

Þrjú hugtök um frelsi

Um meðferð frelsishugtaksins í íslenskum
stjórnarskrárumræðum

Emma Björg Eyjólfsdóttir

Júlí, 2011



HÁSKÓLI ÍSLANDS



HÁSKÓLINN Á BIFRÖST
BIFRÖST UNIVERSITY

Þrjú hugtök um frelsi

Frelsinhugmyndir í umræðum um stjórnarskrá Íslendinga



HÁSKÓLI ÍSLANDS



HÁSKÓLINN Á BIFRÖST
BIFRÖST UNIVERSITY

Leiðbeinandi:
Jón Ólafsson
Júlí, 2011

Emma Björg Eyjólfsdóttir
Kt.: 110485-2209

Ágrip

Hér verður fjallað um frelsishugtakið eins og það birtist í völdum frumvörpum, greinargerðum og umræðum um þær stjórnarskrár sem hafa gilt hér á landi. Umræður um merkingu þeirra hugtaka sem lúta að réttindum og frelsi borgaranna eru af skornum skammti í þeim gögnum sem voru skoðuð en þar sem hún var til staðar virðist sem hinni hefðbundnu aðgreiningu í jákvæð og neikvæð réttindi og jákvætt og neikvætt frelsi hafi verið tekið sem gefinni. Þessi skortur á gagnrýnni umræðu um hugtökin hefur valdið ákveðnum vandræðum í umræðum um frelsi og réttindi þar sem sú aðgreining sem notast er við nær ekki fyllilega að lýsa fyrirbærunum. Lögð er til ný leið að til að nálgast frelsishugtakið þar sem frelsið er skilið sem frelsi undan drottun fremur en frelsi undan afskiptum. Með því að hugleiða aðra skilgreiningu á frelsishugtakinu er hægt að dýpka umræðuna um frelsi og réttindi og losa hana úr viðjum þeirrar tvískiptingar sem hún er föst í. Því er þá haldið fram að með því að endurskilgreina frelsishugtakið verði til nýr hugtakarammi sem nýtist betur til að fjalla um frelsi borgaranna.

Formáli

Verkefni þetta er unnið sem lokaritgerð í M.A námi í menningarfræði við Háskóla Íslands og Háskólann á Bifröst.

Kveikjuna að verkefninu má að einhverju leyti rekja til þátttöku höfundar í Þjóðfundi um stjórnarskrármál sem haldinn var árið 2010. Þar kviknaði sú tilfinning að í umræðuna um stjórnarskrármál vantaði veigamikil atriði, ekki síst hvað varðar nákvæma og gagnrýna notkun á hugtökum. Eftir því sem leið á veturinn og umræðan jókst óx þessi tilfinning að sama skapi þar sem umræðan opinberaðist sem fyrst og fremst tæknilegs eðlis. Hún virtist helst snúast um tæknilegar útfærslur á atriðum sem tekin voru sem gefin. Höfundi rann því blóðið til skyldunnar að sýna fram á að það er fleira sem þarf að taka tillit til við slíka vinnu en viðhorf tæknilegra lögfræðinga og að heimspekileg greining og umfjöllun um hugtök er ekki síður mikilvæg.

Við lok þessarar vinnu ber að þakka þeim sem lögðu hönd á plóginn og ber þar fyrst að nefna samnemendur mína í hópi fyrstu útskriftarnema úr hinu nýja sameiginlega meistaranámi Háskóla Íslands og Háskólans á Bifröst, þær Árnýju Láru Karvelsdóttur, Evu Hafsteinsdóttur og Þorbjörgu Daphne Hall fyrir ómetanlega samstöðu og samverustundir síðastliðið ár. Einnig vil ég þakka fjölskyldu minni þolinmæðina og þá ekki síst sambýlismanni mínum, Pálmari Þorsteinssyni fyrir yfirlestur og gagnlegar ábendingar. Leiðbeinanda mínum, Jóni Ólafssyni, kann ég bestu þakkir fyrir leiðsögnina.

Efnisyfirlit

INNGANGUR	1
1.0 STJÓRNARSKRÁR OG STJÓRNARSKRÁRHYGGJA	2
1.1 Íslenska stjórnarskráin í samhengi stjórnarskrárhyggju	5
1.2 Mannréttindi í stjórnarskrám – tilurð og hefð	7
1.3 Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi	8
1.4 Mannréttindi sem óafsalanleg og náttúruleg réttindi	14
1.5 Samantekt	16
2.0 ÍSLENSKA STJÓRNARSKRÁIN	18
2.1 Stjórnarskráin fyrir lýðveldisstofnun.....	18
2.2 Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands.....	20
2.3 Ræða Bjarna Benediktssonar.....	22
2.4 Stjórnarskrárnefnd Gunnars Thoroddsen	24
2.5 Greinargerð með frumvarpi um endurskoðun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar	26
2.6 Tillögur um stjórnarskrárbreytingar 2007	29
2.7 Frelsisákvæði í nógildandi stjórnarskrá	31
2.8 Samantekt	35
3.0 FRJÁLSLYNDI	38
3.2 Viðhorf frjálshyndis	39
3.1 Isaiah Berlin og tvö hugtök um frelsi	40
3.3 Repúblíkanismi.....	43
3.3.1 Repúblíkanismi sem frjálshyndi.....	50
4.0 REPÚBLÍKANISMI OG STJÓRNARSKRÁ	52
NIÐURSTÖÐUR	55
HEIMILDASKRÁ	58

Inngangur

Heildstæð endurskoðun stjórnarskrár íslenska lýðveldisins hefur lengi verið á dagskrá stjórnvalda eða allt frá lýðveldisstofnun árið 1944. Nokkrar tilraunir hafa verið gerðar til að endurskoða hana í heild sinni en engin þeirra hefur skilað nýrri stjórnarskrá. Þegar þessi orð eru rituð vinnur stjórnlagaráð að slíkri endurskoðun. Tillögurnar eiga þó enn eftir að fara í gegnum umræður á Alþingi og að lokum í þjóðaratkvæðagreiðslu áður en hægt verður að samþykkja nýja stjórnarskrá. Það á því eftir að koma í ljós hvort þessi vinna muni skila Íslendingum nýrri og endurskoðaðri stjórnarskrá.

Í ljósi þess hve margar tilraunir til endurskoðunar stjórnarskrárinnar hafa runnið út í sandinn og þess hve mikið hefur verið lagt til við núverandi endurskoðun eru margir sem binda miklar vonir við starf stjórnlagaráðsins enda er ólíklegt að ráðist verði í sambærilega framkvæmd aftur á næstunni. Það er þó ekki aðeins vegna þess hversu erfitt og kostnaðarsamt hefur verið að koma stjórnlagaráði saman heldur einnig vegna eðlis stjórnarskráa. Eigi þær að þjóna hlutverki sínu þurfa þær að vera „tregbreytilegri“ en önnur lög og sem grundvallarlögum þarf stjórnvöldum að vera erfiðara að breyta þeim en almennum lögum og reglum sem ríkja í hverju landi fyrir sig. Stjórnarskrár mega ekki vera háðar þeim hugmyndum sem eru ríkjandi í stjórn málaumræðunni hverju sinni enda byggja þær að einhverju leyti á þeirri hugmynd að réttindi og réttlæti séu algild, óháð tíma og rúmi og haldi gildi sínu þrátt fyrir að tíðarandinn í samfélögum breytist.

Umræða um stjórn mála er alltaf á sama tíma umræða um merkingu hugtaka sem ekki verða skilgreind í eitt skipti fyrir öll. Stjórn skipan getur mótast töluvert af þeim skilningi sem lagður er í hugtökin á hverjum tíma og því þurfa hugtökin og merking þeirra að vera í stöðugri endurskoðun. Dæmi um slíkt hugtak úr stjórnarskránni er *frelsi*. Það er lykilhugtak í mannréttindakafla stjórnarskrárinnar en í honum er kveðið á um réttindi borgaranna og frelsi þeirra en þar sem frelsishugtakið er ekki skilgreint getur túlkunin á greinunum, og kaflanum í heild sinni, verið æði misjöfn á milli manna. Þó er hætt við að tiltekin skilgreining á hugtökunum verði ráðandi og útiloki aðrar skilgreiningar á hugtakinu sem eru ekki síður mikilvægar og geta speglað í sumum tilfellum gjörólíka sýn á fyrirbærið sem um ræðir.

Hér verður frelsishugtakið til umfjöllunar eins og það birtist í stjórnarskránni og völdum stjórnarskrárfrumvörpum, skýrslum og umræðum um stjórnarskrármál. Í fæstum þeirra voru það frelsi og réttindi borgaranna sem slík sem voru til umræðu heldur fremur

útfærslur á stjórnskipaninni. Í þeim tilfellum þar sem umræður um réttindi borgaranna voru til staðar verður umræðan um frelsi greind, bæði með hliðsjón af skilgreiningu hugtaksins og nákvæmni umræðunnar. Tiltekin hugmynd um frelsi hefur verið gegnumgangandi í öllum þeim stjórnarskrárumræðum sem hér verða til umfjöllunar. Sú frelsishugmynd sem þar birtist verður sett í samhengi við þróun mannréttinda og stjórnarskrár í hinu alþjóðlega samhengi en hún á rætur sínar að rekja til þeirrar frelsishugmyndar sem var undirliggjandi í frönsku byltingunni og þau réttindi sem hún tryggir eru spretta af sömu rót. Færð verða rök fyrir því að sú skilgreining á frelsi hafi leitt umræðuna um réttindi borgaranna á villigötur, ekki síst vegna þess hversu lítil umræða hefur farið fram um þau hugtök sem notuð eru. Ákveðin hugmynd um frelsi hefur verið fest í sessi án tilrauna til að endurskoða hana. Þessi frelsishugmynd hefur stýrt umræðunum um réttindi borgaranna í stjórnarskrárumræðunum sem hér verða til umfjöllunar en því verður haldið fram að sú hugmynd sé ekki nægilega vel til þess fallin að lýsa frelsinu.

Til að greiða úr þessum vanda verður annars konar hugmynd um frelsi kynnt til sögunnar. Þar er um að ræða frelsishugmynd repúblíkanismans¹ eins og hún birtist í skrifum Philips Pettit. Því er haldið fram að sú hugmynd sé betur til þess fallin að lýsa frelsi borgaranna og að hún geti að einhverju leyti greitt úr þeirri flækju sem réttindaumræðan er í hér á landi. Tillögur að stjórnskipan í anda repúblíkanismans verða svo kynntar í lok ritgerðarinnar. Það er ekki síst von höfundar að með annars konar skilgreiningu á frelsishugtakinu verði hægt að dýpka umræðuna um frelsi og réttindi og ræða þessi hugtök á annan hátt en þann tæknilega máta sem hefur verið ráðandi í allri umræðu um stjórnarskrána.

1.0 Stjórnarskrár og stjórnarskrárhyggja

Hægt er að líta á stjórnarskrár og tilgang þeirra með margvíslegum hætti. Tvær mögulegar leiðir eru að líta annars vegar svo á að stjórnarskrá lýsi einfaldlega þeim ramma sem settur er utan um ríkisvaldið og hins vegar sem plagg sem takmarkar vald ríkisvaldsins og er vörn borgaranna í samskiptum þeirra við það. Ef stjórnarskrá er álitin vera rammi utan um ríkisvaldið má segja að svo lengi sem það sé skipulagt og skilgreint með einhverjum hætti sé hægt að tala um að stjórnarskrá sé í gildi. Í slíkum tilfellum getur stjórnarskráin í raun kveðið á um að ríkisvaldinu séu engin takmörk sett og harðstjórn eða alræði verið réttlætt í

¹ Til er íslensk þýðing á orðinu, *lýðveldishyggja*, en þar sem það hugtak er villandi að mati höfundar verður hér notast við hugtakið *repúblíkanismi*.

stjórnarskránni. Algengara er þó að litið sé á stjórnaskrá sem plagg sem takmarkar að einhverju leyti vald ríkisins og það er sá skilningur sem almennt er lagður í hugtakið stjórnarskrá í lýðræðissamfélögum nútímans. Ef stjórnarskrár eru skilgreindar með þeim hætti hafa þær það að markmiði að koma böndum á ríkisvaldið og tryggja á sama tíma lögmæti þess. Ríkisvaldið heldur þannig lögmætu valdi sínu svo lengi sem það virðir þau mörk valds síns sem stjórnarskráin setur því².

Vakning um mannréttindamál á meginlandi Evrópu á átjándu og nítjándu öld er gjarnan talin sú rót sem mannréttindaákvæði í stjórnarskrám á Norðurlöndum, þar með talið á Íslandi, eru sprottin af. Þá er litið til frelsisbaráttu íbúa í fylkjum Norður-Ameríku og réttindayfirlýsingarinnar sem spratt upp úr frönsku byltingunni undir lok átjándu aldar sem fyrirmyndar þeirra mannréttindaákvæða sem við búum við í dag. Íbúar Norður-Ameríku lýstu yfir sjálfstæði sínu 1776 og settu sér stjórnarskrá ellefu árum síðar. Árið 1791 samþykktu þeir viðauka við stjórnarskrána þar sem mannréttindi borgaranna voru útlistuð. Í bandarísku réttindaskránni eru tíu greinar sem tóku allar gildi á sama tíma. Í þeim er meðal annars kveðið á um rétt manna til að stofna trúfélög, málfrelsi og prentfrelsi, réttinn til að bera vopn, friðhelgi heimilisins og rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi svo eitthvað sé nefnt³.

Nokkrum árum eftir að stjórnarskrá Bandaríkjanna var sett, 1789, varð franska réttindayfirlýsingin til. Hún spratt upp úr stjórnarbyltingunni í Frakklandi og í henni var því lýst að ákveðin réttindi væru mannum „náttúruleg, óafsalanleg og heilög“⁴. Þau réttindi sem þar eru talin upp eru enn í dag kjarninn í mannréttindaákvæðum margra stjórnarskráa⁵. Þar er kveðið á um að það skuli vera hlutverk hvers yfirvalds að tryggja réttindi borgaranna til „frelsis, eigna, öryggis og til að verjast gegn kúgun“⁶ þar sem frelsi er skilgreint í réttindaskránni sem það að geta gert hvaðeina sem ekki skaðar aðra. Þau réttindi sem eru talin upp í frönsku réttindaskránni eru um margt lík þeim sem sjá má í þeirri bandarísku. Tjáningar- og skoðanafrelsi, eignarétturinn og rétturinn til réttlátrar málsmeðferðar eru meðal þeirra réttinda sem tryggð eru samkvæmt frönsku réttindayfirlýsingunni. Í henni kemur einnig fram að í ríki þar sem réttindi borgaranna og aðgreining ríkisvaldsins eru ekki tryggð sé ekki hægt að tala um að sé gildandi stjórnarskrá⁷. Hér virðist því sú hugmynd á ferðinni að stjórnarskrár

² Waluchow, 2007

³ Stjórnlagaráð, 2011a

⁴ Van Kley, 1995, bls. 1 „[...]natural, inalienable and sacred[...]“

⁵ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 3

⁶ Van Kley, 1995, bls. 1 „[...] liberty, property, security and resistance to oppression.“

⁷ Van Kley, 1995, bls. 3

gegni því hlutverki að vernda borgarana gegn ríkisvaldinu og tryggja réttindi þeirra. Stjórnarskrá geti því ekki, samkvæmt frönsku yfirlýsingunni, kveðið á um hvernig stjórnskipan sem er ef hún á réttilega að kallast stjórnarskrá.

Þó stjórnarskrár Bandaríkjanna og Frakklands hafi markað upphafið á þeirri hefð að ríki settu sér stjórnarskrár eins og við þekkjum þær í dag má finna fyrsta vísinn að slíkum skráum á miðöldum. Þær voru þó um margt ólíkar þeim stjórnarskrám sem við þekkjum í nútíma ríkjum. Fyrir það fyrsta var sá grundvallarmunur á þeim að á miðöldum lýstu slíkar skrár sambandi konungs og þegna. Þar var því ekki um að ræða stjórnarskrár sem áttu að tryggja réttindi borgaranna og uppsprettu valdsins hjá þeim. Að auki voru skrárnar afmarkaðri, áttu við um ákveðinn þjóðhöfðingja eða tiltekið landsvæði en ekki um ópersónulegt ríkisvald. Þannig hefur stjórnarskrá getað breyst við það eitt að nýr þjóðhöfðingi komi til valda en stjórnarskrár dagsins í dag eru mun varanlegri en svo. Áður fyrr var gjarna um að ræða sáttmála eða yfirlýsingar sem höfðu ekki skýra stöðu gagnvart öðrum landslögum og því gat hlutverk þeirra í stjórnskipan ríkisins verið harla óljós. Með tilkomu einveldisins heyrðu slíkir sáttmálar sögunni til þar sem einvaldurinn varð handhafi fullveldisins og hafði þar með endanlegt og óskorað vald yfir öllum málefnum ríkisins. Þetta óskoraða vald var svo síðar vefengt þegar hugmyndir kviknuðu um að uppspretta alls valds lægi hjá þjóðinni. Þessu fylgdi svo aukin áhersla á valdatakmarkanir og lýðræði⁸.

Hugmyndir um að sporna gegn samþjöppun valds náðu útbreiðslu á átjándu öld. Franski stjórnspekingurinn Montesquieu setti þá fram kenningu sína um þrískiptingu ríkisvaldsins sem hafði mikil áhrif á frelsisbyltingu Frakka og stjórnarskrárgerð Bandaríkjanna. Hugmynd Montesquieu um að löggjafarvaldinu, framkvæmdavaldinu og dómvaldinu væri best komið á höndum sitthvors aðilans til að koma í veg fyrir samþjöppun valds á fárra hendur nutu ekki síst hylli í Bandaríkjunum þar sem mikil áhersla var lögð á að hindra þróun sterks, miðstýrðs ríkisvalds. Valdajafnvægi á milli handhafa ríkisvaldsins varð lykilatriði í bandarískri stjórnskipan og hefur verið allar götur síðan⁹. Á þessum tíma bjuggu Bretar ekki við ritaða stjórnarskrá, og gera í raun ekki enn, heldur studdust þeir við safn laga og hefða sem ríkisvaldið var byggt á. Íbúar í nýlendum Norður-Ameríku höfnuðu því að slíkt væri nóg, enda töldu þeir sig hafa búið við kúgun og ofríki af hálfu breska ríkisvaldsins og því væri ljóst að nauðsynlegt væri að vera með ritaða stjórnarskrá sem gæti gegnt því hlutverki að takmarka vald ríkisins og vernda íbúana gegn misrétti. Slík stjórnarskrá þyrfti að vera æðri

⁸ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 7

⁹ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 15

öðrum lögum ríkisins og henni þyrfti að vera erfiðara að breyta¹⁰. Eins og áður var getið voru slík ákvæði einnig til staðar í frönsku réttindayfirlýsingunni.

Úr þessari umræðu um aðgreiningu og takmörkun ríkisvaldsins spratt svo stjórnarskrárhyggjan (e. constitutionalism). Stjórnarskrárhyggja beinist að meintri þörf fyrir að hefta ríkisvaldið og setja því skýr mörk frekar en að koma tilteknu skipulagi á það. Samkvæmt henni er hlutverk stjórnarskrárinnar að standa vörð um réttindi borgaranna og tryggja að vald safnist ekki saman á fárra hendur¹¹. Þannig er stjórnarskrám ætlað að standa vörð um frelsi borgaranna og takmarka valdsöfnun á hendur ríkisvaldsins og að baki þeim býr sú hugsun að til séu ákveðin réttindi sem eru þess eðlis að þau þarf að vernda sérstaklega og teljast jafnvel vera manningum náttúruleg. Þessar hugmyndir voru ríkjandi í stjórnarskrám fyrri tíma sem einkenndust gjarna af frjálslyndum hugmyndum um frelsi borgaranna og takmörkun ríkisvaldsins. Á síðari tímum hafa svo ákvæði um þátttöku borgaranna bæst við stjórnarskrár margra ríkja og jafnvel efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi¹².

1.1 Íslenska stjórnarskráin í samhengi stjórnarskrárhyggju

Stjórnarskrá íslenska ríkisins er af sama meiði og aðrar stjórnarskrár nútímalegra lýðræðisríkja þar sem áhersla er lögð á að tryggja að enginn einn aðili fari með allt ríkisvaldið og geti í krafti valds síns brotið gegn réttindum borgaranna. Hlutverk stjórnarskráa er samtímis að tryggja að ríkisvaldið sé komið frá þjóðinni og að takmarka það vald, tryggja að uppspretta þess sé hjá borgurunum og gæta þess að það safnist ekki á of fáar hendur. Gunnar Helgi Kristinsson greinir tvö skilyrði sem stjórnarskrár þurfa að uppfylla eigi þær að gegna hlutverki sínu.

Í fyrsta lagi þarf að vera aðili innan stjórnkerfisins sem sinnir virku eftirlit með því að farið sé að stjórnarskránni í allri lagasetningu og í öðru lagi þarf að vera erfiðara að breyta stjórnarskránni en öðrum lögum til að tryggja að löggjafi eða ríkisstjórn geti ekki breytt stjórnarskránni eftir eigin geðþótta. Ástæða þess er ef til vill að þrátt fyrir að flestir samþykki í dag að lög séu fyrst og fremst mannaþingar byggja mannréttindi á þeirri hugmynd að til séu ákveðin réttindi sem eigi ekki að vera hægt að nema úr gildi með einföldum lagabreytingum. Er þá jafnan vísað til þeirrar hugmynda að ákveðnar reglur séu hafnar yfir tíðarandann og grundvallist til dæmis á hugmyndum um eðli mannsins. Ef menn eru fæddir með ákveðin réttindi sem þeir hafa eðlis síns vegna getur það ekki verið svo að löggjafinn á hverjum stað

¹⁰ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 15

¹¹ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 16

¹² Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 25

og á hverjum tíma geti numið þau réttindi úr gildi. Það þýðir að stjórnvöld í hvert skipti þurfa að virða ákveðin réttindi borgara ríkisins burtséð frá því hvort veiting réttinda samræmist vilja þeirra. Samkvæmt stjórnarskrárhyggjunni gegna stjórnarskrár að einhverju leyti þessu hlutverki, að standa vörð um þau réttindi borgaranna sem þarf að tryggja þó handhafar ríkisvaldsins komi og fari. Þess vegna þurfa stjórnarskrár að vera þannig að erfiðara sé að breyta þeim en öðrum lögum, til að tryggja að löggjafinn geti ekki afnumið lagalega skyldu sína til að standa vörð um réttindi borgaranna sem hann hefur af náttúrunnar hendi¹³.

Hitt skilyrðið, virkt eftirlit, er almennt tryggt af dómsvaldinu. Til að tryggja að ríkisvaldið sé í raun þrískipt í löggjafarvald, framkvæmdavald og dómsvald hefur víða þótt óheppilegt ef dómsvaldið fer inn á svið löggjafar- eða framkvæmdavaldsins og því talið að dómsvaldinu ætti að halda utan við starfssvið þeirra. Á hinn bóginn þótti það að sama skapi ófært að enginn aðili hefði eftirlit með löggjafar- og framkvæmdavaldinu og því hefur víða verið brugðið á það ráð að stofna sérstaka dómsstóla sem hafa eftirlit með þessum greinum ríkisvaldsins. Slíkt er þó ekki til staðar hérlendis og hér er enginn aðili sem getur fylgst með því hvort lög standist stjórnarskrá áður en þau taka gildi. Ef aðilar telja að brotið sé gegn stjórnarskrárbundnum rétti þeirra geta þeir þó kært slík brot sem fara þá inn í hið almenna dómskerfi. Hér á landi hefur ekki verið hefð fyrir því að dómsstólar kveði upp úrskurði þar sem þrengt er að ákvörðunarrétti löggjafans og í ofanálag er enginn aðili sem tekur að sér að kveða á um hvort lög brjóti í bága við stjórnarskrá¹⁴.

