

Hrd. 18. júní 2004 (nr. 76/2004).
Hrd. 2. desember 2004 (nr. 444/2004).
Hrd. 2005, bls. 4612 (nr. 183/2005).
Hrd. 2005, bls. 800 (nr. 410/2004).
Hrd. 2005, bls. 948 (nr. 68/2005).
Hrd. 29. ágúst 2005 (nr. 277/2005).
Hrd. 29. ágúst 2005 (nr. 334/2005).
Hrd. 2006, bls. 3364 (nr. 372/2006).
Hrd. 2006, bls. 5607 (nr. 312/2006).
Hrd. 8. febrúar 2006 (nr. 335/2006).
Hrd. 6. apríl 2006 (nr. 220/2005).
Hrd. 10. maí 2007 (nr. 647/2006).
Hrd. 24. maí 2007 (nr. 642/2006).
Hrd. 7. júní 2007 (nr. 518/2006).
Hrd. 27. ágúst 2007 (nr. 388/2007).
Hrd. 17. janúar 2008 (nr. 89/2007).
Hrd. 23. janúar 2008 (nr. 9/2008).
Hrd. 21. febrúar 2008 (nr. 238/2007).
Hrd. 10. apríl 2008 (nr. 558/2007).
Hrd. 26. júní 2008 (nr. 330/2008).
Hrd. 5. mars 2009 (nr. 426/2008).
Hrd. 16. desember 2009 (nr. 676/2009).
Hrd. 6. maí 2010 (nr. 570/2009).
Hrd. 23. september 2010 (nr. 610/2009).
Hrd. 17. janúar 2011 (nr. 670/2011).
Hrd. 27. janúar 2011 (nr. 348/2010).
Hrd. 3. nóvember 2011 (nr. 453/2009).
Hrd. 25. maí 2012 (nr. 246/2012).
Hrd. 8. nóvember 2012 (nr. 547/2011).
Hrd. 16. janúar 2013 (nr. 169/2013).
Hrd. 13. febrúar 2013 (nr. 604/2013).
Hrd. 30. maí 2013 (nr. 96/2013).
Hrd. 3. október 2013 (nr. 628/2013).
Hrd. 20. mars 2014 (nr. 673/2013).
Hrd. 10. apríl 2014 (nr. 802/2013).
Hrd. 2. október 2014 (nr. 154/2014).
Hrd. 10. desember 2014 (nr. 747/2014).
Hrd. 29. janúar 2015 (nr. 395/2014).
Hrd. 13. apríl 2015 (nr. 215/2015).
Hrd. 4. júní 2015 (nr. 731/2014).
Hrd. 22. mars 2016 (nr. 386/2015).
Hrd. 4. mai 2016 (nr. 604/2016).
Hrd. 19. maí 2016 (nr. 327/2016).
Hrd. 9. júní 2016 (nr. 678/2015).
Hrd. 13. október 2016 (nr. 828/2015).

Falsvonir Öryrkjabanda-lagsdómsins? – nýleg dómaframkvæmd um félagsleg réttindi*



Kári Hólmar Ragnarsson
doktorsnemi við Harvard Law School og meðeigandi
lögmannsstofunnar Réttur – Aðalsteinsson & Partners

Efnisyfirlit

- 1 Inngangur
 - 1.1 Arfleið Öryrkjabandalagsdómsins
 - 1.2 Dómhæfi félagslegra réttinda
 - 1.3 Efnistök
- 2 Nýleg dómaframkvæmd Hæstaréttar
 - 2.1 Nægja örorkubætur til lágmarksframfærslu? Mál Dagrúnar Jónsdóttur gegn Tryggingastofnun ríkisins og íslenska ríkinu
 - 2.1.1 Atvik málsins, réttarfarsúrskurðir og niðurstaða Hæstaréttar
 - 2.1.2 Fjárlög ofar mannréttindum
 - 2.1.3 Niðurstaða Hæstaréttar um kröfugerð – leit stefnanda að nálarauða í heystakki
 - 2.1.4 Um verðtryggingu örorkulífeyris – lakari vernd en skv. MSE?
 - 2.1.5 Lokaorð um dóminn
 - 2.2 Á fólk með fötlun rétt á því að búa á eigin heimili?
 - 2.3 Aðrir efnisdómar Hæstaréttar 2009–2016
- 3 Næst á dagskrá – Atvinnuleysisbætur sem eignarréttindi
- 4 Dómar héraðsdóms sem ekki var áfrýjað til Hæstaréttar
 - 4.1 Endanlegir dómar þar sem fallist var á kröfur einstaklings – túlkapjónusta og heilbrigðispjónusta hælisleitenda
 - 4.2 Endanlegur héraðsdómur þar sem kröfum var hafnað – Lifrarbólga C
- 5 Ályktanir

*Greinin hefur verið yfirfarin og samþykkt af ritryninefnd Úlfliðs.

- 5.1 Samantekt á dómaframkvæmdinni
 - 5.2 Hvaða áhrif hefur 1. mgr. 76. gr. stjskr. um rétt til aðstoðar?
 - 5.3 Vernd félagslegra réttinda í gegnum önnur stjórnarskrárvæði, formreglur eða ákvæði almennra laga
- 6 Lokaorð

Ágrip

Hæstiréttur hefur ekki fallist á málsástæður gegn ríkisvaldinu á grundvelli 1. mgr. 76. gr. stjskr. um rétt til aðstoðar síðan í *Öryrkjabandalagsdómi I* árið 2000. Í greininni er fjallað um nýja dómaframkvæmd um félagsleg réttindi og lagt mat á hvort dómstólar veiti þessum réttindum raunhæfa og virka vernd. Heildarmyndin sem birtist gefur til kynna að staða félagslegra réttinda fyrir íslenskum dómstólum sé veik og vernd þeirra hafi hrakað á allra síðustu árum. Ekki er samræmi milli dóma hvað varðar aðferðir og mælikvarða við mat á því hvort brotið sé gegn ákvæðinu. Nýjustu dómar Hæstaréttar benda til þess að rétturinn sé gríðarlega tregur til þess að fjalla efnislega um félagsleg réttindi og gefa í skyn að grundvallarálitaefni á þessu sviði, t.d. um fjárhæð örorkulífeyrir, falli nær alfarið utan valdsviðs dómstóla. Þannig hefur Hæstiréttur í raun skipað fjártjórnarvaldi löggjafans ofar stjórnskipulegum réttindum. Meiri möguleikar virðast vera á því að fá félagsleg réttindi viðurkennd fyrir dómstólum í gegnum önnur stjórnarskrárvæði, einkum jafnræðisreglu 65. gr. og hugsanlega eignarréttarákvæði 72. gr. en Hæstiréttur hefur þó túlkað eignarréttarákvæðið þrengra á sviði lífeyrisréttinda en mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert. Afstaða höfundar er sú að dómstólum sé heimilt og skylt að leggja efnislegt mat á það hvort stjórnarskrárværin réttindi séu virt í raun og veru og ættu að nýta til þess mælikvarða sem Hæstiréttur setti fram í eldri dómum en einnig líta til reynslu í öðrum löndum.

Abstract

The Supreme Court has not accepted an argument pleaded against the State based on Art. 76(1) of the Constitution, on the right to social assistance, since the *First Organization of Disabled Judgment* in 2000. The present article analyzes the latest case law on social rights and assesses whether courts have granted practical and effective protection to these rights. The overall picture that emerges indicates that the status of social rights before Icelandic courts is weak and their protection has deteriorated in the last few years. Judgments are not consistent as to the approaches and tests applied to the assessment of whether violations have occurred. The Supreme Court's latest judgments indicate that the court is extremely reluctant to engage substantively with social rights and imply that fundamental issues, such as the amount of disability benefits, are almost entirely excluded from the courts' jurisdiction. Thus, the Supreme Court has effectively elevated the legislature's power of the purse over and above constitutional rights. There appear to be slightly better prospects of success for social rights claims

based on other constitutional provisions, particularly the equality clause of Art. 65 and the property rights clause of Art. 72, although the Supreme Court has interpreted the property rights clause more narrowly with respect to pensions than the European Court of Human Rights. The author's position is that the courts are authorized and obligated to assess substantively questions of whether constitutional rights have in fact been respected and to that end should apply tests developed by the Supreme Court in prior judgments and look to the experience of other domestic systems.

1 Inngangur

1.1 Arfleið Öryrkjabandalagsdómsins

Þegar dómur Hæstaréttar í *Öryrkjabandalagsdómi I*, Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000) féll í desember árið 2000 varð uppi fótur og fit.¹ Meðal annars taldi þáverandi forsætisráðherra að Hæstiréttur hefði tekið sér lagasetningarvald og studdi þá skoðun sína rökum í lögfræðilegum búningi.² Dómurinn, ásamt *Öryrkjabandalagsdómi II*, Hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002), hefur óslitið verið hluti af kennsluefnii í stjórnskipunarrétti í lagadeildum háskólanna og um hann hefur verið fjallað í hinum ýmsu fræðigreinum.³ Á árinu 2016 varð dómurinn enn á ný umfjöllunarefni í opinberri umræðu þar sem hann var notaður sem sýnidæmi um að núgildandi stjórnarskrá hafi verið „útvörður hagsmunagæslu þeirra sem minnst mega sín í samfélaginu“.⁴ En hver er hin raunverulega arfleið Öryrkjabandalagsdómsins?

Eins og lesendum mun verða ljóst af lestri þessarar greinar hefur Hæstiréttur ekki fallist á málsástæðu á grundvelli 1. mgr. 76. gr. stjórnarskráinnar, nr. 33/1944 (stjskr.), um rétt til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örþingðar og sambærilegra atvika, síðan Öryrkjabandalagsdómurinn féll árið 2000. Einn héraðsdómur bíður reyndar áfrýjunar og í öðrum héraðsdómi, sem ekki var áfrýjað, var fallist á slíka málsástæðu.⁵ Ennfremur hefur umboðsmaður Alþingis beitt ákvæðinu.⁶ Þá hefur Hæstiréttur fjallað um félagsleg réttindi⁷ á

1 Sjá t.d. „Reykjavíkurbréf“. *Morgunblaðið*, 4. febrúar 2001 og Ástráður Haraldsson: „Forsetabréf“. *Morgunblaðið*, 25. jan. 2001.

2 Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“.

3 Sjá t.d. Ragnar Aðalsteinsson: „Steffnumið eða dómhæf réttindi?“, Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“, Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“, Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, einkum bls. 60-68, Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“, Sigurður Líndal: „Um lagasetningarvald dómstóla“, Svandís Nína Jónsdóttir: „Samræmi laga og stjórnarskrá: Afstaða íslenskra fræðimanna til úrskurðarvalds dómstóla“ og Kári Hólmur Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“.

4 Þorbjörn Þórðarson: „Eyðilegging“, www.visir.is (25. okt 2016), sjá einnig svargrein Ragnars Aðalsteinssonar: „Um eyðileggingu stjórnarskráinnar“, www.visir.is (27. okt. 2016).

5 Um þessi dómumál verður fjallað í köflum 3 og 4.

6 T.d. UA 10. júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (málefni aldraðra), UA 17. febrúar 2009 (5106/207) (fjárhagsaðstöð sveitarfélags) og UA 13. júní 2016 (5544/2008) (félagslegar íbúðir).

7 Ég mun nota hugtakið félagsleg réttindi til þess að visa, í grófum dráttum, til þeirra réttinda sem njóta verndar í alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, hér eftir

grundvelli annarra stjórnarskrárvæða og fallist á kröfur á grundvelli jafnraðisreglu 65. gr. stjskr. í einu tilviki.⁸ Þessi dómaframkvæmd er meginumfjöllunarefni greinarinnar. Reynt verður að leggja mat á forsendur einstakra dóma og draga ályktanir af heildarmyndinni. Einkum verður lagt mat á það hvort dómstólar hafi snúið frá þeiri stefnu sem mörkuð var í Öryrkjabandalagsdóminum og þannig reynt að svara spurningunni um hvort vonir um að félagsleg réttindi njóti raunhæfrar og virkrar verndar dómstóla séu falsvonir.

1.2 Dómhæfi félagslegra réttinda

Beiting dómstóla á félagslegum réttindum hefur stóraukist á síðari árum, jafnt landsdómstóla,⁹ mannréttindadómstóla Evrópu¹⁰ og Ameríku¹¹ og alþjóðlegra úrskurðaraðila,¹² og þetta hefur óumdeilanlega styrkt stöðu réttindanna. Hinni eldri kenningu um að félagsleg réttindi séu ekki dómhæf, þ.e. að dómstólar geti alls ekki beitt þeim og/eða ættu alls ekki að beita þeim hefur að mestu leyti verið hafnað eftir því sem réttarsögu síðustu áratuga hefur undið fram.¹³ Röksemmdirnar sem þessi kenning byggir á geta þó ennþá skipt máli varðandi það *hvernig* réttindunum er beitt af dómstólum. Í stuttu máli eru helstu röksemmdirnar þessar:¹⁴

1. Félagsleg réttindi séu ólk borgaralegum og stjórmálalegum réttindum þar sem þau (a) krefjist jákvæðra aðgerða ríkisins, (b) krefjist útgjalda ríkissjóðs, og (c) séu óskýr.
2. Dómstólar eigi ekki að dæma um félagsleg réttindi þar sem (a) þeir hafi ekkert lýðræðislegt umboð og (b) þrískipting ríkisvaldsins mæli fyrir um að valdið, sérstaklega fjártjörnarvaldið, skuli vera hjá lögjafanum.
3. Dómstólar séu ekki hentugar stofnanir til þess að taka ákvarðanir um félagsleg réttindi, þar sem (a) sérfræðiþekkingu skorti, (b) erfitt sé að fjalla um fjöhlíða

⁸ „SEFMR“, að frátoldum menningarlegum réttindum, sem falla utan þessarar greinar. Íslenska ríkið fullgilti samninginn árið 1979, sbr. auglysingu í C-deild Stjórnartíðinda nr. 10/1979. Einkum kemur til umfjöllunar réttur til viðunandi lífsafkomu og félagslegs öryggis og réttur til heilsu.

