annað með óyggjandi hætti, og veitir það þá ekki rétt til

dvalarleyfis. Sama gildir ef rökstuddur grunur er um að ekki hafi verið stofnað til hjúskapar eða staðfestrar samvistar með vilja beggja hjóna eða ef stofnun hjúskapar eða staðfestrar samvistar brýtur í bága við allsherjarreglur og meginreglur íslenskra laga. Ef annar makinn er 24 ára eða yngri skal ávallt kanna hvort málsatvik eru með þeim hætti sem um getur í 1. og 2. másl."

III B - 3 Brottvísun útlendinga

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Reglur um brottvísun		2. mgr. 66. gr. STS	SP nefnd
	13. gr. SBSR	Lög nr. 96/2002 um útlendinga - IV. kafli	Kindler gegn Kanada
	1. gr. 7. viðauka MSE	Reglugerð nr. 53/2003 um útlendinga - IX. kafli	Maroufidou gegn Svíþjóð
	4. gr. 4. viðauka MSE	Stjórnsýslulög nr. 37/1993	V.M.R.B. gegn Kanada
	8. gr. MSE	Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994	J.R.C. gegn Kosta Ríka
	7. gr. SBSR		Chitat Ng gegn Kanada
	3. gr. CAT	Íslenskur réttur	MDE
	3. gr. MSE		Andric gegn Svíþjóð
			Conka gegn Belgíu
			Lupsa gegn Rúmeníu
			Beldjoudi gegn Frakklandi
			Nasri gegn Frakklandi
			Amrollahi gegn Danmörku
			Boultif gegn Sviss
			Soering gegn Bretlandi
			Chahal gegn Bretlandi
			H.L.R. gegn Frakklandi

			<p>CAT-nefndin</p> <p>Ismail Alan gegn Sviss</p> <p>Dómar Hæstaréttar</p> <p>Mál nr. 56/2008</p> <p>Mál nr. 1997, 2828</p> <p>Mál nr. 52/2004</p> <p>UA</p> <p>UA 3137/2000</p> <p>UA 4275/2004</p> <p>Héraðsdómur Reykjavíkur. E-7753/2005</p>
--	--	--	---

Almennar reglur þjóðaréttar viðurkenna rétt hvers ríkis til að heimila eða banna einstaklingum að fara inn á yfirráðasvæði þess. Jafnframt viðurkennir þjóðaréttur rétt ríkisins til að setja skilyrði fyrir inngöngu og landvist útlendinga á yfirráðasvæði þess. Af því leiðir rétturinn til að vísa mönnum úr landi. Landslög ríkja sem og þjóðréttarreglur eru þó á einu máli um að þessi réttur er ekki skilyrðislaus. Brottvísun verður að verða byggð á lögmætum sjónarmiðum en ekki geðþótta. Þó að ríki geti ákvarðað hvaða viðmið skuli notuð við ákvörðun sem þessa þá má ekki misnota réttinn til brottvísunar.

SBSR

13. gr. SBSR

Útlendingi, sem er á löglegan hátt á landsvæði ríkis sem er aðili að samningi þessum, má aðeins vísa þaðan eftir ákvörðun sem tekin hefur verið í samræmi við lög og skal, nema þar sem brýnar ástæður vegna þjóðaröryggis krefjast annars, leyfast að skjóta ástæðunum gegn brottvísuninni til lögbærs stjórnvalds eða manns eða manna sem sérstaklega eru til þess tilnefndir af því lögbæra stjórnvaldi, og fá mál sitt tekið til endurskoðunar og hafa málsvarnarmann í þessu skyni.

Ákvæði [13. gr. SBSR](#) er eina ákvæði samningsins sem á einungis við um útlendinga. Ákvæðið setur aðeins skilyrði um ferlið við að vísa útlendingi úr landi en hefur ekki að geyma skilyrði um hvaða efnislegar ástæður megi liggja að baki ákvörðun um brottvísun. Af orðunum „ákvörðun sem tekin hefur verið í samræmi við lög“ má þó álykta að koma á í veg fyrir tilefnislausar brottvísanir og misnotkun á úrræðinu. [\[1\]](#)

Útlendingi, sem er vísað úr landi, á alla jafna að vera leyft að fara til hvaða lands sem samþykkir að taka við honum þegar hann yfirgefur landið.[\[2\]](#)

Ákvæði 13. gr. SBSR nær aðeins til þeirra sem eru í landi með löglegum hætti. Útlendingar sem hafa komist inn í landið með ólöglegum hætti, eða hafa verið lengur en leyfi stendur til njóta ekki verndar ákvæðisins. Ef deilt er um lögmati veru hans í landinu þarf að skera úr um það og fer sú ákvörðun eftir landslögum.

Hópbrottvísanir eru ekki heimilar samkvæmt 13. gr. SBSR. Samkvæmt ákvæðinu á hver og einn útlendingur rétt á því að mál hans sé tekið fyrir og færi hópbrottvísun tiltekins fjölda augljóslega gegn slíku.[\[3\]](#)

Mannréttindanefnd SP túlkar ákvæðið á þann veg að það nái einnig til framsals einstaklinga til annarra landa, samanber mál [Kindler gegn Kanada](#).[\[4\]](#) Þar sagði nefndin að það væri ljóst af undirbúningsgögnum samningsins að 13. gr. ætti ekki að takmarka framsöl og framsalssamninga. Eigi að síður eigi réttindin í 13. gr. að ná til útlendinga án tillits til þess hvort verið sé að vísa þeim úr landi eða framselja.[\[5\]](#)

Skilyrðið um að ákvörðun sé tekin í samræmi við lög vísar til landslaga aðildarríkjanna. Í máli [Maroufidou gegn Svíþjóð](#)[\[6\]](#) hafði verið tekin ákvörðun um brottvísun. Konan, sem kvartaði til nefndarinnar, vildi meina að niðurstaða málsins væri ekki í samræmi við þetta skilyrði 13. gr. þar sem sænska útlendingalöggjöfin hafði verið mistúlkuð og niðurstaðan því röng. Nefndin tók þá afstöðu að það væri ekki á hennar valdsviði að endurskoða túlkun og beitingu reglna í landsrétti aðildarríkja en að hlutverk nefndarinnar væri að skoða hvort ákvæði laganna væru túlkuð í góðri trú og að ekki væri um ómálefnaleg sjónarmið að ræða (e. abuse of power). Í riti um SBSR er þetta álit talið endurspeglar skýrt afstöðu nefndarinnar um að endurskoða ekki niðurstöður dómstóla aðildarríkjanna þegar ekki er um skýra galla á málsmeðferð að ræða.[\[7\]](#)

13. gr. SBSR tryggir réttarfarsúrræði, s.s. að um skriflega málsmeðferð sé að ræða og að reglur um andmælarétt gildi, en segir ekki að útlendingur eigi rétt á að skjóta til dómstóla málum er varða ákvörðun um brottvísun. Málskot slíkra ákvarðana fara jafnan til aðila innan stjórnkerfisins. Þegar talað er um málskot er tryggt að brottvísunarákvörðun skal tekin til endurskoðunar. Sé ákvörðunin staðfest er hins vegar ekki ljóst hvort 13. gr. SBSR tryggi málskot þeirrar niðurstöðu. Mannréttindanefnd SP hefur ekki kveðið skýrt á um það álitamál. Sé slíkur réttur til staðar er þó ljóst ríki getur látið hana fara fram eftir að einstaklingnum hefur verið vísað brott úr landinu.[\[8\]](#)

Samkvæmt 13. gr. SBSR má veita undanþágu frá reglum um málsmeðferð ef brýnar ástæður vegna þjóðaröryggis krefjast. Mannréttindanefnd SP segir í álitum að það sé ekki nefndarinnar að endurskoða mat fullvalda ríkis á hættu sem útlendingar eru taldir valda, sbr. t.d. mál [V.M.R.B. gegn Kanada](#)[\[9\]](#) og [J.R.C. gegn Kosta Ríka](#).[\[10\]](#)

Þetta býður vissulega upp á þá hættu, að mati fræðimanna, að ríki geti komið sér hjá því að rökstyðja aðgerðir sínar og getur það verið varhugavert nú þegar oft er vísað almennt til hryðjuverkaógnar. Líklega verða ríki að færa rök fyrir þessu hættumati sínu en það var gert í þeim málum þar sem nefndin setti fram þessa fullyrðingu.[\[11\]](#)

MSE

4. gr. 4. viðauka MSE

Bannað er að gera hópa útlendinga landræka.

Reglur um bann við hópbrottvísun útlendinga er að finna í [4. gr. 4. viðauka MSE](#). Umfang ákvæðisins er afar takmarkað. Því verður ekki beitt í tilviki einstaklinga. Skilgreiningu á hugtakinu hópbrottvísun er að finna í dómi [Andric gegn Svíþjóð](#). Þar er það skýrt sem hvers konar aðgerð sem þvingar útlendinga í hópi að yfirgefa land, nema í tilvikum þegar slík aðgerð fer fram á grundvelli sanngjarnrar og hlutlausrar rannsóknar á máli hvers einstaklings, sem tilheyrir hópnum. Þó að hópur útlendinga fái sömu úrlausn í máli sínu þá þýðir ekki að um hópbrottvísun sé að ræða þegar hver og einn fyrir sig í þeim hópi hefur fengið tækifæri til að tjá sig um málið við stjórnvöld og andmæla brottvísuninni.[\[12\]](#)

Ekki er þó alltaf nóg að menn fullnægi þeim skilyrðum. Mannréttindadómstóllinn sagði í dómi í máli [Conka gegn Belgíu](#)[\[13\]](#) að þó slíkt væri gert þá væri líka horft til atvikanna að baki ákvörðuninni um brottvísun. Í þessu máli hafði fjölskyldu förufólks (e. travellers, gypsies) verið neitað um hæli í Belgíu. Var sú ákvörðun talin í samræmi við reglur MSE. Málið var í meðferð dómskerfisins og hafði verið vísað frá áfrýjunardómstóli. Síðar var þeim birt brottvísunartilskipun og þau send í flugvél frá herflugvelli ásamt öðrum fjölskyldum förufólks til Slóvakíu. Sú aðgerð var hins vegar talin brjóta gegn 4. gr. 4. viðauka MSE. Sagði dómurinn að sú ákvörðun hefði ekki verið byggð á lagagrundvelli sem tengdist synjun á umsókn þeirra um hæli. Mætti sjá það af nokkrum þáttum. Í fyrsta lagi að áður en til brottvísunar fjölskyldunnar kom höfðu stjórnvöld tilkynnt að aðgerðir sem þessar myndu fara fram. Í öðru lagi að öllum útlendingunum hafði verið gert að mæta á sama stað á sama tíma. Í þriðja lagi hafði reynst erfitt fyrir útlendingana að hafa samband við lögmenn og loks hafði meðferð umsóknar þeirra um hæli ekki verið afgreidd. Róbert R. Spanó segir að ráða megi af þessum dómi að dómstóllinn leggi að verulegu leyti atviksbundið mat til grundvallar við afmörkun á því hvort málsmeðferð og ákvarðanir um brottvísun hóps manna brjóti í bága við 4. gr. 4. viðauka. Lagt sé mat á alla málsmeðferðina í þessu sambandi.[\[14\]](#)

Af orðalagi ákvæðisins má ráða að bannið gegn hópbrottvísunum sé fortakslaust. Engar ástæður geti réttlætt slíkar aðgerðir, hvort sem það er gert vegna öryggis ríkisins eða til að vernda allsherjarreglu.

1.gr.7. viðauka MSE

1. Útlendingi, sem löglega er búsettur á landsvæði ríkis, skal ekki vísað þaðan nema eftir ákvörðun sem tekin hefur verið í samræmi við lög, og skal honum heimilt:
 - a. að bera fram ástæður gegn brottvísun sinni,
 - b. að fá mál sitt tekið upp að nýju, og
 - c. að fá erindi sitt flutt í þessu skyni fyrir réttu stjórnvaldi eða manni eða mönnum sem það stjórnvald tilnefnir.
2. Heimilt er að vísa útlendingi brott áður en hann hefur neytt réttinda sinna skv. a-, b- og c-lið 1. tölul. þessarar greinar þegar slík brottvísun er nauðsynleg vegna allsherjarreglu eða á grundvelli þjóðaröryggis.

Í [1. gr. 7. viðauka](#) MSE eru gerðar ákveðnar kröfur um hvernig ferli við brottvísun á sér stað. Með brottvísun er átt við alla háttsemi ríkis sem þvingar einstakling úr landi að undanskildu framsali. Ákvæðið er svipað sambærilegu ákvæði SBSR. Þessi málsmeðferðarréttindi eru, eins og 1. mgr. ákvæðisins segir, einungis tryggð útlendingum sem eru löglega búsettir á landssvæði ríkis og er ákvæðið því þrengra en aðrar reglur um útlendinga sem miða við að þeir séu löglega í landinu, s.s. ákvæði 13. gr. SBSR sem fjallað var um áður.

Útlendingar eru löglega búsettir þegar þeir hafa fengið leyfi til tímabundinnar eða ótímabundinnar dvalar. Undanskilið frá þessu eru leyfi til að koma til lands af sérstökum ástæðum t. d. sem námsmaður eða ferðamaður.[\[15\]](#) Ef vafi leikur á stöðu útlendings skal miðað við hver hún er þegar ákvörðun er tekin um brottvísun. Ef útlendingur hefur fengið hæli eða tímabundið dvalarleyfi af mannúðarástæðum er ríki bundið af 1. gr. 7. viðauka. MSE.[\[16\]](#) Greinin verndar hins vegar ekki útlendinga sem eru í landinu ef vafi er um stöðu þeirra. Ákvæðið veitir fremur litla vernd þegar saman er tekið að 1) það er bundið við þá sem eru löglega búsettir í landinu, 2) það setur ekki fram efnisreglur um það á hvaða grundvelli megi vísa útlendingum úr landi og 3) aðeins er kveðið á um rétt til endurskoðunar ákvörðunar en ekki að sú endurskoðun fari fram fyrir dómstólum. Við þetta bætist að 6. gr. MSE tekur almennt ekki til ágreinings um komu, búsetu, eða brottvísun úr landi, þar sem slíkar kröfur teljast vera á sviði opinbers réttar og falla hvorki undir „réttindi og skyldur“ að einkarétti né að vera „borinn sökum um glæpsamlegt athæfi“, skv. 6. gr. MSE.

Ákvæði þetta tryggir útlendingum ákveðna málsmeðferð þegar ákvörðun um brottvísun er tekin. Hún segir ekki til um á hvaða grundvelli brottvísun megi vera ákveðin. Þrátt fyrir það eiga þessi skilyrði að virka sem bann gegn geðþóttaákvörðunum.[\[17\]](#)

Skv. 2. mgr. 1. gr. má vegna allsherjarreglu eða á grundvelli þjóðaröryggis vísa einstaklingi úr landi án tillits til skilyrða 1. mgr. Ríki, sem hyggjast nota þessa heimild, verða að geta fært fram rök og sönnunargögn til stuðnings slíkri ákvörðun. Ef brottvísun af þessum ástæðum fer fram á einstaklingurinn enn rétt á því að mál hans haldi áfram og að skilyrðum 1. gr. 1. gr. sé fullnægt.[\[18\]](#)

Í [Lupsa gegn Rúmeníu](#)[\[19\]](#) gaf MDE leiðbeiningar um þau skilyrði sem greinin setur og bætir nokkuð þá vernd sem 1. gr. 7 viðauka veitir í brottvísunarmálum. Í fyrsta lagi kom fram að greininni má beita eftir brottvísun, og það þó brottvísun fari fram á grundvelli almannaöryggis. Þá vísaði dómstóllinn til þess að ákvörðun skyldi vera byggð á lögum og, svipað og á við í málum varðandi 5. gr. og 8. gr. (sem einnig voru til skoðunar), þurfa lögin efnislega að fullnægja ákveðnum skilyrðum, þ.e. að vera aðgengileg, fyrirsjáanleg og veita tryggingu gegn ómálefnalegum sjónarmiðum og geðþóttaákvörðunum. Var talið í þessu máli að skilyrðunum hefði ekki verið fullnægt, en brottvísun Lupsa til 10 ára var byggð á fullyrðingum sem saksóknara höfuð borist frá leyniþjónustu landsins um að hann tæki þátt í aðgerðum sem ógnað gætu þjóðaröryggi. Ekki voru aðrar ásakanir bornar fram og þeim var ekki fylgt eftir með dómsmáli. MDE komast að þeirri niðurstöðu að um væri að ræða brot á 1. gr. 7 viðauka, auk brots á 8. gr. vegna fjölskylduáðstæðna.[\[20\]](#)

Eins og áður kom fram geta þjóðréttarlegar skuldbindingar takmarkað heimildir ríkja til að taka ákvarðanir um brottvísun eða framsal útlendinga. Þrjú ákvæði MSE koma einkum til greina, þ.e. 8. gr. um vernd fjölskyldulífs, 2. gr. um réttinn til lífs[\[21\]](#) og 3. gr. um bann gegn pyndingum, ómannlegri eða vanvirðandi meðferð. Ákvæði annarra samninga vernda sömu hagsmuni, m.a. samningurinn um bann við pyndingum (CAT).

Þjóðréttarreglur um bann við framsal til annarra landa vegna meðferðar þeirra landa á föngum eru ekki skýrar. Bannið gegn pyndingum og annarri ómannúðlegri meðferð er venjuréttarregla í Þjóðarétti, eins og komið var að í kafla [III-A-1](#). Ákvæði þess efnis er að finna í SBSR og MSE. Í sumum tilvikum hafa Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna og Mannréttindadómstóll Evrópu talið að með því að framselja einstaklinga eða vísa úr landi til landa, þar sem þeir eiga á hættu að verða fyrir pyndingum, séu ríkin að brjóta gegn ákvæðum samninganna um bann við pyndingum. Sama á við um samninginn um bann við pyndingum (CAT).

Það athugist að dómstóllinn tók fram í gömlu máli Austurríkis gegn Júgóslavíu [\[22\]](#) að „...þó að framsal eða réttur til hælis séu ekki meðal þeirra atriða sem sáttmálin nær yfir, þá hafa þjóðir sem undirgengist hafa MSE, samþykkt að takmarka rétt þann, sem almennar þjóðréttarreglur veita þeim um að stjórna för manna til og frá landi, eftir því sem ákvæði sáttmálans kveða á um.”

8.gr. MSE -vernd fjölskyldulífs

Í málum sem varða brottvísun útlendinga úr landi hefur oft reynt á vernd fjölskyldulífs skv. [8. gr. MSE](#). Í þessum málum hefur dómstóllinn að jafnaði fyrst skoðað hvort fjölskyldulíf sé til staðar. Þá þarf að uppfylla tvö skilyrði, þ.e. að um náíð samband sé að ræða og að það hafi verið komið á þegar ríkið skipti sér af útlendingi. Við mat á þessu er litið til þess hversu lengi fjölskyldutengsl hafa staðið, hve stór fjölskyldan er og hversu raunveruleg tengslin eru (t.d. hvort fjölskyldumeðlimir búa saman eða í nágrenni hver við annan) og hvort um náin tengsl er að ræða, sbr. mál [Beldjoudi gegn Frakklandi](#)[\[23\]](#) og [Nasri gegn Frakklandi](#)[\[24\]](#)

Þau fjölskyldutengsl sem þurfa að vera milli einstaklinga til að útlendingur hafi ákveðin réttindi þurfa að vera af ákveðnum toga. Einu samböndin sem hafa verið talin nægilega sterk til að réttindi skapist eru annars vegar á milli hjóna og hins vegar á milli foreldris og barns. Frændsamband er ekki nóg, sérstaklega ef barn og frændi búa ekki undir sama þaki.

Ef einstaklingur hefur gerst brotlegur gegn lögum landsins, eins og oft er tilfellið í málum um brottvísun, hefur dómstóllinn notað eftirfarandi viðmið þegar ákvarðað er hvort brotið sé gegn 8. gr. MSE, sbr. mál [Amrollahi gegn Danmörku](#) : „Dómstóllinn mun taka til greina alvarleika brotsins hjá hinum brottvikna; hversu lengi hann hefur dvalist í því landi sem verið er að vísa honum frá; tíminn sem hefur liðið frá því að brot var framið og hegðun hans á því tímabili; þjóðerni einstaklinganna sem að máli koma; fjölskylduáðstæður s.s. varðandi lengd hjónabands; og [aðra þætti] sem sýna fram á raunverulegt fjölskyldulíf; hvort makinn vissi um afbrotið þegar hann/hún hóf að vera í sambandi við hinn aðilann; og hvort hjónin eiga börn saman. Ef svo er þá er horft til aldurs þeirra. Ekki síst mun dómstóllinn taka til skoðunar hversu alvarleg vandamál bíða makans í upprunalandi hins, en þó hann/hún geti átt von á ákveðnum erfiðleikum þá er það ekki nægilegt til að útiloka brottvísun.”[\[25\]](#)

Önnur spurning sem tekin er til athugunar er hvort fjölskyldan geti haldið sama sambandi með að búa í því landi sem útlendingi er vísað til. Ef svo er þarf ekki að vera að brottvísun sé brot á rétti til fjölskyldulífs. Þannig að segja má að sáttmálinn tryggji ekki réttinn til fjölskyldulífs í ákveðnu landi, heldur réttinn til fjölskyldulífs, án tillits til staðsetningar. Ef annað hjóna hefur engin tengsl við það land sem vísa á hinu hjóna til er ólíklegt að brottvísun fullnægi þeim

kröfum sem 8. gr. MSE gerir, samkvæmt nýrri dómaframkvæmd MDE, sbr. m.a. mál [Boultif gegn Sviss](#).[\[26\]](#).

Bann við pyndingum og ómannlegri og vanvirðandi meðferð

Um umfjöllun um bann við pyndingum og ómannlegri og vanvirðandi meðferð vísast til [kafla III A](#).

SBSR

Í tilvikum þar sem hinn framseldi getur átt í hættu að þurfa að bíða lengi eftir dauðarefsingu, sem er oft nefnt dauðaálmueinkennið (e. death row phenomenon), hafa sumir alþjóðadómstólar talið að ekki væri hægt að framselja fanga ættu þeir í hættu á slíkri meðferð.

Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna komst að þeirri niðurstöðu í máli [Chitat Ng gegn Kanada](#)[\[27\]](#) að horfa bæri til þeirrar aðferðar sem beitt væri við að taka einstaklinginn af lífi. Var talið að aftaka í gasklefa væri ekki andstöðu við 6. gr. SBSR um réttinn til lífs, en að brotið væri gegn 7. gr. þar sem meðferðin gæti valdið löngum kvölum og væri ekki fljótverkasta aðferð sem völ væri á.[\[28\]](#)

MSE

Framsal og brottvísun getur farið gegn 3. gr. MSE vegna þeirrar beinu líkamlegu eða andlegu áhrifa sem slíkt getur haft á einstaklinga. Þó hefur Mannréttindadómstóllinn sett ströng skilyrði fyrir því að þeir telji brotið á 3. gr. í tilvikum sem þessum.[\[29\]](#) Í [Soering málinu](#)[\[30\]](#) var um að ræða framsal einstaklings til Bandaríkjanna þar sem hans beið hið svokallaða "dauðaálmufyrirbæri". Var talið að um ómannúðlega meðferð væri að ræða og að ríki bryti gegn skyldum sínum samkvæmt 3. gr. ef aðgerðir þess gerðu það að verkum að einstaklingur yrði líklega fyrir slæmri meðferð á landsvæði þar sem Mannréttinasáttmáli Evrópu hefur ekki gildi.

Í máli [Chahal gegn Bretlandi](#)[\[31\]](#) var talið að brotið hefði verið gegn 3. gr. MSE. Vísa átti Indverja úr landi þar sem hann þótti vera ógn við þjóðaröryggi. Í dómnum sagði að „3. gr. hefur að geyma eina mikilvægustu grunnreglu í lýðræðisríkjum. Dómnum er kunnugt um þá erfiðleika sem ríki eiga í við að vernda sig gegn hryðjuverkaógn. En jafnvel í tilvikum sem þessum bannar sáttmálinn með algjörum hætti pyntingar eða ómannlega eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. (...) Bannið gegn slíkri meðferð á jafn afdráttarlaust við þegar um brottvísunarmál er að ræða. Þegar sýnt hefur verið að búast megi við að einstaklingur eigi raunverulega á hættu að hljóta slíka meðferð, sem brýtur gegn 3. gr., sé hann fluttur til annars ríkis, þá er það skylda ríkis, sem er aðili að MSE og hugðist vísa úr landi, að vernda hann eða hana gegn slíkri meðferð.“[\[32\]](#)

Í [H.L.R. málinu](#)[\[33\]](#) átti að senda eiturlyfjasmyglara, sem hafði veitt upplýsingar um yfirmenn sína, til heimalands síns. Meirihluti dómsins útilokaði ekki að um brot á 3. gr. MSE gæti verið að ræða, þó hugsanleg slæm meðferð væri ekki af völdum opinbers aðila. Hins vegar taldi MDE ekki að raunveruleg hættu væri fyrir hendi á því að hann hlyti meðferð þannig að 3. gr. væri brotin. Sex dómáramynduðu minnihluta sem taldi hættu vera til staðar.[\[34\]](#)

Við mat á raunverulegri hættu metur dómstóllinn í fyrsta lagi þau gögn sem lögð eru fyrir. Í öðru lagi þarf að miða við þær staðreyndir sem ríkið vissi eða mátti vita um þegar það tók ákvörðun um brottvísun. Í þriðja lagi þarf hin slæma meðferð að ná ákveðnu lágmarki til að falla innan gildissviðs 3. gr. MSE. Við mat á þessu lágmarki fer eftir aðstæðum í málinu.

