

## Minnisblað

Til stjórnlagaráðs

Frá Páli Þórhallssyni, sérfræðingi við Háskólann í Reykjavík

11. júlí 2011

1. Með tölvupósti 6. júlí síðastliðinn óskaði Sif Guðjónsdóttir, yfirlögfræðingur Stjórnlagaráðs, eftir því að ég myndi skoða fyrirbyggjandi tillögur ráðsins að mannréttindaákvæðum, ekki síst 6., 7. og 8. gr.
2. Samkvæmt dómaframkvæmd Mannréttindadómstóls Evrópu þarf takmörkun tjáningarfrelsis að uppfylla þrjú skilyrði: Hún þarf að byggjast á lögum, hún þarf að þjóna lögmætu markmiði (til verndar einkahagsmunum eða almannahagsmunum) og hún þarf að vera nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi. Síðasta skilyrðið er það mikilvægasta. Þessi þrjú skilyrði má finna í fyrirbyggjandi tillögu að 6. gr. Orðalagið varðandi nauðsyn er að mínu mati betra í fyrirbyggjandi tillögu heldur en í núgildandi 73. gr. stjórnarskrárinnar. Hins vegar mun það valda erfiðleikum við skýringu ákvæðisins ef vikið er efnislega frá 2. mgr. 10. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, þ.e. varðandi þau lögmætu markmið sem takmörkun má byggjast á. Það er að vísu nú þegar orðalagsmunur á 73. gr. stjórnarskrárinnar og 2. mgr. 10. gr. MSE hvað þetta varðar en spurning hvort það sé nokkur efnislegur munur. Ég vil ítreka það sem ég benti á í minnisblaði 20. maí sl. að skoða þurfi mjög vel hvort skynsamlegt sé að fækka þeim markmiðum sem takmarkanir tjáningarfrelsis geti byggst á. Athuga þarf hvaða áhrif það hefur á gildandi lagaákvæði á ýmsum sviðum. Samanburður við önnur ríki og alþjóðlega texta á þessu sviði leiðir í ljós að víðast hvar eru markmiðin sem takmarkanir geta byggst á orðuð rúmt. Í grunninn geti sem sagt margs konar almannahagsmunir eða réttindi einstaklinga réttlætt takmarkanir að því gefnu að þær byggist á lögum og teljist nauðsynlegar í viðkomandi tilviki, þ.e. ekki síst að meðalhófs sé gætt.
3. Það vekur athygli að almenna takmörkunarheimild mannréttinda er nú að finna í 2. gr. Það er aðferðafræði sem hefur margt til síns máls, sbr. minnisblað mitt frá 20. maí sl., en um leið væri þá rétt að fella niður allar takmörkunarheimildir í einstökum ákvæðum. Þær væru þá bæði óþarfar auk þess sem það veldur túlkunarvanda að hafa bæði almenna heimild og sérstakar heimildir.
4. Að norski fyrirmynd er búið að taka upp ákvæði í 2. mgr. 6. gr. um að stjórnvöld skuli tryggja aðstæður til opinna og upplýstrar umræðu. Hins vegar er spurning hvort dæmið sem tekið er af óheftum aðgangi að netinu og upplýsingatækni sé ákjósanlegt. Hugsunin að baki ákvæðinu hlýtur að vera sú að ríkisvaldið hafi athafnaskyldu að gegna til að tryggja að almenningur hafi aðgang að áreiðanlegum og fjölbreyttum upplýsingum og skoðanaskiptum. Sú athafnaskylda verði einkum virk ef framtak einkaaðila dugi ekki til. Meðal þess sem ríkinu bæri hugsanlega að gera á grundvelli slíks ákvæðis væri að halda úti almannaþjónustuúttvarpi eða almannaðjónustufjölmíðli og koma á fót styrkjakerfi til að tryggja lágmarksframboð af vönduðu fjölmiðlaefni. Einnig mætti velta því fyrir sér hvort ríkinu bæri að sjá til þess að skólakerfið byggi nemendur undir þátttöku í lýðræðisþjóðfélagi með því að kenna gagnrýna hugsun og fjölmiðlalæsi.

