

Sigurður Línadal: „Eignarréttur á landi og orkulindum“, *Sérprentun úr skýrslu aðalfundar Sambands ísl. rafveitna* 1983.

Skýrsla óbyggðanefndar fyrir árin 1998–2002, Reykjavík 2004.

Skýrsla óbyggðanefndar fyrir árið 2003, Reykjavík 2004.

Sveinbjörn Rafnsson: „Studier i Landnámabók. Kritiska bidrag till den isländska fristatstidens historia.“ *Bibliotheca Historica Lundensis XXXI*, Lundur 1974.

Sveinbjörn Rafnsson: „Aðferðir og viðhorf í Landnámurannsóknum.“ *Skírnir. Tímarit Hins íslenska bókmenntafélags*, 1976.

Sveinbjörn Rafnsson: „Frá landnámstíma til nútímans“, *Skírnir. Tímarit Hins íslenska bókmenntafélags*, 1988, bls. 317–329.

Þorgeir Örlygsson: *Kaflar úr eignarétti I*, handrit, Reykjavík 1998.

Dómar sem vitnað er til.

Lyfrd. (eldri) VII:223.

Lyfrd. (yngri) V:327.

Hrd. 1955/108.

Hrd. 1960/726.

Hrd. 1960/786.

Hrd. 1961/350.

Hrd. 1969/510.

Hrd. 1971/1137.

Hrd. 1975/55.

Hrd. 1981/1584.

Hrd. 1987/1656.

Hrd. 1994/2227.

Hrd. 1997/1162.

Hrd. 1997/1183.

Hrd. 1997/2420.

Hrd. 1999/111.

Hrd. 1999/2006.

Hrd. 21. október 2004 í máli nr. 47/2004.

Hrd. 21. október 2004 í máli nr. 48/2004.

Héraðsdómur Austurlands. Dómar 26. júlí 2005 í málum nr. 192, 193, 283 og 284/2004.

Héraðsdómur Suðurlands. Dómur 13. október 2005 í mál nr. E-835/2002.

Mannréttindadómstóll Evrópu. Dómur 29. nóvember 1991 í máli Pine Valley Developments Ltd. o.fl. gegn Írlandi.

TRÚFRELSI, SANNFÆRINGARFRELSI OG JAFNRÉTTI Í ÍSLENSKU STJÓRNARSKRÁNNI

1. Inngangur

GUÐRÚN ERLENDSDÓTTIR hefur um árabíl verið frumkvöðull og mikilvæg fyrirmynd í þeirri þjóðfélagsþróun sem stefnt hefur til aukinna áhrifa kvenna innan stéttar lögfræðinga. Það er þeirri sem þetta ritar því mikil ánægja að fá tækifæri til að heiðra hana með skrifum í þetta afmælisrit.

Viðfangsefni þessarar greinar tengist spurningum um samband trúfrelsis og sannfæringarfrelsis annars vegar og jafnréttis hins vegar. Á spjöldum sögunnar má lesa hvernig árekstrar á milli menningarheima og trúarbragða hafa valdið miklum þjáningum og hörmungum. Nú á tímum virðist sem slíkir árekstrar og skortur á umburðarlyndi séu frekar að aukast en hitt. Hafa hryðjuverkaárásir haft þar mikil áhrif. Ein nýleg birtingarmynd árekstra á milli menningarheima og trúarbragða eru þau átök um mörk tjáningarfrelsis annars vegar og virðingar fyrir trúarbrögðum annarra hins vegar sem opinber birting skopmynda af Múhameð spámanni hefur leitt af sér. Það er því mikilvægt og aðkallandi viðfangsefni á sviði mannréttinda að rannsaka hvernig brugðist er við þessum veruleika og hvernig bregðast beri við honum. Það er nálgun þeirrar sem þetta ritar að orðræða jafnréttis hafi þar mikið fram að færa til aukins skilnings og aukins umburðarlyndis.

Í þessari grein verður fjallað um eitt afmarkað álitaeftni sem tengt er þessum viðfangsefnum og rís við könnun á trúfrelsisákvæðum íslensku stjórnarskrárinnar. Verður leitað svara við spurningunni um það hvort ákvæði 63. og 64. gr. stjórnarskrárinnar um trúfrelsi uppfylli nægilega efnisleg viðmið jafnréttisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og alþjóðlegra mannréttindasáttmála um hugsana-, skoðana- og trúfrelsi annars vegar og jafnrétti hins vegar.¹

¹ Ekki verður fjallað sérstaklega um þjóðkirkjuna eða gjöld til trúfélaga sem einnig er kveðið á um í VI. kafla stjórnarskrárinnar. Grein þessi er að hluta til byggð á álitsgerð sem höfundur vann á árinu 2005 fyrir Siðmennt, félag siðrænna humanista á Íslandi.

2. Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

2.1. Trúfrelsi

Í 63. og 64. gr. stjórnarskrárinnar segir:

63. gr.: Allir eiga rétt á að stofna trúfélög og iðka trú sína í samræmi við sannfæringu hvers og eins. Þó má ekki kenna eða fremja neitt sem er gagnstætt góðu siðferði eða allsherjarreglu.

64. gr.:

1. Enginn má neins í missa af borgaralegum og þjóðlegum réttindum fyrir sakir trúarbragða sinna, né heldur fyrir þá sök skorast undan almenntri þegnskyldu.
2. Öllum er frjálst að standa utan trúfélaga. Enginn er skyldur til að inna af hendi persónuleg gjöld til trúfélags sem hann á ekki aðild að.
3. Nú er maður utan trúfélaga og greiðir hann þá til Háskóla Íslands gjöld sem honum hefði ella borið að greiða til trúfélags síns. Breyta má þessu með lögum.

Trúfrelsið skv. 63. gr. stjórnarskrárinnar felur þannig í sér tvo þætti, annars vegar *vernd trúfélaga* sem slíkra og hins vegar *vernd trúariðkunar*. Þá er sértækt bann við mismunun á grundvelli trúarbragða að finna í 1. mgr. 64. gr. stjórnarskrárinnar. *Ekki er fjallað um annarskonar sannfæringu en trúarlega* í þessum ákvæðum stjórnarskrárinnar.

Í hinni fyrstu stjórnarskrá Íslands, Stjórnarskrá um hin sérstaklegu mál-efni Íslands, frá 5. janúar 1874, var vísað til þess í 46. gr. að landsmenn ættu rétt á því að stofna félög til að „þjóna guði“ með þeim hætti sem best ætti við um sannfæringu hvers og eins. Einnig var kveðið á um það í 47. gr. að enginn mætti missa neins af í borgaralegum og þjóðlegum réttindum fyrir sakir trúarbragða sinna né skorast undan almenntri félagsskyldu.² Voru ákvæðin um trúfrelsið, sem og önnur mannréttindaákvæði hennar, byggð á fyrirmynd dönsku stjórnarskrárinnar frá 1849.³ Þessi ákvæði voru óbreytt í 59. og 1. mgr. 60. gr. stjórnarskrár konungsríkisins Íslands, nr. 9/1920.⁴ Við

² *Tíðindi um stjórnarmálefni Íslands, 1870–1875*, bls. 698.

³ Dönsku stjórnarskrána frá 5. júní 1849 er að finna prentaða í *Tíðindi frá þjóðfundum Íslendinga, 1851*, bls. 444–461.