CAT

[Samningurinn gegn pyndingum](#) (CAT-samningurinn) var saminn undir áhrifum dómum mannréttindadómstólsins á þessu sviði[35] og er 3. gr. samningsins eftirfarandi:

1. Ekkert aðildarríki skal vísa úr landi, endursenda (refouler) eða framselja mann til annars ríkis ef veruleg ástæða er til að ætla að hann eigi þar á hættu að sæta pyndingum.
2. Þegar ákveðið er hvort slíkar ástæður eru fyrir hendi skulu þar til bær yfirvöld hafa hliðsjón af öllum atriðum sem máli skipta, þar á meðal, eftir því sem við á, hvort í ríki því sem um ræðir viðgangist gróf, augljós eða stórfelld mannréttindabrot.

Flest þeirra mála, sem nefndin gegn pyndingum tekur fyrir, fjalla um hugsanleg brot gegn þessu ákvæði samningsins. Í máli [Alan gegn Sviss](#)[36] hafði tyrkinn Alan verið þátttakandi í stjórnmalastarfi í heimalandi sínu og verið í haldi yfirvalda í nokkur skipti á árunum 1981 - 1983 og var dæmdur til fangelsisvistar 1984. Hélt hann því fram að hann hefði sætt pyndingum á meðan að þeirri vist stóð. Árið 1990 flúði hann land með falsað vegabréf og sótti um hæli í Sviss. Þrátt fyrir læknisvottorð var beiðni hans synjað á þeim grundvelli að ósamræmi væri í frásögn hans. Nefndin taldi að í þessu tilviki hefði ekki mátt vísa honum burt. Sagði nefndin að mikilvægast væri að ákvarða hvort einstaklingurinn, sem vísa ætti brott, væri raunverulega í hættu kæmi hann til heimalands síns. Í þessu máli skipti máli þjóðernisuppruni einstaklingsins, meint stjórnmalatengsl hans, sem og hversu oft hann hafði verið í haldi og hve lengi.

Nefndin gegn pyndingum gaf út [almenna athugasemd](#)[37] árið 1997 þar sem sett voru fram viðmið við mat á réttmæti kvartana sem byggðar eru á 3. gr. samningsins. Í fyrsta lagi skiptir máli hvort ríkið sé meðal þeirra þar sem sannanir eru um að viðgangist gróf, augljós eða stórfelld mannréttindabrot, sbr. 2. mgr. 3. gr. CAT-samningsins. Hefur slíkt ástand breyst og batnað þannig að mannréttindaástand sé annað í því landi? Í öðru lagi hvort sá sem kvartar hefur áður verið pyndaður eða beittur annars konar illri meðferð af opinberum starfsmanni. Einnig geta átt við tilvik þar sem starfsmaðurinn hvatti til meðferðarinnar, samþykkti hana eða sat aðgerðarlaus hjá. Annað sem skiptir máli er hvort slíkt fór nýlega fram. Í þriðja lagi skiptir máli hvort læknisfræðileg sönnunargögn eða önnur sjálfstæð sönnunargögn styðja fullyrðingu um að ill meðferð hafi farið fram áður. Hafa pyndingarnar haft einhver varanleg áhrif? Í fjórða lagi, hefur sá sem kvartar staðið í stjórnmalastarfi eða einhverju öðru starfi, innan eða utan ríkisins þar sem hann óttast illa meðferð, sem gætu gert hann viðkvæmari og líklegri til að hljóta slíka meðferð? Í fimmta lagi hvort einhver sönnunargögn séu til um trúverðuleika þess sem kvartar? Og loks í sjötta lagi hvort ósamræmi sé í fullyrðingum kvartanda og ef svo er hvort slíkt ósamræmi hafi áhrif á málið?

Íslenskur réttur

Samkvæmt 2. mgr. 66. gr. [STS](#) skal með lögum skipað fyrir hverjar sakir sé hægt að vísa útlendingum úr landi. Reglur um brottvísun útlendinga er að finna í IV. kafla [útlendingalaga](#).

Í 1. mgr. 20. gr. laganna eru þau tilvik tiltekin þar sem heimilt er að vísa útlendingi úr landi. Þau eru þegar (a) hann dvelur ólöglega í landinu, hefur brotið alvarlega eða margsinnis gegn einu eða fleiri ákvæðum laganna eða kemur sér hjá að hlíta ákvörðun sem felur í sér að hann skuli yfirgefa landið; (b) hann hefur á síðustu fimm árum afplánað refsingu erlendis eða verið dæmdur þar til refsingar fyrir háttsemi sem að íslenskum lögum getur varðað fangelsi lengur en þrjá mánuði; samsvarandi gildir um sérstakar ráðstafanir sem ákvarðaðar eru vegna slíkrar refsiverðrar háttsemi; (c) hann hefur verið dæmdur hér á landi til refsingar eða til að sæta öryggisráðstöfunum fyrir háttsemi sem getur varðað fangelsi lengur en þrjá mánuði eða oftár en einu sinni verið dæmdur á síðustu þremur árum til fangelsisrefsingar; (d) það er nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins eða almannahagsmuna.

Í 2. mgr. laganna segir síðan að brottvísun skv. 1. mgr. skuli ekki ákveða ef það, með hliðsjón af málsatvikum og tengslum útlendingins við landið, mundi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu ættingjum hans. Útlendingi sem hefur dvalarleyfi eða norrænum ríkisborgara sem átt hefur heimili hér á landi lengur en þrjá mánuði má því aðeins vísa úr landi að hin refsiverða háttsemi geti varðað eins árs fangelsi eða meira.

Í 21. gr. segir að óheimilt sé að vísa frá landi eða úr landi útlendingi sem fæddur er hér á landi og hefur átt hér fast heimili óslitið síðan. Útlendingi, sem hefur búsetuleyfi, má því aðeins vísa frá landi eða úr landi að: (a) það sé nauðsynlegt vegna öryggis ríkisins, sbr. d-lið 1. mgr. 20. gr.; (b) hann hafi afplánað refsingu eða verið dæmdur til refsingar fyrir háttsemi sem að íslenskum lögum getur varðað þriggja ára fangelsi eða meira og það hafi átt sér stað á síðustu fimm árum erlendis eða á síðasta ári hér á landi; samsvarandi gildir um sérstakar ráðstafanir sem ákvarðaðar eru vegna slíkrar refsiverðrar háttsemi. Brottvísun skv. b-lið 2. mgr. skal ekki ákveða ef það með hliðsjón af málsatvikum og tengslum útlendingins við landið mundi fela í sér ósanngjarna ráðstöfun gagnvart honum eða nánustu ættingjum hans.

Um málsmeðferð í brottvísunarmálum ber að fara eftir stjórnsýslulögum, nema annað sé tiltekið í útlendingalögum, skv. 23. gr. útlendingalaga. Róbert R. Spanó segir um beitingu stjórnsýslulaga: „Óhætt er að fullyrða að af hálfu dómstóla verða gerðar ríkar kröfur til þess að stjórnvöld leggi viðhlítandi grundvöll að ákvörðun um brottvísun með því að afla upplýsinga um öll atriði sem skipt geta máli um hvort skilyrði séu að lögum til að vísa útlendingi úr landi, sbr. 10. gr. [stjórnsýslulaga nr. 37/1993](#), sbr. og 28. og 29. gr. laga nr. 96/2002 og IX. kafla reglugerðar nr. 53/2003. Ef lagaheimild sem ákvörðun um brottvísun er reist á byggir á matskenndum skilyrðum þarf rannsókn stjórnvalds að beinast að því að staðreyna hvort þau skilyrði séu til staðar.”[\[38\]](#)

Útlendingastofnun tekur ákvarðanir um brottvísanir samanber 1. mgr. 22. gr. útlendingalaga. Ákvörðunum hennar vegna þessara mála má síðan kæra til dómismálaráðuneytisins samanber 1. mgr. 30. gr. útlendingalaga. Eftir það er spurning hvort útlendingar eigi stjórnarskrárvarinn rétt á því að fara með mál fyrir dómstóla eftir að niðurstaða dómismálaráðuneytis liggur fyrir.

Eitt af fáum málum þar sem reynt hefur á brottvísun útlendinga fyrir Hæstarétti og beitingu stjórnsýslulaga var dómur í hæstaréttarmáli [nr. 52/2004](#). Ákvörðun hafði verið tekin um brottvísun útlendingins K með vísan til ákvæðis eldri laga nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum, sem heimilaði slíkt ef dvöl hans hér á landi yrði talin hættulega hagsmunum almennings. Upplýsingar höfðu borist frá heimalandi K um geðræn vandamál hans og refsivist. Í ljósi þess hvernig málið bar að var talið að stjórnvöldum hefði borið að rannsaka

sérstaklega, sbr. 10. gr. laga nr.37/1993, hvort geðheilsu K væri svo komið að skilyrði laganna væri fullnægt, eftir atvikum með þeim úrræðum, sem um ræðir í d. lið 1. mgr. 71. gr. laga nr. 19/1991 um meðferð opinberra mála. Gátu stjórnvöld ekki látið hjá líða að rannsaka þetta vegna hugsanlegs kostnaðar eða tafa sem af því myndi leiða og þess í stað stuðst við ályktanir um heilsufar K, sem dregnar voru af læknisfræðilegum gögnum frá árinu 1995, án þess að gæta um leið að því að hann hafi fengið lausn undan öryggisgæslu í heimalandi sínu fjórum árum síðar. Voru þannig taldir slíkir annmarkar á málsmeðferð útlendingaefirlitsins að óhjákvæmilegt væri að ógilda úrskurð dóms- og kirkjumálaráðuneytisins um staðfestingu ákvörðunar útlendingaefirlitsins um afturköllun á dvalarleyfi K, brottvísun hans úr landi o.fl. Með dómi Hæstaréttar frá 16. október 2008 í [hæstaréttarmáli nr. 56/2008](#) voru K dæmdar miskabætur vegna meðferðar málsins hjá stjórnvöldum.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli [E-7753/2005](#) reyndi á lögmati brottvísunar útlendinga á grundvelli 20. gr. laga nr. 96/2002. Um var að ræða ríkisborgara Víetnam sem hafði búið hér á landi frá sextán ára aldri, árið 2001, til þess tíma er ákvörðun um brottvísun var tekin þann 18. nóvember 2004. Var brottvísunin byggð á refsíðómum vegna líkamsárása og kynferðisbrots og ákvað Útlendingastofnun jafnframt 10 ára endurkomubann. Var ákvörðun Útlendingastofnunar, sem staðfest var af dómsmálaráðuneyti, mótmælt á þeim grundvelli að ekki hafi verið farið að ákvæðum stjórnsýslulaga og að ekki hafi verið gætt andmælaréttar og rannsóknarreglu. Þá var byggt á því að brottvísun úr landi og endurkomubann væru ósanngjörn úrræði með tilliti til aldurs mannsins, tengsla hans við landið og fjölskylduaðstæðna. Héraðsdómur staðfesti úrskurð ráðuneytisins og taldi að farið hefði verið að ákvæðum stjórnsýslulaga við ákvörðun málsins og að tekið hefði verið nægilegt tillit til persónulegra aðstæðna og fjölskylduaðstæðna. Dóminum var ekki áfýjað.

Í [Hrd. 1997, bls. 2828](#) var fjallað um framsalsbeiðni og meðferð ríkisins á þeirri beiðni. Hafði hún borist frá Bandaríkjunum og var óskað eftir því að erlent par yrði framselt til Arizona. Hafði þetta par lýst því yfir að það væri reiðubúið að fara sjálfviljugt og á eigin kostnað fengist loforð frá saksóknara í Bandaríkjunum um að alþjóðleg handtökuskipun yrði felld niður og að þau yrðu ekki handtekin við komu til Bandaríkjanna heldur fengju þau að gefa sig fram að eigin frumkvæði. Jafnframt að væru þau sakfelld yrðu þau ekki látin afplána refsingu í Maricopa-sýslu í Arizona þar sem héraðsdómur hafði komist að þeirri niðurstöð að meðferð fanga í fangelsum þeirrar sýslu væri ómannúðleg. Óskuðu þau eftir því að íslensk stjórnvöld beittu sér fyrir slíkri lausn. Meðan ekki væri orðið við kröfunni yrði framsalinu mótmælt hér á landi. Niðurstaða dómsins var sú sama á báðum dómstigum, það er að ekki ætti að framselja þau, en hins vegar voru mismunandi forsendur fyrir dómunum. Héraðsdómur sagði í dómi sínum að þar sem ljóst væri að mannréttindabrot væru látin viðgangast gangvart fönfum í fangelsum Maricopa-sýslu, þar sem varnaraðilar í þessu máli yrðu vistuð, ef þau gætu ekki reitt fram tryggingu en ljóst var í þessu máli að sú var einmitt staðan. Ljóst væri því að meðferðin færi gegn 68. gr. stjórnarskrárinnar og 3. gr. MSE þar sem meðferðin væri ómannúðleg. Hæstiréttur staðfesti dóminn en byggði á meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga.

Álit umboðsmanns Alþingis í [máli nr. 3137/2000](#) fjallaði um flóttamann frá Tsjetsjeníu (A) sem hafði óskað eftir hæli. Þetta mál kom upp í gildistíð laga nr. 45/1965 um eftirlit með útlendingum. A kvæntist íslenskri konu og breytti umsókn sinni þannig að óskað var eftir dvalarleyfi. Var beiðninni synjað af Útlendingastofnun og synjunin staðfest af dómsmálaráðuneyti. Var það mat ráðuneytisins að frásögn A væri ótrúverðug í ljósi þess að hann hefði orðið margsaga, bæði hér á landi og í Noregi og Svíþjóð. Þá hefði það verið til þess fallið að grafa undan framburði A að hann hefði hunsað lögleg tilmæli ráðuneytisins um að mæta til viðtals til að gera grein fyrir sér. Umboðsmaður sagði jafnframt að samkvæmt

lögum nr. 85/1997 um umboðsmann Alþingis gæti umboðsmaður lokið máli með ábendingu um að kvörtun varðaði réttarágreining sem ætti undir dómstóla og eðlilegt væri að þeir leystu úr. Ástæðan væri sú að þegar úrlausn máls ylti á trúverðugleika framburðar einstaklings og eftir atvikum á mati á sannleiksgildi gagna gerði löggjöfin beinlínis ráð fyrir því að dómstólar leystu úr slíkum ágreiningi. Með hliðsjón af sérstökum atvikum málsins og eðli ágreiningsefnisins taldi umboðsmaður að rétt væri og eðlilegt að dómstólar skæru endanlega úr um hvort leggja ætti til grundvallar að A væri sá er hann kvæðist vera og þá hvaða kröfur yrðu að lögum gerðar til sönnunar í þeim efnum meðal annars með tilliti til þjóðréttarlegra skuldbindinga.

Í álitum umboðsmanns segir:

Ég minni í þessu sambandi á að það er grundvallaregla íslensks réttar að sérhver maður sem staddur er hér á landi eigi rétt á aðgangi að dómstólum landsins, sbr. 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Með vísan til orðalags stjórnarskrárákvæðisins og lögskýringargagna að baki því tel ég að leggja verði til grundvallar við skýringu og beitingu ákvæðisins að rétturinn til aðgangs að dómstólunum eigi jafnt við um íslenska ríkisborgara sem og útlendinga sem staddir eru hér á landi á lögmætum forsendum. Þá tel ég ekki tilefni til að túlka 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar það þröngt, með tilliti til orðalags ákvæðisins og athugasemda í greinargerð frumvarps þess er varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, að útlendingur sem komið hefur hingað til lands á ólögmætum forsendum geti ekki átt aðgang að dómstólum. Tel ég þvert á móti að líta verði svo á að hann geti átt stjórnarskrárvarinn rétt til að bera mál sitt undir dómstóla a.m.k í þeim tilvikum þegar sakarefni dómsmáls snýr að ágreiningi á milli hans og stjórnvalda um hvort viðurkenna beri að lögum rétt hans til veru hér á landi.

Umboðsmaður skoðaði jafnframt mál er varðaði veitingu dvalarleyfis í [máli nr. 4275/2004](#), sem reifaður var að hluta í kafla [III B - 2](#). Í þessu máli komu fram ýmsar athugasemdir við málsmeðferð beggja stjórnvalda er komu við sögu, einkum við að fara að stjórnsýslulögum. Í málinu kvartaði kona fyrir hönd mannsins síns, sem var frá Úkraínu, og hafði dvalið hér á grundvelli dvalarleyfis fyrir námsmenn. Útlendingastofnun hafnaði ósk hans um endurnýjað dvalarleyfi á þeirri forsendu einni að hann uppfyllti ekki skilyrði 13. gr. laga nr. 96/2002 þar sem hann var þá ekki eldri en 24 ára. Það ákvæði er um dvalarleyfi fyrir aðstandendur. Dómsmálaráðuneyti skoðaði í ákvörðun sinni hvort hann fullnægði skilyrðum til að fá dvalarleyfi á grundvelli 11. gr. laganna, þar sem er að finna almenn skilyrði fyrir dvalarleyfi. Komst ráðuneytið að þeirri niðurstöðu að A fullnægði ekki skilyrði a-liðar greinarinnar um tryggja framfærslu. Umboðsmaður gerði athugasemdir við að ráðuneytið hafði ekki rannsakað hvort skilyrðinu væri fullnægt. Ekki var heldur tekin afstaða til þess að konan sagðist myndu sjá um framfærslu tímabundið. Var það niðurstaða umboðsmanns að málsmeðferð dóms- og kirkjumálaráðuneytisins og úrskurður hefði ekki fullnægt kröfum sem leiða af rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

Sama var að segja um þá niðurstöðu ráðuneytisins að skilyrðum c-liðar, [\[39\]](#) sem segir að ekki skuli liggja fyrir atvik sem valdið geta því að honum verði meinuð landgangi hér á landi eða dvöl samkvæmt öðrum ákvæðum laganna (þ.e. útlendingalaganna). Taldi ráðuneytið að þar sem hann hefði réttarstöðu sakbornings í fjórum málum hjá lögreglustjóraembættum væri þessu skilyrði ekki fullnægt. Umboðsmaður benti á að af gögnum málsins væri ljóst að engin rannsókn hefði farið fram af hálfu dóms- og kirkjumálaráðuneytisins á atvikum eða stöðu þeirra mála sem voru grundvöllur þeirrar niðurstöðu ráðuneytisins að atvik í máli A hefðu verið með þeim hætti sem lýst væri í e-lið 1. mgr. 18. gr. laga nr. 96/2002 og því hefði ekki

verið fullnægt skilyrði c-liðar 1. mgr. 11. gr. laganna fyrir veitingu dvalarleyfis. Var það því niðurstaða hans að verulegur vafi léki á því að þær forsendur og þau gögn sem lágu til grundvallar mati ráðuneytisins um þetta atriði hefðu verið nægur grundvöllur fyrir þeirri ályktun að atvik málsins, eins og þau horfðu við ráðuneytinu við uppkvaðningu úrskurðarins, hefðu fallið að þeim mælikvarða sem lýst væri í e-lið 1. mgr. 18. gr.

Umboðsmaður gerði loks athugasemdir við rökstuðning fyrir þeirri niðurstöðu að skilyrðum 2. mgr. 11. gr. laga nr. 96/2002, sem felur í sér heimild til að veita útlendingi dvalarleyfi, þótt skilyrðum sé annars ekki fullnægt, m.a. vegna sérstakra tengsla hans við landið, var ekki talin uppfyllt. Hefði enginn eiginlegur rökstuðningur verið færður fram sem fullnægði ekki skilyrðum 22. gr. stjórnslulaga um efni rökstuðnings.

Ekki eru nein ákvæði í útlendingalögum, sem fjalla einar og sér um hópbrottvísanir útlendinga, eins og ákvæði 4. gr. 4. viðauka MSE gerir. Róbert R. Spanó bendir þó á að skilyrði fyrir brottvísun samkvæmt 20. og 21. gr. útlendingalaga virðist miðast við atvik og aðstæður hjá hverjum útlendingi fyrir sig. Að þessu slepptu verði að ganga út frá því að reglur IV. og V. kafla verði skýrð til samræmis við 4. gr. 4. viðauka MSE þannig að ákvarðanir um brottvísun séu alltaf teknar á grundvelli mats á persónubundnum aðstæðum útlendinga og atvikum í máli hans. [\[40\]](#)

Tilvísanir:

[1] [Almenn athugasemd nr. 15](#), 10. mgr.

[2] [Almenn athugasemd nr. 15](#), 9. mgr.

[3] Joseph, Schultz og Castan, bls. 378.

[4] Kindler gegn Kanada. Mál nr. 470/91 (CCPR/C/48/D/470/1991).

[5] Mannréttindanefndin hefur einnig gefið í skyn að 13. gr. feli í sér ákveðin efnisleg réttindi gagnvart konum, þannig að þær hafi sama rétt og karlmenn samkvæmt ákvæðinu en einnig að ástæður er varða ofbeldisbrot gegn konum (gender-based violations) nægt til að fyrirbyggja brottvísun. Önnur ákvæði, s.s. 7. gr samningsins um bann við pyndingum geta einnig komið þar til skoðunar. Joseph, Schultz og Castan, bls. 379.

[6] Maroufidou gegn Svíþjóð. Mál nr. 58/79 (CCPR/C/121/D/58/1979).

[7] Joseph, Schultz og Castan, bls. 381.

[8] Joseph, Schultz og Castan, bls. 382.

[9] V.M.R.B. gegn Kanada. Mál nr. 236/87 (CCPR/C/33/D/236/1987).

[10] J.R.C gegn Kosta Ríka. Mál nr. 296/88 (CCPR/C/35/D/296/1988).

[11] Joseph, Schultz og Castan, bls. 383-384.

[12] Andric gegn Svíþjóð. Mál nr. 45917/99 (ákvörðun 23. febrúar 1999, ekki tækt til meðferðar).

[13] Conka gegn Belgíu (dómur 5. febrúar 2002).

[14] Spanó, bls. 531.

[15] Ovey & White, bls. 410.

[16] Spanó, bls. 533.

[17] Ovey & White, bls. 534.

[18] Spanó, bls . 535.

[19] Lupsa gegn Rúmeníu (dómur 8. júní 2006).

[20] Sjá Lambert, bls. 24.

[21] Eðli málsins samkvæmt reynir oftár á skyldu ríkja til tryggja vernd einstaklinga skv. 2. gr. í málum þar sem sótt er um hæli, heldur en í málum sem varða rétt til komu og búsetu eftir almennum reglum. Verður ekki fjallað sérstaklega um 2. gr. MSE hér.

[22] Austurríki gegn Júgóslavíu (dómur 30. júní 1964).Dómurinn er ekki aðgengilegur á www.echr.coe.int.

[23] Beldjoudi gegn Frakklandi (dómur 26. mars 1992).

[24] Nasri gegn Frakklandi (dómur 13. júlí 1995).

[25] Amrollahi gegn Danmörku (dómur 11. júlí 2002).

[26] Boultif gegn Sviss (dómur 11. júlí 2002).

[27] Chitat Ng gegn Kanada. Mál nr. 469/1991 (CCPR/C/491/D/469/1991).

[28] Chitat Ng gegn Jamaíku. Mál nr. 210/1986 og 225/1987.

[29] Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn og Zwaak, bls. 428.

[30] Soering gegn Bretlandi (dómur 7. júlí 1989).

[31] Chahal gegn Bretlandi (dómur 15. nóv. 1996).

[32] 80. mgr. (þýðing höfundar)[EÓ].

[33] H.L.R. gegn Frakklandi (dómur 29. apríl 1997).

[34] Ovey og White, bls. 89. Ovey & White telja niðurstöðu minnihlutans rétta.

[35] Rehman, bls. 416.

[36] Ismail Alan gegn Sviss. Mál no 21/1995 (CAT/C/16/D/21/1995).

[37] Nefnd SP gegn pyndingum. Almenn athugasemd nr. 1 (A/53/44, annex IX, CAT General Comment No. 01).

[38] Spanó, bls. 537.

[39] Í álitinu er talað um c-lið en eftir breytingu með lögum nr. 86/2008 er samsvarandi ákvæði í d-lið 1. mgr. 11. gr. útlendingalaga

[40] Spanó, bls. 538.

Heimildaskrá og frekara lesefni:

Aðalsteinsson, Ragnar. „Réttur til frelsis og mannhelgi." Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.). *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík, 2005.

Carlson, Scott N. og Gisvold, Gregory. *A Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights.* Transnational Publishers, 2003.

