

Arnljótur Ástvaldsson

**Jafnræðisregla 26. gr. Alþjóðasamnings
Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og
stjórnmalaleg réttindi**

- Gildissvið, inntak og beiting -

- Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Björg Thorarensen prófessor

Lagadeild Háskóla Íslands

Maí 2009

Arnljótur Ástvaldsson

**Jafnræðisregla 26. gr. Alþjóðasamnings
Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og
stjórnmalaleg réttindi**

- Gildissvið, inntak og beiting -

- Meistararitgerð til Mag. jur. prófs í lögfræði -



HÁSKÓLI ÍSLANDS

Umsjónarkennari: Björg Thorarensen prófessor

Lagadeild Háskóla Íslands

Maí 2009

EFNISYFIRLIT

1. Inngangur	6
2. Alþjóðasamningur Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi og Mannréttindanefnd Sameinuðu Þjóðanna	10
2.1. Inngangur	10
2.2. Alþjóðasamningur Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi.....	10
2.3. Mannréttindanefndin	13
2.3.1. Inngangur	13
2.3.2. Hlutverk nefndarinnar og helstu störf	15
2.3.3. Kæruleið einstaklinga og niðurstöður nefndarinnar.....	17
2.3.4. Skilyrði þess að nefndin taki kærur einstaklings til efnislegrar meðferðar	20
3. Inntak 26. gr. SBSR.....	24
3.1. Inngangur	24
3.2. Gildissvið 26. gr.	26
3.2.1. Inngangur	26
3.2.2. Álit nefndarinnar fyrir mál Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi	27
3.2.3. Álit nefndarinnar í málum Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi	28
3.2.4. Álit nefndarinnar í kjölfar mála Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi og viðbrögð aðildarríkja	30
3.3. Jafnræði fyrir lögnum.....	33
3.4. Jöfn vernd laganna	39
3.4.1. Inngangur	39
3.4.2. Bann við mismunun á grundvelli tiltekinna ástæðna	40
3.4.2.1. Inngangur	40
3.4.2.2. Mismunun á grundvelli kynferðis	41
3.4.2.3. Mismunun á grundvelli trúar eða skoðana	46
3.4.2.4. Mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar eða þjóðernis	48
3.4.2.5. Mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”	52
4. Ólögmat mismunun	57
4.1. Inngangur	57
4.2. Bein eða óbein mismunun?	58
4.3. Jafnræðisreglur Mannréttindasáttmála Evrópu	62
4.4. Mælikvarði nefndarinnar við mat á lögmati mismununar	64
4.4.1. Mælikvarðinn settur fram.....	64
4.4.2. Hvaða sjónarmið teljast málefnaleg og hlutlæg?	67
4.4.2.1. Inngangur	67
4.4.2.2. Sjónarmið tengd opinberum útgjöldum.....	67
4.4.2.3. Sjónarmið um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu	69
4.4.2.4. Sjónarmið um frjálst val einstaklinga.....	72
4.4.2.5. Greinir nefndin á milli málefnalegra og hlutlegra sjónarmiða?	74
4.4.3. Mismunandi beiting mælikvarða nefndarinnar eftir ástæðu mismununar	76
4.4.3.1. Inngangur	76
4.4.3.2. Mismunun byggð á kynferði	77
4.4.3.3. Samantekt.....	79
4.4.4. Mismunandi beiting mælikvarða nefndarinnar eftir eðli réttinda	81
4.4.5. Mismunandi meðferð sambærilegra tilvika.....	84
4.5. Álit nefndarinnar í máli Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi	88

4.5.1. Inngangur	88
4.5.2. Jafnræðisregla 65. stjórnarskrárinnar og dómur Hæstaréttar í máli nr. 12/2000 frá 6. apríl 2000 (Vatneyrarmál)	88
4.5.3. Álit nefndarinnar í máli Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi	91
5. Niðurstöður	97
5.1. Samantekt á efni ritgerðar og helstu niðurstöðum	97
5.2. Ályktanir	100

1. Inngangur

Kveikjan að umfjöllunarefni ritgerðar þessarar, 26. gr. Alþjóðasamnings Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi (e. The International Covenant on Civil and Political Rights),¹ er álit Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna² í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi*³ frá því í október árið 2007. Þegar íslenskir fjölmiðar birtu fréttir þess efnis í byrjun árs 2008, að sérstök nefnd Sameinuðu þjóðanna hefði komist að þeirri niðurstöðu, að íslenska fiskveiðistjórnunarkerfið bryti í bága við ákvæði alþjóðlegs mannréttindasamnings, ráku margir Íslendingar upp stór augu. Álitið vakti áleitnar spurningar um SBSR, nefndina og síðast en ekki síst jafnræðisreglu 26. gr. samningsins, sem nefndin taldi íslenska fiskveiðistjórnunarkerfið brjóta gegn. Hver var þessi Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna sem veitti nú álit sitt á fiskveiðistjórnunarkerfi sem fræðimenn, dómstólar og almenningur hafði fjallað um og deilt um áratugum saman? Hvaða réttindi hefur Alþjóðasamningur Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg að geyma einstaklingum til handa, og hvaða skyldur hvíla á aðildarríkjum samkvæmt ákvæðum samningsins? Hvert er inntak jafnræðisreglu 26. gr. samningsins og hvernig hefur nefndin beitt henni í framkvæmd? Hvaða þýðingu hefur það fyrir aðildarríki samningsins og valfrjálsrar bókunar við hann að nefndin komist að þeirri niðurstöðu að brotið hafi gegn ákvæðum samningsins? Í ritgerð þessari verður leitast við að varpa ljósi á eðli nefndarinnar og niðurstöður hennar. Meginumfjöllun ritgerðarinnar er helguð reifunum og greiningum á álitum nefndarinnar og því hvernig hún hefur beitt 26. gr. í framkvæmd sinni.

Verndun mannréttinda hefur í gegnum tíðina skipað veigamikinn sess í starfi Sameinuðu þjóðanna. Stofnun samtakanna má, eins og ýmsa tímamótaviðburði 20. aldarinnar, rekja til síðari heimsstyrjaldarinnar og þeirra hörmunga sem hún hafði í för með sér. Samkvæmt stofnsáttmála Sameinuðu þjóðanna (e. The United Nations Charter) er einn megintilgangur SP sem alþjóðlegs bandalags þjóða „... að styrkja og stuðla að virðingu fyrir mannréttindum og grundvallarfrelsisréttindum allra án tillits til kynþáttar, kyns, tungu eða trúarbragða ...”, sbr. 3. mgr. 1. gr. stofnsáttmálans. Önnur ákvæði stofnsáttmálans hafa ennfremur að geyma tilvísanir til mannréttinda, t.d. 55. gr. og 56. gr., en talið hefur verið að saman hafi þau tvö

¹ Hér eftir verður ýmist notast við skammstöfunina SBSR eða orðið „samningurinn”, sé annað ekki tekið fram.

² Hér eftir verður notast við orðið „nefndin”, sé ekki annað tekið fram.

³ Álit nefndarinnar, Erlingur Sveinn Haraldsson og Örn Ævar Sveinsson gegn Íslandi, 24. október 2007 (nr. 1306/2004).

ákvæði að geyma einu skyldu aðildarríkja samkvæmt stofnsáttmálanum til þess að vernda og tryggja framþróun mannréttinda.⁴ Árið 1946 kom Efnahags- og félagsmálaráð SP á fót Mannréttindaráði,⁵ sem var í kjölfarið falið að gera drög að alþjóðlegri réttindaskrá mannréttinda - International Bill of Rights. Var ákveðið að réttindaskráin skyldi bæði hafa að geyma yfirlýsingu og samning og að auki ákvæði um alþjóðlegt eftirlit með framkvæmd. Í kjölfarið hófst vinna við gerð yfirlýsingar og var Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna samþykkt var af Allsherjarþingi Sameinuðu Þjóðanna þann 10. desember 1948.⁶ Í yfirlýsingunni eru grundvallarmannréttindi talin upp í 28 greinum og er þar um að ræða borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi auk efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Vinna við gerð draga að alþjóðlegum samningi, sem geyma skyldi reglur á sviði alþjóðlegra mannréttinda, reyndist öllu torveldari en vinna við gerð yfirlýsingarinnar og réð þar vafalítið mestu, að ólíkt yfirlýsingunni, skyldi samningurinn vera þjóðréttarlega bindandi fyrir aðildarríki. Ekki bætti úr skák að á þessum tímum, í lok fimmta áratugar síðustu aldar, fór sá tími sögunnar í hönd sem gjarnan hefur verið nefndur kalda stríðið. Togstreita og tortryggni milli vesturveldanna annars vegar, með Bandaríkin í fararbroddi, og austursins hins vegar, þar sem Sovétríkin réðu lögum og lofum, olli því að hægt þokaðist í átt að samkomulagi um alþjóðlegan samning á sviði mannréttinda. Þann 16. desember 1966 samþykkti Allsherjarþingið SP loks tvo alþjóðlega mannréttindasamninga; Alþjóðasamning SP um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (e. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)⁷ og SBSR. Saman eru þessir tveir samningar, ásamt Mannréttindayfirlýsingu SP, taldir mynda kjarna alþjóðlegrar verndar mannréttinda í heiminum.⁸ Á sama tíma og SEFMR og SBSR voru samþykktir var samþykkt valfrjáls bókun við síðarnefnda samninginn. Eftir miklar umræður og deilur var síðan önnur valfrjáls bókun við SBSR samþykkt árið 1989 og lýtur hún að afnámi dauðarefsinga (e. The Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming at the abolition of the death penalty). Báðir samningarnir tóku gildi árið 1976, eftir fullgildingu 35 aðildarríkja. Þegar þessi orð eru rituð hefur yfirgnæfandi meirihluti aðildarríkja Sameinuðu Þjóðanna fullgilt SBSR, eða alls 161 af 192 aðildarríkjum. Íslenska ríkið fullgilti báða samningana auk

⁴ Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 25.

⁵ Mikilvægt er að gera greinarmun á Mannréttindaráði SP annars vegar og Mannréttindanefnd SP hins vegar, en einungis störf hinnar síðarnefndu eru veigamikill þáttur í ritgerð þessari. Mannréttindaráð SP samdi drög að Mannréttindayfirlýsingu auk draga að SBSR og SEFMR. Mannréttindanefndinni var hins vegar komið á fót með 28. gr. SBSR og er hlutverk hennar einskorðað við eftirlit með framkvæmd þess samnings.

⁶ Dominic McGoldrick: The Human Rights Committee. It's Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 5.

⁷ Hér eftir verður notast við skammstöfunina SEFMR, sé annað ekki tekið fram.

⁸ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, bls. 1 í inngangskafli.

valfrjálsu bókunarinnar við SBSR þann 22. ágúst 1979. Þann 2. apríl 1991 fullgilti íslenska ríkið síðan valfrjálsa bókun um afnám dauðarefsingar. Kína er hins vegar eitt þeirra ríkja sem enn hefur ekki fullgilt samninginn og verður að telja það einkar slæmt í ljósi þess að um einn sjötti af mannfjölda alls heimsins býr í því ríki, og á því ekki kost á því að njóta þeirra réttinda sem lýst er í samningnum.

Í ritgerðinni verður til að byrja með fjallað um SBSR og nefndina. Gerð verður grein fyrir efni samningsins og uppbyggingu auk þess sem fjallað verður um skyldur aðildarríkja samkvæmt samningnum, meðal annars til þess að veita ákvæðum samningsins áhrif innan lögsögu sinnar. Í umfjöllun um Mannréttindanefndina verður litið til þess hvernig nefndin er skipuð, hver séu helstu hlutverk hennar og störf og þá verður vikið að því hvernig horfi til varðandi skyldur aðildarríkja til þess að fara eftir álitum nefndarinnar. Að lokum verður fjallað um skilyrði þess að nefndin taki kærur frá einstaklingum, vegna meintra brota aðildarríkja á ákvæðum SBSR, til efnislegrar meðferðar.

Í 3. kafla hefst eiginleg umfjöllun um aðalviðfangsefni ritgerðarinnar, jafnræðisreglu 26. gr. SBSR. Verður til að byrja með greint frá túlkun nefndarinnar á gildissviði ákvæðisins og stefnumarkandi álitum nefndarinnar þar að lútandi gerð skil. Gerð verður grein fyrir deilum um gildissvið ákvæðisins og afleiðingum stefnumörkunar nefndarinnar fyrir aðildarríki. Að svo búnu verður fjallað um efnislegt inntak 26. gr. og verður ákvæðinu skipt í þrjá þætti og fjallað um hvern og einn þeirra. Fyrst verður reglan um jafnræði einstaklinga fyrir lögunum tekin fyrir og skýrð út, bæði með vísan í skrif fræðimanna og einnig með dæmum úr framkvæmd nefndarinnar. Þá verður vikið að reglu 26. gr. um jafna lagavernd og þeirri neikvæðu skyldu sem reglan er talin fela í sér, um bann við mismunun á grundvelli tiltekinna ástæðna. Verða völdum álitum nefndarinnar gerð skil og meðal annars sýnt fram á hvað atriði nefndin hefur talið að falli undir hvern grundvöll mismununar.

Í 4. kafla er að finna þungamiðju umfjöllunar ritgerðarinnar. Lýtur hann að beitingu 26. gr. í framkvæmd og þeim mælikvarða sem nefndin hefur stuðst við þegar metið er hvort um brot gegn 26. gr. sé að ræða. Í upphafi er gerð grein fyrir skilgreiningu nefndarinnar á hugtakinu „mismunun“ og því næst er fjallað um hvernig nefndin hefur greint á milli beinnar mismununar og óbeinnar. Til þess að sem best yfirsýn fái yfir þær aðferðir og þann mælikvarða sem nefndin hefur stuðst við, þegar hún metur hvort mismunun sé lögmæt eða ekki, verður í greint stuttlega frá þeim fastmótuðu aðferðum sem Mannréttindadómstóll Evrópu styðst við í þessu sama skyni. Þeim málum þar sem nefndin setti fyrst fram mælikvarða sinn á lögmæti mismununar verður gerð skil. Þá verður leitað svara við því hvaða sjónarmið nefndin hefur talið að séu málefnaleg og hlutlæg og réttlæti mismunun. Verður

álitum nefndarinnar skipt í fjóra flokka í þessu skyni, allt eftir þeim sjónarmiðum sem til umfjöllunar eru hverju sinni. Skoðað verður hvort nefndin beiti mælikvarða sínum með öðrum hætti eftir ástæðu mismununar hverju sinni, og einnig eftir þeim réttindum sem til skoðunar eru hverju sinni, í tengslum við brot á 26. gr. Þá verður hugað því hvort skoðun á því hvort tilvik séu sambærileg sé sérstakur og afmarkaður þáttur mælikvarða nefndarinnar á lögmæti mismununar. Í kafla 4.5 verður ítarleg grein gerð fyrir niðurstöðu nefndarinnar í því máli, sem varð kveikja ritgerðarinnar; máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi*. Verður þar einnig vikið stuttlega að íslenskri dómaframkvæmd við beitingu jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Að endingu og samkvæmt venju verða helstu niðurstöður ritgerðarinnar teknar saman og ályktanir dregnar.

2. Alþjóðasamningur Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og Mannréttindanefnd Sameinuðu Þjóðanna

2.1. Inngangur

Í kafla þessum verður fjallað með almennum hætti um Alþjóðasamning Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna. Samningurinn myndar ásamt Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu Þjóðanna og Alþjóðasamningi SP um efnhagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi kjarna alþjóðlegrar verndar mannréttinda í heiminum.⁹ Rúmlega þrjár fjórðu hlutar af öllum ríkjum heims, eða 161 ríki, hafa fullgilt SBSR¹⁰ og eru því skuldbundin til þess að þjóðarétti að veita einstaklingum innan lögsögu sinnar þau réttindi og þá vernd sem samningurinn mæli fyrir um.

Með 28. gr. SBSR var sérstakri nefnd komið á fót sem á að hafa eftirlit með framkvæmd samningsins innan aðildarríkja. Er hér um að ræða Mannréttindanefnd Sameinuðu Þjóðanna.¹¹ Á sama tíma og allherjarþing SP samþykkti SBSR var samþykkt valfrjáls bókun við samninginn (e. The first Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights). Alls hafa 111 aðildarríki samningsins fullgilt hina valfrjálsu bókun og þar með viðurkennt lögbærni nefndarinnar til þess að taka við kærur frá einstaklingum, sem telja sig hafa sætt skerðingu af hálfu aðildarríkis á réttindum sem njóta verndar SBSR, sbr. 1. gr. bókunarinnar. Fyrir liggur mikill fjöldi álita nefndarinnar í kærumálum einstaklinga á hendur aðildarríkjum, sem eru til skýringar og fyllingar ákvæðum SBSR. Á það á meðal annars við um jafnræðisregluna 26. gr. samningsins sem er og meginumfjöllunarefni ritgerðar þessarar.

Hér á eftir verða efni og uppbyggingu SBSR gerð skil, ásamt því að greint verður frá skyldum aðildarríkja samkvæmt samningnum. Þá verður fjallað um nefndina, hlutverk hennar og störf þar sem heimild einstaklinga til þess að leggja fram kærur verður gefinn sérstakur gaumur.

2.2. Alþjóðasamningur Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi

Eins og áður hefur komið fram þá hefur SBSR eingöngu að geyma borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi, ólíkt Mannréttindayfirlýsingu SP sem hefur einnig að geyma efnhagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sem njóta verndar samkvæmt SEFMR.

⁹ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, bls. 1 í inngangskafli.

¹⁰ Upplýsingar um fjölda ríkja sem hafa fullgilt SBSR miðaðar við 20. mars 2009.

¹¹ Hér eftir verður þegar vísað er til Mannréttindanefndar SP notað orðið “nefndin” nema annað sé tekið fram.

Borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi komu fyrst fram í réttindaskrám vestrænna ríkja í kjölfar borgarabyltinga á 18. og 19. öld. Þekktastar þeirra eru sjálfstæðisyfirlýsing Bandaríkjanna frá árinu 1776 og stjórnarskrá Frakka sem samin var í kjölfar frönsku stjórnarbyltingarinnar árið 1789. Því eru réttindin gjarnan nefnd klassísk mannréttindi eða fyrstu kynslóðar mannréttindi og eru þau því þróaðri en efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sem teljast til annarrar kynslóðar mannréttinda.¹² Borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi eiga það sameiginlegt að þau stefna öll að því, með einum eða öðrum hætti, að tryggja frjálsræði einstaklingsins og takmarka afskipti ríkisvaldsins.¹³ Borgaraleg réttindi lúta meðal annars að lífi og heilsu einstaklinga, réttlátri meðferð mála þeirra fyrir yfirvöldum og því að þeir njóti jafnræðis. Á meðal markmiða stjórnómálalegra réttinda er að tryggja að einstaklingar geti tekið fullan þátt í umræðum, fundahöldum, kosningum og fleiru í lýðfrjálsum samfélögum.

SBSR hefur að geyma yfirgripsmikið safn borgaralegra og stjórnómálalegra réttinda. Samningurinn samanstendur af formála og 53 greinum, sem skiptast í sex hluta. Þriðji hluti samningsins er sá mikilvægasti, en þar eru talin þau efnislegu réttindi sem einstaklingum eru færð með samningnum. Sem dæmi má nefna réttinn til lífs í 6. gr., réttinn til frjálsræðis og öryggis í 9. gr., réttinn til skoðana- og tjáningafrelsis í 19. gr. og réttinn til jafnræðis fyrir lögunum og jafnrar lagaverndar án nokkurrar mismununar í 26. gr. Í 2. – 5. gr. í öðrum hluta samningsins er að finna ákvæði sem ætlað að styðja við efnisleg réttindi þriðja hlutans og tryggja að þau hafi efnislega þýðingu. Rétt er að vekja athygli á því að nefndin hefur í álitum sínum talið, að ekki geti verið um sjálfstætt brot aðildarríkja á ákvæðum annars hluta samningsins að ræða. Einungis geti verið um brot gegn þeim ákvæðum að ræða þegar einnig hefur verið brotið gegn efnislegum réttindum þriðja hluta samningsins.¹⁴ Samkvæmt 1. mgr. 2. gr. samningsins takast aðildarríki þær skyldur á herðar að virða og ábyrgjast gagnvart öllum einstaklingum innan landsvæðis síns og undir lögsögu sinni réttindi sem viðurkennd eru í samningnum án nokkurs konar mismununar. Ákvæði 2. mgr. og 3. mgr. 2. gr. koma til viðbótar hinni almennu skyldu aðildarríkja í 1. mgr. og gera þær kröfur að aðildarríki grípi til ákveðinna aðgerða til þess að tryggja að einstaklingar njóti verndar réttinda samningsins. 2. mgr. 2. gr. er svohljóðandi: „Sérhvert ríki sem aðili er að samningi þessum tekst á hendur, sé ekki þegar gert ráð fyrir því í lagaákvæðum sem fyrir eru eða með öðrum ráðstöfunum, að gera nauðsynlegar ráðstafanir í samræmi við stjórnskipulega meðferð og ákvæði þessa

¹² Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary, bls. 2 í inngangskafila.

¹³ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 3-4.

¹⁴ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 8.

samnings, að koma á slíkum lögum eða öðrum ráðstöfunum er kunna að vera nauðsynlegar til þess að réttindum samkvæmt samningi þessum sé framfylgt.” Í almennu áliti nefndarinnar nr. 31¹⁵ kemur fram, að af þessu ákvæði leiði, að sé löggjöf aðildarríkja í ósamræmi við skyldur þess samkvæmt SBSR, verði þau að gera viðeigandi breytingar á henni. Mikilvægt er að athuga, að þrátt fyrir að aðildarríkin takist þessar skyldur á herðar, þá ber þeim ekki skylda til þess að innleiða ákvæði samningsins í löggjöf sína. Skyldur aðildarríkja standa einungis til þess að ákvæði samningsins séu virt og einstaklingum veitt sú vernd sem þau mæla fyrir, án tillits til þess hvort samningurinn sé hluti innanlandslöggjafar aðildarríkja. Í raun er því svo farið að aðildarríki hafa víðtækt sjálfðæmi um það með hvaða hætti þau veita ákvæðum samningsins áhrif innan réttarkerfa sinna,¹⁶ og fer það eftir stjórnskipun hvers ríkis hvaða háttur er hafður á. Í ofangreindu almennu áliti sínu mælist nefndin þó til þess að ákvæðum samningsins séu veitt lagagildi innan aðildarríkja, þar sem slík tilhögun gæti leitt til aukinnar verndar einstaklingum til handa. Hefur þróunin enda verið með þeim hætti á undanförunum árum að ákvæðum samningsins hafi verið veitt lagagildi innan aðildarríkja, til að mynda hér á landi. Eftir að SBSR hafði verið fullgiltur af ríkisstjórn Íslands, sem fengið hafði til þess heimild með samhljóða þingslályktun Alþingis, var samningurinn birtur í C-deild stjórnartíðinda þann 28. ágúst 1979 og öðlaðist lagagildi. Í Noregi og Finnlandi hefur hins vegar verið farin sú leið, að samningnum hefur verið veitt lagagildi með sérstakri lagasetningu, á borð við þá sem viðhöfð var hér á landi við lögfestingu Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Þá hefur SBSR ennfremur öðlast lagagildi í þeim aðildarríkjum sem líta á þjóðarétt og landsrétt sem hluta af sama réttarkerfi, til að mynda í Hollandi.¹⁷ Í umræddum ríkjum verða fullgiltir þjóðréttarsamningar hluti af innanlandslöggjöf um leið og þeir hafa verið auglýstir og hefur Holland í raun enn frekari sérstöðu að þessu leyti, þar sem þjóðréttarlegar skuldbindingar verða ekki einungis sjálfkrafa hluti af landsrétti, heldur einni æðstu lög ríkisins.¹⁸

Í 3. gr. samningsins er að finna reglu er lýtur eingöngu að jafnrétti kynjanna og kemur hún til viðbótar banni 2. gr. við mismunun, en saman styðja þessi tvö ákvæði við hina almennu og víðtæku jafnræðisreglu í 26. gr. samningsins.¹⁹ Þá hefur 4. gr. hefur að geyma heimild

¹⁵ Almenn áliti nefndarinnar nr. 31, 29. mars 2004, um eðli þeirra skuldbindinga sem aðildarríki takast á hendur með SBSR.

¹⁶ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 7 í inngangskafli.

¹⁷ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 9.

¹⁸ Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: Kaflar úr þjóðarétti, bls. 12.

¹⁹ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls.

aðildarríkjum til handa til þess að víkja frá þeim skyldum sem samningurinn setur þeim í nánar afmörkuðum tilvikum, þ.e. þegar um er að ræða neyðarástand sem ógnar lífi viðkomandi þjóðar og að því tilskildu að slíku ástandi hafi verið lýst opinberlega. Til þess að koma í veg fyrir að aðildarríki misnoti heimild 4. gr. eru slík frávik einungis heimil „að því marki sem bráðnauðsynlegt er vegna hættuástandsins að því tilskildu að slíkar ráðstafanir séu ekki í ósamræmi við aðrar skyldur [aðildarríkja] samkvæmt þjóðarétti og feli ekki í sér mismunun sem byggist eingöngu á aðstæðum vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða eða félagslegs uppruna.” Hins vegar er aðildarríkum ekki leyfilegt að víkja frá ákveðnum greinum SBSR undir neinum kringumstæðum, þar á meðal réttinum til lífs, sbr. 2. mgr. 4. gr. Að auki hefur Mannréttindanefndin, í almennum álitum sínum túlkað heimild aðildarríkja samkvæmt 4. gr. til fráviks frá réttindum samningsins þröngt.²⁰ Í 2. mgr. 5. gr. kemur síðan fram að SBSR mæli fyrir um þá lágmarksvernd sem veita eigi borgaralegum og stjórnmalalegum réttindum. Sé frekari vernd þegar til staðar innan aðildarríkja skerðist hún því að engu leyti.

2.3. Mannréttindanefndin

2.3.1. Inngangur

Líta má á mannréttindanefndina sem eftirlits- og úrskurðaraðila samkvæmt SBSR. Nefndin hefur eftirlit með framkvæmd ákvæða SBSR og hefur til þess ýmis úrræði. Nefndin hefur til að mynda vald, samkvæmt SBSR og valfrjálsri bókun við samninginn, til þess að taka við kærum frá einstaklingum á hendur aðildarríkjum SBSR, sem hafa fullgilt bókunina, vegna meintra brota þeirra á réttindum sem þeim eru færð með samningnum. Nefndin hélt sinn fyrsta fund þann 21. mars 1977 en kemur nú að jafnaði saman þrisvar sinnum á ári, að vori, sumri og á haustin, í þrjár vikur í senn. Fundarstaðir nefndarinnar eru í New York eða Genf. Kæruleið einstaklingum til handa varð virk árið 1979 og síðan hefur nefndin komist að þeirri niðurstöðu í yfir 400 málum, að aðildarríki hafi með einhverjum hætti brotið gegn ákvæðum samningsins.²¹

Nefndinni var komið á fót á grundvelli 28. gr. SBSR. Í fjórða hluta samningsins eru ákvæði sem lúta að kosningu í nefndina og skipulagi hennar ásamt ákvæðum um hlutverk og starfsemi. Valfrjáls bókun við samninginn og málsmeðferðarreglur nefndarinnar hafa ennfremur að geyma reglur um þessi atriði. Nefndin er skipuð 18 einstaklingum sem

²⁰ Almennt álit nefndarinnar nr. 5, 28. júlí 1981, um frávik frá réttindum samkvæmt SBSR.

²¹ Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 101.

tilnefndir eru af aðildarríkjum og kosnir til fjögurra ára í senn, með möguleika á endurkosningu. Athyglisverða reglu er að finna í 2. mgr. 31. gr. en þar segir: „Við kosningu í nefndina skal höfð í huga sanngjörn landfræðileg skipting nefndarmanna og að þeir séu fulltrúar hinna mismunandi menningartegunda og helstu lagakerfa.” Með þessu móti er leitast við að mismunandi menningarheimum og sjónarmiðum verði gert jafnt undir höfði og eiga aðildarríki þannig að kappkosta að fulltrúar frá öllum heimshornum eigi sæti í nefndinni.²² Hvert aðildarríki má tilnefna tvo þegna sína til nefndarsetu, en aðeins annar þeirra á möguleika á því að ná kjöri þar sem einungis einn einstaklingur frá hverju aðildarríki má eiga sæti í nefndinni, sbr. 1. mgr. 31. gr. Nefndarmenn skulu vera „gæddir góðum siðgæðiseiginleikum og vera viðurkenndir að þekkingu á sviði mannréttinda” og ennfremur er talið æskilegt að nefndarmenn hafi reynslu af lögfræðistörfum, sbr. 2. mgr. 28. gr. SBSR. Síðastnefnda ákvæðið var afsprengi málamiðlunar í Mannréttindaráðinu, á milli þeirra, sem töldu nauðsynlegt að nefndin yrði skipuð lögfræðimenntuðum sérfræðingum annars vegar og þeirra sem töldu að nefndina ættu að skipa sérfræðingar af hinum ýmsu mennta- og starfssviðum hins vegar. Voru meðlimir ráðsins almennt fremur á síðarnefndu skoðuninni. Þegar litið er til framkvæmdar nefndarinnar kemur hins vegar í ljós að yfirgnæfandi meirihluti nefndarmanna í gegnum tíðina hafa verið lögfræðingar að mennt og unnið lögfræðitengd störf. Þannig hafa nefndarmenn oftast verið prófessorar í lögum við háskóla í aðildarríkjum, en einnig dómáramur, saksóknarar og lögmenn.²³ Í 3. mgr. 28. gr. kemur fram að nefndarmenn skuli starfa „sem einstaklingar”. Í reglu þessari felst að þrátt fyrir að nefndarmaður sé tilnefndur af tilteknu aðildarríki þá situr hann ekki í nefndinni sem fulltrúi þess heldur sem hlutlaus og óháður nefndarmaður. Þannig þarf nefndarmaður að gefa yfirlýsingu áður en hann tekur sæti í nefndinni um að hann muni rækja störf sín af óhlutdrægni og samviskusemi. Þá má nefndarmaður ekki taka þátt í afgreiðslu mála er varða hans eigið ríki með beinum hætti, sbr. a-liður 1. mgr. 90. gr. málsmeðferðarreglna nefndarinnar. Með þessu móti er leitast við að störf nefndarinnar séu óháð hugmyndafræði og stjórnmalaskoðunum einstakra ríkisstjórna. Þrátt fyrir mikilvægi þess að nefndarmenn séu sjálfstæðir í störfum sínum og hlutlausir þá hefur SBSR ekki að geyma skilyrði þess efnis að nefndarmenn séu án allra tengsla við þau

²² Því hefur verið haldið fram, að með endalokum austurblokkarinnar sem stjórnmalalegs- og hugmyndafræðilegs afls við fall Sovétríkjanna í lok níunda áratugar síðustu aldar, hafi hið landfræðilega jafnvægi, sem 2. mgr. 31. gr. mælir fyrir um, riðlast nokkuð. Ennfremur hefur verið bent á að á síðari árum hafi tilhneigingar til þess að velja fulltrúa vestrænna ríkja gætt í auknum mæli, með þeim afleiðingum að helmingur nefndarmanna á árunum 1998-2000 hafi komið frá eftirtöldum aðildarríkjum: Bandaríkjunum, Kanada, Ástralíu, Bretlandi, Frakklandi, Ítalíu, Finnlandi, Þýskalandi og Póllandi. Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 10.

²³ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 670.

aðildarríki sem tilnefna þá. Þannig eru mörg dæmi um að nefndarmenn hafi verið embættismenn eða opinberir starfsmenn í ríkjum sínum og jafnvel eru dæmi um að nefndarmenn hafi verið sitjandi þingmenn á sama tíma og þeir gegndu starfi nefndarmanna.²⁴ Þá má ganga út frá því sem vísu að ríkisstjórn tiltekins aðildarríkis tilnefni ekki til setu í nefndinni einstakling, sem hefur verið talinn andstæðingur hugmyndafræði hennar og stefnu. Þrátt fyrir þetta hefur verið talið að störf nefndarinnar beri þessi merki að hún hafi náð að halda sér utan viðja stjórnmalanna og verið sjálfstæð að öllu leyti í störfum sínum.²⁵

2.3.2. Hlutverk nefndarinnar og helstu störf

Meginhlutverk nefndarinnar er að hafa eftirlit með því að aðildarríki virði ákvæði SBSR. Til þess að nefndin megi rækja þetta hlutverk sitt eru henni fengin tiltekin úrræði í samningnum og einnig í valfrjálsri bókun við hann. Í fyrsta lagi er aðildarríkjum skylt að gefa nefndinni skýrslu (e. state reports) um framkvæmd ákvæða samningsins innan þeirra, sem sýna skal fram á að þau fylgi ákvæðum samningsins og virði að fullu þau réttindi, sem einstaklingum eru færð með honum. Í öðru lagi gefur nefndin út almenn álit²⁶ sem meðal annars er ætlað að skýra og fylla ákvæði SBSR. Í þriðja lagi hefur nefndin vald til þess að taka við kærur frá aðildarríkjum vegna meintra brota annarra aðildarríkja á ákvæðum samningsins. Skemmst er frá því að segja að nefndinni hefur aldrei borist kæra þar að lútandi, enda láta ríki yfirleitt pólitíska- og viðskiptalega hagsmuni af samskiptum við önnur ríki vega þyngra en meint mannréttindabrot þeirra. Í fjórða og síðasta lagi hefur nefndin vald til þess að taka við kærur einstaklinga, sem telja að aðildarríki hafi brotið gegn réttindum sem einstaklingum eru fengin með samningnum, og gefa álit sitt á því, hvort taka eigi viðkomandi kæru til efnislegrar meðferðar og sé niðurstaðan sú, hvort aðildarríki, sem samþykkt hafi slíka kæruleið, hafi gerst brotlegt gegn ákvæðum SBSR. Þetta úrræði nefndarinnar er óumdeilanlega það mikilvægasta og verða því gerð ítarleg skil hér að eftir.

Samkvæmt 40. gr. SBSR ber aðildarríkjum skylda til þess að leggja fram skýrslur um þær ráðstafanir sem þau hafa gert og veita gildi þeim réttindum sem viðurkennd eru í samningnum, um viðgang þeirra réttinda og ennfremur um þau atriði og vandkvæði sem kunna að hafa áhrif á framkvæmd samningsins. Leggja verður áherslu á, að skylda

²⁴ Dominic McGoldrick: The Human Rights Committee. It's Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 44.

²⁵ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 670.

²⁶ Nefndin gaf fyrstu almennu álit sín út þann 28. júlí 1981. Voru þau fimm talsins og vörðuðu þau meðal annars framkvæmd ákvæða SBSR innan aðildarríki og jafnrétti kynjanna.

aðildarríkja til þess að leggja fram skýrslur samkvæmt 40. gr., er eina úrræði nefndarinnar til eftirlits með framkvæmd með SBSR, sem aðildarríkjum ber skylda til að þjóðarétti að hlíta. Aðildarríki skulu leggja fram skýrslur sínar innan eins árs frá gildistöku samningsins fyrir viðkomandi aðildarríki og síðan á hverjum þeim tíma sem nefndin kann að óska þess. Í framkvæmdinni hefur nefndin farið fram á að aðildarríki skili skýrslu um ástand mála á fimm ára fresti.²⁷ Þó nokkuð hefur borið á því að aðildarríki virði ekki skyldu sína til skýrslugjafar samkvæmt 40. gr. SBSR og hefur seinangangur eða misbrestur á að skila skýrslum verið nokkuð vandamál og hamlað störfum nefndarinnar. Dæmi eru um að aðildarríki hafi virt að vettugi allt að 25 áminningar nefndar vegna sömu skýrslu og hafi dregið að skila í allt að 13 ár.²⁸ Eftir að aðildarríki skila skýrslu sinni fara í hönd umræður á milli fulltrúa viðkomandi ríkis og nefndarinnar. Nefndarmenn hlusta á röksemdir aðildarríkis og leggja fyrir það spurningar, ásamt því að kynna sér önnur gögn og upplýsingar um stöðu mála innan viðkomandi ríkis, sem oft hafa borist frá þriðja aðila á borð við alþjóðleg mannréttindasamtök eða önnur frjáls félagasamtök. Að lokum tilkynnir nefndin niðurstöður sínar í svokölluðum lokaálitum (e. concluding comments), þar sem fram kemur allt er varðar framkvæmd aðildarríkis á ákvæðum SBSR. Lokaálit eru í raun greining á því hvernig ríki hafa komið réttindum samningsins í framkvæmd, ásamt tillögum um úrbætur vegna þeirra atriða sem betur mega fara.²⁹

Samkvæmt 4. mgr. 40. gr. samningsins hefur nefndin heimild til þess að gefa út almenn álit (e. general comments) til viðbótar lokaálitum sínum í tilefni af skýrslugjöf aðildarríkja. Halda má því fram að almennum álitum hafi ekki verið ætlað jafn mikið vægi í störfum nefndarinnar og raunin hefur orðið, en mikilvægt hlutverk þeirra má að hluta til skýra með þeirri staðreynd, að álitin komu í stað lokaálita til að byrja með, þar sem nefndin túlkaði heimild sína til þess að gefa út síðarnefndu álitin þröngt.³⁰ Aðalsérkenni almennra álita felst í því að þau eru túlkun nefndarinnar á tilteknum ákvæðum samningsins. Hafa sum þeirra víkkað út gildissvið einstakra ákvæða og verið umdeild af þeim sökum. Almennu álitin beinast að öllum aðildarríkjum og er ætlað að vera leiðbeinandi um hvernig skýra beri einstök ákvæði samningsins. Í seinni tíð hefur nefndin í síauknum mæli vísað til almennra álita sinna í lokaálitum sínum um ástand mannréttindamála innan aðildarríkja. Þá hefur nefndin vísað til

²⁷ Javaid Rehman: *International Human Rights Law. A practical Approach*, bls. 84-85.

²⁸ Vojin Dimitrijevic: "State Reports", bls. 193.

²⁹ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 11-12.

³⁰ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 12.

almennra álita sinna til stuðnings niðurstöðum sínum í kærumálum einstaklinga gegn aðildarríkjum. Alls hefur nefndin gefið út 33 almenn álit. Varða flest þeirra einstök ákvæði SBSR en önnur varða víðara efni, s.s. stöðu útlendinga samkvæmt samningnum³¹ eða bann við mismunun,³² en síðarnefnda álitíð varðar þrjár jafnræðisreglur samningsins; bann við mismunun í 2. gr., jafnræði milli kynjanna í 3. gr. og hina almennu og víðtæku jafnræðisreglu í 26. gr.

2.3.3. *Kæruleið einstaklinga og niðurstöður nefndarinnar*

Þess hefur áður verið getið, að á sama tíma og SBSR var samþykktur af allsherjarþingi SP var gerð valfrjáls bókun við samninginn. Með bókuninni var opnað fyrir möguleika einstaklinga, sem telja sig vera þolendur skerðingar aðildarríkja á einhverjum þeim réttindum sem njóta verndar SBSR, til þess að senda kærur³³ þess efnis til nefndarinnar, í því skyni að fá álit hennar á því hvort aðildarríki hafi gerst brotlegt við ákvæði samningsins eða ekki. Frumskilyrði fyrir því að einstaklingar geti nýtt sér þessa kæruleið er þó að viðkomandi aðildarríki hafi fullgilt valfrjálsu bókunina og þannig viðurkennt lögbærni nefndarinnar í málum sem varða ætluð brot þeirra á ákvæðum samningsins. Ef tiltekið aðildarríki er einungis aðili að SBSR, en ekki valfrjálsu bókuninni, skal nefndin vísa frá erindi er varðar ætluð brot þess, sbr. 1. gr. bókunarinnar.

Þegar nefndinni berst kæra frá einstaklingi vegna meintra brota aðildarríkis athugar hún fyrst hvort kæran sé hæf til efnislegrar meðferðar. Nefndin kannar því hvort tiltekin skilyrði, sem rakin eru í 1. – 3. gr. og 5. gr. valfrjálsu bókunarinnar, séu uppfyllt. Verða skilyrðum þessum gerð nánari skil hér á eftir. Komist nefndin að þeirri niðurstöðu að kæran sé meðferðarhæf tekur við efnisleg umfjöllun um málið, á grundvelli þeirra upplýsinga og gagna sem kærandi hefur lagt fram máli sínu til stuðnings, sem og greinargerðar og athugasemda aðildarríkis. Ekki er gert ráð fyrir möguleika á munnlegum málflutningi. Eftir efnislega umfjöllun um mál, sem eftir atvikum kann að hafa leitt til þess að spurningar eða beiðni um frekari upplýsingar hafa verið lagðar fyrir málsaðila, gefur nefndin út álit sitt á viðkomandi máli, þar sem ýmist er komist að þeirri niðurstöðu að aðildarríki hafi brotið gegn ákvæðum SBSR eða ekki. Samkvæmt b-lið 2. mgr. 39. gr. SBSR kemst nefndin að niðurstöðu í máli með einföldum meirihluta nefndarmanna sem viðstaddir eru, en tólf nefndarmenn þurfa að

³¹ Almenn álit nefndarinnar nr. 15, 11. apríl 1986, um stöðu útlendinga samkvæmt SBSR.

³² Almenn álit nefndarinnar nr. 18, 10. nóvember 1989, um bann við mismunun.

³³ Í valfrjálsu bókuninni er talað um að einstaklingar geti sent „erindi“ til nefndarinnar. Eins og komið hefur fram er í ritgerðinni notast við orðið „kærur“ og verður notast við það orð hér eftir.

vera viðstaddir til þess að fundur sé löglegur, sbr. a-liður 2. mgr. 39. gr. Meginregluna um einfaldan meirihluta atkvæða er ennfremur að finna í 51. gr. málsmeðferðarreglna nefndarinnar.³⁴ Í neðanmálgrein við 51. gr. kemur hins vegar fram að, að þrátt fyrir að einfaldur meirihluti atkvæða nægi til ákvarðanatöku, skuli nefndarmenn leitast við að ná ákvörðunum með samhljóða niðurstöðum allra nefndarmanna, svo lengi sem slíkt tefji ekki störf nefndarinnar um of. Þó getur atkvæðagreiðsla um niðurstöðu máls ávallt farið fram að kröfu eins eða fleiri nefndarmanna. Algengast er að niðurstöður í einstökum málum byggist á samhljóða álitum allra nefndarmanna og vega slíkar niðurstöður óumdeilanlega þyngra en ákvarðanir sem teknar eru með einföldum meirihluta.³⁵ Hins vegar hefur sérálitum einstakra nefndarmanna farið fjölgandi á síðari árum. Komist nefndin að þeirri niðurstöðu að aðildarríki hafi brotið gegn ákvæðum samningsins gagnvart kæranda mælir hún fyrir um þær úrbætur, sem hún telur vera viðeigandi með hliðsjón af staðreyndum og atvikum viðkomandi máls. Til að byrja með voru úrbótakaflar í niðurstöðum nefndarinnar fremur rýrir og mælti nefndin þá yfirleitt einungis fyrir um að kæranda skyldu veittar „raunhæfar“ eða „viðeigandi“ úrbætur. Færa má rök fyrir því að erfitt hafa verið að henda reiður á því hvernig fullnægja ætti álitum nefndarinnar í tilvikum sem þessum, þar sem orðalag úrbótakafla er almennt og óljóst. Í seinni tíð hafa úrbótakaflarnir hins vegar orðið ítarlegri og oft mælt fyrir um breytingar á tiltekinni löggjöf eða skaðabætur til þolanda brota aðildarríkja ásamt öðrum og sérhæfðari atriðum.³⁶

Nokkuð hefur verið deilt um eðli nefndarinnar sem alþjóðlegs úrskurðaraðila. Hafa verið skiptar skoðanir um það meðal nefndarmanna, þar sem sumir þeirra hafa viljað líkja og jafnvel jafna nefndinni við alþjóðlegan dómstól, meðal annars með þeim rökum að störf hennar og álit væru byggð á ákvæðum alþjóðlegs samnings sem væri bindandi að þjóðarétti. Aðrir nefndarmenn hafa talið að ekki séu þau líkindi með nefndinni og dómstólum að telja

³⁴Í þeim tilvikum þegar ekki næst fram einfaldur meirihluti um niðurstöðu máls, þ.e. þegar atkvæði nefndarmanna hafa skipst með jöfnum hætti, skal fara um meðferð máls samkvæmt 61. gr. málsmeðferðarreglna nefndarinnar. Samkvæmt þeirri grein skal undirbúa málið að nýju fyrir umfjöllun nefndarinnar í þeim tilgangi að nefndin komist að niðurstöðu með einföldum meirihluta. Í ljósi aukins fjölda kæra til nefndarinnar og mikils málafjölda þar af leiðandi hefur málsmeðferð þessi verið gagnrýnd. Martin Scheinin: “How to Unite a Tie in the Human Rights Committee”, bls. 129-145.