⁴ Áður, þ.e. með stjórnarskipunarlögum nr. 12/1915, hafði verið bætt við 47. gr. þremur nýjum málsgreinum varðandi gjöld til guðsdýrkunar. Þau héldust einnig óbreytt í stjórnarskránni frá 1920 og hafa haldist efnislega óbreytt til þessa dags, þótt orðalagi þeirra hafi verið breytt við stjórnarskrárendurskoðunina árið 1995. Sjá nú 2. og 3. mgr. 64. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, sbr. lög nr. 97/1995.

setningu lýðveldisstjórnarskrárinnar, nr. 33/1944, voru þessi ákvæði enn óbreytt, sbr. 63. og 1. mgr. 64. gr. hennar. Þegar mannréttindakafli stjórnarskrárinnar var endurskoðaður árið 1995, sbr. stjórnarskipunarlög nr. 97/1995, var því í fyrsta sinn hreyft við ákvæðum stjórnarskrárinnar um trúfrelsi. Var orðalagi 63. gr. breytt á þá leið að landsmenn ættu rétt á að *stofna trúfélög* í samræmi við sannfæringu sína en sérstök tilvísunin til guðsdýrkunar í því sambandi var felld niður. Einnig var bætt inn í 63. gr. ákvæði um réttinn til að *iðka trú* í samræmi við sannfæringu sína. Í athugasemdum sem fylgdu greinargerð með frumvarpinu sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 var tekið fram að breytingarnar væru fyrst og fremst orðalagsbreytingar og að ekki væri ætlast til efnislegra breytinga á viðteknum skýringum þeirra. Þó var þess getið að stefnt væri að því að: „... eyða þeim blæ í ákvæðunum að trúfrelsið, sem þau eiga að tryggja, sé eingöngu til að velja á milli þjóðkirkjunnar og annarra kristinna safnaða eða safnaða guðsdýrkenda.“⁵

Hinar viðteknu skýringar trúfrelsisákvæða stjórnarskrárinnar sem vísuð var til við endurskoðun stjórnarskrárinnar 1995 byggja á hinum gamla grunni stjórnarskrárbundins réttar til að stofna félög til að „þjóna guði“. Í eldri fræðiritum var sérstaklega vísað til þess inntaks ákvæðisins að vernda félög um guðstrú, og félög sem berjast gegn trúarbrögðum og sálarrannsóknarfélög voru þar nefnd sem dæmi um félög sem ekki nytu verndar 63. gr. stjórnarskrárinnar. Einnig var þó vísað til trúarbragða almennt og talið að í ákvæðinu fælist frelsi til að iðka trúarbrögð þótt iðkunin færi ekki fram í formlegum félagsskap.⁶ Með orðalagsbreytingunum 1995 var því byggt á viðteknum skýringum og gefið enn skýrar til kynna að verndin næði ekki einungis til guðstrúar heldur einnig til annars konar átrúnaðar. Einnig var sérstaklega hnykk á réttinum til trúariðkunar. Um inntak 63. gr. stjórnarskrárinnar segir nú í *Stjórnarskipunarrétti* Gunnars G. Schram: „Ákvæðið verndar aðeins félög sem stofnuð eru um tiltekna trúarskoðanir eða til að iðka trú. [...] Félög njóta einungis verndar 63. gr. að svo miklu leyti sem til trúariðkunar tekur. Þar undir fellur vafalaust venjuleg helgi-

⁵ Frumvarp til stjórnarskipunarlaga, þskj. 389, 297. mál, 118. löggjafarþing 1994.

⁶ Sjá frumvarp til laga um skráð trúfélög, þskj. 69, 69. mál, 125. löggjafarþing 1999–2000 þar sem m.a. er vísað til Bjarni Benediktsson: *Agrip af íslenskri stjórnlagafræði*, bls. 95–96 og Ólafur Jóhannesson: *Stjórnarskipun Íslands*, bls. 422 og 474. Enn í dag er vitnað til dæmanna um félög gegn trúarbrögðum og sálarrannsóknarfélög til skýringar á gildisviði trúfrelsisákvæða stjórnarskrárinnar, sjá Gunnar G. Schram: *Stjórnarskipunarréttur*, bls. 464.

iðkun, prestahald og bygging trúariðkunarhúsa svo dæmi séu tekin. Hins vegar mundi venjulegt skólahald eða sjúkrahússrekstur ekki falla undir vernd ákvæðisins. Annars getur verið erfitt að draga hér markalínur en ekki er kunnugt um að á það hafi reynt í framkvæmd.⁷

Í kjölfar endurskoðunar stjórnarskrárinnar árið 1995 var ráðist í endurskoðun laga um skráð trúfélög. Var í erindisbréfi nefndar um endurskoðunina sérstaklega óskað eftir því að nefndin hugaði að því hvernig hægt væri að setja skýrari reglur um skilgreiningu á trúfélögum og hvað greini þau frá öðrum félögum með hliðsjón af ákvæðum laga eða stjórnarskrár.⁸ Í athugasemdum sem fylgdu frumvarpi til laga um skráð trúfélög, nr. 108/1999, var gefið ítarlegt yfirlit yfir sögu trúfrelsisákvæða stjórnarskrárinnar og viðteknar skýringar á þeim. Var á því byggt að stjórnarskráin sjálf geri greinarmun á trúfélögum og öðrum félögum sem ekki eru stofnuð sérstaklega með trúariðkun að inntaki eða markmiði. Hugtakið trúfélag í skilningi laganna var afmarkað þannig: „Skilyrðin sem byggt er á í 3. gr. fela í sér að um sé að ræða félög sem leggja stund á átrúnað eða trú sem tengja má við þau trúarbrögð mannkyns sem telja má að eigi sér sögulegar eða menningarlegar rætur. Áréttað er að þessi skilgreining rúmar ekki hvers kyns félög sem boða lífsskoðanir. Utan hennar falla m.a. félög sem boða trúleysi eða reisa lífssýn sína á öðrum þáttum en þeim sem skilgreiningin hér að framan er reist á.“⁹

Í íslenskum stjórnskipunarrétti hefur um vernd annarra félaga en trúfélaga verið vísað til hinna almennu ákvæða stjórnarskrárinnar um félaga-frelsi, sbr. 74. gr., og jafnframt áréttað að með 63. gr. stjórnarskrárinnar sé trúfélögum veitt sérstök vernd umfram önnur félög.¹⁰ Um vernd annarra skoðana og/eða sannfæringar en trúarlegra hefur í íslenskum stjórnskipunarrétti verið vísað til ákvæðis 1. mgr. 73. gr., þess efnis að allir séu fjálsir skoðana sinna og sannfæringar. Þegar fjallað er um réttinn til skoðana og sannfæringar skv. 1. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar hefur þó verið sérstaklega áréttað að trúarskoðunum manna sé veitt sérstaklega rík vernd

⁷ Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 464.

⁸ Frumvarp til laga um skráð trúfélög, þskj. 69, 69. mál, 125. löggjafarþing 1999–2000.

⁹ Sama heimild.

¹⁰ Frumvarp til laga um skráð trúfélög, þskj. 69, 69. mál, 125. löggjafarþing 1999–2000, þar sem vísað er til Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, Reykjavík, 2. útg. 1978, bls. 474. Sjá einnig Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík 1997, bls. 463–464.