Detrick, Sharon. *The United Nations convention on the Rights of the Child. A Guide to the „Travaux Préparatoires".* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1992.

Janis, Mark, Kay, Richard og Bradley, Anthony. *European Human Rights Law* (2. útg.) Oxford University Press, 2000.

Joseph, Sarah, Schultz, Jenny og Castan, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* (2. útg.). Oxford University Press, New York, 2004.

Lambert, Hélène. *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights.* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006.

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

Ovey, Clare og White, Robin. *The European Convention on Human Rights*(4. útg.) Oxford University Press, New York, 2006.

Rehman, Javid. *International Human Rights: A Practical Approach.* Pearson Education Limited, Essex, 2003.

Samuel, Lenia. *Fundamental social rights. Case law of the European Social Charter*(2. útg.). Council of Europe Publishing, 2002.

Spanó, Róbert R. „Sérstök fyriræli um réttarstöðu útlendinga." Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.). *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík, 2005.

Thorarensen, Björg. „Friðhelgi einkalífs og fjölskyldu og réttur til að stofna til hjúskapar." Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.). *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík, 2005.

Van Dijk, Pieter, Van Hoof, Fried, Van Rijn, Arjen og Zwaak, Leo (ritstj.). *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* (4. útg.). Intersentia, 2006.

Skýrslur

Íslenska ríkið. Skýrsla Íslands til Mannréttindanefndar SÞ (CCPR/C/ISL/2004/4).

Mannréttindanefnd SÞ.

Almenn athugasemd nr. 15. (11.04.86).

Almenn athugasemd nr. 16. (08.04.88).

Almenn athugasemd nr. 19. (27.07.90).

Almenn athugasemd nr. 27 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9).

Skýrsla um Litháen (CCPR/C/79/Add.87).

Skýrsla um Armeníu (CCPR/C/79/Add.100/1998).

Nefnd SÞ gegn pyndingum.

Almenn athugasemd nr. 1 (A/53/44, annex IX, CAT General Comment No. 01)

III C Reglur um ríkisfang og réttur til stjórnmalapáttöku

Ákvörðun um veitingu ríkisfangs er í valdi hvers ríkis og hafa reglur þjóðaréttar óveruleg áhrif á reglur um ríkisfang.^[1] Innan þjóðaréttar er byggt á þeirri kenningu að ríki séu aðilar þjóðaréttar (rétthafar) og er þá byggt á líkingu við stöðu einstaklinga gagnvart ríkisvaldi. Staða einstaklinga að því er varðar þjóðarétt er aftur á móti ákvörðuð með vísan til þegnréttar þeirra í tilteknu ríki.^[2] Ákvörðunarvald ríkja varðandi veitingu ríkisborgararéttar byggist enn fremur á fullveldi þeirra og verður það vald að jafnaði ekki takmarkað. Ber hverju ríki að virða ákvarðanir annarra ríkja varðandi þegnrétt, nema brjóti gegn þjóðréttarvenju eða viðurkenndum meginreglum. Þá er í valdi hvers ríkis að skera úr ágreiningi um ríkisfang, þ.e. hvort einstaklingur nýtur þegnréttar, og ræðst sú ákvörðun af landslögum. Reglur þjóðaréttar sem geta haft áhrif á reglur um ríkisfang eru því einkum reglur sem hafa það að markmiði að koma í veg fyrir að einstaklingar njóti þegnréttar í mörgum ríkjum^[3] sem og að einstaklingar verði ríkisfangslausir. Um reglur varðandi ríkisfang er fjallað í [III C-1](#).

Vegna þess sérstaka sambands sem talið er vera milli ríkis og þegna þess, einkum varðandi þáttöku í opinberu lífi og ákvarðanatöku og löggjöf innan ríkisins, er útlendingum ekki veittur sami aðgangur að stjórnmalaumsvifum og ákvarðanatöku og eigin þegnum. Reglur þjóðaréttar grípa óverulega inn í þetta sérstaka samband ríkis og þegna. Alþjóðasamningar, s.s. SBSR og MDE hafa að geyma ákvæði sem beinlínis heimila takmarkanir á umsvifum útlendinga (16. gr. MSE) og leggja blessun sína yfir þá tilhögun að kosningaréttur og kjörgengi sé takmarkað við eigin þegna (25. gr. SBSR). Nýrri hugmyndir, byggðar á lýðræðishefðum, hafa þó leitt til breyttra áherslna í sambandi við þáttöku einstaklinga í ákvarðanatöku sem varða málefni þeirra og hafa ríki í auknum mæli heimilað stjórnmalapáttöku útlendinga sem búsettir eru á svæðinu einkum í málefnum sveitarfélaga. Koma þessar áherslur m.a. fram í samningum Evrópuráðsins, m.a. samningi um þáttöku útlendinga í opinberu lífi í sveitarfélögum. Er fjallað um þessi atriði í [III C-2](#).

Reglur Evrópusambandsins um þegnrétt (17. gr. Rs.) og kosningarétt og kjörgengi í kosningum til Evrópuþingsins og í sveitarstjórnarkosningum í búsetulandi (19.gr. Rs.) ná ekki til EES-samningsins. Ekki verður fjallað um þessar reglur hér.

Niðurstöður

Reglur um ríkisfang og stjórnmalapáttöku ríkisborgara standa nærri kjarna ríkishugtaksins og endurspeгла hugmyndir um fullveldi ríkisins og grunnhugmyndir fulltrúalýðræðisins. Reglur þjóðaréttar veita ríkjum þess vegna verulegt svigrúm við ákvarðanir sem lúta að þessum málum og þeir þjóðréttarsamningar sem gerðir hafa verið endurspeгла oft tregðu ríkja til að takmarka vald sitt í þessum málaflokki. Þetta kemur fram bæði að því er lýtur að efnisréttindum (s.s í SBSR og MSE) og aðild að samningum (s.s. Samningi SP um ríkisfangslosa, en fjölmargar þjóðir hafa ekki enn fullgilt þann samning).

Í gildi eru alþjóðasamningar um ríkisfangslosa einstaklinga, en það þýðir að annað hvort urðu þeir ekki ríkisborgarar við fæðingu eða hafa glatað ríkisborgararétti. Ísland hefur hvorki skrifað undir samning Sameinuðu þjóðanna um réttarstöðu fólks án ríkisfangs frá 1954 né samning Sameinuðu þjóðanna um að draga úr ríkisfangsleysi frá 1961. Mannréttindaskrifstofa

[hefur í umsögn sinni um frumvarp til breytinga á útlendingalögum](#) bent á mikilvægi þess að Ísland gerist aðili að þeim. Samningarnir miða að því að koma í veg fyrir að einstaklingar verði ríkisfangslausir en veita ýmsar undanþágur til að koma til móts við hagsmuni aðildarríkja og tregðu þeirra til að gangast undir þjóðréttarlegar skuldbindingar sem takmarka ákvörðunarvald þeirra á þessu sviði. Að einhverju leyti geta þær skuldbindingar sem leiðir af Evrópuráðssamningi um þjóðerni (sbr. hér að framan) komið í stað þeirra skuldbindinga sem samningar SP fela í sér.

Á þessu sviði réttarins má greina tvo öndverða strauma sem tengjast auknum fólksflutningum og búsetu fólks í ríkjum öðrum en upprunaríki. Annars vegar hafa þau sjónarmið fengið aukið vægi að vegna alþjóðlegra mannréttindasamninga sé réttarstaða útlendinga tryggð og útlendingar njóti í auknum mæli mannréttinda (hvort sem er borgaralegra og stjórnmalalegra eða efnahagslegra og félagslegra réttinda) án tillits til ríkisfangs. Vægi formlegs ríkisborgararéttar fari því minnkandi. Verður að telja vafasamt að þetta sjónarmið styðjist við framkvæmd þó að vissulega hafi vernd mannréttinda aukist umfram réttindi borgara í þrengri merkingu. Á hinn bóginn má í framkvæmd greina viðleitni ríkja til að setja þrengri skilyrði bæði fyrir veitingu ríkisborgararéttar og fyrir komu- og búseturétti útlendinga. Að því er varðar stjórnmalaleg réttindi og rétt til þátttöku í stjórnmalum er niðurstaðan sú að sjónarmið um beint lýðræði og mikilvægi þess að einstaklingar hafi áhrif á ákvarðanir sem varða daglegt líf þeirra hafa skilað sér í regum um þátttöku útlendinga í málefnum sveitarfélaga. Hins vegar er kosningaréttur til þingkosninga enn takmarkaður við ríkisborgara aðildarríkis og útlendingar standa enn höllum fæti að því er varðar formlegan aðgang að ákvarðanatöku.

Hérlendis hefur lögum um veitingu ríkisborgararéttar verið breytt og þau færð til nútímalegra horfs. Stjórnvöld geta nú einnig veitt ríkisborgararétt í stað þess að Alþingi fór eitt með það vald áður. Hins vegar eru skilyrði fyrir veitingu ríkisborgararéttar allströng, m.a. almennt skilyrði um 7 ára búsetu nema sérstök atvik komi til og skilyrði um að umsækjandi hafi staðist próf í íslensku samkvæmt kröfum sem dómismálaráðherra setur í reglugerð. Þá eru ítarlegar reglur um áhrif refsiverðra brota sem og um fjárhag og framfærslu. Þessar reglur, einkum reglur um búsetu og tungumálakunnáttu, endurspeglar þá þróun sem orðið hefur í innflytjendalöggjöf víða í Evrópu, þar sem lögð er áhersla á aðlögun innflytjenda í menningu ríkisins, sem m.a. má staðreyna með prófi í tungumálakunnáttu og þekkingu á staðháttum og menningu gistiríkisins. Ekki er komin reynsla á reglur um próf í íslensku, þar sem þessar reglur gengu nýlega í gildi. Þó er ljóst, m.a. með hliðsjón af álitum umboðsmanns Alþingis í máli nr. 3574 /2002, þar sem lagaáskilnaðarregla 1. mgr. 66. gr. STS var ítrekuð, að gæta verður að því að reglur um veitingu ríkisborgararéttar hafi skýra lagastöð (sjá [III C-1](#)). Í breytingum á lögum um ríkisborgararétt hefur verið tekið mið af þeim grunnsjónarmiðum sem koma fram í Evrópusamningi um þjóðerni, og miða að því að í framkvæmd verði sem minnst um það að einstaklingar verði ríkisfangslausir vegna mismunandi reglna um veitingu ríkisborgararéttar við fæðingu eða síðar.

Reglur SBSR og MSE veita útlendingum ekki kosningarétt og takmarkanir eru leyfðar á stjórnmalumsvifum útlendinga sem og fjármögnun stjórnmalastarfsemi frá útlendingum. Ekki hefur reynt mikið á þessi ákvæði hér á landi til þessa en í nýlegum breytingum á lögum um kosningar til sveitastjórna hefur verið tekið mið af þeim skuldbindingum sem koma fram í Evrópuráðssamningi um þátttöku útlendinga í opinberu lífi í sveitarfélögum. Miðar samningurinn að því að tryggja þátttöku allra útlendinga sem löglega eru búsettir á landinu í töku almennra ákvarðana á stjórnsýslustigi og veitir þeim kosningarétt og kjörgengi til sveitarstjórnarkosninga eftir fimm ára búsetu í landinu.

Tilvísanir

[1] Hugtökin ríkisfang, ríkisborgararéttur og þegnréttur verða notuð hér jöfnum höndum.

[2] Sjá Donner, bls. 18.

[3] Sjá m.a. Evrópuráðssamning til að koma í veg fyrir margfaldan ríkisborgararétt og um reglur varðandi herskyldu (Council of Europe Convention on the Reduction of Cases of Multiple Nationality) sem gekk í gildi 28. mars 1968. Ísland er ekki aðili að samningnum eða viðaukum við hann.

III C - 1 Reglur um ríkisfang

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Reglur um ríkisfang	15. gr. MYSP 9. gr CEDAW 5. gr.; 3. mgr. 1. gr. CERD 7. gr. Barnasáttmálans 4. mgr. 12. gr. SBSR. Evrópuráðssamningur um þjóðerni	1. mgr. 66. gr. STS. Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994 Lög um íslenskan ríkisborgararétt nr. 100/1952, II. og III. kafli. Íslenskur réttur	SP-nefnd Stewart gegn Kanada UA UA 236/1990 UA 3574/2002

Ríki ættu að taka ákvarðanir sem tryggja að útlendingar eigi kost á því að öðlast, án mismununar, ríkisborgararétt.^[1] Engar grundvallarreglur eða venjuréttarreglur í þjóðarétti eru um að ríkjum beri skylda til að veita útlendingum ríkisborgararétt. Í 15. gr. [MYSP](#) er þó kveðið á um að allir skuli hafa rétt til ríkisfangs og að engan megi svipta ríkisfangi, eftir geðþótta, né rétti til að skipta um ríkisfang. Þessar reglur eru þó ekki frekar útfærðar í SBSR en í Samningi SP um ríkisfangslausu eru reglur sem miða að því að komið verði í veg fyrir að einstaklingar verði ríkisfangslausir (sjá umfjöllun hér á eftir).

Í Alþjóðasamningi um afnám alls kynþáttamisréttis ([CERD](#)) er lögð skylda á ríki " að banna og afnema kynþáttamisrétti í öllum myndum og að ábyrgjast öllum rétt til jafnræðis fyrir lögunum, án nokkurs greinarmunar vegna kynþáttar, litarháttar, þjóðernis- eða þjóðlegs uppruna..." Er í greininni sérstaklega tiltekinn réttur til þjóðernis (5. gr. (d) iii) og réttur til að fara frá og snúa aftur til eigin ríkis (5. gr. (d) ii). Njóta einstaklingar því verndar gegn brottvísun sem og verndar gegn því að vera sviptir ríkisfangi á grundvelli þeirra atvika sem rakin eru.

Þær reglur sem til eru á þessu sviði eru einna helst í tengslum við hvernig staðið er að því að veita ríkisborgararétt. Þannig er ljóst að mismunun er ekki heimil. Makar eiga t. a. m. að hafa jafna möguleika á að fá ríkisborgararétt án tillits til kyns, sbr. 9. gr. samningsins um afnám allrar mismununar gagnvart konum ([CEDAW](#)), sem segir að aðildarríkin skulu veita konum sömu réttindi og körlum til þess að öðlast, breyta eða halda þjóðerni sínu. Þau skulu ábyrgjast sérstaklega að hvorki erlendur eiginmaður, né breyting á þjóðerni eiginmannsins meðan á hjónabandinu stendur, breyti sjálfkrafa þjóðerni eiginkonunnar, geri hana ríkisfangslausu né þröngvi þjóðerni eiginmannsins upp á hana. Þessar reglur koma í veg fyrir þá framkvæmd, sem áður tíðkaðist, að konur fengju sjálfkrafa eða tækju upp ríkisborgararétt eiginmanns og misstu þá eða afsöluðu sér eigin ríkisborgararétti. Á sáttmálinn að tryggja fullt jafnræði kvenna að þessu leyti. Þá mælir 2. mgr. 9. gr. sáttmálans fyrir um að konur skuli njóta jafnræðis á við menn varðandi þjóðerni barna þeirra en það leiðir til þess að börn giftra og

ógiftra mæðra geta dregið ríkisborgararétt sinn frá þeim. Loks eru ákvæði í [Barnasáttmálanum](#), 7. og 8. gr., sem mæla fyrir um rétt barna til að öðlast ríkisfang og að halda því. Í 7. gr. Barnasáttmálans segir

1. Barn skal skráð þegar eftir fæðingu, og á það frá fæðingu rétt til nafns, rétt til að öðlast ríkisfang, og eftir því sem unnt er rétt til að þekkja foreldra sína og njóta umönnunar þeirra.
2. Aðildarríki skulu tryggja að réttindum þessum sé komið í framkvæmd í samræmi við lög sín og skuldbindingar í viðeigandi alþjóðasamningum á þessu sviði, einkum í þeim tilvikum þegar barn yrði ella ríkisfangslaust.

Þetta ákvæði veitir þó ekki rétt til tiltekins ríkisfangs, s.s. ríkisfangs í upprunalandi, fæðingarlandi (*jus soli*) eða fæðingarlandi foreldra (*jus sanguine*) og hefur því, eins og önnur ákvæði þjóðaréttar á þessu sviði, minni áhrif en ella hefði orðið.

Í 3. mgr. 1. gr. CERD segir að ekkert í samningnum skuli túlkað svo að það hafi á nokkurn hátt áhrif á lagaákvæði í aðildarríkjum sem varða þjóðerni, ríkisborgararétt eða veitingu þegnréttar, að því tilskildu að í slíkum ákvæðum felist ekki mismunur á grundvelli þjóðernis, sbr. einnig 5. gr. samnings (hér að ofan). Um reglur varðandi bann við mismunur er fjallað frekar í kafla [III D](#).

SBSR

Samningurinn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi ([SBSR](#)) gerir ríkjum ekki skylt að veita ríkisborgararétt í ákveðnum tilvikum og mælir ekki almennt fyrir um rétt til ríkisfangs, eins og MYSP. Samningurinn leggur þó bann við mismunur þegar ríkisborgararéttur er veittur.^[2] Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna hefur gefið í skyn að skilyrði fyrir veitingu ríkisborgararéttar megi ekki vera of íþyngjandi.^[3] Loks mælir 3. mgr. 24. gr. fyrir um rétt hvers barns til að öðlast þjóðerni. Ekki er þó nánar tilgreint hvaða þjóðerni það er, þ.e. ríkisfang upprunalands, ríkisfang foreldra o.s.frv.

4. mgr. 12. gr. SBSR

Enginn maður skal að geðþótta sviptur rétti til þess að koma til síns eigin lands.

Í 4. mgr. 12. gr. er sú skylda lögð á ríki að virða ákveðin tengsl eigin þegns (og útlendinga sem hafa sterk tengsl við landið). Þó að ekki sé fjallað um sviptingu ríkisfangs felst í ákvæðinu sú skylda að neita einstaklingum ekki um leyfi til að koma til lands síns. Samkvæmt ákvæðinu á ekki að meina einstaklingum að fara inn í búsetuland sitt eða land sem þeir hafa haft langtímatengsl við. Mannréttindanefndin sagði í [almenntri athugasemd](#) sinni um ákvæðið (nr. 27) að orðanotkunin „til síns eigin lands“ hefði víðari merkingu en „land þar sem hefur ríkisfang.“ Væri ákvæðið því ekki bundið við ríkisfang. Það tæki einnig til einstaklings sem getur ekki verið talinn venjulegur útlendingur vegna sérstakra tengsla við ákveðið land. Þetta væri til dæmis í tilvikum þar sem einstaklingar hafa misst ríkisborgararétt með ólögmatum hætti (þ.e. sem stangast á við alþjóðareglur), eða ef ríkisborgararéttur hefur fallið niður vegna stofnunar nýs ríkis og þeim er neitað um hinn nýja ríkisborgararétt. Í slíkum tilvikum njóta þeir verndar 4. mgr. 12. gr. Jafnframt telur nefndin að hugsanlega geti undir þetta fallið einstaklingar, sem hafa búið í landi í langan tíma, þar með talið einstaklingar án ríkisborgararéttar.^[4]

Ríkjum er þó jafnan eftirlátið mikið svigrúm við mat á þessu eins og sést í máli [Stewart gegn Kanada](#), þar sem vísa átti úr landi breskum ríkisborgara, sem hafði búið í Kanada frá 7 ára aldri ásamt móður og bróður og átti tvö börn í landinu. Hélt hann því fram að Kanada væri land sitt. Sagði mannréttindanefnd SP að orðin „hans eigin lands“ í 4. mgr. 12. gr. bæri að skilja á þann veg að það næði til einstaklinga sem teldust ríkisborgarar, sem og einstaklinga sem væru ekki ríkisborgarar en þó ekki heldur útlendingar í skilningi 13. gr. samningsins (sjá umfjöllun í kafla [III B-1](#)). Sagði nefndin að í þessu máli væri spurningin sú hvort einstaklingur, sem kemur inn í land í samræmi við innflytjendalöggjöf ríkis, geti talið ríkið vera sitt eigið þó hann hafi ekki öðlast ríkisborgararétt þar og heldur enn sínu fyrra þjóðerni. Svárið við þessari spurningu gæti hugsanlega verið jákvætt, væru skilyrði til að öðlast ríkisborgararétt óþarflega ströng. Aðstæður væru hins vegar ekki þannig í þessu máli og Stewart hafði aldrei gert tilraun til að öðlast ríkisborgararétt. Var ekki talið að hann gæti talið Kanada vera sitt eigið ríki. Sagði nefndin að ríki, sem gerðu útlendingum kleift að öðlast ríkisborgararétt, megi gera ráð fyrir að útlendingar muni í tímans rás verða sér úti um réttindin sem þeim bjóðast, og þar með taka á sig þær skyldur sem ríkisborgararétti fylgja. Einstaklingar, sem nýta sér ekki þennan möguleika og komast hjá öllum skyldum gagnvart landinu, geta því með réttu enn talist útlendingar.

MSE

Mannréttindasáttmálinn fjallar ekki sérstaklega um veitingu ríkisborgararéttar eða missi hans. Hefur þetta verið gagnrýnt, þar sem ríkisfang veitir einstaklingum mikilvæga stöðu og er af mörgum talinn veita tilkall til frekari réttinda.[\[5\]](#) Með svipuðum hætti og SBSR mælir MSE eingöngu fyrir um frelsi til að yfirgefa land og koma aftur til lands síns, sem og bann við brottvísun, í 4 viðauka við MSE (sjá umfjöllun í kafla [III B-3](#)). Þessi ákvæði veita ekki vernd gegn því að einstaklingar séu sviptir ríkisborgararétti. Gróf brot gætu mögulega kallað á mat á því hvort 3. gr. MSE ætti við (vanvirðandi meðferð) og í tilviki einstaklinga gæti 8. gr. MSE komið til skoðunar (vernd einkalífs og fjölskyldu). Ekki er þó fyrir að fara dómaframkvæmd frá MDE sem styður þá túlkun.[\[6\]](#)

Evrópuráðssamningur um þjóðerni

Samningur þessi (sjá [hér](#)) er frá 1997, tók gildi 2000 og var fullgiltur af Íslands hálfu árið 2003. Tilgangur samningsins, sbr. 1. gr., er að koma á reglum tengdum þjóðerni einstaklinga og reglum um herskyldu, þegar einstaklingar teljast borgarar fleiri ríkja en eins. Samkvæmt 3. gr. skulu ríki ákvarða með lögum hverjir séu ríkisborgarar og önnur ríki skulu hlíta þeim ákvörðunum svo framarlega sem þær samræmast alþjóðasamningum, venjurétti og grundvallarreglum, sem viðurkenndar eru um þjóðerni. Grundvallarreglur samningsins eru, skv. 4. gr. hans að 1) allir eigi rétt á þjóðerni/ríkisfangi; 2) að forðast beri ríkisfangsleysi; 3) að enginn skuli sviptur ríkisborgararétti af geðþótta; og 4) að hvorki hjónaband, á milli ríkisborgara aðildarríkis að samningnum og útlendinga, eða slit þess né breyting á þjóðerni annars makans á meðan á hjónabandi stendur, skuli sjálfkrafa hafa áhrif á þjóðerni hins makans. Þá er lagt bann í 5. gr. við ólögmatrí mismunun í reglum um veitingu ríkisborgararéttar. Samningurinn mælir fyrir um nákvæmari reglur um skilyrði fyrir veitingu ríkisborgararéttar en aðrir alþjóðlegir samningar og felur því í sér raunhæfa leið til að sporna við því að einstaklingar verði ríkisfangslausir. Þannig skal aðildarríki veita ríkisborgarétt barni sem fætt er á yfirráðasvæði þess og annað hvort foreldri er ríkisborgari þess, sbr. 6. gr.

samningsins. Þá ber aðildarríki skylda til að veita barni ríkisborgararétt, annað hvort við fæðingu, eða samkvæmt umsókn, ef barnið er fætt á yfirráðasvæði þess og yrði ella ríkisfangslaust. Ef barnið er ekki fætt á yfirráðasvæði ríkisins er skylda ríkisins veikari enda þótt barnið hafi ákveðin tengsl við ríkið, en ríkinu ber að auðvelda barninu að öðlast ríkisfang.^[7] Loks eru í 7. gr. ákvæði sem banna aðildarríkjum að svipta einstaklinga ríkisborgararétti - eða samþykkja umsókn um niðurfellingu ríkisborgararéttar - ef einstaklingur verður ríkisfangslaus í kjölfar þess. Eina undantekningin sem gerð er frá þessu er ef sótt hefur verið um ríkisborgararétt með sviksamlegum hætti.