³⁵ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 11.

³⁶ Sem dæmi um mál, þar sem niðurstaða nefndarinnar um úrbætur er tiltölulega ítarleg, má nefna álit nefndarinnar, Adams gegn Tékklandi, 23. júlí 1996 (nr. 586/1994). Í niðurstöðu sinni um úrbætur taldi nefndin að tékkneska ríkinu væri skylt að að bjóða kæranda og bræðrum hans raunhæfa úrbót, sem gæti falið í sér að þeim yrðu greiddar bætur vegna ólögmaðrar eignaupptöku ef aðstæður væru með þeim hætti að ekki væri hægt að veita þeim yfirráð eigna á nýjan leik. Þá hvatti nefndin tékkneska ríkið til þess að endurskoða hina umdeildu löggjöf málsins, þannig að hvorki lögin sjálf né beiting þeirra fælu í sér brot gegn ákvæðum SBSR.

eigi nefndina ígildi dómstóls.³⁷ Til þess mikilvæga atriðis er að líta, að hvorki í SBSR né valfrjálsu bókuninni er mælt fyrir um skyldu aðildarríkja til þess að fara eftir álitum nefndarinnar. Einungis er mælt fyrir um að aðildarríki, sem gerast aðildar að valfrjálsu bókuninni, viðurkenni „... lögbærni nefndarinnar til þess að veita móttöku og athuga erindi frá einstaklingum ...”, sbr. 1. gr. bókunarinnar. Álit nefndarinnar í kærumálum eru ekki bindandi að þjóðarétti sem slík og eru aðildarríki því ekki skuldbundin til þess að fara eftir niðurstöðu þeirra. Einu beinu skyldu aðildarríkja gagnvart nefndinni hafa þegar verið gerð skil, og felst hún í skýrslugjöf til nefndarinnar um framkvæmd SBSR samkvæmt 40. gr. valfrjálsu bókunarinnar. Þá hefur nefndin ekki heimildir til þess, samkvæmt SBSR eða valfrjálsu bókuninni, að grípa til ákveðinna úrræða til fullnustu álita sinna. Að þessu leyti er grundvallarmunur á álitum nefndarinnar annars vegar og dómum Mannréttindadómstóls Evrópu hins vegar, þar sem ákveðin úrræði eru til staðar svo fullnusta megi dóma hins síðarnefnda. Þetta hefur leitt til þess að stjórnvöld aðildarríkja hafa oft og tíðum ekki virt álit nefndarinnar sem fela í sér áfellsdóma, ýmist með því að lýsa sig ósammála þeim eða einfaldlega með því að virða þau að vettugi. Í raun er þessu svo fyrirkomið að segja má að sinnuleysi aðildarríkja við að fara eftir álitum nefndarinnar sé vandamál við framkvæmd og framvindu SBSR. Á það er hins vegar að líta, að aðildarríki eru, eftir sem áður, skuldbundin til þess að þjóðarétti að fara eftir ákvæðum SBSR og tryggja að einstaklingar geti notið þeirra réttinda sem samningurinn færir þeim. Nefndinni var komið á fót með SBSR og þar sem hún túlkar ákvæði samningsins og skýrir nánar út hvað felist í þeim efnislegu réttindum sem hann hefur að geyma, hefur verið bent á að álit nefndarinnar séu sterk vísbending um þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem hvíla á aðildarríkjum samkvæmt samningnum.³⁸ Þegar aðildarríki fara ekki eftir álitum nefndarinnar, sérstaklega í þeim tilvikum þegar enginn ágreiningur er um inntak réttinda eða annarra ákvæða SBSR, má halda því fram að það fari nálægt því að aðildarríki virði ekki þjóðréttarlegar skuldbindingar sínar. Áhrif álita nefndarinnar eru aðallega siðferðileg og pólitísk,³⁹ ekki síst vegna opinberrar birtingar á álitunum og viðbrögðum aðildarríkja við þeim. Hafi nefndin þannig komist að þeirri niðurstöðu að aðildarríki brjóti gegn mannréttindum gagnvart tilteknum einstaklingi eða hópi einstaklinga og aðildarríki hefur enn fremur ekki brugðist við álitum nefndarinnar með réttum hætti, er slíkt eðli málsins samkvæmt fallið til þess að hafa neikvæð áhrif fyrir viðkomandi

³⁷ Dominic McGoldrick: *The Human Rights Committee. It's Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 54.

³⁸ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 14.

³⁹ Javaid Rehman: *International Human Rights Law. A practical Approach*, bls. 91.

aðildarríki og samskipti þess við önnur ríki.⁴⁰ Sökum þessa hafa sum aðildarríki vissulega brugðist við álitum nefndarinnar með breytingu á löggjöf sinni eða lagaframkvæmd, en tala þeirra sem sinna ekki álitum, sem fela í sér áfellingisdóma, er engu að síður há.

2.3.4. Skilyrði þess að nefndin taki kærur einstaklings til efnislegrar meðferðar

Með valfrjálsri bókun við SBSR var einstaklingum veittur kostur á að skjóta kærur, vegna meintra brota aðildarríkja á ákvæðum samningsins, til nefndarinnar. Til þess að nefndin geti tekið kærur einstaklinga til efnislegrar meðferðar þurfa þær að uppfylla ákveðin skilyrði, sem tíuunduð eru í 1. gr., 2. gr. og 5. gr. bókunarinnar.

Í 1. gr. bókunarinnar kemur fram að nefndin geti einungis tekið kærur einstaklings til umfjöllunar að uppfylltum þremur skilyrðum. Í fyrsta lagi verður kærandi að vera einstaklingur og ennfremur þolandi meintra brota aðildarríkis á einhverjum þeim réttindum sem lýst er í SBSR. Í þessu felst að öðrum en einstaklingum, t.d. samtökum eða félögum, er ekki mögulegt að sækja mál frammi fyrir nefndinni. Kærandi máls getur einungis talist vera þolandi brota aðildarríkis í skilningi valfrjálsu bókunarinnar, ef hið meinta brot aðildarríkis á samningnum hefur haft bein áhrif á hann persónulega.⁴¹ Í þessu skilyrði felst að einstaklingar geta ekki skotið ágreiningi, um hvort tiltekin lagaákvæði eða lagaframkvæmd sé í samræmi við ákvæði SBSR eða ekki, til nefndarinnar hafi viðkomandi ákvæði eða framkvæmd ekki haft bein áhrif á viðkomandi.⁴² Rétturinn til þess að leggja fram kærur liggur eingöngu hjá þolanda brota í skilningi 1. gr. valfrjálsu bókunarinnar, eða hópi nokkurra þeirra, sem ýmist fer með mál sitt sjálfur eða felur það lögmanni sínum eða öðrum umboðsmanni. Í b-lið 1. mgr. 96. gr. málsmeðferðarreglna nefndarinnar kemur þó fram að heimilt sé að veita viðtöku kærur frá öðrum en þolendum eða umboðsmönnum, fyrir hönd þeirra, í þeim tilvikum þegar svo virðist sem þolendum sé ómögulegt að leggja fram kærur sjálfir.⁴³ Í öðru lagi verður kærur

⁴⁰Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 14.

⁴¹ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 832.

⁴² Sjá álit nefndarinnar, Shirin Aumeeruddy-Cziffra og 19 aðrar konur frá Mauritaníu gegn Mauritaníu, 9. apríl 1981 (nr. 35/1978). Frá þessu hefur þó verið talin gilda sú undantekning, að ef einstaklingur býr við raunverulega hættu, sem talin er vera meiri en fræðilegur möguleiki, á því að sæta skerðingu réttinda sinna vegna lagaákvæðis eða framkvæmdar, þá geti hann talist til þolanda í skilningi 1. gr. valfrjálsu bókunarinnar. Sjá álit nefndarinnar, Toonen gegn Ástralíu, 30. mars 1994 (nr. 488/1992). Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 93-94.

⁴³ Undantekning þessi hefur þróast í álitum nefndarinnar. Hefur henni aðallega verið beitt í tilvikum þar sem einstaklingum hefur verið ómögulegt að leggja fram kærur sjálfir sökum atvika sem eru á ábyrgð aðildarríkja, t.a.m. þegar einstaklingum hefur verið haldið í einangrun, samskipti þeirra við umheiminn takmörkuð með öðrum hætti eða þegar þeir eru látnir. Í þessum tilvikum hefur nefndin látið óátalið að aðrir en viðkomandi

þolanda að varða atvik sem átti sér stað innan lögsögu hins kærða aðildarríkis. Mikilvægt er að hafa í huga að það er ekki skilyrði að einstaklingur sé ríkisborgari viðkomandi aðildarríkis eða hafi þar fasta búsetu. Þolandi getur þannig allt eins verið erlendur ferðamaður, flóttamaður eða jafnvel ólöglegur innflytjandi, svo lengi sem hann laut lögsögu hins kærða aðildarríkis á þeim tíma er hin meintu brot áttu sér stað.⁴⁴ Í þriðja lagi kemur fram í lokamálslið 1. gr. bókunarinnar að nefndin skuli ekki veita erindi móttöku varði það ríki sem aðili er að SBSR en ekki að valfrjálsu bókuninni. Í þessu felst að þau brot, sem aðildarríki eru gefin að sök, verða að varða atvik sem áttu sér stað eftir að viðkomandi ríki fullgilti valfrjálsu bókunina og viðurkenndi þar með lögbærni nefndarinnar til þess að taka við kæru frá einstaklingum. Er regla þessa í samræmi við meginreglu þjóðaréttar um að alþjóðlegir samningar hafi ekki afturvirk áhrif.⁴⁵ Í störfum sínum hefur nefndin þó komist að þeirri niðurstöðu að kæra máls sé tæk til meðferðar þrátt fyrir að hin meintu brot aðildarríkis hafi átt sér stað áður en það fullgilti valfrjálsu bókunina, í þeim tilvikum þegar brotin halda áfram að eiga sér stað eftir fullgildingu⁴⁶ eða hafa langvarandi áhrif sem eru enn til staðar eftir fullgildingu.⁴⁷

Kæra einstaklings til nefndarinnar þarf einnig að uppfylla skilyrði er varða efnislegt atriði. Í fyrsta lagi kemur fram í 1. og 2. gr. að kæra verði að varða brot á réttindum sem talin eru upp í SBSR og í 3. gr. segir að nefndin skuli telja kæru óleyfilega ef hún verður talin ósamrýmanleg ákvæðum SBSR. Þannig verður kæra máls að lúta að atriðum sem falla undir efnissvið samningsins, og hefur nefndin til að mynda talið kærur sem varða eignaréttindi eða rétt til að leita hælís falla utan efnismarka samningsins.⁴⁸ Á hinn bóginn hefur nefndin allt frá stefnumarkandi álitum sínum árið 1987⁴⁹ talið kærur sem varða meint brot á 26. gr. samningsins hæfar til efnislegrar meðferðar, jafnvel þó þær varði efnhagsleg og félagsleg réttindi, sem ekki njóta verndar samkvæmt SBSR. Í öðru lagi verður að vera ljóst af kæru að

einstaklingar leggi fram kæru fyrir hönd þeirra, svo lengi sem nægjanlega sterk séu á milli einstaklings og umrædds aðila. Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 836.

⁴⁴ Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 92.

⁴⁵ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 33.

⁴⁶ Í álit nefndarinnar, Weinberger gegn Úrúgvæ, 29. október 1980, (nr. 28/1978) voru atvik með þeim hætti að kærandi var handtekinn sökum pólitískra skoðana sinna áður en Úrúgvæ fullgilti valfrjálsu bókunina og ekki færður strax fyrir dómara, en slíkt er í ósamræmi við 3. mgr. 9. gr. SBSR. Kærandi varð síðan að þola pyndingar og aðra ómannúðlega meðferð í gæsluvarðhaldi og einungrun, en í millitíðinni fullgilti Úrúgvæ bókunina. Nefndin taldi kæru málsins einnig meðferðarhæfa varðandi hina ólögsmætu handtöku, þrátt fyrir að hún ætti sér stað áður en til fullgildingar kom, og taldi Úrúgvæ hafa brotið gegn 3. mgr. 9. gr., ásamt öðrum greinum SBSR.

⁴⁷ Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 96.

⁴⁸ Javaid Rehman: International Human Rights Law. A practical Approach, bls. 95.

⁴⁹ Um er að ræða álit nefndarinnar, Broeks gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (nr. 172/1984) og Zwaan-de-Vries gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (182/1984). Verða málum þess gerð skil í umfjöllun um gildissvið 26. gr. í kafla 3.

kærandi hafi eitthvað til síns máls; kærana má þannig ekki skorta nauðsynlegan grundvöll eða vera án lagaraka. Þannig verður kærandi að búa kæru sína svo úr garði efnislega að málsástæður og lagarök séu tíunduð og að auki upplýsingar og gögn færð fram sem sýna eigi fram á hið meinta brot aðildarríkis. Í framkvæmd hefur nefndin vísað kærum, sem uppfylla ekki þetta skilyrði, frá á grundvelli 2. gr. valfrjálsum bókunarinnar.⁵⁰ Þriðja og síðasta skilyrðið sem lýtur að efnislegu innihaldi kæru kemur fram í a. lið 2. mgr. 5. gr. bókunarinnar, en þar segir að nefndin skuli ekki taka neina kæru til athugunar ef verið er að rannsaka sama mál eftir öðrum aðferðum alþjóðlegrar rannsóknar eða sáttar. Hefur nefndin aðallega útilokað kærur frá efnislegri meðferð á þessum grundvelli þegar sömu mál eru einnig til meðferðar hjá Mannréttindadómstóli Evrópu og Mannréttindanefnd Ameríku (e. Inter-American Commission on Human Rights). Sá munur er þó á skilyrði meðferðarhæfis fyrir nefndinni annars vegar og hinum tveimur alþjóðlegu úrskurðaraðilum hins vegar, að samkvæmt a-lið 2. mgr. 5. gr. kemur það ekki í veg fyrir meðferðarhæfi kæru, að sama mál hafi áður verið rannsakað eftir öðrum aðferðum alþjóðlegrar rannsóknar eða sáttar. Takmörkun ákvæðisins er einskorðuð við það að tvö mál um sama efni séu rekin á sama tíma. Samkvæmt ákvæðinu er því ekkert því til fyrirstöðu að kærandi leiti fyrst réttar síns fyrir öðrum alþjóðlegum dómstóli eða nefnd, en beri mál sitt síðar undir nefndina, hvort sem hann hafi fengið niðurstöðu í máli sínu í fyrri málarekstri eða ekki. Varð þetta til þess að mörg aðildarríki SBSR hikuðu við að fullgilda valfrjálsum bókunina og hefur Bretland til að mynda ekki enn fullgilt bókunina. Önnur ríki, þar á meðal Ísland, létu sér nægja að gera fyrirvara við a-lið 2. mgr. 5. gr. áður en þau fullgiltu bókunina, þar sem fram kom, að þau samþykktu bókunina með þeim fyrirvara að kæra teldist ekki tæk til meðferðar ef hún varðaði mál sem væri, eða hefði verið, til rannsóknar eftir öðrum aðferðum alþjóðlegrar rannsóknar eða sáttar.⁵¹ Taka ber fram að það kemur ekki í veg fyrir meðferðarhæfi kæru samkvæmt a-lið 2. mgr. 5. gr. að þriðji aðili, sem er ótengdur kæranda, hafi þegar lagt sama mál fyrir annan alþjóðlegan dómstól eða nefnd.⁵²

Að síðustu ber að nefna skilyrði sem snýr að því að kærandi þarf að hafa leitað allra tiltækra leiða til að leita réttar síns fyrir innlendum dómstólum aðildarríkis, áður en hann getur leitað til nefndarinnar. Í b-lið 2. mgr. 5. gr. segir þannig að kærandi þurfi að hafa leitað „allra tiltækra leiða til úrbóta innanlands”. Nokkrir varnaglar eru þó slegnir, til þess að koma í veg fyrir að gallar innlendra réttarkerfa hindri málskot einstaklinga til nefndarinnar. Í b-lið 2. mgr. 5. gr. kemur þannig fram, að óhóflega löng málsmeðferð fyrir innlendum dómstólum komi

⁵⁰ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 839-840.

⁵¹ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 881

⁵² Javaid Rehman: International Human Rights Law: A practical Approach, bls. 98.

ekki í veg fyrir að kæra sé tæk til meðferðar. Að auki hefur nefndin í álitum sínum sett fram þau sjónarmið að einstaklingum verði að hafa staðið til boða réttarúrræði sem eru í senn raunhæf og virk.⁵³ Einstaklingar eru ekki skyldugir til þess að tæma óvenjuleg réttarúrræði eða þau sem telja verður óhóflega íþyngjandi. Athygli skal vakin á því, að ólíkt þeim reglum sem gilda um meðferðarhæfi kæru fyrir Mannréttindadómstóli Evrópu, þá hefur valfrjálsa bókunin ekki að geyma skilyrði um þann tíma sem að hámarki má líða frá því að kærandi tæmir innlend réttarúrræði uns hann leggur fram kæru til nefndarinnar. Engin slík tímamörk eru sett. Hjá Mannréttindadómstólnum gildir hins vegar sú regla, að kærur sem berast eftir sex mánuði frá tæmingu innlendra réttarúrræða eru ekki meðferðarhæfar og er þeim vísað frá af þeim sökum.

⁵³ Alex Conte, Scott Davidson og Richard Burchill: Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee, bls. 26.

3. Inntak 26. gr. SBSR

3.1. Inngangur

Eins og áður hefur verið getið skipa jafnræðisreglur, í einni eða annarri mynd, veigamikinn sess í mannréttindamálum á vettvangi Sameinuðu þjóðanna. Þannig segir í 3. mgr. 1. gr. stofnsáttmála að einn meginilgangur samtakanna sé að, ... að styrkja og stuðla að virðingu fyrir mannréttindum og grundvallarfrelsisréttindum allra án tillits til kynþáttar, kyns, tungu eða trúarbragða ...”. Þá kemur fram í upphafsgrein Mannréttindayfirlýsingar SP að allir séu bornir frjálsir og jafnir öðrum að virðingu og réttindum. Í 7. gr. yfirlýsingarinnar er svohljóðandi ákvæði:

„Allir skulu jafnir fyrir lögunum og eiga rétt á jafnri vernd þeirra, án nokkurrar mismununar. Ber öllum jafn réttur til verndar gegn hvers konar mismunun, sem í bága brýtur við yfirlýsingu þessa, svo og gagnvart hvers konar áeggjan til slíkrar mismununar.”

Í Alþjóðasamningi Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnómálaleg réttindi koma jafnræðisreglur oft fyrir. Hefur því verið haldið fram að meginreglurnar um jafnræði einstaklinga og bann við mismunun gangi eins og rauður þráður í gegnum samninginn.⁵⁴ Í 1. gr. SBSR er mælt fyrir um grundvallarregluna um sjálfsákvörðunarrétt þjóða (e. self-determination) en strax þar á eftir er tekið til við að festa meginreglurnar um jafnræði einstaklinga og bann við mismunun í sessi. Í 1. mgr. 2. gr. samningsins segir:

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

Þrátt fyrir að lagt sé bann við mismunun á grundvelli kynferðis í 1. mgr. 2. gr. SBSR hefur 3. gr. samningsins að geyma sérstaka reglu sem varðar jafnrétti kynjanna. Samkvæmt því ákvæði takast aðildarríki SBSR á hendur þá skyldu að ábyrgjast jöfn réttindi handa körlum og konum til þess að njóta allra þeirra réttinda sem sett eru fram í samningnum. Að auki hafa 1. mgr. 4. gr., 2. mgr. 20. gr. og 1. mgr. 24. gr. SBSR að geyma bann við mismunun á grundvelli tiltekinna ástæðna. Í 1. mgr. 25. gr. er aftur á móti látið nægja að vísa í bann 1. mgr. 2. gr.

⁵⁴ Sjá Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 600.

gegn mismunun en í greininni er mælt fyrir um rétt einstaklinga til þess að kjósa eða bjóða sig fram í almennum kosningum, ásamt öðrum réttindum. Þá hafa tiltekin önnur ákvæði SBSR að geyma sérhæfðar jafnræðisreglur, er lúta að ákveðnum réttindum. Þannig mælir 1. mgr. 14. gr. fyrir um jafnræði einstaklinga fyrir dómstólum, 4. mgr. 23. gr. fyrir um jöfn réttindi og jafnar skyldur hjóna og að lokum leggja 1. mgr. 6. gr., 1. mgr. 9. gr., 4. mgr. 12. gr. og 1. mgr. 17. gr. bann við geðþóttaákvörðunum dómstóla og annarra yfirvalda við tilteknar aðstæður.

Auk ofangreindra ákvæða SBSR, sem hafa bæði að geyma almennar og sérhæfðar jafnræðisreglur, er í 26. gr. samningsins að finna almenna og víðtæka jafnræðisreglu, sem er og aðalumfjöllunarefni ritgerðarinnar. 26. gr. er afrakstur fjölda tillagna, umræðna, deilna og að lokum málamiðlana fulltrúa aðildarríkja í mannréttindaráðinu og er ákvæðið svohljóðandi:

„Allir eru jafnir fyrir lögum og eiga rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Lögin skulu því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast öllum mönnum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnámálaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.”

26. gr. er almenn jafnræðisregla, sem er í senn ítarleg og víðtæk að efnisinntaki. Samkvæmt orðalagi sínu er reglan almenn í tvennum skilningi. Í fyrsta lagi kemur ekki fram í ákvæðinu að vernd þess sé afmörkuð við þau réttindi sem talin eru upp í samningnum, ólíkt 2. og 3. gr. samningsins, sem eru bundnar við þau réttindi sem sett eru fram í SBSR. Framan af lék vafi á hvort skýra mætti 26. gr. með þessum hætti, en með stefnumarkandi álitum sínum í málum, sem vörðuðu mismunun á grundvelli kynferðis við veitingu atvinnuleysisbóta í Hollandi, staðfesti nefndin hið almenna eðli 26. gr. að þessu leyti. Verða málum þessum gerð hér á eftir. Í öðru lagi er reglan ekki tengd tilteknum atvikum eða aðstæðum, eins og er um hinar sérhæfðari jafnræðisreglur sbr. meðal annars 1. mgr. 14. gr. og 4. mgr. 23. gr. samningsins. Reglan mælir þannig fyrir um jafnræði einstaklinga á öllum sviðum þjóðlífsins.⁵⁵ Fullyrða má að efnisinntak 26. gr. er að mörgu leyti flókið og ekki að öllu leyti auðskýranlegt. Má að nokkru leyti rekja það til þeirra umræðna og deilna sem áttu sér stað milli aðildarríkja við gerð draga að SBSR.⁵⁶

Flókið efnisinntak 26. gr. lýsir sér ef til vill best í því að skiptar skoðanir hafa verið um það meðal fræðimanna hvernig greina eigi ákvæðið niður í mismunandi þætti, áður en tekið er til við að skýra hvað felist í hverjum þætti fyrir sig. Austurríski fræðimaðurinn *Manfred*

⁵⁵ Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur, bls. 473.

⁵⁶ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 600-601.

Nowak telur sérstöðu 26. gr. felast í því að ákvæðið sé það fyrsta sinnar tegundar í alþjóðlegum mannréttindasamningi sem feli í sér öll fjögur stigin í þróun meginreglunnar um jafnræði einstaklinga. Þannig hafa ákvæðið að geyma tvær meginreglur um jafnræði, regluna um jafnræði fyrir lögum annars vegar og regluna um jafna lagavernd hins vegar, en innan síðarnefndu reglunnar rúmist síðan tvær aðrar reglur; reglan um bann gegn mismunun og reglan um raunhæfa vernd gegn mismunun.⁵⁷ Norski fræðimaðurinn *Torkel Opsahl* telur hins vegar að greinin sé samsett úr þremur skyldum hugmyndum um jafnræði, nánar tiltekið hugmyndinni um jafnræði fyrir lögum, jafna lagavernd og bann gegn mismunun.⁵⁸ Þannig tiltekur *Opsahl* ekki að raunhæf vernd gegn mismunun sé meðal sérstakra þátta í 26. gr. Hvað sem gildi slíkra vangaveltna líður er ljóst, að hugtökin jafnræði fyrir lögum, jöfn lagavernd, bann gegn mismunun og jöfn og raunhæf vernd gegn mismunun eru nátengd og að með þeim er stefnt að sama markmiðinu: Að einstaklingar njóti jafnræðis hver á við annan og jafnréttis í hvívetna. Til þess að ná megi þessu markmiði leggur 26. gr. ýmist bann við mismunun eða leggur þær skyldur á herðar aðildarríkjum að koma í veg fyrir mismunun, bæði með því að banna mismunun í löggjöf sinni og eins með því að grípa til sértækra aðgerða í ákveðnum tilvikum. Til þess að lýsa megi þessu inntaki 26. gr. með sem nákvæmustum hætti er ákvæðinu hér skipt í þrjá hluta.

Fyrst verður fjallað um regluna um jafnræði fyrir lögum, síðan regluna um jafna lagavernd og þær neikvæðu og jákvæðu skyldur sem hún hefur verið talin fela í sér, og að lokum um bann við mismunun á grundvelli tiltekinna ástæða. Áður en að þessari umfjöllun kemur verður hins vegar gerð grein fyrir því til hvaða réttinda 26. gr. taki, í umfjöllun um gildissvið ákvæðisins.

3.2. Gildissvið 26. gr.

3.2.1. Inngangur

Eitt helsta einkenni jafnræðisreglu 26. gr. SBSR er hið almenna eðli hennar. Þess hefur verið getið að vernd jafnræðisreglna 2. gr., um bann við mismunun og 3. gr., sem mælir fyrir um jöfn réttindi til handa körlum og konum, sé takmörkuð við þau réttindi sem njóta verndar samkvæmt SBSR. Með öðrum orðum, þá kemur ekki til skoðunar hvort einstaklingum hafi verið mismunað, eða brotið hafi verið gegn jafnrétti kynjanna, nema slíkt brot eigi sér stað í

⁵⁷ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 598-600 og 607-608.

⁵⁸ Torkel Opsahl: "Equality in human rights law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights", bls. 52.

tengslum við þau einhver þau borgaralegu og stjórnómáalegu réttindi sem SBSR hefur að geyma. Í 26. gr. eru þessu óðruvísi farið. Með stefnumarkandi álitum nefndarinnar í málum *Broeks gegn Hollandi*⁵⁹ og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*⁶⁰ í apríl mánuði 1987, komst nefndin að þeirri niðurstöðu að vernd 26. gr. væri ekki takmörkuð við þau réttindi sem viðurkennd eru samkvæmt SBSR. Í umfjölluninni hér á eftir verða álitum þessum gerð ítarleg skil og eins viðbrögðum við þeim og álitum nefndarinnar í kjölfarið. Byrjað verður hins vegar á því að fjalla um framkvæmd nefndarinnar, við skýringu á gildissvið 26. gr., fyrir hin áðurnefndu stefnumarkandi álit.

3.2.2. *Álit nefndarinnar fyrir mál Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi*

Í umfjöllun um meðferðarhæfi kæru til nefndarinnar í kafla 2.3.4. kom meðal annars fram, að eitt af skilyrðum þess að nefndin taki kæru til efnislegrar meðferðar er að hún varði réttindi sem falli undir gildissvið SBSR, þ.e. réttindi af borgaralegum og stjórnómáalegum toga. Að öðrum kosti verður kæra ekki talin hæf til meðferðar, sbr. 2. gr. valfrjálsrar bókuar við samninginn, og hefur nefndin vísað fjölda kæra frá á þeim grundvelli. Af álitum nefndarinnar í málum *K.L. gegn Danmörku*⁶¹ og *I.M. gegn Noregi*⁶² má ráða, að nefndin hafi talið að kærur sem vörðuðu meint brot á 26. gr. SBSR yrðu einnig að varða réttindi sem nyttu verndar samkvæmt SBSR.

Í máli *K.L. gegn Danmörku* taldi kærandi að dönsk yfirvöld hefðu brotið á sér með margvíslegum hætti. Meðal annars hélt kærandi fram broti danska ríkisins á 26. gr. þar sem hann hefði mátt þola ólögsmæta mismunun á grundvelli þjóðernisuppruna, trúarlegs bakgrunns og stjórnómáalegra skoðana. Taldi kærandi að hin meinta mismunun hefði leitt til til skerðingar á tilteknum efnahagslegum og félagslegum réttindum hans, til að mynda með þeim hætti að honum hefði verið neitað um fjárhagslega aðstoð í tengslum við nám hans og að hann hefði þurft að greiða skatta fyrir tímabil sem hann var án atvinnu. Í niðurstöðu sinni um meðferðarhæfi kæru málsins tók nefndin fram, að hún hefði aðeins tekið skoðunar þau atriði kærunnar sem vörðuðu meint brot á ákvæðum SBSR. Nefndin hefði ekki valdheimildir til þess að taka til skoðunar meint brot aðildarríkis á ákvæðum annarra alþjóðlegra samninga eða sáttmála. Taldi nefndin kæra málsins væri ekki hæf til efnislegrar meðferðar, hvað varðaði meint brot á ákvæðum SBSR, þar sem kærandi var ekki talinn hafa sýnt með nægjanlega rökstuddum hætti fram á hin meintu brot danska ríkisins.

Í máli *I.M. gegn Noregi* var atvik þannig að kærandi, sem fæddist í Suður-Afríku en hafði flust búferlum til Noregs og var norskur ríkisborgari, taldi að honum hefði verið

⁵⁹ Álit nefndarinnar, *Broeks gegn Hollandi*, 9. apríl 1987 (nr. 172/1984).

⁶⁰ Álit nefndarinnar, *Zwaan-de-Vries gegn Hollandi*, 9. apríl 1987 (nr. 182/1984).

⁶¹ Álit nefndarinnar, *K.L. gegn Danmörku*, 26. mars 1980 (59/1979)

⁶² Álit nefndarinnar, *I.M. gegn Noregi*, 6. apríl 1983 (129/1982).

mismunað með ólögætum hætti á grundvelli kynþáttar. Það hefði leitt til skerðingar á tilteknum efnahagslegum og félagslegum réttindum hans. Meðal annars hefði of hár skattur verið innheimtur af honum og þá hefðu borgaryfirvöld í Osló ekki veitt honum aðgang að leiguhúsnæði á lágu verði, þegar hann sótti um slíkt. Kærandi tiltók hins vegar ekki einstakar greinar SBSR, sem hann taldi að aðildarríkið hefði gerst brotlegt gegn. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að kæra málsins sýndi ekki með nokkrum hætti fram á meint brot norska ríkisins á þeim borgaralegu og stjórnmalalegu réttindum sem nytu verndar samkvæmt SBSR. Benti nefndin að auki sérstaklega á, að útreikningur á tekjuskatti og útteiling yfirvalda á leiguhúsnæði væru ekki viðfangsefni sem beiting ákvæða SBSR gæti tekið til. Þá hefði kærandi ekki heldur fært fram gögn eða upplýsingar til stuðnings því að hann hefði verið þolandi ólögmeðrar mismununar. Var kæra málsins því ekki talin hæf til efnislegrar meðferðar.

Af álitum nefndarinnar í ofangreindum málum er nærtækt að draga þá ályktun að til að byrja með hafi það verið ríkjandi skoðun meðal nefndarmanna, að í þeim tilvikum þegar kærur vörðuðu skerðingu eða sviptingu á réttindum, sem ekki nytu verndar samkvæmt SBSR, í tengslum við meint brot á 26. gr. samningsins, bæri að vísa þeim frá. Sama má segja um niðurstöður nefndarinnar um meðferðarhæfi kæra í málum *J.D.B. gegn Hollandi*⁶³ og *H.S. gegn Frakklandi*.⁶⁴ Styður niðurstaða nefndarinnar í máli *I.M. gegn Noregi* þessa ályktun sérstaklega, þar sem nefndin bendir á, að útreikningur á tekjuskatti og útteiling yfirvalda á leiguhúsnæði væru ekki viðfangsefni sem beiting ákvæða SBSR gæti tekið til.

3.2.3. Álit nefndarinnar í málum *Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi*

Þann 9. apríl 1987 veitti nefndin álit sitt á meintu broti hollenska ríkisins á 26. gr. í málum *Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi*. Atvik málanna voru með svipuðum hætti, en kærendur töldu að þeim hefði verið mismunað með ólögætum hætti á grundvelli kynferðis þar sem samkvæmt hollenskum lögum þyrftu konur, sem væru í hjúskap, að færa sönnur á að þær væru fyrirvinna heimilis til þess að fá atvinnuleysisbætur, á meðan slíkt skilyrði gilti ekki fyrir karla í hjúskap. Málin vörðuðu sem sagt meinta ólögmeta mismunun í tengslum við greiðslur úr almannatryggingarkerfi Hollendinga, nánar tiltekið greiðslu atvinnuleysisbóta. Niðurstaða beggja málanna var sú sama, en hér verður látið nægja að greina frá niðurstöðu máls *Broeks gegn Hollandi*.

Í máli *Broeks gegn Holland* starfaði kærandi sem hjúkrunarkona, en þurfti að láta af störfum sökum veikinda árið 1975. Fékk hún til að byrja með greiddar atvinnuleysis- og örorkubætur, eða allt til ársins 1980 er breytingar á lögum gerðu það að verkum að bótagreiðslur til hennar vegna atvinnuleysis féllu niður. Kærandi taldi að umrædd lög

⁶³ Álit nefndarinnar, *J.D.B. gegn Hollandi*, 26. mars 1985 (178/1984).

⁶⁴ Álit nefndarinnar, *H.S. gegn Frakklandi*, 10. apríl 1986 (184/1984).

fælu í sér brot gegn 26. gr. SBSR þar sem þau mismunuðu einstaklingum á grundvelli kynferðis. Karlmaður í sömu stöðu og kærandi myndi ekki missa rétt sinn til atvinnuleysisbóta samkvæmt hollenskri löggjöf, þar sem hjúskaparstaða hans hafði ekki áhrif á rétt hans til bóta. Þar sem kærandi væri kona, og í hjúskap á þeim tíma sem máli skipti, væri hún hins vegar svipt atvinnuleysisbótum. Kærandi taldi að 26. gr. væri þess að eðlis að hún veitti einstaklingum vernd umfram þau ákveðnu borgaralegu og stjórnmalalegu réttindi sem talin væru upp í SBSR. Í greinargerð sinni mótmælti hollenska ríkið meðferðarhæfi kærunnar með ítarlegim rökstuðningi. Benti ríkið meðal annars á að meginregluna um bann við mismunun í tengslum við almannatryggingar væri að finna í 9. gr.⁶⁵ sbr. 2. og 3. gr.⁶⁶ Alþjóðasamnings SP um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Ríkið gæti því ekki fallist á að kæra, sem varðaði slík réttindi, væri tekin til meðferðar, þar sem slík réttindi féllu undir efnissvið og nytu verndar samkvæmt öðrum alþjóðasamningi SP, sem mælti fyrir um annað eftirlitskerfi. Það væri ekki hlutverk nefndarinnar að kanna hvort aðildarríki uppfylltu skyldur sínar samkvæmt SEFMR.

Fyrir nefndinni lá að taka afstöðu til þess hvort kæra málsins væri tæk til efnislegrar meðferðar. Athygli skal vakin á því, að kæra í máli *J.D.B. gegn Hollandi*, sem vísað er til hér að framan, barst á eftir kæru í máli *Broeks gegn Hollandi*, og skömmu áður en kæra í máli *Zwaan-de Vries* barst nefndinni. Í málinu gerði hollenska ríkið hins vegar engar athugasemdir við meðferðarhæfi kæru, þrátt fyrir að málið varðaði ekki réttindi sem njóta verndar samkvæmt SBSR. Í málinu taldi kærandi, að af hollenskum lögum leiddi að honum væri mismunað með ólögum hætti, þar sem þau kæmu í veg fyrir að hann gæti stundað þá vinnu sem hann kysir. Máli sínu til stuðnings vísað kærandi til 6. gr. SEFMR,⁶⁷ sem verndar rétt einstaklinga til vinnu. Nefndin taldi að kærandi hefði ekki fært nægjanleg rök fyrir því að hann hefði verið þolandi brots hollenska ríkisins á einhverjum þeirra réttinda sem nytu verndar samkvæmt SBSR og vísaði kæru málsins því frá. Af stuttri og skorinortri niðurstöðu nefndarinnar í málinu má einna helst ráða, að augljóst væri að kæra málsins væri ekki meðferðarhæf, þar sem um væri að ræða réttindi sem ekki nytu verndar samkvæmt ákvæðum SBSR. Eins og áður sagði tók hollenska ríkið hins vegar til varna í málum *Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi*, og mótmælti meðferðarhæfi kæra málanna. Nefndin komst að eftirfarandi niðurstöðu, um gildissvið 26. gr. og meðferðarhæfi kæranna.

⁶⁵ 9. gr. SEFMR er svohljóðandi: „Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna rétt sérhvers manns til félagslegs öryggis, þar á meðal til almannatrygginga.”

⁶⁶ Í 2. og 3. gr. SEFMR eru ákvæði sambærileg 2. og 3. gr. SBSR sem kveða á um skyldur aðildarríkja til þess að ábyrgjast að réttindum SEFMR sé framfylgt án nokkurrar mismununar á grundvelli nánar tiltekinna ástæðna, sbr. 2. gr. og þá er sérstaklega hnykk á skyldu aðildarríkja til þess að ábyrgjast réttindin án mismununar á grundvelli kynferðis, sbr. 3. gr.

⁶⁷ 1. mgr. 6. gr. SEFMR er svohljóðandi: „Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna rétt manna til vinnu, sem felur í sér rétt sérhvers manns til þess að hafa tækifæri til þess að afla sér lífsviðurværis með vinnu sem hann velur sér eða tekur að sér af frjálsum vilja, og munu ríkin gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja þennan rétt.”

Nefndin benti á að efni 26. gr. SBSR og 2. gr. SEFMR skaraðist töluvert. Unnt væri að beita ákvæðum SBSR jafnvel þótt fjallað væri um tiltekið viðfangsefni í öðrum alþjóðlegum samningum, t.d. Alþjóðasamningnum um afnám alls kynþáttamisréttis, Samningnum um afnám allrar mismununar gagnvart konum eða, eins og í því máli sem hún hefði til umfjöllunar, SEFMR. Þrátt fyrir að samningsgerð SBSR og SEFMR hefði farið á sama tíma, þá taldi nefndin að nauðsynlegt væri að beita ákvæðum SBSR til hins ítrasta. Að mati nefndarinnar drægi 2. gr. SEFMR í engu úr beitingu 26. gr. SBSR. Nefndin tók því næst afstöðu til gildissviðs 26. gr. einnar og sér og taldi, með hliðsjón af hefðbundinni orðskýringu og í ljósi markmiðs og tilgangs ákvæðisins, að 26. gr. fæli ekki einungis í sér sömu vernd og 2. gr. SEFMR, heldur víkkaði hún út þá vernd sem 2. gr. SBSR veitti einstaklingum. Ákvæðið ætti rætur að rekja til jafnræðisreglu 7. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP, sem leggur bann við mismunun í löggjöf og lagaframkvæmd á öllum sviðum þjóðlífsins. Af þessu leiddi að 26. gr. SBSR varðar skyldur aðildarríkja í tengslum við efni löggjafar þeirra og beitingu hennar. Nefndin benti hins vegar á að, að þrátt fyrir að hvorki löggjöf aðildarríkja né beiting hennar mætti fela í sér ólögmæta mismunun, þá fæli 26. gr. ekki í sér skyldur er vörðuðu viðfangsefni löggjafar þeirra. Þannig legði greinin ekki þá skyldur á herðar aðildarríkjum að setja lög er kæmu á fót almannatryggingakerfi. Væru slík lög hins vegar á annað borð sett, mættu þau hvorki fela efnislega í sér ólögmæta mismunun í skilningi 26. gr. SBSR.

Nefndin komst þannig að þeirri niðurstöðu að í 26. gr. fælist sjálfstæð og víðtæk regla, sem væri í raun óháð efnissviði SBSR og þeim réttindum sem viðurkennd eru með samningnum. Að því gefnu að aðildarríki hefðu fullgilt SBSR og valfrjálsa bókun við samninginn yrði öll löggjöf þeirra, hvort sem hún væri á sviði borgaralegra og stjórnmálalegra réttinda eða annars konar réttinda, að vera í samræmi við jafnræðisreglu 26. gr. SBSR. Nefndin taldi því að kæra málsins í máli *Broeks gegn Hollandi* væri tæk til meðferðar og komst í kjölfarið að þeirri niðurstöðu að hollenska ríkið hefði brotið gegn 26. gr. gagnvart kæranda málsins. Komst nefndin að sömu niðurstöðu í máli *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*, eins og áður sagði.⁶⁸

3.2.4. Álit nefndarinnar í kjölfar mála *Broeks* og *Zwaan-de Vries* gegn *Hollandi* og viðbrögð aðildarríkja

Rúmum tveimur árum eftir að nefndin veitti hin stefnumarkandi álit sín í hollensku atvinnuleysisbótamálunum gaf hún út almenn álit sitt nr. nr. 18,⁶⁹ um bann við mismunun, þar sem fram komu frekari rök fyrir skýringar hennar á gildissviði 26. gr.

Í 12. mgr. álitsins segir meðal annars, að 26. gr. SBSR sé ólík 2. gr. samningsins, að því leyti að vernd hennar sé ekki bundin við réttindi þau, sem viðurkennd eru með samningnum. Greinin feli þannig ekki einungis í sér sömu vernd og 2. gr., heldur einnig sjálfstæðan rétt einstaklinga til jafnræðis. 26. gr. leggi ákveðnar skyldur á herðar

⁶⁸ Sjá einnig álit nefndarinnar, Danning gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (180/1987), þar sem nefndin rökstuddi ákvörðun sína um meðferðarhæfi kæru með sama hætti, en komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið um brot á 26. gr. að ræða.

⁶⁹ Almenn álit nefndarinnar nr. 18, um bann við mismunun, frá 10. nóvember 1989.

aðildarríkjum þegar kemur að löggjöf þeirra og lagaframkvæmd. Löggjöf aðildarríkja verði að vera í samræmi við 26. gr. og efni hennar má ekki fela í sér ólögmæta mismunun. Beiting meginreglunnar um jafnræði einstaklinga í 26. gr. SBSR væri ekki takmörkuð við þau réttindi sem viðurkennd væru með samningnum.

