

Réttindi fatlaðra á vinnumarkaði

Í ljósi íslensks réttar og alþjóðasamninga

Alma Ýr Ingólfssdóttir

Leiðbeinandi: Elín Blöndal, prófessor

Sumar 2013

Lokaverkefni til ML gráðu í lögfræði

Staðfesting lokaverkefnis til ML gráðu í lögfræði

Lokaverkefnið:

Réttindi fatlaðra á vinnumarkaði: Í ljósi íslensks réttar og alþjóðasamninga

Eftir: Ölmú Ýr Ingólfssdóttur

Hefur verið metið samkvæmt reglum og kröfum Háskólans á Bifröst
og hefur hlotið einkunnina: _____

Bifröst, _____

Prófdómari

Prófdómari

Leiðbeinandi

Réttindi fatlaðra á vinnumarkaði

Í ljósi íslensks réttar og alþjóðasamninga

Nemandi: Alma Ýr Ingólfssdóttir
Leiðbeinandi: Elín Blöndal, prófessor

Háskólinn á Bifröst
Sumar 2013

Ágrip

Í þessari ritgerð mun höfundur leitast við að kanna og greina hver réttindi fatlaðra eru á vinnumarkaði, hvernig réttindin eru vernduð í íslenskum rétti samkvæmt stjórnarskránni og öðrum lögum er málefnið varðar og jafnframt í alþjóðasamningum sem Ísland er aðili að. Þá mun höfundur leitast við að skýra fötlunarhugtakið eins og það er túlkað í íslenskum rétti, alþjóðasamningum og Evrópurétti svo betri sýn fái á efnið. Evrópurétturinn mun fá nokkuð ítarlega umfjöllun þar sem tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB er veigamikil og mikil réttarbót fyrir minnihlutahópa líkt og fatlaða. Tilskipunin hefur ekki verið innleidd í íslenskan rétt og verða því dregnar ályktanir um hvort hagsmunum tilgreindra minnihlutahópa, er tilskipunin verndar, yrði betur borgið ef tilskipunin yrði innleidd. Litið verður til íslenskrar dómaframkvæmdar og jafnframt verða skoðaðir dómur Evrópudómstólsins og Mannréttindadómstóls Evrópu, er varða efnið. Gerð verður grein fyrir þeim alþjóðasamningum er vernda réttindi fatlaðra á vinnumarkaði og ályktun dregin í lok ritgerðar um hvort verndin sé nægjanleg og hvaða ráðstafanir gætu mögulega aukið réttarverndina og með hvaða hætti.

Formáli

Ritgerð þessi er lokaverkefni mitt í meistaranámi í lögfræði við Háskólanna á Bifröst og ber heitið *Réttindi fatlaðra á vinnumarkaði: Í ljósi íslensks réttar og alþjóðasamninga*.

Ritgerðin er alfarið verk höfundar og er hún unnin í samræmi við kröfur og reglugerð skólans um lokaritgerðir. Í upphafi var ljóst að vinnsla þessarar ritgerðar yrði krefjandi en jafnframt áhugaverð og víða leitað fanga.

Höfundur vill þakka leiðbeinanda sínum Elínu Blöndal, prófessor, fyrir góðar ráðleggingar, ábendingar og hvatningu.

Reykjavík, 29. júlí 2013

Alma Ýr Ingólfssdóttir – kt. 050678-5479

Efnisyfirlit

1. Inngangur	1
2. Hugtakið fötlun	3
2.1. Hvað er fötlun?.....	3
2.2. Skilgreiningar í íslenskum rétti	4
3. 65. gr. stjórnarskrár Íslands.....	6
3.1. Almenn.....	6
3.2. Þróun og staðan í dag.....	7
3.3. Almennar og sérstakar jafnræðisreglur.....	7
3.4. Jákvæðar og neikvæðar skyldur/réttindi.....	8
3.5. Gildissvið jafnræðisreglunnar	9
4. 76. gr. stjórnarskrár Íslands.....	13
4.1. Almenn.....	13
4.2. Alþjóðaskuldbindingar er varða efnið	14
4.3. Inntak ákvæðisins.....	15
4.4. Allir sem þess þurfa	16
4.5. Tengsl 76. gr. og 65. gr. stjkskr.....	17
5. Helstu lagaákvæði íslenskrar löggjafar þar sem fatlaðir njóta réttarverndar á vinnumarkaði	20
5.1. Þróun löggjafar um málefnið	20
5.2. Lög nr. 59/1992, um málefni fatlaðs fólks.....	21
5.3. Stjórnsýslulög nr. 37/1993	23
6. Mannréttindasáttmáli Evrópu.....	27
6.1. Hugtökin „jafnræði“ og „bann við mismunun“	27
6.2. Gjalda skal líku líkt og ólíku ólíkt.....	27
6.3. Ákvæði 14. gr. MSE.....	29
6.4. Samningsviðauki nr. 12. við MSE.....	31
6.5. Jákvæðar skyldur	32
6.6. Mál Botta gegn Ítalíu.....	33
7. Tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB.....	38
7.1. Inngangur	38
7.2. Gildissvið tilskipunar ráðsins nr. 2000/78/EB	39
7.3. Fötlunarhugtakið í tilskipun 2000/78/EB.....	42
7.4. Túlkun Evrópudómstólsins á fötlunarhugtakinu.....	42
7.5. Til fróðleiks.....	46
8. Amsterdam-sáttmálinn	48
8.1. Meginregla 13. gr. EB-sáttmálans	48
8.2. Skyldur Íslands samkvæmt samningi um Evrópska efnahagssvæðið	50
8.3. Meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun í Evrópurétti.....	51
8.4. Afleiddur réttur; nauðsyn á sveigjanleika?.....	51
8.5. Jafnrétti í Evrópurétti.....	52

8.6. Bein og óbein mismunun í Evrópurétti	53
9. Evrópuréttur	58
9.1. Almennt.....	58
9.2. EES-samningurinn.....	59
9.3. Tilskipanir.....	67
10. Mannréttindi	69
10.1. Hvað eru mannréttindi?	69
10.2. Neikvæð og jákvæð réttindi.....	70
10.3. Alþjóðasamningar um mannréttindi	72
10.4. Alþjóðlegir mannréttindasamningar og landsréttur	84
11. Fatlað fólk og Evrópusambandið.....	86
11.1. Málefni fatlaðs fólks innan stjórnkerfis ESB.....	86
11.2. Stefnumótun og lagasetningar.....	87
11.3. Mannréttindi og ESB	87
11.4. Mikilvægar stofnanir ESB	88
11.5. Hagsmunasamtök fatlaðs fólks í Evrópu og samstarf ESB	90
11.6. Samantekt.....	90
12. Samantekt og helstu niðurstöður.....	92
13. Heimildaskrá.....	98

1. Inngangur

Allir menn eru bornir frjálsir og jafnir og eiga kröfu á mannréttindum óháð kynþætti, litarhætti, kynferði, trú-/lífsskoðunum, heilsufari, aldri, fötlun, stjórnmalaskoðunum, kynhneigð, kyngervi, þjóðernisuppruna, félagslegri stöðu eða öðrum ástæðum. Ástæða þess að höfundur ákvað að fjalla um og skoða réttindi fatlaðra á vinnumarkaði í íslenskum rétti og í ljósi alþjóðasamninga er bland af fróðleiksfýsni, áhuga og af persónulegri reynslu.

Réttindum tiltekinna hópa virðist áfátt og má að vissu leyti kenna þekkingarleysi og fordómum þar um. Jafnréttismál á Íslandi hafa tekið stakkaskiptum síðustu ár og má þar helst nefna aukin réttindi kvenna og samkynhneigðra. Þrátt fyrir það eiga ýmsir samfélagshópar enn undir högg að sækja. Íslensk jafnréttislöggjöf virðist því miður vera ófullkomin þegar að jafnrétti kynjanna sleppir. Ef íslenska löggjöfin er borin saman við þá löggjöf sem Ísland ber sig helst við, líkt og Evrópurétt, virðist sem svo að hin íslenska dómaframkvæmd sé afar brotakennd. Á Norðurlöndunum er að finna heildstæða jafnréttislöggjöf sem byggir meðal annars á tilskipunum Evrópusambandsins (ESB), t.d. um jafnrétti á vinnumarkaði, *2000/78/EB*. Þá má nefna það að Ísland hefur ekki enn fullgilt 12. samningsviðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) né fullgilt samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs folks (SFR). Við undirritun Amsterdam-sáttmálans árið 1997, var fatlað fólk fyrst sérstaklega nefnt í grundvallarlögum ESB, en í 13.¹ gr. EB-sáttmálans var sérstaklega kveðið á um bann við mismunun á grundvelli fötlunar. Amsterdam-sáttmálinn var skilgreindur sem fyrsta formlega skrefið í markvissu starfi ESB í baráttu sambandsins gegn mismunun og jafnrétti í Evrópu.

Megin umfjöllunarefni þessarar lokaritgerðar mun beinast að réttindum fatlaðra á vinnumarkaði, í íslenskum rétti, sbr. 65. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944 (stj.skr.) og alþjóðasamningum sem Ísland er aðili að, banni við mismunun og jafnrétti og/eða jafnri meðferð á vinnumarkaði. Ítarleg grein verður gerð fyrir 65. gr. stj.skr., en þar er að finna hina svokölluðu jafnræðisreglu. Þar á eftir verður ákvæði 1. mgr. 76. gr. stj.skr. til umfjöllunar, en í ákvæðinu er að finna grundvallarréttindi til félagslegrar aðstoðar. Í 65. gr. stj.skr. er að finna tvö meginhugtök sem eru nokkurs

¹ Í dag 19. gr. sáttmálans. Höfundur mun héðan í frá fjalla um 13. gr. EB-sáttmálans, eða eins og greinin kom inn með Amsterdam-sáttmálanum í EB-sáttmálanum.

konar þungamiðja ákvæðisins, þ.e. grundvallarreglan um jafnræði og bann við mismunun. Ekki er að finna nákvæma eða tæmandi skilgreiningu á þessum hugtökum, en þau eru náskyld þar sem mismunun er afleiðing þess að brotið er á grundvallarreglunni um jafnræði. Af þessu leiðir að grundvallarreglan um jafnræði manna felur í sér jákvæðar skyldur á ríki svo allir menn geti staðið jafnfætis á við aðra. Sökum þessa hvíla jákvæðar skyldur á ríki til þess að grípa til viðeigandi ráðstafana til þess að mæta þörfum fatlaðra á vinnumarkaði, þyki þörf á. Slíkar ráðstafanir eða aðgerðir geta verið kostnaðarsamar og því getur það verið erfitt að meta hvenær og hvort til þeirra eigi að grípa. Til þess að fá skýra mynd af því hvaða réttindi felast í 65. gr. stjkskr. verður ítarleg grein gerð fyrir ákvæðinu ásamt 76. gr. stjkskr., inntaki ákvæðanna, efni þeirra og áhrifa. Íslensk löggjöf er varðar málefni fatlaðra, nr. 59/1992 verður einnig gert skil.

Tilskipun ráðsins *2000/78/EB* mun skipa stóran sess í umfjöllunin ásamt öðrum meginreglum Evrópuréttar um jafna meðferð, bann við mismunun og viðeigandi ráðstöfunum. Tilskipunin kveður á um margar mismununarástæður sem henni er ætlað að vernda, en höfundur mun afmarka sig við hugtakið fötlun og skilgreina það eins og það er túlkað og skilgreint í tilskipuninni. Ísland er ekki aðili að ESB og ber því einungis að innleiða þær tilskipanir sem falla undir samninginn um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningurinn), en tilskipun *2000/78/EB*, fellur ekki undir EES-samninginn. Þá verður einnig litið til túlkunar Evrópudómstólsins (EB-dómstóllinn) á fötlunarhugtakinu, en skilgreining hugtaksins virðist enn vera á reiki. Einnig verður dómaframkvæmd skoðuð er varðar jákvæðar skyldur sem fela í sér viðeigandi ráðstafanir. Ákvæði 14. gr. MSE og 12. samningsviðauki við MSE verða skoðaðir m.t.t. megin efni ritgerðarinnar. Þá mun höfundur gera stuttlega grein fyrir mannréttindum og flokkun þeirra ásamt þeim alþjóðasamningum sem Ísland er aðili að. Litið verður jafnframt til íslenskrar dómaframkvæmdar sem og erlendrar er varðar efnið. Höfundur mun stuttlega gera grein fyrir hagsmunum og stöðu fatlaðra innan ESB. Að lokum verða niðurstöður dregnar saman um efnið.

2. Hugtakið fötlun

Þar sem tilgangur ritgerðar þessar er að varpa ljósi á réttindi fatlaðra á vinnumarkaði er nauðsynlegt að skilgreina ýmis hugtök er varðar réttarstöðu fatlaðra.

2.1. Hvað er fötlun?

Mannleg reisn er sá hornsteinn sem öll mannréttindi byggjast á og þjónar sem áminning um að hver einstaklingur er verðmætur og takmark í sjálfu sér, en ekki einhvers konar leið að markmiði annarra. Viðhorf sem þetta gengur gegn þeirri samfélagslegu tilhneigingu að skipa fólki í virðingarröð eftir framlagi þess eða notagildi og útskúfa þá sem teljast á einhvern máta öðruvísi.

Segja má að fötlun (e. disability) sé einhvers konar regnhlífahugtak sem í daglegu tali er notað yfir fjölbreyttan hóp einstaklinga, t.d. hreyfihamlaðir, sjónskertir, heyrnarlausir, þroskaskertir, einhverfir og geðfatlaðir. Erfitt getur verið að skilgreina hugtakið fötlun og að ákvarða það hvenær skerðing er orðin það mikil að hún er skilgreind sem fötlun. Fötlun hefur verið lýst á þann hátt að hún sé misræmi milli getu einstaklingsins og þeim kröfum sem samfélagið gerir til einstaklinga, eins og að einstaklingurinn getur ekki framkvæmt allt það sem samfélagið gerir ráð fyrir að hann eigi að geta, t.d. að fara upp stiga, geta lesið, hlaupið eða talað. Því má segja að samfélagið sé hannað með getu meirihluta fólks í huga og þeir sem falla utan þessarar getu teljast fatlaðir.

Læknisfræðilegt og einstaklingsbundið sjónarhorn á fötlun, sem hefur einkennt skilning á fötlun, einblínir á skerðingu fatlaðra og staðsetur vandamál fötlunarinnar hjá einstaklingnum sjálfum. Samfélagsleg birtingarmynd þessa sjónarhorns á það til að gera fatlaða einstaklinga að félagslegu vandamáli eða viðfangsefni læknisfræðilegrar íhlutunar. Þannig er fötlun gerð að megineinkennum einstaklingsins og allar hindranir sem einstaklingurinn glímir við eru þar af leiðandi raktar til fötlunar hans, þrátt fyrir að um utanaðkomandi hindranir sé að ræða líkt og takmarkaðs aðgengis eða mismununar af einhverju tagi.²

Lengst af hefur verið stuðst við hina svokölluðu læknisfræðilegu skilgreiningu. Samkvæmt henni er fötlun eingöngu ákvörðuð af líkamlegum og/eða andlegum eiginleikum einstaklingsins. Fötlunin er því persónulegt vandamál þess sem er fatlaður og vegna þess er óhjákvæmilegt að hinn fatlaði fari á mis við ýmis gæði

² Quinn, G., og Degener, T. (2002), bls. 13-15.

samfélagsins. Líkami hins fatlaða er „gallaður“ og ef ekki er hægt að „lækna“ hann, þá er lítið hægt að gera. Frá þessu sjónarhorni séð er ljóst að einstaklingurinn er talinn gallaður og fórnarlamb eigin skerðingar.³

Félagsvísindin settu fram sjónarhorn til höfuðs hinni læknisfræðilegu skilgreiningu og gengur út frá því að greinarmunur sé á fötlun og skerðingu (e. impairment) og segir að um sé að ræða tvo aðskilda hluti, einstaklingur með skerðingu er ekki endilega fatlaður. Skerðing er líkamlegs eðlis og tilheyrir þar af leiðandi sviði læknisfræðinnar, en fötlun er sköpuð af samfélaginu og heyrir því undir félagsvísindin. Félagsleg skilgreining leggur áherslu á hindranir sem er að finna í umhverfinu og eiga þátt í að skapa fötlun einstaklingsins. Er um að ræða róttæka endurskilgreiningu á fötlun, það er með því að líta svo á að félagslegar hindranir sem settar eru af hinum ófatlaða meirihluta (aðgengi, fordómar og neikvæð viðhorf), takmarki möguleika fatlaðra til athafna. Samkvæmt þessu má því segja að fötlun vísi til félagslegrar undirokunar og misréttis á borð við kynjamisrétti og kynþáttamisrétti. Félagslega skilgreiningin hefur sætt nokkurri gagnrýni og þá helst þeirri að ákveðnir hópar falli ekki undir hana, líkt og fólk með þroskahömlun, geðræna erfiðleika og heyrnarskertir.⁴

2.2. Skilgreiningar í íslenskum rétti

Í 2. gr. laga nr. 59/1992, um málefni fatlaðra (hér eftir lmf.) segir:

„Sá á rétt á þjónustu samkvæmt lögum þessum sé hann með andlega eða líkamlega fötlun og þarfnast sérstakrar þjónustu og stuðnings.“

Hér er átt við þroskahömlun, geðfötlun, hreyfihömlun, sjón- og heyrnaskerðingu. Þá getur fötlun verið afleiðing veikinda og slysa. Í greinargerð með frumvarpi til laga um málefni fatlaðra er í fyrsta lagi tilgreint til hverra lögin taka og í öðru lagi segir hvað átt er við með fötlun og að ekki verði farið út í almenna skilgreiningu á hugtakinu fötlun. Þess í stað eru taldar upp hamlanir og sjúkdómar sem valdið geta fötlun. Þá er athygli vakin á því að í texta frumvarpsins sé notað hugtakið geðfatlaður og með því sé greinarmunur gerður á sjúkdómi annars vegar og ástandi hins vegar sem er

³ Rannveig Traustadóttir (2009), bls. 5.

⁴ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 37.

afleiðing sjúkdómsins. Þannig þarf geðsjúkur maður ekki að vera fatlaður þótt fötlun geti hlotist af sjúkdómnum.⁵

Í lögum nr. 83/2003, um Greiningar- og ráðgjafarstöð ríkisins er hugtakið fötlun skilgreint og segir eftirfarandi í 2. gr. laganna:

1. „Með *alvarlegri þroskaröskun* er átt við meðfætt eða áunnið ástand sem veldur því að þroski og færni viku verulega frá því sem eðlilegt er talið og hindrar einstakling í að aðlagast venjulegum kröfum þjóðfélagsins án markvissrar aðstoðar á uppvaxtarárum.“

2. „Með *fötlun* er átt við það ástand sem skapast þegar einstaklingur þarf fjölþætta þjónustu og aðstoð til langframa vegna alvarlegrar þroskaröskunar eða annarrar röskunar á færni.“

⁵ Alþingistíðindi. Þskj. 354 – 222. mál, 115. lþ. (1991-1992).

3. 65. gr. stjórnarskrár Íslands

3.1. Almennt

Ein mikilvægasta undirstaða nútímahugmynda um mannréttindi er grundvallarreglan um jafnræði manna og bann við mismunun. Reglan á sér djúpar rætur í stjórnarskrárhefð vestrænna ríkja sem ein helsta forsenda mannréttinda, þá er hún undirstaða kenninga náttúruréttarins um að allir menn fæðist frjálsir og jafnir og birtist í 1. gr. frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar frá 1789.⁶

Í upphafsákvæði hins eiginlega mannréttindakafla stjórnarskrárinnar birtist jafnræðisreglan. Í 1. mgr. 65. gr. stjkskr. segir að allir skulu vera jafnir fyrir lögnum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Þá segir í 2. mgr. sama ákvæðis að konur og karlar skuli njóta jafns réttar að öllu leyti.⁷ Segja má að jafnræðisreglan sé grunnregla og komi að jafnaði til úrlausnar með öðru réttindaákvæði.⁸

Með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 (stjkskl.), kom jafnræðisreglan ný inn í stjórnarskrána. Hafði hún fram að því verið óskráð grundvallarregla og talin einn af hornsteinum íslenskrar stjórnskipunar.⁹ Í greinargerð með frumvarpi til stjórnskipunarlaga nr. 97/1995, segir að þrátt fyrir að vera óskráð grundvallarregla hefði hún ekki veitt nægilega skýra vernd hvað varðaði bann við mismunun, mikilvægi hennar fæli öllu fremur í sér að vera almenn leiðbeiningarregla um bann við mismunun sem ávallt bæri að hafa að leiðarljósi. Þá þótti full ástæða til að orða jafnræðisregluna skýrlega meðal annarra mannréttindareglna í stjórnarskránni. Markmið reglunnar er fyrst fremst að koma í veg fyrir manngreinaralit á grundvelli þeirra atriða sem upp eru talin í henni. Hins vegar er það ekki markmið hennar að útiloka að lögakveðin skilyrði fyrir réttindum eða skyldum geti tekið mið af þessum atriðum ef þau eru byggð á málefnalegum forsendum. Tekið er fram í 3. gr. frumvarpsins að reglan hefði að geyma almenna og sérstaka jafnræðisreglu, þar á meðal annarra stjórnarskrárbundinna mannréttindaákvæða og bindur reglan þar af

⁶ Björg Thorarensen (2008), bls. 563-564.

⁷ Gunnar G. Schram (1999), bls. 469.

⁸ Björg Thorarensen (2008), bls. 563.

⁹ Björg Thorarensen (2008), bls. 563.

leiðandi hendur löggjafans við lagasetningu sem og hún hefur áhrif við túlkun á stjórnarskrárákvæðum.¹⁰

3.2. Þróun og staðan í dag

Í 65. gr. stj.skr. er að finna tvö meginhugtök sem segja má að séu þungamiðja ákvæðisins sem oft eru notuð á sama tíma. Hugtökin eru „grundvallarreglan um jafnræði“ (e. principle of equality)¹¹ og „bann við mismunun“ (e. prohibition of discrimination). Ekki er að finna nákvæma eða tæmandi skilgreiningu á þessum hugtökum, en bent hefur verið á að þau séu náskyld og að *mismunun* sé afleiðing þess að brotið er á grundvallarreglunni um *jafnræði*. Þá má færa fyrir því rök að grundvallarreglan um jafnræði manna feli í sér jákvæðar skyldur svo þeir geti staðið jafnfætis öðrum. Nálgun sem þessi geti því verið stoð fyrir framgangi hinna ýmsu félagslegu réttinda líkt og félagsleg aðstoð og aðgerðir í þágu fatlaðra. Þá sé bann við mismunun aftur á móti þrengra hugtak, sem lúti frekar að neikvæðum skyldum og stefni af því að setja valdhöfum ákveðnar skorður. Hugtakalýsing sem þessi stenst þó tæplega þar sem mismunun getur einnig falist í athafnaleysi.¹²

3.3. Almennar og sérstakar jafnræðisreglur

Í norrænum stjórnarsýslurétti hefur greinarmunur verið gerður á svonefndum almennum og sérstökum jafnræðisreglunni. Undir almenna jafnræðisreglu fellur t.a.m. 2. mgr. 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 (ssl.), reglan er mjög víðtæk og leggur m.a. bann við mismunun á grundvelli ýmissa tiltekinna ástæðna við töku stjórnvaldskvarðana, þær ástæður eru ekki tæmandi taldar og ljóst er að fötlun fellur þar undir, sbr. orðalag ákvæðisins. Í 20. gr. laga nr. 96/2000, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, sbr. 15. gr. nógildandi laga nr. 10/2008, er að finna sérstaka jafnræðisreglu, en í ákvæðinu er m.a. kveðið á um að í nefndum, stjórnnum og ráðum á vegum ríkis og sveitarfélaga skuli, þar sem verður við komið, sitja sem næst jafnmargar konur og karlar. Samkvæmt þessu er ekki óheimilt að líta til kynferðis. Það er ekki einungis heimilt heldur liggur á stjórnvöldum lagaskylda að líta til kynferðis þeirra sem

¹⁰ Alþingistíðindi. Þskj. 389 – 297. mál, 118. lp. (1994).

¹¹ Hér eftir kölluð jafnræðisreglan

¹² Björg Thorarensen (2008), bls. 571-572.

skipaðir eru í stjórnarsýslunefndir og jafnframt að gæta að því að jöfnu hlutfalli kynjanna gæti í hverri nefnd.¹³

Hvað jafnrétti kynjanna varðar hafa mörg fordæmi skapast og ber helst að nefna hina skilorðsbundnu forgangsreglu sem Hæstiréttur festi í *Hrd. 1993, bls. 2230 (Helga Kress)*, en um er að ræða túlkunarreglu.¹⁴ Í dóminum segir:

...konu skuli veita starf, ef hún er að minnsta kosti jafnt að því komin, að því er varðar menntun og annað, sem máli skiptir, og karlmaðurinn, sem við hana keppir, ef á starfssviðinu er fáar konur.

Þegar dómurinn er skoðaður virðist sem svo að efnislegt jafnrétti kynjanna vegist á annars vegar og formlegt jafnrétti hins vegar, hinu efnislega er gert hærra undir höfði með jákvæðum skyldum sem voru lagðar á stjórnvöld.¹⁵

Hvað varðar bann við mismunun á grundvelli fötlunar þá er kveðið á um hinar ýmsu skyldur hins opinbera í lögum nr. 59/1992, um málefni fatlaðra, svo fatlaðir fái notið sömu réttinda á við aðra. Skyldur hins opinbera í þessum málaflokki lúta einkum að því að veita fötluðum fullnægjandi aðstöðu sem og félagslega aðstoð, sbr. ákvæði IV. kafla um stoðþjónustu og ákvæði XII. kafla er varðar atvinnumál. Í 32. gr. laganna er að finna forgangsreglu.¹⁶

3.4. Jákvæðar og neikvæðar skyldur/réttindi

Flokka má jafnræðisreglur í jákvæðar og neikvæðar skyldur. Jafnræðisreglur sem fela efnislega í sér skyldu fyrir löggjafann eða stjórnvöld til að sýna af sér athafnaleysi, þ.e. að aðhafast ekkert sem kann að brjóta gegn jöfnum rétti borgaranna, eru kallaðar neikvæðar skyldur. Hvað jákvæðar skyldur varðar, þá ber löggjafanum eða stjórnvöldum skylda að tryggja borgurinum að þeir geti notið ákveðinna réttinda til jafns við aðra. Í 7. gr. lmf., segir að fatlaðir skuli eiga rétt á allri almennri þjónustu ríkis og sveitarfélaga. Ávallt skuli leitast við að veita fötluðum þjónustu samkvæmt almennum lögum á sviði menntunar og heilbrigðis- og félagsþjónustu. Reynist þjónustustörf hins fatlaða meiri en svo að henni verði fullnægt innan almennrar þjónustu skuli hinn fatlaði fá þjónustu samkvæmt lögum um málefni fatlaðra.

¹³ Páll Hreinsson (2001), bls. 351.

¹⁴ Björg Thorarensen (2008), bls. 574-575.

¹⁵ Róbert S. Spanó (2007), bls. 228 (neðanmálgrein).

¹⁶ „Fatlaðir skulu eiga forgang að atvinnu hjá ríki og sveitarfélagi ef hæfni þeirra til starfsins er meiri eða jöfn hæfni annarra sem um starfið sækja. Sé að mati svæðisráðs gengið á rétt fatlaðs manns við veitingu starfs getur það krafið veitingarvaldshafa um skriflega greinargerð fyrir ákvörðun sinni í sambandi við stöðuveitinguna.“

Dómstólar hafa metið svo að jákvæðar skyldur felist í fyrrnefndri lagagrein, en hversu víðtækar skyldurnar eru í hverju tilviki fyrir sig þykir erfitt til úrlausnar.¹⁷

Í dómi Hæstaréttar, *Hrd. 1999, bls. 390 (mál nr. 177/1998) (blindur nemandi)*, reis ágreiningur um hvort Háskóli Íslands hefði gripið til viðeigandi ráðstafana, þegar blindur nemandi innritaðist í viðskipta- og hagfræðideild. Undanþágur voru veittar nemandanum frá próftilhögun sem og annars konar aðstoð veitt. Engu að síður þótti stofnunin og deildin hafa brotið á rétt hennar þar sem skort hafði verið á að samþykkt væru almenn fyrirmæli sem fylgja ætti við nám hennar og próftöku vegna fötlunar hennar, svo hún gæti sem mest staðið jafnfætis öðrum nemendum. Sannað þótti að skortur hefði verið á slíkum fyrirmælum sem leitt hefði til mistaka af hálfu deildarinnar og árekstra við nemandann. Komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að í þessu hefði falist ólögmet meingerð gegn nemandanum og frelsi hennar til menntunar.

Í dómi Hæstaréttar, *Hrd. 1999, bls. 2015 (mál nr. 151/1999) (Félag heyrnarlausra)* komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að Ríkisútvarpinu hafði verið skylt að láta túlka á táknmáli framboðsræður í sjónvarpi kvöldið fyrir Alþingiskosningar um leið og þær fóru fram. Þá bæri Ríkisútvarpinu ótvírætt að gæta jafnræðis þegar það sinni hlutverki sínu og lyti sú skylda ekki aðeins að frambjóðendum og þeim stjórn málaöflum sem ættu í hlut, heldur líka að þeim sem útsendingunni væri beint til. Féllst Hæstiréttur á kröfu Félags heyrnarlausra að Ríkisútvarpinu ætti sem frekast og kostur væri að haga gerð og útsendingu framboðsumræðna á þann hátt svo aðgengilegt væri heyrnarlausum, sbr. 7. gr. laga nr. 59/1992, um málefni fatlaðra. Ákvarðanir, sem röskuðu þeim skyldum og réttindum sem mælt væri fyrir um í þágildandi 15. gr. útvarpslaga, nr. 68/1985 og 7. gr. laga um málefni fatlaðra, yrðu að styðjast við málefnaleg rök en það taldi Hæstiréttur að Ríkisútvarpinu hefði ekki tekist.

3.5. Gildissvið jafnræðisreglunnar

Jafnræðisreglan nýtur þeirrar sérstöðu að endurspeglar í ríkara mæli bæði sjónarmið er varða ákveðin grunngildi eða grundvallarreglur um jafnræði borgaranna sem íslensk réttarskipan hvílir á, en að auki er henni beitt sem réttarreglu við úrlausn tiltekins máls. Þá bindur reglan jöfnum höndum handhafa framkvæmdavaldsins, hvort sem er

¹⁷ Páll Hreinsson (2002), bls. 352.

við setningu stjórnvaldsfyrirmæla eða úrlausn einstakra mála, en þar myndi jafnframt 11. gr. ssl. almennt verða beitt sem sérreglu. Þegar skera þarf úr um hvort brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu í ákveðnu tilviki, reynir á þátt dómstólanna að skýra lög í samræmi við þetta markmið. Þegar litið er til dómaframkvæmdar sést það skýrt að hægt er að byggja efnislega rétt á jafnræðisreglunni og sýna fram á að hún hafi verið brotin í ákveðnu tilviki. Aftur á móti getur það verið vandasamt þegar reynt er að heimfæra jafnræðisregluna upp á ákveðið tilvik, sérstaklega hvernig á að greina á milli ólögætrar mismununar sem er andstæð 65. gr. stjkskr. og annarrar aðgreiningar sem gerð er á milli manna eða þjóðfélagshópa.¹⁸

3.5.1. Áhrif jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr.

Ljóst er að jafnræðisregla 65. gr. stjkskr. er það ákvæði sem einna mest er beitt í baráttu minnihlutahópa til að ná fram réttindum jafnt á við aðra. Einn þjóðfélagshópur krefst sömu réttinda og annar eða telur að löggjöf mismuni sér með ólögættum hætti. Er það því nærtækt að byggja slíkar kröfur á 65. gr. stjkskr. sem kveður á um að allir eigi að njóta mannréttinda án mismunar. Er það einkum fyrir tilstilli jafnræðisreglunnar sem ýmis efnahagsleg og félagsleg réttindi hafa fengið aukinn framgang síðastliðin ár. Í íslenskum rétti er ekki hægt að benda á afgerandi niðurstöður um hrein efnahagsleg og félagsleg réttindi, heldur hefur jafnræðisreglunni jafnan verið beitt samhliða ákvæðum er lúta að félagslegum réttindum. Má í því samhengi benda á áður nefnda dóma Hæstaréttar í málum blinds nemanda og Félags heyrnarlausra, en dómarnir staðfesta að minnihlutahópar hafa náð fram réttindum með vísan til jafnræðissjónarmiða.¹⁹

Jafnræðisreglan er samsett úr reglum sem eru tryggðar í alþjóðlegum mannréttindasamningum, en efni 26. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (SBSR) er náskýlt jafnræðisreglunni.²⁰ Álitamál er svo hvort í jafnræðisreglunni felist tilkall til jafnrar lagaverndar, sbr. tilvísun greinargerðar í 26. gr. SBSR.²¹ Í 26. gr. SBSR er mælt fyrir um að allir skuli njóta jafnrar og raunhæfrar lagaverndar en í þeim áskilnaði felst ekki einungis neikvæð skylda ríkisins til að tryggja að mismunun sé ekki beitt heldur jafnframt jákvæðar skyldur sem kunna að fela í sér skyldu til að setja reglur til verndar ákveðnum hópum sem og að stuðla að

¹⁸ Björg Thorarensen (2008). Bls. 578-579.

¹⁹ Björg Thorarensen (2001), bls. 101.

²⁰ Björg Thorarensen (2001), bls. 90.

²¹ Alþingistíðindi. Þskj. 389 – 297. mál, 118. lp. (1994).

raunhæfri vernd þeirra hópa sem standa höllum fæti. Greinin felur því í sér viðamikla tryggingu fyrir beitingu almennrar jafnræðisreglu.²² Mikilvægi 26. gr. SBSR felst t.a.m. í því að greinin tekur til allra þeirra réttinda sem mælt er fyrir um í lögum, þ.e. greinin er ekki bundin við þau borgaralegu og stjórnómáalegu réttindi sem samningurinn tryggir. Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna hefur staðfest að réttindi sem ekki eiga undir efnisákvæði sáttmálans, en falla í flokk efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda, falla undir 26. gr. SBSR. Í máli *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*²³, var til umfjöllunar hollensk löggjöf á sviði almannatrygginga, en samkvæmt henni fengu giftar konur lægri atvinnuleysisbætur en ógiftar konur og karlar án tillits til hjúskaparstöðu, en byggt var á þeirri líkindareglu að karlar væru fyrirvinnur heimilisins en ekki konur. Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna komst að því í niðurstöðum sínum að skipan þessi fæli í sér ólögmeta mismunun og brot gegn ákvæði 26. gr. SBSR. Var um vissa tímamótaákvörðun um gildissvið hinnar víðtæku jafnræðisreglu samningsins að ræða, þar sem þetta var í fyrsta skipti sem nefndin féllst á það í kærumáli að aðildarríki hefði brotið gegn ákvæði 26. gr. SBSR.²⁴

Greinarmun má gera á tvenns konar aðstöðu, af þeim dómum sem hafa fallið, þar sem kemur til álita að beita jafnræðisreglunni þrátt fyrir að mörkin séu ekki alltaf skýr. Annars vegar að þjóðfélagshópar, sem af einhverjum ástæðum er tengjast þeim sjálfum eru í verri stöðu en aðrir, krefjast þess að standa til jafns á við aðra til að njóta ákveðinna réttinda. Á þetta sérstaklega við um fatlaða, sem þurfa sérstakrar aðstoðar við til þess að geta notið til fulls réttinda án tillits til hvers eðlis þau eru en yfirleitt er réttur þeirra til slíkrar aðstoðar verndaður í lögum.²⁵ Hins vegar er það þegar tveir menn eða tveir hópar, sem telja sig vera í sambærilegri stöðu, fá mismunandi úrlausn eða meðferð mála sinna á grundvelli atriða sem koma fram í 1. mgr. 65. gr. stjkskr.²⁶

Erfitt er að draga upp skýra mynd af þeim dómum sem liggja fyrir um 65. gr. stjkskr. um gildi hennar fyrir vernd efnahagslegra og félagslegra réttinda. Eftir tilkomu jafnræðisreglunnar í stjórnarskrá með stjksl. nr. 97/1995, má slá því föstu að fleiri mál en áður hafa komið til úrlausnar dómstóla, þar sem reynt hefur á jákvæðar skyldur stjórnvalda til að tryggja að réttindi manna verði bæði raunhæf og virk. Þá má einnig

²² Dóra Guðmundsdóttir (2006), bls. 149-150.

²³ *Zwaan-de Vries gegn Hollandi*, mál nr. 182/1984.

²⁴ Björg Thorarensen (2001), bls. 91.

²⁵ Dómar Hæstaréttar varðandi málefni blinda nemandans og Félags heymarlausra eru dæmigerðir fyrir þessa aðstöðu.

²⁶ Björg Thorarensen (2001), bls. 101-102.

gera ráð fyrir að dómstólar líti meira en áður til sjónarmiða um mikilvægi þess að rétta hlut þeirra sem höllum fæti standa í samfélaginu.²⁷

²⁷ Björg Thorarensen (2001), bls. 102.