Íslenskur réttur

Í 1. mgr. 66. gr. [STS](#) segir að útlendingi verði aðeins veittur íslenskur ríkisborgararéttur samkvæmt lögum. Í gildi eru [lög nr. 100/1952 um íslenskan ríkisborgararétt](#). Samkvæmt þeim er aðeins hægt að öðlast íslenskt ríkisfang með tvennum hætti, annaðhvort með lögum, samkvæmt 6. gr. laganna, eða eftir ákvörðun dómsmálaráðherra, samkvæmt 7. gr. ^[9] Meginstefnan er sú að umsækjendur hafi þegar uppfyllt skilyrði búsetuleyfis og fengið það útgefið þegar sótt er um ríkisborgararétt. Auk þess verða umsækjendur að uppfylla frekari skilyrði, m.a. varðandi dvalartíma á Íslandi, áður en til álita kemur að veita þeim ríkisborgararétt. Eðlilegt þykir að þessi mál séu í samhengi þannig að útlendingar sem hér setjast að fái fyrst tímabundin dvalarleyfi, þá búsetuleyfi og að lokum ríkisborgararétt.

Þegar ríkisborgararéttur er veittur samkvæmt 6. gr. fær dómsmálaráðuneytið umsögn lögreglustjóra á dvalarstað umsækjanda og umsögn Útlendingastofnunar áður en umsóknin er lögð fyrir Alþingi. Þetta er meginreglan, en heimild ráðherra samkvæmt 7. gr., sem var sett í lög árið 1998, er frávik frá henni.

Samkvæmt 7. gr. er dómsmálaráðherra heimilt, að fenginni umsögn lögreglu og Útlendingastofnunar, að veita íslenskan ríkisborgararétt samkvæmt umsókn sem borin er fram af umsækjanda sjálfum eða forsjármönnum hans hafi hann ekki náð 18 ára aldri. Þessi heimild ráðherra er bundin við mál þar sem vafalaust er að umsækjandi uppfylli lögmælt skilyrði. Í öðrum tilvikum getur ráðherra vísað umsókn til ákvörðunar Alþingis, sem tekur ákvörðun samkvæmt 6. gr. Í greinargerð með þessu ákvæði segir að þegar ráðherra sendir slík vafamál til Alþingis sé um framsendingu að ræða og þurfi ekki réttlætingu samkvæmt reglum stjórnisýsluréttar þar sem ekki sé um að ræða efnisúrlausn í málinu. Áfram sé þó við það miðað að ráðherra hafni umsókn þegar hann telur ljóst að umsækjandi uppfylli ekki lögmælt skilyrði þess að fá ríkisfangsbref útgefið með stjórnvaldsákvörðun.

Hin lögmæltu skilyrði eru talin upp í 8. og 9. gr. laganna. Búsetuskilyrði samkvæmt 8. gr. eru: (1) að umsækjandi hafi verið hér búsettur í sjö ár; ríkisborgari í einhverju Norðurlandanna þó einungis í fjögur ár; (2) að umsækjandi, sem er í hjúskap eða staðfestri samvist með íslenskum ríkisborgara, hafi verið hér búsettur í þrjú ár frá giftingu eða stofnun staðfestrar samvistar, enda hafi hinn íslenski maki haft íslenskan ríkisborgararétt ekki skemur en fimm ár; (3) að umsækjandi, sem býr í skráðri sambúð með íslenskum ríkisborgara og bæði eru ógift, hafi verið hér búsettur í fimm ár frá skráningu sambúðarinnar, enda hafi hinn íslenski ríkisborgari haft ríkisborgararétt ekki skemur en fimm ár; (4) að umsækjandi, sem á íslenskan ríkisborgara að öðru foreldri, hafi verið hér búsettur í tvö ár, enda hafi hið íslenska foreldri haft ríkisborgararétt ekki skemur en fimm ár; (5) að umsækjandi, sem verið hefur íslenskur ríkisborgari en hefur gerst erlendur ríkisborgari, hafi verið hér búsettur í eitt ár; (6) að flóttamaður, sem fullnægir skilgreiningu í alþjóðasamningi um stöðu flóttamanna sem gerður

var 28. júlí 1951, hafi verið hér búsettur sem slíkur í fimm ár. Sama gildir um mann sem fengið hefur dvalarleyfi hér á landi af mannúðarástæðum.

Í 2. mgr. segir að skilyrði 1. mgr. miðist við fasta búsetu og lögheimili og samfellda, löglega dvöl hér á landi síðustu ár áður en umsókn er lögð fram. Heimilt sé að víkja frá því skilyrði þótt dvöl umsækjanda hér hafi verið rofin allt að einu ári vegna tímabundinnar atvinnu eða af óviðráðanlegum ástæðum, svo sem vegna veikinda nákomins ættingja, en þó allt að þremur árum vegna náms erlendis. Sá tími, sem umsækjandi hefur átt hér lögheimili og dvöl, verður þó að vera að minnsta kosti jafnlangur þeim tíma sem hann verður samkvæmt áðurgreindum reglum að uppfylla. Þegar dvalartími er talinn saman segir í greinargerð með ákvæðinu að bæði sé gerð krafa um að lögheimili viðkomandi sé í þjóðskrá skráð á Íslandi og að viðkomandi hafi í raun haft hér fasta búsetu í skilningi lögheimilislaga (nú lög nr. 21/1990). Ástæðan fyrir þessum skilyrðum er sú að fólk sem stundar árstíðarbundna vinnu breytir oft ekki skráningu sinni þegar það hverfur til heimalands síns, þar sem það dvelur jafnan hálf tærið ef ekki lengur.

Þá er það skilyrði sett í 3. mgr. 8. gr. laganna að umsækjandi skuli uppfylla skilyrði þess að fá búsetuleyfi útgefið af Útlendingastofnun. Umsækjandi skuli jafnframt hafa slíkt leyfi þegar sótt er um íslenskan ríkisborgararétt nema hann sé undanþeginn skyldu til að hafa dvalarleyfi hér á landi.

Í 9. gr. er að finna frekari skilyrði fyrir því að útlendingur fái ríkisborgararétt. Þau eru: (1) að umsækjandi hafi sannað með fullnægjandi hætti hver hann sé; (2) að hann sé starfhæfur og vel kynntur og leggi m.a. því til staðfestingar fram álit tveggja valinkunnra íslenskra ríkisborgara; (3) að hann hafi staðist próf í íslensku samkvæmt kröfum sem dómsmálaráðherra setur í reglugerð; (4) að árangurslaust fjárnám hafi ekki verið gert hjá umsækjanda sl. þrjú ár, bú hans tekið til gjaldþrotaskipta eða hann í vanskilum með skattgreiðslur; (5) að umsækjandi geti framfleytt sér hérlendis og hafi ekki þegið framfærslustyrk frá sveitarfélagi sl. þrjú ár. Er umsækjanda skylt að sýna fram á að hann hafi framfært sig með löglegum hætti hér á landi og er dómsmálaráðuneytinu heimilt að afla skattframtala og gagna frá skattfyrirvöldum því til staðfestingar; (6) Umsækjandi hafi ekki, hérlendis eða erlendis, sætt sektum eða fangelsisrefsingu eða eigi ólokið máli í refsivörslukerfinu þar sem hann er grunaður eða sakaður um refsiverða háttsemi samkvæmt íslenskum lögum. Frá þessu má þó víkja að liðnum fresti sem hér greinir, enda sé ekki um að ræða endurtekin brot:

a. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnu einu ári frá því að brot var framið sem sætti sekt lægri en 50.000 kr.

b. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum þremur árum frá því að brot var framið sem sætti sekt að fjárhæð 50.000 kr. eða hærrí.

c. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum sex árum frá því að fangelsisrefsing í allt að 60 daga var afplánuð.

d. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum átta árum frá því að fangelsisrefsing í allt að sex mánuði var afplánuð.

e. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum tíu árum frá því að fangelsisrefsing í allt að eitt ár var afplánuð.

f. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum 14 árum frá því að lengri fangelsisrefsing en eitt ár var afplánuð. Hið sama gildir um öryggisgæslu.

Í 2. mgr. 9. gr. segir að þegar talið er að refsing sé úttekin með gæsluvarðhaldi, eða hún skilorðsbundin að öllu leyti, reiknist tíminn samkvæmt þessum tölulíð frá því að viðkomandi var látinn laus úr gæsluvarðhaldi eða skilorðsdómur kveðinn upp. Veita má íslenskan ríkisborgararétt að liðnum þremur árum frá því að ákvörðun um skilorðsbundna ákærufrestun var tilkynnt.

Hafi útlendingur, sem sækir um ríkisborgararétt, veitt rangar upplýsingar á hann yfir höfði sér refsíabyrgð og missi ríkisborgararéttar, sbr. 11. gr. laganna.

Í máli umboðsmanns Alþingis [nr. 236/1990](#) kvartaði A yfir því að sonur hennar, sem var veittur íslenskur ríkisborgararéttur, fengi ekki að halda nafninu Ývan/Ívan óbreyttu við töku íslensks ríkisborgararéttar. Væru með þessu skert sjálfsögð mannréttindi. Umboðsmaður komst að þeirri niðurstöðu í þessu máli að ekki hefði verið brotið gegn íslenskum lögum, er synjað var um að sonur hennar fengi að halda óbreyttu nafni sínu. Fengi hann ekki séð að þetta skilyrði færi í bága við nein mannréttindaákvæði í íslensku stjórnarskránni. Að því er varðar MSE treysti Umboðsmaður sér ekki til að segja um hvaða árangur næðist við slíka kæru.

Í máli umboðsmanns Alþingis [nr. 3574/2002](#) kvartaði A yfir synjun dóms- og kirkjumálaráðuneytisins á að veita honum ríkisborgararétt þar sem hún hefði verið efnislega röng. Umboðsmaður taldi að A hefði í sjálfu sér verið talinn uppfylla þau skilyrði sem þar kæmu fram. Hins vegar teldi ráðuneytið að það væri komið undir frekara mati ráðherra hvort tilefni væri til þess að fallast á umsókn um ríkisborgararétt. Umboðsmaður taldi ekki hægt að ráða það af ákvæðinu eða lögskýringargögnum að ætlunin hafi verið að breyta þeirri tilhögun sem hér hafði ríkt um árabíl að útlendingur ætti ekki lögvarða kröfu til þess að öðlast ríkisborgararétt þótt umsókn hans uppfyllti þær viðmiðunarreglur sem Alþingi hafði sett sér og kæmu fram í lögum nr. 100/1952. Því væri ekki unnt að fullyrða að ráðherra væri óheimilt að hafna umsókn um ríkisborgararétt þó að umsækjandi uppfyllti öll lögmælt skilyrði. Hins vegar yrði að gera þá kröfu að slík synjun væri reist á málefnalegum forsendum og að hún væri í eðlilegum tengslum við markmið laganna. Umboðsmaður áleit að nokkur réttaróvissa ríkti um það hvernig ráðherra bæri að leysa úr umsókn um ríkisborgararétt samkvæmt 1. mgr. 5. gr. a laga nr. 100/1952. Vísaði hann í þessu sambandi til lagaáskilnaðarreglu 1. mgr. 66. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944 og mikilvægis þeirra réttinda sem um væri að tefla. Með hliðsjón af þessu taldi hann eðlilegt að tekið yrði til athugunar hvort rétt væri að kveða með skýrum hætti fyrir um það í lögum hvort og þá á grundvelli hvaða sjónarmiða ráðherra væri heimilt að hafna umsókn um ríkisborgararétt þótt viðkomandi uppfyllti lögbundin skilyrði.

Tilvísanir

[1] Office of the High Commissioner for Human Rights. The Rights of Non-citizens, bls. 22.

[2] Joseph, Schultz og Castan, bls. 651.

[3] Skýrsla Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna um Eistland (UN doc.CCPR/C/79/Add.59).

[4] Almenn athugasemd nr. 27

[5] Sjá m.a. gagnrýni Hall, bls. 587.

[6] Dæmi úr breskri framkvæmd sýnir hversu litla vernd MSE veitir (a.m.k. í túlkun þarlendra dómstóla). Þar var spurning um beitingu 8. gr. og 14. gr (mismunun) í máli um ríkisfang. Dómstóllinn komst að því að bryti ekki gegn greinum að börn breskra mæðra (sem eru breskar vegna ríkisborgararéttar foreldra þeirra) fengju breskan ríkisborgararétt (hvort sem þau voru fædd í hjónabandi eða utan) en börn breskra feðra (sem eru breskir vegna ríkisborgararéttar foreldra þeirra) áttu ekki rétt á að fá breskan ríkisborgararétt (en gátu sótt um ríkisborgararétt) ef þau voru fædd utan hjónabands. Þetta var ekki talið brot á áðurnefndum greinum, þar sem aðstæður barna sem eiga rétt á ríkisborgararétti og barna sem geta óskað eftir ríkisborgararétti væru ekki sambærilegar.

[7] Þetta á einkum við ef barn eigin þegna er fætt í öðru landi en fær ekki ríkisfang þess ríkis og ekki ríkisfang upprunaríkis foreldra (ef jus sanguinis er ekki fylgt).

[8] Auk þess eru ákvæði í I. kafla laganna um þá sem eiga tilkall til að fá ríkisborgararétt, með umsókn, en ekki verður fjallað sérstaklega um þessi ákvæði hér.

III C - 2 Réttur til stjórnmalapáttöku

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit
Réttur til stjórnmalapáttöku	25. gr. SBSR 16. gr. MSE 3. gr. 1. viðauka MSE. Samningurinn um páttöku útlendinga í opinberu lífi í sveitarfélögum.	Lög nr. 24/2000 um kosningar til Alþingis Lög nr. 5/1998 um kosningar til sveitarstjórna Lög nr. 62/1978 um bann við fjárhagslegum stuðningi erlendra aðila við íslenska stjórnmalaflokka og blaðaútgáfu erlendra sendiráða á Íslandi Íslenskur réttur	MDE Piermont gegn Frakklandi Matthews gegn Bretlandi Mattieu-Mohin og Clerhayt gegn Belgíu Podkolzina gegn Lettlandi Handyside gegn Bretlandi Partisi gegn Tyrklandi UA UA 3820/2003

SBSR

25. gr. SBSR

Án mismununar þeirrar sem um getur í 2. gr. og án ósanngjarnra takmarkana skal sérhver borgari eiga rétt á og hafa tækifæri til:

- (a) að taka þátt í opinberri starfsemi, á beinan hátt eða fyrir milligöngu fulltrúa sem eru kosnir á frjálstan hátt;
- (b) að kjósa og vera kjörinn í raunverulegum reglubundnum kosningum þar sem almennur og jafn kosningaréttur gildir og kosið er leynilegri kosningu sem tryggir frjálsa viljayfirlýsingu kjósendanna;
- (c) að hafa aðgang að opinberu starfi í landi sínu á almennum jafnréttisgrundvelli.

Eins og sést í fyrstu málsgrein þessa ákvæðis er rétturinn samkvæmt ákvæði þessu bundinn við borgara, þ.e.a.s. ríkisborgara lands og er því um að ræða undantekningu frá þeirri reglu að tryggja beri öllum innan lögsögu aðildarríkis réttindi þau sem kveðið er á um í samningnum. Ef ríki hyggst gera greinarmun á ríkisborgurum, sem öðluðust réttinn við fæðingu, eða þeim, sem réttinn fengu síðar, þá hefur mannréttindanefnd SP lýst því að það myndi hugsanlega vera í ósamræmi við 25. gr. SBSR (sjá [Almenna athugasemd nr. 25](#)). Nefndin hefur einnig sagt að ríki geti veitt útlendingum rétt til stjórnmalabátttöku í ákveðnum landshlutum.^[1] Í þessu sambandi skal bent á samninginn um þátttöku útlendinga í opinberu lífi í sveitarfélögunum, sjá hér að neðan.

Sé útlendingum veittur einhvers konar réttur til stjórnmalabátttöku má sá réttur ekki vera byggður á mismunun. Það bryti ekki gegn 25. gr., þar sem hún gildir eingöngu um ríkisborgara. Hins vegar kynni slíkt að brjóta gegn banni samningsins við mismunun í 2., 3. og 26. gr.^[2]

MSE

16. gr. MSE

Ekkert ákvæði í 10., 11. og 14. gr. skal talið geta hindrað samningsaðila í að setja skorður við stjórnmalaumsvifum útlendinga.^[3]

Orðalag þessa ákvæðis bendir til þess að verulegum takmörkunum megi beita gagnvart stjórnmalaumsvifum útlendinga og frekari takmörkunum en heimilar eru t.d skv. 2. mgr. 10. og 11. gr. MSE. Þær tryggingar sem eru settar varðandi tjáningarfrelsi, fundafelsi og bann við mismunun að því er varðar réttindi tryggð í MSE virka því ekki að öllu leyti þegar um útlendinga er að ræða og er aðildarríkjum MSE heimilt að gera greinarmun á útlendingum og eigin þegum þegar kemur að stjórnmalaumsvifum þeirra. Þó skal horfa til þess að hér er um heimildarákvæði að ræða, þannig að ríkjum er ekki skylt að beita takmörkunum á þessi réttindi.^[4] Jafnframt þarf að líta til þess að um undantekningu frá meginreglu 1. gr. samningsins um að tryggja beri öllum innan lögsögu aðildarríkis þau réttindi sem kveðið er á um í samningnum. Þar af leiðandi beri að túlka hugtakið „stjórnmalaumsvif“ þröngt.^[5]

Þess ber að geta að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur ekki skoðað þetta ákvæði í dómaframkvæmd^[6] ef frá er talið mál [Piermont gegn Frakklandi](#)^[7] en það var um margt óvenjulegt. Málið fjallaði um mótmæli gegn kjarnorkutilraunum og höfðu samtök mótmælenda boðið Piermont, þýskum þingmanni Evrópuþingsins, að taka þátt í mótmælum á frönsku yfirráðasvæði í Suður-Kyrrahafi (frönsku Pólinesíu). Var Piermont vísað úr landi og bönnuð endurkoma og var það bann m.a. rökstutt með vísan til 16. gr. MSE. MDE féllst ekki á að 16. gr. ætti við, þar sem Piermont væri ekki „útlendingur“ í skilningi samningsins, en líta yrði svo á að ríkisfang í einu aðildarríkja Evrópubandalagsins (nú Evrópusambandsins) nægði til þess að viðkomandi teldist ekki útlendingur. Auk þess var vísað til stöðu Piermont sem þingmanns Evrópuþingsins og þess að íbúar frönsku Pólinesíu höfðu kosningarétt í kosningum til Evrópuþingsins.

Þegar ákvæðið er skoðað verður jafnframt að horfa til samningsins um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, en hann gengur að sumu leyti lengra en en Mannréttindasáttmálinn.^[8] Þá verður einnig að líta til 10. gr. og 11. gr. MSE, sem vísað er til í ákvæði 16. gr. Tilvísun 16. gr. til þessara tveggja ákvæða þýðir að heimilt er að leggja takmarkanir á tjáningarfrelsi sem

og funda- og ferðafrelsi útlendinga umfram það sem leyfilegt væri ella, í þeim tilvikum sem falla undir stjórnmalastarfsemi.[\[9\]](#)

Í 10. gr. MSE um tjáningarfrelsi segir:

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

2. Þar sem af réttindum þessum leiðir skyldur og ábyrgð er heimilt að þau séu háð þeim formsreglum, skilyrðum, takmörkunum eða viðurlögum sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis, landvarna eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna, mannorði eða réttindum og til þess að koma í veg fyrir uppljóstran trúnaðarmála eða til þess að tryggja vald og óhlutdrægni dómstóla.

„Tjáningarfrelsi er ein af lykilstöðum lýðræðislegs samfélags og ein af skilyrðum fyrir framför þess og þróun hvers manns.“ Þannig lýsti Mannréttindadómstóll Evrópu mikilvægi þessa réttar í máli [Handyside gegn Bretlandi](#).[\[10\]](#) Tjáningarfrelsi nær til alls forms tjáningar og allra miðla, þ.m.t málverk, bækur, kvikmyndir, upplýsingabæklingar og yfirlýsingar í útvarpi. Tjáningarfrelsið er mikilvægt til að stuðla að lýðræði, ljóstra upp um valdniðslu og stuðla að þróun á sviði stjórn mála, lista, vísinda og menningar. Þó má einnig nýta tjáningarfrelsi til að ýta undir aðra, neikvæða þætti samfélagsins.[\[11\]](#)

Takmarkanir á tjáningarfrelsi eru leyfilegar. Eins og stendur í 1. mgr. 10. gr. má setja á leyfiskerfi við suma starfssemi. Í 2. mgr. er síðan kveðið á um að setja megi skilyrði, takmarkanir og viðurlög í tilvikum þar sem nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi. Má það þó bara í ákveðnum tilvikum, sem nefnd eru og verða þær takmarkanir að vera settar með lögum. Til viðbótar við þessar takmarkanir koma takmarkanir sem rökstyðja má með vísan til 16. gr. MSE, en ekki hefur reynt á þetta fyrir MDE.

Í 1.gr. MSE er fjallað um funda- og félagafrelsi:

1. Rétt skal mönnum að koma saman með friðsömum hætti og mynda félög með öðrum, þar á meðal að stofna og ganga í stéttarfélög til verndar hagsmunum sínum.

2. Eigi skal réttur þessi háður öðrum takmörkunum en þeim sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna þjóðaröryggis eða almannaheilla, til þess að firra glundroða eða glæpum, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða réttindum og frelsi. Ákvæði þessarar greinar skulu eigi vera því til fyrirstöðu að löglegar takmarkanir séu settar við því að liðsmenn hers og lögreglu eða stjórnarstarfsmenn beiti þessum rétti.

Í grófum dráttum má segja að í félagafrelsi felist frelsi til að stofna og ganga í félög svo sem stjórnmalaflokka og verkalýðsfélög sem og hvers konar félög af öðrum toga. Innan þessa falla einungis félög af einkaréttarlegum toga. Félag mynduð af ríkinu standa alla jafnan utan við gildissvið þessa ákvæðis.

Hvað varðar stjórn mála flokka þá hefur Mannréttindadómstóll Evrópu sagt, í máli [Refah Partisi gegn Tyrklandi](#), [12] að 11. gr. veiti slíkum flokkum ekki vernd, fari markmið þeirra gegn sáttmálanum. Hvetji forsvarsmenn flokka til ofbeldis eða ef stefna þeirra virði ekki lýðræði þá geti þeir ekki leitað skjóls í ákvæðum Mannréttindasáttmálans.

Réttur til frjálsra kosninga

3. gr. 1. viðauka MSE

Samningsaðilar skuldbinda sig til þess að halda frjálsar kosningar með hæfilegu millibili, og sé atkvæðagreiðsla leynileg og fari fram við aðstæður er tryggi það að í ljós komi álit almennings með frjálsum hætti í kjöri til löggjafarþings.

Í inngangsorðum að MSE er því lýst yfir að virkt og lýðræðislegt stjórnarfar sé eitt af grundvöllum frelsisins. Ákvæði 3. gr. 1. viðauka tryggir frjálsar kosningar sem er ein af undirstöðum þessa. Mannréttindadómstóllinn hefur sagt, t.d. í máli [Matthews gegn Bretlandi](#) [13], að þetta ákvæði tryggi einn þátt virks, lýðræðislegs stjórnarfars.

Í máli [Mathieu-Mohin og Clerfayt gegn Belgíu](#) [14] komst MDE að þeirri niðurstöðu að einstaklingar geti byggt rétt á þessu ákvæði. Telji einstaklingur að brotið sé á rétti sínum þarf dómstóllinn að kanna hvort að brotið sé gegn rétti hans til að láta í ljós álit sitt samkvæmt 3. gr. 1. viðauka. [15]

Ákvæði þetta tryggir þó ekki öllum einstaklingum á yfirráðasvæði ríkja réttinn til að kjósa. Sumir ríkisborgarar njóta ekki réttarins til að kjósa. Í Mathieu-Mohin málinu sagði dómurinn að skilyrði fyrir því að mega kjósa megi ekki hindra réttindin svo alvarlega að kjarni réttarins hverfi þannig að ákvæðið hafi ekkert gildi. Þau verða að vera sett í lögmætum tilgangi og í samræmi við meðalhóf. [16] Sáttmálinn gerir ekki kröfu um ákveðið kosningafyrirkomulag og ríki fá mikið svigrúm til að ákveða slíkt svo framarlega sem álit almennings kemur fram með frjálsum hætti í kjöri til löggjafarþings. [17]

Ríkjum er heimilt að takmarka kosningarétt og kjörgengi til löggjafarþings þegar fyrir hendi er lögmætur tilgangur. Í máli [Podkolzina gegn Lettlandi](#) [18] var fjallað um þá ákvörðun að taka af lista frambjóðenda fulltrúa rússneska minnihlutans í Lettlandi vegna þess að kunnátta hennar í lettnesku væri ófullnægjandi. Dómstóllinn taldi að ekki væri heimilt að setja tungumálakunnáttu sem skilyrði fyrir kjörgengi þannig að leiddi til þess að einstaklingar væru sviptir rétti til þátttöku í kosningum.

Takmörkun kosningaréttar og kjörgengis á grundvelli ríkisfangs er þó, eins og áður segir, í valdi hvers ríkis og brýtur ekki gegn ákvæðum MSE.