Umfjöllun nefndarinnar um gildissvið 26. gr. í almennum álit sínu nr. 18. var ekki að ástæðulausu. Stefnumarkandi skýring nefndarinnar á gildissviði ákvæðisins var afar umdeild. Hollensk stjórnvöld gagnrýndu niðurstöðu nefndarinnar í máli *Broeks og Zwaan-de Vries* harðlega, og það sem meira er, íhuguðu á tímabili möguleikann á því að í að afturkalla fullgildingu sína á valfrjálsu bókuninni og einnig á SBSR sjálfum. Aðalástæðu þessara viðbragða hollenska ríkisins, ef frá er skilinn lagalegur ágreiningur við nefndina um skýringu á gildissviði 26. gr., má rekja til þeirra fjárhagslegu afleiðinga sem skýring nefndarinnar kann að hafa í för með sér fyrir aðildarríki sem talin eru hafa brotið gegn 26. gr. í tengslum við félagsleg og efnahagsleg réttindi.⁷⁰ Staðreyndin er enda sú, að velferðarkerfi aðildarríkja gera ráð fyrir mismunandi meðferð einstaklinga í ýmsu tilliti, t.d. þegar kemur að úthlutun bóta og lífeyrisgreiðslna á grundvelli almannatryggingarlöggjafar. Með hinni stefnumarkandi skýringu nefndarinnar á gildissviði nefndarinnar opnaðist leið fyrir einstaklinga innan aðildarríkja til þess að kæra til nefndarinnar hvers konar mismunun sem þeir telja sig sæta í tengslum við félagsleg, efnahagsleg eða annars konar réttindi sín.

Komist nefndin að þeirri niðurstöðu að um brot hafi verið að ræða leggur hún jafnan til að aðildarríki bjóði kærendum „raunhæfar“ eða „viðeigandi“ úrbætur, líkt og í málum *Broeks og Zwaan-de Vries*, ásamt því að í mörgum tilvikum er lagt til að aðildarríki taki löggjöf, sem talið er að fela í sér ólögmæta mismunun, til endurskoðunar. Álit nefndarinnar, þar sem komist hefur verið að slíkri niðurstöðu í tengslum við félagsleg og efnahagsleg réttindi hafa hins vegar haft þær afleiðingar í för með sér, að aðildarríki sjá sér ýmist ekki fært að verða við tillögum nefndarinnar um úrbætur, eða illa gengur að koma slíkum ráðstöfununum í framkvæmd, meðal annars vegna fjárhagslegra og pólitískra ástæðna. Nægir að nefna ástanda mála í Tékklandi í þessu samhengi, en stjórnvöld þar í landi hafa lent í miklum erfiðleikum með að framfylgja álitum nefndarinnar í málum þar sem nefndin komst taldi að tékknesk löggjöf, um endurheimt eigna þeirra einstaklinga sem þola höfðu þurftu eignaupptöku kommúnastjórnarinnar í fyrrum tékkóslóvakíu, mismunaði einstaklingum með ólögmætum hætti.⁷¹

⁷⁰ Carla Edelenbos: “Article 26, the Human Right’s Committee’s Views and Decisions: the Way of the Future?”, bls. 123

⁷¹ Nisuke Ando: “The Evolution and Problems of the Jurisprudence of the Human Rights Committee’s Views concerning Article 26”, bls. 216-217.

Hin stefnumarkandi álit nefndarinnar í hollensku atvinnuleysisbótamálunum hafa einnig sætt gagnrýni fræðimanna. Á það hefur verið bent, að nefndin muni ekki með góðum móti getað annað öllum þeim kærur sem henni berast frá einstaklingum sem telja sér mismunað í tengslum við efnahagsleg, félagsleg eða annars konar réttindi. Þá hefur verið gagnrýnt að nefndin veiti álit í málum sem hana skortir sérþekkingu á, en jafnan sé erfiðara að meta mál sem varða efnahagslega og félagslega þætti en mál sem varða takmarkanir á borgaralegum og stjórnmalalegum réttindum.⁷² Á móti hefur verið bent á, að gildi 26. gr. sem sjálfstæðar reglu væri lítið ef reglan næði ekki til annarra réttinda en þeirra sem viðurkennd eru samkvæmt SBSR, þar sem 2. gr. SBSR mælti fyrir um bann við mismunun í tengslum við réttindi sem væru viðurkennd samkvæmt samningnum.⁷³

Allar götur síðan nefndin veitti álit sitt í málum *Broeks og Zwaan-de Vries gegn Hollandi* hefur hún haldið sig við þær skýringar á gildissviði 26. gr. sem þar koma fram. Sé lítið til allra álita nefndarinnar í málum sem varða meint brot á 26. gr., þar á meðal þeirra sem lýst var í kafla 3.3.1., má í raun halda því fram að nefndin hafi aldrei með skýrum hætti lýst kærur máls ótæka til efnislegrar meðferðar á þeim grundvelli að hún varði önnur réttindi en þau sem njóta verndar samkvæmt SBSR.⁷⁴ Nefndin hefur í álitum sínum talið kærur meðferðarhæfar óháð eðli þeirra réttinda, sem til umfjöllunar eru hverju sinni, svo lengi sem viðkomandi mál varðar meint brot á 26. gr. og önnur skilyrði meðferðarhæfis eru uppfyllt. Í ljós kemur, þegar farið er yfir álit nefndarinnar í málum sem eingöngu varða meint brot á 26. gr., og nefndin hefur tekið til efnislegrar umfjöllunar, að mikill meirihluti þeirra varðar atriði sem ekki falla undir efnissvið SBSR. Þrátt fyrir þá staðfestu í framkvæmd nefndarinnar, sem að ofan greinir, kemur enn fyrir að aðildarríkið leitist við að reisa varnir sínar, þegar þau hafa verið kærð fyrir brot á 26. gr. SBSR, þeim rökum að kærur málsins varði réttindi sem ekki njóta verndar samkvæmt samningnum. Um slíkan málátilbúnað má vísa til hins athyglisverða máls *Wackenheim gegn Frakklandi*⁷⁵

Í málinu taldi kærandi að franska ríkið hefði brotið gegn meginreglunni um atvinnufrelsi og að sér væri mismunað með ólögætum hætti í skilningi 26. gr. SBSR, þegar yfirvöld ákváðu að banna dvergakast, en kærandi var dvergur að vexti og hafði

⁷² Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”, bls. 227.

⁷³ Carla Edelenbos: “Article 26, the Human Right’s Committee’s Views and Decisions: the Way of the Future?”, bls. 124

⁷⁴ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 687.

⁷⁵ Álit nefndarinnar, Wackenheim gegn Frakklandi, 15. júlí 2002 (854/1999).

atvinnu af því að láta kasta sér. Í athugasemdum sínum í greinargerð taldi franska ríkið að kæra málsins væri ekki hæf til efnislegrar meðferðar, þar sem beiting 26. gr. SBSR ætti einungis við í því tilvikum þegar um væri að ræða brot á réttindum, sem nytu verndar samkvæmt SBSR. Slíkt ætti ekki við um réttindi þau, sem kærandi taldi að brotin hefðu verið á sér. Í niðurstöðu sinni um meðferðarhæfi vísaði nefndin einfaldlega til fyrri álita sinna þar sem fram kæmi að 26. gr. fæli í sér sjálfstæðan rétt og væri ekki takmörkuð við réttindi þau sem viðurkennd væru samkvæmt SBSR.

3.3. Jafnræði fyrir lögnum

Í upphafi 26. gr. kemur fram að allir séu jafnir fyrir lögnum. Krafa um að allir menn skuli álitnir jafnir fyrir lögnum kom fyrst fram í borgarabyltingum hins vestræna heims á 18. og 19. öld, en er fyrst talin hafa komið í löggjöf einstakra ríkja sem reglan um að allir skuli vera jafnir frammi fyrir dómstólum. Sérstökum jafnræðisreglum er nú á dögum ætlað að tryggja jafnræði manna fyrir dómstólum, sbr. sbr. 1. mgr. 14. gr. SBSR og 1. mgr. 70. gr. íslensku stjórnarskrárinnar. Í kjölfar kröfunnar um jafnræði fyrir dómstólum beindust áherslur næst að almennu jafnræði, enda eru það stjórnvöld sem mæla fyrir um réttindi og skyldur einstaklinga í flestum tilvikum. Var talið, að þegar stjórnvöld takmarka réttindi manna, mættu þau ekki gera slíkt að geðþótta. Ákvarðanir stjórnvalda, sem mæltu fyrir um réttindi manna og skyldur, yrðu að vera byggðar á lögmaeltum grundvelli og yrðu slíkar lagaheimildir, og ákvarðanir byggðar á þeim, að ganga með jöfnum hætti yfir alla einstaklinga.⁷⁶

Segja má að inntak jafnræðisreglu 26. gr. SBSR um að allir séu jafnir fyrir lögnum sé í grófum dráttum það sama lýst er hér að ofan. Í reglunni felst þannig, að þegar stjórnvöld innan aðildarríkja taka ákvarðanir, sem varða réttindi einstaklinga eða skyldur þeirra, samkvæmt heimild í lögum verða þau að beita viðkomandi lagaheimild með sama hætti í tilviki allra einstaklinga sem eru í sambærilegri stöðu.⁷⁷ Mikilvægt er að áréttá að reglan um jafnræði manna fyrir lögnum á einungis við í þeim tilvikum þegar um er að ræða einstaklinga í sambærilegri stöðu og þegar um sambærileg mál er að ræða. Þannig felst í reglunni að leysa eigi úr sambærilegum málum á sambærilegan hátt, en af því leiðir að úr ósambærilegum málum eigi að leysa ósambærilegan hátt.⁷⁸ Af ofangreindu má ráða að krafa um jafnræði manna fyrir lögnum, sem kemur fram í upphafi 26. gr., beinist ekki nauðsynlega

⁷⁶ Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur, bls. 471.

⁷⁷ Nefna má til hliðsjónar að í íslenskum stjórnarsýslurétti skipar reglan um jafnræði fyrir lögnum veigamikinn sess, en hún er orðuð á þann hátt í 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti.

⁷⁸ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 606.

að efnistöfum löggjafar, heldur fremur að beitingu löggjafar í framkvæmd. Efni tiltekins lagaákvæðis getur þannig verið í fullu samræmi við 26. gr. SBSR en beiting þess í framkvæmd getur hins vegar leitt til þess að um mál tveggja einstaklinga, sem eru í sambærilegri aðstöðu, er farið með mismunandi hætti. Þegar nefndin stendur frammi fyrir því að leggja mat á mismunandi meðferð stjórnvalda á málum tveggja einstaklinga, sem virðast vera sambærileg en hlutu mismunandi meðferð, lýtur spurningin meðal annars að því hvort munur hafi verið á málunum sem réttlætt geti mismunandi meðferð. Var ákvörðun viðkomandi stjórnvalds, um að fara með mál er virðast sambærileg, byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum, eða var um geðþóttaákvörðun að ræða? Ljóst má vera, að þegar stjórnvald hefur byggt ákvörðun sína um mismunandi meðferð mála, á einu eða fleiri þeirra sjónarmiða sem talin eru upp sem óheimill grundvöllur mismununar í 26. gr., þarf mikið til að koma svo ekki verði komist að þeirri niðurstöðu að brotið hafi verið gegn reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögum. Sem einfalt dæmi um slíka málsmeðferð má hugsa sér, að skipulagsyfirvöld í tilteknu ríki veiti ríkisborgara sínum, sem fæddur er og uppalinn í viðkomandi ríki, leyfi til bygginga á tiltekinni lóð en hafni síðan öðrum ríkisborgara, sem er innflytjandi og af öðrum kynstofni en þorri þegna ríkisins, um sambærilegt byggingaleyfi, vegna þess að innflytjendum sé ekki ætlað að búa á umræddu svæði. Í slíku tilviki væri um skýra mismunun á grundvelli kynþáttar og þjóðernis að ræða, en bæði atriðin eru tiltekin í 26. gr.

Þegar álit nefndarinnar í kærumálum samkvæmt valfrjálsri bókun við SBSR eru greind kemur í ljós að flest þeirra varða í raun þann þátt 26. gr. sem lýtur að jafnri lagavernd sem gerð verða skil hér á eftir. Fæst álita nefndarinnar varða þannig regluna um jafnræði manna fyrir lögum og má ætla að fyrir því séu einkum tvær ástæður. Í fyrsta lagi þá er oft miklum vandkvæðum bundið að sýna fram á, jafnvel fyrir dómstólum innan aðildarríkja, að stjórnvöld hafi ekki gætt jafnræðis við meðferð mála. Þannig þarf að fyrst að kanna hvort viðkomandi mál séu í raun sambærileg. Reynist það niðurstaðan þarf að skera úr um hvort sá munur sem stjórnvöld töldu réttlæta mismunandi meðferð málanna hafi verið byggður á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Það mat er hins vegar torvelt þar sem sjaldnast má ráða af rökstuðningi stjórnvalda fyrir tiltekinni ákvörðun að hann sé byggður á ómálefnalegum eða hlutdrægum sjónarmiðum.⁷⁹ Í öðru lagi hefur nefndin að öllu jöfnu ekki vald til þess að endurskoða sönnunarmat dómstóla aðildarríkja.⁸⁰ Af því leiðir að telja verður ólíklegt að

⁷⁹ Sjá t.a.m. álit nefndarinnar, Kavanagh gegn Írlandi, 4. apríl 2001 (nr. 819/1999), sem reifað verður síðar í kaflanum.

⁸⁰ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 606.

nefndin komist að þeirri niðurstöðu að stjórnvald innan aðildarríkis hafi brotið gegn reglunni um jafnræði fyrir lögnum, hafi dómstóll innan aðildarríkis talið að svo væri ekki.

Í ljósi ofangreinds þarf ekki að koma á óvart að kærendur, sem haldið hafa fram broti aðildarríkis á reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum, hafi átt undir högg að sækja. Í raun var því svo farið til að byrja með, að nefndin taldi slíkar kærur jafnvel ekki hæfar til efnislegrar meðferðar, líkt og mál *A.S. gegn Kanada*,⁸¹ *E.H. gegn Finnlandi*⁸² og *P.P.C. gegn Hollandi*⁸³ bera vott um. Í hinum tveimur fyrrgreindum málum taldi nefndin að kærur málanna væru ekki hæfar til efnislegrar meðferðar þar sem kærendur hefðu ekki sýnt með fullnægjandi hætti fram á um brot á 26. gr. gæti verið að ræða, sbr. skilyrði 3. gr. valfrjálsrar bókunar við SBSR. Mál *P.P.C. gegn Hollandi* er hins vegar frábrugðið að því leyti, að þar vísaði nefndin kæru málsins frá á þeim grundvelli að hún uppfyllti ekki skilyrði 2. gr. valfrjálsu bókunarinnar, þar sem hún varðaði atriði sem féllu utan efnissviðs SBSR.

Í málinu taldi kærandi að hollenska ríkið hefði brotið gegn 26. gr. þar sem hann hefði sætt mismunun við útreikning atvinnuleysisbóta. Varðaði málið því almannatryggingar og félagslegar bætur, líkt og stefnumarkandi álit nefndarinnar í máli *Broeks gegn Hollandi*, þar sem nefndin komst að þeirri niðurstöðu að gildissvið 26. gr. væri ekki takmarkað við þau réttindi sem nytu verndar samkvæmt SBSR, heldur tæki nefndin til skoðunar mál þar sem haldið væri fram að brotið hefði verið gegn 26. gr. í tengslum við önnur réttindi, til að mynda félagsleg réttindi. Í málinu var því hins vegar ekki haldið fram að viðeigandi hollensk lögjöf fæli efnislega í sér ólögmæta mismunun, heldur að við beitingu laganna, þ.e. útreikning á atvinnuleysisbóta á grundvelli laganna, hefðu yfirvöld mismunað kæranda og því brotið gegn reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum. Nefndin benti á að bætur væru ákvarðaðar með sama hætti fyrir alla einstaklinga sem hefðu lágmarkstekjur í Hollandi, þ.e. á grundvelli sömu almennu laga og reglna. Taldi nefndin að ekki væri hægt að líta svo á að gildissvið 26. gr. næði yfir þau tilvik þegar beiting á almennum lögum og reglum hefði leitt til mismunandi niðurstaðna um úthlutun bóta. Af þeim sökum var kæru málsins vísað frá.

Af niðurstöðu nefndarinnar í máli *P.P.C. gegn Hollandi* má ef til vill álykta að gildissvið 26. gr. sé annað og þrengra í málum þar sem haldið er fram broti á reglunni um jafnræði fyrir lögnum, í tengslum við réttindi sem ekki njóta verndar SBSR, en í málum þar sem haldið er fram broti gegn jafnri lagavernd í tengslum við slík réttindi, sbr. stefnumarkandi niðurstaða nefndarinnar í málum *Broeks* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*. Mál *B.d.B.o.fl. gegn Hollandi*⁸⁴ var sambærilegt máli *P.P.C. gegn Hollandi* að því leyti bæði málin vörðuðu brot á reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögum í tengslum við almannatryggingar. Hins vegar vísaði

⁸¹ Álit nefndarinnar, *A.S. gegn Kanada*, 31. mars 1981 (nr. 68/1980).

⁸² Álit nefndarinnar, *E.H. gegn Finnlandi*, 25. október 1985 (nr. 170/1984).

⁸³ Álit nefndarinnar, *P.P.C. gegn Hollandi*, 24. mars 1988 (nr. 212/1986).

⁸⁴ Álit nefndarinnar, *B.d.B. o.fl. gegn Hollandi*, 30. mars 1989 (nr. 273/1988).

nefndin málinu ekki frá á þeim grundvelli að það varðaði réttindi sem ekki nytu verndar samkvæmt SBSR.

Í máli *B.d.B.o.fl. gegn Hollandi* voru kærendur sjúkrahjálfarar sem héldu því fram að yfirvöld hefðu mismunað þeim við ákvörðun um greiðslu tiltekinna tryggingaiðgjalda með þeim hætti að kærendur þurftu að greiða iðgjald með afturvirkum hætti frá ársbyrjun 1984, á meðan aðrir sjúkrahjálfarar, sem væru í sambærilegri stöðu, þyrftu ekki að inna slíkt iðgjald af hendi fyrr en á árinu 1986. Nefndin taldi að kærendum hefði ekki tekist að sýna nægilega vel fram á hið meinta brot hollenska ríkisins á 26. gr. samningsins, og væri kærán því í andstöðu við 3. gr. valfrjálssu bókunarinnar við SBSR. Í lok röksemdafærslu nefndarinnar fyrir því að vísa kæru málsins frá á þessum grundvelli kemur fram, að kærendur hefðu ekki haldið því fram að mismunandi meðferð þeirra byggðist á því að þeir tilheyrðu tilteknum hópi einstaklinga, sem auðkennanlegur væri, og hefði gert þá berskjaldaða fyrir að vera mismunað á grundvelli einhverra þeirra atriða sem talin væru upp í 2. málslið 26. gr., eða á grundvelli „annarra aðstæðna”.

Niðurstaða nefndarinnar í málinu er í samræmi við þær skoðanir sumra fræðimanna, að það eigi ekki að vera hlutverk nefndarinnar að rannsaka hvers kyns óréttlæti eða ósamræmi sem upp kunnir að koma við beitingu löggjafar innan aðildarríkja. Álitafni um það, hvort brotið hafi verið gegn reglunni um jafnræði einstaklinga frammi fyrir lögnum, eigi einungis að koma til kasta nefndarinnar í þeim tilvikum þegar einstaklingum hefur verið mismunað með markvissum hætti á grundvelli einhverra þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr., eða á grundvelli „annarra aðstæðna” í þeim skilningi að viðkomandi einstaklingur tilheyrir hópi sem auðkennanlegur sé vegna tiltekinna varanlegra eða stöðugra einkenna.⁸⁵ Í álitum sínum í seinni tíð hefur nefndin hins vegar horfið frá þeim skýringum á reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum, sem fram komu í málum *P.P.C. gegn Hollandi* og *B.d.B. o.fl. gegn Hollandi* og leiddu til þess að kærum málanna var vísað frá. Sem dæmi um það má nefna mál *Fábryová gegn Tékklandi*,⁸⁶ en þær skoðanir fræðimanna, sem lýst hefur verið, eru í raun gagnrýni á niðurstöðu á borð við þá sem nefndin komst að í því máli.

Í málinu var sú staða uppi að kærandi hafði reynt að endurheimta landareign föðurs hennar í sveitarfélaginu Jihlava í Tékklandi, bæði fyrir og eftir fall kommúnistastjórnar Tékkóslavíku. Landareignin hafði verið gerð upptæk í kjölfar síðari heimsstyrjaldarinnar og var sú ástæða gefin fyrir því að faðir kæranda var talinn vera Þjóðverji sem gerst hefði sekur um föðurlandssvik gagnvart Tékkóslóvakíu. Kröfu kæranda um endurheimt eignarinnar í júlí árið 1992 var hafnað á þeim grundvelli að faðir kæranda uppfyllti ekki skilyrði laga um endurheimt eigna, en umrædd lög gerðu ráð fyrir því að einstaklingar gætu endurheimt eignirnar með því að fá ríkisborgararétt sinn endurnýjaðan eftir málsmeðferð, sem nánar var mælt fyrir um í lögnum. Þar sem faðir kæranda hafði í raun

⁸⁵ Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”, bls. 232.

⁸⁶ Álit nefndarinnar, *Fábryová gegn Tékklandi*, 30. október 2001 (nr. 765/1997).

aldrei misst tékkneskan ríkisborgararétt sinn var það mat yfirvalda í Jihlava að hann gæti ekki talist til þeirra einstaklinga, sem rétt ættu á að endurheimta eignir sínar á grundvelli umræddra laga. Stjórnskipunardómstóll Tékklands komst hins vegar að þeirri niðurstöðu, í máli sem sambærilegt var máli föður kæranda, að þeir einstaklingar sem í raun hefðu aldrei glatað ríkisborgararétti sínum ættu einnig rétt á endurheimt eignar sinna á grundvelli laganna frá 1992. Í kjölfarið ákvað landbúnaðarráðuneytið, sem æðra stjórnvald, að ógilda ákvörðun stjórnvalda í Jihlava í máli kæranda, þar sem hún væri í ósamræmi við ákvörðun stjórnskipunardómstólsins, og lagði fyrir þau að taka kröfu kæranda til meðferðar á nýjan leik. Ákvörðun landbúnaðarráðuneytisins öðlaðist hins vegar aldrei réttaráhrif, þar sem birting hennar gagnvart öðrum aðilum sem áttu hagsmuna að gæta, átti sér stað að liðnum þremur árum frá því að ákvörðun stjórnvalda í Jihlava var tekin. Hélt því fyrrnefnda ákvörðunin gildi sínu með þeim afleiðingum að krafa kæranda var ekki tekin til greina. Kærandi taldi að tékkneska ríkið hefði brotið gegn 26. gr. SBSR þar sem henni hefði verið mismunað með ólögumætum hætti í samanburði við þá einstaklinga sem misst hefðu ríkisborgararétt og ættu af þeim sökum rétt til endurheimtar eignar sinnar á grundvelli áðurnefndra laga. Í niðurstöðu sinni í málinu áréttaði nefndin að tékkneska ríkið viðurkenndi, að samkvæmt lögum frá 1992 ættu einstaklingar í sambærilegri stöðu og kærandi málsins, rétt á endurheimt eignar sinnar. Ríkið viðurkenndi enn fremur að ákvörðun stjórnvalda í Jihlava hefði verið byggð á röngum forsendum og ætti kærandi því rétt á að krafa hennar yrði tekin til meðferðar á ný hjá stjórnvöldum í Jihlava. Nefndinni þótti hins vegar ljóst að sú framgangna málsins verið hindruð af stjórnvöldum sjálfum, þar sem að ákvörðun landbúnaðarráðuneytisins hefði ekki öðlast réttaráhrif vegna þess hún hefði verið kynnt öðrum aðilum, sem hagsmuna áttu að gæta, eftir að frestur til þess hafði verið útrunninn. Taldi nefndin að slík mistök við framkvæmd stjórnsýslu væru á ábyrgð stjórnvalda. Af því leiddi að kærandi hefði verið sviptur réttinum til þess að njóta sömu meðferðar og aðrir einstaklingar sem ættu sambærilegan rétt til að endurheimta eign sem gerð hefði verið upptæk, og því væri um brot á 26. gr. SBSR að ræða.

Í málinu leiddi röng lagatúlkun stjórnvalda til þess að mál kæranda fékk ekki sömu meðferð og mál annarra einstaklinga í sambærilegri stöðu. Við málsmeðferð um kröfu um endurheimt eignar mismunuðu stjórnvöld þannig þeim einstaklingum sem aldrei höfðu misst ríkisborgararétt í samanburði við þá sem höfðu misst ríkisborgararétt með þeim hætti að aðeins þeir síðarnefndu áttu kost á að endurheimta eignir sínar. Í málinu tók nefndin til skoðunar hvort kærandi hefði notið réttarins til jafnræðis á við aðra fyrir lögum, og komst að þeirri niðurstöðu að svo hefði ekki verið. Mál *Kavanagh gegn Írlandi*⁸⁷ er annað dæmi um mál þar sem nefndin tók til skoðunar hvort reglan um jafnræði fyrir lögum hefði verið brotin.

Í málinu hafði embætti ríkissaksóknara á Írlandi ákveðið að sækja kæranda til saka fyrir sérstökum dómstóli sem dæmdi í málum sem vörðuðu afbrot tengd hryðjuverkum og önnur afbrot sem að almennir dómstólar voru ekki taldi bærir til að fara með. Við málsmeðferð fyrir glæpadómstólum nutu sakborningar lakari réttinda miðað við meðferð máls fyrir almennum dómstólum og að auki var glæpadómstóllinn skipaður þremur dómurum í stað dómara og kviðdóms í almennum dómstólum. Kærandi taldi að

⁸⁷ Álit nefndarinnar, *Kavanagh gegn Írlandi*, 4. apríl 2001 (nr. 819/1999).

sér hefði verið mismunað þegar ríkissaksóknari ákvað að réttað skyldi yfir kæranda, fyrir öll þau brot sem honum voru gefin að sök, fyrir glæpadómstól, en samkvæmt lögum hafði ríkissaksóknari heimild til þess ef hann taldi að almennir dómstólar væru ófærir um að tryggja framgang réttvísinnar. Kærandi hélt því fram að réttað væri yfir öðrum sakborningum, sem ákærðir væru fyrir sömu brot, fyrir almennum dómstólum. Vegna öryggisástæðna var ákvörðun ríkissaksóknara ekki birt og þar með ekki rökstuðningurinn sem lá að baki henni. Nefndin taldi í ljósi þess að með ákvörðun um að rétta í máli kæranda fyrir sérstökum glæpadómstóli væru ákveðin réttindi hans sem sakbornings skert og þá væri ekki réttað í máli hans fyrir kviðdómi, að aðildarríkið yrði að færa fram málefnaleg og hlutlæg rök fyrir þeirri ákvörðun. Taldi nefndin að málatilbúnaður írska ríkisins sýndi ekki fram á slík sjónarmið og því hefði verið brotið gegn 26. gr.

Í málinu er ennfremur athyglisvert, að við umfjöllun um það hvaða sjónarmið kynnu að hafa legið að baki ákvörðun ríkissaksóknara í máli kæranda, gagnrýndi nefndin viðkomandi ákvæði laga um afbrot gegn ríkinu (e. The Offences Against the State Act) þar sem þau veittu ríkissaksóknara tiltölulega opna heimild og tiltóku ekki með ítarlegri hætti þau sjónarmið sem hann skyldi fara eftir við ákvarðanatöku á grundvelli þeirra. Til hliðsjónar við mál *Kavanagh gegn Írlandi* má nefna mál *Cheban gegn Rússlandi*⁸⁸ en þar töldu kærendur að brotið hefði verið gegn 26. gr. gagnvart þeim þegar réttarhöld í máli þeirra fóru fram án kviðdóms. Í Rússlandi voru hins vegar ákvæði í alríkislöggjöf þess efnis að hverju sambandsríki væri í sjálfvald sett hvort réttarhöld í sakamálum færu fram með kviðdómi eða aðeins með dómara og voru lög sambandsríkisins Moskvu með síðarnefnda fyrirkomulaginu. Því komst nefndin að þeirri niðurstöðu, að þar sem kærendur hefðu ekki sýnt fram að réttarhöld með kviðdómum hefðu farið fram í sambærilegum málum innan sama sambandsríkis í tilvikum annarra sakborninga, að ekki hefði verið um brot gegn jafnræði fyrir lögum í skilningi 26. gr. SBSR að ræða.

Mál *Fábryová gegn Tékklandi* og *Kavanagh gegn Írlandi* eru skýrt dæmi um það, að ef kærendur búa kæru sína nauðsynlegum grundvelli og lagarökum, og gera hana að öðru leyti nægilega vel úr garði þannig að henni verði ekki vísað frá á grundvelli 3. gr. valfrjálsrar bókunar við samninginn eða á grundvelli annarra skilyrða meðferðahæfis, mega þeir vænta þess að nefndin taki til ítarlegrar efnislegrar umfjöllunar hvort brotið hafi verið gegn rétti þeirra til jafnræðis fyrir lögum. Ekki hefur verið fallist á þær skýringar á 26. gr. sem komu fram í máli *B.d.B. o.fl. gegn Hollandi* og fram hafa komið í ritum fræðimanna, um að rétt sé að takmarka beitingu reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögum við þau mál einstaklinga sem tilheyra hópi sem auðkennanlegur sé vegna tiltekinna varanlegra og stöðugra einkenna. Enda

⁸⁸ Álit nefndarinnar, *Cheban gegn Rússlandi*, 24. júlí 2001 (nr. 790/1997). Í málinu er athyglisvert, að kærendur héldu einungis fram broti á 14. gr. SBSR, sem mælir fyrir um jafnræði einstaklinga fyrir dómstólunum. Nefndin taldi hins vegar rétt að taka einnig til skoðunar hvort brotið hefði verið gegn 26. gr. samningsins, þar sem staðreyndir málsins og málatilbúnaður kæranda gæfi til kynna að hugsanlega væri um brot á þeirri grein að ræða.

eru mál *Fábryová gegn Tékklandi* og *Kavanagh gegn Írlandi* skýr vitnisburður um að þær aðstæður geta verið uppi, að einstaklingum hafi verið mismunað gagnvart öðrum einstaklingum í sambærilegri stöðu án þess að það megi tengja fyrirfram upptöldum aðstæðum, líkt og gert er í 26. gr. eða varanlegum eða stöðugum einkennum. Reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum er einmitt ætlað, öðrum þræði, að vernda einstaklinga við slíkar aðstæður.

3.4. Jöfn vernd laganna

3.4.1. Inngangur

Á 20. öld tóku kenningar um meginregluna um jafnræði einstaklinga að þróast á þann hátt, að ekki væri einungis nægilegt að jafnræði væri tryggt þegar dómstólar og stjórnvöld tækju ákvarðanir um réttindi manna og skyldur, heldur yrði reglan einnig að tryggja að löginn vernduðu alla einstaklinga jafnt og tryggði öllum jöfn mannréttindi.⁸⁹ Ljóst þótti, að tilgangslítið væri að tryggja einstaklingum réttinn til þess að njóta jafnræðis á við aðra við afgreiðslu mála hjá stjórnvöldum og dómstólum, ef löginn sjálf, sem stjórnvöld og dómstólar grundvölluðu ákvarðanir sína og dóma á, fælu í sér að einstaklingum væri mismunað. Í kjölfarið tók inntak jafnræðisreglunnar að breytast á þann hátt, að hún hafði ekki einungis að geyma regluna um jafnræði fyrir lögum, heldur einnig regluna um jafna lagavernd. Síðar þróuðust jafnræðisreglur enn frekar að þessu leyti á alþjóðavettvangi og hófu að setja þær skyldur á herðar ríkjum að grípa til aðgerða til að afnema mismunun á hinum ýmsu sviðum.⁹⁰ Sá hluti 26. gr. sem hefur geyma regluna um jafna lagavernd er svohljóðandi:

„[Allir] eiga rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Löginn skulu því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast öllum mönnum jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnsmálaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.”

Með reglunni er sú skylda lögð á herðar aðildarríkjum, að haga löggjöf sinni með þeim hætti að allir einstaklingar njóti jafnrar verndar laganna án nokkurrar mismununar. Regla 26. gr. lýtur að efnislegu innihaldi löggjafar og skyldu aðildarríkja til þess að grípa til aðgerða í ákveðnum tilvikum. Reglan leggur bæði neikvæðar og jákvæðar skyldur á herðar aðildarríkjum. Um er að ræða neikvæðar skyldur að því leyti að löggjöf aðildarríkja má ekki

⁸⁹ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 564.

⁹⁰ Gunnar G. Schram: Stjórnskipunarréttur, bls. 471.

fela í sér að einstaklingum sé mismunað með ólögætum hætti í skilningi 26. gr. Jákvæðum skyldum 26. gr. má skipta í tvo hluta. Í fyrsta lagi er um að ræða skyldu aðildarríkja til þess að setja í löggjöf sín ákvæði sem leggja bann við mismunun. Í öðru lagi getur aðildarríkjum verið skylt að afnema mismunun sem verið hefur verið lýði með sérstakri löggjöf, sem hefur það að markmiði að jafna hlut þeirra hópa innan viðkomandi samfélags sem sætt hafa mismunun.⁹¹ Er hér um að ræða skylda aðildarríkja til þess að grípa til sértækra aðgerða í ákveðnum tilvikum, sem er orðuð á þann hátt í almennu álitni nefndarinnar nr. 18, að aðildarríki geti þurft að grípa aðgerða til þess að draga úr eða eyða tilteknum aðstæðum í samfélagi sem hjálpa til við að viðhalda ólögætri mismunun. Oft er um að ræða hópa sem hafa búið við misrétti sem á sér sögulegar skýringar og varað hefur um langa hríð. Nærtækt er að nefna í þessu sambandi stöðu blökkumanna í Bandaríkjunum sem og stöðu kvenna víðsvegar um heim. Sú staða kann að vera uppi, að ákvæði löggjafar sem leggja bann við mismunun með almennum hætti eru ekki nægileg ein og sér til þess að tryggja raunverulegt jafnrétti og að þörf sé á sértækri löggjöf, sem felur í sér að viðkomandi hópi manna eru fengin ákveðin forréttindi um afmarkaðan tíma, til þess að leiðrétta það misrétti sem hópurinn hefur þurft að búa við. Í íslenskum rétti hefur hugtakið *jákvæð mismunun* og verið notað um slíkar tímabundnar aðgerðir til leiðréttingar á langvarandi misrétti.⁹²

3.4.2. Bann við mismunun á grundvelli tiltekinna ástæðna

3.4.2.1. Inngangur

Í 2. másl. 26. gr. eru talin upp þau atriði sem óheimilt er að byggja mismunun á. Í umfjöllun um reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum í kafla 3.3. kom meðal annars fram, að mikið þyrfti að koma til svo ekki verði komist að þeirri niðurstöðu að stjórnvöld hafi brotið gegn reglunni, þegar þau hafa byggt ákvarðanir sínar, um réttindi og skyldur einstaklinga, á einu þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. Þar sem yfirgnæfandi meirihluti þeirra kærumála, sem komið hafa til kasta nefndarinnar, varða hins vegar reglu 26. gr. um jafna lagavernd þykir rétt að fjalla fyrst og fremst um mismunun á grundvelli tiltekinna ástæðu í tengslum við þá reglu.

⁹¹ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 607.

⁹² Til hliðsjónar má nefna, að lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 21/1991 hér á landi höfðu að geyma reglu, sem mælti fyrir um að sérstakar tímabundnar aðgerðir sem ætlaðar væru til að bæta stöðu kvenna til að koma á jafnrétti og jafnri stöðu kynjanna væru ekki andstæðar lögnum. Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla nr. 10/2008 hafa að geyma sömu reglu með þeirri breytingu að nú er heimilt að beita sérstökum tímabundnum aðgerðum til að rétta hlut karla jafnt sem kvenna, sbr. 2. mgr. 24. gr. Samkvæmt 7. tl. 1. mgr. 2. gr. laganna eru sértækar aðgerðir“ [sérstakar] tímabundnar aðgerðir sem ætlað er að bæta stöðu eða auka möguleika kvenna eða karla í því skyni að koma á jafnri stöðu kynjanna á ákveðnu sviði þar sem á annað kynið hallar. Þar getur þurft tímabundið að veita öðru kyninu forgang til að ná jafnvægi.”

Eins og fram hefur komið má löggjöf aðildarríkja ekki hafa að geyma ákvæði sem leiða til þess að einstaklingum sé mismunað með ólögmætum hætti í skilningi 26. gr. Á þetta jafnt við hvort sem leiða má mismunun með beinum hætti af ákvæðum löggjafar eða ákvæði hafa þau áhrif í framkvæmd, að tilteknum einstaklingum sé mismunað. Nánar verður fjallað um muninn milli beinnar og óbeinnar mismununar í kafla 4.2. Hvort sem mismunun er bein eða óbein verður hún ekki talin ólögmæt nema að hún byggist á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp sem óheimill grundvöllur mismununar í 26. gr. eða verði talin falla undir mismunun sem byggist á „öðrum aðstæðum” í skilningi ákvæðisins. Hafi löggjöf aðildarríkja að geyma ákvæði, sem leiða til þess að einstaklingum er mismunað á grundvelli einhverra þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr., eða á grundvelli „annarra aðstæðna”, geta einungis málefnaleg og hlutlæg sjónarmið réttlætt umrædda mismunun og komið í veg fyrir að hún sé talin andstæð 26. gr. Þau atriði, sem talin eru upp í 26. gr., eru nánar tiltekið eftirfarandi:

Kynþáttur, litarháttur, kynferði, tunga, trúarbrögð, stjórnmalaskoðanir og aðrar skoðanir, þjóðernisuppruni eða félagslegur uppruni, eignir og ætterni eða aðrar aðstæður.

Sömu atriði eru talin upp sem óheimill grundvöllur mismununar í 2. gr. SBSR. Ekki er um tæmandi talningu að ræða, heldur leiðir af orðalaginu „svo sem” og „eða annarra aðstæðna” að upptalning í 26. gr. er sett fram í dæmaskyni.⁹³ Í umfjölluninni hér á eftir verður fjallað um álit nefndarinnar eftir ástæðu mismununar hverju sinni. Nánar tiltekið verður álitum nefndarinnar skipt niður í fjóra flokka; mismunun á grundvelli kynferðis, mismunun á grundvelli trúar eða skoðana, mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar eða þjóðernis og mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr. Taka ber fram að ríkisborgararéttur og þjóðerni eru ekki á meðal þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr., og fellur mismunun byggð á þeim því í raun undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Þar sem fjöldi mála varðar hins vegar mismunun á grundvelli þessara tveggja atriða þykir rétt að gera þeim skil í sérstökum kafla.

3.4.2.2. Mismunun á grundvelli kynferðis

Á vettvangi Sameinuðu Þjóðanna hefur mikið starf verið unnið til þess að tryggja jafnan rétt og jafna stöðu karla og kvenna. Er einn alþjóðasamningur SP beinlínis helgaður þessu viðfangsefni, nánar tiltekið Alþjóðasamningur um afnám allrar mismununar gagnvart konum.

⁹³ Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 161-162.

SBSR hefur einnig að geyma mikilvæg ákvæði til þess að ná megi þessu markmiði, sbr. 2. gr. samningsins, sem leggur bann við mismunun á grundvelli kynferðis í tengslum við réttindi sem njóta verndar samningsins. Þá ber aðildarríkjum samkvæmt 3. gr. SBSR að tryggja jafna stöðu karla og kvenna til að njóta réttinda þeirra er samningurinn kveður á um. Efnislega falla báðar hinar fyrrnefndu greinar SBSR síðan undir 26. gr. SBSR, sem telur kynferði meðal þeirra atriða sem bannað er að byggja mismunun á. Líkt og áður hefur verið fjallað um er þó sá mikilvægi munur á 26. gr. annars vegar og 2. gr. og 3. gr. samningsins hins vegar, að gildissvið 26. gr. takmarkast ekki við réttindi þau sem viðurkennd eru samkvæmt samningnum, heldur felur greinin í sér sjálfstæðan rétt til jafnræðis. Komst nefndin fyrst að þessari niðurstöðu í máli *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*.

Í málunum héldu kærendur því fram að hollensk lög um atvinnuleysisbætur fælu í sér brot gegn reglu 26. gr. um bann gegn mismunun á grundvelli kynferðis. Tilteknar breytingar á lögnum höfðu leitt til þess að réttur kæranda til atvinnuleysisbóta hafði fallið niður. Nánar tiltekið settu lögin það skilyrði að kona, sem væri í hjúskap, yrði að færa sönnur á það að hún væri fyrirvinna heimilisins (e. breadwinner), til þess að geta fengið atvinnuleysisbætur. Slíkt skilyrði átti hins vegar ekki við um karlmenn í hjúskap. Af þessu leiddi að karlmenn í sömu stöðu og kærendur málanna, hvort sem þeir væru í hjúskap eður ei, myndi ekki missa rétt sinn til atvinnuleysisbóta. Þar sem kærendur voru konur, og í hjúskap á þeim tíma sem máli skipti, ættu þær hins vegar ekki möguleika á því að fá greiddar atvinnuleysisbætur. Í niðurstöðu sinni tók nefndin fram að í réttinum til jafnrar verndar laganna fælist bann gegn mismunun í lögum og í lagaframkvæmd á öllum sviðum þjóðlífsins. Rétturinn til jafnræðis fyrir lögnum og jafnrar lagaverndar án nokkurs konar mismununar leiddi hins vegar ekki til þess að ólík meðferð einstaklinga teldist í öllum tilvikum til ólögmatrar mismununar. Mismunun sem byggð væri á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum fæli ekki í sér ólögmatra mismunun í skilningi 26. gr. SBSR. Taldi nefndin að sú mismunun sem fælist í lögum um atvinnuleysisbætur, þess efnis að konur sem væru í hjúskap þyrftu að sanna að þær væru fyrirvinna heimilis til þess að geta fengið atvinnuleysisbætur, á meðan slík byrði væri ekki lögð á karlmenn í sambærilegri stöðu, væri ekki málefnaleg. Því var talið að hollenska ríkið hefði gerst brotlegt gegn 26. gr. SBSR.

Nefndin komst þannig að þeirri niðurstöðu að um ólögmatra mismunun á grundvelli kynferðis væri að ræða í tengslum við félagsleg réttindi kæranda. Í *Pauger gegn Austurríki*⁹⁴ og *Johannes Vos gegn Hollandi*⁹⁵ sem einnig vörðuðu félagsleg réttindi, nánar tiltekið lífeyrisgreiðslur, komst nefndin að sambærilegri niðurstöðu um að um ólögmatra mismunun byggða á kynferði væri að ræða.

⁹⁴ Um tvö mál var að ræða, annars vegar álit nefndarinnar, *Pauger gegn Austurríki*, 26. mars 1992 (nr. 415/1990) og hins vegar álit nefndarinnar, *Pauger gegn Austurríki*, 25. mars 1999 (nr. 716/1999).

⁹⁵ Álit nefndarinnar, *Johannes Vos gegn Hollandi*, 26. júlí 1999 (nr. 786/1997).