Það er því knýjandi spurning hvernig sé best að tryggja að stjórnarskráin geti gegnt hlutverki sínu. Vissulega er erfiðara að breyta henni en almennum lögum en það er mun erfiðara að sjá hvernig eigi að framfylgja ákvæðum hennar þegar enginn aðili er til staðar sem tekur slík verkefni að sér og þegar hið almenna dómskerfi hefur skapað þá hefð að þrengja ekki að valdi löggjafans með úrskurðum sínum¹⁵. Mörg dæmi eru um að stjórnarskrár gegni litlu hlutverki, ýmist vegna þess að þær eru fyrst og fremst yfirlýsingar um það hvernig æskilegt væri að málum væri háttað í viðkomandi ríki eða vegna þess að ákvæði þeirra eru ekki virt. Hér á landi virðist vanta aðila sem gæti tekið að sér að fylgjast með því hvort stjórnarskráin sé í raun og veru virt ef hún á að geta gagnast sem vörn réttinda borgaranna.

¹³ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 44-45

¹⁴ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 50-51

¹⁵ Gunnar Helgi Kristinsson, 1994, bls. 51-52

1.2 Mannréttindi í stjórnarskrám – tilurð og hefð

Mannréttindaákvæði stjórnarskráa á vesturlöndum eiga rætur sínar að rekja til frönsku réttindayfirlýsingarinnar og réttindaskráar Bandaríkjanna frá seinni hluta átjándu aldar. Þeim réttindum borgaranna sem þær tryggja er gjarna skipt í borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar. Réttindin sem franska réttindayfirlýsingin frá 1789 kvað á um og sú réttindaskrá sem Bandaríkjamenn settu sér 1791 teljast til þeirra borgaralegu og stjórnmalalegu. Þessi réttindi mótuðust í baráttu við ríkisvaldið sem var gjarna kúgandi enda einkennast þessi réttindi af áherslu á afskiptaleysi ríkisvaldsins og að borgararnir fái að lifa lífum sínum óáreittir af stjórnvöldum¹⁶. Hér er áhersla fyrst og fremst lögð á réttindi borgaranna til að lifa lífi sínu afskiptalausir og án þess að ríkisvaldið verði fyrirferðarmikill þátttakandi í lífi þeirra. Réttindi af þessum toga eru gjarnan uppistaðan í mannréttindaákvæðum, bæði í stjórnarskrám og í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum í dag. Því hefur verið haldið fram að þessi réttindi sé mun auðveldara að tryggja vegna þess að þau krefjist aðeins athafnaleysis af hálfu ríkisvaldsins¹⁷.

Í frönsku réttindaskránni var frelsi lýst sem möguleika einstaklingsins á að gera það sem hann vill svo lengi sem hann skaði ekki aðra¹⁸. Hér virðist hugmyndin vera sú að frelsi borgaranna, og réttindi þeirra, sé hægt að tryggja með því að láta þá afskiptalausar svo lengi sem þeir brjóta ekki neitt af sér og ganga ekki á réttindi annarra. Borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi eru þau sem eru tryggð samkvæmt frönsku réttindaskránni þar sem sú skilgreining sem notast er við á frelsi felur í sér að afskiptaleysi sé besta leiðin til að tryggja þau. Viðhorfið er þá að það eina sem ríkið þurfi að gera til að tryggja borgaraleg eða stjórnmalaleg réttindi borgaranna og hið borgaralega eða stjórnmalalega frelsi sem þeim fylgir er að skerða ekki frelsi þeirra, hlutast ekki til um líf þeirra. Þannig sé nægjanlegt að ríkisvaldið haldi sig til hlés og takmarki ekki athafnafrelsi borgaranna. Þó ber að hafa í huga að mörg þeirra réttinda sem flokkast sem borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi krefjast aðgerða af hálfu ríkisvaldsins sem geta verið kostnaðarsamar. Þannig er kosningarétturinn talinn til borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda en hann verður ekki virkur í raun nema stjórnvöld standi fyrir kosningum. Það er því nokkur einföldun að segja að ríkisvaldið þurfi aðeins að halda sig til hlés til að tryggja borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi borgaranna¹⁹.

¹⁶ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 3-4

¹⁷ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

¹⁸ Van Kley, 1995, bls 1

¹⁹ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 2

Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru önnur tegund stjórnarskrárvarinna réttinda. Hér er um að ræða réttindi sem lúta að velferð borgaranna og getur verið kostnaðarsamt fyrir ríki að veita þessi réttindi. Hér er ekki nóg að ríkið skipti sér ekki af borgurunum heldur þarf það beinlínis að veita þeim ákveðna hluti ef réttindin eiga að vera virk í raun²⁰. Þessi réttindi eru gjarna tengd við velferð og lúta að réttinum til framfærslu, menntunar og heilbrigðisþjónustu svo eitthvað sé nefnt.

Þó borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi séu iðulega í forgrunni í öllum umræðum um frelsi og mannréttindi er einnig til sáttmáli og um félagsleg- og efnahagsleg réttindi sem Íslendingar hafa undirritað. Í íslensku stjórnarskránni eru ákvæði um félagsleg réttindi sem voru sett inn strax árið 1874 sem bein þýðing úr dönsku stjórnarskránni. Félagsleg- og efnahagsleg réttindi hafa því verið stjórnarskrárbundin hér á landi mun lengur en alþjóðlegar skuldbindingar Íslendinga um vernd slíkra réttinda.

1.3 Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi

Eins og áður segir má rekja upphaf borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda til baráttu einstaklinga við ríkisvaldið. Þau voru sett, ásamt ákvæðum um aðgreiningu ríkisvaldsins í þeim tilgangi að tempra vald þeirra og vernda borgarana. Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi gera þetta ekki að sama skapi heldur eru þau gjarna skilgreind út frá þeim skyldum sem þau leggja á herðar ríkisvaldinu. Þau kveða á um nauðsynleg skilyrði þess að borgararnir geti lifað mannsæmandi lífi frekar en að lýsa takmörkunum á ríkisvaldinu í samskiptum sínum við þá.

Upphaf aðgreiningarinnar í borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar má rekja til ólíkrar aðstöðu aðildarríkja Sameinuðu þjóðanna til að innleiða félagsleg- og efnahagsleg réttindi. Í Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna frá 1948 var slíkur greinarmunur ekki gerður en sú yfirlýsing var ekki bindandi og aðildarríkin gátu ekki fullgilt hann. Árið 1966 voru svo lagðir fram tveir samningar þar sem annar kvað á um borgaraleg- og stjórnámálaleg réttindi og hinn um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Við fullgildingu samningsins um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi ber aðildarríkjunum að tryggja að fullu þær mannréttindarreglur sem hann kveður á um en um samninginn um efnahagsleg, félagsleg og

²⁰ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

menningarleg réttindi gildir að aðildarríkin eigi að tryggja „stöðuga framþróun [...] eftir því sem efnahagur þeirra leyfir.”²¹

Lagalega séð leggja þessir tveir samningar jafn ríkar skyldur á herðar þeim ríkjum sem hafa fullgilt þá þó svo að ákveðið svigrúm sé til framkvæmdar samningsins um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Í báðum tilfellum er um að ræða lagaleg réttindi sem ríkjum ber að tryggja, þó framkvæmd annars þeirra velti á efnahagslegum burðum aðildarríkjanna. Skyldur aðildarríkjanna eru til að framfylgja samningnum eftir bestu getu þar sem efnahagslegar aðstæður geta staðið í vegi fyrir því að hægt sé að tryggja að samningnum sé fylgt eftir. Pólitískar ástæður geta aldrei verið réttmætar ástæður þess að honum sé ekki framfylgt enda hafa ríki tekið pólitíska afstöðu til samningsins með undirritun hans og fullgildingu²².

Eftirlit með framfylgd samningsins er nú töluvert en nefnd átján sérfræðinga starfar á vegum Sameinuðu þjóðanna við eftirlit með aðildarríkjum samningsins. Hún tekur við skýrslum, gerir athugasemdir við það sem betur má fara og gerir efnislegar athugasemdir við einstaka hluta samningsins. Viðauki við samninginn var samþykktur af Allherjarþingi Sameinuðu þjóðanna árið 2008 þar sem nefndinni er veitt heimild til að taka við erindum frá einstaklingum sem telja að brotið sé á þeim réttindum sem samningurinn á að tryggja. Viðaukinn hefur ekki enn tekið gildi þar sem aðeins þrjú aðildarríki hafa fullgilt hann af þeim 35 ríkjum sem hafa skrifað undir hann. Alls þurfa tíu ríki að fullgilda viðaukann svo hann taki gildi²³. Það þýðir í raun að þó eftirlitsnefndin sé að nafninu til starfandi geta íbúar ríkja heimsins ekki sent henni ábendingar um það sem betur megi fara í heimalöndum sínum vegna þess að viðaukinn hefur ekki öðlast lagalegt gildi. Það er því ekki augljóst hvernig tryggja á að samningnum sé framfylgt þegar enginn aðili getur sinnt eftirliti með honum.

Aðrar nefndir sem starfa á vegum Sameinuðu þjóðanna hafa heimildir til að taka við slíkum erindum svo hér er ekki um nýbreytni að ræða. Að auki hafa ríki skuldbundið sig til að framfylgja samningnum eftir bestu getu og því ætti að vera eðlilegt næsta skref að eftirlitsnefndin hefði heimild til að taka við ábendingum frá einstaklingum. Íslendingar hafa hvorki undirritað né fullgilt viðaukann og hefur nefndin því ekki heimild til að taka við erindum frá íslenskum ríkisborgurum um vanefndir samningsins af hálfu ríkisvaldsins. Þar sem viðaukinn hefur ekki tekið gildi vegna þess hversu fá aðildarríki hafa fullgilt hann geta í

²¹ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 5

²² Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 5

²³ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 5-6

raun engir einstaklingar sent nefndinni erindi en þó má líta svo á að fullgilding hans sé ákveðin viljayfirlýsing af hálfu þeirra ríkisstjórna sem hafa fullgilt hann.

Eins og Aðalheiður Ámundadóttir og Rachael Lorna Johnstone benda á í bók sinni *Mannréttindi í þrengingum – efnahagsleg og félagsleg réttindi í kreppunni* hafa Íslendingar skuldbundið sig til að framfylgja samningnum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi að svo miklu leyti sem fjárhagsstaða ríkisins leyfir. Samningurinn er bindandi á sama hátt og samningurinn um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi þó ekki sé hægt að krefjast þess eins auðveldlega að samningnum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi verði framfylgt. Aðildarríkjunum ber þó skylda til að gera það eftir fremsta megni²⁴.

Bók Aðalheiðar Ámundadóttur og Rachael Lorna Johnstone er þó ekki eina leiðin sem hefur verið farin í umræðunni um efnahagsleg og félagsleg réttindi á Íslandi. Umræðan um þau hefur ekki endilega verið á þeim nótum að um afdráttarlausar lagalegar skuldbindingar sé að ræða heldur fremur stefnuyfirlýsingu af hálfu ríkisvaldsins eins og sjá má til dæmis í frumvarpi sem fylgdi með lögum um breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995. Þar kemur fram að tilgangurinn með endurskoðun stjórnarskrárinnar á þeim tímapunkti hafi verið þríþættur.

Í fyrsta lagi þurfi að efla, samhæfa og samræma mannréttindaákvæðin þannig að þau gegni betur en nú því hlutverki sínu að vera vörn almennings í samskiptum við þá sem vara með ríkisvald. Í öðru lagi sé þörf á því að færa ýmis ákvæði kaflans til nútímalegra horfs, enda séu þau óbreytt frá því að fyrsta stjórnarskrá Íslands var sett árið 1874. Loks er þriðja lagi bent á að tímabært sé að endurskoða mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar með tilliti til þeirra alþjóðlegu skuldbindinga sem Ísland hefur gengist undir með því að gerast aðilar að alþjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum²⁵.

Hér verður fyrst og fremst einblínt á þriðju ástæðuna fyrir endurskoðun, að þær alþjóðlegu skuldbindingar sem Íslendingar hafa gert krefjist þess að mannréttindakafla stjórnarskrárinnar verði endurskoðaður í heild sinni.

Eins og áður segir eru Íslendingar aðilar að alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi og alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Að auki hafa Íslendingar undirritað samninga sem kveða á um þau réttindi sem tilgreind eru í þeim samningum með nákvæmari hætti. Má þar nefna alþjóðasamning um afnám alls kynþáttamisréttis, alþjóðasamning um afnám allrar mismununar gagnvart konum og samning

²⁴ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 5

²⁵ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 1

um réttindi barnsins. Íslensk stjórnvöld hafa einnig staðfest bókanir um kæruleið fyrir einstaklinga sem telja á sér brotið í samningnum um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi og samningnum um afnám kynþáttamisréttis. Þau hafa ekki staðfest slíkar bókar við aðra alþjóðlega mannréttindasáttmála sem Ísland er aðili að. Íslenskir ríkisborgarar geta því ekki sent erindi til nefnda sem starfa við eftirlit við öðrum samningum en þessum ef þeir telja stjórnvöld brjóta á rétti þeirra²⁶. Íslendingar eru líka aðilar að mannréttindasáttmálum á vegum Evrópuráðsins og samkvæmt greinargerð með frumvarpi um endurskoðun stjórnarskrárinnar er „[m]ikilvægasti alþjóðasamningurinn á vegum Evrópuráðsins [...] mannréttindasáttmáli Evrópu frá árinu 1950, þar sem talin eru helstu borgaralegu og stjórnómálegu réttindi sem aðildarríki eru skuldbundin til að tryggja þegnum sínum.”²⁷

Aðild Íslendinga að ofangreindum samningum var álitin ein ástæða fyrir nauðsyn endurskoðunar mannréttindakafla stjórnarskrárinnar. Vegna þess hversu miklu samningarnir bættu við þau mannréttindi sem talin voru upp í íslensku stjórnarskránni á þeim tíma og vegna óljósrar lagalegrar stöðu slíkra skuldbindinga þótti heillavænlegast að endurskoða stjórnarskrána með tilliti til þeirra. Að auki má geta þess að nefndirnar sem starfa samkvæmt alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi og nefndin sem starfar samkvæmt samningnum um afnám alls kynþáttamisréttis höfðu báðar gagnrýnt það að samningarnir hefðu ekki öðlast lagagildi hérlandis þegar endurskoðunin átti sér stað. Þá hafa þær einnig gert athugasemdir við það að stjórnarskráin verndi ekki öll þau réttindi sem borgararnir hafa samkvæmt samningunum²⁸. Hvort sem það var vegna þeirra athugasemda sem starfsmenn Sameinuðu þjóðanna gerðu eða vegna þess að íslensk stjórnvöld áttuðu sig sjálf á því hversu langt stjórnarskráin ætti í land með að tryggja réttindi borgaranna eins og þau voru skilgreind í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum er ljóst að nauðsynlegt þótti að grípa til ráðstafana þó ekki væri það endilega til að tryggja stöðu efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda hér á landi. Í greinargerð með frumvarpi um breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar segir meðal annars:

Þótt enginn ágreiningur sé um mikilvægi þess markmiðs að tryggja öllum áðurgreind efnahagsleg og félagsleg réttindi er í reynd umdeilt hvort þau beri að telja til grundvallarmannréttinda eða hvort þau séu eins konar viðbótarréttindi sem hafa komið til með batnandi líf skjörum í

²⁶ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 5

²⁷ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 6

²⁸ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 8

nútímaþjóðfélögum. Af þessum sökum eru skiptar skoðanir um hvort eða að hve miklu leyti eigi að stjórnarskrárbinda þessi réttindi²⁹.

Rökin fyrir því að stjórnarskrárbinda þessi réttindi eru fyrst og fremst talin vera mikilvægi þess að allir borgarar geti lifað mannsæmandi lífi en mótrökin að illmögulegt geti verið að framfylgja þeim í raun þar sem geta ríkja til þess velti á fjárhagsstöðu þeirra og

[þ]ótt mikilvægt sé að hvert ríki hafi efst á stefnuskrá sinni að tryggja þegnum sínum mannsæmandi líf og þeirri stefnu verði fylgt eins og kostur er þá sé varasamt að binda slíkar stefnuyfirlýsingar í stjórnarskipunarlög. Með því geti rýrnað gildi annarra mannréttindaákvæða sem felast í afskiptaleysi ríkisins og orðið þannig öllu framkvæmanlegri³⁰.

Hér virðast efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi borgaranna sem hafa verið samþykkt af íslenskum yfirvöldum með undirritun alþjóðlegra mannréttindasamninga vera álitin stefnuyfirlýsingar ríkja sem hafa notið batnandi líf skjara á síðustu árum en ekki ófrávíkjanleg mannréttindi á borð við borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi. Í greinargerðinni segir einnig að ákveðið hafi verið að bæta ekki neinum efnahagslegum, félagslegum eða menningarlegum réttindum við mannréttindakaflann heldur einblína á þau borgaralegu og stjórnsmálalegu³¹ en það má velja því fyrir sér hvort sú ákvörðun velti að einhverju leyti á þeirri staðreynd að „stofninn í mannréttindaákvæðum stjórnarskráa í flestum Evrópuríkjum, þar á meðal á Norðurlöndum, [er] eingöngu af meiði borgaralegra og stjórnsmálalegra réttinda³²“.

Svo virðist sem meðvituð ákvörðun hafi verið tekin af stjórnlaganefnd árið 1994 um að setja ekki ákvæði um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi borgaranna í stjórnarskrá, þrátt fyrir að það hefði samræmst fullkomlega því markmiði endurskoðunarinnar að endurskoða stjórnarskrána með hliðsjón af alþjóðlegum skuldbindingum Íslendinga. Það viðhorf virðist þó ráðandi að varla sé hægt að tala um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi sem eiginleg mannréttindi vegna þess hversu erfitt er að tryggja að þeim sé framfylgt. Þannig geti staða þeirra í stjórnarskrá rýrt gildi hinna borgaralegu og stjórnsmálalegu réttinda vegna þess hversu erfitt er að framfylgja þeim og þannig geti þau verið beinlínis skaðleg fyrir stöðu mannréttinda hér á landi.

²⁹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

³⁰ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

³¹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 8

³² Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

Að mati Aðalheiðar Ámundadóttur og Rachael Lorna Johnstone endurspeglar umfjöllunin í greinargerð með frumvarpi um breytingar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar viðhorf sem þær telja hafa verið ráðandi hjá íslenskum stjórnvöldum og lögspekingum þar sem efnahagsleg og félagsleg réttindi eru almennt sett skör lægra en borgaraleg og stjórnómáleg réttindi. Þau séu almennt álitin velferðarmál fremur en mannréttindamál og að það þýði að þörfum íbúanna sé mætt á grundvelli velferðar eða ölmusu fremur en lagalegra réttinda³³. Þó þetta sé ekki endilega gert meðvitað til að gera lítið úr efnahagslegum og félagslegum réttindum borgaranna telja þær að sú leið sem farin hefur verið í umræðum um þessi réttindi geri það að verkum að þau eru sett skör lægra. Máli sínu til stuðnings nefna þær nokkrar afleiðingar þess að tala um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi sem velferðarmál frekar en mannréttindamál:

- a) Aðgerðaáætlanir eru ekki miðaðar út frá mannréttindum og taka því ekki mið af ákvæðum alþjóðlegra skuldbindinga ríkisins um vernd efnahagslegra og félagslegra réttinda.
- b) Eftirlitskerfi eru ekki hönnuð til að koma auga á mannréttindabrot eða vandkvæði í framkvæmd alþjóðlegra mannréttindasamninga.
- c) Ekki er gert ráð fyrir því að þolendur mannréttindaskerðinga geti leitað réttar síns.
- d) Réttthafar mannréttindanna átta sig ekki á að þeir séu einmitt það; réttthafar, - og skammast sín fyrir að vera á „styrk frá féló.“³⁴

Í ljósi þess að um alþjóðlegar, lagalegar skuldbindingar íslenska ríkisins er að ræða virðast afleiðingar þessarar hugmyndar um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi vera áhyggjuefni. Á meðan viðteknar hugmyndir um mannréttindi borgaranna eru þær að aðeins sum þeirra séu mikilvæg og þurfi að vernda í stjórnarskrá á meðan önnur grafa undan hugmyndinni um mannréttindi er ljóst að erfitt er að krefjast þess að borgararnir njóti allra sinna réttinda.

Það er vissulega rétt að ekki geta öll ríki tryggt að efnahagsleg og félagsleg réttindi borgaranna séu virt en þeim ber samt sem áður skylda til að gera það eftir fremsta megni og að svo miklu leyti sem fjárhagsstaða þeirra leyfir en ef þessi réttindi eru álitin „viðbótarréttindi“ sem tilkomin eru vegna bættar fjárhagsstöðu í nútímaríkjum má ætla að um einhverja aðra hugmynd er að ræða en þá sem mannréttindi hvíla á.

³³ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 3

³⁴ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 3

1.4 Mannréttindi sem óafsalanleg og náttúruleg réttindi

Í réttindayfirlýsingu frönsku byltingarinnar kom fram að þau réttindi sem hún veitti væru náttúruleg og óafsalanleg. Það þýðir í raun að mannréttindi séu manningnum meðfædd vegna mennsku hans og að ekki sé hægt að svipta hann þeim eða neita honum um að njóta þeirra. Þannig hefur maðurinn réttindi þó ljóst sé að víða sé pottur brotinn í vernd og veitingu þeirra réttinda. Hin ýmsu mannréttindabrot eru framin um heim allan en það er ekki vegna réttindaleyfis mannsins heldur vegna skorts á eftirfylgni með því að ríki heimsins standi við skuldbindingar sínar og tryggi að allir íbúar fái notið þeirra réttinda sem þeir eiga tilkall til. Þetta þýðir í raun að mannréttindi byggja á þeirri hugmynd að ákveðin siðabod séu algild og að engar takmarkanir á tilteknum réttindum manna sé réttlætanleg sama hvaða hagsmunir eru í húfi. Þetta viðhorf frönsku byltingarinnar þóknaðist ekki öllum og til að mynda gerði nytjastefnumaðurinn Jeremy Bentham óspart grín að mannréttindaskránni og þeirri kröfu að menn hefðu ófrávíkjanleg réttindi án tillits til afleiðinga þess að þau væru veitt³⁵.

Þrátt fyrir efasemdarraddir voru mannréttindaskrárnar voru skrifaðar og hafa öðlast ákveðið lagalegt gildi, í það minnsta í þeim ríkjum sem hafa fullgilt þær. Í ljósi þess gildis þeirra er ekki augljóst að stjórnarskrárbinding þeirra sé nauðsynleg. Það eru í raun ekki stjórnarskrárnar sem slíkar sem veita þessi réttindi heldur eru þau tryggð af alþjóðlegum, lagalegum skuldbindingum ríkja heims og ýmsir telja þau vera manningnum meðfædd. Umræðan um vernd mannréttinda og hvernig sé best að tryggja þau er ekki ný af nálinni. Ríki heims þurfa að gangast sjálfviljug undir þær skuldbindingar sem mannréttinasáttmálar leggja þeim á herðar og ekkert yfirþjóðlegt yfirvald er í aðstöðu til að gæta þess að allar slíkar skuldbindingar séu virtar. Þó má nefna kæruleiðir til mannréttindanefnda Sameinuðu þjóðanna sem mögulega farvegi fyrir tilkynningar um brot gegn mannréttindum.