Samningur um þátttöku útlendinga í opinberu lífi í sveitarfélögum

Samningur þessi (sjá [hér](#)) er einn af samningnum Evrópuráðsins. Hann var fullgiltur af Íslands hálfu árið 2004. Tilgangur samningsins var að bregðast við auknum fjölda innflytjenda í aðildarríki Evrópuráðsins og skapa regluverk sem aðstoðar við aðlögun þeirra í sveitarfélögum. Í grófum dráttum má segja að reglurnar tryggi útlendingum rétt til upplýsinga um borgaraleg réttindi sín og skyldur, stjórn tæki svo sem nefndir sem halda uppi málstað þeirra og endurspeglar skoðanir útlendinga á stjórnsýslustigi. Þá veitir samningurinn þeim

útlendingum sem hafa uppfyllt ákveðin skilyrði rétt til að kjósa og bjóða sig fram í sveitastjórnarkosningum.[\[19\]](#)

Í 3. gr. samningsins er útlendingum tryggður réttur til tjáningarfrelsis og til funda- og félagafrelsis, en í b-lið greinarinnar er sérstaklega tekið fram að rétturinn til félagafrelsis feli í sér rétt útlendinga, sem eru búsettir í landinu, til að stofna samtök í sveitarfélaginu til hagsmunagæslu eða til að vinna að öðrum sameiginlegum málefenum. Gert er ráð fyrir því í skýringum sem fylgdu samningnum að hann verði túlkaður til samræmis við MSE (sbr. umfjöllun hér að ofan um ákvæði 10. og 11. gr. MSE og takmörkun þá sem kemur fram í 16. gr. MSE). Ekki er þó ólíklegt, miðað við tilgang og forsendur samningsins, að útlendingar gætu byggt frekari rétt á 3. gr. samningsins, en á ákvæðum MSE, ef reyndi á slík álitaefni.

4. og 5. gr samningsins endurspeгла sjónarmið um beint lýðræði og þau sanngirnis sjónarmið að útlendingar, sem búsettir eru í sveitarfélagi, hafi sama rétt og aðrir til að láta í ljós skoðanir sínar og hafi áhrif á ákvarðanatöku sem tengist daglegu lífi þeirra. 6. gr. samningsins mælir síðan fyrir um kosningarétt í sveitarstjórnarkosningum.

4. gr.

Hver samningsaðili skal leitast við að tryggja að hæfilegt átak sé gert til að stuðla að þátttöku útlendinga sem eru búsettir í landinu þegar mál eru borin undir almenning, unnið er að skipulagsmálum og annað samráð er haft við almenning um málefni sveitarfélagsins.

6. gr.

1. Með fyrirvara um 1. mgr. 9. gr. skuldbindur hver samningsaðili sig til þess að veita kosningarétt og kjörgengi í sveitarstjórnarkosningum hverjum þeim útlendingi, sem er búsettur í landinu, enda fullnægi hann gildandi lagaskilyrðum um ríkisborgara í landinu og hafi enn fremur haft lögmeta og fasta búsetu í ríkinu um fimm ára skeið fyrir kosningarnar.
2. Þó er samningsríki heimilt að lýsa yfir því, þegar það afhendir skjal um fullgildingu, staðfestingu, samþykki eða aðild, að það hyggist takmarka beitingu 1. mgr. við kosningaréttinn eingöngu.

Þau mál sem 4. gr. vísar til eru til dæmis skipulagsmál, sem skipta útlendinga jafnt máli sem ríkisborgara. Með hæfilegu átaki er átt við þær aðgerðir sem sanngjarnt er að gera kröfu um að stjórnvöld hafi í frammi.

Ákvæði 1. mgr. 6. gr. samningsins útilokar ekki möguleika á að viss formskilyrði séu sett til að útlendingur geti kosið, jafnvel þó að ekki sé gerð sama krafa til ríkisborgara. Getur slíkt skilyrði til dæmis verið að útlendingur sækir um að fara á kjörskrá. Skilyrði mega þó ekki vera þess eðlis að draga úr gildi 6. gr. eða hindra verulega möguleika útlendinga á að neyta kosningaréttar síns.[\[20\]](#) Almennt heimilur 9. gr. samningsins að hömlur séu lagðar á þau réttindi sem samningurinn veitir á stríðstímum og þegar önnur hættu ógnar þjóðlífinu. Yrðu þessar takmarkanir einnig skýrðar til samræmis við ákvæði MSE.

Réttindi þau sem samningurinn veitir eiga við um alla útlendinga sem eru löglega búsettir innan ríkisins og er því rýmri en þeir sáttmálar Evrópuráðsins sem eingöngu veita ríkisborgurum annarra aðildarríkja Evrópuráðsins réttindi. Er þetta byggt á framkvæmd þeirra Evrópuríkja sem þegar höfðu veitt útlendingum rétt til kosninga á sveitarstjórnarstigi og er í samræmi við lýðræðisröksemdir.

Gerðar voru breytingar á lögum nr. 5/1998 um kosningar til sveitastjórna með lögum nr. 27/2002. Í greinargerð með breytingunum sagði að með breytingunum á 2. gr. væru uppfyllt skilyrði sammingsins. Í 2. gr. laganna er nú kveðið á um að erlendir ríkisborgarar sem átt hafa lögheimili hér á landi í fimm ár samfelld fyrir kjördag eigi kosningarétt enda fullnægi þeir öðrum skilyrðum til að mega kjósa.

Íslenskur réttur

[Lög nr. 24/2000](#) um kosningar til Alþingis gera það að skilyrði að einstaklingur sé íslenskur ríkisborgari til að hann geti kosið til Alþingis sbr. 1. mgr. 1. gr. laganna. Skilyrði fyrir kjörgengi eru jafnframt þau að viðkomandi sé íslenskur ríkisborgari en í 4. gr. laganna segir: „Kjörgengur við kosningar til Alþingis er hver sá sem kosningarrétt á skv. 1. gr. og hefur óflekkað mannorð. Hæstaréttardómarar og umboðsmaður Alþingis eru þó ekki kjörgengir.”

[Lög nr. 5/1998](#) um kosningar til sveitarstjórna gera útlendingum kleift að kjósa en 3. mgr. 2. gr. laganna segir:

Enn fremur eiga kosningarrétt danskir, finnskir, norskir og sænskir ríkisborgarar sem átt hafa lögheimili hér á landi í þrjú ár samfelld fyrir kjördag og aðrir erlendir ríkisborgarar sem átt hafa lögheimili hér á landi í fimm ár samfelld fyrir kjördag enda fullnægi þeir að öðru leyti skilyrðum 1. mgr.

Í 3. gr. laganna segir síðan að hver sá, sem á kosningarétt í sveitarfélaginu skv. 2. gr. og hefur ekki verið sviptur lögræði, sé kjörgengur í sveitarstjórn. Þessi ákvæði voru sett inn með lögum nr. 27/2002, er breyttu lögum nr. 5/1998. Í greinargerð með breytingarlögunum kemur fram að þetta sé gert til að uppfylla lágmarksskilyrði sáttmála Evrópuráðsins um þátttöku útlendinga í opinberu lífi á sveitarstjórnarstigi, sem fjallað hefur verið um hér að ofan. Kemur þar fram að kosningaréttur þessi gildi einnig þegar kosið er um sameiningu sveitarfélaga, sbr. 7. mgr. 90. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998.

Í álitum umboðsmanns Alþingis í máli [nr.3820/2003](#) var fjallað um meðferð á meðlimum samtakanna Falun Gong árið 2002. Þar sagði umboðsmaður að útlendingar njóti verndar samkvæmt 73. gr. stjórnarskrárinnar um tjáningarfrelsi. Réttur manna til að safnast saman friðsamlega nyti jafnframt verndar 74. gr. stjórnarskrárinnar. Ákvæðið veiti öllum, hvort heldur íslenskum eða erlendum, rétt til að safnast saman.

Í [skýrslu sinni](#) um Ísland lýsti nefndin gegn pyndingum áhyggjum af málum er vörðuðu framferði löggæslumanna í tengslum við mótmæli. Sagði nefndin að í tilvikum sem þeim yrði ríkið að sjá til þess að fullyrðingar um óeðlilega framkomu væru rannsakaðar.

Samkvæmt 1. gr. laga nr. 62/1978 er íslenskum stjórnsmálaflokkum óheimilt að taka við gjafafé eða öðrum fjárhagslegum stuðningi til starfsemi sinnar hérlendir frá erlendum aðilum. Samkvæmt 2. gr. taka lög til stjórnsmálaflokka og félagasamtaka þeirra, svo og til hvers konar stofnana, sem starfa á þeirra vegum, beint eða óbeint, þ. a m blaða. Bann það sem felst í 1. gr. laganna nær til hvers konar stuðnings sem metinn verður til fjár, þ.á m. til greiðslu launa starfsmanna eða gjafa í formi vörusendinga, sbr. 3. gr. Erlendir aðilar teljast samkvæmt lögunum sérhverjar stofnanir eða einstaklingar, sem hafa erlent ríkisfang, hvort sem þeir eru búsettir hér á landi eða ekki, sbr. 4. gr. laganna. Brot gegn fyrirmælum 1. gr. laga nr.62/1978 varðar sektum, sbr. 1. mgr. 5. gr., og skal fjármagn, sem af hendi er látið í trássi við lög, gert upptækt og renna til ríkissjóðs, sbr. 2. mgr. sömu greinar.

Tilvísanir

[1] Almenn athugasemd nr. 25.

[2] Joseph, Schultz og Castan, bls. 651.

[3] 10. gr. MSE er um tjáningarfrelsi, 11. gr. um funda- og félagafrelsi og 14. gr. um bann við mismunun.

[4] Ovey og White, bls. 240.

[5] Spanó, bls. 529.

[6] Ovey og White, bls. 240.

[7] Piermont gegn Frakklandi (dómur 27. apríl 1995).

[8] Spanó, bls. 528.

[9] Spanó, bls. 528.

[10] Handyside gegn Bretlandi (dómur 7. desember 1976).

[11] Ovey og White, bls. 318.

[12] Refah Partisi gegn Tyrklandi (dómur 13. febrúar 2003).

[13] Matthews gegn Bretlandi (dómur 18. febrúar 1999).

[14] Matthieu-Mohin og Clerhayt gegn Belgíu (dómur 2. mars 1987).

[15] Ovey & White, bls. 392.

[16] Þýðing höfundar [EÓ].

[17] Ovey og White, bls. 393.

[18] Podkolzina gegn Lettlandi (dómur 9. apríl 2002).

[19] Council of Europe. Explanatory Report to the Convention on the participation of Foreigners in Public Life at Local Level. (sjá [hér](#))

[20] Sama heimild. (sjá [hér](#))

Heimildaskrá og frekara lesefni

Donner, Ruth. *The Regulation of nationality in International Law* (2. útg.). Transnational Publishers, 1994.

Hall, Stephen. „The European Convention on Nationality and the rights to have rights” *European Law Review*, 586-602. 1999.

Joseph, Sarah, Schultz, Jenny og Castan, Melissa. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary* (2. útg.). Oxford University Press, Oxford, New York, 2004.

Ovey, Clare og White, Robin. *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights* (4. útg.). Oxford University Press, Oxford, New York, 2006.

Spanó, Róbert R. „Sérstök fyrirmæli um réttarstöðu útlendinga.” Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritstj.). *Mannréttindasáttmáli Evrópu - Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Mannréttindastofnun Háskóla Íslands og Lagadeild Háskólans í Reykjavík, Reykjavík, 2005.

Skýrslur o.fl.:

Council of Europe. Explanatory Report to the Convention on the participation of Foreigners in Public Life at Local Level. (sjá [hér](#))

Mannréttindanefnd SP.

Almenn athugasemd nr. 25 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.7).

Almenn athugasemd nr. 27 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.9).

Skýrsla um Eistland (UN doc.CCPR/C/79/Add.59).

SP-nefnd gegn pyndingum. Skýrsla um Ísland frá 8. júlí 2008 (CAT/C/ISL/CO/3).

Office of the High Commissioner for Human Rights. The Rights of Non-citizens. United Nations. New York and Geneva, 2006 (sjá [hér](#))

III D Jafnræðisregla og bann við mismunun í mannréttindasáttmálum

Jafnræðisregla, hvort sem er *almenn regla sem tryggir jafnan rétt*, án tillits til persónueiginleika eða stöðu, eða *bann við mismunun* á grundvelli persónueiginleika eða stöðu, s.s. uppruna, kyns, kynþáttar, trúar o.s.frv. er án efa ein mikilvægasta trygging mannréttinda í alþjóðlegum sáttmálum, ekki síst að því er varðar réttarstöðu útlendinga. Jafnræðisreglan á stöð í [MYSÞ](#) 1. gr. og 7. gr., auk þess sem grundvallarrök hennar koma fram í inngangsorðum MYSÞ, þ.e. „viðurkenning þess að allir séu jafnbornir til virðingar og óafsalanlegra réttinda“. Jafnræðisreglan er nánar útfærð í öllum grunnsáttmálum SP, SBSR, 2. gr. og 26. gr.; SEFMR, 2. gr.; Barnasáttmálanum, 2. gr.; samningi um vernd og réttindi farandlaunþega (CMW), 7. gr.[\[1\]](#); auk þess sem tveir sáttmálar eru helgaðir því markmiði að ná fram jafnrétti, þ.e. Samningur um afnám allrar mismununar gagnvart konum (CEDAW) sem bannar mismunun á grundvelli kynferðis og Samningur um afnám alls kynþáttamisréttis (CERD) sem bannar mismunun á grundvelli kynþáttar. [\[2\]](#)

Auk almennra ákvæða sem banna mismunun og tryggja jafnan rétt til að njóta tiltekinna varinna réttinda, hafa mannréttindasamningar í auknum mæli fyrir um ítarlegri skilgreiningar á hugtökunum jafnrétti og mismunun og hafa mælt fyrir um vernd sem felst ekki eingöngu í *neikvæðri skyldu* ríkja til að brjóta ekki gegn jafnræðisreglu (bann við mismunun) heldur einnig *jákvæðri skyldu* ríkja til að tryggja öllum jafnan rétt (t.d. með löggjöf sem tryggir jafnan rétt og jöfn tækifæri). Jákvæðar skyldur fela einnig í sér að grípa þarf til aðgerða til að ná fram jafnrétti í raun með virkum aðgerðum. Auk þess hafa mannréttindasamningar, einkum sértækir samningar s.s. CEDAW og CERD, í auknum mæli mælt fyrir um það að tímabundnar aðgerðir sem hygla ákveðnum hópum (svokölluð jákvæð mismunun) brjóti ekki gegn samningnum og er það skilgreiningaratriði að slíkar aðgerðir feli ekki í sér mismunun.

Almenn jafnræðisákvæði, þ.e. ákvæði sem tryggja jafnrétti án þess að vísa í tiltekin efnisréttindi, eru sjaldgæfari í mannréttindasamningum eins og fjallað er um hér á eftir, en mikilvægasta ákvæðið, 26. gr. SBSR, tekur til allra réttinda á hvaða sviði sem er og verður það rakið sérstaklega. Slík almenn ákvæði má einnig oft finna í stjórnarskrám ríkja, sem mæla fyrir um jafnrétti fyrir lögum og samkvæmt lögum.

Sá galli er á jafnræðisreglunni sem mannréttindaákvæði að hún er umfangsmikil og flókin. Jafnræði er í eðli sínu ekki „réttindi“ - og þá ekki einstaklingsbundin „réttindi“ - en fremur gildi sem felur í sér samanburð og tilkall til þess að einstaklingur eða hópur fólks eigi rétt á sambærilegri meðferð eða gæðum og annar einstaklingur eða hópur fólks. Þá er sá galli á jafnræðisreglunni að hún er „opin“ regla, einkum í þeirri útfærslu að hún tryggi líkum líkt, en í því felst að þeir sem eru í sambærilegri stöðu skuli hljóta sömu meðferð. Efnislega vísar reglan því út fyrir sjálfa sig og tryggir eingöngu sambærilega meðferð í sambærilegri stöðu, en ekki tiltekna meðferð. Þrátt fyrir þá mikilvægu tryggingu sem felst í reglunni er efni hennar takmarkað þannig að a) um þarf að vera að ræða sambærileg atriði sem kalla á sömu meðferð (en mat á því hvað er sambærilegt getur verið flókið) og b) þó að um sambærileg atriði sé að ræða sem sæta ólíkri meðferð - og því líkur á að um mismunun sé að ræða - má réttlæta mismunandi meðferð með vísan til lögmætra sjónarmiða og að teknu tilliti til meðalhófsreglunnar.

Eins og fram kom í [II A](#) miða ákvæði mannréttindasáttmála almennt að algildri vernd mannréttinda, þ.e. tryggja réttindi allra án tillits til stöðu og persónueinkenna. Aðgreining - eða mismunun - á grundvelli tiltekinnar stöðu eða persónueinkenna er því almennt bönnuð. Þó er staða útlendinga sérstök að þessu leyti þar sem þjóðaréttur viðurkennir það sjónarmið að sérstakt samband sé milli ríkis og þegna þess, sem leiðir til þess að í afmörkuðum tilvikum er talið réttlæt看legt að þegnar njóti meiri réttinda en útlendingar, einkum á sviði stjórnmalalegra réttinda, búseturéttar og í sumum tilvikum efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda.

Ákvæði mannréttindasáttmála tiltaka yfirleitt *þjóðerni* eða *þjóðernisuppruna* sem einn af þeim þáttum sem ekki má byggja mismunandi meðferð á. Óvissa hefur þó verið um skilning á hugtakinu *þjóðerni* þar sem það getur tekið til ríkisfangs (ríkisborgararéttar) annars vegar og þjóðernisuppruna hins vegar, en *þjóðernisuppruni* vísar einkum til tengsla við ákveðinn hóp sem skilgreindur er á grundvelli sameiginlegrar sögu eða sameiginlegs uppruna. Gögn sem liggja til grundvallar samningum á vegum SP sýna að einkum var miðað við þann skilning að banna skyldi mismunun á grundvelli þjóðernisuppruna. Skýrist þetta annars vegar af því að (minnihluta)hópar af sama uppruna hafa oft staðið höllum fæti gagnvart (ríkjandi) meirihluta og hefur staða þeirra kallað á sérstaka vernd. Hins vegar eru ríki oft treg til að gangast undir skuldbindingar sem ganga gegn fullveldisrétti þeirra í viðkvæmum málum, s.s. varðandi búseturétt og dreifingu efnislegra gæða, og hafa talið réttlæt看legt að takmarka slík réttindi við eigin þegna.

Eins og fram kemur hér á eftir hefur þróunin orðið sú að almennir mannréttindasáttmálar á vegum SP, sem og Mannréttindasáttmáli Evrópu, hafa verið skýrðir þannig að mismunun sem byggist eingöngu á þjóðerni fellur undir bann samninganna og verður ekki réttlæt看 nema með málefnalegum rökum sem tengjast öðrum sjónarmiðum en þjóðerni. Um viðleitni til að bæta stöðu útlendinga með því að setja reglur sem vernda réttindi þeirra sérstaklega vísast til [II B](#).

Þessi kafli fjallar um ákvæði mannréttindasamninga sem íslenska ríkið hefur fullgilt og sem banna mismunun. Er fyrst fjallað um ákvæði SBSR og MSE sem banna mismunun í tengslum við framkvæmd borgararegra- og stjórnmalalegra réttinda ([III D-1](#)) og síðan um ákvæði SEFMR og FSE sem banna mismunun við framkvæmd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda ([III D-2](#)). Þá er fjallað um almennt ákvæði 26. gr. SBSR, sem er sjálfstæð jafnræðisregla og jafnframt víðtækasta jafnræðisregla þjóðréttarlegra samninga ([III D-3](#)). Í öllum tilvikum er áherslan lögð á að varpa ljósi á það að hve miklu leyti ákvæðin eiga við um útlendinga og hvaða réttarvernd þau tryggja. Þá fjallar kafli [III D-3](#) um jafnræðisreglu íslensks réttar.

Í [III D-4](#) er gefið yfirlit yfir ákvæði sértækra samninga sem Ísland á aðild að og banna mismunun á tilteknum grundvelli, s.s. vegna kynferðis, kynþáttar, fötlunar o.s.frv. Að því er þessa samninga varðar verður að hafa tvennt í huga. Í fyrsta lagi leggja þeir á ríki víðtækari skyldur en jafnræðisákvæði almennra samninga til að ná fram því markmiði að banna mismunun og tryggja jafnrétti þeirra hópa sem verndin nær til. Í öðru lagi er hér um að ræða ástæður mismununar sem kalla á algilda vernd, eftir því sem hægt er, og taka þessir samningar því til útlendinga jafnt og annarra. Samningar sem banna mismunun á grundvelli kynþáttar leyfa þó að greinarmunur sé gerður á grundvelli þjóðernis (ríkisfangs) og getur oft verið erfitt að draga mörk á milli þjóðernis og þjóðernisuppruna eða kynþáttar.

Tilvísanir:

[1] Greinin er ein af fáum sem bannar mismunun á grundvelli þjóðernis. Samningurinn hefur ekki verið fullgiltur þó hann hafi verið undirritaður af Íslenska ríkinu, sjá [II B](#).

[2] Ekki er ákvæði um bann við mismunun í CAP, þar sem bann við pyndingum er algilt og ófrávíkjanlegt.

III D-1 Bann við mismunun við framkvæmd borgaralegra og stjórnálalegra réttinda

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit UA
Bann við mismunun við framkvæmd borgaralegra og stjórnálalegra réttinda	2. gr. SBSR 26. gr. SBSR 14. gr. MSE 2. gr. Barnasáttmálans	65. gr. STS	SP nefnd Van Oord gegn Hollandi Karakurt gegn Austurríki MDE Abdulaziz, Cabales and Balkandali Gaygusuz gegn Austurríki Koua Poirrez gegn Frakklandi Andrejeva gegn Lettlandi Niedzwiecki gegn Pýskalandi

SBSR

Af einstökum ákvæðum sem banna mismunun við framkvæmd tiltekinna réttinda má fyrst nefna ákvæði SBSR.

2. gr. SBSR

2. gr. 1. Sérhvert ríki sem aðili er að samningi þessum tekst á hendur að virða og ábyrgjast öllum einstaklingum innan landsvæðis síns og undir lögsögu sinni réttindi þau sem viðurkennd eru í samningi þessum án nokkurs konar mismununar svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.

Ákvæði 2. gr. SBSR á það sammerkt með ákvæðum fleiri mannréttindasamninga að tiltaka þau einkenni eða stöðu sem bann við mismunun nær til og eru þar tiltekin *kynþáttur, litarháttur, kynferði, tunga, trúarbrögð, stjórnmalaskoðanir eða aðrar skoðanir; þjóðernisuppruni eða félagslegur uppruni, eignir og ætterni*. Ákvæðið er þó opið þar sem það vísar til annarra aðstæðna. Ákvæðið bannar mismunun við framkvæmd þeirra réttinda sem SBSR tryggir, þ.e. fyrst og fremst þeirra frelsisréttinda sem tryggð eru í samningnum. Ákvæðið gerir þó einnig þá kröfu að ríki „virði“ og „ábyrgist“^[1] þessi réttindi án mismununar, en það felur ekki eingöngu í sér neikvæðar skyldur ríkisins heldur einnig jákvæða skyldu ríkisins að tryggja að einstaklingar á yfirráðasvæði þess njóti réttinda þeirra sem SBSR tryggir án nokkurrar mismununar. Orðalagið felur í sér ákveðna skyldu ríkisins og er sterkara en sambærilegt orðalag í SEFMR (sjá [III D-2](#)). Vegna þess að ákvæði 26. gr. SBSR bannar mismunun og tryggir jafnan rétt án tillits til þeirra ástæðna sem að ofan greinir verður sjálfstæð þýðing 2. gr. SBSR minni en ella.^[2] Þó er ljóst að nota má greinarnar saman og felur SBSR því í sér virka vernd gegn mismunun. Hefur Mannréttindanefndin staðfest, bæði í einstökum málum og í niðurstöðum um skýrslur ríkja, að mismunun á grundvelli þjóðernis falli undir greinarnar. ^[3] Fjallað er um 26. gr. SBSR í [III D-3](#).

Mismunun er ekki skilgreind í SBSR en í [almenntri athugasemd nr. 18](#) hefur Mannréttindanefndin fylgt rúmri túlkun á hugtakinu, sem tekur til hvers konar greinarmunar, útilokunar eða forgangs sem byggist á þeim ástæðum sem bannað er að leggja til grundvallar, hvort sem er um ásetning að ræða eða afleiðingu af þeim greinarmun sem gerður er. Veitir þetta mikilvægar vísbendingar um beitingu greinarinnar þar sem að í þessu felst að ekki þarf að sanna að um ásetning sé að ræða til að brotið sé gegn greininni. Þá hefur nefndin einnig talið að jákvæð mismunun teljist ekki til mismununar samkvæmt 2. gr. SBSR og fylgir skilgreining nefndarinnar og túlkun þeim skilgreiningum sem stuðst er við í nýrri samningum á vegum SP, einkum CERD og CEDAW (sjá [III D-4](#)).