5. Skýra þyrfti hvers vegna ekki er lengur talað um að hver og einn beri ábyrgð **fyrir dómi** á ummælum sínum. Þá stingur það í augu að tala einungis um að menn beri ábyrgð á framsetningu skoðana. Það vekur spurningar um hvort einhver þáttur í tjáningu manna sé undanþeginn ábyrgð og væri það þá mikil breyting frá núgildandi rétti. Vert er einnig að hafa í huga að samkvæmt dómaframkvæmd hjá Mannréttindadómstól Evrópu njóta skoðanir, eða gildisdómar, aukinnar verndar miðað við staðhæfingar um staðreyndir.
6. Varðandi 7. gr. minni ég á það sem ég sagði í minnisblaði 20. maí sl.: „Þá tel ég of langt gengið með því að kveða á um að listi yfir öll gögn í vörslu hins opinbera skuli vera aðgengilegur. Nauðsynlegt er að trúnaður ríki um tilvist sumra mála, dæmi listi yfir leyfi til fóstureyðinga. Hér vega því salt réttur almennings til upplýsinga í fórum stjórnvalda og friðhelgi einkalífs sem einnig eru stjórnarskrárvarin réttindi. Við útfærslu ákvæðis sem þessa þarf að finna jafnvægi á milli þessara tveggja mikilvægu þátta.“
7. Einnig ítreka ég það varðandi 7. gr. sem ég tók fram í minnisblaði 20. maí sl.: „Þá er varhugavert að orða takmörkunarheimildir með of þröngum hætti. Eins og ákvæðið er orðað virðist ekki heimilt að halda trúnað um vinnuskjöl nema hjá eftirlitsstofnunum. Hvarvetna er hins vegar viðurkennt að stjórnsýslunni sé nauðsynlegt að geta velt upp möguleikum og lagt drög að ákvörðunum innanhúss án þess að jafnóðum sé skylt að afhenda slík gögn.“
8. Ég myndi hvetja til þess að farið yrði vel yfir mörk og hugsanlega skörun 6. og 7. gr. Í 1. mgr. 7. gr. er þannig talað um frelsi til að miðla safna og miðla upplýsingum. Þessi réttur er venjulega talinn falla undir tjáningarfrelsi, sem kveðið er á um í 6. gr. Ef þannig er skörun milli 6. og 7. gr. þá geta komið upp vandamál, einkum ef takmörkunarheimildir eru misjafnlega orðaðar. Væntanlega er hugmyndin sú að kveða á um tjáningarfrelsi skoðana í 6. gr og upplýsinga í 7. gr. Ég er hins vegar ekki viss um að skilin þar á milli séu í raun nægilega skörp til þess að þessi nálgun gangi upp vandkvæðalaust. Hefðbundnari og nærtækari leið, að mínu mati, væri að einskorða 7. gr. við rétt til aðgangs að upplýsingum í fórum stjórnvalda og eftir atvikum við skyldur ríkisvaldsins í því efni. Jafnframt yrði 6. gr. þá víkkuð út og látin ná yfir tjáningu skoðana og öflun og miðlun upplýsinga.
9. Ekki er alveg ljóst til hverra aðila upplýsingarétturinn nær skv. 7. gr. en þar er ýmist talað um stjórnsýsluna, stjórnvöld, opinbera aðila eða hið opinbera. Eins og fram kemur í 1. gr. nýs samnings á vegum Evrópuráðsins um aðgang að opinberum gögnum eru ýmsar leiðir til að afmarka gildissvið upplýsingaréttarins:

*“For the purposes of this Convention:*

*i “public authorities” means:*

- 1 government and administration at national, regional and local level;*
- 2 legislative bodies and judicial authorities insofar as they perform administrative functions according to national law;*
- 3 natural or legal persons insofar as they exercise administrative authority.*

*ii Each Party may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, by a declaration addressed to the Secretary General of the Council of Europe, declare that the definition of “public authorities” also includes one or more of the following:*

- 1 legislative bodies as regards their other activities;*
- 2 judicial authorities as regards their other activities;*
- 3 natural or legal persons insofar as they perform public functions or operate with public funds, according to national law. “*

10. Ekki hefur gefist tími til að fara rækilega yfir önnur ákvæði kaflans en 6.-8. gr. Þó vil ég benda á að í 2. mgr. 2. gr. finnst mér vanta tilvísun í einkahagsmuni, eða að minnsta kosti tilvísun í mannréttindi annarra, sbr. t.d. 36. gr. svissnesku stjórnarskrárinnar og 29. gr. Mannréttindayfirlýsingar Sameinuðu þjóðanna. Einnig þyrfti að geta þess að skerðing mannréttinda verði að byggjast á lagaheimild. Þá finnst mér of langt gengið í 1. mgr. 2. gr. þar sem segir að öllum skuli tryggð mannréttindi gagnvart lögaðilum, hagsmunahópum og einstaklingum. Mannréttindin eru misjafnlega til þess fallin að gilda í samskiptum einkaaðila og er það viðurkennt t.d. í 35. gr. svissnesku stjórnarskrárinnar. Þá vekur 1. málsl. 1. mgr. 2. gr. um að stjórnvöldum beri að tryggja síaukna vernd mannréttinda fjölmargar spurningar, til dæmis hvort þetta eigi einungis við um framkvæmdarvaldið en ekki löggjafarvaldið.