4. 76. gr. stjórnarskrár Íslands

4.1. Almennt

Í 76. gr. stjkskr. eru talin nokkur grunvallarréttindi af meiði efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttindi.²⁸ Líkt og á við um 2. mgr. 75. gr. stjkskr., kveður greinin á um skyldur löggjafans í ákveðnum efnum í stað þess að setja honum skorður eins og er megineinkenni 65.–74. gr. stjkskr. Réttindi sem eru talin í 76. gr. stjkskr. eru jafnframt vernduð af ýmsum alþjóðasamningum. Þannig er t.a.m. réttur til félagslegs öryggis, sbr. 1. mgr. 76. gr. stjkskr. verndaður í 12. gr. Félagsmálasáttmála Evrópu (hér eftir FSE) og er jafnframt að finna ítarlegar reglur um félagslega aðstoð o.fl. í 13.–17. gr. sáttmálans.²⁹

Í 76. gr. stjkskr. er að finna þrjár málsgreinar. Höfundur ritgerðar þessarar mun aðeins beina sjónum að 1. mgr. greinarinnar og eru því 2. og 3. mgr. ekki til umfjöllunar. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjkskr. segir að öllum, sem þess þurfa, skuli tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbrigðar og sambærilegra atvika.

Uppruna 1. mgr. 76. gr. stjkskr. má rekja aftur til 52. gr. stjórnarskrárinnar frá 1874 er var svohljóðandi: „Sá, sem getur ekki sjeð fyrir sér og sínum, og sje hann ekki skyldu-ómagi annars manns, skal eiga rjett á að fá styrk úr almennum sjóði, en þá skal hann háður vera skyldum þeim, er lögin áskilja.“³⁰ Líkt og önnur mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar frá 1874 voru þau nánast samhljóða dönsku grundvallarlögum. Þá gætti mikilla áhrifa frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar í ákvæðum mannréttindakaflans, þar sem Danir sóttu fyrirmynd sína til belgísku stjórnarskrárinnar.³¹

Ákvæðið var nánast óbreytt í stjórnarskránni frá 1874 fram til breytinga sem áttu sér stað með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Fyrir breytingu var að finna ákvæði um framfærslurétt í 70. gr. stjkskr. og var þá svohljóðandi: „Sá skal eiga rétt á styrk úr almennum sjóði sem eigi fær séð fyrir sér og sínum, og sé eigi öðrum skylt að framfæra hann, en þá skal hann vera skyldum þeim háður, sem lög áskilja.“³² Með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, var efni fyrrum 70. og 71. gr. stjkskr. steypit í eitt og

²⁸ Björg Thorarensen (2008), bls. 536.

²⁹ Gunnar G. Schram (1999), bls. 611.

³⁰ Björg Thorarensen (2008), bls. 536.

³¹ Gunnar G. Schram (1999), bls. 449.

³² Björg Thorarensen (2008), bls. 537.

sama ákvæðið í 1. og 2. mgr. stj. skr. sem geyma mun nútímalegra og ítarlegra orðalag.³³

4.2. Alþjóðaskuldbindingar er varða efnið

Í dómaframskýringu fyrir árið 1995 sést að óþekkt var að vísað væri til ákvæða stjórnarskrárinnar um félagslega aðstoð í dómum Hæstaréttar. Síðustu áratugi hefur greinin öðlast meira gildi, m.a. vegna áhrifa alþjóðlegra mannréttindasamninga sem hafa að geyma mun ítarlegri lýsingu á grunnreglunum sem koma fram í stjórnarskránni.³⁴

Með þeim breytingum sem gerðar voru á stjórnarskránni með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 voru ákvæðin í verulegum atriðum tengd alþjóðlegum mannréttindasamningum. Eitt af markmiðum frumvarps til stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 var að taka mið af þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem íslenska ríkið hafði gengist undir með aðild sinni að alþjóðlegum mannréttindasáttmálum. Tengslin í dag eru augljós og sjást m.a. af því að sum ákvæði stjórnarskrárinnar eru orðuð á sama hátt og ákvæði alþjóðlegra samninga. Þrátt fyrir að 1. mgr. 76. gr. stj. skr. eigi sér ekki nákvæmlega samsvarandi fyrirmynd í alþjóðasamningi þá eru engu að síður vísað til slíkra samninga í skýringum á því hvernig túlka beri ákvæðið. Liggur því enginn vafi á því að alþjóðlegir mannréttindasamningar hafa talsvert meira gildi við túlkun og skýringu á inntaki 1. mgr. 76. gr. stj. skr. sem og annarra ákvæða mannréttindakafla stjórnarskrárinnar eftir breytingarnar með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Mannréttindasáttmáli Evrópu er þó einn þeirra alþjóðlegra samninga sem hafði hve mest áhrif hérlendis undanfarandi áratug fyrir stjórnarskrárbreytingarnar, en þau áhrif sjást hve gleggst af lögfestingu hans með lögum nr. 62/1994.³⁵

Í Mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna (MYSÞ) frá 10. desember 1948 koma fram helstu efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu réttindi og því lýst yfir að stefna skuli að virkri vernd þeirra með skuldbindandi alþjóðasamningum. Helstu réttindin er varða efnið er að finna í 22.-27. gr. yfirlýsingarinnar. Í kjölfar MYSÞ var grunnurinn lagður að alþjóðlegri samningsgerð á sviði mannréttinda, bæði á vettvangi Sameinuðu þjóðanna (Sþ) og í samvinnu við ríki Evrópu. Ísland er aðili að tveimur helstu alþjóðasamningum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og eru

³³ Gunnar G. Schram (1999), bls. 612.

³⁴ Björg Thorarensen (2008), bls. 538.

³⁵ Björg Thorarensen (2001), bls. 85.

þetta Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (SEFMR) frá 1966 og Félagsmálasáttmáli Evrópu frá 1961.

Að efni til eru SEFMR og FSE mjög áþekkir, en FSE er nokkuð ítarlegri og hefur m.a. að geyma sérstakt ákvæði um réttindi fatlaðra til starfsþjálfunar og endurhæfingar í 15. gr. Þannig er réttur til félagslegs öryggis, sem 1. mgr. 76. gr. stjkskr. kveður á um, verndaður í 12. gr. FSE ásamt ítarlegum reglum um félagslega aðstoð o.fl. í 13.-17. gr. sáttmálans. Sambærileg réttindi er að finna í 9.-11. gr. SEFMR. Í SEFMR hefjast flest ákvæðin á yfirlýsingu um að ríki viðurkenni rétt manna, t.d. til félagslegrar aðstoðar, og þá er skyldum þeirra til að gera ráðstafanir lýst. Ákvæði FSE eru sett fram með svipuðum hætti. Slík framsetning, þar sem gengið er út frá skyldu ríkis en ekki rétti einstaklingsins, leiðir m.a. til þess að réttindi, sem samningarnir ná til, hafa ekki verið talin efnisréttindi með beinum réttaráhrifum sem einstaklingur getur byggt rétt á fyrir dómstólum aðildarríkja. Er þetta í fullu samræmi við kenningar að landsrétti flestra aðildarríkja um eðli þessara réttinda og almennt viðhorf í íslenskum fræðikenningum er varðar eðli og markmið slíkra réttindaákvæða stjórnarskrárinnar. Nokkrar samþykktir Alþjóðavinnuálagstofnunarinnar (ILO), sem Ísland er aðili að, gegna mikilvægu hlutverki er lúta að þessum réttindum. Samþykktir ILO er mikilvægar heimildir á sviði vinnuréttar og atvinnufrelsis sem og í tengslum við réttindi sveitarfélaga.³⁶

4.3. Inntak ákvæðisins

Samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjkskr. ber orðalagið „öllum“ þess merki að veita skuli öllum aðstoð af þeim toga sem lýst er í ákvæðinu. Markmið ákvæðisins er fyrst og fremst að tryggja að reglur um aðstoð hvíli á jafnréttisgrundvelli án mismununar, sbr. atriði sem upp eru talin í 65. gr. stjkskr. Þótt krafa sé gerð um jafnræði kemur það ekki í veg fyrir að löggjafinn setji nánari skilyrði um hverjir njóta réttar samkvæmt ákvæðinu, t.d. reglur um lágmarksdvöl manna hér á landi eða lögheimili til að þeir öðlist rétt í almannatryggingakerfinu. Þar sem ekki er skilgreint með tæmandi hætti í 1. mgr. 76. gr. stjkskr. hvaða aðstæður manns leiða til réttar hans til aðstoðar, eru þar talin ýmis atriði sem líklegust er til að skapa slíka þörf. Með þessu móti er möguleikanum haldið opnum um að menn kunni að þarfnast aðstoðar vegna annarra

³⁶ Björg Thorarensen (2001), bls. 87-88.

ástæðna en þeirra sem eru taldar í ákvæðinu, en löggjafanum sé engu að síður skylt að tryggja aðstoð sé þörf á henni.³⁷

4.4. Allir sem þess þurfa

Skilyrði fyrir aðstoð er að viðkomandi þurfi á henni að halda en orðalag 1. mgr. 76. gr. stjkskr. miðast við þá „sem þess þurfa“. Í skýringum með ákvæðinu með stjórnarskrárbreytingunni 1995 sagði að, sá sem gæti séð nægilega fyrir sér sjálfur, þyrfti að njóta réttar til slíkrar aðstoðar, en þann rétt væri þó fyllilega heimilt að veita honum ef löggjafinn kysi svo.³⁸ Eðlilegt er að löggjafinn setji ákveðnar viðmiðunarreglur um hvenær menn eru taldir þurfa á aðstoð að halda. Slíkt gerir hann með því að veita öllum sem hafa tekjur undir tilteknu lágmarki aðstoð við ákveðnar aðstæður en ekki þeim sem eru yfir tekjumarkinu. Þá hefur löggjafanum verið talið heimilt að líta svo á að þörf einstaklingsins sé minni ef maki hans er yfir ákveðnu tekjumarki þar sem gagnkvæm framfærsluskylda hvílir milli hjóna, sbr. 1. mgr. 46. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993 og 1. mgr. 19. gr. laga um félagsþjónustu sveitarfélaga nr. 40/1991, sem mælir fyrir um að hverjum manni sé skylt að framfæra sjálfa sig, maka sinn og börn undir 18 ára. Hæstiréttur staðfesti heimildir löggjafans til að greiða einstaklingum í sambúð lægri bætur en einstaklingi sem býr einn. Í dómi Hæstiréttar sagði m.a.:

Hrd. 2003, bls. 3411 (öryrkjamál II). Tryggingastofnun ríkisins gegn Öryrkjabandalagi Íslands og gagnsök, sem upp var kveðinn 19. desember í máli nr. 125/2000. Hæstiréttur viðurkenndi að Tryggingastofnun hafi verið óheimilt á grundvelli 2. mgr. 4. gr. reglugerðar nr. 485/1995 um tekjutryggingu samkvæmt lögum um almannatryggingar nr. 117/1993, að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap með því að telja helming samanlagðra tekna beggja hjóna til tekna lífeyrisþegans í því tilviki, er maki hans er ekki lífeyrisþegi. Taldist skerðingin meiri en svo að hún tryggði öryrkjum þau lágmarksréttindi, sem fælust í 1. mgr. 76. gr. stjkskr., þannig að þeir fengju notið þeirra mannréttinda, sem 65. gr. stjkskr. mælir fyrir. Í kjölfar dómsins voru sett lög nr. 3/2001, um breytingu á almannatryggingalögum, en samkvæmt lögunum var örorkulífeyrisþegum, sem sætt höfðu skerðingu, greidd full tekjutrygging fyrir árin 1997 og 1998, en tekjutrygging vegna árána 1999 og 2000 var skert með nýjum hætti. Ekkert var greitt vegna árána 1994 til 1996 þar sem kröfur örorkulífeyrisþega vegna þeirra ára voru taldar fyrndar. Í málinu krafðist IG að fá greiddar óskertar örorkubætur fyrir árin 1994 til 1996 og 1999 til 2000. Fallist var á það með héraðsdómara að kröfur IG væru fyrndar vegna fyrrnefnda

³⁷ Björg Thorarensen (2008), bls. 549.

³⁸ Alþingistíðindi. Þskj. 389 – 297. mál, 118. lp. (1994).

tímabilsins. Þá benti Hæstiréttur m.a. á í niðurstöðu sinni, að þrátt fyrir að telja yrði það aðalreglu íslensks réttar, að réttur einstaklinga til greiðslna úr opinberum sjóðum skyldi vera án tillits til tekna maka væri víða í lögum tekið tillit til hjúskaparstöðu fólks. Þá hefði verið talið, að einstaklingur í hjúskap eða sambúð þyrfti minna sér til framfærslu en sá, sem byggði einn. Gæti það átt við málefnaleg sjónarmið að styðjast að gera greinarmun á greiðslum til einstaklings úr opinberum sjóðum eftir því hvort einstaklingurinn væri í sambúð eða ekki.

Líkt og að ofan greinir varðandi aðstoð, sbr. 1. mgr. 76. gr. stjkskr., ber að veita aðstoðina á jafnræðisgrundvelli, þannig eiga tveir einstaklingar, sem búa við sömu aðstæður, rétt á sambærilegri aðstoð.³⁹

Hvað sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbrigðar og sambærilegra atvika varðar, þá er ekki talið með tæmandi hætti í ákvæðinu hvaða aðstæður manns leiða til þess að hann eigi rétt á aðstoð. Í ákvæðinu er lögð áhersla á atriði sem líklegust eru til þess fallin að skapa þörf fyrir aðstoð. Þá eru önnur sambærileg atvik tiltekin og með því er möguleikanum haldið opnum að menn gætu þurft á þessari aðstoð að halda vegna annarra atvika en þeirra sem talin eru í ákvæðinu.⁴⁰

4.5. Tengsl 76. gr. og 65. gr. stjkskr.

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, segir í 1. mgr. 65. gr. stjkskr. Orðalagið „stöðu að öðru leyti“ ber með sér að ekki sé um tæmandi talningu að ræða í ákvæðinu, þar af leiðandi geta ýmis atriði fallið þar undir líkt og heilsufar og líkamlegt ástand fólks.⁴¹ Líkt og áður hefur komið fram er grundvöllur jafnræðisreglunnar hugmyndin um jafnræði borgaranna. Aðalatriði jafnræðisreglunnar er annars vegar grunnreglan um jafnræði og hins vegar bann við mismunun,⁴² en hugtökin eru náskyld og er mismunun afleiðing brots gegn grundvallarreglunni um jafnræði.⁴³

Mismunun getur bæði verið bein og óbein. Í lögum nr. 10/2008, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla eru hugtökin skýrð og segir í 1. gr. laganna að með beinni mismunun sé átt við það þegar einstaklingur fær óhagstæðari meðferð en annar af gagnstæðu kyni við sambærilegar aðstæður. Hvað óbeina mismunun varðar er átt við það þegar hlutlaust skilyrði, viðmið eða ráðstöfun komi hlutfallslega verr niður á öðru

³⁹ Björg Thorarensen (2008), bls. 551.

⁴⁰ Gunnar G. Schram (1999), bls. 613-614.

⁴¹ Alþingistíðindi. Þskj. 389 – 297. mál, 118. lþ. (1994).

⁴² Björg Thorarensen (2008), bls. 571.

⁴³ Oddný Mjöll Arnardóttir (2005), bls. 436.

kyninu nema slíkt teljist viðeigandi, nauðsynlegt eða réttlætanlegt vegna hlutlægra þátta óháð kyni. Fyrirmyndir skilgreininganna er m.a. að finna í samningi Sameinuðu þjóðanna um afnám mismununar gegn konum og í gerðum Evrópusambandsins.⁴⁴

Í *Hrd. 2000*, bls. 4480 (*mál nr. 125/2000*) (*öryrkjamál I*) Öryrkjabandalag Íslands (ÖBÍ) höfðaði mál gegn Tryggingastofnun ríkisins (TR). Annars vegar til viðurkenningar á því að TR hefði ekki verið heimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap vegna maka, sem var ekki lífeyrisþegi, með því að telja helming samanlagðra tekna beggja hjóna til tekna örorkulífeyrisþegans og hins vegar að slík skerðing hafi ekki verið heimil eftir að hún var lögfest með lögum nr. 149/1998, sem tóku gildi 1. janúar 1999. Talið var að ekki hefði verið nægjanleg heimild í þágildandi lögum nr. 117/1993, um almannatryggingar, fyrir ráðherra til að setja reglugerð sem skerti rétt bótaþega til tekjutrygginga vegna maka. ÖBÍ byggði seinni kröfu sína á því að 5. mgr. 17. gr. laga nr. 117/1993 væri ekki í samræmi við 1. mgr. 76. gr. stjkskr. Að teknu tilliti til þjóðréttarlegra skuldbindinga samkvæmt FSE og SEFMR taldi meirihluti Hæstaréttar að 76. gr. stjkskr. bæri að skýra þannig að skylt væri að tryggja að lögum rétt hvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarksframfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi sem væri ákveðið á málefnalegan hátt. Samkvæmt 2. gr. stjkskr. hefði almenni löggjafinn vald um hvernig slíkt væri skipulagt en það yrði samt sem áður að fullnægja þeim lágmarksréttindum sem fælist í ákvæðum 76. gr. stjkskr. Þá yrði skipulagið einnig að uppfylla skilyrði 65. gr. stjkskr. um að hver einstaklingur nyti samkvæmt ákvæðinu jafnréttis á við aðra sem réttar njóta, svo og almennra mannréttinda. Þá áréttaði Hæstiréttur að telja yrði það aðalreglu íslensks réttar að réttur einstaklings til greiðslna úr opinberum sjóðum skuli vera án tillits til tekna maka. Var það þó viðurkennt að það gæti átt við málefnaleg rök að styðjast „að gera nokkurn mun á greiðslum til einstaklinga úr opinberum sjóðum eftir því hvort viðkomandi er í sambúð eða ekki.“ Af þessu var dregin sú ályktun að um málefnaleg sjónarmið hefði verið að ræða, sem bryti ekki í bága við 65. gr. stjkskr., þegar því er beitt á þann hátt að gerður væri nokkur munur á greiðslum til einstaklinga eftir því hvort einstaklingurinn sé í sambúð eða ekki. Niðurstaða meirihluta Hæstaréttar var sú að þegar litið væri til skipulags réttinda örorkulífeyrisþega samkvæmt almannatryggingalögum yrði þetta skipulag ekki talið

⁴⁴ Alþt. 2007–2008, A-deild, þskj. 149. Sjá einnig gagnrýni á orðalagi orðskýringanna í grein Oddnýjar Mjallar Arnardóttur: „Vernd gegn mismunun í íslenskum rétti: Breytinga er þörf“. Telur Oddný Mjöll að skilgreiningarnar samræmist ekki nægilega þeim skilgreiningum sem gilda innan Evrópuréttarins er varðar beina og óbeina mismunun.

tryggja þeim þau lágmarksréttindi sem fælust í 76. gr. stjkskr. á þann hátt að þeir fengju notið þeirra mannréttinda sem 65. gr. stjkskr. felur í sér. Í minnihlutaatkvæði Hæstaréttar var einnig á það fallist að telja yrði það málefnalegt viðhorf löggjafans að taka mið af því við lagasetningu um aðstoð við öryrkja, hversu mikils stuðnings öryrki mætti búast við af maka sínum. Var löggjafinn því talinn bær til að meta, hvernig tekjur maka örorkulífeyrisþega kæmu til skoðunar, þegar skyldu stjórnarskrárinnar væri fullnægt til að tryggja öryrkjum lögbundinn rétt til aðstoðar, sem gætu ekki séð fyrir sjálfir. Ekki væru efni til, að dómstólar högguðu við matinu enda ekki verið sýnt fram á það með haldbærum rökum, að staða öryrkja í hjúskap gæti vegna tekna maka orðið á þann veg.

Hvað umfjöllun um öryrkjamál I varðar, þá hefur verið á það bent að staða stefnanda hefði verið sú að hann hafi einungis notið grunnlífeyris sem varð til þess að öryrki í hans stöðu gat ekki staðið undir lögbundinni framfærsluskyldu sinni gangvart maka líkt og ófatlaður einstaklingur í hjúskap. Þar af leiðandi gat fatlaður einstaklingur ekki notið sömu réttinda með sama hætti og ófatlaður, sem felur í sér mismunun.⁴⁵ Hvort skilyrði 65. gr. stjkskr. hafi verið uppfyllt, og einnig við skýringu á 76. gr. stjkskr, mat Hæstiréttur það svo að tengja ákvæðið við alþjóðasamninga. Þá leit dómstóllinn til 26. gr. SBSR og 9. gr. SEFMR. Helsta gagnrýnin á þennan dóm hefur verið sú að með afstöðu sinni hafi Hæstiréttur tekið að sér hlutverk löggjafarvaldsins þar sem hann marki skiptingu þeirra gæða sem löggjafanum ber að gera. Má draga þá ályktun að löggjafinn hafi verið búinn að ákveða skiptinguna með því að samþykkja 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og jafnframt með því að gangast undir skuldbindingar samkvæmt SEFMR og FSE. Hvað dóminn varðar má draga þá ályktun að Hæstiréttur telji sig hafa vald til að meta hvort löggjafinn hafi tryggt þau lágmarksréttindi sem vernduð eru í 1. mgr. 76. gr. stjkskr., en ákvæðið hefur samkvæmt því meira vægi en svo að teljast til almennrar stefnuyfirlýsingar.⁴⁶

Með vísan til þessa geta einstaklingar byggt einstaklingsbundinn rétt á ákvæðum 1. mgr. 76. gr. stjkskr. telji þeir að ríkið hafi brotið á þeim og ekki staðið við skuldbindingar sínar eins og kveðið er á um í ákvæðinu.

⁴⁵ Dóra Guðmundsdóttir (2006), bls. 151-153.

⁴⁶ Óafur Jóhannesson (1960), bls. 468.

5. Helstu lagaákvæði íslenskrar löggjafar þar sem fatlaðir njóta réttarverndar á vinnumarkaði

5.1. Þróun löggjafar um málefnið

Í íslenskri löggjöf er að finna lög sem stuðla að bættri réttarstöðu fatlaðra. Annars vegar er um að ræða löggjöf sem felur í sér sértæk réttindi fatlaðra en hins vegar almenna löggjöf sem varðar réttarstöðu almennings.

Á Íslandi var ekki að finna nein sérstök lög um málefni fatlaðra fram til ársins 1935 enda þótt þörfum fatlaðra til framfærslu hafi að einhverju leyti verið mætt með fátækralöggjöf allt frá Þjóðveldisöld, en í Ómagabálki Grágásar var að finna ákvæði um framfærslu fátækra og vanheilla. Lög nr. 18/1936, um fávítahæli, tóku sérstaklega til fatlaðra. Þótt sú löggjöf hafi einungis tekið til afmarkaðs hóps fatlaðra og fjallað um afmarkaðan þátt, það er um vinnuhæli, voru þau engu að síður fyrstu lögin sem lutu sérstaklega að þörfum fatlaðra. Árið 1979 tóku í gildi lög nr. 47/1979, um aðstoð við þroskahefta, en líkt og heiti laganna gefur til kynna tóku þau ekki almennt til fatlaðra, heldur einungis þroskaheftra. Lög um aðstoð við þroskahefta voru engu að síður skrefin sem stigin voru í átt þeirrar löggjafar sem í gildi eru í dag um málefni fatlaða.⁴⁷

Á 31. allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna árið 1976 var ákveðið að árið 1981 skyldi vera ár fatlaðra. Í kjölfar þess voru aðildarríki Sp hvött til þess að endurskoða löggjöf sína í málefnum fatlaðra og huga að mannréttindum þeirra. Árið 1980 var svo hafist handa við undirbúning og gerð frumvarps til laga um málefni fatlaðra. Hinn 23. mars 1983 voru lög nr. 41/1983, um málefni fatlaðra samþykkt á Alþingi og tóku þau gildi 1. janúar 1984. Þetta voru fyrstu almennu lögin um málefni fatlaðra.⁴⁸ Árið 1989 var svo ljóst, eftir endurskoðun, að þörf var á nýjum lögum um málefni fatlaðra. Frumvarp til laganna var lagt fram á Alþingi 1992 og tóku við ný lög 2. júní 1992.⁴⁹ Lög nr. 59/1992, um málefni fatlaðra eru enn í gildi.

⁴⁷ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 17.

⁴⁸ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 18-19.

⁴⁹ Alþingistíðindi. Þskj. 354 – 222. mál, lp. 115. (1991-1992).

5.2. Lög nr. 59/1992, um málefni fatlaðs fólks

Núgildandi lög um málefni fatlaðra þóttu marka tímamót í þjónustu við fatlaða, en með þeim hefur verið leitast við að framfylgja grundvallaratriðum er lúta að þjónustu og réttindum fatlaðra. Í 1. gr. laganna er kveðið á um markmið þeirra en þeim er ætlað að tryggja fötluðu fólki jafnrétti og sambærileg lífskjör á við aðra þjóðfélagsþegna og skapa fötluðum skilyrði til að lifa eðlilegu lífi.

Í XII. kafla lmf. er fjallað um atvinnumál fatlaðra. Í frumvarpi til laganna segir að nýjar áherslur og ítarlegri ákvæði um atvinnumál fatlaðra sé að finna í lögnum en áður gerði. Jafnframt sé að finna nýjar áherslur er miða að því að auka möguleika fatlaðra til að starfa á almennum vinnumarkaði. Hvað þessar nýju áherslur varðaði þá fólust þær einkum í atvinnuleit, starfsráðgjöf, starfsþjálfun á almennum vinnumarkaði og aðstoð liðveislu á vinnustað.⁵⁰

Fatlaðir einstaklingar eiga oftast en ekki erfitt með að sinna störfum á almennum vinnumarkaði og til þess að auðvelda þeim eiga þeir rétt á aðstoð þegar þörf krefur samkvæmt 29. gr. lmf. Fatlaðir eiga rétt á starfsþjálfun á almennum vinnumarkaði og hjá stofnunum þar sem því verður við komið. Þrátt fyrir meginregluna um að fatlaðir skuli eiga þess kost að starfa á almennum vinnumarkaði þá bjóða aðstæður viðkomandi einstaklings ekki alltaf upp á það. Í slíkum tilfellum þar sem fatlaður einstaklingur getur ekki starfað á almennum vinnumarkaði eða fær ekki vinnu á hann rétt á verndaðri vinnu, annað hvort á almennum vinnumarkaði eða á sérstökum vinnustað fyrir fatlaða.⁵¹

Í 32. gr. lmf. er að finna mjög mikilvægt ákvæði, en þar er að finna svokallaða forgangsreglu. Forgangsreglur koma stundum fram í lögum og stjórnvaldsfyrirmælum, en þær mæla fyrir um að tiltekin sjónarmið skuli hafa aukið vægi við úrlausn mála. Samkvæmt 32. gr. lmf. skulu fatlaðir eiga forgang að atvinnu hjá ríki og sveitarfélagi ef hæfni þeirra til starfsins er meiri eða jöfn hæfni annarra sem um starfið sækja. Sumar forgangsreglur eru skilorðsbundnar og því verða þær ekki virkar nema við ákveðin skilyrði. Það á við um forgangsreglu 32. gr. lmf., þar sem hún verður einungis virk ef hæfi hins fatlaða er jöfn eða meiri en annars umsækjanda sem sótti um sömu stöðu.⁵²

⁵⁰ Alþingistiðindi. Þskj. 354 – 222. mál, lþ. 115. (1991-1992).

⁵¹ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 193-194.

⁵² Skýrsla forsætisráðherra um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Alþingistiðindi. Þskj. 376 – 275. mál, lþ. 125 (1999-2000). Þskj. 376 — 275. mál.

Lög um málefni fatlaðra er rammalöggjöf sem kveður á um að ákveðið grunnskipulag félagslegrar þjónustu sé sett á laggirnar. Með þessu er verið að tryggja að stuðningur sem fatlaður einstaklingur á njóta má aldrei vera minni en segir í þessum lögum. Hins vegar er löggjafanum heimilt að veita fötluðum meiri réttindi en kveðið er á um í lögum um málefni fatlaðra.⁵³

Meginforsenda og grundvallaratriði í lífi fatlaðs einstaklings er að hann einangrist ekki. Einangrist fatlaður einstaklingur verður hann ekki virkur samfélagsþegn. Til að koma í veg fyrir slíkt er mikilvægt að styðja hann, virkja og leiðbeina um almenna og verndaða vinnumarkaðinn. Í frumvarpi með lögum um málefni fatlaðra segir að til þess að fatlaðir geti notið lífsins sem best, njóti félagslegs samneytis, menningar og félagslífs þurfi hann stuðning.⁵⁴

5.2.1. Reglugerð um atvinnumál fatlaðra

Í Reglugerð um atvinnumál fatlaðra, nr. 376/1996, er fjallað um þau úrræði sem nefnd eru í lögum um málefni fatlaðra og er ætlað að styðja fatlaða í að þjálfa og nýta starfsgetu sína og færni. Í 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar er að finna meginreglu, en í henni segir að úrræðum reglugerðarinnar skuli beita þannig að stuðningur til starfa á almennum vinnumarkaði gangi framur öðrum kostum. Ákvæði þetta er mjög mikilvægt og undirstrikar þá stefnu að fatlaðir taki þátt í samfélaginu til jafns á við aðra ófatlaða. Segir þetta að fyrst eigi að styðja fatlaða til vinnu á almennum markaði og takist það ekki skuli grípa til annarra úrræða sem í boði eru.⁵⁵ Samkvæmt 2. mgr. 1. gr. reglugerðarinnar eru eftirfarandi kostir í boði:

1. Starfsráðgjöf, atvinnuleit og vinnumiðlun
2. Aðstoð við fatlaða í vinnu á almennum vinnumarkaði
3. Hæfing og iðja
4. Verndaðir vinnustaðir

Þeir fötluðu einstaklingar sem vinna á vernduðum vinnustöðum fá einungis táknræn laun fyrir vinnuframlag sitt, þ.e. að þrátt fyrir fullan vinnudag fær það ekki laun í samræmi við framlag sitt þar sem framfærslu sína fá þeir einna helst í gegnum örorkubætur.⁵⁶

⁵³ Alþingistíðindi. Þskj. 354 – 222. mál, lþ. 115. (1991-1992).

⁵⁴ Alþingistíðindi. Þskj. 354 – 222. mál, lþ. 115. (1991-1992).

⁵⁵ Brynhildur G. Flóvenz. réttarstaða fatlaðra. Bls. 198-199.

⁵⁶ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 199.

Vissulega er því þannig háttað að fatlaður einstaklingur vill nýta starfsgetu sínu á hinum almenna vinnumarkaði, aftur á móti eru einstaklingar mis vel í stakk búnir til þess að geta það. Með tilliti til þess sem að ofan greinir er nauðsynlegt að veita stuðning svo slíkt gangi eftir og þarf oftast en ekki einungis lengri aðlögunartíma eða frekari aðstoð fyrir einstaklinginn til að komast inn í starfið. Sé slíkur stuðningur og aðlögun veitt er starfskraftur hins fatlaða einstaklings nýttur og félagsleg einangrun hans minnkar.

5.3. Stjórnsýslulög nr. 37/1993

Einn megin tilgangur stjórnsýslulaga er meðal annars sá að tryggja réttarstöðu borgaranna í samskiptum þeirra við ríkisvaldið. Með stjórnsýslulögunum var réttaröryggi borgaranna tryggt. Um gildissvið stjórnsýslulaga er fjallað í 1. gr. og segir að lögin gildi aðeins um stjórnsýslu ríkis og sveitarfélaga. Stjórnsýslulögin gilda þegar stjórnvöld, þar á meðal stjórnsýslunefndir, taka ákvarðanir um rétt eða skyldu manna og gilda ekki um samningu reglugerða né annarra almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Í III. kafla ssl. er að finna almennar reglur. Í 7. gr. er kveðið á um leiðbeiningarskyldu og segir að stjórnvöldum beri að veita þeim sem til þess leita nauðsynlega aðstoð og leiðbeiningar varðandi þau mál sem snerta starfssvið þess. Felst í ákvæðinu meðal annars sú skylda stjórnvalds að útskýra og aðstoða málsaðila að eigin frumkvæði um þau mál er varða réttindi eða skyldu hans, sé það bersýnilegt að málsaðili hafi misskilið réttarreglur eða bersýnilega þurfi á auknum leiðbeiningum að halda.⁵⁷

Í 11. gr. ssl. er að finna jafnræðisreglu. Jafnræðisreglan er í raun tvískipt og í 1. mgr. segir að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Ákvæðið felur í sér reglu sem áskilur að sambærileg máli skuli fá sambærilega úrlausn, þannig að litið sé til sambærilegra sjónarmiða og með sömu áherslu. Jafnframt skulu ósambærileg mál fá ólíka niðurstöðu.⁵⁸ Í 2. mgr. 11. gr. ssl. er hins vegar að finna reglu sem bannar mismunun á grundvelli ákveðinna sjónarmiða, byggðum á kynferði þeirra, kynþætti, litarhætti, þjóðerni, trúarbrögðum, stjórnmalaskoðunum, þjóðfélagsstöðu, ætterni eða öðrum sambærilegum ástæðum. Þau sjónarmið sem talin eru í 2. mgr. sömu greinar verða almennt talin ómálefnaleg

⁵⁷ Páll Hreinsson (1994), bls. 6-8.

⁵⁸ Páll Hreinsson (2004), bls. 341-342.

við töku stjórnvaldsákvæðana.⁵⁹ Í upptalningu 2. mgr. 11. gr. ssl. er fatlaðra ekki sérstaklega getið en eins og í 65. gr. stjkskr. er það ótvírætt að fötlun fellur undir ákvæðið. Mikilvægt er að árétta að ekki verður gagnályktað frá 11. gr. ssl. í þá veru að stjórnvöldum beri ekki að gæta jafnræðis borgaranna í öðrum tilvikum, þar sem meginreglan sem ákvæðið byggist á er mun víðtækari en fram kemur í því sjálfu. Þótt stjórnsýslulögin gildi almennt eingöngu um stjórnsýsluákvæðanir þá er gildissvið jafnræðisreglunnar mjög víðtækt og gildir meðal annars um opinbera þjónustu. Á það við um flesta þjónustu sem stendur fötluðum til boða og oftast er ekki er meiri eftirspurn eftir þjónustu en framboð og því mikilvægt að gæta jafnræðis við úthlutun þjónustunnar og því mikilvægt að láta ekki ómálefnaleg sjónarmið og geðþótta ráða för.⁶⁰

Mikilvægi jafnræðisreglunnar er misjafnt og fer eftir eðli hvers tilviks fyrir sig. Um jafnræðisregluna hefur verið fjallað á tveimur sviðum, samkeppnistilvikum og samanburðartilvikum. Hvað samkeppnistilvik varðar þá er um að ræða tilvik þegar þau gæði sem stjórnvöld veita eru takmörkuð og geta ekki verið veitt öllum sem sækjast eftir þeim. Í slíkum tilvikum verður stjórnvald að velja á milli umsækjenda á grundvelli málefnalegra sjónarmiða. Samanburðartilvik eru þau tilvik þegar efnisgrundvöllur tveggja eða fleiri stjórnvaldsákvæðana er borinn saman. Eftir að stjórnvald hefur byggt ákvörðun á tilteknum sjónarmiðum og lagt áherslu á ákveðið sjónarmið leiðir jafnræðisreglan almennt til þess að þegar aftur kemur upp sambærilegt mál til úrlausnar ber almennt að leggja sömu sjónarmið til grundvallar og með sömu áherslu. Með þessu móti fæst sambærileg niðurstaða og samræmis er gætt innan stjórnsýslunnar. Þá hefur jafnræðisregla stjórnsýslulaga mikla þýðingu þegar taka þarf matskenndar stjórnvaldsákvæðanir.⁶¹

Þegar stjórnvald þarf að meta hvaða sjónarmiða þarf að gæta hefur það ekki frjálsar hendur að öllu leyti, heldur þarf að gæta bæði jafnræðisreglunnar og meðalhófsreglunnar.⁶²

⁵⁹ Páll Hreinsson (2004), bls. 349.

⁶⁰ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 69-70.

⁶¹ Páll Hreinsson (1994), bls. 73.

⁶² Má í þessu sambengi vísa til álits umboðsmanns Alþingis í máli nr. 2511/1998 um bifreiðastyrk. Þar hafði A kvartað yfir úrskurði tryggingaráðs þar sem staðfest var synjun tryggingastofnunar á umsókn hans um hærri bifreiðastyrk. A var blindur og taldi að sér og öðrum blindum væri mismunað þar sem hærri styrkir væru aðeins veittir þeim sem teldust mjög hreyfihamlaðir. Umboðsmaður rakti ákvæði 11. gr. um félagslega aðstoð og taldi að með hliðsjón af forsögu ákvæðisins að 5. gr. reglugerðar um þátttöku almannatrygginga í bifreiðakaupum, hafi haft næga lagastöð og að heimilt hafi verið að mæla fyrir um það í reglugerðinni að mjög hreyfihamlað fólk ætti rétt á hærri styrkjum til bifreiðakaupa þar sem fötlunin ylli því að þörf væri fyrir frekar sérútbúinn bifreið. Var það niðurstaða umboðsmanns að ekki þætti ástæða til athugasemda af hans hálfu við þá niðurstöðu tryggingaráðs að synja umsókna A um hærri styrk til bifreiðakaupa.