Að hvaða marki tekur 2. gr. til mismununar á grundvelli þjóðernis? Með sama hætti og á við um 2. gr. SEFMR hefur ávallt staðið nokkur fræðilegur ágreiningur um það hvernig skýra ber orðalagið „þjóðernisuppruni“, þ.e. hvort í því felst bann við mismunun á grundvelli þjóðernis (ríkisfangs eða ríkisborgararéttar) - eða hvort fyrst og fremst er vísað til tengsla við ákveðinn þjóðernishóp (sem oft er minnihlutahópur í tilteknu ríki). Það hefur löngum verið viðurkennt að upphaflega hafi „þjóðerni“ vísað til þjóðernisuppruna eða þjóðerniseinkenna, fremur en ríkisborgararéttar^[4] og kemur þar til hið sérstaka samband ríkis og þegna þess, sem reglur þjóðaréttar virða og þjóðréttarsamningar taka oft mið af vegna afstöðu samningsaðila (aðildarríkjanna). Ætluð mismunun á grundvelli þjóðernis getur hins vegar einnig fallið undir ótilgreindar „aðrar ástæður“. Þá er greinin skýrð til samræmis við 26. gr. SBSR, sem er almenn jafnræðisregla (sjá [III D-3](#)), sem einnig hefur verið talin taka til mismununar á grundvelli þjóðernis.

Þrátt fyrir víðtæka vernd gegn mismunun felur greinin þó ekki í sér að hvers konar greinarmunur sem gerður er á grundvelli tiltekinna ástæðna (þ.m.t. þjóðerni) feli í sér ólögmeta mismunun. Er miðað við að greinarmunur sem gerður er með vísan til hlutlægra ástæðna (þ.e. sem byggist á öðrum ástæðum en hinum tilgreindu) og sem rökstudd er með vísan til lögmætra sjónarmiða feli ekki í sér mismunun.^[5] Sem dæmi um álitafni þar sem reynir á mismunun á grundvelli þjóðernis má nefna tvö mál sem komið hafa fyrir Mannréttindanefndina. Í [Van Oord gegn Hollandi](#)^[6] komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ákvæði sem heimiluðu forréttindi tiltekinna útlendinga væru byggð á hlutlægum, málefnalegum forsendum. Um var að ræða mismunandi meðferð hollenskra ríkisborgara sem búsettir voru erlendis, eftir því hvar þeir voru búsettir (í Bandaríkjunum, Ástralíu o.s.frv.). Þar sem tvíhliða samningar höfðu verið gerðir við þessi ríki, sem fólu í sér gagnkvæmni, viðurkenndi nefndin að greinarmunurinn væri byggður á málefnalegum sjónarmiðum. Í [Karakurt gegn Austurríki](#)^[7] hafði tyrkneskur ríkisborgari sem hafði búið og unnið um árabíl í Austurríki verið kosinn sem trúnaðarmaður í verkalyðsfélagi. Kosningin var vefngd á þeim forsendum að Karakurt væri ekki austurrískur ríkisborgari, en samkvæmt þágildandi lögum var það skilyrði kjörgengis að um væri að ræða austurríska ríkisborgara eða ríkisborgara í einhverju aðildarríkja EES-samningsins. Nefndin komst hér að þeirri niðurstöðu að í sumum tilvikum gæti verið réttlætandi að veita ríkisborgurum tiltekinna ríkja forgang fram yfir aðra og þyrfti að meta hvert mál eftir atvikum sínum. Í tilviki trúnaðarmanna í verkalyðsfélögum var litið til hlutverks þeirra og talið að ekki væru málefnalegar forsendur fyrir því að gera greinarmun á einstaklingum eftir þjóðerni þeirra eins og gert var hér.

Að þeim tilvikum frátöldum sem SBSR og SEFMR heimila takmarkanir á réttindum á grundvelli þjóðernis (sjá yfirlit í [II A](#)) verður að ganga út frá því að mikið þurfi til að koma til að greinarmunur sem eingöngu byggist á þjóðerni viðkomandi standist ákvæði samninganna (2. gr. SBSR, 2. gr. SEFMR og 26. gr. SBSR). Þó verður að skoða hvert mál sérstaklega þegar leysa þarf úr því hvort um óheimila mismunun á grundvelli þjóðernis er að ræða. Ef sýnt er fram á að sá greinarmunur sem gerður er byggist á hlutlægum, forsendum og/eða lögmætum sjónarmiðum er ekki um mismunun að ræða.

Þá verður að hafa í huga að 4. gr. SBSR heimilar ríkjum að vika frá skyldum sínum samkvæmt samningnum „að því marki sem bráðnaðsynlegt er vegna hættuástandsins að því tilskildu að slíkar ráðstafanir séu ekki í ósamræmi við aðrar skyldur þeirra samkvæmt þjóðarétti og feli ekki í sér mismunun sem byggist eingöngu á aðstæðum vegna *kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða eða félagslegs uppruna*." Athyglisvert er að ekki virðist tekið fyrir mismunun á grundvelli þjóðernis eða þjóðernisuppruna, þegar svona stendur á; auk þess hefur því verið haldið fram að um ásetning þurfi að vera að ræða til að brotið sé gegn jafnræðisreglu 4. gr. og hún taki því ekki til óbeinnar mismununar.^[8] Ljóst er að þær ástæður sem nefndar eru í greininni, þ.e. „neyðarástand sem ógnar lífi þjóðarinnar“ geta veitt ríkjum heimildir sem ganga gegn réttindum einstaklinga, ekki síst útlendinga, eða þeirra sem berjast fyrir pólitískum málstað. Verður að hafa vara á framkvæmd sem styðst við 4. gr. SBSR og ljóst er að strangar kröfur eru gerðar um að skilyrðum greinarinnar sé fullnægt, m.a., að um neyðarástand sé að ræða, sem opinberlega hefur verið lýst yfir. Hafa ríki farið varlega í að beita aðgerðum með stoð í 4. gr. SBSR.

MSE

Mannréttindasáttmáli Evrópu bannar einnig alla mismunun í tengslum við þau réttindi sem sáttmálinn tryggir. Ákvæði 14. gr. [MSE](#) er orðað með eftirfarandi hætti:

14. gr.

Réttindi þau og frelsi, sem lýst er í samningi þessum, skulu tryggð án nokkurs manngreinarálits, svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, uppruna eða annarrar stöðu.

Réttindin sem tryggð eru í MSE eru fyrst og fremst borgaraleg og stjórn málaleg réttindi og kemur bann 14. gr. við mismunun til fyllingar þeim efnisákvæðum sem tryggja ákveðin réttindi. Jafnræðisregla 14. gr. felur því ekki í sér sjálfstætt bann við mismunun á þeim grundvelli sem þar er talinn heldur kemur ákvæðið því aðeins til álita ef efni málsins fellur innan ramma þeirra réttinda sem MSE tryggir. Eins og dómstóllinn tók fram í [Abdulaziz, Cabales and Balkandali](#)[9] kemur 14. gr. öðrum ákvæðum sáttmálans til fyllingar og kemur aðeins til skoðunar í málum þar sem reynir á tiltekin réttindi, t.a.m. vernd einkalífs eða fjölskyldu samkvæmt 8. gr. MSE, eða eignaréttar samkvæmt 1. gr. 1. viðauka MSE. Ekki er þó gerð krafa um að brotið sé gegn efnisréttindum, nægilegt er að aðstæður falli innan gildissviðs ákvæðisins til að taka megi til sjálfstæðrar skoðunar hvort brotið hafi verið gegn 14. gr. MSE og hefur dómstóllinn ekki túlkað gildissvið einstakra greina þröngt.[10] Á hinn bóginn er langvarandi dómaframkvæmd því til stuðnings að ef dómstóllinn telur vera um brot á efnisákvæðum samningsins að ræða, er ekki talið nauðsynlegt að skera úr um það hvort um mismunun er að ræða.[11]

Að hvaða marki á 14. gr. MSE við um mismunun á grundvelli þjóðernis? Þrátt fyrir íslenska þýðingu ákvæðisins er spurning hversu mikla vernd ákvæðið veitir gegn mismunun á grundvelli *þjóðernis*. Í enskri útgáfu sáttmálans virðist sem bann við mismunun nái til þjóðernis- eða félagslegs uppruna, sem svipar til verndar samkvæmt samningum SP. Sama álitafni kemur því upp varðandi skilgreiningu á hugtakinu þjóðerni: er miðað við ríkisfang/ ríkisborgararétt eða fremur við þjóðernisuppruna? Ef ákvæðið er túlkað þröngt verndar það ekki gegn mismunun á grundvelli þjóðernis, ef við skiljum þjóðerni sem þegnrétt eða ríkisborgararétt, og eins og fram er komið gera ríki oft greinarmun á eigin þegnum og öðrum þegar kemur að mikilvægum réttindum, s.s. stjórn málaþátttöku og búseturétti, auk ýmissa félagslegra réttinda sem miða að aðstoð við einstaklinga og sam hjálpi þeirra. [12]

MDE hefur leyst úr framangreindu álitafni og fallist á að 14. gr. MSE taki til mismununar á grundvelli þjóðernis. [Gaygusuz gegn Austurríki](#)[13] gefur skýrustu vísbendingarnar um það að mismunandi meðferð á grundvelli þjóðernis fari gegn ákvæði 14. gr., þegar um réttindi er að ræða sem varin eru í sáttmálanum. Þar beitti dómstóllinn venjubundinni aðferð við mat á mismunun, en dómstóllinn hefur ítrekað tekið fram að mismunandi meðferð teljist vera mismunun samkvæmt 14. gr. MSE ef hún er ekki rökstudd með hlutlægum og skynsamlegum hætti, þ.e. ef lögmæt markmið liggja henni ekki að baki, eða ef ekki er gætt meðalhófs.[14] Gaygusuz, var tyrkneskur ríkisborgari en hafði búið og unnið í Austurríki um árabil og greitt þar til félagslega tryggingarkerfisins. Þegar réttur hans til atvinnuleysisbóta var uppurinn óskaði hann eftir greiðslum úr tryggingasjóði sem fól í sér neyðaraðstoð. Honum var synjað um þær bætur á þeim grundvelli að hann væri ekki austurrískur ríkisborgari og hélt Austurríki því fram fyrir dómstólnum að skylda ríkisins til að sjá fyrir nauðpurftum þegna sinna væri

byggð á sérstöku sambandi þeirra og ætti ekki við með sama hætti um útlendinga. MDE féllst ekki á þessi rök og leit til aðstæðna málsins. Gaygusuz hafði verið búsettur í Austurríki og greitt til félagslega kerfisins ; hann var því í sambærilegri aðstöðu og austurrískir þegnar að þessu leyti og komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að synjun stjórnvalda væri ekki byggð á málefnalegum ástæðum.[15] Tók dómstóllinn fram að ekkert hefði komið fram um það að Gaygusuz hefði ekki fullnægt öðrum skilyrðum laganna. Það má því lesa það út úr dómi MDE að það feli í sér brot á 14. gr. MSE, með 1. viðauka, að synja um greiðslu bótanna *eingöngu* á grundvelli þjóðernis. Sú niðurstaða er staðfest í [Koua Poirrez gegn Frakklandi](#) og einnig í [Andrejeva gegn Lettlandi](#)[16] þar sem synjun á því að reikna eftirlaun með hliðsjón af vinnu utan landsvæðisins var byggð eingöngu á þjóðerni og var talin ólömæt.

Þessi niðurstaða leiðir hins vegar ekki til þess að aldrei verði gerður greinarmunur á greiðslum til eigin þegna og útlendinga, og á það við þegar greinarmunur er byggður á öðrum (málefnalegum) ástæðum. Hafa ríki þá svigrúm til mats sem MDE virðir í mörgum tilvikum. Þetta má sjá m.a. af [Niedzwiecki gegn Þýskalandi](#), sem varðaði synjun barnabóta til þeirra sem ekki höfðu varanleg búseturéttindi í Þýskalandi. Enda þótt erfiðara sé fyrir útlendinga að uppfylla það skilyrði, er ekki um mismunun að ræða sem eingöngu er byggð á þjóðerni. Í þessu máli beitti MDE ekki því viðmiði sem notað var í Gaygusuz, þ.e. að viðamiklar ástæður þyrfti til að réttlæta mismunun á grundvelli þjóðernis, heldur vísaði til svigrúms aðildarríkja til mats (e. margin og appreciation) og þess að dómstóllinn hefði ekki það hlutverk að meta almennt að hvaða marki það væri réttlæt看legt að miða greiðslur félagslegra bóta við tiltekin búsetuleyfi.[17] Eins og atvikum málsins var háttáð komst dómstóllinn þó að þeirri niðurstöðu að um óheimila mismunun hefði verið að ræða.

Í 1. gr. 12 viðauka við MSE hefur verið tekin upp almennt orðuð jafnræðisregla sem er, eins og 26. gr. SBSR, sjálfstæð regla um bann við mismunun að því er varðar öll lagaleg réttindi. Fjallað er um þessa grein í kafla [III D-4](#).

Tilvísanir:

[1] e. respect; ensure.

[2] Sumir hafa haldið fram að nota megi 2. gr. þegar fjallað er um efni löggjafar en 26. gr. varði meira lagaframkvæmd (sjá t.d. Carlson og Gisvold, bls. 18). Þetta er þó umdeilt.

[3] Sjá frekar Vandenhoele, bls. 128-9, og samantekt á niðurstöðum nefndarinnar sem þar er vísað til.

[4] 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.

[5] Sjá almenna athugasemd nr. 18, forsendu 13. Hér á eftir verður hugtakið „málefnalegar ástæður“ notað jöfnum höndum yfir hugtakið „hlutlægar“ ástæður (e. objective reasons) sem byggjast á lögmætum sjónarmiðum.

[6] Van Oord gegn Hollandi. Mál nr. 658/1995 (CCPR/C/60/D/658/1995).

[7] Karakurt gegn Austurríki. Mál nr. 965/2000 (CCPR/C/74/D/965/2000).

[8] Sjá Joseph, bls. 829, sem vísar til Roslyn Higgins um þá túlkun.

[9] Abdulaziz, Cabales and Balkandali (dómur 28. maí 1985).

[10] Sjá m.a. mál [Gaygusuz gegn Austurríki](#) sem fjallað er um hér á eftir (þar sem réttur til félagslegrar aðstoðar var talinn falla innan marka ákvæðis 1. gr. 1. Viðauka sem verndar eignarréttinn og , um svipað efni, *Willis gegn Bretlandi* (dómur 11. september 2002, sjá nmgr. 15); í [Fretté gegn Frakklandi](#) (dómur 26. febrúar 2002) var talið að réttur samkynhneigðs manns til að ættleiða barn gæti fallið undir vernd 8. gr. MSE, enda þótt 8. gr. hafi ekki verið talin vernda þann rétt. Var álitaefni um mismunun, sem byggðist á 14. gr., sbr. 8. gr., því tækt til úrlausnar.

[11] Sjá nánari umfjöllun um inntak 14. gr. MSE Arnardóttir, (Bann við mismunun).

[12] Sjá frekari umfjöllun í köflum [III](#) og [IV](#), þar sem rætt er um tiltekin réttindi og fjallað frekar um þá vernd sem þjóðréttarsamningar veita útlendingum á þeim sviðum sem þar er fjallað um.

[13] Gaygusuz gegn Austurríki (dómur 31. ágúst 1996), forsendu 41.

[14] Þýðing höfundar. Hér verður einnig talað um „málefnalegar ástæður“ sem skilja má sem vísun í þessi viðmið. Í meðalhófsreglu felst að aðferðir séu í samræmi við markmið og að ekki sé gengið lengra en nauðsynlegt er til að ná þeim markmiðum sem að er stefnt. Sjá frekar forsendu 42 í Gaygusuz: "According to the Court's case-law, a difference of treatment is discriminatory, for the purposes of Article 14 (art. 14), if it "has no objective and reasonable justification", that is if it does not pursue a "legitimate aim" or if there is not a "reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised". Moreover the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing

whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention."

[15] *Gaygusuz*, forsenda 50. Málið var tekið til skoðunar á grundvelli 14. gr. MSE, þar sem það átti undir 1. gr. 1. viðauka um vernd eignarréttarins, en dómstóllinn hefur talið þá grein eiga við bæði þegar einstaklingar hafa greitt iðgjöld sem réttur til bóta byggist á, sjá m.a. [Willis gegn Bretlandi](#) (dómur 11. September 2002) og einnig án þess að sérstök iðgjöld komi á móti greiðslu, sjá [Stec o.fl. gegn Bretlandi](#) (dómur 12. Apríl 2006). Sjá einnig [Koua Poirrez gegn Frakklandi](#) (dómur 30. september 2003) þar sem einnig var talið að um brot á 14. gr. MSE væri að ræða vegna mismununar á grundvelli þjóðernis vegna synjunar félagslegra greiðslna til fatlaðs einstaklings, á þeim grundvelli að hann hafði ekki franskán ríkisbogararétt.

[16] *Koua Poirrez gegn Frakklandi* (dómur frá 30. september 2003) og *Andrejeva gegn Lettlandi* (dómur frá 18. febrúar 2009).

[17] Sjá einkum forsendur 32-33.

III D-2 Bann við mismunun við framkvæmd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit UA
Bann við mismunun við framkvæmd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda	2. gr. SEFMR FSE 2. gr. Barnasáttmálans	Reglur ESB og EES	

SEFMR

2. gr. SEFMR

2. Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum takast á hendur að ábyrgjast að réttindum þeim sem greind eru í samningi þessum verða framfylgt án nokkurrar mismununar vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.

3. Þróunarlönd mega ákveða, með tilhlýðilegu tilliti til mannréttinda og efnahags þjóða þeirra, að hvaða marki þau mundu ábyrgjast þau efnahagslegu réttindi sem viðurkennd eru í samningi þessum til handa þeim sem ekki eru þegnar þeirra.

Samningurinn bannar, eins og SBSR, einnig sérstaklega mismunun á grundvelli kynferðis í 3. gr.

3. gr.

Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum takast á hendur að ábyrgjast jöfn réttindi til handa körlum og konum til þess að njóta allra þeirra efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu réttinda sem sett eru fram í samningi þessum.

Alþjóðasamningurinn um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi ([SEFMR](#)) tekur til allra einstaklinga en þó er óvissa um skýringu 2. gr. sem bannar mismunun. Þar sem þjóðerni er ekki talið upp þar berum orðum, verður sama óvissa um túlkun greinarinnar og áður hefur verið rakin ([III D-1](#)). Nefndin um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (nefndin) hefur farið hægt í að slá því föstu að mismunun á grundvelli þjóðernis sé bönnuð og skýrir Craven það svo að ríki séu almennt ekki viljug til að viðurkenna svo víðtækar skyldur eða takmarka ákvörðunarvald sitt í viðkvæmum málum.^[1] Þá geta einnig verið málefnalegar ástæður fyrir greinarmun á grundvelli þjóðernis í ákveðnum tilvikum. Craven nefnir t.a.m. að

mörg ríki tilkynni nefndinni mismunandi réttindi varðandi félagsleg réttindi eigin þegna og útlendinga, t.d. félagslegar tryggingar. Nefndin hefur þó í einhverjum tilvikum túlkað greinina þannig að hún taki til mismununar á grundvelli þjóðernis[2] og í almennri athugasemd um jafnrétti kynjanna ([Almenn athugasemd nr. 16](#)) hefur nefndin lýst því að staða flóttamanna og farandlaunþega[3] geti fallið undir „aðrar aðstæður.“ Einnig verður að hafa í huga að 26. gr. SBSR sem mælir fyrir um víðtæka jafnræðisreglu tekur til efnahagslegra og félagslegra réttinda (sjá [III D-3](#)).

Í [almennri athugasemd nr. 3](#) er tekið fram að ríki geti látið eigin þegna ganga framur útlendingum.[4] Þá heimilar 4. gr. SEFMR takmarkanir sem hafa þann tilgang að stuðla að velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi, en þetta ákvæði getur leitt til mismunandi meðferðar gagnvart útlendingum.[5] Meginreglan er þó sú að ef greinarmunur er gerður eingöngu á grundvelli þjóðernis, og ekki eru aðrar málefnalegar forsendur fyrir þeim greinarmun, þyrfti mikið til að koma að fallast á hann. Eins og Craven heldur fram, verður að líta til þess að SEFMR tryggir öllum þau réttindi sem þar eru varin (með þröngum undantekningum) og verður því að gera ráð fyrir því að útlendingar njóti a.m.k. kjarna þeirra réttinda sem tryggð eru. Telur Craven að nefndin muni skoða það sérstaklega ef verulega hallar á útlendinga á einhverju sviði og komi ákvæði 2.gr. þá til skoðunar.

Ágreiningur hefur einnig verið um eðli þeirrar skyldu sem hvílir á aðildarríkjum að ábyrgjast réttindi án mismununar. Craven telur að um ríka skyldu sé að ræða sem feli í sér meira en stefnuyfirlýsingu, þ.e. að skylda til beinna aðgerða til að koma í veg fyrir mismunun felist í ákvæðinu. Vísar Craven til þess að þessi skýring hafi komið fram við gerð sáttmálans, sem og við gerð Limburg reglnanna.[6] Þá hefur nefndin ítrekað að ákvæði sáttmálans um bann við mismunun feli í sér beina skyldu, sem hægt sé að fá fullnægt, en sé ekki háð takmörkunum að því leyti að aðeins sé lögð á ríki skylda til að stuðla að því að jafnrétti náist eftir því sem kostur er.[7] Greinarmunur hefur þó verið gerður á formlegri mismunun (mismunun að lögum (de jure)), sem bönnuð er þegar í stað og mismunun í raun (de facto) sem talið er að ríkjum beri skylda til að vinna gegn með stefnumótun.[8]

Ekki verður fjallað sérstaklega um vernd jafnræðisreglunnar á ákveðnum sviðum, s.s. í sáttmálum ILO, en fjallað er um þá sáttmála ILO sem Ísland á aðild að á viðeigandi stöðum í verkefninu. Sáttmálar ILO eru byggðir á meginreglunni um jafnrétti og hafa ýmsir sáttmálar ILO sérstaklega miðað að því að rétta stöðu erlends vinnuafis. Ísland á þó ekki aðild að mörgum þessarar sáttmála (sjá [II B](#) og [IV A](#)).

FSE og Evrópuráðssamningar

Félagsmálasáttmáli Evrópu ([FSE](#)) hefur, í því formi sem Ísland á aðild að, ekki að geyma almennt ákvæði um bann við mismunun en formáli sáttmálans mælir fyrir um framkvæmd réttinda þeirra sem tryggð eru „ án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, trúarbragða, stjórnmalaskoðana, þjóðernis eða félagslegs uppruna.“ Vafasamt er að þessi yfirlýsing taki til mismununar á grundvelli þjóðernis, eins og slík mismunun yrði ákvörðuð í samræmi við aðrar þjóðréttarlegar skuldbindingar, enda kemur fram í viðauka við FSE að ákvæði 1. - 17. gr. taki til ríkisborgara aðildarríkjanna; sambærileg sérákvæði eru í 12. og 13. gr. sem mæla fyrir um rétt ríkisborgara aðildarríkjanna til félagslegs öryggis og félagslegrar aðstoðar. Samningurinn er því byggður á gagnkvæmni og tekur ekki til allra útlendinga.

Ákvæði FSE, eftir endurskoðun, inniheldur ákvæði sem bannar mismunun (grein E), en Ísland hefur undirritað en ekki fullgilt FSE endurskoðaðan. Þegar ákvæði FSE veita einstaklingum tiltekin félagsleg réttindi, verður því ávallt að hafa í huga að FSE nær ekki til allra útlendinga en er takmarkaður við nokkurs konar gagnkvæmni (þ.e. aðild að samningnum) að frátöldum 18. og 19. gr. (um farandlaunþega) sem eru bundnar við ríkisborgara aðildarríkja Evrópuráðsins án tillits til aðildar að FSE. Sama er að segja um aðra samninga Evrópuráðsins (aðra en MSE) sem miða að gagnkvæmum réttindum fyrir þegna aðildarríkjanna og veita því ekki öðrum útlendingum vernd gegn mismunun.

Eins og fram kom í [III D-1](#) veitir MSE vernd gegn mismunun á grundvelli þjóðernis að því er varðar þau réttindi sem falla innan gildissviðs samningsins (þ.m.t. réttur til félagslegra bóta sem fellur undir gildissvið samningsins um vernd eignaréttar).[\[9\]](#) Þá er ekki útilokað að 2. gr. (um réttinn til lífs) og 3. gr. (um bann við ómannlegri meðferð) gætu komið til skoðunar með 14. gr. að því er lýtur að réttinum til lágmarkslífskjara. MSE getur því veitt betri rétt að þessu leyti en ákvæði FSE, einkum þegar tekið er tillit til gagnkvæmnisjónarmiða sem FSE byggist á.