Sem stendur er vernd borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda Íslendinga betur tryggð en vernd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Borgarleg og stjórnmalaleg réttindi njóta mun meiri verndar í íslensku stjórnarskránni eins og fjallað verður um í öðrum kafla en að auki hafa Íslendingar staðfest viðauka við alþjóðasamninginn um borgarleg og stjórnmalaleg réttindi þar sem nefndinni um samninginn er veitt heimild til að taka við erindum frá íslenskum ríkisborgurum ef þeir telja á sér brotið. Því getur aðild Íslendinga að alþjóðlegum mannréttinasáttmálum er kveða á um borgarleg og stjórnmalaleg réttindi bætt upp fyrir skortinn á virku eftirliti með því að farið sé að ákvæðum stjórnarskrárinnar. Slík

³⁵ Þorsteinn Gylfason, 2000, bls. 17

úrræði eru ekki til staðar þegar kemur að efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum. Þau njóta ekki víðtækrar stjórnarskrárverndar í íslensku stjórnarskránni og vegna þess að viðaukinn við alþjóðasamning um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hefur ekki verið samþykktur er ekki hægt að tilkynna brot á þessum réttindum til nefndarinnar sem sér um eftirlit með samningnum. Enginn aðili er því til staðar sem getur sinnt eftirliti með þessum réttindum en það vekur óhjákvæmilega upp spurningar um stöðu þessara réttinda. Hvers virði eru efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi ef viðhorf íslenskra stjórnvalda virðist vera að ekki eigi endilega að líta á þau sem réttindi og ekkert eftirlit með þeim er mögulegt? Í ljósi greiningar Gunnars Helga Kristinssonar á nauðsynlegum skilyrðum þess að stjórnarskrár geti sinnt hlutverki sínu virðist liggja beint við að spyrja hvort þessi réttindi, sem njóta engrar sérstakrar verndar, séu í raun og veru tryggð. Þetta vekur að sama skapi upp spurningar um mikilvægi þess að fullgilda viðaukann um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi með það fyrir sjónum að tryggja farveg fyrir kærur borgaranna. Vegna eðlis mannréttinasáttmálanna og sterkrar stöðu þjóðríkisins er þó vafasamt að ætla að láta vernd mannréttinda alfarið í hendur alþjóðlegra stofnana á borð við Sameinuðu þjóðirnar. Vandamál í eftirfylgni með virðingu ríkja heims fyrir mannréttindum er ekki síst vegna þess hversu valdalitlar yfirþjóðlegar stofnanir eru og hversu fá úrræði þær hafa til að bregðast við þegar ríki heims gerast brotleg við alþjóðlega mannréttinasáttmála.

Í þeim ríkjum þar sem stjórnarskráin þjónar tilgangi sínum eins og honum var lýst hér á undan, þar sem stjórnarskránni er erfitt að breyta og þar sem eftirlit með framfylgni við hana er sinnt, getur stjórnarskrárbinding réttindanna verið til mikilla bóta. Ef til vill mætti líta svo á að í stjórnarskrám á borð við þá íslensku megi sjá speglast viðhorf valdhafa til þeirra mannréttinda sem borgararnir eigi að njóta þar sem yfirvöld vernda sérstaklega þau réttindi sem talin eru mikilvæg en önnur eru látin liggja á milli hluta. Borgararnir geta þá kært brot gegn þeim réttindum til Sameinuðu þjóðanna ef þeir telja ástæðu til, eða látið málið niður falla. Í ljósi þess hvernig eftirliti með stjórnarskránni er háttað á Íslandi er ljóst að ekki er hægt að ábyrgjast að öll réttindi íslenskra ríkisborgara séu vernduð. Fyrir það fyrsta eru þau alls ekki öll tilgreind í stjórnarskrá og því er ekki hægt að reka mál fyrir íslenskum dómstólum vegna brota gegn þeim og í annan stað er enginn farvegur til staðar fyrir ábendingar um brot gegn efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum. Ef íslensk stjórnvöld ætla að tryggja að íslenskir ríkisborgar njóti þeirra mannréttinda sem þeim eru tryggð samkvæmt alþjóðlegum mannréttinasáttmálum þá verða þau að bregðast við þeim skorti á úrræðum sem

blasir við þeim sem telja réttindi sín fótum troðin. Í þeim tilfellum þar sem brotið er gegn borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum geta borgararnir snúið sér til Sameinuðu þjóðanna og því er vernd þeirra betur tryggð en vernd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Að auki eru fleiri borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi tryggð í stjórnarskránni.

Sú spurning hlýtur þó að vakna hvers vegna, ef maðurinn er fæddur með ákveðin réttindi sem hann getur ekki afsalað sér og þau eru tryggð með alþjóðlegum samningum, skyldi þá vera nauðsynlegt að stjórnarskrárbinda þau? Svárið við þeirri spurningu virðist liggja í meðferð mannréttinda eins og hún er í reynd í dag. Þrátt fyrir meinta uppsprettu mannréttinda í eðli mannsins og lagalegt gildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála eru mannréttindi brotin um allan heim án þess að þær yfirþjóðlegu stofnanir sem eru til staðar geti brugðist við með afgerandi hætti. Stjórnarskrárverndin lýtur því fyrst og fremst að því að hvert ríki fyrir sig lýsi yfir vilja sínum til að vernda mannréttindi borgara sinna og bjóði þeim upp á aðrar leiðir til að senda ábendingar um brot gegn mannréttindum en til yfirþjóðlegra stofnana. Þannig geti, ef virkt eftirlit er til staðar innanlands, skapast tæki sem geri hverju ríki fyrir sig kleift að takast á við brot á mannréttindum heima fyrir.

1.5 Samantekt

Stjórnarskrárgerð í þeirri mynd sem við þekkjum hana á rætur sínar að rekja til frelsisbyltinganna í Frakklandi og í Bandaríkjunum á átjándu öld. Upphaflega var þeirra helsti tilgangur að standa vörð um réttindi borgaranna sem mörg hver voru talin svo mikilvæg að ekki væri stætt á öðru en að veita þeim sérstaka vernd í stjórnarskrá sem væri erfiðara að breyta en venjulegum lögum til að tryggja að borgararnir væru ekki sviptir þessum réttindum þó vilji ríkisvaldsins stæði til þess. Að einhverju leyti byggir þetta á þeirri hugmynd að menn hafi náttúrulegan rétt til ákveðinna réttinda sem beri að vernda og megi ekki svipta, gjarna vegna ætlaðs eðlis mannsins sem blómstri ekki nema ákveðin réttindi hans séu tryggð. Auk þess að tryggja þessi réttindi með því að benda á þau og veita þeim sérstaka vernd var stjórnarskrám ætlað að tryggja að ríkisvaldið safnaðist ekki á of fáar hendur sem gæti auðveldað misbeitingu valdsins. Þannig varð hugmyndin um þrískiptingu ríkisvaldsins í löggjafarvald, framkvæmdavald og dómvald til sem hluti af tilraun til að vernda borgarana gegn ríkisvaldinu.

Þeim réttindum sem varin eru í stjórnarskránni er gjarna skipt í tvennt: í borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins

vegar. Þau frelsisréttindi sem hafa verið uppistaðan í mannréttindaákvæðum í stjórnarskrám og eru rakin til frönsku réttindayfirlýsingarinnar og bandarísku stjórnarskrárinnar teljast til borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda. Þau hafa það að markmiði að tryggja borgarana gegn ágangi ríkisvaldsins enda mótuðust þau í átökum við yfirvald sem þótti kúgandi. Þau veita borgurunum ákveðið rými til athafna án þess að ríkisvaldið geti haft nokkur afskipti af þeim. Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru tryggð Íslendingum í gegnum sáttmála Sameinuðu þjóðanna um vernd efnahagslegra, borgaralegra og menningarlegra réttinda en þau hafa ekki ratað í jafn miklum mæli inn í stjórnarskrár. Þær hafa þó sama lagalega gildi og þau réttindi sem tryggð eru með alþjóðasamningnum um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi. Hér er í raun um lagaleg réttindi að ræða en staða þeirra virðist ekki jafn skýr í íslenskri stjórnskipun og staða borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda. Ástæðan er mögulega sú að erfiðara er að tryggja að þeim sé framfylgt þar sem veiting þeirra byggist að miklu leyti á fjárhagslegri stöðu ríkja og getu þeirra til að tryggja borgurum sínum slík réttindi en að auki eru þau þess eðlis að nánari útfærsla þeirra í almennri löggjöf er nauðsynleg.

Til að stjórnarskrár geti virkað sem skyldi er nauðsynlegt að þær séu í reynd tregbreytilegri en önnur lög en einnig að einhver aðili sé til staðar sem getur haft eftirlit með því að ríkisvaldið fari að þeim reglum sem settar hafa verið í stjórnarskrá. Víða hefur sú leið verið farin að setja á laggirnar sérstaka stjórnlagadómsstóla sem dæma um það hvort lög standist stjórnarskrá, jafnvel áður en þau taka gildi. Þannig á að tryggja að hið almenna dómskerfi hlutist ekki til um málefni löggjafans en þó sé áfram til staðar dómsstóll sem gætir þess að stjórnarskránni sé í raun framfylgt. Hér á landi er enginn slíkur dómsstóll til staðar en hið almenna dómskerfi hefur tekið að sér að dæma í málum þar sem aðilar telja að þeir hafi verið dæmdir fyrir brot á lögum sem samræmist ekki stjórnarskrá. Þetta vekur upp ákveðnar spurningar um möguleika stjórnarskrárinnar til að hafa raunverulegt gildi umfram önnur lög. Hún er vissulega tregbreytilegri en ekkert virkt eftirlit með henni er mögulegt nema kæra um brot gegn henni berist dómstólum.

Muninn á afstöðu stjórnvalda til hinna tveggja flokka réttinda má að líkindum fyrst og fremst rekja til þess viðhorfs að þau leggi ólíkar skyldur á herðar ríkisvaldsins. Þó má velta því fyrir sér hvort einnig sé hægt að greina ákveðna hugmyndafræðilega gjá á milli þeirra sem gæti útskýrt þennan mun að einhverju leyti. Sú skilgreining á frelsi sem má greina í frönsku réttindayfirlýsingunni er ekki sú sama og býr að baki efnahagslegum, stjórnámálalegum og menningarlegum réttindum. Til að tryggja þau er ekki nóg að veita borgurunum frelsi til

athafna svo lengi sem þau skaða engan annan heldur þarf ákveðnar aðgerðir til að virkja þau. Vegna þess hversu rík arfleifð frönsku réttindayfirlýsingarinnar er í stjórnarskrám nútíma ríkja er ekki ótrúlegt að sú skilgreiningin á frelsishugtakinu sem er undirliggjandi mannréttindaákvæðunum hafi fylgt með í kaupunum. Því má áætla að þessi ríka áhersla á aðgreiningu mannréttinda sé að einhverju leyti afsprengi þeirrar frelsishugmyndar sem var ríkjandi á átjándu öld. Ef sú er raunin mætti segja að ófullnægjandi vernd ákveðinna mannréttinda megi rekja til þeirrar skilgreiningar á frelsishugtakinu sem franska byltingin arfleiddi okkur að.

2.0 Íslenska stjórnarskráin

Í tímans rás hafa nokkrar tillögur að nýrri stjórnarskrá litið dagsins ljós en engin þeirra hefur skilað sér í nýrri stjórnarskrá. Stjórnarskráin er að miklu leyti í upprunalegu horfi en mannréttindakaflinn er sá kafli sem mestum breytingum hefur tekið. Þegar þetta er skrifað stendur yfir tilraun til heildstæðrar endurskoðunar stjórnarskrárinnar. Sérstakt stjórnlagaráð var kjörið til starfans sem hefur það verkefni að semja frumvarp að nýrri stjórnarskrá sem verður sent til umfjöllunar á Alþingi áður en það fer í þjóðaratkvæðagreiðslu. Takist þetta er það í fyrsta sinn sem tekist hefur að fara kerfisbundið í gegnum alla stjórnarskrána og skila nýrri stjórnarskrá að þeirri vinnu lokinni.

Hér að neðan verður farið í gegnum mannréttindakafla nokkurra stjórnarskráa sem gilt hafa á Íslandi, umræður um mannréttindi og frumvörp til laga um stjórnarskrárbreytingar til að greina einhverjar þær hugmyndir sem ríkjandi eru um réttindi og frelsi borgaranna og til að kanna hversu mikil gagnrýnin umræða hefur farið fram um merkingu frelsishugtaksins og mikilvægi þess að halda skilgreiningu þess vel til haga en ekki síst til að sjá hvers konar réttindi stjórnarskráin tryggir íslenskum ríkisborgurum og, þar með, hvers konar frelsi við búum við.

2.1 Stjórnarskráin fyrir lýðveldisstofnun

Íslendingar fengu sína fyrstu stjórnarskrá afhenta af Danakonungi árið 1874 en hún bara titilinn *Stjórnarskrá um hin sjerstaklegu málefni Íslands*. Þá þegar hafði sú þróun átt sér stað að vestræn ríki skrifuðu stjórnarskrár til að stemma stigu við ríkisvaldinu og koma á það böndum. Stjórnarskrárnar gegndu þannig því hlutverki að tempra vald ríkisins gagnvart borgurunum. Það er ef til villandi að tala um þessa fyrstu stjórnarskrá sem íslenska þar sem

hún fjallaði um stöðu Íslands sem svæðis innan danska konungsríkisins en ekki um stjórnskipan Íslands sem fullvalda ríkis.

Aðdraganda afhendingar stjórnarskrárinnar má rekja til breytinga á pólitísku landslagi á meginlandi Evrópu um miðja nítjándu öld en meðal þeirra var afnám einveldis í Danmörku sem leiddi af sér ákveðna óvissu um stöðu Íslands og samband Íslands og Danmerkur. Á þúsund ára afmæli Íslandsbyggðar, árið 1874, fengu Íslendingar svo stjórnarskrána afhenta. Samkvæmt henni fór Alþingi Íslendinga með löggjafarvald á Íslandi en það var þó takmarkað af neitunarvaldi konungs. Framkvæmdavaldið var enn í höndum danskra yfirvalda og það fyrirkomulag var óbreytt til ársins 1904 þegar Íslendingar fengu heimastjórn³⁶.

Danakonungur afhenti stjórnarskrána einhliða og olli það óánægju meðal margra en efnislega var fyrst og fremst deilt um framkvæmdavaldið og stöðu þess hjá dönskum valdhöfum. Þannig virðist lítil styr hafa staðið um grundvallaratriði frjálslyndrar stjórnskipunar á borð við aðgreiningu valdsins og frelsi borgaranna og áherslan verið fremur á mikilvægi þess að Íslendingar hefðu innlent framkvæmdavald. Því var komið á með stjórnarskrárbreytingu árið 1903 og árið 1915 var almennur kosningaréttur karla og kvenna bundin í stjórnarskrá nema réttur sveitastyrkþega sem skyldi komið á í áföngum³⁷.

Í stjórnarskránni frá 1874 er mannréttindakafli sem stóð að miklu leyti óbreyttur fram til ársins 1995. Þar kveður á um réttindi borgaranna, bæði borgaraleg og stjórnmalaleg og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi þeirra. Þannig er kveðið á um framfærslu skyldu ríkisins gagnvart þeim sem ekki geta framfleytt sér sjálfir og til að mennta börn foreldra sem ekki geta greitt fyrir skólagöngu barna sinna. Þar er einnig að finna ákvæði um friðhelgi heimilisins, til að stofna félög og til að tjá skoðanir sínar á prenti³⁸. Þannig voru ákvæði í stjórnarskránni um það sem flokkast sem borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi til staðar en einnig um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.

Það var ekki fyrr en árið 1920 sem róttækari breytingar voru gerðar á stjórnarskránni, enda hafði Ísland þá fengið fullveldi. Framan af snerust umræður um stjórnarskrárbreytingar fyrst og fremst um sparnaðaraðgerðir á borð við fækkun ráðherra og þinghald annað hvert ár en við upphaf fjórða áratugarins fór að bera á umræðum um kosningakerfið sem lituðu alla stjórnarskrárumræðu það sem eftir var tuttugustu aldar. Þær breytingar sem urðu á stjórnarskránni á tímabilinu fólu í sér fastsetningu kjördæmaskiptingar, fjölgun þingmanna,

³⁶ Gunnar Helgi Kristinsson, 2005, bls. 5

³⁷ Gunnar Helgi Kristinsson, 2005, bls. 5

³⁸ Stjórnlagaráð, 2011b, bls. 7-8

afnám ákvæða um að sveitastyrkþegar skyldu ekki njóta kosningaréttar og landsmönnum var gert kleift að kjósa um breytingar á stjórnarskránni vegna sambandsslita við Dani í þjóðaratkvæðagreiðslu.

Stjórnarskrárumræðurnar frá árinu 1920 fram að lýðveldisstofnun snerust að miklu leyti um sparnaðaraðgerðir í þinginu. Í því skyni komu fram tillögur um að þinghald yrði annað hvert ár og að ráðherrum yrði fækkað. Á fjórða áratugnum komst kosningakerfið þó á dagskrá og þá fóru umræðurnar að snúast að miklu leyti um kjördæmaskipan. Slíkar umræður urðu svo fyrirferðamiklar í öllum umræðum um stjórnarskrárbreytingar fram eftir tuttugustu öld³⁹.

Stjórnarskrárumræður undir lok nítjándu aldar snerust fyrst og fremst um skortinn á innlendu framkvæmdavaldi og óánægju með framkvæmd stjórnarskrár afhendingarinnar sem var, eins og áður segir, afhent einhliða af Danakonungi. Ýmsir töldu stjórnarskrána þó til mikilla bóta þar sem hún skýrði stöðu Íslands gagnvart Danmörku. Umræðurnar virðast þó ekki hafa snúist um grundvallaratriði í frjálslyndri stjórnskipan á borð við réttindi og frelsi borgaranna og aðgreiningu ríkisvaldsins⁴⁰.

Þegar fullveldið var í höfn fóru umræðurnar að snúast meira um hagnýt atriði, sér í lagi sparnað í þinginu og síðar um kosningakerfið. Á lista yfir tillögur um breytingar á stjórnarskránni á tímabilinu 1920-1942 má sjá að töluverð umræða átti sér stað um kjördæmaskiptingu og vægi atkvæða. Slíkar umræður má vissulega túlka sem hluta af réttindaumræðunni en ekki virðist þó sem miklar umræður hafi farið fram um réttindi eða frelsi og möguleika stjórnarskrárinnar á að tryggja það heldur hafi þær fremur snúist um útfærsluatriði á borð við fjölda ráðherra.

2.2 Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands

Fimm manna nefnd var skipuð árið 1942 til að vinna að heildarendurskoðun stjórnarskrárinnar enda var sjálfstæði Íslendinga frá Dönnum í sjónmáli. Í þeirri stjórnarskrá sem var samþykkt að lokinni vinnu nefndarinnar höfðu öll ákvæði um konung verið felld út og ákvæði um forseta sett inn í staðinn þó hlutverk hans væri um margt svipað því hlutverki sem konungur hafði haft áður. Stjórnarskráin stóð að mestu leyti óbreytt frá því sem hún hafði verið séu ákvæði um forseta ótalin. Nefndin starfaði áfram en árið 1945 var tólf manna nefnd

³⁹ Gunnar Helgi Kristinsson, 2005, bls. 11

⁴⁰ Gunnar Helgi Kristinsson, 2005, bls. 9

skipuð henni til ráðgjafar og árið 1947 var ákveðið að stofna nýja sjö manna nefnd til að endurskoða stjórnarskrána vegna heldur rýrra niðurstaða úr störfum hinnar fyrri⁴¹.

Árið 1955 var borin upp fyrirspurn um störf nefndarinnar á Alþingi. Í svari Ólafs Thors kom fram að nefndin hafi skilað ákveðnum tillögum sem hafi átt að taka afstöðu til en nefndin skilaði aldrei neinum niðurstöðum eða haldbærum tillögum. Formaður nefndarinnar, Bjarni Benediktsson kynnti þó tillögur að nýrri stjórnarskrá í Morgunblaðinu í janúar 1953. Umræðan um heildarendurskoðun stjórnarskrárinnar hefur verið fyrirferðarmikil síðan og flestar þingsályktunartillögur um stjórnarskrármálefni hafa snúist um þetta. Árið 1972 var ein slík samþykkt og sjö manna nefnd var kosin af Alþingi til að endurskoða stjórnarskrána í heild sinni. Ekki náðist samstaða um endanlegar tillögur í nefndinni en hún skilaði af sér skýrslu og formaður nefndarinnar, Gunnar Thoroddsen, lagði fram frumvarp árið 1983 í sínu nafni þar sem hann byggði á störfum nefndarinnar. Í því frumvarpi komu fram ýmsar breytingar: Alþingi starfi í einni málstofu, samningar Íslands við önnur ríki skulu allir kunngerðir Alþingi, Landsdómur lagður niður, Mannréttindakaflinn gerður miklum mun ítarlegri, ákvæði um auðlindir landsins sett inn og ýmislegt fleira.

Kosningafyrirkomulaginu var breytt árið 1984. Þá var þingmönnum fjölgað og kosningaaldur lækkaður í 18 ár auk þess sem óflekkað mannorð var ekki lengur skilyrði fyrir kosningarétti. Árið 1991 voru gerðar þær breytingar sem nauðsynlegar voru til afnáms deildafyrirkomulagsins á Alþingi auk annarra breytinga er lutu að skipulagi og starfsemi Alþingis.

Stjórnarskráin var svo aftur endurskoðuð í tilefni fimmtíu ára afmælis lýðveldisins. Árið 1994 fengu formenn stjórnmalaflokkanna sendar tillögur frá stjórnarskrárnefnd um breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar. Kaflinn var tekinn til gagngerrar endurskoðunar og voru alþjóðlegir mannréttindasáttmálar notaðir sem fyrirmynd við þessa vinnu. Þar var mannréttindakaflinn gerður mun ítarlegri, ákveðin réttindi skýrð og skilgreind betur en öðrum bætt við. Árið 1999 var kosningafyrirkomulagið endurskoðað aftur og kjördæmum fækkað.

Nú er svo komið að heildstæðri endurskoðun stjórnarskrárinnar en tilraunir til að endurskrifa hana í heild sinni hafa ekki skilað nýrri stjórnarskrá, þó hún hafi vissulega tekið breytingum. Hér verður sjónum beint að umræðum um breytingar á mannréttindaákvæðum í stjórnarskránni en þær má rekja aftur til ársins 1952. Megin áhersla verður á tillögur Bjarna

⁴¹ Gunnar Helgi Kristinsson, 2005, bls. 14

Benediktssonar frá 1952, frumvarp Gunnars Thoroddsen frá 1983 og frumvarp um endurskoðun mannréttindaákvæða frá 1995 auk umræðna um þessar þrjár tilraunir til endurskoðunar. Nokkur af mannréttindaákvæðum núgildandi stjórnarskrár verða einnig til skoðunar með það fyrir sjónum að greina notkun frelsishugtaksins í henni.