Í fyrra máli *Pauger gegn Austurríki* var sú staða uppi að kærandi var ekkill sem gerði kröfu um fullan lífeyri eftir látna eiginkonu sína en var hafnað. Kærandi taldi sér mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli kynferðis þar sem eftirlifandi eiginkona maka hefði, við sömu aðstæður og kærandi væri í, fengið greiddan fullan lífeyri. Hin umdeilda mismunun fólst nánar tiltekið í því að ekkjur gátu tekið fullan lífeyri eftir látna eiginmenn sína, óháð tekjum sínum, en ekkjar fengju lífeyri einungis ef þeir höfðu engar aðrar tekjur. Nefndin benti á að austurrísk fjölskyldulöggjöf legði jafnar skyldur á maka í hjónabandi og veitti þeim jöfn réttindi hvað varðar tekjur þeirra og skyldu til framfærslu fjölskyldunnar. Lífeyrslöggjöfin veitti hins vegar ekkjum einungis fullan rétt til töku lífeyris ef þeir hefðu engar aðrar tekjur, en slíkt skilyrði gildi ekki um ekkjur og rétt þeirra til töku lífeyris. Þetta þýddi í raun að karlmenn og konur, í félagslegum aðstæðum sem væru sambærilegar, sættu ólíkri meðferð, einungis á grundvelli kynferðis síns. Nefndi taldi að slík mismunun væri ekki málefnaleg, og því væri um ólögmæta mismunun og brot gegn 26. gr. SBSR að ræða.

Gagnstæð niðurstaðan var hins vegar í málum *Hendrika Vos gegn Hollandi*⁹⁶ og *Araujo-Jongen gegn Hollandi*,⁹⁷ sem vörðuðu annars vegar örorkubætur og hins vegar atvinnuleysibætur. Í þeim málum taldi nefndin að kærendum hefði ekki verið mismunað með ólögmætum hætti, þar sem hin meinta mismunun væri byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum.

Í máli *Araujo-Jongen gegn Hollandi* var kærandi kona sem var án atvinnu frá ágúst 1983 til apríl 1984. Var kæranda hafnað um bætur þar sem hún uppfyllti ekki þágildandi skilyrði hollenskra laga um atvinnuleysibætur, að vera fyrirvinna heimilis. Í kjölfar álita nefndarinnar í málum *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi* breytti hollenski löggjafinn lögum með þeim hætti að lögin innihéldu ekki lengur umrætt skilyrði. Breytingarnar giltu hins vegar einungis afturvirkir til 23. desember 1984 og komu því kæranda ekki að neinum notum, þar sem hún hafði fengið nýja vinnu í apríl árið 1984. Af þeim sökum sótti kærandi ekki um bætur fyrr en lögum var breytt á nýjan leik, með þeim hætti að þau voru ekki bundin við ákveðna dagsetningu, heldur giltu með afturvirkum hætti ótímabundið. Hins vegar var í lögum, eins og þeim var breytt, það skilyrði að umsækjendur yrðu að vera atvinnulausir á þeim tíma sem sótt væri um bætur. Þar sem kærandi hafði nú vinnu var kröfu hennar um bætur fyrir tímabilið ágúst 1983 til apríl 1984 hafnað á nýjan leik. Kærandi taldi því að hollensk lög um atvinnuleysibætur hefðu enn þau áhrif að henni væri mismunað með ólögmætum hætti. Nefndin féllst ekki á þetta með kæranda. Taldi hún að skilyrði laganna um að umsækjendur yrðu að vera án atvinnu á þeim degi sem þeir sæktu um atvinnuleysibætur væri, sem slíkt, byggt á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum í ljósi meginmarkmiðs laganna, sem væri að veita fjárhagslega aðstoð til einstaklinga sem væru án atvinnu. Því væri ekki um brot á 26. gr. að ræða.

Eins og sjá má byggist ólík niðurstaða nefndarinnar í málum *Broeks gegn Hollandi* og *Pauger gegn Austurríki* annars vegar og máli *Araujo-Jongen gegn Hollandi* hins vegar á mati nefndarinnar á þeim sjónarmiðum sem liggja hinni umdeildu löggjöf að baki. Í þessu

⁹⁶ Álit nefndarinnar, *Hendrika Vos gegn Hollandi*, 29. mars 1989 (nr. 218/1986).

⁹⁷ Álit nefndarinnar, *Araujo-Jongen gegn Hollandi*, 22. október 1993 (nr. 418/1990).

samhengi er athyglisvert að líta til niðurstöðu nefndarinnar í máli *Müller og Engelhard gegn Namibíu*,⁹⁸ en þar kemur fram að færa þurfi fram veigameiri sjónarmið og sterkari rökstuðning í þeim tilvikum þegar mismunun er byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr., en í þeim tilvikum þegar mismunun er grundvölluð á „öðrum aðstæðum” í skilningi 26. gr. Í málinu voru kærendur hjón sem töldu sér mismunað með ólögmatum hætti, þar sem namíbísk lög settu strangari og ítarlegri skilyrði fyrir því að eiginmaður vildi taka upp nafn eiginkonu sinnar, en þegar eiginkona vildi taka upp nafn eiginmanns síns. Taldi namíbíska ríkið að umrædd skipan laganna byggði á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Í niðurstöðu sinni tók nefndin fram, að þegar mismunun væri byggð á einu þeirra atriða sem upp væru talin í 26. gr. SBSR, yrði að gera þeim mun ríkari kröfur til rökstuðnings aðildarríkis fyrir tilvist mismununarinnar. Í ljósi meginreglunnar um jafnræði kynjanna taldi nefndin, að þau sjónarmið, sem namíbíska ríkið færði fram til réttlætningar á hinni umdeildu mismunun, væru ekki nægilega veigamikil til þess að þeim væri gefið þyngra vægi en því, að mismunun á grundvelli kynferðis væri almennt ólögmat. Taldi nefndin því að um brot á 26. gr. hefði verið að ræða. Af niðurstöðu nefndarinnar má ennfremur ráða, að sérstaklega veigamikil sjónarmið þurfi til réttlætningar á mismunun sem grundvölluð er á kynferði, sem kann að vera eðlileg niðurstaða í ljósi þess sess sem jafnræði milli kynjanna skipar í SBSR og í mannréttindastarfi Sameinuðu Þjóðanna. Mikilvægt getur því verið fyrir kærendur mála fyrir nefndinni, að sýna fram á að sú mismunun sem þeir telja sig hafa gengið í gegnum, hafi verið byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. SBSR, og, sé litið til álits nefndarinnar í máli *Müller og Engelhard gegn Namibíu*, myndi það styrkja stöðu kæranda enn frekar, að hin meinta ólögmeta mismunun væri grundvölluð á kynferði. Fær ályktun þessi stoð í niðurstöðu nefndarinnar í máli *Toonen gegn Ástralíu*.⁹⁹ Í málinu taldi kærandi að tiltekin ákvæði hegningarlaga Tasmaníu fælu í sér mismunum gagnvart honum sem samkynhneigðum einstaklingi, þar sem ákvæðin lýstu refsiverða háttsemi sem fólst í kynferðislegu sambandi tveggja fullorðinna karlmannna. Við meðferð málsins leitaði ástralska ríkið svara við því hvort rétt væri að túlka 26. gr. á þann veg að mismunun á grundvelli kynhneigðar félli undir bann greinarinnar við mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Nefndin taldi svo ekki vera; bann 26. gr. gegn mismunun á grundvelli kynferðis ætti fremur að túlka á þann veg að undir það félli einnig bann gegn mismunun á grundvelli kynhneigðar. Staðfesti nefndin þessa túlkun sína í máli *Young gegn Ástralíu*.¹⁰⁰ Þannig er ljóst að nefndin

⁹⁸ Álit nefndarinnar, *Müller og Engelhard gegn Namibíu*, 26. mars 2002 (nr. 919/2000).

⁹⁹ Álit nefndarinnar, *Toonen gegn Ástralíu*, 30. mars 1994 (nr. 488/1992).

¹⁰⁰ Álit nefndarinnar, *Young gegn Ástralíu*, 6. ágúst 2003 (nr. 941/2000).

lítur svo á, að þegar um meinta mismunun á grundvelli kynhneigðar er að ræða þá þurfa veigameiri sjónarmið að vera slíkri mismunun að baki, til þess að telja meggi hana réttlæt看lega, en þegar mismunun er byggð á öðrum atriðum, sem ekki eru upp talin í 26. gr. Komst nefndin enda að þeirri niðurstöðu í báðum ofangreindum málum, að kærendur hefðu sætt ólögmætri mismunun á grundvelli kynhneigðar sinnar.¹⁰¹ Túlkun nefndarinnar á því hvað falli innan marka mismununar á grundvelli kynferðis í skilningi 26. gr., það er að undir mismunun á grundvelli kynferðis falli einnig mismunun á grundvelli kynhneigðar, gefur tilefni til eftirfarandi athugasemda. Í fyrsta lagi þá hefur verið bent á, að það samræmist ekki hefðbundinni merkingu hugtaksins „kynferði,” sem atriðis sem óheimilt er að byggja mismunun á, að undir það sé felld hugtakið „kynhneigð”.¹⁰² Færa má rök fyrir því að um tvö hugtök sé að ræða, sem ekki séu það skyld að þau verði felld undir einn og sama flokk mismununar. Í öðru lagi er erfitt að sjá hvernig túlkun nefndarinnar fær staðist í ljósi 2. mgr. 23. gr. SBSR, sem einskorðar réttinn til hjónabands við einstaklinga af gagnstæðu kyni.¹⁰³ Kemur þetta álitamál glögglega fram í máli *Joslin gegn Nýja-Sjálandi*,¹⁰⁴ en í málinu hafði tveimur samkynhneigðum konum verið neitað um leyfi til að ganga í hjónaband þar sem ný-sjálensk lög gerðu ráð fyrir því að hjónaband væri eingöngu á milli einstaklinga af gagnstæðu kyni. Kærendur töldu að þeim hefði verið mismunað með ólögmætum hætti, nánar tiltekið með beinum ólögmætum hætti á grundvelli kynferðis síns og með óbeinum ólögmætum hætti á grundvelli kynhneigðar sinnar, þar sem beiting hinna umdeildu laga hefðu eingöngu neikvæð áhrif á einstaklinga sem væru af sama kyni. Nefndin byggði niðurstöðu sína á 2. mgr. 23. gr. SBSR og taldi að sú grein legði eingöngu þær skyldur á herðar aðildarríkja, að rétturinn til hjónabands væri viðurkenndur á milli karls og konu, en ekki á milli einstaklinga af sama kyni. Nefndin tók hins vegar enga afstöðu til þess hvort um óbeina ólögmæta mismunun hefði verið að ræða, og er það skiljanlegt að því leyti að 2. mgr. 23. gr. felur í raun í sér óbeina mismunun á grundvelli kynhneigðar, þar sem hún hefur eingöngu neikvæð áhrif á einstaklinga sem eru af sama kyni. Með því að túlka mismunun á grundvelli kynferðis á þann hátt að undir það falli einnig mismunun á grundvelli kynhneigðar, hefur nefndin litið svo á síðarnefndi grundvöllur mismununar sé einn þeirra sem talin er upp í 26. gr. sem óheimill

¹⁰¹ Það athugast þó, að í máli Toonen gegn Ástralíu lét nefndin nægja að byggja niðurstöðu sína á því að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 17. gr., sbr. 1. mgr. 2. gr., SBSR, þar sem síðarnefnda greinin hefur einnig að geyma bann gegn mismunun á grundvelli kynferðis. Í máli Young gegn Ástralíu taldi nefndin hins vegar að brotið hefði verið gegn 26. gr.

¹⁰² Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 623.

¹⁰³ 2. mgr. 23. gr. er svohljóðandi: „Réttur karla og kvenna á hjúskaparaldri til þess að ganga í hjónaband og stofna fjölskyldu skal viðurkenndur.”

¹⁰⁴ Álit nefndarinnar, *Joslin gegn Nýja-Sjálandi*, 17. júlí 2002 (nr. 902/1999).

grundvöllur mismununar. Erfitt er sjá hvernig slík túlkun fer saman við 2. mgr. 23. gr. samningins.

3.4.2.3. Mismunun á grundvelli trúar eða skoðana

Nefndin hefur í mörgum tilvikum tekið til skoðunar hvort einstaklingar hafi sætt mismunun á grundvelli trúar þeirra eða skoðana, en bæði þessi atriði eru upp talin í 26. gr. SBSR. Þá eru stjórnámálskoðanir einnig taldar upp í greininni og hefur nefndin í mörgum málum komist að þeirri niðurstöðu að aðildarríki í Suður-Ameríku og Afríku hafi mismunað einstaklingum vegna stjórnámálskoðana.¹⁰⁵ Flest þessara mála varða reglu 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum, þar sem andstæðingar stjórnvalda hafa sætt ofsóknum, meðal annars í formi geðþóttákvæðna. Þannig hefur kærendum verið sagt upp starfi án sýnilegrar ástæðu eða réttar málsmeðferðar,¹⁰⁶ þeir handteknir¹⁰⁷ og jafnvel hnepptir í gæsluvarðhald¹⁰⁸ vegna andstöðu sinnar við stjórnvöld hverju sinni. Í máli *Singh Bhinder gegn Kanada*¹⁰⁹ taldi kærandi hins vegar að sér hefði verið mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli trúar sinnar. Kærandi var Sikh-trúar og bar því vefjarhött á höfði sínu. Hann starfaði sem verkamaður hjá járnbrautafyrirtæki og bar samkvæmt reglum fyrirtækisins skylda til að bera hlífðarhjálmi á höfði. Það sætti kærandi sig ekki við og var honum sagt upp störfum. Nefndin taldi að þrátt fyrir að um mismunun á grundvelli trúar væri að ræða, réttlættist mismununin af því sjónarmiði sem lá til grundvallar reglum járnbrautafyrirtækisins, að með hlífðarhjálmi væri frekar unnt að tryggja öryggi verkamanna við vinnu. Féllst nefndin því ekki á að um ólögmæta mismunun á grundvelli trúar hefði verið að ræða. Í máli *Waldman gegn Kanada*¹¹⁰ komst nefndin aftur á móti að þeirri niðurstöðu að kæranda hefði verið mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli trúar sinnar.

Í málinu voru atvik þau að kærandi bjó í sveitarfélaginu Ontario og skráði börn sín í einkaskóla sem ætlaður var börnum sem voru gyðingatrúar. Í Ontario voru hins vegar rómversk-kaþólskir einkaskólarnir sem fengu fullan og beinan fjárhagsstuðning frá hinu opinbera. Taldi kærandi að með þessu væri honum og börnum hans mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli trúar sinnar. Málsvörn kanadíska ríkisins byggðist á því að hin umrædda mismunun á grundvelli trúar væri réttlætanleg þar sem að baki henni lægju málefnaleg og hlutlæg sjónarmið. Hin umdeilda skipan væri byggð á ákvæðum stjórnarskrár sambandsríkisins Kanada frá árinu 1867, en í

¹⁰⁵ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 611.

¹⁰⁶ Álit nefndarinnar, Orihuela gegn Perú, 22. mars 1991 (nr. 309/1988).

¹⁰⁷ Álit nefndarinnar, Bwalya gegn Zambíu, 14. júlí 1993 (nr. 314/1988).

¹⁰⁸ Álit nefndarinnar, Bahamonde gegn Gíneu, 20. október 1993 (nr. 468/1991).

¹⁰⁹ Álit nefndarinnar, Bhinder gegn Kanada, 9. nóvember 1989 (nr. 208/1986).

¹¹⁰ Álit nefndarinnar, Waldman gegn Kanada, 3. nóvember 1999 (nr. 694/1996).

stjórnarskránni væri gert ráð fyrir rómversk-kaþólskum skólum sem sérstökum hluta hins opinbera skólakerfis. Mismununin væri því í raun ekki á milli kaþólsk-rómverskra einkaskóla annars vegar og annarra einkaskóla af trúarlegum toga hins vegar, heldur á milli opinberra skóla og einkaskóla, og þá væru þau sjónarmið, sem lögju að baki opinberu menntakerfi í samræmi við ákvæði SBSR. Nefndin féllst ekki á ofangreind sjónarmið kanadíska ríkisins. Í fyrsta lagi tók nefndin fram að ákvæði stjórnarskrárinnar hefðu byggt á þeim aðstæðum sem verið hefðu í Þjóðfélaginu árið 1867 og hafi markmið þess verið að vernda rómversk-kaþólska samfélagið í Ontario. Samfélagsaðstæður í Ontario í dag væru hins vegar aðrar og ekki væri hægt að segja að staða þeirra sem væru rómversk-kaþólskrar trúar væri lakari en staða fólks af gyðingatrú. Í öðru lagi tók nefndin til skoðunar hvort réttlæta mætti mismunina með því að rómversk-kaþólskir skólar væru í raun opinberir skólar, þar sem í stjórnarskránni væri gert ráð fyrir þeim sem sérstökum hluta hins opinbera skólakerfis. Benti nefndin á að einkaskólar, sem væru af öðrum trúarlegum toga en rómversk-kaþólskum, ættu ekki möguleika á því að vera felldir inn í hið opinbera skólakerfi. Nefndin áleit því að mismununin á milli á rómversk-kaþólskra einkaskóla, sem nyttu opinbers fjárstuðnings sem sérstakur hluti hins opinbera menntakerfis, og skóla er byggðu starf sitt á gyðingatrú og væru einkaskólar, gæti ekki talist byggð á sjónarmiðum sem væru málefnaleg og hlutlæg. Að lokum tók nefndin fram, að SBSR leggi ekki þær skyldur á herðar aðildarríki að veita einkaskólum, sem byggja á tiltekinni trú, fjárhagslegan stuðning. Sé slíkur stuðningur hins vegar fyrir hendi, verði við veitingu hans að gæta þess að mismuna ekki einstaklingum með ólögmætum hætti. Það hafi í för með sér að fjárhagslegur stuðningur til eins einkaskóla af trúarlegum toga en ekki til annars verði að byggja á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Sú hafi ekki verið raunin í þessu tilvikum og því hefði kanadíska ríkið gerst brotlegt gegn 26. gr. SBSR.

Athyglisvert er að bera niðurstöðu nefndarinnar í ofangreindu máli saman við niðurstöðu nefndarinnar í máli *Brinkhof gegn Hollandi*,¹¹¹ en kærandi þess máls var friðarsinni og andstæðingur herskyldu. Kærandi var í raun einnig mótfallinn annars konar þjónustu í þágu hins opinbera, sem komið gæti í stað herþjónustu, og neitaði því bæði að sinna slíkri þjónustu og herþjónustu. Var kærandi í kjölfarið sakfelldur fyrir brot á lögum um herrefsingar og dæmdur til 12 mánaðar fangelsisvistar.

Í málinu taldi kærandi að honum hefði verið mismunað með ólögmætum hætti þar sem hollensk lög um herrefsingar veittu meðlimum votta jehóva söfnuðarins undanþágu frá því að sinna herþjónustu eða annars konar þjónustu í þágu samfélagsins, á meðan slík undanþága var ekki til staðar fyrir andstæðinga herskyldu. Fyrir nefndinni lá því að taka afstöðu til þess hvort sú mismunun væri byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að sú skipan laganna, að veita einungis undanþágu fyrir einn tiltekinn hóp einstaklinga sem væru andstæðir herskyldu og útiloka undanþágu fyrir alla aðra andstæðinga herskyldu gæti ekki talist málefnaleg. Vísaði nefndin í þessu samhengi til almenns álits síns nr. 18, um bann við mismunun, og áréttaði að þegar réttur til þess að synja herþjónustu vegna samvisku væri viðurkenndur af aðildarríki, mætti ekki mismuna andstæðingum herskyldu á grundvelli eðli trúar þeirra eða skoðana. Hvað sem því líði taldi nefndin, að í þessu tiltekna máli hefði kærandi hvorki sýnt fram á að sannfæring hans sem andstæðingur herskyldu væri ósamrýmanleg þeirri þjónustu sem kæmi í stað herþjónustu í Hollandi né að þau forréttindi, sem lög um

¹¹¹ Álit nefndarinnar, *Brinkhof gegn Hollandi*, 27. júlí 1993 (nr. 402/1990).

herrefsingar færðu vottum jehóvum, hefði haft neikvæð áhrif á réttindi hans sem andstæðing herskyldu. Nefndin taldi því að kærandi hefði ekki verið þolandi brots hollenska ríkisins á 26. gr. SBSR.

Bæði í máli *Waldman gegn Kanada* og í máli *Brinkhof gegn Hollandi* var um það að ræða, að tiltekin ákvæði laga veittu einstaklingum af ákveðinni trú forréttindi fram yfir einstaklinga í sambærilegri stöðu sem höfðu aðra trú eða skoðun. Í báðum málunum taldi nefndin að mismununin réttlættist ekki af málefnalegum sjónarmiðum. Um ólögsmæta mismunun var því í raun að ræða í báðum tilvikum. Hins vegar komst nefndin einungis að því máli *Waldman gegn Kanada* að brotið hefði verið gegn 26. gr. Í máli *Brinkhof gegn Hollandi* höfðu lög um herrefsingar að geyma beina mismunun, þ.e. það var beinlínis markmið umræddra laga, sem kom fram með skýrum hætti í texta þeirra, að mismuna einstaklingum á grundvelli trúar þeirra. Nefndin taldi ennfremur að sú mismunun hefði ekki verið byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Hin umdeildu lög fólu því í raun í sér ólögsmæta mismunun, og þar af leiðandi hefði verið eðlilegt og í samræmi við inntak 26. gr. og framkvæmd nefndarinnar, að komast þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 26. gr. Ekki hefði átt að koma til frekari skoðunar á sannfæringu kæranda eða hvort mismunun laganna hefði í raun haft neikvæð áhrif á hann sem andstæðing herskyldu. Í ljósi þessa er erfitt að fallast á niðurstöðu nefndarinnar.

3.4.2.4. Mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar eða þjóðernis

Í umfjöllun annars kafla ritgerðarinnar um meðferðarhæfi kæru fyrir nefndinni kom fram að eitt af skilyrðum fyrir því að nefndin tæki kæru til efnislegrar umfjöllunar væri að hún varðaði atvik sem átt hefði sér stað innan lögsögu hins kærða aðildarríkis. Það væri hins vegar ekki gerð krafa um að kærandi væri ríkisborgari viðkomandi aðildarríkis, eða að hann hefði þar fasta búsetu. Kærandi gæti þannig verið erlendur ferðamaður, flóttamaður eða jafnvel ólöglegur innflytjandi, svo lengi sem hann lyti lögsögu hins kærða aðildarríkis á þeim tíma er meint brot ætti sér stað. Þrátt fyrir að kærandi máls þurfi ekki að vera ríkisborgari eða handhafi dvalar- eða búsetuleyfis í aðildarríkjum SBSR til þess að taka megí mál hans til meðferðar fyrir nefndinni, þá er ekki þar með sagt að mismunun á milli ríkisborgara aðildarríkja annars vegar og þeirra einstaklinga sem ekki eru ríkisborgarar, þ.e. útlendinga, hins vegar sé í öllum tilvikum ólögsmæt. Í fyrsta lagi gera tiltekin ákvæði SBSR beinlínis ráð fyrir að greint sé á milli ríkisborgara og útlendinga í ákveðnum tilvikum, líkt og fram kemur í

almennu álitu nefndarinnar nr. 15, sem varðar stöðu útlendinga.¹¹² Þannig mælir 13. gr. samningsins fyrir um réttindi útlendinga, sem vísa á úr landi. Þá er réttur einstaklinga í 25. gr. til þess að taka þátt í opinberri starfsemi, kosningum og eiga aðgang að opinberum störfum án mismununar og ósanngjarnra takmarkana bundinn við ríkisborgara aðildarríkja SBSR. Að þessum ákvæðum undanskildum tekur meginreglan við, en hún mælir fyrir um að útlendingar eigi að njóta allra réttinda SBSR með sama hætti og ríkisborgarar aðildarríkjanna, þar á meðal réttinda 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum og jafna lagavernd. Af þessu leiðir að mismunun á milli útlendinga, í öðrum tilvikum en þeim sem falla undir 13. gr. og 25. gr. samningsins, er ekki ólöglegt ef að baki henni liggja málefnaleg og hlutlæg sjónarmið. Vert er að skoða niðurstöðu nefndarinnar í máli *Borzov gegn Eistlandi*¹¹³ í þessu samhengi.

Kærandi málsins var fæddur í Kurganinsk í Rússlandi en var að eigin sögn án ríkisborgararéttar. Í málinu var umsókn hans um eistneskan ríkisborgararétt hafnað á grundvelli sjónarmiða um þjóðaröryggi, þar sem hann hafði um árabil verið í sovéska hernum og meðal annars gegnt stöðu yfirmanns. Taldi kærandi að honum hefði verið mismunað með ólöglegum hætti á grundvelli félagslegs uppruna síns, þar sem það lagaákvæði, sem yfirvöld byggðu ákvörðun sína um höfnun á ríkisborgararétti á, takmarkaði réttindi hans með ómálefnalegum og óréttlætulegum hætti. Nánar tiltekið taldi kærandi að í umræddu ákvæði væri gengið út frá þeirri forsendu allir einstaklingar af erlendum uppruna, sem gegnt hefðu herskyldu í her annars ríkis, væru ógn við þjóðaröryggi eistneska ríkisins, án þess að tekið væri tillit til einstaklingsbundinna aðstæðna. Nefndinni var kunnugt um það, að sú staðreynd, að kærandi væri einungis handhafi dvalarleyfis en ekki ríkisborgararéttar í Eistlandi, myndi hafa áhrif á tiltekin réttindi hans samkvæmt samningum, t.a.m. kosninga- og kjörgengisrétt hans samkvæmt 25. gr. Hins vegar taldi nefndin að líta yrði til þess, að hvorki SBSR né alþjóðalög almennt tiltækju þau sjónarmið sem ríki ættu að byggja á þegar kæmi að veitingu ríkisborgararéttar til einstaklinga af erlendum uppruna. Stjórnvöldum væri því ekki skylt að leggja tiltekin sjónarmið til grundvallar ákvörðunum sínum um veitingu ríkisborgararéttar. Að baki lagaákvæði sem stjórnvöld byggju ákvarðanir sínar á yrðu eftir sem áður að liggja málefnaleg og hlutlæg sjónarmið sem stefndu að lögmaetu markmiði. Skilyrðið um lögmaett markmið væri uppfyllt þegar aðildarríki rökstuddi takmörkun á veitingu ríkisborgararéttar með vísan til sjónarmiða um þjóðaröryggi. Slíkt ætti sérstaklega við í tilviki ríkja sem nýlega hefðu öðlast sjálfstæði. Eistnesk stjórnvöld hefðu talið að veiting ríkisborgararéttar í tilviki kæranda hefði vakið upp álitafni um þjóðaröryggi vegna herþjálfunar hans, áralangrar herþjónustu og stöðu hans sem yfirmanns í her Sovétríkjanna. Í ljósi þessa og þar sem kærandi hefði ekki sýnt fram á að ákvörðun eistneskra stjórnvalda hefði ekki verið byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið um ólöglega mismunun að ræða.

Í málinu tiltekur kærandi að hin meinta ólöglega mismunun hafi verið á grundvelli félagslegs uppruna hans. Kærandi var fæddur í Rússlandi og hafði starfað í her Sovétmanna

¹¹² Almennt álit nefndarinnar nr. 15, um stöðu útlendinga samkvæmt SBSR, frá 11. apríl 1986.

¹¹³ Álit nefndarinnar, Borzov gegn Eistlandi, 26. júlí 2004 (nr. 1136/2002).

um árábil, og mætti því ætla að nærtækara hefði verið að halda fram mismunun á grundvelli þjóðernisuppruna. Slíkt hefði þó vart haft úrslitaáhrif, þar sem bæði félagslegur uppruni og þjóðernisuppruni eru atriði sem talin eru upp í 26. gr. sem atriði sem óheimilt er að byggja mismunun á. Hitt er athyglisverðara, að þrátt fyrir þetta, lítur nefndin svo á í niðurstöðu sinni að hin meinta ólögmeta mismunun málsins hafi verið á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr., en eins og áður hefur verið greint frá hefur 26. gr. ekki að geyma tæmandi upptalningu á þeim atriðum sem geta verið grundvöllur mismununar.

Mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar er aftur á móti meðal þeirra atriða sem falla undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Þarf slíkt ekki að koma á óvart í ljósi þess að mismunandi meðferð ríkisborgara annars vegar og útlendinga hins vegar getur í mörgum tilfellum verið réttlætunleg og er í sumum tilvikum beinlínis lögmælt, sbr. 25. gr. SBSR. Álitum nefndarinnar sem varða mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” verða gerð skil í kafla 3.4.2.5. hér á eftir, en rétt þykir hins vegar að fjalla sérstaklega um álit nefndarinnar í málum, þar sem fjallað hefur verið um mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar. Eitt af fyrstu málunum þar sem slík mismunun kom til kasta nefndarinnar var mál *Gueye o.fl. gegn Frakklandi*.¹¹⁴

Kærendur málsins voru 742 fyrrverandi meðlimir franska hersins, sem voru senegalskir ríkisborgarar og búsettir í Senegal. Kærendur voru liðsmenn franska hersins á þeim tíma er Senegal var ennþá frönsk nýlenda. Samkvæmt frönskum lögum um ellilífeyri hermanna skyldu fyrrverandi hermenn njóta jafns réttar óháð því hvort þeir væru franskir eða senegalskir ríkisborgarar. Senegal öðlaðist sjálfstæði frá Frakklandi árið 1960 og við það misstu hinir senegölsku hermenn franskan ríkisborgararétt sinn. Ný lög gengu síðan í gildi árið 1974, og samkvæmt þeim var lífeyrir fyrrverandi hermanna af senegölskum uppruna sem ekki höfðu franskan ríkisborgararétt, ákvarðaður lægri en hermanna sem voru franskir að uppruna og höfðu franskan ríkisborgararétt. Málið varðaði því meinta ólögmeta mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar. Í niðurstöðu sinni byrjaði nefndin á því að áréttu að 26. gr. tæki einnig til mismunar vegna „annarra aðstæðna” og taldi nefndin að mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar, sem menn öðluðust við sjálfstæði þjóðar sinnar, félli undir gildissvið 26. gr. á þeim grundvelli. Nefndin tók því næst til skoðunar hvort sú mismunun, sem kærendur málsins sættu, réttlættist af málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Benti nefndin á að kærendur hefðu ekki öðlast rétt til lífeyris á grundvelli fransks ríkisborgararéttar, sem þeir höfðu áður en Senegal öðlaðist sjálfstæði, heldur á grundvelli þeirra þjónustu sem þeir inntu af hendi í þágu franska hersins. Kærendur sinntu herskyldu í franska hernum við sömu aðstæður og hermenn af frönskum uppruna og í 14 ár áður en Senegal öðlaðist sjálfstæði voru þeir meðhöndlaðir á sama hátt og franskir samstarfsmenn þeirra þegar kom að ákvörðun lífeyrisréttinda, jafnvel þótt þjóðernisuppruni þeirra væri í raun senegalskur en ekki franskur. Breyting á ríkisborgararétti í kjölfar sjálfstæðis Senegals gæti ekki í sjálfu sér verið næg réttlætun á ólíkri meðferð, þar sem grunnur lífeyrisréttinda væri sama herþjónusta, sem kærendur jafnt sem þeir hermenn, sem áfram voru franskir

¹¹⁴ Álit nefndarinnar, *Gueye o.fl. gegn Frakklandi*, 3. apríl 1989 (nr. 196/1983).

ríkisborgarar, hefðu innt af hendi. Taldi nefndin að kærundur hefðu verið þolendur ólögmatrar mismununar í skilningi 26. gr.

Í ofangreindu máli var um skýra mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar að ræða. Meint mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar hefur hins vegar oftast komið inn á borð nefndarinnar í kærumálum gegn tékkneska ríkinu. Varða flest málin eignaupptöku fyrrum kommúnistastjórnar Tékkóslóvakíu. Eftir hrun kommúnismans árið 1991 og skiptingu Tékkóslóvakíu í tvö sjálfstæð ríki, Tékkland og Slóvakíu, voru í Tékklandi sett lög sem höfðu það að markmiði að bæta tékkneskum ríkisborgurum, sem farið höfðu frá Tékkóslóvakíu vegna þrýstings og ofsókna kommúnistastjórnarinnar, það tjón sem þeir urðu fyrir af þeim sökum. Samkvæmt lögnum átti að ná þessu markmiði með því að veita þolendum eignaupptöku tækifæri til að endurheimta eignir sínar eða fá greiddar bætur. Til þess að þolendur eignaupptöku gætu endurheimt eignir sínar urðu þeir að uppfylla tiltekin skilyrði laganna, þar á meðal urðu þeir að vera tékkneskir ríkisborgarar á þeim tíma sem krafa um endurheimt var lögð fram. Í kærumálunum á hendur tékkneska ríkinu var staðan hins vegar flóknari þar sem kærundur málanna höfðu misst tékkneskan ríkisborgararétt sinn í kjölfar flóttu úr landi vegna pólitískra ofsókna, og öðlast ríkisborgararétt í öðru landi í staðinn. Í máli *Adam gegn Tékklandi* flúði faðir kæranda til dæmis með fjölskyldu sína til Ástralíu, þar sem kærandi fæddist sem ástralskur ríkisborgari. Tékknesk yfirvöld höfnuðu því jafnan kröfum kæranda í málunum um endurheimt eigna, þar sem þeir uppfylltu ekki það skilyrði laganna að vera tékkneskir ríkisborgarar. Töldu kærundur málanna hið umdeilda skilyrði laganna leiddi til þess að þeim væri mismunað með ólögmatum hætti á grundvelli ríkisborgararéttar. Niðurstaða allra málanna var efnislega sú sama en í dæmaskyni er hér reifuð niðurstaða nefndarinnar í máli *Blazek o.fl. gegn Tékklandi*.¹¹⁵

Nefndin áréttaði að mismunandi meðferð einstaklinga teldist ekki í öllum tilvikum ólögmat mismunun, þar sem mismunun sem væri í samræmi við ákvæði SBSR og byggð væri á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum fæli ekki í sér ólögmeta mismunun í skilningi 26. gr. Taldi nefndin að skilyrði hinna umdeildu laga um tékkneskan ríkisborgararétt væri hlutlægt, en álitamál væri hvort beiting þess í tilviki kæranda málsins hefði verið málefnaleg. Með það í huga, að aðildarríkið sjálft bæri ábyrgð á því að kærundur hefðu yfirgefið Tékkóslóvakíu á sínum tíma, taldi nefndin að það væri í ósamræmi við SBSR að gera það að skilyrði fyrir því, að kærundur gætu endurheimt eignir sínar, að þeir öðluðust tékkneskan ríkisborgararétt. Nefndin taldi enn fremur að ekki væri hægt að telja þá mismunun sem kærundur sættu á grundvelli ríkisborgararéttar málefnalega, þar sem missir ríkisborgararéttar grundvallaðist á veru viðkomandi þeirra í

¹¹⁵ Álit nefndarinnar, *Blazek o.fl. gegn Tékklandi*, 12. júlí 2001 (nr. 857/1999).

öðru ríki, þar sem þeir gátu leitað skjóls sem flóttamenn. Nefndin komst þannig að þeirri niðurstöðu að kærendur hefðu sætt ólögmætri mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar.

Að lokum má nefna mál *Des Fours gegn Tékklandi*¹¹⁶ en fjölskylda kæranda þess máls hafði þurft að sæta upptöku á eignum sínum í kjölfar seinni heimsstyrjaldarinnar á grundvelli tilskipunar frá 1945, sökum þess að þeir voru taldir vera af þýsku eða ungversku þjóðerni. Eignaupptakan var framkvæmd af hálfu stjórnvalda í Tékkóslóvakíu áður en kommúnistar komust þar til valda árið 1948 og er málið því ekki fyllilega sambærilegt við hin ofangreindu mál *Adam gegn Tékklandi*, *Blazek o.fl. gegn Tékklandi* o.fl. Líkt og í þeim málum reyndu kærendur þó að endurheimta eignarrétt sinn yfir þeim eignum sem gerðar höfðu verið upptækar. Í máli *Des Fours gegn Tékklandi* hafði kærandi misst ríkisborgararétt sinn en öðlast hann aftur eftir fall kommúnismans. Var krafa kæranda um endurheimt eignar hans því samþykkt, en sú ákvörðun var ógilt nokkrum árum síðar. Í millitíðinni höfðu tekið gildi lagabreytingar, sem settu það viðbótarskilyrði fyrir endurheimt eigna, að einstaklingar yrðu að hafa haft tékkneskan ríkisborgararétt óslitið frá lokum síðar heimsstyrjaldar til 1. janúar 1990. Uppfyllti kærandi ekki þetta skilyrði og var ákvörðun um að færa honum eignarétt yfir eign sinni á nýjan leik ógilt. Í niðurstöðu sinni benti nefndin á að með umræddri lagabreytingu hefðu verið sett, með afturvirkum hætti, enn strangari skilyrði fyrir endurheimt eigna, en lögin höfðu áður að geyma skilyrði um að einstaklingar yrðu að vera tékkneskir ríkisborgarar á þeim degi sem umsókn væri lögð fram. Vísaði nefndin til niðurstöðu sinnar í málum *Simunek*, *Adam og Blazek o.fl. gegn Tékklandi* um að skilyrði laganna um tékkneskan ríkisborgararétt mismunaði einstaklingum, sem ættu það sameiginlegt að vera þolendur eignaupptöku fyrrum stjórnvalda í Tékkóslóvakíu, með ólögmætum hætti. Taldi nefndin að hin afturvirka lagabreyting yki enn á þá ólögmætu mismunun og því væri um brot á 26. gr. SBSR að ræða.

3.4.2.5. Mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”

Þess hefur áður verið getið að 26. gr. leggur ekki einungis bann við mismunun á sem byggð er á atriðum sem talin eru upp í ákvæðinu heldur einnig við mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Um ólögmæta mismunun getur því verið að ræða, jafnvel þótt mismununin grundvallist ekki á neinu þeirra atriða sem beinlínis eru talin upp í 26. gr., svo sem kynferði eða trú. Hins vegar er ljóst, að til þess að nefndin fallist á það með kærendum að þeim hafi verið mismunað með ólögmætum hætti verður hin umdeilda mismunun ýmist að byggja á

¹¹⁶ Álit nefndarinnar, *Des Fours gegn Tékklandi*, 30. október 2001 (nr. 747/1997).

einhverju þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr., eða á atriðum sem teljast til „annarra aðstæðna”. Sú spurning vaknar því hvort nefndin hafi talið að aðstæður einstaklinga hafi þurft að vera með tilteknum hætti til þess að til greina geti komið að þeir hafi sætt mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Með öðrum orðum, þá lýtur spurningin að því, hvað falli undir „aðrar aðstæður” í skilningi 26. gr.

Því hefur verið haldið fram að ekki geti verið um mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” að ræða nema í þeim tilvikum þar sem tengja má aðstæður einstaklinga við varanleg eða stöðug einkenni þeirra, ýmist þau sem tengd eru einstaklingum með óafturkræfum hætti, á borð við litarhátt og kynferði, eða þau sem talin verða hluti af persónuleika einstaklinga, s.s. trú eða stjórnmálaskoðanir eða aðrar skoðanir.¹¹⁷ Í ætt við slíkar skoðanir er álit nefndarinnar í áðurnefndu máli *B.d.B. o.fl. gegn Hollandi*, en í málinu voru kærendur hópur sjúkraþjálfara sem töldu að þeim hefði verið mismunað með ólögumætum hætti af yfirvöldum, þar sem þeir þyrftu að greiða tryggingaiðgjald með afturvirkum hætti frá ársbyrjun 1984, á meðan aðrir sjúkraþjálfarar í sambærilegri stöðu þyrftu að inna fyrstu iðgjaldsgreiðsluna af hendi tveimur árum síðar. Nefndin féllst á það með kærendum að þeir hefðu hlotið mismunandi meðferð, en vísaði hins vegar kæru málsins frá með þeim rökum, að kærendur hefðu ekki haldið því fram að mismunandi meðferð þeirra væri tengd því að þeir tilheyrðu sérstökum flokki einstaklinga, sem auðkennanlegur væri, og hefði gert þá berskjaldaða fyrir að vera mismunað á grundvelli einhverra þeirra atriða sem talin væru upp í 26. gr., eða á grundvelli „annarra aðstæðna”. Í áliti nefndarinnar og framangreindum skoðunum fræðimanna hefur verið bent á, að til þess að til greina komi að einstaklingum hafi verið mismunað á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr., verði þeir að tilheyra tilteknum hópi einstaklinga sem auðkennanlegur sé vegna tiltekinna varanlegra eða stöðugra einkenna, sem séu auk þess ekki líkleg til þess að taka breytingum.¹¹⁸

Álit nefndarinnar, í málum sem varða meinta ólögmeða mismunun á grundvelli annarra atriða en þeirra sem talinu eru upp í 26. gr., bera hins vegar vott um að nefndin hefur ekki fylgt eftir skýringum sínum á því hvað falli undir „aðrar aðstæður”, sem komu fram í máli *B.d.B. o.fl. gegn Hollandi*. Þá hafa álit nefndarinnar ekki verið í samræmi við þær skoðanir fræðimanna sem lýst hefur verið. Nærtækt er að nefna mál *Fábryová gegn Tékklandi* og *Kavanagh gegn Írlandi* í þessu samhengi. Í fyrrnefnda málinu var hin umdeilda mismunun á milli einstaklinga, sem þola höfðu þurft eignaupptöku en gátu endurheimt eign sína þar sem

¹¹⁷ Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”, bls. 232, 243.

¹¹⁸ Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 173.

þeir höfðu misst ríkisborgararétt sinn annars vegar og kæranda, sem einnig hafði verið þolandi eignaupptöku en hafði ekki misst ríkisborgararétt sinn og gat því ekki endurheimt eign sína, hins vegar. Í síðarnefnda málinu var hin umdeilda mismunun á milli sakborninga, sem réttað var yfir fyrir almennum dómstólum annars vegar og kæranda, sem einnig var sakborningur en ríkissaksóknari tók ákvörðun um að réttað skyldi yfir honum fyrir sérstökum hryðjuverkadómstóli, hins vegar. Í báðum þessum málum var kærendum hvorki mismunað á grundvelli þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr. né á grundvelli „annarra aðstæðna” í þeim skilningi að þeir tilheyrðu hópi einstaklinga sem auðkennanlegur væri á grundvelli varanlegra eða stöðugra einkenna. Kærendur voru einfaldlega einstaklingar sem töldu að yfirvöld hefðu mismunað þeim gagnvart öðrum einstaklingum í sambærilegri stöðu við töku ákvarðana í málum þeirra. Nefndin tók kærur þeirra til efnislegrar meðferðar og komst að þeirri niðurstöðu að þeir hefðu sætt ólögmætri mismunun.

Þegar álit nefndarinnar eru skoðuð kemur í ljós að meirihluti þeirra varðar í raun mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”. Í málum sem vörðuðu eignaupptöku kommúnista í fyrrum Tékkóslóvakíu, sem þegar hefur verið fjallað um í tengslum við mismunun á grundvelli þjóðernis eða ríkisborgararéttar í kafla 3.4.2.4., var til að mynda um mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar að ræða, en ríkisborgararéttur er ekki á meðal þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr.¹¹⁹ Sama er að segja um mismunun á grundvelli hjúskaparstöðu, en þó nokkur álit nefndarinnar hafa varðað slíka mismunun.¹²⁰ Þá eru eftirfarandi mál dæmi um tilvik þar sem nefndin hefur tekið til efnislegrar meðferðar hvort um ólögmæta mismunun sé að ræða eða ekki, án þess að mismunun megi rekja til neinna þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. Mismunun á milli foreldra eftir því hvort börn þeirra ganga í einkaskóla eða opinbera skóla,¹²¹ mismunun á milli eigin barna foreldra og fósturbarna,¹²² mismunun á milli atvinnulausra og þeirra sem hafa atvinnu,¹²³ mismunun á milli sakborninga eftir því hvort réttað er í málum þeirra fyrir kviðdómi eða ekki,¹²⁴ mismunun á milli dverga og þeirra sem ekki þjást af dvergvexti,¹²⁵ mismunun á milli ellilífeyrisþega og þeirra sem ekki eru

¹¹⁹ Sjá einnig niðurstöðu nefndarinnar í máli Gueye o.fl. gegn Frakklandi, en þar tók nefndin með skýrum hætti fram, að mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar, sem menn öðluðust við sjálfstæði þjóðar sinnar, félli undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr.