Greinarmunur er jafnan gerður á almennum og sérstökum jafnræðisreglum, en 2. mgr. 11. gr. ssl. felur í sér almenna jafnræðisreglu en samkvæmt henni er óheimilt að líta til kynferðis þegar skipað er í stjórnarsýslunefndir. Sérstakar jafnræðisreglur eru oft forgangsreglur og þótt forgangsregla komi ekki fram í lögum eru til dæmi um að dómstólar hafi talið að skýra bæri ákvæði í samræmi við hana. Sérstaka jafnræðisreglu⁶³ er að finna í 15. gr. laga nr. 10/2008, um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, en í 1. mgr. segir að við skipun í nefndir, ráð og stjórnir á vegum ríkis og sveitarfélaga skal þess gætt að hlutfall kynjanna sé sem jafnast. Samkvæmt þessu er heimilt að líta til kynferðis, en það er ekki einungis heimilt heldur er beinlínis lögð á stjórnvöld lagaskylda til að gera slíkt.⁶⁴

Mjög þekkt dæmi um sérstaka jafnræðisreglu er að finna í dómi Hæstaréttar, *Hrd. 1993, bls. 2230 (mál nr. 339/1993)(Helga Kress)*. Dómstóllinn komst meðal annars að þeirri niðurstöðu að með jafnréttislögum væri verið að stemma stigu við mismunun en það væri oftast en ekki erfitt að sanna að um mismunun væri að ræða. Þá taldi dómstóllinn að lögin yrðu þýðingarlítill hvað varðaði þetta markmið ef meginreglurnar í 1., 2., 3., og 9. gr. yrðu ekki skýrðar svo, að konu yrði veitt starf ef hún væri að minnsta kosti jafnt að starfinu komin, hvað menntun og annað sem máli kann að skipta og karlmaður sem við hana keppir, ef fáar konur væru á viðkomandi starfssviði.

Málefnaleg sjónarmið og lík sjónarmið þurfa að búa að baki stjórnvaldsákvörðunum. Ákvæði stjórnarskár og mannréttindasáttmála gefa oftast en ekki vísbendingar um hvaða sjónarmið beri að leggja til grundvallar og því teljast þau sjónarmið sem ætlað er að vernda mannréttindi almennt vera málefnaleg. Vekja má athygli á því að sérlög sem víkja frá almennu jafnræðisreglunni, ganga henni að jafnaði framár. Má þar nefna forgangsreglu 32. gr. lmf. til starfa hjá hinu opinbera og ákvæði jafnréttislaga sem hafa verið túlkuð þannig að við ráðningu í starf beri að ráða það kyn sem er í minnihluta í viðkomandi starfsgrein, að teknu tillit til hæfni. Gæti stjórnvald ekki að jafnræðisreglunni við ákvörðun sína er almennt talað um efnisannmarka sem leitt getur til ógildingar ákvörðunar og skapað stjórnvaldi bótaskyldu.⁶⁵ Reglur um veitingu takmarkaðra gæða úr hendi ríkis byggja á því að allir sem uppfylla ákveðin lágmarksskilyrði geti sóst eftir því að fá þeim úthlutað.⁶⁶

⁶³ Í lögum um málefni fatlaðra er einnig sérstök jafnræðisregla, þ.e. í 32. gr. laganna.

⁶⁴ Páll Hreinsson (2002) bls. 351.

⁶⁵ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 74-75.

⁶⁶ Páll Hreinsson (2002), bls. 361.

5.3.1. Jafnrétti fatlaðra

Jafnrétti fatlaðra á við aðra borgara er tryggt í stjórnarskrá og almennum lögum, alþjóðasamningum og yfirlýsingum. Samkvæmt orðanna hljóðan er jafnrétti fatlaðra nokkuð vel tryggður. Fatlaðir eru ekki einsleitir hópur og getur fötlun verið margvísleg sem og misjöfn og hið sama gildir um þarfir einstaklinga. Meginmarkmið með beitingu jafnræðisreglunnar gagnvart fötluðum felur fyrst og fremst í sér að tryggja fötluðum jafnrétti og sambærileg lífskjör til jafns við aðra og skapa þeim skilyrði til eðlilegs lífs eftir því sem tæk eru á, en slíkt er í samræmi við þá áherslu sem lögð hefur verið á um aukna þátttöku fatlaðra í samfélaginu.⁶⁷

Þegar réttindabarátta fatlaðra er skoðuð kemur í ljós að margt er sameiginlegt henni og með baráttu kvenna fyrir jöfnum rétti og jöfnum tækifærum á við karla. Það sem er sameiginlegt er fyrst og fremst að konur og fatlaðir, konur jafnt sem karlar, hafa ekki mótað þá löggjöf eða réttarkerfið sem við búum við eða sniðið að sínum veruleika. Veruleiki þeirra sem mótað hafa lög og rétt, hér á landi og annars staðar er veruleiki miðaldra, frjálsra, heilbrigðra karlanna. Til þess að einhvers konar samþætting, það er að samþætta líf fatlaðra og ófatlaðra, geti átt sér stað verður hún að vera á forsendum fatlaðra og byggjast á því að þeir hafi sérstöðu, séu öðruvísi og eigi rétt á að njóta jafnræðis á við ófatlaða. Það er mikilvægt að standa vörð um réttinn til að vera öðruvísi og njóta jafnræðis á eigin forsendum. Það er því mikilvægt að sérstaða fatlaðra sé virt og ákvarðanir teknar á grundvelli þarfa viðkomandi einstaklings. Það má ekki gleyma því að fatlaðir eru mjög breiður og fjölbreyttur hópur einstaklinga sem þarf mismunandi úrlausnir, sem eiga þó flestir það sameiginlegt að þurfa ýmiss konar sér úrræði til að geta verið fullir þátttakendur í samfélaginu.⁶⁸

⁶⁷ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 75.

⁶⁸ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 78.

6. Mannréttindasáttmáli Evrópu

6.1. Hugtökin „jafnræði“ og „bann við mismunun“

Engin nákvæm eða tæmandi skilgreining er til á hugtökunum „jafnræði“ (e. equality) og „bann við mismunun“ (e. prohibition of discrimination), en bent hefur verið á að hugtökin séu náskyld en *mismunun* sé afleiðing þess að brotið sé gegn grundvallarreglunni um *jafnræði*. Rök hafa verið færð fyrir því að grundvallarreglan um jafnræði manna feli frekar í sér jákvæðar skyldur, t.d. að stjórnvöldum beri að grípa til viðeigandi ráðstafana eða aðgerða til að rétta hlut þeirra sem lakar eru settir í þjóðfélaginu, svo þeir séu jafnir öðrum þjóðfélagsþegnum. Þessi nálgun geti því frekar verið stoð fyrir framgangi ýmissa félagslegra réttinda á borð við félagslega aðstoð og aðgerðir í þágu fatlaðra. Bann við mismunun er hins vegar þrengra hugtak, sem fellur frekar undir neikvæðar skyldur og stefnir að því að setja valdhöfum ákveðnar skorður. Lýsing sem þessi á eðli hugtakanna tveggja stenst þó tæplega þar sem mismunun getur líka falist í athafnaleysi. Í skýringum við 12. samningsviðauka Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE) er fjallað um tengsl hugtakanna án þess að greinarmunur sé gerður á gildissviði þeirra. Þar segir að þótt grundvallarreglan um jafnræði komi ekki fram í 1. gr. samningsviðaukans eða 14. gr MSE beri að taka mið af því að hún sé nátengd reglunni um bann við mismunun. Krefjist jafnræðisreglan því þess að sambærilegum tilvikum sé veitt sambærileg meðferð. Sé slíkt ekki gert feli það í sér mismunun, nema hlutlægar og málefnalegar ástæður liggi þar að baki.⁶⁹ Hugtakslega séð fela bann við mismunun og jafnræði það sama í sér og falla þar af leiðandi bæði undir jákvæðar og neikvæðar skyldur. Það er ljóst að meginreglan um jafnræði og bann við mismunun krefst jafnrar meðferðar af sambærilegum atvikum og annars konar meðferð af ósambærilegum atvikum.⁷⁰

6.2. Gjalda skal líku líkt og ólíku ólíkt

Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur í heild sinni á Íslandi með lögum nr. 62/1994. Í sáttmálanum er að finna tvær reglur er leggja bann við mismunun. Reglurnar eru annars vegar í 14. gr. sáttmálans og hins vegar í 1. gr. 12. Samningsviðauka við sáttmálann, sem var samþykktur í Róm 4. nóvember 2000 en tók gildi 1.

⁶⁹ Björg Thorarensen (2008), bls. 572.

⁷⁰ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 43.

apríl 2005. Ísland hefur undirritað viðaukann en enn ekki fullgilt hann. Bið verður því á að Mannréttindadómstóll Evrópu (MDE) fjalli efnislega um það hvort íslenska ríkið hafi gerst brotlegt gegn 1. gr. 12. samningsviðauka. Jafnræðisreglurnar tvær eru nánast efnislega samhljóða, en í 14. gr. sáttmálans segir eftirfarandi:

„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.“

Þrátt fyrir að hvorki örorka né fötlun komi fram í orðalagi 14. gr. MSE er óumdeilanlegt að ákvæðið eigi við um fötlun, þar sem það fellur undir hugtakið „aðrar aðstæður.“

Mikilvægan mun er þó að finna á ákvæðunum, það er að bann 1. gr. 12. gr. samningsviðaukans við mismunun er ekki bundið við þau réttindi sem lýst er í sáttmálanum ólíkt 14. gr. sáttmálans. Vernd 1. gr. 12. samningsviðauka nær samkvæmt orðalagi ákvæðisins til allra réttinda sem einstaklingum eru færð með lögum. Er gildissvið 1. gr. 12. samningsviðauka þannig víðtækara en gildissvið 14. gr. og fyrrnefnda ákvæðið því skyldara 65. gr. stj.skr. Með tilkomu 1. gr. 12. samningsviðauka þarf MDE að taka allar kærur, sem kunna að varða meint brot aðildarríkja á reglum sáttmálans um bann við mismunun, til greina óháð því hvaða réttindi þær kunna að varða, sem lengi sem skilyrði meðferðarhæfis eru uppfyllt.⁷¹

Í dómaframkvæmd sinni hefur MDE þróað inntak 14. gr. MSE og sett fram mælikvarða um það hvenær mismunandi meðferð einstaklinga teljist jafnframt til ólögmætrar mismununar, sem leiði til brots á 14. gr. MSE. Í skýringum við 1. gr. 12. gr. samningsviðauka (e. explanatory report) segir að ætlunin sé einnig að beita mælikvarðanum í málum sem varða brot á þeirri jafnræðisreglu, þ.e. í málum sem varða meinta ólögmæta mismunun í tengslum sem er ekki lýst í MSE.⁷²

Mannréttindadómstóllinn hefur í stórum dráttum talið að um ólögmæta mismunun sé að ræða þegar atvik eru með eftirfarandi hætti: Í fyrsta lagi þegar sýnt er fram á að tvö sambærileg tilvik hafi fengið mismunandi meðferð eða þegar sýnt er fram á að tvö verulega ólík atvik hafi fengið sömu meðferð. Í öðru lagi þegar hvorki málefnalegar eða hlutlægar ástæður liggja að baki mismunandi meðferð einstaklinga, sem stefna að markmiði sem er lögmætt. Í þriðja lagi þegar ekki verður talið að eðlilegt samræmi sé

⁷¹ Björg Thorarensen (2008). bls. 567.

⁷² Vefsíða Evrópuráðsins, <http://www.coe.int>

á milli þess markmiðs sem að er stefnt með mismununinni og þeirri aðferða sem var beitt til þess að ná fram markmiðinu. Með öðrum orðum, meðalhófs verður að vera gætt við val á þeim aðferðum sem beitt er til að ná umræddu markmiði.⁷³ Í framkvæmd dómstólsins hefur hver liður verið tekinn sérstaklega fyrir og jafnan rökstutt með ítarlegum hætti hvort um ólögmæta mismunun sé að ræða eða ekki. Þá hefur MDE einnig veitt aðildarríkjum ákveðið svigrúm til mats (e. margin of appreciation) um hvort og að hvaða marki munur, sem kann að vera á tilvikum sem eru sambærileg, réttlæti það að farið sé með þau á mismunandi hátt. Munurinn á þessum tveimur tilvikum getur skipt máli að tvennu leyti, þ.e. þegar MDE metur hvort um ólögmæta mismunun í skilningi 14. gr. MSE er að ræða. Annars vegar ef tilvik eru ekki sambærileg. Þá kemur ekki til frekari skoðunar hvort ólögmæt mismunun hafi átt sér stað. Hér er um að ræða fyrsta hluta mælikvarðans eins og honum var lýst hér að ofan. Hins vegar ef tilvik eru nægilega sambærileg til þess að tekið sé til skoðunar hvort ólögmæt mismunun hafi átt sér stað, en þó kann að vera munur á tilvikunum sem leiðir til þess að ekki verið talið að ólögmæt mismunun hafi átt sér stað. Við slíkt mat veitir MDE aðildarríkjum ákveðið svigrúm, líkt og áður hefur verið greint frá.⁷⁴ Mannréttindadómstóllinn hefur litið svo á, að þegar mismunandi meðferð einstaklinga byggir á einhverju þeirra atriða sem upp eru talin í 14. gr. MSE, s.s. kynferði eða trúarbrögðum, sé svigrúm aðildarríkja þröngt og að veigamiklar ástæður þurfi að liggja fyrir til þess að slík mismunun verði talin réttmæt. Svigrúm ríkja er aftur á móti meira þegar um mismunun á grundvelli annarra atriða er að ræða, s.s. á grundvelli eignastöðu.⁷⁵

6.3. Ákvæði 14. gr. MSE

Gildissvið 14. gr. MSE er frekar takmarkað og nær aðeins til þeirra réttinda sem vernduð eru í öðrum efnisgreinum sáttmálans. Segja má að bann við mismunun sé nokkurs konar fylgisréttir við önnur réttindi sem vernduð eru af sáttmálanum. Af þessu leiðir að ekki er hægt að bera fyrir sig að 14. gr. sáttmálans hafi verið brotin ein og sér, heldur verður einungis á því byggt að 14. gr. hafi verið brotin í tengslum við annað efnisákvæði samningsins.⁷⁶ Mannréttindadómstóllinn hefur haldið fast við þá framkvæmd sína að vísa frá kærnum um brot gegn 14. gr. MSE ef kærnan er ekki

⁷³ Björg Thorarensen (2008), bls. 568.

⁷⁴ Oddný Mjöll Arnardóttir (2003), bls. 39.

⁷⁵ Björg Thorarensen (2008), bls. 569.

⁷⁶ Oddný Mjöll Arnardóttir (2005), bls. 436.

órjúfanlega bundin einhverju efnisákvæða hans. Í máli *Botta gegn Ítalíu*⁷⁷ vísaði MDE frá kærnu vegna brota á 14. gr. MSE þar sem kærnan var ekki órjúfanlega bundin efnisákvæðum sáttmálans.

Botta var ítalskur ríkisborgari, fæddur árið 1939 og var bundinn við hjólastól. Hann fór ásamt félaganum sínum, sem einnig var í hjólastól, í frí á baðströnd. Þegar á ströndina var komið var ljóst að aðstaðan var ekki sniðin að þörfum fatlaðra og honum því ófært að komast á ströndina og baða sig í sjónum. Benti Botta á að þetta væri í andstöðu við ítalska löggjöf en samkvæmt henni var skylt að hafa aðgengi fyrir fatlaða á einkaströndum. Þá hélt hann því einnig fram að ítalska ríkið hefði, með því að vanrækja skyldu sína við að fylgja löggjöfinni eftir, brotið gegn friðhelgi einkalífs hans, samkvæmt 8. gr. sem verndar rétt manns til að njóta félagslegra samvista við annað fólk, auk þess gæti hann ekki sökum fötlunar sinnar notið þess að vera á baðströnd til jafns við aðra, sbr. 14. gr. MSE. Mannréttindadómstóll Evrópu áleit að réttur Botta sem hann taldi brotinn nyti ekki verndar 8. gr. MSE þar sem krafa hans væri svo víðtæk eðlis og svo ónákvæm að ekki væri ljós tengsl milli aðgerða sem ríkið hefði átt að grípa til gagnvart einkaaðilum og friðhelgi hans sem kæranda. Hvað 14. gr. MSE varðaði vísaði MDE meðal annars til fyrri mála dómsins um að ákvæði 14. gr. verndi eingöngu réttindi þau sem tiltekin eru í sáttmálanum og að ákvæðið hefði enga sjálfstæða merkingu.⁷⁸

Mannréttindadómstóllinn fylgir ákveðnu viðmiði þegar meta þarf hvort 14. gr. MSE komi til skoðunar, en viðmiðið kom fyrst fram í máli *Rasmussen gegn Danmörku*.⁷⁹

Þar sagði:

„... 14. gr. sáttmálans er viðbót við önnur efnisréttindi sáttmálans og viðauka hans. Hún á sér ekki sjálfstæða tilvist þar sem hún hefur einungis áhrif í tengslum við „réttindi og frelsi“ sem vernduð eru í þessum efnisákvæðum sáttmálans. Þótt beiting 14. gr. byggist ekki endilega á því að brotið hafi verið gegn einhverjum af þessum efnisréttindum – og hún hafi þannig sjálfstæða merkingu -, er ekkert svigrúm fyrir beitingu hennar ef atvik málsins falla ekki innan áhrifasviðs eins eða fleiri efnisréttinda.“

Þegar vísað er til þess að 14. gr. MSE hafi sjálfstæða merkingu er átt við að það sé ekki forsenda fyrir beitingu hennar, þ.e. að MDE hafi áður komist að þeirri niðurstöðu, að brotið hafi verið gegn öðrum réttindum, sem vernduð eru af sáttmálanum. Þannig getur mögulega réttarstaða eða athöfn ekki verið talin brjóta gegn viðkomandi efnisákvæði sáttmálans ein og sér, en feli í sér mismunun og teljist því ekki standast 14. gr. og viðkomandi efnisákvæði lesin saman.

⁷⁷ MDE, *Botta gegn Ítalíu*, 24. febrúar 1998 (153/1996/772/973).

⁷⁸ Sjá einnig MDE, *Abdulaziz, Cabales og Balkandali gegn Bretlandi*, 28. mál 1985 (9214/80, 9473/81).

⁷⁹ MDE, *Rasmussen gegn Danmörku*, 28. nóvember 1984 (8777/79).

Með tímanum virðist sem slaknað hafi á þeim kröfum sem gerðar eru um tengsl milli 14. gr. MSE og annarra ákvæða sáttmálans og viðmið, um að atvik máls falli innan áhrifasviðs annarra efnisréttinda, virðist ekki gera ríkari kröfu en svo, að krafist sé einhvers konar sambands á milli efnisréttinda og meintrar mismununar. Ákvæði 14. gr. MSE verndar að meginstefnu til aðeins borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi, en ekki flokk efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda.⁸⁰

6.4. Samningsviðauki nr. 12. við MSE

Samningsviðauki nr. 12 var samþykktur 4. nóvember 2000 og var markmiðið með honum að bæta úr þeirri takmörkun sem felst í því að 14. gr. MSE kveður eingöngu á um fylgisrétt með öðrum ákvæðum sáttmálans. Í skýringum með viðaukanum er nánari grein gerð fyrir því hvert gildissvið bannsins við mismunun á að vera. Í skýringunum segir að útvíkkun bannsins við mismunun gildi á eftirtöldum sviðum:⁸¹

- i. Á sviði hvers konar réttinda sem veitt eru einstaklingum að landsrétti;
- ii. Á sviði réttinda sem leiða má af skýrum skyldum opinberra aðila samkvæmt landsrétti, þ.e. þegar opinberum aðila er að landsrétti skylt að haga sér á ákveðinn hátt;
- iii. Við beitingu opinbers valds við töku matskenndra ákvarðana;
- iv. Við hvers konar aðrar athafnir eða athafnaleysi opinberra aðila.

Í 1. gr. samningsviðaukans er að finna nýtt efnisákvæði við sáttmálann þess efnis, að réttindi sem veitt eru með lögum skuli tryggð öllum, án mismunar á grundvelli kynferðis, kynþáttar, litarháttar, tungumáls, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernis- eða félagslegs uppruna, tengsla við þjóðernisminnihluta, eigna, fæðingar eða annarrar stöðu. Upptalning mismununarástæðanna í ákvæðinu er samhljóða 14. gr. MSE. Ákvæði 1. gr. samningsviðaukans hefur að geyma almennt bann við mismunun og því verndar það ekki eingöngu réttindi sem er að finna í MSE. Orðalag 1. mgr. 1. gr. endurspeglar þróunina sem hefur átt sér stað í þá átt að leggja jákvæðar skyldur á ríki. Vakna þá spurningar þess eðlis um hversu langt eigi að ganga í þeim efnunum og hversu langt ríki eigi að ganga til að koma í veg fyrir að mismunun

⁸⁰ Oddný Mjöll Arnarsdóttir (2005), bls. 437.

⁸¹ Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 22. mgr.

eigi sér stað meðal einkaaðila og þá til hvaða úrræða ríki eigi að grípa. Þó svo að slík nálgun verði ekki útilokuð með öllu, þá er það meginhlutverk 1. gr. samningsviðaukans að leggja neikvæða skyldu á ríki að mismuna ekki einkaaðilum. Jákvæðar skyldur er kunna að koma í kjölfar ákvæðisins verða að öllum líkindum takmarkaðar, sem þýðir að jákvæðar skyldur yrðu eingöngu lagðar á aðildarríki í samskiptum þeirra við borgarana en ekki á einkaaðila í samskiptum sín á milli.⁸²

Samningsviðauki nr. 12 hefur líkt og áður kom fram ekki verið fullgiltur af Íslands hálfu og hefur því hvorki tekið gildi fyrir Ísland að þjóðarrétti né að landsrétti. Íslenska stjórnarskráin veitir ríkari vernd en MSE hefur gert, þar sem gildissvið 65. gr. stjkskr. er víðara en 14. gr. MSE. Samningsviðauki nr. 12 mun að öllum líkindum ekki fela í sér neina sérstaka viðbót við samanlagt verndarsvið 14. gr. MSE og 65. gr. stjkskr.⁸³

6.5. Jákvæðar skyldur

Tilskipun 2000/78/EB kveður á um jákvæðar skyldur, þ.e. tiltekna ráðstafanir eiga að vera framkvæmdar á tilteknu atviki svo komið sé í veg fyrir að mismunun eigi sér stað eða verði endurtekin. Slík ráðstöfun felur í sér mismunandi meðferð á grundvelli kynþáttar, þjóðaruppruna, trúar eða trúarskoðana, fötlunar, aldurs eða kyns, til þess að ráða bót á mismunun eða ójöfnuði sem hefur átt sér stað eða er enn til staðar. Ekki hefur enn reynt á 14. gr. MSE á grundvelli jákvæðra skyldna. Samkvæmt MSE og dómaframkvæmd MDE er talað um jákvæðar skyldur ríkja (e. positive actions/positive obligations), þ.e. skyldu til athafna. Jákvæðar skyldur samkvæmt MSE verða virkar með tvenns konar hætti: Í fyrsta lagi þegar stjórnvöldum ber að grípa til aðgerða til að réttindi samkvæmt MSE teljast tryggð, t.d. réttur til félagslegrar aðstoðar, réttlát málsmeðferð fyrir dómi o.s.frv. Í öðru lagi þegar stjórnvöldum ber að verja rétt einstaklinga samkvæmt MSE gegn afskiptum annarra einstaklinga, t.d. réttur lífs og frelsis, tjáningarfrelsi, félagafrelsi, trúfrelsi o.s.frv.⁸⁴

Jákvæðar skyldur samkvæmt 14. gr. MSE verður líkt og áður hefur komið fram að skoða í samhengi við aðrar efnisgreinar samningsins sem eiga við í hverju tilviki. Mannréttindadómstóllinn hefur í dómaframkvæmd gefið til kynna að ástæður mismununar skipti máli, þ.e. hvort tiltekna mismunun megi rekja til beinna jákvæðra

⁸² Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 20.-27. mgr.

⁸³ Oddný Mjöll Arnardóttir (2005), bls. 472-473.

⁸⁴ Björg Thorarensen (2008), bls. 36-37.

athafna stjórnvalda eða athafnaleysis til tryggingar jafnrétti borgaranna þannig að mismunun teljist réttmæt með hlutlægum og málefnalegum ástæðum. Greina má að MDE marki mjög vítt svigrúm til mats og veiti ríkjum frelsi til þess að gera greinarmun á milli tilvika. Slíkt á við þegar grundvöllur mismunandi meðferðar byggir ekki á persónulegum einkennum einstaklinga. Því hefur oft verið slegið föstu að ekki hafi verið sýnt fram á mismunandi meðferð sambærilegra tilvika og kemur ekki til mats á því hvort meðferðin verði réttlætt með hlutlægum og málefnalegum ástæðum. Þrátt fyrir að enn hafi ekki reynt á 14. gr. MSE í tengslum við mismunun á grundvelli fötlunar við MDE, má engu að síður telja að slík mismunun gæti fallið í flokk þeirra persónulega ástæðna mismununar sem í þróun er.⁸⁵

Málefni fatlaðra flokkast sem félagsleg réttinda og teljast því ekki til meðal *klassískra mannréttinda*. Af þeim sökum hafa þau ekki notið forgangs sem algild og ófrávíkjanleg mannréttindi. Félagsleg réttindi má telja háð breytilegum aðstæðum vegna ólíkra tækifæra og mismunandi réttarverndar sem er háð efnahagslegri og lagalegri umgjörð ríkja en slíkar takmarkanir gilda síður um hin klassísku mannréttindi. Ráða má af dómaframkvæmd MDE að dómstóllinn fallist ekki á víðtæk réttindi fatlaðra samkvæmt ákvæðum 8. gr. MSE, þrátt fyrir að slíkan rétt megi leiða að landslögum. Skilyrði til að beita megi 8. gr. MSE er bein og milliliðalaus tenging við athafnaskyldu ríkisins við úrlausnir þær sem einstaklingurinn óskar eftir ásamt einkalífi hans og fjölskyldulífi.⁸⁶

6.6. Mál Botta gegn Ítalíu

Í máli *Botta gegn Ítalíu*⁸⁷ fyrir Mannréttindadómstólnum reyndi á túlkun 1. gr. 12. gr. samningsviðauka MSE á grundvelli mismununar, sbr. upphaf ákvæðisins „öll lagaleg réttindi *skulu tryggð án nokkurrar mismununar*.“

Málavextir voru þeir að Botta var líkamlega fatlaður og fór í sumarleyfi 1990 á strandstað í Ítalíu. Botta komst fljótt að því að nauðsynlegar ráðstafanir til að gera fötluðum kleift að komast af vegi niður að strönd og til sjóbaða var ábótavant, þá sérstaklega hvað varðaði skábrautir, salerni og baðrými. Slíkt braut gegn áskilnaði ítalskrar lagagreinar um að í rekstrarleyfum strandbaðstaða skuli vera viðeigandi ákvæði um að baðstaðir séu þannig útbúnir að aðgengi fatlaðra sé tryggt og að til þess bær yfirvöld ættu að framfylgja viðeigandi skyldum sínum.⁸⁸ Fór svo að botta sendi bæjarstjóra Comacchio bréf þar sem hann benti

⁸⁵ Oddný Mjöll Arnardóttir (2005), bls. 454-455.

⁸⁶ Davíð Þór Björgvinsson (2009), bls. 141-142.

⁸⁷ MDE, *Botta gegn Ítalíu frá 24. febrúar 2009*, bls. 141-152.

⁸⁸ MDE, *Botta gegn Ítalíu*, 8.-9. mgr.

honum á nauðsyn þess að gera viðeigandi ráðstafanir til að bæta úr aðstöðuleysi fatlaðra. Botta barst ekki svar. Ári seinna fór Botta aftur á sama stað í frí og komst að því að bæjaryfirvöld höfðu ekkert aðhafst vegna aðstöðuleysisins, þrátt fyrir lagaskyldur.

Fór það svo að Botta kærði ráðherra kaupskipaflota, yfirhafnarstjórn héraðsins ásamt borgarstjóra og lögreglustjóra til ríkislögreglunnar í Ferrara héraði, á grundvelli þess að þessi yfirvöld hefðu vanrækt opinberar athafnaskyldur sínar. Dómari stöðvaði rannsókn saksóknara 12. maí 1992 eftir opinberar vitnaleiðslur, með þeim rökum að engin brot hefðu verið framin er vörðuðu refsingu skv. refsilögum ítalska ríkisins, að því gefnu að í öllum leyfissamningum strandbaðstaða væri að finna ákvæði um eitt búningsrými og eitt salerni sem ætti að mæta þörfum fatlaðra. Í kjölfar þessa létu sumir rekstraraðilanna útbúa slík búningsrými til þess að mæta þörfum fatlaðra en enginn rekstraraðilanna lét gera skábrautir sem gerðu fötluðum kleift að komast niður að strönd til sjóbaða. Yfirlýsing var svo útgefin af hálfu héraðsstjórnar Comacchio 11. ágúst 1997 um að á strandstaðnum væru umbætur í gangi og að leyfisskyldir baðstaðir skyldu ljúka umbótum fyrir lok ársins 1999, í síðasta lagi.

Í landslögum Ítalíu nr. 13 frá 19. janúar 1989, voru lagaákvæði sem áttu að tryggja hreyfihömluðum raunhæfan aðgang að einka byggingum og einkafyrirtækjum, ásamt því að hindranir skyldu fjarlægðar. Samkvæmt lögnum var einnig lögð skylda á bæjarstjórnir að tryggja breytingar eftir ábendingum og óskum fatlaðra.⁸⁹

Lagareglur Evrópusambandsins

Í *tilmælum* ráðherraráðsins nr. R (92) 6 frá 9. apríl 1992 um samræmda stefnu í málefnum fatlaðra, er fötlun skilgreind á eftirfarandi hátt:⁹⁰

a “disability” is any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner of or within the range considered normal for human being;

a “handicap” is a disadvantage, for given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex and social and cultural factors) for that individual.

Í tilmælunum eru aðildarríki ESB hvött til þess að „tryggja réttindi fatlaðra einstaklinga til sjálfstæðs lífs, veita öllum jafnt aðgengi að samfélaginu og viðurkenningar á skyldum samfélaganna til að gera slíkt mögulegt“, sem og að tryggja „jafna möguleika“ fatlaðra. Þá var þess tilmælt að yfirvöld skyldu m.a. gera fötluðum

⁸⁹ MDE, *Botta gegn Ítalíu*, 16. mgr.

⁹⁰ Vefur Evrópuráðsins: slóð,

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=574141&SecMode=1&DocId=602414&Usage=2> Sótt af vefnum 25. júní 2013.

kleift „sem mestur hreyfanleiki, fullt aðgengi að samgöngum og byggingum“ og „fulla samfélagsþátttöku“ s.s. fjárhagsleg, félagsleg, heilsurækt, tómstunda og menningarstarfsemi.

Í kæru Botta til MDE taldi hann að hann hefði sætt, a) ómannlegri eða vanvirðandi meðferð, sbr. 3. gr. MSE; b) frelsis- og mannhelgisskerðingu, sbr. 5. gr. MSE; c) mismunun byggðri á líkamlegri fötlun hans, takmörkunum til að njóta frelsis og réttinda eins og þeim er lýst í MSE, sbr. 14. gr. MSE; d) skorti á raunhæfu úrræði til að leita réttar síns fyrir opinberu stjórnvaldi, sbr. 13. gr. MSE; og e) takmörkun á rétti til réttlátrar og opinberrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir sjálfstæðum og óvilhöllum dómstól, sbr. 1. mgr. 6. gr. MSE.

Nefnd MDE lýsti því yfir í janúar 1996 að kæra Botta væri tæk til efnismeðferðar að því er varðaði liði a, b og c og að fyrstu tvo liðina bæri að skoða í samhengi við 8. gr. MSE, bæði sjálfstætt og í samhengi við 14. gr. MSE en vísaði öðrum málsástæðum frá.⁹¹

Botta taldi í fyrsta lagi að hann hefði sætt skerðingum á einkalífi sínu og rétti til þroska vegna athafnaleysis ítalska ríkisins varðandi meinta vanrækslu leyfisskyldra strandbaðstaða. Hann byggði kæru sína á ákvæðum 8. gr. MSE. Þá færði hann rök fyrir því að honum hefði verið það ógerlegt að taka þátt í hversdagslegum athöfnun og félagslegri virkni og þar af leiðandi hefðu verið brotin grundvallarréttindi sem tilheyrðu ófjárhagslegum réttindum. Réttur á honum væri ekki brotinn vegna afskipta ríkisins, heldur vegna athafnaleysis ríkisins sem þannig uppfyllti ekki jákvæðar skyldur sínar til að setja virkar lagareglur og eftirlit. Ítalska ríkið hefði með lagasetningu ábyrgst að fatlaðir fengu notið fullrar viðurkenningar á mannhelgi sinni, sérstaklega rétti til frelsis og sjálfstæðis, rétti til fjölskyldu, menntunar, starfs- og samfélagsþátttöku. Ríkið hafði í fyrirbyggjandi máli skyldað þriðju aðila til athafna og væri sjálft skylt til að framfylgja lögnum og slíkt legði jákvæðar skyldur á ríkið, sbr. 8. gr. MSE.⁹²

Mannréttindadómstóllinn mat það svo að málið varðaði svið mannglegra tengsla og óvenju rúmt svið félagslegra tengsla og athafna. MDE taldi að þau réttindi sem Botta krafðist væru félagslegs eðlis og vörðuðu þátttöku fatlaðra í frístundum sínum á baðströndum, en svið réttinda þeirra sem krafist væri rýmri en eðli lagaskyldna sem teldust felast í „rétti“ og „einkalífi“, sbr. 1. mgr. 8. gr. MSE. Við mat á kröfum Botta

⁹¹ MDE, Botta gegn Ítalíu, 24. mgr.

⁹² MDE, Botta gegn Ítalíu, 24. mgr.

til réttar til einkalífs samkvæmt túlkun á 1. mgr. 8. gr. MSE taldi MDE bæði ónaðsynlegt og ógerlegt að skilgreina „einkalíf“ í eitt skipti fyrir öll enda væru eðli málsins samkvæmt ólíkar forsendur fyrir því hvað telja megi til nánasta umhverfis og hvað falli utan þess. Samkvæmt MDE telst réttur til að stofna til félagstengsla og viðhalda þeim, rúmast innan túlkunar 1. mgr. 8. gr. MSE.⁹³ Mörk jákvæðra og neikvæðra skyldna ríkisins í tengslum við 8. gr. MSE eru ekki einhliða, því á ríkinu hvíldu jákvæðar skyldur til að tryggja raunverulegan rétt til einkalífs ásamt því að meta skyldi af sanngirni jafnvægi milli hagsmuna einstaklingsins og samfélagsins, en ríkið hafði jafnframt alltaf svigrúm til mats.⁹⁴

Mannréttindadómstóllinn hefur margoft komist að þeirri niðurstöðu að athafnaskylda ríkisins markist af beinni og milliliðalausri tengingu við þær úrlausnir sem skjólstæðingurinn óskar eftir.

Hvað rök Botta varðaði um rétt hans til aðgangs að ströndum til sjóbaða í sumarleyfum komst MDE að þeirri niðurstöðu að slíkt heyrði undir persónuleg samskipti í svo rúmum skilningi og á svo lítt afmörkuðu sviði að engin bein og milliliðalaus tenging væri á milli þess og skyldu ríkisins til athafna til að bæta aðstöðu strandbaðstaða. Því teldust skilyrði ekki fyrir hendi og því ótækt að beita 8. gr. MSE í málinu.

Botta staðhæfði jafnframt að hann hefði mátt sæta mismunun samkvæmt 14. gr. MSE í tengslum við 8. gr. MSE, sem hefði gert honum ókleift sem fötluðum einstaklingi að njóta þeirra grundvallarréttinda til jafns á við aðra. Til að færa rök fyrir staðhæfingum sínum miðaði Botta við að hugtakið mismunun varðaði öll tilvik þar sem fatlaðir mættu þola aðra meðferð en þeir sem væru ekki fatlaðir, án hlutlægrar og skynsamlegrar réttlætningar. Viðurkenna bæri að samkvæmt lögum *de jure* væri slík mismunun óheimil og að auki væri mælt fyrir um ýmsar jákvæðar skyldur til hagræðis fyrir fatlaða. Aftur á móti væri mismunun heimil í reynd, *de facto* eins og mætti ráða af atvikum og staðreyndum í málinu.

Mannréttindadómstóllinn taldi að ákvæði 14. gr. MSE væru til fyllingar öðrum ákvæðum MSE, en vernd 14. gr. gegn mismunun væri takmörkuð við svið sáttmálans. Hún fæli ekki í sér bann við mismunun á öllum sviðum hans. Var það niðurstaða MDE í málinu að skilyrði fyrir beitingu 8. gr. MSE í málinu væru ekki uppfyllt. Þar af

⁹³ Sjá einnig dóm MDE, í máli *Niemietz gegn Þýskalandi*, frá 16. desember 1992 (13710/88), 29. mgr.

⁹⁴ Sjá dóm MDE í máli *Stjerna gegn Finnlandi*, frá 25. nóvember 1994 (18131/91), 38. mgr.

leiðandi yrði 14. gr. MSE ekki beitt í málinu þrátt fyrir ákvæði 1. gr. 12. samningsviðauka MSE um mismunun.⁹⁵

Davíð Þór Björgvinsson segir í grein sinni um vernd réttinda fatlaðra samkvæmt dómaframkvæmd MDE, að Mannréttindasáttmála Evrópu hafi hvorki verið ætlað að próa réttindi sérstaklega né megi telja uppbyggingu hans til þess hlutverks fallinn. Mannréttindasáttmálinn veiti fötluðum einungis réttarvernd innan marka borgaralegra réttinda en ekki inna marka félagslegra réttinda. Þrátt fyrir að hlutverk MDE sé fyrst og fremst að tryggja vernd réttinda einstaklinga og samræmda túlkun ákvæða MSE, vísi MDE oftast en ekki til alþjóðlegra samninga á sviði mannréttindaverndar til túlkunar og fyllingar á ákvæðum MSE. Sé litið til mögulegra áhrifa Sáttmála Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðra (SRF) á vernd samkvæmt ákvæðum MSE, geti SRF haft áhrif á réttindavernd fatlaðra samkvæmt öllum ákvæðum MSE. Óljóst er í dag að meta hve mikil áhrif SRF mun hafa á túlkun MSE og munu réttaráhrif SRF á MSE verða háð því hver mörg ríki koma til með að fullgilda SRF. Sé mið tekið af reynslu má reikna með því að SRF verði fundin leið inn í dómaframkvæmd MDE með því að SRF hafi áhrif á túlkun á MSE. Slíkt geti leitt til aukinnar réttindaverndar fatlaðra innan þess takmarkaða svigrúms sem gildissvið MSE veitir í þeim efnun.⁹⁶

⁹⁵ Dómur MDE í máli *Botta gegn Ítalíu*, 39. mgr.