2.3 Ræða Bjarna Benediktssonar

Í skýrslu sérfræðinganeftdar um stjórnarskrárbreytingar frá árinu 2005 er umræðan um mannréttindi rakin til ársins 1952 þegar Bjarni Benediktsson skýrði frá tillögum þeirrar stjórnarskrárneftdar sem þá var starfandi. Bjarni virðist þó ekki telja þau mannréttindaákvæði sem voru í gildandi stjórnarskrá árið 1952 ástæðu fyrir endurskoðuninni, heldur fremur ófullnægjandi lausn á kjördæmaskipan og vangetu Alþingis til að tryggja lögmæta þingræðisstjórn. Þó ef til vill megi rekja umræðuna um mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar til ræðu Bjarna eru ákvæðin ekki nefnd sérstaklega sem hluti af ástæðunni fyrir því að endurskoða þurfi stjórnarskrána heldur virðist sú umræða fremur hafa farið fram vegna þeirrar ákvörðunar að endurskoða stjórnarskrána í heild sinni. Í ræðu Bjarna kemur fram að helstu fyrirsjáanlegu ágreiningsefnin eru kjördæmaskipan og framkvæmdavaldið. Deilurnar um framkvæmdavaldið virðast fyrst og fremst snúast um hlutverk forsetans og tengsl löggjafa- og framkvæmdavalds⁴².

Þegar ræðan er svo lesin og tillögurnar skoðaðar nánar kemur í ljós að þessi atriði eru það sem Bjarni leggur hvað mesta áherslu á að ræða. Tillaga um ný mannréttindaákvæði kemur fram sem sautjándi liður af tuttugu í ræðu Bjarna og þá tillögu ræðir hann ekki ítarlega. Hann leggur einfaldlega til að mannréttindaákvæðum úr mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna og samningi Evrópuráðsins um mannréttindi og frelsi verði bætt inn í íslensku stjórnarskrána „að svo miklu leyti sem þau eiga við hér á landi og eru ekki þegar ákveðin í stjórnarskránni.“⁴³ Þessi ákvæði skulu svo umorðuð þannig að þau hæfi sem stjórnarskrárákvæði og engin ákvæði mega veita minni vernd en þegar er veitt í samningunum eða í stjórnarskránni. Bjarni bendir á að flest ákvæðin séu í samræmi við þau lög sem þegar séu gildandi í landinu en að erfitt geti verið að festa þau í stjórnarskrá vegna ónákvæmni í orðalagi. Þó sé sjálfsgagt að taka tillit til áður nefndra mannréttindasáttmála í nýrri stjórnarskrá.

Hér má sjá nokkur atriði sem er mikilvægt að skoða. Í fyrsta lagi er áherslan að mestu leyti lögð á breytingar á kosningafyrirkomulagi og stjórnskipan eins og má glögglega sjá af

⁴² Bjarni Benediktsson, 1965, bls. 179

⁴³ Bjarni Benediktsson, 1965, bls. 200

því að Bjarni telur það helstu átakaefnin og á því hversu fyrirferðamikil umræða hans er um þau málefni. Umræða um réttindi borgaranna er ekki í forgrunni, nema að svo miklu leyti sem stjórnskipan ríkisins tryggir að vald geti ekki safnast á fárra hendur. Eins og áður segir kynnir Bjarni tuttugu tillögur nefndarinnar um breytingar á stjórnarskránni og af þeim er umfjöllunin um mannréttindi númer sautján. Það rennur að einhverju leyti stoðum undir þá hugmynd að mannréttindaákvæði hafi alls ekki verið álitin ástæða til breytinga á stjórnarskránni heldur fylgi breyting á þeim með í þeirri heildarendurskoðun sem fór fram. Breytingar á stjórnskipan virðast því veða meira en breytingar á mannréttindaákvæðum þeirrar stjórnarskrár sem var í gildi á þessum tíma þó þau séu heldur rýr.

Að auki er greinilegur munur á umfangi og eðli þeirrar umræðu sem birtist um stjórnskipan annars vegar og mannréttindi hins vegar. Á meðan Bjarni ræðir almennt um stjórnarskrár í nokkrum löndum, eðli forsetaembættisins í Bandaríkjunum og kosti og galla þess að taka upp svipað fyrirkomulag hérlendis fer engin slík umræða fram um mannréttindaákvæðin. Engin umræða birtist um átök um þau ákvæði eða samanburð á milli landa og ekkert virðist því til fyrirstöðu að taka þau upp úr alþjóðlegum mannréttindasáttmálum svo lengi sem þau henti íslenskum aðstæðum. Ekki kemur fram hvaða aðstæður það eru sem þarf að taka sérstakt tillit til eða hvað gæti komið í veg fyrir að eðlilegt væri að taka upp ákveðin mannréttindi í íslensku stjórnarskránni. Mannréttindin virðast óumdeild og inntak þeirra eða merking hugtaka sem fellur undir þau birtist ekki sem átakaefni. Alþjóðlegir mannréttindasáttmálar virðast hafa þótt fullnægja öllum kröfum um frelsi og réttindi borgaranna án þess að nokkurra spurninga hafi þurft að spyrja.

Þetta má að líkindum skýra að einhverju leyti með þeirri staðreynd að hugmyndir um mannréttindi voru nýjar af nálinni á þessum tíma og því ekki víst að umræður um réttindi og skyldur í ljósi þeirra hafi verið mönnum tamar. Ræða Bjarna birtist árið 1952, aðeins fjórum árum eftir að Mannréttindasáttmáli Sameinuðu þjóðanna var undirritaður og nokkru áður en alþjóðasamningarnir um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi urðu til. Þetta gæti útskýrt hvers vegna umræða Bjarna um stjórnarskránni var svo á svo tæknilegum nótum. Þessi tæknilega nálgun hefur þó einkennt stjórnarskrárumræður, bæði áður en Bjarni flutti sínar tillögur og á eftir. Almennt virðist lítil áhersla hafa verið lögð á dýpri umræðu um merkingu hugtaka.

2.4 Stjórnarskrárnefnd Gunnars Thoroddsen

Fram eftir tuttugustu öldinni gekk illa að ljúka því verki sem hafist var handa við 1944, að endurskoða stjórnarskrá Lýðveldisins. Nefnd var skipuð til starfans árið 1978 og var Gunnar Thoroddsen formaður hennar. Nefndin skilaði nokkrum skýrslum og frumvarpi um heildarendurskoðun stjórnarskrárinnar árið 1983. Ýmsar tillögur að breytingum komu fram í frumvarpinu. Meðal annars að kosningaaldur skyldi lækkaður í átján ár, landsdómur yrði lagður niður og að Alþingi skyldi starfa í einni málstofu. Þar kom einnig fram að „[l]ýðræði, þingræði og jafnrétti skul[i] vera grundvallarreglur stjórnskipunarinnar. Stjórnvöld ríkisins fari með vald sitt í umboði þjóðarinnar.⁴⁴“ Það ákvæði rímar að mörgu leyti við þá hugmynd að stjórnarskrár hafi það helsta hlutverk að takmarka vald ríkisins og tryggja að það komi frá þjóðinni. Frumvarpið var ekki afgreitt í heild sinni og mörg ákvæða þess komust aldrei inn í stjórnarskrá en það er þó merkileg heimild um þær hugmyndir sem uppi voru um endurskoðun stjórnarskrárinnar á þessum tíma. Í frumvarpinu var meðal annars að finna ný mannréttindaákvæði og í skrá yfir helstu breytingar og nýmæli kemur fram að þar hafi „mannréttindakaflinn [verið] gerður miklum mun ítarlegri. Ný mannréttindi tekin upp í kaflanum.⁴⁵“ Hér verður litið nánar á þau mannréttindi sem nefnd Gunnars Thoroddsen lagði til að yrði bætt við stjórnarskrána.

Samkvæmt frumvarpinu myndi fyrsta grein stjórnarskrárinnar hljóða svo: „Ísland er frjálst og fullvalda lýðveldi. Lýðræði, þingræði og jafnrétti eru grundvallarreglur stjórnskipunar Íslands. Handhafar ríkisvaldsins fara með vald sitt í umboði þjóðarinnar.“ Samkvæmt greinargerðinni með frumvarpinu þýðir þetta ákvæði að dómstólar skuli dæma að lögum og séu ekki bundnir framkvæmdarvaldinu að neinu leyti, að íslenskir borgarar skuli njóta mannréttinda og að framvæmdarvaldið megi aðeins starfa samkvæmt lögum⁴⁶. Hér er því komið inn á þá þætti sem liggja stjórnarskrám til grundvallar samkvæmt stjórnarskrárhyggjunni. Þrískipting ríkisvaldsins er tryggð til að gæta þess að ríkið geti ekki auðveldlega misbeitt valdi sínu og borgurum ríkisins eru tryggð mannréttindi sem eru þá réttindi sem ekki má svipta þá. Þannig er stjórnarskránni beitt sem vörn borgaranna í samskiptum við ríkisvaldið.

Mannréttindakaflinn stjórnarskrárinnar hefst á 62. grein. Í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að við samningu kaflans hafi alþjóðlegar skuldbindingar Íslendinga verið hafðar

⁴⁴ Stjórnlagaráð, 2011c, bls. 1

⁴⁵ Stjórnlagaráð, 2011c, bls. 12

⁴⁶ Stjórnlagaráð, 2011c, bls. 12

til hliðsjónar. Þar er vísað til fjögurra samninga sem Íslendingar eru aðilar að en þeir eru Mannréttindasáttmáli Evrópu frá 1950, Félagsmálasáttmáli Evrópu frá 1961, alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi sem samþykktir voru á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna 1966. Í greinargerðinni er ekki að finna nákvæma eða djúpa umfjöllun um mannréttindi og greinarmuninn á borgaralegum og stjórnmalalegum réttindum annars vegar og efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum hins vegar. Þar er þó fjallað um þann mun sem er á skyldum ríkisvaldisins til að veita þessi réttindi og orðalagið í þeirri umfjöllun gefur ákveðna mynd af viðhorfinu til réttindanna. „Borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi lýsa sér fyrst og fremst í takmörkunum á afskiptum handhafa ríkisvaldsins af einstaklingunum, en ákvæði um félagsleg mannréttindi ætlast hins vegar til aðgerða af hálfu ríkisins á tilteknum sviðum.“

Samkvæmt greinargerðinni er bæði fjallað um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi í kaflanum. Í 62.-69. grein eru hin borgaralegu og stjórnmalalegu réttindi til umfjöllunar en efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru tryggð í greinum 70-75. Munurinn á þeim er útskýrður þannig að borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi krefjist fyrst og fremst afskiptaleysis af hálfu ríkisvaldsins á meðan hin félagslegu krefjast athafna af þess hálfu og eru fyrst og fremst stefnuyfirlýsingar sem þarfnast nánari útfærslu í lögum⁴⁷.

Ef stuðst er við þennan greinarmun virðist sem allar greinar nema 73.-75. megi túlka sem hluta af borgaralegum og stjórnmalalegum réttindum. Í þeim er ýmis fjallað um framfærsluskyldu ríkisins eða kveðið sérstaklega á um að réttindin skuli útfærð nánar með lögum. Greinar 70-72 fjalla um friðhelgi eignaréttarins, atvinnufrelsi og bann við því að nokkur verði sviptur íslenskum ríkisborgararétti. Það er ekki augljóst hvernig þessi réttindi leggja þyngrri athafnaskyldur á ríkisvaldið en til að mynda réttur manna til að safnast saman í friðsamlegum tilgangi sem samkvæmt greinargerðinni fellur undir borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Það virðist sem sú skýring að borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi krefjist einungis afskiptaleysis ríkisvaldsins á meðan efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi verði ekki virk nema með sérstöku aðgerðum af þess hálfu geti ekki fyllilega gert grein fyrir réttindum borgaranna. Þeir flokkar sem notaðir eru virðast ekki passa við þær skilgreiningar sem þeim eru gefnar og þannig eru ákveðin efnahagsleg, félagsleg og

⁴⁷ Stjórnlagaráð, 2011c, bls. 29

menningarleg réttindi sem virðist vera hægt að tryggja með afskiptaleyfinu einu saman og að sama skapi virðast ákveðin borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi krefjast aðgerða af hálfu ríkisvaldsins ef þau eiga að verða virk í raun. Til dæmis er erfitt að halda því fram að kosningaréttur sé einhvers virði ef ríkisvaldið stendur ekki fyrir kosningum sem fara fram lögum samkvæmt og slíkt er vissulega kostnaðarsamt og kallar á aðgerðir af hálfu ríkisvaldsins. Hér virðist vanta eitthvað inn í umræðuna um frelsi og réttindi.

Þrátt fyrir að taka hafi átt tillit til alþjóðlegra skuldbindinga íslenska ríkisins sem kveða meðal annars á um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg *réttindi* borgaranna virðist sem það sé álitid tilætlunarsemi að krefjast þess að slík réttindi séu veitt. Þessu til viðbótar er talað um þau sem stefnuyfirlýsingar fremur en réttindi og þó það sé ljóst að þessi réttindi krefjast frekari útfærslu í lögum verður að gæta þess að hér er samt sem áður rætt um réttindi sem íslenskir ríkisborgarar hafa samkvæmt alþjóðlegum mannréttindasáttmálum. Þau réttindi er ekki hægt að afskrifa sem tilætlunarsemi eða stefnuyfirlýsingar. Það ber einnig að hafa í huga að borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi þarf að útfæra í lögum þó þau eigi ekki að krefjast neins nema athafnaleysis af hálfu ríkisvaldsins. Þessi umfjöllun um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi virðist því ekki geta verið sprottin eingöngu af ólíkum skyldum ríkisvaldsins til athafna.

Fyrsta grein frumvarpsins og þær skýringar sem fylgdu með henni benda til þess að stjórnarskráin sé hugsuð fyrst og fremst sem vörn borgaranna gagnvart ríkisvaldinu, tryggja þurfi að borgarnir njóti mannréttinda og að vald geti ekki safnast á fárra hendur sem auðveldar misbeitingu á því. Þannig var endurskoðunin fyllilega í samræmi við stjórnarskrárhyggjuna en ekki endilega í samræmi við skuldbindingar íslenska ríkisins.

2.5 Greinargerð með frumvarpi um endurskoðun mannréttindakafla stjórnarskrárinnar

Mannréttindakafla stjórnarskrárinnar var endurskoðaður í heild sinni árið 1995. Tilefni endurskoðunarinnar var fimmtíu ára afmæli lýðveldisins og var rökstuðningurinn fyrir endurskoðuninni þríþættur:

Í fyrsta lagi þurfi að efla, samhæfa og samræma mannréttindaákvæðin þannig að þau gegni betur en nú því hlutverki sínu að vera vörn almennings í samskiptum við þá sem fara með ríkisvald. Í öðru lagi sé þörf á því að færa ýmis ákvæði kaflans til nútímalegra horfs, enda séu þau óbreytt frá því að fyrsta stjórnarskrá Íslands var sett árið 1874. Loks er í þriðja lagi bent á að tímabært sé að endurskoða mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar með tilliti

til þeirra alþjóðlegu skuldbindinga sem Ísland hefur gengist undir með því að gerast aðili að alþjóðlegum sáttmálum til verndar mannréttindum⁴⁸.

Hér er því haldið fram að mannréttindi eigi fyrst og fremst að vernda borgarana í samskiptum við yfirvöld og vera þannig vörn gegn þeim sem fara með ríkisvaldið. Þannig tryggji mannréttindi borgurunum fyrst og fremst eins konar grið fyrir ágangi yfirvalda.

Það eru einna helst fyrsta og þriðja ástæðan sem nefndar eru fyrir mikilvægi endurskoðunar sem skipta hér máli enda skýra þær að einhverju leyti viðhorf stjórnarskrárnefndar til mannréttinda. Sú fyrsta lýtur að því viðhorfi sem algengt er að sjá í stjórnarskrárumræðum að mannréttindi séu til sem vörn gegn kúgandi ríkisvaldi á meðan sú þriðja, ásamt þeim breytingum sem voru gerðar, varpar ákveðnu ljósi á afstöðu stjórnarskrárnefndar til þeirra alþjóðlegu skuldbindinga sem Íslendingar hafa gengist undir.

Fyrst mætti nefna að ríkisvaldið virðist vera séð sem ógn við frelsi borgaranna og mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar hafa það hlutverk að vernda borgarana og gæta þess að hlutur ríkisvaldsins í lífi þeirra verði ekki of stór. Mannréttindaákvæðin eiga að tryggja friðhelgi gegn ríkisvaldinu og þær breytingar sem gerðar eru á kaflanum eiga að miða að því að ákvæðin geti gegnt þessu hlutverki sínu sem skyldi. Í greinargerðinni er mikilvægi mannréttinda áréttað sem og staða þeirra sem „ein af undirstöðum hvers lýðræðisþjóðfélags⁴⁹“.

Í inngangsorðum að greinargerð með frumvarpi til laga um breytingu á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar er gerð grein fyrir tvenns konar réttindum, borgaralegum og stjórnsmálalegum réttindum annars vegar og efnahagsleg, félagslegum og menningarlegum réttindum⁵⁰ hins vegar. Hin borgaralegu réttindi eru talin afsprengi frönsku byltingarinnar og í greinargerðinni segir að þau hafi það að markmiði að vernda einstaklinganna gegn ofríki yfirvalda enda hafi þau mótast í baráttu borgaranna við yfirvöld. Þessi réttindi feli í sér athafnaleysi af hálfu ríkisvaldsins sem gangi þannig ekki á réttindi borgaranna. Þannig geti einstaklingarnir „notið óskoraðs frelsis⁵¹“ í samfélaginu, ótruflaðir af hinu kúgandi ríkisvaldi. Því mætti segja að stjórnarskrárnefndin hafi álitnið helsta hlutverk mannréttindaákvæða að tryggja pólitískt eða borgaralegt frelsi og að endurskoðun mannréttindakaflans hafi verið liður

⁴⁸ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 1

⁴⁹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 1

⁵⁰ Í innganginum eru efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi kölluð „félagsleg og efnahagsleg réttindi“. Hér verður vísað til þeirra sem efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda í samræmi við heiti alþjóðasamnings Sameinuðu þjóðanna þar að lútandi.

⁵¹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

í því. Í það minnsta væru slík frelsisákvæði nægileg til að tryggja frelsi borgaranna, ekkert þyrfti að koma til annað en ákvæði um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.

Hinn flokkur réttinda er svo talinn vera félagsleg og efnahagsleg réttindi sem miða að því að tryggja borgurunum mannsæmandi líf þar sem neikvætt frelsi eitt og sér dugi ekki til þess. Þannig þurfi ríkið að geta tryggt borgurunum menntun, heilsugæslu, fæði og húsaskjól og aðra þá þætti sem nauðsynlegir teljast svo þeir geti lifað mannsæmandi lífi. Svo hægt sé að tryggja borgurunum þessi réttindi er bent á að talsverð íhlutun af hálfu ríkisins sé nauðsynleg. Samkvæmt greinargerðinni er umdeilanlegt hvort þessi réttindi ættu að flokkast sem eiginleg mannréttindi eða sem „viðbótaréttindi“, eins konar lúxusréttindi, sem við njótum í nútímalegum lýðræðissamfélögum án þess að ríkið sé í raun skylt til að veita þau. Umdeilanlegt sé hvort binda eigi félagsleg réttindi í stjórnarskrá þar eð þau kalli á kostnaðarsamar aðgerðir af hálfu ríkisvaldsins og krefjist þess vegna góðs efnahagsástands. Þau geti verið illfrankvæmanleg og grafi þess vegna undan öðrum mannréttindaákvæðum sem krefjast fyrst og fremst afskiptaleysis og eru þess vegna auðveldari í framkvæmd. Stungið er upp á því að líta á þessi réttindi sem stefnuskrá ríkisvaldsins sem verði reynt að framfylgja eftir bestu getu⁵². Rökin fyrir því að binda eigi slík réttindi í stjórnarskrá séu hins vegar þau að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi séu mikilvægur þáttur í að tryggja borgurunum mannsæmandi líf í samfélaginu sem hljóti að teljast afar mikilvægt. Hér virðist því gengið að því sem vísu að stjórnarskráin geti að einhverju leyti tryggt að þau gildi sem talin eru mikilvæg verði vernduð. Stjórnarskrá, séð með þessum hætti, setur því ekki aðeins reglur um stjórnskipan heldur er álitinn veigamikill hluti af því að tryggja lífsgæði borgaranna.

Þó ankannalegt hljómi að líta á mannréttindi sem stefnuyfirlýsingar sem skuli reyna að fylgja eftir verður því ekki neitað að það er ýmsum vandkvæðum háð að binda efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi í stjórnarskrá. Það er erfitt að tryggja að þeim verði framfylgt og þau þarfnast nákvæmari útfærslu í lögum. Þó ber að hafa hugfast að hið sama má segja um ýmis borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi svo þessi umræða er ekki einskorðuð við efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Svo virðist sem þessi aðgreining í réttindanna leiði okkur að einhverju leyti á villigötur þar sem hún virðist ekki geta gert nákvæma grein fyrir réttindum og frelsi borgaranna.

⁵² Stjórnlagaráð, 2011, bls. 4

2.6 Tillögur um stjórnarskrárbreytingar 2007

Árið 2005 var enn skipuð nefnd um endurskoðun stjórnarskrárinnar sem skyldi fyrst og fremst einbeita sér að fyrsta, öðrum og fimmta kafla en þeir fjalla um grundvallaratriði íslenskrar stjórnskipunar, forsetaembættið og dómsvaldið. Þó lýsti formaður stjórnarskrárnefndar því yfir í upphafi að engir kaflar stjórnarskrárinnar yrðu undanskildir og skiptu nefndarmenn sér í þrjá vinnuhópa sem hver um sig átti að fjalla um ákveðna kafla stjórnarskrárinnar. Nefndin skilaði engum breytingum á stjórnarskránni í þau tvö ár sem hún starfaði nema tillögu að breytingu á 79. grein sem kveður á um hvernig stjórnarskrárbreytingum skuli háttað í framtíðinni. Í áfangaskýrslu nefndarinnar er því fyrst og fremst að finna yfirlit yfir starfið í nefndinni, tillögur sem nefndinni hafa borist og þær umræður sem hafa farið fram. Umfjöllunin í skýrslunni er ekki sérlega ítarleg. Hver kafli er settur þannig upp að fyrst eru stuttur inngangur þar sem fjallað er um þann kafla stjórnarskrárinnar sem um ræðir, því næst eru taldar upp tillögur sem nefndinni hafa borist frá almenningi og að lokum er farið yfir helstu atriði í umræðum nefndarinnar um viðkomandi kafla.

Í umfjöllun nefndarinnar um mannréttindakaflann er bent á að hann hafi tekið hvað mestum breytingum af öllum köflum stjórnarskrárinnar frá upphafi enda var hann endurskoðaður í heild sinni árið 1995. Í ljósi þess hversu stutt var liðið frá síðustu endurskoðun kaflans var endurskoðun hans ekki í sérstökum forgangi árið 2007. Mikill fjöldi erinda sem nefndinni barst um þennan kafla var þó talinn gefa vísbendingu um áhuga almennings á endurbótum á kaflanum. Ekki þótti heppilegt að taka breyta einstaka ákvæðum mannréttindakaflans heldur var talið heillavænlegra að endurskoða hann í heild sinni en að það þyrfti að gerast sem hluti af stærra verkefni og því var áhersla frekar lögð á að setja inn almenn ákvæði um mikilvægi mannréttinda, til dæmis með því að tilgreina í fyrstu grein stjórnarskrárinnar að mannréttindi væru „einn hornsteina íslenskrar stjórnskipunar“⁵³ eða að setja inn grein í mannréttindakaflann þar sem skyldu stjórnvalda til að tryggja mannréttindi borgaranna í samræmi við alþjóðlegar skuldbindingar væri lýst⁵⁴. Í umræðum nefndarinnar er ekki að finna neina efnislega umfjöllun um mannréttindakaflann.