umfram aðrar skoðanir.¹¹ Einkum er sá munur á vernd trúarlegrar sannfæringar og annarrar sannfæringar að ákvæði 1. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar um vernd skoðana og sannfæringar vísar einungis til hins svo nefnda *innra skoðanafrelsis (forum internum)* sem felur í sér að menn verði ekki þvingaðir til að aðhyllast ákveðna skoðun eða sannfæringu með sjálfum sér og að engar takmarkanir megi í lög leiða á þeim rétti, en 63. gr. stjórnarskrárinnar um trúfrelsi verndar aftur á móti einnig *ytra frelsi til trúariðkunar* með tjáningu og í athöfnum, helgisíðum o.s.frv. Þegar kemur að tjáningu annarra skoðana en trúarlegra, þ.m.t. iðkun annarskonar sannfæringar en trúarlegrar, tekur einungis almenna tjáningarfrelsið við um réttarverndina, sbr. 2. og 3. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar. Ekki er þannig í stjórnarskránni að finna sérstaka vernd fyrir *iðkun annarrar sannfæringar en trúarlegrar*. Þetta atriði hefur einnig þýðingu þar sem vernd tjáningarfrelsisins skv. 2. og 3. mgr. 73. gr. sætir víðtækari undantekningum en vernd trúariðkunar skv. 63. gr. stjórnarskrárinnar. Á meðan trúariðkun er aðeins takmörkuð við það að ekki megi kenna eða fremja neitt sem sé gagnstætt góðu siðferði eða allsherjarreglu, er heimilt að takmarka tjáningarfrelsið með lögum í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra enda séu takmarkanirnar nauðsynlegar og samræmist lýðræðishefðum. Það er því niðurstaða þessarar greiningar á ákvæðum stjórnarskrárinnar um trúfrelsi, skoðanafrelsi og tjáningarfrelsi að ekki sé í stjórnarskránni að finna ákvæði sem verndi *iðkun annarrar sannfæringar en trúarlegrar*. Þá er ekki að sjá að í lögskýringargögnum með stjórnarskrárákvæðum eða í skrifum íslenskra fræðimanna hafi til þessa verið fjallað sérstaklega um álitæfni þessu tengd. Í eftirfarandi umfjöllun verður sjónum því sérstaklega beint að þessu atriði.

Samkvæmt öllu ofangreindu er ljóst að trúfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar veita eiginlegum trúfélögum, trúarskoðunum og trúariðkun sértæka og ríkari vernd en öðrum félögum eða annars konar sannfæringu en trúarlegru og iðkun hennar. Ekki virðast hafa gengið íslenskir hæstaréttardómar þar sem reynir á stjórnarskrárvernd hugsana-, samvisku- eða trúfrelsis eða réttarins til að rækja trú eða lífsskoðun.¹²

¹¹ Frumvarp til stjórnskipunarlaga, þskj. 389, 297. mál, 118. löggjafarþing 1994. Sjá einnig Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 571.

¹² Ragnhildur Helgadóttir: „Trú-, samvisku- og hugsanafrelsi“, bls. 356–357.

2.2. Jafnrétti

Í 65. gr. stjórnarskrárinnar er kveðið á um það að allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Hugtakið mismunur vísar til afleiðinga brota gegn boðum 65. gr. stjórnarskrárinnar. Ljóst er að hugtakið mismunur samkvæmt 65. gr. stjórnarskrárinnar er afmarkað með vísan til þess að um sé að ræða ólíka meðferð sambærilegra mála, eða sömu meðferð mjög ólíkra mála, sem ekki verði réttlætt með hlutlægum og málefnalegum ástæðum. Sá sem heldur fram mismunur þarf að sýna fram á að um mismunandi meðferð sambærilegra tilvika (eða sambærilega meðferð mjög ólíkra tilvika) sé að ræða, en þá hvílir það á gagnaðila að sýna fram á hlutlægar og málefnalegar ástæður. Dæmi eru um að þeim sem telur sér mismunandi hafi ekki tekist sú sönnun og að álitaefnum hafi verið ráðið til lykta með þeim rökstuðningi að þeir hópar sem bornir eru saman séu ekki í sambærilegri stöðu, sbr. *H 2002:3686*.¹³ Við mat á því hvort um hlutlægar og málefnalegar ástæður er að ræða sem réttlætt geti mismunandi meðferð, er litið til þess hvort sú meðferð sem kvartað er undan stefnir að lögmætu markmiði og hvort gætt er meðalhófs, sbr. t.d. *H 1998:4076* og *H 2000:1534*.¹⁴

Í dómaframkvæmd virðist túlkun og beiting 65. gr. stjórnarskrárinnar taka mjög mið af túlkun og beitingu 14. gr. MSE.¹⁵ Ekki hafa gengið íslenskir hæstaréttardómar þar sem reynir á jafnrétti í tengslum við trúarbrögð eða sannfæringu. Í kafla 3.2. hér á eftir verður nánar fjallað um það hvað krafan um jafnrétti getur falið í sér þegar bornar eru saman trúarleg sannfæring og annars konar sannfæring.

3. Mannréttindasáttmáli Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994

3.1. Hugsana-, samvisku- og trúfrelsi

9. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu (hér eftir MSE) er svohljóðandi:

1. Sérhver maður á rétt á að vera frjáls hugsana sinna, samvisku og trúar. Í því felst frelsi manna til að breyta um trú eða sannfæringu svo og til að

¹³ Í málinu tóku lög sem settu kjaradeilu sjómanna í gerðardóm ekki til Vélstjóraráfélags Íslands þar sem það félag stóð ekki að kjaradeilunni.

¹⁴ Sjá nánar Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunur“, bls. 461–467. Sjá einnig Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, bls. 344–356 og Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, *Lögberg*, bls. 84–89.

¹⁵ Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunur“, bls. 471.

rækja trú sína eða sannfæringu, hvort heldur einslega eða í samfélagi með öðrum, opinberlega eða á einkavettvangi, með guðsþjónustu, boðun, breytni og helgihaldi.

2. Frelsi manna til að rækja trú sína eða sannfæringu skal einungis háð þeim takmörkunum, sem lög mæla fyrir um og nauðsyn ber til í lýðræðislegu þjóðfélagi vegna almannaheilla, til verndar allsherjarreglu, heilsu manna eða siðgæði eða rétti og frelsi.

Vernd 9. gr. MSE er í raun þrjúþætt. Fyrsti málsliður 1. mgr. 9. gr. verndar hið svonefnda innra hugsana-, samvisku- og trúfrelsi (*forum internum*), sbr. að framan. Engar takmarkanir má í lög leiða á þeim rétti. Ákvæði 9. gr. verndar einnig rétt manna til að breyta um trú eða sannfæringu og verður sá réttur heldur ekki takmarkaður með lögum. Eru þessi atriði sambærileg við verndarsvið 63. gr. og 1. mgr. 73. gr. íslensku stjórnarskrárinnar um trúfrelsi og frelsi til skoðana og sannfæringar. Annar málsliður 1. mgr. 9. gr. MSE verndar hins vegar einnig það sem kalla má ytra trú- og sannfæringarfrelsi. Það er sá þáttur 9. gr. sem felst í réttinum til að *rækja (iðka) trú sína eða sannfæringu* einslega eða í samfélagi með öðrum með guðsþjónustu, boðun, breytni og helgihaldi. Ákvæðið vísar til *trúar og sannfæringar* jafnt. Til þess að önnur sannfæring en trúarleg njóti verndar ákvæðisins er gerð krafa um að hún nái ákveðnum „sannfæringarstyrk, alvarleika, samhengi og mikilvægi.“¹⁶ Fræðimennirnir van Dijk og van Hoof vísa til þess að kjarni 9. gr. felist í því að vernda annars vegar trúarlega sannfæringu og hins vegar sannfæringu sem byggist á heimspekilegum eða hugmyndafræðilegum kenningum um altæk gildi. Nefna þeir trúleysi, friðarstefnu, kommúnisma og „veganisma“ (strangt mataræði) sem dæmi um það sem gæti fallið undir slíka sannfæringu.¹⁷ Þrátt fyrir þessa víðu túlkun á hugtakinu sannfæring, er það túlkað með mun þrengri hætti hvað felst í viðmiðinu um að *rækja (iðka)* slíka sannfæringu með *guðsþjónustu, boðun, breytni eða helgihaldi*. Ljóst er að verndin nær ekki til hverskonar breytni sem stjórnast af eða er undir áhrifum frá slíkri sannfæringu, heldur er talið að breytnin þurfi að fela í sér tjáningu sannfæringarinnar sjálfar.¹⁸

¹⁶ *Campbell og Cosans* gegn *Bretlandi*, 25. febrúar 1982, Series A. 48, mgr. 36. Sjá einnig Harris, D.J., O'Boyle, M. og Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 357–358.