⁹⁶ Davíð Þór Björgvinsson (2009), bls. 159-161.

7. Tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB

7.1. Inngangur

Segja má að það sé ekki fyrr en í seinni tíð sem hreyfing kemst á innan Evrópuréttarins varðandi vernd gegn mismunun á öðrum grundvelli en þjóðernis eða kynþáttar. Evrópusambandið (ESB) hefur alla tíð barist gegn mismunun en mestur árangur hefur náðst á jafnréttisviði kynjanna eins og glögglega sést með tilskipun (e. directive) 2002/73/EB um breytingu á tilskipun ráðsins 76/207/EB um framkvæmd meginreglunnar um jafnan rétt karla og kvenna varðandi aðgang að störfum, starfsþjálfun og stöðuhækkun, sem og varðandi starfskjör. Með tilkomu 13. gr. sáttmála ESB, í kjölfar Amsterdam-sáttmálans, var sambandinu veittar auknar valdheimildir til að grípa til viðeigandi aðgerða í baráttu gegn mismunun á grundvelli kynferðis, kynþáttar eða þjóðernis, trúarbragða eða skoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar.⁹⁷

Til þess að koma meginreglunni um jafnrétti í framkvæmd í aðildarríkjum ESB hefur sambandið samþykkt fjölda tilskipana er miða að því að vernda tiltekna hópa, sem eiga það til að vera undir í samfélaginu. Tilskipanir sem ESB hefur sett fram er varða jafnan rétt og bann við mismunun er hægt að skipta í þrjá flokka eftir eðli þeirra; kynjajafnrétti, bann við mismunun á grundvelli kynþáttar eða þjóðlegan uppruna og bann við mismunun vegna annarra þátta sem taldir eru í 19. gr. sáttmála ESB vegna trúarskoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar.⁹⁸

Segja má að tilskipun 2000/78/EB um bann við mismunun og jafna meðferð á vinnumarkaði sé einhvers konar „flaggskip“ er varðar málefnið.⁹⁹ Tilskipunin kveður á um bann við mismunun á grundvelli trúarskoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar, en gildissvið hennar takmarkast við atriði er lúta að vinnumarkaðnum. Tilskipunin bannar mismunun af hálfu einstaklinga jafnt og lögaðila, bæði hjá hinu opinbera og á almennum markaði. Af þessu leiðir að tilskipunin verndar einstaklinga gegn mismunun og lögaðilar, svo sem samtök njóta einnig verndar hennar.

Höfundur mun einkum skoða bann við mismunun á grundvelli fötlunar með tilliti til þeirrar verndar sem tilskipuninni er ætlað að veita.

⁹⁷ Barnard, Catherine (2006), bls. 383.

⁹⁸ Ellis, Evelyn (2005), bls. 18.

⁹⁹ Waddington, Lisa (2009), bls. 133.

7.2. Gildissvið tilskipunar ráðsins nr. 2000/78/EB

Mikilvægt er að gera grein fyrir og skýra umfang þeirrar verndar sem tilskipanir ESB vernda. Verndarsvið jafnréttistilskipana, líkt og þeirra sem til umfjöllunar er hér, 2000/78/EB, markast annars vegar af þeirri mismununarástæðu sem er til umfjöllunar og því hvernig sú mismununarástæða er skýrð í réttarframkvæmd. Hins vegar markast verndarsviðið af gildissviði tiltekinnar tilskipunar, það er til hvaða sviða mannlífsins hún nær. Tilskipunin leggur þá kvöð á vinnuveitendur að þeir geri viðeigandi ráðstafanir þegar þeirra er þörf í ákveðnu tilviki, svo fötluðum einstaklingi sé tryggður aðgangur að atvinnu, þátttöku í atvinnu eða framgang í starfi sem og starfsþjálfun. Séu þessar viðeigandi ráðstafanir til þess fallnar að þær kunni að fela í sér „óhóflega byrði“ fyrir vinnuveitanda þarf hann ekki að fylgja þeim eftir. Dæmi um „sanngjarna, viðeigandi eða nauðsynlega“ ráðstöfun væri t.d. að ráða táknmálstúlk til að tryggja að heyrnarskertur starfsmaður fengi starfsþjálfun. Ef einstaklingur í hjólastól svarar atvinnuauglýsingu og vinnuveitandi er með skrifstofur á nokkrum hæðum, þ.á.m.. jarðhæð. gæti vinnuveitandinn búið svo um hnútana að starf fatlaða einstaklingsins færi fram á jarðhæðinni. Ef fyrirtækið væri aftur móti bara með skrifstofur á fjórðu hæð og lyfta er ekki í húsinu þá er ekki víst að vinnuveitandinn gæti gripið til sanngjarnrar aðlögunar til að gera umsækjandanum kleift að starfa hjá fyrirtækin án þess að aðlögunin feli í sér óhóflega byrði fyrir hann.

7.2.1. Bann við mismunun á grundvelli kynþáttar eða þjóðernis, trúarbragða eða skoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar

Líkt áður hefur komið fram var valdsviði ESB í jafnréttismálum útvíkkað með Amsterdam-sáttmálanum. Fyrir höfðu verið ákvæði er veittu heimild til að vinna að jafnrétti á grundvelli kynferðis, en með 13. gr. Amsterdam-sáttmálans¹⁰⁰ var kveðið á um að ESB væri veitt aukin heimild til þess að vinna gegn mismunun sem væri byggð á öðrum mismununarástæðum en kynferði. Þessar „aðrar mismununarástæður“ eru kynþáttur eða þjóðerni, trúarbrögð eða skoðanir, fötlun, aldur eða kynhneigð.¹⁰¹

Tilskipunin 2000/78/EB hefur öllu þrengra gildissvið en tilskipun 2000/43/EB um jafna meðferð án tillits til kynþáttar eða þjóðlegs uppruna. Í 3. gr. tilskipunar 2000/78/EB er kveðið á um meginregluna sem tekur til allra einstaklinga er varðar

¹⁰⁰ Í dag 19. gr. EB-sáttmálans.

¹⁰¹ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 53.

opinbera geirann og einkageirann í tengslum við skilyrði fyrir aðgangi að atvinnu og sjálfstæðri atvinnustarfsemi. Einskorðast tilskipunin þar af leiðandi við vinnumarkaðinn.¹⁰²

Engu að síður má segja að gildissvið tilskipunar 2000/78/EB hafi víðasta gildissvið jafnréttistilskipana ESB að því leyti að hún nær til margra mismununarástæðna. Eins og að framan greinir hefur hún hvað þrengst gildissvið að því er varðar takmarkað svið hennar við vinnumarkaðinn og þá nær gildissviðið hvorki inn á svið félagslegrar verndar, heilbrigðisþjónustu, aðgangs að vöru og þjónustu, félagslegra gæða eða menntunar.¹⁰³

7.2.2. Mismununarástæður og skilgreiningar

Huga þar vel og vandlega að lagalegum skilgreiningum sjálfra mismununarástæðanna. Til samræmis við þá þróun frá formlegri nálgun til efnislegrar nálgunar hafa skilgreiningar mismununarástæðna þróast frá áherslum á líffræðilegum þáttum og einstaklingsbundið sjónarhorn yfir í áherslur á það hvernig mismununarástæður eru félagslega skapaðar og endurskapaðar sem og sjónarhorn þjóðfélagshópa sem teljast frábrugðnir fjöldanum.¹⁰⁴ Meginmarkmið tilskipunar 2000/78/EB er að mæla fyrir um almennan ramma reglna til þess að berjast gegn mismun sem tilskipunin kveður á um. Höfundur mun nú víkja stuttlega að þeim mismununarástæðum sem taldar eru í tilskipuninni og gera ítarlega grein um mismununarástæðuna „fatlaðir“.

7.2.2.1. Fötlun

Undir tilskipun 2000/78/EB falla eftirfarandi mismununarástæður: kynþáttur og þjóðlegur uppruni, trúarbrögð og lífsskoðanir, fötlun, kynhneigð og aldur. Mismununarástæðan „fötlun“ verður aðeins til umfjöllunar í ritgerðinni og því verður frekari grein ekki gerð fyrir hinum.

Segja má að hugtakið fötlun vísi í daglegu máli til hugmynda manna um greiningu manna í hópa eftir líffræðilegum þáttum. Slíkt sjónarmið hefur þó þróast frá líffræðilegri skilgreiningu til félagslegrar skilgreiningar. Hvað vernd tilskipunarinnar varðar og vernd hennar þá eru einkum tvö atriði sem einkenna fötlun sem mismununargrundvöll. Í fyrsta lagi er það hvernig túlka beri hugtakið fötlun í

¹⁰² Barnard, Catherine (2006), bls. 397.

¹⁰³ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 58.

¹⁰⁴ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 74.

skilningi tilskipunarinnar og í öðru lagi skyldan til að koma upp fullnægjandi aðstöðu og að mæta þörfum fatlaðra, sbr. 5. gr. Greinin er hljóðar svo:

„Til þess að meginreglan um jafnrétti sé virt gagnvart fötluðu fólki skal tryggja sanngjarna aðlögun til að mæta þörfum þeirra. Af þessu leiðir að atvinnurekendur skulu gera viðeigandi ráðstafanir, þar sem þeirra er þörf í hverju tilviki, til að fatlað fólk eigi aðgang að vinnu, geti unnið, notið starfsframa og fengið þjálfun, nema slíkar ráðstafanir leggi óhæfilegar byrðar á atvinnurekendur. Þær byrðar skulu ekki taldar óhæfilegar ef komið er nægilega til móts við þær með ráðstöfunum sem fela í sér stefnu viðkomandi aðildarríkis á svið málefni fatlaðra.“

Lítið hefur reynt á mismununarástæðuna fötlun og jákvæðar skyldur og fáir dómur gengið. Ástæðan fyrir því er líklega sú að túlkun á hugtakinu fötlun hefur verið örlítið á reiki, tilskipunin er frekar ung og fáir dómur hafa gengið sem eru fordæmisgefandi. Þar sem túlkun á hugtakinu hefur verið í þróun má reikna með því að meira verði af réttarframkvæmd á komandi árum og jafnframt vegna þess að réttindabarátta fatlaðra er farin að láta bera meira á sér. Höfundi tókst ekki að verða sér úti um marga dóma sem gengið hafa hjá Evrópuþingnum er varða hugtakið fötlun eða jákvæðar skyldur á grundvelli fötlunar. Í kafla nr. 7.4. um túlkun Evrópuþingsins á fötlunar-hugtakinu verður gerð grein fyrir tveimur dómum er málefnið varðar, en það eru dómur í máli *Sonia Chacón Navas gegn Eurest Colectividades SA* og nýlegur dómur í máli *Jette Ring gegn Dansk almennyttig Boligselskab*.

Í 5. gr. tilskipunar 2000/78/EB er kveðið á um sanngjarnar aðbúnað fatlaðra. Brot á þeirri skyldu myndi flokkast undir óbeina mismunun. Má segja að skilyrði 5. gr. sé almennt markmið jafnréttis, sem túlka megi sem skyldu til að meðhöndla ósambærileg tilvik á ólíkan hátt. Ákvæðið felur í sér skylduna um aðlögun og til viðeigandi ráðstafana. Skyldan að baki sanngjarnar aðlögunar má segja að sé ný á sviði mannréttinda og til útrýmingar á mismunun gagnvart fötluðum. Þessi nýja nálgun sýnir að til þess að ná fram jafnrétti þarf á auknum aðgerðum og ráðstöfunum af hálfu ríkisins svo jafnrétti fatlaðra á þessu sviði, sem og öðru, eigi takast.¹⁰⁵

Augljósleg tengsl og jafnframt ójákvæmileg tengsl eru á milli fötlunar, fullnægjandi aðstöðu og viðeigandi tillits. Því gilda sérstök sjónarmið um óbeina mismunun á grundvelli fötlunar og málefnaleg sjónarmið, það er hlutlæga réttlætingu. Samkvæmt lið (ii), b-lið, 2. t. 2. gr. tilskipunarinnar er að finna sérákvæði um fötlun og óbeina mismunun. Í ákvæðinu segir að það teljist ekki óbein mismunun gagnvart

¹⁰⁵ Barnard, Catherine (2006), bls. 401.

þeim sem eru heilbrigðir að þeir sem eru fatlaðir njóti fullnægjandi aðstöðu og fái meira tillit en ófatlaðir, sbr. 5. gr. Ákvæði tilskipunarinnar er því ætlað að vinna gegn óbeinni mismunun í garð fatlaðra og jafnframt að veita vinnuveitendum ákveðið svigrúm.¹⁰⁶

Það má einnig benda á það að með samningi Sameinuðu þjóðanna um réttindi faltaðs fólks, hefur hugtakið fötlun verið skilgreint í 2. mgr. 2. gr. samningsins og hefur hugtakið verið skilgreint að þjóðarétti sem félagslega mótað hugtak. Það er því ekki hömlunin sem skapar fötlunina heldur hindranirnar og samspil hömlunarinnar sem hinn fatlaði mætir í samfélaginu.¹⁰⁷

7.3. Fötlunarhugtakið í tilskipun 2000/78/EB

Tilskipunin kveður meðal annars á um jafna meðferð á vinnumarkaði óháð fötlun, en ekki er að finna einhlíta skilgreiningu á fötlunarhugtakinu sjálfu. Fötlun er ein af þeim mismununarástæðum sem tilskipunin fjallar um, en hugtakið fötlun er viðurkennd þýðing á enska orðinu „disability“ sem notað er í umræddri tilskipun. Með fötlun í tilskipuninni er átt við líkamlegt eða andlegt ástand sem er meðfætt eða hefur orðið til vegna sjúkdóms eða slysa, sem er læknanlegt eða ólæknanlegt sem skerðir virknigetu einstaklingsins sem og jafnframt hindrar hann til lengri tíma litið. Tilskipunin gerir ráð fyrir því að atvinnurekendur geri viðeigandi ráðstafanir, þar sem þörf þykir í hverju tilviki, til að fatlaðir eða fólk með skerta starfsgetu eigi aðgengi að störfum, geti tekið þátt í vinnu, notið starfsframa og fengið viðeigandi þjálfun enda teljist ráðstafanirnar ekki of íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi vinnuveitanda.¹⁰⁸

7.4. Túlkun Evrópudómstólsins á fötlunarhugtakinu

Skilgreining fötlunarhugtaksins er enn í þróun hjá Evrópudómstólnum (EB-dómstóllinn) og má ætla að skýrari mynd verði komin á hugtakið eftir nokkur ár. Enn virðist vera nokkuð á reiki hjá Evrópudómstólnum hvar draga eigi línuna milli veikinda og fötlunar, það er, hvenær hætta menn að vera veikir og verða fatlaðir? Í dómi EB-dómstólsins í máli *Sonia Chacón Navas gegn Eurest Colectividades SA*¹⁰⁹ reyndi á hvað félli undir hugtakið fötlun í skilningi 1. gr. tilskipunarinnar. Málið varðaði beina mismunun vinnuveitanda gagnvart starfsmanni sínum, en dómurinn

¹⁰⁶ Barnard, Catherine (2006), bls. 400-401.

¹⁰⁷ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 76.

¹⁰⁸ Tilskipun nr. 2000/78/EB

¹⁰⁹ EBD, mál 13/05, ECR 2006.

varðaði óbeina mismunun að því leyti að fötlunarhugtakið hafði verið lítið skýrt. Sóknaraðili taldi uppsögn vinnuveitanda á grundvelli sífelldra veikinda fela í sér brot á tilskipun 2000/78/EB en EB-dómstóllinn komst hins vegar að þeirri niðurstöðu að veikindi féllu ekki undir vernd tilskipunarinnar.

Dómaframkvæmd er lítið þróuð vegna ungs aldurs tilskipunar 2000/78/EB og því mörgum spurningum ósvarað er varðar fötlunarhugtakið og aðra mismununargrundvelli sem tilskipunin verndar. Það eru helst tvö atriði sem einkenna fötlun sem mismununargrundvöll, það er, annars vegar hvernig túlka beri hugtakið fötlun í skilningi tilskipunarinnar og hins vegar skyldan til að koma upp fullnægjandi aðstöðu og sýna viðeigandi tillit, jákvæðar skyldur ríkis, sbr. 5. gr.¹¹⁰ Tveir dómur hafa fallið hjá EB-dómstólnum er varðar skilgreiningu fötlunarhugtaksins, það er dómur í máli *Sonia Chacón Navas gegn Eurest Colectividades SA*, síðan 11. júlí 2006 og svo nýlegur dómur í máli *Jette Ring gegn Dansk almennyttigt Boligselskab*,¹¹¹ frá 11. apríl 2013, en sá seinni reyndi líka á jákvæðar skyldur.

7.4.1. Sonia Chacón Navas gegn Eurest Colectividades SA

Sonia Chacón Navas var starfsmaður spænskrar veitingarrekstrarkeðju, Eurest. Hún hafði verið frá vinnu í átta mánuði og hafði verið úrskurðuð óhæf til að sinna vinnu vegna veikinda. Þá hafði heilbrigðiskerfið sem annaðist hana komist að þeirri niðurstöðu að hún ætti ekki afturkvæmt til vinnu til styttri tíma lítið. Sökum þessa sögðu vinnuveitendur Sonia henni upp með samningi sem kvað á um fjárhagslegar bætur vegna uppsagnarinnar. Sonia ákvað að höfða mál á hendur Eurest á grundvelli mismununar, það er fötlunar. Spænski dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að þar sem veikindi gætu orsakað óafturkallanlega fötlun þá gæti uppsögn á grundvelli veikinda verið byggð á mismununarástæðum, svo sem fötlun. Þar sem enga skilgreiningu var að finna í spænskum lögum, leitaði spænski dómstóllinn álits hjá EB-dómstólnum.

¹¹⁰ Greinin hljóðar svo: „Til þess að meginreglan um jafnrétti sé virt gagnvart fötluðu fólki skal tryggja sanngjarna aðlögun til að mæta þörfum þeirra. Af þessu leiðir að atvinnurekendur skulu gera viðeigandi ráðstafanir, þar sem þeirra er þörf í hverju tilviki, til að fatlað fólk eigi aðgang að vinnu, geti unnið, notið starfsframa og fengið þjálfun, nema slíkar ráðstafanir leggi óhæfilegar byrðar á atvinnurekendur. Þær byrðar skulu ekki taldar óhæfilegar ef komið er nægilega til móts við þær með ráðstöfunum í stefnu viðkomandi aðildarríkis á sviði málefna fatlaðra.“

¹¹¹ EBD, mál 335/11, ECR 2013.

Evrópudómstóllinn sagði meðal annars að hugtakið fötlun yrði að túlka sjálfstætt og jafnt innan aðildarríkja ESB. Jafnframt sagði dómstóllinn að fötlun, samkvæmt tilskipun 2000/78/EB, yrði að skilja sem takmörkun sem væri afleiðing líkamlegrar, andlegrar eða sálfræðilegrar skerðingar sem hindraði viðkomandi einstakling í daglegu lífi sínu. Þá áréttaði dómstóllinn að löggjafinn hafi af ásettu ráði haft annað hugtak sem greindi sig frá hugtakinu veikindi. Það gæfi því augljóslega til kynna að veikindi og fötlun væri ekki samheiti og bæri því ekki að túlka sem sama hlutinn.

Ályktaði EB-dómstóllinn að hugtakið fötlun gæfi til kynna eitthvað sem hindraði eða takmarkaði einstakling til athafna til lengri tíma litið. Þá ályktaði dómstóllinn út frá þeirri staðreynd að með tilskipuninni væri vinnustað ætlað að aðlaga sig að fötlun viðkomandi einstaklings og þetta mál hafi leitt til þeirrar niðurstöðu að mismununin yrði að vera byggð á aðstæðum sem næðu til lengri tíma.

Var það því niðurstaða EB-dómstólsins að í umræddu tilviki, sem laut að uppsögn á grundvelli veikinda, myndi ekki falla undir vernd fötlunarhugtaks tilskipunarinnar. Þrátt fyrir þessa niðurstöðu dómstólsins gerði hann það ljóst að undir engum kringumstæðum væri það löglegt að segja einstaklingi upp á grundvelli fötlunar sem tilskipunin næði til. Tilskipuninni væri ætlað að skylda vinnuveitendur til jafnrar meðferðar á vinnumarkaði og að gera viðeigandi ráðstafanir fötludum til handa. Sé slíkt ekki gert eða virt bryti uppsögn í bága við tilskipunina.

Samkvæmt ofangreindu falla veikindi ein og sér ekki undir vernd fötlunarhugtaks tilskipunarinnar, leiði veikindin ekki til langvarandi fötlunar.

7.4.2. Jette Ring gegn Dansk almennyttig Boligselskab

Í málinu var deilt um hvenær vernd tilskipunar 2000/78/EB næði yfir hugtakið fötlun og hvenær og hvernig fötlunarhugtakið væri aðgreint frá veikindum. Þá var í málinu einnig óskað eftir afstöðu EB-dómstólsins til þess hvað fælist í hugtakinu „viðeigandi eða nauðsynlegar ráðstafanir“ af hálfu vinnuveitanda, sbr. 5. gr. tilskipunarinnar og hvort stytur uppsagnarfrestur vegna forfalla falli undir mismununarástæður tilskipunarinnar, það er fötlunar. Með öðrum orðum þá laut ágreiningsefnið að túlkun fötlunarhugtaksins annars vegar og jákvæðum skyldum vinnuveitanda hins vegar.

Jette Ring hafði verið starfsmaður Dansk almennyttigt Boligselskab frá árinu 2000. Frá júní árið 2005 og allt til uppsagnar í nóvember 2005, hafði hún verið frá vinnu vegna veikinda yfir langt tímabil eða um 120 daga. Skýrslur lækna sögðu að hún væri mikill baksjúklingur og frekari meðferð myndi ekki bæta ástand hennar eða

bata. Samkvæmt lækisráði var henni bent á að fá stillanlegt skrifborð í vinnuna svo hún gæti unnið og óskaði hún eftir slíku við vinnuveitanda sem varð ekki við ósk hennar. Aftur á móti voru hlutastörf yfirleitt í boði. Fór það svo að Jette var sagt upp á grundvelli mikillar fjarveru hennar en var ekki boðið hlutastarf hjá fyrirtækinu.

EB-dómstóllinn sagði að tilskipun 2000/78/EB væri ætlað að stuðla að jafnri meðferð á vinnumarkaði, þar af leiðandi yrði vinnustaður að vera til þess fallin að mæta þörfum starfsmanna, hvort sem þeir væru haldnir sjúkdómum, læknanlegum eða ólæknanlegum, eða hvort sjúkdómurinn væri þannig að hann hindraði starfsmann til daglegra athafna í einkalífi eða á vinnumarkaði, væru hindranirnar langvarandi. Féllst dómurinn á það að umrædd veikindi féllu undir fötlunarhugtakið í skilningi tilskipunarinnar. EB-dómstóllinn sagði að það væri ekki val vinnuveitanda að meta þörf starfsmanna heldur skylda hans. Þá sagði dómstóllinn að túlka yrði 5. gr. tilskipunarinnar á þann veg að fækkun vinnutíma falli undir viðeigandi ráðstafanir sem vinnuveitanda ber að gera til að þörfum tiltekins einstaklings sé mætt sé ástand hans ekki að fara batna, svo fremi sem byrðarnar séu ekki óhæfilegar á atvinnurekendur. Þá skulu byrðar ekki taldar óhæfilegar ef komið er nægilega til móts við þær með ráðstöfunum í stefnu viðkomandi aðildarríkis á sviði málefna fatlaðra. Var það því niðurstaða EB-dómstólsins að vinnuveitandi hafi ekki sinnt þeim jákvæðu skyldum er hvíldu á honum sbr. ákvæðum tilskipunarinnar. Þá sagði dómstóllinn að stytting uppsagnarfrests, líkt og danska 120 daga reglan fól í sér, ætti sér ekki stoð í lögum og það að stytta uppsagnarfrest fæli í sér mismunun nema vinnuveitandi gæti sýnt fram á annað og réttlætt þá háttsemi, annað bryti gegn tilskipuninni.

7.4.3. Samantekt

Málin staðfesta það að dómstólum aðildarríkja ESB ber að túlka lög um málefni fatlaðra annars vegar að áhersla sé lögð á hvort fötluðum starfsmönnum er gefinn sá kostur eða sá möguleiki að taka fullan þátt á vinnumarkaðnum og hins vegar að gengið sé úr skugga um að engar hindranir sem kunna að koma í veg fyrir fulla þátttöku þeirra.

Í málunum staðfestir EB-dómstóllinn það að uppsögn vegna veikinda sem ekki eru langvarandi falli ekki undir vernd tilskipunarinnar á grundvelli fötlunar, líkt og í máli Sonia. Engu að síður áréttaði dómstóllinn það að þessi niðurstaða hans gæfi ekki til kynna að uppsögn á grundvelli fötlunar myndi ekki falla undir mismununarástæður sem verndaðar væru af tilskipuninni. Tilskipuninni væri ætlað að skylda

vinnuveitendur til þess að koma til móts við starfsmenn sína með viðeigandi og nauðsynlegum ráðstöfum, þar sem þeirra er þörf í hverju tilviki, og uppsögn sem gengi þvert á þessa vernd tilskipunarinnar væri ólögmæt.

Í máli Jette staðfestir EB-dómstóllinn það að einstaklingur sem unnið getur takmarkaða vinnutíma geti fallið undir skilgreiningu fötlunarhugtaks tilskipunarinnar. EB-dómstóllinn sagði að fötlun krefðist skerðingar sem væri til þess fallin að takmarka eða hindra einstakling til daglegra athafna sem og á vinnumarkaði. Þá staðfesti EB-dómstóllinn jafnframt að uppruni fötlunar væri málinu óviðkomandi, þar sem fötlun gæti verið tilkomin vegna tímabundinna veikinda ef afleiðingarnar verða varanlegar. Þar af leiðandi geti fækkun vinnutíma verið sanngjörn hagræðing ef hún er til þess fallin að gera þeim fatlaða kleift að stunda vinnuna sína, þ.e. með viðeigandi ráðstöfunum eða jákvæðum skyldum. Að lokum sagði EB-dómstóllinn að landslög sem heimiluðu styttri uppsagnarfrest á grundvelli 120 daga reglunnar fæli hugsanlega í sér óbeina mismunun.

7.5. Til fróðleiks

Til fróðleiks má þess geta að höfundur ritgerðarinnar reyndi að fá upplýsingar um það hver staðan væri á málum varðandi innleiðingu tilskipunarinnar. Erfiðlega fékk að fá haldgóð svör. Skýrsla starfshóps um tilskipanir Evrópusambandsins um bann við mismunun var skipuð af þá verandi félags- og tryggingamálaráðuneyti árið 2008. Starfshópurinn lagði til að frumvarp til laga yrði samið um tilskipanir 2000/43/EB og 2000/78/EB. Þá var lagt til að í frumvarpi til laga um jafna meðferða á vinnumarkaði yrðu meðal annars almenn ákvæði sem hrintu í framkvæmd meginreglum tilskipananna um að engin mismunun, bein né óbein, skyldi líðast á grundvelli þeirra mismununarástæðna sem taldar eru í tilskipuninni. Það ætti að gilda jafnt um aðgang að störfum, varðandi ráðningar, laun og önnur starfskjör, starfsþróun, starfsmenntun og uppsagnir að teknu tilliti til þeirra fyrirvara sem tilskipanirnar heimila. Taldi starfshópurinn að þessi leið væri betur til þess fallin að ná fram þeim markmiðum sem í tilskipuninum er talið og jafnframt vegna þess að þótt gildandi lögum og reglum yrði breytt væri enn ekki að finna löggjöf á þeim sviðum þar sem innlend löggjöf er ekki fyrir hendi.¹¹²

¹¹² Skýrsla starfshóps um tilskipanir Evrópusambandsins um bann við mismunun (2008).

Höfundur sat fund Vinnuréttafélags Íslands fyrr í vor þar sem tilskipanirnar voru meðal annars ræddar. Þá var jafnframt frumvarp til laga um jafna meðferð á vinnumarkaði bæði rætt og skoðað. Frumvarpið var ekki tekið fyrir á síðasta þingi, en til stendur að taka það fyrir á næsta þingi, hvort það verður á haustþingi eða vetrarþingi var ekki ljóst. Við gerð frumvarpsins var hliðsjón höfð af efni tilskipunar 2000/78/EB og efni tilskipunar 2000/43/EB, en einungis þann hluta seinni tilskipunarinnar sem lýtur að vinnumarkaði. Markviss vinna hófst snemma árs 2012 í nánú samstarfi við sérfræðina á málefnum, hagsmunasamtök, stofnanir og litið til þess hvernig bæði Danmörk og Svíþjóð unnu að innleiðingu. Markmið frumvarpsins er að vinna gegn mismunun, koma á og viðhalda jafnri meðferð einstaklinga á vinnumarkaði óháð þeim mismununarástæðum sem taldar eru í tilskipuninni. Þá er það sérstaklega tekið fram í markmiðum frumvarpsins að íslensk stjórnvöld hafi þegar fullgilt millirikjasamninga sem ætlað er að stuðla að jafnri meðferð í samfélaginu og eru þar taldir upp þeir alþjóðasamningar sem Ísland er aðili að og varða málefnið. Með því að tryggja jafna meðferð á innlendum vinnumarkaði, almennum eða hjá hinu opinbera, er með frumvarpinu lagt til að skýrt verði kveðið á að mismunun á vinnumarkaði, bein eða óbein, vegna kynþáttar, þjóðernisuppruna, trúar, lífsskoðunar, fötlunar, skertrar starfsgetu, aldurs, kynhneigðar eða kynvitundar sé með öllu óheimil. Slíkt verður að teljast nýmæli í lögum enda þótt öðrum ákvæðum íslenskra laga sé ætlað að tryggja að ákveðnu leyti jafna meðferð á vinnumarkaði, sbr. 65. gr. stjkskr. Verður einnig að telja slíkt mikilvægt í því skyni að stuðla að virkri þátttöku sem flestra á vinnumarkaði en almenn þátttaka á vinnumarkaði er talin ein þýðingarmesta leiðin til að koma í veg fyrir fátækt og félagslega einangrun.¹¹³

Höfundur bindur miklar vonir við að frumvarpið verði lagt fram sem allra fyrst svo hagsmunir þessa minnihlutahópa njóti enn ríkari verndar.

¹¹³ Frumvarp til laga um jafna meðferð á vinnumarkaði. Óbirt.

8. Amsterdam-sáttmálinn

Umfjöllunarefni þessarar ritgerðar beinist aðallega að réttindum fatlaðra á vinnumarkaði og í ljósi alþjóðlegra sáttmála. Þykir því nauðsynlegt að staldra við og fjalla um meginregluna um jafnan rétt og banna við mismunun, enda meginreglan í sífelldri þróun. Að sama skapi hefur alþjóðleg framkvæmd, og þær meginreglur sem þar hafa mótagast, bein og óbein áhrif á það hvernig málum er háttað í þeim réttarkerfum sem hér er viðfangsefnið. Lissabon-sáttmálinn eða sáttmáli Evrópusambandsins verður því kallaður EB-sáttmálinn.

Í nánast hverjum einasta alþjóðlega sáttmála¹¹⁴ um mannréttindi er að finna reglu um bann við mismunun, að því gefnu er meginreglan sé byggð á þeim sjálfsagða rétti að allir séu fæddir „frjálsir og jafnir öðrum að virðingu og réttindum.“¹¹⁵

Áður en Amsterdam-sáttmálinn tók gildi höfðu stofnanir bandalagsins ekki neina sérstaka heimild til lagasetningar til að vinna gegn mismunun, heldur þurftu að reiða sig á almennari ákvæði sáttmála Evrópusambandsins (ESB).¹¹⁶ Amsterdam-sáttmálinn tók gildi 1. maí 1999 og er óhætt að fullyrða að með honum hafi orðið gríðarleg réttarbót hvað jafnrétti og bann við mismunun varðar innan ESB. Ber fyrst að nefna að samskiptaaðferð um félagslega stefnu var uppfærð og færð inn í EB-sáttmála, þ.e. inn í 136.-143. gr. Má svo m.a. nefna viðbót við 141. gr. EB-sáttmála, nánar tiltekið 3. mgr. sem veitir ráðinu (e. The Council) heimild til þess að setja fram réttargerðir sem eiga að stuðla að jafnrétti milli karla og kvenna. Heimildinni er ekki aðeins ætlað að afnema mismunun, heldur nær gildissviðið til heimildar fyrir ráðið til að stuðla að jöfnum tækifærum.¹¹⁷

8.1. Meginregla 13. gr. EB-sáttmálans

Höfundur mun fjalla um 13. gr. EB-sáttmála í þessum kafla hvaða áhrif greinin hefur haft á frekari þróun jafnréttismála innan Evrópusambandsins og utan þess. Í dag er að finna ákvæðið í 19. gr. Lissabon-sáttmálans, en höfundur mun styðjast við 13. gr. EB-sáttmálans í eftirfarandi umfjöllun.

¹¹⁴ Dæmi um ákvæði í alþjóðlegum sáttmálum sem kveða á einhvern hátt um meginregluna um jafnræði og/eða bann við mismunun má taka: 2. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP; 1. tl. 2. gr. Alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnómáleg réttindi; 2. tl. 2. gr. Alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi; Samingur um réttindi fólks með fötlun.

¹¹⁵ Smith, Rhona K. M. (2007), bls. 184.

¹¹⁶ Ellis, Evelyn (2005), bls. 14.

¹¹⁷ Ellis, Evelyn (2005), bls. 13.

Stærsta breytingin sem kom með Amsterdam-sáttmálanum varðandi jafnréttismál var tilkoma 1. mgr. 13. gr.¹¹⁸ í EB-sáttmálans. Segja má að með tilkomu greinarinnar í sáttmálann hafi sjálfstæði réttarsviðsins verið viðurkennt í Evrópurétti, þ.e. ESB-reglur um bann við mismunun (e. EU Anti-Discrimination Law).¹¹⁹ Staðreyndin er sú að greinin er í fyrsta hluta sáttmálans sem ber yfirheitið meginreglur (e. principles) sem gerir það að verkum að Evrópudómstóllinn (EB-dómstóllinn) getur virkjað stjórnskipulegt gildi meginreglunnar, gefist tilefni til.¹²⁰ Hljóðar 1. mgr. svo:

Með fyrirvara um önnur ákvæði sáttmálanna og innan marka þeirra valdheimilda sem Sambandinu eru veittar í þeim, er ráðinu heimilt, með einróma ákvörðun, í samræmi við sérstaka lagasetningarmeðferð og að fengnu samþykki Evrópuþingsins, að grípa til viðeigandi aðgerða til að berjast gegn mismunun á grundvelli kynferðis, kynþáttar eða þjóðernis, trúarbragða eða skoðana, fötlunar, aldurs eða kynhneigðar.

Meginreglan veitir víðtæka vernd gegn mismunun en gildissvið hennar er þröngt að því leytnu til að þar er einungis nefnt bann við mismunun, en skylda er ekki lögð á aðildarríki að stuðla að jöfnum tækifærum.¹²¹

Eftir að 13. gr. EB-sáttmálans varð að veruleika hófst vinna við nánari útfærslu á almennum meginreglunni um bann við mismunun. Stuttu seinna urðu til tvær tilskipanir: *Tilskipun ráðsins nr 2000/43/EB um innleiðingu meginreglunnar um jafna meðferð milli einstaklinga óháð kynþætti eða þjóðlegum uppruna og tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB um að koma á almennum ramma fyrir jafna meðferða varðandi atvinnu*, síðarnefnda tilskipunin er eitt af meginumfjöllun ritgerðar þessarar. Fyrir tilkomu tilskipunar 2000/43/EB lagði afleiddur réttur bandalagsins eingöngu skyldur á aðildarríkin að einstaklingum skyldi ekki mismunað á grundvelli þjóðernis eða kyns. Reyndin var þó ekki sú að ekkert hafi verið tekið á mismunun í Evrópurétti, heldur mætti segja að afleiddur réttur sambandsins hafi verið í sífelldri þróun allt frá því að fyrstu tilskipanirnar um kynjajafnrétti urðu að veruleika.

Líkt og áður hefur komið fram var tilskipun 2000/78/EB sett með stoð í 13. gr. EB-sáttmálans. Samkvæmt 1. gr. tilskipunarinnar er markmið hennar að innleiða meginreglu sem kveður á um að allir skuli fá jafna meðferð á vinnumarkaði, óháð trúarskoðunum, fötlun, aldri eða kynhneigð. Tilskipunin var mikil réttarbót á sviði

¹¹⁸ Í dag 19. gr. sáttmála ESB.

¹¹⁹ Schiek, Dagmar (2009), bls. 3.

¹²⁰ Ellis, Evelyn (2005), bls. 14.

¹²¹ Ellis, Evelyn (2005), bls. 14.

vinnuverndar og kveður m.a. á um þá nýjung sem fela í sér jákvæða skyldu vinnuveitanda að koma upp viðeigandi aðstöðu (e. reasonable accommodation) fyrir fatlaða starfsmenn sína, svo þeir geti sinnt starfi sínu, sbr. 5. gr., brot á slíkri skyldu myndi teljast sem mismunun.