Nefndinni bárust erindi um endurskoðun mannréttindakaflans og er fjallað um þau í áfangaskýrslunni. Fyrir það fyrsta lagði Mannréttindaskrifstofa til að þær mannréttindareglur sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að framfylgja öðlist stjórnarskrárvernd. Sem stendur njóta alþjóðlegir mannréttindasáttmálar ekki slíkrar verndar, þó einhver ákvæði

⁵³ Forsætisráðuneytið, 2007, bls. 19

⁵⁴ Forsætisráðuneytið, 2007, bls. 18-19

mannréttindakafla íslensku stjórnarskrárinnar séu samhljóða ákvæðum alþjóðlegra mannréttindasáttmála. Á þessu sviði virðist mest vanta upp á að mannréttindasamningar um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi séu varin í stjórnarskránni en þau hafa ekki skipað stóran sess í stjórnarskránni hingað til þrátt fyrir að vera tilgrein í alþjóðlegum sáttmálum sem Íslendingar hafa undirritað.

Í þeim tillögum sem nefndinni bárust er ekki rík áhersla lögð á efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Þær lúta frekar að því að styrkja borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi í sessi eða að afnema þau félagslegu. Þannig leggur frjálsbyggjufélagið til að í mannréttindakaflann verði bætt ákvæði um að einstaklingarnir skuli vera frjálsir til athafna svo lengi sem þeir skaði ekki aðra með beinum hætti⁵⁵. Hér er komin tillaga sem styrkir stoðirnar undir þeirri hugmynd að afskiptaleysi stjórnvalda, og jafnvel annarra, sé nægilegt til þess að tryggja réttindi borgaranna. Borgarnir séu megi vera frjálsir undan afskiptum svo lengi sem þeir fari ekki inn á svið annarra. Þannig sé afskiptaleysi með borgurunum besta leiðin til að tryggja frelsi þeirra.

Hið íslenska félag áhugamanna um stjórnskipan sendi inn tillögu þess efnis að sú grein stjórnarskrárinnar sem kveður á um félagsleg réttindi verði afnumin því „[þ]að sé vafasamt að dómskerfið hlutist í auknum mæli til um hvernig velferðar- og menningarmálum sé háttáð.⁵⁶“ Hér ber þó að hafa í huga að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru hluti af alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem Íslendingar hafa skuldbundið sig til að vernda en ekki almenn „velferðar- eða menningarmál“, þar sem ákvæði af þessu tagi hafa lagalegt gildi sem réttindi þó erfitt geti verið að sjá til þess að þeim sé framfylgt.

Aðrar tillögur fjalla ekki um greinarmuninn á milli flokka mannréttinda með eins skýrum hætti og þessar tvær. Dæmi eru um tillögur sem leggja áherslu á báðar tegundir réttinda, til að mynda er tillaga þess efnis að löggæsla sé tryggð í öllum sveitarfélögum landsins og að aðgengi að vatni verði viðurkennt sem mannréttindi eins og kveður á um í samþykktum Sameinuðu þjóðanna.

Í áfangaskýrslu stjórnarskrárnefndar frá 2007 er hvergi að finna neina umræðu um þessa tvo flokka mannréttinda enda er lítið um efnislega umfjöllun í henni. Það er því erfitt að ráða af henni hver afstaða stjórnarskrárnefndarinnar til tillaganna hefur verið. Þó virðist sem nefndarmönnum hafi ekki þótt sérstök ástæða til endurskoðunar mannréttindakaflans vegna þess hversu stutt var liðið frá síðustu endurskoðun nema að svo miklu leyti sem tillögur

⁵⁵ Forsætisráðuneytið, 2007, bls. 17

⁵⁶ Forsætisráðuneytið, 2007, bls. 17

almennings krefðust þess. Af þeim fjölda erinda sem nefndinni bárust um mannréttindamál mætti þó ætla að almenningur teldi ástæðu til slíkrar endurskoðunar, þrátt fyrir að aðeins tólf ár hafi liðið frá síðustu endurskoðun hans. Í ljósi þess, og hversu miklum breytingum hann hefur tekið í meðförum þess stjórnlagaráðs sem nú er starfandi, mætti ætla að einhverju hafi verið ábótavant í þeirri vinnu sem skilaði nýjum mannréttindakafla árið 1995. Sá kafli var þó skrifaður með alþjóðlegar skuldbindingar Íslendinga sem viðmið en af einhverjum ástæðum virðist það ekki hafa dugað til að gera kaflann þannig úr garði að hann lýsti nægilega vel réttindum borgaranna og frelsi þeirra.

2.7 Frelsisákvæði í nógildandi stjórnarskrá

Sú stjórnarskrá sem nú er í gildi á Íslandi hefur að geyma þau mannréttindaákvæði sem tekin voru upp árið 1995. Hér verður litið nánar á nokkur þessara ákvæða til glöggvunar á því hvers konar ákvæði eru í gildi um frelsi og réttindi íslenskra ríkisborgara.

Fyrstu tvær greinar frumvarpsins kveða á um breytingar á ákvæðum er lúta að trúfrelsi og stöðu þjóðkirkjunnar á Íslandi. Þau ákvæði eru hluti af sjötta kafla stjórnarskrárinnar þar sem fjallað er um kirkjuna. Þau eru ekki hluti af mannréttindakaflanum sem slíkum en í skýringum með ákvæðunum er bent á að þau séu „meðal allra mikilvægustu borgaralegra og stjórnsmálalegra réttinda“⁵⁷. Ákvæði um trúfrelsi teljast því til mannréttinda þó þau séu ekki hluti af hinum eiginlega mannréttindakafla en hið sama má segja um þær greinar stjórnarskrárinnar sem kveða á um þrískiptingu ríkisvaldsins þar sem henni er í raun ætlað að vernda borgarana gegn ágangi ríkisvaldsins.

Hinn eiginlegi mannréttindakafla stjórnarskrárinnar hefst á 65. grein. Þar segir: „Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Karlar og konur skulu njóta jafns réttar í hvívetna.“⁵⁸ Þessi grein kveður fyrst og fremst á um bann við mismunun á þeim forsendum sem taldar eru upp og „stöðu að öðru leyti“. Greinin er að miklu leyti tekin upp úr alþjóðasamningnum um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi og ætti því fyrst og fremst að tryggja slík réttindi borgaranna. Í skýringum með greininni kemur þó einnig fram að hana megi ekki taka of bókstaflega og hún komi ekki í veg fyrir að hinum efnaminni sé veitt aðstoð til að „rétt skertan hlut þeirra til samræmis við aðra

⁵⁷ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 11

⁵⁸ Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, 1944

þjóðfélagshópa⁵⁹. Hér virðist því sem greinin sem vernda á borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi borgaranna komi ekki í veg fyrir að félagsleg réttindi séu veitt, þó það brjóti í bága við þá reglu að mismuna borgurum ekki á grundvelli efnahags. Í skýringunum kemur fram að líta beri á greinina sem stefnuyfirlýsingu sem ekki megi taka of bókstaflega⁶⁰ en það er kunnuglegt stef úr umræðum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Svo virðist sem mörkin á milli þessara tveggja tegunda réttinda kalli á ólíka túlkun á ákvæðinu því þó eðlilegt sé að líta á jafnræðisregluna sem grundvallarreglu í íslenskri stjórnskipun virðist það einnig blasa við að brot gegn henni geta verið réttlætunleg. Það virðist því vera í lagi að brjóta gegn þessum réttindum sem eigi að njóta fullrar verndar vegna stöðu sinnar sem mannréttinda í þágu annarra réttinda sem þó virðist vera tilhneiging til að gera lítið úr sem eiginlegum réttindum.

Í 67. grein er fjallað um frelsi borgaranna og þær reglur sem skuli lúta ef til frelsissviptingar kemur. Hér er fjallað um frelsi með berum orðum í fyrsta sinn í mannréttindakafli stjórnarskrárinnar.

Engan má svipta frelsi nema samkvæmt heimild í lögum. Hver sá sem hefur verið sviptur frelsi á rétt á að fá að vita tafarlaust um ástæður þess. Hvern þann sem er handtekinn vegna gruns um refsiverða háttsemi skal án undandrátta leiða fyrir dómara. Sé hann ekki jafnskjótt látinn laus skal dómari, áður en sólarhringur er liðinn, ákveða með rökstuddum úrskurði hvort hann skuli sæta gæsluvarðhaldi. Gæsluvarðhaldi má aðeins beita fyrir sök sem þyngri refsing liggur við en fésekt eða varðhald. Með lögum skal tryggja rétt þess sem sætir gæsluvarðhaldi til að skjóta úrskurði um það til æðra dóms. Maður skal aldrei sæta gæsluvarðhaldi lengur en nauðsyn krefur, en telji dómari fært að láta hann lausan gegn tryggingu skal ákveða í dómsúrskurði hver hún eigi að vera. Hver sá sem er af öðrum ástæðum sviptur frelsi á rétt á að dómstóll kveði á um lögmæti þess svo fljótt sem verða má. Reynist frelsissvipting ólögmæt skal hann þegar látinn laus. Hafi maður verið sviptur frelsi að ósekju skal hann eiga rétt til skaðabóta⁶¹.

Í skýringum með greininni er bent á að flestar reglur um meðferð fólks við handtöku eru nú þegar bundnar í lög um meðferð opinberra mála en að mikilvægi þessara réttinda sé slíkt að nauðsynlegt hafi verið talið að binda þau í stjórnarskrá. Þetta skýrist af því að „með frelsissviptingu [sé] gengið á ein mikilvægustu grundvallarmannréttindi einstaklinga⁶²“. Svipuð ákvæði er að finna í alþjóða samningnum um borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi. Því

⁵⁹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 14

⁶⁰ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 14

⁶¹ Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, 1944

⁶² Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 17

má leiða líkum að því að með *frelsi* sé hér átt við frelsi manna undan afskiptum ríkisvaldsins og að slíkt frelsi sé með mikilvægustu réttindunum sem menn hafa. Að öðru leyti er hvergi fjallað um merkingu frelsishugtaksins og hvers konar frelsi það er sem svo mikilvægt er að vernda. Frelsishugtakið virðist ekki vera vandskilgreint að neinu leyti enda virðist það varla vera vafamál hvað það merkir. Það eina sem gefur til kynna hvers konar frelsi er verið að tala um má finna í skýringunum þar sem vísað er í samninginn um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi.

Í 68. grein segir „[e]ngan má beita pyndingum né annarri ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Nauðungarvinnu skal engum gert að leysa af hendi.⁶³“ Þessi ákvæði er einnig að finna í alþjóða samningnum um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi og Mannréttindasáttmála Evrópu. Þar er fjallað um þau sem ófrávíkjanleg réttindi sem megi aldrei úr gildi fella. Í skýringum með ákvæðinu má sjá að með banninu við ómannúðlegri og vanvirðandi meðferð er fyrst og fremst átt við aðstæður þar sem einstaklingur hefur verið sviptur frelsi sínu „enda getur orðið meiri hættu en endranær á að maður sæti ómannúðlegri meðferð þegar honum er haldið gegn vilja sínum“⁶⁴. Þannig er til dæmis vísað til fanga, ólöggráða ungmenna sem vistuð eru á unglingaheimilum eða einstaklinga sem vistaðir eru á sjúkahúsum gegn vilja sínum, til dæmis vegna sjálfræðissviptingar í kjölfar geðsjúkdóma. Í þessum tilfellum er talið að einstaklingum sé sérstaklega hætt við að vera beittir ómannúðlegri meðferð. Þó er það tekið fram að ekki þurfi frelsissvipting endilega að koma til heldur geti líka verið um að ræða aðstæður þar sem einstaklingur er „háður boðvaldi annarra eða settur undir yfirburðastöðu annars einstaklings“⁶⁵. Í skýringunum með greininni er vísað til alþjóðasamningsins um borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi enda er hér einblínt á það óréttlæti sem getur þrífist í krafti valdaójafnvægis á milli einstaklinga í samfélaginu. Áherslan er því á að setja valdhöfum mörk í samskiptum við þá sem eiga undir högg að sækja. Þær aðstæður sem nefndar eru, vistun á sjúkrahúsum eða í fangelsum eða jafnvel samskipti fullorðinna við börn eru þess eðlis að einstaklingar eru settir undir vald annarra af lögmætum ástæðum og því þarf að grípa til sérstakra ráðstafana til að vernda þá í samskiptum við þá sem valdið hafa. Hér er áherslan á það misrétti sem getur þrífist í krafti ójafnrar aðstöðu manna í samfélaginu og vernd gegn því þar sem slíkur munur getur átt sér fyllilega lögmætar skýringar.

Friðhelgi einkalífsins er til umfjöllunar í 71. grein en þar segir:

⁶³ Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, 1944

⁶⁴ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 20

⁶⁵ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 20

Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu.

Ekki má gera líkamsrannsókn eða leit á manni, leit í húsakynnum hans eða munum, nema samkvæmt dómsúrskurði eða sérstakri lagaheimild. Það sama á við um rannsókn á skjölum og póstsendingum, símtölum og öðrum fjarskiptum, svo og hvers konar sambærilega skerðingu á einkalífi manns.

Þrátt fyrir ákvæði 1. mgr. má með sérstakri lagaheimild takmarka á annan hátt friðhelgi einkalífs, heimilis eða fjölskyldu ef brýna nauðsyn ber til vegna réttinda annarra⁶⁶.

Samkvæmt skýringunum felst í friðhelgi einkalífsins rétturinn til að „ráða yfir lífi sínu og líkama og til að njóta friðar um lífshætti sína og einkahagi“⁶⁷ en af því má ráða að hér sé fyrst og fremst um borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi að ræða. Friðhelgi einkalífsins kveður á um að hver einstaklingur fái frið frá yfirvöldum og jafnvel öðrum einstaklingum til að haga sínum einkamálum eins og honum þóknast best. Ekki þykir nægjanlegt skilyrði að ríkisvaldið leyfi borgurinum að vera óáreittir í sínu einkalífi þar sem friðhelgi þess stafar einnig ógn af öðrum einstaklingum. Þess vegna þarf ríkið ekki aðeins að gæta þess að það hlutist ekki til um einkalíf borgaranna heldur þarf það einnig að verja það gegn ágengi einstaklinga eða annarra einkaaðila⁶⁸. Skyldurnar sem lagðar eru á herðar ríkisvaldsins í þessu tilfalli eru því ekki aðeins að það sé afskiptalaust heldur einnig að það grípi til aðgerða til að tryggja að þessi réttindi fólks á einkalífi séu ekki fótum troðin af öðrum.

Samkvæmt stjórnarskránni er leyfilegt að gera undanþágu frá þessari reglu ef brotið er á réttindum annarra, sér í lagi barna. Þó er bent á að slík afskipti af heimilislífinu geti raskað heimilis- og fjölskyldulífi. Ætla mætti að heimilisfriði og fjölskyldulífi hefði þegar verið raskað ef stjórnvöld sæu ástæðu til beinna afskipta af einkalífinu vegna réttinda barna og því er athyglivert að sjá hvernig þau afskipti sem stjórnvöldum eru heimil eru í raun afsökuð og bent á þau óþægindi sem slík afskipti myndu hafa í för með sér. Afskiptin sem slík, með öðrum orðum, virðast varla geta verið helsta röskun á heimilisfriði eins og gefið er til kynna í skýrslunni. Hér virðist sem bein afskipti séu varhugaverð, jafnvel þar sem réttindi borgaranna eru brotin í skjóli ákvæða um friðhelgi einkalífsins. Hér leyfist ríkisvaldinu þó að brjóta gegn borgaralegum og stjórnfélalegum réttindum til að tryggja réttindi barna og ungmenna.⁶⁹ Takmörkun á borgaralegum og stjórnfélalegum réttindum virðist því réttlætunleg ef hún er gerð til að tryggja önnur réttindi. Hér er því ekki fjallað um mannréttindi með eins

⁶⁶ Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, 1944

⁶⁷ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 26

⁶⁸ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 26

⁶⁹ Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 28

afdráttarlausum hætti og var gert í frönsku byltingunni þar sem þau voru álitin náttúruleg og óafsalanleg.

Vikið er að efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum í 75. grein. Öll ákvæði mannréttindakaflans þar á undan voru samin með hliðsjón af mannréttindasáttmála Evrópu eða alþjóðasamningnum um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Það er ekki augljóst að þessi réttindi skuli flokka með efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum, rétt eins og í tillögum stjórnarskrárnefndar Gunnars Thoroddsen. Þau ákvæði sem um ræðir fjalla um atvinnufrelsi, réttinn til framfærslu og um skipan skattamála. Hér virðast aftur vera á ferðinni erfiðleikar í umfjöllun um þessar tegundir réttinda þar sem skilgreiningar á þeim virðast vera nokkuð á reiki. Munurinn á þeim virðist vera flóknari en svo að hægt sé að lýsa honum með vísan í skyldur ríkisvaldsins til athafna eða athafnaleysis og sem gerir gagnrýna umræðu um þessi réttindi og það frelsishugtak sem liggur þeim til grundvallar þeim mun meira aðkallandi.

2.8 Samantekt

Fyrsta stjórnarskrá Íslands var afhent af Kristjáni IX Danakonungi árið 1874 og bar hún heitið *Stjórnarskrá um hin sjerstaklegu malefni Íslands*. Í þeirri stjórnarskrá má finna nokkur þeirra ákvæða sem nú eru hluti af mannréttindakafla stjórnarskrárinnar, þó með aðeins breyttu orðalagi. Þannig er kveðið á um friðhelgi heimilisins, félagafrelsi og prentfrelsi sem ríkisvaldið má ekki skerða en auk þess er ríkið skylt til að framfleyta þeim sem ekki geta séð fyrir sér sjálfir og til að mennta börn foreldra sem ekki hafa ráð á að láta börn sín ganga í skóla. Þarna sést hvernig mannréttindaákvæðin frá 1874 fela í sér bæði borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi borgaranna.

Í stjórnarskránni sem samin var við Lýðveldisstofnun 1944 er mannréttindakaflinn nánast samhljóða þeim frá 1874. Nánast engar breytingar höfðu orðið á kaflanum utan orðalagsbreytinga og einnar klausu sem kvað á um möguleika útlendinga til að öðlast íslenskan ríkisborgararétt. Árið 1978 var Gunnar Thoroddsen skipaður formaður nefndar um endurskoðun stjórnarskrárinnar sem skilaði frumvarpi og greinargerð um endurskoðun árið 1982. Í greinargerðinni sem fylgir nýja frumvarpinu er lítið rætt um mannréttindi þó fram komi í formálanum að mannréttindakaflinn sé mun ítarlegri en áður samkvæmt þessum nýju tillögum. Þar er þó vakin athygli á því að í nýja frumvarpinu sé bæði fjallað um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi þar sem hin borgaralegu og stjórnmalalegu krefjast fyrst og fremst afskiptaleysis af hálfu stjórnvalda en

þau efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu krefjast ákveðinna aðgerða af hálfu ríkisvaldsins ef þau eiga að verða virk í raun. Í greinargerðinni er það áréttað að hin efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu réttindi séu fremur stefnuyfirlýsingar og að nánari útfærslu þeirra sé þörf með lögum. Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru að sögn tilgreind í greinum 70-75 en ekki er augljóst hvernig sum þeirra eru frábrugðin borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum. Sú skýring að munurinn liggja í skyldu ríkisvaldsins til athafna stenst ekki nánari skoðun og því má draga þá ályktun að það sé eitthvað athugasvert við þennan greinarmun sem gerir það að verkum að hann nægir ekki til að lýsa frelsi og réttindum borgaranna.

Ljóst er að umræður um stjórnarskrárbreytingar á Íslandi hafa markast að miklu leyti af áherslu á borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi umfram hin efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu réttindi sem hafa fengið þann sess að vera ekki raunveruleg mannréttindi heldur stefnuyfirlýsingar sem fjárhagslega stöndug lýðræðisríki geta leyft sér að uppfylla. Að auki virðast vera skiptar skoðanir á því hvort slík réttindi eigi heima í stjórnarskránni eins og fram kemur í skýrslu stjórnarskrárnefndar frá árinu 2007.

Af yfirferðinni hér á undan að dæma virðist sem umræðan um frelsi og réttindi borgaranna hafi verið af skornum skammti. Með því er átt við að þó ýmislegt hafi verið sagt virðast fáar tilraunir hafa verið gerðar til að skilgreina þau hugtök nákvæmlega sem unnið er með eða efast um þá skilgreiningu sem okkur er samt að nota hversdagslega. Merking hugtaka virðist að mestu leyti hafa verið gefin, í það minnsta merking frelsishugtaksins sem hér hefur verið til skoðunar. Greinarmunur er gerður á borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum annars vegar og efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum hins vegar án þess að það sé rætt hvort sá greinarmunur sé endilega gagnlegur. Þá er borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum almennt gert hærra undir höfði en hinum félagslegu réttindum sem fremur eru álitin stefnuyfirlýsingar en eiginleg réttindi þrátt fyrir undirritun alþjóðlegra mannréttindasáttmála um þau. Þetta kann að stafa af því hversu erfitt er að tryggja að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi séu veitt þar eð ekki er til skýlaus krafa um að þau séu tryggð þegar við undirritun sáttmála heldur er uppfyllingu þeirra leyft að hvíla á fjárhagsstöðu einstakra ríkja. Að auki er erfitt að sjá hvernig stjórnarskráin sem slík getur tryggt þessi réttindi fyllilega þar sem töluvert rými þarf að skilja eftir fyrir löggjafann til að útfæra veitingu þeirra með nánari hætti. Hvort sem gagnlegt er að stjórnarskrár binda efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eður ei er ljóst af þeim umræðum sem

skoðaðar hafa verið að þessi aðgreining réttinda með áherslu á borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi virðist vera álitin fullnægjandi til að fjalla um frelsi borgaranna. Ekki er hægt að sjá neinar tilraunir til að fjalla um þessa skiptingu með gagnrýnum hætti eða ræða nánar hvað það er sem borgararnir þurfa að hafa ef þeir eiga að teljast frjálsir í raun og veru.

Það er þó ekki síður athyglivert hversu lítil umræða er á nákvæmni í hugtakanotkun í þeirri umfjöllun um stjórnarskrármál sem hér hefur verið til umræðu. Hvergi er að finna tilraun til að víkka út umræðuna um réttindi, nema þá helst til að benda á að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi séu líka mannréttindi sem leggi lagalegar skuldbindingar á herðar ríkisvaldsins. Hugmyndinni um skiptingu réttinda annars vegar í borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi sem krefjist fyrst og fremst afskiptaleyfis af málefnum borgaranna og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar sem leggi athafnaskyldur á ríkið er ekki ögrað með neinum hætti. Engin tilraun er gerð til að kanna hvort mögulegt sé að hér sé um að ræða hugmynd um frelsið sem vert er að taka til endurskoðunar. Fremur virðist vera gengið að því vísu að þessi leið sé hin eina færa í umræðum um frelsi borgaranna.