¹⁷ Van Dijk, P. og van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 548, með vísan til ýmissa ákvarðana Mannréttindanefndar Evrópu.

¹⁸ Sjá ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópu um meðferðarhæfi máls, *Arrowsmith* gegn *Hollandi*, 12. október 1978, mál nr. 7050/75.

Eru þannig gerðar allstrangar kröfur til þess að háttsemi feli í sér ræktun (iðkun) í skilningi 2. ml. 1. mgr. 9. gr. MSE.¹⁹ Í nýgengnum dómi yfirdeildar Mannréttindadómstólsins í málinu *Leyla Sahin* gegn *Tyrklandi*, var á því byggt að ákvörðun kæranda að ganga með slæðu væri byggð á eða undir áhrifum frá trú hennar (islam) og félli á þeim forsendum undir rétt hennar til að rækja trú sína. Var þó beinlínis tekið fram að ekki væri tekin afstaða til þess hvort sú ákvörðun að bera slæðu byggðist ávallt beinlínis á trúarlegri skyldu.²⁰ Leiðir þessi dómur til þeirrar ályktunar að þótt gerðar séu ríkar kröfur til tengsla iðkunar og sannfæringar geri dómstóllinn ekki beinlínis kröfu um það að iðkunin sé óumdeilanlega talin skylda innan viðkomandi trúarbragða eða eigi sér rót í því að viðkomandi upplifi hana sem skyldu sína. Niðurstaða málsins varð sú að bann við því að bera slæðuna í háskóla væri heimil takmörkun á trúfrelsinu skv. 2. mgr. 9. gr. MSE.²¹

Varðandi stöðu annarrar sannfæringar en trúarlegrar samkvæmt 9. gr. MSE sérstaklega má benda á dóm Mannréttindadómstólsins í málinu *Metropolitan Church of Bessarabia* gegn *Moldovíu*. Var þar vitnað til þess að leggja bæri áherslu á að hugsana-, samvisku- og trúfrelsi og fjölhyggja tengd því væru meðal undirstöðuatríða lýðræðislegs þjóðfélags. Hinn trúarlegi þáttur þess frelsis væri einn af grundvallarþáttum sjálfsmýndar og lífsskilnings trúaðra, en það frelsi væri einnig dýrmætt trúleysingjum, efasemdámönnum og þeim sem ekki taka afstöðu.²² Þá sagði í dómnum að það væri *skylda ríkja að vera hlutlaus í samskiptum og sambandi sínu við hin mismunandi trúarbrögð, trúarhópa og sannfæringar*.²³

¹⁹ Sjá t.d. *Pretty* gegn *Bretlandi*, 29. apríl 2002, Reports 2002-III. Í því máli óskaði kærandi eftir líknardauða með aðstoð eiginmanns síns. Var það ekki talið fela í sér iðkun sannfæringar með breytni, auk þess sem leiða má að því líkur að dómstóllinn hafi einnig haft efasemdir um að ósk kæranda um líknardauða fæli í raun í sér sannfæringu í skilningi 1. mgr. 9. gr., sjá mgr. 82.

²⁰ *Leyla Sahin* gegn *Tyrklandi*, 10. nóvember 2005, mgr. 78.

²¹ Sama heimild, mgr. 122–123. Niðurstaða dómsins er afar umdeild, sjá t.d. Njal Høstmælingen: „Hijab in Strasbourg: Clear conclusions, unclear reasoning“, aðgengilegt á http://www.strasbourgconference.org/papers/Sahin_IslamInEurope_060217TLrev.doc (skoðað 6. mars 2006).

²² *Metropolitan Church of Bessarabia o.fl.* gegn *Moldovíu*, 13. desember 2001, Reports, 2001-XII, mgr. 114. Sjá einnig *Kokkinakis* gegn *Grikklandi*, 25. maí 1993, Series A, 260-A, mgr. 31.

²³ *Metropolitan Church of Bessarabia o.fl.* gegn *Moldovíu*, 13. desember 2001, Reports, 2001-XII, mgr. 116.

Það lýsir einnig mikilvægi hugsana-, samvisku- og trúfrelsisins að talið er að sú vernd sem 9. gr. MSE veitir iðkun trúar eða sannfæringar sé ríkari en hin almenna vernd tjáningarfrelsisins í 10. gr. MSE.²⁴ Ræður þar eflaust mestu sú áhersla sem lögð er á það að vernd iðkunar trúar og sannfæringar sé í raun forsenda fyrir fjölhyggjunni og lýðræðislegu samfélagi sem eru kjarnagildi sjálfs Mannréttindasáttmálans. Ríkjum er því almennt markað þröngt svigrúm til mats þegar þau hafa takmarkað með einhverjum hætti frelsi til iðkunar trúar eða sannfæringar, en aftur á móti kann þeim að vera játað víðara svigrúm til mats á ýmsum sviðum tjáningarfrelsisins.²⁵ Þá hefur Mannréttindadómstóllinn talið að trúfrelsið geti gengið frammar hinu almenna tjáningarfrelsi komi til þess að þau rekist á, sbr. dóm í málinu *Otto-Preminger-Institut* gegn *Austurríki*. Í málinu var talið heimilt að banna sýningu kvikmyndar og takmarka þannig hið almenna tjáningarfrelsi í því skyni að vernda trúfrelsi annarra og byggt á jákvæðri skyldu ríkis til þess að tryggja vernd trúfrelsisins.²⁶ Harris, O'Boyle og Warbrick leiða að því rök að eðli máls samkvæmt eigi sá forgangur trúfrelsisins gagnvart hinu almenna tjáningarfrelsi sem birtist í þessum dómi einnig við þegar um er að ræða annars konar sannfæringu en trúarlega náí hún sömu dýpt og trúarlegar skoðanir.²⁷

Af öllu framangreindu er ljóst að lögð er á það áhersla jafnt í dómaframkvæmd og fræðiviðhorfum varðandi 9. gr. að trúarleg sannfæring eigi ekki að njóta forréttinda miðað við aðra sannfæringu náí hún tilskilinni dýpt. Ljóst er þó að það reynist kærendum auðveldast að heimfæra hátt-

²⁴ Harris, D.J., O'Boyle, M. og Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 358.

²⁵ Prebensen, Sören C.: „The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention“, 1. töl. 1998, bls. 13–17. Frá þeirri meginreglu að svigrúm til mats sé almennt þröngt á sviði 9. gr. MSE er þó að finna undantekningu þegar um er að ræða svigrúm ríkja til að móta lagalega umgjörð um samband ríkis og trúarbragða, sjá nánar kafla 3.2. hér á eftir. Um svigrúm til mats almennt sjá Mahoney, Paul: „Judicial Activism and Judicial Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin“, 1.–2. töl., 1990 bls. 57–88 og Mahoney, Paul: „Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?“, 1. töl., 1998, bls. 1–6.

²⁶ *Otto-Preminger-Institut* gegn *Austurríki*, 20. september 1994, Series A, 295-A.