8.2. Skyldur Íslands samkvæmt samningi um Evrópska efnahagssvæðið

Íslenska ríkið er skuldbundið af samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningurinn) og er hann jafnfram bundinn í íslensk lög, sbr. lög nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið. Samningurinn um EES inniheldur ekki í sér ákvæði sem er efnislega samhljóða 13. gr. EB-sáttmálans. Þar af leiðandi hafa þær tilskipanir sáttmála ESB sem sækja stoð sína þangað ekki verið teknar upp í EES-samninginn og ber þar að nefna áður nefnda tilskipun 2000/78/EB. Gera má ráð fyrir að breyting verði þar á þar sem starfshópur skipaður af félagsmálaráðherra hefur samið frumvarp til laga sem tekur á efnisþáttum tilskipananna í tengslum við vinnumarkaðinn.¹²²

Meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun er viðurkennd regla í Evrópurétti og sýnir þróunin að reglan er sífellt að fá meira vægi. Draga má þá ályktun að með tilkomu 13. gr. í EB-sáttmálann til viðbótar við þágildandi rétt hafi haft jákvæðar afleiðingar í för með sér sem hefur orðið til þess að þeim markmiðum sem lýst eru í 2. gr. EB-sáttmálans verði náð.

Ljóst er að íslensk jafnréttislög verða ekki skýrð nema með því að lesa einnig viðeigandi bandalagslöggjöf eins og hún hefur verið skýrð af EB-dómstólnum.¹²³ Munurinn á löggjöf EES-samningsins og ESB felst fyrst og fremst í því að 13. gr. EB-sáttmálans á sér ekki hliðstæðu í EES-samningnum. Sökum þessa virðist hafa átt sér stað neikvæð þróun samningsins um EES, að áðurnefndar tilskipanir 2000/78/EB og 2000/43/EB, hafa ekki verið teknar upp í samninginn. Réttaráhrif (e. direct effect) eru ekki hluti af EES-rétti og þar af leiðandi eru aðildarríki EES ekki skuldbundin til þess að innleiða tilskipanir og en fari svo að aðildarríki geri slíkt ranglega eða geri það ekki, þarf einstaklingur að sækja rétt sinn með skaðabótakröfu. Slíkt gerir réttarstöðu einstaklinga sem njóta ekki beinna réttaráhrifa Evrópuréttar tölvuvert lakari en þeirra

¹²² Skýrsla starfshóps um tilskipanir Evrópusambandsins um bann við mismunun. 2008.

¹²³ Sif Konráðsdóttir (2007), bls. 416.

sem þeirra njóta, enda getur það verið erfitt að sýna fram á tjón þó svo að sýnt sé fram á brot á EES-rétti eða Evrópurétti.¹²⁴

8.3. Meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun í Evrópurétti

Af stofnsáttmálum er ESB-sáttmálinn sá eini sem kveður á um regluna um jafnan rétt og bann við mismunun og er hún ein af meginreglum Evrópuréttar.¹²⁵ Meginreglan hefur jafnframt verið staðfest af EB-dómstólnum.¹²⁶ Gildissvið meginreglunnar er víðtækt þar sem hún verndar ekki bara réttindi einstaklinga sambandsins, heldur einnig vörur og fyrirtæki, upp að því marki sem mismunun varðar réttindi og skyldur sem kveðið er um í sáttmálum og réttargerðum sambandsins.¹²⁷

Meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun í Evrópurétti hefur í raun tvenns konar hlutverk. Í fyrsta lagi er henni ætlað að virka við sambandsborgararétt og varðandi innri markaðinn, þar sem henni er ætlað að koma í veg fyrir viðskiptamúra og sjá til þess að allir aðilar sambandsins njóti réttar síns í öllum aðildarríkjum ESB.

8.4. Afleiddur réttur; nauðsyn á sveigjanleika?

Aðildarríki leggja mismunandi áherslur á stefnur varðandi atvinnumál. Sökum þess og mismunandi nálgunar aðildarríkja á reglur er lúta að launþegum, hafa auknar kröfur verið gerðar til ESB þess efnis að gæta sveigjanleika í lagasetningu, t.a.m. með tilskipunum.¹²⁸

8.4.1. Tilskipanir

Sveigjanleika hefur gætt í formi lagasetninga. Meginreglan hefur verið sú að stuðst hefur verið við tilskipanir sökum eðli þeirra og forms og möguleikanum á vissum sveigjanleika. Sveigjanleikinn sem slíkur er á þrjá vegu: 1) með notkun rammatilskipana, sem leggja til grundvallar og meginatriði, en lætur svo aðildarríkinu eftir að ákveða hvernig markmið hennar skuli náð og með hvaða hætti, 2) með tilskipunum sem hafa samræmingu að markmiði og 3) með tilskipunum sem kveða á

¹²⁴ Sjá EFTAD, mál 4/01. EFTACR, bls. 240, í máli *Karls K. Karlssonar*. – Komst Hæstiréttur svo að því í dómi sínum að sóknaraðila hafi ekki tekist að sýna fram á tjón sitt og var því íslenska ríkið syknað. Sjá Hrd. nr. 120/2006, frá 15. febrúar 2007.

¹²⁵ Lawson, Anna (2009), bls. 81.

¹²⁶ *EBD, máll C-1/72, ECR 1972, bls. 475, Frilli gegn Belgíu*. Sjá ummæli í 19. mgr. dómsins: „...the absence of a reciprocal agreement may not be set up against such worker because such requirement is incompatible with the rule of equality of treatment which is one of the fundamental principles of community law, and is enshrined, in this respect, in article 8 of regulation no. 3.“ (Feitletrun höfundar).

¹²⁷ Lawson, Anna (2009), bls.83.

¹²⁸ Barnard, Catherine (2006), bls. 77.

um lágmarkskröfur sem aðildarríki er frjálst að bæta. Tilskipanir um lágmarkskröfur þykja henta ágætlega á markaðnum, þar sem þær veita sveigjanleika ríkja til að prófa og þróa fjölbreyttar lausnir.¹²⁹ Með þessum hætti geta aðildarríki eða samfélagsþegnar komist að lausn er hentar þeirra kerfi og haft það sem mælt er fyrir í tilskipuninni að leiðarljósi.¹³⁰

8.5. Jafnrétti í Evrópurétti

Jafnrétti hefur verið í stöðugri þróun innan Evrópusambandsins. Jafnrétti kynjanna hefur mestum árangri náð og nær aftur til Rómar-sáttmálans. Hvað jafnrétti af öðrum meiði varðar, eins og kynþáttur, þjóðlegur uppruni, kynhneigð, trúarbrögð, trú, aldur og fötlun varðar, er það öllu nýrra. Segja má að slíkt jafnrétti hafi ekki orðið raunverulegt fyrr en með Amsterdam-sáttmálanum, fjórum áratugum eftir tilkomu Rómar-sáttmálans, með 13. gr., sem grundvöll fyrir lagasetningu á banni við mismunun. Hvað veldur því að jafnrétti kynjanna hafi náð jafn góðum árangri og raun ber vitni í þessum efnum má væntanlega rekja til þess að konur eru meira en þriðjungur alls vinnuafls, þær eru líklegri til að stunda „ódæmigerð“ störf, sérstaklega hlutastörf og kunna því verr en karlar að vera lengi atvinnulausar.¹³¹

Öll löggjöf og aðgerðir Evrópusambandsin verður að eiga sér stoð í stofnsáttmálanum. Jafnframt því eru aðildarríki sáttmálans skuldbundin til þess að gæta jafnræðis meðal þegna sinna. Þá ber sambandinu að eyða ójafnræði og skapa jafnræði.¹³²

Meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun er einn af hornsteinum stjórnskipunar allra lýðræðisríkja.¹³³ Það er því augljóst að árangur á jafnréttisgrundvelli skipar stóran sess innan ESB. Hvað felst í hugtakinu „jafnrétti“ getur verið flókið að svara, en hugtakið sem slíkt getur ekki staðið eitt og sér. Til þess að komast að því verður að skoða hina svokölluðu „formúlu Aristótelesar.“ Formúlan hefur verið skilgreind á þann hátt að sambærileg mál fái sambærilega úrlausn og ólík mál fái ólíka úrlausn, oft vísað til sem formlegt jafnrétti.¹³⁴ Til frekari greiningar má spyrja hverjir séu jafnir og hverjir eigi rétt á jafnri meðferð. Orðin þarf að fylla með

¹²⁹ Barnard, Catherine (2006), bls. 79.

¹³⁰ Barnard, Catherine (2006), bls. 83.

¹³¹ Barnard, Catherine (2006), bls. 297.

¹³² Barnard, Catherine (2006), bls. 312.

¹³³ Smith, Rhona K. M. (2007), bls. 184-185.

¹³⁴ Barnard, Catherine (2006), bls. 313.

túlkun en án frekari fyllingar má segja að báðar spurningarnar feli í sér svarið, hvor með annarri.¹³⁵

Þar sem hugtakið jafnrétti býður ekki upp á neina einhlíta skýringu og nær jafnt til einstaklinga og hópa, þá fyllir meginreglan um jafnrétti upp í það. Í þessu sambandi má vísa til 157. gr. EB-sáttmálans, sem kveður á um að aðildarríkjum beri að tryggja beitingu meginreglunnar um jöfn laun karla og kvenna fyrir jafngild og jafnverðmæt störf.¹³⁶

Líkt og áður segir beindist upphafleg löggjöf sambandsins um bann við mismunun fyrst og fremst að efnahagslegum þáttum fremur en félagslegum þáttum. Þrátt fyrir það var EB-dómstóllinn öflugur í að viðurkenna umfang mannréttinda og hefur eins og áður hefur verið greint frá viðurkennt meginregluna um bann við mismunun. Þó svo að sáttmáli ESB hafi ekki í upphafi skírskotað til grundvallarréttinda, byrjaði EB-dómstóllinn snemma að þróa með sér undirstöðuatriði um meginreglur sem liggja að baki sáttnála ESB í dag. Í niðurstöðu EB-dómstólsins í máli *Defrenne gegn Sabena III*,¹³⁷ segir meðal annars:

... ”respect for fundamental personal rights is one of the general principles of Community law, the observance of which it has a duty to ensure. There can be no doubt that the elimination of discrimination based on sex forms part of those fundamental human rights.“

Um hugtökin beina og óbeina mismunun er ekki að finna einhlíta skilgreiningu í sáttmála ESB. Kom það því í hlutverk EB-dómstólsins að festa hugtökin í sessi. Mun höfundur gera grein fyrir hugtökunum í næsta kafla.

8.6. Bein og óbein mismunun í Evrópurétti

Ljóst er með tilliti til framangreindrar umfjöllunar að reglan um bann við mismunun er ein af meginreglum Evrópuréttar. Meginreglan er svo útfærð nánar í ýmsu tilliti innan ESB-réttarins og þar að auki hefur áhersla á jafnrétti aukist innan hans.¹³⁸ Evrópudómstólnum hefur reynst erfiðara að skilgreina óbeina mismunun en beina mismunun.¹³⁹ Í máli *Sotgiu gegn Deutsche Post*¹⁴⁰ féll dómur er varðaði meinta mismunun á grundvelli þjóðernis, sbr. núgildandi 45. gr. sáttmála ESB, þágildandi 48.

¹³⁵ Oddný Mjöll Arnardóttir (2003), bls. 9-10.

¹³⁶ Barnard, Catherine (2006), bls. 314.

¹³⁷ EBD, mál C-149/77, ECR 1978, bls. 1365 til 1378.

¹³⁸ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 51-83.

¹³⁹ Ellis, Evelyn (2005), bls. 91.

¹⁴⁰ EBD, mál C-152/73, ECR 1974, bls. 153.

gr. Ítalskur starfsmaður þýska póstsins fékk lægri styrk fyrir aðskilnað frá heimili sínu (e. separation allowance) en aðrir samstarfsmenn hans. Fyrir vikið varð hann ósáttur og höfðaði mál á hendur þýska póstinum. Reglur þýska póstsins voru tengdar búsetu en Sotgiu var með heimili á Ítalíu og fékk þar af leiðandi lægri bætur. Í niðurstöðu EB-dómstólsins sagði að, þágildandi, 48. gr. sáttmálans verndaði einstaklinga gegn slíkri mismunun. Ennfremur sagði í niðurstöðu dómsins að þýski pósturinn gæti ekki vísað til 4. tl. 48. gr., og stuðnings þess að neita að greiða Sotigu styrk vegna aðskilnaðar, á þeirri forsendu að hann væri opinber starfsmaður.¹⁴¹

Varðandi málefni kynjanna var enn uppi álitamál varðandi óbeina mismunun. Í máli *Defrenne gegna Sabena II*,¹⁴² gaf EB-dómstóllinn til kynna í niðurstöðu sinni að þágildandi 119. gr. sáttmálans,¹⁴³ tæki bæði til beinnrar og óbeinnrar mismununar. Í því máli tók EB-dómstóllinn meðal annars fram þau grundvallaratriði sem 119. gr. byggði á. Defrenne hafði verið flugfreyja belgíska flugfélagsins Sabena, sem hún höfðaði svo mál gegn á þeim forsendum að hún taldi Sabena hafa brotið sér með því að greiða sér lægri laun en karlmönnum í sama starfi. Defrenne reisti vörn sína á þágildandi 119. gr. EB-sáttmálanum, sem bannar mismunun á grundvelli kynferðis. EB-dómstóllinn staðfesti í þessu máli meginregluna um bann við mismunun og sló því föstu að hún gæti einnig haft bein réttaráhrif. Í dóminum sagði einnig að meginreglan fæli í sér tvenns konar markmið, sem væri af efnahagslegum og félagslegum meiði. Þá bæri meginreglunni jafnframt að eyða burt ákvæðum í lögum aðildarríkjanna eða kjarasamningum sem kynnu að fela í sér mismunun gegn kynjunum. Í 19. mgr. dómsins segir svo eftirfarandi:

„It is impossible not to recognize that the complete implementation of the aim pursued by Article 19, by means of the elimination of all discrimination, direct or indirect,¹⁴⁴ between men and women workers, not only as regards individual undertakings but also entire branches of industry and even of the economic system as a whole, may in certain cases involve the elaboration of criteria whose implementation necessitates the taking of appropriate measures of Community and national level.“

Evrópudómstóllinn staðfestir í niðurstöðu sinni að nú taki 157. gr. sáttmála ESB bæði til beinnar og óbeinnar mismununar.

¹⁴¹ Barnard, Catherine (2006), bls. 262.

¹⁴² *EBD, mál C-43/75, ECR 1976, bls. 455.*

¹⁴³ Í dag 157. gr. EB-sáttmálans.

¹⁴⁴ Feitletrun höfundar.

Annað mál þar sem EB-dómstólnum tókst að skilgreina hugtakið um óbeina mismunun á skýran hátt var í máli *Jenkins gegn Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*¹⁴⁵ Málið varðaði Jenkins sem starfaði í hlutastarfi í verksmiðju. Jenksins, ásamt öðrum starfsmönnum sem unnu hlutastarf, var ósátt með að fá aðeins 90% af laununum þeirra sem unnu fullt starf, þá voru allir starfsmenn sem unnu hlutastarf kvenkyns fyrir utan einn. Evrópuþingurinn lét dómstól ríkisins meta hvort hlutlæg réttlætning væri til staðar. Þá sagði meðal annars í niðurstöðu dómsins að misjafnt tímakaup eftir starfshlutfalli gæti ekki talist sem slíkt brjóta gegn ákvæði 119. gr. sáttmála-ESB,¹⁴⁶ nema um ásetning vinnuveitanda að standa að kynjamismunun væri að ræða, með óbeinum hætti. Þá sagði einnig í dóminum að launamunurinn teldist óbein mismunun þar sem erfitt væri fyrir konur að bæta við sig vinnutímum til að ná fullu starfshlutfalli.¹⁴⁷

Í Bilkamálinu svokallaða, *Bilka-Kaufhaus GmbH gegn Weber von Harz*,¹⁴⁸ viðurkenndi EB-dómstóllinn að meginreglan um bann við mismunun næði einnig yfir óbeina mismunun. Atvik málsins voru þau að atvinnurekandi var með viðbótarlífeyriskerfi fyrir starfsmennina og gerði fyrirtækið meiri kröfur til þeirra starfsmanna sem voru í hluta starfi til þess að fá aðgang að kerfinu. Kvenkyns starfsmaður gerði athugasemd við þetta og taldi að um óbeina mismunun að ræða þar sem 75% starfsmenn í hlutastarfi væru kvenkyns en einungis 10% karlkyns. Komst EB-dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að um brot á 119. gr. sáttmála-ESB¹⁴⁹ væri að ræða, nema ef atvinnurekandanum tækist að sýna fram á það þessi mismunun væri byggð á hlutlægum þáttum óháð kyni.¹⁵⁰

Í aðfaraorðum tilskipunar 97/80/EB um sönnunarbyrði í málum varðandi kynjamisrétti var mikilvægi þess að skilgreiningar á óbeinni mismunun var viðurkennd. Í 2. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar segir að óbein mismunun sé fyrir hendi þegar hlutlaust skilyrði, viðmið eða ráðstöfun kemur hlutfallslega verr við annað kynið nema að slíkt sé viðeigandi, nauðsynlegt eða réttlætunlegt vegna hlutlægra þátta óháð kyni.¹⁵¹

¹⁴⁵ EBD, mál C-96/80, ECR 1981, bls. 911

¹⁴⁶ Í dag 157. gr. ESB-sáttmálans.

¹⁴⁷ Sjá umfjöllun í Barnard, Catherine (2006), bls. 332 og 365.

¹⁴⁸ EBD, mál C-170/84, ECR 1986, bls. 1607.

¹⁴⁹ Í dag 157. gr. ESB-sáttmálans.

¹⁵⁰ Sjá umfjöllun í Barnard, Catherine (2006), bls. 332 og 472-473. Einnig málsgreinar 29, 30 og 31 í dómnum.

¹⁵¹ Tilskipun 97/80/EB um sönnunarbyrði í málum varðandi kynjamisrétti.

Skilgreining óbeinnar mismununar í tilskipun 2000/78/EB er að efni til sú sama og tilskipun 2002/73/EB um jafnrétti kynjanna, en sú seinni skilgreindi óbeina mismunun í málum varðandi jafnrétti kynjanna og í samræmi við það sem kveðið er á um í 13. gr. EB-sáttmálans. Skilgreining tilskipunar 2000/78/EB sker sig nokkuð úr fyrir opið réttlætningarákvæði, sem og að kveða á um skyldur vinnuveitenda til að grípa til aðgerða sem koma í veg fyrir að fatlaður einstaklingur lítið fyrir fötlun sína.

8.6.1. Mörkin milli beinnar og óbeinnar mismununar

Mörkin milli beinnar og óbeinnar mismununar eru ekki alltaf augljós eða skýr í framkvæmd. Aðgreining þeirra skiptir aftur á mót miklu máli, í fyrsta lagi vegna þess að auðveldara er að réttlæta óbeina mismunun en beina mismunun og í öðru lagi er erfðara að sanna að óbein mismunun hafi átt sér stað en hvað varðar beina mismunun. Bein mismunun hefur verið skilgreind á þann hátt að þegar einstaklingur fær óhagstæðari meðferð, á grundvelli kynferðis, en annar fær, hefur fengið eða myndi fá við sambærilegar aðstæður.¹⁵² Hvað óbeina mismunun varðar telst um slíka að ræða þegar að því virðist hlutlaus ákvæði, viðmiðun eða venja setur fólk af öðru kyninu í verri stöðu en fólk af hinu kyninu.¹⁵³ Evrópudómstóllinn gefur glögga mynd á aðgreiningu beinnar og óbeinnar mismununar í eftirfarandi málum.

Í máli *Schnorbus gegn Land Hessen*¹⁵⁴ taldi Julia Schnorbus brotið á sér þegar hún sótti um starfsþjálfun hjá hinu opinbera en umsókn hennar hafði verið hafnað. Þar sem umsækjendur voru fleiri en pláss leyfði þurfti að ákveða hvaða sjónarmið áttu að liggja til grundvallar þegar kæmi að vali á umsækjendum og var eitt af þeim sjónarmiðum það að kostur væri ef umsækjendur hefðu lokið herskyldu eða annarri borgaralegri skyldu. Þar sem einungis karlmenn máttu slíkum skyldum komu þeir einungi til álita vegna starfsþjálfunarinnar. Formleg nálgun á þessu myndi sýna að um hlutlægni væri að ræða og ætti þar af leiðandi við um alla umsækjendur, en efnisleg nálgun myndi aftur á móti sýna að um beina mismunun væri að ræða. Dómstóllinn rökstuddi niðurstöðu sína þannig að ekki væri hægt að túlka það þannig að kostur þess að hafa lokið herskyldu eða annarri borgaralegri skyldu gæti fallið

¹⁵² Sjá 2. t. 2. gr. tilskipunar 2002/73/EB um breytingu á tilskipun ráðsins 76/207/EB um framkvæmd meginreglunnar um jafnan rétt karla og kvenna vaðrandi aðgang að störfum, starfsþjálfun og stöðuhækkun, sem og varðandi starfskjör.

¹⁵³ Sama heimild.

¹⁵⁴ EBD, mál C-79/99, ECR 2000, bls. I-10997.

undir beina mismunun gegn kyni eins og Schnorbus taldi. Aftur á móti komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að um óbeina mismunun væri að ræða.¹⁵⁵

Í máli *Tadao Maruko gegn Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*¹⁵⁶ fékk Maruko, samkynhneigður ekkill, ekki lífeyri í kjölfar andláts maka síns. Ástæða þess var að skilyrði þess að fá lífeyri voru þau að þeir þyrftu að vera giftir. Lögin í Þýskalandi eru hins vegar þannig að þau leyfa ekki samkynhneigðum að giftast, heldur aðeins að staðfesta samvist sína. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að um beina mismunun hafi verið að ræða á grundvelli kynhneigðar, sbr. tilskipun 2000/78/EB, þar sem samkynhneigðir nutu ekki sömu réttinda og gagnkynhneigðir.¹⁵⁷

Í framangreindum köflum hefur stuttlega verið gerð grein fyrir meginreglunni um jafnrétti og bann við mismunun í Evrópurétti. Jafnframt hefur grein verið gerð fyrir mörkum er liggja á milli beinnar og óbeinnar mismununar og mikilvægi þess.

¹⁵⁵ Sjá umfjöllun í Barnard, Catherine (2006), bls. 399.

¹⁵⁶ *EBD, mál C-267/06, ECR 2008, bls. I-01757*

¹⁵⁷ Sjá málsgreinar 65, 66, 67 og 76.

9. Evrópuréttur

9.1. Almennt

Rómar-sáttmálinn¹⁵⁸ var undirritaður 25. mars árið 1957, en með honum var mótuð stofnun að Efnahagsbandalagi Evrópu (EBE) og Kjarnorkubandalags Evrópu. Með Maastricht-sáttmálanum, frá árinu 1992, runnu saman EBE, Kjarnorkubandalagið og Kola- og stálbandalag Evrópu og mynduðu Evrópubandalagið (EB). Með Maastricht-sáttmálanum var komið á fót nánari samvinnu innan aðildarríkjanna og myndaðar voru þrjár stoðir í grunnskipulagi Evrópusambandsins (ESB). Evrópubandalaginu var skipað niður í fyrstu stoð grunnskipulagsins sem jafnframt er eina stoðin sem býr yfir yfirþjóðlegu valdi.

Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið (EES)¹⁵⁹ varð svo til eftir að ríki Fríverslunarsamtaka Evrópu (EFTA) ákváðu að efla samstarf sitt frekar. Í dag eru EFTA ríkin þrjú og Ísland eitt þeirra á meðal.¹⁶⁰

Evrópska efnahagssvæðið er svokallaður innri markaður sem lýtur sameiginlegum grundvallarreglum og nær til aðildarríkja ESB og EFTA. Reglur þessar byggja á hinu svokallaða fjórfrelsi, það er, að tryggja frjálst vöruflæði, frjálst flæði þjónustu og fjármagns og frjálsa för fólks um svæðið í opnu samkeppnisumhverfi.¹⁶¹

Í kjölfar EES-samningsins hafa viss straumhvörf orðið í íslenskri lögfræði þá sérstaklega hvað varðar hefðbundnar kenningar um réttshæð réttarheimilda og lögskýringar. Með aðild að EES-samningnum hefur Ísland meðal annars gengist undir skuldbindingar um að taka upp löggjöf Evrópuréttarins¹⁶² sem og skylda til að virða meginreglur EES-réttar.

Við framkvæmd og beitingu ákvæða EES-samningsins skal samkvæmt 6. gr. hans, túlka þau í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins (EB-dómstóllinn eða dómstóllinn, eftir því sem við á) sem máli skipta og kveðnir voru upp fyrir undirritunardag samningsins með fyrirvara um þróun dómsúrlausna í komandi

¹⁵⁸ Rómar-sáttmálanum hefur verið breytt með Einingarlögunum (1986), Maastricht-sáttmálanum (1993), Amsterdam-sáttmálanum (1999), Nice-sáttmálanum (2003) og síðast með Lissabon-sáttmálanum (2009). Sótt af: <http://www.evropustofa.is/frodleikur-um-esb/hvad-er-esb/esb-i-hnotskurn/id2100.html>

¹⁵⁹ Hér eftir EES, þegar við á. Samningur um Evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993. Birtur í C-deild Stjórnartíðinda nr. 31/1993.

¹⁶⁰ Auk Íslands eru Liechtenstein og Noregur. EFTA voru stofnuð árið 1960 og gerðist Ísland aðili að samtökunum árið 1970.

¹⁶¹ Stefán Már Stefánsson (2000), bls. 41.

¹⁶² Með Evrópurétti er átt við alla löggjöf Evrópusambandsins eftir gildistöku Lissabon sáttmálans.

framtið. EFTA-dómstóllinn hefur ríka tilhneigingu til að fylgja fordæmum EB-dómstólsins og hefur oftár en ekki vísað til röksemda sem fram hafa komið í dómum hans eftir undirritunardag EES-samningsins.¹⁶³

Höfundur mun ekki fara nánar í sögu eða þróun ESB og EES, en mun nú víkja nánar að Evrópurétti og skuldbindingum Íslands.

9.2. EES-samningurinn

9.2.1. Uppbygging og gildissvið

Í grófum dráttum má segja að EES-samningurinn taki einungis til fyrstu stoðar ESB, það er þess samstarfs á vettvangi sambandsins sem byggist á samningnum um EBE frá árinu 1957, það er bandalagsréttar Evrópusambandsins.¹⁶⁴ EES-samningurinn byggir á þeim grundvelli að EFTA ríkin taki upp bandalagsreglur um fjórfrelsið, samkeppni, ríkisaðstoð og hugverkaréttindi. Með þessu móti verða EFTA ríkin þátttakendur í sameiginlegum innri markaði ESB, þó með nokkrum takmörkunum. Það meginatriði og viðleitnin til að ná þessu markmið án þess að ríkjum EFTA yrði gert að framselja fullveldisréttindi sín í hendur sameiginlegra stofnana, er ákvarðandi um lagalegt eðli EES-samningsins.¹⁶⁵

Samningurinn um Evrópska efnahagssvæðið var lögfestur með lögum nr. 2/1993. Strangt tiltekið leiðir ekki af EES-samningnum sjálfum bein skylda til lögfestingar á meginmáli hans í heild líkt og gert var hér á landi. Þörfin fyrir lögfestingu á Íslandi leiðir fyrst og fremst af hefðbundinni áherslu á meginregluna um tvíeðlisréttinn sem og reglum um gerð þjóðréttarsamninga og stofnun þjóðréttarlegra skuldbindinga.¹⁶⁶

EES-samningurinn er þjóðréttarsamningur og sem slíkur bindur hann íslenska ríkið að þjóðarétti, en hvorki einstaklinga eða fyrirtæki að landsrétti. Þar sem í samningnum eru ákvæði sem ætlað er að hafa áhrif að landsrétti þar að lögfesta þau. Með lögfestingu meginmálsins fá sum ákvæði samningsins svonefnd bein réttaráhrif, það er ákvæðin binda einstaklinga og lögpersónur, en önnur ákvæði samningsins hafa ekki slík áhrif. Fer það eftir túlkun þeirra hverju sinni hvort um er að ræða bein réttaráhrif líkt og ávallt er þegar milliríkjasamningar eru lögfestir.¹⁶⁷ Augljóst er miðað við þær athugasemdir sem fram koma í frumvarpi með lögum um EES-

¹⁶³ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 333.

¹⁶⁴ Í ritgerð þessari mun höfundur tala um EB rétt eða sambandsrétt, eftir því hvort við á.

¹⁶⁵ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 32.

¹⁶⁶ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 79.

¹⁶⁷ Alþingistíðindi. Þskj. 1 – 1. mál, 116. lþ. (1992).

samninginn að byggt er á meginreglunni um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar. Öll ákvæði EES-samningsins fá lagagildi á Íslandi auk annarra þeirra gerða sem tilgreindar eru í 2. gr. laganna. Merkir þetta með öðrum orðum að öll ákvæðin í meginmáli EES-samningsins hafa bein lagaáhrif á Íslandi og eru þau þar með bindandi fyrir íslenska ríkið.¹⁶⁸

9.2.2. Afleidd löggjöf

Með afleiddri löggjöf bandalagsins er átt við um reglugerðir, tilskipanir, ákvarðanir og tilteknar óskuldbindandi gerðir, sem stofnanir bandalagsins hafa sett á sviðum sem EES-samningur tekur til og verður hluti af samningnum með tilvísun til þessara gerða í viðaukum við EES-samninginn. Í 7. gr. EES-samningsins er kveðið á um með hvaða hætti innleiða skuli afleidda löggjöf sem tekin hefur verið upp í samningnum.¹⁶⁹ Samkvæmt þessu skuldbinda EFTA ríkin sig að þjóðarétti gagnvart aðildarríkjum ESB jafnframt því að skuldbinda sig innbyrðis gagnvart hvert öðru til að taka upp í landsrétt tilteknar reglur EES. Vanræki ríki slíkt getur það haft í för með sér þjóðréttarleg viðbrögð sem mælt er fyrir um í EES-samningnum og geta ýmist falið í sér málsmeðferð fyrir eftirlitsstofnun EFTA og síðan EFTA-dómstólnum í samningsbrotamáli.¹⁷⁰

9.2.3. Innleiðing EES-reglna í landsrétt

Svo markmið að einsleitu efnahagssvæði nái fram að ganga þarf að tryggja að EES-gerðir njóti sömu stöðu eða réttaráhrifa í landsrétti aðildarríkjanna og sambærilegar eða hliðstæðar reglur hafa í aðildarríkjum ESB, án þess þó að samningsríkin þurfi að framselja löggjafarvald til sameiginlegra stofnana. Það má því segja að stefnt sé að því að EES-gerðir fá bein lagaáhrif og bein réttaráhrif þar sem það á við.¹⁷¹ Þar sem tilgangur ritgerðar þessar er meðal annars að skoða tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB, mun höfundur ekki fara út í að fjalla um reglugerðir.

Í 288. gr. sáttmála ESB er mælt fyrir um tilskipanir, en þar segir að tilskipun skuli vera bindandi fyrir sérhvert aðildarríki sem henni er beint til, að því er markmið hennar varðar, en yfirvöldum í hverju ríki skal hafa sjálfsveld sett á hvern hátt og með

¹⁶⁸ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 80.

¹⁶⁹ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 35.

¹⁷⁰ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 137.

¹⁷¹ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 86.

hvaða leiðum þeim markmiðum verður náð.¹⁷² Samkvæmt ákvæðinu hefur ríki í aðalatriðum sjálfðæmi um það með hvaða hætti það hlítir tilskipuninni, það er með lögum, stjórnarsýslufyrirmælum eða öðrum hætti. Tilskipanirnar eru því ekki sjálfkrafa bindandi að landsrétti fyrr en efni þeirra hefur verið tekið í lög.

9.2.4. Ólögfestar EES-reglur og lagaáhrif þeirra í landsrétti

Það er viðurkennd lögskýringarregla í íslenskum rétti að túlka beri landslög til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar ríkisins.¹⁷³ Þegar lagaákvæði er sett í þeim tilgangi að innleiða þjóðréttarlega skuldbindingu getur skuldbindingin haft þýðingu þegar markmið ákvæðisins er afmarkað við lögskýringu. Á þetta sérstaklega við um þegar EES-gerð hefur verið innleidd eða ljóst þykir að íslenskt lagaákvæði endurspeglar EES-reglu um sama eða sambærilegt efni, sbr. 3. gr. EES.¹⁷⁴ Í 3. gr. EES samningsins er líkt og að ofan greinir að finna lögskýringarreglu, sem nefnd hefur verið skýringarreglan. Ákvæðið var sett í þeim tilgangi að uppfylla skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt bókun 35 við EES-samninginn. Samkvæmt bókuninni skuldbinda samningsaðilar sig til að setja, þyki þörf, lagaákvæði sem kveður á um að EES-reglur gildi í þeim tilvikum þar sem getur komið til árekstra milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga. Hæstiréttur hefur beitt skýringarreglunni líkt og um sé að ræða almenna reglu um skýringu landsréttar til samræmis þjóðréttar skuldbindingar samkvæmt EES-rétti, óháð því hvort reglurnar hafa verið lögfestar eða ekki, sbr. *Hrd. 1999 bls. 4916* í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*. Í kjölfar ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, féll dómur í Hæstarétti Íslands í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur,¹⁷⁵ þar sem skaðabótaskylda íslenska ríkisins í málinu var viðurkennd, vegna rangrar innleiðingar EB-tilskipunar um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum við gjaldþrot vinnuveitanda.¹⁷⁶ Í dóminum vísar Hæstiréttur til álits EFTA-dómstólsins þess efnis að samkvæmt grundvallarreglum EES-samningsins bæru aðilar hans skaðabótaábyrgð gagnvart einstaklingum á því tjóni, sem hlytist af ófullnægjandi lögfestingu tilskipunar, enda yrði nánari tilgreindum skilyrðum fullnægt. Bæri því við skýringu EES-samningsins að hafa hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins kæmi ekkert fram sem leiddi til þess að vikið yrði frá því áliti. Í niðurstöðu dómsins rökstyður

¹⁷² Lissabon-sáttmálinn.

¹⁷³ Róbert Ragnar Spanó (2007), bls. 248.

¹⁷⁴ Róbert Ragnar Spanó (2007), bls. 100.

¹⁷⁵ *EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95 og Hrd. 1999, bls. 4916, Erla María Sveinbjörnsdóttir*.

¹⁷⁶ Tilskipun nr. 80/98/EB.

Hæstiréttur hvers vegna skaðabótaábyrgð ríkisins nýtur fullnægjandi lagastoðar í landsrétti. Þá vísar Hæstiréttur til 4. mgr. aðfaraorða EES-samningsins, sbr. 15. mgr. um markmið hans að mynda einsleitt Evrópskt efnahagssvæði sem grundvallast á sameiginlegum samræmdum reglum, sem eigi að leitast við að skýra af samkvæmni líkt og kveðið er á um í 1. þætti 3. kafla VII. hluta samningsins, sbr. bókun 35 um framkvæmd EES-reglna. Ennfremur vísar Hæstiréttur til 3. gr. EES-samningsins sem kveður á um að samningsaðilar skuldbinda sig til að gera allar viðeigandi, almennar eða sérstakar, ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir. Skuldbinding íslenska ríkisins var því fölginn í því að veita einstaklingum ákveðin réttindi að vissum skilyrðum uppfylltum með því að laga íslenskan rétt að tilskipun nr. 80/987/EB svo að efnislegt samræmi yrði á milli íslenskra réttareglna og ákvæða tilskipunarinnar. Þar sem meginmál EES-samningsins hefur lagagildi á Íslandi þótti Hæstarétti það edlilegt að löginn sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð á þann veg að einstaklingur geti átt kröfu til að íslenskri löggjöf verði hagað til samræmis við EES-reglur.

Með vísan til ofangreinds má draga þá ályktun af rökstuðningi EFTA-dómstólsins og Hæstaréttar að einsleitismarkmið EES-samningsins hafi mjög víðtæk áhrif og sé í raun haft til grundvallar niðurstöðu um skaðabótaskyldu aðildarríkja samningsins. Þá sé það einnig mikilvægt að réttindi sem einstaklingar aðildarríkja EES-samningsins eigi að njóta séu tryggð og jafnræðis sé gætt milli þeirra með samræmdum reglum. Því beri aðildarríkjum samningsins skylda til þess að gæta að innleiðingu og beitingu þeirrar löggjafar sem tekin verður upp í samninginn á gildissviði hans.

Með vísan til bókunar 35 og þess fyrirkomulags sem er á lögfestingu ákvæða EES-samningsins, hefur margur fræðimaðurinn hafnað því að EES-reglur geti haft bein réttaráhrif í þeim skilningi sem það hugtak er notað í réttarkerfi Evrópusambandsins (ESB-rétti)¹⁷⁷.¹⁷⁸ Í greinargerð með frumvarpi til laga nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið segir að reglan um bein réttaráhrif eigi ekki við um túlkun EES-reglna. Þá segir ennfremur að lög sem eiga sér stoð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki til hliðar ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sértakleg fram.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Hér er átt við réttarkerfi Evrópusambandsins eða Evrópurétt.

¹⁷⁸ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 151.

¹⁷⁹ Alþingistiðindi. Þskj. 1 – 1. mál, 116. lþ. (1992).