¹²⁰ Sjá t.d. álit nefndarinnar, Danning gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (180/1987), Sprenger gegn Hollandi 31. mars 1992 (395/1990), Snijders o.fl. gegn Hollandi, 27. júlí 1998 (nr. 651/1995), Hoofdman gegn Hollandi, 3. nóvember 1998 (nr. 602/1994) og Derksen gegn Hollandi, 1. apríl 2004 (nr. 976/2001).

¹²¹ Sjá álit nefndarinnar, Blom gegn Svíþjóð, 4. apríl 1988 (nr. 191/1985) og Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð, 9. nóvember 1990 (nr. 298/1988 og 299/1988).

¹²² Álit nefndarinnar, Oulajin og Kaiss gegn Hollandi, 23. október 1992 (406,426/1990).

¹²³ Álit nefndarinnar, Araujo-Jongen gegn Hollandi, 22. október 1993 (nr. 418/1990).

¹²⁴ Álit nefndarinnar, Cheban gegn Rússlandi, 24. júlí 2001 (nr. 790/1997).

¹²⁵ Álit nefndarinnar, Wackenheim gegn Frakklandi, 15. júlí 2002 (854/1999).

ellilífeyrisþegar,¹²⁶ mismunun á grundvelli búsetu,¹²⁷ mismunun á milli lækna eftir því hvort þeir starfi á einkastofu og opinberri heilbrigðisstofnun eða eingöngu á opinberri heilbrigðisstofnun,¹²⁸ og að lokum mismunun á grundvelli aldurs, sbr. mál *Schmitz-de Jong gegn Hollandi*¹²⁹ og *Love o.fl. gegn Ástralíu*.¹³⁰ Athyglisvert er, að í síðarnefnda málinu voru nefndarmenn ekki einhuga um hvort mismunun á grundvelli aldurs gæti fallið undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr.

Í málinu voru kærendur flugmenn sem sagt hafði verið upp störfum þegar þeir náðu sextíu ára aldri, í samræmi við eftirlaunastefnu vinnuveitanda þeirra, og höfðu þar af leiðandi ekki möguleika á að stunda áfram þá atvinnu sem þeir kusu. Töldu kærendur að þeim hefði verið mismunað með ólögmatum hætti grundvelli aldurs. Taldi meirihluti nefndarinnar, að þrátt fyrir að aldur væri ekki á meðal þeirra atriða, sem talin væru upp í 26. gr., gæti mismunum á mill einstaklinga á grundvelli aldurs, sem ekki væri byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum, fallið undir mismunun vegna „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr. Einn nefndarmanna, *Nisuke Ando*, var hins vegar á andstæðri skoðun að þessu leyti. Taldi *Ando* að eðlismunur væri á aldri sem grundvelli mismununar og þeim atriðum sem talin væru upp í 26. gr., þar sem þau atriði geti einungis átt við um hluta mannkyns, sama hversu stór sá hluti kunni að vera í hverju tilviki. Benti *Ando* á aldur eigi við um allt mannkyn og einmitt vegna þess sé aldur tiltekinn sem lögmætur grundvöllur mismununar í einstökum ákvæðum SBSR, t.d. 5. mgr. 6. gr. sem leggur bann við dauðarefsingu sakborninga sem eru undir 18 ára aldri. Að mati *Ando* ætti að túlka vísan 26. gr. til „annarra aðstæðna” með þeim hætti, að undir slíkar aðstæður gætu einungis fallið atriði sem væru eðlislík þeim atriðum sem talin eru upp í 26. gr.

Af ofangreindri umfjöllun má ljóst vera, að nefndin hefur ekki talið að tengja þurfi grundvöll mismunandi meðferð einstaklinga við varanleg eða stöðug einkenni þeirra eða því að þeir tilheyri auðkennanlegum hópum. Þvert á móti hefur nefndin nær undantekningarlaust tekið öll meint brot á 26. gr. til efnislegrar meðferðar, óháð grundvelli mismununar í hverju máli, að því tilskildu að skilyrði meðferðarhæfis séu uppfyllt. Umfjöllun meirihluta nefndarmanna í máli *Love o.fl. gegn Ástralíu*, um það hvort grundvöllur mismununar í málinu félli undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr., kann þó að vera til marks um að nefndin hyggist víkja frá þessari framkvæmd. Ekkert verður fullyrt um það hér. Hins vegar er ljóst, að aðgreining á milli þess hvort meint ólögmat mismunun byggist á einhverju þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr., eða hvort hún falli undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” þjónar mikilvægu hlutverki. Ástæða þess er að mat nefndarinnar á því, hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið liggi að baki mismunun, er

¹²⁶ Álit nefndarinnar, Althammer gegn Austurríki, 8. ágúst 2003 (nr. 998/2001).

¹²⁷ Álit nefndarinnar, Pohl o.fl. gegn Austurríki, 9. júlí 2004 (nr. 1160/2003).

¹²⁸ Álit nefndarinnar, Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni, 17. mars 2006 (nr. 1164/2003).

¹²⁹ Álit nefndarinnar, Schmitz-de Jong gegn Hollandi, 16. júlí 2001 (855/1999).

¹³⁰ Álit nefndarinnar, Love o.fl. gegn Ástralíu, 25. mars 2003 (nr. 983/2003).

breytileg eftir grundvelli mismununar hverju sinni, eins og nánar verður fjallað um í kafla 4.5.3. Af álitum nefndarinnar má þannig ráða, sem raun var staðfest í niðurstöðu nefndarinnar í máli *Müller og Engelhard gegn Namibíu*,¹³¹ að nefndin telur að aðildarríki þurfi að færa fram veigameiri sjónarmið og sterkari rökstuðning í þeim tilvikum þegar mismunun er byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr., en í þeim tilvikum þegar mismunun grundvallast á „öðrum aðstæðum”. Í ljósi þessa er mikilvægt að nefndin greini ávallt með skýrum hætti á milli þess hvort mismunun er grundvölluð á þeim atriðum sem tilgreind eru í 26. gr. eða „öðrum aðstæðum”. Sú virðist hins vegar ekki hafa verið í raunin í máli *Borzov gegn Eistlandi*, þar sem um augljósa mismunun á grundvelli félagslegs uppruna, líkt og kærandi hélt fram, eða þjóðernisuppruna, var að ræða, en bæði atriðin eru talin upp í 26. gr. Við mat á lögmati hinnar umdeildu mismununar gekk nefndin hins vegar út frá því að mismunun málsins hefði byggst á „öðrum aðstæðum” og komst í kjölfarið að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn 26. gr.

¹³¹ Álit nefndarinnar, Müller og Engelhard gegn Namibíu, 26. mars 2002 (nr. 919/2000).

4. Ólögmat mismunun

4.1. Inngangur

Í þriðja kafla ritgerðarinnar var leitast við að lýsa hinu víðtæka og að mörgu leyti flókna efnisinntaki 26. gr. SBSR. Var talið að ákvæðið hefði að geyma tvær meginreglur, regluna um jafnræði einstaklinga fyrir lögunum annars vegar og jafna lagavernd einstaklinga hins vegar. Síðarnefnda reglan var síðan talin fela í sér tvær reglur, um bann við mismunun og jafna og raunhæfa vernd gegn mismunun. Skipting 26. gr. í fjóra mismunandi hluta er er fyrst og fremst fræðilegs eðlis og þjónar þeim tilgangi að skýring á inntaki ákvæðisins verði með sem nákvæmustum hætti. Ljóst má vera að allar hinar fjóru ofangreindu reglur eru nátengdar og stefna að sama markmiði, nánar tiltekið því að einstaklingar njóti jafnræðis hver á við annan og jafnréttis í hvívetna. Til þess að ná megi þessu markmiði leggja reglurnar ýmist bann við mismunun eða leggja þá skyldur á herðar aðildarríkjum SBSR, að búa löggjöf sína svo úr garði að lagt sé bann við mismunun. Bann við mismunun er þannig í raun aðalverkfæri 26. gr. til þess að ná því höfuðmarkmiði að tryggja jafnræði á meðal einstaklinga.

Í almennu álitinu nr. 18, um bann við mismunun, hefur nefndin sett fram skilgreiningu á hugtakinu „mismunun”,¹³² en auk þess að koma þrisvar sinnum fram í 26. gr. er hugtakið einnig að finna í 1. mgr. 4. gr., 2. mgr. 20. gr. og 1. mgr. 24. gr. SBSR.¹³³ Kemur þar meðal annars fram að allir einstaklingar skuli njóta mannréttinda og grundvallarfelsis á jafnræðisgrundvelli. Í 8. tölulið álitsins tekur nefndin hins vegar fram að þessi orð skilgreiningarinnar beri ekki að skilja svo að meðferð einstaklinga skuli í öllum tilvikum vera með nákvæmlega sama hætti. Bendir nefndin á tiltekin ákvæði SBSR í þessu sambandi, sem beinlínis gera ráð fyrir mismunandi meðferð einstaklinga, til að mynda 5. mgr. 16. gr., sem leggur bann við dauðarefsingu sakborninga sem eru 18 ára eða yngri og 25. gr., þar sem tiltekin pólitísk réttindi eru takmörkuð við ríkisborgara aðildarríkja. Samkvæmt þessum ákvæðum þurfa einstaklingar að sæta mismunandi meðferð á grundvelli aldurs annars vegar og ríkisborgararéttar hins vegar.

¹³² Skilgreiningin er eftirfarandi: Mismunun merkir hvers kyns aðgreiningu, útilokun, takmörkun eða forgang sem til að mynda er byggður á kynþætti, litarþætti, kynferði, tungu, trúarbrögðum, stjórnmalaskoðunum eða öðrum skoðunum, þjóðernisuppruna eða félagslegum uppruna, eignum, ætterni eða öðrum aðstæðum, og sem hefur það markmið eða þau áhrif að koma í veg fyrir eða hamlar að allir einstaklingar geti fengið viðurkennd eða notið eða framfylgt á jafnræðisgrundvelli, öllum mannréttindum og grundvallarfrelsi.

¹³³ Rétt er að taka fram að í íslenskri þýðingu SBSR, eins og hann birtist í C-deild stjórnartíðinda árið 1979, kemur hugtakið „mismunun” einnig fram í 1. mgr. 2. gr. og 1. mgr. 25. gr. Þrátt fyrir að í upphaflegri útgáfu samningsins sé talað um „aðgreiningu” (e. distinction) í umræddum ákvæðum. Samkvæmt skilgreiningu nefndarinnar á hugtakinu „mismunun” í almennu álitinu nr. 18 er „aðgreining” eitt þeirra atriða sem falla undir „mismunun”. Af þessum sökum þykir ekki rétt þykir því að nefna 1. mgr. 2. gr. og 1. mgr. 25. gr. þegar talað eru um þau ákvæði SBSR sem hafa að geyma hugtakið „mismunun.”

Ljóst er, að þrátt fyrir að ákvarðanir stjórnvalda innan aðildarríkja eða ákvæði í löggjöf aðildarríkja leiði til mismunandi meðferðar einstaklinga eða hópa einstaklinga og sú meðferð falli að auki undir skilgreiningu nefndarinnar á hugtakinu „mismunun“ er ekki þar með sagt að um brot á 26. gr. SBSR sé að ræða. Með öðrum orðum þá er mismunun ekki í öllum tilvikum ólögmæt. Spurningin er því hvenær mismunandi meðferð einstaklinga hjá stjórnvöldum eða samkvæmt löggjöf aðildarríkja, sem telst að auki til „mismununar“ í skilningi nefndarinnar, þess eðlis að hún teljist ólögmæt og feli í sér brot gegn jafnræðisreglu 26. gr.? Hvenær er mismunun lögmæt og hvenær er mismunun ólögmæt? Svárið við þessari spurningu er ekki einfalt, þar sem það ræðst af atvikum máls hverju sinni og þá hefur 26. gr. ekki að geyma viðmið eða mælikvarða sem unnt er að fara eftir. Hins vegar hefur nefndin sett fram ákveðinn mælikvarða á lögmæti mismununar, en samkvæmt honum er mismunun einungis lögmæt ef hún byggir á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum og stefnir að markmiði sem er lögmætt samkvæmt SBSR. Hér á eftir verða álitum nefndarinnar gerð skil út frá þeim mælikvarða sem hún hefur sett fram og þróað við mat á því hvort mismunun sé lögmæt eða ekki. Kannað verður hvaða sjónarmið nefndin hefur talið málefnaleg og hlutlæg. Þá verður litið til þess hvort beiting mælikvarðans sé mismunandi eftir ástæðum mismununar annars vegar og þeim réttindum sem til skoðunar eru hins vegar. Einnig verður litið til þess hvort mat á því hvort tilvik séu sambærileg sé einn þáttur mælikvarða nefndarinnar. Til þess að sem best yfirsýn fáist yfir viðfangsefnið verður byrjað á því að greina frá jafnræðisreglum Mannréttindasáttmála Evrópu og þeim aðferðum sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur beitt þegar metið er hvort um ólögmæta mismunun í skilningi þeirra sé að ræða. Áður en að því kemur verður hins skýrt frá muninum á milli beinnar mismununar og óbeinnar.

4.2. Bein eða óbein mismunun?

Í skilgreiningu nefndarinnar á hugtakinu „mismunun“ hér að ofan kom fram, að til þess að talið verði að um mismunun sé að ræða, þarf aðgreining, útilokun, takmörkun eða forgangur að grundvallast á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. og ennfremur að hafa það markmið eða þau áhrif að einstaklingar geti ekki notið mannréttinda og grundvallarfrelsis á jafnræðisræðisgrundvelli. Löggjöf verður þannig ekki talin fela í sér mismunun nema það sé annaðhvort markmið löggjafans að mismuna með einhverjum hætti eða að áhrif löggjafar séu þau að einstaklingum sé mismunað. Hefur fyrrnefnda mismununin jafnan verið nefnd *bein*

mismunun en sú síðari *óbein mismunun*.¹³⁴ Þegar um beina mismunun er að ræða er tilgangur tiltekinna laga eða lagaákvæða að einstaklingar njóti mismunandi meðferð og sjást þá jafna skýr merki mismununar í viðkomandi lögum. Í flestum tilvikum hefur löggjafinn tekið þá ákvörðun að mismuna einstaklingum eða hópi einstaklinga gagngert, en talið að málefnaleg og hlutlæg sjónarmið byggju slíkri mismunun að baki, og því verði hún ekki talin ólögmæt. Þegar um óbeina mismunun er að ræða er aðstaðan hins vegar önnur. Atvik eru þá jafnan þau, að vilji löggjafans stendur ekki til mismununar og þá má ekki heldur ráða mismunun sérstaklega af þeim lagaákvæðum sem skoðunar eru. Í sumum tilvikum leiðir beiting lagaákvæðanna hins vegar til þess að ákveðnum hópi einstaklinga er mismunað á grundvelli einhverra þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. Leiði slík mismunun til skerðingar á grundvallarréttindum eða frelsi viðkomandi hóps og ef engin málefnaleg eða hlutlæg sjónarmið liggja að baki mismununinni, er um óbeina og ólögmæta mismunun að ræða. Sem dæmi um skýra, beina og ólögmæta mismunun má nefna eftirfarandi tilbúin dæmi. Lög um Háskóla Íslands hafi að geyma ákvæði sem mæli fyrir um að enginn einstaklingur, sem er yfir tveggja metra hár, megi hefja nám við skólann. Felur slíkt lagaákvæði augljóslega í sér beina ólögmæta mismunun gagnvart þeim einstaklingum sem eru yfir tveir metrar á hæð.¹³⁵ Sem dæmi um óbeina mismunun má nefna lög sem mæla svo fyrir um, að til þess að einstaklingur eigi möguleika á því að starfa sem lögreglumaður, verði viðkomandi að vera að minnsta kosti 1 metri og 70 sentimetrar á hæð. Þrátt fyrir að það sé ekki ásetningur löggjafans í þessu tilviki að mismuna einstaklingum leiðir beiting á reglu sem þessarar í raun til þess að ákveðnum hópum innan samfélagsins er mismunað, til að mynda konum, þar sem hæð þorra kvenna er lægri en lágmarkshæð samkvæmt reglunni.¹³⁶ Er því í raun um óbeina mismunun á grundvelli kynferðis að ræða í tilvikum sem þessum, en spurningin er sú hvort sýna megi fram á tiltekin málefnaleg og hlutlæg sjónarmið sem réttlæta hina óbeinu mismunun. Lykilatriði við umfjöllun um hvort óbein mismunun hafi átt sér stað er, að það þarf ekki að vera vilji löggjafans að mismuna, heldur þarf beiting tiltekins lagaákvæðs í raun einungis að leiða til mismununar gagnvart tilteknum hópi einstaklinga.¹³⁷ Kom þetta skýrt fram í máli *Adam gegn Tékklandi*.

¹³⁴ Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 165.

¹³⁵ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 694.

¹³⁶ Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 166.

¹³⁷ Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”, bls. 231.

Í málinu voru atvik með þeim hætti að kærandi og bræður hans höfðu reynt að endurheimta eignir sem þeir höfðu erft eftir föður sinn. Nánar tiltekið hafði faðir kæranda flutt með fjölskyldu sína til Ástralíu á 5. áratug síðastu aldar eftir að þáverandi kommúnistastjórn í Tékkóslóvakíu hafði gert eignir hans upptækar. Eftir fall kommúnismans og skiptingu Tékkóslóvakíu upp í tvö sjálfstæð ríki, Tékkland og Slóvakíu, voru í löndunum sett lög sem höfðu það að markmiði að bæta tékkneskum ríkisborgurum, sem farið höfðu frá Tékkóslóvakíu vegna þrýstings og ofsókna kommúnistastjórnarinnar, það tjón sem þeir urðu fyrir af þeim sökum. Það skilyrði var hins vegar sett fyrir endurheimt eigna að þeir sem gerðu kröfu um slíkt yrðu að vera tékkneskir ríkisborgarar. Þar sem kærandi og bræður hans voru ástralskir ríkisborgarar var kröfu þeirra um endurheimt eigna föður þeirra hafnað. Í málinu hélt tékkneska ríkið þeirri málsástæðu fram, að ekki væri um brot á 26. gr. að ræða þar sem það hefði ekki verið vilji tékkneska löggjafans með setningu hinna umdeildu laga að mismuna einstaklingum með ólögmætum hætti. Nefndin tók fram, að ekki væri nægilegt að vilji löggjafans væri með tilteknum hætti, heldur þyrfti að líta til þeirrar afleiðingar sem löggjöf hans hefði í för með sér. Þrátt fyrir göfug markmið löggjafans gætu lög hans allt að einu brotið gegn 26. gr., ef beiting þeirra fæli í sér ólögmæta mismunun.

Af niðurstöðu nefndarinnar í málinu má sjá, að jafnvel þó löggjöf kunnri að vera byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum, getur beiting hennar haft þær afleiðingar, gagnvart ákveðnum hópi einstaklinga, að þeim sé mismunað þannig að í bága fari gegn 26. gr. SBSR. Í máli *Adam gegn Tékklandi* var talið að þau sjónarmið, sem lágu hinni umdeildu löggjöf að baki, væru ekki nægileg til þess að réttlæta hina óbeinu mismunun. Önnur varð niðurstaða nefndarinnar hins vegar í máli *Singh Bhinder gegn Kanada*.¹³⁸ Í því máli var kærandi Indverji að uppruna sem flust hafði til Kanada og var kanadískur ríkisborgari. Kærandi vann sem verkamaður hjá opinberu fyrirtæki sem sá um járnbrautir í Kanada, en samkvæmt reglum fyrirtækisins urðu verkamenn að bera hlífðarhjálma á höfði við vinnu sína. Kærandi var Sikh-trúar og bar því vefjarhött (e. turban) á höfði sínu sem hann neitaði að taka af höfði sínu og bera hlífðarhjálma í staðinn. Var kæranda sagt upp störfum í kjölfarið. Taldi kærandi að þar sem reglur fyrirtækisins bönnuðu honum að bera vefjarhöttinn við vinnu væri honum mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli trúar sinnar. Í niðurstöðu sinni taldi nefndin að um óbeina mismunun væri að ræða, þar sem að þrátt fyrir að hin umdeilda regla ætti við um alla verkamenn fyrirtækisins, hefði hún meiri áhrif á þá einstaklinga sem væru Sikh-trúar og bæru vefjarhött á höfði sínu. Nefndin taldi að sjónarmiðið um, að með hlífðarhjálmi væri frekar unnt að tryggja öryggi verkamanna við vinnu væri málefnalegt og lögmætt sjónarmið, sem réttlætti hina óbeinu mismunun. Í máli *Althammer o.fl. gegn Austurríki*¹³⁹ setti nefndin fram ítarlega skýringu á óbeinni mismunun.

¹³⁸ Álit nefndarinnar, Bhinder gegn Kanada, 9. nóvember 1989 (nr. 208/1986).

¹³⁹ Álit nefndarinnar, Althammer gegn Austurríki, 8. ágúst 2003 (nr. 998/2001).

Atvik málsins voru þau að breytingar höfðu verið gerðar á lögum um eftirlaun starfsmanna Almannatryggingarráðs Salzburg borgar, sem fólu það í sér að mánaðargreiðsla vegna heimilishalds var afnumin en greiðsla vegna barna eftirlaunaþega var hækkuð á móti, fyrir hvert barn sem var yngra en 27 ára. Kærendur störfuðu hjá ráðinu en höfðu látið af starfi sakir aldurs og voru því ellilífeyrisþegar. Töldu kærendur að beiting hinna breyttu laga leiddi til ólögmatrar mismununar gagnvart þeim, þar sem flestir ellilífeyrisþegar þyrftu að taka þátt í heimilishaldi og framfærslu maka síns, en ættu jafnframt ekki börn undir 27 ára aldri. Af þeim sökum kæmu breytingarnar, jafnvel þó að þær hefðu verið byggðar á málefnalegum sjónarmiðum, harðar niður á ellilífeyrisþegum en þeim einstaklingum, sem hætt hefðu störfum hjá ráðinu en væru enn á vinnumarkaði. Í niðurstöðu sinni áréttaði nefndin að beiting tiltekinnar reglu eða tiltekin ráðstöfun aðildarríkis gæti leitt til ólögmatrar mismunar og þannig til brots á 26. gr. SBSR, jafnvel þótt viðkomandi regla eða ráðstöfun virtist almenn og ekki stæði ásetningur til þess að mismuna með ólögmatum hætti. Hvað sem því liði gæti slík óbein ólögmat mismununar einungis talist byggjast á þeim atriðum, sem talin væru upp sem óheimill grundvöllur mismununar í 26. gr. sammingsins, ef tiltekin regla eða ákvörðun aðildarríkis hefði eingöngu eða hlutfallslega meiri neikvæð áhrif gagnvart einstaklingum sem tilheyrðu tilteknum hópi vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmálaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ættennis eða annarra aðstæðna. Ennfremur gætu reglur eða ákvarðanir, sem hefðu slík áhrif, ekki talist fela í sér ólögmatra mismununar ef þær væru byggðar á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að kærendum málsins hefði ekki tekist að sýna fram á að áhrif hinna umdeildu breytinga á eftirlaunalöggjöfinni hefðu haft hlutfallslega meiri neikvæð áhrif á þá en aðra einstaklinga sem væru í sambærilegri stöðu. Jafnvel þótt kærendum hefði tekist að sýna fram á slík skaðlegt áhrif, þá hefðu umræddar breytingar á eftirlaunagreiðslum verið byggðar á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum.

Nefndin telur þannig, að einungis sé um óbeina mismununar að ræða, þegar tiltekin lagaákvæði eða ráðstöfun innan aðildarríkis, hefur eingöngu eða hlutfallslega meiri neikvæð áhrif gagnvart einstaklingum sem tilheyrta tilteknum hópi.¹⁴⁰

Af ofangreindri framkvæmd nefndarinnar má sjá að skýrlega er greint á milli beinnar mismununar og óbeinnar þegar metið er hvort brotið hafi verið gegn 26. gr. Sú hefur hins vegar ekki ávallt verið raunin, sbr. mál *Ballantyne o.fl. gegn Kanada*¹⁴¹ frá haustdögum 1990, en niðurstaða þess máls virðist bera með sér að nefndin nái ekki skilja fyllilega á milli þessara tveggja flokka mismununar.

Í málinu töldu kærendur sér mismunað með ólögmatum hætti á grundvelli tungumáls þar sem með tiltekinni löggjöf í Quebec var lagt bann við auglýsingaskiltum utandyra sem hefðu að geyma texta á öðru tungumáli en frönsku. Kærendur voru enskumælandi kaupmenn og héldu því fram að þorri viðskiptavina þeirra væri einnig enskumælandi.

¹⁴⁰ Sjá einnig álit nefndarinnar, Pohl o.fl. gegn Austurríki, 9. júlí 2004 (nr. 1160/2003). Í niðurstöðu nefndarinnar kemur meðal annars fram, að misbrestur aðildarríkis á því að láta einstaklinga í ólíkum aðstæðum sæta ólíkri meðferð geti leitt til þess að um óbeina ólögmatra mismununar sé að ræða, í þeim tilvikum þegar slíkur misbrestur hefur eingöngu eða hlutfallslega meiri áhrif fyrir einstaklinga sem eru af tilteknum hópi vegna þeirra atriða sem taldar eru upp í 26. gr. SBSR.

¹⁴¹ Álit nefndarinnar í máli *Ballantyne o.fl. gegn Kanada*, 18. október 1990 (nr. 359 og 385/1990).

Nefndin taldi hins vegar að ekki væri um ólögmeta mismunun að ræða, með þeim röksemdum að bann laganna tæki einnig til frönskumælandi einstaklinga, sem gætu þar af leiðandi ekki heldur auglýst á ensku í því skyni að ná til enskumælandandi viðskiptavina.

Erfitt er að fallast á þessa niðurstöðu nefndarinnar. Í fyrsta lagi þá verður að teljast líklegt að um beina ólögmeta mismunun hafi verið að ræða, þar sem umrædd lögum er augljóslega beint að ákveðnum hópi einstaklinga í Quebec og þá verður ekki talið að líkurnar á því, að frönskumælandi einstaklingur myndi vilja nota auglýsingaskilti með enskum texta, séu miklar og alls ekki jafn miklar og þegar um er að ræða enskumælandi einstaklinga. Í öðru lagi tekur nefndin ekki til athugunar hvort um óbeina mismunun sé að ræða, þrátt fyrir að umrædd lög hafi greinilega hlutfallslega meiri neikvæð áhrif á ákveðinn hóp innan Quebec, þ.e. enskumælandi einstaklinga sem selja eða vilja selja vörur eða þjónustu. Álitæfnið hefði þá verið hvort ákveðin sjónarmið hefðu getað réttlætt hina óbeina mismunun, sem að öðrum kosti hefði verið ólögmet.¹⁴² Í ljósi þeirra tiltölulegu skýru lína sem nú liggja á milli beinnar mismununar og óbeinnar, má telja ólíklegt að niðurstaða nefndarinnar í máli *Ballantyne o.fl. gegn Kanada* hefði verið á sama veg í dag.

4.3. Jafnræðisreglur Mannréttindasáttmála Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu hefur nú að geyma tvær reglur er leggja bann við mismunun. Eru reglurnar annars vegar í 14. gr. sáttmálans og hins vegar í 1. gr. 12. samningsviðauka við sáttmálann, sem samþykktur var í Róm þann 4. nóvember 2000 en tók gildi 1. apríl 2005 þegar tíu aðildarríki höfðu fullgilt viðaukann. Ísland hefur undirritað viðaukann en ekki enn fullgilt hann. Bið verður því á að Mannréttindadómstóllinn fjalli efnislega um það hvort íslenska ríkið hafi gerst brotlegt gegn 1. gr. 12. samningsviðauka. Jafnræðisreglur 14. gr. MSE og 1. gr. 12. samningsviðauka við MSE eru nánast efnislega samhljóða, en 14. gr. verður hér sett fram í dæmaskyni:

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

Sá mikilvægi munur er hins vegar á ákvæðunum tveimur, að bann 1. gr. 12. samningsviðaukans við mismunun er ekki bundið við þau réttindi sem lýst er í sáttmálanum,

¹⁴² Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 166.

ólíkt ofangreindri 14. gr. Vernd 1. gr. 12. samningsviðauka nær samkvæmt orðalagi ákvæðisins til allra réttinda sem einstaklingum eru færð með lögum. Gildissvið 1. gr. 12. samningsviðauka er þannig víðtækara en gildissvið 14. gr., og er fyrrnefnda ákvæðið skyldara 26. gr. SBSR og 65. gr. stjórnarskrárinnar, en 14. gr. sáttmálans sver sig í ætt við 2. gr. SBSR, þar sem vernd þeirra er takmörkuð við þau réttindi sem viðurkennd eru samkvæmt MSE annars vegar og SBSR hins vegar. Eftir tilkomu 1. gr. 12. samningsviðauka þarf Mannréttindadómstóllinn að taka allar kærur, sem varða meint brot aðildarríkja á reglum sáttmálans um bann við mismunun, til greina óháð því hvaða réttindi þær kunna að varða, svo lengi sem þær uppfylla skilyrði meðferðarhæfis. Þar með eru talin efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sem hingað til hafa sjaldan komið til umfjöllunar hjá stofnunum sáttmálans.¹⁴³

Mannréttindadómstóllinn hefur í dómaframkvæmd sinni þróað inntak 14. gr. sáttmálans og sett fram mælikvarða um það hvenær mismunandi meðferð einstaklinga teljist jafnframt til ólögmætrar mismununar, sem leiði til brots á 14. gr. Var grunnurinn að mælikvarða dómstólsins við mat á lögmæti mismununar lagður í hinni svokölluðu „belgískutungumáladeilu”¹⁴⁴ frá 1968, en síðan þá hefur dómstóllinn mótað mælikvarðann frekar og bætt við hann nýjum atriðum.¹⁴⁵ Í skýringum við 1. gr. 12. samningsviðauka (e. explanatory report) kemur fram að ætlunin er að mælikvarða þessum verði einnig beitt í málum sem varða brot á þeirri jafnræðisreglu, þ.e. í málum sem varða meinta ólögmæta mismunun í tengslum við réttindi sem ekki er lýst í MSE.¹⁴⁶ Í stórum dráttum hefur Mannréttindadómstóllinn talið að um ólögmæta mismunun sé að ræða þegar atvik eru með eftirfarandi hætti: Í fyrsta lagi þegar sýnt er fram á að tvö tilvik, sem eru sambærileg, hafi fengið mismunandi meðferð eða þegar sýnt er fram á tvö tilvik, sem eru verulega ólík, hafi fengið sömu meðferð. Í öðru lagi þegar ekki liggja málefnalegar og hlutlægar ástæður að baki mismunandi meðferð einstaklinga, sem stefni að markmiði sem er lögmætt. Í þriðja lagi þegar ekki verður talið að eðlilegt samræmi sé á milli þess markmiðs sem stefnt er að með mismununinni og þeirra aðferða sem beitt var til þess að ná þessu markmiði. Með öðrum orðum þá verður að gæta meðalhófs við val á þeim aðferðum sem beitt er til að ná umræddu

¹⁴³ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 567.

¹⁴⁴ Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu, “Belgian Linguistics”, 23. júlí 1968 (nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 og 2126/64).

¹⁴⁵ Oddný Mjöll Arnardóttir: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, bls. 38-39. Í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu, “Thlimmenos gegn Grikklandi”, 6. apríl 2000 (nr. 34369/97) staðfesti dómstóllinn til að mynda að um ólögmæta mismunun væri að ræða þegar einstaklingar í verulega ólíkum aðstæðum fengju sambærilega meðferð án þess að málefnaleg og hlutlæg sjónarmið lægju að baki.

¹⁴⁶ Vefsíða Evrópuráðsins, <http://www.coe.int>.

markmiði.¹⁴⁷ Í framkvæmd dómstólsins hefur hver liður verið tekin fyrir sérstaklega, og jafnan rökstutt með ítarlegum hætti hvort um ólögmæta mismunun sé að ræða eða ekki. Þá hefur dómstóllinn jafnan veitt aðildarríkjum ákveðið svigrúm til mats (e. margin of appreciation) um hvort og að hvaða marki munur, sem kann að vera á tilvikum sem eru annars sambærileg, réttlæti að með þau sé farið á mismunandi hátt. Munur á tveimur tilvikum getur skipt máli að tvennu leyti, þegar dómstóllinn metur hvort um ólögmæta mismunun í skilningi 14. gr. MSE sé að ræða. Í fyrsta lagi ef tilvik eru ekki sambærileg. Kemur þá ekki til frekar skoðunar hvort um ólögmæta mismunun hafi verið að ræða. Er hér um að ræða fyrsta hluta mælikvarðans eins og honum var lýst hér að ofan. Í öðru lagi ef tilvik eru nægilega sambærileg til þess að tekið sé til skoðunar hvort um ólögmæta mismunun hafi verið að ræða, en þó kann munur á tilvikunum að leiða til þess að ekki verði talið að um ólögmæta mismunun sé að ræða. Við mat á því veitir dómstóllinn aðildarríkjum ákveðið svigrúm, eins og áður sagði.¹⁴⁸ Þá hefur dómstóllinn litið svo á, að þegar mismunandi meðferð einstaklinga byggir á einhverju þeirra atriða sem upp eru talin í 14. gr. MSE, s.s. kynferði eða trúarbrögðum, sé svigrúm aðildarríkja þröngt og að mjög veigamiklar ástæður þurfi til þess að slík mismunun verði talin réttlæt看leg. Svigrúm ríkja er hins vegar meira þegar um mismunun á grundvelli annarra atriða er að ræða, til að mynda á grundvelli eignastöðu.¹⁴⁹

4.4. Mælikvarði nefndarinnar við mat á lögmæti mismununar

4.4.1. Mælikvarðinn settur fram

Fyrsta málið sem varðaði meinta ólögmæta mismunun í skilningi 26. gr. SBSR og nefndin tók til efnislegrar meðferðar var mál *Shirin Aumeeruddy-Cziffra o.fl. gegn Míritaníu*. Í málinu héldu kærendur því fram að þær hefðu sætt ólögmætri mismunun á grundvelli kynferðis þar sem tiltekna lagabreytingar höfðu þau áhrif að útlendir eiginmenn þeirra misstu dvalarleyfi sitt og þyrftu að sækja um það á nýjan leik, á meðan lagabreytingar höfðu ekki sömu áhrif gagnvart útlendum eiginkonum karlmanna frá Míritaníu. Í niðurstöðu sinni taldi nefndin að þrátt fyrir að hugsanlega mætti réttlæta takmörkun á dvalarleyfi útlendinga og brottvísun þeirra með vísan til öryggissjónarmiða, fæli löggjöf, sem einungis legði slíkar takmarkanir á eiginmenn kvenna í Míritaníu, en ekki eiginkonur karlmanna, í sér ólögmæta mismunun gagnvart konum og gæti því ekki verið réttlætt með vísan til öryggissjónarmiða. Niðurstaða

¹⁴⁷ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 568.

¹⁴⁸ Oddný Mjöll Arnardóttir: Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, bls. 39.

¹⁴⁹ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 569.

nefndarinnar í málinu var ekki ítarleg og hefur í raun verið talin til marks um varfærnislega nálgun nefndarinnar við beitingu 26. gr., sem einkenndi niðurstöður hennar í fyrstu málunum um meinta ólögmeta mismunun.¹⁵⁰ Í máli *Lovelace gegn Kanada*¹⁵¹ tók nefndin til að mynda ekki beina afstöðu til þess hvort brotið hefði verið gegn 26. gr., þrátt fyrir að atvik málsins gæfu tilefni til þess, en komst að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn 27. gr. SBSR. Niðurstaða nefndarinnar í máli *Shirin Aumeeruddy-Cziffra og o.fl. gegn Mauritaníu* er stutt og skorinort og gefur ekki mikið svigrúm til þess að leggja megi út frá henni um þann mælikvarða sem nefndin leggur til grundvallar mati á lögmæti mismununar. Af niðurstöðunni má þó glögglega ráða að nefndin telur að tiltekin sjónarmið geti réttlætt mismunun, jafnvel þótt að hún grundvallist á einu þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr., og var niðurstaðan því ef til vill vísir að því hvernig nefndin myndi haga mati sínu á lögmæti mismununar í framtíðinni. Sex árum síðar, í stefnumarkandi málum *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*, setti nefndin í fyrsta skiptið fram mælikvarða, sem síðar hefur verið lagður til grundvallar í fjölda álita við mat á því hvort um ólögmeta mismunun sé að ræða eða ekki. Atvik málanna voru með svipuðum hætti, en kærendur töldu að þeim hefði verið mismunað með ólögmetum hætti á grundvelli kynferðis þar sem samkvæmt hollenskum lögum þyrftu konur, sem væru í hjúskap, að færa sönnur á að þær væru fyrirvinna heimilis til þess að fá atvinnuleysisbætur, á meðan slíkt skilyrði gildi ekki fyrir karla í hjúskap. Fyrir nefndinni lá því að taka afstöðu til þess hvort kærendur hefðu sætt ólögmetri mismunun. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að svo væri ekki, meðal annars með svofelldum rökstuðningi:

Að mati nefndarinnar leiddi rétturinn til jafnræðis fyrir lögunum og jafnrar lagaverndar án nokkurs konar mismununar ekki til þess að ólík meðferð einstaklinga teldist í öllum tilvikum til ólögmetrar mismununar. Mismunun sem byggð væri á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum fæli ekki í sér ólögmeta mismunun í skilningi 26. gr. SBSR. Taldi nefndin að sú mismunun laga um atvinnuleysisbætur, að konur sem væru í hjúskap þyrftu að sanna að þær væru fyrirvinna heimilis til þess að geta fengið atvinnuleysisbætur, á meðan slíkt skilyrði gildi ekki um karlmenn í sambærilegri stöðu, væri ekki málefnaleg.

Mælikvarði sá, sem nefndin lagði til grundvallar mati sínu á lögmæti hinnar umdeildu mismununar í málum *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi* lýtur að þeim

¹⁵⁰ Nisuke Ando: “The Evolution and Problems of the Jurisprudence of the Human Rights Committee’s Views concerning Article 26”, bls. 207

¹⁵¹ Álit nefndarinnar, *Lovelace gegn Kanada*, 29. desember 1977 (nr. 24/1977).

sjónarmiðum sem búa mismunun að baki. Séu sjónarmiðin málefnaleg og hlutlæg er ekki um ólögmæta mismunun og brot aðildarríkis á 26. gr. að ræða. Undir nefndinni er komið að leggja mat á þau sjónarmið sem mismunun byggist á. Í málum *Danning gegn Hollandi*, *Vos gegn Hollandi*, *Gueye o.fl. gegn Frakklandi* og *Singh Bhinder gegn Kanada* byggði nefndin niðurstöðu sína á lögmæti mismununar á þeim mælikvarða sem hún hafði sett fram í hollensku atvinnuleysisbótamálunum. Árið 1989 gaf nefndin síðan út almennt álit nr. 18, sem varðaði bann við mismunun, og byggði að miklu leyti á niðurstöðu nefndarinnar í málunum, þar með talið hvað mælikvarða á lögmæti mismununar varðar. Ein breyting var þó gerð á mælikvarðanum, en til þess að mismunun teldist lögmæt samkvæmt álitinu yrði hún að byggja á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum og enn fremur að stefna að markmiði sem lögmætt væri samkvæmt SBSR, en skilyrðið um lögmætt markmið kom í raun fyrst fram í ofangreindu máli *Singh Bhinder gegn Kanada*.¹⁵²

Yfirgnæfandi meirihluti álita nefndarinnar, þar sem haldið er fram broti aðildarríkis á 26. gr. varða þann hluta ákvæðisins er mælir fyrir um jafna lagavernd, þ.e. að af löggjöf aðildarríkja megi ekki leiða, með beinum eða óbeinum hætti, að einstaklingum sé mismunað með ólögmætum hætti. Umfjöllun þessa kafla mun því að mestu leyti snúast um álit nefndarinnar í þeim málum. Hins vegar hefur mælikvarðinn með jöfnum hætti verið lagður til grundvallar í málum sem varða meint brot á reglunni um jafnræði fyrir lögum, þ.e. að einstaklingar í sambærilegri stöðu fái sambærilega meðferð hjá yfirvöldum innan aðildarríkja. Nærtækt er að vísa til máls *Kavanagh gegn Írlandi*, sem áður hefur verið rakið, en þar taldi nefndin að írski ríkið hefði gerst brotlegt gegn 26. gr., þar sem það hefði ekki náð að færa fram málefnaleg og hlutlæg sjónarmið til réttlætningar á þeirri ákvörðunar ríkissaksóknara að skjóta máli kæranda til sérstaks hryðjuverkadómsstóls á meðan mál annarra sakborninga í sambærilegri stöðu hefðu farið fyrir almenna dómstóla. Í málinu er athyglisvert að nefndin leggur í raun mat á þau ákvæði laga, sem voru grundvöllur hinnar umdeildu ákvörðun ríkissaksóknara, og gagnrýnir að þau veiti ríkissaksóknara tiltölulega opna heimild og tiltaki ekki með ítarlegri hætti þau sjónarmið sem hann skyldi fara eftir við töku ákvörðunar.

Að hluta til er mælikvarði nefndarinnar við mat á lögmæti mismununar, sem lýst hefur verið hér að ofan og nefndin stuðst við í fjölda álita sinna, sá sami og mælikvarði Mannréttindadómsstóls Evrópu styðst við, sbr. umfjöllun í kafla 4.3. Nefndin styðst því við

¹⁵² Í málinu var kærandi verkamaður sem taldi sér mismunað á grundvelli trúar þar sem honum var skipað að bera hlífðarhjálma á höfði sínu við vinnu, en kærandi var Sikh-trúar og bar því jafnan vefjarhött á höfði sínu. Í niðurstöðu sinni taldi nefndin að skilyrðið, um að verkamenn yrðu að bera hlífðarhjálma á höfð við vinnu, væri byggt á málefnalegum sjónarmiðum sem stefndu að hlutlægu markmiði sem væri í samræmi við SBSR.

sömu aðferðir og Mannréttindadómstóllinn að þessu leyti, þrátt fyrir að annað sé ólíkt þegar kemur að mati þessara tveggja alþjóðlegu úrskurðaraðila á því hvort mismunun sé lögmæt eða ólögmæt. Verður nánar vikið að því hér síðar. Þegar nefndin tók til starfa árið 1979 hafði Mannréttindadómstóllinn þegar í rúman áratug byggt niðurstöður í málum sem vörðuðu meint brot á 14. gr. MSE á mælikvarða sínum. Nefndin leit hins vegar ekki til aðferða Mannréttindadómstólsins að þessu leyti fyrir en átta árum eftir að hún tók til starfa, og réð þar vafalítið mestu um, að á þessu tímabili tók nefndin einungis tvisvar sinnum til efnislegrar meðferðar kærur sem vörðuðu meint brot á 26. gr. SBSR.