²⁷ Harris, D.J., O'Boyle, M. og Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, bls. 364. Van Dijk, P. og van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 551, gagnrýna þennan dóm efnislega. Telja þeir að þótt 9. gr. eigi að vernda rétt manna, einkum minnihlutahópa, til þess að þurfa ekki að sæta árásum fyrir sakir trúarbragða eða sannfæringar sinnar, hafi þessi dómur gengið of langt í að vernda meirihlutahóp kaþólskra Austurríkismanna fyrir „móðgunum“ vegna guðlasts.

semi sína undir iðkun trúar eða sannfæringar í skilningi 9. gr. þegar um er að ræða trúarbrögð og iðkun þeirra með guðspjónustu, trúboði og kirkjulegu helgihaldi. Einnig kann það að reynast kærendum tiltölulega auðvelt að sýna fram á að háttsemin eigi rétt á vernd 9. gr. þegar um er að ræða önnur vel þekkt hugmyndakerfi og háttsemin varðar boðun og helgihald í samræmi við hefðir þeirra. Erfiðast er að sýna fram á að viðkomandi umkvörtunarefni eigi undir iðkun sannfæringar skv. 9. gr. þegar um er að ræða „breytni“ í samræmi við sannfæringu.²⁸

3.2. Jafnrétti

14. gr. MSE er svohljóðandi:

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

Við greiningu mála samkvæmt 14. gr. sáttmálans er við það miðað að um mismunun sé að ræða er sambærileg tilvik fá mismunandi meðferð, eða mjög ólík tilvik fá sambærilega meðferð, sem ekki verði réttlætt með hlutlægum og málefnalegum ástæðum. Við mat á því hvort hlutlægar og málefnalegar ástæður eru fyrir hendi er litið til þess hvort sú meðferð sem kvartað er undan stefni að lögmætu markmiði og hvort gætt sé meðalhófs, þannig að ekki sé gengið lengra en þörf krefur í því skyni að ná því markmiði sem stefnt er að. Almennt er talið að það hvíli á þeim sem telur á sér brotið að sýna fram á mismunandi meðferð sambærilegra tilvika eða sambærilega meðferð mjög ólíkra tilvika og þá á hvaða grundvelli meðferðin byggist. Takist það, er talið að viðkomandi ríki þurfi að sanna að meðferðin verði réttlætt með hlutlægum og málefnalegum ástæðum.²⁹

Reynt hefur á bann við mismunun skv. 14. gr. MSE á grundvelli trúarbragða og/eða í tengslum við 9. gr. MSE í nokkrum fjölda mála. Það er al-

²⁸ Varðandi nánari umfjöllun um tengsl sannfæringar og háttsemi vísast til Ragnhildur Helgadóttir: „Trú-, samvisku- og hugsanafrelsi“, bls. 346–351, og Evans, Carolyn: *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, bls. 117–120.

²⁹ Greiningaraðferð Mannréttindadómstólsins eru gerð skýr skil í dómnum *Rasmussen gegn Danmörku*, 28. nóvember 1984, Series A, 87, mgr. 34–40. Í *Thlimmenos gegn Grikklandi*, 6. apríl 2000, Reports 2000-IV, mgr. 44–46 var bætt við hana þeim tilvikum þegar mjög ólík tilvik sæta sambærilegri meðferð, sjá nánar Oddný Mjöll Arnardóttir: *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, bls. 38–40.

mennt viðurkennt að í dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins er litið mjög alvarlegum augum á mismunun sem byggist á mismunandi trúarbrögðum.³⁰ Leiða má það með mjög skýrum hætti af dómi Mannréttindadómstólsins í málinu *Thlimmenos gegn Grikklandi*, en í málinu voru jákvæðar skyldur og skyldan til að fara með ólíkum hætti með mjög ólík mál viðurkenndar í fyrsta sinn á grundvelli 14. gr. og þá í tengslum við réttinn til hugsana-, samvisku- og trúfrelsis skv. 9. gr. MSE.³¹ Með sömu rökum og Harris, O'Boyle og Warbrick setja fram varðandi forgang trúfrelsisins gagnvart hinu almenna tjáningarfrelsi og í ljósi þess að trúarleg sannfæring eigi ekki að njóta forréttinda miðað við aðra sannfæringu, sbr. að framan, má leiða að því líkur að nái önnur sannfæring en trúarleg sama „sannfæringarstyrk, alvarleika, samhengi og mikilvægi“³² verði einnig litið alvarlegum augum á mismunun á grundvelli hennar eða gagnvart henni. Slík sannfæring væri m.ö.o. fyllilega sambærileg við trúarlega sannfæringu í skilningi 14. gr. og kallaði þannig á sambærilega meðferð. Reyndin er þó sú að þau mál sem hafa komið til efnismeðferðar fyrir Mannréttindadómstólnum varðandi mismunun á grundvelli sannfæringar varða flest eiginleg trúarbrögð.³³ Varðandi rétt foreldra til að tryggja að menntun og fræðsla barna þeirra sé í samræmi við trúar- og lífsskoðanir þeirra skv. 2. gr. viðauka 1 við MSE, hefur þó verið byggt á því að andstaða við líkamlegar refsingar í skólum væri nægilega mikilvæg lífsskoðun/sannfæring til að njóta verndar ákvæðisins þar sem hún byggir á virðingu fyrir mannhelgi einstaklinga.³⁴

³⁰ Sjá t.d. van Dijk, P. og van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, bls. 728–729 og Heringa, Aalt Willem: „Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts“, bls. 30.

³¹ *Thlimmenos gegn Grikklandi*, 6. apríl 2000, Reports 2000-IV. Sjá nánar Oddný Mjöll Arnardóttir: *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, bls. 152 og 101–105.

³² *Campbell og Cosans gegn Bretlandi*, 25. febrúar 1982, Series A, 48, mgr. 36.

³³ Sjá t.d. *Cha'are Shalom Ve Tsedek gegn Frakklandi*, 27. júní 2000, Reports 2000-VII; *Larissis o.fl. gegn Grikklandi*, 24. febrúar 1998, Reports 1998-I; *Canea Catholic Church gegn Grikklandi*, 16. desember 1997, Reports 1997-VIII og *Holy Monasteries gegn Grikklandi*, 9. desember 1994, Series A, 301-A. Þá hafa gengið nokkrir dómar varðandi mismunun á grundvelli trúarbragða í tengslum við réttinn til friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu, sjá t.d. *Hoffmann gegn Austurríki*, 23. júní 1993, Series A, 255-C og *Palau-Martinez gegn Frakklandi*, 16. desember 2003, Reports 2003-XII.

³⁴ *Campbell og Cosans gegn Bretlandi*, 25. febrúar 1982, Series A, 48, mgr. 36. Í dómnum var byggt á því að hugtakið „lífsskoðanir“ í 2. gr. viðauka nr. 1 væri sambærilegt við hugtakið „sannfæring“ í 9. gr. MSE.

Kærendum reynist ekki alltaf auðvelt að sýna fram á að þeir séu í sambærilegri stöðu og eigi þannig rétt á sambærilegri meðferð og þeir sem þeir vilja bera sig saman við. Þegar ekki er hægt að styðjast við skýrt mótað gildismat sem birtist í landsrétti Evrópuríkja og þjóðréttarskuldbindingum um það hvaða tilvik teljast „sambærileg“ og kalli þannig á sambærilega meðferð kann máli á grundvelli 14. gr. að vera ráðið til lykta með þeim rökstuðningi að kærandi hafi ekki sýnt fram á sambærilega stöðu. Verður þá ekki talið brotið gegn 14. gr. MSE. Varðandi mismunun annarrar sannfæringar en trúarlegrar er þannig uppi sama staða og á grundvelli 9. gr. sjálfrar, þ.e. að auðveldast sé að sýna fram á að sannfæringin sé sambærileg við trúarlega sannfæringu og eigi þannig rétt á sömu meðferð þegar um er að ræða vel þekkt hugmyndakerfi og háttsemin varðar boðun og helgihald í samræmi við hefðir þeirra. Hvað þetta atriði varðar kann að mega finna leiðsögn í ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópu frá 1994 í málinu *Peters* gegn *Hollandi* sem varðaði andstöðu við herþjónustu.³⁵ Í því máli var réttarstaðan sú að þeir sem gegndu eða voru að læra til prestþjónustu eða annars trúarlegs embættis voru bæði undanþegnir herþjónustu og samfélagsþjónustu. Í málinu var um að ræða húnasta sem lagði stund á háskólanám í heimspeki með það fyrir augum að gerast húnasta ráðgjafi og þjóna þannig öðrum. Viðkomandi stjórnvald synjaði beiðni hans þess efnis að vera undanþeginn samfélagsþjónustu, en við endurskoðun ákvörðunarinnar hjá æðra stjórnvaldi var vísað til samfélagsþróunar og þess að húnastir ráðgjafar innan hollenska hersins gegndu þar mjög sambærilegu hlutverki og prestar. Var því talið að veita ætti undanþáguna þótt ekki væri um eiginlegt trúarlegt embætti eða menntun að ræða. Á síðari stigum málsins varð þó hin endanlega niðurstaða fyrir hollenskum yfirvöldum að beiðni um undanþágu var hafnað. Mannréttindanefndin komst að þeirri niðurstöðu að málið væri ekki tækt til efnismeðferðar þar sem viðkomandi einstaklingur væri í almennu heimspekinámi og þótt hann hefði húnasta sannfæringu („humanistic beliefs“) og vildi nýta þá þekkingu sem hann aflaði sér í náminu til að þjóna öðrum, væri ekki unnt að bera þá stöðu saman við trúarleg embætti eða önnur viðurkennd sambærileg embætti sem ekki