⁹ Sjá umfjöllun um *Hrd. 16. júní 2016 (768/2015)* (sérstakar húsalögubætur) og fleiri dóma í klapa 2.2.

¹⁰ Sjá almennt t.d. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Ritstj. Malcolm Langford, *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Ritstj. Daphne Barak-Erez og Ayeal M. Gross, *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*, Ritstj. Fons Coomans og *Judicial Protection of Economic, social, and Cultural Rights: Cases and Materials*. Ritstj. Bertrand G. Ramcharan.

¹¹ Sjá t.d. Ida Elisabeth Koch: *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-economic Demands under the European Convention on Human Rights*.

¹² Sjá t.d. Jo M. Pasqualucci: „The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System“.

¹³ Sjá ályktun allsherjarþings Sameinuðu þjóðanna frá 10. des. 2008, U.N. Doc. 63/117, A/RES/63/117, þar sem valfrjáls viðauki við SEFMR var sambykktur. Valfrjáls viðaukinn gekk í gildi 5. maí 2013 og nefndin um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hefur nú sent frá sér tvö álit um efnishlið einstakra mála (fleiri málum hefur verið vísad frá vegna formsatriða).

¹⁴ Mashhood A. Baderin og Robert McCorquodale: „The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development“, bls. 12, Dóra Guðmundsdóttir: „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárværin réttindi“, bls. 133.

¹⁵ Vísá má til samantektar í Aiofe Nolan, Bruce Porter og Malcolm Langford: „The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal“. Þar eru þessar röksemmdir ennfremur hraktar.

(e. *polycentric*) ágreiningsmál sem hafa áhrif langt umfram málsaðilana sjálfa og (c) dómstólar hafi ekki réttarfarsleg verkfæri til þess að kveða upp dómSORð sem leysi með gagnlegum hætti úr flóknum álitaefnum um félagsleg réttindi, heldur hleypi einungis þeim einstaklingum sem koma máli sínu fyrir dóm „framfyrir röðina“.

Það má raunar flokka þessar röksemmdir í tvennt: áhyggjur af *lögmaði* athafna dómstóla og af *getu* dómstóla til þess að takast á við verkefnið. Þessum röksemendum hefur verið svarað með afgerandi, en þó mismunandi, hætti í fræðaskrifum og ekki síður í dómaframkvæmd víða um heim.¹⁵ Að ýmsu leyti eru hér á ferðinni klassísk álitaefni um hlutverk ólyðræðislegra dómstóla sem standa í andstöðu við meirihlutaræði (e. *counter-marjoritarian*)¹⁶ og praktísk atriði um hvort dómstólar séu í raun og veru starfinu vaxnir. Sumir fræðimenn telja þó að raunverulegan kjarna þessara röksemda sé að finna í þeirri staðreynd að félagsleg réttindi standi í beinni andstöðu við hugmyndafræði nýfrjálshyggu og vernd þeirra geti hamlað framgangi markaðskapitalisma.¹⁷

Færð hafa verið fyrir því rök að þótt þær röksemmdir sem raktar hafa verið gegn dómhæfi félagslegra réttinda eigi ekki að leiða til þess að dómstólar hafni því að beita réttindunum, þá eigi þær áfram að koma til skoðunar þegar dómstólar meta í hverju tilviki fyrir sig hversu langt þeir skuli ganga í að endurskoða ákvarðanir lögjafans.¹⁸ Pannig eigi dómstólar t.d. að veita lögjafanum svigrúm til mats á grundvelli hins lýðræðislega umboðs, fara varlega í að endurskoða mat sérfræðinga, tryggja að upplýsingar liggi fyrir um afleiðingar dóms á sambærileg mál, og kveða upp dómSORð sem leiða til endurskoðunar reglna og verklags með það fyrir augum að réttindi séu tryggð, fremur en að dómSORð feli í sér að dómstólar taki stjórnina í einstökum málum eða málaflokkum.

Ég hef áður fjallað um dómaframkvæmd um félagsleg réttindi hér á landi fyrir árið 2009 og reynt að setja hana í samhengi við alþjóðlega umfjöllun um dómhæfi félagslegra réttinda.¹⁹ Með nokkurri einföldun má segja að Hæstiréttur

¹⁵ Sjá t.d. id., Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki komið sér undan því að taka afstöðu“, Ragnar Aðalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, International Commission of Jurists: „Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability“ og þær heimildir sem vísad er til í nmgr. 9.

¹⁶ Sjá almennt Jeremy Waldron: „The Core of the Case Against Judicial Review“.

¹⁷ Mohsen al Attar og Ciaron Murnane: „The Place of Capitalism in Pursuit of Human Rights in Globalized Relationships of States“, bls. 212. Sviþuð sjónarmið er að finna í Paul O’Connell: „The Death of Socio-Economic Rights“. Sjá hins vegar Samuel Moyn: „A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism“ sem telur að mannréttindareglur, þ.m.t. félagsleg réttindi, hafi lífið að segja um framgang nýfrjálshyggu m.a. þar eð félagsleg réttindi fjalla einkum um lágmarksréttindi en ekki efnahagslegan ójöfnuð. Sjá ennfremur Ernst-Ulrich Petersmann: „Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration“, sem telur að alþjóðavæðing markaðskapitalisma og alþjóðleg mannréttindi stefni að sama takmarki (en sjá svargrein: Philip Alston: „Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann“).

¹⁸ Matthias Klatt: „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance“ og Jeff King: *Judging Social Rights*.

¹⁹ Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“.

hafi, einkum í Öryrkjabandalagsdómunum,²⁰ tekið þá afstöðu að efnisleg réttindi felist í 1. mgr. 76. gr. stjskr. og þrát fyrir svigrum sem játa þurfi löggjafanum við útfærslu réttinda, m.a. með hliðsjón af ákvæðum 40. og 41. gr. stjskr. um fjárveitingarvaldið, þá skuli dómstólar meta (i) hvort mælt sé fyrir um fyrirkomulag félagslegra réttinda í lögum með málefnalegum hætti og (ii) hvort lágmarksréttindi einstaklinga séu uppfyllt. Umfjöllunarefni þessarar greinar er í raun hvernig þessi mælikvarði hefur birst í nýrri dómum, þ.e. hefur honum verið fylgt og hvernig hefur beiting hans (eða annarra aðferða Hæstaréttar) staðist fyrnemfnda gagnrýni á dómhæfi félagslegra réttinda.

1.3 Efnistök

Í greininni verður rakin dómaframkvæmd Hæstaréttar þar sem reynir á stjórnarskrávernd félagslegra réttinda eftir árið 2009 (kafli 2), einn héraðsdóm sem beið áfrýjunar þegar þessi grein var rituð (kafli 3) og nokkra endanlega dóma héraðsdóms (kafli 4).²¹ Æg mun leggja áherslu á að greina aðferðarfæri dómstóla við úrlausn þessara mála, kanna hvort mælikvörðum sé beitt með samræmdum hætti og hvort dómstólar svari þeim mikilvægu spurningum sem þessi dómum bera upp. Sú umfjöllun byggist að nokkru leyti á ofangreindri umfjöllun um fræðilega gagnrýni á beitingu dómstóla á félagslegum réttindum. Dómstólar þurfa að finna jafnvægi milli þess annars vegar að taka tillit til þeirra sjónarmiða sem gagnrýnin byggist á en hins vegar að veita réttindum raunhæfa og virka vernd. Í tengslum við hvern dóm fyrir sig verður bent á atriði sem ég tel mikilvæg eða gagnrýniverð. Í lok greinarinnar verður veitt yfirlit yfir alla dómana og dregnar saman ályktanir af þessari nýju dómaframkvæmd og reynt að meta stöðu félagslegra réttinda fyrir dómstólum hér á landi (kaflar 5 og 6). Þannig mun ég leitast við að svara spurningunni sem varpað er fram í titli greinarinnar.

2 Nýleg dómaframkvæmd Hæstaréttar

2.1 Nægja örorkubætur til lágmarksframfærslu? Mál Dagrúnar Jónsdóttur gegn Tryggingastofnun ríkisins og íslenska ríkinu

2.1.1 Atvik málsins, réttarfarsúrskurðir og niðurstaða Hæstaréttar

Mál Dagrúnar Jónsdóttur gegn Tryggingastofnun ríkisins og íslenska ríkinu sem lauk með Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016) laut að örorkulifeyri einstæðrar og barnlausrar konu sem metin hafði verið til hæsta örorkustigs og fékk lífeyrisgreiðslur úr almannatryggingum af þeim sökum. Árið 2012 voru mánaðarlegar brúttógreiðslur til hennar að jafnaði 202.954 krónur á mánuði. Dómsmálið

20 Hrd. 2000, bls. 4480 (Öryrkjabandalagsdómur I) og Hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002) (Öryrkjabandalagsdómur II).

21 Rétt er að taka skýrt fram að höfundur kom beint eða óbeint að rekstri hluta af þeim dómumálum sem hér er fjallað um í lögmannsstörfum sinum, nánar tiltekið Hrd. 1. desember 2016 (80/2016), Hrd. 15. október 2015 (116/2015), Hrd. 13. júní 2013 (61/2013), Hrd. 29. október 2015 (115/2015), Hrd. 17. desember 2009 (665/2008) og Hrd. Rvk. 27. febrúar 2014 (E-1759/2013).

byggði einfaldlega á því að þessi fjárhæð nægði ekki til framfærslu og því væri brotið gegn 1. mgr. 76. gr. stjskr. Aðallega gerði stefnandi kröfu um greiðslu tiltekinnar fjárhæðar, sem nam mismuni á annars vegar raunverulegum greiðslum til hennar og hins vegar neysluviðmiðum úr skýrslu sérfræðingahóps velferðaráðuneytisins.²² Til vara gerði stefnandi viðurkenningarkröfu í þremur liðum sem í grófum dráttum lutu að því að viðurkennt væri með dómi (i) að fjárhæð örorkulifeyris væri ófullnægjandi, (ii) að óheimilt hefði verið að afnema verðtryggingu örorkulifeyris og (iii) að fjárhæð örorkulifeyris skuli hækka árlega til samræmis við launaþróun.²³

Hæstiréttur kvað upp fjóra dóma í málinu. Tvívegis var kröfum stefnanda um dómkvæningu matsmanns hafnað.²⁴ Þá var fyrsta lið viðurkenningarkröfu stefnanda vísað frá dómi í Hrd. 3. febrúar 2016 (12/2016).²⁵ Málinu lauk síðan með Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016) þar sem fjákröfu stefnanda var vísað frá dómi en ríkið sýknað af öðrum lið viðurkenningarkröfunnar, er laut að afnámi verðtryggingar örorkubóta.

2.1.2 Fjárlög ofar mannréttindum

Í Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016) vísaði Hæstiréttur fjákröfunni frá dómi með vísan til 1. mgr. 24. gr. eml. Sakarefnið ætti ekki undir dómstóla heldur væri það löggjafans að taka ákvörðun um fjárhæð aðstoðar úr hendi ríkisins vegna örorku skv. 2. gr. stjskr. Vísaði Hæstiréttur til Öryrkjabandalagsdóms I og Hrd. 13. júní 2013 (61/2013) (Sara Rafalsdóttir) um að i 76. gr. stjskr. felist „að skylt sé að lögum að tryggja rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegen hátt.“ Þá rakti Hæstiréttur efni 41. og 42. gr. stjskr. um fjártjórnarvald löggjafans.²⁶ Síðan segir í dóminum:

„Skyldu sinni samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskráinnar hefur almenni löggjafinn sinnt meðal annars með setningu laga nr. 100/2007. Eins og fjákröfu áfrýjanda er háttáð er hún í reynd að leitast við að fá ákvörðun dómstóla um fjárhæð þeirrar

22 Velferðarráðuneyti: Neysluviðmið fyrir íslensk heimili. Febrúar 2011. Höfundar skýrslunnar eru Jón Þór Sturluson, Guðrý Björk Eydal og Andrés Július Ólafsson.

23 Síðastnefnda kröfuleiðnum var vísað frá dómi án kröfu í lokadómi Héraðsdóms en sí nuðurstaða var ekki kærð til Hæstaréttar.

24 Í Hrd. 2. maí 2014 (237/2014) lutu matssprungar að því hver væru eðlileg mánaðarleg útgjöld stefnanda til pess að hún geti framfleytt sér og lifað „venjulegu, mannsæmandi lífi“ en í Hrd. 23. október 2014 (659/2014) voru spurningar orðaðar þannig að leitað væri svara á því hver væru „eðlileg og hefðbundin mánaðarleg útgjöld til framfærslu stefanda“. Í báðum tilvikum taldi Hæstiréttur (einn dómarí skilaði seratkvæði í síðari dóminum) að stefnandi væri með þessum spurningum að leitast við að fá fram túlkun sérfröðs matsmanns á ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjskr., en það væri atriði sem dómarí ætti sjálfur að leggja mat á skv. 2. mgr. 60. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (eml.).

25 Sá liður laut að því að „viðurkennt verði að bætur almannatrygginga sem stefnandi fékk greiddar á timabilinu 1. janúar 2012 til 1. nóvember 2012 hafi ekki fullnægt þeim rétti sem stefnandi á til aðstoðar samkvæmt 76. gr. stjórnarskráinnar“.