Reglur ESB og EES

Jafnræðisregla kemur víða fyrir í samningnum um EB og ESB en sú jafnræðisregla sem þar er varin er ekki mannréttindaregla í öllum útfærslum.[\[10\]](#) Bann við mismunun á grundvelli þjóðernis (eða uppruna) tekur þannig m.a. til innfluttra vara (90. gr. Rs.) og ákvarðana um landbúnaðarstefnu sambandsins (34 gr. Rs.). Almenn bann við mismunun í 12. gr. Rs. er einnig bundið við persónulegt og efnislegt gildissvið samningsins og er nánar útfært í fjórfrelsisákvæðum Rs. (um frjálsa för vöru, þjónustu og fólks). Bann við mismunun á grundvelli þjóðernis *gagnvart þegnum annarra ríkja ESB og EES* er óheimil innan gildissviðs samningsins. Í dómum dómstóls ESB hefur þessi regla verið útfærð til að undirbyggja hugmyndina um ríkisborgararétt í sambandinu, þannig að 12. gr. er beitt með 18. gr. (um frjálsa för) og 17. gr. (um ríkisborgararétt í sambandinu) og leiðir til þess að mismunun á grundvelli þjóðernis er óheimil í gistiríki (og stundum upprunaríki, þó að það sæti undantekningum).[\[11\]](#) Þessi dómaframkvæmd verður ekki rakin hér en ljóst er að ekki er um almenna jafnræðisreglu að ræða í þeim skilningi að hún sé sjálfstæð regla sem eigi við um öll réttindi og að hún sé algild og nái til allra.

Það var fyrst með Amsterdamsamningnum (um breytingar á Rs. og samningnum um ESB 1999) sem bandalaginu var í 13. gr. Rs. veitt heimild til að banna mismunun á öðrum grundvelli, þ.e. á grundvelli kynferðis, þjóðernisuppruna, trúarbragða, fötlunar, aldurs og kynhneigðar. Með heimild í þeirri grein hefur verið sett afleidd löggjöf sem fjallað er um í [III D-4](#). Þessar reglur eru ótvírætt settar til verndar mannréttindum.

EES-samningurinn hefur að geyma jafnræðisreglu sambærilega við 12. gr. Rs. í 4. gr. samningsins auk jafnræðisreglu sem gildir á innri markaðinum. 13. gr. Rs. á sér ekki samsvörun í EES-samningnum og ríkisborgararéttur nær ekki til EES. Þrátt fyrir það hafa afleiddar reglur á þessum sviðum verið teknar upp í samninginn. Með tilkomu Mannréttindaskrárinnar og Lissabon samningsins verður jafnræðisreglu gert enn hærra undir höfði en áður og eru þá líkur á því að reglan hafi áhrif á öllum þeim sviðum sem samningarnir taka til (og á það einnig við um EES-samninginn að breyttu breytanda, sbr. frekari umfjöllun í [IC](#)).

Tilvísanir:

[1] Craven, bls 173. Nefndin hefur ekki tekið skýra astöðu til 3. mgr. 2. gr. SEFMR sem leyfir greinarmun á eigin þegnum og öðrum í þróunarríkjunum (Vandehole, bls. 143).

[2] Cholewinski, bls. 57. Sjá einnig Vandehole, bls. 143, þar sem vísað er til niðurstaðna nefndarinnar í málum sem varða félagsmálalöggjöf, menntun, heilbrigðismál og búsetuleyfi og þar sem mismunur á grundvelli þjóðernis var tekin til athugunar.

[3] e. migrant status.

[4] Cholewinski, bls. 57.

[5] Cholewinski, bls. 61.

[6] Limburg Principles, sjá Craven bls. 181.

[7] Vandehole, bls. 64 og úrlausnir nefndarinnar sem þar er vísað til.

[8] Sjá Vandehole, bls. 65, sem vísar til Limbourg reglnanna um þennan greinarmun.

[9] Sjá umfjöllun í [III D-1](#).

[10] Sjá einnig frekari umfjöllun um kynjajafnrétti á vinnumarkaði í IV A, en reglur ESB um kynjajafnrétti eru tvímælaust mannréttindareglur.

[11] Sjá frekar Guðmundsdóttir (Jafnræðisreglan) og sjá tilskipun 2004/38, sem útfærir jafnræðisregluna (tilskipun 2004/38 hefur verið tekin upp í EES-samninginn).

III D-3 Almenn jafnræðisregla og íslenskur réttur

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit UA
Almenn jafnræðisregla og íslenskur réttur	26. gr SBSR MSE (12. viðauki)	65. gr. STS Íslenskur réttur	SP-nefnd Broeks gegn Hollandi Gueye gegn Frakklandi Adam gegn Tékklandi Dómar Hæstaréttar Mál nr. 177/1998 Mál nr. 151/1999 Mál nr. 125/2000

26. gr. SBSR

Það er óumdeilt að eitt mikilvægasta ákvæði þjóðréttarsamninga sem tryggir jafnrétti er 26. gr. [SBSR](#).

26. gr. Allir eru jafnir fyrir lögnum og eiga rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Löggin skulu því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast öllum mönnum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ættarnis eða annarra aðstæðna.

Ákvæði 26. gr. hefur að geyma víðtæka jafnræðisreglu sem, eins og orðalagið ber með sér,

(1) bannar mismunun við framkvæmd og beitingu laga (allir eru jafnir fyrir lögnum); í þessum þætti jafnræðisreglunnar felst fyrst og fremst formleg krafa um samræmi í beitingu laga, þ.e. sambærilegar aðstæður skulu fá sambærilega meðferð.

(2) tryggir jafna lagavernd, en í því felst að við setningu laga verði að gæta að jafnræðisreglunni. Krafan beinist því að því að löggjafinn gæti þess við setningu reglna að jafnrétti sé tryggt og ekki sé um mismunun að ræða

(3) leggur þá skyldu á ríkið að ábyrgjast öllum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun. ([Almenn athugasemd nr. 18](#)) Í slíkri skyldu felst því að beita eigi þeim aðferðum sem tækar eru (t.a.m. lagasetningu) til að tryggja að ekki sé um mismunun að ræða í samfélaginu. Skyldan hvílir á öllum þáttum ríkisvalds, löggjafarvaldi, framkvæmdarvaldi og dómssvaldi ([Almenn athugasemd nr. 31\[1\]](#)). Einnig getur orðið um það að ræða að ríki beri að sjá til þess að ekki sé um mismunun að ræða í einkaréttarlegum samböndum. Í [almennri athugasemd nr. 28](#) er hnykkt á þessari skyldu varðandi jafnrétti kynja og í almennri athugasemd nr. 31 tók Mannréttindanefndin fram að þó að bein einkaréttarleg áhrif sáttmálans séu ekki viðurkennd nái skuldbindingar ríkja ekki tilgangi sínum nema að vernd sáttmálanna nái einnig til þess að vernda einstaklinga gagnvart aðgerðum annarra einstaklinga. Ef slíkt tekst ekki liggur ábyrgðin þó hjá ríkinu, en ekki hjá einstaklingum sem ganga gegn þessum réttindum. Í skyldunni til að ábyrgjast jafna lagavernd felst ekki sjálfkrafa skylda til jákvæðrar mismununar (e. affirmative action) sjá umfjöllun í [III D-4](#).

Mikilvægi 26. gr. SBSR felst m.a. í því að samkvæmt langvarandi framkvæmd tekur greinin til allra þeirra réttinda sem mælt er fyrir um í lögum - en greinin er ekki bundin við þau borgaralegu og stjórnmalalegu réttindi sem sáttmálinn tryggir. Þannig hefur Mannréttindanefndin staðfest að réttindi sem ekki eiga undir efnisákvæði sáttmálans - en sem falla í flokk efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda - falla undir 26. gr. SBSR. Í *Broeks gegn Hollandi* [\[2\]](#) var til umfjöllunar hollensk löggjöf á sviði félagsmálalöggjafar. Giftar konur áttu ekki rétt á atvinnuleysisbótum en giftir menn áttu slíkan rétt samkvæmt löggjöfinni. Þetta var talið brjóta gegn 26. gr. sem mismunun á grundvelli kynferðis. Fjöldi úrlausna Mannréttindanefndarinnar hefur staðfest niðurstöðuna í *Broeks gegn Hollandi* og hefur nefndin talið að ýmis efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eigi undir ákvæðið, t.a.m eftirlaun [\[3\]](#); laun vegna uppsagnar; atvinnuleysistryggingar, örorkubætur, styrkir vegna menntunar og barnabætur, [\[4\]](#) heilbrigðistryggingar og eignaréttur. [\[5\]](#)

Af úrlausnum Mannréttindanefndarinnar má draga þá ályktun að jafnræðisregla 26. gr. varði alla löggjöf sem sett er og öll svið þar sem stjórnvöld fara með ákvörðunar- og framkvæmdarvald. Greinin felur því í sér viðamikla tryggingu fyrir beitingu almennrar jafnræðisreglu. Þá er ljóst að mismunun á grundvelli þjóðernis getur fallið undir ákvæðið, þó að úrlausn á því hvort um brot á greininni sé að ræða fari eftir atvikum málsins. Í *Gueye gegn Frakklandi* [\[6\]](#) reyndi á mismunandi eftirlaun hermanna eftir því hvort þeir voru franskir eða frá Senegal. Nefndin taldi að mismunun á grundvelli þjóðernis ætti undir 26. gr. sem „aðrar aðstæður“. Við mat á því hvort málefnalegar ástæður lægju því að baki að eftirlaunaréttur senegalskra hermanna var afnuminn er Senegal hlaut sjálfstæði taldi nefndin að þar væri ekki um málefnalegar ástæður að ræða, þar sem eftirlaunaréttur hermanna væri vegna þjónustu þeirra við franska herinn og sambærilegur við eftirlaunarétt franskra starfsbræðra þeirra. Þá var ekki talið að erfiðleikar við framkvæmd eftirlaunagreiðslanna gætu réttlætt mismunandi meðferð. Í *Adam gegn Tékklandi* [\[7\]](#) reyndi á eignarétt að landi sem hafði verið tekið eignarnámi af tékkneska ríkinu árið 1949. Með lögum frá 1991 var þeim sem tilkall áttu til eigna gert kleift að endurheimta þær, með því skilyrði að um væri að ræða tékkneska ríkisborgara sem væru búsettir í Tékklandi. Nefndin taldi að skilyrði um ríkisborgararétt væri ekki byggt á málefnalegum forsendum. *Karakurt gegn Austurríki* (sjá [III D-1](#)) staðfestir einnig að mismunun á grundvelli þjóðernis getur átt undir 26. gr. SBSR.

Af 26. gr. SBSR verður einnig leidd skylda ríkja til að stuðla að menntun og skoðanamyndun um jafnrétti. Ekki er nóg að leiða í lög jafnan rétt og bann við mismunun, heldur ber ríkjum skylda til að fylgja þessum reglum eftir með öllum tiltækum úrræðum eftir ([almenn athugasemd nr. 4](#) og [almenn athugasemd nr. 31](#)).^[8]

MSE

Í viðauka 12, 1. gr., hefur verið tekin upp almennt orðuð jafnræðisregla sem er, eins og 26.gr. SBSR, sjálfstæð regla um bann við mismunun að því er varðar öll lagaleg réttindi.

Í 1. gr. segir svo:^[9]

1. Öll lagaleg réttindi skulu tryggð án nokkurrar mismununar svo sem vegna kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungu, trúarbragða, stjórn mála- eða annarra skoðana, þjóðernis eða þjóðfélagsstöðu, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna uppruna eða annarrar stöðu.
2. Enginn skal sæta nokkurri mismunun af hálfu opinberra aðila svo sem vegna þeirra ástæðna sem nefndar eru í 1. málsgrein.

Ekki er fjallað ítarlega um ákvæðið þar sem Ísland hefur ekki fullgilt 12. viðauka við MSE. Enginn vafi er á því aðslíkt ákvæði, einkum ef það væri lögtekið eins og önnur efnisákvæði MSE, væri til þess fallið að hafa veruleg áhrif á stöðu útlendinga, þar sem það mælir fyrir um jafnan rétt og jafna vernd allra á öllum sviðum lögbundinna réttinda. Minna má þó á að túlkun MDE á 14. gr. MSE hefur stöðugt rýmkað og má gera ráð fyrir áframhaldandi þróun í sömu átt. Gera má ráð fyrir að 14. gr. MSE verði túlkuð í samræmi við 1. gr. 12. viðaukans að öðru leyti en því sem leiðir af því að gildissvið 14. gr. er bundið við að álitafnið eigi undir efnissvið MSE.^[10] Þá má benda á að stjórnarskrárákvæði sem verndar mannréttindi hefur verið túlkað til samræmis við MSE og 26. gr. SBSR og tryggir það vernd jafnræðisreglunnar.

Íslenskur réttur

Í 65. gr. [STS](#) segir:

65. gr. Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ættneris og stöðu að öðru leyti.
Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.

Með þeim breytingum sem gerðar voru með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 var almenn jafnræðisregla tekin upp í stjórnarskrá, auk þess sem hnykkt er á jafnræðisreglunni með sérstöku ákvæði um kynjajafnrétti. Áður hafði jafnræðisreglan talist til óskráðra grundvallarreglna stjórnskipunarinnar.^[11]

Miðað við orðalag ákvæðisins fellur jafnræðisregla stjórnarskrárinnar ekki fyllilega saman við jafnræðisreglu eins og þá sem 26. gr. SBSR eða 12. viðauki MSE tryggja, þar sem reglur tryggir öllum jafnrétti fyrir lögum (formlegt jafnrétti) og tryggir vernd gegn mismunun varðandi mannréttindi. Vísun til mannréttinda vísar fyrst og fremst til mannréttinda sem

tryggð eru í ákvæðum STS, þar sem talin eru fleiri borgaraleg og stjórnómáaleg réttindi en efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Af frumvarpi með lögunum má þó sjá að tilgangurinn með lögfestingu jafnræðisreglunnar í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar var að tryggja sambærilega vernd og þá sem staðfestir þjóðréttarsamningar tryggja. Var tekið fram í frumvarpinu að tekið væri mið af 26. gr. SBSR og að reglunni væri ætlað að hafa rýmra gildissvið en 14. gr. MSE. Er tekið fram í frumvarpinu að reglunni sé ætlað að gilda á öllum sviðum löggjafar og veita öllum jafna lagavernd.[\[12\]](#)

Hæstiréttur hefur staðfest þetta og talið að víðtæk, almenn jafnræðisregla felist í ákvæðinu sem tryggi ekki aðeins formlegt jafnrétti heldur einnig efnislegt og geri kröfu til ríkisins að virða og vernda jafnrétti og stuðla að því að jafnrétti náist. Sjá m.a. hæstaréttarmál [nr. 177/1998](#) (Háskólamál)- þar sem ákvæði laga um málefni fatlaðra voru skýrð með vísan til jafnræðisreglu 65. gr. STS og 14. gr., sbr. 2. gr. 1. viðauka við MSE; lögin leggja þá skyldu á stjórnvöld að tryggja fötluðum jafnrétti á við aðra þjóðfélagsþegna og gengur jafnræðisreglan, túlkuð með þeim hætti, lengra en formleg jafnræðisregla um að beita lögunum með sama hætti í sambærilegum tilvikum og felur í sér jákvæða skyldu ríkisins til að stuðla að því að fatlaðir nái fram réttindum sínum. Í hæstaréttarmáli [nr. 151/1999](#) (táknmálmál) féllst Hæstiréttur á kröfu félags heyrnarlausra um að framboðsræður í sjónvarpi yrðu túlkaðar á táknmáli. Var tekið fram að ekki væri skylda að lögum til að bjóða upp á kynningu framboðenda; ef stjórnvöld tækju að sér slíka kynningu yrði þó að gæta að jafnræðisreglu 65. gr. STS og 14. gr. MSE (ásamt 3. viðauka MSE). Þá er hæstaréttarmál [nr. 125/2000](#) (öryrkjabandalagsmálið) sem fjallað var um í [IC](#) gott dæmi bæði um áhrif þjóðréttarlegra skuldbindinga á skýringu ákvæða stjórnarskrár og laga - og um inntak og áhrif jafnræðisreglu 65. gr. STS, en lesa má dóminn svo að tekið sé mið af efnislegri jafnræðisreglu við túlkun 65. gr. og 76. gr. STS.[\[13\]](#)

Tilvísanir:

[1] Sjá sérstaklega málsgr. 4.

[2] UN Doc. CCPR/C/29/D/172/1984 (S.W.M.Broeks v The Netherlands (Report of the Human Rights committee A/42/40 (1987) Annex VIII, B) (ekki aðgengilegt á <http://documents.un.org>. Sjá einnig F. H. Zwaan-de Vries v the Netherlands (Communication no 182/84 (D); UN Doc CPR/C/29/D/182/1984).

[3] Vos gegn Hollandi. Mál nr. 786/79. (CCPR/C/66/D/786/1997).

[4] Blom gegn Svíþjóð. (Mál nr. 191/85); Oulajin og Kaiss gegn Hollandi (Mál nr. 429/90).

[5] Sjá frekar Joseph o.fl., bls. 686-7.

[6] Gueye gegn Frakklandi. Mál nr. 196/1986 (CCPR/C/35/D/196/1985).

[7] [Adam gegn Tékklandi](#). Mál nr. 586/1994 (CCPR/C/57/D/586/1994.)

[8] Sjá frekar Joseph o.fl., bls. 741.

[9] Sjá Arnardóttir, bls. 433 (óopinber þýðing). Ákvæðið er svohljóðandi í enskri útgáfu: „The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. / 2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1." Ekki er ólíklegt að skýring á orðunum „national or social origin“ taki mið af skýringu þessarra hugtaka í öðrum samningum og í MSE, þ.e. að gera verði greinarmun á þjóðernisuppruna annars vegar og þjóðerni (ríkisborgararétti) hins vegar.

[10] Benda má á þá dóma sem nefndir eru í kafla [III D-1](#) því til stuðnings. Sjá einnig Arnardóttir (Bann við mismunun), en hún gagnrýnir þá ákvörðun íslenskra stjórnvalda að fullgilda ekki samningsviðaukann.

[11] Arnardóttir, bls. 461.

[12] Sjá frekar Guðmundsdóttir (Guðrúnarbók), bls. 150 og Arnardóttir.

[13] Sjá um dóminn Guðmundsdóttir (Guðrúnarbók), og almennt um dóma Hæstaréttar um jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar Arnardóttir.

III D-4 Vernd tiltekinna hópa

Réttindi	Sáttmálar	Íslensk lög	Dómar, úrskurðir, álit UA
Börn	2. gr. Barnasáttmálans 24. gr. SBSR	3. mgr. 76. gr. STS Barnalög nr. 76/2003 Barnaverndarlög nr. 80/2002 Íslenskur réttur	
Bann við mismunun á grundvelli kynferðis og jafn réttur kvenna og karla	1.gr. og 2. gr. CEDAW 3. gr. SBSR 3. gr. SEFMR	2. mgr. 65. gr. STS Lög nr. 10/2008 um jafnan rétt og jafna stöðu kvenna og karla Íslenskur réttur	
Bann við mismunun á grundvelli kynþáttar	CERD	65. gr. STS Íslenskur réttur	MDE Timishev gegn Rússlandi Abdulaziz, Bacaes og Balkandali gegn Bretlandi
Bann við mismunun vegna fötlunar	2. gr. SBSR 2. gr. SEFMR Samningur um réttindi	65. gr. STS Lög nr. 59/1992 um málefni fatlaðra Íslenskur réttur	

	fólks með fötlun *		
	*Samningurinn hefur verið undirritaður en ekki fullgiltur		

Bann við mismunun á þeim grundvelli sem tiltekinn er í samningum SP kemur einnig fram í sértækum samningum sem banna mismunun og tryggja jafnræði með vísan til sérstakra persónueiginleika, einkum kynferðis (CEDAW) og kynþáttar (CERD). Hér verður fjallað um reglur samninga sem banna mismunun á ákveðnum grundvelli. Fjallað verður um mismunun á grundvelli kynferðis, kynþáttar og vegna fötlunar, auk þess sem stutt umfjöllun er um Barnasáttmálann. Ekki verður farið ítarlega yfir skýringu og beitingu þessarra ákvæða en fjallað um stefnumótun þessarra samninga og skilgreiningar á mismunun. Aðaláherslan verður á mismunun á grundvelli kynþáttar, þar sem þar getur einna helst reynt á markatilvik í málum útlendinga.

Barnasáttmálinn

Bann við mismunun er ein af meginstoðum Barnasáttmálans og má lesa út úr samningum öllum þá viðleitni að vernda grundvallarréttindi barna og tryggja þeim lífsskilyrði sem byggjast á sjónarmiðum um manngildi og jafnræði. Nefnd um réttindi barna hefur staðfest að mismunun á grundvelli þjóðernis fellur undir ákvæði 2. gr. og hefur gert athugasemdir við framkvæmd sem mismunar á þeim grundvelli (ekki síst þegar börn eru ekki löglega búsett í landinu), og varða m.a. menntun, heilbrigðis- og félagsþjónustu. Gerð er krafa um að almenn heilbrigðisþjónusta standi börnum til boða, en ekki aðeins heilbrigðisþjónusta í neyðartilvikum þó að þau séu ekki löglega búsett í landinu.^[1]

CEDAW

Samningur SP um afnám allrar mismununar gagnvart konum ([CEDAW](#)) er í heild sinni til þess ætlaður að banna mismunun og stuðla að jafnrétti kvenna og karla á sem flestum sviðum þjóðlífsins, hvort sem er á sviði borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda eða efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Ekki er eingöngu um það að ræða að ríki skuldbindi sig til þess að beita konur ekki mismunun, heldur leggur samningurinn jákvæðar skyldur á aðildarríki að banna alla mismunun gagnvart konum og tryggja jöfn réttindi með lagasetningu og öðrum aðgerðum.

2. gr.

Aðildarríkin fordæma alla mismunun gagnvart konum, eru ásátt um að framfylgja með öllum tiltækum ráðum og án tafar stefnu sem miðar að afnámi mismununar gagnvart konum og takast í þessum tilgangi á hendur:

- a. að setja grundvallarregluna um jafnrétti karla og kvenna í [stjórnarskrár](#) sínar eða aðra viðeigandi löggjöf, sé hún þar ekki fyrir, og að ábyrgjast með lögum eða öðrum viðeigandi ráðum að grundvallarreglu þessari verði framfylgt í raun;
- b. að gera viðeigandi ráðstafanir með lögum og aðrar ráðstafanir, þar með talin viðurlög þar

sem við á, sem banna alla mismunun gagnvart konum;
c. að koma á lagavernd á réttindum kvenna á grundvelli jafnréttis við karla og að tryggja fyrir lögbærum dómstólum landsins og hjá öðrum opinberum stofnunum raunverulega vernd til handa konum gegn hvers konar misrétti;
d. að eiga ekki hlut að né framfylgja mismunun gagnvart konum og ábyrgjast að opinber stjórnvöld og stofnanir breyti í samræmi við þessa skyldu;
e. að gera allar viðeigandi ráðstafanir til þess að afnema mismunun gagnvart konum af hálfu einstaklinga, stofnana eða fyrirtækja;
f. að gera allar viðeigandi ráðstafanir, þ. á m. með lagasetningu, til þess að breyta eða afnema gildandi lög, reglugerðir, venjur og starfshætti sem fela í sér mismunun gagnvart konum;
g. að fella úr gildi öll hegningarlagaákvæði sem fela í sér mismunun gagnvart konum.

Í 1. gr. samningsins er hugtakið mismunun skilgreint sem „hvers kyns aðgreining[], útilokun eða takmörkun sem byggð er á kynferði sem hefur þau áhrif eða markmið að hindra eða koma í veg fyrir að konur, óháð hjúskaparstöðu, á grundvelli jafnréttis karla og kvenna, fái viðurkennd, geti notið eða framfylgt mannréttindum og grundvallarfrelsi á sviði stjórn mála, efnahagsmála, félagsmála, menningarmála, borgaralegra mála eða á sérhverju öðru sviði." Skilgreiningin tekur bæði til mismununar sem er ráðgerð, þ.e.a.s. með þeim ásetningi að beita mismunun, og einnig til „áhrifa" aðgerða, þ.e.a.s. skilgreiningin tekur til aðgerða sem leiða til mismununar, án tillits til þess hvort ásetningur er fyrir hendi eða ekki.

Samningurinn leggur þá skyldu á ríki í 2. gr. að sjá til þess að stjórnvöld og opinberar stofnanir brjóti ekki gegn ákvæðum samningsins og að gera ráðstafanir til þess að útrýma mismunun þó um einkaréttarlega athöfn sé að ræða, þ.e. aðgerð einstaklings eða fyrirtækis (e.liður 2. gr.). Þá er sú skylda lögð á ríki að breyta lögum og framkvæmd sem fela í sér mismunun gagnvart konum og að afnema refsíákvæði sem kunna að hafa sömu áhrif.

Loks ber að nefna að í 4. gr. samningsins er tekið fram að jákvæð mismunun teljist ekki til mismununar. Samningurinn leggur hins vegar ekki skyldu á aðildarríki að beita þeim aðferðum sem kenndar eru við jákvæða mismunun og leggur þá skyldu á ríki að viðhalda ekki slíkum aðferðum lengur en nauðsynlegt er.