³⁵ Mannréttindanefndin hefur nú verið lögð niður með viðauka nr. 11 við MSE og Mannréttindadómstóllinn tekið við því hlutverki hennar að ákveða meðferðarhæfi mála. Það kann að draga úr fordæmisgildi ákvarðana Mannréttindanefndarinnar, en þó er erfitt að fullyrða um það.

byggðust á trúarbrögðum.³⁶ Erfitt er að fullyrða um hvernig túlka beri þessa niðurstöðu. Hún virðist við fyrstu sýn benda til þess að það kunni að reynast erfitt að sýna fram á að hugmyndakerfi sem ekki byggjast á trúarlegum forsendum séu sambærileg við hefðbundin trúarbrögð. Við nánari skoðun má þó einnig greina að staða viðkomandi einstaklings var ekki einungis borin saman við þau trúarlegu embætti sem hollensk lög tiltóku sérstaklega heldur einnig embætti sem ekki byggðust á trúarbrögðum. Af því má ráða að það sé ekki greinarmunurinn á því hvort sannfæring kæranda var trúarleg eða ekki sem réð niðurstöðu. Það virðist frekar hafa verið samanburðurinn á inntaki náms og starfs sem réð því hvort hann átti rétt á undanþágu frá samfélagsþjónustu. Af því má þá leiða þá almennu sýn að ekki megi mismuna sannfæringu eftir því eingöngu hvort hún er trúarleg eða ekki, eins og ákvæði 9. gr. stefnir einmitt að með því að vernda trú og sannfæringu með sama hætti. Því til enn frekari stuðnings má síðan vísa til þeirrar áherslu sem lögð er á þetta atriði á vettvangi Sameinuðu þjóðanna, sbr. kafla 4 hér á eftir.

Þess verður að geta að lokum að ofangreind sjónarmið eru í samspili við önnur sjónarmið sem Mannréttindadómstóllinn byggir á í framkvæmd um heimildir ríkja til að gera greinarmun á milli mála án þess að um brot á jafnréttisreglu sé að ræða. Þannig bendir margt eins og áður segir til þess að strangt verði tekið á mismunandi meðferð einstaklinga á grundvelli aðgreiningar á milli trúarbragða og annarrar sannfæringar sem og mismunandi meðferðar hinna mismunandi hugmyndakerfa sem ná þeirri dýpt að teljast „sannfæring“ í skilningi 9. gr. MSE. Þegar kemur aftur á móti að lagalegri umgjörð um stöðu trúarbragða í ríkinu, s.s. varðandi skipulag ríkiskirkju eða hversu langt ríki skuli ganga til að koma með jákvæðum hætti til móts við kröfur ýmissa trúar- eða sannfæringarhópa, hefur ríkjum verið veitt meira svigrúm til mats.³⁷

³⁶ Ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópu um meðferðarhæfi máls, *Peters* gegn *Hollandi*, 30. nóvember 1994, mál nr. 22793/93.

³⁷ Í *Cha'are Shalom Ve Tsedek* gegn *Frakklandi*, 27. júní 2000, Reports 2000-VII, var tekst á um viðurkenningu á rétti til trúarlegrar slátrunar og sérstaklega vísað til svigrúms ríkis til eigin mats. Þó var við meðalhófsmatið sérstaklega byggt á því að viðkomandi strangtrúarmenn höfðu önnur úrræði til þess að nálgast kjöt sem uppfyllti kröfur þeirra en að standa sjálfir fyrir slátrun þess. Sjá einnig *Holy Monasteries* gegn *Grikklandi*, 9. desember 1994, Series A, 310-A, þar sem ríkiskirkja kvartaði undan neikvæðum afleiðingum áhrifa sambands ríkis og kirkju á sig með tilliti til eignarréttarinnar, en talið var heimilt að gera mun á stöðu ríkiskirkju og annarra (og þá hvort sem er með jákvæðum eða neikvæðum afleiðingum fyrir ríkiskirkjuna).

4. Ákvæði Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi um hugsana-, samvisku- og trúfrelsi

Ákvæði 1.–3. mgr. 18. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi (hér eftir ABS) eru svohljóðandi.³⁸

1. Allir menn skulu frjálssir hugsana sinna, sannfæringar og trúar. Í þessum rétti felst frelsi til þess að hafa eða aðhyllast trú eða skoðun að þeirra vali, og frelsi til þess að láta í ljós trú sína eða játningu, einir sér eða í félagi við aðra, opinberlega eða einslega, með tilbeiðslu, helgihaldi, guðsþjónustu og kennslu.
2. Enginn skal þurfa að sæta þvingun sem mundi hefta frelsi hans til þess að hafa eða aðhyllast trú eða skoðun að hans vali.
3. Frelsi til þess að láta í ljós trú eða skoðun skal einungis háð þeim takmörkunum sem mælt er í lögum og eru nauðsynlegar til þess að vernda öryggi almennings, reglu, heilbrigði eða siðgæði, eða grundvallarréttindi og frelsi annarra.

Talið er að ákvæði 1.–3. mgr. 18. gr. ABS séu að meginstefnu til efnislega sambærileg við 9. gr. MSE.³⁹ Þótt hinar íslensku þýðingar 1. mgr. 18. gr. ABS og 1. mgr. 9. gr. MSE séu ólíkar, er frumtextinn á ensku nánast hinn sami. Það sem er verndað er hugsana-, samvisku- og trúfrelsi og sérstaklega rétturinn til að rækja (láta í ljós/iðka) trú sína eða sannfæringu með guðsþjónustu, boðun, breytni og helgihaldi.

Árið 1993 samþykkti Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna almenna umsögn um skýringar á ákvæðum 18. gr. samningsins.⁴⁰ Er þar m.a. lögð sérstök áhersla á að hugsana- og samviskufrelsi sé verndað til jafns við trúfrelsi. Er áréttað að verndin sé hvorki takmörkuð við hefðbundin trúarbrögð né þá sannfæringu eina sem hafi skipulagsleg einkenni eða hefðir sem líkja megi við hefðbundin trúarbrögð. Er lögð á það áhersla að varast beri tilhneigingu til hverskonar mismununar gagnvart trú eða sannfæringu, þ.m.t. á grundvelli þess að um sé að ræða ný hugmyndakerfi eða þess að

³⁸ Sbr. *Stjórnartíðindi C 10/1979* og 28/1993.

³⁹ Rehof, Lars Adam og Trier, Tyge: *Menneskeret*, bls. 270. Í 4. mgr. 18. gr. ABS er fjallað um rétt foreldra til þess að tryggja trúarlegt og siðferðislegt uppeldi barna sinna í samræmi við eigin sannfæringu sem er efnislega sambærilegur við réttinn skv. 2. gr. viðauka 1. við MSE.