Þó niðurstaða stjórnarskrárnefndar árið 2007 hafi verið að ekki væri þörf á endurskoðun mannréttindakaflann vegna þess hversu stutt var síðan ráðist var í slíka vinnu síðast hefur hann tekið miklum breytingum hjá því stjórnlagaráði sem nú er starfandi. Að auki var áhugi almennings á mannréttindakaflanum mikill og nefndinni barst fjöldi erinda er sneri að honum. Af þessu má draga þá ályktun að eitthvað hafi vantað í mannréttindakaflann frá 1995 sem gerir það að verkum að núna, rúmlega tuttugu árum eftir að hann var saminn virðist vera ástæða til gagn Gerrar endurskoðunar hans. Ekki er ótrúlegt að það sem vantaði í mannréttindakaflann frá 1995 sé gagnrýnin sýn á það frelsishugtak sem hampað er í honum. Á meðan hugmyndinni um að frelsi og réttindi borgaranna séu best tryggð með afskiptaleyfi er tekið sem gefinni er nánast ómögulegt að skrifa mannréttindakafla við stjórnarskrána sem ekki er takmarkaður að þessu sama leyti. Frelsi sem er fyrst og fremst undan afskiptum leiðir af sér réttindi sem eru fyrst og fremst borgaraleg og stjórnómálaleg. Í ljósi þess að ástæða þykir til endurskoðunar kaflans nú má velja því fyrir sér hvort þessi hugmynd um frelsi sé á einhvern hátt takmarkandi fyrir umræðuna um frelsi og réttindi.

Mannréttindaumræðan gengur út frá þeim sameiginlega skilningi samfélagsins að ákveðin réttindi borgaranna séu svo mikilvæg að ríkisvaldið verði að vernda þau sérstaklega. Hluti þeirra réttinda er frelsi borgaranna til að hafa sjálfstæðar skoðanir, tjá sig og haga sínu einkalífi eins og þeim sjálfum þykir heppilegast. Það mætti þó einnig nefna rétt

einstaklinganna til að vera óháðir valdi annarra. Sem dæmi má nefna að það gæti verið sameiginlegur skilningur samfélagsins að enginn ætti að vera í aðstæðum sem gera það að verkum að þeir neyðist til að stunda vandi. Þó hér sé á ferðinni málefni sem flestir gætu sammælt um að ríkið ætti að beita sér fyrir fellur það ekki sérlega vel að hugtakaförða borgaralegra og stjórnámálalegra réttinda eða efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Sérstaklega ekki ef við viðurkennum að þvinganir geti verið til staðar þó ekki sé um bein afskipti að ræða. Þannig virðist tungutak réttindanna eins og birtist í dag ófært um að takast á við ákveðin vandamál vegna þeirrar frelsishugmyndar sem liggur þeim til grundvallar. Það er því vert að velta því fyrir sér hvort það sem vantar í umræðuna um frelsi og mannréttindi megi að einhverju leyti bæta upp með því að endurskoða notkunina á frelsishugtakinu.

3.0 Frjálsslyndi

Af umfjölluninni hér að ofan ætti að vera ljóst að í íslenskum stjórnarskrárumræðum hefur ákveðin hugmynd um frelsi borgaranna verið ráðandi og hefur hún mótað allar hugmyndir manna um þau réttindi sem rétt væri að tryggja í stjórnarskrá. Það er þó ekki gefið að þetta sé eina leiðin sem fær er til að tala um frelsi. Sú hefð sem íslensk stjórnskipan tilheyrir er frjálsslynd. Hún byggir á áherslu á frelsi borgaranna til athafna án þess að aðrir einstaklingar eða yfirvöld séu fyrirferðarmikil í lífi þeirra. Hugmyndir um frelsi borgaranna til að aðhyllast hvaða lífsskoðanir sem er, til að tjá sig opinberlega eða velja sér þá atvinnugrein sem þeir kjósa helst án þess að eiga á hættu að aðrir aðilar í samfélaginu geti hlutast til um val þeirra er kjarninn í slíkum hugmyndum⁷⁰. Frjálsslyndi byggir á áherslu á frelsi borgaranna sem hins æðsta pólitíska markmiðs en í ljósi þess að ekki er hægt að skilgreina frelsi í eitt skipti fyrir öll er ekki alveg skýrt hvaða merkingu það hefur. Algengur skilningur á frelsi hefur verið að líta á það sem frelsi undan afskiptum annarra, og sú skilgreining er nú tengd frjálsslyndinu afar sterkum böndum.

Hér á eftir verður farið í saumana á frjálsslyndinu og tveimur leiðum sem hafa verið farnar til að skilgreina frels. Fyrsta ber að nefna skiptingu Isiah Berlin í jákvætt og neikvætt frelsi sem er um margt skyld skiptingunni í borgaraleg og stjórnámálaleg réttindi og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Þetta er sú frelsishugmynd sem er ráðandi í samfélagi okkar í dag. Í ljósi tiltekinna annmarka á þeirri hugmynd um frelsi verður

⁷⁰ Gaus & Courtland, 2010

frelsinhugtak repúblíkanismans kynnt til sögunnar og það lagt til sem hugtak sem getur leyst af hólmi það frelsishugtak sem nú er við lýði.

3.2 Viðhorf frjálslýndis

Frjálslýndisstefnan er gjarnan aðgreind í tvo meginstrauma, klassíska frjálslýndisstefnu og nýfrjálslýndi. Samkvæmt klassísku frjálslýndisstefnunni sem gjarna er kennd við hugsuði á borð við John Locke, Adam Smith, Friedrich von Hayek og Alexis de Tocqueville er frelsi nátengt eignaréttinum þar sem frelsi einstaklingsins felur í sér að einstaklingarnir fái sjálfir að haga vinnu sinni og ráðstafa fjármagni sínu samkvæmt eigin hentugleikum⁷¹. Sumir hafa jafnvel gengið svo langt að segja að frelsi og eignir séu í raun það sama, frelsi sé bara ein tegund af eign eða að eignarétturinn sé hluti af frelsinu. Markaðshagkerfi þar sem einkaeign er almenn verður þannig birtingarmynd frelsisins⁷². Undir hatti klassíks frjálslýndis rúmast ýmsir hugmyndastraumar en sameiginlegt stef hjá þeim öllum er mikilvægi þess að halda ríkisafskiptum í lágmarki. Í upphafi var frjálslýndisstefnan hugsuð til að bæta kjör verkamanna en þar sem markmiðið var að gera þá fátæku ríkari án þess að gera þá ríku fátækari hafna klassískir frjálslýndir hugsuðir hugmyndinni um endurdreifingu fjármagns í samfélaginu⁷³.

Nýja frjálslýndið hafnar því að eignarétturinn og frelsið séu eins samofin og klassískir frjálslýndir hugsuðir halda fram. Fyrir þessari áherslubreytingu voru fyrst og fremst þrjár ástæður. Undir lok nítjándu aldar og í upphafi þeirrar tuttugustu spruttu fram hugmyndir um að frjáls markaður gæti ekki verið stöðugur grunnur fyrir frjálsu samfélagi þar sem það fyrirkomulag gæti viðhaldið miklu atvinnuleysi. Samhliða þessu vantrausti á hinn frjálsa markað var vaxandi tiltrú á hinu opinbera þar sem fjárhagsleg endurskipulagning ríkisstjórna í kjölfar Fyrri heimsstyrjaldarinnar virtist bera árangur og vegna aukinnar lýðræðisvæðingar þar sem fólk fór að trúa því í auknum mæli að ríkisstjórnir væru virkilega að vinna í þágu almennings. Þriðji þátturinn var svo hugmyndin um að eignarétturinn skapaði ójafnt valdajafnvægi innan samfélagsins sem væri kúgandi fyrir hinar vinnandi stéttir. Slíka hugsun má sjá í *Frelsinu* eftir John Stuart Mill þar sem hann heldur því fram að frelsi einstaklingsins sé ekki sami hlutur og frelsi til viðskipta. Hið nýja frjálslýndi í þessum búaungi var tekið upp

⁷¹ Ryan, 2007, bls. 293

⁷² Gaus & Courtland, 2010

⁷³ Gaus & Courtland, 2010

af John Rawls í bók hans *A Theory of Justice* árið 1971 sem gerði það að verkum að hið nýja frjálsslyndi hefur snúist meira um félagslegt réttlæti en að tryggja friðhelgi eignaréttarins⁷⁴.

Frjálsslyndi byggir í grunninn á þeirri hugmynd að menn eigi að vera frjálsir og að allar tilraunir til að skerða frelsi einstaklinganna skuli vera réttlættar, til að mynda þegar frelsinu eru settar skorður með lögum. Þetta hefur verið kallað *grundvallarlögmál frjálsslyndisins*⁷⁵. Þó frjálsslyndir hugsuðir sammælist um mikilvægi frelsis sem eins helsta pólitíska markmiðsins eru þeir ekki endilega sammála um hvernig skuli skilja frelsishugtakið. Þannig myndu frjálshyggjumenn álíta að skattlagning með það fyrir augunum að endurdreifa fjármunum væri frelsisskerðing á meðan aðrir, til að mynda John Rawls, teldi hana réttmæta þar sem hún miðaði að því að auka frelsi annarra. Afstaðan til slíkra mála veltur þannig á skilgreiningunni á frelsishugtakinu sem er, eins og áður segir, hvorki augljós né einhlít. Það sem frjálsslyndir stjórnspekingar eiga þó sameiginlegt er að leggja áherslu á frelsi sem það sem stjórn málin eigi helst að miða að að tryggja borgurunum.

Það frelsishugtak sem hvað helst hefur fest í sessi er sú skilgreining að frelsi þýði að vera laus undan afskiptum, að borgararnir séu frjálsir svo fremi að enginn skipti sér af þeim. Önnur ráðandi hugmynd hefur verið að líta svo á að til séu tvær skilgreiningar á frelsi þar sem önnur felur í sér frelsi undan afskiptum en hin frelsi til að vera sinn eigin herra. Sú aðgreining var ekki síst fest í sessi af Isaiah Berlin árið 1954 og hún hefur verið ráðandi í stjórn málum og stjórnspeki allar götur síðan.

3.1 Isaiah Berlin og tvö hugtök um frelsi

Aðgreiningin í jákvætt og neikvætt frelsi festist í sessi í kjölfar hins afar áhrifamikla fyrirlestrar Isaiah Berlin *Tvö hugtök um frelsi* frá árinu 1954. Þar greinir Berlin tvær merkingar frelsishugtaksins sem hann telur hafa verið fyrirferðarmestar í sögunni, neikvætt og jákvætt frelsi. Neikvæða frelsishugtakið segir Berlin vera fólgið í svari við spurningunni „Innan hvaða sviðs ætti einstaklingi eða hópi að leyfast að vera eða gera það, sem hann er fær um að vera eða gera, án afskipta annarra?“⁷⁶ á meðan hin jákvæða merking felst í svari við spurningunni „hvað eða hver er uppspretta þeirrar stjórnunar eða afskipta, sem getur ákvarðað að einhver sé eða geri eitt fremur en annað?“⁷⁷

⁷⁴ Gaus & Courtland, 2010

⁷⁵ Gaus & Courtland, 2010

⁷⁶ Berlin, 1994, bls. 157

⁷⁷ Berlin, 1994, bls. 157

Neikvæð merking frelsishugtaksins felur á vissan hátt í sér það rými sem einstaklingurinn hefur til athafna án þess að nokkur skipti sér af honum. Stjórnmálalegt ófrelsi er í þessum skilningi ekki fólgið í því að einstaklingnum sé ómögulegt að ná settu marki heldur í viljandi íhlutun sem kemur í veg fyrir að einstaklingurinn geti athafnað sig á svæði þar sem hann annars væri frjálst til athafna. Berlin telur til að mynda að við ættum ekki að líta á fátækt sem frelsisskerðingu nema við teljum að einhver hafi búið svo um hnútana að við höfum ekki möguleika á að eignast peninga á meðan öðrum sé það fært. Það virðist því ekki vera skipan hlutanna sem felur í sér ófrelsi heldur illur vilji samferðafólks okkar. Þvingun er mæld í því að hve miklu leyti aðrir hlutast til um málefni okkar, viljandi eða óviljandi, með beinum eða óbeinum hætti. Kúgun getur þannig falist í þvingunum þar sem einstaklingum er stillt upp við vegg og þeir látnir velja á milli tveggja slæmra kosta þar sem þeir hafa ekkert raunverulegt val. Frelsi okkar er því í réttu hlutfalli við það afskiptaleysi sem við njótum. Frelsið er frelsi undan afskiptum annarra og samkvæmt Berlin þurfum við að standa vörð um það ef við ætlum ekki að „smána og afneita eðli okkar“⁷⁸. Sá sem er frjálst í þessum skilningi hefur rými til athafna þar sem enginn hlutast til um þær.

Jákvætt frelsi er hins vegar frelsi *til* einhvers og Berlin telur það spretta af löngun einstaklinga til að vera sinn eigin herra. Í fyrstu virðist sem þessar tvær merkingar séu alls ekki ólíkar þar sem það að vera sinn eigin herra sem tekur ákvarðanir á sínum eigin forsendum virðist alls ekki óskyld því að hafa rými til athafna án afskipta annarra. En Berlin heldur því fram að líkt og hið jákvæða frelsishugtak krefjist þess að við séum ekki þrælur annarra geti það farið fram á að við séum ekki heldur þrælur náttúrunnar eða ástríðna okkar. Ef við eigum raunverulega að vera gerendur og stjórna sjálf okkar eigin lífi eins og skynsemisverum sæmir þurfum við að geta haft stjórn á tilfinningum okkar og stjórnast af eigin vilja og ætlunum. Svo lengi sem við getum þetta megum við teljast frjáls. Við þurfum þannig að vera laus undan ástríðum okkar geta stjórnast af okkar raunverulega, æðra sjálfri þar sem skynsemi okkar ríkir. Þannig verður til hugmynd um hið „æðra sjálf“ sem við þurfum að rækta og vernda gegn tilfinningum okkar, óbeisluðum löngunum eða óskynsamlegum hvötum. Berlin telur að hið raunverulega sjálf mætti hefja yfir einstaklinginn og líta á það sem „þjóðfélagslega heild“⁷⁹ þar sem einstaklingurinn er aðeins einn hluti hennar. Hið sanna sjálf, samfélagið, getur þá þröngvað vilja sínum upp á alla einstaklingana og þvingað þá til æðra frelslis sem er ekki háð duttlungum langana eða tilfinninga. Þannig er hægt að réttlæta þvingun

⁷⁸ Berlin, 1994, bls. 161

⁷⁹ Berlin, 1994, bls. 166

einstaklinganna í samfélaginu til að fallast á markmið sem er ekki endilega þeirra eigið í nafni þess að ef þeir væru skynsamir, ef þeir byggju yfir öllum upplýsingum, myndu þeir vilja það sama fyrir sjálfa sig. Hið æðra, skynsama, sjálf þekkir betur þarfir einstaklinganna og tekur það að sér að hjálpa þeim að komast í tæri við sitt eigið æðra sjálf, sína eigin skynsemi sem þeir hafa ef til vill ekki aðgang að fyrir⁸⁰.

Markmiðið er því þroski einstaklinganna, að aðstoða þá við að uppfylla sitt raunverulega sjálf þó þeir viti jafnvel ekki sjálfir hvað það er. Jafnvel er hægt að halda því fram að þó að einstaklingur velji ekki það sem honum er fyrir bestu á meðvitaðan hátt hafi hann í raun valið það með sínu æðra sjálfi og því sé ekki um eiginlega þvingun að ræða þegar hann er þvingaður til þess sem hann valdi sér ekki sjálfur. Þó Berlin viðurkenni að eflaust megi þetta til sanns vegar færa um neikvætt frelsi líka sé það ljóst af sögunni að það er fyrst og fremst hið jákvæða frelsishugtak sem leiðir okkur á slíkar villigötur⁸¹.

Tengsl þessara hugmynda Berlins við umræðuna um mannréttindi í stjórnarskrárumræðum á Íslandi og víðar eru nokkur. Það að einstaklingurinn fái að lifa lífi sínu í friði án afskipta ríkisvaldsins er á sama tíma lýsing á borgaralegum og stjórnómálalegum réttindum og forsenda þess að hægt sé að tala um að einstaklingur búi við neikvætt frelsi. Þannig mætti segja að sá sem er neikvætt frjáls búi við það ástand að borgaraleg og stjórnómálaleg mannréttindi hans séu virt. Í samfélagi þar sem höfuðáhersla er lögð á borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi og ríkisvaldið er almennt afskiptalaust um hagi borgaranna og veitir þeim rými til athafna eftir því sem þeim sjálfum þóknast mætti segja að borgararnir væru frjálsir, að því gefnu að við skilgreinum frelsishugtakið fyrst og fremst með neikvæðum hætti. Hvað jákvæða frelsishugtakið varðar hefur það sömu einkenni og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Það byggir á því að maðurinn fái tækifæri til að vera sinn eigin herra og láti stjórnast af sínum eigin vilja. Ef það á að vera mögulegt þarf að tryggja þeim skilyrði til að geta náð árangri og rækta sjálfa sig. Það kemur í hlut ríkisvaldsins að skapa borgaranum þessi skilyrði. Hann þarf að hafa ákveðin tæki til þess, ákveðnar leiðir til að geta hafið sig upp yfir tilfinningar sínar og ytri aðstæður. Efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru liðir í því að veita borgurunum möguleika á „mannsæmandi lífi“ þar sem það er skilgreint af utanaðkomandi aðila, í þessu tilfalli Sameinuðu þjóðunum, hvað felst í því.

⁸⁰ Berlin, 1994, bls. 166-167

⁸¹ Berlin, 1994, bls. 167-168

Aðgreining Berlins hefur því haft gríðarleg áhrif á stjórnálaheimspeki síðan hún leit dagsins ljós. Áhrif hennar eru enda ekki aðeins bundin við fræðilega umræðu um frelsishugtakið heldur má sjá hana í hversdagslegri stjórnálaumræðu, meðal annars í umræðum um stjórnarskrármál og mannréttindi á Íslandi. Áhrifin sjást til að mynda í því að umræða um frelsið einskorðast algjörlega við þessar tvær merkingar hugtaksins. Í skýrslum, frumvörpum og skýringum þar sem fjallað er um mannréttindi í stjórnarskránni er því gjarnan beinlínis haldið fram að þessir flokkar réttinda samsvari þessum flokkum frelsisins og að verið sé að tryggja neikvætt frelsi með borgaralegum og stjórnálalegum réttindum en jákvætt frelsi með efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum⁸². Aðgreiningu Berlins virðist því vera tekið fagnandi í íslenskum stjórnarskrárumræðum en minna fer fyrir umræðum um gagnsemi hennar.

Það er því óhætt að segja að grein Berlins hefur haft mikil áhrif sem eru ekki endilega aðeins jákvæð þar sem hún hefur þrengt umræðuna um frelsið umtalsvert þó greining Berlins sé ekki endilega röng. Vandamálið liggur fremur í því að hún hefur sett allri umræðu um frelsi afar þröngar skorður þar sem litið er á afskiptaleysi sem skilgreininguna á frelsi og þar af leiðandi á afskipti sem skilgreininguna á frelsisskerðingu. Sú er þó ekki raunin og hér að neðan verður kynnt til sögunnar önnur leið til að tala um frelsi sem skilgreinist ekki útfrá afskiptum og afskiptaleysi. Með því standa vonir til að hægt verði að dýpka frelsisumræðuna, losna undan þeirri áherslu sem hefur verið á aðgreiningu Berlins sem hina einu færu leið til að fjalla um frelsi og frelsisskerðingar og kynna nýtt frelsishugtak sem getur vonandi nýst betur til að fjalla um frelsi og réttindi borgaranna en það frelsishugtak sem notast er við í dag.

3.3 Repúblikanismi

Repúblikanismi er kenning um frelsi og stjórnsmál sem haldið hefur verið á lofti á síðustu árum og áratugum. Sú mynd af kenningunni sem hér verður stuðst við er samhljóða þeirri sem birtist í skrifum Philips Pettit en hann hefur bæði ritað fræðibækur um efnið og sinnt ráðgjöf fyrir forsætisráðherra Spánar, José Luis Zapatero, sem ákvað að styðjast við kenninguna í störfum sínum. Þannig opnaðist gluggi á milli fræðanna og raunverulegra stjórnsmála og því er hægt að sjá í dag afrakstur þess að stjórnsmálaheimspekikenning var innleidd í hefðbundin stjórnsmál⁸³.

⁸² Stjórnlagaráð, 2011d, bls. 4

⁸³ Í bók Philips Pettit og José Luis Martí, *Civic Republicanism – A Political Philosophy in Public Life* er fjallað um þessa tilraun Philips Pettit og spænskra yfirvalda.

Kenningin er í grunninn annar valmöguleiki við þá frjálslyndu hefð sem skapast hefur um alla umræðu um frelsi. Hér er því ekki um að ræða kenningu sem ætti að reyna að staðsetja innan hefðar jákvæðs og neikvæðs frelsis heldur ætti að líta á hana sem annars konar hugmynd sem getur mögulega leyst okkur úr því kerfi sem hugmyndir okkar um frelsi eru fastar í. Frelsinhugmynd repúblíkans er um margt frábrugðin þeirri sem okkur er hvað tömust þar sem frelsi er fyrst og fremst undan afskiptum og skiptingin í jákvætt og neikvætt frelsi er viðtekin. Frelsi í þessum skilningi er hvorki jákvætt né neikvætt og í raun er það sett fram sem mótvægi við þeirri umræðu um frelsi sem sprottið hefur úr skiptingunni í jákvætt og neikvætt frelsi. Hugmyndin um frelsi eins og hún birtist í repúblíkansmanum er að frelsi sé undan *drottnun* (e. domination) frekar en afskiptum eins og hið neikvæða frelsi leggur áherslu á⁸⁴.

Til glöggvunar á því hvað átt er við með drottnun bendir Philip Pettit á þá tilfinningu sem vaknar þegar við erum háð öðrum um eigin velferð og höfum engin ráð til að hafa áhrif á ákvarðanir þeirra. Þannig erum við upp á náð og miskunn annarra komin og höfum ekki líf okkar í eigin höndum. Þessa tilfinningu getum við ímyndað okkur með því að hugleiða stöðu barna sem eiga ofbeldisfulla foreldra, starfsfólks sem þarf að treysta á að halda yfirmanni sínum góðum ef það á að halda vinnunni, innflytjendur sem eiga á hættu að almenningsálitinu verði snúið gegn þeim vegna pólitískra strauma eða eigendur lítilla verslana sem eiga á hættu að verða gerðir gjaldþrota af stórfyrirtækjum⁸⁵. Allar þessar aðstæður lýsa drottnun þar sem einstaklingarnir í þeim eru undir vilja annarra komnir, þeir eiga á hættu að aðrir ráðskist með þá eftir eigin geðþótta. Hér er ekki endilega um bein afskipti að ræða heldur stafar drottnunin af því að einhverjir aðrir eru í aðstöðu til að stjórna þeim samkvæmt eigin vilja án mikillar fyrirhafnar⁸⁶. Drottnun lýsir því þeim aðstæðum að einstaklingar í samfélaginu eru í aðstöðu til að þröngva vilja sínum upp á aðra sem eiga sér engar undankomu auðið og hafa enga raunverulega möguleika á að hafa áhrif þar á. Svo lengi sem enginn er í slíkri aðstöðu gagnvart öðrum er engin drottnun til staðar í samfélaginu.