26 Vísað er til þessara ákvæða í Hrd. 13. júní 2013 (61/2013) (Sara Rafalsdóttir) og Öryrkjabandalagsdómi II en ekki í Öryrkjabandalagsdómi I.

aðstoðar sem hún telur sig eiga rétt til úr hendi stefndu vegna örorku sinnar. Í kröfunni felst með öðrum orðum að dómstólum er ætlað að taka ákvörðun um mállefni, sem heyrir undir handhafa löggjafarvaldsins samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum stjórnarskráinnar [þ.e. 41. og. 42. gr. um fárstjórnarvald löggjafans], en slíkt gengur í berhögg við 2. gr. hennar. Af þeim sökum verður fjákröfum áfryjanda vísað frá héraðsdómi með vísan til 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.”

Stefnandi gat þannig ekki gert kröfum greiðslu þeirrar upphæðar sem hún taldi nauðsynlega til lágmarksframfærslu, sem Hæstiréttur tók þó fram að 1. mgr. 76. gr. tryggði. Virðist fullnægjandi, að mati Hæstaréttar, að til séu lög um almannatryggingar en Hæstiréttur endurskoðar ekki ákvarðanir löggjafans um fíarveitingar. Með því að 41. og 42. gr. stjórn. er skipað ofar 1. mgr. 76. gr. og 70. gr. stjórn. um rétt fólks til að fá úrlausn um réttindi sín er afleiðingin sú að fjárlög standa skör hærra en stjórnarskrábundin réttindi.

2.1.3 Niðurstaða Hæstaréttar um kröfugeroð – leit stefnanda að nálarauge i heystakki
Frávísun fjákröfunnar (aðalkröfu) verður að skoða í samhengi við frávísun á viðurkenningarkröfum stefnanda (varakröfu), sjá Hrd. 3. febrúar 2016 (12/2016). Þar krafðist stefnandi í rauð viðurkenningar á því að fjárhæð örorkubóta væri ófullnægjandi. Hæstiréttur taldi að sú krafa væri ekki „ákveðin“ í skilningi 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála (eml.), þar sem stefnandi hefði ekki skilgreint nákvæmlega hvaða réttindi hún teldi sig eiga og dómur um kröfugeroðina hefði ekki bundið enda á deilu aðila.

Niðurstaðan er því að hvorki er hægt að gera fjákröfum né viðurkenningarkröfum, telji öryrki að fjárhæð bóta sé ófullnægjandi gagnvart réttindum þeim sem 1. mgr. 76. gr. stjórn. er ætlað að tryggja. Viðurkenningarkrafan skilgreinir ekki nægilega hvaða réttindi stefnandi telur sig eiga en fjákrrafan skilgreinir umrædd réttindi of nákvæmlega. Öryrkinn stendur því eftir án nokkurs úrræðis til þess að fá afstöðu dómstóla til þess hvort löggjafinn hafi virt stjórnarskrábundin réttindi hennar. Þvert á viðtekna framkvæmd og kenningar í stjórnskipunarrétti endurskoða dómstólar ekki stjórnskipulegt gildi laga um þetta atriði og öryrkjar njóta ekki aðgangs að dómstólum, sbr. 70. gr. stjórn., 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994 (MSE) og til hliðsjónar 13. gr. MSE um rétt til raunhæfs úrræðis til þess að láta reyna á réttindi sín.

Eini kröfuliðurinn sem slapp í gegnum nálarauge Hæstaréttar var viðurkenningarkrafa um að óheimilt hafi verið af afnema verðtryggingu örorkulífeyrir. Um þann lið segir Hæstiréttur að stefnandi hafi afmarkað nægjanlega hvaða réttinda hún telji sig njóta á grundvelli 76. gr. stjórn. og niðurstaða um kröfuna myndi ráða ágreiningi aðila til lykta og því sé áskilnaði d-liðar 1. mgr. 80. gr. eml. fullnægt. Hæstiréttur virðist þannig einungis fjalla efnislega um viðurkenningarkröfur sem lúta að stjórnskipulegu gildi lagaákvæða sem skerða örorkulífeyrir miðað við það sem áður gilti eða það sem annar hópur lífeyrisþega nýtur. Hér kann að skipta máli að málsástæður stefnanda til stuðnings þessari kröfum

byggðust, auk 76. gr. stjórn., á jafnræðisreglu og eignarréttindum. Hæstiréttur er þannig hugsanlega móttækilegri fyrir málatilbúnaði þar sem úrlausn málsins byggist ekki einungis á 76. gr.

Frávísun á bæði fjákröfum og viðurkenningarkröfum stefnanda varðandi fjárhæð örorkulífeyrir *per se* felur í sér mikilvæg skilaboð frá Hæstaréttu þess efnis að dómstólar séu rangur vettvangur fyrir tilraunir til úrbóta á grundvallaratriðum í félagslega kerfinu.

Ég tel að dómstólum hefði verið rétt að fjalla efnislega um fjárhæð örorkulífeyrir og slíkt hefði verið unnt án þess að fara á svig við þrískiptingu ríkisvalds, sbr. 2. gr. stjórn. Heppilegasta leiðin til þess að fjalla um málið hefði verið á grundvelli viðurkenningarkröfum. Kostur slíkrar kröfum, líkt og þeirrar sem fallist var að í *Öryrkjabandalagsdómi I*, Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000)²⁷ er að gagnrýni byggð á því að dómstólar gangi inn á svið löggjafans á mun minni rétt á sér. Einn af styrkleikum *Öryrkjabandalagsdómsins* var einmitt að hann lagði ekki strangar línum fyrir löggjafann um hvernig ætti að bregðast við. Dómstóllinn sagði „þetta er ekki nóg Gott, reynið aftur“ án þess að taka beina afstöðu til þess hvernig ætti að bregðast við.²⁸ Slík nálgun er t.d. í samræmi við þá stefnu sem stjórnlagadómstólar Þýskalands²⁹ og Suður-Afríku³⁰ leitast við að fylgja, þó með ólíkum hætti, og er í samræmi við fræðikenningar um kosti svokallaðs veiks (e. weak-form) endurskoðunarvalds dómstóla, sérstaklega í tengslum við félagsleg réttindi. Lykilatriðið í þeirri umfjöllun er að með veiku endurskoðunarvaldi eigi dómstólar ekki síðasta orðið heldur sé endurskoðunarvaldi hluti af stjórnskipulegri samræðu löggjafar- og dómsvalds þar sem helstu kostir hinna mismunandi arma ríkisvaldsins geta notið sín.³¹

Gagnrýni mína varðandi frávísun viðurkenningarkröfunnar má setja fram með tvennum hætti: *Í fyrsta lagi* hygg ég að engin nauðsyn hafi verið á því að vísa viðurkenningarkröfum Dagrúnar Jónsdóttur frá dómi. Orðalagið „ákveðin“ kröfugeroð í 80. gr. eml. má hæglega túlka með öðrum hætti en Hæstiréttur gerði án þess að með því væri vegið að undirstöðum stjórnskipunarinnar. Benda má að hingað til hefur Hæstiréttur ekki viljað taka afstöðu til þess nákvæmlega hvert sé inntak réttinda sem löggjafanum eða stjórnvöldum hefur verið falið að ákvarða og hugmyndin um að kröfugeroð (og því dómsorð) verði að mæla fyrir um ná-

27 Viðeigandi hluti dómorsöns hljóðar svo: „viðurkennt [er], að óheimilt hafi verið að skerða tekjurtryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap frá 1. janúar 1999 samkvæmt 5. mgr. 17. gr. laga nr. 117/1993, sbr. 1. gr. laga nr. 149/1998.“

28 Hér er ég ekki að fjalla um bréfaskipti stjórnvalda við forseta Hæstaréttar í kjölfar dómsins. Þau voru óheppileg þegar af þeirri ástæðu að gagnaðili ríkisins í dómsmálinu kom hvergi næri. Sjá almennt „Bréfaskipti forseta Alþingis og Hæstaréttar,“ *Morgunblaðið*, 24. janúar 2001.

29 Sjá almennt Matthias Klatt: „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance“ og umfjöllun mína síðar í greininni.

30 Sjá almennt Katherine G. Young: *Constituting Economic and Social Rights*, Sandra Liebenberg: *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution* og Ragnar Ádalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“

31 Mark Tushnet: *Weak Courts, Strong Rights*, bls. 227 og áfram. Stutta almenna umfjöllun um muninn á veiku og sterku endurskoðunarvaldi dómstóla má finna í Kári Hólmarr Ragnarsson: „Lögréttur og lagaráð“.

kvæmt inntak réttinda er því ekki endilega í samræmi við fyrri framkvæmd á þessu sviði.³² Frávísun fjárkröfunnar í máli Dagrúnar Jónsdóttir er kannski einmitt besta sönnunargagnið um þá afstöðu. Ég dreg sem sagt í efa að orðið „ákveðin“ sé jafn ákveðið og Hæstiréttur virðist gagna útfrá.³³ Í öðru lagi, og óháð kröfugerðinni í þessu tiltekna máli, tel ég að gagnlegt gæti verið að gera stefnubreytingu þannig að nálarauga Hæstaréttar hvað varðar viðurkenningarkröfur um mannréttindi sé víkkað. Slíka stefnubreytingu mætti gera annað hvort með breyttri túlkun dómsstóla eða – þar sem slikt virðist vægast sagt ólíkleg miðað við nýjustu dóma – með breytingu á eml.³⁴

Jákvæðasta leiðin til þess að skilja dóma Hæstaréttar í máli Dagrúnar Jónsdóttur, þ.e. sú leið sem heldur flestum möguleikum opnum varðandi síðari dómsmál um félagsleg réttindi er líklega þessi: Hæstiréttur taldi sér óheimilt að skera úr um það með því sem næst endanlegum hætti í sjálfu dómsorðinu hver lágmarksfjárhæð örorkubóta væri. Fyrir þeirri afstöðu eru raunar gild rök en forsendur Hæstaréttar virðast gagna miklu lengra og færa álitaefni um fjárhæð bóta alfarið undan valdsviði dómsstóla. Á hinn bóginn taldi Hæstiréttur viðurkenningarkröfuna um að örorkubætur væru of lágar of opna í annan endann. Réttafarslega leiðin sem Hæstiréttur heldur opinni er því að gera viðurkenningarkröfur sem miðað að endanlegri niðurstöðu og viðurkenningarkrafan um afnám verðtryggingar örorkulifeyris fél að því er virðist innan þess ramma. Hæstiréttur lokaði því t.d. ekki (ennþá?) fyrir kröfur um að viðurkennt sé að skerðing eða lækkun bóta frá því sem fyrir er sé óheimil.

2.1.4 Um verðtryggingu örorkulifeyris – lakari vernd en skv. MSE?

Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna efnisniðurstöðu héraðsdóms um að hafna varakröfu stefnanda um viðurkenningu á því að óheimilt hafi verið að ákvarða bætur stefnanda án þess að fara eftir 69. gr. laga nr. 100/2007 um almannatryggingar, sem kveður á um að við ákvörðun bóta skuli taka mið af launaþróun, þó þannig að bætur hækki aldrei minna en verðlag samkvæmt vísitölu neysluverðs. Þessi hluti málsins fjallaði um skerðingar á lífeyrisgreiðslum sem innleiddar voru eftir hrunið 2008, þar sem verðtrygging lífeyrisréttinda skv. nefndri 69. gr. var afnumin með setningu bráðabirgðaákvæða. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms um að málefnaleg sjónarmið um fjárskort ríkisins hafi búið að baki þessum breytingum, stefnandi gæti ekki haft væntingar um að

32 Hvað varðar löggjafann sjá Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000) (*Öryrkjabandalagsdómur I*), hvað varðar stjórnvöld sjá Hrd. 10. mars 2016 (436/2015) (styrkur til bifreiðakaupa).

33 Hér er freistandi að visa til amerísku raunseisstefnunrar í lögfræði, t.d. Felix Cohen: „Transcendental Nonsense and the Functional Approach“, bls. 820 („in every field of law we should find the same habit of ignoring practical questions of value or of positive fact and taking refuge in „legal problems“ which can always be answered by manipulating legal concepts in certain approved ways.“ Cohen kallar lögfræðileg hugtök galdralausnir (e. *magic „solving words“*)).

