UMBOÐSMAÐUR ALÞINGIS
Álftamýri 7, 150 Reykjavík. Sími: 510 6700
Gjaldfrjálst nr: 800 6450. Mynds: 510 6701
Heimasíða: www.umbodsmaduralthingis.is

Alþingi
Erindi nr. Þ 141/1276
komudagur 22.1.2013

Reykjavík, 21. janúar 2013.

Stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis
Nefndasvið Alþingis

Með bréfi sem barst mér 11. janúar sl. óskaði stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis eftir að umboðsmaður Alþingis veitti umsögn um frumvarp til stjórnarskipunarlaga, 415. mál. Þess var óskað að umsögnin bærist eigi síðar en 22. janúar n.k. og að gerð yrði grein fyrir henni á fundi með nefndinni sama dag, kl. 9:00. Í samræmi við þessa ósk nefndarinnar hef ég tekið saman þá umsögn sem hér fer á eftir. Hún skiptist í almennan hluta og umfjöllun um þær greinar frumvarpsins sem ég tel rétt að umsögn umboðsmanns taki til miðað við þá afmörkun sem lýst er í 1. tölulið almenna hlutans hér á eftir.

I. Almennur hluti.

1. Almennt um aðkomu umboðsmanns að undirbúningi stjórnarskrár og löggjafar.

Ég hef almennt ekki talið rétt að hafa sem umboðsmaður Alþingis afskipti af undirbúningi lagasetningar eða meðferð slíkra mála á Alþingi enda falla störf Alþingis utan við starfssvið umboðsmanns Alþingis. Það kemur því almennt ekki í hlut umboðsmanns að fjalla um hvernig til hefur tekist um efni þeirra laga sem Alþingi setur. Frá því er þó sú undantekning að umboðsmanni er falið að tilkynna Alþingi ef hann verður þess var að meinbugir séu á gildandi lögum, sbr. 11. gr. laga nr. 85/1997, um umboðsmann Alþingis. Í samræmi við þetta hef ég að almennt ekki talið rétt að veita umsagnir um þau frumvörp sem liggja fyrir Alþingi. Ég hef þó jafnan tekið fram að ég telji rétt að láta Alþingi í té upplýsingar sem eru til staðar vegna úrlausnar einstakra mála eða lúta almennt að starfi umboðsmanns og því eftirlitshlutverki sem honum er fengið af hálfu Alþingis með stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga, að því marki sem einstakar þingnefndir kunna að óska eftir slíkum upplýsingum. Slík beiðni er jafn-

framt forsenda þess að ég telji rétt að verja tíma umboðsmanns og starfsmanna hans frá öðrum verkum til þess að sinna slíkum verkefnum. Ég hef litið svo á að markmiðið með slíkri upplýsingagjöf sé að Alþingi geti betur, og að því marki sem það kýs, tekið mið af því sem fram hefur komið við eftirlit umboðsmanns við umfjöllun sína um lagafrumvörp og önnur mál og hvaða áhrif breytt löggjöf kunni að hafa á starfsemi stjórnsýslunnar, verkefni og þar með eftirlit með henni af hálfu Alþingis og stofnana þess. Stjórnarskráin eru grundvallarlög landsins. Þau skapa umgjörð um starf stjórnsýslunnar og mannréttindaákvæði hennar hafa að geyma ákveðnar lágmarksreglur sem stjórnvöldum ber að virða við úrlausn á málefnum borgaranna.

Fyrirliggjandi beiðni þingnefndarinnar beinist að frumvarpi til stjórnarskipunarlaga sem felur í sér heildarendurskoðun stjórnarskrár lýðveldisins Íslands. Starf umboðsmanns tekur til þess að hafa eftirlit með því að stjórnsýslan starfi í samræmi við lög og þær reglur sem um hana gilda og tryggja rétt borgaranna gagnvart stjórnvöldum landsins. Það kemur því í hlut umboðsmanns að hafa eftirlit með því hvernig stjórnvöld haga störfum sínum og úrlausn á málum borgaranna í samræmi við þær mannréttindareglur sem stjórnvöldum ber að virða í störfum sínum. Ég hef því ákveðið að miða þá umsögn sem hér fer á eftir sérstaklega við þau ákvæði frumvarpsins sem kunna að hafa áhrif á verkefni og starf framkvæmdarvaldsins/stjórnsýslunnar, þ.m.t. kröfur til lagasetningar, og réttindi borgaranna af því tilefni. Jafnframt og með tilliti til þess sem áður sagði um eftirlitshlutverk umboðsmanns mun ég einnig víkja sérstaklega að mannréttindaákvæðum frumvarpsins. Hér er því ekki um að ræða heildstæða umsögn um allt efni fyrirliggjandi frumvarps eða þær greinar sem ég vík að. Þá hefur umsögnin verið unnin á mjög takmörkuðum tíma miðað við umfang frumvarpsins og því hefur ekki gefist tækifæri til að gera nema lágmarks athuganir á efni þess.

Ég tek fram að ég lít svo á að það sé ekki mitt að setja fram tillögur til breytinga á frumvarpinu að því marki sem ég kann að koma fram með ábendingar eða vekja athygli á einstökum atriðum. Umsögninni er ætlað að veita skýringar og upplýsingar sem að gagni geta komið þegar alþingsmenn taka afstöðu til efnis frumvarpsins.

2. Greinargerð frumvarpsins sem lögskýringargagn.

Ég tel hér í upphafi ástæðu til þess að koma þeirri ábendingu á framfæri við nefndina að sú greinargerð sem fylgir frumvarpinu og þá sérstaklega athugasemdir við einstakar greinar veita að ýmsu leyti misvísandi og takmarkaðar skýringar á efni frumvarpsins. Mér er það ljóst af fyrirliggjandi upplýsingum um vinnslu frumvarpsins að þar var miðað við að í athugasemdunum yrði gerð grein fyrir því sem fram hefði komið af hálfu stjórnlagaráðs um einstakar greinar í tilteknu formi og síðan yrði bætt við skýringarnar umfjöllun af hálfu þeirra fjögurra sérfræðinga sem Alþingi fékk til að fara yfir frumvarpið. Í

ýmsum tilvikum eru þessar skýringar misvísandi og í öðrum skortir á að gerð sé fullnægjandi efnisleg grein fyrir þeim sjónarmiðum sem texti frumvarpsgreinarinnar byggir á. Þetta á einnig við um ýmis hugtök og orð sem notuð eru i frumvarpsgreinunum og telja verður mikilvægt að séu skýrð í athugasemdunum. Af þessum sökum er ástæða til þess að hafa áhyggjur af því að sú greinargerð sem fylgir frumvarpinu muni ekki gagnast sem skyldi sem lögskýringargagn þegar reynir á einstök ákvæði frumvarpsins, verði þau samþykkt, bæði fyrir dómstólum og hjá eftirlitsaðilum eins og umboðsmanni Alþingis.

Ég tel því tilefni til þess að hugað verði að því við frekari meðferð málsins hvort bæta megi úr þessu og gera athugasemdir við einstakar greinar hnitmiðaðri þannig að þar sé fyrst og fremst að finna skýringar á afstöðu flutningsmanna frumvarpsins til þess hvað þeir leggja til grundvallar um skilning sinn á efnisatriðum viðkomandi greinar og þeim orðum og hugtökum sem þar koma fram. Þannig gefst öðrum þingmönnum einnig kostur á að lýsa með skýrum hætti afstöðu sinni til þess sem viðkomandi frumvarpsgrein byggist á. Lögskýringargögnin ættu þá að gefa betri mynd af tilurð og efni hins endanlega texta og koma betur að gagni við túlkun þeirra reglna sem kunna að verða samþykktar heldur en sú greinargerð sem nú fylgir frumvarpinu.

3. Heildstætt mat á áhrifum frumvarpsins.

Eftir athugun mina á þeim atriðum frumvarpsins sem þessi umsögn tekur til tel ég tilefni til þess að taka undir þá ábendingu sem fram kemur í skilabréfi þeirra sérfræðinga sem Alþingi fékk til að fara yfir frumvarpið um nauðsyn þess að fram fari heildstætt og skipulegt mat á áhrif frumvarpsins i heild. Slikt mat þarf ekki bara að beinast að því hvort ákvæði frumvarpsins séu i samræmi við þær alþjóðlegu skuldbindingar sem Ísland hefur undirgengist heldur einnig hvort og þá hvaða takmarkanir dómafordæmi Hæstaréttar kunna að setja breytingum á stjórnlögum með tilliti til réttinda borgaranna. Þá þarf að greina hvaða skyldur leiða af frumvarpinu um breytingar á gildandi löggjöf og hver kunna að verða hin fjárhagslegu áhrif þess, t.d. á útgjöld rikissjóðs og sveitarfélaga. Slík greining kann að leiða í ljós að þörf sé á skýrari ákvæðum í stjórnarskrá til að ná fram þeim markmiðum sem að er stefnt.

Ég nefni sem dæmi að í frumvarpinu eru lagðar til breytingar á þeim mismununarástæðum sem eru sérstaklega tilgreindar i jafnræðisákvæðinu, svo sem um aldur og búsetu, en áfram er þó gert ráð fyrir samkvæmt athugasemdum að greinarmunur á grundvelli hlutlægra og málefnalegra sjónarmiða geti talist réttlætanlegur. Hér þyrfti að greina hvaða áhrif slíkar breytingar kunna að hafa í þeim tilvikum þar sem aldur hefur vægi, t.d. við starfslok á vinnumarkaði eða aðgengi að þjónustu. Beint bann við mismunum á grundvelli búsetu kann að hafa þýðingu um hvernig ríki og sveitarfélög geta hagað

þjónustu sinni og þá með tilheyrandi áhrifum á kostnað við þá þjónustu. Þetta atriði og það hvernig rétturinn til heilbrigðisþjónustu er orðaður i 23. gr. gefa einnig tilefni til þess að kanna fyrir fram hvaða áhrif þessar reglur hafa á skipulag heilbrigðisþjónustunnar og kostnað við hana.

Á siðustu árum hefur iðulega verið lögð áhersla á nauðsyn þess að bæta undirbúning lagafrumvarpa og að fyrir fram verði lagt mat á áhrif þeirra. Að því er varðar áhrif á verkefni stjórnsýslunnar hef ég áður lýst sjónarmiðum minum nauðsyn stjórnsýslumats vegna lagafrumvarpa i skýrslu minni til Alþingis fyrir árið 2005, bls. 21 og áfram. Ég tel að þau sömu sjónarmið og þar var lýst eigi m.a. við um það frumvarp til stjórnarskrár sem hér er fjallað um.

4. Aðkoma íslenskra dómstóla að túlkun stjórnarskrárinnar.

Þær ábendingar sem ég set fram i umsögn minni hér að neðan lúta m.a. að því að tilefni kunni að vera til þess að orða ákvæði frumvarpsins með skýrari hætti og það sé þannig betur ljóst hvaða réttindi borgurunum eru fengin og hvaða skyldur og verkefni handhafar ríkisvaldsins, einkum framkvæmdarvaldsins hafa með höndum. Ástæða þessar áherslu minnar er ekki síst að hér á landi hefur Hæstiréttur Íslands verið mjög virkur i að dæma um hvort reglur laga og framkvæmd stjórnvalda hafi verið i samræmi við þær kröfur sem leiða af stjórnarskránni. Að þessu leyti hefur Hæstiréttur nokkra sérstöðu miðað við æðstu dómstóla í okkar næstu nágrannalöndum sem búa við áþekkt laga og dómskerfi. Þá hefur einnig verið munur á því hvernig þessir dómstólar hafa litið til og látið t.d. fjölþjóðlegar skuldbindingar ríkjanna hafa áhrif við túlkun á íslenskum lögum. Ég minni á þetta hér til að leggja áherslu á að þegar gerður er samanburður milli ákvæða i stjórnarskrám ólikra rikja verður að meta viðkomandi ákvæði og tilurð þeirra í ljósi þeirrar almennu réttarskipunar og hlutverks sem dómstólar hafa i því riki við túlkun og eftirfylgni stjórnarskrárinnar.

Sú hefð sem hér rikir um hlut Hæstaréttar Íslands og valdheimildir við túlkun á ákvæðum stjórnarskrárinnar leiðir einnig að minum dómi til þess að stjórnarskrárgjafinn þarf að gæta þess að orða ákvæði stjórnarskrárinnar um hin einstöku réttindi borgaranna og þá um leið skyldur handhafa ríkisvalds eins skýrt og kostur er miðað við þann vilja sem býr að baki ákvæðinu. Að öðrum kosti verður það háð mati dómstóla hvert verður endanlegt efni hinna óskýru ákvæða.

5. Tillaga stjórnlagaráðs og fyrirliggjandi frumvarp.

Ég tel að rétt að minna á að það frumvarp sem umsögn þessi tekur til hefur tekið nokkrum breytingum frá þeirri tillögu sem stjórnlagaráð skilaði frá sér. Þær breytingar voru gerðar að tillögu fjögurra lögfræðinga sem Alþingi fékk til að fara yfir frumvarpið. Eins og

fram kemur í umsögn minni hér að neðan hafa þær breytingar að hluta orðið mér tilefni til athugasemda og ábendinga. Á það m.a. við um þá tillögu sem nú er í 2. mgr. 9. gr. frumvarpsins um almenna heimild til skerðinga á mannréttindaákvæðum frumvarpsins að tilteknum greinum undanskildum.

II. Umsögn um einstakar greinar.

Aðfaraorð.

Í upphafi 3. mgr. segir: „Stjórnvöld skulu vinna að velferð íbúa landsins..." Þarna og víðar í frumvarpinu er hugtakið stjórnvöld notað (sjá 1. mgr. 5. gr. og 1. mgr. 9. gr.) án þess að það sé að öllu leyti skýrt á hvaða handhafa eða handhöfum ríkisvaldsins, sbr. 2. gr., þær verkskyldur sem þessi ákvæði mæla fyrir um hvíla. Í samræmi við þann almenna skilning sem lagður er í orðið stjórnvald/stjórnvöld í lögfræði verður að ganga út frá því ákvæðið verið í framkvæmd skýrt með þeim hætti að átt sé við handhafa framkvæmdarvalds i merkingu stjórnarskrárinnar og þar með þá sem fara með stjórnsýslu. Hugtakið taki því ekki til löggjafarvaldsins þótt finna megi dæmi um slíka orðnotkun i daglegu máli. Hins vegar er ekki vist að orðið „stjórnvald", einkum fleirtölumynd, þess hafi svo afmarkaða merkingu samkvæmt almennum málskilningi. Hafi ætlunin verið að vísa jafnframt til annarra handhafa ríkisvalds, þ.e. handhafa löggjafarvalds og dómsvalds, er því vakin athygli á því að að gera þyrfti ráðstafanir til að skýra ákvæðið frekar og þá í því skyni að forðast misskilning eða óvissu um þetta atriði.

2.gr. Uppspretta ríkisvalds og handhafar þess.

Vegna síðari umfjöllunar í þessari umsögn bendi ég á að í 3. mgr. er mælt fyrir um að forsetinn sé hluti af framkvæmdarvaldinu en ekki hluti af bæði löggjafar- og framkvæmdarvaldinu eins og er í gilandi stjórnarskrá. Við þessa breytingu þarf sérstaklega að huga að því hvernig það eftirlit sem Alþingi, sbr. 36. gr., og stofnanir þess hafa með framkvæmdarvaldinu tekur til verkefna og starfa forseta.

Rétt er að vekja athygli á þeim mun sem er á orðalagi 3. mgr. frumvarpsgreinarinnar um framkvæmdarvaldið frá því sem er í gildandi 2. gr. stjórnarskrárinnar. Þar segir nú: „Forseti og önnur stjórnvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið." Lagt er til í frumvarpinu að orðin: „samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum" falli niður.

Ég tel ekki unnt að útiloka að niðurfelling þessara orða yrði talin fela í sér breytingu frá gildandi rétti. Á því hefur verið byggt og þá m.a. með tilvísun til þessa orðalags 2. gr. stjórnarskrárinnar að á Íslandi gildi meginreglan um lögbundna stjórnsýslu eða eins og Hæstiréttur hefur orðað það: „Stjórnarframkvæmdin er

lögbundin", sjá t.d. Hrd. 1998, bls. 4552. Í þeim dómi, sem laut að flutningi Landmælinga Íslands frá Reykjavik til Akraness, var talið að ráðherra gæti ekki án lagaheimildar flutt stofnunina. Við þá breytingu sem lögð er til i frumvarpinu vaknar sú spurning hvort handhafar framkvæmdarvalds fái rýmri heimildir en samkvæmt gildandi stjórnarskrá til að ákveða t.d. hverjir fara með framkvæmdarvaldið án þess að slíkt sé ákveðið með lögum hverju sinni. Að minnsta kosti fæ ég ekki séð að það sé sérstaklega rökstutt i athugasemd með ákvæðinu hvers vegna umrædd orð eru felld niður.

5. gr. Gildissvið.

Fyrirsögn þessarar greinar er gildissvið. Ég tel ástæðu til að ihuga hvort þetta orð er nægjanlega lýsandi fyrir efni greinarinnar.