Á grundvelli trúnaðarreglunnar hefur Evrópudómstóllinn þróað regluna um skylduna til að skýra landsrétt í samræmi við ESB-rétt. Í reglunni felst að dómstólum aðildarríkjanna ber að beita tiltækum aðferðum til að ná fram skýringu landsréttar í samræmi við ESB-rétt. Hefur reglan aðallega þýðingu í ESB-rétti þegar um er að ræða ákvæði tilskipana sem eru ekki til þess fallin að hafa bein réttaráhrif og aðilar máls eru báðir einkaaðilar. Trúnaðarreglan er orðuð í mörgum dómum Evrópudómstólsins. Reglan er ekki orðuð í EES-samningnum en þó verður ráðið af dómframkvæmd EFTA-dómstólsins að reglan sé hluti samningsins. EFTA-dómstóllinn byggði til að mynda á trúnaðarreglu EES-samningsins á rökstuðningi sínum varðandi skaðabótaskyldu EFTA ríkjanna þegar tjón hlýst af rangri innleiðingu gerða ESB, sbr. 63. lið í dómi *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*¹⁸⁰ og í 28. lið í dómi *Karls K. Karlssonar* (Karlsson-málið).¹⁸¹ Þá má þess geta að svonefnd forsenduregla er viðurkennd í EFTA-ríkjunum, en sú regla felur í sér að leitast skuli við að skýra og beita landsrétti á þann hátt að hún fái samrýmst þjóðréttarlegum skuldbindingum. Þá gildir hún um þær þjóðréttarlegu skuldbindingar sem leiðir af EES-samningnum.¹⁸²

Hversu langt má ganga að íslenskum rétti til þess að túlka lög og reglur með hliðsjón af þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem Ísland hefur gengist undir á gildissviði EES-samningsins, er erfitt að svara. Ef íslenskur réttur er ekki réttilega aðlagður afleiddri löggjöf, sem hefur verið tekin upp í EES-rétti að fullu, reynir augljóslega á slíkt. Sé litið til íslenskrar dómaframkvæmdar er það ljóst að íslenskur réttur veitti svigrúm til slíkrar túlkunar með hliðsjón af þjóðréttarlegum skuldbindingum. Má í þessu samhengi vísa til hins svokallaða *Dómarafulltrúamáls*,¹⁸³ en í því máli vék Hæstiréttur ákvæði réttarfarslaga til hliðar með vísan til skuldbindinga ríkisins samkvæmt Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), þrátt fyrir að sáttmálinn hefði ekki verið lögfestur í innlendan rétt á þeim tíma. Vísaði Hæstiréttur

¹⁸⁰ EFTAD, mál E-9/97, EFTACR 1998, bls. 95. Erla María Sveinbjörnsdóttir.

¹⁸¹ EFTAD, mál E-4/01, EFTACR 2002, bls. 240. Karl K. Karlsson. Í dóminum kom m.a. fram: [...] af þeim almennu markmiðum EES-samningsins, að koma á fót öflugum og einsleitum markaði, þar sem ítrekuð áhersla er lögð á möguleika einstaklinga til að leita réttar síns fyrir dómstólum og til að fá fullnægt réttindum sínum samkvæmt samningnum, sem og af meginreglunni um virka framkvæmd þjóðaréttar, að dómstólar aðildarríkja hljóta við skýringu landsréttar að taka mið af EES-réttinum í heild, hvort sem ákvæði hans hafa verið lögfest eða ekki.

¹⁸² Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 139.

¹⁸³ Hrd. 1990, bls. 2. Dómarafulltrúi. Í málinu kom til skoðunar hvort dómara í sakamáli bæri að víkja sæti þar sem hann hafði á rannsóknarstigi málsins þrívægis kveðið upp gæsluvarðhald yfir sakborningi í fíkniefnamáli. Í dóminum var m.a. vísað til 7. tl. 36. gr. þágildandi réttarfarslaga um meðferð einkamála í héraði nr. 85/1936, um að dómari skyldi víkja ef hætta væri á því að hann fengi ekki litið óhlutdrægt á málavöxtu. Ennfremur sagði í niðurstöðu dómsins að þótt ekkert hefði komið fram sem benti til þess að dómarafulltrúinn sem kvað upp héraðsdóm hefði litið hlutdrægt á málavöxtu, yrði að fallast á það með Mannréttindanefnd Evrópu að almennt væri ekki talin næg trygging fyrir óhlutdrægni í dómstörfum þegar sami einstaklingur ynni bæði að þeim og lögreglustjórn.

meðal annars til þess í málinu að Ísland hefði skuldbundið sig að þjóðarétti til þess að virða MSE. Þá má enn fremur vísa í *Hrd. 1999, bls. 390 (nr. 177/1998) (blindi nemandinn)* en þar var litið til þeirra markmiða er liggja að baki tilteknum ákvæðum MSE áður en hann var lögfestur á Íslandi.

Þegar litið er til ofangreindra dóma má draga þá ályktun að Hæstiréttur hafi talið að einstaklingar geti byggt beinan rétt á þjóðréttarskuldbindingum á mannréttindasviði, þrátt fyrir að MSE hafi ekki verið innleiddur í íslenskan rétt á þeim tíma. Jafnframt virðist sem Hæstiréttur teygi sig það langt svo réttindi einstaklingsins fái sem best notið.¹⁸⁴ Má þrátt fyrir framangreint aftur benda á að EES-samningurinn og sú löggjöf sem tekin hefur verið upp í hann hafa ekki bein réttaráhrif innan aðildarríkja EES og EFTA. Hefur dómstólinn því lagt áherslu á samræmda túlkun eða óbein réttaráhrif, líkt og fram kemur fyrr í kaflanum. Þá hefur dómstóllinn enn fremur lagt áherslu á að EES-samningnum er ætlað að þjóna hagsmunum einstaklinga og lögpersóna aðildarríkjanna, en minnt á það að hann veiti ekki mannréttindi heldur þrengri og skilgreindari réttindi.

9.2.5. Bein réttaráhrif og forgangsáhrif

Það hefur lengi verið álitamál hvort EES-reglur sem ekki hafa verið leiddar í landsrétt eða hafa verið gerðar með ófullnægjandi hætti, geti engu að síður haft bein réttaráhrif og forgangsáhrif innan EFTA-ríkja. Megineinkennum ESB-réttar sem fjölþjóðlegs réttarkerfis er iðulega lýst með hugtökunum beinum lagaáhrifum og beinum réttaráhrifum. Bein lagaáhrif hafa verið skýrð á þann hátt að með þeim sé átt við réttargerð, sem er sett af þar til bærum stofnunum ESB, og fái beint lagagildi í aðildarríki án nokkurrar aðkomu löggjafarstofnana eða annarra yfirvalda í viðkomandi ríki. Hvað bein réttaráhrif varðar, þá er átt við að ákvæði réttargerðar sé þannig, að bæði efni og formi, að einstaklingar eða lögpersónur í einstökum aðildarríkjum geti reist á þeim réttindi og skyldur í samskiptum sínum við stofnanir ESB, yfirvöld einstakra ríkja eða í samskiptum sínum innbyrðis, án þess að þau séu sem slík beinlínis hluti landsréttar í formlegri merkingu né hafi sérstaklega verið lögfest eftir stjórnskipulegum leiðum í einstökum ríkjum.¹⁸⁵

Ákvæði EES-samningsins, sem talin eru fullnægja skilyrðum um að vera óskilyrt og nægilega nákvæm, hafa bein réttaráhrif í aðildarríkjum ESB, sbr. dóm í *Opel*

¹⁸⁴ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 175.

¹⁸⁵ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 141.

Austria-málinu.¹⁸⁶ Í því máli komst EB-dómstóllinn á fyrsta stigi að þeirri niðurstöðu að 10. gr. EES hefði bein réttaráhrif. Þá gætu einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri byggt rétt sinn á 10. gr. EES fyrir dómstólum aðildarríkjanna. Varðandi það álitafni hvort ákvæði EES-samningsins, eða afleiddra gerða, sem hafa ekki verið réttilega innleidd í landsrétt samkvæmt kröfum samningsins eigi eða geti haft bein réttaráhrif í EFTA-ríkjunum sem eru aðilar EES-samningsins er vert að líta aftur á dóma í máli *Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur*¹⁸⁷ og í *Karlsson-málinu*.¹⁸⁸

Í máli Erlu Maríu, lið 63, er það sérstaklega tekið fram að EES-samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds. Þá er það einnig tekið fram að þar sem meginreglan um skaðabótaskyldu ríkisins sé hins vegar hluti samningsins sé eðlilegt að lög sem lögfesta meginmál samningsins séu skýrð á þann veg að meginreglan um skaðabótaábyrgð ríkisins felist í þeim. Þessi orð hafa verið skýrð á þann hátt að í þeim felist að reglan um bein réttaráhrif ólögfesta reglna sé ekki hluti samningsins. Ekki er óeðlilegt að draga þá ályktun af tilvitnunum orðum, að með því að minna á að EES-samningurinn feli ekki í sér framsal löggjafarvalds, sé dómurinn að gefa til kynna að ekki verði sú ályktun dregin af álitinu að reglurnar um bein réttaráhrif og forgangsáhrif séu hluti hans. Hvað þetta varðar telur Davíð Þór Björgvinsson að það sem komi fram í 28. lið í *Karlsson-málinu*, skipti meira máli. En þar segir meðal annars:

„Það leiðir af 7. gr EES og bókun 35 við EES-samninginn að EES-réttur felur ekki í sér framsal löggjafarvalds. Af því leiðir að EES-réttur gerir ekki kröfu til þess að einstaklingar og aðilar í atvinnurekstri geti byggt beinan rétt fyrir dómstólum aðildarríkis á ákvæðum EES-réttar sem ekki hafa verið innleidd í landrétt. Um leið leiðir það að af þeim almennu markmiðum EES-samningsins, að koma á fót öflugum og einsleitum markaði, þar sem ítrekuð áhersla er lögð á möguleika einstaklinga til að leita réttar síns fyrir dómstólum og til að fá fullnægt réttindum sínum samkvæmt samningnum, sem og af meginreglunni um virka framkvæmd þjóðaréttar, að dómstólar aðildarríkja hljóta við skýringu landsréttar að taka mið af EES-réttinum í heild, hvort sem ákvæði hans hafa verið lögfest eða ekki.“

Skilja má tilvitnuð orð sem svo að meginreglan um bein réttaráhrif ólögfesta eða ranglega lögfesta gerða sé ekki hluti af þeim skuldbindingum sem samningsaðilar tóku á sig með EES-samningnum.¹⁸⁹

¹⁸⁶ EBD, mál T-115/95, ECR 1997, II-39.

¹⁸⁷ MDE, mál E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir. REC 1998, 95.

¹⁸⁸ MDE, mál E-4/01, Karl K. Karlsson. REC 2002, 240.

¹⁸⁹ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 159-160.

Sá grundvallarmunur sem felst í sáttmála-ESB annars vegar og EES-samningnum hins vegar er að með EES-samningnum eru ekki settar á stofn yfirþjóðlegar stofnanir sem hafa vald til lagasetninga sem fá gildi í samningsríkjunum. Miðað er við að reglur innri markaðarins, reglugerðir eða tilskipanir, fái gildi í samningsríkjunum þegar þær hafa verið lögfestar, sbr. 7. gr. EES-samningsins. Sökum þessa hefur verið litið svo á að ekki felist framsal löggjafarvalds í EES-samningnum og endurspeglast það einnig í bókun 35.¹⁹⁰

Líkt og áður hefur komið fram er gengið út frá meginreglunni um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar í íslenskum rétti. Meginreglan felur í sér eftirfarandi: a) Þjóðaréttur og landsréttur eru tvö sjálfstæð kerfi réttarreglna, b) þjóðréttarreglur fá ekki lagagildi að landsrétti nema þær hafi verið lögfestar, c) einstaklingar geta ekki byggt réttindi sín á þjóðréttarreglum fyrr en það hefur verið gert og d) þar sem sérstakur árekskur verður milli ólögfestra þjóðréttarreglna og innanlands löggjafar, viku þjóðréttarreglan. Þá er það viðurkennd lögskýringarregla að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarreglur.¹⁹¹

9.2.5.1 Réttaráhrif ESB-reglna og réttaráhrif EES-reglna

Réttarkerfi ESB er ekki byggt upp á sama hátt og EFTA-ríkja. Evrópusambandið hefur yfirþjóðlegt vald og getur þar af leiðandi sett reglur sem hafa bein réttaráhrif í aðildarríkjunum. Tilskipanir ESB beinast eingöngu að ríkjum og eru hugsaðar þannig að eingöngu markmið þeirra sé bindandi. Aðildarríkjum er því frjálst að velja hvernig markmiðinu er náð og er ákveðin stjórnábylgjaframskiptir ekki nægjanleg í þessu tilliti. Mikilvæg undantekning er þó frá þessari meginreglu og byggist á því að ef að svo miklu leyti sem tilskipun er skýr, nákvæm og skilyrðislaus er hún bindandi á sama hátt og EB-reglugerð.

Líkt og að ofan greinir eiga skilgreiningarnar við samkvæmt ESB-rétti, en þær eiga ekki við innan EES-samningsins. Réttaráhrif gerðanna í EES-samningnum fara eftir því hvernig til þeirra er vísað í viðaukunum, en þar er greint á milli bindandi gerða og óskuldbindandi gerða. Bindandi gerðir eru tilgreindir sem „gerðir sem vísað er til“ en óskuldbindandi gerðir sem „gerðir sem samningsaðilar skulu taka mið af.“ EES-samningurinn tilgreinir hvort gerð er bindandi fyrir samningsaðila, en ekki form hennar. Í flestum tilfellum eru skuldbindandi gerðir reglugerðir eða tilskipanir. Í 7. gr.

¹⁹⁰ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 161.

¹⁹¹ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 169.

EES-samningsins segir með hvaða hætti reglugerðir og tilskipanir, sem vísað er til í viðaukum, skulu teknar upp í landsrétt.

Samkvæmt EES-samningnum ber íslenskum stjórnvöldum að lögfesta reglugerðir óbreyttar, sem annað hvort lög eða stjórnvaldsreglur. Tilskipanir er hins vegar ekki nauðsynlegt að lögfesta sem slíkar þar sem þær kveða oftast á um ákveðinn ramma eða lágmarkskröfur sem verður að uppfylla. Aðilar EES-samningsins verða hins vegar að tryggja að tilgangi tilskipunar sé náð, þótt ákveðin formskilyrði séu ekki sett. Sé tilskipun skýr, nákvæm eða skilyrðislaus er rétt að taka hana upp í lög eða stjórnvaldsreglur.¹⁹²

9.3. Tilskipanir

Líkt og að framan greinir verða tilskipanir ekki sjálfkrafa bindandi að landsrétti og er þeim því ekki ætlað að hafa bein lagaáhrif í sama skilningi og reglugerðir. Er það í samræmi við orðalagið að tilskipanir séu bindandi fyrir aðildarríkin að því leyti sem markmið þeirra varðar. Tilskipunum svipar í raun til hefðbundinna þjóðréttarskuldbindinga. Aðildarríkjum ber að haga löggjöf sinni á þann hátt að markmiði tilskipunarinnar náist í landsrétt. Það felur meðal annars í sér að aðildarríkjum ber að tryggja að ekki séu í gildi önnur ákvæði landsréttar sem fara inn á svið sem Evrópulöggjöfin á ein að taka til eða að ekki séu í gildi ákvæði landsréttar sem fara gegn ákvæðum landsréttar. Þrátt fyrir að tilskipunum sé ekki ætlað að hafa bein lagaáhrif er samt sem áður litið svo á að þær geti haft bein réttaráhrif að ákveðnum skilyrðum uppfylltum.¹⁹³

Hvað EES-rétt varðar fá tilskipanir ekki bein lagaáhrif í EFTA-ríkjunum. Aftur á móti, ef þær falla innan sviðs EES-samningsins og eru í samræmi við það eru þær teknar upp í hann með ákvörðun Sameiginlegu EES-nefndarinnar og þá verða EFTA-ríkin skuldbindin samkvæmt 7. gr. EES-samningsins til að taka þær upp í landsrétt. Þá ber ríkjum að haga löggjöf sinni á þann hátt að markmiðum tilskipananna verði náð, yfirvöld hafa sjálfðæmi um val á formi eða aðferð. Tilskipanir gera mismunandi miklar kröfur um það hversu langt samræming löggjafar aðildarríkjanna skuli ganga. Stundum fela tilskipanir það í sér sem kallast lágmarkskröfur, en heimila einstökum

¹⁹² Alþingistiðindi. Þskj. 1 – 1. mál, 116. lþ. (1992).

¹⁹³ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 93.

ríkjum að gera frekari körfur. Í öðrum tilvikum er miðað við fullkomna samræmingu og er þá svigrúm aðildarríkjanna til frávika lítið sem ekkert.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Davíð Þór Björgvinsson (2006), bls. 95.

10. Mannréttindi

10.1. Hvað eru mannréttindi?

Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna (MYSP) hefst á tilvísun til jafnréttis allra manna, en í 1. gr. hennar segir: „Hver maður er borinn frjál og jafn öðrum að virðingu og réttindum.“ Hugmyndinni um jafnrétti er svo fylgt eftir með meginreglunni um bann við mismunun í 2. gr. yfirlýsingarinnar. Í 2. gr. MYSP segir að allir skuli fá notið þeirra mannréttinda sem yfirlýsingin tryggir án mismununar, s.s. á grundvelli kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúar, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernis, uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.¹⁹⁵ Mikilvægi meginreglunnar um jafnrétti og bann við mismunun endurspeglast með einum eða öðrum hætti í öllum alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sem samþykktir hafa verið síðan.¹⁹⁶

Stjórnarskrárbundin mannréttindi einkenna flest lýðræðisríki, þar sem fram eru settar æðstu reglur um mikilvægustu réttindi borgaranna sem óheimilt er að skerða nema að uppfylltum ströngum skilyrðum. Má því segja að meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun sé einn af hornsteinum stjórnskipunar í réttarskipan lýðræðisríkja. Í VII. kafla stjórnarskrárinnar eru helstu mannréttindi talin. Ekki er að finna einhlíta skilgreiningu á hugtakinu mannréttindi, en upprunalegt markmið mannréttindaákvæða var að lýsa yfir ákveðnum frelsisréttindum einstaklinganna, þ.e. rétti þeirra til að haga lífi sínu, skoðunum og athöfnum að eigin vild, án afskipta eða íhlutunar ríkisins. Innan vissra marka, sem handhafar ríkisvaldsins mega ekki fara yfir nema sérstaklega standi á, eiga einstaklingar að geta notið frelsis og friðhelgi. Í dag er það svo að mannréttindaákvæði leggja skyldur á ríki til að grípa til ákveðinna aðgerða til þess að tryggja að réttindi einstaklinganna séu tryggð og jafnframt kveða þau á að ríkið verði að halda að sér höndum og láti einstaklinga afskiptalaus til þess að mannréttindi þeirra séu tryggð.¹⁹⁷

Merking mannréttindahugtaksins er ekki einungis lagaleg, en hugmyndafræðilegur grundvöllur þeirra eru náttúrukenningar. Mannréttindi eru því ekki réttindi sem veitt eru með lögum eða ráðast af lagalegum skilgreiningum, heldur byggjast á ákveðnum

¹⁹⁵ Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna. (1948).

¹⁹⁶ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 52.

¹⁹⁷ Gunnar G. Schram (1999), bls. 448-449.

gildum og siðferðilegum kröfum um grundvöllinn sem réttarkerfið hvílir á. Mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar fela í sér pólitísk markmið og réttarreglur sem dómstólum ber að vinna eftir og túlka eins og aðrar réttarreglur. Sökum þess að mannréttindi stuðla að breytingum í samfélaginu og stjórn málasamtök eða hagsmunasamtök byggja oft stefnumál sín á þeim getur verið erfitt að skilja í sundur hið tvöfalda og samtvinnaða eðli mannréttinda.¹⁹⁸

Upprunalega er mannréttindi miðuð við mannlegar verur og er það í samræmi við kenningar náttúruréttarins að hver einstaklingur fæðist með ákveðin réttindi, sem verða ekki af honum tekin. Þrátt fyrir yfirlýsingar og kenningar síðari hluta 18. og 19. aldarinnar um frelsi og jafnræði sem fram komu í stjórnarskrám var aðeins um afmarkaðan hóp borgaranna sem naut réttindanna í upphafi. Má t.d. nefna að kosningaréttur tilheyrði afmörkuðum hópi einstaklinga sem uppfyllti viðeigandi skilyrði um efnahag, aldur, þjóðfélagsstöðu og kynferði. Í dag er það svo að allir njóta jafnræðis fyrir lögnum og er greinarmunur sem gerður á þeim háður því að hvíla á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum.¹⁹⁹

10.2. Neikvæð og jákvæð réttindi

Lengi hefur tíðkast að greina mannréttindi í tvo flokka. Rökin að baki flokkuninni er sú að þeim verður ekki framfylgt með sama hætti.²⁰⁰ Fyrri flokkurinn, borgaraleg og stjórn málaaleg réttindi eru oft kölluð neikvæð réttindi. Gengið er út frá því að menn séu fæddir jafnir með ákveðin réttindi sem verða ekki tekin af þeim. Markmið þeirra réttinda er að vernda einstaklinginn fyrir afskiptum eða ágangi ríkisins og er eitt helsta einkenni þeirra að ríki verða að sýna af sér athafnaleysi, þ.e. aðhafist ekkert sem kann að brjóta gegn þessum réttindum og þar með njóta einstaklingarnir óskorðaðs frelsi. Neikvæð réttindi hafa verið í íslensku stjórnarskránni allt frá árinu 1874.²⁰¹

Seinni flokkurinn, efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi er oft kallaður jákvæð réttindi. Sagt hefur verið að áhugi og áhersla á þessum réttindum hafi komið síðar til en kröfur um að njóta lágmarks borgaralegra og stjórn málaalegra réttinda. Meðal þessara réttinda eru réttindi er varða atvinnu, réttinn til almannatrygginga, rétt til viðunandi lífsafkomu, þ.m.t. til viðunandi fæðis, klæðis og húsnæðis, rétt til heilsugæslu og til menntunar. Þá á þessi flokkur við hópa sem eru sérstaklega

¹⁹⁸ Björg Thorarensen (2008), bls. 35.

¹⁹⁹ Björg Thorarensen (2008), bls. 41.

²⁰⁰ Björg Thorarensen (2001), bls. 77.

²⁰¹ Björg Thorarensen (2001), bls. 77.

viðkvæmir og þarfnast verndar, t.d. fólk með fatlanir.²⁰² Grundvallareðlismunur þessara tveggja flokka liggur í því að efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi krefjast mikillar íhlutunar af hálfu ríkisins til að vera virk, en þau kunna að kalla á að ríki grípi til ákveðinna og oft kostnaðarsamra aðgerða til þess að tryggja þau þegnum sínum.²⁰³

Neikvæð réttindi byggjast eins og áður sagði á því að einstaklingurinn skuli vera frjáls undan afskiptum ríkisins og réttindi hans séu best tryggð með því að ríki haldi að sér höndum. Réttindi af þessum toga er einkum að finna í 67. – 75. gr. stj.skr. Með jákvæðum skyldum er verið að leggja ákvæðnar athafnaskyldur á ríkið. Ákvæði stjórnarskrárinnar sem talin hafa verið til jákvæðna skyldna eru einkum réttur til félagslegrar aðstoðar og önnur ákvæði 76. gr. stj.skr., en á mörkum þessarar flokkunar má nefna réttinn til atvinnu, félagafrelsið og réttindi stéttarféлага í 74. og 75. gr. stj.skr., og svo menningarleg réttindi á borð við réttinn til menntunar.²⁰⁴

Erfitt hefur verið að draga skörp skil á milli réttindanna og oftast er rætt um þau á sama tíma þar sem þau eru oftast samtvinnuð. Erfitt getur verið að skilja hvernig frelsisréttindum borgaranna getur verið fullnægt með afskiptaleysi ríkisins gagnvart borgurunum. Það getur ekki talist rökrétt að líta framhjá öðrum hömlum sem hindra borgarana í að njóta réttinda sinna, ef tryggja á öllum jöfn mannréttindi. Hömlur geta talist til fátæktar, fötlunar, skortur á menntun og eða skortur á umburðarlyndi eða harðstjórn. Með tilliti til þessa sést að þetta varpar ljósi á kenningar nútíma fræðimanna sem fjalla um að frelsi sé ekki afskiptaleysi heldur öllu fremur geta einstaklingsins til þess að njóta þeirra réttinda sem hann á. Til þess að geta notið réttinda sinna er geta einstaklingsins háð efnahagi, stjórnmalafrelsi, félagslegri getu, heilsu og menntunar. Til þess að ná fram settum markmiðum og til þess að einstaklingurinn geti notið raunverulegs frelsis liggur geta einstaklingsins í frelsishugtakinu.²⁰⁵

10.2.1. Þýðing flokkunarinnar

Þrátt fyrir að stjórnarskráin skilgreini ekki samfélagslegar skyldur manna hvíla engu að síður margar skyldur á borgurunum gagnvart ríkinu, mikilvægasta skyldan er fylgja lögnum og þeim leikreglum sem settar eru í samfélaginu. Einstaklingarnir bera

²⁰² Björg Thorarensen (2001), bls. 77.

²⁰³ Alþingistiðindi. Þskj. 389 – 297. mál, 118. lþ. (1994).

²⁰⁴ Björg Thorarensen (2008), bls. 36-37.

²⁰⁵ Fredman, Sandra (2008), bls. 11.

ákveðnar skyldur gagnvart samborgurum sínum sem almennt er mælt fyrir um í lögum sem gerir það að verkum að ríkinu er kleift að bregðast við broti á skyldum með refsireglum og öðrum úrræðum. Þarna birtist mikilvæga hlutverk ríkisins að vernda réttindi borgaranna, líf og limi þeirra, fyrir ógn sem kann að stafa af brotum annarra einstaklinga.²⁰⁶

Gagnsemi þess að flokka mannréttindaákvæði eftir því hvort þau eru jákvæð eða neikvæð er takmörkuð og gefur ekki endilega vísbendingu um vægi þeirra. Í dag er það pólitískt grundvallarmarkmið lýðræðisþjóðfélaga að ríkið sé til fyrir borgarana og hlutverk þeirra felist í því að vernda frelsi þeirra og búa þeim viðunandi lífsskilyrði. Mannréttindi sem talin eru í stjórnarskránni eru ekki tæmandi talning á því hvað felst í mannréttindahugtakinu þar sem umfang mannréttinda er mjög víðtækt, það sést vel þegar alþjóðasamningar eru skoðaðir.²⁰⁷

10.3. Alþjóðasamningar um mannréttindi

Hér á eftir er ætlunin að gera nokkra grein fyrir þeim alþjóðasamningum sem Ísland er aðili að. Fjallað verður stuttlega um hvern samning fyrir sig og reynt að gera grein fyrir hvort og þá á hvaða hátt þeir hafa haft áhrif á réttarframkvæmd hér á landi. Sérstaklega verða ákvæði er varða réttindi fatlaðra, m.t.t. vinnumarkaðarins, skoðuð.

10.3.1. Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna (MYSP)

Mannréttindayfirlýsingin telst ekki þjóðréttarsamningur og er því ekki bindandi að lögum fyrir aðildarríki Sp. Um er að ræða yfirlýsingu um markmið sem ríki skyldu stefna að. Yfirlýsingin hefst með þeim orðum að viðurkenna beri að hver maður sé jafnborinn til virðingar og réttinda er verði eigi af honum tekin og þetta sé undirstaða frelsis, réttlætis og friðar í heiminum. Með yfirlýsingunni náðu ríki samstöðu um sameiginleg markmið.²⁰⁸

Með tímanum hefur því verið haldið fram að ákvæði yfirlýsingarinnar hafi þróast í átt til þess að verða bindandi þjóðréttarskyldur. Því til stuðnings hefur annars vegar verið bent á að ákvæði hennar séu beinlínis ætluð til fyllingar almennum stofnskrárákvæðum sem vísa til mannréttinda og þar af leiðandi fái þau sama vægi og texti hennar. Hins vegar hefur á það verið bent að veigamikil rök séu fyrir því að stór hluti réttinda sem talin eru í yfirlýsingunni hafi fest sig í sessi sem bindandi

²⁰⁶ Björg Thorarensen (2008), bls. 39.

²⁰⁷ Björg Thorarensen (2008), bls. 40.

²⁰⁸ Björg Thorarensen (2008), bls. 75.

Þjóðréttarvenjur í ljósi ríkrar framkvæmdar um vernd þessara réttinda, m.a. með samþykkt bæði svæðisbundinnar og alþjóðlegra þjóðréttarsamninga er varða þessi réttindi. Á móti þessu kemur, að þótt fallist verði á að sum réttindi sem talin eru í yfirlýsingunni hafi öðlast sess sem þjóðréttarvenja eru önnur réttindi umdeildari og þá hafi ekki öll ríki talið sig skuldbundin til að virða þau eða breytt í samræmi við það. Á þetta einkum við um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Engu að síður er víst að nokkur réttindi sem talin eru í yfirlýsingunni eru af meiði grundvallarreglna (jus cogens), sem binda öll ríki án tillits til aðildar að þjóðréttarsamningum. Er einkum átt við 2. gr. um bann við mismunun, 3. gr. um rétt til lífs, frelsis og mannhelgi, 4. gr. um bann við þrældóm, 5. gr. um bann við pyndingum og 11. gr. um bann við afturvirkni refsilaga.²⁰⁹

Sérstaklega er minnst á fötlun í 25. gr. yfirlýsingarinnar, en í henni segir í 1. tl.:

Hver maður á kröfu til líf skjara, sem nauðsynleg eru til verndar heilsu og vellíðan hans sjálfs og fjölskyldu hans. Telst þar til matur, klæðnaður, húsnæði, læknishjálp og nauðsynleg félagshjálp, svo og réttindi til öryggis gegn atvinnuleysis, veikindum, *örorku* (leturbr. höf.), fyrirvinnumissi, elli eða öðrum áföllum, sem skorti valda og hann getur ekki við gert.²¹⁰

Hugtakið fötlun eða örorka er einungis nefnt í einu ákvæði yfirlýsingarinnar. Þrátt fyrir það er hún engu að síður mikilvægt tæki til að bæta og vernda mannréttindi fatlaðra.²¹¹

10.3.2. Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi (SBSR)

Samningurinn hefur ekki verið lögfestur hér á landi en er þjóðréttarlega bindandi. Samningurinn hefur einungis að geyma borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi og hafa það að markmiði og stefna að því að tryggja einstaklingnum frelsi og takmarka afskipti og ágang ríkisvaldsins.²¹²

Í 1. tl. 2. gr. SBSR er fjallað um jafnan rétt allra borgara aðildarríkjanna til að njóta þeirra réttinda sem talin eru í samningnum. Greinin er svohljóðandi:

Sérhvertt ríki sem aðili er að samningi þessum tekst á hendur að virða og ábyrgjast að öllum einstaklingum innan landsvæðis síns og undir lögsögu sinni réttindi þau sem viðurkennd eru í samningi þessum án nokkurs konar mismunar

²⁰⁹ Björg Thorarensen (2008), bls. 76.

²¹⁰ Sérstök athygli er á því vakin að í enskum texta yfirlýsingarinnar er orðið „disability“ notað, sem þýðist á íslensku „örorka“. Höfundur ritgerðar þessarar mun styðjast við orðið „fötlun“.

²¹¹ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 22.

²¹² Joseph S., Schultz J. and Castan M. (2004), bls. 3.- 4.

svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmalaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagslegs uppruna, eigna, ætternis eða annarra aðstæðna.

Samningurinn fjallar um ýmis grundvallarmannréttindi og er mikilvægt fyrir fólk með fötlun að þau réttindi séu tryggð án nokkurrar mismununar vegna fötlunar. Fötlun er ekki tilgreind sérstaklega í 2. gr. SBSR en ótvírætt þykir að fötlun falli undir hugtakið „aðrar aðstæður.“²¹³

Þriðji hluti samningsins er talinn sá mikilvægasti en þar að finna efnislegu réttindi einstaklingsins sem vernduð eru með samningnum. Má sem dæmi nefna réttinn til lífs í 6. gr. og réttinn til jafnræðis fyrir lögum í 26. gr., sem er grundvallarregla um jafnræði. Jafnræðisregla 26. gr. SBSR hefur mun víðtækara gildissvið en svo að hún sé takmörkuð við þau efnisréttindi sem mælt er um í samningnum. Í upphafi ákvæðisins segir að allir séu jafnir fyrir lögum og eigi rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Jafnframt skuli lögin í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast að allir menn njóti jafnrar og raunhæfrar verndar gegn mismunun. Með almennri yfirlýsingu ákvæðisins er gildissvið þess ekki einskorðað við þau borgaralegu og stjórnmalalegu réttindi sem í samningnum eru talin, heldur nær til allra sviða þjóðfélagsins eins og efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda.²¹⁴

Með 28. gr. SBSR var komið á fót sérstakri nefnd²¹⁵ sem á að hafa eftirlit með framkvæmd samningsins innan aðildarríkjanna.²¹⁶ Í almennu áliti nefndarinnar nr. 31. segir að af ákvæði 2. mgr. 2. gr. SBSR leiði, að ef löggjöf aðildarríkis samræmist ekki skyldum samkvæmt samningnum, verði aðildarríkin að gera viðeigandi breytingar á löggjöfinni.²¹⁷ Þrátt fyrir að aðildarríkin beri þessar skyldur er þeim ekki skylt að innleiða ákvæði samningsins í löggjöf sína heldur standa skyldurnar aðeins til þess að ákvæði samningsins séu virt og einstaklingurinn fær notið þeirra réttinda sem mælt er fyrir í samningnum. Nefndin leggur þó áherslu á og mælir fyrir að ákvæðum séu veitt lagagildi innan aðildarríkja þar sem slíkt gæti leitt til aukinnar verndar einstaklingnum.²¹⁸

²¹³ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 23.

²¹⁴ Björg Thorarensen (2009), bls. 83-84.

²¹⁵ Hér er átt við Mannréttindanefnd Sameinuðu þjóðanna.

²¹⁶ Hér eftir nefndin, þegar við á.

²¹⁷ Almenn áliti nefndarinnar nr. 31, *The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant* 03/29/2004, 2. gr.

²¹⁸ Joseph S., Schultz J. and Castan M. (2004), bls. 9.

10.3.4. Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (SEFMR)

Samningurinn var undirritaður af Íslands hálfu 30. desember 1968 og fullgiltur 22. ágúst 1979.²¹⁹ Samningurinn er þjóðréttarlega bindandi. Við það að gerast aðilar að og fullgilda samninginn skuldbinda aðildarríkin sig að þjóðarétti að tryggja réttindin sem samningurinn mælir fyrir um. Réttindin sem samningurinn verndar og mannréttindin, er bæði mikilvægur og merkilegur. Annars vegar er hann fyrsti alþjóðasamningurinn sem skuldbindur ríki til að vernda efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og hins vegar er hann eini alþjóðlegi samningurinn sem fjallar ítarlega um allt svið efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda.²²⁰

Í 2. gr. SEFMR er sérstaklega tekið fram að mannréttindi gildi fyrir alla. Greinin er svohljóðandi:

Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum takast á hendur að ábyrgjast að réttindum sem greind eru í samningi þessu muni verða framfylgt án nokkurrar mismununar vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis, tungu, trúarbragða, stjórnmálaskoðana eða annarra skoðana, þjóðernisuppruna eða félagsleg uppruna, eigna, ætternis eða *annarra aðstæðna* (leturbr. höf.).

a. Fötlun

Markmið sammingsins er að vernda, án mismununar, rétt sérhvers manns. Fötlun er ekki verndarandlag sammingsins en ekki er dregið í efa að fötlun falli undir hugtakið „aðrar aðstæður.“ Í 2. gr. SEFMR segir að aðilar hans skuldbindi sig til að ábyrgjast og framfylgja þeim réttindum sem talin eru í greininni. Samningurinn tryggir hin ýmsu efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu réttindi og er það ljóst að íslenska ríkið hefur ábyrgst að fólk með fötlun fái notið sömu réttinda á við aðra einstaklinga, án nokkurrar mismununar.²²¹

Í almennu áliti nefndar, sem hefur eftirlit með framkvæmd sammingsins með það að markmiði að aðildarríki séu aðstoðuð svo þau nái að uppfylla skuldbindingar sínar, um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi er sérstaklega fjallað um fötlun. Þá er sérstaklega fjallað um fötlunarhugtakið og að hugtakið nái yfir margskonar hömlun. Í álitinu kemur fram að ástæður fötlunar geti verið margskonar; líkamlegar,

²¹⁹ Stjórnartíðindi C nr. 10/1979.

²²⁰ Kristín Benediktsdóttir (2009), bls. 107-108.