⁴⁰ *General Comment no. 22(48) (art. 18), frá 27. september 1993. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.*

minnihlutahópar aðhyllist þau.⁴¹ Tekið er fram að rétturinn til að rækja (iðka) sannfæringu sína taki til víðs sviðs athafna, þ.m.t. t.d. mataræðis, klæðnaðar, hefða og athafna í tengslum við ýmsa áfanga mannlegs lífs o.fl.⁴² Þá er viðurkennt að ríkiskirkjur brjóti í sjálfu sér ekki gegn trúfrelsinu en lögð á það áhersla að það megi þó ekki leiða til mismununar gegn öðrum trúarbrögðum eða þeim sem aðhyllast ekki eiginleg trúarbrögð.⁴³ Einnig er lögð á það áhersla að þótt ríki fari með tiltekna sannfæringu sem hina opinberu hugmyndafræði í stjórnarskrá, almennum lögum eða í framkvæmd, megi það ekki leiða til brota gegn hugsana-, samvisku- og trúfrelsi þeirra sem ekki aðhyllast þá hugmyndafræði, né mismununar gagnvart þeim.⁴⁴

Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna hafði áður, eða árið 1981, samþykkt sérstaka yfirlýsingu um afnám allrar mismununar á grundvelli trúar eða sannfæringar. Er þar lögð áhersla á svipaða þætti og í 18. gr. ABS og í umsögn Mannréttindanefndarinnar um hana.⁴⁵ Í mars 2005 samþykkti Allsherjarþing Sameinuðu þjóðanna síðan enn ályktun um afnám trúarlegs óumburðarlyndis.⁴⁶ Í titli ályktunarinnar er einungis vísað til skorts á umburðarlyndi vegna trúarlegrar sannfæringar (e. „religious intolerance“), en í sjálfum texta hennar er ávallt fjallað um trúfrelsi og aðra sannfæringu jafnt. Þetta gæti átt sér skýringar í því að almennt virðist sem á síðustu misserum hafi áleitnustu vandamálin tengst trúarbrögðum fremur en annarri sannfæringu. Hafa vandamál tengd áhrifum hryðjuverka á trúfrelsi og minnkandi umburðarlyndi fyrir trúarbrögðum annarra verið þar ofarlega á baugi. Einnig hefur mismunandi meðferð trúarbragða í tengslum við skráningu og viðurkenningu þeirra valdið áhyggjum.⁴⁷ Varpa þessi vandamál almennt séð ljósi á djúpstætt mikilvægi réttarins til hugsana-, skoðana- og trúfrelsis og gagnkvæmrar virðingar fyrir sannfæringu annarra fyrir gangverk lýðræðislegs þjóðfélags. Á það eðli máls samkvæmt jafnt við hvort sem sannfæringin er trúarlegs eðlis eða ekki. Í ályktuninni

⁴¹ Sama heimild, mgr. 1–2.

⁴² Sama heimild, mgr. 4.

⁴³ Sama heimild, mgr. 9.

⁴⁴ Sama heimild, mgr. 10.

⁴⁵ *Declaration on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief*, 25. nóvember 1981. A/RES/36/55.

⁴⁶ *Resolution adopted by the General Assembly: Elimination of all forms of religious intolerance*, 22. mars 2005. A/RES/59/199.

⁴⁷ *Sjá Report submitted by Asmha Jhanagir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief*, 20. desember 2004. E/CN.4/2005/61.

frá 2005 er enda ítrekað áréttað að vernd nái jafnt til hugsana, samvisku, trúar og sannfæringar. Þá er á því byggt að leggja þurfi ríkari áherslu en verið hefur á að tryggja verndina og berjast gegn óumburðarlyndi og mismunun.⁴⁸ Jafnframt eru ríki hvött til að grípa til aðgerða í því skyni að efla umburðarlyndi og virðingu fyrir sannfæringu annarra.⁴⁹ Í tengslum við viðfangsefni þessarar greinar vekur þó mesta athygli að *riki eru sérstaklega hvött til þess að tryggja að stjórnskipun þeirra og lög veiti virka vernd fyrir hugsana-, samvisku-, trúar- og sannfæringarfrelsi.*⁵⁰

5. Uppfylla trúfrelsisákvæði stjórnarskrárinnar eigin viðmið hennar um jafnrétti og viðmið Mannréttindasáttmála Evrópu og Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi?

Eins og greint er frá í 2. kafla hér að framan er samkvæmt brýnu ákvæði 63. gr. íslensku stjórnarskrárinnar og viðtekinni túlkun hennar ekki veitt sérstök stjórnskipuleg vernd fyrir réttinn til að iðka aðra sannfæringu en trúarlega. Eins og greint er frá í köflum 3 og 4 hér að framan er slík vernd þó veitt með skýrum hætti í 9. gr. MSE og 18. gr. ABS. Birtist þannig sú afstaða að verndarsvið hins almenna félagafrelsis og hins almenna tjáningarfrelsis nægi þar ekki. Er jafnframt á vettvangi alþjóðlegra mannréttindasáttmála lögð á það áhersla að ekki megi mismuna trúarbrögðum innbyrðis eða trúarbrögðum og annars konar sannfæringu. Vernd íslensku stjórnarskrárinnar er því lakari en vernd mannréttindasáttmálanna og raunar er þar beinlínis kveðið á um mismunandi meðferð trúarlegrar sannfæringar og annars konar sannfæringar. Er hnykk á þeirri afstöðu mismunandi meðferðar í lögskýringargögnum og fræðilegri umfjöllun. Í ljósi alls framangreinds virðist ljóst að sú afstaða stangist á við 9. gr. MSE og 18. gr. ABS og viðteknar skýringar á þeim. Samkvæmt öllu framangreindu má einnig álykta að ákveðið innra ósamræmi sé að finna í stjórnarskránni þar sem vafasamt sé að 63. gr. um trúfrelsið uppfylli viðmið 65. gr. um jafnrétti eins og hún yrði túlkun í ljósi kröfu alþjóðlegra mannréttindasáttmála um að ekki megi mismuna sannfæringu eftir því eingöngu hvort hún er trúarleg eða ekki.

⁴⁸ *Resolution adopted by the General Assembly: Elimination of all forms of religious intolerance, 22. mars 2005. A/RES/59/199, aðfaraorð. Evans, Malcolm D.: „Religious Liberty and Non-Discrimination“, bls. 122–127, gefur sögulegt yfirlit yfir þróun trúfrelsis á alþjóðavettvangi.*

⁴⁹ Sama heimild, mgr. 11.

⁵⁰ Sama heimild, mgr. 2.

Fyrirmynd núgildandi stjórnarskrárákvæða um trúfrelsi er að finna í dönsku stjórnarskránni frá 1849. Var hún byggð á hugmyndafræði frönsku byltingarinnar og frönsku réttindaskrárinnar frá 1789 sem breiddist um Evrópu í lok 18. og byrjun 19. aldar.⁵¹ Segja má að hinn hugmyndafræðilegi grunnur ákvæða íslensku stjórnarskrárinnar um trúfrelsi og hefðbundnar skýringar þeirra byggi í raun enn á heimsmynd þeirra tíma. Hér verður því haldið fram að við endurskoðun stjórnarskrárinnar árið 1995 hafi ekki tekist að endurspeglar nægilega hina breyttu heimsmynd og þá alþjóðlegu þróun réttarins til hugsana-, samvisku og trúfrelsis sem þá þegar hafði átt sér stað. Markmið endurskoðunarinnar árið 1995, að: „... eyða þeim blæ í ákvæðunum að trúfrelsið, sem þau eiga að tryggja, sé eingöngu til að velja á milli þjóðkirkjunnar og annarra kristinna safnaða eða safnaða guðsdýrkenda“⁵² náðust ekki nægilega þar sem ákvæði stjórnarskrárinnar *veita ekki iðkun annarrar sannfæringar en trúarlegrar sambærilega vernd og trúariðkun.* Var réttur trúleysingja, efasemdanna og þeirra sem taka ekki afstöðu, og aðhyllast eftir atvikum önnur hugmyndakerfi en trúarleg, ekki tryggður eins og efni stóðu til. Nú, 10 árum síðar, þegar endurskoða á stjórnarskrána að nýju vakna því áleitnar spurningar um þörf á breytingum á 63. og 64. gr. hennar.⁵³ Það verður lokaályktun þessarar greinar að rétt sé að svara nú endurnýjuðu kalli Sameinuðu þjóðanna um að ríki heims tryggi að stjórnskipun þeirra og löggjöf veiti hugsana-, samvisku-, trúar- og sannfæringarfrelsi virka og jafna vernd.