Í 1. mgr. segir að stjórnvöldum „ber að tryggja að allir fái notið þeirra réttinda og þess frelsis sem i þessari stjórnarskrá felst." Eins og áður hefur verið bent á verður að skýra þetta ákvæði svo að þar sé átt við skyldur handhafa framkvæmdarvaldsins. Þetta felur í sér jákvæða skyldu og þá til athafna og ákvarðana til að „tryggja" að allir fái notið umræddra réttinda og frelsis. Þessi skylda er almennt orðuð. Ég tel ástæðu til þess að skoðað verði sérstaklega hvaða þýðingu þetta ákvæði getur haft og þá umfram það sem annars leiðir af almennu hlutverki framkvæmdarvaldsins og þeim verkefnum og verkskyldum sem á því hvilir samkvæmt öðrum ákvæðum stjórnarskrárinnar. Við fyrstu sýn verður almennt ekki séð að ákvæðið auki þar mikið við. Það kæmi þó væntanlega í hlut dómstóla að leggja mat á það hvort stjórnvöld hefðu rækt skyldur sínar, og þá gagnvart einstaklingum og lögaðílum, samkvæmt þessu ákvæði við að tryggja þeim þau réttindi og frelsi sem önnur ákvæði stjórnarskrárinnar mæla fyrir um. Það er ákveðin óvissa um til hvers þetta ákvæði getur leitt.

Vegna 2. mgr. er rétt að minna á að hið almenna hlutverk stjórnarskráa hefur verið að með þeim setur stjórnarskrárgjafinn, þ.e. annars vegar kjósendur sem í almennum kosningum taka beina eða óbeina afstöðu til nýrrar stjórnarskrár eða breytinga á gildandi stjórnarskrá og hins vegar handhafar löggjafarvalds, að því marki sem þeim er veitt hlutverk að þessu leyti, reglur um hver skuli vera stjórnskipun rikisins, hlutverk og verkefni handahafa ríkisvaldsins og hvaða takmarkanir eru á valdheimildum þessara aðila gagnvart borgurunum. Mannréttindaákvæðum er því almennt ætlað að tryggja borgurunum tiltekna vernd gegn ofríki og afskiptum handhafa ríkisvaldsins af lifi þeirra, athafnafrelsi, eignum, tjáningarfrelsi o. s. frv., auk þess að mæla fyrir um ákveðin lágmarksréttindi sem þeir eiga kröfu á að handhafar rikisvaldsins tryggi þeim með opinberum fjármunum og ákvörðunum. Af stjórnarskrá leiða því ýmsar jákvæðar skyldur sem handhafar rikisvaldsins þurfa að hafa i frammi til að fullnægja þeim kröfum sem leiða af stjórnarskrá. Á þeim grundvelli

setur handhafi löggjafarvalds margvisleg lög til þess að tryggja framgang hinna stjórnarskrárvörðu réttinda og mælir fyrir um réttindi og skyldur borgaranna sín í milli og viðurlög ef brotið er gegn þeim. Stjórnskipunin og tilvist réttarríkisins byggist síðan á því að borgararnir fari eftir þessum lögum og geti ella, ef þeir brjóta gegn rétti annarra samkvæmt lögum, þurft að sæta t.d. refsingum eða greiðslu skaðabóta.

Í ljósi framangreinds vekur athygli sú ráðagerð sem lýst er i athugasemdum við 2. mgr. 5. gr. um möguleg bein einkaréttaráhrif þess ákvæðis og þar með um að einkaaðili geti höfðað mál á hendur öðrum einkaaðila vegna meintra brota þess síðarnefna á þeim mannréttindareglum sem fram koma í II. kafla frumvarpsins. Þetta er byggt á því ákvæði 5. gr. að einkaaðilar skuli, eftir því sem við á, virða þau réttindi sem kveðið er á um í II. kafla. Eins og áður segir hefur almennt verið gengið út frá því að ábyrgð einkaaðila gagnvart öðrum einkaaðila verði reist á þeim lögum sem Alþingi hefur sett, og þá eftir atvikum til þess að fullnægja þeim kröfum sem fram koma i stjórnarskránni eða takmarka þau réttindi sem hún veitir, svo sem um tjáningarfrelsi. Slíkar kröfur milli einkaaðila hafa því ekki verið reistar beint á stjórnarskránni eða á því að löggjafinn hafi ekki sett reglur um hvernig einkaaðilinn á að standa að málum. Kröfum af því tilefni þarf að beina gegn ríkinu og þeim handhafa framkvæmdarvaldsins sem fer með viðkomandi málaflokk og þá á þeim grundvelli að ekki hafi verið sett löggjöf sem fullnægir kröfum stjórnarskrárinnar.

Að baki framangreindu stendur einnig hin stjórnskipulega lögmætisregla sem gerir ekki einungis kröfu um tiltekinn réttargrundvöll heldur einnig um ákveðið lágmarks efnislegt inntak. Borgararnir eiga því af lestri laga að geta áttað sig á því hvernig þeir eiga að haga sér þannig að þeir fullnægi þeim kröfum sem leiða af lögum. Með því að veita því réttargrundvöll í stjórnarskrá að einstaklingar geti leitað réttar sins beint gagnvart öðrum einstaklingum á grundvelli þess að þeir hafi brotið reglur stjórnarskrárinnar, sem sumar hverjar eru almennar og óljósar, verður ekki annað séð en að í senn sé verið að breyta eðli stjórnarskrárinnar sem réttarheimildar og gera mörk einkaréttar og allsherjarréttar óljósari með tilheyrandi réttaróvissu fyrir borgarana. Frá sjónarhóli eftirlits umboðsmanns Alþingis gæti þetta m.a. skapað óvissu um hvort úr ágreiningi um það hvort kröfum sem leiða af stjórnarskrá hafi verið fullnægt eigi að beina gegn opinberum aðila i stjórnsýslumáli eða hvort viðkomandi aðili geti átt beina kröfu á hendur einkaaðila sem hefur þá ef til vill ekki fengið aðra leiðsögn, t.d. í með frekari útfærslu á stjórnarskrárákvæðinu i formi lagasetningar, um hvernig hann eigi að standa málum heldur hann verður að ráða af lestri stjórnarskrárinnar. Ég tel að svo viðamikil breyting á réttaráhrifum ákvæða stjórnarskrárinnar með beinni aðkomu stjórnarskrárgjafans þarfnist

nánari athugunar við en ráðið verður af athugasemdum með ákvæðinu að hafi farið fram.

II. KAFLI Mannréttindi og náttúra.

Ég hef ákveðið að haga umsögn minni um ákvæði II. kafla frumvarpsins þannig að i stað þess að fjalla sérstaklega um einstakar greinar mun ég draga saman nokkur atriði sem ég hef staðnæmst við og þá fyrst og fremst með tilliti til verkefna framkvæmdarvaldsins/stjórnsýslunnar og eftirlits umboðsmanns með því að borgararnir fái notið þeirra réttinda af hálfu stjórnvalda sem þeim ber samkvæmt stjórnarskrá og lögum landsins.

Rýmri heimild til skerðinga á mannréttindum.

Í gildandi stjórnarskrá er heimildir til að takmarka eða setja mannréttindum sem þar er fjallað um tilteknar skorður i viðkomandi réttindaákvæðum. Þær heimildir eru mismunandi milli ákvæða og taka mið af eðli þeirra réttinda sem í hlut eiga. Fyrirmyndir að þeim ákvæðum eru almennt sóttar i hliðstæðar reglur mannréttindasáttmála Evrópu og viðauka við hann og voru endurskoðaðar við breytingar á stjórnarskránni 1995.

Í fyrirliggjandi frumvarpi er lagt til i 2. mgr. 9. gr. að í stað núgildandi ákvæða um heimilar takmarkanir verði sett almennt skerðingarákvæði. Þannig þurfi að koma til lagaheimild og skerðingin verður annaðhvort að vera i þágu „almannahagsmuna" eða „til verndar réttindum annarra" og bætt er við „svo sem samræmist lýðræðishefðum". Þá er tekið fram að gæta skuli meðalhófs og þess að ekki sé með takmörkuninni vegið að kjarna þeirra réttinda sem um ræðir. Síðan kemur fram að réttindi samkvæmt tilteknum greinum megi þó aldrei skerða á grundvelli þessa ákvæðis.

Ég tel rétt að minna á að tillaga um að setja almennt skerðingarákvæði i stjórnarskrá kom til umfjöllunar hjá stjórnlagaráði en var felld. Því var lagt til að áfram yrði mælt fyrir um heimilar takmarkanir með sérgreindum hætti í ákvæðum um einstök réttindi. Tillaga frumvarpsins um almennt skerðingarákvæði er komin frá þeim sérfræðingum sem var falið að fara yfir frumvarpið með tilliti til lagatæknilegra atriða eftir að það kom til umfjöllunar á Alþingi.

Ég tel einnig rétt að vekja athygli á því að sú leið sem farin er í frumvarpinu mun væntanlega leiða til þess að í einhverjum tilvikum verður heimilt að takmarka eða skerða mannréttindi sem fjallað er um i stjórnarskránni i fleiri tilvikum og á öðrum grundvelli en samkvæmt gildandi stjórnarskrá. Samkvæmt núgildandi stjórnarskrá er þannig eingöngu heimilað að takmarka sum mannréttindi vegna almannahagsmuna eða almenningsþarfar en verði frumvarpið samþykkt verður einnig heimilt að takmarka þau til verndar réttindum annarra. Þar má nefna ákvæði 13. gr. frumvarpsins um eignarrétt. Þá er hugtakið

„almannahagsmunir" víðtækara en t.d. upptalning þeirra hagsmuna sem dómari byggt ákvörðun sína um lokun dómþings á skv. núgildandi ákvæði 70. gr. stjskr. og kann hugsanlega að heimila viðtækari takmarkanir á tjáningarfrelsi en leiða af núgildandi ákvæði 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrár.

Vissar sérgreindar takmarkanir á félagafrelsi og fundafrelsi falla jafnframt niður. Því kann að vera að heimildir til takmörkunar á þeim réttindum verði þrengri við samþykkt frumvarpsins. Tekið skal fram að ekki er fyllilega ljóst hvaða þýðingu það mun hafa að þær skerðingar sem lagt er til að verði heimilaðar þurfi að 1) samræmast lýðræðishefðum, 2) að gæta þurfi meðalhófs og 3) að ekki megi með takmörkun vega að „kjarna þeirra réttinda sem um ræðir." Skilyrðið um meðalhóf hefur almennt verið talið gilda á ólögfestum grundvelli og tilvisun til lýðræðishefða á sér vissa fyrirmynd i túlkun mannréttindasáttmála Evrópu þótt þar sem almennt vísað til brýnnar samfélagslegrar þarfar og meðalhófs. Það er hins vegar óljósara hvað getur falist í þeim áskilnaði að ekki megi vega að „kjarna" réttinda. Ég þekki ekki til þess að slikur mælikvarði hafi verið notaður í islenskum rétti. Það myndi fyrst og fremst koma i hlut dómstóla, en einnig eftirlitsaðila með stjórnsýslunni, s.s. umboðsmanns Alþingis, að taka afstöðu til þess hvort vegið væri að þessum kjarna réttinda með einstökum ákvæðum laga eða ákvörðunum stjórnvalda. Sama myndi gilda um mat á því hvort önnur skilyrði ákvæðisins væru uppfyllt. Jafnframt gæti það komið til kasta Mannréttindadómstóls Evrópu að leggja mat á það hvort þær skerðingar sem lagðar eru til í frumvarpinu og beiting þeirra samrýmist ákvæðum mannréttindasáttmálans. Það er rétt að benda á að í ákvæðum sáttmálans og viðaukum við hann eru settar skorður við því að takmarka þau réttindi sem sáttmálinn hljóðar um umfram það sem þar kemur fram. Standi vilji til þess að heimila rýmri skerðingar og takmarkanir á þeim mannréttindum sem fram koma i ákvæðum frumvarpsins tel ég nauðsynlegt til þess að betur liggi fyrir hvaða áhrif slikt ákvæði kunni að hafa á mögulega löggjöf og framkvæmd stjórnvalda að lagt verði frekara mat á réttaráhrif fyrirliggjandi tillögu og þá með tilliti þeirra skuldbindinga sem fram koma i þeim fjölþjóðlegu sáttmálum sem Ísland er aðili að. Sé ekki vilji til þess að breyta eða auka heimildir til skerðinga væri rétt að færa takmörkunarheimildirnar til þess horfs sem er i gildandi stjórnarskrá.

Í tengslum við heimildina til takmörkunar á réttindum samkvæmt 2. mgr. 9. gr. tel ég rétt að vekja athygli á því að II. kafli ber yfirskriftina „Mannréttindi og náttúra". Samkvæmt því verður að ætla að í honum séu annars vegar ákvæði sem lúta að mannréttindum og hins vegar náttúru þótt einhver tengsl kunni að vera á milli þessara tveggja flokka ákvæða. Upphaf 2. mgr. 9. gr. hljóðar svo: „**Mannréttindi** tryggð með stjórnarskrá þessari má því aðeins skerða...." [leturbr. min]. Samkvæmt því verður ekki séð að það leiði ótvírætt

af orðalagi ákvæði 2. mgr. 9. gr. að það eigi við um öll ákvæði II. kaflans. Ég bendi hér á að í ákvæðum 32., 33., 34. og 35. gr. eru reglur sem mæla m.a. fyrir um ákveðna meðferð tiltekinna verðmæta, náttúrugæða, dýra og upplýsinga. Vafi kann því að leika á um hvort og þá í hvaða mæli hægt er með lögum að setja skorður eða takmarkanir við meðferð þessara hagsmuna að því marki sem það stangast á við beint orðalag í þessum frumvarpsgreinum. Þannig má nefna að í gildandi lögum nr. 23/2006 um upplýsingarétt um umhverfismál er t.d. mælt fyrir um vissar takmarkanir á upplýsingarétti samkvæmt lögunum og í lögum nr. 130/2011 um úrskurðarnefnd umhverfis- og auðlindamála er að finna skilyrði fyrir kæruaðild umhverfisverndar-, útivistar og hagsmunasamtaka að málum sem heyra undir nefndina.

Jávæðar skyldur handahafa ríkisvalds til lagasetningar og verkefni framkvæmdarvaldsins.

Núgilandi mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar eru almennt orðuð þannig að þau veita borgurunum sjálfstætt og beint þá vernd sem ákvæðin hljóða á um, sbr. t.d. 71. gr.: „Allir skulu njóta friðhelgi einkalífs, heimils og fjölskyldu", 74. gr.: „Rétt eiga menn á að stofna félög...." Í frumvarpinu er hins vegar gjarnan farin sú leið að breyta þessu orðlagi yfir í „Öllum skal tryggður réttur til..." og þá er ýmist tekið fram að það skuli gert með lögum eða ekki. Þetta vekur upp það álitaefni hvort af þessu orðalagi frumvarpsins um að öllum skuli tryggð tiltekin réttindi eða vernd leiði að forsenda þess að borgararnir fá notið þessara réttinda sé að hlutaðeigandi handhafar ríkisvalds hafi beitt valdheimildum sínum til þess að mæla fyrir um hvernig umrædd réttindi skuli „tryggð" og það án þess að sérstök lagaáskilnaðarregla komi berum orðum fram í ákvæðinu.

Með tilliti til eftirlits með því að handhafar framkvæmdarvalds/stjórnsýslan sinni þeim skyldum sem á hvila á henni samkvæmt stjórnarskrá tel ég þörf á því að gætt sé betur að þeim ákvæðum frumvarpsins þar sem þetta orðalag kemur fyrir. Ég vek jafnframt athygli á því að sum ákvæði frumvarpsins eru orðuð með þeim hætti að þau kveða beint á um réttindi borgaranna t.d. 1. mgr. 25. gr.: „Öllum er frjálst að stunda þá atvinnu sem þeir kjósa", 1. mgr. 14. gr.: „Allir eru frjálsir skoðana sinna og eiga rétt á að tjá hugsanir sínar..." Þessi munur kann sjálfstætt að leiða til ólíkrar túlkunar á þessum ákvæðum til samræmis við það sem vakið var máls á hér að framan.

Í ýmsum mannréttindaákvæðum frumvarpsins er mælt með beinum hætti fyrir um skyldur löggjafans til að tryggja ákveðin réttindi. Þar þarf að hafa í huga að það kemur í hlut löggjafans að útfæra inntak þessara réttinda. Þá kann að skipta máli að sú lýsing sem fram kemur í efnisákvæðum frumvarpsins sé nægjanlega skýr til þess að löggjafi og framkvæmdarvald geti og treysti sér til að búa þessu

réttindum fullnægjandi lagagrundvöll við undirbúning og framkvæmd löggjafar. Rétt er að minna á Hæstiréttur hefur talið sig hafa vald til að leggja mat á hvort útfærsla á stjórnarskrárvörðum réttindum með lagasetningu teljist fullnægjandi miðað við þann mælikvarða sem dómstóllinn telur felast i stjórnarskránni. Það er styrkt enn frekar i þessu frumvarpi.

Þegar horft er til þess samspils sem verður á milli þeirra réttinda borgaranna sem mælt er fyrir um í mannréttindaákvæðum frumvarpsins og annars vegar skyldu framkvæmdarvaldsins til að tryggja raunverulega tilvist þessara réttinda og hins vegar þinglegs eftirlits Alþingis og umboðsmanns með því að borgararnir njóti þeirra hefði ég talið þörf á að fyrir lægi mat á því hvaða ákvæðum islenskra laga þarf að breyta verði frumvarpið samþykkt. Með því fengist prófun á því hvaða skyldur leiða að lágmarki af óljósu orðalagi ákveðinna greina. Á sama hátt mætti þá meta betur kostnaðaráhrif fyrir riki, sveitarfélög og aðra aðila af slíkum lagabreytingum. Ég nefni t.d. þau áhrif sem bein tilgreining á hugtökunum aldur og búseta i jafnræðisákvæði 6. gr. frumvarpsins kann að hafa, t.d. að því er varðar ýmis aldurstengd ákvæði i lögum og á vinnumarkaði. Í jafn strjálbýlu landi og Íslandi kann regla sem bannar mismunun eftir búsetu og þá samhliða ákvæðum frumvarpsins um t.d. réttinn til heilsu og heilbrigðisþjónustu, sjá 23. gr., og menntunar, sjá 24. gr., að hafa veruleg áhrif möguleika stjórnvalda til að skipuleggja ýmsa þjónustu og þá með tilheyrandi áhrifum á útgjöld vegna þjónustunnar. Ég bendi i þessu sambandi á að þegar mannréttindasáttmála Evrópu var veitt lagagildi hér á landi og samningar Sameinuðu þjóðanna um annars vegar borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og hins vegar efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi voru fullgiltir voru gerðar lögfræðilegar úttektir á því hvort þörf væri á lagabreytingum og þá hvaða ákvæðum laga þyrfti að breyta.