34 Auðvelt er að finna dæmi frá öðrum löndum þar sem dómsstólar hafa túlkað réttarfarsreglur með örliðið rýmkandi hætti til þess að takast betur á við hlutverk sitt á svíði félagslegra réttinda, sbr. t.d. umfjöllun í Alicia Ely Yamin og Fiona Lander: „Implementing a Circle of Accountability: A Proposed Framework for Judiciaries and Other Actors in Enforcing Health-Related Rights“.

fyrirkomulagið stæði óbreytt án tillits til efnahagslegra aðstæðna og 76. gr. stjskr. tryggði ekki hækjun bóta í samræmi við launaþróun eða verðlag.³⁵

Hvað varðar hin málefnalegu sjónarmið sem bjuggu að baki lagasetningunni byggðu dómsstólar alfarið á ummælum í lögskýringargögnum en virðast ekki hafa lagt sjálfstætt mat á þessi sjónarmið. Þessa nálgun má bera saman við umfjöllun nefndar SP um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi um það sem nefna má *prima facie* bann við vísvitandi aðgerðum sem fela í sér afturför á svíði félagslegra réttinda (e. *deliberately retrogressive measures*).³⁶ Nefndin játar ríkjum svigrum m.a. til þess að bregðast við efnahagsþrengingum, en gerir vissar kröfur til þess að skerðingar verði að vera raunverulega nauðsynlegar, gangi ekki lengra en nauðsynlegt er, viðkvæmum hópum (t.d. þeim sem hafa allra lægstar tekjur) sé hlíft o.s.frv. Sönnunarbyrði um þessi atriði fellur á ríkið að verulegu leyti. Það er augljóst að íslenskir dómsstólar framkvæmu ekkert mat af þessu tagi heldur byggðu einfaldlega á fullyrðingum ríkisvaldsins. Hér verður ekki tekin nánari afstaða til þess hver niðurstaða úr raunverulegu mati hefði getað orðið en þó bent á að þegar verðtrygging bóta var fyrst tekin úr sambandi í lok árs 2008 kom fram í framsöguræðu forsetisráðherra að vonir stæðu til að þessar aðgerðir yrðu endurskoðaðar að ári.³⁷ Þótt málefnaleg sjónarmið kunni að hafa staðið til lagabreytinga árið 2008 vegna efnahagshrunsins, sem ætlað var að gilda tímabundið, er ekki þar með sagt að sömu aðstæður séu réttlætanlegar mörgum árum síðar.³⁸

Stefnandi taldi einnig að þessi breyting færí á bága við eignarréttarákvæði 72. gr. stjskr. Um það sagði í dómi héraðsdóms:

„Með ákvæðinu [þ.e. 69. gr. laga um almannatryggingar um verðtryggingu bóta] stofnaðist því ekki eignarréttur hennar sem verndaður er af 72. gr. stjórnarskráinnar, enda er þar kveðið á um rétt til greiðslna úr ríkissjóði sem stofnað hefur verið til með einhliða ákvörðun löggjafans en ekki sérgreindra framlaga þeirra sem njóta slíks réttar.“

35 Hér má til hlíðsjónar benda á: Stjórnlagadómstóll Ítalíu taldi lagabreytingar frá 2011, sem fólust í því að í tvö ár skyldu lífeyrisfjárhæðir yfir ákveðinni upphæð ekki taka vísitölubreytingum, brjóta í bága við á stjórnarskráákvæði um félagsleg réttindi (dómur í máli 70-2015, ensk þýðing aðgengileg á http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S70_2015_en.pdf). Árið 2005 komust dómsstólar í Argentínu að þeirri niðurstöðu að stjórnarskrá landsins, sbr. alþjóðlegar mannréttindareglur, gerði þá kröfum að fjárhæðir lífeyrisgreiðslna skyldu uppfærðar miðað við launaþróun, sjá Christian Courtis: „Argentina, Some Promising Signs“, bls. 170. Nefnd SP um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hefur einnig lýst yfir áhyggjum þegar fjárhæðir bóta fylgia ekki vísitólum, m.a. gagnvart Litháen, Makedóniu og Kazakhstan. Ben Saul, David Kinley, og Jacqueline Mowbray: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Commentary, Cases, and Materials*, bls. 705.

36 Ítarlega umfjöllun um þennan mælikvarða er að finna í Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“, bls. 552 og áfram. Sjá einnig Aðalheiður Ámundadóttir og Rachael Lorna Johnstone: *Mannréttindi í þrengingum* og Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani og Christian Courtis: „Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of regression in economic and social rights“.

37 GHH, 16. desember 2008, ræða hófst kl. 15:30.

38 Sjá einnig Aðalheiður Ámundadóttir og Rachael Lorna Johnstone: *Mannréttindi í þrengingum*, bls. 41.

Hér virðist héraðsdómur gera það skilyrði fyrir eignarréttarvernd að stofnað hafi verið til réttinda með sérgreindum framlögum lífeyrisþega. Þessi nálgum myndi t.d. væntanlega leiða til þess að réttindi í lífeyrissjóðum njóti verndar, en réttindi í almannatryggingum (jafnvel þótt réttindi séu orðin virk) njóti ekki verndar þar sem þau byggjast ekki á sérgreindum framlögum lífeyrisþega heldur eru fjármögnuð með skattlagningu.

Ég fæ ekki betur séð en að þessi túlkun héraðsdóms á 72. gr. stjskr., sem Hæstiréttur staðfesti, sé í beinni andstöðu við túlkun mannréttindadómstóls Evrópu á eignarréttarákvæði 1. gr. fyrsta samningsviðauka MSE. Frá árinu 2005 hefur dómstóllinn beinlinis hafnað því að sú aðgreining sem íslenskir dómstólar byggðu á ráði úrslitum um það hvort eignarréttarákvæðið eigi við.³⁹ Réttindi í lífeyriskerfum sem ekki byggjast á sérgreindum framlögum lífeyrisþega geta því notið verndar 1. gr. fyrsta samningsviðauka.⁴⁰ Samkvæmt Hæstarétti virðist stjórnarskráin veita lakari vernd.

2.1.5 Lokaorð um dóminn

Mál Dagrúnar Jónsdóttur (sem naut stuðnings Öryrkjabandalags Íslands) er líklega stærsta dómsmál um félagsleg réttindi síðan Öryrkjabandalagsmálin voru dæmd. Meginálitaefnið virtist einfalt: nýtur kona sem fær um 200 þús. kr. bótagreiðslur á mánuði lágmarksframfærslu þeirrar sem stjórnarskráin tryggir? Hæstiréttur neitaði hins vegar að svara þessari spurningu. Dómurinn bendir sterkelega í þá átt að Hæstiréttur ætti sér ekki að dæma um félagsleg réttindi nema í algjörum þróngum undantekningartilvikum. Sú kröfugerð sem Hæstiréttur hefur, að því er virðist, ákveðið að heimila takmarkast að mestu við nei-kvæðar skyldur ríkisins, skerðingar frá áðurgildandi lögbundnum réttindum og/eða brot á jafnraði. Öll þessi atriði væri auðveldlega hægt að fjalla um á grundvelli eignarréttarákvæðis 72. gr. (að vísu ekki með þeirri þróngu túlkun sem Hæstiréttur beitir, en mannréttindadómstóll Evrópu fjallar oft um slík mál⁴¹) og 65. gr. stjskr. og 1.mgr. 76. gr. virðist því ekki gegna sjálfstæðu hlutverki. Að því marki sem efnisleg úrlausn fékkst í málinu veldur dómurinn einnig miklum vonbrigðum, m.a. þar sem fullyrðingar ríkisins um nauðsyn á skerðingum vegna fjárskorts sættu ekki endurskoðun þótt mörg ár hafi liðið og túlkun dómstóla á eignarréttarákvæði 72. gr. stjskr. var mun þengri en túlkun mannréttindadómstóls Evrópu á eignarréttindum. Í stuttu málí er varla hægt að ímynda sér hvernig dómur Hæstaréttar hefði getað lýst neikvæðari afstöðu gagnvart vernd félagslegra réttinda.

39 MDE: *Stec o.fl. gagn Bretlandi*, 6. júlí 2005 (65731/01 og 65900/01), ákvörðun yfirdeildar um að taka málið til meðferðar. Í dóminum var horfið frá fyrri aðgreiningu milli þess sem kallað er annars vegar *contributory* og hins vegar *non-contributory* bótaflokkar. Nýjasta dæmið um hina rúmu túlkun á eignarréttarákvæði MSE er MDE: *Belane Nagy gagn Ungverjalandi*, 13. des. 2016 (53080/13) (dómur yfirdeildar).

40 Sjá ítarlega umfjöllun (og raunar gagnrýni á þessa rúmu túlkun) í Ingrid Leijten: „From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights“.

41 Sjá t.d. fyrrnefnda dóma í málum MDE: *Stec o.fl. gagn Bretlandi* og *Belane Nagy gagn Ungverjalandi*.

2.2 Á fólk með fötlun rétt á því að búa á eigin heimili?

Næst verður fjallað um two nýja dóma þar sem einstaklingar sem búa við fötlun gerðu kröfur á hendur Reykjavíkurborg um að fá að ráða búsetu sinni, þrátt fyrir að þurfa sólarhringsaðstoð. Kröfunum var hafnað í báðum tilvikum.

Hrd. 15. október 2015 (116/2015) (Benedikt Hákon Bjarnason gagn Reykjavíkurborg) Stefnandi, sem bjó við alvarlega fötlun, taldi sig eiga tilkall til sólarhringsaðstoðar á heimili sínu á grundvelli 76. gr. stjskr. og 42. gr. laga nr. 40/1991 um félagsþjónustu sveitarfélaga.⁴² Hæstiréttur benti á að Reykjavíkurborg hefði ekki með rökstuddum hætti andmælt því að slíkrar aðstoðar kynni að vera þörf, en hefði bent á að stefnandinn hefði valið sér að búa á eigin heimili og við þær aðstæður væri ekki unnt að verða við þessari kröfu hans. Honum stæði á hinn bóginn til boða svonefnt sértaekt búsetuúrræði, sem áður hefði verið nefnt sambýli.

Í dómi Hæstaréttar segir m.a. að á Reykjavíkurborg hvíli „sú skylda að tryggja áfrýjanda aðstoð sem hann á rétt til vegna fötlunar sinnar, sbr. 76. gr. stjórnarskráinnar“. Þrátt fyrir þessa tiltölulega skýru yfirlýsingu um efnislegar skyldur stjórnvaldsins leysti Hæstiréttur úr málinu án þess að fjalla um hvort sú þjónusta sem stefnanda bauðst væri í samræmi við þær efnislegu lagaskyldur sem rétturinn tók þó fram að hvíldu á sveitarféluginu.⁴³ Þess í stað fjallaði Hæstiréttur einungis um málsástæður stefnanda sem lutu að málsmeðferð og æthluðum brotum á reglum stjórnsýsluréttar en taldi þær ekki eiga rétt á sér og sýknaði.

Dómurinn er fordæmi um að skyldur skv. 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár hvíla með beinum hætti á sveitarfélögum. Reykjavíkurborg hafði lagt mikið upp úr því við meðferð málsins að sjálfstjórnarréttur sveitarfélaga skv. 78. gr. stjórnarskrár leiddi til þess borgin réði sjálf hvernig hún „forgangraði útgjöldum sínum í samræmi við lagaskyldur og pólitískt mat hverju sinni“. Skilja verður dóm Hæstaréttar þannig að 78. gr. gangi ekki framar 76. gr. stjórnarskrár og dómstólum beri því að meta hvort sveitarfélög hafi fullnægt stjórnskipulegum skyldum sínum en að öðru leyti verða litlar ályktanir dregnar af dóminum um efnisrétt.

Hrd. 1. desember 2016 (80/2016) (Salbjörg Ósk Atladóttir gagn Reykjavíkurborg) Stefnandi málsins var ung kona með verulega skerðingu á flestum sviðum vegna fötlunar. Ágreiningslaust var að hún þurfti aðstoð eins til tveggja starfsmanna allan sólarhringinn. Reykjavíkurborg, sem bar ábyrgð á þjónustu við stefnanda, skv. lögum nr. 59/1992 um málefni fatlaðs fólks, veitti þjónustu með þeim hætti að aðra hverja viku bjó stefnandi í skammtímavistunarúrræði fyrir fötluð börm

42 Ákvæðið hljóðar svo: „Félagsmálanefnd skal vinna að því að fötluðu fólk, hvort sem heldur er af líkamlegum eða andlegum ástæðum, séu tryggð sambærileg lífskjör og jafnrettátt á við aðra þjóðfélagsþeigna. Jafnframt skulu fötluðu fólk sköpuð skilyrði til að lifa sem eðlilegustu lífi miðað við getu hvers og eins.“

43 Héraðsdómari fjallaði afar stuttlega um efnishlið málsins og taldi að þjónusta Reykjavíkurborgar fullnæggi kröfum laga um málefni fatlaðra og lagareglur veiti fötluðum réttindi sem fullnæggi kröfum 1. mgr. 76. gr.

(Árland). Hina vikuna bjó hún í sjálfstæðri búsetu í sinni eigin íbúð sem var í sama húsi og foreldrar hennar búa í og naut aðstoðar starfsmanna sem hún réð á grundvelli beingreiðslusamnings við stefnda. Stefnandi krafðist ógildingar á ákvörðun Reykjavíkurborgar um að synja henni um beingreiðslusamning sem gerði henni kleift að fá fulla þjónustu vegna fötlunar á eigin heimili. Vísindi stefnandi m.a. til 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár og 71. gr. um friðhelgi einkalífs (einkum þar sem vistun á fullorðinni konu á stofnun fyrir börn sé brot á þeim rétti), lagaákvæða um málefni fatlaðs fólks, reglugerðar um þjónustu við fatlað fólk á heimili sínu og ákvæði alþjóðasamninga, einkum samningsins um réttindi fatlaðs fólks.⁴⁴ Í þeim samningi eru m.a. ákvæði um rétt fatlaðs fólks til að taka þátt í samfélaginu til jafns við aðra og velja sér búsetustað og um virðingu fyrir einkalifi fatlaðs fólks.⁴⁵

Hæstiréttur hafnaði málatilbúnaði konunnar. Í dóminum kom m.a. fram að af 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár leiði „meðal annars að fötluðum skuli í lögum tryggður réttur til aðstoðar“. Hæstiréttur rakti síðan helstu lagaákvæði á þessu svíði svo og reglur Reykjavíkurborgar um félagslega heimaþjónustu og beingreiðslusamninga við fatlað fólk. Hin efnislega niðurstaða Hæstaréttar er svohljóðandi:

„Ákvörðun stefnda sem krafist er ógildingar á felur í sér synjun á því að veita áfrýjanda þjónustu umfram það sem reglur stefnda um beingreiðslusamninga mæla fyrir um. Ákvæði laga nr. 40/1991 og nr. 59/1992, sem rakin hafa verið, leggja ekki ríkari skyldur á stefnda um að veita áfrýjanda þjónustu, en fram koma í reglum stefnda sem raktar hafa verið. Markmiðslýsingar í 2. gr. reglugerðar nr. 1054/2010 og tilvitnað ákvæði a. liðar 19. gr. samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks, sem ekki hefur verið lögfestur hér á landi, geta ekki aukið þær skyldur um þjónustu við fatlað fólk sem á stefnda eru lagðar samkvæmt lögum. Verður því hafnað kröfu áfrýjanda sem reist er á því að ákvörðunin 24. febrúar 2014 sé haldin slikum efnisanmörkum að það eigi að leiða til ógildingar hennar. Þá verður ekki fallist á að sú skipan sem er á húsnaðismálum áfrýjanda fari í bága við 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárinna.“

⁴⁴ Samningurinn var fullgiltur skömmu áður en dómur Hæstaréttar í málinu fél, sjá *Pingsályktun um fullgildingu samnings Sameinuðu þjóðanna um réttindi fatlaðs fólks*, nr. 61/145, þskj. 1693, 145. lögþ. 2015–2016 og er íslensk þýðing hans aðgengileg á vef innanríkisráðuneytisins: <https://www.innanrikisraduneyti.is/media/frettir-2013/CRPD-islensk-thyding---lokaskjal.pdf>

⁴⁵ Sjá einkum 19. gr. samningsins: „Að lífa sjálfstæðu lífi og án aðgreiningar í samfélaginu. Aðildarríkin viðurkenna jafnán rétt alls fatlaðs fólks til að lífa í samfélaginu og með sömu valkost og aðrir og skulu gera árangursríkar og viðeigandi ráðstafanir til þess greiða fyrir þessum rétti fatlaðs fólks og til fullrar þátttökum þess í samfélaginu án aðgreiningar, meðal annars með því að tryggja:

- a) að fatlað fólk hafi tækifæri til þess að velja sér búsetustað og hvar og með hverjum það býr, til jafns við aðra, og að því sé ekki gert að eiga heima þar sem tiltekið búsetuform ríkir,
- b) að fatlað fólk hafi aðgang að margi konar félagsþjónustu, s.s. aðstoð inni á heimili og í búsetuárbóum og öðrum stuðningi til samfélagsþátttökum, meðal annars persónulegan stuðning sem er nauðsynlegur til að geta lífð í samfélaginu án aðgreiningar og til að koma í veg fyrir einangrun þess og aðskilnað frá samfélaginu,
- c) að þjónusta á vegum samfélagsins og aðstaða fyrir almenning standi fötluð fólk til boða til jafns við aðra og mæti þörfum þeirra.“

Hvað sem líður hinni endanlegu niðurstöðu málsins gefa forsendur Hæstaréttar tilefni til umfjöllunar.⁴⁶ Ekkert er vikið að því hvort sett lög og reglur tryggi í raun þau efnislegu réttindi sem 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárvæðið hafi ekki annað hlutverk en að mæla fyrir um að löggjafinn skuli setja lög um þennan málauflokk – ákvæðið feli einungis í sér stefnumið en ekki dómhæf réttindi. Slik afstaða væri í beinu ósamræmi við fordæmi⁴⁷ en á sér ákveðinn samhljóm í *Hrd. 9. febrúar 2017* (223/2016), sjá kafla 2.1.

Umfjöllun Hæstaréttar um 1. mgr. 71. gr. stjórnarskrárvæðið er án rökstuðnings (og gæti rúmast í einu „tísti“ – eða jafnvel í orðinu „nei“). Stefnandi fær engin svör við því hvers vegna *de facto* þvinguð vistun á stofnun fyrir börn er ekki brot á friðhelgi einkalífs og heimilis og ekki einu sinni svör við því hvernig Hæstiréttur komst að þeirri niðurstöðu.⁴⁸

Víkur þá að fullyrðingu Hæstaréttar um að ákvæði samningsins um réttindi fatlaðs fólks „geti ekki“ aukið á skyldur stjórnvalda umfram það sem fram kemur í lögum. Ekki fæst séð að stefnandi hafi haldið slíkri málsástæðu fram. Stefnandi byggði í *fyrsta lagi* á því að samningurinn um réttindi fatlaðs fólks ætti að hafa áhrif á túlkun stjórnarskráar, og stjórnarskráin gæti vissulega aukið á skyldur ríkisvaldsins umfram það sem segir í nágildandi lögum og reglum. Í *öðru lagi* byggði stefnandi á því að samningurinn ætti að hafa áhrif á túlkun og framkvæmd laga og reglna, svo sem skýrt er kveðið á um í 2. mgr. 1. gr. laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðs fólks. Hæstiréttur svarar ekki þessum málsástæðum, heldur einungis þeim strámanni sem áður er lýst. Ber að skilja dóminn þannig að mannréttindasáttmálar geti ekki lengur haft áhrif á túlkun stjórnarskráar og laga, jafnvel þótt Hæstiréttur hafi nýlega staðfest þá meginreglu um túlkun laga?⁴⁹ Var vandamálið að samningurinn hafði ekki verið lögfestur?⁵⁰ Er virkilega þýðingarlaust að í lögum um málefni fatlaðs fólks sé sérstaklega nefnt að við framkvæmd þeirra laga skuli tekið mið af þessum samningi? Svör við þessum spurningum finnast ekki í forsendum Hæstaréttardómsins.

Í forsendunum er heldur ekki minnst á einstaklingsbundnar aðstæður stefnandans. Afstaða sérfraeðinga sem höfðu komið að málinu, jafnvel starfsmanna Reykjavíkurborgar, var sú að gildandi fyrirkomulag væri óheppilegt, jafnvel

⁴⁶ Mín umfjöllun mun einskorðast við stjórnskipuleg álitaefni fremur en álitaefni um túlkun þeirra laga og stjórnvaldsfyrirmaða sem reyndi á í málinu.

⁴⁷ Bæði Öryrkjabandalagsdómania (meiri- og minnihlutaatkvæði) og nýrrí dóma sem fjallað er um í þessari grein.

⁴⁸ Hér kemur til skoðunar hvort hluti af réttlátri málsmeðferð sé réttur til rökstuðnings dómsniðurstöðu, sjá Ragnar Áðalsteinsson: „The Right to Adequate Judicial Reasoning“.

⁴⁹ Í *Hrd. 9. júní 2016* (86/2016) kemur fram: „Þótt [alþjóðasamningur um stöðu flottamanna] hafi ekki lagagildi hér á landi er unnt við ákvörðun refsingar að tak til til hans í ljósí þeirrar meginreglu íslensks réttar að leitast skuli við að skýra lög til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar ríkisins.“

⁵⁰ Í Ragnhildur Helgadóttir: „Nonproblematic Judicial Review: A Case Study“, bls. 537 kemur fram að höfundur telji það meðal einkenna endurskoðunarvalds dómsstóla á stjórnskipulegu gildi laga hér á landi að oft sé vísað til alþjóðasamninga samhlíða stjórnarskrárvæðum.

⁵¹ Slik ályktun virðist vera fyrstu viðbrögð forystu Öryrkjabandalags Íslands við dóminum. „Tryggja þarf rétt fatlaðs fólks tafarlaust“, www.ruv.is (2. des. 2016).

skaðlegt heilsu stefnanda. Stefna Reykjavíkurborgar var ennfremur að horfa frá stofnanavæðingu í þjónustu við fólk með fötlun og í átt að þjónustu á eigin heimili.⁵¹ Því var ekki um það að ræða að dómstóla skorti sérfræðipekkingu til þess að fjalla um útfærslu á þjónustu.⁵² Frekar virðist málid vera dæmi um tregðu í kerfinu. Ein sterkasta röksemdin fyrir því að dómstólar eigi að dæma um félagsleg réttindi er að dómstólar geti brugðist við tregðu (e. *inertia*) sem ríkir hjá öðrum örnum ríkisvaldsins, án þess að sú tregða byggist beinlinis á skorti á fjármunum eða djúpstæðri pólitískri afstöðu.⁵³ Meðal annars getur verið um að ræða tregðu í samskiptum löggjafans og framkvæmdarvaldsins, þar sem tafir og tregða í reglusetningu annars vegar og eftirfylgni og framkvæmd hins végar kemur í veg fyrir að hlutirnir breytist til batnaðar. Líta má á mál Salbjargar sem dæmi um slíkt: Reglur eru ekki endurskoðaðar og framkvæmdin breytist ekki, þrátt fyrir að sérfræðingar, pólitískir fulltrúar og einstaklingurinn sem um ræðir kalli eftir því og tregðan réttlætist hvorki af skorti á fjármunum né pólitískri afstöðu.

Það er erfitt að átta sig á því hvort Hæstiréttur taldi málid auðvelt úrlausnar eða erfitt.⁵⁴ Ýmsar málsástæður sem haldið var fram gáfu til kynna að málid væri erfitt úrlausnar. Stefnandi byggði t.d. á því að þjónustan sem hún gerði kröfum væri ekki kostnaðarsamari fyrir Reykjavíkurborg, samanborið við gildandi fyrirkomulag. Borgin félst reyndar ekki alfarið á þessa lýsingu, en taldi þar að auki að ef fallist yrði á kröfur Salbjargar hefði það viðtækari áhrif, þ.e. ef Salbjörg býr á eigin heimili losni pláss hennar á Árlandi. Það barn sem er efst á biðlistanum á Árlandi geti því nýtt plássið. Af þessu leiði að útgjöld borgarinnar hækki þar sem borgin þurfi nú að greiða bæði fyrir dvöl Salbjargar á eigin heimili og fyrir notkun á plássinu á Árlandi. Þessa afstöðu má reyndar auðveldlega gagnrýna: Í fyrsta lagi hefði dómsorð alls ekki fjallað um hvernig plássið á Árlandi væri nýtt í framtíðinni, ekki einu sinni með óbeinum hætti. Borgin hefði getað ákvæðið að hætta að nýta plássið (og spara þar með fjármuni) eða endurskipuleggja þjónustuna með öðrum hætti. Í öðru lagi standast rök borgarinnar trauðla kröfur um mannréttindi barna með fötlun. Sú staðreynnd að biðlisti er eftir plássum á Árlandi gefur til kynna að börn fái ekki viðeigandi þjónustu. Það er jákvæð þróun, ekki neikvæð, ef pláss sem fullorðin manneskja hefur nýtt á Árlandi losnar og biðlisti styttilt.

Agreiningur aðila um fjármuni og nýtingu þeirra var þannig nokkuð flókinn. Spurningar á borð við þessar vöknudu: Skiptir kostnaður yfir höfuð mál gagnvart mannréttindum? Skiptir mál gagnvart stjórnarskrá hvort úrræðið er dýrar? Hver ber sönnunarbyrðina? Skiptir mál gagnvart stjórnarskrá hvort úr-

51 Eftir dóminn sagði formaður velferðarráðs Reykjavíkurborgar beinlinis að dómurinn væri í andstöðu við stefnu borgarinnar. „Dómurinn ekki í takt við stefnu borgarinnar“. www.ruv.is (5. des. 2016).

52 Sjá um slík sjónarmið t.d. Jeff King: *Judging Social Rights*, bls. 211-249.

53 Rosalind Dixon: „Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited“.

54 Ronald Dworkin skilgreindir „erfið mál“ þannig að niðurstaðan yrði ekki skýrlega leidd af settum lagaákvæðum eða fordæmum. Ronald Dworkin: „Hard Cases“, bls. 1057.

lausn málsins hefur áhrif útfyrir ágreining málsaðilanna sjálfra, þ.e. hvort málid sé það sem nefna má fjöhlíða (e. *polycentric*)?⁵⁵ Dómsmálið varð einungis auðvelt úrlausnar með því að ákveða að takast einfaldlega ekki á við þessar spurningar.

Hvert er mikilvægi dómsins í mál Salbjargar? Tíminn verður auðvitað að leiða það í ljós. Á þessum tímapunkti virðist mögulegt að túlka dóminn í tvær áttir: *Annars vegar* kann að vera að Hæstiréttur (fimm dómamar) sé hér að marka nýja stefnu gagnvart 1. mgr. 76. gr. stjskr. Dómstóllinn ætti sér ekki lengur að meta hvort lög og reglur tryggi í reynd þau efniréttindi (þ.e. lágmarksréttindi og málefnalegt fyrirkomulag) sem ákvæðið hefur verið talið tryggja, né heldur að kanna hin raunverulegu áhrif á einstaklinginn, heldur aðeins að kanna hvort lög og reglur hafi verið settar og hvort þeim hafi verið fylgt.⁵⁶ Þá ætti dómstóllinn að draga úr vægi mannréttindasamninga við úrlausn slíkra mála, þar sem þeir geti ekki haft áhrif á niðurstöðuna. Á *hinn bóginn* kann að vera rétt að skilja dóminn mun þrengra. Kannski framkvæmdi Hæstiréttur efnislegt mat gagnvart réttindaákvæðum stjórnarskrárinna og taldi einfaldlega að kröfum þeirra væri fullnægt í málinu. Engar visbendingar þess efnis er þó að finna í dóminum.

2.3 Aðrir efnisdómar Hæstaréttar 2009–2016

Í þessum kafla verður fjallað um aðra þá efnisdóma Hæstaréttar sem fallið hafa á tímabilinu og þar sem reynt á 76. gr. stjskr. eða félagsleg réttindi hafa komið til skoðunar undir öðrum ákvæðum stjórnarskrárinna, einkum jafnræðisreglu 65. gr. og eignarréttarákvæði 72. gr.

Hrd. 16. júní 2016 (728/2015) (sérstakar húsaleigubætur)

Í málinu var krafist ógildingar á ákvörðun Reykjavíkurborgar um synjun á beiðni um sérstakar húsaleigubætur. Stefnandi málsins leigði íbúð af Brynju, hússjóði Öryrkjabandalagsins, en samkvæmt reglum borgarinnar var ekki unnt að fá slíkar bætur nema umsækjandi leigði húsnæði á almennum leigumarkaði eða væri í leiguþúð á vegum Félagsbústaða hf.