4. gr. 1. Geri aðildarríki sérstakar bráðabirgðaráðstafanir sem miða að því að flýta fyrir að raunverulegt jafnrétti karla og kvenna náist skal það ekki talið mismunun eins og það er skilgreint í samningi þessum, en skal ekki á neinn hátt hafa í för með sér að ójöfnum eða ólíkum skilyrðum sé viðhaldið. Ráðstafanir þessar skulu felldar niður þegar markmiðunum um sömu tækifæri og meðferð hefur verið náð.

Í jákvæðri mismunun felst, eins og kemur fram í 4. gr. CEDAW að grípa megi til sérstakra aðgerða til að bæta stöðu ákveðinna hópa tímabundið til þess að raunverulegt jafnrétti náist. Gert er ráð fyrir tímabundnum aðferðum eingöngu sem ekki vari lengur en tekur að bæta stöðu þeirra sem hafa staðið höllum fæti vegna langvarandi mismununar. Jákvæð mismunun hefur því einkum verið notuð til að jafna stöðu kvenna og þeirra sem sætt hafa mismunun vegna kynþáttar. Það eru einkum hinir sértæku samningar sem hafa slegið því föstu að jákvæð mismunun teljist ekki mismunun í skilningi samninganna. Sambærilegri skýringu hefur síðar verið beitt að því er varðar 2. gr. SBSR, 26.gr. SBSR og 2.gr. SEFMR, sbr. [almenna athugasemd nr 31](#) frá Mannréttindanefndinni.

CEDAW setur fram grundvallarreglur, skilgreiningar og markmið sem lúta að kynjajafnrétti. Samningurinn hefur verið fullgiltur af fjölda þjóða og nefnd um jafnan rétt og jafna stöðu karla og kvenna (nefndin) fylgir eftir samningsskuldbindingum ríkja. Að því er varðar réttindi sem byggja má á beint innan hvers ríkis eru það þó stjórnarskrá, lög um jafnan rétt kvenna og karla og innan ESB, reglur Rs. og afleiddra reglna sem hafa mesta þýðingu.

Er ekki þörf á að fjalla frekar um reglur um jafnrétti kynjanna hér, en vísa má til þess að til viðbótar við sérstök ákvæði um kynjajafnrétti í ESB hefur ESB nú heimild bæði í 141. gr. (um kynjajafnrétti sérstaklega) og 13. gr. Rs. til að berjast gegn mismunun, m.a. á grundvelli kynferðis. Með stöðugri uppfærslu EES samningsins hefur reglum ESB á þessu sviði verið fylgt og þær innleiddar í íslenskan rétt .[2]

Uppfærð tilskipun 2006/54, sem kemur í stað fyrri tilskipana um efnið (þ.e. tilskipunar 76/207 um jafna stöðu kvenna og karla á sviði vinnuréttar, með síðari breytingum; tilskipunar 86/378 um jafnrétti í félagslegum tryggingum; tilskipunar 75/117 um jöfn laun og tilskipun 97/80 um sönnunarbyrði) kemur því að öllum líkindum til að verða tekin upp í EES-samninginn, þar sem allar áðurgreindar tilskipanir eru hluti EES-samningsins). Að því er lýtur að þessu verkefni er mikilvægast að hafa í huga að reglur sem binda aðildarríkin á sviði kynjajafnréttis varða alla launþega (án tillits til þjóðernis eða stöðu). Reglurnar taka einnig til annarra sviða og teygja sig einnig inn á einkaréttarlegt svið, þ.e. í samskiptum einstaklinga innbyrðis.

CERD

Samningur um afnám alls kynþáttamisréttis, [CERD](#), er byggður upp með svipuðum hætti og CEDAW, bæði að því er varðar jákvæðar skyldur ríkisins til að banna og koma í veg fyrir allt kynþáttamisrétti og að því er lýtur að rúmri skilgreiningu hugtaksins „kynþáttamisrétti“.

Samkvæmt 1. gr. samningsins tekur hugtakið yfir „hvers kyns aðgreiningu, útilokun, takmörkun eða forgang sem byggður er á kynþætti, litarhætti, ætterni eða þjóðernis- eða þjóðlegum uppruna sem hefur það markmið eða þau áhrif að koma í veg fyrir eða hamla að hægt sé að fá viðurkennd eða geta notið eða framfylgt á jafnræðisgrundvelli, mannréttindum og grundvallarfrelsi á sviði stjórn mála, efnahagsmála, félagsmála, menningarmála eða öðrum opinberum vettvangi.“ Í 4. mgr. 1. gr. er einnig tekið fram að „jákvæð mismunun“ teljist ekki til mismununar í skilningi samningsins. Er ríkjum því heimilt að beita jákvæðri mismunun og þau eru hvött til að leita leiða til að bæta stöðu þeirra sem hafa orðið fyrir mismunun vegna kynþáttar. Þó er, svipað og á við um CEDAW, ekki lögð skylda á aðildarríkin að grípa til slíkra aðgerða.

Af skilgreiningu 1. gr. má ráða þá þætti sem bannað er að bygga mismunun á og tekur skilgreiningin bæði til „kynþáttar“ og þjóðernisuppruna eða þjóðernis. Lítið er um efnislegar skilgreiningar á kynþætti, bæði í þjóðréttarlegum samningum og í reglum og aðgerðum ESB, þar sem hutakið „kynþáttur“ er sjálfst umdeilanlegt og gildishlaðið.[3] Einnig getur verið erfitt að skilgreina hugtakið „þjóðernisuppruni“, þar sem það getur vísað til þess að viðkomandi hafi (söguleg) tengsl við ákveðið þjóðríki, eða við þjóðríki sem ekki nýtur sjálfstæðis; eða við minnihlutahóp sem er staðsettur innan þjóðríkis, án þess að um sé að ræða sameiginlegar þjóðegar rætur. Einnig getur verið erfitt að skilgreina hugtakið „þjóðernisuppruni“, en eins og komið hefur fram er þó hægt að aðgreina það hugtak frá hugtakinu „þjóðerni“, sem vísar fyrst og fremst til formlegra tengsla við tiltekið ríki, þ.e. ríkisfang eða ríkisborgarétt.

Líta verður til þess að mjótt getur verið á munum þess að greinarmunur sé gerður á grundvelli þjóðernis (þ.m.t. ríkisfangs) annars vegnar og þjóðernisuppruna eða kynþáttar hins vegar og getur verið mjótt á munum milli lögmætrar takmörkunar á réttindum útlendinga annars vegar og ólögmætrar mismununar sem byggist á þjóðernisuppruna eða kynþætti hins vegar. Reynt getur á þessi álitafni samkvæmt 2. gr. SBSR, 2. gr. SEFMR og 26. gr. SBSR. Þá getur slík mismunun brotið gegn 14. gr. MSE, ef um réttindi er að ræða sem njóta verndar MSE. Í [Timishev gegn Rússlandi\[4\]](#) komst MDE að þeirri niðurstöðu að inngöngubann gegn einstaklingum frá „Checheniu“ sem byggðist eingöngu á þjóðernisuppruna þeirra félli undir kynþáttamisrétti og bryti gegn 14. gr. MSE, sbr. 2. gr. 4. viðauka). Þjóðernisminnihlutar innan ríkja (s.s. kypur-grikkir í Tyrklandi og flökkufólk (Roma)) njóta einnig verndar ákvæðanna.[5] MDE hefur þó sætt gagnrýni fyrir að hafa tekið seint við sér þegar kemur að óbeinni mismunun (en mismunun á grundvelli þjóðernis og/eða kynþáttar getur fallið undir óbeina mismunun) og mismunun sem ber þess merki að hún sé byggð á kynþætti. Í máli [Abdulaziz, Bacales og Balkandali gegn Bretlandi\[6\]](#) reyndi t.a.m. á breska innflytjendalöggjöf. Eiginmönnum umsækjendanna, sem allar voru löglega búsettar í Bretlandi, var ekki veitt leyfi til búsetu þar (þær reglur áttu ekki við um eiginkonur löglega búsettra útlendinga og reglurnar áttu ekki við um ríkisborgara aðildarríkja ESB og maka þeirra). Kvörtun umsækjenda byggðist á því að brotið væri gegn 8. gr. MSE ásamt 14. gr., þar sem um mismunun væri að ræða á grundvelli kynferðis og kynþáttar. MDE féllst á að hér væri um að ræða mismunun á grundvelli kynferðis. Þótt réttlætningarástæður Bretlands, um að verja innlendan vinnumarkað, gætu átt við rök að styðjast réð það úrslitum að mismunandi reglur áttu við um konur og menn í þessu tilviki og dómstóllinn tók fram að vegna mikilvægis sjónarmiða um kynjafnrétti þyrfti mikið til að koma til að réttlæta mismunun sem byggðist á kynferði.[7] Um ætlaða mismunun á grundvelli kynþáttar taldi dómstóllinn hins vegar að ekki hefði verið sýnt fram á slíka mismunun, þar sem innflytjendalöggjöf gerði ekki greinarmun á fólki á grundvelli kynþáttar. Minnihluti mannréttindanefndarinnar hafði hins vegar komist að því að gögn málsins sýndu að tilgangur löggjafarinnar hefði verið að sporna við innflytjendum af tilteknum uppruna og að því hefði verið um óbeina mismunun á grundvelli kynþáttar að ræða.[8]

Í CERD kemur skýrt fram sú takmörkun að sáttmálinn taki ekki til greinarmunar, takmarkana eða útilokunar milli ríkisborgara og útlendinga. Í 2. og 3. mgr. 1. gr. segir:

1. gr.

2. Samningur þessi skal ekki gilda um aðgreiningu, útilokun, takmarkanir eða forgang sem aðildarríki að samningnum veita ríkisborgurum sínum fram yfir aðra.
3. Ekkert í samningi þessum skal túlkað svo að það hafi á nokkurn hátt áhrif á lagaákvæði í aðildarríkjum sem varða þjóðerni, ríkisborgararétt eða veitingu þegnuréttar, að því tilskildu að í slíkum ákvæðum felist ekki mismunun á milli þjóðerna.

Cholewinski heldur því fram að ætlunin hafi verið að vernda alla gegn kynþáttamismunun, en að orðalag samningsins beri þess merki hversu ríki dragi oft taum eigin þegna.[9] Tilgangur ákvæðisins er því að koma til móts við það sjónarmið ríkja að gera megi greinarmun á eigin þegnum og útlendingum ef lögmæt sjónarmið réttlæta slíkt: þó leiðir það af banni samningsins gegn kynþáttamisrétti að hver sú aðgreining milli eigin ríkisborgara og annarra sem byggist á kynþætti er ólögmæt. Yrðu allar vísbendingar um að slík sjónarmið ráði einhverju um aðgreininguna teknar alvarlega af nefnd um afnám kynþáttamisréttis.[10]

Í [tilmælum nr. 30](#) um mismunun gegn útlendingum hefur nefnd um afnám kynþáttamisréttis[11] lýst áhyggjum yfir því að mismunun, útlendingahatur, og neikvæð afstaða gagnvart útlendingum, s.s. farandlaunþegum, flóttamönnum og hælisleitendum, sé uppistaðan í nútíma kynþáttahatri, sem kalli á viðbrögð alþjóðasamfélagsins og aðgerðir ríkja. Í tillögunum eru gefnar leiðbeiningar um túlkun CERD, sem m.a. ná til áðurgreinds ákvæðis 2. mgr. 1. gr. og kemur þar fram sú skylda ríkja að túlka greinina svo að bann við mismunun nái tilgangi sínum og þannig að tryggt sé að öll þau réttindi sem tryggð eru í Mannréttindaskrá SP séu virt. Þá er lögð áhersla á þá skyldu aðildarríkja að stuðla að jafnrétti milli eigin þegna og annarra að því er varðar öll réttindi sem tryggð eru með þjóðréttarsamningum; segir í 4. lið tilmælanna að mismunun sem byggist á þjóðerni (þ.e. ríkisborgararétti) eða búsetu (e. immigration status) teljist mismunun, ef ekki er um málefnalegar ástæður að ræða sem samræmast samningnum og sem fullnægja sjónarmiðum um meðalhóf.

Tilmæli nefndarinnar miða að því að aðildarríki CERD fullnægi skuldbindingum sínum, bæði með því að breyta lögum og tryggja réttarræði útlendinga þannig að útlendingar (hvort sem er löglega eða ólöglega búsettir í landinu) njóti verndar gegn kynþáttamisrétti og njóti verndar gegn kynþáttahatri. Er sú skylda lögð á aðildarríkin að tryggja að útlendingar verði ekki fyrir mismunun á grundvelli kynþáttar varðandi aðgang að ríkisborgararétti, vegna reglna um brottvísun o.s.frv. Þá er ríkjum gert skylt að afnema allar hindranir sem koma í veg fyrir að útlendingar njóti efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda, einkum á sviði húsnæðis, menntunar, atvinnu og heilbrigðismála.

Með þessum tilmælum hefur nefndin staðfest fyrri framkvæmd sína sem var framsækin í því að gera athugasemdir við greinarmun á eigin þegnum og útlendingum, einkum ef um staðfasta framkvæmd var að ræða og/eða hópa fólks af ákveðnum uppruna. Veitir CERD útlendingum því víðtæka réttarvernd gegn mismunun (að öðru leyti en því að greinarmunur á útlendingum innbyrðis hefur ekki notið sambærilegrar verndar í störfum nefndarinnar).[12]

ESB setti árið 2000 sérstakar reglur sem ætlað er að banna og koma í veg fyrir misrétti á grundvelli kynþáttar, þegar um er að ræða vinnusambönd, aðgang að þjónustu o.s.frv. (Tilskipun 2000/43). Tilskipunin skilgreinir hvað felst í mismunun (2. gr.) og tekur bæði til beinnar og óbeinnar mismununar. Hins vegar er ekki skilgreint nánar hvað felst í hugtakinu kynþáttur (e. racial or ethnic origin), en ætla má að við túlkun hugtaksins yrði tekið mið af reglum CERD og Evrópuráðssamningi um vernd minnihlutahópa. Tilskipunin heimilar greinarmun sem gerður er á grundvelli þjóðernis (e. nationality) og verður að túlka þá undanþágu í því ljósi að bann við mismunun á grundvelli þjóðernis er takmarkað við þjóðerni/ríkisborgararétt í aðildarríki ESB og tekur því ekki til allra útlendinga (þ.e. sérstök réttindi eru veitt ríkisborgurum aðildarríkja ESB, sem ekki taka til annarra); tilskipunin breytir ekki þeirri réttarskipan. Þá er tekið fram tilskipunin hafi ekki áhrif á reglur aðildarríkjanna um komu, búsetu og brottvísun og geta því ríkisborgarar þriðju ríkja ekki sótt betri rétt í tilskipunina en leiðir af öðrum reglum ESB). Að þessu athuguðu veitir tilskipunin því ekki meiri vernd en ákvæði CERD og veitir útlendingum öðrum en ríkisborgurum aðildarríkja ESB minni vernd en CERD.

Samningur um réttindi fólks með fötlun

Samningur SP um réttindi fólks með fötlun var undirritaður af Íslands hálfu árið 2007 og er unnið að aðlögun landsréttar að ákvæðum hans (sjá íslenska þýðingu samningsins [hér](#)). Samningurinn er svipaður þeim sértæku samningum sem áður er fjallað um að því leyti að hann hefur að geyma ítarlega skilgreiningu á mismunun á grundvelli fötlunar, heimilar

jákvæða mismunun og leggur á ríki jákvæðar skyldur til að stuðla að því að fólk með fötlun nái fram réttindum sínum og njóti jafnra réttinda og aðgangs að stofnunum samfélagsins og þeir sem ekki búa við fötlun. Enginn greinarmunur er gerður á grundvelli þjóðernis í þessum samningi, sem verndar alla sem falla undir skilgreiningu samningsins um fötlun.

Reglur ESB um bann við mismunun á grundvelli fötlunar (m.a.)[\[13\]](#) á sviði vinnuréttar, (tilskipun 2000/78) eru einnig algildar (þó með sambærilegri undantekningu og tilskipun 2000/48, þ.e. að hún tekur ekki til greinarmunar sem byggist á þjóðerni og hefur ekki áhrif á reglur aðildarríkja um komu, búsetu og för frá landi (2. mgr. 3. gr.)). Tilskipunin skilgreinir hugtakið mismunun í 2. gr. Með sama hætti og á við um tilskipun 2000/48 tekur hugtakið til beinnar og óbeinnar mismununar og einnig til áreitni sem byggist á þeim grundvelli sem tilskipunin tekur til. Efnissvið tilskipunarinnar er þó takmarkað, þar sem hún tekur aðeins til atriða sem tengjast atvinnuþáttöku, s.s. vinnuskilyrða, atvinnuþjálfunar og samningsfrelsis. Í 5. gr. tilskipunarinnar er sérstaklega mælt fyrir um skyldu aðildarríkjanna til að sjá til þess tekið sé tillit til sérstakra aðstæðna fatlaðra þannig að þeir hafi í raun sömu möguleika í starfi (m.a. með tilliti til starfsframa) og aðrir. Báðar tilskipanir mæla einnig fyrir um það að sérstakar ráðstafanir í þágu þeirra sem þær vernda (þ.e. jákvæð mismunun) brjóti ekki gegn ákvæðum tilskipunarinnar um jafnan rétt.

Íslenskur réttur

Eins og fram kom í kafla um íslenskan rétt hér að framan má telja að jafnræðisregla stjórnarskrárinnar, 65. gr., veiti vernd gegn hvers konar mismunun, sem ekki er réttlætt með málefnalegum rökum. Í sambandi við kynjajafnrétti er sérstakt ákvæði í stjórnarskrá, auk þess sem reglur EES-samningins og afleiddar reglur - sem innlendar reglur taka mið af - tryggja jafnan rétt kvenna og karla. Með sama hætti verður að telja að 65. gr. stjórnarskrárinnar veiti vernd gegn mismunun á grundvelli kynþáttar og vegna fötlunar, sem og annarra atriða. Nokkrir dómar Hæstaréttar hafa fjallað um mismunun sem tengist fötlun en ekki eru mörg mál um mismunun vegna kynþáttar (sjá þó hæstaréttarmál [nr. 461/2001](#), þar sem refsisdómur gekk vegna ummæla sem brutu gegn ákvæðum hegningalaga um vernd á grundvelli þjóðernis, litarháttar eða kynþáttar).

Með sama hætti og reglur um kynjajafnrétti eru útfærðar í löggjöf og framkvæmd eru réttindi fatlaðra, barna og fleiri hópa tryggð í ítarlegri löggjöf, þar sem jafnræðisregla stjórnarskrárinnar og sjónarmið þjóðréttarlega samninga eru nánar útfærð.[\[14\]](#) Þó að þess hafi verið gætt að fullnægja skuldbindingum ríkisins þegar kemur að banni við mismunun sýna skýrslur frá CEDAW og CERD þó að ýmislegt er ógert til að tryggja réttarstöðu fólks samkvæmt þessum samningum (sbr. umfjöllun í [I B](#)). Er það e.t.v. einkum bann við mismunun á grundvelli kynþáttar og þjóðernisuppruna, sem og afstaða til útlendinga, sem hér, eins og víða annars staðar þarf að huga að sbr. það sem áður sagði um afstöðu nefndar um afnám kynþáttamisréttis almennt (í tilmælum nr. 30).

Vinnuhópur félagsmálaráðuneytisins hefur skilað [tillögum](#) um aðlögun íslensks réttar að tilskipunum ESB, sem fjallað er um hér að ofan. Áætlun um að taka efni þessarra tilskipana upp í íslenskan rétt er, eins og nefndin bendir á, umfram skyldu, þar sem sambærilegt ákvæði við 13. gr. Rs. er ekki í EES-samningnum (þ.e.a.s. ákvæði sem veitir sambandinu heimild til að vinna gegn mismunun). Hins vegar fylgja reglur þessar viðurkenndum sjónarmiðum í þjóðréttersamningnum, m.a. CERD og nýjum samningi um réttarstöðu fólks með fötlun, og auk þess fá þær aukið vægi í ljósi Mannréttindaskrár ESB. Er því ekki óeðlilegt að tekið sé mið af þessum reglum við lagasetningu og framkvæmd í íslenskum rétti. Vinnuhópurinn hefur gert

tillögur um að setja þurfi lög til að innleiða þessar skuldbindingar en ekki er um frekari útfærslu slíkrar lagasetningar að ræða í tillögunum.

Tilvísanir:

[1] Vandenhoe, bls., 176-7 Sjá (um heilbrigðisþjónustu) UN Doc. [CRC/C/15/ADD.101](#) (Svíþjóð), málsgrein 11.

[2] Sjá m.a. Konráðsdóttir.

[3] Sjá m.a. Schiek o.fl., bls. 42.

[4] Timishev gegn Rússlandi (dómur 13. desember 2005).

[5] Sjá annars vegar [Kýpur gegn Tyrklandi](#) (dómur 10. maí 2001) og hins vegar fjölda mála sem varða flökkufólk fyrir MDE, t.d. [Nachova gegn Búlgaríu](#) (dómur 6. júlí 2006).

[6] Abdulaziz, Bacaes og Balkandali gegn Bretlandi (dómur 28. maí 1985).

[7] Abdulaziz o.fl., forsenda 78-79.

[8] Sjá niðurstöðu dómstólsins í forsendu 85.

[9] Cholewinski , bls. 63.

[10] Cholewinski, bls. 63, sem vísar til Yilmaz-Dogan gegn Hollandi (Communication 1/1984) Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination 43 UN GAOR Supp. No. 18).

[11] (með vísan til fyrri [tilmæla nr. 11](#) og [tilmæla nr. 20](#), auk [Durban yfirlýsingarinnar](#))

[12] Sjá frekari umfjöllun Vandenhoe, bls. 90 o.áfr. Í því felst að ríki geta veitt ákveðnum hópum útlendinga betri rétt en öðrum.

[13] Þessi tilskipun tekur til mismununar á grundvelli trúar eða skoðana, fötlunar, aldurs og kynhneigðar.

[14] Á sviði kynjajafnréttis sjá umfjöllun m.a. Konráðsdóttir . Ítarleg löggjöf fjallar um jafnrétti kynjanna, sem ekki er fjallað um í verkefninu. Um stefnumótun á sviði málefna fatlaðra sjá heimasíðu félagsmálaráðuneytisins (sjá [hér](#)) og um réttindi barna sjá heimasíðu félagsmálaráðuneytisins og heimasíðu [Umboðsmanns barna](#), auk gagnlegra upplýsinga á www.humanrights.is.

Heimildaskrá og frekara lesefni

Arnardóttir, Oddný Mjöll. „Bann við mismunun.“ Björg Thorarensen, Davíð Þór Björgvinsson, Guðrún Gauksdóttir og Hjördís Björk Hákonardóttir (ritsj.) *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt.* Reykjavík 2005, 433-471.

- „Um gildissvið og eðli hinnar almennu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar.“ *Tímarit lögfræðinga* 2. tbl. 1997, 94-119.

Carlson, Scott N. og Gisvold, Gregory. *A Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights.* Transnational Publishers, 2003.

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

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

Guðmundsdóttir, Dóra. „Jafnræðisreglan og áhrif hennar á frjálsa för fólks innan Evrópska efnahagssvæðisins.“ Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.) *Lögberg, Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands.* Háskólaútgáfan, Reykjavík, 2003, 187-228.

- „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárvarin réttindi.“ *Guðrúnarbók. Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur.* Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík 2006, bls. 133-158.

Konráðsdóttir, Sif. „Jafnlaunareglan í íslenskri dómaframkvæmd og dómum Evrópudómstólsins.“ *Guðrúnarbók. Afmælisrit til heiðurs Guðrúnu Erlendsdóttur.* Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík, 2006, bls. 411-427.

Opsahl, Torkel, „Equality in Human Rights Law - With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.“ *Festschrift Für Felix Ermacora,* 1998.

Joseph, Sarah o.fl. *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials, and Commentary* (2. útg.). Oxford University Press, Oxford, 2004.

Shiek, Dagmar, Waddington, Lisa og Bell, Mark (ritstj.). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law.* Hart publishing, Oxford, 2007.

Vandenhoe, Wouter. *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies.* Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2005.

Skýrslur

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

Almenn athugasemd nr. 3 (General Comment No 3) SEFMR-nefnd (E/1991/23).

Almenn athugasemd nr. 16 (General Comment No 16) SEFMR-nefnd (E/C/12/2005/4).

Almenn athugasemd nr. 4 (CCPR General Comment No 4) Mannréttindanefnd SP

Almenn Athugasemd nr. 18 (CCPR General Comment No 18) Mannréttindanefnd SP

Almenn athugasemd nr. 28 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10) Mannréttindanefnd SP

Almenn athugasemd nr. 31 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13) Mannréttindanefnd SP

Tilmæli nr. 30 (General Recommendation No. 30) Nefnd um afnám kynþáttamisréttis (01.10.2004).

Yilmaz-Dogan gegn Hollandi (Communication 1/1984) Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination 43 UN GAOR Supp. No.18).

Limburg reglurnar (Limburg Principles)

[Durban yfirlýsingin](#)
(Durban Declaration)