Sem dæmi um þær jákvæðu skyldur stjórnvalda sem leiða af frumvarpinu og ekki er að öllu leyti ljóst hvernig á að framkvæma er t.d. upphaf 1. mgr. 9. gr. Þar segir að stjórnvöldum beri ætið að vernda almenning gegn mannréttindabrotum, hvort heldur sem brotin eru af völdum handhafa rikisvaldsins eða annarra. Væntanlega er visað til þess að það stjórnvald sem í hefðbundinni merkingu þess orða fer með viðkomandi málaflokk eigi að sinna þessu verkefni og þá jafnframt þegar brot eru af völdum annarra handhafa framkvæmdarvaldsins. Vandinn er kannski fremur að átta sig á því hvernig stjórnvald á að rækja hina jákvæðu skyldu ef „brotin" eru af völdum þeirra handhafa rikisvalds sem teljast til löggjafarvalds og dómstóla. Væntanlega kemur þá helst til að hlutaðeigandi stjórnvald þurfi að hafa frumkvæði að breytingum á lögum til að stemma stigu við frekari brotum. Hér er ekki tilefni til þess að fjalla um hugsanlega skyldu stjórnvalds á þessum grundvelli til að hafa for-

göngu um rannsókn á lögbrotum viðkomandi handhafa ríkisvalds sem einstaklings. Í tilviki brota „annarra" gæti t.d. reynt á athafnaskyldu stjórnvalda af þessu tilefni. Ákvæðið vekur líka upp spurningar um hvort einstaklingar geti átt beinan bótarétt á hendur riki eða sveitarfélagi ef það er stjórnvald sem á að sinna þessari vernd.

Skýrleiki orðalags í ákvæðum II. kafla.

Þegar farið er yfir orðlag einstakra ákvæða i kaflanum með tilliti til þess hvaða skyldur það kann að leggja á löggjafann um útfærslu á verkefnum framkvæmdarvaldsins til samræmis við efni ákvæðanna og þar með einnig um stjórnsýslu þessara mála vekur athygli að það er að ýmsu leyti óljóst. Ekki er heldur að sjá að þær skýringar sem koma fram í athugasemdum við ýmis þessara ákvæða veiti nægar leiðbeiningar að þessu leyti. Ég nefni hér t.d. hugtökin arfgerð og stjórnmálatengsl i 6. gr., ofbeldi i 10. gr., að tryggja skuli fjölbreytni og fjölræði i fjölmiðun i 16. gr., að allir eigi rétt til að njóta andlegar og likamlegrar heilsu að hæsta marki sem unnt er og vera tryggður réttur til aðgengilegrar, viðeigandi og fullnægjandi heilbrigðisþjónustu í 23. gr. Þá kemur fram i 25. gr. að að i lögum skuli kveða á um rétt til mannsæmandi vinnuskilyrða og öllum skuli tryggður réttur til sanngjarnra launa.

Í 32. gr. frumvarpsins segir að dýrmætar þjóðareignir sem heyra til íslenskum menningararfi, svo sem þjóðminjar og fornhandrit, megi hvorki eyðileggja né afhenda til eignar eða varanlegra afnota, selja eða veðsetja. Af ákvæðinu verður næsta lítið ráðið hvaða „þjóðareignir" falla undir ákvæðið. Þar er ekki mælt fyrir um að slikt skuli nánar afmarkað i lögum eða hvernig á að skjóta stoðum undir hugsanlegar valdheimildir stjórnvalda og hvernig fara á með ef þessar „þjóðareignir" eru i eigu einkaaðila, s.s. hvernig þær falla að hugtakinu og þeim takmörkunum sem af því leiða andspænis eignarrétti viðkomandi.

Í 4. mgr. málsgrein 34. gr. frumvarpsins segir að ráðstafa megi þeim gæðum sem þar er fjallað um gegn „fullu gjaldi" og til tiltekins „hóflegs tima i senn." Um fyrra atriðið benda athugasemdir með ákvæðinu til þess að þar sé gert ráð fyrir að stuðst sé við sama mælikvarða og beitt er við eignarnám samkvæmt 13. gr. frumvarpsins. Telja verður vafasamt að sá mælikvarði eigi endilega við í öllum tilvikum þegar rikið veitir heimild til afnota af slikum réttindum. Með tilliti þess að stjórnvöldum er i ákvæðinu falið að annast framkvæmd þessara mála verður að telja mikilvægt að mælikvarðar sem þar eru settir um endurgjald og afnotatíma séu i senn í samræmi við eðli þeirra réttinda sem verið er að ráðstafa og framkvæmanlegir án þess að það valdi stöðugum deilum. Annað atriði sem vekur upp spurningar um hvort orðlag ákvæðisins sé nægjanlega skýrt er lokamálsliður 4. mgr., en þar segir að veita skuli þau leyfi sem þar er fjallað um „á

jafnræðisgrundvelli". Það er ljóst að í vissum tilvikum er þeim reglum sem fram koma í greininni ætlað að taka við auðlinda sem aðilar hafa þegar fengið heimild til að nýta innan ákveðinna takmarkana og hafa af því tilefni komið sér upp nauðsynlegum atvinnutækjum og búnaði. Við endurráðstöfun réttinda sem með þessum hætti hafa orðið grundvöllur atvinnuréttinda og búnaðar sem komið hefur verið upp til að nýta þau þarf rikisvaldið að gæta þess að taka með eðlilegt tillit til þess að þeir sem fyrir eru i atvinnugreininni hafi sanngjarna möguleika á því að nýta áfram atvinnutæki sem þeir hafa komið sér upp og þar með þau atvinnuréttindi sem þeir hafa áunnið sér á þeim grundvelli. Þótt það útiloki ekki að fleiri geti komið til greina við úthlutun slikra réttinda og hún sé þannig byggð á málefnalegum grundvelli kann þessi staða að setja því skorður að rikið geti bótalaust endurúthlutað, án aðlögunartima, slíkum réttindum á algjörum jafnræðisgrundvelli. Í ljósi þessa er þörf á að skýra nánar hvaða merkingu ber að leggja i hugtakið „á jafnræðisgrundvelli" í skilningi þessa ákvæðis.

Í 35. gr. frumvarpsins segir að stjórnvöld og aðrir skuli upplýsa um aðsteðjandi náttúruvá, svo sem umhverfismengun. Eins og þarna kemur fram hvilir umrædd skylda ekki eingöngu á stjórnvöldum heldur einnig á öðrum en og þó er ekki gert ráð fyrir sjálfstæðri útfærslu á þessari skyldu í lögum. Með tilliti til bæði starfsskylda stjórnvalda og annarra sem falla undir ákvæðið, og þá með tilliti til hugsanlegrar bótaskyldu ef þessu ákvæði er ekki fylgt, væri þörf á að ákvæðið væri skýrara að þessu leyti.

Hér að framan hafa verið rakin nokkur dæmi og þá út frá því sjónarhorni hvaða áhrif þessi ákvæði hafa á skyldur og verkefni stjórnsýslunnar og eftirlit með henni. Ég tek það fram að þetta er ekki tæmandi upptalning á atriðum sem ástæða er til að gefa gaum að af sama tilefni.

Sérstaklega um ákvæði 15. gr. um upplýsingarétt.

Tillaga 15. gr. frumvarpsins um upplýsingarétt og aðgang að opinberum gögnum er nýmæli sem varðar mikilvæg réttindi borgaranna til þess að fá aðgang að upplýsingum um starfsemi og ákvarðanir hjá opinberum aðilum i því skyni að auðvelda þeim þátttöku i umræðu og ákvarðanatöku um opinber málefni. Ekki síður er þessi aðgangur mikilvægur til þess að almenningur og þá t.d. félagasamtök og fjölmiðlar geti rækt eftirlit með starfsemi hins opinbera og ráðstöfun á opinberu fé. Það er því ástæða til að taka undir mikilvægi þess að ákvæði sem styrki og tryggi þennan rétt verði fundinn staður í stjórnarskrá. Vandinn er hins vegar sá að eins og staðið hefur verið að varðveislu og skráningu gagna hjá opinberum aðilum fram að þessu eru vandkvæði á að koma þessum réttindum á í samræmi við þær reglur sem koma fram í tillögugreininni i einni svipan og án aðlögunartima og undirbúnings. Þá er einnig þörf á að

móta frekar og taka afstöðu til þess hvort og þá hvaða undantekningar eiga að vera frá stjórnarskrárvörðum upplýsingarétti, s.s. með tilliti til persónulegra málefna og einkahagsmuna sem til umfjöllunar kunna að koma hjá opinberum aðilum vegna verkefna þeirra. Á sama hátt þarf að leggja mat á hvort og þá hvaða hagsmunir opinberra aðila og almannahagsmuna geti leitt til þess að takmarkanir séu á aðgangi að gögnum hjá hinu opinbera. Í samræmi við þau sjónarmið sem lýst var hér i upphafi ættu þær takmarkanir þó i siðara tilvikinu að vera eins þröngar og kostur er.

Eins og frumvarpsgreinin hljóðar er rétturinn til aðgangs að opinberum gögnum mjög víðtækur með tilliti til þess hvaða stofnanir og hvaða gögn falla undir ákvæðið. Þannig verður ekki annað séð en að ákvæðið taki til allrar stjórnsýslu rikisins, stjórnsýslu sveitarfélaga, dómstóla, Alþingis og stofnana þess og væntanlega lika þeirra einkaaðila sem falin er meðferð opinbers valds og hagsmuna. Að því er varðar stjórnsýslu rikis og sveitarfélaga verður ekki séð að gerður sé greinarmunur á hinum hefðbundnu stjórnsýsluverkefnum og þeirri þjónustu þessir aðilar kunna að reka, svo sem fræðslustarfsemi, heilbrigðisþjónustu eða þjónustu við aldraða. Gerð er tillaga um mjög viðtæka skráningar- og varðveisluskyldu hjá þeim aðilum sem falla undir ákvæðið. Þannig skulu teknar saman skrár yfir mál og opinber gögn, uppruna þeirra og innihald, sem skulu vera aðgengilegar eftir þvi sem nánar er ákveðið i lögum.

Það er ljóst að fyrirmynd fyrirkomulagsins sem þarna er lagt til er sótt erlendis frá, einkum til Sviþjóðar. Þar hefur meðferð þessara mála og réttur almennings til aðgangs að gögnum hjá hinu opinbera mótast á löngum tima. Hér er staða þessara mála allt önnur. T.d. er ljóst að upplýsingalög sem Alþingi samþykkti nýverið uppfylla ekki að öllu leyti þær kröfur sem leiða af tillögugrein frumvarpsins. Til að koma á því fyrirkomulagi sem lagt er til í frumvarpinu þyrfti að hefjast handa við að undirbúa stjórnsýsluna og aðra þá aðila sem vilji stendur til að falli undir upplýsingaréttinn. Það ætti að vera unnt á grundvelli almennra laga, hugsanlega með stuðningi af almennu ákvæði um upplýsingarétt. Ef þörf krefur mætti siðan fylgja þessu eftir síðar meir með frekari ákvæðum i stjórnarkrá. Það er hins vegar ástæða til þess að huga að þvi hversu ítarleg ákvæði eigi almennt að vera i stjórnarskrá um útfærslu þessara mála umfram það að tryggja grundvallarréttinn og ramma um takmarkanir á honum. Ýmis ákvæði frumvarpsgreinarinnar, t.d. það að fjalla sérstaklega um vinnuskjöl, vekur upp spurningar um hvort þar með sé ekki heimilt að viðhafa aðrar takmarkanir sem mælt er fyrir um i gildandi lögum. Á sama hátt kunna ákvæði frumvarpsgreinarinnar um þagnarskyldu, sbr. t.d. lokamálsliður 4. mgr., að leiða til brota á hagsmunum þeirra sem i hlut eiga og skaða rannsóknarhagsmuni hins opinbera.

Í ljósi þess sem rakið hefur verið hér að framan kem ég þeirri ábendingu á framfæri við nefndina að ákvæði 15. gr. verði tekið til endurskoðunar og þá með það í huga að það tryggi raunhæfan rétt almennings til aðgangs að gögnum hjá hinu opinbera og þar með ótviræða skyldu stjórnvalda til þess að veita þennan aðgang. Ég hef hins vegar efasemdir um að það verði til gagns og þá líka við framkvæmd og eftirlit þessara mála að setja í stjórnarskrá reglur sem augljóst er stjórnsýslan er ekki tæknilega og að öðru leyti í stakk búin til að sinna að svo stöddu.

43. gr. Gildi kosninga.

Framkvæmd kosninga til Alþingis og forseta auk þjóðaatkvæðagreiðslna hefur komið í hlut bæði landskjörstjórnar/yfirkjörstjórna sem kosnar eru af Alþingi og ráðuneyta sem farið hafa með þessi mál. Lagt er til að landskjörstjórn úrskurði um gildi forsetakosninga, kosninga til Alþingis svo og þjóðaratkvæðagreiðslna. Þá skal landskjörstjórn úrskurða hvort þingmaður hafi misst kjörgengi. Ekki er hins vegar tekin afstaða til þess hvaða aðili skuli skera úr um hvort einstaklingur sem vill bjóða sig fram t.d. til embættis forseta Íslands uppfylli kjörgengisskilyrði eða önnur skilyrði til að vera í framboði.

Það er rétt að vekja athygli á því að í frumvarpinu er ekki fjallað um hvort ætlunin sé að landskjörstjórn gegni framvegis aðeins umræddu úrskurðarhlutverki eða hvort hún geti jafnframt áfram sinnt ákveðnum framkvæmdaratriðum (stjórnsýslu) við kosningar auk útgáfu kjörbréfa sem tilgreind eru í upphafi 2. mgr. 43. gr. Verður því ekki annað séð en að landskjörstjórn kunni að fara samhliða með yfirstjórn við framkvæmd þeirra kosninga sem heyra undir hana og úrskurðarvald um gildi þeirra, þ.m.t. að taka afstöðu til kæra sem fram koma vegna framkvæmdarinnar.

Hér er jafnframt ástæða til að vekja athygli á því að litið hefur verið svo á að landskjörstjórn sé ekki hluti af þeirri stjórnsýslu ríkisins sem fellur undir gildissvið stjórnsýslulaga og eftirlit umboðsmanns Alþingis tekur ekki til starfa hennar, sbr. a-lið 3. mgr. 3. gr. laga nr. 85/1997. Það hefur því verið ákveðin óvissa um hvaða málsmeðferðarreglum landskjörstjórn/yfirkjörstjórnir hafa þurft að fylgja, svo sem við ákvarðanir um réttindi og skyldur frambjóðenda og framboða, og þar með hvaða kröfur ráðuneyti ber að gera leggur ákvarðanir kjörstjórna til grundvallar sinum ákvörðunum. Í því sambandi tek ég fram að ráðuneytum ber að fylgja ákvæðum stjórnsýslulaga ef þau gilda á annað borð um töku þeirrar ákvörðunar sem um ræðir. Umboðsmanni Alþingis hefur m.a. borist kvörtun í tilefni af aðdraganda forsetakosninga þar sem reyndi á þetta atriði.

Í 3. mgr. 43. gr. frumvarpsins, eins og henni var breytt frá tillögu stjórnlagaráðs, er lagt til að úrskurðum landskjörstjórnar um gildi forsetakosninga og kosninga til Alþingis sé heimilt að

skjóta til Hæstaréttar eftir því sem nánar er mælt fyrir um í lögum. Síðan segir að öðrum úrskurðum landskjörstjórnar verði skotið til dómstóla eftir almennum reglum. Í athugasemdum við 43. gr. segir um þetta síðastnefnda að slíkum úrskurðum verði skotið til dómstóla eftir þeim reglum sem almennt gilda á hverjum tíma um endurskoðun dómstóla á stjórnvaldsákvörðunum. Þarna er úrskurðum landskjörstjórnar skipað á bekk með þeim ákvörðunum stjórnsýslunnar sem falla undir hugtakið stjórnvaldsákvörðun.

Ákvæði stjórnarskrár um úrskurðarvald um gildi kosninga, og þá um rétt einstaklinga og framboða til að bjóða fram, eru í eðli sínu hluti af því sem nefna má réttaröryggisreglur samfélagsins. Slík ákvæði verða að taka mið af því að það geta verið uppi viðsjárverðir tímar í hverju samfélagi og átök milli þjóðfélagshópa og einstaklinga. Í ljósi þeirrar tillögu sem gerð er í frumvarpinu um aukin verkefni landskjörstjórnar við að úrskurða um gildi kosninga kann að vera tilefni til þess að taka frekari afstöðu í stjórnarskrárákvæðinu til stöðu landskjörstjórnar og þar með hvaða réttaröryggisreglum hún á að fylgja við meðferð mála, þ.m.t. um tímafresti. Kosningar alþingismanna og forseta fela í sér nýtt umboð til handa þeim sem gegna þeim störfum og ákvarðanir sem þeir taka, m.a. í kjölfar kosninga, um hvernig standa að t.d. skipun ríkisstjórnar og afgreiðslu mála á Alþingi kunna í senn að hafa veruleg áhrif á skipan framkvæmdarvaldsins og meðferð mála þar. Þá kunna niðurstöður í þjóðaratkvæðagreiðslum að hafa áhrif á stöðu og framgang mála innan stjórnsýslunnar. Þegar horft er til þeirra sjónarmiða sem talið hefur verið mikilvægt að byggja á um traust og festu í starfsemi stjórnsýslunnar gagnvart borgurunum kann jafnframt að vera ástæða til þess að huga að því hvort sú leið sem lögð er til í 3. mgr. 43. gr. um málskot á úrskurðum landskjörstjórnar til dómstóla, án frekari ákvæða um tímafresti og málsmeðferð af hálfu dómstóla, samrýmist nægjanlega þessum sjónarmiðum.

46. gr. Þingsetning.

Forseti Íslands verður samkvæmt frumvarpinu hluti af framkvæmdavaldinu. Í þessari grein er forseta falið að stefna saman Alþingi, annars vegar að loknum alþingiskosningum og hins vegar að tillögu þess eða fjórðungs þingmanna. Rétt er að minna á að lagt er til í frumvarpinu að ákvæði um ákveðinn samkomudag reglulegs Alþingis verði felld niður.

Í ljósi stöðu forseta sem hluta af framkvæmdarvaldinu og reglu 37. gr. um eftirlit Alþingis með framkvæmdarvaldinu kann að vera ástæða til að huga að því hvernig unnt er að bregðast við ef forseti sinnir ekki þeirri skyldu sinni að stefna Alþingi saman eða ágreiningur verður um þann samkomudag sem forseti hefur ákveðið.

50. gr. Hagsmunaskráning og vanhæfi.

Samkvæmt greinargerð frumvarpsins er sú tillaga sem gerð er í 1. mgr. um sérstakt hæfi alþingismanns til að taka þátt i meðferð þingmáls byggð á fyrirmyndum úr stjórnsýslunni og stjórnsýslurétti. Samkvæmt skýringum stjórnlagaráðs, sem þar eru teknar upp, er visað til þess að það „sé óeðlilegt að aðrar reglur gildi við meðferð valds hjá þingi en t.a.m. í stjórnsýslunni þegar mál er verulega tengt þingmanni, t.d. vegna vensla eða annarra hagsmuna". Ég tek fram að það kann að vera fullt tilefni til þess að fyrir hendi séu skýrar reglur um þetta atriði en ég tel ástæðu til þess að taka undir þau orð þeirra sérfræðinga sem stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd leitaði í skilabréfi þeirra, dags. 12. nóvember sl., að það er vert að skoða betur hvort i tillögunni sé gerður nægilega skýr greinarmunur á stöðu þingmanna og starfsfólks stjórnsýslunnar.

Það er ljóst að bæði aðkoma þingmanna að einstökum málum og hugsanleg réttaráhrif samkvæmt tillögunni af þátttöku þingmanns sem ekki uppfyllir hæfisreglurnar eru önnur en gildir innan stjórnsýslunnar. Þingmenn koma að afgreiðslu máls á Alþingi sem kjörnir fulltrúar i almennum kosningum og eru eingöngu bundnir við sannfæringu sina en ekki við nein fyrirmæli frá öðrum, eins og það er orðað i 48. gr. frumvarpsins. Á þeim hvílir þannig engin skylda til þess að afgreiða mál á hlutlægan hátt. Það kemur síðan í hlut kjósenda að taka afstöðu til þess hvort þeir fá endurnýjað umboð sitt ef þeir sækjast eftir því. Störf þingmanns, aðkoma hans og afstaða i einstökum málum sætir því aðhaldi kjósenda, og i raun eftirliti þeirra.

Starfsmenn stjórnsýslunnar og ráðherrar taka ákvarðanir og skera úr um réttindi og skyldur borgaranna samkvæmt lögum. Þær ákvarðanir verða að vera i samræmi við gildandi lög og reglur. Vanhæfisreglum stjórnsýsluréttarins er ætlað að koma i veg fyrir að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á efni stjórnvaldsákvarðana og að almenningur og þeir sem í hlut eiga geti treyst því að stjórnvöld leysi úr málum á hlutlægan hátt. Í stjórnsýslurétti er byggt á því að þegar sá sem á að fjalla um stjórnsýslumál telst vanhæfur skal kalla til staðgengil til að leysa úr málinu. Þátttaka vanhæfs starfsmanns i undirbúningi og töku ákvörðunar kann að leiða til þess að ákvörðun verði metin ógildanleg.

Í frumvarpsgreininni er ekki kveðið á um hvernig bregðast á við ef þingmaður er vanhæfur samkvæmt þeim reglum sem þar eru lagðar til, s.s. um hver sker úr um hæfi þingmanns og hvort kalla þarf til varamann. Ég minni á að með sama hætti og i stjórnsýslu verður almennt að ganga út frá því að fyrir hendi séu reglur sem tryggja að Alþingi geti verið að fullu mannað á hverjum tíma til að afgreiða mál. Í frumvarpsgreininni er tekið fram að vanhæfi þingmanns hafi ekki áhrif á gildi settra laga. Þegar gætt er að því hvaða réttaráhrif hinni sérstöku hæfisreglu um þingmenn er ætlað að hafa

samkvæmt frumvarpinu kann að vera ástæða til þess að orða hana með almennari hætti en gert er i 1. mgr. 50. gr. frumvarpsins, en þar er ákvæðið látið ná til sérstakra og verulegra hagsmuna hans eða aðila honum nákominna. Almennt væri lika ástæða til að leggja frekara mat á það hvernig þær viðmiðanir sem á er byggt i stjórnsýslunni um vanhæfi starfsmanna og reglur þar um falla að verkefnum og störfum þingmanna.

56. gr. Flutningur þingmála.

Í frumvarpinu er lagt til að sjálfstæður réttur ráðherra til þess að leggja fram lagafrumvörp og þingsályktunartillögur verði felldur niður og þess í stað er gert ráð fyrir að þeir leggi fram frumvörp til laga og þingsályktunartillögur sem rikisstjórnin hefur samþykkt. Eins og ráða má af athugasemdum við 87. gr. frumvarpsins er i frumvarpinu byggt á því að rikisstjórnin verði fjölskipað stjórnvald i þeim málum þar sem það á við.

Hvað sem liður umfjöllun sem fram kemur í athugasemdum við 87. gr. frumvarpsins um að lagaleg ábyrgð á sameiginlegri ákvörðun ríkisstjórnarinnar sé sameiginlega hjá þeim ráðherrum sem eiga aðild að ákvörðuninni, er áfram samkvæmt 86. gr. gert ráð fyrir þeirri meginreglu sem nú gildir um að ráðherrar séu æðstu handhafar framkvæmdarvalds hver á sínu sviði og þeir beri hver fyrir sig ábyrgð á málefnum ráðuneyta og stjórnsýslu sem undir þá heyrir. Samkvæmt gildandi stjórnskipun hefur verið talið að sá frumkvæðisréttur sem ráðherra er nú fenginn í 38. gr. gildandi stjórnarskrár til að leggja fram frumvörp og tillögur til ályktana á Alþingi sé liður i því að ráðherra geti i senn fylgt eftir stefnumörkun i því ráðuneyti sem hann fer með og kallað eftir afstöðu Alþingis til þeirra breytinga sem hann telur þörf á að gera á gildandi lögum til að tryggja nauðsynlega framkvæmd þeirra málaflokka sem undir hann heyra. Þessi staða hefur ekki síst orðið til þess að kallað hefur verið eftir því á allra síðustu árum að ráðuneytin og ráðherrar, sem æðstu stjórnsýslustofnanir á sinu málefnasviði, sinntu i meira mæli eftirliti með starfsemi undirstofnana, þ.m.t. sjálfstæðra stofnana að ákveðnu marki, og almennri þróun á viðkomandi málefnasviði. Ráðherra ætti síðan kost á að fylgja slíku eftirliti eftir með því að leggja til við Alþingi nauðsynlegar lagabreytingar.

Almennt verður að telja að það geti að gildandi rétti haft áhrif við mat á hugsanlegri ábyrgð ráðherra vegna starfa hans hvort hann hefur gætt þess að leggja málið fyrir Alþingi ef þörf hefur verið á sliku. Ef það reynir á hina lagalegu ábyrgð, t.d. samkvæmt lögum um ráðherraábyrgð, í tilefni af því að ríkisstjórnin hefur ekki fallist á tillögu einstaks ráðherra um að flytja lagafrumvarp gæti það vissulega haft áhrif ef hann hefur bókað andstöðu sína við ákvörðun meiri hlutans í fundargerð ríkisstjórnarinnar. Það breytir því þó ekki að hann hefur þá ekki átt þess kost að fylgja fram

stefnumörkun sinni í málaflokknum eða kalla eftir því sem hann telur nauðsynlegar lagabreytingar til að geta rækt ábyrgð sína á viðkomandi málefni.

Ég tel óhjákvæmilegt að vekja athygli á þessari mikilvægu breytingu. Það hvort þessi leið er farin er hins vegar pólitískt ákvörðunarefni. Standi vilji til þess kann hins vegar að vera tilefni til þess að kanna betur hvað ætla má um hugsanleg áhrif af slíkri breytingu á starfshætti í stjórnsýslunni og ábyrgð á verkefnum hennar.

60. gr. Staðfesting laga.

Forseta Íslands er þarna ætlað sem framkvæmdarvaldshafa að taka afstöðu til staðfestingar laga og tekið er fram að undirskrift hans veiti frumvarpinu „lagagildi". Í síðari málsgrein ákvæðisins er fjallað um málsmeðferð ákveði forseti islands að synja frumvarpi staðfestingar og m.a. tekið fram að ákvörðunin skuli vera rökstudd. Í athugasemd kemur siðan fram að ekkert sé tiltekið hvert innihald rökstuðningsins skuli vera en ætlunin er að forseti Íslands útskýri hverjar athugasemdir hans eru og ástæður fyrir því að gripa inn i lagasetningarferlið með þessum hætti. Hér kunna að vakna spurningar um hvort þeir sem telja sig eiga hlut að máli geti með einhverjum hætti borið slíkan rökstuðning undir annan aðila, svo sem Alþingi sem fer með eftirlit með framkvæmdarvaldinu eða undir dómstóla, og sett t.d. fram kröfu um ógildingu ákvörðunar á grundvelli ófullnægjandi rökstuðnings. Staða forseta Íslands sem hluta af framkvæmdarvaldinu kann að ýta undir slikar vangaveltur og hugsanlegt er að látið verði reyna á slíkt, t.d. fyrir dómstólum. Þeir sem standa að frumvarpinu hafa þó varla gert ráð fyrir að slíkt gæti orðið atburðarásin. Það kann hins vegar að vera ástæða til þess að afstaða stjórnarskrárgjafans til þessa atriðis liggi skýrt fyrir.

Væntanlega verður að skýra ákvæði 2. mgr. 60. gr. svo að ef forseti synjar um staðfestingu þá öðlist þau gildi frá og með þvi að forseti Íslands tilkynnir forseta Alþingis um þá ákvörðun sina. Þriggja mánaða frestur þjóðaratkvæðagreiðslu myndi þá einnig byrja að liða. Að þessu er hins vegar ekki vikið í skýringum með ákvæðinu.

61. gr. Birting laga.

Eins og áður segir kemur fram í texta 1. mgr. 60. gr. að undirskrift forseta veiti frumvarpi „lagagildi". Í 61. gr. kemur fram svonefnd birtingarregla laga og hún er nú einnig látin ná til stjórnvaldsfyrirmæla og þjóðréttarsamninga sem ríkið hefur fullgilt. Þá er tekið fram að „lögum og stjórnvaldsfyrirmælum" megi ekki beita fyrr en eftir birtingu þeirra en þó er tekið fram að óbirt „lög binda þó stjórnvöld frá gildistöku þeirra." Í lok ákvæðisins er síðan svohljóðandi lagaáskilnaðarregla: „Um birtingarhátt og gildistöku fer að lögum."

Ég vek athygli á því að þarna er lagt til að aukið verði við þá birtingarreglu sem nú kemur fram í 27. gr. gildandi stjórnarskrár. Þar er aðeins kveðið á um að birta skuli lög og um birtingarhátt og framkvæmd laga fari eftir landslögum. Í fyrirliggjandi tillögu er bætt við stjórnvaldsfyrirmælum og þjóðréttarsamningum. Það er ekki ástæða til að ætla að það valdi sérstökum erfiðleikum að skýra hvað falli undir hugtakið þjóðréttarsamningar í ákvæðinu og ganga verður út frá því að þar sé visað til þeirra samninga sem gerðir eru á grundvelli 110. gr. frumvarpsins. Vandinn er hins vegar meiri þegar kemur að hugtakinu stjórnvaldsfyrirmæli og þar með því álitaefni til hvaða reglna, fyrirmæla og ákvarðana handhafa framkvæmdarvaldsins sú birtingarregla sem kemur fram i 61. gr. tekur. Þótt almennt sé gengið út frá því að undir hugtakið stjórnvaldsfyrirmæli falli fyrst og fremst reglugerðir sem ráðherra gefur út samkvæmt heimild i lögum er ljóst að stjórnvöld gefa út margvislegar reglur, auglýsingar og fyrirmæli sem ætlað er að binda ótilgreindan hóp borgaranna og þá með öðrum hætti heldur en svonefndar stjórnvaldsákvarðanir sem beint er að tilteknum aðila eða aðilum. Það getur ekki síður skipt borgarana máli að hinar ýmsu reglur, auglýsingar og fyrirmæli sem ekki falla i flokk reglugerða séu birtar og þeir eigi þann kost á að kynna sér efni þeirra og þar með að fara eftir þeim eða bregðast við þeim að öðru leyti. Aukin birting fyrirmæla og reglna af hálfu stjórnvalda á Netinu í stað þess að birta slikt efni með formlegum hætti í Stjórnartíðindum eða Lögbirtingarblaði hefur orðið enn til þess að grugga þetta vatn.

Eins og fram kemur i athugasemdum við 61. gr. er nú fjallað um birtingu stjórnvaldsfyrirmæla í lögum nr. 15/2005. Þýðing þess að færa skilyrði um birtingu „stjórnvaldsfyrirmæla" inn i stjórnarskrá leiðir í senn til þess að skilgreina þarf nánar í lögum hvað fellur undir þá birtingarreglu og þess að það kann að rísa ágreiningur um hvort sú upptalning í lögum sé tæmandi gagnvart stjórnarskrár-ákvæðinu. Verði það niðurstaða dómstóla að tilteknar reglur sem ekki hafa verið birtar falli undir stjórnvaldsfyrirmæli í stjórnarskrár-ákvæðinu leiðir það væntanlega til þess að þeim verður ekki beitt gagnvart borgurunum og sú regla að óbirt „lög" bindi þó stjórnvöld frá gildistöku þeirra kann að leiða til þeirrar gagnályktunar að sama gildi ekki um stjórnvaldsfyrirmæli sem ekki hafa verið birt með réttum hætti. Ef það yrði niðurstaðan nyti borgarinn væntanlega ekki þeirra réttinda sem fyrirmælin hljóða á um ef ríkið ber það fyrir sig.

Ég tel tilefni til þess að hugað verði nánar að því hvort ástæða sé til þess að skoða betur notkun á hugtakinu stjórn-valdsfyrirmæli í þessu ákvæði og hugsanlegar afleiðingar af því.

65. gr. Málskot til þjóðarinnar.

Ég tel ástæðu til að vekja athygli á því að í ákvæðinu kemur ekki fram hjá hverjum ber að leggja fram kröfu um þjóðaratkvæðagreiðslu, t.d. hvort það er hjá Alþingi eða tilteknum framkvæmdarvaldshafa. Þá kemur ekki heldur fram hvaða handhafi ríkisvaldsins á að fara með framkvæmd þjóðaratkvæðagreiðslunnar en eins og vikið verður að í umsögn um 67. gr. kunna að rísa álitamál í tilefni af framkominni beiðni um þjóðaratkvæðagreiðslu sem skera þarf úr.

Í ákvæðinu segir að kröfu beri að leggja fram innan þriggja mánaða frá samþykkt laga. Ég minni á að eftir samþykkt og birtingu laga kemur það í hlut framkvæmdarvaldsins að framkvæma þau og á þessum þriggja mánaða tíma kunna lögin að hafa áhrif á réttarstöðu borgaranna, bæði einstaklinga og fyrirtækja, skipan fjármála þeirra og eftir atvikum ráðstöfun á opinberu fé til þeirra. Almennt verður að telja mikilvægt að festa ríki að þessu leyti í samskiptum hins opinbera og borgaranna og þeir geti treyst því að ákvarðanir sem stjórnvöld hafa tekið gagnvart þeim á grundvelli laga haldi gildi sínu. Í ákvæðinu er ekki tekin afstaða til þess hvernig fer um gildi þeirra ákvarðana sem teknar hafa verið fram að þeim tíma sem lögin eru felld úr gildi með þjóðaratkvæðagreiðslu. Ekki er heldur að sjá af athugasemdum með ákvæðinu að framangreind aðstaða hafi verið metin og þá andspænis þeim sjónarmiðum sem færð eru fram um nauðsyn tíma fyrir borgarana til að undirbúa og kalla eftir þjóðaratkvæðagreiðslu.

67. gr. Framkvæmd undirskriftasöfnunar og þjóðaratkvæðagreiðslu.

Í upphafi 67. gr. er sett það skilyrði að mál sem er borið undir þjóðaratkvæðagreiðslu skv. 65. og 66. gr. skuli „varða almannahag." Þá er tekið fram að ekki sé hægt að krefjast þjóðaratkvæðagreiðslu um tiltekin lög, þ.m.t. lög sem eru sett til að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum eða um „skattamálefni". Þá er tekið fram að þess skuli gætt að frumvarp að tillögu kjósenda samkvæmt 66. gr. „samrýmist stjórnarskrá". Þá segir: „Rísi ágreiningur um hvort mál uppfylli framangreind skilyrði skera dómstólar þar úr."

Eins og bent var á í umsögn um 65. gr. þá kemur ekki fram í frumvarpinu hver af handhöfum ríkisvaldsins eigi að veita viðtöku beiðni um þjóðaratkvæðagreiðslu og með sama hætti er ekki tekin afstaða til þess í frumvarpinu hvaða handhafi ríkisvaldsins, Alþingi eða framkvæmdarvaldið, eigi að hafa fyrirsvar, þ.m.t. fyrir dómstólum, ef ágreiningur ris um þau skilyrði sem fram koma í 1. mgr. 27. gr. Þannig kann t.d. sá handhafi ríkisvaldsins sem fer með umrætt fyrirsvar að hafa uppi þá skoðun að krafan varði ekki „almannahag", um sé að ræða „skattamálefni" eða frumvarp kjósenda samrýmist ekki stjórnarskrá og það er ekki endilega sjálfgefið að afstaða framkvæmdarvaldshafa og Alþingis sé sú sama í þessu efni.

Ég tel ástæðu til að benda á að það skilyrði að þau mál sem bera má undir þjóðaratkvæðagreiðslu skuli „varða almannahag" er óljóst og þar með óvissa um hvað dómstólar ættu að leggja til grundvallar ef ágreiningur ris um skilyrðið. Sama á einnig við um afmörkun á því hvaða lög falla undir „skattamálefni". Kemur þar m.a. til að tekjuöflun rikisins og opinberra aðila eins og sveitarfélaga er langt i frá því að vera bundin við það form sem almennt fellur undir hugtakið skatta. Utan við það hugtak falla m.a. þjónustugjöld og greiðsluþátttaka notenda þjónustu. Einnig eru dæmi um gjöld sem lögð eru án þess að séð verði þau að falli undir hugtökin skatta eða þjónustugjöld miðað við þau skilyrði sem sett eru í lögum um gjaldtökuna. Þá er jafnframt ljóst að það hefur færst mjög i vöxt að einstök ákvæði almennra laga séu sett til þess að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum þótt svo sé ekki raunin um annað og jafnvel meiri hluta af efni viðkomandi laga. Það kann því að vera vandasamt að afmarka hvort lög sem gerð er krafa um að verði lögð í þjóðaratkvæðagreiðslu uppfylli það skilyrði að hafa ekki verið sett til að framfylgja þjóðréttarskuldbindingum.

Í 1. mgr. 67. gr. kemur fram að þess skuli gætt að frumvarp að tillögu kjósenda samrýmist stjórnarskrá. Í ákvæðinu eða athugasemdum við það kemur hins vegar ekki skýrt fram hvort með þessu skilyrði sé vísað til þess að frumvarpið uppfylli að formi til skilyrði stjórnarskrárinnar eða hvort það þurfi að efni til að samrýmast ákvæðum stjórnarskrárinnar.

Eins og áður var lýst segir i lok 1. mgr. 67. gr. að risi ágreiningur um hvort mál uppfylli þau skilyrði sem koma fram fyrr í ákvæðinu skeri dómstólar þar úr. Það er ljóst að þarna er dómstólum falið verkefni sem ekki fellur að öllu leyti að þeirri afmörkun sem fylgt hefur verið í lögum og framkvæmd um verkefni þeirra. Í 1. mgr. 25. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 er orðuð sú meginregla að dómstólar verði ekki krafðir álits um lögfræðileg efni eða hvort tiltekið atvik hafi gerst nema að því leyti sem er nauðsynlegt til úrlausnar um ákveðna kröfu i dómsmáli. Að forminu til verður að ætla að dómkrafa i máli sem rekið væri fyrir dómstól af framangreindu tilefni lyti annaðhvort að viðurkenningu eða synjun á því að þjóðaratkvæðagreiðsla ætti að fara eða að viðurkenningu eða synjun á því að frumvarp kjósenda samkvæmt 66. gr. verði lagt fram á Alþingi. Efnislega væri þó stutt í að dómstóllinn væri krafinn um álit á því lögfræðilega atriði hvort hlutaðeigandi lög uppfylltu þau skilyrði sem sett væru fyrir því að setja þau í þjóðaratkvæði. Það á enn frekar við um það álitaefni hvort frumvarp að tillögu kjósenda samrýmist stjórnarskrá. Annað sem þarf að hafa i huga þegar lagt er til að ágreiningur af því tagi sem hér er fjallað um verði lagður fyrir dómstóla er að fyrir dómstólum gildir svonefnd málsforræðisregla. Það er aðilanna sjálfra að setja fram dómkröfur og málsástæður að baki þeim. Hið hefðbundna verkefni dómstóla er síðan að

skera úr ágreiningnum á þessum grundvelli en hann dregur ekki inn eða breytir kröfugerð eða málsástæðum frá því aðilar hafa sett þær fram. Komi þannig upp við athugun dómstólsins sjálfs að aðrar málsástæður en aðilar hafa byggt á eigi við í málinu byggir dómstólinn ekki á þeim við úrlausn málsins.

Vegna hugsanlegar aðkomu dómstóla að því að skera úr ágreiningi um hvort lög geti farið í þjóðaratkvæðagreiðslu eða frumvarp kjósenda uppfylli skilyrði til að verða lögð fram á Alþingi kann að vera ástæða til þess að huga að því hvort setja eigi meðferð málsins fyrir dómstólum timamörk, s.s. með tilliti til þeirra tímamarka sem fram koma í 65. og 66. gr. um hvenær þjóðaratkvæðagreiðsla skuli fara fram og frumvarp lagt fram.

71. gr. Skattar.

Eins og vísað er til í athugasemdum við greinina er þarna farin sú leið að steypa saman i eina grein ákvæðum sem nú eru í 1. málsl. 40. og 77. gr. gildandi stjórnarskrár. Orðalagið er óbreytt.

Hér er ástæða til að vekja athygli á því að þessi grein felur að efni til fyrst og fremst í sér vernd borgaranna gagnvart því hvernig þeim verður gert að láta af hendi fjármuni sína til hins opinbera, ríkis og sveitarfélaga, sem fjárveitingarvaldið getur síðan varið til að greiða kostnað vegna starfsemi hins opinbera og til þess að millifæra milli borgaranna. Þetta felst í kröfunni um að skattamálum sé skipað með lögum, að stjórnvöld geti ekki tekið ákvarðanir um skattheimtu og síðast en ekki síst að slík skattheimta megi ekki vera afturvirk. Í eðli sinu er því um að ræða reglur sem eiga samstöðu með mannréttindareglum stjórnarskrárinnar. Þannig eru heimildir til skattheimtu á meðal þeirra takmarkana sem rikjum er heimilt að beita samkvæmt ákvæði 1. gr. 1. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu sem mælir fyrir um vernd eignarréttarins. Það kann því að vera ástæða til að huga að þvi hvort tilefni sé til þess að færa þetta ákvæði inn i II. kafla frumvarpsins og þá i tengslum við ákvæði hans um vernd eignarréttar.

Á fundi með atvinnuveganefnd Alþingis þar sem fjallað var um það sama frumvarp og umsögn þessi tekur til vakti ég máls á þvi að það kynni að vera ástæða til þess við endurskoðun á stjórnarskránni að huga að því hvort þess ætti að sjást stað í stjórnarskránni að borgurunum er nú ekki bara gert að taka þátt í kostnaði við starfsemi hins opinbera með sköttum og þeim gjöldum sem falla undir það hugtak, þ.e. greiðslum sem borgararnir þurfa að greiða án tengsla við inntak og umfang þjónustu hins opinbera. Slík gjaldheimta hins opinbera fer nú líka fram með því sem nefnt þjónustugjöld, margvíslegri greiðsluþátttöku vegna þjónustu og þvi sem ég kýs að nefna þriðja flokkinn en dæmi um slíkt er t.d. útflutningsgjald á afla sem lagt er á samkvæmt heimild i reglugerð, sjá dóm Hæstaréttar í máli nr. 177/2012 (Vinnslustöðin). Álitamálið er því

hvort rétt sé að stjórnarskrárgjafinn búi borgurunum einhverja tiltekna vernd gegn slíkri gjaldtöku af hálfu hins opinbera í stjórnarskránni og að hún þurfi að lágmarki að uppfylla ákveðnar lagakröfur umfram það sem leiðir af því að skattamálum skuli skipað með lögum.

72. gr. Eignir og skuldbindingar ríkisins.

Í 1. mgr. er lögð til sú meginregla að ekki megi taka lán eða undirgangast ábyrgðir sem skuldbinda rikið nema með lögum. Í ljósi þessa vaknar sú spurning hvaða sjálfstæðu þýðingu 1. málsliður 2. mgr. hefur. Það leiðir beint af 1. mgr. að stjórnvöld rikisins geta ekki án lagaheimildar ábyrgst fjárhagslegar skuldbindingar einkaaðila. Það þarf líka að vera skýrt hvort ætlunin er að þetta ákvæði taki sjálfstætt til sveitarfélaga sem hluta af hugtakinu stjórnvöld. Það er svo sjálfstætt álitaefni hvort setja eigi þeirri heimild sem lögð er til i 1. mgr. þau takmörk að ábyrgð á skuldbindingum einkaaðila sé háð því að það sé gert vegna almannahagsmuna.

75.gr. Umboðsmaður Alþingis.

Ég tel ástæðu til að vekja athygli á því að mér er ekki kunnugt um að sú leið sem lögð er til i 2. mgr. um að stjórnvöld skuli tilkynna forseta Alþingis ef þau hlíta ekki sérstökum tilmælum umboðsmanns sé farin, a.m.k. i þeim löndum sem við höfum sótt fyrirmynd að starfi umboðsmanns og lagareglum um stjórnsýsluna.

Fram að þessu hefur verið látið við það sitja að umboðsmaður afli upplýsinga um hvernig brugðist hefur verið við tilmælum hans og taki þá afstöðu til þess hvort tilefni er til frekari athafna af sinni hálfu ef i ljós kemur að stjórnvald hefur ákveðið að fara ekki að sérstökum tilmælum umboðsmanns. Þar er átt við tilmæli þar sem umboðsmaður hefur mælst til þess að stjórnvald bæti úr gagnvart þeim einstaklingi eða lögaðila sem á i hlut, svo sem með því að hlutur hans verði réttur eða mál hans endurupptekið fari hann fram á það. Auk þessa hefur umboðsmaður gert Alþingi árlega í skýrslu sinni grein fyrir því hvernig stjórnvöld hafa brugðist við tilmælum hans. Það hefur siðan komið i hlut þeirra þingnefnda sem fjallað hafa um skýrsluna og Alþingis að öðru leyti i hvaða mæli það telur tilefni til að aðhafast ef i ljós kemur að stjórnvöld hafa ekki farið að tilmælum umboðsmanns.

Síðustu ár hefur það heyrt til undantekninga að stjórnvöld hafi ekki farið eftir tilmælum umboðsmanns. Ég tel jafnframt ástæðu til að benda á að þau mál þar sem umboðsmaður setur fram sérstök tilmæli eru tilkomin vegna kvartana einstaklinga og lögaðila og varða þá að jafnaði atvik og málsatriði sem varða einkaaðila. Með tilkynningu til forseta Alþingis um að stjórnvald ætli ekki að fara að tilmælum umboðsmanns færast upplýsingar um þessi málefni einkaaðila til Alþingis. Sú afstaða stjórnvalds að fara ekki eftir tilmælum

umboðsmanns hefur helst byggst á því að stjórnvaldið hefur metið afstöðuna milli atvika i máli tiltekins einkaaðila og lagareglna með öðrum hætti en umboðsmaður. Ég hef hins vegar i upplýsingum sem ég hef gefið Alþingi vegna þeirra mála þar sem stjórnvald hefur ekki farið eftir tilmælum umboðsmanns lagt áherslu á þau almennu sjónarmið sem búa að baki starfi umboðsmanns og að með stofnun embættis umboðsmanns Alþingis hafi Alþingi veitt borgurunum ákveðið úrræði til að leita leiðréttinga á málum sinum i samskiptum við stjórnvöld. Starf umboðsmanns og traust borgaranna á þessu úrræði Alþingis byggist því á að stjórnvöld fari að tilmælum umboðsmanns. Það sé síðan Alþingis að ákveða hvort það telur tilefni til viðbragða gagnvart stjórnvaldinu til að standa vörð um þetta úrræði borgaranna. Ég hef ákveðnar áhyggjur af því að sú leið sem lögð er til í 2. mgr. 75. gr. muni breyta þessari stöðu mála og áherslan færist þá frá því að gæta almennt að því að stjórnvöld virði það úrræði sem Alþingi hefur komið upp i þágu borgaranna yfir i umfjöllun um tiltekin mál og þar með atvik og lagalegan ágreining i málum tiltekinna einstaklinga.

78. gr. Forsetakjör.

Þarna er lagt til að framkvæmd forsetakosninga verði með öðrum hætti en nú er. Þar með kann framkvæmd slíkra kosninga af hálfu kjörstjórna og þeirrar stjórnsýslu sem þær annast að verða umfangsmeiri og flóknari. Í stað þess að kjósandi kjósi einn úr hópi frambjóðenda skulu kjósendur raða frambjóðendum, einum eða fleirum að eigin vali, i forgangsröð. Sá sem „best uppfyllir forgangsröðun kjósenda, eftir nánari ákvæðum í lögum, er rétt kjörinn forseti." Spyrja má um tilganginn sem þessi regla á þjóna samkvæmt því sem fram kemur i athugasemdum við frumvarpið ef rétt reynist að þetta fyrirkomulag sé meira iþyngjandi fyrir þá sem annast framkvæmd kosningarinnar á vegum stjórnsýslunnar.

81. gr. Starfskjör.

Í lok greinarinnar segir að forseti skipi forsetaritara. Spyrja má hvort tilefni sé til þess að binda tilvist starfs forsetaritara í stjórnarskrá frekar en annarra undirmanna framkvæmdarvaldshafa. Slikt fyrirkomulag gerir örðugra um vik að gera breytingar og hagræða innan reksturs hins opinbera. Í greinum frumvarpsins er ekki að öðru leyti fjallað um forsetaritara eða um verkefni hans.

85. gr. Náðun og sakaruppgjöf.

Forseti Íslands fer samkvæmt tillögunni með vald til að náða menn og veita almenna uppgjöf saka. Hann getur þó ekki beitt þessu valdi sinu nema að fenginni tillögu ráðherra. Hafa verður i huga að samkvæmt frumvarpinu þá er forsetinn hluti af framkvæmdarvaldinu og hér getur því reynt á hvaða málsmeðferðarreglum forsetanum ber að

fylgja, t.d. ef hann synjar tillögu ráðherra. Á t.d. einstaklingurinn sem i hlut á kröfu á því að forsetinn rökstyðji ákvörðun sína í samræmi við stjórnsýslureglur, þ.m.t. stjórnsýslulög? Á sama hátt vaknar sú spurning hvort meðferð forseta á þessu valdi falli undir eftirlit Alþingis með framkvæmdarvaldinu, sbr. 37. gr., og eftirlit umboðsmanns Alþingis með stjórnsýslu ríkisins samkvæmt 75. gr. Telja verður æskilegt að réttarstaðan væri hér skýrari með tilliti til réttaröryggis þeirra borgara sem kunna að eiga hlut að þeim málum sem hér er fjallað um.

Það vekur athygli að í 2. málslið 2. mgr. 85. gr. segir í upphafi að ráðherra geti þó ekki leyst undan refsingu o.s.frv. Hér þar að gæta að því að þetta orðalag er sótt í gildandi stjórnarskrá en samkvæmt henni er staða og valdheimildir forseta með öðrum hætti en lagt er til í þessu frumvarpi. Hér væri því rétt að orða þetta ákvæði út frá því að aðkoma ráðherra að málinu felst nú í tillögugerð til forseta.

Forseti - ríkisstjórn - ríkisráð - formlegur samskiptavettvangur.
Samkvæmt frumvarpinu er forseti Íslandi þjóðkjörinn hluti af framkvæmdarvaldinu. Þar er jafnframt gerð tillaga um að ákvæði um ríkisráð falli niður. Þannig er ekki gert ráð fyrir formlegum samskipta- eða samráðsvettvangi hinna stjórnarskrárbundnu handhafa framkvæmdarvalds, þ.e. forseta og ráðherra ríkisstjórnarinnar. Hins vegar verður ekki annað séð en að gengið sé út frá því að forseti Íslands muni áfram sinna hefðbundnu hlutverki þjóðhöfðingja bæði innan lands og utan. Forsetinn mun því áfram koma fram gagnvart erlendum þjóðhöfðingjum og fulltrúum erlendra ríkja í samræmi við þær hefðir sem gilda um slík verkefni þjóðhöfðingja. Þá verður að gera ráð fyrir því að forsetinn eigi áfram i samskiptum við bæði innlenda og erlenda aðila sem t.d. kjósa að leita til hans vegna stöðu hans og bera upp við hann mál og óska eftir liðsinni hans eða þátttöku, t.d. í fundum og ráðstefnum. Í samskiptum við erlenda aðila, sérstaklega fulltrúa erlendra rikja, getur verið nauðsynlegt að forseti hafi á hverjum tíma vitneskju um þá stefnu sem ríkisstjórn og ráðherrar sem bera ábyrgð á viðkomandi málefnasviði hafa í utanríkismálum og gæslu einstakra hagsmunamála gagnvart erlendum ríkjum. Með sama hætti kunna, í samskiptum forseta við fulltrúa erlendra ríkja, að koma upp tilvik sem hann telur þörf á að koma á framfæri upplýsingum um við ríkisstjórn og ráðherra hennar. Það sama kann að eiga við um aðrar upplýsingar sem forseta berast vegna hins þjóðkjörna hlutverks hans, s.s. frá innlendum og erlendum einkaaðilum, t.d. fulltrúum atvinnufyrirtækja.

Ég minni enn fremur á að við skipan reglna og skipulag stjórnkerfisins og stjórnsýslu landsins þarf jafnan að hafa í huga hvernig hún á og getur virkað á viðsjárverðum tímum bæði innan lands og utan. Persónulegur skoðanamunur eða stjórnmálalegar deilur mega

þá ekki standa því í vegi að unnt sé að virkja þau réttaröryggisúrræði sem þurfa að vera til staðar. Í frumvarpinu er í 2. mgr. 84. gr. lagt til að forseti Íslands beri lagalega ábyrgð á embættisverkum sínum. Í ljósi þessa kann að vera sérstök ástæða til þess að tryggja honum möguleika á að koma formlega frá sér upplýsingum og viðhorfum til ráðherra í ríkisstjórn sem fara að öðru leyti með framkvæmdarvaldið og fá frá þeim upplýsingar um fyrirhugaðar ráðstafanir vegna sömu mála. Þegar gætt er að sjónarmiðum um skipulag stjórnsýslunnar og nauðsyn þess að tryggja formlegar boðleiðir og gæslu almannahagsmuna innan hennar tel ég ástæðu til þess að vekja athygli á mikilvægi þess að samkvæmt stjórnarskrá sé fyrir hendi formlegur samskipta- og samráðsvettvangur milli æðstu handhafa framkvæmdarvaldsins, þ.e. forseta Íslands og ráðherra í ríkisstjórn.

87. gr. Ríkisstjórn.

Hér þarf að hafa í huga að þrátt fyrir þá meginreglu sem fram kemur í 1. mgr. 86. gr. um að ráðherrar séu æðstu handhafar framkvæmdarvalds hver á sínu sviði og beri hver fyrir sig ábyrgð á málefnum ráðuneyta og stjórnsýslu sem undir þá heyrir er í 3. mgr. 86. gr. byggt á því að ríkisstjórnin verði fjölskipað stjórnvald í vissum málum. Það leiðir af 2. mgr. 56. gr. að meiri hluti ríkisstjórnar þarf að samþykkja framlagningu einstakra frumvarpa og tillaga á Alþingi sem einstakir ráðherrar telja þörf á að flytja. Að öðru leyti er ekki skýrt afmarkað í frumvarpinu hvaða mál ríkisstjórnin í heild þarf að fjalla um og samþykkja til þess að þau öðlist gildi, t.d. gagnvart borgurunum. Þannig segir eingöngu í upphafi 3. mgr. 87. gr.: „Ríkisstjórn tekur ákvarðanir sameiginlega um mikilvæg eða stefnumarkandi málefni samkvæmt nánari ákvæðum í lögum." Samkvæmt þessu er það alfarið háð ákvörðun löggjafans hverju sinni hvaða mál, umfram lagafrumvörp og tillögur til Alþingis, falla undir skilyrði um samþykki ríkistjórnar sem fjölskipaðs stjórnvalds. Eftir sem áður stendur skyldan samkvæmt 2. mgr. um að ríkisstjórnarfundi skuli halda um, þegar sleppir frumvörpum og tillögum til Alþingis, „önnur mikilvæg stjórnarmálefni" og síðan til samráðs um störf og stefnumál ríkisstjórnarinnar. Það þarf því ekki að falla saman um hvaða mikilvægu „stjórnarmálefni" þarf að fjalla á fundi ríkisstjórnar og hvaða mikilvægu eða stefnumarkandi málefni meiri hluti ríkisstjórnarinnar þarf að samþykkja til þess að þau geti komið til framkvæmda, m.a. gagnvart borgurunum. Ég vek jafnframt athygli á því að ekki er gert ráð fyrir frekari afmörkun í lögum á því til hvaða málefna umfjöllunarskyldan á ríkisstjórnarfundum samkvæmt fyrri málslið 2. mgr. 87. gr. á að taka.

Sú breyting sem þarna er lögð til leiðir til þess að með lögum er unnt að fela ríkisstjórninni sem fjölskipuðu stjórnvaldi að taka ákvarðanir sem m.a. geta lotið að einstaklingsbundnum ákvörðunum um rétt og skyldu borgaranna og þar með ákvarðanir sem samkvæmt nú-

gildandi rétti þarf að undirbúa og taka að uppfylltum málsmeðferðarreglum stjórnsýsluréttarins og þá, eftir atvikum, i samræmi við reglur stjórnsýslulaga ef um er að ræða ákvarðanir sem falla undir gildissvið þeirra laga. Þessar reglur lúta m.a. að rannsókn máls, hæfi og rökstuðningi. Ekki er að sjá af athugasemdum við ákvæðið að hugað hafi verið sérstaklega að þessu atriði. Vissulega má segja að það sé siðari tima vandamál þegar kemur að því að löggjafinn afmarki þau mál sem rikisstjórnin skal fjalla um sem fjölskipað stjórnvald. Hér er hins vegar verið að opna fyrir gjörbreytta leið að þvi er varðar meðferð mála í æðstu stjórnsýslu ríkisins með tilheyrandi áhrifum á málsmeðferð og hugsanlega ábyrgð á slikum ákvörðunum. Ég hefði því talið þörf á því að fyrir lægi nánari greining á mögulegum áhrifum slikar breytingar og þá einnig með tilliti til uppbyggingar og skipulags stjórnsýslunnar. Sú leið að rikisstjórn sé fjölskipað stjórnvald tiðkast i vissum öðrum rikjum. Fram hjá þvi verður þó ekki litið að hefðir i stjórnskipun og stjórnsýslu þeirra ríkja eru mismunandi. Því er ekki sjálfgefið að unnt sé að styðjast við slik fordæmi án frekari samanburðar.

Í lok 1. mgr. segir að forsætisráðherra skuli samhæfa störf ráðherra. Þótt almennt hafi verið gengið út frá því að forsætisráðherra hefði vegna stöðu sinnar ákveðið verkstjórnar- og samhæfingarhlutverk i störfum ríkisstjórnar hefur verið byggt á því að aðrir ráðherrar hafi sjálfstæði til að fara með málaefni sem undir þá heyra á sína ábyrgð. Ef ágreiningur hefur orðið um það undir hvaða ráðuneyti mál heyrir hefur komið í hlut forsætisráðherra að skera þar úr um. Út frá sjónarhorni borgaranna og þeirra sem fara með eftirlit með starfsemi stjórnsýslunnar, þ.m.t. ráðherranna, skiptir verulegu máli að það sé skýrt til hverra þeir geta leitað og hver fer með valdheimildir þegar fleiri en eitt ráðuneyti koma að málum, mál virðast falla niður milli ráðuneyta þannig að enginn fæst til að taka á þeim o.s.frv. Það orðalag að forsætisráðherra „samhæfi" störf ráðherra er nokkuð óljóst, Með tilliti til þeirrar meginreglu, sem fram kemur i upphafi 86. gr. um stöðu og ábyrgð einstakra ráðherra, verða frávik frá þeirri reglu að vera skýr.

95. gr. Ráðherraábyrgð.

Í upphafi greinarinnar segir að ráðherrar beri lagalega ábyrgð á „öllum stjórnarframkvæmdum sem undir þá heyra" og að ábyrgð vegna „embættisbrota þeirra" skuli ákveðin með lögum. Þá segir að bóki ráðherra andstöðu við ákvörðun ríkisstjórnar beri hann þó ekki lagalega ábyrgð á henni. Ábyrgðarreglan í upphafi greinarinnar fellur að afmörkun ábyrgðar einstakra ráðherra eins og henni er lýst í 1. mgr. 86. gr., þ.e. ábyrgð á málefnum ráðuneyta og stjórnsýslu sem undir þá heyrir. Í frumvarpinu er hins vegar lagt til að í ákveðnum málum skuli koma taki ráðherrar sameiginlegar ákvarðanir vegna þátttöku þeirra í hinu fjölskipaða stjórnvaldi, rikisstjórn.

Þegar gætt er að því að í hinni lagalegu ábyrgð ráðherra felst í senn refsiábyrgð og skaðabótaábyrgð verður telja rétt að tekin sé ótvirað afstaða til þess i texta stjórnarskrárinnar, samhliða því að gert er ráð fyrir ákvarðanatöku ríkisstjórnar sem fjölskipaðs stjórnvalds og þá væntanlega um málefni sem að öðru leyti heyra undir ákveðinn ráðherra, hvernig fer um lagalega ábyrgð þeirra ráðherra sem standa að ákvörðun i ríkisstjórn. Það eitt að ráðherra hafi bókað andstöðu sina við ákvörðun ríkisstjórnar segir ekki til um ábyrgð þeirra sem stóðu að ákvörðuninni.

96. gr. Skipun embættismanna.

Í 3. mgr. er miðað við að forseti geti synjað sjálfstætt um staðfestingu á skipun i embætti dómara og rikissaksóknara. Siðan er gert ráð fyrir að við synjun forseta gangi málið til Alþingis og þá þurfi 2/3 hluta atkvæða á Alþingi til þess að skipunin taki gildi. Siðar i ákvæðinu er einnig gert ráð fyrir að ef ráðherra velur ekki einn úr hópi þeirra sem sérstök nefnd hefur gert tillögu um gangi slík mál með sama hætti til Alþingis.

Ákvörðun um skipun í embætti er nú talin meðal þeirra ákvarðana stjórnvalda sem þarf að undirbúa og taka í samræmi við þær málsmeðferðarreglur sem fram koma i stjórnsýslulögum, auk þess sem Hæstiréttur hefur byggt á að fylgja þurfi ýmsum óskráðum grundvallarreglum stjórnsýsluréttarins, svo sem um að ráða hverju sinni hæfasta einstaklinginn úr hópi umsækjenda. Þessar reglur byggjast á því með meðferð málsins sé gætt tiltekins réttaröryggis gagnvart þeim sem sækja um opinber störf og miðast við að meðferð málsins sé i höndum handhafa stjórnsýsluvalds. Ætla verður að sem framkvæmdarvaldshafi þyrfti forseti Íslands að gæta þessara málsmeðferðarreglna stjórnsýsluréttarins. Ákvörðun forseta um að synja staðfestingu á tillögu ráðherra um skipun dómara og ríkissaksóknara þyrfti því að fullnægja kröfum sem leiða af þeim reglum gagnvart einstaklingunum hlut eiga að máli. Þannig þyrfti forseti að gæta þess að málið hafi verið rannsakað með fullnægjandi hætti og synjun hans yrði að byggjast á því að annar eða aðrir úr hópi umsækjenda hefðu verið hæfari en sá umsækjandi sem ráðherra ákvað að skipa. Að kröfu þess eða þeirra sem teldust eiga aðild að málinu i skilningi stjórnsýsluréttar þyrfti forsetinn að gera grein fyrir ástæðum synjunar sinnar í samræmi við reglur stjórnsýsluréttarins um rökstuðning. Ákvarðanir sem teknar eru um skipun í embætti þurfa einnig að uppfylla þær kröfur sem leiða af reglum um jafnræði, þ.m.t. um jafnrétti kynjanna. Þá gæti hér eins og við önnur framkvæmdarvalds/stjórnsýsluverkefni forseta reynt á hvernig fer um eftirlit Alþingis, sbr. 37. gr., og stofnana þess, eins og umboðsmanns Alþingis, með þessum ákvörðunum forseta og þar með hvaða rétt og möguleika þeir einstaklingar sem i hlut eiga hafa til þess að leita eftir afstöðu þessara stofnana til þess hvort rétt hafi

verið staðið að málum af hálfu forseta. Þá verður ekki annað séð en að synjun forseta yrði, eins og aðrar ákvarðanir handhafa framkvæmdar/stjórnsýsluvalds, borin undir dómstóla.

Ef mál gengur til Alþingis leikur nokkur vafi á um hvernig meðferð þess yrði háttað með tilliti til stjórnsýslureglna (réttaröryggisreglna), einkum hvað varðar stöðu umsækjenda um störfin og þess einstaklings sem ráðherra vildi skipa í starfið. Almennt er gengið út frá því að málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttarins gildi ekki um meðferð mála á Alþingi. Réttarstaða umsækjenda um embættið, þ.m.t. umsækjanda sem forseti synjar að staðfesta skipun á eða umsækjanda sem ráðherra velur í embætti þrátt fyrir að hann hafi ekki verið í hópi þeirra sem sjálfstæð nefnd samkvæmt 4. mgr. 96. gr. metur hæfastan, sbr. hér á eftir, yrði því með öðrum hætti en ef málið væri í höndum stjórnsýslunnar. Alþingi væri þó bundið af því að þurfa við afgreiðslu málsins að taka tillit til þeirrar reglu sem lögð er til í 2. mgr. 96. gr. frumvarpsins um að hæfni og málefnaleg sjónarmið skuli ráða við skipun í embætti. Hins vegar yrði Alþingi ekki nema til kæmi frekari lagasetning bundin við að undirbúa slíkt mat og haga því með sama hætti og stjórnsýslan. Ég fæ ekki séð af athugasemdum með frumvarpsgreininni að hugað hafi verið að þessari stöðu mála ef umrædd leið yrði farin.

Í 4. mgr. er lagt til að sett verði á stofn sjálfstæð nefnd sem gerir tillögur til ráðherra um hvern á að skipa í önnur æðstu embætti en embætti dómara og rikissaksóknara. Tillögurnar eiga að byggjast á mati nefndarinnar á hæfni umsækjenda. Engin nánari ákvæði eru i frumvarpsgreininni um fjölda nefndarmanna, hæfniskröfur sem gera á til þeirra eða hver á að skipa þá til starfa, að því frátöldu að forseti Íslands skipar formann nefndarinnar, sbr. 5. mgr. Þarna yrði því með ákvæði í stjórnarskrá komið á fót sjálfstæðri stjórnsýslunefnd sem ekki starfar á ábyrgð neins ráðherra og sætir þar með ekki því eftirliti sem Alþingi er unnt að hafa með stjórnsýslu ráðherra, t.d. með fyrirspurnum, kröfu um skýrslugjöf af þeirra hálfu eða með því að lýsa yfir vantrausti á ráðherra. Nefndin væri því í eðli sínu ábyrgðar- og eftirlitslaus að þessu leyti. Sem hluti af stjórnsýslu ríkisins félli hún þó væntanlega undir eftirlit umboðsmanns Alþingis. Eins og ég vik nánar að í umsögn minni um 97. gr. þá hef ég áður lýst fyrir stjórnskipunar- og eftirlitsnefnd Alþingis áhyggjum af auknum hlut sjálfstæðra stjórnsýslu- og úrskurðarnefnda innan stjórnsýslunnar og þá nefnda sem falla ekki að því hefðbundna ábyrgðar- og eftirlitskerfi sem byggist á ábyrgð ráðherra, þ.m.t. gagnvart Alþingi. Ég vísa því til umfjöllunar minnar um þetta atriði í umsögn um 97. gr. frumvarpsins.

Samkvæmt 5. mgr. skal forseti Íslands skipa formann hinnar sjálfstæðu nefndar sem gerir tillögu til ráðherra um skipun embættismanna. Ég tel af þessu tilefni rétt að vekja athygli á því að þarna er með vissu leyti farin hliðstæð leið og þegar Hæstarétti

Íslands er falið að tilnefna formann eða nefndarmenn í sjálfstæðar úrskurðar- og kærunefndir. Þetta fyrirkomulag hefur verið rökstutt með því að þannig sé verið að tryggja að viðkomandi sé valinn til starfsins af óháðum aðila en ekki þeim ráðherra sem viðkomandi málaflokkur heyrir undir. Það fellur í hlut umboðsmanns Alþingis vegna eftirlits með stjórnsýslunni að fjalla m.a. um starf og úrlausnir slíkra sjálfstæðra stjórnsýslunefnda. Í ljósi þeirrar reynslu hef ég efasemdir um þá leið að fela slíkum óháðum aðila að velja einstaklinga til starfa og þá sérstaklega til forystu fyrir slíkum nefndum. Þar kemur m.a. til að við val á einstaklingum til þessara starfa verður oft ekki séð að leitast hafi verið að velja einstaklinga sem hafa sérstaka þekkingu eða reynslu af því málefni sem heyrir undir viðkomandi nefnd. Þótt t.d. lögfræðingur sé valinn til formennsku í slíkri nefnd leiðir ekki af því einu að viðkomandi hafi sérstaka þekkingu á þeim lagareglum sem reynir á við úrlausn um efni þeirra mála sem nefndin fjallar um eða sérstaka þekkingu á þeim málsmeðferðarreglum sem ber að fylgja. Ég leyni því þó ekki að hið sama virðist því miður stundum vera raunin þegar ráðherra skipar í slíkar nefndir. Vandinn er líka sá að þegar eitthvað bjátar á í starfi slíkra nefnda, svo sem ef málshraði er ekki viðunandi eða almennir gallar eru á málsmeðferð hefur stundum reynst erfitt að fá ráðuneytin til að beita hinum almennu eftirlitsheimildum sínum. Þá er gjarnan vísað til þess að formaðurinn eða nefndarmenn séu lögum samkvæmt valdir af Hæstarétti og því erfitt að gera athugasemdir við störf þeirra. Sama verður upp á teningnum þegar kemur að endurskipun í slíkar nefndir. Þrátt fyrir að ráðuneyti hafi vitneskju um annmarka á starfi nefndar en slík vitneskja ekki endilega til staðar hjá hinum óháða skipunaraðila, svo sem Hæstarétti. Þótt ég hafi fullan skilning á þeim ástæðum sem búa að baki því að vilja fela „óháðum" aðila að skipa t.d. formann slíkrar nefndar tel ég að jafnframt verði að huga að því hvort slíkt fyrirkomulag tryggir í raun nægjanlega það réttaröryggi borgaranna sem starfi þessara nefnda er ætlað að vera liður í að vernda.

Í frumvarpsgreininni er ekki tekin afstaða til þess hvaða embætti hin sjálfstæða nefnd gerir tillögur um skipun í. Afmörkun á því verður í höndum löggjafans. Í ljósi þeirrar reynslu sem ég hef úr starfi umboðsmanns Alþingis við að sinna eftirliti með ákvörðunum um skipanir og ráðningar í störf hjá ríkinu tel ég ástæðu til að vekja athygli á því að ákvörðun um hver telst hæfastur umsækjenda til að gegna ákveðnu starfi eða embætti er í eðli sinu verulega matskennd. Þá verður einnig að hafa í huga að við ráðningar í stjórnunarstöður, s.s. störf forstöðumanna opinberra stofnana, svo dæmi sé tekið, kann ekki aðeins að reyna á einstaklingsbunda þætti hjá umsækjendum heldur jafnframt hvaða stefnumörkun yfirmaður viðkomandi, t.d. ráðherra sem fer með yfirstjórn tiltekins málaflokks, vill leggja áherslu á í starfi stofnunarinnar í næstu framtíð og

hvaða sérstöku þörfum þarf t.d. að mæta með tilliti til þeirrar þekkingar og reynslu sem þegar er til staðar i röðum annarra starfsmanna stofnunarinnar. Ég tel mig hafa veitt því athygli að í þeim tilvikum þar sem sérstökum hæfnis- eða matsnefndum hefur verið falið að leggja mat á umsækjendur um opinber störf er almenn tilhneiging til þess að leggja megin áherslu á formlega og mælanlega þætti eins og menntun, timalengd starfsreynslu, fjölda ritverka og greina. Áherslan er þá i minna mæli á persónulega þætti umsækjenda og hvernig ætla má að menntun þeirra og starfsreynsla muni i reynd nýtast i viðkomandi starfi.

Með því að fela sjálfstæðum og óháðum aðila að leggja endanlegt mat á hverjir teljist hæfastir úr hópi umsækjenda og þá i samræmi við fyrirfram gefna starfslýsingu i lögum eða af hálfu yfirstjórnar viðkomandi embættis gefst þannig að minu áliti minna svigrúm fyrir þann aðila sem ber ábyrgð á starfseminni til þess að velja i embættið einstakling sem hann treystir til að fylgja eftir verkefnum embættisins i samræmi við þá stefnumörkun sem hann kýs að sé viðhöfð og hann ber ábyrgð á. Ég skil þær athugasemdir sem visað er til með frumvarpsgreininni að tillaga um þessu sérstöku nefnd sé sett fram með tilliti til þess að ekki hafi tekist sem skyldi af hálfu ráðherra við embættisveitingar á siðustu árum. Það hefur m.a. komið i minn hlut sem umboðsmaður Alþingis að gera athugasemdir við undirbúning og töku slíkra ákvarðana. Hvað sem því liður hef ég almennt talið rétt að fara varlega i að draga úr ábyrgð og skyldum ráðherra á stjórnsýslunni og gangverki hennar. Ég hef þá í huga þá uppbyggingu islenska stjórnkerfisins að það er hlutverk Alþingis að hafa eftirlit með og kalla eftir ábyrgð ráðherra. Með því að færa einstaka þætti stjórnsýslunnar undan því eftirliti og ábyrgð verða til sjálfstæðar einingar innan stjórnsýslunnar sem i sjálfu sér engin ber ábyrgð á og þeir sem þar gegna störfum þurfa ekki að standa neinum reikningsskil verka sinna eða verkleysis. Umboðsmaður Alþingis hefur í starfi sinu lagt áherslu á að ráðherrar og ráðuneyti þeirra ræki þær eftirlitsskyldur sem á þeim hvila og þá jafnframt að á þeim kunni að hvila jákvæðar skyldur til að bregðast við að eigin frumkvæði að þessu leyti. Athuganir rannsóknarnefndar Alþingis á aðdraganda að falli islensku bankanna árið 2008 bentu einnig til þess að nauðsyn væri á að efla þennan þátt stjórnsýslunnar. Þvi hefur nú verið fylgt eftir, m.a. með breytingum á lögum um Stjórnarráðs Íslands. Ég tel þvi ástæðu til að vekja athygli á því hvort það hugsanlega kunni að vera heppilegra til að takast á við þann vanda sem býr að baki tillögu um sérstaka og sjálfstæða nefnd með þvi að styrkja aðhald og eftirlit með embættisveitingum ráðherra, og þá af hálfu Alþingis. Þá minni ég á þær ábendingar sem áður hafa komið fram af hálfu umboðsmanns Alþingis um hvort heppilegt kunni að vera að styrkja möguleika þeirra sem hafa verið beittir órétti við ráðningar hjá hinu opinbera

til að sækja skaðabætur og auka þannig aðild með þeim sem fara með ráðningarvaldið. Það að mæla fyrir um hið breytta fyrirkomulag þessara mála í stjórnarskrá í stað þess að móta það í löggjöf setur því ákveðnar og þrengri skorður að bregðast við reynslu og þróun þessara mála.

97. gr. Sjálfstæðar ríkisstofnanir.

Þarna er lagt til að með almennum lögum sem samþykkt eru með 2/3 hlutum atkvæða á Alþingi sé hægt að koma á þeirri skipan að tilteknar stofnanir ríkisins sé ekki unnt að leggja niður, breyta verulega eða fá verkefni þeirra öðrum stofnunum nema með lögum sem samþykkt eru með 2/3 hlutum atkvæða á Alþingi. Fram kemur þær stofnanir sem til greina kemur að veita þetta sérstaka sjálfstæði séu stofnanir sem gegna mikilvægu eftirliti eða afla upplýsinga sem nauðsynlegar eru í lýðræðisþjóðfélagi.

Í þessu efni eins og öðrum er það fyrst og fremst háð pólitísku mati hversu langt er talið rétt að ganga í stjórnarskrá að þessu leyti. Að baki þessari tillögu býr sú hugmynd að það sé betur fallið til að tryggja upplýsta og góða stjórnarhætti í þágu almannahagsmuna að til séu tiltekin sjálfstæð stjórnvöld innan stjórnsýslu rikisins sem ekki lúta þeirri yfirstjórn og eftirliti sem leiðir af þeirri almennu reglu að ráðherra séu æðstu handhafar framkvæmdarvalds hver á sínu sviði og beri ábyrgð á þeim málefnum og stjórnsýslu sem undir þá heyrir, m.a. gagnvart Alþingi. Víst er að þeirrar tilhneigingar hefur gætt nokkuð hér á landi síðustu ár að stofna til slíkra sjálfstæðra eftirlitsstofnana og kæru- og úrskurðarnefnda. Að því er varðar eftirlitsstofnanirnar hefur sú þróun einkum ráðist af þeim kröfum sem leitt hafa af aðild Íslands að EES-samningnum. Ég nefni þar Fjármálaeftirlitið, Samkeppniseftirlitið og Persónuvernd. Að því er varðar sjálfstæði Seðlabanka Íslands hefur verið fylgt alþjóðlegri þróun sem meðal annars hefur séð stað í reglum Evrópusambandsins. Ástæður að baki fjölgunar hinna sjálfstæðu kæru- og úrskurðarnefnda í íslenskri stjórnsýslu eru að því er best verður séð nokkuð mismunandi. Í víssum tílvikum hefur tilkoma slíkra nefnda byggst á miklum fjölda ákvarðana lægra settra stjórnvalda sem ekki hefur verið talið rétt að fari hina hefðbundnu kæruleið til ráðuneytis sem æðra stjórnvalds vegna þess álags sem af því leiddi fyrir viðkomandi ráðuneyti. Þá kunna sjónarmið um árekstur hagsmuna ríkisins og einkaaðila einnig að hafa áhrif, eins og t.d. gildir um yfirskattanefnd og rikistollanefnd. Dæmi eru líka um að talið sé rétt að koma slíkum verkefnum út úr ráðuneytum til þess að auðveldara verði að fá sjálfstæðar fjárveitingar til að sinna verkefninu. Á móti kemur að hluti af því eftirlíti ráðuneyta með því hvernig löggjöf og reglur á málefnasviðum þeirra virka og falla að þeim sjónarmiðum og forsendum sem í upphafi hefur verið lagt til grundvallar að eigi að gilda er að fylgjast með lagaframkvæmd og

ágreiningsmálum sem koma upp vegna hennar. Stjórnsýslukærur og úrslausn kærumála eru því mikilvægur hluti þessa eftirlitsstarfs.

Það er þekkt úr stjórnsýsluframkvæmd að ágreiningur hefur orðið milli ráðuneyta og sjálfstæðra stofnana um það að hvaða marki slíkar stofnanir sæta því sem nefna má almennt eftirlit ráðuneytis og ráðherra sem æðsta handhafa stjórnsýsluvalds með viðkomandi málefnasviði. Þá er ekki átt við kærusamband eða heimildir ráðherra til að hlutast til um einstakar ákvarðanir sjálfstæðrar stofnunar heldur almennt eftirlit með því að stofnunin ræki störf sín í samræmi við lög og ákvarðanir sem Alþingi hefur tekið um fjármál hennar og meðferð eigna. Við endurskoðun laga um Stjórnarráð Íslands var einmitt reynt að tryggja þetta eftirlit ráðuneytanna með sjálfstæðum stofnunum í sessi, sbr. 2. mgr. 13. gr. og 2. mgr. 14. gr. laga nr. 115/2011, um Stjórnarráð Íslands.

Ég hef sjálfur, vegna þeirra starfa sem Alþingi hefur falið mér sem umboðsmanni Alþingis og með setu í rannsóknarnefnd Alþingis um aðdraganda og orsakir falls íslensku bankanna 2008, átt þess kost að fylgjast með þessari þróun og áhrifum af henni á íslenska stjórnsýslu. Á grundvelli þessara starfa minna hef ég talið tilefni til þess að hreyfa því sjónarmiði að þörf sé á að skoða betur hvort fjölgun sjálfstæðra stofnana og sjálfstæðra kæru- og úrskurðarnefnda sé í raun heppileg fyrir þróun íslenskrar stjórnsýslu og þá hvort sú aðferð skilar þeim árangri sem að er stefnt með tilliti til gæslu almannahagsmuna, þróun og framgangs í efnahags- og atvinnulífi landsmanna og réttaröryggis borgaranna. Ég nefni þetta hér í ljósi þess að þeirri skipan sem lögð er til í frumvarpsgreininni er ætlað að gera Alþingi erfiðara um vik við að gera breytingar á skipulagi stjórnsýslunnar til framtíðar og fylgja þannig eftir stefnumörkun stjórnvalda á hverjum tíma. Ég hefði talið þörf á því að áður en slíkt ákvæði yrði fest í stjórnarskrá færi fram úttekt á áhrifum þess, m.a. vegna þeirra sjónarmiða í athugasemdum við frumvarpsgreinina um mikilvægi þessarar heimildar.

105. gr. Sjálfstæði sveitarfélaga.

Í 2. mgr. er lagt til að sett verði sú regla, og þá gagnvart hinum almenna löggjafa og fjárveitingarvaldi Alþingis, að sveitarfélög skuli hafa nægilega burði og tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum. Hér vaknar sú spurning hvaða áhrif þessi regla kann að hafa ef sú staða kemur upp að sveitarfélag telur sig ekki hafa nægilega burði eða tekjur til að sinna lögbundnum verkefnum gagnvart íbúum sínum. Í dæmaskyni má nefna þá útfærslu löggjafans á jákvæðum skyldum sinum til að tryggja borgurunum ýmis stjórnarskrárvarin réttindi, t.d. um félagslega aðstoð eða menntun, að mæla fyrir um að veiting þeirra sé á ábyrgð sveitarfélaga. Álitamálið er þá hvort regla stjórnarskrár um nægilega burði og tekjur getur leitt til þess að sveitarfélagi verði ekki talið skylt að sinna ákveðnum lögbundnum

verkefnum gagnvart íbúum sínum hafi það ekki slíka burði. Á sama hátt vaknar sú spurning hvort viðkomandi íbúar sveitarfélagsins geti þá, með tilvísun til annarra ákvæða stjórnarskrárinnar, sbr. 1. mgr. 5. gr. og 1. mgr. 9. gr. og efnisákvæðis um viðkomandi réttindi, fengið sveitarfélag og/eða ríkið dæmt skaðabótaskylt af slíku tilefni.

Á þeim stutta tíma sem ég hef haft til að vinna þessa umsögn hef ég ekki haft tækifæri til að átta mig fyllilega á því hvaða breytingar umrætt ákvæði 2. mgr. kann að hafa á réttarstöðu sveitarfélaga og íbúa þeirra, eða eftir atvikum stöðu ríkisins. Þá kann þetta ákvæði einnig að skipta máli þegar það kemur í hlut umboðsmanns Alþingis að leysa úr kvörtunum yfir því að sveitarfélag sinni ekki lögbundnum verkefnum og sveitarfélagið ber ákvæðið fyrir sig. Í ljósi þess sem sagt hefur verið hér að framan tel ég að réttaráhrif þess að setja umrædda reglu í stjórnarskrá séu að ýmsu leyti óljós.

106. gr. Nálægðarregla.

Rétt er að vekja athygli á því að miðað við þær skýringar sem fylgja ákvæðinu er ekki gert ráð fyrir því að heimildin til að fela samtökum í umboði sveitarfélaga að sinna þeim þáttum opinberrar þjónustu sem fallið geta undir ákvæðið sé bundin við samtök sveitarfélaga heldur geti sveitarfélögin framselt til einkaréttarlegra aðila umsýslu með þjónustu sem þeim ber að veita lögum samkvæmt. Í athugasemdinni er síðan lýst ákveðinni takmörkun um að þarna sé átt við samtök sem ekki hafi arðsemissjónarmið, a.m.k. ekki sem megintilgang. Sú takmörkun verður hins vegar ekki lesin út úr orðalagi ákvæðisins. Þá er það í sjálfu sér ekki skýrt í ákvæðinu að þau orð greinargerðarinnar að í þessari heimild til framsals á umsýslu þjónustu felist ekki að sveitarfélög geti skotið sér undan lögbundnum skyldum sínum, enda sé þjónustunni sinnt í „umboði" sveitarfélaga, hafi þá þýðingu ef á reynir. Spyrja má hvort það sé í sjálfu sér tilefni til þess að orða slíka framsalsheimild í stjórnarskrá og þar með að kalla fram vafa um hvar skyldur sveitarfélaga að þessu leyti eru gagnvart íbúum þeirra. Á sama hátt er ástæða til að skoða hvort rétt sé að binda þessa reglu við opinbera þjónustu þegar að öðru leyti er talað um lögbundin verkefni sveitarfélaga.

108. gr. Samráðsskylda.

Lögfræðilega getur verið ástæða til að hugleiða hvort brot á þessari reglu gagnvart sveitarfélögunum geti haft þýðingu um gildi þeirra laga sem Alþingi kann að samþykkja.

109. gr. Meðferð utanríkismála.

Samkvæmt upphafsákvæði greinarinnar er utanríkisstefna og almennt fyrirsvar ríkisins á sviði á hendi „ráðherra" í umboði og undir

eftirliti Alþingis. Í næstu málsgrein segir síðan að „ráðherrum" sé skylt að veita utanríkismálanefnd Alþingis upplýsingar um utanríkis- og varnarmál. Í þriðju málsgreininni segir síðan að „ráðherra [skuli]" hafa samráð við nefndina áður en ákvörðun er tekin um mikilvæg utanrikismál. Orðlag upphafsákvæðisins getur bæði vísað til þess að átt sé við einn tiltekinn ráðherra sem fer þá almennt með utanríkismál eða að vísað sé til fleiri ráðherra sem fara með málefni sem teljast utanrikismál vegna þess að þar er t.d. um að ræða samskipti við fjölþjóðlegar stofnanir og einstök erlend riki. Upplýsingaskylda 2. mgr. er lögð á ráðherra i fleirtölu en samráðsskyldan á ráðherra i eintölu.

Þegar þess er gætt að með ákvæðinu eru lagðar vissar skyldur á ráðherra sem handhafa stjórnsýsluvalds gagnvart Alþingi verður að telja mikilvægt að það sé skýrt á hverjum þessar skyldur hvila. Hér kemur einnig til að i samræmi við alþjóðlega samninga og venjur er gengið út frá því að sá ráðherra sem fer með utanríkismál í viðkomandi rikisstjórn hafi ákveðna heimild og umboð til að koma fram gagnvart öðrum þjóðum. Það þarf því að vera skýrt ef ætlunin er að haga þessum málum með öðrum hætti í stjórnskipun og stjórnsýslu Íslands. Með tilliti til áðurnefndra skýrleikasjónarmiða væri ástæða til að gefa því gaum hvort afmarka mætti betur hvað fellur undir „mikilvæg utanrikismál" í lok 2. mgr. svo sem með því að áskilja eða heimila nánari afmörkun þess i lögum.

Vegna orðalags i 3. mgr. um aðferðir sem fela í sér beitingu vopnavalds verður að hafa i huga að aðkoma einstakra rikja og stuðningur við aðgerðir annarra rikja getur verið mjög mismunandi. Þannig kann riki t.d. að heimila skipum eða flugvélum frá öðrum rikjum sem flytja hermenn, vopn eða birgðir vegna tiltekins hernaðar eða inngripa í ástand sem er uppi i þriðja ríki án þess að rikið taki beina afstöðu til eða lýsi yfir beinum stuðningi við aðgerðir sem fela í sér beitingu vopnavalds. Óvissa um afmörkun ákvæðisins að þessu leyti og deilur um hvenær það á við geta haft óheppileg áhrif á traust almennings á stjórnvöldum. Skýringar i greinargerð með þessu ákvæði veita takmarkaða leiðsögn i þessu efni. Að því er varðar upplýsingagjöf og meðferð upplýsinga um utanríkismál hjá utanríkismálanefnd og Alþingi verður að hafa í huga að oft kann þar að vera um að ræða upplýsingar um viðkvæma stöðu í deilum eða samskiptum milli þjóðríkja. Það kann því að vera svo að þau erlendu ríki sem íslensk stjórnvöld eru í sambandi við geri kröfu um að trúnaðar sé gætt um slíkar upplýsingar í ákveðinn tíma, t.d. á meðan ákveðið ástand varir eða íslensk stjórnvöld meta það svo að trúnaður um slíkar upplýsingar og þær sem veittar eru utanríkismálanefnd sé mikilvægur með tilliti til íslenskra hagsmuna. Með tilliti til þess rúma upplýsingaréttar almennings sem lagður er til í 15. gr. frumvarpsins og þeirrar skyldu til upplýsingagjafar til utanríkismálanefndar sem lögð er til í þessari grein kann að vera ástæða til

þess að mæla sérstaklega fyrir um heimild til að ákveða að trúnaður skuli rikja um upplýsingar sem nefndinni eru veittar og hver fer með heimildina til að ákveða það. Ég tek fram að sömu aðstæður kunna einnig að vera fyrir hendi ef til þess kemur að Alþingi þurfi í skyndi að fjalla um fyrirhugaðar hernaðaraðgerðir samkvæmt 3. mgr. ákvæðisins. Enn og aftur þarf að hafa i huga að í stjórnarskrá séu ákvæði sem taka mið af því að handhafar rikisvalds á Íslandi kunna að þurfa að takast á við mál og leysa úr þeim þegar viðsjárverðir timar eru bæði hér á landi og/eða i heiminum almennt.

110. gr. Þjóðréttarsamningar.

Hér á við það sem áður segir i umsögn um 109. gr. að miðað við alþjóðlegar venjur og skuldbindingar er gengið út frá því að fyrirsvar við gerð slikra samninga gagnvart öðrum rikjum sé á hendi þess ráðherra sem fer með utanrikismál þótt aðrir fagráðherrar kunni siðan að koma að gerð ákveðinna samninga. Það kann að skipta máli ef reynir á gildi slikra samninga, t.d. fyrir innlendum dómstólum, að ekki riki vafi um að þeir hafi verið gerðir af þar til bærum fulltrúa islenska rikisins. Sé miðað við að fyrirsvari utanrikismála geti verið skipt milli ráðherra, sbr. upphaf 2. mgr. 109. gr., er ástæða til að kveða skýrt á um hvaða ráðherra fer með vald til að gera þjóðréttarsamninga og hvort ætlunin sé að vikja frá því sem talið er gilda samkvæmt þjóðarétti.

Ákvæðið mælir fyrir um almenna heimild ráðherra til að gera þjóðréttarsamninga. Þó getur hann ekki gert samninga um tiltekin atriði nema samþykki Alþingis komi til. Þótt væntanlega falli flestir þeir samningar sem féllu undir ákvæði 111. gr. um framsal ríkisvalds undir fyrirvarann „eða kalla á breytingar á lögum", svo sem ef samið er um að úrskurðarvald fjölþjóðlegra stofnana sé bindandi gagnvart innlendum aðilum, kunna ákvæði þeirra almennu laga sem sett yrðu á grundvelli 2. mgr. 111. gr. að leiða til þess að umræddur fyrirvari hefði ekki lengur þýðingu. Almennt er tilefni til þess koma þeirri ábendingu á framfæri að reynt sé forðast í stjórnarskrá að nota orðalag eins og um samninga sem „eru mikilvægir af öðrum ástæðum" og i þessu tilviki sem mælikvarða á því hvort leggja beri slíka samninga undir Alþingi til samþykkis. Mörkin milli valdheimilda handhafa framkvæmdarvalds/stjórnsýslunnar og löggjafarvaldsins þurfa að vera eins skýr og kostur er. Auk þess sem slik óljós ákvæði eru til þess fallin að valda deilum milli hinna óliku handhafa ríkisvaldsins þá gæti reynt á túlkun þessa ákvæðis fyrir dómstólum ef á það reyndi í dómsmáli hvort ráðherra hefði haft fullnægjandi heimild til að gera tiltekinn samning án samþykkis Alþingis.

111. gr. Framsal ríkisvalds.

Ákvæði þetta verður að skilja svo að í því felist almenn heimild ráðherra til þess að gera þjóðréttarsamninga sem fela í sér framsal ríkisvalds til alþjóðlegra stofnana sem Ísland er aðili að í þágu þeirra viðfangsefna sem nánar eru afmörkuð í frumvarpsgreininni. Upphafsákvæði 2. mgr. er ekki skýrt um hvort þar sé miðað við að Alþingi skuli hverju sinni víð slíkt framsal fjalla um nánari afmörkun á því í hverju framsal samkvæmt tilteknum þjóðréttarsamningi er falið eða hvort Alþingi geti með almennum lögum afmarkað nánar heimild ráðherra. Af síðari leiðinni myndi leiða að þegar framsalsheimildin hefði verið nánar afmörkuð í almennum lögum væri ekki gert ráð fyrir að Alþingi fjallaði sérstaklega um slíka samninga sem fela í sér framsal ríkisvalds nema þeir falli undir undantekningarreglu 2. málslið 110. gr. Með tillití til þess hversu mikilvægar slíkar ákvarðanir kunna að vera fyrir hinn almenna borgara væri heppilegra að ákvæðið væri skýrara að þessu leyti.

Viðfangsefnum í samstarfi stofnana, sem ég kýs að kalla fjölþjóðlegar í stað alþjóðlegra þar sem þær kunna að takmarkast við ákveðin riki og svæði, hefur stöðugt fjölgað. Aðildarríki að slíku samstarfi kjósa gjarnan að fela slíkum stofnunum að fara með ákveðin sameiginleg verkefni og valdheimildir gagnvart borgurum sínum. Það er því ástæða til þess að huga að því hvort afmörkun við stofnanir „í þágu friðar og efnahagssamvinnu" sé of þröng ef vilji stendur á annað borð til þess að láta ákvæðið ná til starfsemi stofnana sem samkvæmt beinni túlkun þessara orða geta fallið þar utan við. Utan við nefnt orðalag gætu t.d. fallið fjölþjóðlegar stofnanir sem sinna landamæraeftirliti, sbr. nú Schengen-samstarfið og persónuvernd og öryggi tölvugagna, án þess að það tengist endilega samstarfi um frið og efnahagssamvinnu. Enn og aftur þarf líka að hafa í huga þá stöðu sem getur komið upp ef gildi slikra samninga og ákvarðana sem þar reynir á er borið undir dómstóla. Framsal á ríkisvaldi umfram þá heimild sem lögð er til í 111. gr. gæti leitt til þess ákvarðanir fjölþjóðlegra stofnana sem teknar væru á grundvelli slíks samnings yrðu ekki taldar bindandi hér á landi.

Í lok frumvarpsgreinarinnar er sett skilyrði um að feli lögin sem sett eru samkvæmt 1. málslið greinarinnar í sér „verulegt valdframsal" skuli þau borin undir þjóðaratkvæði. Mælikvarðinn „verulegt valdframsal" er nokkuð opinn og óljós og ekki kemur fram í ákvæðinu hver hefur vald til þess að skera úr um hvaða lög skuli að þessu leyti borin undir þjóðaratkvæði. Hér væri ástæða til að huga að því hvort gera mætti þessa reglu skýrari. Ég minni á að t.d. í Danmörku hefur það verið deiluefni fyrir dómstólum, og þá í tilefni af málshöfðunum einstaklinga, hvort ákvæði dönsku stjórnarskrárinnar ber að túlka á þann veg að skylt sé að leggja vissa fjölþjóðlega samninga sem danska ríkið hefur gert, t.d. á vettvangi Evrópusambandsins, undir þjóðaratkvæði. Það verður ekki annað séð en að slík deilumál

gætu einnig komið fyrir dómstóla hér á landi ef ákvæðið verður samþykkt óbreytt og þá ef dómstólar hér á landi fallast á að einstakir kjósendur eða félög sem þeir kunna að stofna geti átt aðild að slíkum málum.

112. gr. Skyldur samkvæmt alþjóðlegum samningum.

Í 1. mgr. er í sjálfu sér byggt á þeirri almennu reglu sem fylgt hefur verið hér á landi um tvíeðli og þar með að túlka skuli íslensk lög til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar. Reglan á að taka til allra handhafa ríkisvalds, þ.e. löggjafarvaldsins, framkvæmdarvaldsins/stjórnsýslunnar og dómsvaldsins, en þó eftir því sem samrýmist hlutverki þeirra að lögum og valdmörkum. Það er því áfram gengið út frá staða og möguleikar þessara handhafa ríkisvalds til fylgja fram þeim reglum sem ákvæðið tekur til geti verið mismunandi. Skylda sem lögð er á handhafa ríkisvaldsins er sú að virða mannréttindareglur sem eru bindandi fyrir ríkið að þjóðarétti og tryggja framkvæmd þeirra og virkni.

Vandinn er hins vegar sá að það er ekki skýrt hvað fellur undir mannréttindareglur í merkingu ákvæðisins. Þá geta þær reglur sem til greina koma verið mismunandi. Almennt má þar greina á milli sáttmála þar sem fram koma skýrar reglur til verndar tilteknum mannréttindum og úrræði til handa borgurunum um að fá skorið úr því með bindandi hætti hvort aðildarríki hafi uppfyllt þær skyldur sem leiða af sáttmálanum, t.d. mannréttindasáttmála Evrópu, og hins vegar samninga og sáttmála þar sem aðildarríkin hafa skuldbundið sig til þess að virða tiltekin réttindi borgaranna og gera viðeigandi ráðstafanir til þess þeir geti notið þeirra réttinda. Ríkin hafa þá ákveðið val um það hvernig þau innleiða þessar skyldur en fjölþjóðlegir eftirlitsaðilar sem ætlað er að sem leggja mat á hvort aðildarríkin hafi uppfyllt umræddar skyldur hafa gjarnan takmarkaðri heimildir en í fyrra tilvikinu til að skera úr um rétt einstaklinga og þar með skyldur rikja á grundvelli sáttmálanna. Eftirlitið er þá almennt meira með því að ríkin framfylgi reglum viðkomandi samninga og sáttmála. Eins og ákvæðið er orðað virðist því ætlað að taka til alls þess sem fella má undir „mannréttindareglur" í alþjóðlegum samningum og ríkið hefur skuldbundið sig að virða að þjóðarétti í rúmri merkingu og óháð því hvers konar skylda hvilir á ríkinu um innleiðingu þeirra, þar með um val á leiðum í því efni.

Þegar kemur að mísmunandi hlutverki handhafa ríkisvalds að lögum og valdmörkum reynir m.a. á þá almennu reglu að framkvæmdarvaldinu/stjórnsýslunni ber að framfylgja þeim lögum og ákvörðunum fjárlaga sem Alþingi hefur samþykkt. Stjórnsýslan er þannig lögbundin en sá ráðherra sem fer fyrir viðkomandi stjórnsýslu kann að hafa ákveðna frumkvæðisskyldu í samræmi við þær skuldbindingar sem íslenska ríkíð hefur tekið á sig um að leggja til við Alþingi (samkvæmt frumvarpinu við ríkisstjórn) að tilteknar breytingar verði

gerðar á lögum og ráðstöfun fjármuna til þess að fullnægja þeim skuldbindingum sem íslenska ríkið hefur tekið á sig með alþjóðlegum samningum. Það er svo Alþingis að taka afstöðu til þess hvaða skyldur um verkefni stjórnsýslunnar það setur i lög og hvaða fjármunum það ráðstafar til verkefnisins. Þrátt fyrir þetta hefur t.d. umboðsmaður Alþingis gengið út frá því í sinu starfi að stjórnsýslunni beri, þrátt fyrir að ekki njóti við beinna fyrirmæla í lögum, að taka mið af þeim samningum sem ríkið hefur átt aðild að um réttaröryggi borgaranna, svo sem hinum evrópsku fangelsisreglum, og þá á grundvelli vandaðra stjórnsýsluhátta. Hvað varðar islenska dómstóla þá hafa þeir í vaxandi mæli túlkað ákvæði islenskra laga til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar án þess að til hafi komið sérstök fyrirmæli i stjórnarskrá um slikt.

Helst verður að álykta að tilkoma 1. mgr. 112. gr. hefði raunhæfa þýðingu þegar kemur að löggjafarvaldinu. Þannig er áréttuð jákvæð skylda til þess að fylgja eftir þeim alþjóðlegu samningum sem island hefur skuldbundið sig til að fylgja og þar með að leiða í lög og gera viðeigandi breytingar á lögum ásamt tilheyrandi ráðstöfun fjármuna til þess að tryggja framkvæmd og virkni þeirra mannréttindareglna sem falla undir ákvæðið. Af ákvæðinu myndi þá jafnframt leiða að einstaklingar sem telja sig ekki njóta réttinda i samræmi við umræddar alþjóðlegar mannréttindareglur hér á landi ættu að geta fengið íslenska ríkið dæmt fyrir innlendum dómstólum af því tilefni. Væntanlega yrði ákvæðið einnig sett fram til stuðnings dómkröfum sem beint væri gegn framkvæmdarvaldinu ef einstaklingar teldu að það hefði ekki staðið með fullnægjandi hætti að því að veita þeim þau réttindi sem leiða af umræddum mannréttindareglum.

Þegar gætt er að því hvaða reglur eru nú þegar taldar gilda hér á landi um það málefni sem 1. mgr. fjallar um tel ég ástæðu til þess, í ljósi framangreinds, að setja spurningamerki við það hvort þetta fyrirkomulag muni leiða til einföldunar og skýrleika um réttarstöðu þeirra sem i hlut eiga eins og væntanlega hefur verið tilætlun tillöguhöfunda.

Í 2. mgr. frumvarpsgreinarinnar er um að ræða breytingu frá því sem talið hefur verið gilda i islenskum rétti. Þar segir að þegar Alþingi hefur lögfest alþjóðlega mannréttindasáttmála og umhverfissamninga gangi þeir framar almennum lögum. Fram til þessa hefur verið byggt á því að til þess að veita efni alþjóðlegra samninga gildi umfram almenn lög þurfi að innleiða efni þeirra með lögum, sjá t.d. lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Hér var auk þess farin sú leið á árinu 1995 að endurskoða mannréttindaáskvæði stjórnarskrárinnar og færa þau til samræmis við reglur mannréttindasáttmála Evrópu. Fyrir utan þá óvissu sem kann að leiða af því hvaða samningar falla undir „alþjóðlega mannréttindasáttmála og umhverfissamninga" verður að telja vafasamt að gera slika grundvallarbreytingu á rétthæð réttarheimilda i íslenskum rétti nema

áhrif þess hafi verið könnuð nánar og metin, og þá m.a. í ljósi réttarþróunar miðað við dóma Hæstaréttar.

Ég tek það fram að ég fæ ekki séð að tilvísanir til þróunar í norskum rétti eigi við um þessi mál hér á landi enda hafa Norðmenn að ýmsu leyti farið aðrar leiðir í þessu efni en Íslendingar. Eins og jafnan, og þá ekki síst þegar stjórnskipunarlög eiga í hlut, verður að gæta að því hver hin almenna réttarþróun er í einstökum löndum og hvernig dómsólar í viðkomandi löndum hafa byggt á og túlkað réttarheimildir. Að því er varðar íslenskan rétt hefur Hæstiréttur Íslands að ýmsu leyti verið virkari í mótun og beitingu t.d. mannréttindaákvæða íslensku stjórnarskrárinnar og túlkun íslenskra laga með tilliti til fjölþjóðlegra skuldbindinga Íslands heldur en t.d. hliðstæðir dómstólar í næstu nágrannalöndum okkar sem búa við hliðstætt laga- og réttarkerfi.

114. gr. gildistaka.

Með tilliti til þess að ýmsar af þeim breytingum sem lagðar eru til í þessu frumvarpi kalla á að bæði löggjafinn og stjórnsýslan hafi undirbúið og gert viðeigandi ráðstafanir, þ.m.t. með undirbúningi og samþykkt lagafrumvarpa, þegar stjórnskipunarlögin öðlast gildi til þess að borgararnir fái notið þeirra réttinda sem þar er mælt fyrir um er nauðsynlegt að hugað verði sérstaklega að þeim atriðum fyrir endanlega gildistöku hinna nýju stjórnskipunarlaga. Sem eftirlitsmaður með því í umboði Alþingis að tryggja rétt borgaranna gagnvart stjórnvöldum landsins minni ég á nauðsyn þessa.

Ég tek að síðustu fram að ég hef að beiðni efnahags- og viðskiptanefndar og atvinnuveganefndar mætt á fundi hjá þeim og svarað ákveðnum spurningum um efni 13., 25., 34. og 71. gr., og þá einnig efni 9. gr. í tengslum við þær. Ef nefndin óskar mun ég gera henni grein fyrir þeim svörum sem ég lét nefndunum í té.

Virðingarfyllst,

Tryggvi Gunnarsson.