²²¹ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 23.

vitsmunalegar og andlegar, svo eitthvað sé nefnt, þá geti verið um ræða varanlega sem og tímabundnar fatlanir vegna sjúkdóma og eða slysa.²²²

b. Réttur til vinnu

Í 6. gr. SEFMR segir að aðildarríki samningsins viðurkenni rétt manna til vinnu sem feli í sér rétt sérhvers manns til þess að hafa tækifæri til þess að afla sér lífsviðurværis með vinnu sem hann velur sér eða tekur að sér af frjálsum vilja, og munu ríkin gera viðeigandi ráðstafanir til þess að tryggja þennan rétt. Í almennu álit nefndarinnar varðandi greinar 6.-8., er varðar réttinn til vinnu, er þess sérstaklega getið að á atvinnumarkaðnum sé mismunur vegna einstaklinga með fötlun þekktasta mismunurinn og hún sé einnig langvarandi. Þá er þess getið að í flestum ríkjum sé staða atvinnulausra hjá fólki með fötlun tvisvar til þrisvar sinnum hærri en hjá þeim sem eru ekki með fötlun. Fólk með fötlun sé svo ráðið í láglounastörf þar sem lítil eftirfylgni sé með félagslegum þáttum þeirra sem leiði oftar en ekki til einangrunar. Því sé það nauðsynlegt að sameina fólk með fötlun hinum almenna vinnumarkaði með stuðningi og aðkomu ríkisins.²²³

c. Almennar grundvallarskyldur

Í 2.-5. gr. SEFMR er kveðið á um skyldur aðildarríkjanna sem þau gangast undir með því að gerast aðilar að samningnum. Ýmist hefur verið vísað til þess að skyldur aðildarríkjanna séu almennar (e. general obligations) eða grundvallarskyldur (e. basic obligations) þar sem um er að ræða skyldur í tengslum við innleiðingu á ákvæðum samningsins í landsrétt og framkvæmd réttinda sem samningurinn kveður á um.²²⁴

Grundvallarskyldur aðildarríkjanna samkvæmt samningnum er að gera ráðstafanir til að koma réttindum hans í framkvæmd. Ráðstafanir má gera smám saman en samningurinn setur samt þau skilyrði að þau náist innan sanngjarns tíma eftir að samningurinn tekur gildi í viðkomandi ríki. Ólíkt ákvæðum annarra mannréttindasamninga er aðildarríkjum að SEFMR, samkvæmt 1. mgr. 2. gr. hans, ekki gert að vernda strax réttindin sem samningurinn kveður á um. Ríkin hafa því ákveðið svigrúm til að efna skyldur sínar samkvæmt samningnum. Skyldan er aftur á móti skilyrðislaus og ótakmörkuð og krefst tafarlausa úthugsaðra, raunhæfra og mjög nákvæmra athafna af hálfu ríkisins. Þá er einnig kveðið á um í II. hluta samningsins

²²² Almenn álit nr. 5, *Persons with disabilities* 12/09/1994, 2. gr.

²²³ Almenn álit nr. 5, *Persons with disabilities* 12/09/1994, 20. gr.

²²⁴ Kristín Benediktsdóttir (2009), bls. 125.

að ríkin skuli beita öllum tilhlýðilegum ráðum til að koma réttindum samkvæmt honum til framkvæmda, sérstaklega með setningu laga.²²⁵ Þrátt fyrir að almenna reglan sé sú að ríkin hafi val um það hvernig þau innleiða réttindi samningsins hefur nefnd samningsins talið að í ákveðnum tilvikum geti verið nauðsynlegt að gera það með lögum. Dæmi um slíkt er jafnrétti, réttinn til heilsu, vernd barna og mæðra, réttinn til menntunar og jafnframt þau réttindi sem er fjallað um í ákvæðum 6.-9. gr., þ.e. réttinn til vinnu, réttinn til sanngjarnra og hagstæðra vinnuskilyrða og réttinn til félagslegs öryggis. Nefndin hefur lagt á það sérstaka áherslu að það sé í sjálfu sér ekki nægjanlegt að innleiða réttindi samningsins með löggjöf til að uppfylla skyldur hans, heldur skipti mestu máli þau lagalegu úrræði til að fylgja samningnum eftir.²²⁶

10.3.5. Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks (SRF)

Þann 13. desember árið 2006 var á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna samþykktur samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, ásamt valfrjálsri bókun hans. Samningurinn var fullgiltur 3. maí 2008 og er fyrsti mannréttindasamningur 21. aldarinnar og jafnfram fyrsti samningur Sp sem beinist sérstaklega að réttindum fatlaðra.²²⁷ Með samningnum breyttist staða fatlaðra innan alþjóðasamfélagsins til hins betra, hin nýja mannréttindanálgun staðsetur vandamáls fatlaðs fólks fremur hjá samfélaginu og umhverfinu en hjá einstaklingnum og bendir á að um sé að ræða skort á því að stjórnvöld bregðist við félagslegum hindrunum og mæti þar af leiðandi ólíkum þörfum einstaklinga. Allsherjarþingið viðurkenndi að jafnrétti, reisn, sjálfstæði, sjálfsforræði, aðgengi og innlimun væri lykilþáttur þess að fólk með fötlun gæti tekið fullan þátt í samfélaginu.²²⁸ Samningurinn hefur verið kallaður tímamótasamningur og verið stórt skref fram á við í réttindavernd fatlaðra.²²⁹ Auk þess hafa réttindi fatlaðra verið gerð sýnilegri.²³⁰

Markmið eða ætlun samningsins er ekki að skapa ný réttindi heldur styrkja þau þannig að hann nái betur utan um réttindi fatlaðra.²³¹ Allt frá seinni heimsstyrjöldinni og til enda síðustu aldar hafa Sameinuðu þjóðirnar kunnert sjö allsherjarþing er varða mannréttindi. Hver og einn samningur kveður á um lagaskyldur sem fræðilega eiga við um fatlaða en er sjaldan beitt í framkvæmd. Til þess að njóta verndar þessa

²²⁵ Kristín Benediktsdóttir (2009), bls. 127-128.

²²⁶ Kristín Benediktsdóttir (2009), bls. 129-130.

²²⁷ Stein, M. A. og Lord, J. E. (2009), bls. 17.

²²⁸ Oddný Mjöll Arnardóttir og Gerard Quinn (2009), bls. xi (formáli).

²²⁹ Oddný Mjöll Arnardóttir (2009), bls. 41.

²³⁰ Koch, Ida Elisabeth (2009), bls. 67.

²³¹ Lawson, Anna (2009), bls. 107.

samninga verður fatlaður einstaklingur annað hvort að falla undir alþjóðlegt ákvæði, sem samkvæmt ályktun nær yfir hann sem einstakling eða hins vegar einkennast sérstaklega af fötlun sem nær til verndar réttinda hans. Þessi nálgun er vandkvæðum bundin þar sem gildandi mannréttinda skuldbindingar eru ekki sniðnar að þeim sérstöku hömlunum sem fatlaður einstaklingur mætir. Vegna þessa hafa skuldbindingar mannréttindasamninga ekki nýst á nógu áhrifaríkan hátt til þess að mæta þeim sérstöku þörfum fatlaðra eins og til dæmis jafnréttis á vinnumarkaði. Samningarnir um borgaraleg og stjórnfélagsleg réttindi, um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og um bann við pyndingum og ómannúðlegri meðferð og refsingum eru hver og einn alþjóðlegir og kveða óbeint á réttindum fatlaðra. Til samanburðar taka samningarnir um afnám kynjamisréttis, um afnám allrar mismununar gangvart konum, samningur um réttindi barnsins, allir til þeirra sérstöku einkenna sem hver og einn þeirra kveður á um og getur skarast á við rétt einstakling sem fellur undir einhvern þessa samnings og er jafnframt fatlaður.²³²

a. Inntak samningsins

Samningnum er ætlað að koma á mannréttindavernd með sérstökum hætti fyrir fatlaða og er SRF bæði afdráttarlaus og skýr. Samningurinn hefur hvorki að geyma ný eða sérstök réttindi fyrir fatlaða, heldur nánari útfærslu á þeim aðgerðum sem stjórnvöld þurfa að grípa til svo fötluðum sé tryggð öll almenn mannréttindi.²³³ Í 1. gr. samningsins er að finna nýja nálgun á fötlun, en samkvæmt greininni teljast fatlaðir einstaklingar, líkamlega, andlega eða vitsmunalega skertir, verða þeir sem hindraðir eru í fullri þátttöku í samfélaginu á jafnréttisgrundvelli þegar víxlverkun verður milli skerðingar einstaklingsins og tálma af ýmsu tagi. Með SRF var því farin sú leið að skilgreina hugtakið fötlun út frá einstaklingnum í því samfélagi sem hann er hluti af. Þannig er áhersla lögð á samspil umhverfis og einstaklings frekar en einstaklingsbundnar hamlanir.²³⁴

Í formálsorðum samningsins segir að aðildarríki samningsins viðurkenni gildi þess að fötluðu fólki sé tryggja aðgengi að hinu efnislega, félagslega og menningarlega umhverfi, njóti heilbrigðis og menntunar og aðgengis að upplýsingum og samskiptamiðlum til þess að það megi njóta allra mannréttinda og mannfrelsis til fulls. Þá viðurkenni aðildarríkin gildi þess fyrir fatlaða að vera sjálfráðir og sjálfstæðir

²³² Stein, M. A. og Lord, J. E. (2009), bls. 18-20.

²³³ Quinn, G., og Degener, T. (2002), bls. 13-15.

²³⁴ Stein, M. A. og Lord J. E. (2009), bls. 25.

einstaklingar sem felist meðal annars í frelsi þeirra til að taka eigin ákvarðanir. Þar af leiðandi eigi fatlaðir kost á því að eiga virka aðild að ákvörðunum um stefnumótun og áætlanir sem varða þá með beinum hætti. Er þessi yfirlýsing ein af meginreglum 3. gr. samningsins og réttur fatlaðra til að fá ákvörðun sína virta af öðrum því sá grundvöllur sem önnur réttindi samningsins byggjast á. Með aðild að samningnum er þannig leitast við að tryggja að fatlaðir geta tekið jafnan þátt í samfélaginu á við ófatlaða.²³⁵

Í 27. gr. SRF er kveðið á um réttinn til vinnu og starfs. Þar segir meðal annars að aðildarríkin viðurkenni rétt fatlaðra, til jafns við aðra, til vinnu og að aðildarríki skuli tryggja og stuðla að því að rétturinn til vinnu verði að veruleika með því að gera viðeigandi ráðstafanir, til að mynda með lagasetningu sem leiðir meðal annars til þess að: a) leggja bann við mismunun, b) að vernda rétt fatlaðra til sanngjarnra og hagstæðra starfsskilyrða, c) að fötluðum sé gert kleift að nýta atvinnuréttindi sín, d) að gera fötluðum kleift að hafa með virkum hætti aðgang að ýmiss konar ráðgjöf varðandi atvinnu, e) að skapa atvinnutækifæri fyrir fatlaða og stuðla að starfsframa, f) að stuðla að tækifærum til að starfa sjálfstætt, g) að ráða til starfa innan opinbera geirans, h) að stuðla að því að fatlaðir séu ráðnir innan einkageirans og gera þar viðeigandi ráðstafanir, i) tryggja að viðeigandi hagræðing fari fram í þágu fatlaðra á vinnustað, j) að stuðla að því að fatlaðir geti aflað sér starfsreynslu á almennum markaði og k) að stuðla að starfstengdri og faglegri endurhæfingu svo þeir haldi störfum sínum og geti snúið aftur til starfa.

b. Jafnrétti – bann við mismunun.

Í inngangsorðum samningsins, nánar tiltekið staflíð h, segir að aðildarríki viðurkenni að mismunun gagnvart sérhverjum einstaklingi sakir fötlunar misbjóði mannlegri reisn og verðleikum mannsins. Þá segir í 1. málslíð 1. gr. SRF að markmið samningsins sé að stuðla að því að fatlaður fái notið allra mannréttinda og mannfrelsis til fulls og jafns við aðra og að auka virðingu fyrir mannlegri reisn. Í 5. gr. SRF er svo fjallað um jafnrétti og bann við mismunun.

Í febrúar 2008 var skipuð nefnd um fullgildingu samnings Sp um réttindi fatlaðs fólks, af þáverandi félags- og tryggingamálaráðherra sem átti að kanna hvort lög og reglugerðir hér á landi uppfylltu kröfur sem lagðar eru á aðildarríki sem fullgilda SRF.

²³⁵ Samningur um réttindi fatlaðs fólks, bls. 1-4.

Í tillögum nefndarinnar segir að fatlaðir einstaklingar teljist iðulega til jaðarhópa hvers samfélags og þrátt fyrir að stefnumarkandi þróun alþjóðlegra mannréttinda hafi breytt lífi og lífsaðstæðum til hins betra, standi fatlaðir enn fyrir utan af einhverjum ástæðum. Slíkt takmarki tækifæri fatlaðs fólks til að standa á eigin fótum sem leiði til þess að fatlaðir neyðist til þess að reiða á aðra. Ennfremur segir í tillögum nefndarinnar að SFR sé með sérstökum hætti ætlað að koma á sömu mannréttindavernd fatlaðs fólks og gildir fyrir aðra með því að útfæra á nákvæman hátt til hvaða aðgerða stjórnvöld þurfi að grípa svo réttindin teljist tryggð að fullu.

Tillögur nefndarinnar fólust meðal annars í því að við næstu endurskoðun stjórnarskrárinnar verði bann við mismunun á grundvelli fötlunar sérstaklega tryggt og að forsendur þess að Ísland uppfylli þau skilyrði sem lagðar eru á þau ríki sem fullgilda samninginn er að ráðist verði í heildarendurskoðun á lögum um málefni fatlaðra (lagt var til að heiti laganna verði breytt í *lög um réttindi fatlaðra*).²³⁶

Samningurinn og valfrjáls bókun hans var undirritaður af Íslands hálfu 30. mars 2007. Nefndin skilaði frá sér tillögum til félags- og tryggingamálaráðuneytisins, þáverandi, 12. janúar 2010. Staða samningsins í dag, þegar lokaritgerð þessi er skrifuð, er sú að Ísland hefur enn ekki fullgilt samninginn sem eru viss vonbrigði. Frekari svör við framgangi mála voru lítil sem engin.

10.3.6. Félagsmálasáttmáli Evrópu (FSE)

Í fullgildingarskjali FSE kemur fram að Ísland telji sig bundið af tilteknum ákvæðum sáttmálans, en þó ekki öllum. Meðal þeirra ákvæða sem Ísland telur sig ekki bundið af er 9. gr. FSE en í henni er fjallað um rétt til leiðbeininga um stöðuval, þar sem fjallað er um þjónustu til að aðstoða alla, þar á meðal fatlaða, við að leysa vandamál varðandi stöðuval og frama í starfi, með hliðsjón af eiginleikum einstaklingsins og afstöðu hans til atvinnumöguleika. Sama gildir um réttinn til starfsþjálfunar í 10. gr. FSE, en þar skuldbinda aðildarríkin sig meðal annars til þess „að sjá fyrir eða stuðla að tækni- og starfsþjálfun alls fólks, þ.á.m. fatlaðra...“²³⁷

Í I. kafla sáttmálans er að finna markmið hans. Þar segir að aðildarríkin stefni að því að fylgja með öllum viðeigandi ráðum, bæði á innlendum og fjölþjóðlegum vettvangi, að skapa þau skilyrði, sem þarf, til þess að með góðum árangri megi framfylgja nánar tilteknum réttindum og meginreglum, sem talin eru í sáttmálanum. Í

²³⁶ Tillögur nefndar um fullgildingu samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, (2010).

²³⁷ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 25.

inngangi sáttmálans segir að tryggja beri að menn fái notið félagslegra réttinda án tillits til kynþáttar, litarháttar, kynferðis, trúarbragða, stjórnmalaskoðana, þjóðerni eða félagslegs uppruna. Í þessari upptalningu sést að fötlun er ekki sérstaklega nefnd og ekki er getið „*annarra aðstæðna*“ líkt og er gert í sambærilegum samningum. Þó verður ekki talið að gagnálykta megi frá ákvæðinu á þann hátt að fatlaðir falli ekki undir það. Öllu heldur má líta á þessa upptalningu sem dæmi um helstu þætti sem geta leitt til mismununar, en ekki tæmandi talningu. Síðar í sáttmálanum er fötluðum tryggð sérstök réttindi.²³⁸

Mikilvægt ákvæði um rétt líkamlega eða andlega fatlaðra til starfsþjálfunar, endurhæfingar og endurheimtar félagslegrar aðstöðu er svo að finna í 15. gr FSE sem kveður á um skuldbindingu aðildarríkja til.

Eins og áður sagði gerði Ísland fyrirvara við nokkur ákvæði sáttmálans, þar á meðal við 9. og 10. gr. um rétt til leiðbeiningar um stöðuval og rétt til starfsþjálfunar en samkvæmt þessum ákvæðum eiga fatlaðir rétt á ókeypis aðstoð við að leysa vandamál varðandi stöðuval og starfsframa. Þá skuldbinda aðildarríkin sig enn fremur til að sjá fyrir að stuðla að tækni- og starfsþjálfun allra, þar á meðal fatlaðra eftir því sem þörf krefur og í samráði við samtök atvinnuveitenda og verkafólks.²³⁹

Þrjú viðaukar hafa verið gerðir við sáttmálann, frá árunum 1988, 1991 og 1995, en enginn þeirra hefur verið fullgiltur af hálfu Íslands. Þá var samþykktur endurskoðaður sáttmáli árið 1996 og hefur hann verið undirritaður af Íslands hálfu en enn ekki tekið gildi. Sáttmálinn gildir þó enn gagnvart þeim ríkjum sem ekki hafa fullgilt endurskoðaða sáttmálann.²⁴⁰

10.3.7. Alþjóðavinnuáttmálavinnunin (ILO)

Allt frá upphafi hefur markmið ILO verið að vinna að félagslegu réttlæti. Starfsemi ILO felst fyrst og fremst í því að skilgreina og samræma grundvallarréttindi í atvinnulífinu, vera vettvangur fyrir skoðanaskipti í félags- og vinnuáttmálum jafnframt því að bæta vinnuaðstæður og efla öryggi á vinnustöðum. Til þess að slíkt nái fram að ganga þarf að afgreiða samþykktir og tilmæli ILO til aðildarríkjanna um að virða grundvallarréttindi atvinnurekenda og launafólks, um félagafrelsi, réttinn til að gera kjarasamninga, afnám nauðungarvinnu, takmörkun á barnavinnu, jafnrétti til vinnu,

²³⁸ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 25.

²³⁹ Brynhildur G. Flóvenz (2004), bls. 189.

²⁴⁰ Tekið af vef velferðarráðuneytisins um Félagsmálasáttmála Evrópu, þann 28. febrúar 2013, af: <http://www.velferdarraduneyti.is/malaflokkar/vinnuamal/felagsmalasattmali/>

réttri til almannatrygginga, aðstoðar vegna atvinnuleysis ásamt fjölmörgum öðrum réttindamálum á sviði vinnu- og félagsmála.²⁴¹

a. Samþykktir og tilmæli ILO

Samþykktir ILO eru margvíslegar er varða bæði efni og framsetningu þeirra skuldbindinga sem felast í þeim. Sumar samþykktir eru settar fram á þann hátt að ríkjum er heimilt að fullgilda þær að hluta. Þá getur samþykkt falið í sér að með fullgildingunni verði ríki að hækka smám saman viðmiðin sem samþykktin kveður á um. Nokkuð er um samþykktir sem kveða á um að ríkjum beri að stefna að tilteknum markmiðum en er í raun veitt sjálfðæmi um þær aðferðir sem þau beita til að ná markmiðunum.²⁴² Mæla þessar samþykktir fyrir um skyldur ríkja til athafna án þess beinlínis að kveða á um lagaleg efnisréttindi. Dæmi eru um að ákvæði samþykktanna séu sett fram með þeim hætti að þau bera ekki einkenni jákvæðra réttinda sem verði aðeins virk að ríki grípi til sérstakra aðgerða til að tryggja réttindin, heldur byggja þau á þeirri forsendu að ríkisvaldinu sé óheimilt að skerða þau réttindi sem þar eru tryggð.²⁴³

b. Samþykktir ILO og skyldur ríkja

Samþykktir ILO verða fyrst skuldbindandi fyrir ríki þegar þau hafa fullgilt þær. Aðildarríkjum ILO er í raun sjálfsvald sett hvort og að hvaða marki þau fullgilda samþykktir ILO. Engu að síður hefur ríkjum ekki verið talið heimilt að fullgilda samþykktirnar með fyrirvara en sú afstaða byggist á því að grundvöllur samþykktanna er þríhliða samkomulag ríkisstjórna og aðila vinnumarkaðarins. Þar sem aðeins ríkisstjórnir aðildarríkja geta fullgilt samþykktir telst það stríða gegn samkomulagi að þau setji fyrirvara við einstök ákvæði þeirra. Megin skuldbinding ríkja, ef þau fullgilda samþykktir, er að tryggja að ákvæði laga og framkvæmd á þeirra yfirráðasvæði samræmist ákvæðum samþykktanna. Skilningur ILO er sá að nægilegt sé að nauðsynlegar breytingar á lögum eða reglum í aðildarríkjum séu um garð gengnar þegar samþykktin gengur í gildi í hlutaðeigandi ríki, en það er venjulega einu ári eftir fullgildingunni. Árlega ber svo aðildarríkjum að afhenda ILO skýrslu um

²⁴¹ Elín Blöndal (2003), bls. 280.

²⁴² Sjá samþykkt nr. 159, um starfsendurhæfingu og atvinnumál fatlaðra.

²⁴³ Elín Blöndal (2003), bls. 282.

framkvæmd þeirra og jafnframt getur ILO óskað eftir skýrslum frá ríkjum um framkvæmd þeirra samþykktu sem ríkin hafa ekki fullgilt.²⁴⁴

c. Grundvallarsamþykktir

Á 86. Alþjóðavinnumálaþinginu í Genf árið 1998 var staðfest með afgreiðslu yfirlýsingar, að nokkrar samþykktir ILO væru taldar fela í sér grundvallarréttindi sem ýmist leiddu beint eða óbeint af stofnskrá ILO. Yfirlýsingin markaði tímamót, en í henni er tekið fram að aðild að ILO leiði að því að ríki skuldbindi sig til að virða tiltekin réttindi sem felast í grundvallarsamþykktum hennar, þrátt fyrir að þau hafi ekki fullgilt þær. Sökum aðildar sinnar er ríkjum því skylt að virða, stuðla að og beita í góðri trú meginreglunum um þau grundvallarréttindi sem samþykktirnar mæla fyrir.

Ísland samþykkti árið 1963 samþykkt ILO nr. 111 um misrétti með tilliti til atvinnu og starfs. Samþykktin kveður á um að allir menn, án tillits til kynþátta, trúarbragða eða kynferðis, eigi rétt á því að efla efnalega velferð sína og andlegan þroska á frjálstan og sæmandi hátt við efnahagslegt öryggi og jafnrétti og enn fremur með tilliti til þess að misrétti er brot á þeim réttindum. Í 3. tl. 1. gr. samþykktarinnar segir að hugtökin „atvinna“ og „starf“ skulu einnig ná til aðgangs að starfsþjálfun, aðgangs að vinnu og sérstökum störfum svo og vinnukjara. Þá segir í 2. tl. 5. gr. samþykktarinnar að sérhvert aðildarríki geti, að höfðu samráði við aðalsamtök atvinnurekenda og verkamanna, þar sem þau eru, ákveðið að ekki skuli telja misrétti fólgið í öðrum sérstökum ráðstöfunum, sem miða að því að fullnægja sérstökum þörfum fólks, sem t.d. vegna kynferðis, aldurs, örorku, framfærsluskyldu eða félagslegrar eða menningarlegrar stöðu er að almanna áliti þurfandi sérstakrar verndar eða hjálpar.²⁴⁵

Fleiri samþykktir á sviði jafnréttismála hafa verið fullgiltar af Íslands hálfu. Samþykkt nr. 159 um starfsendurhæfingu og atvinnumál er meðal þeirra, sem Ísland fullgilti árið 1989. Afgreiðslu ILO á þessari samþykkt nær aftur til ársins 1981 þegar stjórnarnefnd ILO ákvað að taka starfsendurhæfingu til almennrar umræðu á vinnumálaþinginu árið 1982 þar sem þess var freistað að varpa ljósi á allar hliðar málefnisins. Ári eftir var svo stefnt að afgreiðslu viðauka við tillögu nr. 99 um atvinnuþjálfun fatlaðra frá árinu 1955. Með þessari ákvörðun var viðurkennd sú breyting sem hafði átt sér stað á 25 árum á viðhorfum til málefna fatlaðra. Samstaða

²⁴⁴ Elín Blöndal (2003), bls. 283.

²⁴⁵ Samþykkt nr. 111 um misrétti með tilliti til atvinnu eða starfs.

var um að nauðsynlegt þótti að endurskoða kröfur ILO á þessu sviði. Þótt fullgilding samþykktarinnar ein og sér bæti ekki aðstöðu fatlaðra til að njóta starfsendurhæfingar og að fá vinnu við hæfi hvatti hún stjórnvöld til að móta stefnu í þessum málum og að hrinda henni í framkvæmd. Samþykktin miðar að því að stjórnvöld stuðli að virkri þátttöku fatlaðra einstaklinga í samfélaginu til jafns við ófatlaða. Með fullgildingu samþykktarinnar var ekki aðeins verið að bæta stöðu fatlaðra á Íslandi heldur um heim allan.²⁴⁶

d. Innleiðing samþykta og áhrif þeirra á löggjöf

Samþykktir ILO eru nokkuð frábrugðnar öðrum þjóðréttarsamningum en þær lúta almennt sömu lögmálum og aðrir alþjóðlegir samningar, en slíkir samningar verða fyrst almennt bindandi fyrir ríki við fullgildingu. Grundvallarsamþykktir ILO eru þó undantekning frá þessu þar sem þær eru bindandi fyrir aðildarríki óháð því hvort þær hafi verið fullgiltar. Allar grundvallarsamþykktir ILO hafa verið fullgiltar af Íslands hálfu.

Þær samþykktir sem hafa verið fullgiltar af Íslands hálfu hafa almennt ekki verið taldar kalla á lagabreytingar. Hins vegar hefur hliðsjón verið höfð af samþykktum ILO við lagasetningu og má þar til dæmis nefna lög nr. 80/1938, um stéttarfélög og vinnudeilur. En við gerð frumvarps til breytinga á lögnum voru athugasemdir félagafrelsisnefndar ILO meðal annars hafðar í huga.²⁴⁷

Það að geta stundað vinnu eiga að vera sjálfsögð réttindi hvers einstaklings, fatlaðs jafnt sem ófatlaðs. Í samþykkt ILO nr. 159, segir að byggja skuli starfsendurhæfingu á þeirri grundvallarreglu að fatlaðir einstaklingar eigi að hafa jafna möguleika á við ófatlaða til atvinnu. Þó samþykktin sé ekki lagalega bindandi ber að hafa hana að leiðarljósi í atvinnumálum fatlaðra. Með tilliti til þess sem að ofan greinir leggur ILO þær skyldur á aðildarríki að við stefnumótun atvinnumála beri að fjölga atvinnutækifærum fyrir fatlaða einstaklinga á almennum atvinnumarkaði.

10.4. Alþjóðlegir mannréttindasamningar og landsréttur

10.4.1. Skuldbindingargildi

Íslensk réttarskipan byggir á kenningunni um tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar og því fá þjóðréttarsamningar ekki lagagildi að íslenskum rétti nema með sérstökum

²⁴⁶ Tillaga til þingsályktunar um fullgildingu á alþjóðasamþykkt nr. 159 um starfsendurhæfingu og atvinnumál fatlaðra. Þskj. 487 – 1059, lþ. 112 (1989).

²⁴⁷ Elín Blöndal (2003), bls. 297-299.

aðgerðum löggjafans. Með þessari kenningu verður réttur eða skylda ekki byggð á ákvæðum slíks samnings í íslenskum landsrétti og dómstólar beita samningnum ekki eins og lögum landsins. Þrátt fyrir að þjóðréttarsamningar fái ekki sama gildi og lög í réttarkerfi tvíeðlisríkja er það engu að síður almenn skylda þeirra að þjóðarétti að leitast við að jafnaði að túlka landslög sín í samræmi við þjóðréttarskuldbindingar. Ákvæði þjóðréttarsamninga eru því ótvíræð lögskýringargögn í íslenskum landsrétti en þurfa að víkja ef íslensk lög stangast beinlínis á við þau og þá ganga lögin framár. Ef íslensk lög eru andstæð efni þjóðréttarsamninga hefur íslenska ríkið brotið gegn þjóðréttarlegri skyldu sinni sem stofnaðist við fullgildingu hans, það er að landslög séu í samræmi við ákvæði samningsins. Hvílir sú frumskylda á aðildarríki að koma ákvæðum mannréttindasamnings í framkvæmd innanlands og hefur aðildarríkið ákveðið svigrúm til þess að ná því markmiði. Í löndum sem aðhyllast tvíeðliskenninguna hvílir ekki fortakslaus skylda til að lögfesta samning heldur eru aðrar leiðir sem má fara til þess að ná markmiðum hans, en það veltur þó á efni samningsins hverju sinni.²⁴⁸

Þar sem íslensk réttarskipan byggir á tvíeðliskenningu hafa alþjóðlegir mannréttindasamningar ekki sjálfkrafa, þ.e. án lögfestingar, lagagildi hérlendis. Það leiðir til þess að ekki er hægt að byggja á þeim fyrir dómstólum, það er dómstólar geta ekki byggt á þeim eins og landslögum. Til þess að einstaklingur geti byggt rétt sinn á ákvæðum alþjóðasamninga þarf sérstakar aðgerðir af hálfu ríkisins og því verður löggjafinn að lögfesta samninginn sem um ræðir í heild eða að hluta.²⁴⁹ Sé litið til íslenskrar dómaframkvæmdar má ráða að við túlkun á inntaki mannréttindaákvæða í stjórnarskrá sé rétt að líta til ákvæða í alþjóðlegum mannréttindasáttmálum. Þá þyki það ljóst að samræmisskýringar við mannréttindasáttmála séu ráðandi lögskýringarsjónarmið við túlkun stjórnarskrárákvæða. Orða má lögskýringarreglu þá að skýra beri ákvæði íslenskra laga til samræmis við þjóðréttarsamninga, eftir því sem kostur er, og er talið að hún gildi um almenn lög og jafnframt án sérstakra fyrirvara um skýringu ákvæða stjórnarskrárinnar. Á þetta líklega einnig við um ólögfesta þjóðréttarsamninga á sviði mannréttinda, og við skýringu mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar. Samkvæmt fræðiviðhorfum er þessari reglu oftast beitt á þann hátt að til þjóðréttarreglna er vísað til að ná fram skýringu landsréttar sem stuðlar að ríkari

²⁴⁸ Björg Thorarensen (2008), bls. 85.

²⁴⁹ Gunnar G. Schram (1999), bls. 456-457.

réttindavernd borgaranna sem myndi ekki leiða af viðkomandi lögum eða ákvæðum stjórnarskrár.²⁵⁰ Má í þessu samhengi vísa til álita umboðsmanns Alþingis.²⁵¹

11. Fatlað fólk og Evrópusambandið

11.1. Málefni fatlaðs fólks innan stjórnkerfis ESB

Framkvæmdastjórn ESB skiptist í málefnskristofur sem taka að sér og annast ýmis málefni er varða hin ýmsu málefni sambandsins. Evrópusambandið hefur lagt mikla áherslu á málefni fatlaðs fólks sem finna má í samningum, lagasetningum, stefnuyfirlýsingum, tilskipunum og ályktunum. Málefni fatlaðs fólks heyrir aðallega undir tvær málefnskristofur, annars vegar málefnskristofu atvinnu-, félagsmála og þátttöku (e. Employment, Social Affairs, and Inclusion)²⁵² og hins vegar málefnskristofu um réttlæti (e. Justice).²⁵³ Þá hefur framkvæmdastjórnin einnig sett á laggirnar leiðtogaráð um málefni fatlaðs fólks²⁵⁴ og er hlutverk þess að fylgjast með nýjustu stefnumótun og forgangsatridum í málaflokknum hjá aðildarríkjunum, safna upplýsingum og reynslu og vera framkvæmdastjórninni til ráðgjafar varðandi málaflokkinn. Það er jafnframt hlutverk þessa leiðtogaráðs að leggja áherslu á valdeflingu (e. empowerment) fatlaðs fólks til samfélagsþátttöku, fylgjast með þörfum þeirra og hagsmunum sem og fjölskyldum þeirra, samþætta fötlunarsjónarmið og gera fötludum kleift að vera að fullu þátttakendur í samfélaginu með því að afnema hindranir og stuðla að jákvæðu almenningssáliti og jöfnum tækifærum.

²⁵⁰ Davíð Þór Björgvinsson (2008), bls. 271.

²⁵¹ UA 3. apríl 2007 (nr. 4650/2006 og nr. 4729/2006): Umboðsmaður fjallaði um túlkun 2. mgr. 76. gr. stjkskr. um rétt til menntunar og kom meðal annars fram í niðurstöðum hans: „Framhjá því verður ekki litið að í dómaframkvæmd Hæstaréttar hefur við túlkun mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar verið litið til ákvæða ólögfestra mannréttindasamninga, sem vísað er til í lögskýringargögnum að baki ákvæðumstjórnarskrárinnar, enda þau skuldbindandi fyrir íslenska ríkið að þjóðarétti, sjá t.d. Hrd. 2000, bls. 4480 og Hrd. 2002, bls. 3686.“ Í kjölfar þessa álita byggði umboðsmaður túlkun sína á stjórnarskrárákvæðinu á ítarlegri rannsókn á ákvæðum Barnasáttmálans og SEFMR.

²⁵² Sjá heimasíðu málefnskristofunnar: <http://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=en> sótt af vefnum 1. júní 2013.

²⁵³ Sjá heimasíðu málefnskristofunnar: http://ec.europa.eu/justice/index_en.htm sótt af vefnum 1. júní 2013.

²⁵⁴ Sjá heimasíðu leiðtogaráðs um málefni fatlaðs fólks: http://ec.europa.eu/employment_social/soc-prot/disable/hlg_en.htm sótt af vefnum 1. júní 2013.

11.2. Stefnumótun og lagasetningar

The Academic Network of European Disability Experts (ANED)²⁵⁵ sendi frá sér skýrslu árið 2011 þar sem finna má ítarlegt yfirlit um stefnumótun og lagasetningu ESB er varðar málefni fatlaðs fólks. Þar kemur fram að megináhersla ESB á þessum málaflokki hefur verið á sviði atvinnumála og félagsmála. Í skýrslunni segir að tilskipun 2000/78/EB hafi verið fyrsta lagalega bindandi tækið sem hafði mikla þýðingu fyrir fatlað fólk. Líkt og áður hefur verið greint frá í fyrri köflum leggur tilskipunin kvaðir á aðildarríki sem innleiða hana að grípa til aðgerða til að útrýma beinni og óbeinni mismunun og áreitni á vinnumarkaði á grundvelli fötlunar og annarra mismununarástæðna.

11.2.1. Málefni fatlaðs fólks og stefna ESB árin 2010-2020

Evrópusambandið áætlað að einn af hverjum sex íbúum aðildarríkja ESB sé fatlaður, sem geri því alls 80 milljónir manna. Samkvæmt þessu verður að telja að fatlað fólk frekar fjölmennan hóp sem mikilvægt er að taka tillit til. Stefna í málefnum fatlaðra innan ESB, fyrir árin 2010-2020, var samþykkt í nóvember 2010. Í stefnunni er kveðið á um að fatlað fólk eigi rétt á fullri og jafnri þátttöku jafnt í samfélaginu sem og efnahagslífinu. Þá var hindrun á jöfnun tækifærum skilgreind sem brot á mannréttindum. Stefnan byggir á Samningi SP um réttindi fatlaðs fólks og miðar að því að koma ákvæðum samningsins í framkvæmd. Stefnan sem slík er heildræn og lýsir yfir þeim ásetningi sambandsins að stuðla að valdeflingu faltaðs fólks til að geta notið til fulls mannréttinda og hindranir sem þau kunna að mæta í daglegu lífi verði útrýmt.²⁵⁶

Aðgerðaáætlun til að framkvæma stefnuna skilgreinir þau markmið sem sett eru fram á framangreindum sviðum og tekur fram fjölmargar aðgerðir sem grípa skal til svo markmiðin nái fram að ganga.

11.3. Mannréttindi og ESB

Frá upphafi hefur ESB lagt mikla áherslu á mannréttindi og bann við mismunun. Í 19. gr. Lissabon-sáttmálans er sérstaklega kveðið á um bann við mismunun á grundvelli

²⁵⁵ Arsenjeva, J. (2009). Annotated review of European Union law and policy with reference to disability: Prepared for the Academic Network of European Disability Experts (ANED). Sjá vefsíðu: <http://www.disability-europe.net/theme/law-and-policy> sótt 1. júní 2013.

²⁵⁶ Sjá stefnuna á vefsíðu: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0636:en:NOT> sótt af vefnum 1. júní 2013.

fötlunar og annarra þátta. Þegar samningar, lagasetningar, tilskipanir og ályktanir ESB eru skoðaðir er það ljóst að ESB leggur mikla áherslu á bann við mismunun sem hluta af mannréttindavernd innan sambandsins. Kveðið er á um bann við mismunun á grundvelli kynþáttar og þjóðernisuppruna, trúar og skoðana, fötlunar, aldurs og kynhneigðar. Lagasetningar og samningar eru margir bindandi og þá gefur sterkt orðalag ESB völd til að grípa til aðgerða til að fyrirbyggja mismunun á grundvelli fötlunar innan og meðal aðildarríkja ESB.²⁵⁷ Þeir samningar og lög sem ESB hefur samþykkt hafa staðfest baráttu sambandsins fyrir þessum málaflokki, má þar nefna Sáttmálann um starfsemi Evrópusambandsins frá árinu 2009.

11.4. Mikilvægar stofnanir ESB

Fjöldmargar stofnanir er að finna innan ESB sem sinna ólíkum verkefnum er lúta að málefnum fatlaðs fólks. Mun höfundur gera stutta grein fyrir þeim stofnunum sem þegar hefur ekki verið fjallað um í ritgerðinni.