HEIMILDIR

Bjarni Benediktsson: *Ágrip af íslenzkri stjórnlagafraði*, Reykjavík, 1948.

Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“, í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.): *Lögberg*, Reykjavík, 2003.

Declaration on the elimination of all forms of intolerance and of discrimination based on religion or belief, 25. nóvember 1981. A/RES/36/55.

⁵¹ Lagoutte, Stéphanie og Lassen, Eva Maria: „Menneskerettigheder i forfatningen: Billeder af fransk og dansk forfatningshistorie“, bls. 64. Franska réttindaskráin frá 1789 er prentuð í Waldron, Jeremy (ritstj.): *Nonsense upon Stilts*, bls. 26–28.

⁵² Frumvarp til stjórnarskipunarlaga, þskj. 389, 297. mál, 118. löggjafarþing 1994.

⁵³ Þegar þetta er ritað stendur yfir endurskoðun á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944 og hefur sérstakri stjórnarskrárnefnd verið falið það verkefni að undirbúa frumvarp til breytinga á henni. Stefnt er að því að frumvarpið liggi fyrir ekki síðar en í árslok 2006. Sjá Forsætisráðuneytið, frétt nr. 5/2005.

- Evans, Carolyn: *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2001.
- Evans, Malcolm D.: „Religious Liberty and Non-Discrimination“, í Loenen, Titia og Rodrigues, Peter R. (ritstj.): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Haag, 1999, bls. 119–131.
- Forsætisráðuneytið, frétt nr. 5/2005, aðgengileg á <http://www.forsaetisraduneyti.is/frettir/nr/1691> (skoðað 6. mars 2006).
- Frumvarp til laga um skráð trúfélög, þskj. 69, 69. mál, 125. löggjafarþing 1999–2000.
- Frumvarp til stjórnarskipunarlaga, þskj. 389, 297. mál, 118. löggjafarþing 1994.
- General Comment no. 22(48) (art. 198), frá 27. september 1993*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4. Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, Reykjavík, 2. útg. 1999.
- Harris, D.J., O’Boyle, M. og Warbrick, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, London, 1995.
- Heringa, Aalt Willem: „Standards of Review for Discrimination. The Scope of Review by the Courts“, í Loenen, Titia and Rodrigues, Peter R. (ritstj.): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Haag, 1999, bls. 25–37.
- Høstmælingen, Njal: „Hijab in Strasbourg: Clear conclusions, unclear reasoning“, aðgengilegt á http://www.strasbourgconference.org/papers/Sahin_IslamInEurope_060217_TLrev.doc (skoðað 6. mars 2006).
- Lagoutte, Stéphanie og Lassen, Eva Maria: „Menneskerettigheder i forfatningen: Billeder af fransk og dansk forfatningshistorie“, í Kjærum, Morten o.fl. (ritstj.): *Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv*, Kaupmannahöfn, 1997, bls. 63–105.
- Mahoney, Paul: „Judicial Activism and Judicial Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin“, *Human Rights Law Journal*, 1.–2. tbl., 1990, bls. 57–88.
- Mahoney, Paul: „Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?“, *Human Rights Law Journal*, 1. tbl., 1998, bls. 1–6.
- Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunun“, í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.): *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Reykjavík, 2005, bls. 433–473.
- Oddný Mjöll Arnardóttir: *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Haag, 2003.
- Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*, Reykjavík, 2. útg. 1978.
- Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, í Ármann Snævarr o.fl. (ritstj.): *Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum*, Reykjavík, 2002.
- Prebensen, Sören C.: „The Margin of Appreciation and Articles 9, 10 and 11 of the Convention“, *Human Rights Law Journal*, 1. tbl. 1998, bls. 13–17.
- Resolution adopted by the General Assembly: Elimination of all forms of religious intolerance*, 22. mars 2005. A/RES/59/199.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Trú-, samvisku- og hugsanafrelsi“, í Björg Thorarensen o.fl. (ritstj.): *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, Reykjavík, 2005, bls. 342–358.
- Rehof, Lars Adam og Trier, Tyge: *Menneskeret*, Kaupmannahöfn, 1990.

- Report submitted by Asmha Jhanagir, Special Rapporteur on freedom of religion or belief, 20. desember 2004. E/CN.4/2005/61.
- Stjórnartíðindi C*, 10/1979 og 28/1993.
- Tíðindi frá þjóðfundum Íslendinga*, 1851.
- Tíðindi um stjórnarmálefni Íslands, 1870–1875*.
- Van Dijk, P. og van Hoof, G.J.H.: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Haag, 3. útg. 1998.
- Waldron, Jeremy (ritstj.): *Nonsense upon Stilts*, Methuen, 1987.

Dómar o.fl.:*Dómar Mannréttindadómstóls Evrópu:*

- Campbell og Cosans gegn Bretlandi*, 25. febrúar 1982, Series A, 48.
- Canea Catholic Church gegn Grikklandi*, 16. desember 1997, Reports of Judgments and Decisions, 1997-VIII.
- Cha'are Shalom Ve Tsedek gegn Frakklandi*, 27. júní 2000, Reports of Judgments and Decisions, 2000-VII.
- Hoffmann gegn Austurríki*, 23. júní 1993, Series A, 255-C.
- Holy Monasteries gegn Grikklandi*, 9. desember 1994, Series A, 301-A.
- Kokkinakis gegn Grikklandi*, 25. maí 1993, Series A, 260-A.
- Larissis o.fl. gegn Grikklandi*, 24. febrúar 1998, Reports of Judgments and Decisions, 1998-I.
- Metropolitan Church of Bessarabia o.fl. gegn Moldovíu*, 13. desember 2001, Reports of Judgments and Decisions, 2001-XII.
- Otto-Preminger-Institut gegn Austurríki*, 20. september 1994, Series A, 295-A.
- Palau-Martinez gegn Frakklandi*, 16. desember 2003, Reports of Judgments and Decisions, 2003-XII.
- Pretty gegn Bretlandi*, 29. apríl 2002, Reports of Judgments and Decisions, 2002-III.
- Rasmussen gegn Danmörku*, 28. nóvember 1984, Series A, 87.
- Leyla Sahin gegn Tyrklandi*, 10. nóvember 2005, óútgefinn, aðgengilegur á <http://www.echr.coe.int/echr>.
- Thlimmenos gegn Grikklandi*, 6. apríl 2000, Reports of Judgments Decisions, 2000-IV.

Ákvarðanir Mannréttindanefndar Evrópu:

- Ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópu um meðferðarhæfi máls, *Arrowsmith gegn Hollandi*, 12. október 1978, mál nr. 7050/75, aðgengileg á <http://www.echr.coe.int/echr>.
- Ákvörðun Mannréttindanefndar Evrópu um meðferðarhæfi máls, *Peters gegn Hollandi*, 30. nóvember 1994, mál nr. 22793/93, aðgengileg á <http://www.echr.coe.int/echr>.

Hæstaréttardómar:

- H 1998:4076.*
- H 2000:1534.*
- H 2002:3686.*