



ML í lögfræði

Aðgangur að dómstólum í mannréttindamálum

Standa valdmörk dómstóla í vegi fyrir því að jákvæð mannréttindi séu virt með því að takmarka aðgang að dómstólum?

Desember 2017

Nafn nemanda: Karen Björnsdóttir

Kennitala: 050989-2409

Leiðbeinandi: Eiríkur Elís Þorláksson

Útdráttur

Ríkisvaldið er þrískipt samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar og ber hverjum valdhafa að halda sig innan þeirra valdmarka sem stjórnarskráin mælir fyrir um. Löggjafarvaldið setur lög, framkvæmdarvaldið framkvæmir lög og dómstólar dæma samkvæmt lögum. Í ritgerð þessari er leitast við að svara þeirri spurningu *hvort valdmörk dómstóla standi í vegi fyrir því að jákvæð mannréttindi séu virt með því að takmarka aðgang að dómstólum*. Af stjórnskipulegu hlutverki dómstóla leiðir að þeir hafa eftirlit með öðrum ríkisvaldshöfum með því að skera úr ágreiningi á milli þeirra og borgara og er aðgangur einstaklinga að dómstólum sérstaklega verndaður í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Vafi getur hins vegar skapast um valdbærni dómstóla þegar kröfugerð varðar jákvæð mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar líkt og 76. gr. sem krefst sérstakra athafna ríkisvaldsins. Er efnisleg niðurstaða talin geta falið í sér fyrirmæli til annarra ríkisvaldshafa sem ættu að vera undir einkaákvörðunarvaldi þeirra komin. Gerð er grein fyrir sjónarmiðum sem hafa helst áhrif á valdheimildir dómstóla og dómaframkvæmd seinustu áratugi þar sem inntak 76. gr. stjórnarskrár kemur til skoðunar. Færð eru rök fyrir því að með nýlegri dómaframkvæmd hafi aðgangur að dómstólum verið nokkuð takmarkaður þegar kemur að jákvæðum mannréttindaákvæðum. Af því leiðir að þeir sem eru í viðkvæmri stöðu í þjóðfélaginu og þarfnast nauðsynlega opinberrar aðstoðar til að njóta sjálfsagðra réttinda geta ekki leitað úrlausnar um möguleg réttindi sín fyrir dómstólum. Þrátt fyrir stjórnskipuleg rök sem standa að baki valdmörkum dómstóla er niðurstaðan að öllu virtu sú að afleiðingar þeirra séu ekki réttlætanlegar. Virðist dómstólum unnt að rýmka valdheimildir sínar með túlkun á stjórnarskránni í samræmi við samfélagslegar kröfur án þess að breytingar verði gerðar á stjórnarskránni sjálfri þó slík breyting væri æskilegri. Með varfærnislegri túlkun að því leyti standa dómstólar undir þeim kröfum sem gera má til þeirra og stuðla að virkri vernd mannréttinda án þess að fara út fyrir stjórnskipulegar heimildir sínar.

Abstract

The state authority is divided according to Article 2 of the Constitution and each of these authorities must abide limits set forth in the Constitution. The legislature creates and imposes the law, the executive authority performs the law and courts judge by law. This thesis seeks to answer the question *whether limits to judicial powers of courts prevent compliance with positive human rights by restricting access to the courts*. The constitutional role of courts means that they assess the validity of actions taken by other state authorities by resolving disagreements between them and citizens which have individual access to courts specifically protected in paragraph 1 of Article 70 of the Constitution. However, doubt can arise about the courts jurisdiction when claims arise from positive human rights provisions, like Article 76 of the Constitution, which requires special measures to be taken. If courts can reach a conclusion it may imply instructions for other authorities who are the only ones considered competent to make those decisions. Issues that have effect on judicial authority are discussed and judicial decisions made in the last decades that concern the content of Article 76 of the Constitution. It is argued that with recent case law, courts don't apply their auditing role fully which can result in restriction of access to courts when a case concerns positive human rights provisions. Consequently, those in societies most vulnerable positions that necessarily need state assistance to enjoy unquestioned rights, cannot seek resolution of the courts on the existence of their rights. Despite constitutional arguments underlying the jurisdictional restriction, the conclusion is that these consequences are not justifiable, and courts seem to be capable of extending their powers in accordance with social requirements with constitutional interpretation. By doing so, courts can promote effective protection of human rights without compromising constitutional separation of powers.

Efnisyfirlit

1. Inngangur	1
2. Íslensk stjórnskipun	3
2.1. Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands	3
2.2. Kenningin um þrjúgreiningu ríkisvalds	4
2.3. Skipan ríkisvaldsins samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár.....	4
2.3.1. Hlutverk löggjafarvalds.....	5
2.3.2. Hlutverk framkvæmdarvalds.....	5
2.3.3. Hlutverk dómsvalds	6
2.4. Skörun valdþátta í íslenskri stjórnskipun	6
2.4.1. Löggjafarvaldið og framkvæmdarvaldið.....	7
2.4.2. Dómsvaldið og löggjafarvaldið.....	7
2.4.3. Framkvæmdarvaldið og dómsvaldið	8
2.5. Mannréttindi.....	8
2.5.1. Saga mannréttindaákvæða stjórnarskrár	9
2.5.2. Flokkun mannréttinda	9
2.5.3. Orðalag og inntak mannréttindaákvæða stjórnarskrár	10
2.5.4. Hlutverk ríkisvaldsins við framfylgd mannréttinda	11
2.5.5. Alþjóðlegar skuldbindingar íslenska ríkisins	12
3. Málshöfðun gegn handhöfum ríkisvalds.....	12
3.1. Ákvæði 70. gr. stjórnarskrár	13
3.1.1. Réttlát málsmeðferð	13
3.1.2. Réttur til aðgangs að dómstólum	14
3.2. Skilyrði þess að mál verði borin undir dómstóla	15
3.3. Kröfugerðir í málum gegn ríkinu	17
3.3.1. Um kröfur í einkamálum.....	17
3.3.2. Framsetning kröfugerða í málum einkaaðila gegn handhöfum ríkisvalds	17
4. Úrskurðarvald dómstóla gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds	19
4.1. Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga	20
4.1.1. Inntak úrskurðarvaldsins	21
4.1.2. Takmörk úrskurðarvaldsins.....	22
4.1.3. Áhrif mannréttinda	23
4.2. Úrskurðarvald dómstóla um embættistakmörk yfirvalda.....	24

4.2.1. Inntak úrskurðarvaldsins	24
4.2.2. Takmörk úrskurðarvaldsins.....	25
4.2.3. Áhrif mannréttinda.....	26
5. Álitafni tengd valdmörkum dómstóla við umfjöllun um jákvæð mannréttindákvæði	27
5.1. Inntak jákvæðra mannréttindaákvæða	27
5.1.1. Rök gegn efnislegri umfjöllun dómstóla um jákvæð mannréttindi.....	27
5.1.2. Rök með efnislegri umfjöllun dómstóla um jákvæð mannréttindi.....	29
5.2. Lýðræðislegt umboð löggjafarvaldsins.....	30
5.2.1. Lýðræðisleg takmörk á valdmörkum dómstóla.....	31
5.2.2. Lýðræðisleg rök með úrskurðarvaldi dómstóla.....	31
5.3. Fjárstjórnarvald löggjafarvaldsins.....	32
5.3.1 Rök á móti heimildum dómstóla til að útdeila fjárverðmætum	32
5.3.2. Rök með heimild dómstóla til að útdeila fjárverðmætum.....	33
5.4. Fjárhagsstaða ríkisins.....	34
5.5. Sérfræðipækning annarra handhafa ríkisvaldsins	34
5.6. Stöðugleiki og réttaröryggi	35
5.7. Skýring dómstóla á stjórnarskránni.....	36
5.7.1. Óbreytileg skýring stjórnarskrárákvæða	36
5.7.2. Breytileg skýring stjórnarskrárákvæða	37
5.7.3. Áhrif ólíkra skýringaraðferða á niðurstöðu í máli vegna jákvæðra mannréttinda	38
6. Valdmörk dómstóla og jákvæð mannréttindi í dómaframkvæmd.....	39
6.1. Efnislegt inntak 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár	39
6.1.1. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár felur í sér efnisleg réttindi.....	40
6.1.2. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár felur í sér stefnuyfirlýsingu.....	43
6.2. Réttur til sérstakrar aðstoðar fyrir einstaklinga í viðkvæmri stöðu.....	48
6.2.1. Dómstólar eru valdbærir til að meta ákvarðanir annarra ríkisvaldshafa	48
6.2.2. Dómstóla skortir valdheimildir til að meta ákvarðanir annarra ríkisvaldshafa	51
6.3. Sérfræðipækning annarra handhafa ríkisvalds.....	58
6.4. Fjárstjórnarvald löggjafans og takmörk dómsvaldsins	59
6.5. Ályktanir af dómaframkvæmd	63
7. Afleiðingar valdmarka dómstóla á vernd jákvæðra mannréttinda og réttmæti þeirra.....	64
7.1. Afleiðingar valdmarka dómstóla á vernd jákvæðra mannréttinda	64
7.2. Réttmæti þeirra afleiðinga sem valdmörk dómstóla hafa á vernd jákvæðra mannréttinda	65
7.2.1 Efnislegt inntak jákvæðra mannréttindaákvæða	66
7.2.2. Lýðræðisleg sjónarmið.....	66
7.2.3. Fjárhagsleg sjónarmið.....	67

7.2.4. Sérstök sjónarmið er varða framkvæmdarvaldshafa.....	67
7.2.5. Þekking dómstóla.....	68
7.3. Æskilegar breytingar.....	69
8. Lokaorð.....	71
Heimildaskrá.....	73

Skrár

Lagaskrá

Lög um almannatryggingar nr. 100/2007

Lög um félagslega aðstoð nr. 99/2007

Lög um Félagsmálasáttmála Evrópu nr. 3/1976

Lög um grunnskóla nr. 91/2008

Lög um mannréttindasáttmála Evrópu nr. 62/1994

Lög um málefni aldraðra nr. 125/1999

Lög um málefni fatlaðra nr. 59/1992

Lög um meðferð einkamála nr. 91/1991

Lög um námsgögn nr. 71/2007

Lög um samning Sameinuðu þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi nr. 10/1979

Lög um sjúkratryggingar nr. 112/2008

Lög um stöðu íslenskrar tungu og íslensks tákn máls nr. 61/2011

Stjórnarskrá konungsríkisins Íslands nr. 9/1920

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944

Stjórnarskrá um hin sérstaklegu málefni Íslands nr. 1/1874

Stjórnskipunarlög nr. 97/1995

Stjórnsýslulög nr. 37/1993

Lögskýringargögn

Alþingi

Alþt. 1944, A-deild, 1, 12

Alþt. 1990, A-deild, þskj. 102 – 99. mál.

Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál.

Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 624 – 379. mál.

Sameinuðu þjóðirnar

UNECOSOC General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (9. desember 1994)
ECOSOC/GC/1994/5

UNECOSOC General Comment No. 9 (1998): The domestic application of the Covenant (3. desember 1998) ECOSOC/GC/1998/9

Dómar

Hæstiréttur Íslands

Hrd. 4. febrúar 1999 í máli nr. 177/1998

Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 151/1999

Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000

Hrd. 16. október 2003 í máli nr. 549/2002

Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013

Hrd. 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015

Hrd. 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015

Hrd. 1. desember 2016 í máli nr. 80/2016

Hrd. 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016

Hrd. 24. maí 2017 í máli nr. 391/2016

Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016

Hrd. 9. nóvember 2017 í máli nr. 464/2017

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur Héraðsdóms Reykjavíkur 30. júní 2015 í máli nr. E-327/2015

Mannréttindadómstóll Evrópu

Salesi g. Italy App no. 13023/87 (ECHR, 26. febrúar 1993)

Gaygusuz g. Austria App no. 17371/90 (ECHR, 16. september 1996)

Koua Poirrez g. France App no. 40892/98 (ECHR, 30. september 2003)

Stec o.fl. g. United Kingdom App no. 65731/01 og 65900/01 (ECHR, 6. júlí 2005)

Fazia Ali g. United kingdom App no. 40378/10 (ECHR, 20. október 2015)

Álit umboðsmanns Alþingis

Álit umboðsmanns Alþingis 17. október 2000 í máli nr. 2796/1999

Álit umboðsmanns Alþingis 18. maí 2005 í máli nr. 4182/2004

Álit umboðsmanns Alþingis 10. júní 2008 í máli nr. 4552/2005

1. Inngangur

Íslensk stjórnskipun byggir á þrískiptu ríkisvaldi sem mælt er fyrir um í 2. gr. stjórnarskrár lýðveldisins Íslands nr. 33/1944. Ríkisvaldið skiptist í löggjafarvald sem hefur það hlutverk að setja lög, framkvæmdarvald sem kemur lögnum til framkvæmda í samfélaginu og dómvald sem beitir lögnum við úrlausn ágreinings. Hver handhafi ríkisvaldsins fer samkvæmt því með sitt ákveðna hlutverk í stjórnskipuninni. Dómstólar gegna þó einnig því mikilvæga hlutverki í réttarskipuninni að hafa eftirlit með öðrum handhöfum ríkisvaldsins og tryggja að réttindi borgara séu virt. Birtist það einna helst í þeirri stjórnskipunarvenju að dómstólar skeri úr um stjórnskipulegt gildi laga og ákvæði 60. gr. stjórnarskrár um að dómstólar skeri úr ágreiningi um embættistakmörk yfirvalda.

Það getur reynst erfitt að samræma þessi ólíku hlutverk dómstóla, annars vegar að leysa úr ágreiningi á grundvelli laga eins og þau koma frá löggjafanum eða eru útfærð af framkvæmdarvaldshafa, svo og að hafa eftirlit með því hvort lög og stjórnarathafnir séu í samræmi við grundvallarreglur stjórnarskrárinnar. Við úrlausn tiltekins sakarefnis getur því verið þunn lína á milli þess að dómstólar teljist innan valdmarka sinna eða utan þeirra með því að þeir taki að sér vald sem tilheyrir öðrum ríkisvaldshafa. Seinustu áratugi hefur því verið haldið fram í fræðiskrifum að dómstólar hafi gengið lengra en áður inn á svið annarra ríkisvaldshafa í úrlausnum sínum. Þessi þróun er talin tengjast breytingu á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 þar sem mannréttindum var gert hærra undir höfði og rétturinn til aðgangs að dómstólum var sérstaklega staðfestur.¹ Virðast dómstólar hafa tekið þá stefnu í kjölfarið að veita handhöfum ríkisvalds sérstakt aðhald í málum vegna mannréttinda einstaklinga. Nýleg dómaframkvæmd gefur hins vegar til kynna að dómstólar hafi stigið skref til baka í þessum efnum og vinni nú að því að þrengja valdheimildir sínar á ný. Sú breytta afstaða virðist sérstaklega eiga við þegar kemur að efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum eða þeim mannréttindaákvæðum sem hafa verið kölluð jákvæð mannréttindi þar sem þau krefjast sérstakra athafna af hálfu ríkisvaldsins. Þar vekur dómaframkvæmd er varðar 76. gr. stjórnarskrárinnar sérstaka athygli, en ákvæðið hefur að geyma fyrirmæli um skyldu löggjafans til að tryggja tiltekin réttindi með lagasetningu. Mælt er fyrir um réttinn til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika í 1. mgr. ákvæðisins. Í 2. mgr. er mælt fyrir um

¹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 52.

skyldu löggjafans til að tryggja með lögum rétt allra til menntunar og fræðslu við sitt hæfi og 3. mgr. mælir fyrir um skyldu til lagasetningar sem tryggir börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.²

Í ritgerð þessari verður leitað svara við því *hvort valdmörk dómstóla standi í vegi fyrir því að jákvæð mannréttindi séu virt með því að takmarka aðgang að dómstólum*. Verður í upphafi gerð grein fyrir helstu grundvallaratriðum íslenskrar stjórnskipunar, þrískiptingu ríkisvaldsins, mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar og hlutverki ríkisvaldsins við að tryggja borgurum þau réttindi. Í framhaldi verður greint frá mikilvægi þess að unnt sé að leita til dómstóla og erfiðleika við kröfugerð vegna réttarfarsskilyrða þegar kemur að málshöfðun gegn ríkisvaldinu. Í fjórða kafla verður gerð grein fyrir úrskurðarvaldi dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga og embættistakmörk yfirvalda. Í fimmta kafla verður litið til helstu atriða sem talin eru geta haft áhrif á valdheimildir dómstóla til að komast að efnislegri niðurstöðu þegar kröfugerð máls byggir á jákvæðum mannréttindaákvæðum. Í sjötta kafla verður farið yfir nýlega dómaframkvæmd í málum sem varða jákvæð mannréttindi þar sem álitamál um valdmörk dómstóla hafa vaknað og borið saman við eldri dómaframkvæmd og annarra úrskurðaraðila þegar við á. Í sjöunda kafla verður farið yfir þær afleiðingar sem valdmörk dómstóla geta haft á raunverulega vernd mannréttinda þeirra sem þurfa á aðstoð að halda. Í kjölfarið verður litið til þess hvort rökin með valdmörkum dómstóla standi til þess að réttlæta slíkar afleiðingar með hliðsjón af erfiðri stöðu dómstóla í stjórnskipuninni og þeim áhrifum sem sú staða getur haft á þróun mannréttinda. Einnig verður með almennum hætti litið til þess hvort þörf sé á breytingum til að mannréttindi tiltekinna minnihlutahópa séu betur tryggð og hverjar þær breytingar geti verið. Í áttunda kafla verða að lokum helstu efnistökin ritgerðarinnar og niðurstöður dregnar saman.

² Hér eftir verður einna helst stuðst við orðalagið „jákvæð mannréttindi“ til útskýringar þegar átt er við réttindi samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar og einnig verður reglulega vísað í flokksheiti tiltekinna mannréttindaákvæða sem kallast „efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi.“

2. Íslensk stjórnskipun

Í ritgerð þessari eru valdmörk dómstóla tekin til skoðunar og er því rétt að greina í upphafi frá grundvallaratriðum íslenskrar stjórnskipunar til að leggja grunn að nánari umfjöllun. Við skilgreiningu hugtaksins „stjórnskipun ríkis“ verður að líta til þeirra grundvallarreglna sem gilda um stjórn þess og skipulag ríkisvaldsins en slíkar reglur eru grundvöllur ríkisins og eru einskonar stofnskrá þess.³ Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (hér eftir stjórnarskrá) hefur stöðu slíkra grundvallarreglna hér á landi.

2.1. Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands

Fyrsta stjórnarskrá Íslands tók gildi þann 5. janúar 1874 og kallaðist „Stjórnarskrá um hin sérstaklegu málefni Íslands“. Hún byggði á grundvallarlögum Danmerkur frá árinu 1849 sem höfðu verið endurskoðuð árið 1866. Stjórnarskráin var sett á þeim tíma sem Ísland var undir stjórn Danmerkur og viðurkenndu Danir aðeins forræði Íslands í sérstökum málum. Árið 1918 voru svokölluð sambandslög sett þar sem lýst var yfir fullveldi Íslands og á grundvelli þeirra var ný stjórnarskrá sett árið 1920 með stjórnarskrá konungsríkisins Íslands nr. 9/1920. Íslendingar lýstu yfir sjálfstæði frá Dönum árið 1944 og í kjölfarið var núgildandi stjórnarskrá sett, en hún byggir að mestu á stjórnarskránni frá árinu 1920.⁴ Þær breytingar sem gerðar voru lutu eðli málsins samkvæmt að stjórn ríkisins og varð stjórnskipun Íslands að lýðveldisstjórn í stað konungsstjórnar.⁵

Grundvallarreglur stjórnarskrárinnar eru allar reistar á ákveðnum hugarfarsstefnum og kenningum sem má sumar rekja til stjórnfrelsinhugsjóna sem komu fram á sjónarsviðið á 18. öld víða um heiminn.⁶ Hugmyndafræðin að baki stjórnarskránni endurspeglar í ákvæðum hennar og spila kenningar um lýðræðislegt stjórnarform, þingræði, þrískiptingu ríkisvalds, sjálfsákvörðunarrétt þjóðarinnar og ríka vernd mannréttinda mikilvægt hlutverk við alla umræðu er varðar íslenska stjórnskipun.⁷

³ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 20.

⁴ Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 17.

⁵ Alþt. 1944, A-deild, 1, 12.

⁶ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 91.

⁷ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 23-24.

2.2. Kenningin um þrígreiningu ríkisvalds

Í riti sínu „De l'Esprit de lois“ sem kom út árið 1748 setti Charles Montesquieu fram kenningu sína um þrígreiningu ríkisvalds sem hefur haft mikil áhrif á stjórnskipun ríkja um heim allann og þar á meðal hér á landi.⁸ Montesquieu sagði söguna sýna fram á að allir sem komist til valda hafi tilhneigingu til að misnota vald sitt og teygja það eins langt og unnt er. Það sé því nauðsynlegt að völd séu til staðar sem takmarki önnur völd því menn væru aðeins frjálsir þegar valdinu er ekki misbeitt.⁹

Í kenningunni um þrígreiningu ríkisvalds felst að valdinu er skipt milli þriggja sjálfstæðra og óháðra valdhafa. Sérstök stofnun á að fara með hvern valdpátt og þessar stofnanir eiga svo að takmarka völd hinna valdhafanna.¹⁰ Til að stjórn ríkis nái að tryggja öryggi einstaklinga sagði Montesquieu að enginn maður megi hræðast annan mann og á með því við að enginn valdhafi megi hræðast aðra valdhafa heldur skuli þeir vera óháðir hver öðrum. Taldi hann að þegar framkvæmdarvald og löggjafarvald væru ekki aðgreind geti lagareglur verið settar líkt og um einræði væri að ræða. Þá geti líf og frelsi einstaklinga verið metið af handahófi fyrir dómi ef dómariinn hefur einnig löggjafarvald og ef dómari hefði framkvæmdarvald með höndum gæti hann beitt ofbeldi og kúgun. Í samræmi við kenningu sína sagði Montesquieu að löggjafarvaldið ætti að vera vilji ríkisvaldsins, framkvæmdarvaldið ætti að framkvæma vilja ríkisvaldsins og dómsvaldið ætti í raun að vera ósýnilegt fyrir borgurum. Dómar dómsvaldsins ættu aðeins að vera andi laganna og tjá vilja þeirra. Aðeins þannig verði menn frjálsir, þegar einu takmörk þeirra eru vilji laganna og lögin eiga að vera vilji almennings.¹¹

2.3. Skipan ríkisvaldsins samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár

Í 2. gr. stjórnarskrár er lagður grunnur að skiptingu ríkisvaldsins hér á landi í þrjá valdpætti, löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómsvald. Ákvæðið er svohljóðandi:

Alþingi og forseti Íslands fara saman með löggjafarvaldið. Forseti og önnur stjórnarvöld samkvæmt stjórnarskrá þessari og öðrum landslögum fara með framkvæmdarvaldið. Dómendur fara með dómsvaldið.

⁸ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 91.

⁹ Charles de Montesquieu, *The spirit of laws* (Thomas Nugent þýð., Digireads.com publishing 2010) 137.

¹⁰ Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 465, 471.

¹¹ Charles de Montesquieu, *The spirit of laws* (Thomas Nugent þýð., Digireads.com publishing 2010) 138-139.

Í eftirfarandi undirköflum verður greint frá hlutverki hvers handhafa ríkisvaldsins samkvæmt íslenskrri stjórnskipun og samspili þeirra. Útskýring á þeirri hlutverkaskiptingu leggur mikilvægan grunn að umfjöllun um valdmörk dómstóla og þau vandamál sem dómstólar standa frammi fyrir í framkvæmd þegar kemur að jákvæðum mannréttindum.

2.3.1. Hlutverk löggjafarvalds

Löggjafarvaldið er frumstofn ríkisvaldsins og sækir valdheimildir sínar til ákvæða stjórnarskrárinnar sem æðstu réttarheimildar íslensks réttar.¹² Forseti Íslands og Alþingi fara saman með löggjafarvaldið samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár en Alþingi er þó aðalhandhafi löggjafarvaldsins, sem ráða má bæði af ákvæðum stjórnarskrárinnar og hlutverki þingsins við lagasetningu í framkvæmd. Hlutverk forseta við lagasetningu er að mestu formsatriði og felst einna helst í því að staðfesta lögina með undirskrift sinni samkvæmt 19. gr. stjórnarskrár.¹³

Vald löggjafans felst í því að setja reglur sem gilda eiga í samfélaginu og taka til allra þátta þess, um innbyrðis samskipti einstaklinga og samskipti þeirra við ríkisvaldið.¹⁴ Löggjafinn leggur einnig grunn að starfi annarra handhafa ríkisvaldsins og er því í reynd æðsti handhafi ríkisvaldsins.¹⁵ Alþingi fer einnig með fjárstjórnarvald ríkisins samkvæmt 40. og 41. gr. stjórnarskrár en í því felst vald til skattlagningar og fjárveitingar, það er ákvarðanatöku um það að hve miklu leyti tekjum af opinberum gjöldum skuli eytt og í hvaða málefni þeim skuli eytt hverju sinni. Fjárstjórnarvaldið er ekki hið sama og löggjafarvaldið þrátt fyrir að sami aðili fari með þau völd.¹⁶

2.3.2. Hlutverk framkvæmdarvalds

Af 2. gr. stjórnarskrár leiðir að framkvæmdarvaldið er í höndum forseta og annarra stjórnvalda, en með framkvæmdarvaldi er almennt bæði átt við stjórnslu ríkisins sjálfs og staðbundið framkvæmdarvald sveitarfélaga.¹⁷ Forsetinn er að formi til æðsti handhafi framkvæmdarvaldsins en hann lætur ráðherra framkvæma vald sitt samkvæmt 13. gr. stjórnarskrár. Ráðherrar eru því í raun æðstu handhafar framkvæmdarvaldsins.

¹² Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 281.

¹³ Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 18.

¹⁴ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 281.

¹⁵ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 27.

¹⁶ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 322-323.

¹⁷ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 350.

Framkvæmdarvaldið er í megindráttum tvennskonar, vald til að taka ákvarðanir um rétt eða skyldur borgaranna með stjórnvaldsákvörðunum og vald til að setja almennar bindandi reglur í stjórnvaldsfyrirmælum samkvæmt skýrri lagaheimild.¹⁸ Verkefni framkvæmdarvaldsins eru margvísleg innan stjórnsýslunnar og erfitt er að skilgreina hlutverk þess með öðrum hætti en neikvæðum. Í því felst öll opinber starfsemi ríkisvalds sem fellur ekki undir löggjafarvald eða dómvald. Þeirra helsta hlutverk er að halda uppi lögum og allsherjarreglu, meðal annars með framkvæmd laga frá löggjafanum, löggæslu og veitingu réttinda.¹⁹ Framkvæmdarvaldið greinist í marga málaflokka sem hver og einn þjónar sínum tilgangi, lýtur sérstökum lögum og hefur eigið starfslið.²⁰

2.3.3. Hlutverk dómvalds

Mælt er fyrir um skipan og störf dómstóla í ákvæðum 59. – 61. gr. stjórnarskrárinnar. Almenn skilgreining á dómvaldi er sú að það feli í sér heimild til að skera úr tilteknu ágreiningsefni á grundvelli laga.²¹ Við meðferð dómsmála vinna dómstólar að því að skýra inntak réttarreglna af skynsemi og færa inntak réttarreglnanna yfir á það ágreiningsefni sem til úrlausnar er í því skyni að komast að niðurstöðu og leiða ágreining aðila endanlega undir lok.²² Íslensk stjórnskipun gerir ráð fyrir því að dómvaldið sé sjálfstætt svo dómstólar geti gegnt eftirlitshlutverki gagnvart öðrum þáttum ríkisvaldsins í samfélaginu.²³ Þannig eiga dómstólar að stuðla að markmiði laganna og réttarríkisins, sem er að stuðla að allsherjarfriði í samfélaginu og vernda frelsi og réttindi einstaklinga.²⁴

2.4. Skörun valdþátta í íslenskri stjórnskipun

Þrískipting ríkisvalds hefur það að markmiði að skipta valdinu milli þriggja sjálfstæðra valdþátta. Þessum valdmörkum verður þó engan veginn slegið föstu í ákveðnum tilvikum þar sem þáttur hvers handhafa ríkisvalds samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár hefur skarast að ákveðnu marki í

¹⁸ Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur“ í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 101.

¹⁹ Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 47.

²⁰ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 331.

²¹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 422.

²² Einar Arnórsson, *Almenn meðferð einkamála í héraði* (Fjölrítunarstofa Daníels Halldórssonar 1941) 9.

²³ Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 *Tímarit lögfræðinga* 465, 473.

²⁴ Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 *Tímarit lögfræðinga* 465, 466.

réttarframkvæmd hér á landi.²⁵ Nauðsynlegt er að setja fram almennar útskýringar í þessum efnum áður en lengra er haldið.

2.4.1. Löggjafarvaldið og framkvæmdarvaldið

Af ákvæðum stjórnarskrárinnar og stjórnskipunarvenjum hér á landi má ráða að löggjafarvaldið hafi í framkvæmd mikil afskipti og áhrif á meðferð framkvæmdarvaldsins.²⁶ Í 1. gr. stjórnarskrár er mælt fyrir um þingbundna landsstjórn, en af þingræðinu leiðir að skilin milli löggjafarvalds og framkvæmdarvalds eru ekki alltaf skýr og má segja að hér sé um ákveðna undantekningu að ræða frá þrískiptingu ríkisvaldsins.²⁷ Hér á landi er algengast að ráðherrar komi úr hópi þingmanna og fara þeir því bæði með löggjafarvald og framkvæmdarvald.²⁸

Valdheimildir löggjafarvaldsins og framkvæmdarvaldsins skarast einnig að því leyti að löggjafinn hefur að langri venju fengið framkvæmdarvaldshöfum heimild til að útfæra nánar ákvæði tiltekinna laga með útgáfu stjórnvaldsfyrirmæla sem fela í sér almennar réttarreglur. Hefur það ekki talist brjóta í bága við 2. gr. stjórnarskrárinnar um að löggjafinn fari með lagasetningarvald með þeim röksemdum að reglur framkvæmdarvaldsins séu útfærsla á vilja löggjafans. Er um hagræðisatriði að ræða þar sem stjórnsýslan er orðin mjög umfangsmikil og talið nauðsynlegt í ljósi skilvirkni að framkvæmdarvaldshafar geti sett reglur um ýmis málafni.²⁹

2.4.2. Dómsvaldið og löggjafarvaldið

Löggjafinn leggur grunn að starfi og skipan dómsvaldsins með lögum samkvæmt 59. gr. stjórnarskrár og dómstólar skulu einungis dæma eftir lögnum samkvæmt 61. gr. stjórnarskrár. Löggjafarvaldið setur dómsvaldinu því takmörk samkvæmt stjórnarskránni auk þess sem löggjafarvaldinu er einnig falið að kveða nánar á um það með almennum lögum hvernig mál skuli sett fram svo þau verði tekin fyrir af dómstólum.³⁰ Einu takmörkin á valdheimildum löggjafarvaldsins eru ákvæði stjórnarskrárinnar þar sem öll lög eiga að vera í samræmi við ákvæði hennar. Það leiðir til þess að ef ágreiningur verður um það hvort löggjafinn hafi sett lög sem eru í

²⁵ Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 18.

²⁶ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 27.

²⁷ Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003) 19.

²⁸ Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur“ í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 29.

²⁹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 393.

³⁰ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 389.

andstöðu við stjórnarskrána eru endanleg svör um réttmæti athafna löggjafans komin undir skýringu dómsvaldsins.³¹

2.4.3. Framkvæmdarvaldið og dómsvaldið

Framkvæmdarvaldshöfum er í hinum ýmsu málaflokkum veitt heimild með lögum til að taka ákvarðanir um réttindi og skyldur einstaklinga eða lögaðila gagnvart hinu opinbera.³² Algengt er í framkvæmd að löggjafinn feli sérstökum stofnunum eða úrskurðarnefndum í stjórnarsýslunni slíkt ákvörðunarvald. Seinustu áratugi hefur einnig aukist að opinberar stofnanir fari með eftirlit við framkvæmd tiltekinna laga. Þessi þróun virðist hafa orðið samhliða þróun samfélagsins og fylgja því hversu nauðsynleg sérstök þekking er á ákveðnum sviðum. Því er aðilum sem starfað hafa í stjórnarsýslunni og búa yfir sérfræðiþekkingu fengin slík heimild með lögum í ákveðnum tilfellum sem léttir einnig álagi af dómstólum að vissu leyti. Það má þó segja að slíkt ætti að eiga undir dómstóla samkvæmt kenningunni um þrígreiningu ríkisvalds.³³

2.5. Mannréttindi

Vitundarvakning hefur orðið á seinustu öldum um mikilvægi mannréttinda bæði hér á landi og á alþjóðavísu og eru mannréttindi talin til grundvallarréttinda sem ríkjum ber að virða í hvívetna. Meirihluti allra ríkja heimsins hafa nú veitt mannréttindaákvæðum sérstakan sess í stjórnarskrám sínum.³⁴ Þar á meðal íslenska ríkið en mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar eru með mikilvægustu grundvallarreglum íslenskrar stjórnskipunar og má finna þau í VI. og VII. kafla stjórnarskrárinnar. Þau setja ríkisvaldinu skorður í afskiptum af borgurum og leggja einnig á ríkisvaldið skyldur til sérstakra aðgerða til að tryggja að mannréttindi verði virt.³⁵ Stjórnarskrárbundin vernd sýnir fram á þá virðingu sem ríki bera fyrir mannréttindum, en þau eru talin of mikilvæg til að meirihluti þingmanna geti haft ákvörðunarvald um þau. Stjórnarskrárgjafinn einn getur því mælt fyrir um þau mannréttindi sem ríkisvaldinu ber að vernda og veita þegnum þess.³⁶

³¹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 296.

³² Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 424.

³³ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 226.

³⁴ Nihal Jayawickrama, *The judicial application of human rights law: National, regional and international jurisprudence* (Cambridge university press 2002) 111.

³⁵ Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 30.

³⁶ Robert Axley, *A theory of constitutional rights* (Julian Rivers þýð., Oxford university press 2004) 297.

2.5.1. Saga mannréttindaákvæða stjórnarskrár

Mannréttindi hafa verið sérstaklega vernduð frá því í fyrstu stjórnarskrá Íslands frá árinu 1874. Ákvæðin voru íslensk þýðing mannréttindaákvæða dönsku grundvallarlaganna sem stjórnarskráin byggði á en þau sóttu fyrirmynd sína til frönsku mannréttindayfirlýsingarinnar frá árinu 1789.³⁷

Við setningu núgildandi stjórnarskrár árið 1944 fór engin efnisleg umræða fram um mannréttindaákvæðin heldur var öll áhersla lögð á breytingu þeirra ákvæða er vörðuðu stjórnarframkvæmdir og stjórnskipun ríkisins. Heildarendurskoðun á stjórnarskránni átti að fara fram síðar.³⁸ Þrátt fyrir háan aldur þjónuðu mannréttindaákvæðin hlutverki sínu nokkuð vel í framkvæmd næstu áratugina þar sem túlkun dómstóla á orðalagi þeirra færði með tímanum nokkuð út þá vernd sem þau hefðu annars veitt samkvæmt orðanna hljóðan. Úr varð að mannréttindaákvæðin stóðu efnislega óbreytt í stjórnarskránni í 121 ár og voru þau eðlilega ekki lengur talin í samræmi við aðstæður samfélagsins.³⁹

Með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 voru loks gerðar breytingar á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar og var helst stefnt að þremur markmiðum við breytinguna. Í fyrsta lagi átti að efla, samhæfa og samræma mannréttindaákvæðin svo þau stæðu betur undir því hlutverki sínu að verja almenning í samskiptum við ríkisvaldshafa. Í öðru lagi var talin þörf á að færa orðalag ákvæðanna í nútímalegra horf. Í þriðja lagi átti að endurskoða mannréttindaákvæðin með hliðsjón af skuldbindingum ríkisins samkvæmt alþjóðlegum mannréttindasamningum.⁴⁰

2.5.2. Flokkun mannréttinda

Mannréttindaákvæði eiga uppruna sinn til svokallaðra náttúruréttarkenninga sem fólu meðal annars í sér þá hugsun að öllum mönnum væru áskilin tiltekin réttindi og frelsi sem ríkisvaldið mætti ekki skerða. Tilgangur mannréttindaákvæða var að tryggja þegnum frelsi gegn ágangi ríkisvaldsins, sem var talið hafa gengið of langt í valdbeitingu gegn borgurum fyrr á tímum. Setja átti ríkisvaldinu mörk og leggja áherslu á að ríkið sé til fyrir þegna þess.⁴¹ Réttindi þess eðlis hafa verið nefnd borgaraleg og stjórn mála­leg réttindi og einnig neikvæð réttindi á þeim grundvelli að þau eru sögð krefjast þess að ríkisvaldshafar sýni af sér athafnaleysi og geri ekkert sem fari gegn

³⁷ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 449.

³⁸ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 31.

³⁹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 449-450.

⁴⁰ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir.

⁴¹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 22, 36.

óskerðanlegum réttindum einstaklinga.⁴² Neikvæð mannréttindi hafa einna helst verið talin réttur til persónufrelsis, tjáningarfrelsi, félagafrelsi, réttur til friðhelgi heimilisins og eignarréttarins.⁴³

Á seinni hluta 20. aldar fóru viðhorf til ríkisvaldsins að breytast og var farið að líta svo á að með ríkisvaldi mætti koma á félagslegum umbótum og jöfnuði í samfélaginu. Í samræmi við þessi viðhorf fór áhersla að vera lögð á hlutverk ríkisvaldsins við að jafna tekjuskiptingu samfélagsins og tryggja félagslega velferð borgara með aðgerðum af félagslegum toga.⁴⁴ Ekki var talið nægjanlegt að einstaklingar væru frjálssir frá afskiptum ríkisvaldsins heldur verði þeir einnig að geta lifað mannsæmandi lífi í samfélaginu.⁴⁵ Réttindi sem eiga að tryggja það hafa verið nefnd efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi eða jákvæð mannréttindi þar sem þau eru einna helst talin þarfnast jákvæðra athafna ríkisvaldshafa svo þau verði virk.⁴⁶ Þau eiga rætur sínar meðal annars að rekja til trúarlegrar skyldu sem ríkir í flestum trúarbrögðum heimsins um að þeir sem eru í góðri stöðu skuli vernda og hugsa um þá sem ekki geta séð um sig sjálfir og aðra sem minna mega sín. Þá má einnig rekja rætur slíkra réttinda til þekktra hugsuða og stjórnspekinga sem börðust fyrir auknu réttlæti og jöfnuði í samfélaginu.⁴⁷ Helstu mannréttindaákvæði þess eðlis eru réttur til félagslegs öryggis, réttur til almannatrygginga, viðunandi lífsafkomu, þar á meðal réttur til fæðis, klæðis og húsnæðis, réttur til heilsugæslu, menntunar og réttur til að taka þátt í menningarlífi. Þessi réttindi eiga einnig að tryggja sérstaklega vernd viðkvæmra hópa líkt og barna og þeirra sem glíma við fatlanir.⁴⁸

2.5.3. Orðalag og inntak mannréttindaákvæða stjórnarskrár

Mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar eru sett fram og orðuð á mismunandi hátt sem er ein helsta ástæða þess að mannréttindum hefur verið skipt í flokka. Sum ákvæði mæla fyrir um skilyrðislaust bann við skerðingu tiltekinna réttinda, en hér má nefna ákvæði 68. gr. sem mælir fyrir um fortakslaust bann við að menn séu beittir pyndingum eða ómannúðlegri eða vanvirðandi meðferð eða refsingu. Önnur ákvæði mæla fyrir um ákveðin réttindi sem ríkið þarf að tryggja með litlu

⁴² Alpt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir, III. kafli.

⁴³ Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum” (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75, 77.

⁴⁴ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 239.

⁴⁵ Alpt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir, III. kafli.

⁴⁶ Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum” (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75, 77.

⁴⁷ Hér má nefna Karl Marx, Immanuel Kant og John Rawls. Sjá nánar Henry J. Steiner og Philip Alston, *International human rights in context: law, politics, morals* (Oxford university press 1996) 257.

⁴⁸ Alpt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir, III. kafli.

svigrúmi til túlkunar og má þar til að mynda líta til ákvæðis 70. gr. stjórnarskrár sem mælir fyrir um að „[ö]llum [beri] réttur” til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli. Sum ákvæði lýsa yfir friðhelgi tiltekinna réttinda og skilyrði fyrir takmörkun þeirra líkt og 72. gr. stjórnarskrár sem lýsir eignaréttinn friðhelgann.⁴⁹ Þá mælir 1. mgr. 75. gr. fyrir um atvinnufrelsi og 74. gr. um félagafrelsi og rétt til að standa utan félaga. Þessi réttindi má aðeins takmarka með lögum þegar brýn nauðsyn eða almenningsþörf krefst þess. Þessi ákvæði eru talin falla á mörkum flokkunar mannréttinda.⁵⁰ Segja má að réttindin séu efnahagsleg og félagsleg í eðli sínu en orðalag ákvæðanna mælir fyrir um skilyrðislaus réttindi sem aðeins megi takmarka með lögum í þágu mikilvægra hagsmuna.

Tiltekin ákvæði hafa að geyma yfirlýsingar um skyldu löggjafans til að grípa til aðgerða og setja lög til að veita ákveðin réttindi. Þessi réttindi hafa valdið hvað mestum vandræðum í framkvæmd þegar reynt er að skýra inntak þeirra og hefur skapast ágreiningur hvort um raunveruleg réttindi sé að ræða eða aðeins pólitísk markmið í formi stjórnarskrárákvæðis.⁵¹ Í 2. mgr. 75. gr. er mælt fyrir um skyldu ríkisins til að setja lög um rétt manna til að semja um starfskjör sín og önnur réttindi tengd vinnu. Ákvæði 76. gr. stjórnarskrár mælir svo í 1. mgr. fyrir um skyldu löggjafans til að setja lög sem tryggja þeim sem þess þurfa rétt til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Í 2. mgr. ákvæðisins er mælt fyrir um skyldu löggjafans til að tryggja með lögum rétt allra til menntunar og fræðslu við sitt hæfi og í 3. mgr. segir að löggjafinn verði að setja lagareglur sem tryggi börnum þá vernd og umönnun sem velferð þeirra krefst.

2.5.4. Hlutverk ríkisvaldsins við framfylgd mannréttinda

Mannréttindi gera þá kröfu á hendur ríkisvaldinu að borgarar séu látnir afskiptalausir í margvíslegum málefnum en einnig að gripið verði til sérstakra aðgerða til að tryggja borgurum ákveðin lífsgæði.⁵² Stjórnarskrárbundin mannréttindi gera því kröfu um að löggjafarvaldið hagi lagasetningu sinni innan marka stjórnarskrárinnar og grípi til athafna við að setja löggjöf til að

⁴⁹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 94.

⁵⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 37.

⁵¹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 95.

⁵² Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 76.

framfylgja tilteknum stjórnarskrárbundnum réttindum. Mannréttindaákvæði hafa þannig haft mikil áhrif á störf ríkisvaldshafa hér á landi.⁵³

Í samræmi við þrískiptingu ríkisvalds fellur það helst í hlut löggjafarvaldsins að tryggja mannréttindi einstaklinga í samfélaginu.⁵⁴ Umfang og inntak réttindanna er oftast að finna í lagareglum sem mæla fyrir um réttinn og útfæra hann nánar, en einnig er oft að finna ákvæði sem veita stjórnvöldum mat á því hvenær réttindin verða virk.⁵⁵ Ríkisvaldið verndar einnig mannréttindi með því að banna tiltekna háttsemi sem fer gegn réttindum annarra, til að mynda með almennum hegningarlögum nr. 19/1940.⁵⁶ Skylda ríkja er því fólgin í að virða, vernda og veita mannréttindi í samræmi við þær kröfur sem stjórnarskráin mælir fyrir um.⁵⁷

2.5.5. Alþjóðlegar skuldbindingar íslenska ríkisins

Íslenska ríkið hefur fullgilt og lögfest fjölda alþjóðlegra mannréttinasáttmála og er skuldbundið til að fylgja fyrirmælum þeirra og fara ekki gegn réttindum sem einstaklingum eru þar veitt. Þar á meðal hefur ríkið lögfest Félagsmálasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 3/1976 og samning Sameinuðu þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sbr. lög nr. 10/1979, en þessir samningar taka einna helst til mannréttinda sem geta krafist jákvæðra athafna af hálfu ríkisins. Þá hefur Mannréttinasáttmáli Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (hér eftir MSE), einnig verið lögfestur hér á landi. Ríkið er því einnig skuldbundið að þjóðarétti til að veita einstaklingum mannréttindi með jákvæðum athöfnum sínum, þar á meðal rétt til viðeigandi lífsskilyrða, afkomu og félagslegs öryggis.

3. Málshöfðun gegn handhöfum ríkisvalds

Áhersla hefur verið lögð á að tryggja sjálfstæði dómenda gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds. Sjálfstæðið er skilyrði þess að dómstólar geti sinnt einu af mikilvægustu hlutverkum sínum sem er

⁵³ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 22.

⁵⁴ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 16.

⁵⁵ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögrétts 23, 32.

⁵⁶ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 48.

⁵⁷ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 11.

að skera úr um það hvort aðrir handhafar ríkisvaldsins hafi misbeitt valdi sínu.⁵⁸ Í stjórnarskránni má víða finna ákvæði sem eiga að tryggja sjálfstæði dómstóla gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds. Þar gegnir 2. gr. stjórnarskrár lykilhlutverki ásamt ákvæðum um störf dómstóla í V. kafla. Þá er í 70. gr. stjórnarskrár mælt fyrir um grundvallarréttindi sem hafa óhjákvæmilega áhrif í öllum málum sem höfðuð eru fyrir dómstólum og ekki síst í málum einkaaðila gagnvart handhöfum ríkisvaldsins, það er réttur til réttlátrar málsmeðferðar og réttur til aðgangs að dómstólum.

Þessi stjórnarskrárákvæði eiga í sameiningu að tryggja aðgang einkaaðila að sjálfstæðum og óháðum dómstólum þegar til skoðunar kemur hvort handhafar ríkisvalds hafi brotið gegn réttindum þeirra eða vanrækt að veita þeim tiltekin réttindi. Til að sá aðgangur verði mögulegur þurfa ákveðin lögbundin skilyrði að vera uppfyllt sem getur reynst erfitt að uppfylla við málshöfðun einstaklings gegn ríkisvaldinu vegna jákvæðra mannréttinda. Verður í eftirfarandi undirköflum í upphafi gerð grein fyrir þeim kröfum sem gerðar eru til dómstóla, réttinum til aðgangs að dómstólum og þeim takmörkunum sem geta komið í veg fyrir að unnt sé að bera mál undir dómstóla.

3.1. Ákvæði 70. gr. stjórnarskrár

Við breytingu á stjórnarskránni með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 var réttur til réttlátrar málsmeðferðar tryggður með sérstöku ákvæði sem nú má finna í 70. gr. stjórnarskrár, en fyrir þann tíma var rétturinn talinn tryggður í íslenskum réttarfarslögum.⁵⁹ Af 1. mgr. ákvæðisins má leiða fimm mikilvæg réttindi, en þau eru réttur til að bera mál undir dómstóla, réttur til réttlátrar málsmeðferðar, réttur til þess að óháður og óhlutdrægur dómstóll leysi úr máli, réttur til opinberrar málsmeðferðar og réttur til að leyst verði úr máli innan hæfilegs tíma. Ákvæði 1. mgr. 70. gr. sækir fyrirmynd sína til 1. mgr. 6. gr. MSE og eru ákvæðin talin fela sömu réttindi í sér.⁶⁰

3.1.1. Réttlát málsmeðferð

Til að tryggja réttláta málsmeðferð fyrir dómi verða dómstólar að vera sjálfstæðir og óvilhallir í störfum sínum í raun og einnig líta út fyrir það frá sjónarhorni almennings.⁶¹ Ákvæði 61. gr. stjórnarskrár mælir fyrir um að dómendur dæmi einungis eftir lögum, en það á sérstaklega að

⁵⁸ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 23.

⁵⁹ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, um 8. gr.

⁶⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 107.

⁶¹ Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi* (Bókaútgáfa Orators 1999) 145.

tryggja að dómara leggi ekki einstaklingsbundið mat á hvert mál eftir hentisemi. Af því leiðir einnig að dómara eiga að vera hlutlausir og mega ekki láta persónulegar skoðanir eða tiltekna hagsmuni ráða för sem eru ekki í samræmi við lögin, hefðbundnar viðurkenndar lögfræðilegar túlkunaraðferðir og aðrar almennar viðmiðanir.⁶² Þegar rætt er um að dómstólar skuli vera óvilhallir eða óháðir er átt við að þeir skuli ekki vera háðir öðrum þáttum ríkisvaldsins. Öll fyrirmæli löggjafarvaldsins eða framkvæmdarvaldsins til dómenda um störf þeirra eru óheimil og óskuldbindandi en einu takmörk dómstólanna við framkvæmd starfa sinna eru lögin og rétt túlkun á lögnum.⁶³ Reglur um málsmeðferð dómsmála eru í samræmi við framangreint lögbundnar sem á að koma í veg fyrir að meðferð mála fari eftir geðþótta dómara og tryggja réttláta málsmeðferð.⁶⁴

Af þeim kröfum sem gerðar eru til dómstóla leiðir að einstaklingar eiga að geta treyst því að fá vandaða úrlausn mála sinna hjá óháðum og sjálfstæðum dómstólum í öllum málum sem unnt er að bera undir dómstóla til efnislegrar úrlausnar, þar á meðal í málum sem byggja á mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar og krefjast athafnaskyldu ríkisvaldshafa.

3.1.2. Réttur til aðgangs að dómstólum

Í 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár felst kjarninn í rétti manna til réttlátrar málsmeðferðar en ákvæðið veitir aðilum sjálfstæðan rétt til þess að bera mál um réttindi þeirra og skyldur undir dómstóla og fá úrlausn dómstóla um hagsmuni sína.⁶⁵ Réttur til aðgangs að dómstólum er talinn til þeirra grundvallarmannréttinda sem eiga að vera til staðar í lýðræðisríkjum.⁶⁶ Mikilvægi þessa réttar endurspeglast í þeirri vönduðu málsmeðferð sem ágreiningur fær við efnislega meðferð dómstóla auk þess sem dómara eiga að vera sjálfstæðir og óhlutdrægir í starfi sínu.⁶⁷ Þannig er einstaklingum tryggð nauðsynleg réttarvernd og réttaröryggi þeirra er tryggt, bæði í samskiptum þeirra innbyrðis og við ríkisvaldshafa.⁶⁸ Ef dómstólar væru ekki til staðar er litið svo á að markmið mannréttindaákvæða verði að engu því þá hafi einstaklingar engin virk og raunhæf úrræði til að fá úrlausn um það hvort brotið hafi verið gegn réttindum þeirra.⁶⁹

⁶² Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 465, 477.

⁶³ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 288.

⁶⁴ Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 465, 470.

⁶⁵ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, um 8. gr.

⁶⁶ Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 133, 135.

⁶⁷ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 223.

⁶⁸ Sigríður Ingvarsdóttir, „Dómarastarfið og meðferð dómsvaldsins“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 155, 158.

⁶⁹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 50.

Ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og 1. mgr. 6. gr. MSE fela það sama í sér en orðalag ákvæðanna er þó ólíkt að því leyti að 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár mælir fyrir um rétt allra „til að fá úrlausn um réttindi sín og skyldur“ en 1. mgr. 6. gr. MSE mælir fyrir um „réttindi og skyldur manns að einkamálarétti“ eða „civil rights“. Ákvæði 1. mgr. 6. gr. MSE var áður túlkað svo að það nái ekki yfir réttindi sem væru að öllu leyti opinbers eðlis sem getur átt við um tiltekin jákvæð mannréttindi líkt og rétt til fjárhagslegrar aðstoðar samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar. Mannréttindadómstóll Evrópu greindi þannig á milli þess hvort bótagreiðslur ríkis hafi einkaréttarlegt ívaf og geri ráð fyrir mótframlagi einstaklingsins eða hvort greiðslur séu að öllu leyti opinbers eðlis. Aðeins var unnt að bera mál undir Mannréttindadómstólinn sem varðaði aðgang að dómstólum og réttláta málsmeðferð í heimalandi einstaklinga þegar réttur til greiðslu byggði einnig á eigin framlagi.⁷⁰ Mannréttindadómstóllinn hefur hins vegar breytt um stefnu og lítur svo á að ágreiningur um réttláta málsmeðferð samkvæmt 1. mgr. 6. gr. MSE geti einnig tekið til félagslegra bóta sem byggja aðeins á lögum ríkis.⁷¹ Þannig má álykta að þegar dómkrafa byggir á jákvæðri skyldu ríkis til að veita einstaklingi félagslegar bætur samkvæmt almennu lagaákvæði vegna 76. gr. stjórnarskrárinnar og ágreiningur verður um valdbærni íslenskra dómstóla þá gæti mögulega verið unnt að bera málið undir Mannréttindadómstólinn til mats á því hvort brotið hafi verið gegn 1. mgr. 6. gr. MSE um rétt til aðgangs að dómstólum.⁷²

Rétturinn til aðgangs að dómstólum er hins vegar ekki undantekningarlaus, en ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og 1. mgr. 6. gr. MSE gera kröfu um að mikilvæg rök séu að baki undantekningum sem réttlæta slíka takmörkun.⁷³

3.2. Skilyrði þess að mál verði borin undir dómstóla

Í lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála (hér eftir einkamálalög) er mælt fyrir um það með hvaða hætti ágreiningur verði borinn undir dómstóla, hvaða skilyrði verði að vera uppfyllt svo mál

⁷⁰ Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum“ (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75, 93.

⁷¹ Um breytta afstöðu dómsins má nefna mál Salesi g. Ítalíu App no. 13023/87 (ECHR, 26. febrúar 1993). Málið varðaði kröfu fatlaðrar konu um greiðslu mánaðarlegra örorkubóta sem voru greiddar af ítalska ríkinu án framlags bótaþega. Mannréttindadómstóllinn tók málið til efnislegrar meðferðar með þeim rökum að „she suffered an interference with her means of subsistence and was claiming an individual, economic right flowing from specific rules laid down in a statute giving effect to the Constitution.“ Um nýlegra mál af þessum meiði má nefna mál Fazia Ali g. United kingdom App no. 40378/10 (ECHR, 20. október 2015) þar sem Mannréttindadómstóllinn taldi að réttur til húsnæðis væri réttur sem gæti átt undir 1. mgr. 6. gr. MSE.

⁷² Sú ályktun getur haft þýðingu fyrir síðari umfjöllun um mögulega takmörkun á aðgangi að dómstólum vegna stjórnskipulegra álitafna.

⁷³ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 225.

verði tekið til efnislegrar umfjöllunar og lögin gera einnig kröfur til sakarefnisins. Þessi skilyrði leggja grunn að allri umfjöllun um valdmörk dómstóla og aðgang að dómstólum vegna athafna eða athafnaleysis ríkisvaldshafa þegar kemur að jákvæðum mannréttindum.

Við málshöfðun gegn handhöfum ríkisvalds koma ákvæði 1. mgr. 24. gr. og 1. mgr. 25. gr. einkamálalaga einna helst til skoðunar við mat á því hvort dómstóll geti komist að efnislegri niðurstöðu í máli. Samkvæmt 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga er unnt að bera undir dómstóla hvert það sakarefni sem lög og landsréttur ná til, nema það sé skilið undan lögsögu þeirra samkvæmt lögum, samningi, venju eða eðli sínu. Ákvæðið setur dómsvaldinu takmörk þegar kemur að málshöfðun einstaklinga gagnvart handhöfum ríkisvalds vegna athafna eða athafnaleysis þeirra. Í því felst að dómstólar geta ekki dæmt í máli ef ágreiningurinn fellur undir valdheimildir annarra handhafa ríkisvaldsins samkvæmt lögum, venju eða eðli máls. Þegar kemur að málshöfðun vegna slíks ágreinings getur því verið erfiðleikum háð að leita atbeina dómstóla til sjálfstæðrar og óhlutdrægrar úrlausnar um ágreininginn en það má rekja til 2. gr. stjórnarskrár um þrígreiningu ríkisvaldsins þrátt fyrir að vísað sé til 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga til rökstuðnings.⁷⁴ Valdmörk dómstóla gagnvart öðrum þáttum ríkisvaldsins takmarka því í reynd réttinn til aðgangs að dómstólum að tilteknu leyti.

Aðilar verða einnig að hafa lögvarða hagsmuni af úrlausn máls til að geta borið ágreining undir dómstóla. Reglan er ekki beinlínis lögfest en það er hins vegar óumdeilt skilyrði þess að dómstólar leysi úr sakarefni að úrlausnin skipti máli fyrir stöðu aðila málsins að lögum.⁷⁵ Krafan byggir á 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga og 1. mgr. 25. gr. um að dómstólar verði ekki krafðir álits um lögfræðileg efni nema að því leyti sem nauðsynlegt er til úrlausnar um ákveðna kröfu í dómsmáli.⁷⁶ Með lögvörðum hagsmunum er átt við að hagsmunirnir sem mál er höfðað vegna séu verndaðir með lögum auk þess sem kröfur eru gerðar um tengsl aðila við hagsmunina svo hann teljist hafa lögvarða hagsmuni um úrlausn þeirra. Til útskýringar má segja að ágreiningur málsins verði að varða sérstakan rétt aðila eða sérstaka skyldu hvers og eins og þá andstætt almennum hagsmunum eða hóphagsmunum og skyldum.⁷⁷ Niðurstaða ágreinings verður því að hafa áhrif á

⁷⁴ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 256.

⁷⁵ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 225.

⁷⁶ Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 133, 163.

⁷⁷ Einar Arnórsson og Theodór B. Línal, *Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála* (Háskóli Íslands 1968-1969) 232.

réttarlega stöðu aðila málsins.⁷⁸ Krafa um lögvarða hagsmuni getur leitt til þess að máli einstaklinga gegn handhöfum ríkisvalds verði vísað frá dómi, en það má einna helst rekja til þeirra erfiðleika sem lögmennt geta staðið frammi fyrir við kröfugerð í slíku máli.

3.3. Kröfugerðir í málum gegn ríkinu

Kröfugerð stefnanda í einkamáli verður að vera ákveðin og ljós svo hún geti verið grundvöllur að niðurstöðu dómsins í máli ef fallist yrði á hana. Úrslit einkamála velta þannig á því hvernig kröfugerðin er sett fram og geta minnstu mistök haft grundvallaráhrif og leitt til frávísunar eða sýknu. Þetta á sér í lagi við þegar kemur að málshöfðun einkaaðila gagnvart handhöfum ríkisvalds í ljósi stjórnskipulegrar stöðu dómstóla samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár.

3.3.1. Um kröfur í einkamálum

Kröfum stefnanda í einkamáli er almennt skipt í tvo flokka, kröfu um aðfararhæfan dóm og viðurkenningardóm.⁷⁹ Krafa um aðfararhæfan dóm felur það í sér að yfirleitt yrði unnt að fullnægja niðurstöðu dómsins með aðför ef fallist yrði á kröfuna. Slíkar kröfur geta verið um greiðslu tiltekinnar fjárhæðar, að stefndi verði dæmdur til ákveðinna athafna eða láti eitthvað ógert.⁸⁰ Þá eru til tegundir dómsmála þar sem ekki þarf að fullnægja dómnun sérstaklega því dómurinn sjálfur hefur áhrif á réttarsamband aðila.⁸¹ Í slíkum málum miðar krafa stefnanda að viðurkenningu dómsins á að réttarstaða aðila sé með tilteknum hætti, til að mynda að stjórnvaldsákvörðun verði dæmd ógild. Slíkar kröfur eru kallaðar viðurkenningarkröfur til að aðgreina þær frá aðfararkröfum.⁸²

3.3.2. Framsetning kröfugerða í málum einkaaðila gegn handhöfum ríkisvalds

Kröfugerðir í málum einkaaðila gagnvart ríkisvaldinu geta verið margvíslegar og nokkuð flóknar í framsetningu. Algengt er að þær varði ógildingu tiltekinna athafna, viðurkenningu á ólögmati eða viðurkenningu á ákveðinni réttarstöðu stefnandans. Í flestum tilvikum gerir stefnandi einnig

⁷⁸ Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála” (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 133, 163.

⁷⁹ Einar Arnórsson og Theódór B. Líndal, „Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála (Háskóli Íslands 1968-1969) 228.

⁸⁰ Eiríkur Tómasson, „Réttarfar” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 166 ; Einar Arnórsson og Theódór B. Líndal, „Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála (Háskóli Íslands 1968-1969) 228.

⁸¹ Einar Arnórsson og Theódór B. Líndal, „Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála (Háskóli Íslands 1968-1969) 228.

⁸² Eiríkur Tómasson, „Réttarfar” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 166.

aðrar afleiddar kröfur í kjölfarið sem geta verið margvíslegar.⁸³ Slík krafa getur til að mynda verið um athafnir ríkisvaldshafa eða greiðslu tiltekinnar fjárhæðar. Þegar krafa miðar að viðurkenningu á tilteknum réttindum getur efnisleg niðurstaða einnig falið í sér að ríkisvaldinu verði gert að greiða tiltekna fjárhæð með því að fallist yrði á kröfuna og má sjá dæmi um slíkt í dómaframkvæmd án þess að fjárfrafa sé sérstaklega sett fram. Þykir rétt að greina í stuttu máli frá ógildingarmálum og viðurkenningarmálum áður en lengra er haldið ásamt álitaefnum um valdmörk dómstóla í því sambandi.

Með ógildingarkröfu í einkamáli gegn handhöfum ríkisvalds er átt við kröfu þar sem stefnandi krefst þess til að mynda að stjórnvaldsákvörðun verði dæmd ógild eða felld úr gildi í tengslum við úrlausn tiltekins sakarefnis.⁸⁴ Álitaefni vakna um valdmörk dómstóla í ljósi þrjúgreiningar ríkisvaldsins þegar kröfugerð er sett fram á þann hátt og dómstólar geta með efnislegri niðurstöðu ógilt athafnir annarra valdhafa sem þessir valdhafar einir hafa heimild til að framkvæma samkvæmt stjórnarskránni. Framsetning slíkrar kröfugerðar er því vandmeðfarin og ef ekki er gætt að öllum atriðum gæti það leitt til frávísunar málsins á grundvelli stjórnskipulegrar stöðu dómstóla.

Í 2. mgr. 25. gr. einkamálalaga er mælt fyrir um heimild til að hafa uppi viðurkenningarkröfu í einkamáli með kröfu um viðurkenningu dómsins á tilvist eða efni réttinda eða réttarsambands. Viðurkenningarkrafa getur krafist jákvæðs eða neikvæðs viðurkenningardóms, en með jákvæðum viðurkenningardómi viðurkennir dómurinn að stefnandi eigi tiltekinn rétt og með neikvæðum viðurkenningardómi viðurkennir dómurinn að tiltekin skylda hvíli ekki á stefnanda.⁸⁵ Viðurkenningarkrafa getur hentað betur en aðrir möguleikar í sumum tilvikum þegar krafa beinist að ríkisvaldinu þar sem efnislegur dómur á grundvelli slíkrar kröfu þarf ekki að fela í sér ströng fyrirmæli til löggjafarvalds eða framkvæmdarvalds. Þarf slík niðurstaða oft á tíðum aðeins að staðfesta það að útfærsla réttinda í lögum sé til að mynda ekki að öllu leyti í samræmi við stjórnarskrána. Löggjafanum yrði svo veitt svigrúm til að útfæra réttindin

⁸³ Eiríkur Tómasson, „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar“ (1984) 37 Úlfjótur tímarit laganema 183, 187.

⁸⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson, „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“ (2007) 57 Tímarit lögfræðinga 39, 67.

⁸⁵ Einar Arnórsson og Theodór B. Líndal, *Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála* (Háskóli Íslands 1968-1969) 228.

nánar í kjölfarið í samræmi við skýringu dómstólsins á þeim lögum sem um ræðir.⁸⁶ Í viðurkenningarmálum geta þó einnig vaknað upp álitæfni vegna þrískiptingar ríkisvalds þar sem efnisleg niðurstaða getur leitt til staðfestingar á tilteknum réttindum borgara sem krefst athafna af hálfu löggjafarvaldsins eða framkvæmdarvaldsins.⁸⁷ Getur dómstóllinn með efnislegri niðurstöðu slíkrar kröfu tekið bindandi ákvörðun um að annar handhafi ríkisvalds skuli taka ákvörðun sem þeir ættu samkvæmt reglum stjórnskipunarréttarins að hafa sjálfsákvörðunarvald um hvort tekin verði. Dómurinn getur til dæmis veitt einstaklingi réttindi sem löggjafinn hefur ákveðið að útfæra á annan hátt eða réttindi sem löggjafarvaldið hefur sérstaklega falið framkvæmdarvaldinu að fjalla um og meta í tilteknu tilviki.⁸⁸

Á seinustu árum hefur orðið aukning á að krafist sé viðurkenningar á að löggjafanum eða framkvæmdarvaldshafa sé skylt að gera eitthvað eða láta eitthvað ógert vegna stjórnarskrárbundinnar skyldu á grundvelli jákvæðra mannréttindaákvæða. Í mörgum tilvikum er vísað til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrár til stuðnings kröfu um að ríkisvaldshafar hafi ekki gengið nægilega langt í aðgerðum sínum við að tryggja einstaklingum ákveðin stjórnarskrárbundin réttindi til jafns við aðra, en þá er jafnan mælt fyrir um slíka athafnaskyldu í lögum.⁸⁹ Í slíkum málum getur verið erfitt fyrir dómendur að beita almennum reglum einkamálalaga um kröfugerð og aðild til að komast að efnislegri niðurstöðu í ágreiningnum, en þá erfiðleika má einkum rekja þrjúgreiningar ríkisvaldsins samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár.⁹⁰

4. Úrskurðarvald dómstóla gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds

Þrískipting ríkisvalds hvílir á hugmyndinni um æskilega dreifingu valds á milli löggjafarvaldsins, framkvæmdarvaldsins og dómvaldsins. Það er kjarni kenningarinnar að allar ákvarðanir sem tengjast stjórnsmálum, til að mynda um að ná tilteknum markmiðum með lögum, forgangsraða aðstoð til tiltekinna hópa eða úthlutun réttinda, eigi að vera í höndum löggjafarvaldsins og verði

⁸⁶ Kári Hólmur Ragnarsson, „Falsvönir Öryrkjabandalagsdómsins? – nýleg dómaframkvæmd um félagsleg réttindi“ 70 (Úlfjótur tímarit laganema 2017) 41, 49.

⁸⁷ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 25.

⁸⁸ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 27.

⁸⁹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 56-57.

⁹⁰ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 24.

eftir atvikum nánar útfærðar af framkvæmdarvaldshöfum. Slíkt ákvörðunarvald sé hins vegar ekki í höndum dómstóla.⁹¹ Dómstólar gegna þó einnig því hlutverki í íslenskri stjórnskipun að sporna gegn því að aðrir ríkisvaldshafar misbeiti valdi sínu og tryggja að réttindi einstaklinga verði virt. Til að dómstólar geti gegnt því hlutverki þurfa þeir að hafa úrskurðarvald gagnvart ríkisvaldshöfum til að tryggja raunhæfa vernd mannréttinda þrátt fyrir ákvæði 2. gr. stjórnarskrár um þrígreiningu ríkisvaldsins.⁹²

Í eftirfarandi umfjöllun verður með almennum hætti gerð grein fyrir úrskurðarvaldi dómstóla gagnvart handhöfum ríkisvaldsins í sögulegu samhengi, inntaki þess og tengslum við mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar. Í næstu köflum á eftir verður svo einblínt á þá erfiðleika sem dómstólar standa frammi fyrir þegar kemur að jákvæðum mannréttindum af efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum toga.

4.1. Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga

Sú grundvallarregla gildir í íslenskum rétti að lög skuli vera í samræmi við stjórnarskrána og brjóta á engan hátt í bága við hana. Það er hlutverk löggjafarvaldsins að tryggja að reglan sé virt en við löggjafarstarf getur orðið misbrestur með þeim afleiðingum að sett lög stangist á við stjórnarskrána að setningarhætti eða að efni til.⁹³ Mikilvæg stjórnskipunarvenja hefur því þróast í íslenskum rétti sem veitir dómstólum heimild til að skera úr um stjórnskipulegt gildi laga við úrlausn tiltekins sakarefnis. Stjórnarskráin mælir ekki fyrir um slíka heimild en þessi venja er nú talin eitt megineinkenni íslenskrar stjórnskipunar.⁹⁴

Heimild dómstóla til að skera úr um stjórnskipulegt gildi laga kom fyrst fram í bandarískum rétti og á uppruna sinn til dómaframkvæmdar þar í landi. Framkvæmdin barst þaðan til Noregs og Danmerkur sem síðan náði hingað til lands og varð hluti af íslenskum rétti.⁹⁵ Þegar grundvallarlög Danmerkur voru sett árið 1849 var sérstaklega ákveðið að stjórnarskrárbinda ekki slíka heimild. Í kjölfarið varð uppi vafi hvort dómstólar hefðu slíka heimild þar til danskir dómstólar staðfestu slíka valdbærni sína í framkvæmd árið 1886 þegar Hæstiréttur Danmerkur dæmdi um það hvort

⁹¹ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 73.

⁹² Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 265.

⁹³ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 433-434.

⁹⁴ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 63.

⁹⁵ Jón E. Ragnarsson, „Úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga eða íslenzkur reynsluréttur“ (1962) 15 Úlfjótur tímarit laganema 101, 105.

tiltekin bráðabirgðalög væru í samræmi við dönsku grundvallarlögin.⁹⁶ Talið er að íslenskir dómstólar hafi tekið sér slíkt vald í fyrsta skipti með þetta fordæmi frá Danmörku í huga. Voru rökkin fyrir þeirri heimild íslenskra dómstóla meðal annars sú að Hæstiréttur Danmerkur hefði komist að sömu niðurstöðu í málum vegna íslenskra laga þegar Ísland var enn undir stjórn Danmerkur.⁹⁷ Það voru því dómstólarnir sjálfir sem höfðu frumkvæði að því að móta regluna sem festi sig síðar í sessi sem grundvallarregla stjórnskipunarinnar, enda er niðurstöðum dómstóla sýnd virðing og þeim er almennt fylgt, þar á meðal af löggjafanum. Með úrskurðarvaldi dómstóla er dómaframkvæmd einnig orðin mikilvæg uppspretta þeirra sjónarmiða og atriða sem litið er til við túlkun á ákvæðum stjórnarskrárinnar.⁹⁸

4.1.1. Inntak úrskurðarvaldsins

Í úrskurðarvaldi dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga felst að dómendur virða lög að vettugi við efnislega meðferð máls þegar löggin eru ekki í samræmi við þær grundvallarreglur sem stjórnarskráin mælir fyrir um.⁹⁹ Þetta er talin eðlileg afleiðing þess að stjórnarskráin er rétt hæsta réttarheimildin í íslenskum rétti og dómstólum ber að virða boð hennar sem æðri laga sem stafa frá stjórnarskrárgjafanum.¹⁰⁰ Dómstólar eru taldir þurfa slíka heimild þegar á reynir í máli til að sporna við því að löggjafarvaldið setji lög andstæð stjórnarskránni sem þar með breyta efnislegu inntaki hennar. Þá er heimild dómstóla einnig talin sækja stoð sína til þess að í starfi dómstóla felst að skera úr um það hvaða regla gildi um tiltekin atvik ef fleiri en ein regla kemur til greina.¹⁰¹

Við mat á því hvort lög séu í samræmi við ákvæði stjórnarskrár hafa dómstólar í fyrsta lagi litið til þess hvort löggin hafi verið sett með réttum hætti og hvort þau voru sett af valdbærum aðila. Er í því sambandi litið til þeirra formlegu skilyrða sem löggjafinn þarf að fylgja við lagasetningu en þau skilyrði má finna í ákvæðum stjórnarskrárinnar og þá einna helst í 38., 44., 53. og 55. gr. hennar.¹⁰² Frumvarp til laga þarf til að mynda að hafa verið flutt af alþingismönnum eða ráðherrum samkvæmt 38. gr. stjórnarskrár og vera rætt við þrjár umræður áður en það er samþykkt samkvæmt

⁹⁶ Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (Forlaget Thomson 2000) 322-323.

⁹⁷ Jón E. Ragnarsson, „Úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga eða íslenskur reynsluréttur“ (1962) 15 Úlfjótur tímarit laganema 101, 104.

⁹⁸ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (Jan E. Helgesen 5. útg., Universitetsforlaget 2001) 215.

⁹⁹ Einar Arnórsson, *Almenn meðferð einkamála í héraði* (Fjölrítunarstofa Daníels Halldórssonar 1941) 9.

¹⁰⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 59-60.

¹⁰¹ Ragnhildur Helgadóttir, „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“ í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000) 495.

¹⁰² Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 58-59.

44. gr. Þá þarf meira en helmingur þingmanna að vera á fundi og taka þátt í atkvæðagreiðslu til samþykktar á lagafrumvarpi samkvæmt 53. gr. stjórnarskrár. Dómstólar skera í öðru lagi úr um það hvort lög séu að efni til í samræmi við stjórnarskrána. Í umfjöllun hér á eftir verður einblínt á úrskurðarvaldið og takmörk þess þegar ágreiningur er um það hvort efnislegt inntak laga sé í samræmi við mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar.

4.1.2. Takmörk úrskurðarvaldsins

Ágreiningur hefur verið um það hversu langt úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga geti náð og hvort skilyrði séu fyrir beitingu valdsins. Geta ýmis sjónarmið komið til skoðunar í þeim efnum. Hefur því til að mynda verið haldið fram að lög verði að fara bersýnilega gegn stjórnarskrárákvæði að efni til svo dómstólar geti litið framhjá því á meðan aðrir telja nægilegt að ákvæði fari gegn stjórnarskránni óháð því hversu mikið frávikíð er.¹⁰³ Þá hefur því verið haldið fram að líta verði til þess um hvaða stjórnarskrárákvæði ræðir hvert sinn við mat á því hversu bersýnilegt ósamræmið þurfi að vera og sú krafa sé breytileg eftir því um hvaða ákvæði ræðir.¹⁰⁴ Dómstólar hér á landi eru lengst af taldir hafa litið svo á að lög yrðu að vera bersýnilega í andstöðu við ákvæði stjórnarskrár til að þeir gætu beitt slíku úrskurðarvaldi en það viðhorf hefur verið talið breytt að nokkru leyti sem má meðal annars rekja til breytinga á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995.¹⁰⁵ Sjónir hafa einnig beinst að því hvort úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga nái aðeins til tiltekinnna mannréttindaákvæða stjórnarskrárinnar, það er borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda en ekki ákveðinna efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda eða jákvæðra mannréttinda.¹⁰⁶ Þau sjónarmið má rekja til þess að mannréttindaákvæði eru mörg hver almennt orðuð og einna helst jákvæð mannréttindaákvæði sem hafa jafnvel verið talin án efnislegs inntaks. Hér og í eftirfarandi umfjöllun verður hins vegar litið svo á að úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga geti átt við óháð því hversu bersýnilegt ósamræmi er milli laga og stjórnarskrárinnar og einnig óháð því hvaða stjórnarskrárákvæði um ræðir hvert sinn.¹⁰⁷

¹⁰³ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 60-61.

¹⁰⁴ Ragnhildur Helgadóttir, „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga” í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000) 501-502.

¹⁰⁵ Ragnhildur Helgadóttir, „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga” í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000) 501-502.

¹⁰⁶ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 60-61.

¹⁰⁷ Ólafur Jóhannesson benti til að mynda á það í riti sínu „Stjórnskipun Íslands” að ekki sé ástæða til að greina á milli bersýnilegs ósamræmis og ósamræmis almennt því þegar lög eru í ósamræmi við stjórnarskrána beri lögunum að víkja sem réttlægri réttarheimildum. Sjá Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 416-417.

Við túlkun á stjórnarskránni og almennum lögum leita dómstólar til ákveðinna lögskýringarsjónarmiða og velja svo lögskýringarleið eftir því sem tilefni er til hverju sinni.¹⁰⁸ Framangreind atriði sýna að takmörk á úrskurðarvaldi dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga ráðast að miklu leyti af þeim túlkunaraðferðum sem dómstólar beita til að komast að niðurstöðu í máli um það hvort lagaákvæði sé í ósamræmi við stjórnarskrána. Slíkar túlkunaraðferðir geta til dæmis varðað það hvort hugtök og ákvæði í stjórnarskránni eru skýrð samkvæmt skýrum texta ákvæðisins og upphaflegri merkingu þess eða hvort inntak ákvæðis sé talið breytast í takt við samfélagslega þróun.¹⁰⁹ Sú krafa er hins vegar ávallt gerð til dómstóla að þeir haldi sig innan hefðbundinna lögfræðilegra aðferða við skýringu lagaákvæða. Ef gengið er of langt í mati, túlkun og langsóttum lögskýringum, þegar aðrar skýringar eru nærtækari og í meira samræmi við ákvæðið sjálft, hefur verið litið svo á að dómstólar séu komnir yfir takmörk úrskurðarvalds síns.¹¹⁰ Við þær aðstæður skapast hættu á því að ákvæðið verði látið þýða annað í framkvæmd en texti þess gefur til kynna. Í slíkum tilvikum hafa dómstólar sætt gagnrýni og því verið haldið fram að þeir hafi tekið að sér lagasetningarvald andstætt þriggreiningu ríkisvalds.¹¹¹

4.1.3. Áhrif mannréttinda

Fyrir breytingu á stjórnarskránni árið 1995 reyndi á það fyrir dómstólum hvort almenn lög færu gegn ákvæðum stjórnarskrárinnar er vörðuðu eignarréttindi og skattheimtu. Þá reyndi einnig á prentfrelsisákvæði stjórnarskrár og féllst Hæstiréttur í nokkrum tilvikum á að almenn lög frá lögjafanum færu í bága við þau ákvæði í dómaframkvæmd. Það reyndi hins vegar ekki á efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi fyrir dómstólum áður en breytingin var gerð.¹¹²

Með auknum mannréttindum borgara eftir breytingu á mannréttindakafla stjórnarskrár með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, svo og vegna áhrifa frá alþjóðlegum mannréttindasáttmálum, hefur reynt á ýmis álitaefni er varða jákvæð mannréttindaákvæði sem ekki höfðu áður komið til kasta dómstóla. Aukin réttindi borgara hafa þannig veitt dómstólum tækifæri til að skilgreina og víkka valdmörk sín í framkvæmd. Þá þróun má einnig rekja til þess að réttur til aðgangs að dómstólum fékk sérstaka vernd með 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og auknar kröfur hafa verið gerðar til að takmörk á úrskurðarvaldi dómstóla verði ekki skilgreind of þröngt þannig aðgangur að

¹⁰⁸ Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókaútgáfan Codex 2007) 209.

¹⁰⁹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 62.

¹¹⁰ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 260-261.

¹¹¹ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære* (Jan E. Helgesen 5. útg., Universitetsforlaget 2001) 127.

¹¹² Ragnar Aðalsteinsson, „Dómstólar í breytilegum heimi“ (1992) 42 Tímarit lögfræðinga 161, 162-163.

dómstólum verði of takmarkaður.¹¹³ Dómstólar hafa einnig fengið víðtækari valdheimildir eftir því sem lög samfélagsins hafa orðið ófullkomnari vegna aukinna þarfa fyrir lagasetningu frá löggjafanum sem jafnvel nær ekki að móta inntak lagaákvæða með nákvæmum hætti. Við þær aðstæður verður svigrúm dómstóla til túlkunar meira en ella.¹¹⁴

4.2. Úrskurðarvald dómstóla um embættistakmörk yfirvalda

Í íslenskum rétti er hinum almennu dómstólum fengið að dæma um embættistakmörk yfirvalda samkvæmt 60. gr. stjórnarskrár. Ákvæðið hefur verið í stjórnarskrá Íslendinga frá því árið 1874 og var íslensk útgáfa af 77. gr. dönsku grundvallarlaganna frá 1849. Þegar ákvæðið var upphaflega sett í dönsku grundvallarlögin var tilgangurinn sá að taka af allan vafa um að dómstólar ættu í raun úrskurðarvald í málum er varða embættistakmörk yfirvalda þar sem meginreglan hafði verið sú að ekki var unnt að bera mál vegna athafna yfirvalda undir almenna dómstóla nema með leyfi konungs eða kansallí í umboði konungsins. Ákvæðið var því sett í dönsku grundvallarlögin til að breyta þessari sérstöku framkvæmd en markmiðið var ekki að festa niður grundvallarreglu um samspil dómstóla og framkvæmdarvalds, sem væri afar erfitt með einu ákvæði.¹¹⁵

4.2.1. Inntak úrskurðarvaldsins

Ákvæði 60. gr. stjórnarskrár var í upphafi túlkað þannig að dómstólar gætu, í ólögfestum tilvikum, fjallað um það hvort stjórnvald hefði verið bært til að taka tiltekna ákvörðun.¹¹⁶ Í dómaframkvæmd þróaðist beiting ákvæðisins í að úrskurðarvald dómstóla taki til sérhvers ágreinings um það hvort yfirvöld hafi farið löglega að við framkvæmd starfs síns eða hafi skýrt lögin á réttan hátt. Úrskurðarvald dómstóla hefur þannig verið takmarkað við formkröfur og lagaleg álitæfni.¹¹⁷

Á seinustu áratugum hefur sú regla mótast að úrskurðarvald dómstóla er talið ná yfir ágreining um allar ákvarðanir og athafnir yfirvalda, sama hvað þær nefnast, nema þessar tilteknu athafnir eða ákvarðanir séu teknar undan lögsögu dómstóla með skýru lagaákvæði eða samkvæmt eðli málsins, sbr. 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga.¹¹⁸ Dómstólar geta þannig ekki aðeins úrskurðað um staðarleg eða málefnisleg takmörk stjórnvalda heldur metið hvort ákvörðunin var í lögmætu

¹¹³ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 258-259.

¹¹⁴ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 261.

¹¹⁵ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 426-427.

¹¹⁶ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 26.

¹¹⁷ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 395.

¹¹⁸ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 426.

formi, hvort hún sé í samræmi við lög efnislega og hvort lögmætra aðferða hafi verið gætt við töku ákvörðunarinnar. Dómstólar geta þó aðeins ógilt ákvarðanir stjórnvalda en ekki tekið aðrar ákvarðanir í staðinn.¹¹⁹ Við mat á því hvort ákvarðanir stjórnvalda séu í samræmi við stjórnarskrána og einkum mannréttindaákvæði hennar líta dómstólar meðal annars til þess hvort stjórnvaldsákvörðun hafi næga lagastoð og hvort stjórnvald hafi farið gegn mannréttindum einstaklinga með því að ganga of langt við beitingu laga sem heimila takmörkun á tilteknum réttindum. Þá getur einnig reynt á það hvort stjórnvöld hafi uppfyllt lagaskyldu til að tryggja og veita einstaklingum ákveðin réttindi.¹²⁰

4.2.2. Takmörk úrskurðarvaldsins

Löggjafarvaldið hefur það stjórnskipulega hlutverk að setja lagareglur í samræmi við grundvallarreglur stjórnarskrárinnar en löggjafinn felur framkvæmdarvaldinu í mörgum tilvikum að útfæra lögina nánar í framkvæmd með reglusetningum eða ákvarðanatöku í einstökum málum. Slík löggjöf og útfærsla hennar af hálfu framkvæmdarvaldsins gefur dómstólum gjarnan svigrúm til túlkunar við mat á því hvort framkvæmdarvaldið hafi starfað í samræmi við lög og haldið sig innan lögbundinna takmarka.¹²¹

Úrskurðarvaldi dómstóla gagnvart athöfnum framkvæmdarvaldsins eru hins vegar sett nokkur takmörk þegar athafnir eða ákvarðanir eru í samræmi við lög og málefnaleg sjónarmið liggja að baki. Dómstólar eru almennt taldir verða að una ákvörðun framkvæmdarvaldshafa sem byggir á sérfræðilegu mati og þekkingu þess stjórnvalds sem ákvörðunina tók.¹²² Þá hafa dómstólar í gegnum tíðina ekki verið taldir bærir til að endurskoða ákvarðanir stjórnvalda sem byggja á frjálsum mati þeirra að efni til, en ákvarðanir stjórnvalda eru oft flokkaðar í lögbundnar ákvarðanir, sem byggja á fastmótuðum lagaákvæðum, eða matskenndar, þegar lög eru matskennd og mæla ekki fyrir um öll skilyrði sem uppfylla þarf til að ákvörðun verði tekin eða fela stjórnvöldum ákveðið mat á efni ákvörðunar. Sem dæmi um matskennt lagaákvæði má nefna ákvæði sem veitir stjórnvöldum ákvörðunarvald um að veita undanþágu ef sérstaklega stendur á í ákveðnu tilviki eða

¹¹⁹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 227-228.

¹²⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 53-56.

¹²¹ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 27.

¹²² Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur“ í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009) 72.

ef lagaákvæði segir að stjórnvöldum sé tiltekið atriði heimilt en ekki skylt.¹²³ Dómstólar eru þó valdbærir til að dæma hvort raunverulega sé um frjálst mat stjórnvalda að ræða og er slík úrlausn bindandi fyrir framkvæmdarvaldið.¹²⁴

4.2.3. Áhrif mannréttinda

Dómsmálum gegn framkvæmdarvaldinu vegna mannréttinda hefur farið fjölgandi eftir breytingu á mannréttindakafla stjórnarskrár með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995. Hefur til að mynda verið byggt á því í auknum mæli að ákvörðun stjórnvalda gangi of langt í takmörkun á mannréttindum með túlkun lagaákvæðis og fari gegn stjórnarskránni eða þeirri lagaheimild sem ákvörðunin byggir á. Í slíkum málum reynir oft á það hvort stjórnvöld hafi gætt ákvæða stjórnsýslulaga nr. 37/1993 við ákvörðun sína, þar á meðal ákvæðis 12. gr. laganna um meðalhóf og valið vægasta úrræðið sem unnt var til að ná markmiði lagaákvæðis. Einnig hefur reynt á það hvort stjórnvöld hafi uppfyllt skyldu sína til athafna til að tryggja mannréttindi þegar mælt er fyrir um slíka athafnaskyldu í lögum eða mælt fyrir um aðgerðir sem eiga að tryggja sérstök réttindi.¹²⁵

Þróun löggjafar seinustu áratugi hefur verið sú að fela stjórnvöldum mat í flestum þeim ákvörðunum sem þeim ber að taka á grundvelli laga. Virðist áhersla lögð á að lögin samræmist margbreytileika samfélagsins og stjórnvöldum er því fengið svigrúm til að meta aðstæður hverju sinni. Þá virðist vera þörf fyrir lög frá löggjafanum í auknum mæli en löggjafarvaldinu virðist ekki í öllum tilvikum gefast nægur tími til að móta skýr og fastmiðuð viðmið sem framkvæmdarvaldinu beri að fylgja eftir.¹²⁶ Sumir telja að dómstólar hafi teygst sig lengra seinustu áratugi við að endurskoða efnisleg atriði stjórnvaldsákvæðana hvað varðar réttindi einstaklinga þó dómaframkvæmd hafi verið fremur brotakennd og nokkuð óljós.¹²⁷ Sú þróun er talin tengjast framangreindum breytingum á stjórnarskránni árið 1995 þar sem ákvæði 70. gr. stjórnarskrár var sett ásamt breytingum á öðrum mannréttindaákvæðum sem gera auknar kröfur um athafnir löggjafarvaldsins og framkvæmdarvaldsins til að tryggja og veita tiltekin réttindi. Seinustu áratugi hafa dómur fallið sem virðast sýna að dómstólar telji sér heimilt að færa valdmörk sín inn á hefðbundið svið framkvæmdarvaldsins að ákveðnu marki. Hafa dómstólar ekki látið nægja að

¹²³ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 30; Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 398-399.

¹²⁴ Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 35.

¹²⁵ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 55-57.

¹²⁶ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 31.

¹²⁷ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 52.

ógilda stjórnvaldsákvarðanir heldur hefur niðurstaða sumra mála jafnvel bent til þess að dómstólar telji sig geta tekið afstöðu til athafnaskyldu framkvæmdarvaldshafa í tilteknum málum á grundvelli matskenndra lagaheimilda.¹²⁸ Það má því rökstyðja þá ályktun að ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og aðrar breytingar á mannréttindakaflanum hafi haft áhrif á stjórnskipulega stöðu dómstóla samkvæmt 60. gr. stjórnarskrár.¹²⁹

5. Álitaefni tengd valdmörkum dómstóla við umfjöllun um jákvæð mannréttindákvæði

Í eftirfarandi umfjöllun verður gerð grein fyrir þeim álitaefnum sem helst vakna við mat á því hvort dómstólar geti komist að efnislegri niðurstöðu í máli þegar dómkrafan byggir á jákvæðum mannréttindaákvæðum stjórnarskrár sem krefjast athafnaskyldu ríkisvaldshafa. Farið verður yfir álitaefni og sjónarmið þess efnis með almennum hætti og færð rök með og á móti hverju sjónarmiði án þess að taka sérstaka afstöðu til þeirra. Í næstu köflum á eftir verður svo farið yfir samspil þessa atriða í dómaframkvæmd og litið til þess hvort slík sjónarmið séu réttlætunleg með hliðsjón af afleiðingum þeirra.

5.1. Inntak jákvæðra mannréttindaákvæða

Mannréttindaákvæði hafa líkt og áður segir verið flokkuð eftir kenningum um efnislegt inntak þeirra og hefur verið álitamál hvort dómstólar séu valdbærir til að taka afstöðu til æskilegs innihalds jákvæðra efnislegra, félagslegra og menningarlegra mannréttindaákvæða umfram útfærslu löggjafans í þeim efnunum.

5.1.1. Rök gegn efnislegri umfjöllun dómstóla um jákvæð mannréttindi

Vandasamt getur verið að skýra jákvæð mannréttindaákvæði sem veita löggjafanum svigrúm til útfærslu. Ágreiningur hefur jafnframt staðið um það hvort slíkum ákvæðum sé ætlað að mæla fyrir um efnislegt inntak réttindanna eða hvort þau séu aðeins pólitísk markmiðasetning í formi stjórnarskrárákvæða sem ekki er unnt að byggja sjálfstæðan rétt á.¹³⁰ Til að mynda má líta svo á að réttur til framfærsluástoðar samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár sé svo almennur og óljóst

¹²⁸ Einar Karl Hallvarðsson, „Hvernig er þetta með ríkið?“ (2005) 58 Úlfjótur tímarit laganema 495, 508.

¹²⁹ Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23, 32-33.

¹³⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 95.

hvað hann feli efnislega í sér að ekki sé unnt að gera ákveðna kröfu á grundvelli ákvæðisins fyrir dómstólum. Ákvæðið sjálft mælir ekki fyrir um það hver þessi réttur til aðstoðar eigi nákvæmlega að vera í lagalegri útfærslu eða hvort fjárhagsleg aðstoð verði að nema tiltekinni fjárhæð. Það er því erfitt að segja nákvæmlega til um það hvenær löggjafinn telst hafa uppfyllt skyldu sína og af því má leiða að dómstólar geti ekki komist að þeirri niðurstöðu að rétturinn hafi verið brotinn þegar lög eru til staðar sem tryggja slíkan rétt með ákveðnum skilyrðum. Því til stuðnings má benda á að í athugasemdum við ákvæðið með stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 mælir stjórnarskrárgjafinn aðeins fyrir um að ákvæðið feli í sér rétt á að löggjöf sé sett um málefnið sem tryggi slíka aðstoð en ekki er mælt fyrir um efnislegt inntak löggjafarinnar.¹³¹

Dómstólum ber að dæma eftir lögnum samkvæmt 61. gr. stjórnarskrár og er því litið svo á að dómstólar verði að fara eftir vilja hinna pólitísku valdhafa eins og hann kemur fram í lögum og reglum.¹³² Af því leiðir að dómstólar eru ekki taldir geta komist að niðurstöðu í máli um efnislegt inntak jákvæðra mannréttindaákvæða nema að því leyti sem löggjafinn hefur mælt fyrir um réttindin í lögum. Bent er á að dómstólar þurfi nokkuð skýrar reglur til að geta komist að niðurstöðu um það hvort ríkisvaldshafar eigi að fara eftir ákveðinni skyldu á tiltekinn hátt. Þegar ákvæði leiða ekki af sér skýra reglu sem dómstólar geta beitt hefur því verið haldið fram að dómstólar séu í raun að setja lög með efnislegri niðurstöðu sinni og þar með taka sér vald sem þeir hafa ekki samkvæmt stjórnarskránni.¹³³ Dómstólar vinni með því gegn stjórnskipuninni en ekki í þágu hennar. Orðalag og skilgreining jákvæðra mannréttindaákvæða eru þannig talin útiloka að dómstólar geti komist að niðurstöðu um það hvort takmarkanir á réttindum gangi of langt þar sem þau verði aðeins virk með sérstakri útfærslu ríkisvaldshafa.¹³⁴ Annað er talið eiga við um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi eða neikvæð réttindi sem eru aðeins sögð krefjast athafnaleysis af hálfu ríkisins líkt og að framan greinir.

¹³¹ Alpt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, um 1. mgr. 14. gr.

¹³² Friðgeir Björnsson og Steingrímur Gautur Kristjánsson, „Dómstólar og stjórnsmál“ (1991) 41 Tímarit lögfræðinga 81, 82.

¹³³ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 15.

¹³⁴ Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum“ (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75, 78.

5.1.2. Rök með efnislegri umfjöllun dómstóla um jákvæð mannréttindi

Mannréttindaákvæði eru lagareglur sérstaks eðlis þar sem þau fela bæði í sér réttarreglur og pólitísk markmið sem eru sett fram með ákveðinni stefnumörkun án þess að útfæra hana nákvæmlega. Í samræmi við það hefur verið bent á að sérstök sjónarmið þurfi að gilda um túlkun slíkra ákvæða í dómaframkvæmd.¹³⁵ Hefur verið talið að dómstólum ætti að vera unnt að komast að niðurstöðu í málum sem varða athafnaskyldu ríkisins vegna jákvæðra mannréttindaákvæða með lögskýringum til þess að ná því lögákveðna markmiði sem mannréttindaákvæði stefna að, sem er að virða og vernda mannréttindi. Með því fari dómstólar ekki út fyrir hlutverk sitt með því að setja lög heldur séu þeir að dæma í málinu á grundvelli laga með lögskýringum. Er talið að ætla verði dómstólum það hlutverk að meta inntak mannréttindaákvæða með hliðsjón af hverju máli fyrir sig og líta til þess hvort þau álitafni sem uppi eru séu réttlætunleg og í samræmi við meginreglur og grunnildi stjórnarskrárinnar.¹³⁶ Dómarar meta þannig áhrif aðferðanna sem valdar voru til að uppfylla kröfur stjórnarskrárinnar með lagalega tækum mælikvörðum eins og sanngirni, réttlæti, vernd minnihlutahópa, hvort lágmarksþarfir hafi verið uppfylltar og hvort ríki hafi tekið skref til baka í þróun mannréttinda.¹³⁷ Er litið svo á að dómstólum sé ætlað að gegna sérstöku hlutverki við að skýra hugtök eins og frelsi, jafnræði og viðunandi lífsskilyrði einstaklinga þar sem hugtökin sjálf svara því ekki hverjar skyldur ríkisins eru. Störf dómstóla eru þannig talin felast í að túlka stjórnarskrána í samræmi við slík hugtök í lýðræðislegu þjóðfélagi nútímans.¹³⁸

Þrátt fyrir að flokkun mannréttinda geti komið að notum hefur ekki verið talið unnt að byggja á slíkri kenningu í raunveruleikanum vegna þess hversu síbreytilegt samfélagið er auk þess að sum stjórnarskrárvarin mannréttindi eru á mörkum þessa flokka, til dæmis atvinnufrelsi, félagafrelsi og réttur til menntunar. Mannréttindi sem teljast til borgaralegra og stjórn mála legra réttinda geti einnig lagt margvíslegar athafnaskyldur á ríkið og verið almennt orðuð.¹³⁹ Þegar mannréttindi eru flokkuð þannig að leiði til þess að ekki sé hægt að bera ágreining um efni þeirra undir dómstóla hefur það einnig verið sagt geta komið í veg fyrir að viðkvæmstu hópar

¹³⁵ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 94.

¹³⁶ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 15.

¹³⁷ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 21-22.

¹³⁸ Ellie Palmer, *Judicial review: Socio-Economic right and the Human Rights Act* (Hart publishing 2007) 29-30.

¹³⁹ Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum” (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75, 79.

samfélagsins geti leitað til dómstóla til verndar réttindum sínum.¹⁴⁰ Hefur því jafnvel verið haldið fram að þegar greinarmunur er gerður á borgaralegum og stjórnmalalegum réttindum svo og efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum, sé í raun verið að mismuna minnihlutahópum og fátækum í samfélaginu. Er bent á að þeir einstaklingar sem séu í stöðu til að kvarta yfir afskiptum ríkisins af mannréttindum tiltekinna hópa þurfi að njóta þeirra réttinda sem ríkið veitir hópum í erfiðri stöðu og hafa greiðan aðgang að þeim án aðstoðar. Án aðgengi að almennilegum mat, fötum, tekjum, menntun, húsnæði og heilbrigðisþjónustu, sé í raun ómögulegt að nýta sér almennilega þau borgaralegu og stjórnmalalegu réttindi sem stjórnarskráin mælir fyrir um.¹⁴¹ Einnig hefur verið bent á að jákvæð mannréttindaákvæði séu ekki pólitískari en önnur lagaákvæði og því ættu dómstólar að geta komist að efnislegri niðurstöðu varðandi slík réttindi eins og önnur. Öll lagaákvæði séu niðurstaða pólitísks valds sem endurspeglar pólitísk gildi og pólitíkin lítur á lögin sem aðferð til að framkvæma hana í formi lagareglna. Þegar dómstólar beita lögum og túlka þau í öðrum málum eru þeir þannig oft að beita ákvörðunum sem eru aðeins pólitískar og því eru slík sjónarmið ekki talin eiga við þegar um jákvæð mannréttindaákvæði er að ræða, að minnsta kosti ekki fremur en um önnur lagaákvæði.¹⁴²

5.2. Lýðræðislegt umboð löggjafarvaldsins

Ísland er lýðveldi með þingbundinni stjórn samkvæmt 1. gr. stjórnarskrár. Í því felst að ríkisvaldshafar sækja völd sín til þjóðarinnar og getur enginn talist réttmætur valdhafi nema hann hafi verið réttilega kosinn af þegnum ríkisins.¹⁴³ Aðalhandhafar löggjafarvalds eru kjörnir af þegnum og handhafar framkvæmdarvalds sækja valdheimildir sínar til lýðræðislegrar kosningar þingmanna samkvæmt þingræðisreglunni. Dómstólar eru hins vegar ekki lýðræðislega kosnir hér á landi.¹⁴⁴ Stjórnarskrárbundin vernd mannréttinda getur því í mörgum tilvikum ráðist af túlkun dómstóla á lýðræðishugtakinu, efnislegu inntaki þess og þeim takmörkum sem lýðræðið getur lagt á valdmörk dómstóla.¹⁴⁵

¹⁴⁰ UNECOSOC General Comment No. 9 (1998): The domestic application of the Covenant (3. desember 1998) ECOSOC/GC/1998/9 4.

¹⁴¹ Henry J. Steiner og Philip Alston, *International human rights in context: law, politics, morals* (Oxford university press 1996) 303.

¹⁴² Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 74.

¹⁴³ Charles de Montesquieu, *The spirit of laws* (Thomas Nugent þýð., Digireads.com publishing 2010) 32.

¹⁴⁴ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 24.

¹⁴⁵ Ragnar Aðalsteinsson, „.....einungis eftir lögunum” (2000) 50 Úlfjótur tímarit laganema 569, 578.

5.2.1. Lýðræðisleg takmörk á valdmörkum dómstóla

Talið er að með víðtæku úrskurðarvaldi dómstóla geti dómssvaldið komist að niðurstöðu sem er í andstöðu við vilja löggjafans sem á samkvæmt lýðræðiskenningunni að vera vilji meirihluta samfélagsins. Þannig er oft sagt að slík framkvæmd sé í andstöðu við lýðræðið þar sem löggjafinn er lýðræðislega kosinn og á að birta vilja þjóðarinnar.¹⁴⁶ Löggjafarvaldið á að njóta lykilstöðu í þessum efnum umfram aðra handhafa ríkisvaldsins þar sem borgarar ná milliliðalaust til hans með reglulegum kosningum og löggjafinn standi almenningi skil gjörða sinna á fjögurra ára fresti þegar kjörtímabil þingmanna rennur út.¹⁴⁷ Ef þingmenn hafa staðið sig illa í starfi sínu getur þjóðin þá kosið nýja stjórnámálamenn til að sitja á þingi en dómarar eru hins vegar æviráðnir. Þá er einnig talin hætta á að jafnvægi milli handhafa löggjafarvaldsins og dómssvaldsins raskist ef dómstólar hafa ótakmarkað vald til að ákveða hvert sé innihald jákvæðra mannréttindaákvæða hvert sinn sem leggur skyldur til útfærslu á löggjafarvaldið. Dómstólar gangi á þann hátt inn á verksvið löggjafarvaldsins.¹⁴⁸ Talið er eðlilegast að dómstólar í lýðræðisþjóðfélagi gefi löggjafanum þess í stað svigrúm til mats á því hvort lög séu í samræmi við jákvæð mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar þegar löggin eru sett.¹⁴⁹

5.2.2. Lýðræðisleg rök með úrskurðarvaldi dómstóla

Á hinn bóginn hefur því verið haldið fram að endurskoðunarvald dómstóla styrki lýðræðið en vinni ekki á móti því. Þegar tiltekinn meirihluti nær völdum í samfélaginu geti mannréttindi ákveðinna hópa verið skert í valdi þessa meirihluta þannig minnihlutinn geti ekki komið skoðunum sínum á framfæri. Með endurskoðunarvaldi dómstóla geti dómstólar hins vegar starfað sem einskonar lögregla gagnvart löggjafanum.¹⁵⁰ Endurskoðunarvald dómstóla hefur því verið talið byggja á lýðræðislegum grunni og í þágu lýðræðisins að viðhalda því þar sem annars gæti stjórnarskrárbundin vernd mannréttinda orðið að engu. Ef svo yrði væri hugsjónin að baki lýðræðinu, jafnræði og frelsi hvers einstaklings virt að vettugi.¹⁵¹

¹⁴⁶ David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007) 104.

¹⁴⁷ Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla” (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 7, 9.

¹⁴⁸ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 99.

¹⁴⁹ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 240.

¹⁵⁰ David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007) 104.

¹⁵¹ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 60.

Þá hefur verið bent á að lýðræðislegt umboð löggjafarvaldsins og ábyrgð kosinna fulltrúa gagnvart kjósendum eigi ekki að hafa of mikla þýðingu fyrir úrskurðarvaldsheimildir dómstóla. Ástæðan er sögð sú að löggjöf í nútíma lýðræðisríkjum mótist af málamiðlunum milli stjórnsmálaflokka og þrýstihópa. Vilji kjósenda sé að auki ekki ótvíræður enda séu hagsmunir borgara mismunandi.¹⁵² Þá séu löggjafarmálefni ekki rædd í aðdraganda kosninga og borgarar viti þannig ekki hvaða lög verði samþykkt og hver ekki. Hins vegar er stjórnarskráin sett með lýðræðislegum og vönduðum hætti þar sem borgarar þurfa að samþykkja hana og breytingar á henni sérstaklega í þjóðaratkvæðagreiðslu. Úrskurðarvald dómstóla felist þannig í því að meta hvort lög séu í samræmi við stjórnskipunarlög sem eru lýðræðislegri en almenn lög og því sé úrskurðarvaldið einnig lýðræðislegt. Með sömu rökum er ekki talið að löggjafinn eigi sjálfur að meta hvort lög séu í samræmi við stjórnarskrána þar sem löggjafinn setur ekki stjórnarskrána einn heldur hafi almennir borgarar einnig um það að segja.¹⁵³

5.3. Fjárstjórnarvald löggjafarvaldsins

Það er stjórnskipulegt hlutverk löggjafans að ákveða inntak og umfang félagslegrar og fjárhagslegrar aðstoðar til einstaklinga með hliðsjón af tiltækum auðlindum og öðrum skyldum ríkisins.¹⁵⁴ Heimild dómstóla til að dæma um það hvort lög séu í samræmi við jákvæð mannréttindaákvæði stjórnarskrár hefur því sætt margvíslegri gagnrýni, enda getur slík niðurstaða falið í sér að ríkinu verði gert að greiða fjárhæðir til einkaaðila í samræmi við dóminn sem ekki stóð til að yrðu greiddar samkvæmt fjárlögum.

5.3.1 Rök á móti heimildum dómstóla til að útdeila fjárverðmætum

Tengsl fjárstjórnarvalds löggjafans og annarra þátta stjórnskipunarinnar hér á landi birtast helst í því að ríkisstjórnin, æðstu handhafar framkvæmdarvaldsins, bera samkvæmt þingræðisvenjunni ábyrgð á framkvæmd fjárlaga gagnvart löggjafanum og á grundvelli lýðræðisins stendur löggjafinn þegnum ríkisins skil gjörða sinna með reglulegu millibili. Dómstólar bera ekki ábyrgð á fjárhagslegri stöðu ríkissjóðs og er það talið geta haft alvarlegar afleiðingar fyrir stjórnskipulagið að dómstólar blandi sér í fjárstjórn ríkisins án þess að bera ábyrgð á að endar nái saman eða á

¹⁵² Sigurður Línal, „Um lagasetningarvald dómstóla“ (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 101, 125.

¹⁵³ Ragnar Aðalsteinsson, „Stefnumið eða dómhæf réttindi? : efnahags- og félagsréttindi fyrir dómstólum“ í Ragnheiður Bragadóttir (ritstj.), *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur, 19. desember 2007* (Bókaútgáfan Codex 2007) 437-438.

¹⁵⁴ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 24.

afkomu og tekjuöflun ríkissjóðs að öðru leyti. Þá hafi dómstólar ekki nægilega þekkingu á fjárhagslegri stöðu ríkisins til að geta mælt fyrir um það hversu mikið fjármagn skuli lagt í tiltekinn málaflokk eða hvort meira fjármagn beri að veita í tilteknum tilvikum. Störf stjórnámálanna felast í því að forgangsraða fjárveitingum og velja á milli þess hvaða þörfum er brýnast að mæta hverju sinni og hverju beri að hafna. Slíkt mat er talið verða að vera hjá þeim sem fari með fjárstjórn ríkisins en ekki dómsvaldinu.¹⁵⁵ Dómstólar eru einnig taldir geta komið sínum eigin pólitísku sjónarmiðum á framfæri með því að dæma um efnahagsleg og félagsleg réttindi og þannig neytt ríkisstjórnina til að setja meira fjármagn í tiltekið málefni sem ekki stóð til að gera. Er það talið geta leitt til stöðnunar innan löggjafarvaldsins og togstreitu á milli sjálfstæðra þátta ríkisvaldsins.¹⁵⁶

5.3.2. Rök með heimild dómstóla til að útteila fjárverðmætum

Dómstólar geta í flestum tilvikum komist að niðurstöðu í málum til verndar borgaralegum og stjórnámálalegum réttindum þrátt fyrir að slík niðurstaða leiði til þess að ríkið verði að útteila fjárverðmætum til að fylgja dómnum. Þannig má segja að skyldur varðandi efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi séu ekki mikið öðruvísi en hvað varðar önnur réttindi þegar kemur að sjónarmiðum um fjárveitingu.¹⁵⁷ Einnig hefur verið bent á að gagnrýni á niðurstöður dómstóla sem leiði til fjárútláta ríkisins byggji á misskilningi um eðli endurskoðunarvalds dómstóla. Slík niðurstaða feli það ekki í sér að dómarmar setji upp fjárhagsáætlun ríkisins sjálfir án þess að líta til sérfræðipekkingar löggjafarvaldsins. Upprunaleg ákvörðun um lagasetningu og fjárúthlutun er ávallt tekin af löggjafanum sem er lýðræðislega kosinn og vonandi með bestu þekkinguna á fjárhagsmálefnum ríkisins. Dómarmar hafi aðeins vald til að meta og endurskoða hvort ákvarðanir löggjafans séu í samræmi við þau grundvallaratriði sem stjórnarskráin mælir fyrir um. Þannig er litið svo á að þó löggjafarvaldið hafi sérfræðipekkingu um fjármál ríkisins komi það ekki í veg fyrir að dómstólar geti tekið ákvarðanir um það sem þeir eru sérfróðir í þó það tengist mögulega fjármunum ríkisins, það er hvort fjárúthlutun nái að tryggja stjórnarskrárvarin réttindi borgaranna.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla” (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 7, 10.

¹⁵⁶ Henry J. Steiner og Philip Alston, *International human rights in context: law, politics, morals* (Oxford university press 1996) 302.

¹⁵⁷ David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007) 129.

¹⁵⁸ David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007) 131-132.

5.4. Fjárhagsstaða ríkisins

Grundvallarforsenda þess að jákvæð efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi verði virk hefur verið talin sú að fjárhagur ríkisins sé í æskilegu standi.¹⁵⁹ Inntak slíkra réttinda er þannig sagt verða að stjórnast af efnahagslegum aðstæðum ríkisins hverju sinni og þeim fjármunum sem ríkisvaldið hefur til ráðstöfunar sem oft á tíðum eru verulega takmarkaðir.¹⁶⁰ Þannig geti í mörgum tilvikum verið nánast óframkvæmanlegt að framfylgja slíkum réttindum þar sem þau geri kröfu um tiltekið efnahagsástand.¹⁶¹ Sum ríki eru einfaldlega í þeirri stöðu að það er þeim ómögulegt að veita hverjum og einum borgara félagslega aðstoð sem á henni þarf að halda. Slík sjónarmið eiga þó helst við um þróunarlöndin þar sem efnahagur er í verulega slæmu standi.¹⁶²

Mannréttindi eru hins vegar hvorki ókeypis né ódýr, þar á meðal borgaraleg og stjórnómáleg réttindi, en ríkinu ber samt sem áður að virða þau réttindi óháð efnahagslegri stöðu.¹⁶³ Það væri til að mynda ekki talið ásættanlegt að fresta kosningum vegna bágrar fjárhagsstöðu og hið sama er talið þurfa að eiga við um jákvæð mannréttindi enda sækja öll mannréttindi stoð sína til stjórnarskrárinnar. Endurskoðunarvald dómstóla á jákvæðum athöfnum ríkisins sem tengjast fjárúthlutunum er að auki talið geta leitt til betri ákvarðanatöku ríkisins við framfylgd slíkra mannréttinda til frambúðar.¹⁶⁴

5.5. Sérfræðipækking annarra handhafa ríkisvaldsins

Litið hefur verið svo á að dómstólar séu ekki bærir til að dæma um tiltekin mannréttindi eða matskennd atriði þar sem dómáramar hafi ekki þekkingu til að leysa úr slíkum málum líkt og þeir sem starfa innan vébanda löggjafarvaldsins og einna helst framkvæmdarvaldsins. Dómáramar skilji til dæmis ekki nægilega hvað felist í heilsu eða menntun líkt og þeir sérfræðingar sem eru framkvæmdarvaldinu innan handar eða starfa í stjórnsýslunni. Þannig geti dómstólum ekki verið

¹⁵⁹ Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999) 451.

¹⁶⁰ Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla” (2002) 52 *Tímarit lögfræðinga* 7, 10.

¹⁶¹ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir, V. kafli.

¹⁶² Henry J. Steiner og Philip Alston, *International human rights in context: law, politics, morals* (Oxford university press 1996) 287.

¹⁶³ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 83.

¹⁶⁴ David Bilchitz, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007) 131.

fengið vald til að ákveða um slík málefni þar sem þau séu betur falin þeim sem búa yfir sérfræðipækkingu í hverjum málaflokkum fyrir sig.¹⁶⁵

Á móti hefur verið bent á að dómarrar dæmi ekki í málum sem varða sérfræðipækkingu að eigin frumkvæði og láti ekki eigin skoðanir ráða för heldur fari niðurstaða málsins ávallt eftir gildandi reglum líkt og í öðrum málaflokkum, reglum sem endurspeglast í stjórnarskránni, mannréttindasamningum, lögum og reglugerðum. Ef skyldur til athafna eru skýrar er ekki talið óyfyrstíganlegt verkefni fyrir dómstóla að meta eðli og þýðingu reglnanna.¹⁶⁶ Réttarforsreglur geta einnig komið til skoðunar í dómsmáli þar sem tiltekinn sérfræðipækkingar er þörf með reglum um sönnun og öflun sönnunargagna sem geta veitt dómstólum aðstoð til að komast að efnislegri niðurstöðu. Dómstólar eru því taldir bærir til að komast að niðurstöðu í slíku máli enda ráði dómstólar við flókin og erfið málefni og geri það í öðrum málaflokkum.¹⁶⁷

5.6. Stöðugleiki og réttaröryggi

Þegar dómstólar komast að niðurstöðu um stjórnskipulegt gildi almennra laga eða ólögmetar athafnir eða athafnaleysi framkvæmdarvaldshafa hefur verið bent á að fyrrsjánleiki laganna sé fyrir borð borinn og réttaröryggi borgaranna skert með dómum sem í raun séu afturvirkir.¹⁶⁸ Er því talið mikilvægt að dómstólar virði þá meginskipan stjórnarskrárinnar sem felst í þrískiptingu ríkisvaldsins og dæmi aðeins eftir lögum í stað þess að setja nýjar reglur í samræmi við tiltekin sjónarmið hvert sinn.¹⁶⁹ Einnig er bent á mikilvægi þess að eftirlit dómstóla með framkvæmdarvaldinu hamli ekki eðlilegri og skilvirkri stjórnslu, sem ætlað er að tryggja öryggi og festu borgara. Of víðtækt inngríp dómstóla er talið geta skert virkni stjórnkerfisins þar sem verkferlar hafi jafnvel þróast áratugum saman og skyndileg breyting hefur víðtæk áhrif á hagsmuni margra aðila.¹⁷⁰

Á móti má benda á að það sé eðlilegt, ef það á yfir höfuð að líta á efnahagsleg og félagsleg mannréttindi sem raunveruleg réttindi en ekki bara hugsanleg markmið, að unnt sé að tryggja að

¹⁶⁵ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 90.

¹⁶⁶ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 80.

¹⁶⁷ Daníel Isebarn Ágústsson, „Eru valdmörk milli dómvalds og framkvæmdarvalds á sífelldri hreyfingu?“ (2010) 60 Tímarit lögfræðinga 49, 67.

¹⁶⁸ Sigurður Línadal, „Um lagasetningarvald dómstóla“ (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 101, 103.

¹⁶⁹ Jón Steinar Gunnlaugsson, „Um valdmörk dómstóla“ (2002) 55 Úlfjótur tímarit laganema 217, 225.

¹⁷⁰ Sigríður Ingvarsdóttir, „Dómarastarfið og meðferð dómvaldsins“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 155, 157.

þeim verði fylgt eftir og ef svo er ekki verði þeim sem á að framfylgja réttindunum, löggjafanum eða oft á tíðum framkvæmdarvaldshafa, gert að sæta ábyrgð.¹⁷¹ Þá er sagt að dómstólar séu ekki að dæma í slíkum málum þannig að lög verði afturvirk heldur bendi dómstólar aðeins á það þegar löggjafinn hefur vanrækt athafnaskyldu sína, skilið eftir eyður í löggjöf eða komið á löggjöf sem er í ósamræmi við skyldur ríkisins til að veita og vernda mannréttindi.¹⁷² Má þannig segja að úrlausnir dómstóla í þeim efnum takmarki ekki réttaröryggi heldur geti fremur styrkt réttaröryggi borgara með því að leyst sé úr álitafni sem skiptir jafnan verulegu máli fyrir hagsmuni einstaklings.

5.7. Skýring dómstóla á stjórnarskránni

Af framangreindri umfjöllun má sjá að skýring dómstólanna sjálfra á ákvæðum stjórnarskrárinnar getur verið í lykilhlutverki við mat á úrskurðarvaldi þeirra. Margvísleg rök má finna bæði með og á móti því hversu víðtækt úrskurðarvaldið skuli vera og hvert hlutverk dómstóla sé við að tryggja að borgurum verði veitt þau jákvæðu mannréttindi sem stjórnarskráin kveður á um. Þessi rök byggja í grunninn á mismunandi kenningum um það hvernig beri að skýra ákvæði stjórnarskrárinnar í framkvæmd og hvaða hlutverki dómstólar telja sig gegna í stjórnskipuninni. Kenningarnar geta staðið sjálfstætt í fræðilegri umfjöllun en eru einnig grundvöllur allrar umfjöllunar um valdmörk dómstóla og þau sjónarmið sem til skoðunar koma við mat á útskurðarvaldi dómstóla. Helst er litið til kenninga sem almennt eru kallaðar breytilegar og óbreytilegar skýringar í íslenskum rétti. Verður hér á eftir gerð grein fyrir inntaki þessa ólíku skýringarleiða með almennum hætti og hvaða afleiðingar það getur haft fyrir niðurstöðu máls hvora kenninguna dómari aðhyllist.

5.7.1. Óbreytileg skýring stjórnarskrárákvæða

Í kenningunni um óbreytilega skýringu stjórnarskrárákvæða felst að litið er til texta ákvæðis og eru ákvæði túlkuð í samræmi við þýðingu textans þegar stjórnarskráin var sett við afmörkun á efnislegu inntaki þeirra. Texti ákvæðisins skiptir þannig mestu máli í huga þeirra sem aðhyllast slíkar kenningar og getur stjórnarskráin ekki haft breytilega þýðingu þrátt fyrir að tíminn líði og

¹⁷¹ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 79.

¹⁷² Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 17.

viðhorf samfélagsins breytist.¹⁷³ Stöðugleiki og réttaröryggi er sagt í fyrirrúmi með slíkri skýringu. Er það talið fara gegn tilgangi þess að setja sérstaka stjórnarskrá í þjóðfélagi ef dómstólar geta breytt þýðingu einstakra ákvæða hennar í framkvæmd með túlkunaraðferðum til að þróa tiltekin réttindi.¹⁷⁴ Stjórnarskráin á að vera kjölfesta samfélagsins og lítill ávinningur er sagður vera af því að setja sérstaka stjórnarskrá ef hægt er að teygja þýðingu reglnanna langt út fyrir orðalag þeirra til að mæta skoðunum almennings á hverjum tíma.¹⁷⁵ Þannig verði stjórnarskráin látin þýða það sem hún er talin „eiga“ að þýða en ekki það sem texti hennar segir og réttindum verður komið inn í ákvæði sem texti þess mælir ekki fyrir um.¹⁷⁶ Þá er bent á að ef stjórnarskráin er túlkuð breytilega í samræmi við þjóðfélagshætti fari stjórnarskráin að gegna því hlutverki sem hún eigi ekki að gera, hlutverk hennar er að tryggja festu og vernda minnihluta í samfélaginu en ef stjórnarskráin stjórnast af samfélagslegum viðhorfum meirihlutans missi hún þýðingu sína.¹⁷⁷

Í 79. gr. stjórnarskrár má finna ákvæði sem mælir fyrir um breytingu á stjórnarskránni og hvernig breytingum verði komið fram. Þetta ákvæði á að koma í veg fyrir að stjórnarskráin staðni og verði ekki í samræmi við raunveruleikann í samfélaginu. Hafa þeir sem aðhyllast óbreytilega skýringu bent á að ef stjórnarskráin er með einhverjum hætti á skjön við samfélagsleg viðmið liggi beinast við að breyta henni í samræmi við fyrirmæli hennar, með formlegum og réttum hætti, í stað þess að dómstólar taki sér það hlutverk að breyta stjórnarskránni og inntaki hennar með lögskýringum eða breyttri túlkun.¹⁷⁸

5.7.2. Breytileg skýring stjórnarskrárákvæða

Kenningin um breytilegar skýringar stjórnarskrárákvæða felur í sér að dómstólar eru taldir þurfa svigrúm til að skýra stjórnarskrána í samræmi við breyttar aðstæður og nýja þjóðfélagshætti. Þessi skýringaraðferð hefur verið nefnd framsækin skýring og einnig er rætt um lifandi stjórnarskrá í því sambandi, að stjórnarskráin sé eins og lífvera sem vex og breytist eftir því sem umhverfið gerir

¹⁷³ Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 235.

¹⁷⁴ Antonin Scalia, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay* (Princeton university press 1998) 13.

¹⁷⁵ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 415.

¹⁷⁶ Antonin Scalia, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay* (Princeton university press 1998) 38-39.

¹⁷⁷ Antonin Scalia, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay* (Princeton university press 1998) 48.

¹⁷⁸ Hafsteinn Þór Hauksson, „Stjórnarskrárhyggja og stjórnarskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála” (2004) 57 *Úlfjótur tímarit laganema* 501, 536; Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 235.

kröfur til.¹⁷⁹ Þeir sem aðhyllast slíka skýringaraðferð telja hættu á því að með óbreytilegum skýringum muni stjórnarskráin missa tengsl sín við samfélagið og ekki ná að vernda minnihluta manna fyrir ákvörðunum meirihlutans sem geti brotið gegn grunnhugmyndum sem liggja að baki mannréttindaákvæðum, jafnvel þó slíkar ákvarðanir séu teknar með lýðræðislegum hætti. Litið er svo á að aðeins með breytilegri skýringu nái stjórnarskráin þeim tilgangi sínum að vernda mannréttindi og tryggja velferð borgara í samfélaginu á hverjum tíma.¹⁸⁰ Það er því talið nauðsynlegt að ljá ákvæðum stjórnarskrárinnar skilning eftir aðstæðum hverju sinni, þeirri þróun sem átt hefur sér stað og skoðunum og þörfum samfélagsins.¹⁸¹

5.7.3. Áhrif ólíkra skýringaraðferða á niðurstöðu í máli vegna jákvæðra mannréttinda

Vegna sérstaks eðlis efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra mannréttindaákvæða og inntaks þeirra má segja að dómstólar geti litið á valdmörk sín frá tveimur mismunandi sjónarhornum þegar kemur að mannréttindum sem krefjast jákvæðra athafna. Dómstólar geta litið á hlutverk sitt og pólitískt valdssvið á þröngan hátt þannig að þeir verði að fara varlega í að beita valdi sínu til athafna í svo viðkvæmu umhverfi sem stjórn málin tilheyra. Ættu dómstólar því að halda sig frá pólitískum ákvarðanatökum og ekki ákveða um slíkt í málum sem bera það með sér heldur fylgja ákvörðunum hinna pólitísku valdhafa og fyrirmælum stjórnarskrárgjafans. Dómstólar geta á hinn bóginn litið á það sem hlutverk sitt að vernda mannréttindi og þeim sé því falið að skera úr um lögmæti athafna ríkisvaldhafa fyrir hvern þann sem telur réttindum sínum ógnað. Er þá litið á þrískiptingu ríkisvaldsins og valdmörk dómstóla í samræmi við önnur ákvæði stjórnarskrárinnar, þar á meðal mannréttindaákvæði hennar og jafnvel samfélagslegar aðstæður, við mat á því hvort dómstólar eigi að hafa valdheimild til að dæma í máli.¹⁸²

¹⁷⁹ Jack M. Balkin, *Living originalism* (The Belknap press of Harvard university press 2011) 278; Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008) 235.

¹⁸⁰ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 99.

¹⁸¹ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 415-416.

¹⁸² Nihal Jayawickrama, *The judicial application of human rights law: National, regional and international jurisprudence* (Cambridge university press 2002) 172-173.

6. Valdmörk dómstóla og jákvæð mannréttindi í dómaframkvæmd

Tiltekin réttindi sem teljast til efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda hafa verið vernduð í íslenskri stjórnarskrá frá því árið 1874 að takmörkuðu leyti, en þau ákvæði vörðuðu rétt einstaklinga til styrks sem gátu ekki séð fyrir sér sjálfir og styrk til menntunar barna ef tilteknar aðstæður voru fyrir hendi. Hins vegar reyndi lítið sem ekkert á þessi ákvæði í dómaframkvæmd.¹⁸³ Voru ákvæðin raunar talin nær þýðingarlaus þar sem löggjafanum var að mestu í sjálfsveld sett að ákveða hvaða reglur yrðu settar til að mæta þessum réttindum.¹⁸⁴ Með breytingu á mannréttindakafli stjórnarskrárinnar árið 1995 voru ákvæði sem mæltu fyrir um slík réttindi orðuð skýrar en áður og í kjölfarið varð aukning í dómaframkvæmd um jákvæð mannréttindi og skyldur ríkisvaldshafa til að tryggja þau. Helstu jákvæðu réttindi þess efnis má líkt og áður segir finna í 76. gr. stjórnarskrár auk þess sem jafnræðisregla 65. gr. stjórnarskrár hefur mikla þýðingu þegar kemur að framfylgd jákvæðra mannréttinda á jafnræðisgrundvelli.

Þegar ákvæði stjórnarskrárinnar og almennra laga duga ekki til að skilgreina valdheimildir dómstóla kemur það í hlut dómstólanna sjálfra að skilgreina valds síns með niðurstöðum einstakra mála.¹⁸⁵ Greining á dómaframkvæmd hefur því verulega þýðingu við mat á hlutverki dómstóla við framfylgd jákvæðra mannréttinda. Í eftirfarandi umfjöllun verður farið yfir dómaframkvæmd og þróun hennar frá stjórnarskrárbreytingunni árið 1995 þar sem 2. gr. stjórnarskrár og grundvallarhugmyndir að baki íslenskri stjórnskipun koma til skoðunar við mat á valdmörkum dómstóla í málum sem varða jákvæð mannréttindaákvæði. Umfjöllunin er ekki tæmandi en einblínt verður á vafatilvik þar sem samanburður við innlenda og alþjóðlega framkvæmd og önnur mannréttindaákvæði er sérlega áhugaverður. Dómunum verður gróflega kaflaskipt eftir þeim atriðum sem talin eru hafa áhrif á valdheimildir dómstóla hvert sinn og í flestum tilvikum í tímaröð innan hvers undirkafla til að sýna fram á þróun dómaframkvæmdar.

6.1. Efnislegt inntak 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár

Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar mælir fyrir um skyldu löggjafans að tryggja öllum sem þess þurfa rétt til aðstoðar í lögum vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og sambærilegra atvika. Löggjafinn hefur leitast við að uppfylla skyldur sínar samkvæmt ákvæðinu

¹⁸³ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir, V. kafli.

¹⁸⁴ Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978) 461.

¹⁸⁵ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 258.

með ýmsu móti og veitir ríkið þeim sem þess þurfa margvíslega aðstoð í daglegu lífi. Þar á meðal hefur löggjafinn sett á stoð almannatryggingakerfi hér á landi, félagslegt kerfi og eru ýmis sértæk úrræði í boði til aðstoðar. Um löggjöf þess efnis má einna helst vísa til laga nr. 99/2007 um félagslega aðstoð og laga nr. 100/2007 um almannatryggingar. Þá má nefna lög nr. 112/2008 um sjúkratryggingar, lög nr. 59/1992 um málefni fatlaðra og lög nr. 125/1999 um málefni aldraðra.

6.1.1. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár felur í sér efnisleg réttindi

Um rétt til fjárhagslegrar aðstoðar verður fyrst greint frá þýðingarmiklum dómi Hæstaréttar í máli nr. 125/2000 (*Öryrkjamál*) þar sem reyndi í fyrsta skipti á efnislegt inntak 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar.¹⁸⁶ Í málinu krafðist Öryrkjabandalag Íslands viðurkenningar á því annars vegar að Tryggingastofnun ríkisins hefði verið óheimilt á tilteknu tímabili að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap vegna tekna maka með reglugerð og hins vegar að slík skerðing hafi einnig verið óheimil eftir að hún var lögfest þann 1. janúar 1999. Hæstiréttur féllst á fyrri kröfuna og taldi ekki nægilega skýra lagaheimild hafa verið til staðar fyrir slíkri skerðingu með reglugerð. Seinni krafan varðaði ákvæði 17. gr. þágildandi almannatryggingalaga þar sem mælt var fyrir um tekjutryggingu ef tekjur örorkulífeyrisþega náðu ekki ákveðinni fjárhæð og um skerðingu hennar við ákveðin tekjumörk þar til hún féll alveg niður, en tekjur hjóna og sambúðarfólks voru taldar saman í því sambandi. Þessi tilhögun gat leitt til þess að öryrki í hjúskap eða sambúð sem hafði aðeins tekjur með lífeyri almannatrygginga fékk einungis grunnörorkulífeyri sem nam þá 17.715 krónum á mánuði.

Hæstiréttur gerði grein fyrir ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár og vísaði til athugasemda í frumvarpi að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 við ákvæðið þar sem sérstök athygli var vakin á 12. og 13. gr. Félagsmálasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 3/1976, svo og 11. og 12. gr. alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sbr. lög nr. 10/1979. Fyrirnefndi samningurinn gerir þá kröfu til ríkisins að komið sé á og viðhaldið almannatryggingum og að þær séu í samræmi við kröfur samþykktar Alþjóðavinnuálastofnunarinnar nr. 102 um lágmark félagslegs öryggis, sbr. 67. gr. hennar. Þá mælir seinni samningurinn fyrir um að ríkjum beri að viðurkenna rétt sérhvers manns til viðunandi lífsafkomu fyrir hann og fjölskyldu hans. Þá segir í dómi Hæstaréttar:

¹⁸⁶ Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000.

Það er viðurkennd regla að norrænum rétti að skýra skuli lög til samræmis við alþjóðasamninga, sem ríki hefur staðfest eftir því sem kostur er. Samkvæmt framanrituðu verður 76. gr. stjórnarskrárinnar skýrð á þann veg að skylt sé að tryggja að lögum rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi, sem ákveðið sé á málefnanlegan hátt. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar hefur almenni löggjafinn vald um það hvernig þessu skipulagi skuli háttað. Skipulag, sem löggjafinn ákveður, verður þó að fullnægja þeim lágmarksréttindum, sem felast í ákvæðum 76. gr. stjórnarskrárinnar. Þá verður það að uppfylla skilyrði 65. gr. stjórnarskrárinnar um að hver einstaklingur njóti samkvæmt því jafnréttis á við aðra sem réttar njóta, svo og almennra mannréttinda.

Hæstiréttur vísaði til þess að löggjafinn hafi skilgreint stefnumörkun sína varðandi þessi mannréttindi í 1. gr. laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðra, en markmið þeirra laga væri að tryggja fötluðum jafnrétti og sambærileg lífskjör við aðra þjóðfélagsþegna og skapa þeim skilyrði til að lifa eðlilegu lífi. Löggjafinn hafi svo komið til móts við skyldur sínar um réttindi samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar með lögum nr. 117/1993 um almannatryggingar. Í niðurstöðu sinni sagði dómurinn að þrátt fyrir svigrúm almenna löggjafans til mats á því, hvernig lágmarksréttindi samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár skyldu ákvörðuð, gætu dómstólar ekki vikið sér undan því að taka afstöðu til þess, hvort það mat samrýmdist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur taldi að í ljósi þeirra afleiðinga sem skerðingin gat haft fyrir rétt einstaklinga þá tryggi þetta skipulag ekki þau lágmarksréttindi sem fælust í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár, svo einstaklingar fái notið þeirra mannréttinda sem 65. gr. stjórnarskrár færi þeim. Dómurinn viðurkenndi því að óheimilt hafi verið að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap með lögum frá 1. janúar 1999 á þann hátt sem gert var.¹⁸⁷

Niðurstaða dómsins er söguleg í íslenskum rétti og sýndi fram á grundvallarbreytingu á afstöðu Hæstaréttar við túlkun mannréttindaákvæða er varða jákvæð félagsleg réttindi sem áður voru talin án efnislegs inntaks og í raun aðeins stefnuyfirlýsingar fyrir löggjafarvaldið.¹⁸⁸ Taldi dómurinn að réttur til aðstoðar samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár fæli í sér sjálfstæðan og efnislegan lágmarksrétt fyrir einstaklinga. Það væri því ekki aðeins komið undir ákvörðunarvaldi löggjafans að setja á fót félagslegt kerfi með hliðsjón af pólitískum áherslum heldur virðist Hæstiréttur telja dómstóla hafa ákveðnu hlutverki að gegna við að meta réttmæti þeirrar stefnu

¹⁸⁷ Í niðurstöðu minnihluta Hæstaréttar komust hins vegar tveir dómárar af fimm að þeirri niðurstöðu um seinni kröfu Öryrkjabandalagsins að Tryggingastofnun hafi verið heimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega eftir að heimild til þess var lögfest í almannatryggingarlögum. Héraðsdómur hafði einnig komist að þeirri niðurstöðu.

¹⁸⁸ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008) 116.

þannig að nægur jöfnuður ríki í samfélaginu með vísan til 65. gr. stjórnarskrár. Var því unnt að byggja sjálfstæða kröfu á 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár þrátt fyrir að löggjafinn hafi útfært réttindin með sérstökum hætti í lögum um almannatryggingar.

Það eru ekki allir sammála þessari niðurstöðu Hæstaréttar og gagnrýnisraddir létu í sér heyra þess efnis að Hæstiréttur hafi verið að setja reglur en ekki dæma eftir þeim.¹⁸⁹ Hér verður hins vegar litið svo á að aðhald dómstóla að þessu marki geti verið til góðs og haft jákvæð áhrif á þróun mannréttinda einstaklinga í samfélaginu með hliðsjón af stöðu þeirra, sbr. 65. gr. stjórnarskrár. Í kjölfar dómsins var skipaður starfshópur til að meta þýðingu og afleiðingar dómsins og gera tillögur til breytinga sem nauðsynlegar væru á almannatryggingalöggjöfinni til að fylgja niðurstöðu Hæstaréttar í málinu.¹⁹⁰ Niðurstaða dómsins varð þannig til þess að löggjafinn endurskoðaði og útfærði löggjöfina svo hún myndi tryggja lágmarksréttindi einstaklinga sem þurfa á aðstoð að halda. Telja verður að dómurinn hafi ekki farið út fyrir valdheimildir sínar með þessari niðurstöðu. Í því sambandi verður að líta til þess að dómurinn felur ekki í sér ákvörðun dómsvaldsins um fjárhæð örorkubóta heldur metur Hæstiréttur á almennan hátt hvort löggjafinn hafi gengið nógu langt í að tryggja mannréttindi og veitir löggjafanum svo leiðbeiningar til breytinga þannig að rétturinn verði nægilega tryggður. Dómurinn felur í sér mat á lagareglum og því hvað felst í orðinu aðstoð í sjálfri stjórnarskránni og inntaki þeirra óljósu réttinda sem ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár tryggir borgurum. Því til stuðnings er vísað til alþjóðlegra skuldbindinga ríkisins og meðal annars ákvæðis 67. gr. samþykktar Alþjóðavinnuálagstofnunarinnar nr. 102 um lágmark félagslegs öryggis sem mælir fyrir um kröfur sem félagslegar bætur þurfa að uppfylla, en af ákvæðinu verður ráðið að skerðingar á bótum skuli ekki verða meiri en svo að lágmarkslaunum verði náð.¹⁹¹ Má segja skýringu Hæstaréttar nokkuð framsækna en ekki verður litið svo á að hún sé röng enda má fallast á það sjónarmið að fjárhagsleg

¹⁸⁹ Hér má nefna ummæli Jóns Steinars Gunnlaugssonar sem taldi dóminn ganga of langt og dómurinn hafi í reynd verið að setja reglur en ekki dæma eftir þeim. Ný skýring hafi orðið til á stjórnarskránni sem aðilar gætu talið vera lifandi eða framsækna skýringu, en hann telur dóminn einfaldlega rangan. Sjá Jón Steinar Gunnlaugsson, „Um valdmörk dómstóla“ (2002) 55 Úlfjótur tímarit laganema 217, 224-225.

¹⁹⁰ Skýrsla starfshópsins var svo birt sem fylgiskjal með frumvarpi til breytinga á almannatryggingalögum, sbr. breytingarlög nr. 3/2001, þar sem tekjutrygging árin 1999 og 2000 var m.a. skert á nýjan leik, sjá Alþt. 2000-2001, A-deild, þskj. 624 – 379. mál, fylgiskjal III. Með dómi Hæstaréttar í Hrd. 16. október 2003 í máli nr. 549/2002 var sú skerðing talin óheimil með vísan til 72. gr. stjórnarskrár.

¹⁹¹ Í Áliti umboðsmanns Alþingis 10. júní 2008 í máli nr. 4552/2005, III kafla, má meðal annars finna umfjöllun um inntak 67. gr. samþykktarinnar. Ákvæðið mælir fyrir um að lágmarksfjárhæð verði að vera „fullnægjandi til þess að framfleyta fjölskyldu bótapekans heilsusamlega og sómasamlega“. Sjá Samþykkt Alþjóðavinnuálagstofnunarinnar um lágmark félagslegs öryggis nr. 102 (samþykkt 20 febrúar 1961, tók gildi 20. febrúar 1962) Stjttíð. B, 75/1961.

aðstoð sé ekki tryggð þegar fjárhæð aðstoðarinnar dugar ekki fyrir eðlilegum útgjöldum einstaklings.

6.1.2. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár felur í sér stefnufirlýsingu

Eftir niðurstöðu Hæstaréttar í *Öryrkjamálinu* leið rúmlega áratugur þar til sambærilegt mál kom til kasta dómstóla. Síðan þá hafa hafa fleiri mál verið rekin fyrir dómstólum sem varða kröfu á grundvelli lágmarksinntaks þess jákvæða réttar til aðstoðar sem Hæstiréttur virtist hafa slegið föstu að fælist í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Nýleg dómaframkvæmd sýnir hins vegar fram á breytta nálgun dómsins á hlutverk sitt við að veita löggjafanum aðhald við lagasetningu þegar kemur að jákvæðum mannréttindum. Ber í því sambandi að líta fyrst til dóms Hæstaréttar í máli nr. 61/2013 (*Búsetuskilyrðamál*)¹⁹² þar sem deilt var um lögmæti skerðingar á greiðslum frá almannatryggingum vegna örorku stefnanda, en stefnandi fékk aðeins 71,45% af fullum örorkulífeyri, aldurstengdri örorkuuppbót og tekjutryggingu samkvæmt réttindaávinnslu sem miðaðist samkvæmt lögnum við búsetutíma hennar á Íslandi. Stefnandi hafði veikt alvarlega eftir að hafa búið stutt hér á landi, eða í um tvö ár og varð öryrki eftir þau veikindi.

Hæstiréttur sagði að ákvæði almannatryggingarlaga veittu skýra lagastoð fyrir skerðingu á örorkulífeyri á grundvelli búsetutíma hér á landi. Reglurnar væru almennar og giltu óháð ríkisborgararétti, kynferði, þjóðernisuppruna eða stöðu að öðru leyti og var ekki fallist á að um mismunun væri að ræða samkvæmt 65. gr. stjórnarskrár. Þá var ekki heldur fallist á að skerðingin hefði verið óheimil með vísan til 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Var því staðfest niðurstaða héraðsdóms um sýknu, en héraðsdómur byggði á því að ætla verði löggjafanum svigrúm til að ákveða viðmiðunarreglur um það hvenær menn séu taldir þurfa aðstoðar við, sbr. 2. gr. stjórnarskrár. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár sé ætlað að tryggja að reglur um aðstoð hvíli á jafnréttisgrundvelli án mismununar. Þrátt fyrir ákvæðið hafi löggjafinn talið heimilt að takmarka þennan rétt að því leyti að lögheimili eða lágmarksdvöl sé skilyrði fyrir réttindum úr almannatryggingakerfinu. Skerðingarreglur laganna séu af þeim toga, málefnaleg sjónarmið liggja þar að baki og þessi skerðing fari ekki gegn 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár.

Í áður nefndu *Öryrkjamáli* taldi Hæstiréttur skerðingu á tekjutryggingu ekki almennt óheimila heldur sagði að hún yrði að vera í samræmi við stjórnarskrárbundin lágmarksréttindi einstaklinga. Skerðing tekjutryggingar gat orðið veruleg í fyrra málinu, eða 45% af samanlögðum

¹⁹² Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013.

tekjum hjóna eða sambylilisfólks er fóru yfir ákveðið hámark sem gat í verstu tilfellum leitt til þess að tekjutryggingin féll alveg niður. Í þessu máli var skerðing á heildargreiðslu rúmlega 28% með hliðsjón af búsetutíma sem var talið málefnalegt sjónarmið til skerðingar. Að þessu leyti felur dómurinn ekki í sér gjörbreytta afstöðu réttarins þar sem raunverulegar afleiðingar skerðingarinnar gátu í reynd orðið víðtækari í hinu fyrra máli. Getur ólík niðurstaða þessa mála þannig orsakast af því að hér sé ekki um nægilega mikla skerðingu að ræða svo talist geti brot gegn lágmarksinntaki 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Hins vegar má ætla að niðurstaðan ráðist fremur af áliti dómsins á hlutverki sínu í íslenskri stjórnskipan sem virðist nú annars eðlis og valdmörk þeirra takmarkaðri en áður til að meta réttmæti lagasetningar. Virðist dómurinn líta svo á að 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár hafi ekki í sér falið efnislegt lágmarksinntak sem löggjafanum beri að taka tillit til við lagasetningu heldur fari löggjafinn þar með frjálsar hendur samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár.

Hér má nefna að stefnandi í *Búsetuskilyrðamálinu* vísaði til 12. og 13. gr. Félagsmálasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 3/1976, sem stjórnarskrárgjafinn nefndi sérstaklega að væru sambærileg ákvæði 76. gr. stjórnarskrár við breytingu á mannréttindakaflanum árið 1995. Réttur stefnanda málsins virðist eiga undir 12. gr. sáttmálans um rétt til almannatrygginga en samkvæmt ákvæðinu hefur verið talið heimilt að bótagreiðslur séu takmarkaðar með hliðsjón af búsetutíma í ríkinu þegar bótagreiðslur miða að ákveðnu marki við eigin framlag bótaþegans. Það þarf þó ávallt að líta til mikilvægis þeirra réttinda sem um ræðir við ákvörðun slíkra viðmiða og gæta þarf meðalhófs við skerðingar.¹⁹³ Hæstiréttur tók hins vegar ekki afstöðu til þessa og ekki fór fram mat á því hvort skerðingin væri í samræmi við kröfuna um meðalhóf þrátt fyrir að stjórnarskrárgjafinn hafi stefnt að því árið 1995 að mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar væru í samræmi við alþjóðlega samninga. Styrkir það enn fremur þá niðurstöðu að Hæstiréttur telji sig ekki valdbæran til að taka afstöðu til ákvörðun bóta samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár.

Næst ber að nefna dóm Hæstaréttar nr. 223/2016 (*Bótafjárhæðarmál*)¹⁹⁴ en sakarefni málsins sýnir sérstaklega fram á þá erfiðu stöðu sem dómstólar geta staðið frammi fyrir þegar reynir á jákvæð félagsleg mannréttindaákvæði stjórnarskrár í einkamáli. Í málinu krafðist stefnandi þess í fyrsta lagi að íslenska ríkinu og Tryggingastofnun ríkisins yrði gert að greiða sér tiltekna

¹⁹³ Catarina Krause og Martin Scheinin, „The right not to be discriminated against: the case of social security” í Theodore S. Orlin, Allan Rosas og Martin Scheinin (ritstj.), *The jurisprudence of human rights law: a comparative interpretive approach* (Institute for human rights, Åbo Akademi University 2000) 272-274.

¹⁹⁴ Hrd. 9. febrúar 2017 í máli nr. 223/2016.

fjárhæð og í öðru lagi að viðurkennt yrði að þeim hafi verið óheimilt að ákvarða stefnanda örorkubætur samkvæmt lögum nr. 100/2007 um almannatryggingar án þess að fara eftir fyrirmælum 69. gr. laganna. Ákvæðið mælti fyrir um að bætur almannatrygginga skuli breytast árlega í samræmi við fjárlög og ákvörðun bóta taki mið af launaþróun og hækki aldrei minna en verðlag samkvæmt vísitölu neysluverðs.

Um fyrstu kröfu sína vísaði stefnandi til þess að mánaðarlegar greiðslur til hennar á grundvelli laganna yrðu að nema tiltekinni fjárhæð í samræmi við ákveðin neysluviðmið sérfræðihóps, sem skipaður var af félags- og tryggingamálaráðuneytinu, svo hún gæti lifað mannsæmandi lífi í skilningi 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Nam fjárkrafa hennar mismuninum á tilgreindu tímabili á neysluviðmiðunum og þeirri greiðslu sem hún fékk í bætur á sama tímabili með vísan til 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár sem sjálfstæðs efnislegs réttar til lágmarksbóta. Hæstiréttur endurtók þau sjónarmið um ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár að tryggja skuli rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti lágmarksframfærslu eftir fyrirframgefnu skipulagi sem ákveðið væri á málefnalegan hátt. Löggjafinn var sagður hafa sinnt þeirri skyldu með setningu laga nr. 100/2007. Þá taldi Hæstiréttur að með framsetningu fjárkröfu sinnar væri stefnandi að leitast við að fá ákvörðun dómstóla um málefni sem heyri undir löggjafarvaldið samkvæmt 41. og 42. gr. stjórnarskrár sem fari gegn 2. gr. hennar um þrískiptingu ríkisvaldsins. Fjárkröfunni var því vísað frá dómi með vísan til 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga.

Velta má fyrir sér ástæðu ólíkrar niðurstöðu dómstólsins til valdheimilda sinna um fyrri kröfu stefnanda í þessu máli og svo í *Öryrkjamálinu* með dómi Hæstaréttar nr. 125/2000. Kröfugerðin í þessu máli var um greiðslu tiltekinnar bótafjárhæðar á meðan kröfugerðin í máli Öryrkjabandalagsins var krafa um viðurkenningu á ólögmætu fyrirkomulagi við skerðingu bóta. Niðurstaða á grundvelli þeirrar kröfu gat ekki leitt til jafn ákveðinna fjárútláta löggjafans og í þessu máli heldur var löggjafanum falið að útfæra niðurstöðu dómsins í löggjöf. Í ljósi þess hversu varfærnislega dómstólum ber að fara í málum þar sem reynir á þrískiptingu ríkisvaldsins og fjárstjórn ríkisins er unnt að fallast á þessa niðurstöðu að mestu. Hins vegar hefði dómurinn með hliðsjón af fyrri framkvæmd getað metið hvort fjárhæð bótanna væri í samræmi við þá lágmarkskröfu sem 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár gerir til þeirrar aðstoðar sem löggjafanum beri að veita, ef það lágmark er á annað borð til staðar. Til að mynda gæti slíkt lágmark falist í því að bætur verði að duga til þess að unnt sé að lifa mannsæmandi lífi, greiða reikninga, kaupa sér mat og fatnað auk daglegs upphalds. Hæstiréttur telur sig hins vegar ekki valdbærann til að meta slíkt.

Um viðurkenningarkröfu stefnanda, að viðurkennt yrði að bætur til hennar hafi átt að hækka í samræmi við þróun verðlags líkt og segir í 69. gr. almannatryggingalaga, vísaði Hæstiréttur til þess að löggjafarvaldið hefði vikið tímabundið til hliðar fyrirmælum 69. gr. með bráðabirgðaákvæði á tilgreindum árum og var ríkið sýknað af þeirri kröfu með vísan til forsendna héraðsdóms. Í héraðsdómi var tekið fram að málefnaleg sjónarmið hafi verið að baki þegar bráðabirgðaákvæði laganna var sett en í lögskýringargögnum var skírskotað til nauðsynjar þess að ná árangri í ríkisfjármálum með margþættum aðgerðum til lækkunar á útgjöldum ríkisins. Þær aðgerðir hafi komið með einhverjum hætti niður á öllum hópum þjóðfélagsins og jafnræðis verið gætt um þá sem voru í sömu stöðu. Gæti stefnandi ekki haft væntingar til þess að ákvæðið kæmi til með að standa óbreytt án tillits til efnahagslegra aðstæðna. Þá tryggji 76. gr. stjórnarskrárinnar stefnanda ekki hækkun bóta í samræmi við launaþróun eða verðlag, heldur sé það hlutverk löggjafans að taka ákvörðun um fjárhæð bóta. Niðurstaðan var því sú að löggjafanum var talið heimilt að skerða rétt stefnanda til bóta sem hún hafði í raun mátt gera ráð fyrir á grundvelli ákvæðisins, með þeim rökum að fjárhagsstaða ríkissjóðs væri slæm sem réttlæti slíka takmörkun. Því er ósvarað hvort þessi takmörkun væri þá ekki heimil ef staða ríkissjóðs væri góð.

Áhugavert er að bera þessa niðurstöðu um viðurkenningarkröfu stefnanda saman við niðurstöðu Hæstaréttar í máli nr. 501/2016 (*Atvinnuleysisbótamál*)¹⁹⁵ en af þeim dómi má ráða að dómstólar virðist telja sig valdbæra til að komast að efnislegri niðurstöðu um sambærileg ágreiningsefni sem leiða til fjárútláta þegar dómurinn lítur svo á að til eignaréttar sem borgaralegs og stjórnmalalegs réttar samkvæmt 72. gr. stjórnarskrár hafi stofnast. Málið var höfðað til viðurkenningar á að stytting á tímabili atvinnuleysisbóta úr 36 mánuðum í 30, sem gerð var með lögum nr. 125/2014 um ýmsar forsendur frumvarps til fjárlaga fyrir árið 2015, væri óheimil að því marki sem hún skerti bótarétt þeirra sem þáðu atvinnuleysisbætur og hefðu átt rétt á lengri bótum á grundvelli laganna. Hæstiréttur tók fram að atvinnuleysisbætur væru greiðsla af félagslegum toga, fjárhagsaðstoð, sem í aðalatriðum væri þannig til komin að launamaður hefði áunnið sér rétt til bótanna með því að sinna starfi í þágu launagreiðanda sem tryggingagjald væri greitt af. Krafa um slíkar bætur væri peningakrafa sem fæli í sér fjárhagsleg verðmæti. Í ljósi þessa eðlis kröfunnar var talið að krafan nyti verndar 72. gr. stjórnarskrár og 1. gr. viðauka nr. 1 við MSE, og teldist því eignarréttindi, en löggjafinn gæti sett þeim rétti almenn takmörk ef gætt yrði meðalhófs.

¹⁹⁵ Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016.

Hæstiréttur taldi að þó markmið löggjafans hefði verið málefnalegt, það er að spara í rekstri ríkissjóðs og takmarka langtímaatvinnuleysi, hefði löggjafinn átt þess allan kost að gæta meðalhófs og taka sanngjarnt tillit til þeirra sem hefðu átt virkan rétt til atvinnuleysisbóta eða höfðu virkjað þann rétt fyrir gildistöku laganna. Var því fallist á viðurkenningarkröfu stefnanda um að stytting tímabils atvinnuleysisbóta hafi verið óheimil gagnvart þeim sem áttu rétt til greiðslu í 36 mánuði á grundvelli ákvæðisins.

Þannig getur eignaréttarákvæði 72. gr. stjórnarskrár leitt til niðurstöðu sem hefur í för með sér fjárútlát ríkisins beinlínis í andstöðu við fjárlagafrumvarp löggjafarvaldsins og virðast dómstólar telja sig valdbæra til að mæla fyrir um slíkt. Þegar um félagslegar greiðslur er að ræða sem byggja aðeins á ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár lítur dómurinn hins vegar ekki svo á að til eignaréttar hafi stofnast og telur sig þar með ekki bærán til að fallast á kröfur á þeim grundvelli, þrátt fyrir að réttur til greiðslu byggir í báðum tilvikum á lögum. Það verður því ekki annað séð en að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár hafi ekki sjálfstæða þýðingu fyrir dómstóla við úrlausn mála er varða félagslega aðstoð.

Til hliðsjónar má nefna að Mannréttindadómstóll Evrópu hefur litið svo á að félagslegar bætur, líkt og örorkubæturnar í *Bótafjárhæðarmálinu*, sem greiddar eru án tillits til eigin framlags bótaþega geti talist til eignaréttar samkvæmt 1. gr. 1. viðauka við MSE. Ber í því sambandi að nefna mál Gaygusuz gegn Austurríki en í niðurstöðu dómsins sagði meðal annars:

The right to emergency assistance – in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of P1-1. That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay taxes or other contributions.¹⁹⁶

Í samræmi við það má álykta að Hæstiréttur hefði í *Bótafjárhæðarmálinu* getað komist að þeirri niðurstöðu að réttur til hækkunar á bótafjárhæðinni samkvæmt 69. gr. almannatryggingalaga hafi skapað kröfuréttindi fyrir stefnanda sem varið væri af 72. gr. stjórnarskrár. Málinu hefur verið vísað til Mannréttindadómstóls Evrópu og bíður nú meðferðar dómsins.

¹⁹⁶ Gaygusuz g. Austria App no. 17371/90 (ECHR, 16. september 1996). Sjá einnig Koua Poirrez g. France App no. 40892/98 (ECHR, 30. september 2003) og Stec o.fl. g. United Kingdom App no. 65731/01 og 65900/01 (ECHR, 6. júlí 2005).

6.2. Réttur til sérstakrar aðstoðar fyrir einstaklinga í viðkvæmri stöðu

Ákvæði 76. gr. stjórnarskrár á að veita þeim einstaklingum sem eru í viðkvæmri stöðu í samfélaginu sérstaka vernd og tryggja réttindi þeirra. Krafa einstaklings um að fá sérstaka aðstoð af efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum toga á sér einna helst stoð í 76. gr. stjórnarskrár og 65. gr. hennar, svo og í þeim lögum sem sett eru til að veita slíka aðstoð í samræmi við fyrirmæli stjórnarskrárinnar.

Það getur hins vegar reynst erfitt í ákveðnum tilvikum að leita úrlausnar dómstóla um réttmæti athafna eða athafnaleysis ríkisvaldshafa þegar kemur að slíkri aðstoð. Ástæðan er einna helst sú að handhafar löggjafarvaldsins og einnig framkvæmdarvaldsins í ákveðnum málaflokkum eru einir taldir hafa ákvörðunarvald um það hvenær, hvort og í hversu miklu magni slík aðstoð verði veitt. Sú hlutverkaskipan er í grundvallaratriðum samræmi við ákvæði stjórnarskrárinnar en dómstólar hafa hins vegar í gegnum tíðina metið hvort ákvörðun um slíka aðstoð hafi verið réttmæt með tilliti til lögættra sjónarmiða og stjórnarskrárbundinna mannréttinda. Dómaframkvæmd um rétt til aðstoðar og valdmörk dómstóla til að tryggja slíkan rétt hefur þó verið nokkuð breytileg og óljós líkt og sjá má þegar niðurstöður einstakra mála eru bornar saman.

6.2.1. Dómstólar eru valdbærir til að meta ákvarðanir annarra ríkisvaldshafa

Þrátt fyrir að stjórnarskráin mæli fyrir um hlutverkaskiptingu milli löggjafarvalds, framkvæmdarvalds og dómsvalds í 2. gr. hefur Hæstiréttur talið sig valdbæran til að meta ákvarðanatöku ríkisvaldshafa og ríkisstofnana til verndar stjórnarskrárbundnum mannréttindum. Ber fyrst að greina frá dómi Hæstaréttar nr. 151/1999 (*Ríkisútvarpsmál*)¹⁹⁷ þar sem stefnendur kröfðust þess að synjun Ríkisútvarpsins um að túlka á táknmáli framboðsumræður í sjónvarpi vegna alþingiskosninga 8. maí 1999, um leið og þær færu fram, verði dæmd ólögmet og að stefnda yrði gert að láta túlka umræðurnar er þær færu fram. Í stað þess hafði verið ákveðið að lokaumræður fyrir alþingiskosningar yrðu endursýndar með neðanmálstexta og táknmálstúlkaðar í lok dagskrár sama dag og síðan aftur að morgni kjördags.

Hæstiréttur rakti ákvæði 15. gr. þágildandi útvarpslaga nr. 68/1985 en í ákvæðinu sagði að Ríkisútvarpinu bæri að halda í heiðri lýðræðislegar grundvallarreglur og mannréttindi og frelsi til orðs og skoðana. Þá bæri Ríkisútvarpinu að veita almenna fréttáþjónustu og vera vettvangur fyrir mismunandi skoðanir á mikilvægum málum. Miða bæri útvarpsefni við fjölbreytni íslensks

¹⁹⁷ Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 151/1999.

þjóðlífs og veita alla þá þjónustu sem unnt væri með tækni útvarpsins sem gæti komið að gagni fyrir þjóðina. Taldi Hæstiréttur ljóst af ákvæðinu að Ríkisútvarpinu væri falið það hlutverk með lögum að vera vettvangur frjálsra skoðanaskipta um málefni sem vörðuðu almenning sem var talið leiða til þess að Ríkisútvarpinu gæti verið rétt við kosningar til Alþingis að kynna almenningi frambjóðendur og stefnumál þeirra. Við þá framkvæmd bæri ávallt að gæta jafnræðis. Var því fallist á að Ríkisútvarpinu bæri eftir megni að haga gerð útsendingu framboðsumræðna þannig að aðgengilegar væru heyrnarlausum. Var sú niðurstaða einnig talin styðjast við 7. gr. laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðra um að fatlaðir skuli eiga rétt á allri almennri þjónustu ríkis og sveitarfélaga. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir:

Þegar litið er til stöðu stefnda að lögum er augljóst að játa ber honum verulegt svigrúm við tilhögun dagskrár og útsendinga. Eru þessi mál undir stjórn útvarpsstjóra og útvarpsráðs, sbr. 18. gr. og 20. gr. laga nr. 68/1985. Ákvarðanir, sem raska skyldum þeim og réttindum, sem mælt er fyrir um í 15. gr. laganna, verða hins vegar að styðjast við gild málefnaleg rök. Sama á við um frávík frá skyldum samkvæmt 7. gr. laga nr. 59/1992. Um þetta eiga dómstólar endanlegt mat.

Hæstiréttur leit til þess að málið varðaði mikilvæg réttindi, það er kröfu ákveðins hóps einstaklinga um að njóta á sama hátt og aðrir þeirrar þjónustu stefnda, sem ætluð er til að auðvelda kjósendum val milli framboða í Alþingiskosningum. Var ákvörðun Ríkisútvarpsins talin fela í sér að heyrnarlausir kjósendur sætu ekki við sama borð og aðrir landsmenn við nýtingu kosningarréttar síns sem er þeim tryggður í III. kafla stjórnarskrárinnar. Tekið var fram að þegar ríkið eða stofnanir þess taki að sér hlutverk við að kynna kjósendum frambjóðendur og málefni þeirra í þágu lýðræðislegra kosninga beri að gæta þess að kynningin fari fram án manngreinaálits í samræmi við 65. gr. stjórnarskrárinnar og 14. gr. MSE. Sérstaklega var litið til þess að sú tilhögun sem stefnendur óskuðu eftir væri tæknilega vel framkvæmanleg og að umrædd útsending færi fram að kvöldi síðasta dags fyrir kjördag og nokkrum klukkustundum áður en kjörfundur myndi hefjast. Taldi Hæstiréttur að stefndi hafi ekki fært fram nægilega gild og málefnaleg rök til að réttlæta þá mismunun, sem í ákvörðun hans fólst. Var synjun Ríkisútvarpsins talin ólögumæt og viðurkennt að stefnda væri skylt að láta túlka umræðurnar á táknmáli um leið og þær færu fram.

Þrátt fyrir að Ríkisútvarpið hafi verið sjálfstæð stofnun í eigu íslenska ríkisins nefndi Hæstiréttur hvorki þrískiptingu ríkisvalds né valdmörk dómstóla einu orði. Vísað var til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrár til stuðnings niðurstöðu um athafnaskyldu Ríkisútvarpsins þrátt fyrir að útvarpslög mæltu ekki fyrir um slíka skyldu. Niðurstaðan var rökstudd með vísan til 7. gr.

laga um málefni fatlaðra nr. 59/1992 sem verður að teljast nokkuð almennt orðað ákvæði en það lýsir yfir almennum rétti fatlaðra til þjónustu ríkis og sveitarfélaga. Um ákvörðun var að ræða sem telja verður matskennda og undir ákvörðunarvaldi Ríkisútlagsins komin, en Hæstiréttur virðist samt sem áður telja sig bærán til að meta slíkar ákvarðanir af málinu að dæma. Niðurstaða málsins hefur þó verið gagnrýnd á þeim grundvelli að dómurinn hafi ekki heimild til að kveða á um slík réttindi og skyldur með því að vísa til jafnræðisreglunnar. Hefur verið bent á að mannfólkið búi við mismunandi aðstæður að mörgu leyti án þess að um mismunun sé að ræða, til að mynda búi fólk mislangt frá framboðsfundi. Ef vilji standi til að jafna slíkan mun þurfi hið minnsta lagafyrirmæli um slíkt.¹⁹⁸

Í málinu var um mannréttindi fatlaðra að ræða og rétt heyrnarlausra til að njóta jafnræðis á við aðra að lögum sem telja verður að felist í 65. gr. stjórnarskrárinnar. Er því ekki unnt að fallast á slíka gagnrýni með þessum rökstuðningi. Fólk velur í flestum tilvikum búsetustað sinn en það velur enginn að fæðast fatlaður og tilheyra minnihlutahópi sem þarfnast sérstakrar aðstoðar að miklu leyti alla ævi. Verður því litið svo á að niðurstaða Hæstaréttar hafi verið rétt og dómurinn ekki farið gegn því hlutverki sem honum er falið samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár. Má frekar segja að um framsækna lögskýringu hafi verið að ræða sem stefni að því markmiði að tryggja lagaleg og stjórnarskrárvernduð mannréttindi minnihlutahóps til jafnræðis við aðra þegna ríkisins.

Í dómi Hæstaréttar nr. 177/1998 (*Háskólamálið*)¹⁹⁹ má finna niðurstöðu af svipuðum meiði, en í málinu krafðist blind stúlka skaðabóta sökum þess að ekki hafi verið tekið tillit til fötlunar hennar er hún stundaði nám við Háskóla Íslands, en hún hafði hætt í náminu. Taldi hún sig ekki hafa fengið að stunda námið til jafns við aðra nemendur þar sem hún hafi ekki fengið þá aðstoð og aðstöðu sem fötlun hennar krafðist. Í niðurstöðu sinni tók Hæstiréttur fram að Háskóla Íslands hafi borið að taka við stefnanda og gera ráðstafanir til að svo fatlaður nemandi geti stundað nám við skólann við þá deild sem hún kaus og notið þeirrar þjónustu sem almennir nemendur nutu. Leit dómurinn til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrár og 14. gr. MSE og taldi að þrátt fyrir að komið hefði verið til móts við ýmsar óskir stefnanda um undanþágur og aðstoð vegna fötlunar hennar hefði skort á að gerðar yrðu almennar ráðstafanir eða mótuð heildarstefna um námsaðstoð við

¹⁹⁸ Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003) 141.

¹⁹⁹ Hrd. 4. febrúar 1999 í máli nr. 177/1998.

stefnanda. Var talið að í því hafi falist meingerð gegn persónu hennar og frelsi til menntunar og var stefndi talinn skaðabótaskyldur.

Niðurstaða dómsins felur í raun réttir í sér að Háskóla Íslands var gert að grípa til athafna til að tryggja mannréttindi og jafnræði annarra fatlaðra nemenda við skólann svo og fatlaðra nemenda sem síðar meir gætu komið til með að stunda nám við skólann. Slík athafnaskylda skólans var nauðsynleg til að unnt yrði að líta svo á að Háskóli Íslands hafi farið eftir dómnum í framkvæmd. Hæstiréttur minntist hins vegar ekki á valdmörk dómstóla í niðurstöðu sinni og virðast álitaefni hvað það varðar ekki hafa komið til skoðunar við meðferð málsins.

6.2.2. Dómstóla skortir valdheimildir til að meta ákvarðanir annarra ríkisvaldshafa

Verulega áhugavert er að bera framangreinda dóma saman við dóm Hæstaréttar nr. 394/2015 (*Námsgagnamál*).²⁰⁰ Málið var höfðað í kjölfar þess að lögmaður stefnanda málsins, tíu ára drengs í grunnskóla svo og foreldra hans, hafði sent erindi til Námsgagnastofnunar og farið þess á leit að námsefni fyrir skólaárin 2014 til 2015 og 2015 til 2016 yrðu þýdd á táknmál fyrir stefnanda. Námsgagnastofnun synjaði þeirri ósk „að svo stöddu“. Í málinu var krafist viðurkenningar á því annars vegar að synjun Námsgagnastofnunar um að láta þýða námsefni á íslenskt táknmál yrði dæmd ólögæt og hins vegar að íslenska ríkinu og Reykjanesbæ yrði gert, að viðlögðum dagsektum, að láta þýða tiltekið námsefni á íslenskt táknmál. Hæstiréttur taldi að fyrri krafa stefnanda fæli í sér lögspurningu í andstöðu við 1. mgr. 25. gr. einkamálalaga og væri í raun málsástæða til stuðnings síðari kröfu hans. Þá var með vísan til forsendna héraðsdóms fallist á að seinni krafa stefnanda varði sakarefni sem heyri ekki undir dómstóla samkvæmt 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga og henni vísað frá, en héraðsdómur benti á að sú skylda hvíli á menntamálaráðherra að sjá grunnskólum fyrir námsgögnum. Námsgagnastofnun hafi verið sett á laggirnar til að efna þá skyldu og bæri stofnuninni samkvæmt lögum að útvega grunnskólum námsgögn. Taldi dómurinn að kröfugerð málsins, um þýðingu tiltekinna námsgagna á íslenskt táknmál og skyldu stefnda þar að lútandi, færi þess á leit að dómstólar tækju ákvörðun sem með réttu heyri undir stjórnvöld að taka að undangengnu faglegu og frjálsu mati. Féllst héraðsdómur ekki á að slík ákvörðun væri á valdsviði dómstóla og sagði það ganga í berhögg við 2. gr. stjórnarskrárinnar. Sakarefnið var því ekki talið heyra undir dómstóla og var málinu vísað frá með vísan til 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga.

²⁰⁰ Hrd. 12. ágúst 2015 í máli nr. 394/2015.

Niðurstaða þessa máls og dóms Hæstaréttar í *Ríkisútlvarpsmálinu* eru gjörólíkar og byggðar á ólíkum röksemdum þrátt fyrir að málin eigi ýmislegt sameiginlegt. Bæði málin varða rétt fatlaðra sem tilheyra minnihlutahópi til að njóta jafnræðis á við aðra sem hægt væri að uppfylla með því að láta túlka tiltekin atriði á táknmáli, þ.e. umræður stjórnarflokka og svo námsefni í grunnskóla. Þá eru kröfurnar settar fram á svipaðan máta með kröfu um viðurkenningu á ólögmati og svo viðurkenningarkröfu um athafnaskyldu. Í *Námmsgagnamálinu* telur Hæstiréttur hins vegar að fyrri krafan feli í sér lögspurningu til stuðnings seinni kröfunni og að ekki sé á færi dómstóla að dæma um seinni kröfuna. Leiða má líkur að því að dómnum hefði verið unnt að taka fyrri kröfu stefnanda til greina með því að líta til þess hvort lögmat og málefnaleg sjónarmið væru að baki ákvörðuninni og viðurkenna ólögmati umþrættrar ákvörðunar ef svo var ekki.

Hæstiréttur telur sig ekki bærán til að mæla fyrir um athafnaskyldu stjórnvalds í *Námmsgagnamálinu* en ekki er unnt að svara því með vissu hvers vegna niðurstaðan er svo ólík niðurstöðu *Ríkisútlvarpsmálsins*. Það er að minnsta kosti ekki hægt að segja að kosningaréttur sé neikvæður réttur en réttur til menntunar jákvæður samkvæmt hefðbundinni flokkun mannréttinda. Stjórnarskráin mælir einfaldlega fyrir um að slíkur réttur skuli tryggður í báðum tilvikum og er sérstaklega mælt fyrir um menntun og fræðslu við „hæfi“ hvers og eins í 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Ólík niðurstaða málanna getur stafað af því að talið var unnt að þýða umræður á táknmáli í *Ríkisútlvarpsmálinu* án mikillar fyrirhafnar á meðan hægt er að líta svo á að ekki yrði vel framkvæmanlegt að þýða námsgögn á táknmál vegna fjárhagslegra sjónarmiða. Sú framkvæmd myndi leiða til þess að þýða yrði öll námsgögn í grunnskólum hér á landi á táknmál, með vísan til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Það væri án efa æskileg og rétt framkvæmd með hliðsjón af mannréttindaákvæðum stjórnarskrárinnar en einnig nokkuð kostnaðarsöm.

Það getur verið erfitt fyrir dómstóla í ljósi stjórnskipulegrar stöðu þeirra að komast að niðurstöðu um almennt orðuð réttindi þegar þau hafa ekki verið skilgreind í lögum.²⁰¹ Það vekur þó athygli að búið er að útfæra réttinn til menntunar sérstaklega í íslenskum lögum og má því gagnrýna niðurstöðu Hæstaréttar í *Námmsgagnamálinu* að því leyti að engin afstaða er tekin til þeirra laga sem löggjafinn hefur sett til að tryggja réttinn til menntunar samkvæmt 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Má færa rök fyrir því að þessi lagaákvæði hefðu getað veitt dómstólum fulla heimild

²⁰¹ Christian Cortis, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008) 16.

til að meta hvort stjórnvöld hafi uppfyllt skyldur sínar samkvæmt lögum til að veita hverjum nemanda námsgögn við hæfi og þar af leiðandi tryggja mannréttindi stefnanda. Í lögum nr. 61/2011 um stöðu íslenskrar tungu og íslensks táknmáls er íslenskt táknmál sagt fyrsta mál þeirra sem reiða sig á það til tjáningar og samskipta og mælt fyrir um skyldu stjórnvalda til að hlúa að því og styðja. Í 3 mgr. 13. gr. laganna segir að íslenskt táknmál sé jafnréttihátt íslensku sem tjáningarform í samskiptum manna og óheimilt sé að mismuna mönnum eftir því hvort málið þeir nota. Þá er í lögum um grunnskóla nr. 91/2008 kveðið á um skólaskyldu í 3. gr. og í 13. gr. segir að allir nemendur grunnskóla eigi rétt á kennslu við sitt hæfi. Í 17. gr. er sérstaklega kveðið á um að nemendur eigi rétt á að komið sé til móts við námsþarfir þeirra án aðgreiningar og að nemendur sem eigi erfitt með nám, meðal annars sökum fötlunar, skuli njóta sérstaks stuðnings í námi í samræmi við metnar sérþarfir. Lög um námsgögn nr. 71/2007 fjalla svo um stöðu og hlutverk Námsgagnastofnunar sem á samkvæmt lögum að leggja grunnskólum til námsgögn samkvæmt grunnskólalögum og aðalnámskrá. Hér má einnig nefna að eftirlitsnefnd sáttmála Sameinuðu þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hefur lagt áherslu á að réttur barna til menntunar verði virtur og hefur sérstaklega tekið fram í almennu áliti sínu að ríkjum beri að veita heyrnarlausum börnum aðgang að námsgögnum á táknmáli.²⁰²

Með hliðsjón af framangreindum sjónarmiðum sem styrkja kröfu stefnanda verður ekki annað ráðið en að dómstólar ætli sér ekki að taka efnislega afstöðu til mannréttinda af þessum toga nema löggjafinn hafi útfært slík réttindi staf fyrir staf í löggjöf án þess að skilja eftir rými til túlkunar fyrir framkvæmdarvaldið eða dómstóla. Hæstiréttur virðist líta á valdmörk sín á þann hátt að 2. gr. stjórnarskrár og ákvæði einkamálalaga leiði til þess að dómurinn hafi engar valdheimildir til að meta neitun framkvæmdarvaldshafa á að tryggja stefnanda stjórnarskrárvarin mannréttindi til menntunar við hæfi, sem hér verður litið svo á að séu nokkuð skýr réttindi í íslenskum rétti þrátt fyrir að 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrár teljist jákvætt mannréttindaákvæði sem krefst athafna ríkisvaldsins. Stefnandi málsins hefur þannig ekki möguleika á að fá úrlausn dómstóla um hagsmuni sína, sem telja má að séu mikilvægir, með vísan til 2. gr. stjórnarskrár þrátt fyrir að 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár veiti einstaklingum sérstakan rétt til aðgangs að dómstólum.

²⁰² UNECOSOC General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (9. desember 1994) ECOSOC/GC/1994/5 8.

Má jafnvel færa rök fyrir því að málsmeðferð sem þessi geti komið í veg fyrir að jákvæð mannréttindi einstaklinga séu tryggð og nái að þróast í samfélaginu með takmörkuðu aðhaldi dómstóla gagnvart öðrum handhöfum ríkisvaldsins. Verður litið svo á að niðurstaða Hæstaréttar í *Ríkisútrvarpsmálinu* og *Háskólamálinu* hafi leitt til jákvæðrar þróunar fyrir mannréttindi í íslensku þjóðfélagi. Nú á tímum er jafnframt unnt að líta á niðurstöðu þeirra mála sem nær sjálfstöðugt réttindi minnihlutahópa sem getur meðal annars stafað af því aðhaldi sem dómstólar veittu öðrum handhöfum ríkisvaldsins við að virða og vernda mannréttindi. Það geta því vaknað áhyggjur af þróun og vernd jákvæðra efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra mannréttinda þegar löggjafarvaldið og framkvæmdarvaldið sæta ekki aðhaldi af hálfu dómstóla að þessu leyti.

Rökstuðningur héraðsdóms um fyrri kröfuna í *Námshagsmálinu* er einnig athyglisverður þrátt fyrir að Hæstiréttur hafi ekki staðfest þá niðurstöðu með vísan til forsendna, en niðurstaðan á báðum dómstigum var sú að um lögspurningu væri að ræða í andstöðu við 1. mgr. 25. gr. einkamála laga. Var sérstaklega tekið fram að hagsmunir stefnanda á að fá námshögn við hæfi verði ekki dregin í efa og almennt væri unnt að bera slíkan ágreining undir dómstóla í „ákveðnu og fyrirbyggjandi máli“ samkvæmt 60. gr. og 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár. Hins vegar hafi svar Námshagsstofnunar ekki borið með sér að um lyktir málsins væri að ræða enda segi í svarinu að „að svo stöddu [sé] stofnuninni því miður ekki unnt að þýða umbeðið námshögn á íslenskt tákni.“ Þessi röksemdarfærsla er athyglisverð þegar litið er til þess að stefnandi hefur ekki enn fengið aðgengilegt námshögn við hæfi tveimur árum eftir að málinu var vísað frá og ekki er vitað hvort sá réttur stefnanda verði tryggður áður en hann klárar grunnskólanám.²⁰³

Um einkamál þar sem stefnandi krefst sérstakrar aðstoðar frá ríkisvaldinu ber næst að nefna dóm Hæstaréttar nr. 80/2016 (*Sambýlismál*)²⁰⁴ þar sem aðila greindi á um það hvort stefnandi ætti rétt á að búa alla daga á heimili sínu en til þess þurfti stefnandi sérstaka fjárhagslega aðstoð frá hinu opinbera. Stefnandi vildi búa í íbúð í fasteign foreldra sinna í stað þess að dvelja aðra hverja viku á sambýli. Í málinu krafðist stefnandi ógildingar á ákvörðun Reykjavíkurborgar um að synja henni um beingreiðslusamning sem myndi gera henni þetta kleift með fullri þjónustu á eigin heimili, en hún taldi að með ákvörðuninni hefði stefndi skert rétt hennar samkvæmt 1. mgr. 71. gr.

²⁰³ Samkvæmt upplýsingum sem höfundur aflaði er til skoðunar að fá utanaðkomandi félagsamtök til að standa straum af útlögðum kostnaði við þýðingu námshagsna og síðar höfða innheimtumál gegn íslenska ríkinu fyrir þeim kostnaði. Af nýlegri dómaframkvæmd að dæma verður þó að teljast nokkuð ólíklegt að fallist yrði á slíka kröfu.

²⁰⁴ Hrd. 1. desember 2016 í máli nr. 80/2016.

og 76. gr. stjórnarskrárinnar. Stefnandi byggði einnig á ákvæðum almennra laga sem sérstaklega tryggðu réttindi fatlaðra, sbr. 42. gr. laga nr. 40/1991 um félagsþjónustu sveitarfélaga sem kveður á um að félagsmálanefnd sveitarfélags skuli vinna að því að tryggja fötluðu fólki sambærileg lífskjör og jafnrétti á við aðra borgara. Þá vísaði stefnandi til 10. gr. laga nr. 59/1992 um að fatlað fólk skuli eiga kost á þjónustu sem geri því kleift að búa á eigin heimili og húsnæðisúrræðum miðað við þarfir þess og óskir eftir því sem kostur er. Einnig var vísað til samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks.

Í dómi Hæstaréttar segir að ákvörðun stefnda feli í sér synjun á því að veita stefnanda þjónustu umfram það sem reglur stefnda um beingreiðslusamninga mæltu fyrir um og ákvæði laga um réttindi fatlaðra leggi ekki skyldur á stefnda að veita stefnanda þjónustu umfram ákvæði reglnanna. Þá tók Hæstiréttur fram að ákvæði samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, sem ekki hefði verið lögfestur á Íslandi, gætu ekki aukið þær skyldur um þjónustu við fatlað fólk sem á stefnda væru lagðar samkvæmt lögum. Héraðsdómur var að því sögðu staðfestur. Benda má á að þessi afstaða Hæstaréttar til alþjóðlegs mannréttindasamnings til tryggingar á réttindum fatlaðra, sem Ísland er aðili að og hefur fullgilt, virðist vera í nokkru ósamræmi við tilgang og vilja stjórnarskrárgjafans með breytingu á mannréttindakafla stjórnarskrárinnar árið 1995 þar sem markmiðið var meðal annars að tekið yrði mið af alþjóðlegum mannréttindaskuldbindingum ríkisins.²⁰⁵ Óháð öllum sjónarmiðum um tengsl landsréttar og þjóðaréttar verður ekki séð hver tilgangur þess að fullgilda slíka samninga ætti að vera ef vilji ríkisvaldsins og dómstóla stendur ekki til þess að vernda eða uppfylla þau réttindi eftir fullgildingu með vísan til þess að enn sé ekki búið að lögfesta samninginn.