4.4.2. Hvaða sjónarmið teljast málefnaleg og hlutlæg?

4.4.2.1. Inngangur

Þegar nefndin tekur meint brot aðildarríkis á 26. gr. SBSR til efnislegrar meðferðar og beitir mælikvarða sínum til þess að komast að því hvort um ólögmæta mismunun hafi verið að ræða eða ekki, lýtur þungamiðja umfjöllunar nefndarinnar að þeim sjónarmiðum sem búa að baki mismunun. Ljóst er að beiting mælikvarðans að þessu leyti er háð mati nefndarmanna,¹⁵³ sem ræðst af atvikum hvers máls fyrir sig. Hvorki SBSR né mælikvarðinn sjálfur hafa að geyma frekari viðmið eða atriði sem líta eigi öðru fremur til ef undan er skilið að mismunun verður að stefna að markmiði sem er lögmætt samkvæmt SBSR. Erfitt er því að segja til um hvaða sjónarmið nefndin hefur talið nægja til að réttlæta mismunun, þ.e. hvaða sjónarmið hún hefur talið vera málefnaleg og hlutlæg. Hér á eftir verða hins vegar nokkrum sjónarmiðum, sem algengt er að komi fyrir í álitum nefndarinnar, gerð skil sem og hvernig nefndin hefur metið umrædd sjónarmið. Þá verður einnig tekið til skoðunar hvort nefndin hafi í álitum sínum greint á milli málefnalegra sjónarmiða annars vegar og hlutlægra hins vegar.

4.4.2.2. Sjónarmið tengd opinberum útgjöldum

Í áðurnefndum málum *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi* hélt hollenska ríkið því meðal annars fram, að með skilyrðinu um að konur þyrftu að sanna að að þær væru fyrirvinna heimilis, hefði jafnvægi verið náð á milli útgjalda úr takmörkuðum sjóðum hins opinbera annars vegar og skyldu ríkisins til þess að veita ríkisborgurum sínum félagslegt öryggi hins vegar. Taldi ríkið því mismunun málanna réttlætanlega, meðal annars með vísan efnhagslegra sjónarmiða. Nefndin tók þess málsástæðu hollenska ríkisins ekki til efnislegrar

¹⁵³ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 571.

umfjöllunar, en niðurstöður nefndarinnar í báðum málunum voru að stærstum hluta helgaðar skýringum á gildissviði 26. gr., sem reyndust vera stefnumarkandi og fjallað hefur verið um í kafla 3.2. Niðurstöður nefndarinnar varðandi meginatriði málanna, lögmæti hinnar umdeildu mismununar, voru hins vegar ekki mjög ítarlegar. Benti nefndin á að í hollenskri löggjöf væru lagðar jafnar skyldur og jöfn réttindi á karla og konur í hjúskap þegar kæmi að sameiginlegum tekjum þeirra. Án frekari röksemda komst nefndin síðan að þeirri niðurstöðu að sú mismunun, að konur sem væru í hjúskap þyrftu að sanna að þær væru fyrirvinna heimilis til þess að geta fengið atvinnuleysisbætur, á meðan slík skilyrði gildi ekki fyrir karlmenn í sambærilegri stöðu, væri einfaldlega ekki málefnaleg. Í máli *Pauger gegn Austurríki*¹⁵⁴ voru atvik með sambærilegum hætti, en þar hélt kærandi því fram að mismunun á grundvelli kynferðis hefði leitt til skerts ellilífeyris. Líkt og hollenska ríkið í ofangreindum málum hélt austurríska ríkið meðal annars fram sjónarmiðum sem vörðuðu útgjöld hins opinbera, sem nefndin tók ekki til umfjöllunar. Nefndin benti hins vegar á að austurrísk fjölskyldulöggjöf legði jafnar skyldur á maka í hjónabandi og veitti þeim jöfn réttindi, hvað varðar tekjur þeirra og skyldu til framfærslu fjölskyldunnar. Í lífeyrislöggjöfinni væri einstaklingum hins vegar mismunað á grundvelli kynferðis og slíkt gæti ekki talist málefnalegt. Þegar álit nefndarinnar eru skoðuð kemur ljós að nefndin hefur að jafnaði ekki talið, að sjónarmið tengd opinberum útgjöldum aðildarríkja séu ein og sér nægjanleg til réttlætunar á ólögmætri mismunun. Í málum sem þessum hafa aðildarríkin oft og tíðum rökstutt mismunandi meðferð einstaklinga með vísan til þess að takmarka verði greiðslur úr opinberum sjóðum með einhverjum hætti, þar sem sjóðirnir séu ekki ótæmandi. Hefur nefndin að jafnaði ekki séð ástæðu til þess að fjalla sérstaklega um slík sjónarmið, sbr. ofangreind mál og einnig mál *Schmitz-de Jong gegn Hollandi*¹⁵⁵ og *Derksen gegn Hollandi*.¹⁵⁶ Í þessu samhengi verður þó að árétta, að nefndin er ekki bundin af málsforræðisreglu eða álíka reglum, og ber því ekki skylda til þess að fjalla sérstaklega um málsástæður aðildarríkja, þar með talin þau sjónarmið sem þau færa fram til réttlætunar á umdeildri mismunun. Þrátt fyrir ofangreinda framkvæmd nefndarinnar hefur hún í að minnsta kosti tveimur málum tekið tillit til sjónarmiða sem tengjast ríkisútgjöldum við mat á lögmæti mismununar. Í máli *Oulajin og Kaiss gegn Hollandi* tók nefndin tillit til þess, við mat á því hvort mismunun á milli bóta vegna eigin barna og fósturbarna væri byggð

¹⁵⁴ Í fyrra máli *Pauger gegn Austurríki* taldi nefndin að löggjöf, sem mismunaði kæranda á grundvelli kynferðis hans og leiddi til skerðingar á lífeyrisréttindum, væri ólögmæt. Í síðari máli *Pauger gegn Austurríki* hélt kærandi því fram að ólögmætrar mismununar á grundvelli kynferðis gætti enn gagnvart sér, þar sem framreikningur á lífeyri hans hefði verið reiknaður út frá hinum skerta lífeyri. Féllst nefndin á það með kærandi og taldi því að austurríska ríkið hefði gerst brotlegt gegn 26. gr. SBSR í annað skipti gegn kæranda.

¹⁵⁵ Álit nefndarinnar, *Schmitz-de Jong gegn Hollandi*, 16. júlí 2001 (855/1999).

¹⁵⁶ Álit nefndarinnar, *Derksen gegn Hollandi*, 1. apríl 2004 (nr. 976/2001).

á málefnalegum sjónarmiðum, að ákveðnar takmarkanir á bótagreiðslum væru óumflýjanlegar. Í máli *Snijders o.fl. gegn Hollandi*¹⁵⁷ féllst nefndin á það sjónarmið hollenska ríkisins, að mismunandi meðferð einstaklinga við greiðslu mótframlaga til ríkisins væri réttlæt看leg, þar sem að öðrum kosti yrði almannatryggingarkerfið í Hollandi of útgjaldafrekt.

4.4.2.3. Sjónarmið um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu

Í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi* töldu 742 fyrrverandi meðlimir franska hersins, sem voru senegalskir ríkisborgarar, að þeim hefði verið mismunað með ólögmætum hætti þegar lífeyrir þeirra var skertur á meðan fyrrverandi hermenn, sem væru franskir ríkisborgarar, héldu fullum lífeyri. Franska ríkið viðurkenndi að kærundur hefði sætt mismunun. Ríkið færði hins vegar fram þrenns konar sjónarmið til réttlæt看ingar á mismunun. Á meðal þeirra var það sjónarmið, að mismununin væri réttlæt看leg, þar sem framkvæmd lífeyrismála í Senegal væri miklum erfiðleikum bundin fyrir frönsk stjórnvöld. Erfitt væri að auðkenna viðkomandi einstaklinga og fjölskylduaðstæður þeirra og byði slíkt upp á misnotkun lífeyriskerfisins. Nefndin var á öðru máli og taldi að hvorki óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu né möguleiki á misnotkun á kerfinu gætu réttlætt mismunandi meðhöndlun einstaklinga.

Athyglisvert er að skoða niðurstöðu nefndarinnar í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi* í ljósi álita hennar í málum *Järvinen gegn Finnlandi*¹⁵⁸ annars vegar og *Foin gegn Frakklandi*¹⁵⁹ hins vegar. Í málunum voru kærundur andstæðingar herskyldu sem töldu að þeir hefðu sætt ólögmætri mismunun, þar sem sá tími sem þeir þyrftu að sinna í þjónustu í þágu hins opinbera var tvöfalt lengri en sá tími sem hermenn þyrftu að sinna í herþjónustu.

Í máli *Järvinen gegn Finnlandi* hélt finnska ríkið því fram að hin meinta ólögmæta mismunun réttlættist af málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Lög um þjónustu í þágu ríkisins gerðu ráð fyrir að skyldutími þjónustu andstæðinga herskyldu væri 16 mánuðir, á meðan skyldutími herþjónustu væri einungis átta mánuðir. Með lögunum hefði verið vikið frá þeirri framkvæmd að staðreyna með sérstakri rannsókn hvort um einlæga sannfæringu einstaklings, sem segðist vera andstæðingur herskyldu, væri að ræða eða einungis leið viðkomandi til þess að komast undan herþjónustu. Þeir sem teldu sig vera andstæðinga herskyldu þyrftu ekki lengur að sannfæra yfirvöld um sannfæringu sína eða skoðanir, heldur væri tvöfalt lengri þjónustutími látinn nægja sem staðfesting á því að um raunverulega sannfæringu viðkomandi væri að ræða. Nefndin féllst á þessi sjónarmið og benti auk þess á að tilgangur hinnar umdeildu löggjafar væri að auka skilvirkni og hagkvæmni í stjórnsýslu á þessu sviði. Líta yrði til þess hagræðis sem fælist í því fyrir viðkomandi einstaklinga að þurfa ekki lengur að sannfæra yfirvöld um sannfæringu sína

¹⁵⁷ Álit nefndarinnar, *Snijders o.fl. gegn Hollandi*, 27. júlí 1998 (nr. 651/1995).

¹⁵⁸ Álit nefndarinnar, *Järvinen gegn Finnlandi*, 25. júlí 1990 (nr. 295/1988).

¹⁵⁹ Álit nefndarinnar, *Foin gegn Frakklandi*, 3. nóvember 1999 (nr. 666/1995).

eða skoðun, sem væri oft á tíðum erfiðleikum bundið. Nefndin taldi að umrædd lögjöf væri hvorki byggð á ómálefnalegum né refsikenndum sjónarmiðum og því hefði ekki verið um brot á 26. gr. að ræða.

Líkt og sjá má af niðurstöðu nefndarinnar viku hún frá mati sínu á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi*. Í máli *Järvinen gegn Finnlandi* skiluðu tveir nefndarmenn séráliti, þar sem þeir komust að þeirri niðurstöðu að um ólögmæta mismunun hefði verið að ræða. Töldu nefndarmennirnir að sá greinarmunur sem gerður væri skyldutíma samfélagsþjónustu annars vegar og herþjónustu hins vegar hefði ekki verið réttlættur með vísan til málefnalegra sjónarmiða á borð við sérstakt eðli annarrar hvorrar þjónustunnar eða þess að sérstakrar þjálfunar væri þörf. Þvert á móti hefði sú breyting laganna, að taka upp lengri þjónustutíma í stað þess að sannreyna sannfæringu þeirra sem ekki vildu gegna herskyldu, verið byggð á því að slíkt fyrirkomulag leiddi til aukins hagræðis í stjórnsýslu. Slíkt leiddi hins vegar til þess að þeim einstaklingum, sem væru í raun og veru andstæðingar herskyldu, væri refsað með lengri þjónustutíma, og fælu lögin því í sér ólögmæta mismunun á grundvelli skoðana. Bent hefur verið á að mismunandi mat nefndarinnar á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi* og *Järvinen gegn Finnlandi* hins vegar megi hugsanlega skýra með vísan til þess að í síðarnefnda málinu fólu hin umdeildu lög í sér ákveðið hagræði fyrir kæranda á meðan lögin í fyrnefnda málinu leiddu einungis til skerðingar á réttindum kæranda.¹⁶⁰ Slík ályktun fær hins vegar tæplega staðist í ljósi niðurstöðu nefndarinnar í máli *Foin gegn Frakklandi*.¹⁶¹

Í málinu tók nefndin til skoðunar hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið lægju að baki þeirri mismunun sem fólst í því að andstæðingar herskyldu þyrftu að sinna þjónustu í þágu hins opinbera í tvöfalt lengri tíma en hermenn. Slík sjónarmið gætu að mati nefndarinnar t.d. verið nauðsyn á sérstakri þjálfun einstaklings til þess að sinna þjónustu sinni eða sérstaks eðlis þeirrar þjónustu sem innt er af hendi. Í máli því sem væri til umfjöllunar hefði franska ríkið hins vegar ekki stutt málatilbúnað sinn með vísan til slíkra sjónarmiða heldur hefði ríkið vísað til almennra sjónarmiða án sérstakrar tilvísunar til máls kæranda. Ríkið hefði hins vegar öðru fremur byggt málatilbúnað sinn þeim röksemdum að tvöfalt lengri þjónustutími andstæðinga herskyldu réttlættist af því, að einungis með þeim hætti væri mögulegt að staðreyna hvort um einlæga sannfæringu viðkomandi einstaklings væri að ræða, eða leið hans til þess að koma sér undan herskyldu. Að mati nefndarinnar gætu slík rök ekki réttlætt mismunandi meðferð á málum einstaklinga og væri því mismunun á milli andstæðinga herskyldu annars vegar og hermanna hins vegar, hvað varðaði þjónustutíma, ekki byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Komst nefndin því að þeirri niðurstöðu að kærandi hefði verið þolandi ólögmetrar mismununar á grundvelli skoðana sinna.

¹⁶⁰ Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: The International Covenant on Civil and Political Rights, bls. 709.

¹⁶¹ Álit nefndarinnar, Foin gegn Frakklandi, 3. nóvember 1999 (nr. 666/1995).

Niðurstaða nefndarinnar var þannig í raun sú sama og í sérálitinu í máli *Järvinen gegn Finnlandi*. Nefndin breytti því á ný um stefnu þegar kom að mati á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu og taldi nú, líkt og í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi*, að sjónarmiðið réttlætti ekki mismunandi meðferð einstaklinga. Niðurstaða nefndarinnar í máli *Foin gegn Frakklandi* gefur tilefni til athugasemda. Í fyrsta lagi verður að líta til þess, að ef mismunandi mat á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu í máli *Gueye o.fl. gegn Frakklandi* annars vegar og *Järvinen gegn Finnlandi* hins vegar mátti hugsanlega réttlæta með því, að aukið hagræði í stjórnsýslu leiddi einungis til hagsbóta fyrir kæranda í síðarnefnda tilvikinu, er mat nefndarinnar á sjónarmiðinu í máli *Foin gegn Frakklandi* torskiljanlegt. Hin tvö síðarnefndu mál áttu það enda sameiginlegt að sú löggjöf sem tekist var á um hafði í för með sér að andstæðingar herskyldu þurftu ekki lengur að sannfæra yfirvöld um sannfæringu sína eða skoðun. Samkvæmt hinum umdeildu lögum, bæði í Finnlandi og Frakklandi, þurftu andstæðingar herskyldu einungis að leggja inn umsókn um að þeir vildu sinna þjónustu sinni í þágu hins opinbera með öðrum hætti en með herþjónustu, og sinntu þeir þá þjónustu í tvöfalt lengri tíma. Í því fólst hið stjórnsýslulega hagræði.¹⁶² Aðstæður kæranda og atvik málanna tveggja voru að öllu leyti sambærileg og má því segja að stefnubreyting nefndarinnar megi alfarið rekja til breyttra skoðana á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu. Í öðru lagi tók nefndin í engu tillit til þeirra sjónarmiða sem franska ríkið færði fram sem réttlætingu á hinni meintu ólögsmætu mismunun, en í ofangreindu séráliti í máli *Järvinen gegn Finnlandi* töldu nefndarmenn meðal annars að skortur að slíkum sjónarmiðum hefði leitt til brots finnska ríkisins á 26. gr. SBSR. Eins og fram hefur komið ber nefndinni ekki skylda til þess að taka sjónarmiða aðildarríkja til efnislegrar umfjöllunar. Atvik mála og málalíbúnaður aðildarríkja getur þó verið með þeim hætti, að erfitt er að komast hjá slíku. Færa má rök fyrir því að mál *Foin gegn Frakklandi* sé eitt þeirra mála, líkt og bent var í séráliti þriggja nefndarmanna. Töldu nefndarmennirnir að vel gæti verið réttlætanlegt að krefja andstæðinga herskyldu um lengri þjónustutíma en hermenn í herþjónustu, og vísuðu þeir til niðurstöðu nefndarinnar í máli *Järvinen gegn Finnlandi* í því samhengi. Að mati nefndarmanna yrði sú skipan laganna, að andstæðingar herskyldu sinntu þjónustu í tvöfalt lengri tíma en hermenn ekki réttlætt eingöngu með vísan til þess að einungis með þeim hætti mætti staðreyna sannfæringu þeirra. Aðildarríkið hefði hins vegar fært fram frekari sjónarmið,

¹⁶² Athuga verður að í máli *Foin gegn Frakklandi* hélt franska ríkið ekki þeirri málsástæðu sérstaklega á lofti, að hin umdeildu lög hefðu í för með sér hagræði við framkvæmd stjórnsýslu, heldur létu nægja að vísa röksemdafærslu nefndarinnar í máli *Järvinen gegn Finnlandi*.

sem væru að mati nefndarmannanna málefnaleg og hlutlæg og réttlættu hinn tvöfalt lengri þjónustutíma. Sjónarmiðin voru meðal annars þau, að þeir sem ekki vildu gegna herskyldu gætu valið um störf sem þeir sinntu, lagt til hugsanlega vinnuveitendur og ennfremur unnið störf sem féllu að atvinnu þeirra eða menntun. Þá sinntu andstæðingar herskyldu þjónustu sinni innan Frakklands í öllum tilvikum en hermenn þyrftu oft að sinna herþjónustu við erfiðar aðstæður erlendis sem að auki fæli í sér skerðingu á athafnafrelsi. Þá fengju þeir sem ekki vildu gegna herskyldu ennfremur betri laun fyrir þjónustu sína en voru greidd fyrir herþjónustu. Í niðurstöðu meirihluta nefndarinnar var hins vegar, eins og áður sagði, ekkert þessara sjónarmiða tekið til umfjöllunar. Í niðurstöðunni sagði einfaldlega, að franska ríkið hefði ekki stutt málatilbúnað sinn með vísan til málefnalegra og hlutlægra sjónarmiða á borð við nauðsyn á sérstakri þjálfun einstaklings til þess að sinna þjónustu sinni eða sérstaks eðlis þeirrar þjónustu sem innt er af hendi. Ríkið hefði eingöngu, vísað til almennra sjónarmiða án sérstakrar tilvísunar til máls kæranda. Í síðari álitum sem varðað hafa meinta ólögmæta mismunun gagnvart andstæðingum herskyldu í Frakklandi hefur nefndin haldið sig við þá stefnu, við mat á sjónarmiðinu um óhagræði við framkvæmd stjórnarsýslu, sem hún markaði með álitu sínu í máli *Foin gegn Frakklandi*. Að sama skapi voru veitt sérálit í umræddum málum, þar sem komist var að gagnstæðri niðurstöðu.¹⁶³

4.4.2.4.Sjónarmið um frjálst val einstaklinga

Nefndin hefur almennt ekki fallist á að um ólögmæta mismunun sé að ræða í tilvikum þegar einstaklingar hafa átt frjálst val um tvo eða fleiri valkosti og þegar þeim hefur að auki verið ljóst hvaða réttindi og hvaða skyldur hver valkostur um sig fæli í sér. Þessu til stuðnings má nefna mál *Danning gegn Hollandi*, *Sprenger gegn Hollandi*, *Hoofdman gegn Hollandi*¹⁶⁴ og *Derksen gegn Hollandi*, en í öllum málunum töldu kærendur að á grundvelli hjúskaparstöðu sinnar væri þeim mismunaði við greiðslur úr almannatryggingarkerfi í Hollandi.

Í máli *Danning gegn Hollandi* hafði kærandi lent í bílslysi, lamast hlotið örorku. Samkvæmt lögum fengu öryrkjar í hjúskap hærra bætur en þeir sem ekki voru í hjúskap. Kærandi var hins vegar í sambúð og að auki trúlofaður og taldi að með þessu hefði honum verið mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli hjúskaparstöðu sinnar. Nefndin féllst ekki á þetta og taldi, í ljósi útskýringa hollenska ríkisins, að málefnaleg og hlutlæg sjónarmið byggju hinni umdeildu mismunun að baki. Í því samhengi benti

¹⁶³ Manfred Nowak: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, bls. 614. Um er að ræða álit nefndarinnar í máli Maille gegn Frakklandi, 11. júlí 1997 (nr. 689/1996), annars vegar og í málum Vernier og Nicholas gegn Frakklandi, 11. júlí 1997 (690 og 691/1996), hins vegar.

¹⁶⁴ Álit nefndarinnar, Hoofdman gegn Hollandi, 3. nóvember 1998 (nr. 602/1994).

nefndin á að ákvörðun um að ganga í hjúskap, sem hefði ákveðin réttáhrif í för með sér, væri komin undir einstaklingum sjálfum. Með því að taka þá ákvörðun að ganga ekki í hjúskap hefðu kærandi og sambýliskona hans ekki tekist á hendur þær skyldur og þá ábyrgð sem það sambúðarform hefði í för með sér. Af því leiddi að kærandi og sambýliskona hans fengju ekki fullar örorkubætur á borð við þær sem veittar væru einstaklingum í hjúskap. Því væri mismunur sýnilegur, sem kærandi þurfti að sæta, ekki ólögmæt í skilningi 26. gr. SBSR.

Til þess að nefndin fallist á að mismunur hafi verið lögmæt vegna þess að einstaklingar geti valið um tvo kosti, líkt og í framangreindum málum verður valið að hafa verið frjálst að öllu leyti. Á þetta mikilvæga atriði er bent í sérálit tveggja nefndarmanna í máli *Joslin gegn Nýja-Sjálandi*,¹⁶⁵ en í málinu hafði tveimur lesbíum verið sýnt um leyfi til að ganga í hjónaband þar sem ný-sjálensk lög gerðu ráð fyrir því að hjónaband væri eingöngu á milli einstaklinga af gagnstæðu kyni. Vísuðu nefndarmennirnir til máls *Danning gegn Hollandi* og tóku fram, að niðurstaða þess máls gæti ekki átt við um kærendur þar sem þeir hefðu ekki, sökum kynhneigðar sinnar, frjálst val um það hvort þeir gengju í hjúskap eða ekki. Sjónarmiðið um frjálst val einstaklinga hafði einnig mikið að segja í niðurstöðu nefndarinnar í málum *Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni*¹⁶⁶ og *Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð*.¹⁶⁷ Í síðarnefnda málinu töldu kærendur sér mismunnað með ólögmætum hætti þar sem þeir þyrftu að standa straum af kostnaði vegna skólagöngu barna sinna í einkaskóla, á meðan foreldrar barna í opinberum skólum fengu kostnaðinn niðurgreiddan að hluta til. Nefndin féllst ekki á þetta með kærendum, sbr. neðangreind reifun.

Nefndin taldi að mismunandi meðferð nemenda eftir því hvort þeir væru í opinberum skóla eða einkaskóla væri byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Benti nefndin á að foreldrum væri frjálst að velja á milli opinberra skóla og einkaskóla fyrir skólagöngu barna sinna. Ákvörðun kæranda hefði ekki byggst á þrýstingi frá sænska ríkinu heldur hefði verið um að ræða frjálst val af þeirra hálfu. Nefndin benti hins vegar á að slíkt val hefði margvísleg áhrif í för með sér, svo sem að greiða þyrfti fyrir kennslu barnanna, flutning til og frá skóla, skólabækur og skólamáltíðir. Nefndin taldi að ekki væri um ólögmæta mismunur að ræða gagnvart foreldrum sem velja af fúsum og frjálsum vilja að nýta sér ekki fríðindi sem allir gætu nýtt sér með almennum hætti. Taldi nefndin því að sænska ríkið hefði ekki brotið gegn 26. gr. SBSR.

Mál *Waldman gegn Kanada*¹⁶⁸ varðaði einnig fjárhagsstuðning frá hinu opinbera í tengslum við skólagöngu barna. Sá mikilvægi munur var þó á því máli og máli *Lindgren o.fl.*

¹⁶⁵ Álit nefndarinnar, *Joslin gegn Nýja-Sjálandi*, 17. júlí 2002 (nr. 902/1999).

¹⁶⁶ Álit nefndarinnar, *Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni*, 17. mars 2006 (nr. 1164/2003).

¹⁶⁷ Álit nefndarinnar, *Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð*, 9. nóvember 1990 (nr. 298/1988 og 299/1988).

¹⁶⁸ Álit nefndarinnar, *Waldman gegn Kanada*, 3. nóvember 1999 (nr. 694/1996).

og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð að kærandi taldi sér ekki mismunað í samanburði við foreldra barna sem gengu í opinberan skóla, heldur gagnvart foreldrum barna sem gengur í annan einkaskóla.

Atvik voru með þeim hætti að kærandi var gyðingur og sendi börn sín í einkaskóla sem ætlaður var börnum af gyðingatrú. Samkvæmt lögum voru rómversk-kaþólskir einkaskólar hins vegar einu trúarlegu einkaskólarnir, sem fengu fullan og beinan fjárhagsstuðning frá hinu opinbera. Taldi kærandi að með þessu væru honum og börnum hans mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli trúar. Kanadíska ríkið gerði tilraun til þess að réttlæta mismununina, meðal annars með þeim röksemdum að hin umdeilda skipan væri byggð á ákvæðum kanadísku stjórnarskrárinnar, þar sem gert væri ráð fyrir rómversk-kaþólskum skólum sem sérstökum hluta hins opinbera skólakerfis. Mismununin væri því í raun ekki á milli kaþólsk-rómverskra einkaskóla og annarra einkaskóla af trúarlegum toga, heldur opinberra skóla og einkaskóla. Féllst nefndin ekki á þessar röksemdir og benti á að einkaskólar, sem væru af öðrum trúarlegum toga en rómversk-kaþólskum, ættu ekki möguleika á því að vera felldir inn í hið opinbera skólakerfi. Nefndin áleit því að mismununin á milli á rómversk-kaþólskra einkaskóla, sem nytu opinbers fjárstuðnings sem sérstakur hluti hins opinbera menntakerfis, og skóla er höfðu gyðingatrú að leiðarljósi og væru einkaskólar af nauðsyn, gæti ekki talist byggð á sjónarmiðum sem væru málefnaleg og hlutlæg.

Í málinu var sú staða því uppi að kæranda var mismunað með ólögmætum hætti þar sem valfrelsi hans var skert á grundvelli trúar. Á meðan foreldrar, af rómversk-kaþólskri trú, gátu valið á milli rómversk-kaþólskra, opinberra skóla eða einkaskóla þannig að þeir nytu ekki fjárhagsstuðnings einungis ef þeir veldu síðastnefnda kostinn, var staða foreldra af gyðingatrú önnur. Með tilliti til kostnaðar vegna skólagöngu barna þeirra voru valkostirnir í raun aðeins tveir; einkaskóli sem byggði á gyðingatrú eða annars konar einkaskóli annars vegar og opinber skóli hins vegar. Í þessu var hin ólögmæta mismunun málsins fólgin, og komst nefndin því að þeirri niðurstöðu að um brot á 26. gr. SBSR væri að ræða.

4.4.2.5. Greinir nefndin á milli málefnalegra og hlutlægra sjónarmiða?

Þegar álit nefndarinnar eru skoðuð í ljósi mats hennar á sjónarmiðum sem liggja til grundvallar mismunun, vaknar sú spurning hvort nefndin hafi við mat sitt greint á milli málefnalegra sjónarmiða annars vegar og hlutlægra hins vegar og metið aðskilið hvort þau sjónarmið, sem réttlæta eigi mismunun, séu í senn málefnaleg og hlutlæg. Þessari spurningu verður að svara neitandi. Almennt hefur nefndin því ekki greint á milli málefnalegra og hlutlægra sjónarmiða í niðurstöðum sínum, þó á því séu undantekningar, sem greint verður frá hér á eftir. Nefndin hefur þess í stað látið nægja að vísa til þess að mismunun hafi ýmist

byggst á málefnalegum sjónarmiðum eða ekki¹⁶⁹ eða vísað með fremur almennum hætti til þess að málefnaleg og hlutlæg sjónarmið hafa ýmist legið mismunun að baki eða ekki.¹⁷⁰ Í máli *Johannes Vos gegn Hollandi* gengur nefndin skrefinu lengra, þar sem hún segir einfaldlega í niðurstöðu sinni að ákvæði laga, sem geri ráð fyrir lægri lífeyri til karla sem eru í hjúskap en til kvenna í sömu stöðu, séu brot á 26. gr. SBSR, án þess að vísa til málefnalegra eða hlutlægra sjónarmiða eða sjónarmiða af öðru tagi.

Í niðurstöðu nefndarinnar í *Oulajin og Kaiss gegn Hollandi* gefur hins vegar að finna undantekningu frá framangreindri framkvæmd, en þar greinir nefndin með skýrum hætti á milli málefnalegra sjónarmiða annars vegar og hlutlægra hins vegar við mat á þeim sjónarmiðum sem lágu umdeildri löggjöf að baki. Í málinu féllst nefndin á það með hollenska ríkinu að mismunun á milli eigin barna og fösturbarna við greiðslu barnabóta væri hlutlæg, en mat einnig hvort mismununin væri byggð á málefnalegum sjónarmiðum. Taldi nefndin svo ekki vera. Þá greindi nefndin einnig á milli málefnalegra og hlutlægra sjónarmiða í niðurstöðum sínum í málum *Blazek o.fl. gegn Tékklandi*, *Marik gegn Tékklandi*,¹⁷¹ *Kriz gegn Tékklandi*¹⁷² og *Gratzinger gegn Tékklandi*.¹⁷³ Í málunum voru atvik með þeim hætti að kærændur höfðu flúið land í kjölfar eignaupptöku og pólitískra ofsókna fyrrum kommúnistastjórnar í Tékkóslóvakíu. Eftir hrun kommúnismans árið 1991 voru sett lög í Tékklandi sem höfðu það að markmiði að færa þolendum eignaupptöku eignir sínar á nýjan leik eða, væri slíkt ekki mögulegt, greiða þeim bætur. Einstaklingar urðu hins vegar að uppfylla það skilyrði að vera tékkneskir ríkisborgarar á þeim tíma sem krafa um endurheimt var lögð fram. Kærændur höfðu misst tékkneskan ríkisborgararétt sinn við flóttu úr landi vegna pólitískra ofsókna og var kröfu þeirra því hafnað. Í niðurstöðum sínum í málunum taldi nefndin að skilyrði hinna umdeildu laga um tékkneskan ríkisborgararétt væri hlutlægt en beiting þess gagnvart kærendum hefði verið ómálefnaleg. Hér var því talið um óbeina ólögmæta mismunun að ræða eins og í fjölda annarra kærumála gegn Tékklandi, sem einnig varða eignaupptöku fyrrum kommúnistastjórnar í Tékkóslóvakíu og mismunun á grundvelli ríkisborgararéttar, sem leiddi af löggjöf um endurheimt eigna.¹⁷⁴ Í þeim málum greindi

¹⁶⁹ Sjá til að mynda álit nefndarinnar, Broeks gegn Hollandi, Zwaan-de Vries gegn Hollandi, Pauger gegn Austurríki (fyrra mál),

¹⁷⁰ Sjá til að mynda álit nefndarinnar, Danning gegn Hollandi, Foin gegn Frakklandi, Waldman gegn Kanada og Young gegn Ástralíu.

¹⁷¹ Álit nefndarinnar, Marik gegn Tékklandi, 26. júlí 2005 (945/2000).

¹⁷² Álit nefndarinnar, Kriz gegn Tékklandi, 1. nóvember 2005 (nr. 1054/2002).

¹⁷³ Álit nefndarinnar, Gratzinger gegn Tékklandi, 24. júlí 2007 (1463/2006).

¹⁷⁴ Þau álit sem um ræðir eru eftirfarandi: Simunek o.fl. gegn Tékklandi, 19. júlí 1995 (nr. 516/1992), Adam gegn Tékklandi, 23. júlí 1996 (nr. 566/1993), Blazek o.fl. gegn Tékklandi, 12. júlí 2001 (nr. 857/1999), Zdeneck og Ondracka gegn Tékklandi, 17. apríl 2006 (nr. 1533/2006), Polacková og Polacek gegn Tékklandi, 24. júlí

nefndin hins vegar ekki á milli málefnalegra og hlutlægra sjónarmiða, heldur lét nægja að tiltaka að beiting skilyrðisins um tékkneskan ríkisborgararétt hefði verið ómálefnaleg gagnvart kærendum. Ekki verður fullyrt um af hverju nefndin kys í sumum tékknesku eignaupptökumálanna að greina á milli sjónarmiða en í öðrum ekki. Slíkt má hins vegar einu gilda fyrir niðurstöðu málanna og auk þess má ganga út frá því, að hafi nefndin metið skilyrði tékkneskra laga um ríkisborgararétt hlutlægt í fjórum málanna, hafi hún einnig talið það hlutlægt í hinum málunum.

4.4.3. *Mismunandi beiting mælikvarða nefndarinnar eftir ástæðu mismununar*

4.4.3.1. Inngangur

Í umfjöllun um reglu 26. gr. SBSR um jafnræði fyrir lögnum í kafla 3.3 kemur meðal annars fram, að aðildarríki geti talist hafa brotið gegn reglunni jafnvel þótt meint ólögmæt mismunun byggist ekki á neinu þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr. sem grundvöllur mismununar né á öðrum aðstæðum sem tengja megi við varanleg eða stöðug einkenni þeirra, ýmist þau sem tengd eru einstaklingum með óafturkræfum hætti, á borð við litarhátt og kynferði, eða þau sem talin verða hluti af persónuleika einstaklinga, s.s. trú, stjórn málaaskoðanir eða aðrar skoðanir. Líkt og mál *Fábryová gegn Tékklandi* og *Kavanagh gegn Írlandi* sýna tekur nefndin til efnislegrar umfjöllunar hvort einstaklingum hafi verið mismunað með ólögmætum gagnvart öðrum einstaklingum í sambærilegri stöðu, án þess að rekja megi mismununina til þess að þeir tilheyri ákveðnum hópi á grundvelli varanlegra eða stöðugra einkenna sinna. Þegar skoðuð eru álit nefndarinnar í málum sem varða meint brot á hinni meginreglu 26. gr., reglunni um jafna lagavernd, kemur í ljós að hið sama gildir þar. Nefndin hefur til að mynda tekið lögmati mismununar til efnislegrar umfjöllunar í málum sem varðað hafa mismunun á milli foreldra eftir því hvort börn þeirra ganga í einkaskóla eða opinbera skóla, sbr. mál *Blom gegn Svíþjóð*¹⁷⁵ og *Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð*¹⁷⁶ og þegar mismunun er á milli lækna eftir því hvort þeir starfi á einkastofu og opinberri heilbrigðisstofnun eða eingöngu á opinberri heilbrigðisstofnun, sbr. mál *Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni*.¹⁷⁷

2007 (1445/2006), Süsler gegn Tékklandi, 25. mars 2008 (1488/2006) og Lnenicka gegn Tékklandi, 25. mars 2008 (1484/2006).

¹⁷⁵ Álit nefndarinnar, Blom gegn Svíþjóð, 4. apríl 1988 (nr. 191/1985).

¹⁷⁶ Álit nefndarinnar, Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð, 9. nóvember 1990 (nr. 298/1988 og 299/1988).

¹⁷⁷ Álit nefndarinnar, Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni, 17. mars 2006 (nr. 1164/2003).

Athyglisvert er að skoða niðurstöður nefndarinnar út frá grundvelli mismununar í hverju máli fyrir sig, þ.e. eftir því hvort mismunun hafi verið byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. eða hvort hún byggist á „öðrum aðstæðum”, hvort sem tengja megi þær varanlegum eða stöðugum einkennum kæranda eða ekki. Sú spurning vaknar hvort nefndin beiti mælikvarða sínum á lögmæti mismununar með öðrum hætti þegar mismunun er byggð á atriðum sem talin eru falla undir „aðrar aðstæður”. Með öðrum orðum þá er spurningin sú hvort ástæða mismununar sé í raun hluti af mati nefndarinnar á því hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið hafi legið mismunun að baki eða ekki. Könnun á niðurstöðum nefndarinnar út frá ástæðu mismununar í hverju máli fyrir sig rennir stoðum undir að sú sé raunin og á það sérstaklega við í málum þar sem einstaklingum er mismunað á grundvelli kynferðis.

4.4.3.2. Mismunun byggð á kynferði

Þess hefur áður verið getið að kynferði er eitt þeirra atriða sem bannað er að byggja mismunun á samkvæmt 26. gr. Þegar skoðað er hvort nefndin beiti mælikvarða sínum á lögmæti mismununar með öðrum hætti þegar mismunun er byggð á kynferði en á öðrum atriðum er nærtækt að líta til fjölda kærumála sem varða félagsleg réttindi og almannatryggingarkerfi aðildarríkja, einkum hollenska almannatryggingarkerfið. Athyglisvert er að bera saman niðurstöður nefndarinnar í málum *Broeks gegn Hollandi*, *Zwaan-de Vries gegn Hollandi* og *Pauger gegn Austurríki (fyrri mál)*, þar sem hin meinta ólögmæta mismunun byggdist á kynferði, annars vegar og niðurstöðu mála *Danning gegn Hollandi*, *Sprenger gegn Hollandi*, *Hoofdman gegn Hollandi* og *Derksen gegn Hollandi*, sem vörðuðu mismunun á grundvelli hjúskaparstöðu og falla því undir mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna”, hins vegar. Öll málín snerust um skerðingu eða niðurfellingu á greiðslum úr almannatryggingarkerfi. Í fyrirnefndu málunum tók nefndin ekki sérstakt tillit til þeirra sjónarmiða sem aðildarríkin færðu fram til réttlætningar á mismunun, heldur bentu á ákvæði í lögum sem mæltu fyrir um jafnan rétt og jafnar skyldur karla og kvenna og taldi einfaldlega að mismunun grundvelli kynferðis væri ekki málefnaleg. Í síðarnefndu málunum tók nefndin hins vegar sjónarmið aðildarríkjanna til greina og komst að þeirri niðurstöðu að málefnaleg og hlutlæg sjónarmið hefðu legið hinni umdeildu mismunun að baki. Hafa verður þó í huga þegar metið hvort samanburður á niðurstöðum nefndarinnar í hinum tveimur ofangreindu flokkum mála sýni fram á ólíka beitingu nefndarinnar á mælikvarðanum eftir ástæðu mismununar hverju sinni, að niðurstaða hollensku hjúskaparmálanna var að miklu leyti byggð á því að um frjálst val einstaklinga hefði verið að ræða, hvort þeir gengju í hjúskap eða ekki, sbr.

umfjöllun í kafla 4.4.2.4. Hvað sem slíkum vangaveltum líður þá er ljóst að ráða má af niðurstöðum nefndarinnar í málum *Broeks gegn Hollandi, Zwaan-de Vries gegn Hollandi og Pauger gegn Austurríki (fyrra mál)*, að við mat á því hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið hafi legið mismunun að baki, gefur nefndin þeirri ástæðu sem mismununin var byggð á, þ.e. kynferði, mikið vægi. Athyglisvert er að skoða niðurstöðu nefndarinnar í máli *Müller og Engelhard gegn Namibíu* í þessu samhengi, en segja má að í því máli hafi nefndin tekið af öll tvímæli um vægi þess að mismunun sé byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr.

Í málinu voru kærendur hjón og vildi eiginmaðurinn taka upp nafn eiginkonu sinnar. Samkvæmt namibísku útlendingalögunum varð eiginmaður, vildi hann taka upp eftirnafn eiginkonu sinnar, að fara í sérstakt umsóknarferli og uppfylla nánar tiltekin formskilyrði. Eiginkonur, sem vildu taka upp eftirnafn eiginmanns síns, þurftu hins vegar ekki að undirgangast slíkt ferli, heldur tóku þær sjálfkrafa eftirnafn eiginmanns. Um mismunun á grundvelli kynferðis var því að ræða, en namibíska ríkið taldi að tiltekin sjónarmið væru málefnaleg og hlutlæg réttlætning á umræddri mismunun. Nefndin tók því til skoðunar hvort umrædd sjónarmið réttlættu þá mismunun sem í lögunum væri. Áður en að því kom tók nefndin hins vegar fram, að þegar um væri að ræða mismunun á grundvelli einhverra þeirra atriða, sem bannað er að byggja mismunun á samkvæmt 26. gr., yrði að gera þeim mun ríkari kröfur til rökstuðnings aðildarríkis fyrir tilvist mismununarinnar. Nefndin þyrfti því að taka afstöðu til þess hvort þau sjónarmiðin væru nægilega sterk og veigamikil til þess að mismununin væri allt að einu lögmæt, þrátt fyrir að hún byggði á einu þeirra atriða sem upptalin væru í 26. gr. Komst nefndin að þeirri niðurstöðu að svo væri ekki. Taldi nefndin að með meginregluna um jafnræði kynjanna í huga gæti namibíska ríkið ekki réttlætt mismunun á grundvelli kynferðis með því að um langa og ríka hefð væri að ræða. Þá áleit nefndin, að sú skipan laganna, að setja strangari og ítarlegri skilyrði í þeim tilvikum þegar eiginmaður hefur ákveðið að taka upp eftirnafn eiginkonu sinnar, sem yrði þá um leið nafn fjölskyldu þeirra, en í tilvikum þar sem aðstæður væru með gagnstæðum hætti, væri ekki málefnaleg. Í öllu falli væru rök namibíska ríkisins ekki nægilega veigamikil til þess að þeim væri gefið þyngra vægi en því að mismunun á grundvelli kynferðis væri almennt ólögmæt.

Af ofangreindu álitni má glögglega sjá að nefndin telur að aðildarríki þurfi að færa fram veigameiri sjónarmið og sterkari rökstuðning í þeim tilvikum þegar mismunun í löggjöf þeirra er byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr., en í þeim tilvikum þegar mismunun löggjafar grundvallast á „öðrum aðstæðum”. Af álitni nefndarinnar má ennfremur ráða að sjónarmið til réttlætningar þurfi að vera sérstaklega veigamikil í tilviki mismununar á grundvelli kynferðis, sem kann að vera eðlileg niðurstaða í ljósi þess sess sem jafnræði milli kynjanna skipar í SBSR og í mannréttindastarfi Sameinuðu Þjóðanna almennt. Mikilvægt getur því verið fyrir kærendur að sýna fram á að sú mismunun sem þeir telja sig hafa þurft að þola hafi verið byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. SBSR og í ljósi ofangreindrar umfjöllunar má draga þá ályktun að kærendur sem byggja á ólögmætri

mismunun á grundvelli kynferðis séu í sérstaklega sterkri stöðu. Fær ályktun þessi stoð í niðurstöðu nefndarinnar í máli *Toonen gegn Ástralíu*.¹⁷⁸ Í málinu taldi kærandi að tiltekin ákvæði hegningarlaga Tasmaníu mismunuðu honum sem samkynhneigðum einstaklingi, þar sem ákvæðin lýstu refsiverðri háttsemi sem fólst í kynferðislegu sambandi tveggja fullorðinna karlmannna. Undir meðferð málsins leitaði ástralska ríkið svara við því hvort rétt væri að túlka 26. gr. á þann veg, að mismunun á grundvelli kynhneigðar félli undir bann ákvæðisins við mismunun vegna „annarra aðstæðna”. Nefndin taldi svo ekki vera; bann 26. gr. við mismunun vegna kynferðis ætti fremur að túlka á þann veg, að undir það félli einnig bann við mismunun á grundvelli kynhneigðar.¹⁷⁹ Staðfesti nefndin þessa túlkun sína í máli *Young gegn Ástralíu*.¹⁸⁰ Þannig er ljóst að nefndin lítur svo á, að þegar um er að ræða meinta ólögmæta mismunun byggða á kynhneigð þurfi veigameiri sjónarmið til réttlættingar slíkri mismunun en þegar mismunun er byggð á öðrum atriðum, sem ekki eru upp talin í 26. gr. Komst nefndin enda að þeirri niðurstöðu í báðum ofangreindum málum, að kærundur hefðu sætt ólögmætri mismunun á grundvelli kynhneigðar sinnar.¹⁸¹

4.4.3.3. Samantekt

Þegar litið er til álitna nefndarinnar í heild sinni kemur í ljós að niðurstöður þeirra hafa að meginstefnu til verið í samræmi við það sem fram kemur í máli *Müller og Engelhard gegn Namibíu*. Veigameira sjónarmið þarf því jafnan til þegar mismunun er byggð á einhverju þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. Fyrir utan álit sem varða mismunun byggða á kynferði má nefna sem dæmi nokkurn fjölda kærumála gegn aðildarríkjum í Suður-Ameríku og Afríku, þar sem haldið er fram ólögmætri mismunun byggðri á stjórnmálaskoðunum. Í nær öllum þessum álitum hefur nefndin komist að þeirri niðurstöðu að brotið hafi verið gegn 26. gr.¹⁸² Gagnályktun frá *Müller og Engelhard gegn Namibíu* leiðir til þeirrar niðurstöðu að ekki þurfi jafn sterk sjónarmið til þess að réttlæta mismunun sem byggð er á „öðrum aðstæðum” í skilningi 26. gr. Kemur enda í ljós að, með mikilvægum undantekningum þó, er afar sjaldgæft

¹⁷⁸ Álit nefndarinnar, *Toonen gegn Ástralíu*, 30. mars 1994 (nr. 488/1992).

¹⁷⁹ Scott Davidson: “Equality and Non-Discrimination”, bls. 167-168.

¹⁸⁰ Álit nefndarinnar, *Young gegn Ástralíu*, 6. ágúst 2003 (nr. 941/2000).

¹⁸¹ Það athugast þó að í máli *Toonen gegn Ástralíu* lét nefndin nægja að grundvalla niðurstöðu sína á því að brotið hefði verið gegn 1. mgr. 17. gr., sbr. 1. mgr. 2. gr., SBSR, þar sem síðarnefnda greinin hefur einnig að geyma bann gegn mismunun á grundvelli kynferðis. Í máli *Young gegn Ástralíu* taldi nefndin hins vegar að brotið hefði verið gegn 26. gr.

¹⁸² Nefna má sem dæmi álit nefndarinnar, Orihuela gegn Perú, 22. mars 1991 (nr. 309/1988), Bwalya gegn Zambíu, 14. júlí 1993 (nr. 314/1988), Bahamonde gegn Gíneu, 20. október 1993 (nr. 468/1991) og Blancov gegn Níkaragúa, 20. júlí 1994 (nr. 328/1988).

að nefndin fallist á ólögmæti mismununar sem byggð er á „öðrum aðstæðum”. Nefna má sem dæmi mál sem varðað hafa mismunun á milli foreldra eftir því hvort börn þeirra ganga í einkaskóla eða opinbera skóla,¹⁸³ mismunun á milli eigin barna foreldra og fósturbarna,¹⁸⁴ mismunun á milli atvinnulausra og þeirra sem hafa atvinnu,¹⁸⁵ mismunun á milli sakborninga eftir því hvort réttað er í málum þeirra fyrir kviðdómi eða ekki,¹⁸⁶ mismunun á milli dverga og þeirra sem ekki þjást af dvergvexti,¹⁸⁷ mismunun á milli ellilífeyrisþega og þeirra sem ekki eru ellilífeyrisþegar,¹⁸⁸ mismunun á grundvelli búsetu,¹⁸⁹ mismunun á milli lækna eftir því hvort þeir starfi á einkastofu og opinberri heilbrigðisstofnun eða eingöngu á opinberri heilbrigðisstofnun,¹⁹⁰ og að lokum mismunun á grundvelli aldurs.¹⁹¹ Í öllum þessum tilvikum komst nefndin að þeirri niðurstöðu að þau sjónarmið, sem lágu að baki hinni meintu mismunun, væru nægilega veigamikil til þess að ekki væri um ólögmæta mismunun að ræða. Þær undantekningar sem um ræðir eru tvær. Í fyrsta lagi álit nefndarinnar í kærnumálum sem varða eignaupptöku í fyrrum kommúnistastjórnar Tékkóslóvakíu. Í þeim málum féllst nefndin á það með kærendum að það skilyrði tékkneskra laga fyrir endurheimt eigna, að einstaklingar yrðu að vera tékkneskir ríkisborgarar, fæli í sér óbeina mismunun gagnvart kærendum á grundvelli ríkisborgararéttar, sem ekki hefðu legið málefnaleg sjónarmið að baki. Eins og fram hefur komið er ríkisborgararéttur ekki á meðal þeirra atriða sem talin eru upp í 26. gr. Í öðru lagi komst nefndin að þeirri niðurstöðu í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi*,¹⁹² að ekki hefðu legið málefnaleg sjónarmið að baki mismununar á milli einstaklinga, sem hefðu stundað veiðar á ákveðnu tímabili, samanborið við kærendur, sem ekki hefðu stundað veiðar á þessu sama tímabili. Verða álit nefndarinnar í þessu máli gerð sérstök skil í kafla 4.5. hér á eftir.

¹⁸³ Álit nefndarinnar, Blom gegn Svíþjóð, 4. apríl 1988 (nr. 191/1985) og Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð, 9. nóvember 1990 (nr. 298/1988 og 299/1988).

¹⁸⁴ Álit nefndarinnar, Oulajin og Kaiss gegn Hollandi, 23. október 1992 (406,426/1990).

¹⁸⁵ Álit nefndarinnar, Araujo-Jongen gegn Hollandi, 22. október 1993 (nr. 418/1990).

¹⁸⁶ Álit nefndarinnar, Cheban gegn Rússlandi, 24. júlí 2001 (nr. 790/1997).

¹⁸⁷ Álit nefndarinnar, Wackenheim gegn Frakklandi, 15. júlí 2002 (854/1999).

¹⁸⁸ Álit nefndarinnar, Althammer gegn Austurríki, 8. ágúst 2003 (nr. 998/2001).

¹⁸⁹ Álit nefndarinnar, Pohl o.fl. gegn Austurríki, 9. júlí 2004 (nr. 1160/2003).

¹⁹⁰ Álit nefndarinnar, Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni, 17. mars 2006 (nr. 1164/2003).

¹⁹¹ Álit nefndarinnar, Schmitz-de Jong gegn Hollandi, 16. júlí 2001 (855/1999) og Love o.fl. gegn Ástralíu, 25. mars 2003 (nr. 983/2003).

¹⁹² Álit nefndarinnar, Erlingur Sveinn Haraldsson og Örn Ævar Sveinsson gegn Íslandi, 24. október 2007 (nr. 1306/2004).

4.4.4. Mismunandi beiting mælikvarða nefndarinnar eftir eðli réttinda

Áður hefur verið fjallað um gildissvið 26. gr. Kom þar fram að nefndin hefur, allt frá stefnumarkandi álitum sínum í málum *Broeks gegn Hollandi* og *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*, talið að jafnræðisregla 26. gr. SBSR eigi ekki einungis við í þeim tilvikum þegar einstaklingar halda því fram að þeir hafi sætt ólögmætri mismunun í tengslum við réttindi sem njóta verndar SBSR, heldur einnig þegar um er að ræða önnur réttindi, sem falla utan efnissviðs samningsins. Hefur í raun stærsti hluti álita nefndarinnar, þar sem eingöngu er fjallað um meint brot gegn 26. gr. SBSR, varðað efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sem ekki njóta verndar samkvæmt SBSR, heldur samkvæmt SEFMR. Hins vegar hefur sú skoðun komið fram, bæði hjá fræðimönnum og í sérálitum nefndarmanna, að sökum sérstaks eðlis slíkra réttinda eigi nefndin ekki að beita mælikvarða sínum á lögmæti mismununar með jafn ströngum hætti og í tilviki réttinda sem falla undir efnissvið SBSR. Nefndin hefur aldrei með skýrum hætti fallist á þessi sjónarmið. Í máli *Hendrika Vos gegn Hollandi*¹⁹³ virðist þó sem nefndin taki tillit til eðlis almannatryggingarlöggjafar í Hollandi við mat á því hvort umdeild lög hafi falið í sér ólögmæta mismunun gagnvart kæranda.

Í málinu var kærandi öryrki og fékk örorkulífeyri greiddan samkvæmt lögum þar að lútandi. Þegar fyrrum eiginmaður kæranda lést féll hins vegar réttur hennar til örorkulífeyris niður og fékk kærandi greiddan lífeyri sem ekkja í staðinn, sem var ákvarðaður lægri en örorkulífeyrinn. Karlmann sem missti eiginkonur sínar urðu hins vegar ekki af rétti sínum til örorkulífeyris samkvæmt þessum sömu lögum. Um mismunun á grundvelli kynferðis var því að ræða og taldi kærandi mismunina ólögmæta. Féllst nefndin ekki á það með kæranda. Tók nefndin fram í upphafi að mismunandi niðurstöður sem leiddu af jafnri og samfelldri beitingu löggjafar fæli ekki í sjálfu sér ólögmæta mismunun. Taldi nefndin að óhagstæð niðurstaða í tilviki kæranda, þar sem hún fékk greiddan lægri lífeyri en áður, væri afleiðing beitingar lagaákvæðis sem gengi með jöfnum hætti yfir alla einstaklinga og væri ætlað að koma í veg fyrir að lífeyrisgreiðslur sköruðust með þeim hætti að einstaklingar féllu undir fleiri en einn bótaflokk. Væri lagaákvæðið byggt á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum, sérstaklega með það í huga að markmið beggja bótaflokka, sem kærandi félli undir, væri að tryggja lífeyrisþegum lífsviðurværi.

Af niðurstöðu nefndarinnar má sjá að nefndin telur tilhögun greiðslu lífeyris í almannatryggingalöggjöf bæði málefnalega og hlutlæga og stefna að lögmætu markmiði. Kemst nefndin að þessari niðurstöðu þrátt fyrir að einstaklingum hafi verið mismunað með beinum hætti á grundvelli kynferðis í hinum umdeildu lögum. Mál *Hendrika Vos gegn Hollandi* sker sig úr að þessu leyti, þar sem það er eina málið þar sem nefndin hefur talið að

¹⁹³ Álit nefndarinnar, *Hendrika Vos gegn Hollandi*, 29. mars 1989 (nr. 218/1986). Sjá einnig álit nefndarinnar, *P.P.C. gegn Hollandi*, 24. mars 1988 (nr. 212/1986) þar sem nefndin vísaði kæru máls frá með svipuðum röksemdum.

mismunun á grundvelli kynferðis við úthlutun greiðsla úr almannatryggingarkerfi sé réttlætlanleg. Í máli *Broeks gegn Hollandi*, *Zwaan-de Vries gegn Hollandi* og *Pauger gegn Austurríki* (fyrra og seinna mál) komst nefndin að gagnstæðri niðurstöðu. Í sérálitum í málum *Sprenger gegn Hollandi* og *Oulajin og Kaiss gegn Hollandi*, sem vörðuðu bæði bótagreiðslur úr almannatryggingarkerfi, kemur skýrt fram það mat nefndarmanna, að þótt 26. gr. feli í sér sjálfstæða reglu sem banni mismunun, geti beiting reglunnar verið með mismunandi hætti, eftir eðli þeirra réttinda sem til umfjöllunar eru hverju sinni. Í séráliti nefndarmanna í máli *Oulajin og Kaiss gegn Hollandi* kemur í raun einnig fram, að nefndin ætti ekki, nema um augljósa mismunun eða geðþóttaákvarðanir yfirvalda væri að ræða, að endurmeta flókin gögn sem varði efnahagslega og félagslega þætti. Slíkt sé og ætti að vera á valdi löggjafans í aðildarríkjum, sem hafi mesta þekkingu á þörfum viðkomandi samfélags þegar kemur að efnahagslegum og félagslegum þáttum. Athyglisvert er ennfremur að líta til sérálita *Nisuke Ando* í málum *Adam gegn Tékklandi* og *Love gegn Ástralíu* í þessu samhengi, en *Ando* var einnig á meðal þeirra nefndarmanna er veittu sérálit í ofangreindu máli *Sprenger gegn Hollandi*.

Í máli *Adam gegn Tékklandi* hafði eign fjölskyldu kæranda verið gerð upptæk af fyrrum kommúnistastjórn Tékkóslóvakíu og taldi kærandi að sér hefði verið mismunað með ólögmætum hætti þar sem tékknesk lög gerðu það að skilyrði fyrir því að hann gæti endurheimt eignina, að hann væri tékkneskur ríkisborgari. Nefndin taldi að um ólögmæta mismunun hefði verið að ræða og féllst *Nisuke Ando* á niðurstöðu hennar. Hins vegar sá hann ástæðu til þess að veita sérálit varðandi eðli þeirra efnahagslegu réttinda sem til umfjöllunar voru. Benti *Ando* á að samkvæmt almennum reglum alþjóðalaga væri ríkjum frjálst að ákveða við hvernig hagkerfi þau byggju og hvaða stefnu þau fylgdu í efnahagsmálum. SBSR hefði að geyma reglu sem leggði bann við ólögmætri mismunun, en mismunun sem byggð væri á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum væri ekki ólögmæt og því leyfileg samkvæmt samningnum. Þá veitti SBSR efnahagslegum réttindum ekki vernd sem slíkum. Af þessu leiddi að nefndin yrði ætti að gæta ítrustu varfærni þegar hún tæki til skoðunar hvort komið hefði til ólögmætrar mismununar varðandi efnahagslega þætti.

Í máli *Love o.fl. gegn Ástralíu* voru kærændur flugmenn sem sagt hafði verið upp störfum þegar þeir náðu sextíu ára aldri, í samræmi við eftirlaunastefnu vinnuveitanda þeirra, og höfðu þar af leiðandi ekki möguleika á að stunda áfram þá atvinnu sem þeir kusu. Töldu kærændur að þeim hefði verið mismunað með ólögmætum hætti grundvelli aldurs en nefndin féllst ekki það. *Nisuke Ando* var sammála nefndinni um að mismunun málsins hefði ekki verið ólögmæt, en benti í séráliti sínu á að málið varðaði í raun rétt einstaklinga til vinnu og lögbundnar takmarkanir á þeim rétti, sem ekki væri varinn af SBSR heldur af 1. mgr. 6. gr.¹⁹⁴ og 4. gr. SEFMR.¹⁹⁵ Taldi *Ando* að í þeim tilvikum þegar

¹⁹⁴ 1. mgr. 6. gr. SEFMR er svohljóðandi: „Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna rétt manna til vinnu, sem felur í sér rétt sérhvers manns til þess að hafa tækifæri til þess að afla sér lífsviðurværis með vinnu sem hann velur sér eða tekur að sér af frjálsum vilja, og munu ríkin gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja þennan rétt.”

rétti manna til vinnu væru settar takmarkanir með lögum innan einstakra aðildarríkja ætti nefndin að megin stefnu til að virða þessar takmarkanir nema þær feli í sér að augljóslega hafi verið brotið með ósanngjörnum hætti gegn réttum málsmeðferðarreglum eða í þeim tilvikum þegar um augljóst brot á jafnræðisreglu sé að ræða. Ástæða þess sé, að aðildarríki hafi almennt besta aðstöðu til þess að framkvæma með hlutlægum og málefnalegum hætti mat á efnahagslegum og félagslegum þáttum í því skyni að gera viðeigandi breytingar á löggjöf sinni, eftir atvikum með því að takmarka rétt manna til vinnu.

Í áliti nefndarinnar í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* var atvinnufrelsi einstaklinga í tengslum við jafnræðisreglu 26. gr. einnig til umfjöllunar. Verða málinu gerð ítarleg skil í kafla 4.5., en meirihluti nefndarinnar komst að þeirri niðurstöðu að kærendum hefði verið mismunað með ólögumætum hætti. Í vörn sinni í málinu færði íslenska ríkið meðal annars fram efnahagsleg sjónarmið, sem réttlætingu á hinni umdeildu mismunun og þeirri takmörkun á atvinnufrelsi sem kærendur þurfu að sæta. Meirihluti nefndarinnar tók þessi sjónarmið ekki til umfjöllunar. Í málinu voru hins vegar fjögur sérálit þar sem talið var að ekki hefði verið brotið gegn 26. gr. Í sérálitunum kom einnig fram sú skoðun, að nefndinni væru ákveðin takmörk sett við umfjöllun um efnahagslega þætti innan aðildarríkja. Þá taldi nefndarmaðurinn *Yuji Iwasawa*, að þegar nefndin fjallaði um atriði sem varði efnahagslega þætti ætti að veita aðildarríkjum meira svigrúm en þegar mál varða t.d. takmarkanir á tjáningarfrelsi eða kosningarrétti.

Í öllum ofangreindum sérálitum er þeirri skoðun lýst, þó hún komi hvað skýrast fram í sérálitum í málum *Oulajin og Kaiss gegn Hollandi*, *Love gegn Ástralíu* og hinu ofangreinda íslenska máli, að nefndin eigi að veita aðildarríkjum ákveðið svigrúm til mats, þegar kemur að mismunandi meðferð einstaklinga í tengslum við efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Nefna má til hliðsjónar í þessu samhengi að í dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu hefur sjónarmiðið um svigrúm aðildarríkja til mats skipað veigamikinn þátt í þeim mælikvarða sem dómstóllinn leggur til grundvallar, þegar metið er hvort um ólögmeta mismunun sé að ræða.¹⁹⁵ Slíkt verður hins vegar ekki talið einkenna niðurstöður nefndarinnar, þar sem nefndarmenn hafa einungis í ofangreindum sérálitum tekið tillit til svigrúms aðildarríkja til mats, þegar efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eru annars vegar.

¹⁹⁵ 4. gr. SEFMR er svohljóðandi: „Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna að ríki megi, til þess að réttinda þeirra verði notið sem ríki ákveður í samræmi við þennan samning, einungis binda slík réttindi þeim takmörkunum sem ákveðið er í lögum og einungis að svo miklu leyti sem það getur samrýmst eðli þessara réttinda og einungis í þeim tilgangi að stuðla að velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi.”

¹⁹⁶ Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”, bls. 242.

4.4.5. *Mismunandi meðferð sambærilegra tilvika*

Þegar kannað er hvort brotið hafi verið gegn reglum 26. gr. um jafnræði fyrir lögnum og jafna lagavernd, er lykilatriði að staðreyna hvort farið hafi verið með sambærileg tilvik með mismunandi hætti. Nánar tiltekið er það frumskilyrði, við skoðun á því hvort einstaklingum hafi verið mismunað með ólögætum hætti, að viðkomandi einstaklingar hafi í raun hlotið mismunandi meðferð í samanburði aðra einstaklinga í sambærilegri stöðu, ýmist vegna beinna eða óbeinna áhrifa löggjafar eða ákvörðunar stjórnvalda, og þeirri meðferð megi jafna til mismununar samkvæmt skilgreiningu nefndarinnar á hugtakinu „mismunun“ í almennu álit nr. 18. Í kafla 4.3. var fjallað um þann mælikvarða sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur lagt til grundvallar, þegar dómstóllinn metur hvort brotið hafi verið gegn reglu 14. gr. MSE um bann við mismunun. Kemur þar meðal annars fram, að fyrsta stigið við beitingu mælikvarðans sé að að gæta hvort sambærileg tilvik hafi fengið mismunandi meðferð. Einungis ef sú er raunin heldur dómstóllinn áfram og tekur til við að meta hvort um ólögmeta mismunun sé að ræða eða ekki.

Þegar álit nefndarinnar eru skoðuð kemur í ljós að nefndin hefur ekki beitt sömu aðferðum og Mannréttindadómstóllinn að þessu leyti. Hefur nefndin ekki skilið skýrlega á milli mats á því hvort sambærileg tilvik hafi fengið mismunandi meðferð annars vegar og mats á því hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið búi að baki mismunun hins vegar. Dæmi um slíka framkvæmd nefndarinnar má finna í álitum hennar í málum sem varða eignaupptöku í fyrrum Tékkóslóvakíu á grundvelli tilskipunar sem sett var í kjölfar síðari heimsstyrjaldarinnar, þar sem einstaklingar voru sviptir eignum sínum vegna þýssks eða ungversks uppruna síns. Taldi nefndin kærur í málum *Drobek gegn Slóvakíu*,¹⁹⁷ *Malik gegn Tékklandi*¹⁹⁸ og *Schlosser gegn Tékklandi*¹⁹⁹ ekki tæka til efnislegrar meðferðar, þar sem kærendur hefðu ekki fært nægilega sterk rök fyrir hinum meintu brotum viðkomandi aðildarríkja, og vísaði nefndin því kærur málanna frá á grundvelli 2. gr. valfrjálsrar bókunar við SBSR. Töldu kærendur að þeim hefði verið mismunað, þar sem lög um endurheimt eigna í aðildarríkjunum veittu einungis þolendum eignaupptöku fyrrum kommúnistastjórnar í Tékkóslóvakíu möguleika á að endurheimta eignir sínar eða fá greiddar bætur, en ekki kærendum og öðrum sem urðu að þola eignaupptöku áður en kommúnistar komust til valda. Í niðurstöðu sinni ítrekaði nefndin til að byrja með, að mismunandi meðferð einstaklinga leiddi ekki í öllum tilvikum til ólögmatrar mismununar í skilningi 26. gr. Nefndin reisti niðurstöðu sína um frávísun málsins síðan þeim

¹⁹⁸ Álit nefndarinnar, *Malik gegn Tékklandi*, 21. október 1998 (nr. 669/1995).

¹⁹⁹ Álit nefndarinnar, *Schlosser gegn Tékklandi*, 21. október 1998 (nr. 670/1995).

rökum, að hin umdeilda löggjöf málsins fæli ekki í sér ólögsmæta mismunun gagnvart kærendum málsins eingöngu vegna þess, að hún veitti ekki einstaklingum, sem þolað hefðu þurft eignaupptöku annarra stjórnvalda en kommúnista, rétt á bótum. Niðurstaða nefndarinnar var þannig ekki byggð á því að um einstaklinga í ósambærilegri stöðu hefði verið að ræða, heldur fremur á því að kærundur hefðu ekki náð að sýna nægilega fram á að hin umdeilda löggjöf væri ekki byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Í ljósi atvika ofangreindra mála má færa rök fyrir því að niðurstaða nefndarinnar hefði fremur átt að lúta að því hvort kærundur í málunum hafi í raun verið í sambærilegri stöðu og þeir einstaklingar sem urðu að þola eignaupptöku kommúnista, þar sem ætla má að aðstæður í tilvikum hvors hóps einstaklinga um sig hafi verið með nokkuð ólíkum hætti, þó að báðir hóparnir hafi vissulega þurfti að þola upptöku á eignum sínum. Slík ályktun fær ennfremur stoð í niðurstöðu nefndarinnar í máli *Brok og Brokova gegn Tékklandi*,²⁰⁰ en þegar kærandi þess máls lagði fram kröfu um endurheimt eignar sinnar hafði verið komið á lögum í Tékklandi sem bættu úr þeirri mismunun, sem kærundur í ofangreindum málum töldu sig hafa sætt. Nánar tiltekið þá gátu þeir einstaklingar, sem þola höfðu þurft eignaupptöku á grundvelli hinnar áðurnefndu tilskipunarinnar, nú einnig fengið eignir sínar endurheimtar. Í máli *Brok og Brokova gegn Tékklandi* voru atvik hins vegar með þeim hætti, að eignir foreldra kæranda höfðu ekki verið gerðar upptækar á grundvelli áðurnefndrar tilskipunar heldur af nasistum í byrjun síðari heimstyrjaldarinnar. Þannig mátti bæði rekja eignaupptöku foreldra kæranda í málum *Drobek gegn Slóvakíu*, *Malik gegn Tékklandi* og *Schlosser gegn Tékklandi* til atvika er tengdust hernámi nasista í seinni heimsstyrjöldinni. Einungis kærundur í síðarnefndu málunum áttu hins vegar möguleika á bótum og taldi nefndin að slíkt fæli í sér ólögsmæta mismunun. Af niðurstöðu nefndarinnar í málum *Drobek gegn Slóvakíu*, *Malik gegn Tékklandi* og *Schlosser gegn Tékklandi* annars vegar og niðurstöðu hennar í máli *Brok og Brokova gegn Tékklandi* hins vegar má augljóslega ráða að einungis í síðarnefnda málinu taldi nefndin kæranda vera í sambærilegri stöðu við þann hóp einstaklinga sem hann taldi sér mismunnað samanborið við. Eins og áður sagði ákvað nefndin hins vegar ekki að reisa niðurstöðu sína um frávísun kæru í fyrrnefndu málunum, á þeim grundvelli að um ósambærileg tilvik væri að ræða. Nefndin hefur þess í stað í framkvæmd sinni kosið að draga mat á því hvort sambærileg tilvik hafi hlotið mismunandi meðferð inn í mat sitt á lögsmæti mismununar, það er hvort mismunun hafi byggst á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Þannig hefur mat á því hvort einstaklingar í sambærilegri stöðu hafi hlotið mismunandi meðferð orðið hluti að mælikvarða

²⁰⁰ Álit nefndarinnar, *Brok og Brokova*, 31. október 2001 (nr. 774/1997).

nefndarinnar á lögmæti mismununar, líkt og niðurstaða í máli *Wackenheim gegn Frakklandi* ber vott um.

Í málinu var kærandi dvergur að vexti og hafði atvinnu af að láta kasta sér í svokölluðu dvergakasti. Yfirvöld ákváðu hins vegar að banna slíka iðju og taldi kærandi að með þeirri ákvörðun hefði meðal annars verið brotið á rétti hans til atvinnufrelsis og honum hefði verið mismunað með ólögmætum hætti á grundvelli líkamlegra eiginlega hans. Í niðurstöðu sinni byrjaði nefndin á að áréttta að mismunandi meðferð einstaklinga teldist ekki í öllum tilvikum ólögmæt mismunun, þar sem mismunun sem byggð væri á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum væri ekki ólögmæt. Fyrir nefndinni lá að taka afstöðu til þess hvort sú mismunun sem frönsk stjórnvöld gerðu á milli þeirra einstaklinga, sem hin umdeilda ákvörðun snerti annars vegar, þ.e. dverga og annarra einstaklinga, sem ákvörðunin snerti ekki, væri réttlætánleg. Nefndin benti á að bann við dvergakasti ætti einungis við um dverga en ekki aðra einstaklinga. Eina ástæða þess væri hins vegar sú að dvergar væru þeir einu sem mögulega gætu látið kasta sér í dvergakasti. Af því leiddi að sú mismunun sem gerð væri á milli þeirra einstaklinga sem ekki þjáðust af dvergavexti annars vegar og dverga hins vegar væri byggð á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum og stefndi að markmiðið sem væri ekki ólögmæt. Þá féllst nefndin einnig á sjónarmið franska ríkisins um að bann við dvergakasti væri nauðsynlegt til að tryggja allsherjarreglu og ennfremur fæli bannið í sér tillitssemi við mannlega reisn sem væri í samræmi við ákvæði SBSR.

Af málinu má augljóslega sjá að um tvo hópa sem búa við mjög ólíkar aðstæður var að ræða. Því mætti ætla að nærtækt hefði verið fyrir nefndina að komast að þeirri niðurstöðu, að þar sem ekki væri um sambærileg tilvik að ræða kæmi, þegar af þeirri ástæðu, ekki til frekari skoðun á lögmæti mismununar. Nefndin kys hins vegar að fara þá leið að meta lögmæti mismununar út frá því hversu ólík umrædd tilvik eru, og kemst að þeirri niðurstöðu að mismunandi meðferð á dvergum annars vegar og öllum öðrum einstaklingum hins vegar, væri málefnaleg og hlutlæg. Í raun gengur nefndin skrefinu lengra því að eftir að hún kemst að þeirri niðurstöðu tekur hún til við að meta önnur sjónarmið sem franska ríkið færði fram í málinu. Í þessu samhengi er einnig athyglisvert er að skoða niðurstöðu nefndarinnar í máli *Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni*.

Í málinu töldu lækna, sem unnu á einkastofum samhliða störfum sínum á opinberum heilbrigðisstofnunum, að þeim hefði verið mismunað með ólögmætum hætti gagnvart þeim læknum sem eingöngu störfuðu á opinberum heilbrigðisstofnunum. Nánar tiltekið töldu kærendur mismununina felast í því að þeir fengju greidda lægri viðbótarþóknun fyrir störf sín þrátt fyrir þeir inntu sama starf af hendi, hefðu sama vinnutíma og að auki sömu ábyrgð og skyldur og þeir lækna sem eingöngu störfuðu á heilbrigðisstofnunum. Spanska ríkið var á öðrum máli. Benti ríkið á að að í meginreglunni um jafnræði einstaklinga fælist einnig að með ólík tilvik ætti að fara með ólíkum hætti. Þar sem um tvö ólík störf væri að ræða, eftir því hvort lækna starfaði eingöngu fyrir heilbrigðisstofnun en stundaði ekki jafnframt lækningar utan hennar, myndu sömu launakjör fyrir bæði störf fela í sér brot gegn meginreglunni um jafnræði. Í niðurstöðu sinni tók nefndin tillit til þess að aðilar deildu um það hvort aðstæður umræddra hópa

lækna væru þær sömu að því er varðaði eðli starfs þeirra fyrir opinberar heilbrigðisstofnanir. Benti nefndin á að spænskir dómstólar hefðu komist að þeirri niðurstöðu að aðstæður umræddra tveggja hópa lækna væru ekki að öllu leyti sambærilegar. Þá taldi nefndin að gögn málsins sýndu ekki fram á að aðstaða kæranda væri í raun og veru sambærileg aðstöðu þeirra lækna sem eingöngu störfuðu fyrir opinberar heilbrigðisstofnanir, með þeim hætti að kærendur ættu rétt á jafn hárrí viðbótarþóknun og þeir síðarnefndu. Nefndin tók ennfremur fram að það væri algjörlega undir vilja hvers og eins læknis komið hvort hann starfaði eingöngu á heilbrigðisstofnun, eða hvort hann kysi að stunda einnig lækningar á einkastofu. Ættu lækna þetta val bæði þegar þeir hæfu fyrst störf á heilbrigðisstofnunum og einnig á hvaða tíma sem er eftir að þeir hefðu hafið störf. Af þessu leiddi að kærendur væru ekki þolendur ólögmeðrar mismununar í skilningi 26. gr. SBSR.

Af niðurstöðu málsins má jafnvel álykta, að nefndin telji ekki nægilegt að staðreynt sé að aðstæður tveggja hópa séu ósambærilegar til þess að ekki sé um brot gegn 26. gr. að ræða, heldur verði einnig að færa fram málefnaleg og hlutlæg sjónarmið til réttlætningar mismunandi meðferð. Hitt er þó líklegra að nefndin hafi fært fram rök um að kærendur hefðu frjálst val um hvoru starfinu þeir sinntu til að styrkja frekar niðurstöðu sína. Hvað sem slíkum vangaveltum líður er ljóst að rétt eins og í máli *Wackenheim gegn Frakklandi* treystir nefndin sér ekki til þess að reisa niðurstöðu sína, um að ekki hafi verið brotið gegn 26. gr., á því einu að um ósambærileg tilvik hafi verið að ræða. Slíkt vafðist hins vegar ekki fyrir nefndinni í máli *Lestourneaud gegn Frakklandi*²⁰¹ en málið er líklega það eina þar sem nefndin reisir niðurstöðu sína með skýrum hætti eingöngu á því að ekki væri um sambærileg tilvik að ræða. Í málinu taldi kærandi, sem var lögmaður, að sér hefði verið mismunandi með ólögmeðrum hætti þegar þóknun fyrir starf hans sem réttargæslumaður í sakamáli var ákvörðuð lægri en þóknun verjanda sakbornings í sama máli. Taldi kærandi mismununina ekki réttlætanalega þar sem hann hefði eytt nákvæmlega jafn löngum tíma við réttarhöld málsins og verjandi sakbornings, sem þó fékk greidda tæplega þrisvar sinnum hærrí þóknun. Í ákvörðun sinni um meðferðarhæfi kærú málsins benti nefndin á að mismunandi meðferð einstaklinga leiddi einungis til ólögmeðrar mismununar þegar hún byggðist ekki á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum. Taldi nefndin að ekki væri hægt að leggja starf réttargæslumanns í sakamáli að jöfnu við starf verjanda sakbornings. Kærandi hefði því ekki fært nægileg rök fyrir því að um hugsanlegt brot franska ríkisins á 26. gr. væri að ræða, og því vísaði nefndin kærú málsins frá á grundvelli 2. gr. valfrjálsrar bóknar við SBSR.

²⁰¹ Álit nefndarinnar, Lestourneaud gegn Frakklandi, 3. nóvember 1999 (nr. 861/1999).

4.5. Álit nefndarinnar í máli Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi

4.5.1. Inngangur

Í áliti sínu í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* í október mánuði árið 2007 tók nefndin í fyrsta skiptið til efnislegrar umfjöllunar hvort íslenska ríkið hefði brotið gegn ákvæðum SBSR. Tvisvar sinnum áður höfðu nefndinni borist kærur vegna meintra brota íslenska ríkisins, en í bæði skiptin vísaði nefndin þeim frá þar sem þær voru ekki taldar uppfylla skilyrði meðferðarhæfis.²⁰² Í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* töldu kærendur að lög um stjórn fiskveiða nr. 38/1990 leiddu til þess að þeim væri mismunað með ólögmetum hætti í skilningi 26. gr. SBSR. Verða málinu gerð skil hér á eftir og af því dregnar ályktanir. Fyrst verður hins vegar lýst úrlausn íslenskra dómstóla í máli þar sem reyndi á túlkun 65. gr. stjórnarskrárinnar og tengist ofangreindu áliti nefndarinnar.

4.5.2. Jafnræðisregla 65. stjórnarskrárinnar og dómur Hæstaréttar í máli nr. 12/2000 frá 6. apríl 2000 (Vatneyrarmál)

Í 65. gr. stjórnarskrárinnar 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. Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna.” Ákvæðið var á meðal fjölda nýrra mannréttindaákvæða sem komu inn í stjórnarskrána með stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995. Í greinargerð með frumvarpi til laganna kom meðal annars fram að 65. gr. stjkskr. sækti fyrirmynd sína í 26. gr. SBSR.²⁰³ Í ákvæðinu er mælt fyrir um bann við mismunun, þótt ýmsir fyrirvarar séu í raun á þeirri reglu, líkt og í tilviki 26. gr. SBSR og 14. gr. MSE. Í greinargerðinni kemur fram, að þrátt fyrir að markmið 65. gr. sé fyrst og fremst að koma í veg fyrir að einstaklingum sé mismunað á grundvelli þeirra atriða sem talin eru upp í ákvæðinu, þá sé það hins vegar ekki markmið þess að útiloka að lögakveðin skilyrði fyrir réttindum og skyldum geti ekki tekið mið af þessum atriðum ef þau byggjast á málefnalegum forsendum.²⁰⁴ Við beitingu 65. gr. stjkskr. hafa íslenskir dómstólar því þurft að skera úr um það hvenær mismunun sé lögmet og hvenær ekki. Við mat á lögmeti mismununar hafa dómstólar stuðst við svipaðan mælikvarða og Mannréttindadómstóll Evrópu hefur beitt við mat á því hvort brotið hafi verið gegn 14. gr. MSE, sem áður hefur verið

²⁰² Um var að ræða álit nefndarinnar, Kaaber gegn Íslandi, 5. nóvember 1996 (nr. 674/1995) og Kristjánsson gegn Íslandi, 16. júlí 2003 (nr. 951/2000).

²⁰³ Alþingistíðindi 1994-1995, A-deild, bls. 2085

²⁰⁴ Alþingistíðindi 1994-1995, A-deild, bls. 2085

lýst.²⁰⁵ Í fyrsta lagi verða þau tilvik sem borin eru saman að vera sambærileg. Séu mál ósambærileg hefur einstaklingum ekki verið mismunað og því kemur ekki til frekari skoðunar hvort brotið hafi verið gegn 26. gr. Í öðru lagi verður mismununun að byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum. Af framkvæmd dómstóla má ennfremur ráða, að það skiptir máli á hvaða atriði mismununun byggir á. Þannig hafa dómstólar talið að veigameiri sjónarmiði þurfi til réttlætningar þegar mismununun byggir á tilteknum atriðum, t.d. kynferði, en þegar um mismununun á grundvelli annarra atriða er að ræða, s.s. eignastöðu manna eða í málum sem varða atvinnufrelsi einstaklinga og takmarkanir á því.²⁰⁶

Dómur Hæstaréttar *Hrd.* 2000, bls. 1534 (nr. 12/2000) í hinu svokallaða „Vatneyrarmáli“ er, ásamt dómi *Hrd.* 1998, bls. 4076 í hinu svokallaða „veiðileyfamáli“, dæmi um dóm þar sem ítarlega er farið í saumana á þeim sjónarmiðum sem búa mismununun að baki og rökstutt hvort um brot á 65. gr. sé að ræða ekki, en slíkt einkennir almennt ekki niðurstöður íslenskra dómstóla um mat á lögmati mismununun.²⁰⁷ Dómarnir vörðuðu báðir hið umdeilda íslenska fiskveiðistjórnunarkerfi – kvótakerfið. Í „Vatneyrarmálinu“ var um að ræða refsímál sem höfðað var á hendur skipstjóra og útgerð fyrir að halda til veiða án aflaheimilda. Var meðal annars ákært í málinu fyrir brot gegn lögum nr. 38/1990 um stjórn fiskveiða. Sakborningar kröfðust sýknu á þeim grundvelli að tiltekin ákvæði laganna brytu í bága við stjórnarskrána. Nánar tiltekið þá var í málinu til skoðunar, hvort 2. mgr. 7. gr. laga um stjórn fiskveiða leiddi til þess að sakborningum í málinu hefði verið mismunað með ólögmaetum hætti í skilningi 65. gr. stjórnarskrárinnar. Samkvæmt 2. mgr. 7. gr. skyldi veiðiheimildum á þeim tegundum sjávardýra, sem lutu aflatakörkunum, úthlutað með varanlegum hætti til einstakra skipa. Hverju skipi skyldi úthlutað tiltekinni hlutdeild af leyfðum heildarafla viðkomandi tegundar. Við ákvörðun aflahlutdeildar í þeim stofnum sem ekki höfðu áður verið bundnir ákveðnum heildarafla skyldi miðað við aflareynslu skipa á síðustu þremur veiðitímabilum fyrir gildistöku laganna, sbr. 1. mgr. 8. gr. Samkvæmt 6. mgr. 11. gr. laganna var síðan heimilt að framselja aflahlutdeild skipa. Fyrir dóminum lá að taka afstöðu til þess, hvort sú skipan laganna að úthluta til tiltekinna einstaklinga aflahlutdeild í ákveðnum tegundum með varanlegum og framseljanlegum hætti á grundvelli veiðireynslu þeirra á ákveðnu tímabili, og útiloka þannig möguleika annarra einstaklinga á úthlutun veiðiheimilda, bryti í bága við 65. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar. Komst dómurinn að því að málefnaleg sjónarmið byggju

²⁰⁵ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 577.

²⁰⁶ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 581-585.

²⁰⁷ Björg Thorarensen: Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi, bls. 588-590.

skipan laganna að baki, og þar af leiðandi væri ekki um brot á jafnræðisreglu 65. gr. að ræða, meðan annars með eftirfarandi rökstuðningi:

„Í 1. gr. laga nr. 38/1990 segir að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign íslensku þjóðarinnar. Sé það markmið laganna að stuðla að verndun og hagkvæmri nýtingu þeirra og tryggja með því trausta atvinnu og byggð í landinu. ... Þegar lög nr. 38/1990 eru virt í heild verður að leggja til grundvallar að við setningu þeirra hafi löggjafinn metið það svo, að skipan fiskveiðistjórnar eftir þeim væri fallin til að þjóna áður nefndum markmiðum 1. gr. þeirra. ... Þegar litið er til þeirra hagsmuna af atvinnu og fjárfestingum, sem bundnir hafa verið sjávarútvegi, og til reynslu og þekkingar því samfara, verður að telja að það hafi verið samrýmanlegt jafnræðisrökum að deila takmörkuðum heildarafla milli skipa, sem þá stunduðu viðkomandi veiðar, þótt löggjafinn hafi átt úr fleiri kostum að velja. Verður ekki fallist á að þau sjónarmið, sem réðu ákvörðun aflahlutdeildar við gildistöku laga nr. 38/1990, hafi verið ómálefnaleg [...]. ... Sú skipan, sem leiðir af ákvæðum laga nr. 38/1990, veitir enn í dag afmörkuðum fjölda manna og félaga ótímabundinn rétt til veiða úr stofnum, sem eru bundnir heildaraflatakmarkunum. Þennan rétt hafa þeir fengið með úthlutun aflaheimilda á grundvelli veiðireynslu eða fyrir framsal þeirra. Með því að aflaheimildirnar eru að meginstefnu framseljanlegar gefst handhöfum þeirra jafnframt kostur á því að ráðstafa þeim til annarra. Hefur sú orðið raunin í ríki máli. ... Sú tilhöggun að aflaheimildir séu varanlegar og framseljanlegar styðst að auki við þau rök að með þessu sé mönnum gert kleift að gera áætlanir um starfsemi sína til lengri tíma og auka eða minnka aflaheimildir sínar í einstökum tegundum eftir því, sem hentar hverju sinni. Eru löggin að þessu leyti reist á því mati, að sú hagkvæmni, sem leiði af varanleika aflahlutdeildar og heimildum til framsals hennar og aflamarks, leiði til arðbærrar nýtingar fiskstofna fyrir þjóðarbúið í samræmi við markmið 1. gr. laganna. Til þess verður og að líta að samkvæmt 3. málslíð 1. gr. laganna myndar úthlutun veiðiheimilda ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra manna yfir þeim, eins og áður segir. Aflaheimildir eru þannig aðeins varanlegar í þeim skilningi að þær verða hvorki felldar niður né þeim breytt nema með lögum. Í skjóli valdheimilda sinna getur Alþingi því kveðið nánar á um réttinn til fiskveiða, bundið hann skilyrðum eða innheimt fyrir hann frekara féggjald en nú er gert vegna breyttra sjónarmiða um ráðstöfun þeirrar sameignar íslensku þjóðarinnar, sem nytjastofnar á Íslandsmiðum eru.”

4.5.3. Álit nefndarinnar í máli Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi

Annar sakborninga í hinu áðurnefnda „Vatneyrarmáli” kærði niðurstöðu Hæstaréttar í málinu til nefndarinnar og taldi brotið gegn réttindum sínum samkvæmt 26. gr. SBSR, sbr. mál *Kristjánssonar gegn Íslandi*. Um var að ræða skipstjóra þess skips sem hélt til veiða án veiðiheimilda. Nefndin taldi hins vegar kæru málsins ekki tæka til efnislegrar meðferðar, þar sem kærandi hefði hvorki verið eigandi fiskiskips né sótt um veiðiheimildir samkvæmt lögum um stjórn fiskveiða. Kærandi hefði einungis unnið sem skipstjóri hjá útgerð sem átt hefði skip og hefði hann samþykkt að halda til veiða án nauðsynlegra veiðiheimilda. Nefndin taldi að kærandi gæti ekki, á grundvelli sakfellingar fyrir að hafa haldið til veiða án veiðiheimilda, talist til þolanda brots í skilningi 1. gr. valfrjálsrar bókunar við SBSR. Af þeim sökum væri kæra málsins ekki tæk til efnislegrar meðferðar.²⁰⁸ Atvik máls *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* voru um margt sambærileg atvikum ofangreinds máls. Kærendur höfðu haldið til veiða í september mánuði 2001 án tilskilinna veiðiheimilda og voru í kjölfarið ákærðir, meðal annars fyrir brot á lögum um stjórn fiskveiða. Höfðað var refsímál á hendur þeim fyrir héraðsdómi. Kærendur játuðu brot sín en kröfðust sýknu á þeim grundvelli, að með sakfellingu yrði brotið gegn réttindum þeirra samkvæmt meginreglu 75. gr. stjórnarskrárinnar um atvinnufrelsi og jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Héraðsdómur sakfelldi kærendur hins vegar, með vísan til dóms Hæstaréttar í „Vatneyrarmálinu” frá árinu 2000. Hæstiréttur staðfesti síðan héraðsdóm með vísan til forsendna hans. Kærendur skutu máli sínu því næst til Mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna og töldu, að þeim hefði verið mismunað með ólögmætum hætti í skilningi 26. gr. í samanburði við þá aðila sem hefðu fengið úthlutað varanlegum og framseljanlegum aflaheimildum á grundvelli veiðireynslu á ákveðnu tímabili. Að mati kæranda þyrftu þeir að greiða fé til forréttindahóps samborgara sinna til að geta stundað þá atvinnu sem þeir kusu. Bryti þetta að mati kæranda gegn 26. gr. SBSR og meginreglunni um atvinnufrelsi einstaklinga. Þar sem kærendur voru eigandi og stjórnarformaður í útgerð, sem hefði ítrekað verið hafnað um úthlutun á aflahlutdeild, taldi nefndin að, ólíkt stöðu kæranda í ofangreindu máli *Kristjánssonar gegn Íslandi*, hefði fiskveiðistjórnunarkerfið haft bein áhrif á kærendur. Teldust þeir því til þolanda í skilningi 1. gr. valfrjálsrar bókunar við SBSR og var kæra þeirra tæk til efnislegrar umfjöllunar.

²⁰⁸ Sjá álit nefndarinnar, Kristjánsson gegn Íslandi, 16. júlí 2003 (nr. 951/2000).

Fyrir nefndinni lá því, rétt eins og fyrir Hæstarétti í „Vatneyrarmálinu” að taka til skoðunar hvort kærendum hefði verið mismunað með ólögætum hætti. Ólíkt Hæstarétti komst nefndin að því að svo hefði verið, með svofelldum rökstuðningi.²⁰⁹

„Nefndin bendir á [...] að kærán varðar [mismunun á] milli aðila innan sjávarútvegsins. Annars vegar þeim sem fengu aflahlutdeild án endurgjalds því þeir stunduðu veiðar á kvótabundnum tegundum á tímabilinu 1. nóvember 1980 til 31. október 1983. Meðlimir þessa hóps hafa ekki einungis rétt til að nota kvótann sjálfir heldur geta selt eða leigt þá öðrum. Hins vegar þeim sem verða að kaupa eða leigja kvóta af fyrri hópnum ef þeir vilja veiða kvótabundnar tegundir af þeirri einföldu ástæðu að þeir hvorki áttu né gerðu út fiskiskip á umræddu viðmiðunartímabili. Nefndin ályktar að slík [mismunun] sé byggð á forsendum sem jafngilda þeim sem felast í eignarrétti. Þótt nefndin telji að markmið [mismununarinnar] sem aðildarríkið gerði, nánar tiltekið að vernda hin takmörkuðu gæði sem fiskistofnar á Íslandsmiðum eru, sé lögætt, þá verður nefndin að taka afstöðu til þess hvort hún sé byggð á [málefnalegum] og [hlutlægum sjónarmiðum]. Nefndin bendir á að sérhvert kvótakerfi sem ætlað er að stjórna aðgangi að takmörkuðum gæði skapi, að vissu marki, forréttindi fyrir kvótahafa á kostnað annarra án þess að því verði óhjákvæmilega jafnað til [ólögætrar] mismununar. Um leið bendir nefndin á sérstök atvik málsins. Annars vegar segir í upphafsgrein laga nr. 38/1990 [...] að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign þjóðarinnar. Hins vegar, [að mismunun] byggð á aflareynslu á viðmiðunartímabilinu, sem kann í upphafi að hafa verið [málefnaleg] og [hlutlæg] sem tímabundin ráðstöfun, varð ekki aðeins varanleg við setningu laganna, heldur breytti upprunalegum rétti til hagnýtingar og afnota á almannaeign í einkaeign: Úthlutaðir kvótar sem upprunalegir kvótahafar nota ekki lengur geta verið seldir eða leigðir á markaðsverði í stað þess að vera skilað til ríkisins og endurúthlutað til nýrra handhafa í samræmi við sanngjörn og réttlát viðmið. [Íslenska ríkið] hefur ekki sýnt fram á að þessi sérstaka gerð og tilhögun við útfærslu kvótakerfisins [sé málefnaleg]. Þótt nefndin þurfi ekki að svara því hvort kvótakerfi til nýtingar á takmarkaðri auðlind samræmist [SBSR] sem slíkum, er það afstaða hennar með hliðsjón af málsatvikum að hinn varanlegi einkaeignarréttur veittur upprunalegum handhöfum kvótans til óhagræðis fyrir kærendur sé ekki byggður á [málefnalegum sjónarmiðum].”

²⁰⁹ Íslensk þýðing á álitni nefndarinnar með einstökum breytingum höfundar innan hornklofa í samræmi við efnistöð ritgerðarinnar, birtist í ritinu Mannréttindadómstóll Evrópu. Dómareifanir. 2. hefti 2007, bls. 61.

Nefndin taldi því að íslenska ríkið hefði brotið gegn 26. gr. SBSR gagnvart kærendum. Þess hefur áður verið getið að 65. gr. stjkskr. og 26. gr. SBSR séu efnislega sambærilegar jafnræðisreglur. Þá eru mælikvarðar þeir, sem lagðir eru til grundvallar hjá Hæstarétti og nefndinni, þegar metið er hvort mismunun sé lögmæt eða ekki, svipaðir. Hin augljósa spurning er því, hvað valdi mismunandi mati Hæstaréttar í „Vatneyrarmálinu” annars vegar og nefndarinnar í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* hins vegar, á þeirri mismunun sem talin hefur verið felast í lögum um stjórn fiskveiða? Í málinu skiluðu þrír nefndarmenn einu séráliti og þrír til viðbótar einu séráliti hver. Alls skiluðu því 6 nefndarmenn af 18 séráliti, og var í öllum sérálitunum komist að gagnstæðri niðurstöðu en þeirri sem meirihluti nefndarinnar komst að. Niðurstaða nefndarinnar í málinu var því umdeild, og verður hér á eftir gerð tilraun til þess að varpa ljósi á ástæður þess.

Af niðurstöðu nefndarinnar má sjá að hún var sammála Hæstarétti um, að það markmið laga um stjórn fiskveiða að stuðla að verndun nýtingu fiskistofna þeirra hafi verið lögmætt. Hins vegar greinir nefndin á milli málefnalegra sjónarmiða og hlutlægra og telur, að þrátt fyrir að í upphafi hafi sú skipan hinna umdeildu laga, að ná þessu markmiði með því að úthluta aflaheimildum með varanlegum og framseljanlegum hætti, verið málefnaleg og hlutlæg sem tímabundin ráðstöfun, hafi hún ekki verið málefnaleg til lengri tíma lítið. Nefndin reisir því niðurstöðu sína á því að skilyrðið um að mismunun verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum hafi ekki verið uppfyllt. Nefndin tekur hins vegar ekki afstöðu til þeirra efnahagslegu röksemda sem íslenska ríkið færð fram í málinu til réttlættingar á hinni umdeildu mismunun. Stór hluti málatilbúnaðar íslenska ríkisins laut að því að sýna fram á að gildandi fiskveiðistjórnunarkerfi væri ekki einungis ætlað að vernda nýtingu fiskistofna, heldur einnig að stuðla að hagkvæmni við nýtingu þeirra. Á þetta atriði er bent í „Vatneyrarmálinu”, með neðangreindum hætti, en íslenska ríkið vísaði meðal annars til þess í málatilbúnaði sínum:

„Sú tilhöggun að aflaheimildir séu varanlegar og framseljanlegar styðst að auki við þau rök að með þessu sé mönnum gert kleift að gera áætlanir um starfsemi sína til lengri tíma og auka eða minnka aflaheimildir sínar í einstökum tegundum eftir því, sem hentar hverju sinni. Eru lögin að þessu leyti reist á því mati, að sú hagkvæmni, sem leiði af varanleika aflahlutdeildar og heimildum til framsals hennar og aflamarks, leiði til arðbærrar nýtingar fiskstofna fyrir þjóðarbúið í samræmi við markmið 1. gr. [laga um stjórn fiskveiða].”

Íslenska ríkið benti einnig á, að ef allir einstaklingar sem hefðu til þess getu og vilja, hefðu jafnan rétt til þess að hefja fiskveiðar myndi íslenska fiskveiðistjórnunarkerfið missa stöðugleika og grundvöllur þess hrynja. Í öllum áður nefndum sérálitum er tekið tillit til þessara efnahagslegu röksemda og fallist þær, með einum eða öðrum hætti. Benda nefndarmennirnir *Sir Nigel Rodley*, *Yuji Iwasawa* og *Ruth Wedgwood* á að nefndinni séu takmörk sett við mat á efnahagslegum þáttum innan aðildarríkja. *Iwasawa* telur að aðildarríki eigi að hafa meira svigrúm til stefnumótunar á efnahagssviðum en á þeim sviðum sem falla undir SBSR. Nefndin ætti að hafa takmörk eigin sérþekkingar hugföst þegar hún fjallar um stefnu aðildarríkja í efnahagsmálum og ætti nefndin að taka tillit til þessa þegar hún metur hvort mismunun hafi verið verið byggð á málefnalegum sjónarmiðum eða ekki. Eru sérálit þessi í samræmi við þær skoðanir, að sökum sérstaks eðlis efnahagslegra réttinda eigi nefndin ekki að beita mælikvarða sínum á lögmæti mismununar með jafn ströngum hætti og í tilviki annarra réttinda, sem greint var frá í kafla 4.4.3. Þá er í sérálitunum einnig fjallað um hvort gætt hafi verið meðalhófs á milli þeirrar skerðingar sem kærendur þurftu að sæta á atvinnufrelsi sínu annars vegar og þeirra líffræðilegu og efnahagslegu markmiða sem stefnt var að með lögum um stjórn fiskveiða hins vegar, en íslenska ríkið taldi í málalíbúnaði sínum slík hefði verið raunin. Var komist að þeirri niðurstöðu í sérálitunum að meðalhófs hafi verið gætt, með mati á kostum sem taldir voru felast í fiskveiðistjórnunarkerfinu annars vegar og þeim ókostum sem kerfið hefði í för með sér fyrir kærendur, þ.e. skerðingu á atvinnufrelsi þeirra, hins vegar. Athygli vekur hins vegar, að nefndin sá ekki ástæðu til þess að fjalla um hvort meðalhófs hafi verið gætt við að ná markmiðum laga, sem gerði ráð fyrir mismunandi meðferð einstaklinga eftir því hvort þeir hefðu stundað veiðar á ákveðnum tímabili, sem leiddi aftur til skerðingar á atvinnufrelsi þeirra.

Ekki verður fullyrt um það hér, hvort niðurstaða nefndarinnar hefði verið á annan veg ef fjallað hefði verið um þau efnahagslegu sjónarmið, sem lágu hinni umdeildu mismunun málsins að baki, eða litið til þess hvort meðalhófs hafi verið gætt. Nefndin virðist öðru fremur byggja niðurstöðu sína um ólögmæti mismununar á tveimur atriðum. Í fyrsta lagi að fram komi í 1. másl. 1. gr. laga um stjórnun fiskveiða, að nytjastofnar á Íslandsmiðum séu sameign þjóðarinnar. Í öðru lagi á því að úthlutun aflaheimilda hafi ekki einungis verið varanleg heldur hafi með tímanum breyst úr rétti til hagnýtingar og afnota á almannaeygn í einkaeign. Í svari sjávarútvegsráðuneytisins við álit nefndarinnar í málinu kemur fram skýring á inntaki ofangreinds 1. másl. 1. gr. laganna. Kemur þar meðal annars fram að, þrátt fyrir að ætla megi að vilji löggjafans hafi staðið til þess að tryggja eignarrétt þjóðarinnar á nytjastofnum sjávar,

þá sé ákvæðið almennt skýrt á þá vegu að það hafi ekki einkaeignarréttarlegt inntak.²¹⁰ Ákvæðið sé fremur almenn stefnuyfirlýsing, markmiðslýsing löggjafans um að nýta beri nytjastofna fiskjar þjóðarheildinni í hag. Hvað sem líður vitneskju nefndarinnar um skýringar á inntaki 1. gr. laga um stjórn fiskveiðar, þá er athyglisvert til þess að líta að á sama tíma og nefndin byggir röksemdafærslu sína að hluta til á 1. másl. 1. gr., þá tekur hún ekki tillit til þess sem kemur fram í 3. másl. sömu greinar, en þar segir að úthlutun veiðiheimilda myndi ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra aðila yfir veiðiheimildum. Á þessum var byggt í niðurstöðu Hæstaréttar í „Vatneyrarmálinu”, til frekari styrkingar þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið um ólögmeta mismunun og brot gegn 65. gr. stjkskr. að ræða, sbr. neðangreint.

„Til þess verður og að líta að samkvæmt 3. másl. 1. gr. laganna myndar úthlutun veiðiheimilda ekki eignarrétt eða óafturkallanlegt forræði einstakra manna yfir þeim, eins og áður segir. Aflaheimildir eru þannig aðeins varanlegar í þeim skilningi að þær verða hvorki felldar niður né þeim breytt nema með lögum. Í skjóli valdheimilda sinna getur Alþingi því kveðið nánar á um réttinn til fiskveiða, bundið hann skilyrðum eða innheimt fyrir hann frekara fégjald en nú er gert vegna breyttra sjónarmiða um ráðstöfun þeirrar sameignar íslensku þjóðarinnar, sem nytjastofnar á Íslandsmiðum eru.”

Nefndin virðist hins vegar byggja niðurstöðu sína á því að sameign þjóðarinnar hafi verið færð í einkaeign einstakra aðila og það sé einfaldlega ekki málefnalegt. Nefndin færir ekki frekari rök fyrir niðurstöðu sinni í málinu. Í ljósi stöðu nefndarinnar sem alþjóðlegs úrskurðaraðila á sviði borgaralegra og stjórnmálalegra mannréttinda, sem hefur eðli máls samkvæmt takmarkaða þekkingu á efnahagslegum þáttum og aðstæðum innan hvers samfélags fyrir sig, má færa rök fyrir því að rik ástæða hafa verið fyrir nefndina að taka þau efnahagslegu sjónarmið, sem íslenska ríkið færð fram til réttlætningar á þeirri mismunun sem kærendur töldu sig hafa sætt, til efnislegrar umfjöllunar. Nefndin fjallaði hins vegar hvorki um slík sjónarmið né veitti íslenska ríkinu svigrúm til mats þegar hún tók til skoðunar hvort hin umdeilda mismunun málsins bryti gegn 26. gr. SBSR. Þá tók nefndin ekki heldur til skoðunar hvort eðlilegt samræmi hefði verið á milli þess markmiðs sem stefnt var að með lögum um stjórn fiskveiða og þeirra aðferða sem beitt var til að ná markmiðinu, þrátt fyrir að málið hafi að hluta til varðað skerðingu á atvinnufrelsi kæranda. Þegar allt ofangreint er virt í

²¹⁰ „Svar við álitum mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna”, Vefsíða Sjávarútvegsráðuneytisins, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>.

ljósi lítils rökstuðnings nefndarinnar fyrir því að um ólögmeta mismunun hafi verið að ræða, verður að telja að niðurstaða nefndarinnar í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* hafi verið byggð á mjög frjálsum og opnum mati á því hvað teldist málefnalegt.

5. Niðurstöður

5.1. Samantekt á efni ritgerðar og helstu niðurstöðum

Í ritgerð þessari hefur verið fjallað um jafnræðisreglu 26. gr. Alþjóðasamnings Sameinuðu Þjóðanna um borgaraleg og stjórnfélaleg réttindi og beitingu Mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna á þeirri reglu. Í 2. kafla ritgerðarinnar er að finna almenna umfjöllun um samninginn og nefndina. Kemur þar fram að rúmlega þrjú fjórðu hlutar allra ríkja heims eru skuldbundin til þess að þjóðarétti að veita einstaklingum innan lögsögu sinnar þau réttindi og þá vernd sem samningurinn mælir fyrir um. Meginhlutverk nefndarinnar er að hafa eftirlit með framkvæmd ákvæða SBSR og hafa 111 aðildarríki fullgilt valfrjálsa bókun við SBSR og með því opnað fyrir möguleika einstaklinga á því að kæra meint brot aðildarríkja til nefndarinnar. Fram kemur að jafnvel þótt aðildarríki séu ekki skuldbundin til þess að þjóðarétti að hlíta álitum nefndarinnar, eru álit nefndarinnar, þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að brotið hafi verið gegn ákvæðum SBSR, sterk vísbending um þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem hvíla á aðildarríkjum samkvæmt samningnum. Nefndin hefur ekki heimildir til þess að grípa til ákveðinna úrræða til fullnustu álitanna sinna, ólíkt þeim fullnustuúrræðum sem tiltæk eru í tilefni dóma Mannréttindadómstóls Evrópu. Hefur þetta leitt til vandamála við framkvæmd og framvindu SBSR.

Í upphafi 3. kafla kemur fram að til þess að lýsa megi efnislegu inntaki 26. gr. með sem nákvæmustum hætti sé umfjöllun um ákvæðið skipt í þrjú hluta. Fyrst er fjallað um regluna um jafnræði fyrir lögnum, þá regluna um jafna lagavernd og loks um bann við mismunun á grundvelli tiltekinni ástæðna. Fyrst er þó í kaflanum greint frá gildissviði 26. gr. Kemur þar fram, að til að byrja með hafi mátt ráða af álitum nefndarinnar að vernd ákvæðisins næði ekki til annarra réttinda en þeirra sem viðurkennd væru samkvæmt SBSR. Í stefnumarkandi álitum sínum í hollensku atvinnueysisbótamálunum taldi nefndin hins vegar að 26. gr. fæli í sér sjálfstæða og víðtæka jafnræðisreglu sem ekki væri takmörkuð við þau réttindi sem nyttu verndar samkvæmt SBSR. Þrátt fyrir mikla gagnrýni og vandkvæði við að framfylgja álitum nefndarinnar sem varða brot á 26. gr. í tengslum við réttindi sem ekki njóta verndar SBSR hefur nefndin haldið sig staðfastlega við túlkun sína á gildissviði 26. gr.

Í umfjöllun 3. kafla um regluna um jafnræði fyrir lögnum kemur fram að reglan verndi rétt einstaklinga til þess að njóta jafnræðis þegar stjórnvöld taka ákvarðanir um réttindi þeirra og skyldur. Reglan lýtur þannig ekki nauðsynlega að efni löggjafar heldur fremur beitingu hennar í framkvæmd. Greint er frá því að fæst álit nefndarinnar í kærumálum einstaklinga hafi varðað meint brot á reglunni um jafnræði fyrir lögnum og sýnt fram á framkvæmd

nefndarinnar til að byrja með þar sem hún hafnaði því að taka kærur, sem vörðuðu meint brot á reglunni um jafnræði fyrir lögnum, til efnislegrar meðferðar. Nefndin hefur hins vegar vikið frá þeirri stefnu sinni og eru álit hennar í málum *Fábryová gegn Tékklandi* og *Kavanagh gegn Írlandi* nefnd sem dæmi um það. Umfjöllun 3 kafla um jafna vernd laganna er að mestu leyti helguð þeirri neikvæðu skyldu, sem felst í reglunni um að löggjöf aðildarríkja megi ekki leiða til þess að einstaklingum sé mismunað. Í kafla 3.4.2 eru fjórar ástæður mismununar teknar fyrir og völdum álitum sem varða hverja þeirra gerð skil. Í umfjöllun um mismunun á grundvelli kynferðis er sýnt fram á, að meginreglan um jafnræði kynjanna hefur mikil áhrif á niðurstöður nefndarinnar og að nefndin telji að mikið þurfi til að koma svo fallist sé á að mismunun á grundvelli kynferðis sé í samræmi við 26. gr. Þá er gerð grein fyrir þeirri túlkun nefndarinnar, að undir mismunun á grundvelli kynferðis falli einnig mismunun á grundvelli kynhneigðar. Í umfjöllun um mismunun byggða á „öðrum aðstæðum” í kafla 3.4.2.5, er fjallað um álit nefndarinnar í máli *B.d.B. gegn Hollandi* og skoðanir fræðimanna, sem halda því fram að til þess að um mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” í skilningi 26. gr. geti verið að ræða verði kærendur að tilheyra ákveðnum hópi einstaklinga sem auðkennanlegur sé vegna tiltekinna varanlegra og stöðugra einkenna. Nefndin hefur ekki fallist á þessa túlkun og er sýnt fram á að nefndin hafi nær undantekningarlaust tekið öll meint brot á 26. gr. til efnislegrar meðferðar, óháð því á hverju mismunun byggist, að því gefnu að skilyrði meðferðarhæfis kæru séu uppfyllt.

Til þess að skilja megi inntak 26. gr. til hlítar er nauðsynlegt að skoða með ítarlegum hætti hvernig ákvæðinu hefur verið beitt í framkvæmd. Er slíka umfjöllun að finna í 4. kafla ritgerðarinnar, sem er jafnframt þungamiðja hennar. Í kaflanum er leitað svara við hvenær mismunandi meðferð einstaklinga teljist til ólögmætrar mismununar og leiði til brots á 26. gr. Nánar tiltekið er leitað svara við því hvaða mælikvarða og aðferðir nefndin hefur stuðst við þegar hún metur hvort mismunun sé lögmæt eða ekki. Byrjað er á að setja fram skilgreiningu nefndarinnar á mismunun og þá eru muninum á beinni og óbeinni mismunun gerð skil, með dæmum úr framkvæmd nefndarinnar. Er þar meðal annars sýnt fram á, að jafnvel þótt vilji löggjafa innan aðildarríkja standi ekki til mismununar, og að baki löggjöf búi málefnaleg sjónarmið, geta áhrif hennar engu að síður reynst þau að einstaklingum sé mismunað með ólögmætum hætti í skilningi 26. gr. Því næst er greint frá þeim mælikvarða sem Mannréttindadómstóll Evrópu hefur stuðst við þegar hann leggur mat á lögmæti mismununar, og markvissum aðferðum dómstólsins í þeim efnum lýst. Að svo búnu er fjallað um þann mælikvarða sem nefndin hefur lagt til grundvallar mati sínu á lögmæti mismununar. Byrjað er að greina frá fyrstu málunum sem vörðuðu meint brot á 26. gr. Því næst er er lýst niðurstöðum

nefndarinnar í hinum áður nefndu hollensku atvinnuleysisbótamálunum, sem reyndust ekki einungis stefnumarkandi varðandi gildissvið 26. gr., heldur var þar einnig settur fram mælikvarði nefndarinnar á lögmæti mismununar, sem nefndin hefur síðan beitt með stöðugum hætti í meginþorra álita sinna. Er mælikvarðinn á þá leið, að mismunandi meðferð einstaklinga teljist ekki í öllum tilvikum til ólögmætrar mismununar í skilningi 26. gr. þar sem mismunun, sem byggð er á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum, og stefni að markmiði sem er lögmætt samkvæmt SBSR feli ekki í sér ólögmæta mismunun. Ljóst má vera, að lykilatriði við beitingu mælikvarðans er mat nefndarinnar á þeim sjónarmiðum sem réttlæta eiga umdeilda mismunun hverju sinni. Í kafla 4.4.2 er því leitast við að sýna fram á hvaða sjónarmið nefndin hefur í álitum sínum talið vera málefnaleg og hlutlæg. Er kaflanum skipt upp eftir völdum sjónarmiðum, sem oft koma fyrir í álitum nefndarinnar, og afstaða nefndarinnar til þeirra könnuð. Í ljós kemur að nefndin hefur almennt ekki tekið tillit til sjónarmiðum tengdum opinberum útgjöldum, sem liggja að baki mismunandi meðferð einstaklinga við greiðslu úr almannatryggingakerfi aðildarríkja, og í öllu falli ekki talið að slík sjónarmið réttlæti mismunun ein og sér. Gerð er grein fyrir álitum nefndarinnar þar sem sjónarmiðið um óhagræði við framkvæmd stjórnsýslu eru til umfjöllunar, en nefndin hefur í seinni tíð ekki fallist á að slík sjónarmið réttlæti mismunun. Þá er sýnt fram á það, að þegar einstaklingar hafa haft frjálst val um tvo eða fleiri valkosti og eru meðvitaðir um það hvaða afleiðingar hver kostur hefur fyrir sig, hefur nefndin almennt talið að ekki séu um ólögmæta mismunun í skilningi 26. gr. að ræða. Í kafla 4.4.2.5 er komist að þeirri niðurstöðu að það heyri til undantekninga að nefndin greini í niðurstöðum sínum á milli málefnalegra og hlutlegra sjónarmiða og meti með aðskildum hætti hvort sjónarmið sem liggja að baki mismunun séu í senn málefnaleg og hlutlæg. Nefndin hefur þess í stað látið nægja að vísa til þess að mismunun hafi ýmist byggst eða ekki byggst á málefnalegum sjónarmiðum sjónarmiðum eða vísað með fremur almennum hætti til þess að sanngjörn og málefnaleg sjónarmið hafa ýmist legið mismunun að baki eða ekki.

Í kafla 4.4.3 er litið til þess hvort nefndin beiti mælikvarða sínum með mismunandi hætti eftir því hver ástæða mismununar er hverju sinni. Komist er að þeirri niðurstöðu að svo sé, einkum þegar um mismunun byggða á kynferði er að ræða. Hefur nefndin í álitum sínum talið að veigameiri sjónarmið og sterkari rökstuðning þurfi til að réttlæta mismunun sem byggð er á einhverju þeirra atriða sem upp eru talin í 26. gr. sem óheimill grundvöllur mismununar. Að sama skapi er sýnt fram á að niðurstöður nefndarinnar í málum sem varða mismunun á grundvelli „annarra aðstæðna” benda til þess að nefndin sætti sig við veigaminni sjónarmið og ekki jafn sterkan rökstuðning fyrir tilvist mismununar. Sjaldgæft er enda að nefndin fallist

á að mismunun byggð á „öðrum aðstæðum” leiði til brots aðildarríkis á 26. gr. Í kafla 4.4.4 er tekið til skoðunar hvort nefndin hafi beitt mælikvarða sínum á lögmæti mismununar með öðrum hætti þegar um er að ræða meint brot á 26. gr. í tengslum við réttindi sem ekki njóta verndar samkvæmt SBSR. Er sýnt fram á að nefndin hafi ekki veitt aðildarríkjum ákveðið svigrúm til mats þegar kemur að mati lögmæti mismununar í tengslum við efnahagsleg og félagsleg réttindi. Í kafla 4.4.5 er fjallað um hvort nefndin styðjist við svipaðar aðferðir og Mannréttindadómstóll Evrópu hvað varðar skoðun á því hvort sambærileg tilvik fái mismunandi meðferð. Er komist að þeirri niðurstöðu að svo sé ekki. Hefur nefndin ekki skilið skýrlega á milli skoðunar á því hvort um sambærileg tilvik sé að ræða annars vegar, og hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið búi að baki mismunun hins vegar. Sýnt er fram á, að nefndin hefur dregið mat á því hvort sambærileg tilvik hafi fengið mismunandi meðferð inn í mat á því hvort málefnaleg og hlutlæg sjónarmið búi að baki mismunun. Að lokum er í kafla 4.5 að finna umfjöllun um jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og dóm Hæstaréttar hinu svokallaða „Vatneyrarmáli”, ásamt greiningu á niðurstöðu nefndarinnar í máli *Erlings Sveins Haraldssonar og Arnars Snævars Sveinssonar gegn Íslandi* og ályktunum í kjölfarið.

5.2. Ályktanir

Þegar kæruleið til Mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna vegna meintra brota aðildarríkja SBSR á ákvæðum samningins varð virk árið 1979 jókst vernd einstaklinga gegn ofríki ríkisvaldsins til muna, en slík vernd er eitt aðalmarkmið þeirra borgaralegu og stjórnmalalegum réttinda sem samningurinn hefur að geyma. Í kjölfarið tóku kærur að streyma inn til nefndarinnar og til að byrja með var nefndin varkár í beitingu sinni á jafnræðisreglu 26. gr. samningsins. Árið 1987 tók nefndin hins vegar þá stefnumarkandi afstöðu, að vernd 26. gr. næði ekki einungis til þeirra borgaralegu og stjórnmalalegu réttinda sem viðurkennd væru samkvæmt SBSR, heldur einnig annars konar réttinda, þar á meðal efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Upp frá því hefur mikill meirihluti kæra til nefndarinnar varðað meint brot á 26. gr. í tengslum við slík réttindi.

Ljóst er að mál sem varða efnahagsleg og félagsleg réttindi hafa oftar en ekki að geyma flókin atriði sem krefjast sérþekkingar og eru ennfremur breytileg frá einu samfélagi til annars. Fulltrúar í Mannréttindanefndinni eru í fæstum tilvikum sérfræðingar á sviði efnahags- eða félagsmála, heldur fremur lögfræðingar eða opinberir starfsmenn innan aðildarríkja. Þá hefur komið fram, að nefndin hafi í nokkrum álitum sínum ekki séð ástæðu til þess að fjalla efnislega um efnahagsleg eða félagsleg sjónarmið sem færð eru fram sem réttlætning á

mismunandi meðferð einstaklinga innan samfélaga. Loks er mælikvarði nefndarinnar á lögmæti mismununar ólíkur mælikvarða Mannréttindadómstóls Evrópu að því leyti, að samkvæmt mælikvarðanum er hvorki gert ráð fyrir svigrúmi aðildarríkja til mats, né er meðalhófsreglan hluti mælikvarðans, og lítur nefndin því ekki til þess hvort eðlilegt samræmi hafi verið á milli þess markmiðs sem stefnt var að og þeirra aðferða sem beitt var við að ná umræddu markmiði.

Í ljós ofangreinds þarf í raun ekki að koma sérstaklega á óvart, að nefndarmenn hafi á tíðum byggt niðurstöður sínar, um hvort aðildarríki hafi brotið gegn jafnræðisreglu 26. gr. í tilviki einstaklinga sem halda því fram að tiltekin efnahagsleg eða félagsleg réttindi þeirra hafi verið skert, á tiltölulega frjálsum og opnu mati og látið nægja að vísa til þess, án ítarlegs rökstuðnings, að meint ólögmæt mismunun hafi ýmist verið málefnaleg eða ómálefnaleg. Þar sem tekjutenging og önnur jöfnun innan velferðarkerfa og hagræðing í ríkisrekstri leiðir oft til mismunandi meðferðar einstaklinga, jafnvel frá einum tíma til annars, er það umhugsunarefni að grundvöllur slíkra kerfa og reglur sem þau byggja á sé kominn undir mati nefndarmanna Mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna.

HEIMILDASKRÁ

Alex Conte, Scott Davidson og Richard Burchill: *Defining Civil and Political Rights. The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*. Aldershot, England 2004.

Alþingistiðindi.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Björg Thorarensen og Pétur Leifsson: *Kaflar úr þjóðarétti. Handrit til kennslu við lagadeild Háskóla Íslands 2004*. Reykjavík 2004.

Carla Edelenbos: “Article 26, the Human Right’s Committee’s Views and Decisions: the Way of the Future?”. *International human rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller*. Ritstj. Guðmundur Alfreðsson. Haag, Holland 2001, bls. 123-127.

Christian Tomuschat: “The Human Rights Committee’s Jurisprudence on Article 26 – A Pyrrhic Victory?”. *Towards Implementing Universal Human Rights. Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*. Ritstj. Nisuke Ando. Leiden, Holland 2004, bls. 225-247.

Dominic McGoldrick: *The Human Rights Committee. It’s Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. New York 1991.

Greinargerð með 12. samningsviðauka við Mannréttindarsáttmála Evrópu (e. Explanatory Report). Vefsíða Evrópuráðsins, <http://www.coe.int>
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útgáfa. Reykjavík 1999.

Javid Rehman: *International Human Rights Law. A practical Approach*. Harlow, England 2003.

Manfred Nowak: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. 2. útgáfa. Kehl, Þýskalandi 2005.

Mannréttindadómstóll Evrópu 2007. Dómareifanir. 2. hefti 2007.

Martin Scheinin: “How to Unite a Tie in the Human Rights Committee”. *International human rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller*. Ritstj. Guðmundur Alfreðsson. Haag, Holland 2001, bls. 129-145.

Nisuke Ando: “The Evolution and Problems of the Jurisprudence of the Human Rights Committee’s Views concerning Article 26”. *Towards Implementing Universal Human Rights. Festschrift for the Twenty-Fifth Anniversary of the Human Rights Committee*. Ritstj. Nisuke Ando. Leiden, Holland 2004, bls. 205-224.

Oddný Mjöll Arnardóttir: *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*. Haag, Holland 2003.

Sarah Joseph, Jenny Schultz og Melissa Castan: *The International Covenant on Civil and Political Rights*. 2. útgáfa. Oxford, New York 2004.

„Svar við álitum mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna”, Vefsíða Sjávarútvegsráðuneytisins, 6. júní 2008, <http://www.sjavarutvegsraduneyti.is>
<http://www.sjavarutvegsraduneyti.is/frettir/frettatengt/nr/9305>

Torkel Opsahl: “Equality in human rights law with particular reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights”. *Afmælisrit. Felix Ermacora*. Ritstj. Manfred Nowak, Dorothea Steurer og Hannes Tretter. Kehl, Þýskalandi 1988, bls. 51-65.

Vojin Dimitrijevic: “State Reports”. *International human rights monitoring mechanisms : essays in honour of Jakob Th. Möller*. Ritstj. Guðmundur Alfreðsson. Haag, Holland 2001, bls. 185-199.

DÓMASKRÁ

Álit Mannréttindanefndar Sameinuðu Þjóðanna:

Álit nefndarinnar, Lovelace gegn Kanada, 29. desember 1977 (nr. 24/1977).

Álit nefndarinnar, K.L. gegn Danmörku, 26. mars 1980 (59/1979).

Álit nefndarinnar, Weinberger gegn Úrúgvæ, 29. október 1980, (nr. 28/1978).

Álit nefndarinnar, A.S. gegn Kanada, 31. mars 1981 (nr. 68/1980).

Álit nefndarinnar, Shirin Aumeeruddy-Cziffra og 19 aðrar konur frá Mauritaníu gegn Mauritaníu, 9. apríl 1981 (nr. 35/1978).

Álit nefndarinnar, I.M. gegn Noregi, 6. apríl 1983 (129/1982).

Álit nefndarinnar, J.D.B. gegn Hollandi, 26. mars 1985 (178/1984).

Álit nefndarinnar, E.H. gegn Finnlandi, 25. október 1985 (nr. 170/1984).

Álit nefndarinnar, H.S. gegn Frakklandi, 10. apríl 1986 (184/1984).

Álit nefndarinnar, F.G.G. gegn Hollandi, 25. mars 1987 (nr. 209/1986).

Álit nefndarinnar, Broeks gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (nr. 172/1984).

Álit nefndarinnar, Zwaan-de-Vries gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (nr. 182/1984).

Álit nefndarinnar, Danning gegn Hollandi, 9. apríl 1987 (180/1987).

Álit nefndarinnar, P.P.C. gegn Hollandi, 24. mars 1988 (nr. 212/1986).

Álit nefndarinnar, Blom gegn Svíþjóð, 4. apríl 1988 (nr. 191/1985).

Álit nefndarinnar, Hendrika Vos gegn Hollandi, 29. mars 1989 (nr. 218/1986).

Álit nefndarinnar, B.d.B. o.fl. gegn Hollandi, 30. mars 1989 (nr. 273/1988).

Álit nefndarinnar, Gueye o.fl. gegn Frakklandi, 3. apríl 1989 (nr. 196/1983).

Álit nefndarinnar, Bhinder gegn Kanada, 9. nóvember 1989 (nr. 208/1986).

Álit nefndarinnar, Järvinen gegn Finnlandi, 25. júlí 1990 (nr. 295/1988).

Álit nefndarinnar, Ballantyne o.fl. gegn Kanada, 18. október 1990 (nr. 359 og 385/1990).

Álit nefndarinnar, Lindgren o.fl. og Lundquist o.fl. gegn Svíþjóð, 9. nóvember 1990 (nr. 298/1988 og 299/1988).

Álit nefndarinnar, Orihuela gegn Perú, 22. mars 1991 (nr. 309/1988).

Álit nefndarinnar, Pauger gegn Austurríki, 26. mars 1992 (nr. 415/1990).

Álit nefndarinnar, Sprenger gegn Hollandi 31. mars 1992 (395/1990).

Álit nefndarinnar, Oulajin og Kaiss gegn Hollandi, 23. október 1992 (406,426/1990).

Álit nefndarinnar, Bwalya gegn Zambíu, 14. júlí 1993 (nr. 314/1988).

Álit nefndarinnar, J.H.W. gegn Hollandi, 16. júlí 1993 (501/1992).

Álit nefndarinnar, Brinkhof gegn Hollandi, 27. júlí 1993 (nr. 402/1990).

Álit nefndarinnar, Bahamonde gegn Gíneu, 20. október 1993 (nr. 468/1991).

Álit nefndarinnar, Araujo-Jongen gegn Hollandi, 22. október 1993 (nr. 418/1990).

Álit nefndarinnar, Toonen gegn Ástralíu, 30. mars 1994 (nr. 488/1992).

Álit nefndarinnar, Simunek o.fl. gegn Tékklandi, 19. júlí 1995 (nr. 516/1992).

Álit nefndarinnar, Adam gegn Tékklandi, 23. júlí 1996 (nr. 586/1994).

Álit nefndarinnar, Kaaber gegn Íslandi, 5. nóvember 1996 (nr. 674/1995).

Álit nefndarinnar, Maille gegn Frakklandi, 11. júlí 1997 (nr. 689/1996).

Álit nefndarinnar, Vernier og Nicholas gegn Frakklandi, 11. júlí 1997 (690 og 691/1996).

Álit nefndarinnar, Snijders o.fl. gegn Hollandi, 27. júlí 1998 (nr. 651/1995).

Álit nefndarinnar, Malik gegn Tékklandi, 21. október 1998 (nr. 669/1995).

Álit nefndarinnar, Schlosser gegn Tékklandi, 21. október 1998 (nr. 670/1995).

Álit nefndarinnar, Hoofdman gegn Hollandi, 3. nóvember 1998 (nr. 602/1994).

Álit nefndarinnar, Pauger gegn Austurríki, 25. mars 1999 (nr. 716/1999).

Álit nefndarinnar, Johannes Vos gegn Hollandi, 26. júlí 1999 (nr. 786/1997).

Álit nefndarinnar, Foin gegn Frakklandi, 3. nóvember 1999 (nr. 666/1995).

Álit nefndarinnar, Waldman gegn Kanada, 3. nóvember 1999 (nr. 694/1996).

Álit nefndarinnar, Lestourneaud gegn Frakklandi, 3. nóvember 1999 (nr. 861/1999).

Álit nefndarinnar, Kavanagh gegn Írlandi, 4. apríl 2001 (nr. 819/1999).

Álit nefndarinnar, Blazek o.fl. gegn Tékklandi, 12. júlí 2001 (nr. 857/1999).

Álit nefndarinnar, Schmitz-de Jong gegn Hollandi, 16. júlí 2001 (855/1999).

Álit nefndarinnar, Cheban gegn Rússlandi, 24. júlí 2001 (nr. 790/1997).

Álit nefndarinnar, Fábryová gegn Tékklandi, 30. október 2001 (nr. 765/1997).

Álit nefndarinnar, Des Fours gegn Tékklandi, 30. október 2001 (nr. 747/1997).

Álit nefndarinnar, Brok og Brokova, 31. október 2001 (nr. 774/1997).

Álit nefndarinnar, Müller og Engelhard gegn Namibíu, 26. mars 2002 (nr. 919/2000).

Álit nefndarinnar, Wackenheim gegn Frakklandi, 15. júlí 2002 (854/1999).

Álit nefndarinnar, Joslin gegn Nýja-Sjálandi, 17. júlí 2002 (nr. 902/1999).

Álit nefndarinnar, Love o.fl. gegn Ástralíu, 25. mars 2003 (nr. 983/2003).

Álit nefndarinnar, Kristjánsson gegn Íslandi, 16. júlí 2003 (nr. 951/2000).

Álit nefndarinnar, Althammer gegn Austurríki, 8. ágúst 2003 (nr. 998/2001).

Álit nefndarinnar, Derksen gegn Hollandi, 1. apríl 2004 (nr. 976/2001).

Álit nefndarinnar, Pohl o.fl. gegn Austurríki, 9. júlí 2004 (nr. 1160/2003).

Álit nefndarinnar, Borzov gegn Eistlandi, 26. júlí 2004 (nr. 1136/2002).

Álit nefndarinnar, Marik gegn Tékklandi, 26. júlí 2005 (945/2000).

Álit nefndarinnar, Kriz gegn Tékklandi, 1. nóvember 2005 (nr. 1054/2002).

Álit nefndarinnar, Castell-Ruiz o.fl. gegn Spáni, 17. mars 2006 (nr. 1164/2003).

Álit nefndarinnar, Zdeneck og Ondracka gegn Tékklandi, 17. apríl 2006 (nr. 1533/2006).

Álit nefndarinnar, Polacková og Polacek gegn Tékklandi, 24. júlí 2007 (1445/2006).

Álit nefndarinnar, Gratzinger gegn Tékklandi, 24. júlí 2007 (1463/2006).

Álit nefndarinnar, Erlingur Sveinn Haraldsson og Örn Ævar Sveinsson gegn Íslandi, 24. október 2007 (nr. 1306/2004).

Álit nefndarinnar, Süsser gegn Tékklandi, 25. mars 2008 (1488/2006).

Álit nefndarinnar, Lnenicka gegn Tékklandi, 25. mars 2008 (1484/2006).

Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:

MDE, “Belgian Linguistics”, 23. júlí 1968 (nr. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 og 2126/64).

Dómar Hæstaréttar Íslands

Hrd. 1998, bls. 4076.

Hrd. 2000, bls. 1534 (nr. 12/2000).