11.4.1. Framkvæmdastjórn ESB

Framkvæmdastjórnin (e. European Commission) mótar stefnu og tillögur að ESB-löggjöf sem lagðar eru fyrir Evrópuþingið og ráðherraráðið. Framkvæmdastjórnin er framkvæmdavald ESB og ber ábyrgð á því að fylgja eftir ákvörðunum Evrópuþingsins og ráðherraráðsins. Þá hefur framkvæmdastjórnin eftirlit með að reglum ESB sé framfylgt í aðildarríkjum.²⁵⁸

Samkvæmt þessu gegnir framkvæmdastjórnin veigamiklu hlutverki í málefnum fatlaðra þar sem framkvæmd stjórnarinnar á þróun stefnu sambandsins, löggjöf og aðrir mikilvægir þættir eru á höndum hennar. Flestar áætlanir og verkefni er lúta að málefnum fatlaðs fólks heyrir því undir framkvæmdastjórnina.

11.4.2. Evrópuþing ESB

Fulltrúar Evrópuþingsins (e. European Parliament) eru kosnir í beinum kosningum og er þingið jafnframt eina yfirþjóðlega stofnunin þar sem fulltrúar eru kosnir með þessum hætti. Vald og áhrif þingsins á ýmsa málaflokka er mikið og skipar það jafnframt Umboðsmann Evrópu (e. European Ombudsman). Aðildarríki og

²⁵⁷ Sjá Lissabon-sáttmálann á vefslóð: <http://www.evropustofa.is/fileadmin/Content/Publications/PDFs/Lissabon-heildarskjal.pdf> sótt af vefnum þann 1. júní 2013.

²⁵⁸ Stefán Már Stefánsson (2000), bls. 247-250.

hagsmunasamtök ESB beina oftár en ekki kröfum sínum og óskum að Evrópuþinginu og reyna að hafa áhrif á þau mál sem til umfjöllunar eru.²⁵⁹

Evrópusamtök um sjálfstætt líf (e. European Network on Independent Living) er samtök fatlaðs fólks og dæmi um hagsmunasamtök sem reglulega afhendir Evrópuþinginu áskorun. Því er Evrópuþingið mikilvægur vettvangur í baráttu fatlaðs fólks að betra samfélagi.

11.4.3. Stofnun ESB um grundvallarréttindi

Stofnun ESB um grundvallarréttindi (e. The European Union Agency for Fundamental Rights, FRA) er sjálfstæð stofnun innan ESB sem stofnuð var árið 2007. Markmið hennar er að veita aðildarríkjum ESB og stofnunum innan sambandsins aðstoð og sérfræðipjónustu er varða grundvallarréttindi. Meginverkefni stofnunarinnar lýtur að rannsóknum og gagnasöfnun um grundvallarréttindi allra aðildarríkja ESB. Þá stendur stofnunin fyrir fjölmörgum rannsóknum er varða mannréttindi meðal ýmissa hópa innan ESB og birtir skýrslur um ólík svið mannréttinda. Með verkefnum sínum er stofnunin að aðstoða ESB í heild sem og hvert og eitt aðildarríki við að hafa eftirlit með, tryggja og jafnframt vernda grundvallarréttindi íbúa ESB.

Hvað málefni fatlaðra varðar þá hefur stofnunin bæði unnið rannsóknir og skýrslur, t.d. er varða réttindi fatlaðs fólks og möguleika þeirra til að lifa sjálfstæðu lífi. Með rannsóknum sínum og skýrslum dregur stofnunin athygli að mannréttindabrotum innan sambandsins og gerir þau sýnileg. Skýrslurnar eru ræddar og birtar á vettvangi ESB og að auki sendar viðkomandi aðildarríkjum. Með vinnu sem þessari er þekking aukin á mannréttindum á ólíkum sviðum og meðal mismunandi hópa, mannréttindabrot eru afhjúpuð og eykur þrýsting á aðildarríkin um að hlúa vel að mannréttindamálum. Þá er stofnunin í samstarfi við um 300 mannréttindaskrifstofur og félagasamtök sem berjast fyrir mannréttindum og er þar á meðal samtök fatlaðs fólks.²⁶⁰

11.4.4. Umboðsmaður Evrópu

Íbúar aðildarríkja ESB hafa aðgang að og geta leitað til umboðsmannsins, telji það á sér brotið af stofnunum sambandsins. Stjórnkerfi ESB í heild er skylt að veita umboðsmanninum allar upplýsingar sem hann óskar eftir. Þá felst í starfi hans að

²⁵⁹ Stefán Már Stefánsson (2000), bls. 251-258.

²⁶⁰ Rannveig Traustadóttir (2012), bls. 11.

skrifa skýrslur um það sem betur má fara í stjórnslu stofnana ESB og annarra starfseininga.²⁶¹

11.5. Hagsmunasamtök fatlaðs fólks í Evrópu og samstarf ESB

Helsti samstarfsaðili ESB í málefnum fatlaðs fólks er Vettvangur málefna fatlaðs fólks (e. European Disability Forum, EDF). Um er að ræða samtök fatlaðs fólks og fjölskyldna þeirra og eru þau jafnframt þau mikilvægustu er koma að baráttu og málefnum fatlaðs fólks innan ESB. EDF eru sjálfstæð samtök og gæta hagsmuna meira en 80 milljóna fatlaðra einstaklinga í Evrópu. Samtökin eru eini Evrópuvettvangurinn sem stýrt er af fötluðu fólki sjálfu og taka jafnframt allar ákvarðanir sjálf. Samtökin berjast fyrir rétti og réttindum fatlaðra og að þátttaka þeirra í samfélaginu sé viðurkennd. Hvert aðildarríki ESB hefur regnhlífarsamtök á sínum vegum í EDF. Þess má geta að Ísland er einnig með samtök á sínum vegum innan EDF. Samtökin vinna náið með ESB á öllum sviðum er lúta að málefnum fatlaðra og passa að ákvarðanir um fatlað fólk á vettvangi ESB og aðildarríkjanna séu teknar með og af fötluðu fólki. Samkvæmt þessu gegnir EDF mikilvægu hlutverki við að halda á lofti og tryggja réttindi fatlaðs fólks innan ESB.²⁶²

11.6. Samantekt

Málefni fatlaðs fólks eru mikilvæg innan ESB og ofarlega á dagskrá. Endurspeglar stefna sambandsins það. Auk þess hefur sambandið sett sér háleit markmið og leggur mikla vinnu í að framfylgja þeim markmiðum. Hér á landi, líkt og innan ESB, er vaxandi áhersla á að skilgreina málefni fatlaðs fólks út frá mannréttindum, innan ESB eru áherslurnar þó mun ríkari og lengra komnar í framkvæmd. ESB leggur mikla áherslu á bann við mismunun sem hluta af mannréttindavernd innan sambandsins. Á Íslandi eru enn ekki að finna almenn lög sem kveða á um bann við mismunun á grundvelli fötlunar, en aftur á móti er að finna reglur samkvæmt stjórnarskrá og jafnræðisreglu stjórnslulaga. Verður að telja það augljóst að lög sem banna mismunun á grundvelli fötlunar myndi styrkja mannréttindi og möguleika fatlaðra til jafnréttis á við aðra til muna. Stefna ESB í málaflokknum er skýr og afdráttarlaus og byggir á háleitum markmiðum, þá hefur sambandið þegar samþykkt aðgerðaáætlun til

²⁶¹ Sjá vefsíðu umboðsmanna Evrópu: <http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/statement.faces> sótt af vefnum þann 1. júní 2013.

²⁶² Rannveig Traustadóttir (2012), bls. 13.

að hrinda stefnunni í framkvæmd. Viðamikið rannsóknarstarf og upplýsingaöflun er rekin af ESB á flestum sviðum og eru málefni fatlaðra engin undantekning þar á. Slíkt starf gegnir stóru hlutverki við eftirlit með málaflokknum, framkvæmd laga og stefnu.

12. Samantekt og helstu niðurstöður

Höfundur mun nú draga saman helstu niðurstöður ritgerðarinnar. Í kjölfar þess mun höfundur leyfa vangaveltum sínum að njóta sín.

Markmið þessarar ritgerðar var að skoða réttindi fatlaðra á vinnumarkaði í ljósi íslensks réttar og alþjóðasamninga.

Í upphafi ritgerðarinnar var fötlunarhugtakið útskýrt eins og það birtist í alþjóðlegum samningum og íslenskum rétti. Fatlaðir einstaklingar teljast iðulega til minnihlutahópa í hverju samfélagi, þrátt fyrir stefnumarkandi þróun alþjóðlegra mannréttinda. Fötlunarhugtakið hefur þótt flókið til skilgreiningar, en fatlaðir eru fjölbreyttur hópur og því getur þótt erfitt á að ákvarða það hver sé fatlaður og hvernig. Fötlun hefur verið lýst á þann hátt að hún sé misræmi milli getu einstaklingsins og þeim kröfum sem samfélagið gerir til einstaklinga. Má því draga þá ályktun að samfélagið sé hannað með getu meirihlutans í huga og þeir sem ekki falla þar inn teljast fatlaðir.

Í 3. kafla var ítarleg grein gerð fyrir því sem ritsmíðina snertir, þ.e. umfjöllun um jafnræðisreglu 65. gr. stj.skr. Ljóst er að réttindi fatlaðra á vinnumarkaði er hluti af stjórnarskrárvernduðum mannréttindum og nýtur þar að auki verndar alþjóðlegra mannréttindasamninga. Verndun réttindanna krefst þess að ríkið haldi aftur af sér höndum og gefi einstaklingnum frjálst val, óháð því hvort einstaklingurinn sé fatlaður eða ekki. Engu að síður er gerð sú krafa til jákvæðra skyldna ríkisins sem felst meðal annars í því að grípa til viðeigandi ráðstafana sem stuðla að því að fötluðum jafnt og ófötluðum er gert kleift að lifa sem eðlilegustu lífi. Með stjórnskipunarlægum nr. 97/1995, kom jafnræðisreglan ný inn í stjórnarskrána. Áður hafði hún verið óskráð grundvallarregla og þótti ekki veita nægilega skýra vernd hvað varðaði bann við mismunun. Þótti því ástæða til þess að setja hana inn í stjórnarskrána og orða hana skýrlega með meðal annarra mannréttindareglna í stjórnarskránni. Gerð var grein fyrir megin hugtökum jafnræðisreglunnar, „grundvallarreglan um jafnræði“ og „bann við mismunun“, en færð hafa verið fyrir því rök að reglan um jafnræði manna feli í sér jákvæðar skyldur sem getur verið stoð fyrir framgangi hinna ýmsu félagslegu réttinda líkt og aðgerðir í þá fatlaðra. Aftur á móti má færa fyrir því rök að bann við mismunun feli í sér neikvæðar skyldur sem setja valdhöfum ákveðnar skorður. Draga má af því ályktun að hugtakalýsingin standist þó tæplega þar sem mismunun gefur einnig falist í athafnaleysi. Í kaflanum var fjallað um almennar og sérstakar

jafnræðisreglur og jákvæðar og neikvæðar skyldur. Í kjölfar þeirrar umfjöllunar voru tveir Hæstaréttardómar reifaðir sem varða jákvæðar skyldur, en í báðum dómunum var niðurstaðan sú að ekki hefði verið gripið til viðeigandi ráðstafana svo fatlaðir gæti notið og lifað eðlilegu lífi til jafns á við ófatlaða.

Ljóst er að jafnræðisregla 65. gr. stjkskr. er einna mest beitt í baráttu minnihlutahópa til að ná fram réttindum sínum og er það einkum fyrir tilstilli hennar sem ýmis efnahagsleg og félagsleg réttindi hafa fengið aukinn framgang síðustu ár. Þá er jafnræðisreglan sett saman úr reglum sem eru tryggðar í alþjóðsamningum. Augljóst er að eftir tilkomu jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. að fleiri mál en áður hafa komið til úrlausnar dómstólar þar sem reynt hefur á jákvæðar skyldur stjórnvalda til að tryggja að réttindi manna verði bæði raunhæf og virk. Þá má slá því föstu að dómstólar líti í meira mæli en áður til sjónarmiða um mikilvægi þess að rétta hlut minnihlutahópa.

Í 4. kafla var grein gerð fyrir 1. mgr. 76. gr. stjkskr. en í ákvæðinu eru talin nokkur grundvallarréttindi af meiði efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda. Greinin kveður á um skyldur löggjafans í ákveðnum efnum í stað þess að setja honum skorður. Með þeim breytingum sem gerðar voru á stjórnarskránni með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 voru ákvæðin tengd alþjóðlegum mannréttindasamningum. Í dag liggur enginn vafi á því að alþjóðlegir mannréttindasamningar hafa talsvert meira gildi við túlkun og skýringu á inntaki 1. mgr. 76. gr. stjkskr. Þar sem ekki er skilgreint með tæmandi hætti í 1. mgr. 76. gr. stjkskr. hvaða aðstæður manna leiði til réttar hans til aðstoðar er möguleikanum haldið opnum um að menn kunna að leita eftir aðstoð óháð þeim ástæðum sem taldar eru í ákvæðinu. Löggjafanum eru þó heimilt að setja ákveðnar viðmiðunarreglur í þessum efnum. Í lok kaflans voru tengsl 76. gr. stjkskr. og 65. gr. stjkskr. gerð skil og Hæstaréttardómur reifaður þar sem bæði ákvæðin skiptu máli.

Helstu lagaákvæði íslenskrar löggjafar þar sem fatlaðir njóta réttarverndar á vinnumarkaði var til umfjöllunar í 5. kafla. Annars vegar er um að ræða löggjöf sem felur í sér sértæk réttindi fatlaðra og hins vegar almenna löggjöf sem varðar réttarstöðu almennings. Rakin var í kaflanum þróun á löggjöf varðandi málefni fatlaðra allt til dagsins í dag. Lög um málefni fatlaðra, nr. 59/1992 er rammalöggjöf sem kveður á um ákveðið grunnskipulag félagslegrar þjónustu en með þessu er fötluðum einstakling tryggður sá stuðningur sem hann á að njóta. Ein meginforsenda í lífi fatlaðs einstaklings er að hann einangrist ekki og segir í frumvarpi með lögum um

málefni fatlaðra að til þess að fatlaðir geti notið sem best lífsins, einangrist ekki og njóti menningar- og félagslífs þurfi hann stuðning. Lög um málefni fatlaðra eiga að tryggja slíkan stuðning.

Stjórnsýslulög nr. 37/1993 skipa einnig stóran sess í réttindavernd fatlaðra, en eitt af markmiðum þeirra er að tryggja réttarstöðu borgaranna í samskiptum þeirra við yfirvöld. Í ákvæði 11. gr. ssl. er finna jafnræðisreglu sem segir að stjórnvöldum beri ávallt að gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti við úrlausn mála. Í 2. mgr. 11. gr. ssl. er svo að finna mikilvæga reglu sem bannar mismunun á grundvelli ákveðinna sjónarmiða, byggðum á kynferði þeirra, kynþætti, litarhætti, þjóðerni, trúarbrögðum, stjórnmálaskoðunum, þjóðfélagsstöðu, ætterni eða öðrum sambærilegum ástæðum. Þó fötlun sé ekki talin í ákvæðinu er það ljóst að fötlun fellur undir sambærilegar aðstæður. Það er því ljóst að 11. gr. ssl. skiptir miklu máli fyrir réttarvernd fatlaðra og samskiptum þeirra við stjórnvöld. Hæstaréttardómur var reifaður í kaflanum sem varðaði mismunun og málefnaleg sjónarmið.

Mannréttindasáttmáli Evrópu var lögfestur í með lögum nr. 62/1994. Mikilvægar reglur er að finna í MSE um bann við mismunun sem auka réttarvernd fatlaðra, en það er annars vegar 14. gr. MSE og 1. gr. 12. samningsviðauka við MSE. Ísland hefur ekki fullgilt samningsviðaukann. Hvorki er að finna örorku eða fötlun í 14. gr. MSE en þykir þó óumdeilanlegt að ákvæðið eigi við um fötlun, þar sem það fellur undir hugtakið aðrar aðstæður. Munur er á gildissviði ákvæðanna, en gildissvið 1. gr. 12. samningsviðauka er mun víðtækara en 14. gr. MSE, sem er bundið við þau réttindi sem í ákvæðinu er talið. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur með dómaframkvæmd sinni þróað inntak 14. gr. MSE og sett fram mælikvarða um það hvenær mismunandi meðferð einstaklinga teljist jafnframt til ólögmetrar mismununar, sem leiði til brots á 14. gr. MSE. Hefur MDE litið svo á, að þegar mismunandi meðferð einstaklinga byggir á einhverju þeirra atriða sem talin eru í 14. gr. MSE, sé svigrúm aðildarríkja þröngt og veigamiklar ástæður þurfi að liggja fyrir til þess að slík mismunun geti talist réttlætanager. Í kaflanum var svo mál MDE *Botta gegn Ítalíu* reifað ítarlega, en þar reyndi á túlkun 1. gr. 12. samningsviðauka MSE á grundvelli mismununar. Draga má ályktun um það hvort MSE hafi verið ætlað að þróa réttindi fatlaðra sérstaklega. MSE veitir fötluðum einungis réttarvernd innan marka borgaralegra réttinda, en ekki innan marka félagslegra réttinda. Þrátt fyrir að hlutverk MDE sé fyrst og fremst að tryggja vernd réttinda einstaklinga og samræmda túlkun ákvæða MSE, vísar MDE oft en

ekki til alþjóðlegra samninga á sviði mannréttindaverndar til túlkunar og fyllingar á ákvæðum MSE.

Tilskipun ráðsins nr. 2000/78/EB leggur m.a. skyldur á vinnuveitendur að sýna fötluðum starfsmönnum tillit og gera viðeigandi ráðstafanir svo þeir geti unnið. Í kaflanum er ítarlega farið ofan í tilskipunina, þau réttindi sem henni er ætlað að vernda og skilgreiningar tilskipunarinnar á fötlunarhugtakinu og viðeigandi ráðstöfunum. Í kaflanum eru tveir dómur EB-dómstólsins reifaðir er varða bæði fötlunarhugtakið og jákvæðar skyldur. Fötlunarhugtakið er enn á reiki og má draga þá ályktun að það sé vegna ungs aldurs tilskipunarinnar og að dómaframkvæmd sé lítið þróuð. Báðir dómarnir sem reifaðir eru í kaflanum staðfesta að dómstólum aðildarríkja ESB ber að túlka lög um málefni fatlaðra annars vegar og lögð sé áhersla á hvort fötluðum starfsmönnum sé gefinn sá möguleiki að taka fullan þátt á vinnumarkaði, þ.e. með viðeigandi ráðstöfunum (jákvæðum skyldum). Þá er því gert skil í kaflanum af hverju Íslandi er ekki skylt að innleiða tilskipunina í lög. Ástæðan fyrir því er að Ísland er ekki aðili að ESB og ber því einungis að innleiða þær tilskipanir sem falla undir EES-samninginn, en tilskipunin fellur ekki þar undir.

Skýrt er frá því hvernig Amsterdam-sáttmálinn og í kjölfarið tilkoma 13. gr. í EB-sáttmálann, hefur haft áhrif. Í gegnum árin hefur meginreglan um jafnan rétt og bann við mismunun í Evrópurétti styrkst að miklu leyti og hefur þróast frá því að tengjast fyrst og fremst innri markaðnum og yfir í það að beinast að persónulegum einkennum. Bann við mismunun á grundvelli persónulegra einkenna, líkt og fötlun, sækir stoð sína í 13. gr. EB-sáttmálans. Ákvæði sem er samhljóða 13. gr. EB-sáttmálans er ekki að finna í EES-samningnum. Þróunin varðandi beina og óbeina mismunun í Evrópurétti er rakin. Greint er frá nauðsyn þess að ekki sé alltaf nóg að meta mismunun með formlegum hætti til að skera úr um hvort hún sé bein eða óbein. Komist er að þeirri niðurstöðu að dómaframkvæmd EB-dómstólsins er á þá leið að fara frá formlegu mati og að efnislegu mati á því um hvers konar mismunun er að ræða hverju sinni.

Í kaflanum um Evrópurétt eru dómur EB-dómstólsins ítarlega reifaðir. Þá eru færð eru rök fyrir því að skortur á skyldunni um fullnægjandi aðstöðu og viðeigandi tillit geta falið í sér mismunun. Í Evrópuréttarkaflanum er stiklað á stóru um Evrópurétt, áhrif hans og þjóðréttarlegar skuldbindingar. Farið er yfir helstu atriði Evrópuréttarins er varðar umfjöllunar efni ritgerðarinnar. Skyldur Íslands samkvæmt samningi um EES eru raktar og ástæður þess að Ísland er ekki skuldbundið til að

innleiða tilskipanir sem ekki sækja stoð sína ESB. Þá eru færð fyrir því rök að íslensk jafnréttislög verða ekki skýrð nema með því að lesa einnig viðeigandi löggjöf ESB, eins og hún hefur verið skýrð af EB-dómstólnum. Munurinn á löggjöf EES-samningsins og ESB felst fyrst og fremst í því að 13. gr. EB-sáttmálans á sér ekki hliðstæðu í EES-samningnum og má segja að vegna þess hafi neikvæð þróun átt sér stað á EES-samningnum og því tilskipun líkt og *2000/78/EB* ekki verið tekin upp í samninginn. Aðildarríki EES-samningsins eru ekki skuldbundin til þess að innleiða tilskipanir þar sem réttaráhrif eru ekki hluti af EES-samningnum. Sökum þessa er réttarstaða einstaklinga sem ekki njóta beinna réttaráhrifa Evrópuréttar lakari en þeirra sem það gera. Má draga þá ályktun að slíkt komi enn verra niður á minnihlutahópum en ekki.

Það sem einkennir flest lýðræðisríki eru mannréttindi. Í 10. kafla eru mannréttindum gerð skil. Fjallað er um helstu alþjóðasamninga um mannréttindi í kaflanum og tiltekin þau réttindi er varða fatlaða og vinnumarkaðinn. Allir samningarnir sem taldir eru í kaflanum hafa að geyma ákvæði varðandi réttindi fatlaðra, þó mis veigamikil og þá hefur Ísland líka gert fyrirvara varðandi sum ákvæði sem að mati höfundar sætir furðu. Í loka kafla ritgerðarinnar er fjallað um fatlað fólk og ESB. Augljóst er að ESB er umhugað um réttindi fatlaðra og hefur mótað stefnur og aðgerðaáætlanir varðandi málefni þeirra. Mikilvægar stofnanir er að finna innan ESB sem sinna ólíkum verkefnum er lúta að málefnum fatlaðra. Þá er að finna hin ýmsu hagsmunasamtök sem starfa með stofnunum ESB, en slíkt er þýðingarmikið svo réttindabaráttan sé sterk og málefnum sé sinnt af fullri alvöru.

Höfundur hefur nú rakið helstu niðurstöður ritgerðar þessarar. Ljóst er að fötlunarhugtakið er tiltölulega vanþróað og hefur lítið verið beitt í dómaframkvæmd. Að mati höfundar telst það óþolandi að jafnréttibaráttan sé í raun ekki komin lengra en raun ber vitni, ber þar helst að nefna fullgildingu SFR og innleiðingu tilskipunar *2000/78/EB*, en miðað við það sem fram kemur í ritgerðinni er breyting þar og vonandi nær hún fram að ganga sem allra fyrst. Höfundur telur að formlegt jafnrétti sé í raun bara viðleitni til að viðurkenna vandann og að einhverju marki pólitísk yfirlýsing um að allir eigi jafnan rétt. Svo að raunverulegt jafnrétti verði að veruleika verður að leita til efnislegs jafnréttis og beita úrræðum á borð við jákvæðar aðgerðir og bann við mismunun. Evrópa hefur viðurkennt vandann og unnið markvisst að því að bæta rétt og stöðu þeirra sem standa hallari fæti en aðrir í samfélaginu. Það er mat

höfundar að Ísland hafi margt fram að færa og standi vel að velli í málefnum fatlaðra, en ráðist ekki í málefnið af fullum krafti eða baráttu. Fyrsta skrefið í þessa væri að skýra út réttarstöðuna og skapa aukna réttarvissu fyrir borgarana með því að innleiða tilskipun 2000/78/EB, jafnvel þó við séum ekki skyldug til þess, og fullgilda samning Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðra.

13. Heimildaskrá

Alþingistiðindi

Aristóteles. (2000). *Nicomacheans Ethics*. Endurútgáfa. Cambridge.

Arsenjeva, J. *Annotated review of European Union law and policy with reference to disability: Prepared for the Academic Network of European Disability Experts*. Leeds 2009. – Birt á vefsíðu:

<http://www.disability-europe.net/content/aned/media/ANED%202009%20Task%203%201%20Review%20of%20law%20and%20policy%20with%20annex%20-%20final%20in%20layout.pdf>

Barnard, Catherine. (2006). *EC Employment Law*. Oxford.

Björg Thorarensen. (2009). Alþjóðasamningur um borgaraleg réttindi og stjórnsmálaleg réttindi. Í Björg Thorarensen, Hjördís Björk Hákonardóttir, Róbert R. Spanó (ritstj.), *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*, 35-105. Reykjavík.

Björg Thorarensen. (2001). Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl., 75-105.

Björg Thorarensen. (2008). *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík: CODEX

Brynhildur G. Flóvenz. (2004). *Réttarstaða fatlaðra*. Reykjavík.

Brynhildur G. Flóvenz. (2009). The implementation of the UN convention and the development of economical and social rights as human rights. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, 257-278.

Davíð Þór Björgvinsson. (2006). *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík.

Davíð Þór Björgvinsson. (2008). *Lögskýringar*. Reykjavík.

Davíð Þór Björgvinsson. (2009). The Protection of the Rights of Persons with Disabilities in the Case-Law of the European Court of Human Rights. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, 141-162.

Dóra Guðmundsdóttir. (2006). Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárbundin réttindi“, *Guðrúnarbók, Afmælisrit til heiðurs Guðrúnar Erlendsdóttur 3. maí 2006*. Reykjavík, 133-158.

- Elín Blöndal. (2003). „Alþjóðavinnuálagstofnunin og áhrif samþykktu hennar á íslenskan rétt“. *Lögberg – Rit lagastofnunar Háskóla Íslands*. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.). Reykjavík: Háskólaútgáfan, 275-313.
- Ellis, Evelyn. (2005). *EU Anti-Discrimination Law*. New York.
- Fredman, Sandra. (2008). *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford, New York.
- Gunnar G. Schram. (1999). *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík: Háskólaútgáfan.
- Joseph, S., Schultz, J. and Castan, M. (2004). *The International Covenant on Civil and Political Rights. Case Materials and Commentary*. Oxford, New York.
- Koch, Ida Elisabeth. (2009). From Invisibility to Indivisibility: The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, 67-76.
- Kristín Benediksdóttir. (2009). Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. *Mannréttindasamningar Sameinuðu þjóðanna. Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík, 35-105.
- Lawson, Anna. (2009). Catalyst for Cohesion? *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, bls. 81-107.
- Oddný Mjöll Arnardóttir. (2009). A Future of Multidimensional Disadvantage Equality, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston.
- Oddný Mjöll Arnardóttir. (2003). *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*. Haag.
- Oddný Mjöll Arnardóttir. (2005). Bann við mismunun, *Mannréttindasáttmáli Evrópu: Meginreglur, framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík.
- Oddný Mjöll Arnardóttir. (2009). Vernd gegn mismunun í íslenskum rétti: Breytinga er þörf, *Tímarit lögfræðinga*, 59. árg., 51-83.
- Ólafur Jóhannesson. (1960). *Stjórnskipun Íslands*. Reykjavík.
- Páll Hreinsson. (1994). *Stjórnsýslulögin. Skýringarrit*. Reykjavík.

Páll Hreinsson. (2002). Litróf jafnræðisreglna, *Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum*. Reykjavík, 339-366.

Rannveig Traustadóttir. (2009). Disability Studies, the Social Model and Legal development, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, 3-16.

Róbert Ragnar Spanó. (2007). *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík.

Schiek, Dagmar. (2009). From European Union Non-Discrimination Law towards multidimensional equality law in Europe. *European Union Non-Discrimination Law – Comparative perspectives on multidimensional equality law*. (Ritstj.) Schiek, D og Cage, V. Oxon – New York, 3-28.

Schiek, D. and Cage, V. (2009). *Non-Discrimination Law – Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*. Oxon – New York, 313-329.

Sif Konráðsdóttir. (2007). Jafnlaunareglan í íslenskri dómaframkvæmd og dómum Evrópudómstólsins. *Guðrúnarbók – Guðrún Erlendsdóttir sjötug*. Reykjavík, 411-428.

Skýrsla forsætisráðherra um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnsýslu. Reykjavík 2000. - Birt á vefsíðu forsætisráðuneytisins:

<http://www.forsaetisraduneyti.is/frettir/nr/820>

Skýrsla unnin af Rannsóknarsetri í fötlunarfræðum fyrir Öryrkjabandalag Íslands. Er hagsmunum fatlaðs fólks á Íslandi betur borgið með eða án aðildar að Evrópusambandinu? Reykjavík 2012. – Birt á vefsíðu fötlunarfræða við Háskóla Íslands:

<http://fotlunarfraedi.hi.is/sites/fotlunarfraedi.hi.is/files/Kristjana/Fatla%C3%B0%20f%C3%B3lk%20%C3%A1%20%C3%8Dslandi%20og%20ESB.pdf>

Skýrsla starfshóps um tilskipanir Evrópusambandsins um bann við mismunun. Félags- og tryggingamálaráðuneytið, Reykjavík 2008. – Birt á vefsíðu velferðarráðuneytisins:

http://www.velferdarraduneyti.is/media/acrobat-skjol/Skyrsla_Tilskipanir_Evropusambandsins_-_bann_vid_mismunun.pdf

Skýringarskýrsla Evrópuþingsins vegna sammingsviðauka nr. 12. Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Brussel. – Birt á eftirfarandi vefsíðu:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/177.htm>

Smith, Rhona K. M. (2007). *Textbook on International Human Rights*. Oxford, New York.

Stefán Már Stefánsson. (2000). *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið*. Reykjavík: Bókaútgáfa Orators.

Stein, M. A. and Lord, J. E. (2009). Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston 2009, 17-40.

Tillögur nefndar um fullgildingu samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, Reykjavík 2010. – Birt á vefsíðu velferðarráðuneytisins:

http://www.velferðarraduneyti.is/media/utgafa2010/Nefnd_um-samning_um_fatlada12032010.pdf

Quinn, G and Degener, T. (2002). Human Rights and Disability: The Current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability, New York and Geneva, 13-15.

<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HRDisabilityen.pdf>

Waddington, Lisa. (2009). Breaking New Ground: Implications of Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community, *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Leiden-Boston, 111-140.

Lagaskrá:

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

Lög um stéttarfélag og vinnudeilur, nr. 80/1938

Lög um félagsþjónustu sveitarfélaga, nr. 40/1991

Lög um málefni fatlaðra, nr. 59/1992

Lög um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993

Hjúskaparlög, nr. 31/1993

Stjórnsýslulög, nr. 37/1993

Lög um Mannréttindasáttmála Evrópu, nr. 62/1994

Lög um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 97/1995

Lög um Greiningar- og ráðgjafarstöð ríkisins, nr. 83/2003

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 10/2008

Brottfallin lög

Lög um fávítahæli, nr. 18/1936

Lög um aðstoð við þroskahefta, nr. 47/1979

Lög um málefni fatlaðra, nr. 41/1983

Lög um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, nr. 96/2000

Reglugerð

Reglugerð um atvinnumál fatlaðra, nr. 376/1996

Lagafrumvörp

Frumvarp til laga um málefni fatlaðra. 115. löggjafarþing, 1991-1992. Þingskjal 354.
<http://www.althingi.is/alttext/115/s/0354.html>

Frumvarp til laga um Evrópska efnahagssvæðið. 116. löggjafarþing, 1992. Þingskjal 1.
<http://www.althingi.is/alttext/116/s/0001.html>

Frumvarp til stjórnskipunarlaga. 118. löggjafarþing, 1994. Þingskjal 389.
<http://www.althingi.is/alttext/118/s/0389.html>

Tillaga til þingsályktunar um fullgildingu á alþjóðasamþykkt nr. 159 um starfsendurhæfingu og atvinnumál fatlaðra. 112. löggjafarþing, 1989. Þingskjal 487.
<http://www.althingi.is/alttext/112/s/0487.html>

Dómaskrá og álit

Hæstiréttur Íslands

Hrd. 1990, bls. 2 – (120/1989) Ákærvaldið gegn Guðmundi Breiðfjörð Ægissyni

Hrd. 1993, bls. 2230 – (339/1990) Helga Kress gegn Háskóla Íslands og gagnsök

Hrd. 1999, bls. 390 – (177/1998) Ragna Kristín Guðmundsdóttir gegn Háskóla Íslands

Hrd. 1999, bls. 2015 – (151/1999) Félag heyrnarlausra gegn Ríkisútvarpinu

Hrd. 1999, bls. 4916 – (236/1999) Íslenska ríkið gegn Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur og gangsök

Hrd. 2000, bls. 4480 – (125/2000) Tryggingastofnun ríkisins gegn Öryrkjabandalagi Íslands

Hrd. 2003, bls. 3411 – (549/2002) Ingibjörg Gunnarsdóttir gegn Tryggingastofnun ríkisins

Álit umboðsmanns Alþingis

Umboðsmaður Alþingis, 3. apríl 2007, nr. 4650/2006 og 4729/2006

Umboðsmaður Alþingis, 23. júlí 1999, nr. 2511/1998.

Dómar Evrópudómstólsins

EBD, mál C-1/72, ECR 1972 (Frilli gegn Belgíu)

EBD, mál C-152/73, ECR 1974 (Sotgiu gegn Deutsche Post)

EBD, mál C-43/75, ECR 1976 (Defrenne gegna Sabena II)

EBD, mál C-149/77, ECR 1978 (Defrenne III gegn Sabena)
EBD, mál C-96/80, ECR 1981 (Jenkins gegn Kingsgate (Clothing Productions))
EBD, mál C-170/84, ECR 1986 (Bilka-Kaufhaus GmbH gegn Weber von Harz)
EBD, mál T-115/95, ECR 1997 (Opel Austria GmbH gegn framkvæmdastjórn Evrópusambandsins)
EBD, mál C-79/99, ECR 2000 (Schnorbus gegn Land Hessen)
EBD, mál 13/05, ECR 2006, (Sonia Chacón Navas gegn Eurest Colectividades SA.)
EBD, mál C-267/06, ECR 2008 (Tadao Maruko gegn Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen)
EBD, mál 335/11, ECR 2013 (Jette Ring gegn Dansk almennyttig Boligselskab)

EFTA-dómstóllinn

EFTAD, mál 9/97, EFTACR 1998, 95 (Erla María Sveinbjörnsdóttir)
EFTAD, mál 4/01. EFTACR 2002, 240 (Karl K. Karlsson gegn íslenska ríkinu)

Mannréttindadómstóll Evrópu

MDE, sameinuð mál *Abdulaziz, Cabales og Balkandali gegn Bretlandi*, 28. maí 1985 (9214(80;9473/81; 9474/81)
MDE, mál *Rasmussen gegn Danmörku*, 28. nóvember 1984 (8777/79).
MDE, mál *Niemietz gegn Þýskalandi*, 16. nóvember 1992 (13710/88)
MDE, mál *Stjerna gegn Finnlandi*, 25. nóvember 1994 (18131/91)
MDE, mál *Botta gegn Ítalíu*, 24. febrúar 1998 (21439/93)

Álit Mannréttindanefndar Sp í kærumálum

Zwaan-de Vries gegn Hollandi í máli nr. 182/1984

ESB

Stofnsáttmálar

EB-sáttmálinn (e. EC Treaty)
Maastricht sáttmálinn (e. Treaty of Maastricht)
Amsterdam sáttmálinn (e. Treaty of Amsterdam)
Nice sáttmálinn (e. Treaty of Nice)
Lissabon sáttmálinn (e. Treaty of Lissabon)

Tilskipanir

- Tilskipun ráðsins *76/207/EB* frá 9. febrúar 1976 um framkvæmd meginreglunnar um jafnrétti karla og kvenna varðandi aðgang að störfum, starfsþjálfun og stöðuhækkunum, sem og varðandi starfskjör.
- Tilskipun ráðsins *80/987/EB* frá 20. október 1980 um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum verði vinnuveitandi gjaldþrota.
- Tilskipun ráðsins *97/80/EB* frá 15. desember 1997 um sönnunarbyrði í málum er varða mismunun vegna kynferðis.

- Tilskipun ráðsins 2000/43/EB frá 29. júní 2000 um beitingu meginreglunnar um jafnrétti án tillits til kynþáttar eða þjóðernis.
- Tilskipun ráðsins 2000/78/EB frá 27. nóvember 2000 um að koma á almennum reglum um jafna meðferða á vinnumarkaði og í starfi.
- Tilskipun ráðsins 2002/73/EB frá 23. september 2002 um uppfærslu á tilskipun ráðsins 76/207/EEC.

Samþykktir og tilmæli Alþjóðavinnuálastofnunar

Samþykkt ILO nr. 111 um misrétti með tilliti til atvinnu og starfs, 25. júní 1958.

<http://www.velferdarraduneyti.is/malaflokkar/vinnumal/ilo/nr/715>

Samþykkt ILO nr. 159 um starfsendurhæfingu og atvinnuáttál fatlaðra, 20. júní 1983.

<http://www.velferdarraduneyti.is/malaflokkar/vinnumal/ilo/nr/723>

Alþjóðlegir samningar og sáttmálar:

Alþjóðavinnuálastofnun

Félagsmálasáttmáli Evrópu

Mannréttindasáttmáli Evrópu

Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna

Samningur um Evrópska efnahagssvæðið

Samningur Sameinuðu þjóðanna um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi

Samningur Sameinuðu þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi

Samningur Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks