



Til hvaða sjónarmiða er málefnalegt að líta við stöðuveitingar hjá hinu opinbera?

Með tilliti til jafnréttis laga nr. 10/2008
- BA ritgerð í lögfræði -

Marijon Ósk Nóadóttir

**Lagadeild
Félagsvísindasvið
Umsjónarkennari: Kristín Benediktsdóttir
Ágúst 2011**



HÁSKÓLI ÍSLANDS

EFNISYFIRLIT

| | | |
|-----|--|----|
| 1 | Inngangur..... | 3 |
| 2 | Lagaumhverfi..... | 4 |
| 2.1 | Lögmætisreglan..... | 4 |
| 2.2 | Jafnræðisreglur | 5 |
| 2.3 | Rannsóknarreglan | 5 |
| 2.4 | Birtingarreglan, reglan um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og rökstuðningur stjórnvalds..... | 8 |
| 2.5 | Ávallt skal ráða hæfasta einstaklinginn..... | 9 |
| 2.6 | Réttmætisreglan..... | 9 |
| 2.7 | Upplýsingalög nr. 50/1996..... | 13 |
| 3 | Forgangsregla jafnréttis laga | 15 |
| 3.1 | Jafnréttislögin þá og nú..... | 15 |
| 3.2 | Forgangsreglan í framkvæmd..... | 15 |
| 4 | Niðurstöður | 22 |
| | Heimildaskrá..... | 23 |
| | Álita- og dómaskrá..... | 24 |

1 Inngangur

Ráðning eða skipun í opinbert starf er stjórnvaldsákvörðun, þar sem hún kveður á um rétt eða skyldu manna, og er sem slík mjög matskennd. Matskennd stjórnvaldsákvörðun felur í sér að lög eða stjórnvaldsfyrirmæli ákvarða ekki að öllu leyti þau skilyrði sem þurfa að vera fyrir hendi svo að ákvörðun sé tekin, eða fela stjórnvöldum að einhverju leyti mat á því hvert efni ákvörðunar skuli vera. Í lögum getur verið að finna ákveðin skilyrði eða tiltekin sjónarmið sem líta skal til við ákvörðun um ráðningu eða skipun. Ef slíkum ákvæðum er ekki fyrir að fara þurfa stjórnvöld hins vegar að velja þau lagasjónarmið sem ákvörðun skal byggð á og er nauðsynlegt að þeir sem fara með slíkt vald gæti að lögum og reglum sem gilda við slíkar ákvarðanir.¹ Það er því ljóst að jafnt skráðar sem óskráðar reglur stjórnsýsluréttarins eiga við þegar tekin er ákvörðun um veitingu starfs hjá hinu opinbera, en veitingarvaldshafi þarf einnig að fara eftir ákvæðum laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins (*hér eftir starfsmannalög*). Veitingarvaldshafi getur einnig þurft að líta til forgangsreglu laga nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla (*hér eftir jafnréttislög*), ef tveir eða fleiri umsækjendur um starf eru metnir jafn hæfir.

Mörg álitamál geta vaknað við stöðuveitingar og eru ákvarðanir stjórnvalda oft á tíðum umdeildar. Málsmeðferðar- og efnisreglur stjórnsýsluréttarins hafa meðal annars það hlutverk að tryggja jafnræði milli aðila og koma í veg fyrir að ómálefnaleg sjónarmið búi að baki slíkum ákvörðunum. Markmiðið með þessum reglum er því að stjórnvöld taki ákvarðanir á hlutlægum en ekki huglægum forsendum og að þau sjónarmið sem ráða för við mat á umsækjendum séu til þess fallin að tryggja að hæfasti einstaklingurinn sé ráðinn með tilliti til þess starfs og hlutverks þeirrar stofnunar sem um ræðir hverju sinni.

Umboðsmaður Alþingis, Hæstiréttur Íslands og kærunefnd jafnréttismála hafa mótað réttarframkvæmdina og í ritgerðinni verður leitast við að reifa helstu álit umboðsmanns, dóma Hæstaréttar og álit kærunefndar sem varpað geta ljósi á það álitafni um hvaða sjónarmið það eru sem málefnalegt er talið að veitingarvaldshafi líti til við ákvörðun um ráðningu eða skipun í opinbert starf, hvert svigrúm veitingarvaldshafa við matið er auk þýðingu forgangsreglu jafnréttislaga.

¹ *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls 21-22.

2 Lagaumhverfi

Í upphafi verður veitingarvaldshafi að líta til 6. gr. starfsmannalaga, en sú grein kveður á um þau almennu skilyrði sem starfsmenn hins opinbera verða að uppfylla. Þessi almennu skilyrði eru meðal annars: átján ára aldur, lögræði, nauðsynlegt heilbrigði, íslenskur ríkisborgararéttur, almenn menntun, sérmenntun eftir atvikum og fjárforræði. Segja má að markmið 6. gr. með skilyrðum um aldur, lögræði og heilbrigði séu til þess fallin að stuðla að því að starfsmaður sé búinn þeim kostum að hann geti tekið hlutlægar ákvarðanir við meðferð mála. Skilyrði um fjárforræði má telja að stuðli að því að ríkisstarfsmaður njóti trausts.² Í öðrum lögum og reglum geta að auki verið skilyrði sem starfsmaður stofnunar verður að uppfylla.

Veitingarvaldshafi þarf einnig að afmarka önnur hæfisskilyrði sem leggja skal til grundvallar við veitingu starfsins. Vænlegast er að afmarka sérstök hæfisskilyrði sem veitingarvaldshafi vill leggja áherslu á strax í byrjun. Þessi hæfisskilyrði geta stuðst við starfslýsingu, ef slík starfslýsing er til. Ef afmörkunin er skýr og skilmerkileg gerir það veitingarvaldshafa auðveldara að setja fram skýrar kröfur í auglýsingu fyrir starfið og þar með ætti að verða auðveldara að velja þann sem best uppfyllir þær kröfur sem gerðar eru til umsækjenda. Þeim sem hafa hug á að sækja um starf er einnig gert auðveldara að meta hvort að þeir uppfylli þau skilyrði sem stjórnvald hefur sett fram og eins að afmarka þau sjónarmið í umsókn sinni sem eru til þess fallin að sýna fram á þá hæfni eða þekkingu sem óskað er eftir.

Samkvæmt 7. gr. starfsmannalaga skal auglýsa öll laus störf hjá hinu opinbera en í auglýsingu skal koma fram um hvers konar starf er að ræða og þau atriði tekin fram sem krafa er gerð um í reglum fjármálaráðuneytisins nr. 464/1996 um auglýsingar á lausum störfum með síðari breytingum sbr. álit *umboðsmanns Alþingis 4. júní 1999 (2202/1997)*.

Þegar umsóknir um starf hjá hinu opinbera hafa borist þarf að greina hvaða aðilar það eru sem uppfylla bæði almennu hæfisskilyrðin samkvæmt starfsmannalögum og önnur þau hæfisskilyrði sem sett voru fram. Veitingarvaldshafi verður, eins og áður segir, ávallt að gæta reglna stjórnsýsluréttarins við framkvæmdina.

2.1 Lögmætisreglan

Það er meginregla íslenskrar stjórnskipunar að stjórnvöld eru bundin af lögum. Í þessari reglu, sem nefnd hefur verið lögmætisreglan, felst annars vegar að ákvarðanir stjórnvalda verða að eiga sér stoð í lögum og hins vegar að þær megi ekki vera í andstöðu við lög. Veitingarvaldshafi verður því ávallt að gæta að því hvort að í lögum eða öðrum réttarreglum sé kveðið á um ákveðið hæfi eða innbyrðis vægi sjónarmiða.

² Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnsýslulaga*. bls. 39

2.2 Jafnræðisreglur

Ein mikilvægasta reglan sem veitingarvaldshafi þarf að hafa í huga við ráðningar- og skipunarferli er hin almenna óskráða grundvallarregla um jafnræði en sú regla felur það í sér að jafnræðis skal gætt við meðferð mála.

Í 65. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 er hin almenna jafnræðisregla sem kveður á um að allir skulu vera jafnir fyrir lögnum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Í 2. mgr. ákvæðisins kemur fram að konur og karlar skuli njóta jafns réttar í hvívetna.³

Sú jafnræðisregla sem skiptir þó mestu máli varðandi skipun eða ráðningu í starf hjá hinu opinbera er jafnræðisregla stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 (*hér eftir stjórnarsýslulög*). Regluna er að finna í 11. gr. og kveður hún á um að stjórnvöld skuli við úrlausn mála gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Í 2. mgr. eru tiltekin atriði sem almennt má ganga út frá að ómálefnalegt sé að líta til við ákvörðun en það eru sjónarmið eins og kynferði, kynþáttur, litarháttur, þjóðerni, trúarbrögð, stjórnmalaskoðanir, þjóðfélagsstaða, ætterni eða aðrar sambærilegar ástæður. Reglan hefur mesta þýðingu þegar um matskenndar stjórnvaldsákvarðanir er að ræða og er mat stjórnvalds á því hvaða sjónarmiði ákvörðun skal byggð á því ekki frjáls að öllu leyti.

2.3 Rannsóknarreglan

Samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga hvílir sú skylda á stjórnvaldi að sjá til þess að málsatvik stjórnarsýslumáls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Markmiðið er því að tryggja að stjórnvaldsákvarðanir verði bæði löglegar og réttar.

Hrd. 14. apríl 2011 (412/2010). A höfðaði mál gegn íslenska ríkinu og þáverandi dóms- og kirkjumálaráðherra vegna skipunar í embætti héraðsdómara. Samkvæmt þágildandi lögum bar ráðherra að leita eftir umsögn dómnefndar um hæfi umsækjenda og komst nefndin að því að A auk tveggja annarra umsækjenda hefðu staðið öðrum frammar og verið mjög hæfir til að gegna starfinu. Ráðherra skipaði hins vegar X, sem nefndin hafði talið að stæði framangreindum umsækjendum að baki þrátt fyrir að uppfylla lágmarkshæfni til að gegna embættinu. Hæstiréttur vék að því að samkvæmt 10. gr stjórnarsýslulaga bæri stjórnvaldi að sjá til þess að atriði sem máli skiptu væru nægilega upplýst áður en ákvörðun væri tekin um veitingu starfs. Dómurinn rakti einnig að lögín sem kváðu á um skipun dómnefndar hefðu í verulegum atriðum létt rannsóknarskyldu stjórnarsýslulaga af ráðherra og lagt á herðar dómnefndarinnar og þótt álit hennar væri ekki bindandi yrði að gæta sérstaklega að því að rannsókn nefndarinnar kæmi í stað rannsóknar sem ráðherra hefði ella borið að gera. Af því taldi dómurinn að ef ráðherra hefði talið efni til að víkja frá álit nefndarinnar hefði verið óhjákvæmilegt að ákvörðun hans yrði þá reist á frekari rannsókn en ekkert þótti fram komið um að ráðherra eða aðrir á hans vegum hefðu framkvæmt slíka rannsókn og var það því metið ráðherra til sakar.

³ Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*, bls. 563.

Þegar fleiri en einn umsækjandi uppfylla lágmarkskröfur laga eða þeirra krafna sem veitingarvaldshafi hefur sett fram verður að fara fram samanburður milli viðkomandi umsækjenda á grundvelli þeirra sjónarmiða sem stjórnvald hefur ákveðið að byggja á.

Umboðsmaður Alþingis 18. júní 2003 (3490/2002). A kvartaði yfir málsmeðferð dóms- og kirkjumálaráðuneytis við skipun X í embætti sýslumanns. Umboðsmaður taldi að þegar svo háttaði til að fleiri en einn umsækjandi uppfylltu lágmarkskröfur væri óhjákvæmilegt að samanburður færi fram á milli umsækjenda á grundvelli þeirra sjónarmiða sem byggt væri á. Forsenda þess að slíkur samanburður gæti farið fram væri að þau atriði sem þýðingu hefðu væru upplýst og samkvæmt 10. gr stjórnsýslulaga bæri veitingarvaldshafa að sjá til þess að nægar upplýsingar lægju fyrir um þau atriði. Umboðsmaður komst að þeirri niðurstöðu að ráðuneytið hefði ekki fullnægt rannsóknarskyldu sinni við mat á menntun, starfsreynslu og persónulegum eiginleikum umsækjenda miðað við þær upplýsingar og gögn sem lágu fyrir.

Umboðsmaður Alþingis 3. maí 2004 (3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003). A, B og C kvörtuðu yfir þeirri ákvörðun dómismálaráðherra, að leggja til við forseta Íslands, að X yrði skipaður í embætti dómara við Hæstarétt vegna þekkingar hans á Evrópurétti. Umboðsmaður tók fram að þegar fleiri en einn umsækjandi uppfylltu lágmarkskröfur um hæfni yrði að fara fram samanburður á milli umsækjenda. Umboðsmaður taldi að hvorki í þeim gögnum sem ráðuneytið afhenti né í skýringum ráðherra kæmu fram upplýsingar um hvernig hefði verið staðið að samanburði á umsækjendum og þá sérstaklega hvernig hefði verið staðið að mati á þekkingu annarra umsækjenda á sviði Evrópuréttar. Umboðsmaður tók einnig fram að með hliðsjón af dómstólalögum væru reistar skorður við því að dómismálaráðherra byggði val sitt á milli umsækjenda sérstaklega á þekkingu þeirra á tilteknu afmörkuðu sviði lögfræðinnar sem Hæstiréttur hefði ekki lagt mat á. Var ráðherra því talinn hafa brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga þar sem honum hefði borið að afla upplýsinga um þekkingu allra umsækjenda á sviði Evrópuréttar ef það sjónarmið átti að liggja til grundvallar ákvörðuninni.

Rannsóknarreglan tengist andmælareglunni mjög náið enda verður að telja að mál verði að öllum líkindum ekki nægilega upplýst nema aðila hafi verið gefinn kostur á að kynna sér gögn máls og koma að frekari upplýsingum um málsatvik áður en ákvörðun er tekin.⁴

Álit umboðsmanns Alþingis 11. maí 2003 (3667/2002). A kvartaði yfir ákvörðun ríkislögreglustjóra um að setja X í starf lögreglufulltrúa við efnahagsbrotadeild. Leitað var eftir umsögn fyrrum yfirmanna A og komu þar fram ýmsar upplýsingar. Taldi umboðsmaður að ályktanir um persónulega eiginleika A hefðu verið dregnar af þeim upplýsingum, svo sem að viðmót hans væri almennt ekki til þess fallið að stuðla að góðum starfsanda. Umboðsmaður taldi að þar sem gagnanna hefði verið aflað án vitundar A, þau verið honum óhagstæð og haft, að því er virtist, verulega þýðingu við ákvörðun ríkislögreglustjóra væri almennt óheimilt að taka ákvörðun áður en aðila væri gefinn kostur á að kynna sér upplýsingarnar og tjá sig um þær. Umboðsmaður taldi þar með að brotið hefði verið gegn 10. og 13. gr stjórnsýslulaga um rannsóknarskyldu og andmælarétt þar sem ákvörðunin hefði ekki verið nægjanlega upplýst sökum þessa.

Liður í rannsókn máls getur falist í því að leita álits utanaðkomandi aðila áður en ákvörðun er tekin. Lögbundin álitsumleitan er það þegar lög mæla svo fyrir um að afla skuli umsagnar þegar ákvörðun er undirbúin en frjáls álitsumleitan er það þegar stjórnvald aflar umsagnar án þess að lögskylt sé. Umsögn viðkomandi er almennt ekki bindandi fyrir

⁴ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Nokkrar hugleiðingar um andmælareglu 13. gr. stjórnsýslulaga“, bls. 482.

stjórnvaldið nema slíkt sé sérstaklega tekið fram í lögum.⁵ Þó leitað sé álits utanaðkomandi aðila ber veitingarvaldshafi ávallt ábyrgð að lögum um að ákvörðun um stöðuveitingu sé lögmæt og forsvaranleg í ljósi gagna málsins. Álitsumleitan leysir veitingarvaldshafa því ekki að neinu leyti undan þeirri skyldu sinni.

Álit umboðsmanns Alþingis 28. janúar 2008 (4699/2006). A kvartaði yfir ákvörðun ríkislögreglustjóra um að skipa X í starf lögregluvarðstjóra við embætti sýslumanns. Í málinu leitaði ríkislögreglustjóri álits lögreglustjóra en slíkt hafði tíðkast í framkvæmd, þótt veitingarvaldið væri samt sem áður alfarið hjá ríkislögreglustjóra. Umsóknir höfðu því borist viðkomandi lögreglustjóra sem fór yfir þær og gerði tillögu um hver yrði ráðinn og sendi til ríkislögreglustjóra, sem féllst á tillögu lögreglustjórans. Umboðsmaður taldi að hvað sem liði þessu fyrirkomulagi ríkislögreglustjóra og lögreglustjóra bæri að áréttu það að það væri ríkislögreglustjóri sem bæri að lögum ábyrgð á því að ákvörðun um skipunina væri lögmæt og forsvaranleg í ljósi gagna málsins. Einnig bæri hann ábyrgð á að málið væri nægjanlega upplýst sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga enda færi hann með veitingarvaldið en ekki viðkomandi lögreglustjóri. Þar með þyrftu umsagnir um alla umsækjendur að vera vel rökstuddar svo veitingarvaldshafi gæti tekið rétta ákvörðun um skipun. Í þessu máli hefði ekki nægilega verið gætt að rannsóknarreglu hjá ríkislögreglustjóra þar sem ekki voru næg gögn til staðar áður en ákvörðun var tekin um skipun X.

Ef lög gera ráð fyrir að veita þurfi ákveðnar upplýsingar til að hljóta starf verður að afla þeirra upplýsinga til að hægt sé að kanna hvort skilyrði laga séu uppfyllt eður ei. Séu þessar upplýsingar ekki til staðar, svo sem prófskírteini eða önnur gögn um áskilda menntun o.s.frv., verður stjórnvald að sjá til þess að málið verði nægjanlega upplýst, eftir atvikum með því að kalla eftir upplýsingum eða gögnum að eigin frumkvæði. Veitingarvaldshafi verður einnig að staðreyna þær upplýsingar sem fram koma í umsóknum um opinbert starf, til að tryggja að ákvörðun hafi verið tekin á réttum grundvelli.⁶

Það hversu ítarleg rannsókn skal vera fer eftir umfangi og eðli ákvörðunarinnar sem um er að ræða, en almennt er gert ráð fyrir því að mál sé nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því.⁷ Þegar um veitingu opinbers starfs er að ræða er því ljóst að ákvörðun er nægilega rannsökuð þegar málefnaleg sjónarmið hafa ráðið niðurstöðu og þau sjónarmið hafa verið rannsökuð og borin saman með tilliti til umsækjenda um starfið. Í þessu sambandi er vert að minnast á málshraðaregluna í 9. gr. stjórnarsýslulaga þar sem hún tengist rannsóknarreglunni náíð. Kveður hún á um að ákvarðanir skulu teknar svo fljótt sem unnt er; á veitingarvaldshafa hvílir því skylda til að rannsaka mál eins ítarlega og kostur er en jafnframt gæta þess að mál dragist ekki úr hófi og brjóti þannig gegn málshraðareglunni. Erfitt getur verið að feta veginn á milli þessara tveggja reglna en meta verður málsmeðferð

⁵ Páll Hreinsson: „Álitsumleitan“, bls. 413.

⁶ Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin skýringarrit*, bls. 109.

⁷ Björg Thorarensen o.fl.: *Um lög og rétt. Helstu greinar íslenskrar lögfræði*, bls. 131.

heildstætt hverju sinni, með tilliti til umfangs og atvika og hvað getur talist eðlilegur afgreiðslutími.⁸

2.4 Birtingarreglan, reglan um leiðbeiningarskyldu stjórnvalda og rökstuðningur stjórnvalds

Þegar veitingarvaldshafi hefur tekið ákvörðun um ráðningu eða skipun í starf ber honum að tilkynna öllum umsækjendum um niðurstöðu málsins. Það þarf því með öðrum orðum að tilkynna hver hafi verið skipaður í starfið sbr. 1. mgr 20. gr. stjórnsýslulaga. Í 2. og 3. mgr. 20. gr. eru ákvæði um leiðbeiningar sem veita skal og er þar meðal annars kveðið á um að leiðbeina skal aðila um rétt sinn til að fá ákvörðun rökstudda, hvort kærheimild sé fyrir hendi og þá hvert beina skuli kærú og tímafresti sem aðili þarf að gæta að. Umboðsmaður vísaði sem dæmi til þess í áður nefndu áliti sínu frá *11. maí 2003 (3667/2002)* að á veitingarvaldshafa hvíli skylda til að leiðbeina umsækjendum, sem synjað er um starf, um rétt sinn til að fá ákvörðun rökstudda en engar slíkar leiðbeiningar voru í tilkynningu til umsækjenda. Í ákvæðinu felst ekki skylda til þess að veita umfangsmikla sérfræðilega ráðgjöf heldur ber að veita nauðsynlegar leiðbeiningar og fer eftir atvikum máls hversu ítarlegar þær skulu vera. Markmið með leiðbeiningarskyldunni er að gera aðilum máls kleift að gæta réttar síns á sem auðveldastan máta.⁹

Ákvæði 21. gr. stjórnsýslulaga er leiðbeinandi um hvenær veita skal rökstuðning fyrir ákvörðun stjórnvalda, en meginreglan er sú að aðili máls á rétt á rökstuðningi fyrir niðurstöðu máls ef hann óskar eftir því. Umsækjandi sem hefur sóst eftir starfi hjá hinu opinbera og ekki verið ráðinn á almennt rétt á því að stjórnvald færi rök fyrir því hvers vegna sá aðili sem starfið hlaut var valinn. Veitingarvaldshafi verður því að verða við beiðni umsækjanda um rökstuðning ef umsækjandi óskar. Í 22. gr. sömu laga eru leiðbeiningar um hvað skuli almennt koma fram í rökstuðningi stjórnvalds, en það er meðal annars tilvísun til réttarheimilda sem ákvörðun er byggð á, meginþingarmíð sem ráðandi voru við mat og þau málsatvik sem höfðu verulega þýðingu við úrlausn.¹⁰ Rökstuðningur ákvörðunar á að vera efnislega réttur, það er að segja þau rök sem færð eru fyrir ákvörðun verða að hafa verið ráðandi við úrlausnina í raun, en ekki einhver önnur sem þagað er um. Við rökstuðning matskenndrar stjórnvaldsákvörðunar verður að gera grein fyrir þeim meginþingarmíðum sem ráðandi voru við matið.¹¹

⁸ Páll Hreinsson: „Málshraðaregla stjórnsýslulaga“, bls. 429.

⁹ Páll Hreinsson: „Leiðbeiningarskylda stjórnvalds við meðferð stjórnsýslumáls“, bls. 19.

¹⁰ Jörundur Gauksson: „Kröfur stjórnsýslulaga nr. 37/1993 til efnis rökstuðnings fyrir stjórnvaldsákvörðunum“, bls. 42-43.

¹¹ Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulög. Skýringarrit*, bls. 226-228.

Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2003 (3490/2002). Umboðsmaður taldi að skort hefði á að gerð væri nægjanleg grein fyrir því með almennum hætti hvaða meginsjónarmið það voru sem réðu vali ráðuneytis á X. Minnti hann á að rökstuðningur til umsækjanda sem ekki hefði fengið starf þyrfti ávallt á grundvelli 1. mgr. 22. gr. stjórnarsýslulaga og sjónarmiða um málefnalega og gagnsæja stjórnarsýslu að gefa nægjanlega skýra og glögga mynd af raunverulegum ástæðum ákvörðunar en ekki vera tilbúin réttlætning ákvörðunar.

Rökstuðningur skal almennt vera stuttur, en þó það greinargóður að aðili geti skilið af lestri hans hvers vegna niðurstaða máls hefur orðið sú sem raun varð á.¹²

2.5 Ávallt skal ráða hæfasta einstaklinginn

Í íslenskum rétti gildir sú óskráða meginregla að ávallt skuli velja þann umsækjanda sem hæfastur er til að gegna starfi.

Álit umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 (4210/2004) A kvartaði yfir skipun félagsmálaráðherra í embætti ráðuneytisstjóra félagsmálaráðuneytis þar sem hann taldi að farið hefði verið gegn þeirri óskráðu meginreglu stjórnarsýsluréttarins að ávallt skuli velja hæfasta umsækjandann. Umboðsmaður taldi að ráðherra hefði ekki sýnt fram á að fullnægjandi samanburður á starfsreynslu umsækjenda, sem nýtast myndi í starfi ráðuneytisstjóra, hefði farið fram með það fyrir augum að fullnægja þeirri reglu að hæfasta umsækjanda skuli skipa í starf.

Í álitinu er umboðsmaður í raun að segja að við mat á hæfasta umsækjandanum er verið að leggja mat á hvernig fyrri reynsla og önnur hæfni umsækjanda muni nýtast viðkomandi í hinu auglýsta starfi.

Í Áliti umboðsmanns Alþingis 28. janúar 2006 (4699/2006) taldi umboðsmaður meðal annars að ráðherra bæri samkvæmt reglum stjórnarsýsluréttarins að ráða þann sem hæfastur væri og þegar fleiri en einn umsækjandi uppfylltu lágmarkskröfur væri óhjákvæmilegt að fram færi samanburður á milli viðkomandi umsækjenda, á grundvelli þeirra sjónarmiða sem byggja skyldi á, til að ganga úr skugga um hver það væri sem hæfastur yrði talinn.

Í Hrd. 1998, bls. 3509 (46/1998) komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum með því að ráða X í stöðu héraðsdýralæknis. Íslenska ríkið bar fyrir sig að skipun X hefði byggst á afstöðu íbúa umdæmisins en sá sem áður gegndi stöðunni hafði hrökklast frá starfi þar sem að hann taldi að ekki myndi skapast starfsfriður ef hann gegndi starfinu áfram. A var talin hæfust af hæfisnefnd sem sett var á laggirnar vegna auglýsingar stöðunnar en ráðherra byggði á því að krafa íbúa umdæmisins um að ráða X hefði ráðið för við skipunina. Dómurinn taldi slíka niðurstöðu ekki tæka með tilliti til jafnréttis laga og að ráðningin væri í andstöðu við regluna um að ráða skuli hæfasta einstaklinginn.

2.6 Réttmætisreglan¹³

Veitingarvaldshafi er bundinn af því að byggja ákvörðun um veitingu starfs hjá hinu opinbera á málefnalegum sjónarmiðum. Í framkvæmd hefur veitingarvaldshafa þó verið veitt ákveðið svigrúm til að ákveða hvaða kröfur það eru sem gerðar eru til umsækjenda starfs, að því gefnu

¹² Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulög. Skýringarrit*, bls. 230

¹³ Björn Þ. Guðmundsson, *fyrirum prófessor lagadeildar Háskóla Íslands, notaði heitið „réttmætisregla“ á þá meginreglu stjórnarsýsluréttar að stjórnvaldsákvörðanir skuli byggjast á málefnalegum sjónarmiðum. Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan“*, bls. 253

að þær séu málefnalegar og einnig hvaða sjónarmið það eru sem hann leggur áherslu á umfram önnur við hæfismatið.

Álit setts umboðsmanns Alþingis 4. september 1997 (2214/1997). A kvartaði vegna málsmeðferðar kærunefndar jafnréttismála sem taldi að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum við stöðuveitingu til A. Nefndin hafði komist að niðurstöðu um að X hefði verið hæfari en A en A hafði ekki fengið tækifæri til að tjá sig um mat nefndarinnar við meðferðina og taldi því brotið á sér. Umboðsmaður leitaði eftir upplýsingum um hvaða sjónarmið það voru sem ullu því að nefndin taldi X hæfari og gaf nefndin þær skýringar að hún teldi að menntun X hefði betur fallið að starfanum. Umboðsmaður sagði þá að ef ekki nyti afmörkunar í lögum um þau sjónarmið sem hafa bæri að leiðarljósi við veitingu starfs væri veitingarvaldshafa almennt heimilt að ákveða á hvaða málefnalegu sjónarmiðum hann byggði ákvörðun sína. Hið sama gildi ef lög eða aðrar réttarreglur mæltu ekki fyrir um innbyrðis vægi einstakra sjónarmiða, þá væri veitingarvaldshafa heimilt að ákveða hvaða málefnalegu sjónarmið áhersla væri lögð á. Það væri því ekki hlutverk kærunefndar að endurskoða þá ákvörðun veitingarvaldshafa heldur einungis að hafa eftirlit með því hvort að ákvörðun væri byggð á lögmætum sjónarmiðum og efnisreglna gætt. Þar með taldi umboðsmaður að með því að byggja álit sitt á öðrum sjónarmiðum um einstaka hæfnisþætti og vægi þeirra innbyrðis en veitingarvaldshafi hafði gert, hefði nefndin farið út fyrir verksvið sitt eins og það væri markað í jafnréttislögum.

Við greiningu á því hvaða sjónarmið það eru sem teljast málefnaleg er byggt á öllum réttarheimildum sem hafa þýðingu í viðkomandi máli, en sjónarmið eru sjaldnast annað hvort málefnaleg eða ómálefnaleg. Það hvaða sjónarmið teljast málefnaleg er því afstætt og háð lagagrundvelli hvers máls fyrir sig.

Þau sjónarmið sem almennt verður talið málefnalegt að líta til eru þó sem dæmi, sjónarmið sem lög eða lögskýringargögn kveða á um, sjónarmið sem leidd eru af markmiðum laga, sjónarmið sem eru til þess fallin að vernda mannréttindi og önnur almenn sjónarmið svo sem réttmætar væntingar málsaðila, grandleysi og réttaröryggi aðila.¹⁴ Sjónarmið eins og menntun, starfsreynsla, hæfni og aðrir persónulegir eiginleikar eru einnig sjónarmið sem almennt er talið málefnalegt að líta til.

Í álitum umboðsmanns Alþingis 18. júní 2003 (3490/2002) taldi umboðsmaður að við ákvörðun um hvaða umsækjandi um opinbert starf yrði valinn, gildi sú óskráða meginregla stjórnsýsluréttar að niðurstaðan yrði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum svo sem menntun, starfsreynslu, hæfni og eftir atvikum öðrum persónulegum eiginleikum sem talið væri að skiptu máli.

Helstu sjónarmið sem sjaldan eða seint verða talin málefnaleg eru sem dæmi persónuleg sjónarmið, stéttarleg sjónarmið, fjárhagsleg sjónarmið, þau atriði sem talin eru upp í jafnræðisreglu stjórnsýslulaga og pólitísk sjónarmið. Það eru þó ákveðnar undantekningar, til dæmis varðandi pólitísk sjónarmið, en það hefur almennt verið talið heimilt að byggja á pólitískum viðhorfum umsækjenda í pólitískar stöður, svo sem stöðu aðstoðarmanns ráðherra.¹⁵

¹⁴ *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 24-29

¹⁵ *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 29-33

Það er einnig meginregla í íslenskum stjórnarsýslurétti við veitingu starfs hjá hinu opinbera, að veitingarvaldshafi velur almennt á hvaða málefnalegu sjónarmiðum ákvörðunin er byggð og eins á hvaða sjónarmið lögð er áhersla á og jafnvel veitt aukið vægi við matið.¹⁶

Í álitum umboðsmanns Alþingis 4. september 1997 (2214/1997) taldi settur umboðsmaður meðal annars að það væri í verkahring veitingarvaldshafa að meta hvers eðlis þörf viðkomandi vinnustaðar væri fyrir starfsfólk og að hann bæri almennt ábyrgð á því að þeim markmiðum yrði náð. Umboðsmaður tók einnig fram að ef afmörkunar nyti ekki í lögum um þau sjónarmið sem hafa bæri að leiðarljósi við veitingu starfs væri veitingarvaldshafa almennt heimilt að ákveða á hvaða málefnalegu sjónarmiðum hann byggði ákvörðun sína. Hið sama gildi ef lög eða aðrar reglur mæltu ekki fyrir um innbyrðis vægi einstakra sjónarmiða, veitingarvaldshafa væri þá einnig heimilt að ákveða á hvaða málefnalegu sjónarmið hann legði áherslu á. Þar sem kvörtunin leit að meðferð kærunefndar jafnréttismála taldi umboðsmaður að við mat kærunefndarinnar yrði að taka mið af þeim sjónarmiðum sem veitingarvaldshafi lagði til grundvallar ákvörðun sinni að því tilskildu að þau hefðu verið málefnaleg og lögmat. Innan þessara marka hefði veitingarvaldshafi visst mat sem yrði ekki haggð og ef veitingarvaldshafi hefði lagt mismunandi áherslu á tiltekin sjónarmið yrði kærunefnd einnig að taka mið af því enda hefði hún ekki að lögum sjálfstæða heimild til að byggja á öðrum sjónarmiðum en stuðst var löglega við.

Veitingarvaldshafi hefur ekki óheft frelsi við val á sjónarmiðum, efnisreglur ýmist lögfestar eða ólögfestar geta takmarkað valið og ákvarðað vægi sjónarmiðanna. Við úrlausn þess hvort sjónarmið um ákveðna þekkingu umsækjenda geti talist málefnalegt hefur það áhrif hvort litið verður svo á að veitingarvaldshafi hafi lagt nægjanlega traustan grunn að mati sínu á þeim grundvelli. *Í álitum umboðsmanns Alþingis 3. maí 2004 (3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003)* taldi umboðsmaður að með tilliti til eðlis embættisins sem um ræddi, það er að segja skipun hæstaréttardómara, yrði að gera nokkuð strangar kröfur til ráðherra um að byggja ákvörðun um það hvaða sjónarmið yrðu lögð til grundvallar á traustum grunni og taldi að það hefði ekki verið uppfyllt í þessu tilviki.

Þegar veitingarvaldshafi hefur ákveðið að byggja mat sitt á nánar tilgreindum sjónarmiðum sem teljast málefnaleg verður mat stjórnvalds á þessum sjónarmiðum einnig að vera forsvaranlegt. Þannig verða þau sjónarmið sem byggt er á að geta leitt með skynsamlegum hætti til þeirrar niðurstöðu sem komist er að með hliðsjón af málsatvikum.¹⁷ *Í álitum umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 (4210/2004)* taldi umboðsmaður að þótt ákvarðanir um skipun eða ráðningu í starf væru háðar mati og stjórnvöld hefðu rúmar heimildir til að ákveða á hvaða sjónarmiðum matið byggðist og hvert vægi einstakra atriða væri, yrði að leggja áherslu á að ákvarðanirnar þyrftu samt sem áður að uppfylla ákveðnar kröfur um málsmeðferð og efni sem leiddi af reglum stjórnarsýsluréttarins. Annars væri hægur vandi að klæða óréttmæta niðurstöðu í „lögmatan búning“ ef umboðsmanni og, eftir atvikum,

¹⁶ *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 35

¹⁷ *Starfsskilyrði stjórnvalda*, bls. 42

dómstólum væri fyrirmunað að taka efni ákvörðunar til athugunar með tilliti til fyrirliggjandi gagna og meta hvort hún gæti staðist.

Í *Hrd. 2006, bls 4891 (195/2006)* komst dómurinn að því að við veitingu embættis sendiráðsprests í London hefði nefnd sem mælti með því að X yrði ráðinn ekki gætt málefnalega sjónarmiða við mat á starfsreynslu og framhaldsmenntun umsækjenda. Í auglýsingu hefði komið fram að framhaldsmenntun væri æskileg, helst á sviði sálgæslu og sjúkrahúspjónustu. X hafði lokið eins árs námi á þessu sviði en A lokið meistaraprófi á öðru sviði. Dómurinn taldi að þessi menntun X hefði ráðið úrslitum hjá nefndinni sem sá um hæfismat umsækjenda og taldi ekki réttmætt að þessu sjónarmiði hefði verið gefið jafn ríkt vægi og gert var enda kom aðeins fram í auglýsingunni að framhaldsmenntun á sviði sálgæslu og sjúkrahúspjónustu væri æskileg.

Í *úrskurði Kærunefndar jafnréttismála 22. mars 2011 (3/2010)* var forsætisráðherra talinn hafa brotið gegn jafnréttislögum þar sem A hefði verið að minnsta kosti jafnhæf og sá sem ráðinn var. Forsætisráðuneytið var ekki talið hafa sýnt fram á að málefnaleg sjónarmið hefðu ráðið því að sá sem embættið hlaut hefði verið skipaður. Samkvæmt gögnum máls var sú niðurstaða ráðuneytisins að X hefði verið hæfari en A ekki tæk, enda bentu öll gögn til þess að A hefði verið hæfari en X, fyrir utan þær óskráðu upplýsingar um viðtal og stigagjöf frá mannauðsráðgjafa sem ráðherra lagði til grundvallar um hæfi X og A. Kærunefndin taldi að ef gögn úr starfsviðtali ættu að hafa slíkt vægi yrðu þau að vera skráð svo hægt væri að staðreyna þau og því hefði verið brotið gegn reglunni um að málefnaleg sjónarmið skuli ráða niðurstöðu.

Varðandi úrskurð Kærunefndarinnar frá 2011 er áhugavert að skoða einnig *álit Kærunefndar jafnréttismála 29. desember 2005 (2/2005)*. Í því máli kvartaði A vegna skipunar rektors Landbúnaðarháskóla Íslands, en þar hafði landbúnaðarráðherra ljáð upplýsingum sem komu fram í starfsviðtali við einn umsækjanda mikið vægi. Þær upplýsingar voru ekki skráðar en niðurstaða Kærunefndarinnar var þó sú að landbúnaðarráðherra hefði verið heimilt að ljá þessum upplýsingum vægi við niðurstöðu sína. Í fljótu bragði virðist því sem að þessi tvö mál grundvallist á mismunandi túlkun á því hvort að sjónarmið séu málefnaleg eða ekki. Það sem skilur þó líklega á milli þessara tveggja mála er að í málinu frá 2011 benda flest gögn til þess að A hafi verið hæfari en sá sem ráðinn var og óskráðar upplýsingar úr viðtali hafi beinlínis verið í mótsögn við önnur gögn málsins og því ekki talið málefnalegt að gefa þeim mikið vægi. Í málinu frá 2005 virðast umsækjendur hins vegar standa nokkuð jafnir að því er varðar menntun, starfsreynslu o.s.frv. og því talið málefnalegt af landbúnaðarráðherra að ljá óskráðum upplýsingum sem fram komu í starfsviðtali viðeigandi vægi við mat á því hvaða umsækjandi yrði talinn hæfastur til starfans. Af þessum niðurstöðum má því álykta að skráð gögn máls geti haft áhrif á það vægi sem heimilt er að gefa óskráðum upplýsingum.

Í *álitum Kærunefndar jafnréttismála 11. apríl 2004 og 28. ágúst 2008 (15/2004 og 6/2008)* kemur fram að svigrúm veitingarvaldshafa við mat á málefnalegum sjónarmiðum og hvaða vægi þeim er veitt við ráðningu eða skipun sé meira þegar um nýjar og ómótaðar stöður er að ræða. Hlýtur það að markast af því að við nýja og ómótaða stöðu á ákveðin stefnumótun eftir að eiga sér stað.

Réttmætisreglan er nátengd öðrum efnisreglum stjórnvöldaráttarins og þá sérstaklega lögmatísreglunni sem og jafnræðisreglunni. Eins og áður hefur komið fram er almennt óheimilt samkvæmt 2. mgr. 11. gr. stjórnvöldarlaga að mismuna aðilum við úrlausn mála á grundvelli sjónarmiða byggðum á kynferði, kynþætti, litarhætti, þjóðerni, trúarbrögðum, stjórnmalaskoðunum, þjóðfélagsstöðu, ætterni eða öðrum sambærilegum ástæðum. Þessi sjónarmið teljast almennt ekki samrýmast réttmætisreglunni heldur og því má segja að réttmætis- og jafnræðisreglan falli saman þarna og hægt sé að byggja á hvorri sem er.¹⁸ Samkvæmt heimildarreglu lögmatísreglu verða ákvarðanir stjórnvalda að eiga sér viðhlítandi heimild í lögum og greining byggist því á lagatextanum sjálfum, lögskýringargögnum og viðurkenndum lögskýringarsjónarmiðum. Þar með tengist reglan réttmætisreglunni náið, „sérstaklega þegar metið er út frá hlutrænum viðmiðum hvaða sjónarmið teljast vera málefnaleg“.¹⁹

2.7 Upplýsingalög nr. 50/1996

Það er óskráð meginregla í stjórnvöldarátti að stjórnvöldum beri að sjá til þess að jafnan liggi fyrir í gögnum þeirra hvaða afgreiðslu erindi sem þeim berast hafa fengið. Upplýsingalög nr. 50/1996 (*hér eftir upplýsingalög*) eru byggð á þeirri forsendu að niðurstafa mála, sem komið hafa til afgreiðslu hjá stjórnvöldum, liggi ávallt fyrir hjá þeim samkvæmt þessari meginreglu.²⁰ Í 23. gr. laganna er mælt fyrir um skyldu stjórnvalds til þess að skrá upplýsingar en ekki þarf að skrá aðrar upplýsingar en þær sem hafa verulega þýðingu fyrir úrlausn mála og ekki er að finna í öðrum gögnum.²¹ Í athugasemdum frumvarps þess er varð að upplýsingalögum segir svo: „Til þess að tryggja að ávallt liggi fyrir *upplýsingar um þau málsatvik* sem verulega þýðingu hafa haft fyrir úrlausn máls er lagt til að lögfest verði ákveðin lágmarksregla um skráningu upplýsinga um málsatvik í 23. gr. frumvarpsins. Með ákvæði 23. gr. og framangreindri grundvallarreglu, ætti almenningur því að lágmarki að geta fengið upplýsingar um niðurstöðu og helstu málavexti þeirra mála sem eru eða hafa verið til meðferðar hjá stjórnvöldum standi 4. - 6. gr. frumvarpsins því ekki í vegi.“²²

Í mörgum kvörtunum til umboðsmanns Alþingis, vegna stöðuveitinga hjá stjórnvöldum, hefur umboðsmaður óskað eftir upplýsingum sem veitingarvaldshafi hefur ekki gætt að skrá niður í samræmi við 23. grein laganna. Munnlegar upplýsingar geta haft mikið vægi við ákvörðunartöku um stöðuveitingu og því er mikilvægt að skrá slíkar upplýsingar með

¹⁸ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan“, bls. 264

¹⁹ Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan“, bls. 266

²⁰ Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin. Kennslurit*, bls. 49

²¹ Páll Hreinsson: „Upplýsingaréttur aðila stjórnvöldumáls“, bls. 214-216.

²² Frumvarp til Upplýsingalaga, lagt fyrir á Alþingi á 120. löggjafarþingi 1995-96

fullnægjandi hætti svo stjórnvaldi sé unnt að virða andmælarétt aðila máls sem og upplýsingarétt. „Eins getur reynst stjórnvaldi erfitt að fullnægja kröfum sem leiða af rannsóknarskyldunni eða sýna fram á að slíkum kröfum hafi verið fullnægt hafi munnlegar upplýsingar ekki verið skráðar í samræmi við 23. gr. upplýsingalaga.“²³

Ljóst er því að ef veitingarvaldshafi ákveður að ráða tiltekinn umsækjanda á grundvelli munnlegra upplýsinga, svo sem umsögn fyrrum yfirmanns, upplýsingum um fyrri reynslu o.s.frv., sem ekki liggja fyrir í öðrum gögnum, verður veitingarvaldshafi að skrá slíkar upplýsingar í samræmi við ákvæðið.

Álit umboðsmanns Alþingis 18. júní 2003 (3490/2002). Umboðsmaður taldi að ráðuneytið hefði látið undir höfuð leggjast að gæta þeirra skyldna sem á því hvíldu samkvæmt 23. gr. upplýsingalaga og þannig ekki séð til þess að skráðar upplýsingar lægju fyrir hjá því um þau atriði sem þýðingu höfðu við samanburð á hæfni umsækjenda. Þar með hefði sú ákvörðun, að ráða X, ekki verið byggð á nægjanlega traustum grunni.

Í álitum *umboðsmanns Alþingis 21. mars 2006 (4210/2004)* sagði umboðsmaður að ef ráðherra ætlaði að ljá munnlegum upplýsingum mikið vægi yrði hann að skrá þær í samræmi við 23. gr. upplýsingalaga. Einnig taldi umboðsmaður að lagarök hnigju að því að ef leitað væri umsagnar að þá bæri að skrá þær upplýsingar sem fram kæmu og eins hver það væri sem upplýsingarnar gæfi.

²³ Berglind Bára Sigurjónsdóttir: „Skráning munnlegra upplýsinga um málsatvik með sérstakri hliðsjón af málum er varða veitingu opinberra starfa“, bls. 74.

3 Forgangsregla jafnréttislaga

3.1 Jafnréttislögin þá og nú

Fyrstu almennu lögin um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla voru sett árið 1976 og var þeim ætlað að stuðla að jafnrétti kynjanna á öllum sviðum þjóðfélagsins. Eftir setningu þessara laga hafa alls 4 ný lög verið sett, nú síðast gildandi lög nr. 10/2008.

Við setningu fyrstu laganna, laga nr. 78/1976 um jafnrétti kvenna og karla, var mótuð opinber stefna um að koma á jafnri stöðu og jöfnum rétti kynjanna og samkvæmt þeim hvíldi fordæmisskylda á stjórnvöldum að vinna að því að jafnrétti kæmist á í raun. Með lögum nr. 65/1985 var kveðið á um að tímabundnar aðgerðir til að rétta hlut kvenna brytu ekki í bága við lögin. Hér kemur forgangsreglan svokallaða í raun til sögunnar. Með lögum nr. 28/1991 var kærunefnd jafnréttismála sett á fót og hafði nefndin það hlutverk að fjalla um brot á jafnréttislögum. Með lögum nr. 96/2000 var orðalagi greinar um sérstakar tímabundnar aðgerðir til að koma á jafnrétti kynjanna breytt, þannig að leyfilegt var að beita aðgerðum til að rétta stöðu karla jafnt sem kvenna. Helstu breytingar sem núgildandi lög, nr. 10/2008, höfðu í för með sér voru að úrskurðir kærunefndar eru nú bindandi fyrir málsaðila en fram að gildistöku þessara laga gaf kærunefndin aðeins álit. Með því að gera úrskurðina bindandi er markmiðið að gefa úrskurðum nefndarinnar meira vægi en áður.^{24 25}

Forgangsreglan felur í raun í sér tvíþætta reglu og þurfa bæði skilyrðin að vera uppfyllt til þess að henni sé beitt. Annars vegar kemur forgangsreglan ekki til skoðunar hjá veitingarvaldshafa fyrir en að loknu hæfismati, það er þegar ljóst er að tveir eða fleiri umsækjenda eru jafn hæfir og hins vegar kemur hún einungis til greina þegar á annað kynið hallar á tilteknu sviði.

3.2 Forgangsreglan í framkvæmd

Í 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu er kveðið á um bann við hvers kyns mismunun á grundvelli kynferðis og fleiri atriða. Þetta bann við mismunun á grundvelli kynferðis kemur einnig fram í 26. gr. jafnréttislaga. Með forgangsreglunni er þó í raun verið að opna á mismunun á grundvelli kynferðis. Í aðfararorðum tólfta viðauka Mannréttindasáttmálans er tekið fram að meginreglan um bann við mismunun komi ekki í veg fyrir að ríki grípi til jákvæðra aðgerða sem veita sértæka vilhalla meðferð með það að markmiði að vinna gegn

²⁴ Frumvarp til laga nr. 10/2008 um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, lagt fyrir Alþingi á 135. löggjafarþingi 2007–2008

²⁵ Hægt er því að gagnrýna viðbrögð forsætisráðherra við úrskurði kærunefndarinnar í máli 3/2010 þar sem settur var á laggirnar sérstakur rýnihópur í kjölfar úrskurðarins sem fjalla átti um málið sbr. *Skipan í embætti skrifstofustjóra skrifstofu stjórnslu- og samfélagsþróunar í forsætisráðuneyti. Greinargerð rýnihóps.*

aðstöðumun sem ríkir í raun. Til að slíkar jákvæðar aðgerðir teljist réttlætanager verða að liggja að baki hlutlæg og málefnaleg sjónarmið.²⁶

Í 7. tl. 2. gr. jafnréttis laga er kveðið á um sértækar aðgerðir til að tryggja jafnrétti kynjanna við stöðuveitingar, en það eru tímabundnar aðgerðir sem ætlað er að bæta stöðu eða auka möguleika kvenna eða karla í því skyni að koma á jafnri stöðu kynjanna á ákveðnu sviði þar sem á annað kynið hallar. Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins, 2002/73/EBE varðandi breytingar á tilskipun 76/207/EBE hefur einnig að geyma ákvæði um að aðildarríkjum sé heimilt að kveða á um tímabundnar ráðstafanir til hagsbóta fyrir annað kynið til að koma í veg fyrir eða bæta upp lakari aðstöðu til starfsframa. Þetta felur í sér að ef tveir einstaklingar teljast jafnhæfir skal ráða þann sem er af því kyni sem er í minnihluta. Þetta sjónarmið hefur meðal annars komið fram í eftirfarandi dómum Hæstaréttar:

Í *Hrd. 1993, bls. 2230 (339/1990)* komst meirihluti Hæstaréttar að því að borið hefði að ráða A þar sem hún hefði að minnsta kosti verið jafn hæf og X, sem ráðinn var. Litu dómarnir þannig til tilgangs jafnréttis laganna og komust svo að orði að „lögin yrðu þýðingarlítill nema meginreglur laganna séu skýrðar svo að konu skuli veita starf, ef hún er að minnsta kosti jafnt að því komin er varðar menntun og annað sem máli skiptir og karlmaður sem við hana keppir ef á starfssviðinu eru fáar konur“.

Í þessu máli hafði veitingarvaldshafi ekki gefið nákvæmlega upp hvaða sjónarmið það voru sem lágu til grundvallar við ráðninguna og því hafði Hæstiréttur lítið sem ekkert til að byggja á og setti sér sjálfur mælikvarða almenns eðlis, svo sem um menntun, starfsreynslu o.s.frv. Mat dómurinn umsækjendur út frá þessum viðmiðum og komst þannig að þeirri niðurstöðu að sá sem ráðinn var og A hefðu að minnsta kosti verið jafnhæf og af þeim sökum ætti A að njóta forgangs á grundvelli 7. tl. 2. gr. jafnréttis laga.²⁷

Í *Hrd. 1996, bls. 3760 (431/1995)* áréttar meirihluti Hæstaréttar fyrri niðurstöðu sína frá 1993 um þýðingu jafnréttis laga, það er að segja að ef túlkun laganna væri ekki slík, að ráða skyldi konu ef á konur hallaði í starfsstétt, væru ákvæði um að bæta stöðu kvenna þýðingarlaus. Í þeim tíu stöfum sem voru lægra sett en staða starfsmannastjóra voru níu konur og einn karl. Í hópi æðstu starfsmanna, það er forstjóra, framkvæmdastjóra, skrifstofustjóra og starfsmannastjóra var hinsvegar skrifstofustjórinn eina konan. Taldi Hæstiréttur þar með að nægilega hefði verið leitt í ljós að borið hefði að ráða A í stöðu starfsmannastjóra á grundvelli forgangsreglunnar. Að áliti minnihluta Hæstaréttar var talið að ekki hefði verið nægilega í ljós leitt að A hefði verið mismunandi á grundvelli kynferðis.

Í *Hrd. 2006, bls. 4891 (195/2006)*, taldi Hæstiréttur að sérstök hæfisnefnd hefði ekki gætt málefnalega sjónarmiða við mat á starfsreynslu og framhaldsmenntun A og X sem ráðinn var. Töldu dómarnar að A hefði sýnt fram á að starfsreynsla hennar og menntun hefðu nýst henni

²⁶ Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunun“, bls. 442.

²⁷ Róbert R. Spanó prófessor hefur meðal annars gagnrýnt þessa túlkun Hæstaréttar og fer yfir gögn er varða meðferð frumvarpsins hjá félagsmálanefnd og telur meðal annars að ákvæðið hafi verið umdeilt og talsverð togstreita um hvort ákvæðið yrði sett í frumvarpið. Einnig segir Róbert að virkni ákvæðisins hafi verið bundið við að teknar væru á vettvangi framkvæmdavaldsins og ríkisstjórnar sérstakar ákvarðanir um að ráðist skyldi í aðgerðir af þessu tagi og að meirihluti Hæstaréttar hefði ekki haft forsendur til að ljá ákvæðinu og lögnum almennt markmið sem leiddi til slíkrar fastmótaðrar reglu. Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*, bls. 225-227.

Þannig að hún hefði verið jafnhæf eða hæfari til að gegna umræddu embætti. Samkvæmt jafnréttislögum bæri að ráða konu ef hún væri að minnsta kosti jafnhæf og karlmaður sem við hana keppir að því er menntun varðar og annað sem máli skiptir þegar á starfssviðinu eru fáar konur. Dómurinn taldi því að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum þar sem engin kona gegndi prestsembætti erlendis.

Af þessum dómum verður þó ráðið að enginn afsláttur er gefinn af hæfisskilyrðum við mat á milli umsækjenda og kemur reglan í raun ekki til skoðunar hjá veitingarvaldshafa fyrr en að loknu hæfismati þegar ljóst er að tveir eða fleiri umsækjenda eru að minnsta kosti jafn hæfir. Ef veitingarvaldshafi sýnir því fram á hæfni eins umsækjanda umfram aðra kemur reglan ekki til skoðunar.

Við ákvörðun um hvort forgangsreglu skuli beita þegar tveir eða fleiri umsækjendur eru hæfir í starf vaknar sú spurning um hvort horfa skuli á kynjahlutfall innan tiltekinnar deildar eða stofnunarinnar í heild o.s.frv. Með orðalaginu „á ákveðnu sviði“ í 7. tl. 2. gr. kemur fram ákveðin leiðbeining en orðalagið er þó mjög opið og matskennt og niðurstöður virðast vera misvísandi sbr. eftirfarandi álit:

Í álitum *kærunefndar jafnréttismála frá 21. febrúar 2003 (8/2002)* kom fram að við mat á kynjahlutföllum vegna ráðningar í stöðu deildarstjóra íþrótta- og tómsundadeildar Akureyrarbæjar hefði borið að líta til allra sambærilegra stjórnunarstaða hjá bæjarfélaginu en ekki eingöngu til félagssviðs eins og Akureyrarbær taldi að ætti að gera. Á félagssviði var mikill meirihluti starfsmanna kvenna en í stjórnunarstöðum bæjarfélagsins var meirihluti starfsmanna karlar. Kærunefndin taldi því að veigamikil rök hefði þurft fyrir því að ráða karl í stöðuna ef bærinn hefði skoðað kynjaskiptingu í sambærilegum stöðum hjá bæjarfélaginu.

Í álitum *kærunefndar jafnréttismála frá 24. ágúst 2004 (15/2003)* var talið að borið hefði að líta til kynjahlutfalls dagskrárgerðarmanna Ríkisútvarpsins í heild en ekki eingöngu til svæðisútvarps sem slíks. Þar sem jafnt hlutfall var á milli kynja sem dagskrárgerðarmanna hjá Ríkisútvarpinu taldi nefndin að ekki hefði verið brotið gegn jafnréttislögum með ráðningu X við þetta tiltekna svæðisútvarp þó einungis karlmenn væru starfandi þar.

Af þessum álitum má sjá að í máli Akureyrarbæjar var horft til sambærilegra stjórnunarstaða innan bæjarfélagsins sem heildar en ekki einungis félagssviðs. En í máli Ríkisútvarpsins er hins vegar horft til dagskrárgerðarmanna stofnunarinnar í heild en ekki á svæðisútvarpið sem afmarkaðan hluta. Virðist því framkvæmdin ekki vera skýr að því er þetta varðar, líklega ræðst niðurstaðan í máli Akureyrarbæjar þó af ákvæði 18. gr. jafnréttislaga sem kveður á um að atvinnurekendur skuli stuðla að því að störf flokkist ekki í sérstök kvenna- og karlastörf.

Áhugavert er að skoða að hvaða marki auglýsingar um starf hafa áhrif við mat því á hvort að brotið hafi verið gegn forgangsreglunni. Eftirfarandi mál er varðaði skipun sýslumanns á Keflavíkurlflugvelli fór fyrir kærunefnd jafnréttismála og Hæstarétt. Kærunefndin taldi að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum en niðurstöðu nefndarinnar var hins vegar snúið við í Hæstarétti.

Álit kæruneftndar jafnréttismála 7. janúar 2000 (11/1999). Kæruneftndin taldi að bæði A og X, sem ráðinn var, uppfylltu menntunarskilyrði sem komu fram í auglýsingu, auk þess sem A hefði framhaldsmenntun, en nefndin taldi að viðbótarmenntun væri almennt til þess fallin að auka hæfni í starfi. Var A því talin vera hæfari hvað menntun varðaði en starfsreynsla þeirra var metin til jafns. Ekki var gerð krafa um reynslu af stjórnun eða rekstri en nefndin taldi að slík reynsla skipti máli við mat á hæfi og A talin standa X framar hvað það varðar. Það að leggja jafn mikla áherslu á þekkingu á Schengen samstarfinu og ráðherra gerði var ekki talið málefnalegt þar sem þekking annarra umsækjenda á því sviði var ekki könnuð sérstaklega. Sama má segja um góða samskiptahæfni X, sú hæfni var þekkt sökum þess að hann hafði unnið í utanríkisráðuneytinu en nefndin taldi að ráðherra hefði með tilliti til þessa þurft að kanna hæfi annarra umsækjenda einnig. Meðal annars með vísan til þessa komst kæruneftndin að því að ráðherra hefði með skipun X brotið gegn ákvæðum jafnréttislaga þar sem A hefði verið að minnsta kosti jafn hæf og mjög hallaði á konur í sýslumannsembættum.

Hrd. 2002, bls. 3066 (121/2002). Meirihluti Hæstaréttar taldi að með auglýsingu um starfið hefði verið gefið til kynna að önnur reynsla og þekking en af hefðbundnum störfum sýslumanna, svo sem starfsreynsla á erlendum vettvangi, myndi geta haft töluvert vægi við mat umsókna og að ekki yrði talið að við veitingu embættisins hefði verið byggt á öðrum atriðum en ráða mátti af auglýsingunni. Taldi dómurinn því að réttmætt hefði verið að láta starfsreynslu X vega þyngra en A og að A hefði ekki tekist að sanna að menntun hennar og starfsreynsla gerðu það að verkum að hún væri jafnhæf eða hæfari og því ekki fallist á að A hefði verið mismunað eftir kynferði. Minnihluti Hæstaréttar komst hins vegar að sömu niðurstöðu og kæruneftndin og taldi meðal annars að það hefði verið óheimilt að veita starfsreynslu X í utanríkisráðuneyti jafn mikið vægi og gert var. Eins hefði ekki verið heimilt að veita þekkingu á Schengen samningnum jafn mikið vægi og ráðherra gerði, þar sem einungis hluti hans væri á hendi sýslumanns að framkvæma. Einnig voru tvö ár í að samningurinn tæki gildi og því taldi minnihlutinn að nægur tími væri fyrir þann sem skipaður yrði að setja sig inn í málið.

Meirihluti Hæstaréttar horfði til þess að auglýsingin um embættið gæfi ákveðna forsögu um það hvernig umsóknir yrðu metnar og að með starfslýsingu hefði verið gefið til kynna frá öndverðu að önnur reynsla og þekking en af hefðbundnum störfum sýslumanna myndi geta haft töluvert vægi við mat umsókna. Þótti auglýsingin því eðlileg og ekki fela í sér ólögmat hæfisskilyrði og að ekki hefði verið byggt á öðrum sjónarmiðum en þeim sem ráða mátti af henni. Þar með hefði verið lögmat að veita starfsreynslu og þekkingu X jafn mikið vægi og raun bar. Kæruneftndin virðist hins vegar horfa fremur til þess að rannsókn ráðherra á ýmsum upplýsingum um aðra umsækjendur en X, sem ekki höfðu starfað hjá ráðuneytinu, hefði verið ábótavant og að verulega hallaði á konur í embættum sýslumanna í landinu. Þetta fordæmi Hæstaréttar sýnir að málinu er í raun markaður ákveðinn farvegur með auglýsingu starfsins og að sjónarmið sem koma fram í auglýsingu, eða hægt er að leiða af auglýsingu, geta haft áhrif við mat á hæfi umsækjenda og það hvort málefnaleg sjónarmið eru talin hafa ráðið við ákvörðunina.

Svigrúm veitingarvaldshafa virðist vera töluvert, bæði við mat á hæfi umsækjenda og eins til að meta umsækjendur út frá þeim þörfum sem viðkomandi stofnun hefur á hverjum tíma. Eftirfarandi dæmi fór bæði fyrir kæruneftnd og Hæstarétt og varðaði ráðningu í starf dósentis í

tölvunarfræði við tölvunarfræðiskor verkfræðideildar Háskóla Íslands. Taldi kærunefndin að brotið hefði verið gegn jafnréttislögum en niðurstöðunni var snúið við í Hæstarétti.

Álit kærunefndar jafnréttismála 1. júní 2006 (10/2005). Ákveðið var að ráða X út frá þörf verkfræðideildar fyrir kennslu í grunnnámi og byggðist mat á því að X væri hæfari en A á reynslu einstakra kennara deildarinnar af samstarfi við þessa tvo umsækjendur. Kærunefnd taldi að það væri á valdi verkfræðideildar og Háskólans að leggja mat á og ákveða hvaða sjónarmið hefðu mátt vega þyngst með tilliti til skipulags og starfsemi deildarinnar. Með tilliti til auglýsingar yrði að telja að málefnalegt gæti verið að leggja áherslu á reynslu X af kennslu grunnnámskeiða við endanlegt val á milli umsækjenda, þrátt fyrir að menntun og rannsóknarreynsla A hefði verið talin meiri. Nefndin taldi þó að ekki hefði legið nægilega fyrir við stöðuveitinguna, að X hefði búið yfir sérstökum kostum sem gerðu það að verkum að hann teldist hæfari en A. Ákvörðunin hefði verið studd reynslu „einstakra kennara“ af umsækjendum án frekari gagna eða nánari athugana og taldi nefndin að það fullnægði ekki kröfum um málsmeðferð og efni og því hefði verið brotið gegn jafnréttislögum við ráðningu í starfið.

Hrd. 15. október 2009 (25/2009). Í dómi héraðsdóms sem staðfestur var í Hæstarétti var talið að við mat á því hver af hæfum umsækjendum teldist hæfastur yrði að telja lögmætt að leggja mesta áherslu á kennsluþáttinn eins og gert hafði verið af hálfu deildarinnar og að reynslutími eða lengd kennsluferils þyrfti ekki endilega að ráða úrslitum við slíkt hæfnismat. X hefði verið metinn hæfari en A á þessum grunni og því væri hafnað að matið byggðist á ómálefnalegum sjónarmiðum eða væri bersýnilega rangt, enda hlyti mat á hæfni umsækjenda til að sinna kennslu að einhverju leyti að ráðast af faglegu mati á þeim eiginleikum og hæfileikum sem best nýtast í því starfi. Því féllst dómurinn hvorki á að brotið hefði verið gegn reglum stjórnáráðgjafar né jafnréttislaga.

Kærunefndin virðist í þessu máli leggja áherslu á hvaða gögn það eru sem liggja til grundvallar mati á hæfi X, það er að segja það að einstakir samstarfsmenn telji X hæfari en A að því er kennslu á grunnstigi varðar, og telur að ákvörðunin sé ekki reist á nægilega traustum grunni, sérstaklega í ljósi þess að engin önnur gögn lágu fyrir um hvernig matið fór fram eða hverjir framkvæmdu matið. Hæstiréttur virðist hins vegar leggja meira upp úr því svigrúmi sem veitingarvaldshafa er veitt til að ákveða vægi þeirra málefnalegu sjónarmiða sem lögð eru til grundvallar og að ráðinn sé einstaklingur sem uppfylli best þarfir stofnunarinnar, að því gefnu að málefnaleg sjónarmið liggi að baki matinu.

Upplýsingar sem koma fram í viðtölum geta haft áhrif við mat og vert er í því sambandi að skoða mál er varðar ráðningu leikhússtjóra við Leikfélag Akureyrar. Ekki er um að ræða ráðningu hjá hinu opinbera en þó má draga nokkurn lærdóm af misvísandi niðurstöðum kærunefndar og Hæstaréttar um forgangsregluna.

Álit kærunefndar jafnréttismála 1. júlí 2002 (3/2002). A taldi að sér hefði verið mismunað á grundvelli kynferðis þar sem hún taldi sig hafa meiri menntun og reynslu en X sem ráðinn var. Í auglýsingu var óskað eftir að umsækjendur gerðu grein fyrir menntun, reynslu og hugmyndum um listrænt stefnumið. Kærunefndin komst að því A hefði verið hæfari en X að því er menntun varðar en að þau væru jöfn að því er starfsreynsla varðaði. Vísaði kærunefndin því næst í 1. mgr. 24. gr þágildandi jafnréttislaga nr. 96/2000 um að ef kærandi teldist hafa leitt líkur að því að óbeinni mismunun hefði verið beitt við ráðningu í starf skyldi atvinnurekandi sýna fram á að aðrar ástæður en kynferði hefðu legið að baki ákvörðun um veitingu starfs. Kærði bar fyrir sig að X hefði í starfsviðtali haft „skýrustu, framsæknustu, víðsýnustu og raunhæfustu hugmyndirnar um rekstur leikhússins“. Kærunefndin taldi að þessar hugmyndir, sem ekki lágu

fyrir í gögnum málsins, gætu ekki réttlætt það að gengið væri framhjá kæranda sem talin var hafa meiri menntun og því hæfari en sá sem ráðinn var.

Í *Hrd. 2004, bls. 153 (330/2003)* taldi Hæstiréttur að þótt A hefði að baki lengra háskólanám en X hefði ekki verið ljóst að það nám eða önnur reynsla nytist henni þannig að hún yrði talin jafnhæf eða hæfari en X. Leikhúsráð hefði metið það svo að X hefði verið hæfari á grundvelli umsóknargagna, viðtala og kynna af umsækjendum og taldi dómurinn að A hefði ekki tekist að sýna fram á að þetta mat hefði verið ómálefnalegt og því ekki fallist á að A hefði verið mismunað eftir kynferði.

Hér virðist kærunefndin leggja til grundvallar að framhaldsnám sé almennt til þess fallið að skipa umsækjanda framar óháð því á hvaða sviði það sé og hvort það endilega hentar til starfans. Kærunefndin leggur einnig áherslu á regluna um sönnun sem er að finna í 26. gr. jafnréttislaga, það er að segja að nóg sé að kærandi leiði líkur að því að um óbeina mismunun sé að ræða. Einnig tekur nefndin fram að ekki sé heimilt að ljá óskráðum gögnum um hugmyndir umsækjanda um rekstur leikhússins, sem fram kom í viðtali, jafn mikið vægi og gert var í málinu. Hæstiréttur virðist hins vegar telja að þó að kærandi hafi haft að baki lengra háskólanám sé ekki ljóst að það nám eða önnur reynsla hennar hefði nýst þannig að hún teldist jafnhæf eða hæfari en X, né að mat leikhúsráðs hafi verið ómálefnalegt. Í fljótu bragði virðist dómur Hæstaréttar vera í ósamræmi við *úrskurð kærunefndar jafnréttismála 22. mars 2011 (3/2010)* en í þessu máli taldi leikhúsráð að A og X hefðu verið jafn hæf á grundvelli menntunar og starfsreynslu. Byggði ráðið þá niðurstöðu sína á því að hvorugt þeirra hefði haft menntun eða starfsreynslu sem skírskotaði beint til þessa tiltekna starfs og þar með telur Hæstiréttur að málefnalegt hafi verið að líta til þeirra óskráðu upplýsinga sem fram komu í viðtali við X.

Í *álitum kærunefndar 2. mars 2006 (7/2005)* vegna skipunar í stöðu rektors við Landbúnaðarháskóla Íslands voru uppi svipuð sjónarmið er vörðuðu hugmyndir eins umsækjanda um framtíðarsýn skólans og var ekki talið að ráðherra hefði brotið gegn jafnréttislögum þó óskráðum hugmyndum umsækjandans hefði verið ljáð talsvert vægi. Vísaði nefndin meðal annars til ofangreinds dóms Hæstaréttar.

Samkvæmt 4. mgr. 26. gr. þarf veitingarvaldshafi að sýna fram á að aðrar ástæður en kynferði hafi legið til grundvallar ákvörðun ef kærandi leiðir líkur að því að slík óbein mismunun hafi átt sér stað sbr. eftirfarandi dæmi:

Í *áliti kærunefndar jafnréttismála 23. nóvember 2000 (6/2000)* vegna ráðningar í starf fjármálastjóra Húnavallaskóla, taldi kærunefnd jafnréttismála að kærandi, A, hefði staðið X framar að því er menntun varðar. Starfsreynsla X væri hins vegar lengri í árum talið en reynsla A liti hins vegar beint að bókhaldsvinnu og hefði A því staðið X framar. Þá taldi nefndin að þegar valinn væri umsækjandi sem hefði minni menntun og fullnægði ekki áskildum kröfum um starfsreynslu sem gerð væri í auglýsingu yrðu aðrir sérstakir hæfileikar, í þessu máli reynsla af sveitarstjórnarmálum, að vera þess eðlis og svo nauðsynlegir að þeir réttlæti að vikið sé frá almennum hæfisskilyrðum. Í slíkum tilfellum hvíldi því ríkari skylda en ella á stjórnvaldi að

sýna fram á aðra sérstaka hæfileika og nauðsyn þeirra fyrir starfið. Taldi kærunefndin svo ekki vera í þessu tilfalli og því um brot gegn jafnréttislögum að ræða.

Í *Hrd.* 2006, bls. 4891 (195/2006) vegna skipunar í embætti sendiráðsprests í London, kom fram í auglýsingu að skilyrði væri að umsækjendur hefðu haldgóða prestsreynslu og að æskilegt væri að þeir hefðu framhaldsmenntun, helst á sviði sálgæslu og sjúkrahúspjónustu. Einnig var tilgreint að ríkar kröfur væru gerðar til færni í mannlegum samskiptum, hæfileika til sjálfstæðis í starfi og frumkvæðis. Auk þessa voru svo gerðar kröfur til góðrar enskukunnáttu í mæltu og rituðu máli. Hæfisnefndin sem lagði til við ráðherra að X yrði ráðinn, byggði val sitt á heildarmati á sérmenntun samkvæmt auglýsingu og umfangi á prestsstörfum beggja umsækjenda. Hæstiréttur taldi að við mat á starfsreynslu hefði A staðið X framar og að í auglýsingu hefði framhaldsmenntun verið talin æskileg og því ekki málefnalegt að gefa eins árs námi X á sviði sálgæslu og sjúkrahúspjónustu jafn mikið vægi og gert var. Hefði A því sýnt fram á að starfsreynsla hennar og menntun hefðu nýst henni þannig að hún væri jafnhæf eða hæfari en X til að gegna embættinu og þar með hefði verið brotið gegn jafnréttislögum.

4 Niðurstöður

Ljóst er af rannsóknum þessara álita og dóma að ekki er unnt að gera grein fyrir öllum þeim sjónarmiðum sem stjórnvaldi er heimilt að byggja ákvörðun sína um stöðuveitingu á. Þær viðmiðanir ráðast alltaf að einhverju leyti á því hvaða þarfir viðkomandi starfsemi hefur hverju sinni sbr. *álit umboðsmanns Alþingis 28. september 2009 (5466/2009)*. Sjónarmiðin hljóta líka að ráðast að einhverju leyti að því hverjir það eru sem sækja um starf því veitingarvaldshafa er ekki kleift að vita í öndverðu hvort og hvaða hæfni umsækjendur munu hafa til að bera. Vandmeðfarið getur verið fyrir veitingarvaldshafa að byggja á ákveðinni hæfni eða reynslu umsækjanda sem ekki kemur fram í auglýsingu ef önnur almenn hæfisskilyrði eru ekki uppfyllt og annar umsækjandi telst jafnvel hæfari á grundvelli þeirra almennu skilyrða sbr. *álit kærunefndar jafnréttismála 23. nóvember 2000 (6/2000)*.

Það er ljóst að veitingarvaldshafi verður að vanda til við gerð auglýsingar um starfið enda geta hæfniskröfur sem koma fram í henni haft mikil áhrif á það hvort mat hans á sjónarmiðum sé málefnalegt og eins hvort málefnalegt sé að veita þeim vægi umfram önnur almenn skilyrði, svo sem eins og ef ákveðin þekking eða hæfni er æskileg sbr. *Hrd. 2006, bls. 4891(195/2006)*

Einnig sjáum við af rannsókninni að forgangsregla jafnréttislaganna er vandmeðfarin og erfið í framkvæmd og jafnvel þótt langt sé um liðið síðan reglan var sett í lög er réttarsviðið í raun enn fremur óljóst. Þó má draga þann lærdóm af þessari rannsókn að ef veitingarvaldshafi markar sér skýra stefnu og skilgreinir þarfir stofnunarinnar í upphafi og tryggir að öll gögn styðji þá ákvörðun sem tekin er verður ákvörðunin að öllum líkindum talin hafa byggst á málefnalegum sjónarmiðum.

HEIMILDASKRÁ

Berglind Bára Sigurjónsdóttir: „Skráning munnlegra upplýsinga um málsatvik með sérstakri hliðsjón af málum er varða veitingu opinberra starfa“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti, 60. árgangur, vor 2010, bls. 71-97.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur. Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Björg Thorarensen, Eiríkur Tómasson, Páll Sigurðsson, Róbert R. Spanó og Viðar Már Matthíasson: *Um lög og rétt. Helstu greinar íslenskrar lögfræði*, Reykjavík 2006.

Jörundur Gauksson: „Kröfur stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 til efnis rökstuðnings fyrir stjórnvaldsákvörðunum“. *Úlfjótur*, 1. tbl., bls. 5-80.

Oddný Mjöll Arnardóttir: „Bann við mismunun“. *Mannréttindasáttmáli Evrópu. Meginreglur framkvæmd og áhrif á íslenskan rétt*. Reykjavík 2005, bls. 433-473.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Nokkrar hugleiðingar um andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga“. *Lögberg – rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Háskólaútgáfan. Reykjavík 2003, bls. 475-502.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmætisreglan“. *Afmælisrit Björn P. Guðmundsson- sjötugur*. Ritstj. Stefán Már Stefánsson. Reykjavík 2009, bls. 253-257.

Páll Hreinsson: „Álitsumleitan“. *Afmælisrit Gauks Jörundssonar*. Bókaútgáfan Orator. Reykjavík 1994, bls. 407-433.

Páll Hreinsson: *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*. Reykjavík 1994.

Páll Hreinsson: „Leiðbeiningarskylda stjórnvalds við meðferð stjórnarsýslumáls“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. hefti 2007, bls. 5-38.

Páll Hreinsson: „Málshraðaregla stjórnarsýslulaga“. *Úlfjótur*, 3. tbl. 2006, bls. 425-447.

Páll Hreinsson: *Stjórnarsýslulögin. Skýringarrit*. Reykjavík 1994.

Páll Hreinsson: *Upplýsingalögin. Kennslurit*. Reykjavík 1996.

Páll Hreinsson: „Upplýsingaréttur aðila stjórnarsýslumáls“. *Úlfjótur*, 2. tbl. 2007, bls. 205-253.

Róbert R. Spanó: *Túlkun lagaákvæða*. Reykjavík 2007.

Skipan í embætti skrifstofustjóra skrifstofu stjórnarsýslu- og samfélagsþróunar í forsætisráðuneyti. Greinargerð rýnihóps. Forsætisráðuneyti, Reykjavík 2011.

Starfsskilyrði stjórnvalda. Skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda, eftirlit með starfsemi þeirra og viðurlög við réttarbrotum í stjórnarsýslu. Forsætisráðuneytið, Reykjavík 1999.

ÁLITA- OG DÓMSKRÁ

Álit umboðsmanns Alþingis:

UA 4. september 1997 (2214/1997)
UA 11. maí 2003 (3667/2002)
UA 18. júní 2003 (3490/2002)
UA 3. maí 2004 (3882/2003, 3909/2003 og 3980/2003)
UA 21. mars 2006 (4210/2004)
UA 28. janúar 2008 (4699/2006)
UA 28. september 2009 (5466/2008)

Dómar Hæstaréttar:

Hrd. 1993, bls. 2230 (339/1990)
Hrd. 1996, bls. 3760 (431/1995)
Hrd. 1998, bls. 3509 (46/1998)
Hrd. 2006, bls. 3066 (121/2002)
Hrd. 2004, bls. 153 (330/2003)
Hrd. 2006, bls. 4891 (195/2006)
Hrd. 15. október 2009 (25/2009)

Álit kærunefndar jafnréttismála:

KJ 7. janúar 2000 (11/1999)
KJ 23. nóvember 2000 (6/2000)
KJ 1. júlí 2002 (3/2002)
KJ 21. febrúar 2003 (8/2002)
KJ 11. apríl 2004 (15/2004)
KJ 24. ágúst 2004 (15/2003)
KJ 29. desember 2005 (2/2005)
KJ 2. mars 2006 (7/2005)
KJ 1. júní 2006 (10/2005)
KJ 28. ágúst 2008 (6/2008)
KJ 22. mars 2011 (3/2010)