Frelsi í skilningi repúblíkans er því frelsi undan drottnun, fremur en frelsi undan afskiptum. Til að vera frjálst þurfum við nauðsynlega að búa við þær aðstæður að aðrir ráðskist ekki með okkur samkvæmt þeirra eigin geðþótta. Á meðan duttlungar annarra geta stjórnað ákvörðunum okkar og lífi án þess að við eigum þess kost að hafa áhrif þar á verður

⁸⁴ Martí & Pettit, 2010, bls. 31-32

⁸⁵ Martí & Pettit, 2010, bls. 33

⁸⁶ Martí & Pettit, 2010, bls. 33

frelsi okkar að teljast skert samkvæmt repúblíkanismanum. Ýmis hversdagsleg dæmi eru um þetta, til að mynda eru börn gjarna í slíkum aðstæðum gagnvart fullorðnum umsjónaraðilum sínum eða opinberir starfsmenn sem eiga á hættu að missa vinnuna um leið og hið pólitíska landslag breytist. Í þessum tilfellum og mörgum öðrum eru einstaklingarnir í þannig stöðu gagnvart öðrum að þeir hafa ekki fullkomið vald yfir lífi sínu sjálfir heldur veltur það á duttlungum annarra. Hér er ekki endilega um bein afskipti af öðrum að ræða, þau eru ekki nauðsynleg svo að um frelisskerðingu sé að ræða heldur vofir ógnin um afskipti yfir. Einhver annar er í þannig stöðu gagnvart einstaklingunum að hann getur hlutast til um líf þeirra ef hann kærir sig um. Þannig er ógnin sem að okkur stafar af yfíráðum annarra yfir lífi okkar sem gætu haft afskipti af okkur ef þeim sýndist svo sú aðstaða sem skapar frelisskerðinguna. Það er ekki höfuðatriðið hvort því valdi er beitt heldur er það sú aðstaða að vera háður duttlungum annarra um sitt eigið líf sem er aðalatriðið.

Samkvæmt hefðbundnum frjálslyndum kenningum felst frelisskerðing í því að einhver hefur bein afskipti af öðrum. Frelsi er skert um leið og annar aðili, einstaklingur eða opinbert vald, hefur afskipti af málefnum einstaklingsins. Samkvæmt repúblíkanismanum er þetta ófullnægjandi lýsing á því hvað frelsi er og hvernig hægt er að skerða það. Að mati Philips Pettit má sjá af áherslunni á afskipti og afskiptaleysi hvernig frjálslyndar kenningar hafa gjarna fallið í tvær ólíkar, en þó skyldar, gildir. Fyrir það fyrsta er, samkvæmt þeim, frelsi ávallt skert ef einhver utanaðkomandi hefur afskipti af einstaklingnum og í öðru lagi eru bein afskipti eina leiðin sem fær er til að skerða frelsi. Pettit bendir þó á að vel sé hægt að hafa afskipti af öðrum án þess að skerða frelsi þeirra, til dæmis þegar afskiptin eru höfð með þeirra samþykki.

Eins telur Pettit vel hægt að skerða frelsi einhvers án þess að hafa af honum bein afskipti, til dæmis með drottnun eins og henni var lýst áðan. Frelsi einstaklinga er þá skert þó aldrei komi til beinna afskipta svo lengi sem einhver annar er í slíkri aðstöðu að geta hlutast til um líf annarra samkvæmt eigin geðþóttu. Þannig eru bein afskipti hvorki nægjanlegt né nauðsynlegt skilyrði þess að frelsi einstaklingsins sé skert. Hægt er að búa við skert frelsi án þess að til nokkurra afskipta komi og hægt er að búa við afskipti án þess að það skerði frelsi á nokkurn hátt. Til að teljast frjál, segir Pettit, þurfum við að geta notað okkar eigin dómgreind til að velja á milli tiltekinna valkosta. Aðrir geta vel aðstoðað við valið en ef þeir hafa áhrif með því að fjarlægja einn valkostinn, eða bæta við hann refsingu eða verðlaunum sem ekki er hægt að hafna án þess að viðkomandi einstaklingur sé í aðstöðu til að mótmæla. Ef þessi

afskipti gera það að verkum að einstaklingurinn er líklegri til að lúta vilja annarra en ella, hefur frelsi hans verið skert⁸⁷. Afskipti þýða ekki endilega frelsskerðingu og á meðan einstaklingurinn sjálfur hefur vald til að taka ákvarðanir fyrir sjálfan sig er frelsi hans óskert þó aðrir hafi af honum afskipti.

Óhindraður, gerræðislegur vilji annarra sem þröngvað er upp á okkur og hindrar okkur í að taka okkar eigin ákvarðanir er hins vegar skerðing á frelsinu. Vel mætti hugsa sér aðila sem hefur vald til að skipta sér af málefnum einstaklings en svo vill til að sá einstaklingur hagar sínu lífi eins og hinum valdameiri þóknast. Hann hefur því engin afskipti. Ef sá sem drottnað er yfir tæki aftur á móti upp á því að taka öðruvísi ákvarðanir og lífa lífi sínu með öðrum hætti myndi hinn drottnandi aðili grípa í taumana. Hvort sem bein afskipti eru höfð af einstaklingunum eða hinn drottnandi er í viðbragðsstöðu og hefur afskipti þegar á þarf að halda, er frelsi einstaklingsins jafn skert. Hann er ekki sinn eigin herra enda er stjórnar hann lífi sínu ekki fyllilega sjálfur. Vald annarra til að hlutast til um líf hans án þess að hann geti haft áhrif þar á með beinum hætti er meira en svo að hægt sé að tala um hann sem frjálsan⁸⁸. Munurinn á frjálsum einstaklingum og hinum ófrjálsu er sá að þeir sem eru ófrjálsir reyna að hafa lífi sínu þannig að þeir styggi ekki hina valdameiri. Þeir haga lífi sínu í samræmi við vilja annarra. Hinir frjálsu eru aftur á móti þeir sem segja skoðanir sínar og lífa sínu lífi án ótta við viðbrögð annarra. Þeir geta kraftist virðingar frá samborgurum sínum í þeirri fullvissu að þeir séu ekki háðir valdi annarra⁸⁹. Frelsinhugtak repúblíkánismans er þannig ólík þeirri hugmynd að frelsi sé best tryggt með afskiptaleysi. Hér er svigrúm skapað fyrir afskipti sem eru undir stjórn þess sem afskiptin beinast að en um leið og einhver er í þannig stöðu að hann getur hlutast til um líf annars er hann farinn að skerða frelsi hans þar sem sá hinn sami er þá ekki fullkomlega sinn eigin herra heldur að hluta til á valdi annarra⁹⁰.

Til að tryggja frelsi borgaranna er það hlutverk ríkisvaldsins að ganga úr skugga um að enginn borgari þurfi að búa við drottnun. Þar sem það þýðir þó að ríkisvaldið þarf óhjákvæmilega að hafa töluverð afskipti af borgurunum og í raun skipuleggja samfélagið með þeim hætti að allir geti búið við frelsi þarf líka að gæta þess að ríkisvaldið sjálft verði ekki drottnandi. Til að lýsa þessu vandamáli kynnir Pettit til sögunnar tvö hugtök sem lýsa valdi í samfélaginu. Annað þeirra, *dominium*, lýsir drottnun einstaklinganna hver yfir öðrum. Hitt,

⁸⁷ Martí & Pettit, 2010, bls. 35

⁸⁸ Martí & Pettit, 2010, bls. 36-37

⁸⁹ Martí & Pettit, 2010, bls. 38

⁹⁰ Martí & Pettit, 2010, bls. 39

imperium, er hið opinbera vald og hlutverk þess er fyrst og fremst að skapa samfélag þar sem borgararnir þurfa ekki að óttast *dominium* án þess þó að ríkisvaldið sjálft verði drottnandi⁹¹.

Leiðin sem repúblíkanisminn stingur upp á til að tryggja þetta er ákveðin þjóðfélagsleg skipulagning sem á að sporna gegn því að einstaklingarnir verði upp á hvern annan komnir⁹².

Á tveimur vígstöðvum hefur frelsishugmynd repúblíkanismans verið ráðandi frekar en hin neikvæða. Baráttan fyrir bættum réttindum verkafólks og kvenfrelsisbaráttan lituðust mjög af hugmyndum repúblíkanismans. Á nítjándu öld töluðu baráttumenn fyrir bættum kjörum og réttindum verkafólks þar sem þeir sem unnu í verksmiðjunum voru upp á náð og miskunn atvinnurekenda komnir. Þá mátti ráða eða reka að vild og launagreiðendur gátu gengið úr skugga um að þeir sem ekki stæðu sig í vinnu fengju ekki vinnu neins staðar annars staðar heldur. Kvenréttindabaráttan snerist um svipaða hluti, konur væru ekki frjálsar svo lengi sem þær væru háðar valdi karlmannna. Eiginmenn þeirra gætu stjórnað lífi þeirra, þó ekki endilega væri um bein afskipti að ræða og því væri ekki hægt að tala um konur sem frjálsa borgara í sama skilningi og karlmenn⁹³.

Þó Pettit taki dæmi um baráttu verkafólks og kvenna á nítjándu og tuttugustu öld er síður en svo fráleitt að líta kvenréttindabaráttu nútímans sömu augum. Eitt vandamálanna sem femínisminn stendur frammi fyrir er einmitt sú skilgreining á frelsi sem er allsráðandi í samfélaginu. Umræður um vændi snúast til að mynda gjarna um að ekki sé hægt að sýna fram á að konur séu beinlínis neyddar til að stunda það og það sama má segja um nektardans. Ef við hugsum frelsi þessara kvenna á forsendum repúblíkanismans sjáum við hins vegar að beinar þvinganir eru ekki nauðsynleg forsenda þess að frelsi þeirra skert. Valdastaða þeirra í samfélaginu getur valdið því að þær eru upp á náð og miskunn annarra komnar án þess að hafa mikið um það að segja sjálfar hvernig lífi þeirra er háttað. Með því að ganga út frá því að eina leiðin til að skerða frelsi þessara kvenna sé að þær séu þvingaðar með beinum aðgerðum til að stunda vændi er því verið að leiða hjá sér aðrar leiðir sem færar eru til að skerða frelsi þeirra. Samkvæmt hefðbundnum hugmyndum um frelsi er það skert um leið og farið er að hafa afskipti af vændiskonum. Um leið og lög eru sett sem gera vændi að glæpsamlegu athæfi verður frelsi vændiskvonnanna því fótum troðið því þær eiga að hafa frelsi til hverra þeirra athafna sem þær lystir. Með því að segja að hægt sé að hafa afskipti án þess að það skerði frelsi er því betur hægt að tala um aðstæður kvenna sem margar eru kúgaðar, þó ekki sé það

⁹¹ Martí & Pettit, 2010, bls. 34

⁹² Martí & Pettit, 2010, bls. 34

⁹³ Martí & Pettit, 2010, bls. 47

endilega með beinum afskiptum, án þess að þurfa að velta því fyrir sér hvort einhver þeirra kunni að velja sér hlutskipti sitt af fúsum og frjálsum vilja. Samkvæmt frelsishugmyndum repúblíkanismans er það ekki aðalatriðið, vel getur verið að þær geri það en það er ekki nóg að tryggja að þær séu ekki neyddar til starfans með beinum hætti heldur þarf að ganga úr skugga um að aðstæður þeirra séu ekki þannig að þær séu upp á náð og miskunn annarra komnar. Hér kviknar aftur spurningin um möguleika ríkisvaldsins á að tryggja að allir einstaklingar séu lausir undan drottnun án þess að það verði sjálft að kúgandi afli.

Frelsisbilningur repúblíkanismans krefst þess að tvennt komi til; vald ríkisins til að koma í veg fyrir að einstaklingar séu háðir gerræðislegum vilja annarra en á sama tíma eins konar eftirlit með ríkisvaldinu til að tryggja að það verði ekki sjálft kúgandi⁹⁴. Hér er hugmyndin að ríkið þurfi með einhverjum hætti að geta sett lög og innheimt skatta til að tryggja sem jafnasta valdastöðu einstaklinganna í samfélaginu án þess að það teljist vera frelsskerðandi en hér getur verið um aðgerðir að ræða sem fela í sér töluverð afskipti af lífi borgaranna. Pettit telur að þessi krafa um að ríkið gæti þess að einstaklingarnir séu ekki settir undir vald hvers annars leiði af sér einhverja útfærslu af jafnaðarstefnu. Ríkisvaldið í þessum skilningi er jafnframt virkt afl sem tekur virkan þátt í að móta samfélagið og jafnvel skipuleggja það⁹⁵.

Til að tryggja að ríkisvaldið, sem getur vissulega lagt hömlur á athafnafrelsi borgaranna, sé ekki drottnandi þurfa borgararnir að hafa stjórn á þessu valdi. Á sama hátt og drottnun einstaklinga hver yfir öðrum er möguleg ef annar aðilinn hefur vald til að stjórna hinum samkvæmt eigin duttlungum án þess að sá hafi nokkuð um stjórnina að segja verður ríkisvaldið drottnandi ef ríkið getur tekið slíkar ákvarðanir og borgararnir, þeir sem ákvörðunin hefur áhrif á, hafa engin ráð til að hafa raunveruleg áhrif. Svo fremi að stjórnvöld lúti vilja borgaranna sem allir hafa jafnan aðgang að vettvangi þar sem þeir geta haft áhrif á stjórnsmál í sínu ríki getur stjórnin hlutast til um líf þeirra án þess að vera drottnandi. Afskiptin þurfa að vera háð samþykki borgaranna á hverjum tíma og þau mega ekki ráðast af geðþóttaákvörðunum⁹⁶. Það kann að hljóma óraunhæft að ætla öllum borgurum að taka virkan þátt í stjórnsmálum og sýna stjórnvöldum virkt aðhald til að tryggja að þau lúti raunverulega vilja borgaranna en eins og bent var á áður er hægt að hugsa sér að aðilar séu virkir í aðhaldi sínu svo lengi sem þeir fylgjast með og eru tilbúnir að grípa inn í ef þörf krefur. Bein afskipti

⁹⁴ Martí & Pettit, 2010, bls. 48-49

⁹⁵ Martí & Pettit, 2010, bls. 48-49

⁹⁶ Martí & Pettit, 2010, bls. 59

eru þá ekki nauðsynleg á hverjum tímapunkti heldur birtist aðhaldið í meðvitund borgaranna og möguleika þeirra á virkni, hvort sem þeir kjósa svo að nýta sér þann möguleika eða ekki. Enginn verður þannig neyddur til stjórnmalapátttöku eða afskipta af stjórnvöldum en svo lengi sem allir borgarar hafa jöfn tækifæri til þátttöku og geta haft áhrif á framgang mála er ekki hægt að segja að aðgerðir stjórnvalda skuli líta á eins og þegar aðili þröngvar vilja sínum upp á annan⁹⁷.

Repúblikanisminn krefst því lýðræðis en sú hugmynd um lýðræði sem Pettit kynnir til sögunnar sem lýðræðishugmynd repúblikanismans er ekki sú sama og við byggjum á, þar sem lýðræði snýst um að velja fulltrúa sem starfa í okkar umboði fram að næstu kosningum. Lýðræðishugmynd repúblikanismans snýr frekar að því að borgararnir geti haft eftirlit með, og áhrif á, aðgerðir ríkisstjórnarinnar. Sú ríkisstjórn þarf ekki að vera kosin með lýðræðislegum hætti, það er vel hægt að hugsa sér einvald sem stjórnar lýðræðislega í þessum skilningi eða fulltrúalýðræði þar sem vilji borgaranna endurspeglast ekki í þeim ákvörðunum sem teknar eru. Stjórnvöld sem lúta vilja borgaranna og taka ekki gerræðislegar ákvarðanir sem borgararnir hafa engin tök á að hafa áhrif á, eru lýðræðisleg í þessum skilningi og drottna ekki yfir borgurunum⁹⁸.

Hér er komin fram skilgreining á frelsi sem er annars eðlis en sú hugmynd um jákvætt og neikvætt frelsi sem er ráðandi í samfélagi okkar í dag. Frelsi er hér skilgreint á annan hátt, sem frelsi undan drottun fremur en frelsi undan afskiptum en sá greinarmunur hefur ýmislegt í för með sér. Ef frelsi er hugsað með þessum hætti og við erum frjáls. Svo lengi sem enginn drottinn yfir okkur er það viðurkennt að frelisskerðing er möguleg án þess að til beinna afskipta komi en einnig að afskipti eru möguleg án frelisskerðingar. Svo lengi sem sá einstaklingur sem afskipti eru höfð af er aðili að málinu og hefur tækifæri til að hafa áhrif á þær ákvarðanir sem teknar eru um líf hans er vel hægt að hafa af honum afskipti án þess að frelsi hans sé skert. Það er einnig viðurkennt að það er hægt að skerða frelsi án þess að nokkur afskipti séu höfð, hótanir um afskipti, eða jafnvel aðeins möguleikinn á þeim, í stöðu ójafnrar valdastöðu á milli einstaklinganna er nóg til að álíta að frelsi einstaklingsins til að ráða sínum málum sjálfur sé skert.

Þessi skilgreining á frelsi skapar nýjan hugtakaramma til að tala um ýmiss konar kúgun í samfélaginu sem virðist erfitt að festa hendur á með hugtakaflóru neikvæðs frelsis. Frelshugtak repúblikanismans gefur til að mynda betra færi á að ræða afleiðingar

⁹⁷ Martí & Pettit, 2010, bls. 59

⁹⁸ Martí & Pettit, 2010, bls. 60

aðstæðumunar einstaklinganna í samfélaginu. Það gerir okkur kleift að ræða kúgun sem þrífst í skjóli valdaójafnvægis þó ekki komi endilega til beinna afskipta. Samkvæmt hinum neikvæða skilningi á frelsi er ekki endilega um frelsskerðingu að ræða ef ekki kemur til beinna afskipta, jafnvel þó augljóst ætti að teljast að hinn kúgaði sé ekki í aðstöðu til annars en að lúta vilja kúgarans. Þetta frelsishugtak leysir einnig ákveðið vandamál sem er til staðar í umræðunum um mannréttindi. Ólíkt því frelsishugtaki sem er undirliggjandi borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum er gengið út frá því samkvæmt þessari skilgreiningu að ákveðin réttindi séu nauðsynleg ef tryggja á öllum borgurum líf án drottunar annarra. Það þýðir að réttur borgaranna til að haga lífi sínu eins og þeir telja ákjósanlegast er enn í hávegum hafður en við bætast önnur réttindi sem miða að því að uppræta þær aðstæður fólks í samfélaginu að það sé háð valdi annarra um líf sitt.

3.3.1 Repúblíkanismi sem frjálslýndi

Það er ekki alveg augljóst hvort repúblíkanismi og frjálslýndi séu aðskildar kenningar sem við þurfum að velja á milli eða hvort þær séu frekar hugmyndir af sama meiði sem birti ólíkar áherslur. Pettit gerir sjálfur greinarmun á repúblíkanismanum og frjálslýndi og lítur í raun á repúblíkanismann sem annan valkost við frjálslýnda stjórnspeki, enda telur hann frjálslýndið byggjast á þeirri skilgreiningu að frelsi sé undan afskiptum og að það sé eina gildið sem máli skiptir fyrir frjálslýndar kenningar almennt⁹⁹. Af þeim sökum fjallar Pettit um repúblíkanismann sem kenningu ólíka frjálslýndinu þar sem hann telur frjálslýnda hugsuði falla í þá gryfju að einblína um of á afskipti eins og það sé hið eina sem takmarki frelsi manna. Vandamál frjálslýndisins, að mati Pettits er sú hugmynd um frelsi sem hefur einkennt það síðastliðin 200 ár. Neikvæða frelsishugtakið hefur haft í för með sér, að mati Pettits, ákveðna blindu þegar kemur að valdi og í ljósi þess hafa frjálslýndir stjórnspekingar lagt blessun sína yfir sambönd sem repúblíkanistar yrðu að hafna á þeim forsendum að þau væru kúgandi. Þar má nefna öll þau dæmi sem fyrirfinnast um einstaklinga sem í krafti yfirburðastöðu sinnar geta ráðskast með aðra án þess að þurfa nokkru sinni að beita þá beinum þvingunum eða hafa bein afskipti af þeim¹⁰⁰. Hugmynd Pettits er sú að frjálslýnda hugsuði sé óhjákvæmilegt að tengja við annað en neikvætt frelsi og því hafnar hann því að hægt sé að leggja þessar tvær kenningar að jöfnu.

⁹⁹ Martí & Pettit, 2010, bls. 49

¹⁰⁰ Pettit, 1997, bls. 9

Afstaða manna til skyldleika repúblíkanisma og frjálslýndis veltur á skilgreiningu þeirra á frjálslýndi. Samkvæmt þeirri forsendu Pettits að ekki sé hægt að tala um frjálslýndi án þess að tala um neikvætt frelsi á sama tíma virðist ómögulegt að sjá hvernig hægt væri að sætta þessar hugmyndir. Það virðist óhjákvæmilegt að líta á repúblíkanismann sem annan valkost við frjálslýndið ef við skiljum frjálslýndið svo að það feli nauðsynlega í sér neikvæða skilgreiningu á frelsishugtakinu. Ef sú er raunin er munurinn á milli frjálslýndis og repúblíkanisma samhljóða muninum á þeim frelsishugmyndum sem þessar tvær kenningar bjóða upp á.

Það er þó hægt að hugsa um frjálslýndi með öðrum hætti en þeim sem Pettit gerir. Frjálslýndi felur þá ekki endilega í sér neikvætt frelsi heldur er það fremur hugmynd um stjórnskipan sem leggur höfuðáherslu á frelsi einstaklingsins¹⁰¹. Þá er hver sú kenning frjálslýnd sem leggur áherslu á frelsi einstaklinganna til athafna og viðurkennir það sem skyldu ríkisvaldsins að tryggja þetta frelsi. Hér er engin ákveðin skilgreining á frelsishugtakinu til staðar, engin sérstök leið til að túlka hugtakið heldur eingöngu áhersla á skyldu ríkisins til að tryggja frelsi borgaranna. Stjórnspekingar hafa verið flokkaðir sem frjálslýndir ef þeir telja að allar takmarkanir á frelsi þurfi að vera réttlættar af hálfu ríkisvaldsins. Þetta á til að mynda við um höfunda sáttmálakenninga á borð við Thomas Hobbes, John Locke og Jean-Jacques Rousseau¹⁰². Ef við skiljum frjálslýndið á þennan hátt, sem stjórnspekikenningu sem leggur áherslu á frelsi einstaklingsins og stjórnskipan sem tryggir það, er ekki jafn skýrt að repúblíkanisminn sé undanskilinn.

Svo virðist sem eðlilegast væri að skilja frjálslýndið með þessum hætti, að frjálslýndi sé kenning sem leggur áherslu á frelsi einstaklingsins og skyldu ríkisvaldsins til að tryggja það. Þó sú hefð hafi skapast á síðustu árum innan frjálslýndra kenninga að skilgreina frelsið með neikvæðum hætti er ekki þar með sagt að það sé óhjákvæmilegur eiginleiki frjálslýndrar stjórnspekihefðar. Frelsishugtakið verður ekki skilgreint í eitt skipti fyrir öll og því er síður en svo óeðlilegt að sú merking sem lögð er í það taki breytingum, jafnt innan hefðar frjálslýndisins sem í hefðbundnum stjórnámálum og hversdagslegu tali.