Í héraðsdómi, sem staðfestur var af Hæstarétti, kom nánar fram að við úrlausn málsins yrði að meta hvort þjónusta stefnda sé nægileg fötluðu fólki samkvæmt lögum og hvort reglur stefnda uppfylli þær kröfur sem lög gera. Hlutverk dómstóla sé þó ekki að ákveða hver þjónustan, stuðningurinn eða framfærslan eigi að vera heldur sé það að tryggja að lágmarksréttindi samkvæmt stjórnarskránni séu til staðar. Þá kom fram að ákvæði reglugerðar nr. 1054/2010, um þjónustu við fatlað fólk á heimili sínu, beri að skýra með hliðsjón af þeim lögum sem þau byggja á. Þar verði að líta til þess að umgjörðin sé í formi rammalöggjafar sem fæli í sér stefnuyfirlýsingar og fjárhagslegt bolmagn verði að vera til staðar eðli máls samkvæmt. Í niðurstöðu dómsins segir

²⁰⁵ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, almennar athugasemdir.

einnig að mikilvægt sé „í þessu sambandi og fyrir úrlausn málsins í heild að dómurinn telur að fjárhagsleg rök geti verið gild fyrir synjun á þjónustu eins og málum er háttað hér á landi.”

Gagnrýna má þessi ummæli héraðsðóms, til að mynda með vísan til þess að eftirlitsnefnd sáttmála Sameinuðu þjóðanna um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, sbr. lög nr. 10/1979, hefur í almennum athugasemdum sínum tekið fram að aðildarríkjum beri að tryggja að veittar verði sérstakar fjárveitingar sem nægja til að tryggja réttindi minnihlutahópa, til að mynda fatlaðra, til jafns við aðra í ríkinu. Nefndin lítur svo á að skylda ríkja til að tryggja slík réttindi sé enn ríkari þegar fjárhagsstaða ríkisins er slæm, það er þrátt fyrir það hvernig „málum er háttað” í ríkjum.²⁰⁶ Þannig má færa rök fyrir því að ríkinu beri að virða, veita og vernda mannréttindi minnihlutahópa samfélagsins óháð mögulegum breytingum á aðstæðum þjóðfélagsins þar sem stjórnarskráin eigi ekki að veita undanþágu frá stjórnarskrárvernduðum grundvallarmannréttindum. Mannréttindi af meiði borgaralegra og stjórnmalalegra réttinda eru til að mynda virt í flestum tilvikum óháð fjárhagslegri stöðu ríkisins.²⁰⁷

Þá segir ennfremur í héraðsdómi að sú málsástæða að sambylíð sem stefnandi búi á, sé skammtí mavistun fyrir börn á aldrinum tólf til sextán ára og því ótækt að stefnandi dveljist þar, geti að mati dómsins ekki eitt og sér leitt til þess að fallist yrði á kröfu stefnanda því þá væri dómurinn í raun óbeint að velja meðferðarúrræði sem sé ekki á færi dómsins. Tekur héraðsdómur sérstaklega fram að það liggi fyrir í málinu að þessi aðstaða stefnanda á sambylí fyrir börn skapist af skorti á úrræðum, sem þó standi líklega til bóta innan skamms. Héraðsdómur taldi því að stefndi hafi farið að lögum þegar tekin var sú ákvörðun sem krafist var ógildingar á og að reglur laga nr. 40/1991 og laga nr. 59/1992 veiti fötluðum réttindi sem fullnægi kröfum 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar.

Gagnrýna má niðurstöðu dómsins að nokkru leyti. Í fyrsta lagi hefði dómurinn í samræmi við fyrri dómaframkvæmd getað tekið til skoðunar hvort það búsetuúrræði sem stefndi bauð stefnanda væri í samræmi við lágmarksréttindi hennar til aðstoðar samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Slík umfjöllun um lögmati vistunarúrræðisins fæli ekki í sér að dómurinn tæki ákvörðun um meðferðarúrræði stefnanda heldur einfaldlega mat á því hvort mannréttindi stefnanda

²⁰⁶ UNECOSOC General Comment No. 5 (1994): Persons with disabilities (9. desember 1994) ECOSOC/GC/1994 3.

²⁰⁷ Hér má þó benda á athyglisverðan dóm Hæstaréttar í Hrd. 24. maí 2017 í máli nr. 391/2016. Dómkrafa málsins var um að viðbótarauðlegðarskattur á eignir stefnanda tiltekin ár yrði felldur niður með vísan til 72. gr., 65. gr. og 76. gr. stjórnarskrárinnar. Hæstiréttur hafnaði kröfu stefnanda og vísaði til þess að þegar auðlegðarskattur var fyrst lögleiddur hefði verið við að etja einstæðan vanda í ríkisfjármálum og brýn þörf verið á að afla ríkissjóði viðbótaskatta.

væru tryggð með hliðsjón af lögfræðilegum sjónarmiðum og mælikvörðum. Gæti dómurinn talið að úrræðið væri í samræmi við lágmarksrétt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar til aðstoðar af hálfu ríkisins eða uppfylli þann rétt ekki og stefndi gæti þá í kjölfarið útfært félagslega aðstoð sína í kjölfar dómsins. Í öðru lagi er athyglisvert að dómurinn tekur sérstaklega fram að búsetuúrræði stefnanda sé vegna skorts á úrræðum og því var stefnanda gert að búa á sambýli með börnum þrátt fyrir að vera sjálf orðin tvítug og þar með fullorðin. Foreldrar stefnanda og sérfræðingar sem höfðu annast hana báru vitni fyrir héraðsdómi og sögðu öll að flutningur á milli úrræða hverja viku henti henni afar illa og hafi slæm áhrif á líðan hennar. Það má að minnsta kosti velta fyrir sér hvort slíkt úrræði yrði talið uppfylla lágmarkskröfur samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar með túlkun í þágu mannréttinda eins og í dómi Hæstaréttar í *Öryrkjamálinu*. Í þriðja lagi má deila um það hvort kröfu 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár, um að tryggja öllum sem þess þurfa rétt til aðstoðar í lögum vegna tiltekinna erfiðleika, sé í raun réttari framfylgt þegar það er litið á löggjöfina sjálfa sem stefnuyfirlýsingu en ekki réttindi sem unnt er að byggja sjálfstæðan rétt á, sbr. ummæli dómsins þar að lútandi. Ekki aðeins er þá litið á ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár sem stefnuyfirlýsingu án efnislegs lágmarksinntaks heldur einnig þá löggjöf sem sett er til að útfæra, tryggja og uppfylla þær kröfur sem stjórnarskráin gerir.

Dómurinn kemst að lokum að þeirri niðurstöðu að fyrirkomulag búsetuúrræðis stefnanda fari ekki í bága við ákvæði 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar sem mælir fyrir um rétt allra til að njóta friðhelgi einkalífs, heimilis og fjölskyldu. Héraðsdómur tekur ekki afstöðu til þessarar málsástæðu en um hana segir Hæstiréttur einfaldlega: „Þá verður ekki fallist á að sú skipan sem er á húsnæðismálum áfrýjanda fari í bága við 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinnar.“ Í frumvarpi til breytinga á stjórnarskránni, sbr. stjórnskipunarlög nr. 97/1995, kemur fram að réttur til friðhelgi heimilis hafi meðal annars þá sérstöku þýðingu að einstaklingur verði ekki án sérstakrar lagaheimildar skyldaður til að fara af heimili sínu.²⁰⁸ Áhugavert hefði verið að sjá dóminn rökstyðja niðurstöðu sína og skera úr um það hvort slíkt búsetuúrræði sé í samræmi við þennan rétt þegar annað raunverulegt og æskilegra heimili stendur fötluðum einstaklingi til boða í sérstakri íbúð á heimili foreldra sinna. Slíkan rökstuðning má hins vegar ekki finna í niðurstöðu dómsins.

²⁰⁸ Alþt. 1994, A-deild, þskj. 389 – 297. mál, um 9. gr.

6.3. Sérfræðiþekking annarra handhafa ríkisvalds

Í dómaframkvæmd hefur að auki verið vísað til sérfræðiþekkingar annarra handhafa ríkisvalds til rökstuðnings fyrir því að dómstólar séu ekki valdbærir til að dæma efnislega í máli er varðar jákvæð mannréttindi með vísan til 2. gr. stjórnarskrár og 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga. Getur það haft þá afleiðingu í för með sér að stefnandi málsins getur ekki leitað til dómstóla til að fá óháða og sjálfstæða efnislega úrlausn um réttindi sín.

Hér má nefna dóm Hæstaréttar nr. 436/2015 (*Bifreiðastyrksmál*)²⁰⁹ en málið varðar kröfu um aðstoð á grundvelli 76. gr. stjórnarskrárinnar og beinist gegn framkvæmdarvaldinu. Í málinu krafðist faðir fjölfatlaðs drengs að Tryggingastofnun ríkisins bæri að greiða sér styrk til bifreiðakaupa vegna sonar síns án þess að fjárhæð styrksins yrði skert. Stefndi hafði samþykkt umsókn stefnanda árið 2013 um styrk en þó þannig að fjárhæð sambærilegs styrks árið 2009 var að fullu dregin frá síðari styrknum. Taldi stefnandi að ákvörðun stefnda stæðist hvorki 1. og 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrár né ákvæði laga nr. 99/2007 um félagslega aðstoð og reglugerð nr. 170/2009 um styrki og uppbætur til hreyfihamlaðra einstaklinga vegna bifreiða. Stefndi hugðist kaupa nýja bifreið þar sem sonur hans hafði stækkað og var bundinn öndunarvél sem skapaði þörf á betur útbúinni og stærri bifreið. Hæstiréttur tók fram að dómstólar væru bærir til þess samkvæmt 60. gr. stjórnarskrár að fjalla um lögmati ákvörðunarinnar. Á hinn bóginn væri það ekki á valdsviði þeirra að leggja sérfræðilegt mat á það hvort stefnda hefði sem stjórnvaldi verið rétt að veita styrkinn og þá hversu háan með tilliti til sjúkdóms sonar stefnanda, fötlunar og annarra aðstæðna. Með vísan til þess að í 3. mgr. 10. gr. laga nr. 99/2007 hefði verið mælt fyrir um að heimilt væri að veita styrk á fimm ára fresti vegna sama einstaklings var talið að ákvörðun stefnda hefði verið lögmæt og málefnaleg. Stefndi var því sýknaður.

Þetta mál er athyglisvert og ætla má að Hæstiréttur hefði getað litið til þess hvort réttur stefnanda til aðstoðar samkvæmt 76. gr. stjórnarskrár væri tryggður þar sem löggjafinn hafði þegar útfært þennan sérstaka rétt og falið stefnda að veita styrkinn. Áhugavert hefði verið að sjá dóminn taka afstöðu til þess hvort að við setningu og útfærslu slíkra reglna þurfi ekki að gera ráð fyrir sérstökum aðstæðum og þörfum hvers einstaklings, hvort málefnalegt sé að fimm ára reglan gildi blint þegar það er á annað borð verið að veita slík réttindi og hvort reglan um skyldubundið mat stjórnvalda gildi ekki í þessu tilviki. Til hliðsjónar má nefna álit umboðsmanns Alþingis í máli nr.

²⁰⁹ Hrd. 10. mars 2016 í máli nr. 436/2015.

2796/1999. Lagagrundvöllur og aðstæður aðila í þessum málum eru ekki sambærilegar þrátt fyrir að um sérstakan bifreiðastyrk vegna fötlunar sé að ræða í báðum tilvikum, en ummæli umboðsmanns vekja hins vegar athygli. Umboðsmaður segir að við afgreiðslu umsókna þar sem reyni á hvort skilyrði tiltekinnar reglugerðar séu uppfyllt þurfi í hverju tilviki að kanna aðstæður og þarfir einstaklings. Þá telur umboðsmaður að við slíkt mat „komi ekki aðeins til álita í hverjum tilgangi bifreiðin er notuð [...]. Þar hljóti t.d. einnig að koma til skoðunar hvernig bifreið viðkomandi ræður við að koma sér fyrir í og stjórna með tilliti til fötlunar hans”.²¹⁰ Í *Bifreiðastyrksmálinu* er til að mynda um lítið barn að ræða og þarfir þess breytast almennt örar en þarfir fullorðins einstaklings sem þarf sérútbúna bifreið vegna fötlunar, barnið stækkar og margt getur gerst í lífi þess á fimm árum eins og í þessu tilfelli. Hins vegar voru lögin skýr og er því unnt að fallast á þessi sjónarmið dómsins þegar litið er til þess að það verður að setja einhver takmörk á félagslega og fjárhagslega aðstoð ríkisins, þó erfitt sé að átta sig á því hver þau takmörk eru.

6.4. Fjárstjórnarvald löggjafans og takmörk dómsvaldsins

Áhugavert mál um samspil fjárstjórnarvalds löggjafans og valdmarka dómstóla má finna í dómi Hæstaréttar í máli nr. 464/2017 (*Sumarbúðamál*).²¹¹ Málið höfðaði daufblind stúlka gegn íslenska ríkinu og krafðist þess að ógilt yrði ákvörðun Samskiptamiðstöðvar heyrnarlausra og heyrnarskertra þar sem kröfu hennar um endurgjaldslausu túlkajónustu í sumarbúðum í Svíþjóð fyrir daufblind ungmenni á Norðurlöndunum var hafnað. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna, var lagt til grundvallar að þeir sem byggju við fötlun líkt og stefnandi ættu samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 65. gr. hennar, rétt á að þeim væri tryggð ákveðin lágmarksaðstoð í lögum án tillits til efnahagslegrar stöðu. Fyrir liggur að stefnanda er ómögulegt að eiga samskipti við annað fólk án aðstoðar táknmálstúlka. Dómurinn vísaði til 6. gr. laga nr. 129/1990 og gjaldskrár nr. 444/2013 þar sem er mælt fyrir um réttinn til endurgjaldslausrar túlkajónustu í 2. gr. á grundvelli fjárveitinga í fjárlögum hvert ár. Rakið var að löggjafarvaldið færi með fjárstjórnarvald ríkisins samkvæmt 41. og 42. gr. stjórnarskrár og ekki væri heimilt að inna gjald af hendi nema ef heimild væri til slíks í fjárlögum eða fjáraukalögum.

Samskiptamiðstöð heyrnarlausra og heyrnarskertra er af hálfu mennta- og menningarmálaráðuneytisins gert að sjá til þess að það fjármagn sem til ráðstöfunar er vegna

²¹⁰ Álit umboðsmanns Alþingis 17. október 2000 í máli nr. 2796/1999.

²¹¹ Hrd. 9. nóvember 2017 í máli nr. 464/2017.

endurgjaldslausrar túlkajónustu dugi út árið og tillit sé tekið til jafnræðis notenda þjónustunnar. Dómurinn leit sérstaklega til þess að kostnaður vegna þjónustunnar sem stefnandi krafðist hefði numið 18% af þeirri fjárveitingu sem löggjafinn hefði ákveðið Samskiptamiðstöðinni fyrir endurgjaldslausu túlkajónustu á því tímabili sem um ræddi. Þannig hefði veiting þjónustunnar til stefnanda leitt til þess að fjármagn hefði hvorki enst út tímabilið né yrði tillit tekið til jafnræðis þeirra sem nýta sér þjónustuna. Synjun á þjónustunni var talin byggð á málefnalegum rökum og í samræmi við settar reglur með tilliti til þess fjármagns sem var til ráðstöfunar. Kröfu stefnanda var því hafnað.

Þessi dómur sýnir fram á þá afstöðu Hæstaréttar að fjárheimildir og fjárveitingarvald löggjafans gangi framur valdheimildum dómstóla og þar með framur virkri vernd jákvæðra mannréttinda þegar vernd mannréttinda krefst frekari fjárveitinga en þá fjárhæð sem löggjafinn hefur ákveðið. Dómstólar taka ekki afstöðu til þess hvort sjónarmið að baki fjárlögum og fjárveitingu löggjafarvaldsins til mismunandi málefna séu rétt metin með hliðsjón af grundvallarreglum íslenskrar stjórnskipunar til verndar mannréttindum, á þeim grundvelli að valdið er falið löggjafanum samkvæmt 41. og 42. gr. stjórnarskrár. Þá segir dómurinn að ákvæði 76. gr. stjórnarskrár veiti einstaklingum ákveðin lágmarksréttindi en ekki er tekin afstaða til þess með skýrum hætti hver þau réttindi eru og hvort þau hafi verið uppfyllt.

Til samanburðar ber að nefna dóm Héraðsdóms Reykjavíkur 30. júní 2015 í máli nr. E-327/2015 þar sem reynir á sambærileg álitaefni og réttindi, en dómnum var ekki áfrýjað til Hæstaréttar. Stefnandi málsins var ung daufblind kona sem einnig höfðaði mál gegn Samskiptamiðstöð heyrnarlausra og heyrnarskertra og íslenska ríkinu vegna synjunar Samskiptamiðstöðvarinnar á að veita henni endurgjaldslausu túlkajónustu. Í niðurstöðu héraðsdóms var vísað til þess að Samskiptamiðstöðinni sé, sem opinberri stofnun, falið með lögum nr. 129/1990 að veita þeim túlkajónustu sem þurfa hana til samskipta við aðra. Þá sé það grundvallarregla hér á landi að lögbundna, opinbera þjónustu af því tagi beri að veita án þess að endurgjald komi fyrir, nema kveðið sé um annað í lögum. Í 6. gr. framangreindra laga er þó veitt heimild fyrir ráðherra til að setja gjaldskrá fyrir slíka þjónustu en í frumvarpi til laganna segir að eðlilegt þyki að „taka megi gjald fyrir þjónustu veitta öðrum aðilum en heyrnarlausum og heyrnarskertum.“²¹²

²¹² Alþt. 1990, A-deild, þskj. 102 – 99. mál, athugasemdir við 6. gr.

Þá vísar héraðsdómur til 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og tekur fram að einstaklingar eins og stefnandi, er þurfa aðstoð sérhæfðra túlka í snertitáknmáli til að eiga í samskiptum við aðra, eigi stjórnarskrárvarinn rétt á að í lögum sé þeim tryggð lágmarksaðstoð af þessum toga, sbr. 65. gr. stjórnarskrár. Þeir sem slíka þjónustu þurfi eigi að geta fengið lágmarksaðstoð sem þeir eiga rétt á, án þess að það skapi þeim fjárhagslega byrði. Samkvæmt upplýsingum frá forstöðumanni Samskiptamiðstöðvarinnar, fær hver og einn túlkaþjónustu endurgjaldslaus í um níu til 12 klukkustundir á ári, ef miðað er við fjölda þeirra sem nýtir þjónustuna og það fjármagn sem fyrir liggur, en eftisþurn eftir þjónustunni hafi verið um 2.900 klukkustundir á ári og þörfin mun meiri. Héraðsdómur féllst á að höfnunin hafi brotið gegn rétti stefnanda samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Þá segir að þessi réttur gangi „framar fyrir mælum fjárlaga um greiðslu framlaga til endurgjaldslausrar táknmálstúlkunar.“ Stefnandi fékk því endurgreidda þá fjárhæð sem hún var talin hafa ofgreitt fyrir túlkaþjónustu ásamt miskabótum.

Hér ber einnig að nefna í ljósi niðurstöðu Hæstaréttar í *Sumarbúðamálinu* að árið 2005 gerði umboðsmaður Alþingis athugasemd við ósamræmi og óskýrleika þegar kemur að lagaheimild fyrir gjaldtöku vegna túlkaþjónustu í texta ákvæðisins og ummælum í lögskýringargögnum, en lögskýringargögn bendi til þess að ekki skuli tekið gjald fyrir þjónustuna fyrir heyrnarlausu og heyrnarskerta.²¹³ Tók umboðsmaður fram að ef löggjafinn setur á fót stofnun sem veiti fötluðum einstaklingum þjónustu samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar yrði að vera skýrt af ákvæðum laganna hvort þjónustan skyldi veitt gegn gjaldi eða að kostnaðarlausu. Þá benti umboðsmaður á að löggjafinn yrði að leggja sérstakt mat á það hvort sú réttindarvernd sem er veitt fötluðum með 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar leiði til þess að þeir eigi rétt á slíkri þjónustu án endurgjalds, sbr. 65. gr. stjórnarskrárinnar, svo þeir geti sinnt lögsmætum skyldum sínum eins og aðrir borgarar eða gætt lögvarinna réttinda sinna með fullnægjandi hætti. Umboðsmaður taldi einnig að ráðherra hefði ekki heimild til að framselja vald sitt samkvæmt 6. gr. laganna til Samskiptamiðstöðvarinnar vegna ákvörðunar um úthlutun endurgjaldslausrar túlkaþjónustu og skilyrði hennar. Réttarstaðan er hins vegar að miklu leyti sú sama nú 12 árum síðar en Samskiptamiðstöðin hefur lengi óskað eftir því að ráðuneytið setji reglugerð sem mælir fyrir um það með hvaða hætti stofnunin skuli veita þjónustuna og hvaða sjónarmiða skuli líta til í

²¹³ Álit umboðsmanns Alþingis 18. maí 2005 í máli nr. 4182/2004.

því sambandi.²¹⁴ Eftirfarandi ummæli dómsins í *Sumarbúðamálinu* eru áhugaverð með hliðsjón af framangreindu:

Að mati dómsins hefur stefnandi ekki sýnt fram á að stefndi SHH hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga og þá verður ekki séð hvernig setning sérstakrar reglugerðar hefði aukið möguleika stefnanda á úthlutun þegar horft er til þess nauma fjármagns sem veitt er í þennan málaflökk.

Ef skýrar og málefnalegar reglur væru til staðar sem skilgreindu stjórnarskrárvarin réttindi fatlaðra einstaklinga þegar kemur að endurgjaldslausri túlkajónustu, hvenær þjónustan verði veitt og hvaða sjónarmiða beri að líta til við úthlutun, má ætla að einstaklingum verði hið minnsta ljóst hvaða réttindi þeir eiga og hvaða forsendur liggi að baki þegar ekki er unnt að fallast á beiðni þeirra um þjónustu. Þá virðist Samskiptamiðstöð heyrnarlausra og heyrnarskertra búa yfir nokkuð takmörkuðum fjármunum til að veita þeim einstaklingum endurgjaldslosa túlkajónustu sem þurfa aðstoð túlks við allar athafnir daglegs lífs, þrátt fyrir að rík þörf sé á slíkri aðstoð. Má segja að það geti komið í veg fyrir að heyrnarlausir einstaklingar geti notið sama réttar og aðrir sem ekki þarfnast túlkajónustu til allra athafna og samskipta í samræmi við jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrár. Þar sem 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár mælir aðeins fyrir um „aðstoð“ til þeirra sem þess þurfa af slíkum ástæðum telja dómstólar hendur sínar bundnar þegar löggjöf er til staðar, í stað þess að þeir leggi mat á þýðingu hugtaksins með hliðsjón af lögfræðilegum mælikvörðum og lögskýringum þar sem mannréttindi hafa sérstakt vægi. Ef litið er á rétt fatlaðra til að njóta mannréttinda og lífsgæða til jafns við aðra sem raunveruleg réttindi er ekki annað hægt en að taka undir niðurstöðu héraðsdóms Reykjavíkur um að réttur stefnanda til túlkajónustu sem mannréttinda gangi frammar fjárlögum. Í samræmi við það má segja að efnisleg úrlausn slíkra mála ætti að geta fallið undir valdheimildir dómstóla þrátt fyrir fjárstjórnarvald löggjafans, sem einnig má rökstyðja með vísan til 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár.

²¹⁴ Sjá ummæli forstöðumanns Samskiptamiðstöðvarinnar í Elín Margrét Böðvarsdóttir, „Ítrekað kallað eftir aðgerðum ráðuneytis“ Morgunblaðið (Reykjavík 22. júní 2017) <http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/06/22/itrekad_kallad_eftir_adgerdum_raduneytis/> skoðað 10. desember 2017.

6.5. Ályktanir af dómaframkvæmd

Af dómaframkvæmd Hæstaréttar má sjá að vernd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra mannréttinda varð rík stuttu eftir stjórnarskrárbreytinguna árið 1995 og næstu ár á eftir með virku aðhaldi dómstóla gagnvart öðrum handhöfum ríkisvaldsins. Virðist Hæstiréttur ekki hafa litið svo á að valdmörk sín takmarkist að öllu leyti við ákvarðanir löggjafarvaldsins eða útfærslu framkvæmdarvaldshafa á jákvæðum mannréttindaákvæðum, heldur hvíli sérstök skylda á dómstólum um að tryggja að efnislegt inntak þeirrar útfærslu samræmist þeim lágmarkskröfum sem stjórnarskráin felur í sér. Með nýrri dómum sínum virðist Hæstiréttur hins vegar líta svo á að það sé aðeins í höndum dómstóla að kanna hvort viðeigandi lög og reglur hafi verið settar, hvort þeim var fylgt og hvort jafnræðis var gætt við málsmeðferð. Virðist dómurinn telja að það falli nær alfarið utan valdheimilda dómstóla að fjalla efnislega um inntak tiltekinna réttinda sem stjórnarskráin mælir fyrir um, sér í lagi jákvæðra mannréttinda af félagslegum toga, með vísan til 2. gr. stjórnarskrár.²¹⁵

Í dómum kemur nánast undantekningarlaust fram að dómstólum beri að meta hvort löggjöf sé í samræmi við lágmarkskröfur stjórnarskrárinnar líkt og tekið var fram í dómi Hæstaréttar í *Öryrkjamálinu*, en dómstólar virðast líta breyttum augum á hvað felist í sínu hlutverki við það mat. Má jafnvel segja að slíkt mat fari í raun ekki fram af hálfu dómstóla. Þegar litið er til nýlegrar dómaframkvæmdar um jákvæð félagsleg réttindi má þannig ráða að það sé undir löggjafanum komið að úthluta réttindum af þessum toga ásamt mögulegri útfærslu framkvæmdarvaldsins, án aðhalds, endurskoðunar eða óháðu efnislegu mati dómstóla. Þá verður að telja að svo lengi sem löggjöf hefur verið sett sem mælir fyrir um tiltekin réttindi sem stjórnarskráin gerir kröfu um að verði fest í lög, þá muni dómstólar ekki kafa dýpra í forsendur löggjafarinnar, inntak eða afleiðingar hennar á raunverulega vernd mannréttinda.

²¹⁵ Kári Hólmur Ragnarsson, „Falsvönir Öryrkjabandalagsdómsins? – nýleg dómaframkvæmd um félagsleg réttindi“ 70 (Úlfjótur tímarit laganema 2017) 41, 81.

7. Afleiðingar valdmarka dómstóla á vernd jákvæðra mannréttinda og réttmæti þeirra

Ákvæði 70. gr. stjórnarskrár leggur þá skyldu á dómstóla að tryggja borgurum ríkisins viðeigandi og fullnægjandi réttarvernd með aðgangi að dómstólum til réttlátrar úrlausnar um réttindi sín og skyldur. Þegar dómstólar hafa reynt að halda uppi og virða rétt almennra borgara til aðgangs að dómstólum gagnvart ríkisvaldinu með framsæknum og jafnvel langsóttum lögskýringum hafa hins vegar vaknað upp háværar raddir um að dómstólar hafi farið út fyrir valdmörk sín og inn á heimildir annarra valdhafa.²¹⁶ Slík gagnrýni átti sér stað eftir stefnubreytingu Hæstaréttar um inntak 76. gr. stjórnarskrárinnar í *Öryrkjamálinu*. Halda má uppi gagnrýni annars eðlis þegar litið er til nýlegrar dómaframkvæmdar líkt og *Sambýlismálsins*, *Námmsgagnamálsins* og *Bótafjárhæðarmálsins*, það er að dómstólar standi ekki undir hlutverki sínu við að veita öðrum handhöfum ríkisvaldsins aðhald og tryggja mannréttindi einstaklinga.

Í eftirfarandi umfjöllun verður farið nánar yfir þær afleiðingar sem valdmörk dómstóla geta haft á vernd jákvæðra mannréttinda og síðar hvort þessar afleiðingar séu réttlætanlegar af stjórnskipulegum ástæðum. Að lokum verður litið til þess hvort þörf sé á úrbótum.

7.1. Afleiðingar valdmarka dómstóla á vernd jákvæðra mannréttinda

Einstaklingar sem þarfnast aðstoðar frá hinu opinbera á grundvelli 76. gr. stjórnarskrárinnar eru jafnan í sérstaklega viðkvæmri stöðu í þjóðfélaginu og þarfnast aðstoðar til að geta staðið jafnfætis öðrum í mikilvægum þáttum daglegs lífs. Færa má rök fyrir því að hinir pólitísku valdhafar geti þó gengið nokkuð skammt í viðleitni sinni til að mæta þessum réttindum í samræmi við kröfur 76. gr. stjórnarskrárinnar þar sem ákvæðið sjálft mælir ekki skýrlega fyrir um það hver réttindin eru og takmörk þeirra. Einstaklingar sem telja réttindi sín ekki virt af hálfu löggjafarvaldsins og framkvæmdarvaldsins hafa því leitað til dómstóla í von um að sjálfstæður og óháður aðili skeri úr um það hver réttindi þeirra raunverulega eru samkvæmt 76. gr. stjórnarskrárinnar.

Valdmörk dómstóla leiða hins vegar til þess að dómstólar telja sig ekki bæra til að meta inntak þeirra réttinda sem ákvæðið verndar. Dómstólar virðast ekki heldur telja sig bæra til að meta hvort lagaákvæði sem sett eru til að fullnægja kröfum ákvæðisins séu í samræmi við réttindin sem ákvæðið á að veita. Þá virðist löggjafinn ekki sæta aðhaldi frá dómstólum við forgangsroðun

²¹⁶ Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253, 265.

fjármuna þannig að jákvæð mannréttindi stjórnarskrár séu tryggð. Dómstólar telja sig að auki almennt ekki valdbæra til mats á því hvort athafnir eða athafnaleysi framkvæmdarvaldshafa séu í samræmi við þau réttindi sem 76. gr. stjórnarskrár mælir fyrir um eða jafnvel lög sem sett hafa verið með hliðsjón af ákvæðinu. Má rekja það til þess að ákvæðin geta verið almennt orðuð í formi yfirlýsinga sem framkvæmdarvaldshafa er falið að útfæra nánar, meðal annars með hliðsjón af fjárveitingum löggjafans. Fjárhagsleg sjónarmið virðast þannig geta ráðið því alfarið hvaða aðstoð verður veitt til þeirra sem eru í viðkvæmri stöðu, tilheyrta minnihlutahópi eða þarfnast sérstakrar verndar.

Færa má rök fyrir því að aðgangur að dómstólum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár og réttur til réttlátrar málsmeðferðar sé takmarkaður þegar litið er til framangreindra afleiðinga. Einstaklingar geta þannig ekki leitað til hlutlausra og óháðra dómstóla til mats á því hver mannréttindi þeirra eru, hvort þau hafi verið brotin eða hvort þau hafi verið veitt með fullnægjandi hætti. Þrátt fyrir að erfiðleikar við framsetningu kröfugerða í slíkum málum geti haft áhrif á valdbærni dómstóla verður ekki séð að dómstólar muni taka afstöðu til vel framsettrar kröfugerðar þegar kemur að jákvæðum mannréttindum 76. gr. stjórnarskrár. Ætla verður að réttarfarsleg skilyrði séu sem slík ekki ástæða þess að þeim málum sé vísað frá með vísan til 1. mgr. 24. gr. einkamálalaga og jafnframt oft á tíðum 1. mgr. 25. gr. laganna, heldur spili þar lykilhlutverk sú afstaða sem dómstólar taka til hlutverks síns í stjórnskipuninni.

Í samræmi við framangreint má jafnframt færa rök fyrir því að pólitískum handhöfum ríkisvalds sé ekki veitt nægilegt aðhald af dómstólum miðað við þróun þjóðfélagsins og þær kröfur til athafna sem samfélagið gerir nú á tímum til ríkisvaldsins. Með því að dómstólar telji sig ekki bæra til að komast efnislega að niðurstöðu og meta forsendur eða sjónarmið að baki athöfnum eða athafnaleysi í slíkum málum má segja að allt ríkisvald sem fer með ákvarðanatöku innan velferðarkerfisins safnist saman á einni hendi nátengdra valdpátta án endurskoðunar dómstóla.

7.2. Réttmæti þeirra afleiðinga sem valdmörk dómstóla hafa á vernd jákvæðra mannréttinda

Hér á eftir verða helstu niðurstöður dregnar dregnar saman um þau sjónarmið sem hafa verið sett fram með og á móti því hvort dómstólar ættu að teljast valdbærir til að komast að efnislegri niðurstöðu í málum sem varða jákvæð mannréttindaákvæði. Metið verður hvort framangreindar afleiðingar af valdmörkum dómstóla séu réttlætanagerar með hliðsjón af þeim stjórnskipulegu álitaefnum sem við eiga.

7.2.1 Efnislegt inntak jákvæðra mannréttindaákvæða

Óljóst efnislegt inntak jákvæðra mannréttindaákvæða hefur leitt til þess að dómstólar telja sig ekki bera til að komast að niðurstöðu á grundvelli orðalags þeirra. Það eru án efa réttmæt sjónarmið þegar engu reglu er unnt að lesa úr ákvæði sem hefur ekki og er ekki ætlað að hafa efnislegt inntak. Það má hins vegar færa rök fyrir því að dómstólar ættu almennt að teljast bærir til að dæma í máli á grundvelli stjórnarskrárákvæða líkt og 76. gr. þrátt fyrir að efnislegt inntak réttarins sé ekki að öllu leyti ljóst.

Ákvæðið mælir fyrir um skyldu löggjafans til að tryggja í lögum „aðstoð“ til þeirra sem þess þurfa vegna tiltekinna aðstæðna, rétt til menntunar við hæfi og sérstaka vernd barna. Telja verður að þegar mannréttindaákvæði mælir fyrir um slíka reglu eða skyldu til athafna, sem unnt er að meta með hliðsjón af lögfræðilegum mælikvörðum eins og jafnræði einstaklinga, markmiði ákvæðis, skýringu hugtaka, málefnalegum sjónarmiðum og slíkum atriðum ættu dómstólar almennt að vera valdbærir til að komast að niðurstöðu um réttindin þegar á þau reynir í tilteknu máli þar sem afleiðingar athafna eða athafnaleysis liggja fyrir. Verður ekki litið svo á að við lögfræðilega túlkun þess efnis fari dómstólar almennt of nálægt stjórnskipulegum valdmörkum sínum þó það geti átt við í einstökum málum.

7.2.2. Lýðræðisleg sjónarmið

Lýðræðislegt umboð löggjafarvaldsins hefur fengið nokkuð vægi í umfjöllun um valdmörk dómstóla á þeim grundvelli að löggjafinn sæki völd sín til þjóðarinnar en ekki dómstólar. Af því leiðir að dómstólar hafi ekki valdheimildir til að meta athafnir eða athafnaleysi þeirra aðila sem þjóðin hefur veitt sérstakt umboð til ákvarðanatöku um þeirra hag. Hér verður hins vegar litið svo á að lýðræðislegt umboð löggjafans sé eitt og sér ekki réttlæt看leg ástæða fyrir því að dómstólar vísi málum sem varða jákvæð stjórnarskrárvarin mannréttindi almennt frá dómi eða sýkni án efnislegrar afstöðu. Dómstólar hafa heimild til að dæma um stjórnskipulegt gildi laga og valdmörk yfirvalda, þeir dæma í málum á grundvelli laga samkvæmt 61. gr. stjórnarskrárinnar en undir það hlýtur að falla skýring lögfræðilegra hugtaka auk þess sem einstaklingar eiga stjórnarskrárvarin rétt til aðgangs að dómstólum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar. Slík afgreiðsla dómstóla ætti því að heyra til undantekninga en ekki að vera útfærð sem meginregla líkt og þróun dómaframkvæmdar virðist stefna að.

Í nútímapjóðfélagi er þess krafist að löggjafinn taki tillit til margvíslegra ólíkra sjónarmiða úr ýmsum áttum og í sömu andrá hefur aukin þörf skapast fyrir lagasetningu á öllum sviðum samfélagsins. Verður því að telja dómstóla hæfustu aðila stjórnskipunarinnar til að meta hvort löggjafinn hafi tekið tillit til þeirra lögfræðilegu krafna sem grundvöllur ríkisvaldsins hér á landi, stjórnarskráin, gerir til lagasetningar til að veita einstaklingum sérstaka aðstoð.

7.2.3. Fjárhagsleg sjónarmið

Fjárhagsleg sjónarmið geta komið í veg fyrir að dómstólar taki efnislega afstöðu til inntaks jákvæðra mannréttinda þegar einstaklingur telur löggjafarvaldið eða framkvæmdarvaldið hafa brugðist við að tryggja slíkt réttindi. Löggjafarvaldið fer eitt með fjárveitingarvald ríkisins og dómstólar fara ekki með slíkt vald. Dómstólar verða því ávallt að gæta varfærni þegar dómkrafa í máli getur falið í sér fjárhagsleg útgjöld ríkisins ef fallist yrði á hana.

Staðreyndin er hins vegar sú að íslenskir dómstólar hafa stjórnskipulega heimild til að meta hvort athafnir ríkisvaldshafa séu í samræmi við grundvallarreglur ríkisins. Þar sem samfélag okkar gerir þá kröfu að grundvallarréttindi einstaklinga séu virt með því að veita dómstólum slíkt endurskoðunarvald þá verður stjórnskipunin einnig að þola að dómstólar geti í afmörkuðum tilvikum komist að niðurstöðu sem leiðir til fjárúthlutunar til verndar réttindum einstaklinga. Verður ekki séð að sjónarmið um bága fjárhagsstöðu ríkisins ættu almennt að hafa áhrif á þessa heimild dómstóla. Má ætla að fjárhagsstaða íslenska ríkisins sé almennt í góðu standi á alþjóðlegan mælikvarða og íslenska ríkið ætti í raun að geta gegnt leiðandi hlutverki þegar kemur að vernd mannréttinda.

7.2.4. Sérstök sjónarmið er varða framkvæmdarvaldshafa

Dómstólar hafa í gegnum tíðina ekki talið sig valdbæra til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir að öllu leyti sem meðal annars má rekja til stjórnskipulagsins þegar fyrsta stjórnarskrá Íslands var sett árið 1874. Samfélagið hefur hins vegar breyst í öllum veigamiklum atriðum frá þeim tíma og gegna framkvæmdarvaldshafar nú umfangsmiklu hlutverki við að efna, vernda og veita tiltekin efnahagsleg, félagsleg og menningarleg mannréttindi. Má líta svo á að þær breytingar sem orðið hafa seinustu áratugi ættu að veita dómstólum fullnægjandi heimild til að meta inntak og efni matskenndra stjórnvaldsákvarðana þegar kemur að stjórnarskrárvörðum mannréttindum. Í því sambandi ber sérstaklega hafa í huga ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar sem veitir einstaklingum rétt til aðgangs að dómstólum til réttlátrar úrlausnar sakarefnis.

Þá verður einnig að líta til þess að lýðræðisleg sjónarmið eiga ekki við með sama hætti gagnvart framkvæmdarvaldinu og þegar mál varðar löggjafarvaldið þar sem framkvæmdarvaldið er ekki kosið með beinum lýðræðislegum kosningum. Hefur því verið litið svo á að dómstólar þurfi ekki að halda að sér höndum á grundvelli lýðræðislegra sjónarmiða þegar þeir dæma um gildi stjórnvaldsákvarðana þrátt fyrir að þær byggi á matskenndum lagaheimildum.²¹⁷ Sérfræðipekking innan stjórnvæðis slunnar er þó óneitanlega nauðsynleg í mörgum málaflokkum til réttar og vandaðrar úrlausnar í málum og unnt er að fallast á þau sjónarmið þegar tiltekið stjórnvald býr yfir þekkingu sem ekki er unnt að sækja annarsstaðar. Dómstólar eru hins vegar fyllilega bærir til að skera úr um það hvort lögfræðileg hugtök og ákveðin réttindi séu réttilega metin og veitt nægilegt vægi við töku ákvörðunar eða setningu reglna er varða jákvæð mannréttindi. Þá ættu dómstólar einnig að geta metið hvort lögfræðileg sjónarmið réttlætti afleiðingar slíkrar framkvæmdar. Má ætla að slík úrlausn ætti að vera dómstólum tæk í stórum hluta mála vegna athafna eða athafnaleysis framkvæmdarvaldshafa er varða jákvæð mannréttindi á grundvelli 76. gr. stjórnarskrár.

7.2.5. Þekking dómstóla

Álitaefni um þekkingu dómstóla geta vaknað við mat á því hvort dómstólar séu bærir til að dæma efnislega í málum sem varða flókin, félagsleg málefni og gera kröfu um pólitíska og fjárhagslega þekkingu á málefnum ríkisins. Til að komast að efnislegri niðurstöðu verða dómstólar oft á tíðum að meta forsendur löggjafar eða framkvæmdar sem byggist á ákvarðanatöku í kjölfar vandlegar skoðunar á samfélagslegum aðstæðum. Slík atriði er löggjafinn helst talinn bær að meta og framkvæmdarvaldshöfum er jafnframt í mörgum tilvikum veitt heimild til að útfæra réttindin nánar.

Telja verður að takmörk á úrskurðarvaldi dómstóla geti átt rétt á sér vegna slíkra sjónarmiða þegar hagsmunir einstaklinga eru betur tryggðir með slíkri takmörkun. Við efnislega niðurstöðu í máli er varðar jákvæð réttindi samkvæmt 76. gr. stjórnarskrár verða dómstólar því að gæta varfærni og taka tillit til mikilvægra pólitískra og sérfræðilegra sjónarmiða sem lögð hafa verið til grundvallar af öðrum ríkisvaldshöfum. Þetta leiðir hins vegar ekki til þess að dómstólum beri að hafna alfarið að meta forsendur ákvarðanatöku ríkisvaldshafa þegar kemur að stjórnarskrárbundnum réttindum heldur ber þeim að meta réttmæti þeirra með hliðsjón af öllum aðstæðum. Dómstólar eru sérfróðir í lögum og reglum og þar með talið mannréttindum sem segja

²¹⁷ Ragnhildur Helgadóttir, „Vald dómstóla til að endurskoða stjórnvaldsákvarðanir“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 99, 109.

má að verði að vera í forgrunni við öll störf dómstóla til að tryggja réttindi einstaklinga. Ættu dómstólar því að geta komist að efnislegri niðurstöðu á grundvelli lögfræðilegra sjónarmiða í að minnsta kosti stórum hluta slíkra mála samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár þó finna megi mál sem sæta þar undantekningu af sérstökum ástæðum.

7.3. Æskilegar breytingar

Það er nánast ógerlegt fyrir ríkisvaldið að tryggja jafna stöðu allra að öllu leyti með hliðsjón af öllum mögulegum aðstæðum. Þeir sem eru í erfiðri félagslegri stöðu eða glíma við fatlanir þurfa þannig oft á tíðum að verða fyrir því sem í ströngum skilningi mætti kalla mismunun eða ójafnræði. Það standa hins vegar sterk rök til þess í nútímasamfélagi að staða þeirra mannréttindaákvæða sem stefna að því að vernda þá sem allra minnst mega sín verði styrkt og komið á samræmdri framkvæmd þegar kemur að slíkum málum. Þróun samfélagsins hefur einfaldlega breytt um stefnu með aukinni mannréttindavernd þegar kemur að einstaklingum sem þarfnast sérstakrar aðstoðar með auknum kröfum um athafnaskyldu til að tryggja jafnræði einstaklinga. Skoðanir eru hins vegar skiptar um það hvernig beri að koma á slíkri framkvæmd. Kemur þar til skoðunar hvort breyta þurfi stjórnarskránni eða hvort túlka megi stjórnarskrána breytilega til að auka vernd mannréttinda tiltekinna hópa. Ólík sjónarmið eru uppi um það hvor aðferðin muni tryggja betur réttaröryggi einstaklinga og fyrirsjáanleika í dómaframkvæmd.

Fæstir andmæla því að breyting á stjórnarskránni er æskilegasta leiðin til að auka vernd mannréttinda. Væri með slíkum breytingum unnt að skýra nánar hvað felst í aðstoð samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár og hvenær skylda er til athafna. Margvísleg vinna hefur þegar átt sér stað og unnið hefur verið að mögulegum útfærslum til breytinga á stjórnarskránni á seinustu árum. Hér má nefna vinnu Stjórnlaganefndar við tillögu að nýrri stjórnarskrá Íslands. Í skýrslu nefndarinnar voru til dæmis gerðar tillögur um að bæta við 65. gr. stjórnarskrár að mismunun á grundvelli fötlunar væri óheimil. Þá var lagt til að stjórnarskrárbinda þá reglu að ríkinu bæri að fylgja alþjóðlegum skuldbindingum sínum á sviði mannréttinda. Það átti að auðvelda þróun mannréttindaákvæða án þess að breyta yrði mannréttindakafla stjórnarskrárinnar formlega sem var einna helst talið geta gert félagslegum réttindum hærra undir höfði.²¹⁸ Slíkt ákvæði átti að mæla fyrir um skyldu allra þátta ríkisvaldsins, sveitarfélaga, framkvæmdarvaldsins, löggjafarvaldsins og

²¹⁸ Stjórnlaganefnd, „Skýrsla stjórnlaganefndar 2011: Þjóð til þings“ (Guðrún Pétursdóttir ritstj., Stjórnlaganefnd 2011) 84-85.

dómstóla, til að grípa til jákvæðra athafna svo mannréttindi verði virt og úrræði verði virk fyrir þá sem telja rétt sinn brotinn.²¹⁹ Stjórnarskránni hefur þó ekki enn verið breytt enda er um afar vandað ferli að ræða sem tekur tíma og margþætta rannsóknarvinnu.

Það má hins vegar færa rök fyrir því að ekki sé þörf á að breyta stjórnarskránni eða ákvæðum einkamálalaga þegar kemur að valdheimildum dómstóla í málum vegna jákvæðra mannréttindaákvæða. Dómstólar geta þess í stað breytt túlkun sinni á 76. gr. stjórnarskrárinnar líkt og segja má að hafi þegar gerst seinustu áratugi með þrengingu á valdheimildum dómstóla. Ætlun stjórnarskrárgjafans með breytingu á mannréttindakafla hennar árið 1995 var meðal annars að færa stjórnarskrárbundna vernd mannréttinda til samræmis við alþjóðlega mannréttinasáttmála. Í slíkum sáttmálum hefur almennt ekki verið talið æskilegt að mæla með of skýrum hætti fyrir um inntak mannréttindaákvæða þar sem hætta getur skapast á að ákvæðin verði túlkuð of þröngt og litið á orðalag þeirra sem tæmandi um þá vernd sem þau veita. Við túlkun alþjóðlegra mannréttinasáttmála gildir því almennt sú regla að verndin skuli frekar talin meiri en minni og réttindin skuli þróast í samræmi við þær aðstæður og kröfur sem samfélagið gerir. Er til að mynda viðurkennt að Mannréttinasáttmáli Evrópu sé „lifandi“ eða „dynamic“ og ákvæði hans skuli túlka með hliðsjón af þeim aðstæðum sem uppi eru hvert sinn.²²⁰

Einstaklingar sem þarfnast sérstakrar aðstoðar frá hinu opinbera eru oft í viðkvæmri stöðu eða tilheyra minnihlutahópum og geta átt erfiðara en aðrir með að koma sínum lýðræðislegu sjónarmiðum á framfæri. Þar sem dómstólar hafa það hlutverk í íslenski stjórnskipun að veita öðrum ríkisvaldshöfum aðhald má segja að slíku aðhaldi eigi sérstaklega að vera beitt í málum til verndar einstaklingum sem þarfnast sérstakrar aðstoðar.²²¹ Færa má rök fyrir því að dómstólar ættu að geta litið til sérstakra skýringarsjónarmiða við úrlausn mála er varða jákvæð mannréttindaákvæði eins og 76. gr. stjórnarskrárinnar þannig að verndin sem ákvæðið veitir verði raunveruleg og virk til hagsbóta fyrir þá einstaklinga sem standa höllum fæti í samfélaginu. Það munu þó ávallt vera einhver takmörk á því hversu langt dómstólar mega ganga við mat á því hvort löggjafarvaldið eða framkvæmdarvaldið hafi uppfyllt jákvæðar skyldur sínar. Þau takmörk mega

²¹⁹ Stjórnlaganefnd, „Skýrsla stjórnlaganefndar 2011: Þjóð til þings“ (Guðrún Pétursdóttir ritstj., Stjórnlaganefnd 2011) 89.

²²⁰ Ana Gómez Heredero, *Social security as a human right: the protection afforded by the European Convention on human Rights* (Council of Europe Publishing 2007) 22.

²²¹ Sjá til að mynda ríflega þriggja áratuga gamla umfjöllun þar sem slík sjónarmið eru viðruð í Torstein Eckhoff, „Domstolenes rettsskapende virksomhet“ (1974) 27 Úlfjótur tímarit laganema 274, 278.

hins vegar ekki koma í veg fyrir að ákveðin mannréttindi séu tryggð og að rétturinn til aðgangs að dómstólum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrár sæti takmörkunum þegar kemur að athöfnum ríkisvaldshafa. Dómstólar ættu ekki að komast að efnislegri niðurstöðu sem er þvert á skýran vilja löggjafarvaldsins en telja verður að slíkar aðstæður séu almennt ekki til staðar í málum líkt og flestum þeim sem að framan voru rakin þrátt fyrir að dómkröfur geti gengið lengra en löggjafinn hefur ákveðið. Ef varfærni er gætt ættu dómstólar að geta gegnt grundvallarhlutverki til verndar jákvæðum efnahagslegum, félagslegum og menningarlegum réttindum slíkra hópa án þess að fara gegn þeirri meginskipan sem stjórnarskráin mælir fyrir um.

8. Lokaorð

Í ritgerð þessari hefur verið leitast við að svara þeirri spurningu *hvort valdmörk dómstóla standi í vegi fyrir því að jákvæð mannréttindi séu virt með því að takmarka aðgang að dómstólum*. Í allri umfjöllun var megináhersla lögð á úrskurðarvald dómstóla og takmörk þess þegar kemur að þeim efnahagslegu, félagslegu og menningarlegu mannréttindum sem ákvæði 76. gr. stjórnarskrár veitir. Með breytingu á mannréttindakafli stjórnarskrárinnar árið 1995 var staða mannréttindaákvæða í íslenskri stjórnskipun styrkt og í kjölfar þess reyndi nokkuð á valdmörk dómstóla og varð uppi ágreiningur um það hversu langt úrskurðarvald dómstóla nær.

Margvísleg stjórnskipuleg álitafni geta komið upp þegar mál er höfðað á grundvelli jákvæðra mannréttindaákvæða stjórnarskrár sem krefjast athafna af hálfu ríkisvaldsins. Þegar litið var til nýlegrar dómaframkvæmdar er varðar jákvæð mannréttindi var komist að þeirri niðurstöðu að dómstólar virðist telja endurskoðunarhlutverk sitt gagnvart öðrum ríkisvaldshöfum takmarkaðra en áður. Var litið svo á að það geti leitt til þess að aðgangur að dómstólum samkvæmt 1. mgr. 70. gr. stjórnarskrárinnar verði í reynd takmarkaður þegar kemur að jákvæðum mannréttindaákvæðum. Afleiðingar sem valdmörk dómstóla hafa haft á virka vernd jákvæðra mannréttinda voru taldar þær að þeir sem eru í hvað erfiðustu aðstöðu af þegnum samfélagsins fá ekki úrlausn mála sinna fyrir sjálfstæðum og óháðum dómstólum og er ekki unnt að líta svo á að sú takmörkun sé réttlæt看leg að öllu leyti þrátt fyrir þau stjórnskipulegu álitafni sem vakna í því sambandi.

Dómaframkvæmd seinustu áratuga sýnir hins vegar fram á að valdmörk dómstóla eru ekki fastákveðin heldur geta þróast í tímans rás með túlkun dómstóla á valdmörkunum. Það virðist því ekkert standa því í vegi að dómstólar rýmki valdmörk sín í samræmi við þær kröfur sem samfélagið gerir og skoði lögmæti athafna annarra handhafa ríkisvaldsins með breytilegri túlkun á valdmörkum sínum og inntaki félagslegra mannréttindaákvæða. Dómstólar gegna mikilvægu hlutverki þegar kemur að þróun mannréttinda og þegar dómstólar halda að sér höndum er hættu á að þróunin geti staðnað og verndin verið takmörkuð. Líta má svo á að ef stjórnarskráin er virt í heild sinni þá ættu dómstólar að geta talið valdheimildir sínar standa til þess að mæla fyrir um réttmæti athafna eða athafnaleysis löggjafans og framkvæmdarvaldsins, jafnvel þó það gæti leitt til fjárveitinga. Dómstólar geta þannig staðið undir þeim kröfum sem gera má til þeirra og stuðlað að virkri vernd mannréttinda án þess að teljast fara út fyrir valdmörk sín samkvæmt 2. gr. stjórnarskrár.

Heimildaskrá

Axley R, *A theory of constitutional rights* (Julian Rivers þýð., Oxford university press 2004)

Balkin J M, *Living originalism* (The Belknap press of Harvard university press 2011)

Bilchitz D, *Poverty and fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights* (Oxford university press 2007)

Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrám og alþjóðasamningum” (2001) 51 Tímarit lögfræðinga 75

Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: Mannréttindi* (Bókaútgáfan Codex 2008)

Björg Thorarensen, „Stjórnskipunarréttur” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009)

Cortis C, *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights: Comparative experiences of justiciability* (International commission of jurists 2008)

Daníel Isebarn Ágústsson, „Eru valdmörk milli dómsvalds og framkvæmdarvalds á sífelldri hreyfingu?” (2010) 60 Tímarit lögfræðinga 49

Davíð Oddsson, „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla” (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 7

Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar: Kenningar, aðferðir og sjónarmið við skýringu og beitingu laga* (JPV útgáfa 2008)

Eckhoff T, *Rettskildelære* (Jan E. Helgesen 5. útg., Universitetsforlaget 2001)

Eckhoff T, „Domstolenes rettsskapende virksomhet” (1974) 27 Úlfljóttur tímarit laganema 274

Einar Arnórsson, *Almenn meðferð einkamála í héraði* (Fjölritunarstofa Daníels Halldórssonar 1941)

Einar Arnórsson og Theodór B. Líndal, *Réttarfar II hefti: Meginreglur um meðferð einkamála* (Háskóli Íslands 1968-1969)

Einar Karl Hallvarðsson, „Hvernig er þetta með ríkið?” (2005) 58 Úlfljóttur tímarit laganema 495

Eiríkur Tómasson, „Réttarfar“ í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009)

Eiríkur Tómasson, *Réttlát málsmeðferð fyrir dómi* (Bókaútgáfa Orators 1999)

Eiríkur Tómasson, „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinnar“ (1984) 37 Úlfljóttur tímarit laganema 183

Elín Margrét Böðvarsdóttir, „Ítrekað kallað eftir aðgerðum ráðuneytis“ Morgunblaðið (Reykjavík 22. júní 2017)

<http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/06/22/itrekad_kallad_eftir_adgerdum_raduneytis/>
skoðað 10. desember 2017

Friðgeir Björnsson og Steingrímur Gautur Kristjánsson, „Dómstólar og stjórnsmál“ (1991) 41 Tímarit lögfræðinga 81

Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur* (Háskólaútgáfan 1999)

Hafsteinn Þór Hauksson, „Stjórnarskrárhyggja og stjórnarskrárigildi alþjóðlegra mannréttindasáttmála“ (2004) 57 Úlfljóttur tímarit laganema 501

Herederó A G, *Social security as a human right: the protection afforded by the European Convention on human Rights* (Council of Europe Publishing 2007)

Jayawickrama N, *The judicial application of human rights law: National, regional and international jurisprudence* (Cambridge university press 2002)

Jón E. Ragnarsson, „Úrskurðarvald um stjórnskipulegt gildi laga eða íslenskur reynsluréttur“ (1962) 15 Úlfljóttur tímarit laganema 101

Jón Steinar Gunnlaugsson, *Um fordæmi og valdmörk dómstóla* (Lagadeild Háskólans í Reykjavík 2003)

Jón Steinar Gunnlaugsson, „Um valdmörk dómstóla“ (2002) 55 Úlfljóttur tímarit laganema 217

Kári Hólmur Ragnarsson, „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu – Um vernd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda fyrir dómstólum“ (2009) 62 Úlfljóttur tímarit laganema 495

Kári Hólmar Ragnarsson, „Falsvönir Öryrkjabandalagsdómsins? – nýleg dómaframkvæmd um félagsleg réttindi“ 70 (Úlfljóttur tímarit laganema 2017) 41

Krause C og Scheinin M, „The right not to be discriminated against: the case of social security” í Theodore S. Orlin, Allan Rosas og Martin Scheinin (ritstj.), *The jurisprudence of human rights law: a comparative interpretive approach* (Institute for human rights, Åbo Akademi University 2000)

Montesquieu C, *The spirit of laws* (Thomas Nugent þýð., Digireads.com publishing 2010)

Ólafur Jóhannes Einarsson, „Réttarfarsskilyrði til að fá stjórnvaldsákvörðun endurskoðaða fyrir dómi“ (2007) 57 Tímarit lögfræðinga 39

Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur* (Hið íslenska bókmenntafélag 1985)

Ólafur Jóhannesson, *Stjórnskipun Íslands* (Íðunn 1978)

Palmer E, *Judicial review: Socio-Economic right sand the Human Rights Act* (Hart publishing 2007)

Ragnar Aðalsteinsson, „Dómstólar í breytilegum heimi“ (1992) 42 Tímarit lögfræðinga 161

Ragnar Aðalsteinsson, „...„einungis eftir lögunum”“ (2000) 50 Úlfljóttur tímarit laganema 569

Ragnar Aðalsteinsson, „Stefnumið eða dómhæf réttindi? : efnahags- og félagsréttindi fyrir dómstólum” í Ragnheiður Bragadóttir (ritstj.), *Afmælisrit: Jónatan Þórmundsson sjötugur, 19. desember 2007* (Bókaútgáfan Codex 2007)

Ragnhildur Helgadóttir, „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga” í Davíð Þór Björgvinsson (ritstj.), *Afmælisrit: Þór Vilhjálmsson sjötugur 9. júní 2000* (Bókaútgáfa Orators 2000)

Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málum gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 23

Róbert R. Spanó, „Stjórnsýsluréttur” í Róbert R. Spanó (ritstj.), *Um lög og rétt: Helstu greinar íslenskrar lögfræði* (Bókaútgáfan Codex 2009)

Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókaútgáfan Codex 2007)

Rytter J E, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (Forlaget Thomson 2000)

Scalia A, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay* (Princeton university press 1998)

Sigríður Ingvarsdóttir, „Dómarastarfið og meðferð dómsvaldsins“ (2005) 2 Tímarit Lögréttu 155

Sigríður Ingvarsdóttir, „Um dómsvaldið, faglegt mat á hæfni dómara og hlutverk dómstóla í réttarríkinu“ (2004) 54 Tímarit lögfræðinga 465

Sigríður Ingvarsdóttir, „Valdmörk dómsvaldsins“ (2007) 4 Tímarit Lögréttu 253

Sigurður Línal, „Um lagasetningarvald dómstóla“ (2002) 52 Tímarit lögfræðinga 101

Sigurður Tómas Magnússon, „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“ (2005) 55 Tímarit lögfræðinga 133

Steiner H J og Alston P, *International human rights in context: law, politics, morals* (Oxford university press 1996)

Stjórnlaganefnd, „Skýrsla stjórnlaganefndar 2011: þjóð til þings“ (Guðrún Pétursdóttir ritstj., Stjórnlaganefnd 2011)

Þór Vilhjálmsson, *Réttarfar II* (Háskóli Íslands 1977)