Repúblíkanismann ætti því að skilja sem gagnrýni á hina frjálslýndu hefð, en það er gagnrýni sem kemur innan frá og lýtur að skilgreiningum á frelsishugtakinu en ekki áherslunni á frelsi sem slíka. Gagnrýnin snýr að því hvers konar frelsi hefur verið í forgrunni en ekki að því að leggja áherslu á frelsi sem mikilvægt gildi í stjórnámálum. Það þýðir að

¹⁰¹ Gaus & Courtland, 2010

¹⁰² Gaus & Courtland, 2010

repúblikanisminn er í raun frjálslynd kenning þar sem áhersla er lögð á annars konar frelsi en hið neikvæða. Repúblikanisminn á ýmislegt sameiginlegt með hefðbundnum frjálslyndum kenningum og því er vel hægt að taka upp þann skilning á frelsi sem repúblikanisminn leggur til án þess að losa sig við frjálslyndið. Frelsi einstaklinganna er lykilatriði í kenningum repúblikanista og þó það sé frelsi af öðrum meiði en hið neikvæða er rík áhersla á frelsi einstaklingsins til athafna, óháð valdi annarra. Munurinn liggur því fyrst og fremst í því hvernig frelsið er skilgreint og þar með hvernig það er skert. Repúblikanisminn er því frjálslynd kenning sem leggur áherslu á annan skilning á frelsi og hann er hægt að innleiða án þess að hafna frjálslyndinu sem slíku.

4.0 Repúblikanismi og stjórnarskrá

Til glöggvunar á því hvernig ríki repúblikanismans yrði skipulagt líkir Pettitt því við húsfélag og stjórn þess og telur að með því að ímynda okkur slíkt félag getum við gert okkur í hugarlund þær reglur sem líklegar eru til að gilda í samfélaginu. Það er ekki augljóst að húsfélög og samfélög lúti sömu lögmálum enda mætti ætla að samfélög séu almennt fókarni og þurfi að takast á við stærri og flóknari álitamál en upp koma í húsfélögum. Pettitt notast þó við þessa líkingu og bendir á að í fjölbýlishúsum sé líklegt að íbúðaeigendurnir sammælist um að kjósa sér stjórn sem geti haldið utan um sameiginleg málefni hússins bæði gagnvart hverjum íbúðareiganda og utanaðkomandi aðilum. Stjórn húsfélagsins yrði líklega skipuð fulltrúum íbúanna og hún hefði ekkert vald til að hlutast til um það hvernig hver íbúi hagar málum innan sinnar íbúðar. Stjórnin þyrfti að vera ábyrg í fjármálum og fær um að stuðla að menningu meðal íbúanna sem byggðist á virðingu þeirra hver fyrir öðrum. Stjórnin fengi þó ekki að hafa alveg frjálsar hendur. Eitt tæki til að stjórna henni væri að efna til kosninga reglulega en að auki þyrftu íbúarnir að sammælast um reglur sem stjórnin þyrfti að starfa eftir. Eftirlit í gegnum kosningar væri ófullnægjandi þar sem ekki þyrfti annað en að stjórnin sæktist ekki eftir endurkjöri til að gera það eftirlit haldlaust¹⁰³. Stjórnin þyrfti þannig að starfa samkvæmt reglum sem henni væru settar. Í þeim myndi til dæmis felast að fara ekki í manngreinarálit á milli íbúanna, að stjórnin gæti ekki hlutast til um útlit hvernar íbúðar, hún yrði að kynna áætlanir sínar og gefa íbúunum kost á að taka þátt í opnum umræðum um þær. Hér þyrfti líklega að ríkja ákveðin valddreifing, til dæmis með starfsemi eftirlitsnefndar sem gæti tekið við ábendingum frá íbúunum um það sem betur mætti fara í starfsemi stjórnarinnar.

¹⁰³ Martí & Pettit, 2010, bls. 62-63

Utanaðkomandi aðilar, svo sem lögfræðingar og endurskoðendur þyrftu að geta haft eftirlit með stjórninni og hægt þyrfti að vera að skjóta umdeildum ákvörðunum til hlutlausra utanaðkomandi aðila. Að auki þyrfti að vera hægt að skera úr um hvernig skuli leysa málin þegar tvær eða fleiri jafngóðar tillögur eru um framkvæmd í tilteknu máli og að auki þyrfti að vera mögulegt að breyta öllum þessum reglum með ákveðnu ferli¹⁰⁴.

Ákveðin vandamál vakna þegar þessi hugmynd er yfirfærð á flókin fjölmenningsarsamfélög nútímans þar sem þau álitæfni sem koma upp eru líkleg til að snúast um veigameiri atriði en smekk íbúanna. Pettit lítur þó ekki á þetta sem vandamál þar sem ætla má að sú samræða sem myndist í samfélaginu, jafnvel þó hún leiði ekki til niðurstöðu, hafi gildi. Hún myndi hjálpa til við skilgreiningu á þeim atriðum sem talin væru mikilvæg fyrir samfélagið að takast á við sem heild¹⁰⁵. Annað vandamál virðist vera í uppsiglingu þegar Pettit lýsir afskiptaleyzi stjórnarinnar málefnum hvarrar íbúðar fyrir sig. Þó almennt sé viðurkennt að heimilið eigi að vera friðheilagt getur ýmis konar kúgun þrífist þar innan dyra og því er ekki ljóst að besta leiðin til að tryggja drottunarlaust samfélag sé að takmarka afskipti stjórnvalda af heimilunum. Þó má benda á að Pettit bendir sjálfur á þetta vandamál sem hann telur hægt að leysa með því að skapa farvegi fyrir borgarana til að komast úr aðstæðum þar sem drottnað er yfir þeim.

Hér má líta á þær reglur sem líklega myndu gilda um húsfélagið sem tillögu að mögulegri stjórnarskrá fyrir ríki sem stjórnað væri í samræmi við hugmyndir repúblíkanismans. Áhersla er lögð á möguleika borgaranna til þátttöku og vald utanaðkomandi aðila til að hafa eftirlit með málefnum ríkisins. Því mætti ætla að í ríki sem væri stýrt í anda repúblíkanismans myndi bjóða upp á farveg fyrir virka þátttöku borgaranna og möguleika þeirra á að leita réttar síns gagnvart ríkisvaldinu. Samkvæmt þessu er sú staðreynd að borgararnir geta ekki leitað réttar síns ef þeir telja brotið á efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum sínum er annað áhyggjuefni fyrir repúblíkanismann. Hluti af því að tryggja að utanaðkomandi, gerræðislegur vilji geti ekki stjórnað lífi einstaklingsins er að tryggja að hann hafi undankomuleið eða farveg til að hafa áhrif á þann aðila sem er drottnandi í lífi hans. Þar sem efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru ekki vernduð í íslensku stjórnarskránni nema að mjög takmörkuðu leyti og engar kæruleiðir eru til staðar gagnvart Sameinuðu þjóðunum geta borgararnir tæplega haft áhrif á það vald sem drottnar yfir þeim. Því mætti halda því fram að frelsi

¹⁰⁴ Martí & Pettit, 2010, bls. 63-64

¹⁰⁵ Martí & Pettit, 2010, bls. 65

borgaranna væri takmarkað í núverandi skipulagi, þar sem engin leið er til að tryggja að borgararnir njóti efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda sinna. Að auki er áhersla lögð á frelsi undan afskiptum í núverandi skipulagi sem gerir það að verkum að aðrar tegundir frelsisskerðingar, til dæmis þær sem stafa af drottnun án afskipta, verða útundan.

Á sama tíma og frelsishugtakið væri hugsað með öðrum hætti væri nauðsynlegt að endurskoða hugmyndir okkar um lýðræði, aðallega til að tryggja að borgararnir hafi möguleika á að takmarka í raun völd yfirvalda. Í þessu samhengi er vert að benda á að Spánverjar sem hafa haft repúblíkanismann sem hluta af opinberri stefnu stjórnvalda eru ein þriggja þjóða sem hafa undirritað viðaukann við alþjóðasamning um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, þrátt fyrir bága fjárhagsstöðu ríkisins. Þeir hafa því gert tilraun til að gera borgurunum mögulegt að senda erindi til Sameinuðu þjóðanna ef þeir telja að brotið sé gegn réttindum þeirra¹⁰⁶.

Slíkur skilningur á frelsishugtakinu myndi að sama skapi breyta ýmsu um hugmyndir manna um lýðræði þar sem ekki er eins augljóst að sú tegund af lýðræði sem er við lýði á Íslandi geti tryggt að stjórnvöld lúti vilja borgaranna, þó þeir velji sér fulltrúa sjálfir í gegnum kosningar. Samkvæmt skilningi repúblíkanismans þarf að gæta þess að ríkisvaldið geti ekki drottnað yfir borgurunum og það er gert með því að tryggja farvegi fyrir borgarana til að tjá vilja sinn og taka virkan þátt í stjórn málum. Það er því ekki nóg að velja sér fulltrúa þar sem ekki er hægt að tryggja að þeir muni starfa samkvæmt vilja borgaranna. Að sama skapi er hægt að hugsa sér stjórnvöld sem eru ekki kosin lýðræðislega en þjóða borgurunum upp á virka þátttöku og eru þannig betur í stakk búin til að taka tillit til vilja þeirra.

Þó lesa megí repúblíkanismann sem frjálslynda stjórnspekíkenningu bætir hann ýmsu við umræðuna um frelsi og réttindi borgaranna. Stjórnarskrárumræður sem tækju mið af repúblíkanismanum væru að líkindum ólíkar þeim stjórnarskrárumræðum sem hafa farið fram á Íslandi og myndu geta af sér öðruvísi stjórnarskrá með áherslu á annars konar réttindaumræðu. Fyrir það fyrsta mætti ætla að aðgreiningin í borgaraleg og stjórn mála­leg réttindi annars vegar og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar teldist ófullnægjandi, ekki síst vegna þeirrar áherslu sem hefur verið á borgaraleg og stjórn mála­leg réttindi og vegna þess hversu erfiðlega virðist ganga að lýsa frelsi borgaranna með notkun þessara hugtaka. Það frelsishugtak sem er þeim undirliggjandi getur ekki lýst frelsinu eins og það er skilið í repúblíkanismanum. Frelsi undan afskiptum er ekki nóg til að tryggja

¹⁰⁶ Aðalheiður Ámundadóttir & Rachael Lorna Johnstone, 2011, bls. 7

raunverulegt frelsi í skilningi repúblikanismans og að sama skapi eru borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi ekki nóg til að tryggja frelsi og réttindi borgaranna.

Þau vandræði sem réttindaumræðan er í vegna aðgreiningar mannréttinda og áherslu stjórnvalda á annan flokkinn umfram hinn bendir til þess að þær hugmyndir sem eru ríkjandi í samfélaginu um frelsi séu ef til vill ekki gagnlegar. Með því að hugsa frelsi í anda repúblikanismans myndast rými til að halda í grunnþildi frjálslýndrar stjórnspeki en viðurkenna á sama tíma að frelsi sé ekki hægt að tryggja með því einu að eyða afskiptum af borgurunum. Þannig opnast leið til að hugsa um frelsi með öðrum hætti en aðgreiningin í jákvætt og neikvætt frelsi býður okkur upp á án þess að kollvarpa þeirri stjórnskipan sem við búum við. Stjórnarskrá sem byggði á frelsishugmyndum repúblikanismans myndi því breyta bæði ákveðnum hlutum í stjórnskipaninni og bjóða upp á nýja leið til að tala um réttindi og frelsi borgaranna án þess að þurfa að varpa frjálslýndinu fyrir róða.

Niðurstöður

Í þeim umræðum sem hafa farið fram um stjórnarskrána hér á landi hefur lítil gagnrýnin umræða farið fram um frelsi og réttindi borgaranna. Úr þeim umræðum sem þó hafa farið fram má lesa að frelsishugtakið hafi almennt verið skilið með neikvæðum hætti, sem frelsi undan afskiptum og að frelsi borgaranna sé best tryggt með afskiptaleysi stjórnvalda. Umræður um þetta efni hafa þó verið af skornum skammti og merking frelsishugtaksins verður helst séð með því að rýna í frumvörp og greinargerðir með þeim. Í þeim má gjarna greina það viðhorf að frelsi og réttindi borgaranna sé hægt að tryggja með afskiptaleysi stjórnvalda. Önnur réttindi, efnahagsleg, félagsleg og menningarleg eru þá fremur álitin stefnuþirlýsingar sem erfitt sé að binda í stjórnarskrá vegna þess hversu erfitt er að tryggja að þau verði uppfyllt. Samkvæmt alþjóðlegum samningum um þau réttindi er það áréttað að veiting þeirra veltur á fjárhagslegum burðum hvers ríkis fyrir sig og því er auðveldara fyrir stjórnvöld að snúa sig út úr veitingu þeirra en annarra réttinda. Þar sem þau eru almennt ekki tryggð í stjórnarskránni og vegna þess að borgurunum er enginn farvegur fær til að senda eftirlitsnefnd Sameinuðu þjóðanna erindi ef þeir telja á sér brotið er ekki ljóst hvaða gagn þau gera nákvæmlega annað en að vera stefnuþirlýsingar. Þessu er ekki svona farið með borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi þar sem farvegur er til staðar ef borgararnir telja ástæðu til að senda eftirlitsnefnd Sameinuðu þjóðanna erindi og þau eru tryggð í meiri mæli í íslensku stjórnarskránni. Hér á landi er þó ekki starfandi stjórnlagadómstóll og vegna þess hversu litlar

heimildir yfirþjóðlegar stofnanir hafa til að hlutast til um málefni einstaka ríkja er raunverulegt eftirlit með þeim einnig af skornum skammti.

Það er ekki augljóst að sá greinarmunur sem gerður er á þessum tegundum réttinda sé eins skýr og haldið er fram í þeim stjórnarskrárumræðum og frumvörpum sem skoðuð voru. Bæði efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi leggja í einhverjum skilningi athafnaskyldur á herðar ríkisvaldsins og eftirlit með þeim er af skornum skammti. Þannig er erfitt að tryggja að þau séu virk í raun. Þessi greinarmunur og sá áherslumunur sem er greinanlegur í umræðunum virðist að einhverju leyti sprottinn af þeirri frelsishugmynd sem lá frönsku réttindayfirlýsingunni til grundvallar og hefur verið áberandi í frjálslyndri stjórnspeki allar götur síðan. Þar er frelsi skilgreint sem möguleikinn til að gera hvað sem einstaklingurinn vill svo lengi sem hann skaðar ekki aðra. Hann á því að vera frjálst undan afskiptum til athafna. Þessi skilgreining á frelsinu virðist takmarka alla umræðu um frelsi og réttindi borgaranna í íslensku stjórnarskránni. Gengið er út frá henni sem vísri og engar tilraunir eru gerðar til að skilgreina frelsi með öðrum hætti, þrátt fyrir að umræðan um mannréttindi virðist vera á villigötum.

Til að reyna að losa stjórnarskrárumræðuna úr þeirri klípu sem hún virðist vera í hefur hér verið lagt til að skilgreiningin á frelsishugtakinu verði tekin til endurskoðunar og í því sambandi litið til repúblikanisma Philips Pettit sem heldur því fram að bæði sé hægt að hafa afskipti af borgurunum án þess að skerða frelsi þeirra og að hægt sé að skerða frelsi án beinna afskipta. Víðtækara frelsi sé tryggt ef við hugsum um frelsi sem frelsi undan drottnun; frelsi undan aðstæðum þar sem aðrir einstaklingar eða ríkisvaldið eru í aðstöðu til afskipta eða drottnunar yfir okkur. Hér er á ferðinni frelsishugtak þar sem áherslan er ekki bara lögð á útrýmingu afskipta heldur frekar jafnari aðstöðu borgaranna til að tryggja að enginn þeirra sé þvingaður til að lúta vilja annarra.

Kostirnir við að skilgreina frelsishugtakið með þessum hætti eru ekki síst að þannig opnast tækifæri til að varðveita athafnafrelsið sem kemur með hinu neikvæða frelsishugtaki en innlima að auki réttindi sem nauðsynleg eru til að tryggja víðtækara frelsi en aðeins það neikvæðara. Til að geta gert þetta þurfum við að stíga út úr því hugmyndakerfi sem við búum við þar sem gert er ráð fyrir því að frelsi sé annað hvort jákvætt eða neikvætt. Hér er grundvallaratriði að repúblikanisminn er hvorugt. Hann er gagnrýni á þessa hefð frjálslyndisstefnunnar sem kemur innan frá og reynir að brjóta hana upp með því að bjóða upp á annan valkost. Stjórnarskrárákvæði sem byggðu á slíkri hugmynd um frelsi þyrftu að miðast

við að tryggja þátttöku borgaranna í auknum mæli þar sem það er lykilatriði ef ríkisvaldið á ekki sjálft að verða drottandi í samfélaginu. Pettit bendir á að besta leiðin til að tryggja að ríkisvaldið drottni ekki sjálft yfir borgurunum sé með því að gefa þeim tækifæri til aukinnar þátttöku í stjórnámálum þar sem þeim gæfist tækifæri til að láta til sín taka. Lýðræði í þessum skilningi er nauðsynleg forsenda þess að hægt sé að tala um frelsi með þeim hætti sem Pettit gerir tilraun til að gera en þó ber að athuga að hér erum við ekki að tala um lýðræði í þeim skilningi sem við þekkjum það, þar sem lýðræði felst í að velja fulltrúa, heldur er lýðræði skilið sem það að ríkisvaldið stjórnir í samræmi við vilja borgaranna.

Þó repúblikanisminn hafni aðgreiningunni í jákvætt og neikvætt frelsi sem fylgt hefur frjálslýndri stjórnspeki um árabil er ekki um hugmynd að ræða sem myndi kollvarpa frjálslýndinu. Repúblikanisminn er þvert á móti kenning um frelsi borgaranna og þá stjórnskipan sem best er til þess fallin að tryggja það og sú gagnrýni sem sett er fram á frjálslýndið virðist snúa fyrst og fremst að þröngum skilningi hefðbundinnar frjálshyggju á frelsishugtakið sem slíkt. Hér er því enn verið að vinna innan ramma frjálslýndrar stjórnskipunar þar sem athafnafrelsi borgaranna er í fyrirrúmi án þess að falla í þá gryfju að líta á frelsi eingöngu sem frelsi undan afskiptum eða að afskipti séu nauðsynlega af hinu illa. Því er mögulegt að skilgreina frelsi á þann hátt sem gert er innan repúblikanismans án þess að hrófla við grundvallarhugmyndum okkar um frjálslýnda stjórnskipan og athafnafrelsi borgaranna.

Hér er því boðið upp á annan valkost við aðgreininguna í jákvætt og neikvætt frelsi. Hér er á ferðinni tillaga að annarri nálgun á frelsishugtakinu sem væri betur til þess fallið að lýsa frelsi og réttindum borgaranna en þau hugtök sem eru nú í notkun. Með þessari nálgun er hægt að halda í grundvallaratriði í frjálslýndri stjórnspeki en losna á sama tíma við þá miklu áherslu á neikvætt frelsi og neikvæð réttindi sem ríkt hefur í íslenskri stjórnskipan. Það er þó ekki síst möguleiki þessa nýja frelsishugtaks á að frelsa íslenska stjórnarskrárumræðu úr þeim tæknilegu og gagnrýnislausu viðjum sem hún hefur verið föst í um áratugabil og það eitt og sér ætti að vera nægileg ástæða til að hugleiða alvarlega að skipta út núverandi skilgreiningu á frelsishugtakinu og íhuga þess í stað að frelsi getur verið undan drottnun alveg eins og undan afskiptum.

Heimildaskrá

- Aðalheiður Ámundadóttir, & Rachael Lorna Johnstone. (2011). *Mannréttindi í þrengingum - efnahagsleg og félagsleg réttindi í kreppunni*. Akureyri: Háskólinn á Akureyri; Mannréttindaskrifstofa Íslands.
- Berlin, I. (1994). Tvö hugtök um frelsi. Í Einar Logi Vignisson, & Ólafur Páll Jónsson, *Heimspeki á tuttugustu öld* (bls. 155-168). Reykjavík: Heimskringla.
- Bjarni Benediktsson. (1965). Endurskoðun stjórnarskrárinnar. Í Bjarni Benediktsson, *Land og lýðveldi* (bls. 177-204). Reykjavík: Almenna bókafélagið.
- Forsætisráðuneytið. (2007). *Endurskoðun stjórnarskrárinnar - áfangaskýrsla nefndar um endurskoðun stjórnarskrár lýðveldisins Íslands, febrúar 2007*. Reykjavík: Forsætisráðuneytið.
- Gaus, G., & Courtland, S. D. (16. september 2010). *Liberalism*. Sótt 2. maí 2011 frá Stanford Encyclopedia of Philosophy: <http://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>
- Gunnar Helgi Kristinsson. (2005). *Ágrip af þróun stjórnarskrárinnar*. Reykjavík: Nefnd um endurskoðun stjórnarskrár lýðveldisins Íslands.
- Gunnar Helgi Kristinsson. (1994). *Þróun íslensku stjórnarskrárinnar*. Reykjavík: Félagsvísindastofnun Háskóla Íslands.
- Martí, J. L., & Pettit, P. (2010). *A political philosophy in public life: civic republicanism in Zapatero's Spain*. Princeton: Princeton University Press.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism - A Theory of Freedom and Government*. New York: Oxford University Press.
- Ryan, A. (2007). Liberalism. Í R. E. Goodin, & P. Pettit, *A companion to political philosophy* (bls. 291-311). Oxford: Blackwell publishing.
- Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands*. (17. júní 1944). Sótt 25. júlí 2011 frá Lagasafn: <http://www.althingi.is/lagas/139a/1944033.html>
- Stjórnlagaráð. (án dags. án mánaðar 2011c). *Frumvarp til stjórnskipunarlags lagt fram árið 1983*. Sótt 16. júlí 2011 frá Stjórnlagaráð 2011: <http://stjornlagathing.is/gagnasafn/skjallasafn/>
- Stjórnlagaráð. ([án dags]. [án mánaðar] 2011d). *Mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar - greinargerð með frumvarpi*. Sótt 30. apríl 2011 frá Stjórnlagaráð: http://stjornlagathing.is/servlet/file/Greinarger%C3%B0+me%C3%B0+mannr%C3%A9ttinda%C3%A1kv%C3%A6%C3%B0i+stj.skr.+1995.pdf?ITEM_ENT_ID=33078&ITEM_VERSION=1&COLLSPEC_ENT_ID=98
- Stjórnlagaráð. (án dags. án mánaðar 2011a). *Stjórnarskrá Bandaríkjanna*. Sótt 24. júlí 2011 frá Stjórnlagaráð 2011: http://stjornlagathing.is/servlet/file/Stj%C3%B3rnarskr%C3%A1+Bandar%C3%ADkjan+anna+-+%C3%A1+%C3%ADslensku.pdf?ITEM_ENT_ID=33002&ITEM_VERSION=1&COLLSPEC_ENT_ID=98
- Stjórnlagaráð. ([án dags]. [án mánaðar] 2011b). *Stjórnarskrá um hin sjerstaklegu málefni Íslands*. Sótt 24. júlí 2011 frá Stjórnlagaráð 2011: http://stjornlagathing.is/servlet/file/Stjornarskra+1874.pdf?ITEM_ENT_ID=33028&ITEM_VERSION=1&COLLSPEC_ENT_ID=98
-

Þorsteinn Gylfason. (2000). Forspjall. Í J. S. Mill, *Frelsið* (bls. 9-28). Reykjavík: Hið íslenska bókmenntafélag.

Van Kley, D. (1995). *The French Idea of Freedom - The old regime and the Declaration of Rights of 1789*. Stanford: Stanford University Press.

Waluchow, W. (20. febrúar 2007). *Constitutionalism*. Sótt 11. júlí 2011 frá Stanford Encyclopedia of Philosophy: <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>