Hæstiréttur félst á ógildingarkröfuna á þeim forsendum að Reykjavíkurborg hefði mismunað stefnanda með ólögmætum hætti. Hæstiréttur vísaði til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinna en virðist aðallega horfa til jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 í sjálfum niðurstöðukafla dómsins. Taldi Hæstiréttur að leigjendur hjá Félagsbústöðum hf. búi óumdeilanlega við hliðstætt húsnæðisöryggi og stefnandi málsins – um sambærileg tilvik væri að ræða – og því væri óheimilt að leysa úr þeim með ósambærilegum hætti, nema málefnaleg rök stæðu til þess. Taldi Hæstiréttur að Reykjavíkurborg hefði ekki sýnt fram að þessari skyldu hafi verið fullnægt.

55 Sjá almennt Lon Fuller: „The Forms and Limits of Adjudication“ og í tengslum við félagsleg réttindi sérstaklega Jeff King: *Judging Social Rights*, bls. 189-210.

56 Aftur er rétt að taka fram að niðurstaða Hæstaréttar um hvort lögum og reglum hafi í raun verið fylgt í mál Salbjargar fellur utan efnissviðs þessarar greinar.

Úrlausn Hæstaréttar er í samræmi við viðtekna aðferðarfræði á grundvelli jafnræðisreglunnar, þ.e. að rannsaka fyrst hvort samanburðartilvik séu sambærileg og, ef svo er, taka síðan afstöðu til þess hvort málefnaleg sjónarmið réttlæti mismunandi meðferð. Við petta síðara skref er sönnunarþyrdi snúið við, þ.e. það hvílir á stjórnvaldinu að réttlæta mismunandi meðferð.⁵⁷

Stefnandi málssins vísaði til 76. gr. stjskr. á þeim grundvelli að húsnaðisöryggi sé eitt þeirra atriða sem verndað er af stjórnarskrárvæðinu.⁵⁸ Áherslan í málabilbúnaði stefnanda var þó á jafnræðisregluna og Hæstiréttur vék ekki að 76. gr. stjskr. Dómstólar hafa því ekki staðfest að réttur til húsnaðis, sbr. t.d. 11. gr. SEFMR, njóti stjórnarskrárverndar.⁵⁹

Hrd. 13. júní 2013 (61/2013) (Sara Rafaelsdóttir – skerðing bóta vegna búsetu)

Stefnandi, sem var öryrki eftir veikindi, fékk aðeins 71,45% af fullum örorkulífeyri vegna skilyrðis laga nr. 100/2007 um almannatryggingar um réttindávinnslu sem miðast við búsetutíma á Íslandi (40 ára búsetutími er skilyrði fulls lífeyris). Stefnandi hafði flutt til landsins þegar hún var 38 ára, en veiktist tveimur árum síðar. Málabilbúnaðurinn byggðist m.a. á því að (i) búsetuskilyrðið fæli í sér ólögmæta óbeina mismunun milli íslenskra ríkisborgara sem fæddust hér á landi annars vegar og hins vegar þeirra sem öðluðust íslenskan ríkisborrararétt síðar, (ii) búsetuskilyrðið væri ómálefnalegt og andstætt meðalhófsreglu; ef markmiðið væri að koma í veg fyrir að einstaklingur nytí réttar í mörgum löndum þá væri því markmiði náð með einfaldri skerðingarreglu (lífeyrir skerðist í samræmi við bætur úr öðrum kerfum) og (iii) skerðingin leiddi til þess að stefnanda væri ekki tryggð lágmarksframfærsla sem tryggð væri skv. 76. gr. stjórnarskrár.

Hæstiréttur sýknaði í málinu og benti á að lífeyriskerfið skv. almannatryggingarlögum nr. 100/2007 miðaðist að þessu leyti við áunnin réttindi með búsetu og búsetuskilyrðið næði jafnt til allra óháð ríkisborrarétti og uppruna. Því væri ekki um brot á jafnræði að ræða. Hæstiréttur tók jafnframt fram að hvorki væri brotið gegn meðalhófi né heldur 1. mgr. 76. gr. stjskr.⁶⁰ Um 1. mgr. 76. gr. notaði Hæstiréttur sama orðalag og í síðari Öyrkjabandalagsdóminum um að Alþingi fari með fjártjórnarvaldið skv. 41. gr. stjskr. og hafi svigrúm við útfærslu á þeirri aðstoð sem 1. mgr. 76. gr. tryggir. Svigrúmi löggjafans sé þó sett þau takmörk að dómstólar metti hvort lagasetning samrýmist grundvallarreglum stjórnarskráinnar. Þessi lýsing samrýmist einnig aðferðarfræði Hæstaréttar í fyrri Öyrkjabandalagsdómunum.⁶¹ Dómurinn í máli Söru Rafaelsdóttur (Hrd. 13. júní 2013 (61/2013)) virðist því staðfesta aðferðafræði Hæstaréttar úr hinum eldri dónum

57 Elín Ósk Helgadóttir: „Jafnræðisreglur: í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákváranir.“

58 Sjá Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“, bls. 503-505.

59 Umboðsmaður Alþingis hefur hins vegar talið að réttur til aðstoðar vegna húsnaðisvanda falli undir gildissvið 1. mgr. 76. gr. stjskr., UA 13. júní 2016 (5544/2008) (félagslegar íbúðir).

60 Dómurinn er reyndar ekki allskostar skýr um það hvenær Hæstiréttur visar til forsendna héraðsdóms og hvenær rétturinn litur á eigin forsendur sem sjálfstæðar gagnvart héraðsdómi.

61 Sjá nánar Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“, bls. 544-547.

(sjá hins vegar fyrri umfjöllun um Hrd. 1. desember 2016 (80/2016) (Salbjörg Ósk Atladóttir)). Forsendur Hæstaréttar eru hins vegar ekki allskostar skýrar um það hvers vegna búsetuskerðingar séu málefnalegar, að öðru leyti en því að þeim sé beitt með almennum hætti, né heldur hvort og þá hvernig lágmarksframfærsla hafi verið tryggð.⁶²

Á grundvelli jafnræðisreglunnar byggði stefnandi málssins á svokallaðri óbeinni mismunun, þ.e. að vissulega næði búsetuskilyrðið að formi til jafnt til allra en í raun kæmi það mun verr niður á Íslendingum af erlendum uppruna.⁶³ Málstæðan byggðist m.a. á niðurstöðu félagsmálanefndar Evrópu, sem starfar skv. félagsmálasáttmála Evrópu,⁶⁴ um fyrrkomulag félagslegrar aðstoðar í Danmörku. Nefndin benti á að þótt danskar reglur um búsetutímabil ættu með sama hætti við um danska ríkisborgara og aðra íbúa landsins þá kæmu þær í reynd mun harðar niður á þeim sem ekki væru ríkisborgarar.⁶⁵ Þótt málstæðum stefnanda væri rétt lýst í dóminum fjallaði hvorki Hæstiréttur né héraðsdómur um álitaefnið með þessum hætti, heldur héldu dómstólar sig við formlega beitingu reglunnar. Hvernig ber að skilja þetta? Hæstiréttur hefur, eftir því sem næst verður komist, aldrei fjallað um óbeina mismunun. Er það svo að Hæstiréttur túlki 65. gr. stjskr. einfaldlega þrengra en t.d. mannréttindadómstóll Evrópu túlkar 14. gr. MSE? Eða er skýringin sú að þau mál sem hafa ratað til dómstólsins (þ.m.t. mál Söru Rafaelsdóttur) gefa ekki tilefni til þess að fjalla um þessa hlíð jafnræðisreglunnar? Skýringin hlýtur að vera sú síðarnefnda, enda er erfitt að koma auga á rök fyrir því að 65. gr. stjskr. og 14. gr. MSE ættu að vera ólikar að

62 Héraðsdómur tekur afstöðu til þessara tveggja atriða og segir m.a. að málefnalegt sé að koma i veg fyrir að fólk flyttist hingað til lands beinlinis í þeim tilgangi að öðlast réttindi í almannatryggingakerfinu og ennfremur að stefnanda hafi ekki tekist sönnun um að lífeyrisgreiðslur naegi ekki til lágmarksframfærslu. Óljóst er hvort Hæstiréttur tók undir forsendur héraðsdóms að þessu leyti. Hægt væri að fjalla um þessi sjónarmið með itarlegum hætti en hér verður látið nægja að benda að fyrri röksemdir virðist alls ekki eiga heima í málinu, enda fluttist stefnandi til landsins áður en hún veiktist skyndilega.

63 Sjá t.d. MDE, D.H. o. fl. gegn Tékklandi [GC] 13. nóvember 2007 (57325/00), mgr. 184: „a difference in treatment may take the form of disproportionately prejudicial effects of a general policy or measure which, though couched in neutral terms, discriminates against a group“ og sambærilega nálgun Evrópudómstólsins í EBD, Hilde Schönheit gegn Stadt Frankfurt am Main og Silvia Becker gegn Land Hessen, mál C-4/02 og C-5/02, ECR 2003, bls. I-12575. Fjallað er um óbeina mismunun í Elín Ósk Helgadóttir: „Jafnræðisreglur: í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákváranir“, bls. 300-301. Í dómaframkvæmd mannréttindadómstóls Evrópu er þetta nefnt *indirect discrimination*, sjá t.d. fyrrfefndan MDE, D.H. o.fl. gegn Tékklandi, sjá almennt um þá framkvæmd Mathias Möschel: „The Strasbourg Court and Indirect Race Discrimination: Going Beyond the Education Domain“. Í Bandaríkjjunum er oftast rætt um sambærilega reglu sem *disparate impact*, sjá t.d. dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna í máli Washington gegn Davis 426 U.S. 229 (1976). Í stuttu (og einfölduðu) máli má segja að í Evrópu sé liklegra að fallist sé á brot gegn jafnræðisreglu á grundvelli óbeinnar mismununar samanborið við Bandaríkin, þar sem dómstólar í Bandaríkjjunum gera kröfum um ásetning til mismununar til þess að um brot á stjórnarskrá sé að ræða, en evrópska módelið leggur meiri áherslu á hin raunverulegu áhrif.

64 Sbr. auglysingi í C-deild Stjórnartíðinda nr. 3/1976.

65 European Social Charter, European Committee of Social Rights Conclusions XVII-1 (Denmark). Nefndin hafði raunar einnig tekið þá afstöðu að íslenskar reglur um búsetutímabil væru í andstöðu við réttindi sem vernduð eru af Félagsmálasáttmálanum, en sú niðurstaða var ekki beinlinis byggð á sjónarmiðum um óbeina mismunun, sjá European Social Charter, European Committee of Social Rights, Conclusions XIX-2 (2009) (Iceland).

bessu leyti. Af því leiðir hins vegar að gagnrýna má dóm Hæstaréttar fyrir að fjalla ekki um málsástæður stefnanda eins og þær voru settar fram.⁶⁶

Árið 2009 benti nefnd um nýskipan almannatrygginga á að reglur um búsetuskýrði gætu leitt til þess að innflytjendur lento í „afar erfiðri stöðu“ og taldi að kanna þyrti hvort ástæða sé til að breyta fyrirkomulaginu.⁶⁷ Árið 2016 kom út skýrsla nefndar um endurskoðun laga um almannatryggingar þar sem vandamálum varðandi stöðu einstaklinga sem ekki njóta fullra réttinda í kerfinu er lýst, rætt er um nauðsyn þess að gera breytingar á nokkrum atriðum en engar tillögur eru þó lagðar fram.⁶⁸ Vandamálið er því áfram óleyst þrátt fyrir umfjöllun í stjórnkerfinu og viðurkenningu á því að vandi sé fyrir hendi. Líkt og í málí Salbjargar Óskar Atladóttur, *Hrd. 1. desember 2016 (80/2016)*, má skilja mál Söru Rafaelsdóttur þannig að dómstólar hafi að einhverju leyti misst af tækifæri til þess að nýta endurskoðunarvald sitt gagnvart stjórnarskrá til þess að leysa úr tregðu í kerfinu.

Hrd. 8. nóvember 2012 (547/2011) (Sólheimar)

Í málínu var deilt um fjármögnum þjónustu við fatlaða á Sólheimum í Grímsnesi. Í þjónustusamningi hafði félagsmálaráðuneytið skuldbundið sig m.a. til að leggja til að tiltekin fjárhæð yrði veitt til starfseminnar með fjárlögum hvers árs. Þegar þjónustusamningurinn rann út mæltu næstu fjárlög fyrir um lægri fjárhæð. Sólheimar töldu að með þessari skerðingu væri brotið gegn 1. mgr. 65. gr. og 1. mgr. 76. gr. stjskr., sbr. mannréttindaskuldbindingar um félagsleg réttindi.⁶⁹ Hæstiréttur tók þá afstöðu að eftir að þjónustusamningurinn rann út hafi hann ekki fært Sólheimum nein réttindi og það hafi verið Alþingis að ákveða fjarveitingu til Sólheima með afgreiðslu fjárlaga. Það hafi Alþingi gert og þegar af þessari ástæðu bæri að sýkna íslenska ríkið af kröfum Sólheima.⁷⁰

Málið virðist hafa verið rekið á þeiri forsendu að þjónustusamningurinn myndaði einhvers konar grunniðmið og meðhöndla ætti skerðingar á samningnum (þrátt fyrir að hann hefði verið runninn út) sem skerðingar á stjórnaskrávörðum réttindum.⁷¹ Hæstiréttur taldi einfaldlega að ekkert slikt grunniðmið hefði verið til staðar eftir að samningurinn rann út. Spurningin sem stendur eftir er hvort löggjafinn hafi algjörlega frjálsar hendur, ef þjónustusamningar eru ekki til staðar. Er það ekki einmitt stjórnarskráin sjálf sem setur ákveðin grunniðmið um lágmarksréttindi og málfnalegt fyrirkomulag?

66 Taka ber fram að þótt um óbeina mismunun sé að ræða, þá þýðir það ekki endilega að ríkið tapi málínu. Málfnaleg sjónarmið geta réttlætt óbeina mismunun.

67 Verkefnisstjórn um endurskoðun almannatrygginga: Nýskipan almannatrygginga. Tillögur um breytingar á lifeyriskerfinu. Skýrsla til félags- og tryggingamálaráðherra. Október 2009, bls. 32.

68 Velferðarráðuneytið: Skýrsla nefndar um endurskoðun laga um almannatryggingar. Febrúar 2016, bls. 10.

69 Visað var til 12. og 15. gr. félagsmálasáttmála Evrópu og 11. gr. SEFMR.

70 Í málatilbúndi aðila kom fram að Sólheimar áttu varasjóð og ríkið gerði væntanlega ráð fyrir að sá sjóður yrði notaður til þess að viðhalda þjónustu við íbúa. En ekki er útskýrt í niðurstöðu Hæstaréttar hvort þetta atriði skipti málí heldur verður, sem fyrir segir, einna helst ráðið af forsendunum að Alþingi hafi óheft vald til að ákveða fjarveitingar.

71 A.m.k. gengur Hæstiréttur út frá því að þetta hafi verið málsgundvöllur stefnanda.

Með því að dæma málið alfarið á grundvelli þess hvort samningur hafi verið í gildi fjallaði Hæstiréttur í raun ekkert um það hvort íbúar Sólheimi njóti stjórnaskrárbundinna réttinda. Málið er þannig dæmi um það að réttarfarsleg staða málsins, þ.e. að hér var formlega um að ræða ætlaðan rétt sjálfseignarstofnunar til greiðslu frá ríkinu en ekki kröfur einstaklinga, veldur því að dómstólar fjalla ekki með beinum hætti um hin stjórnskipulegu álitaefni.

Hrd. 29. október 2015 (115/2015) (Söfnunarsjóður lifeyrisréttinda)

Í málínu var deilt um málsméðferð við ákvörðun lifeyrissjóðs um fjárhæð örorkulifeyris. Lifeyrissjóðurinn hafði ákveðið að miða við 50% og síðar 75% starfsorkulifeyringu en stefnandi taldi þessa ákvörðun hvorki standast form- né efnisreglur. Stefnandi, sem vann málíð, byggði á því að umrædd lifeyrisréttindi felldu undir 76. gr. stjórnarskrár en Hæstiréttur nefndi stjórnarskrána ekki í dómi sínum. Málið felldi á því að lifeyrissjóðurinn hefði ekki rannsakað málíð með þeim hætti sem rannsóknarregla 10. gr. stjórnarslulaga nr. 37/1993 gerði kröfu um. Sú regla var talin gilda um málsméðferðina skv. ákvæði þar að lútandi í samþykktum lifeyrissjóðsins. Hæstiréttur tók hins vegar fram að lifeyrissjóðurinn teldist ekki stjórnvald í skilningi stjórnarslulaga.⁷²

Lifeyrissjóðakerfinu er að umtalsverðu leyti ætlað að tryggja þau félagslegu réttindi sem fjallað er um í 76. gr. stjórnarskrárinna. Sú útfærsla á stjórnskipulegi skyldu ætti auðvitað ekki að breyta því að ríkið ber ábyrgð á því að réttindin séu vernduð í raun.⁷³ Ef Söfnunarsjóðurinn myndi t.d. breyta samþykktum sínum með þeim hætti að málsméðferðarreglur veittu takmarkaðri réttindi en stjórnarslulög væri réttarstaða einstaklinga lakari samanborið við kerfi þar sem lifeyriskerfið væri í höndum ríkisins. Hægt er að fára fyrir því sterk rök að slikt fengi ekki staðist gagnvart mannréttindaskuldbindingum um félagsleg réttindi enda ber ríkinu að vernda réttindin með því að tryggja að útvistun (og það sama ætti við um einkavæðingu) leiddi ekki til lakari réttinda.⁷⁴

Hrd. 17. desember 2009 (665/2008) (Gildi-lifeyrissjóður)

Eftir að hafa notið óskerts örorkulifeyris frá lifeyrissjóði í u.p.b. 20 ár varð stefnandi málsins fyrir um 60% skerðingu á lifeyri í kjölfar breytingar á samþykktum

72 Um það vísaði Hæstiréttur til dóma sinna *Hrd. 17. janúar 2008 (286/2007)* og *Hrd. 31. janúar 2013 (352/2012)*. Áður en mál þetta rataði fyrir dómstóla var það rekið fyrir umboðsmanni Alþingis, sem tók þá afstöðu að Söfnunarsjóður lifeyrisréttinda teldist stjórnvald, sbr. alit *UA, 7. nóvember 2012 (6620/2011)*.

73 Ben Saul, David Kinley, og Jacqueline Mowbray: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Commentary, Cases, and Materials*, bls. 631 (höfundar fjalla um þá afstöðu nefndarinnar um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi að þrátt fyrir að lifeyristryggingar séu ekki í höndum ríksins þá beri ríkið skyldur gagnvart borgurunum). Sjá einnig umfjöllun um skyldur til að vernda (e. *protect*) réttindi, Kári Holmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“, bls. 511 o.áfr.

74 Mannréttindadómstóll Evrópu hefur orðað þetta svo: „the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals“, *MDE, Costello-Roberts* gegn *Bretlandi*, 25. mars 1993 (13134/87), mgr. 27. Sjá almennt *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Ritstj. Koen De Feyter og Felipe Gómez Isa.

lífeyrissjóðsins sem fólust í því að sjóðnum væri heimilt að skerða örorkulífeyri vegna greiðslna úr almannatryggingum. Stefnandi taldi að réttindi hans til greiðslna úr sjóðnum nytu eignarréttarverndar og yrðu ekki skert nema óhákvæmilegt væri vegna bágs fjárhags sjóðsins. Einnig var vísað til 76. gr. stjskr. og jafnraðisreglu 65. gr.

Hæstiréttur minnist ekki á 76. gr. í dómi sínum í málinu og áherslan í málatilbúnaði stefnanda var tvímælalaust á eignarréttarvernd 72. gr. enda virtust liggja fyrir dómafordæmi, bæði frá Hæstarétti⁷⁵ og mannréttindadómstól Evrópu⁷⁶, þess efnis að lífeyrissréttindi nytu verndar sem eign, einkum þegar réttindin væru orðin virk. Meirihlut Hæstaréttar taldi að umrædd breyting hefði falið í sér við-brögð við auknum útgjöldum vegna örorkulífeyristrygginga og miðað við að tekjur sjóðfélaga yrðu ekki hærri en framreiknaðar atvinnutekjur fyrir orkutap hefðu orðið. Málefnaðar ástæður hafi þannig búið að baki breytingunum. Varðandi eignarréttarverndina sérstaklega er ekki auðvelt að átta sig á niðurstöðunni. Í dómi Hæstaréttar segir:

„Ekki verður fallist á með stefndu að 72. gr. stjórnarskrárinna girði fyrir að réttur hennar til lífeyris verði skertur á þann hátt að áfrýjandi takmarki fjárhæð hans við það að gera hana jafnsetta og ef orkutap hefði ekki orðið. Vísun stefndu til tiltekinna dóma Hæstaréttar skiptir heldur ekki mál, en þar var um að ræða tilvik þar sem sérlög giltu um viðkomandi lífeyrissjóð og mælt var í einstökum atriðum fyrir um rétt sjóðfélaga til hverrar tegundar lífeyris í lögnum sjálfum.“

Hugsanlega má skilja orð Hæstaréttar þannig að hér sé verið að takmarka fordæmisgildi eldri dóma um eignarréttarvernd lífeyrissréttinda og taka þá afstöðu að 72. gr. eigi ekki við í málinu. Umfjöllun Hæstaréttar um tilvísanir til dómafordæma er einnig torskilin þar sem a.m.k. einn þeirra dóma sem stefnandi vísaði til fjallaði um lífeyrissjóð sem ekki starfaði samkvæmt sérlögum.⁷⁷ Líklega er rétt að lesa dóminn þannig að Hæstiréttur telji að 72. gr. eigi vissulega við, þ.e. að um eignarréttindi sé að ræða, en að umrædd skerðing uppfylli engu að síður þær kröfur þ.m.t. um meðalhóf sem ákvæði gerir í þessum aðstæðum. Sá skilningur rímar við umfjöllun Hæstaréttar fyrr í dóminum um að skerðingin hafi byggst á málefnalegum ástæðum.

Einn dómarí skilaði sératkvæði í málinu og vildi fallast á kröfur stefnanda. Í sératkvæðinu kemur fram að réttur til örorkulífeyris njóti verndar eignarréttar-ákvæðisins og lífeyrissjóðurinn verði að sýna fram á að slíkar skerðingar „hafi verið nauðsynlegar vegna fjárhags sjóðsins og að með þeim hafi hann ekki gengið lengra en nauðsyn krafði til að bæta úr fjárhagsstöðunni“.

Aðferðarfræði minnihlutans við úrlausn málsins er tvímælalaust skýrari en meirihlutans. Ágreiningur meiri- og minnihluta virðist annað hvort hafa lotið

75 T.d. Hrd. 1998, bls. 2140 (368/1997) (*Lífeyrissjóður sjómanna*), Hrd. 2002, bls. 3310 (101/2002) (*Lífeyrissjóður hjúkrunárfræðinga*) og Hrd. 2001, bls. 208 (249/2000) (*Lífeyrissjóður bankamanna*).

76 T.d. MDE, *Kjartan Ásmundsson gegn Íslandi*, 12. október 2004 (60669/00).

77 Hrd. 2001, bls. 208 (249/2000) (*Lífeyrissjóður bankamanna*).

að því hvort 72. gr. stjskr. ætti við í málinu, eða, og ég tel það líklegra, hvaða kröfur ákvæðið gerir gagnvart slíkum skerðingum. Meirihlutinn taldi nægilegt að málefnað leg sjónarmið væru fyrir hendi, en minnihlutinn gerði kröfu um að skerðingar væru „nauðsynlegar vegna fjárhags sjóðsins og að með þeim hafi hann ekki gengið lengra en nauðsyn krafði til að bæta úr fjárhagsstöðunni“. Meirihlut Hæstaréttar valdi því skýringarkost sem veitti lakari vernd.

Dómurinn vekur ýmsar spurningar, raunar fleiri en hann svarar: Hver er staða lífeyrissréttinda gagnvart eignarréttindaákvæði stjskr.? Er það meðvituð pólitisk ákvörðun að framfærsla öryrkja sé fyrst og fremst hlutverk almannatrygginga en lífeyrissjóðakerfið eigi fyrst og fremst að taka til aldraðra? Ef svo er, eru slíkar skerðingarreglur besta leiðin til að ná markmiðinu? Og á setning slíkra reglna ekki að vera á verksviði löggjafans, frekar en einstakra lífeyrissjóða? Ef bæta á kjör öryrkja bendir dómurinn til þess að fyrst verði ríkissjóður að „borga upp“ réttindi öryrkja í lífeyrissjóðum – hækkanir á örorkulífeyri almannatrygginga eigi fyrst að gagnast lífeyrissjóðum og síðan (kannski) öryrkjum. Er þetta skynsamlegt? Í skýrslu nefndar um endurskoðun laga um almannatryggingar frá árinu 2016 fjallað um þessar víxlverkanir í samspili almannatrygginga og lífeyrissjóða og tekið fram að mikilvægt sé að „fundin verði framtíðarlausn á vandamálinu“ og lagt til að lífeyrissjóðir hætti að líta til greiðslna frá almannatryggingum.⁷⁸ Það er því ekki útilokað að málatilbúnaður stefnanda í Gildismálinu verði lögfestur tæpum áratug eftir að dómur fél.

Hrd. 10. mars 2016 (436/2015) (styrkur til bifreiðakaupa)

Stefnandi fékk styrk til bifreiðakaupa frá Tryggingarstofnun árið 2013 á grundvelli laga nr. 99/2007 um félagslega aðstoð og viðeigandi reglugerðar, vegna fjölfatlaðs sonar síns. Við ákvörðunina var fjárhæð sambærilegs styrks sem veittur var árið 2009 að fullu dreginn frá síðari styrknum. Í málinu var þess krafist að Tryggingarstofnun greiddi styrkinn óskertan og m.a. vísað til 1. og 3. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinna.

Hæstiréttur hafnaði kröfunum. Í forsendum dómsins kom fram að viðkomandi lagasetning ætti rætur í ákvæði 76. gr. stjskr. Hæstiréttur taldi sig bæran, á grundvelli 60. gr. stjskr., til að „fjalla um lögmæti ákvarðana“ um styrkveitingar af þessu tagi en tók fram að ekki væri á valdsviði dómkóðuna að „leggja sérfræðilegt mat“ á hvort veita ætti styrk og þá hversu háan í einstökum málum.

Hæstiréttur vísaði til þess að í lögum hafi verið heimild til að „veita styrk á fimm ára fresti vegna sama einstaklings“. Því hafi verið „í senn lögmætt og málefnalegt“ af Tryggingarstofnun að draga eldri styrkinn frá hinum yngri.

Umfjöllun Hæstaréttar hefst á stjórnarskránni en hin eiginlega niðurstaða felst í rauuninni eingöngu í því að slá því föstu að framkvæmd Tryggingarstofnunar hafi verið í samræmi við lagahilmildina. Engin sjálfstæð umfjöllun er í dóminum um það hvernig lagahilmildin samræmist stjórnarskrárvæðinu. Af forsend-

78 Velferðarráðuneytið: Skýrsla nefndar um endurskoðun laga um almannatryggingar. Febrúar 2016, bls. 9.

unum að dæma taldi Hæstiréttur framkvæmdina málefnalega þegar af þeiri ástæðu að lagahimild var fyrir hendi. Þetta er almennt ágætisaðferð við beitingu svokallaðrar réttmætisreglu stjórnsýsluréttar þegar metið er hvort matskenndar stjórnvaldsákvarðanir byggist á málefnalegum sjónarmiðum.⁷⁹ Þegar metið er hvort ákvörðun sem þessi standist standist 76. gr. stjórnarskrárinna er þessi aðferð hins vegar varla viðeigandi heldur þurfa dómstólar að leggja sérstakt mat á hvort lagahimildin sé í samræmi við stjórnarskrárvæðið.

Hrd. 13. ágúst 2015 (467/2015) (verkfall hjúkrunarfraðinga)

Í máli þessu lék 76. gr. stjórnarskrárinna óvenjulegt hlutverk.⁸⁰ Hæstiréttur staðfesti stjórnskipulegt gildi laga sem sett höfðu verið til þess að binda enda á verkfall hjúkrunarfraðinga. Taldi Hæstiréttur að í lögnum hafi falist heimil takmörkun á verkfallsrétti þeim sem verndaður er í 1. mgr. 74. gr. stjskr. þar sem verkfallið hafi verið ógn við almannheill og hafi ennfremur ógnað „réttindum alls almennings til að fá aðstoð vegna sjúkleika, sem stefnda ber að tryggja samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinna“.

Líklega er hér á ferðinni fyrsta dæmið þar sem önnur mannréttindi eru skert berum orðum með vísan til 76. gr. Í þessu tilviki voru sjónarmið um rétt til heilsu notuð til þess að réttlæta skerðingu á öðrum félagslegum réttindum, þ.e. réttindi stéttarfélaga. Er dómurinn jákvæður eða neikvæður fyrir vernd félagslegra réttinda? Sumir telja að heimild dómstóla til þess að beita stjórnarskrárbundnum félagslegum réttindum sé beinlínis varasöm gagnvart félagslegum markmiðum, þar eð dómstólar geti túlkað þessi réttindi með þeim hætti að þau skerði heimildir ríkisvaldsins til að ná fram auknum jöfnuði í samfélaginu.⁸¹ Stjórnarskrárværnd félagslegra réttinda geti þannig haft andfélagsleg áhrif. Það er vissulega nokkuð kaldhæðnislegt að í eina málínu síðan í Öryrkabandalagsdómunum þar sem Hæstiréttur hefur fallist á málsástæðu byggða á 76. gr. stjskr. hafi það verið málsástæða ríkisins til réttlætingar á takmörkun á verkfallsrétti. Áhrif dómsins

79 Elín Ósk Helgadóttir: „Réttmætisregla stjórnsýsluréttar og samspil hennar við jafnraðisreglu“.

80 Annað dæmi um tilraun til þess að nýta 76. gr. stjórnarskrá í óvenjulegum tilgangi er að finna í domi *Hérð. Rvk. 15. apríl 2016 (E-4048/2014)* þar sem dánarbú létt reyna á stjórnskipulegt gildi viðbótarauðlegðarskatts sem lagður var á vegna áranna 2010–2012. Stefnandið byggði á því að óhófleg skattlagning bryti ekki einungis í bága við 72. gr. stjórnarskrá um eignarrétt og 65. gr. um jafnraði heldur bryti einnig gegn „réttinum til að mega framfæra sig af tekjum sínum sem leiða megi af 76. gr. stjórnarskrárinna.“ Héraðsdómar leysti úr málínu með því að komast að þeiri niðurstöðu að skattlagningin bryti ekki í bága við meðalhóf og því væri ekki brotið gegn 72., 76. og 65. gr. stjórnarskrárinna, án þess að taka beina afstöðu til þess hvort fyr nefnd réttindi nytu verndar 76. gr. Málíð beið flutnings fyrir Hæstaretti þegar grein þessi var skrifuð.

81 Sjá Paul O'Connell: „The Death of Socio-Economic Rights“. O'Connell fyllar m.a. um dóm Hæstiréttar Kanada í málínu *Choulli* gegn Quebec (AttorneyGeneral) [2005] 1 SCR 791. Í málínu hafði Quebec reynt að standa vörð um ríkisrekið heilbrigðiskerfi með því að banna einkaheilbrigðis-tryggingar, en stefnandi málsins hafði hug á að sleppa við biðlista með því að kaupa heilbrigðispjónustu af einkaaðila og vildi geta nýtt vátryggingar í þeim tilgangi. Í vægast sagt umdeildum dómí taldi Hæstiréttur Kanada að vegna stjórnarskrárvæðis um rétt til lífs væri síkt bann við heilbrigðistryggingum í andstöðu við stjórnarskrá. Um dóminn hefur m.a. verið sagt að Hæstiréttur Kanada hafi, í anda nýfrjálshyggu, viðurkennt rétt til heilsu, en einungis fyrir þá sem hafa efni á honum. Bruce Porter: „A Right to Health Care in Canada: Only if You Can Pay for It“, bls. 11.

eru þó ekki endilega einhlít: Eitt augljóst dæmi um skerðingu réttinda til að trygga félagsleg réttindi er auðvitað skattlagning til fjármögnunar á heilbrigðis-, mennta- og velferðarkerfinu. Þar eru eignarréttindi skert til þess að veita félagsleg réttindi og hugsanlega má túlka þennan nýja dóm sem frekari stjórnskipulega stoð fyrir þeim jöfnuði sem slíkt fyrirkomulag stefnir að.

3 Næst á dagskrá – Atvinnuleysisbætur sem eignarréttindi

Í þessum þriðja kafla greinarinnar verður fjallað um dómsmál sem bíður málflutnings fyrir Hæstarétti þegar grein þessi er skrifuð. Í domi *Hérð. Rvk. 7. apríl 2016 (E-125/2015)* var deilt um stjórnskipulegt gildi ákvæðis í lögum nr. 125/2014, sem stytta tímabil atvinnuleysisbóta úr 36 mánuðum í 30, gagnvart þeim einstaklingum sem höfðu virkan rétt til slíkra bóta þegar lögin töku gildi. Málið var höfðað af VR, vegna félagsmanna sinna, og einstaklingi sem misst hafði bótarétt vegna laganna. Stefnendur vísuðu til 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár og eignarréttar-ákvæðis 72. gr. Héraðsdómur félst að umrætt lagaákvæði stædist ekki stjórnarskrá vegna brots á eignarréttindum.

Héraðsdómur fjallaði nokkuð ítarlega um 76. gr. stjórnarskrárinna⁸² og benti að Hæstiréttur hefði túlkað ákvæðið þannig „að íslenska ríkinu sé skyld að tryggja að lögum rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarksframfærslu eftir fyrir fram gefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegen hátt“. En af 2. gr. stjórnarskrár um þrískiptingu ríkisvalds, sbr. 40. og 41. gr. um fíarstjórnarvald Alþingis, leiði aftur á móti að „játa verður löggjafarum töluvert svigrum til að kveða hvernig skuli háttað þeiri aðstoð sem tryggja skal í lögum, að því tilskildu að gætt sé að grundvallarréttindum borgarans samkvæmt stjórnarskrá, þ. á m. jafnraðis samkvæmt 65. gr. hennar, og að stjórnarskrárvarin réttindi séu ekki skert með afturvirkum hætti“. Dómarinn fjallaði um lagagrundvöll atvinnutrygginga og fjármögnun þeirra og bendir á að þessi starfstengdu tryggingarréttindi séu reist á allsherjarréttarlegum grunni. Og loks segir: „Með því að ákveða að þessi tími skuli vera 30 mánuðir í stað 36 mánaða verður ekki talið að gengið hafi verið gegn almennum rétti einstaklinga til lágmarksframfærslu á grundvelli 76. gr. stjórnarskrárinna.“

Sem fyrr segir félst Héraðsdómari hins vegar á málatilbúnað stefnenda á grundvelli eignarréttarákvæðis 72. gr. stjskr. Taldi dómarinn að þegar launamaður yrði atvinnulaus og önnur skilyrði væru uppfyllt öðlist hann kröfu um greiðslu atvinnuleysisbóta og „réttmætar væntingar um að geta notið þessara

82 Annað dæmi um dóm þar sem staðfest er að atvinnuleysisbætur njóta verndar 1. mgr. 76. gr. stjskr. er *Hérð. Rvk. 15. mars 2016 (E-2547/2015)* (endurgreiðsla atvinnuleysisbóta). Í málínu hafði 76. gr. stjórnarskrár skýr áhrif á lögskýringu og niðurstöðu málsins þótt henni væri ekki beitt með beinum hætti. Deilt var um heimild Virnumálastofnunar til þess að fella niður rétt til atvinnuleysisbóta og krefjast endurgreiðslu á ofgreiddum bótum með álagi. Héraðsdómur taldi að slíkt fæli í sér skerðingu á „réttindum sem borgurunum eru tryggð með stjórlögum“ og gerði auknar kröfur um skýrleika lagahimildar. Hér hefur 76. gr. stjskr. þau áhrif að óskýr lagaákvæði um skerðingu réttinda eru skýrð borgaranum í hag, sbr. almenn sjónarmið lögskýringarfræða. Málínu hefur verið áfrýjað.

greiðslna út bótatímabilið". Taldi dómarinn að eignarréttindi hafi verið skert með lagasetningunni og að sú skerðing væri óbeint afturvirk:

„Ákvæði 14. gr. laga nr. 125/2014 voru að formi til framvirk. Samkvæmt orðum sínum hrófluðu þau ekki við rétti þeirra sem nutu atvinnuleysisbóta fram að gildistöku laganna, heldur einungis eftir það. Hvað sem því líður skertu þau með íþyngjandi hætti réttindi þeirra sem fram að því áttu virkan rétt til atvinnuleysisbóta í allt að 36 mánuði. [...] Að teknu tilliti til eðlis þeirra réttinda sem hér um ræðir og réttmætra væntinga þeirra sem áttu virkan rétt til greiðslu atvinnuleysisbóta þegar löginn tóku gildi varð sílk skerðing að helgast af ríkri nauðsyn og málefna- legum forsendum.“

Dómurinn er áhugaverður bæði hvað varðar 72. gr. og 76. gr. stjórnarskrár.

Það fyrsta sem vekur athygli er sú afdráttarlausa niðurstaða að virkur réttur til atvinnuleysisbóta njóti eignarréttarverndar. Helgi Áss Grétarsson hefur bent að eldri fræðikenningar gerðu ráð fyrir að réttindi allsherjarréttarlegs eðlis falli utan gildissviðs eignarréttarákvæðis stjórnarskrárinna en yngri kenningar og dómar, m.a. þessi héraðsdómur, svo og dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins hnúgi í aðra átt.⁸³ Úg er sammála þessari greiningu og sýnist umfjöllun um atvinnuleysisbætur sem eignarréttindi t.d. samrýmast dómaframkvæmd Mannréttindadómstólsins. Óljóst er hins vegar hvernig Hæstiréttur tekur á málinu í ljósi hinnar þróngu túlkunar á eignarréttarákvæðinu sem birtist í *Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016)* (*Dagrún Jónsdóttir*).

Málið vinnst skv. framansögðu á því að um ómálefnalega afturvirkja skerðingu á eignarréttindum hafi verið að ræða. Héraðsdómari vísar ekki til dóma Hæstaréttar um það efni í niðurstöðu sinni, en þeir eru afar áhugaverðir.⁸⁴ Það var fyrst í *Hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002)* (*Öryrkjabandalagsdómur II*), þar sem Hæstiréttur taldi viðbrögð löggjafans við Öryrkjabandalagsdómum I að hluta til andstæð stjórnarskrá, að Hæstiréttur sló því föstu, að því er virtist án fyrirvara, að eignarréttindi yrðu ekki skert með íþyngjandi og afturvirkum hætti.⁸⁵ Í *Hrd. 25. nóvember 2010 (274/2010)* (*ábyrgðarmannadómurinn*) taldi Hæstiréttur að ákvæði laga um ábyrgðarmenn nr. 32/2009 stæðust ekki eignarréttarákvæði

83 Helgi Áss Grétarsson: „Eru atvinnuleysisbætur eign í skilningi eignarréttarákvæðis íslensku stjórnarskrárinna?“ (ágrip)

84 Til viðbótar við þá dóma sem nú verður fjallað um má nefna að eftir hrún byggðu almennir kröfuhafar hinna föllnu banka röksemdir sínar gegn gildi hinna svonefndu neyðarlaga frá 6. október nr. 125/2008 að talsverðu leyti á því að með lögunum hafi verið hróflað við kröfuréttindum þeirra með afturvirkum og íþyngjandi hætti. Svo sem flestum er kunnugt fölst í neyðarlögum að kröfur vegna innstæðna, sem áður höfðu verið almennar kröfur, skyldu njóta stöðu forgangskrafna við slit fjármálfyrirtækja. Í *Hrd. 28. október 2011 (340/2011)* (neyðarlöginn) taldi meirihluti Hæstaréttar að þeir kröfuhafar sem andmæltu lögunum ættu vissulega eignarréttindi og þau réttindi hefðu verið skert með neyðarlögum en skerðingin teldist ekki afturvirk, þar eð hún tæki einnig til slitameðferða sem hæfust eftir gildistöku laganna. Einn dómar taldi að skerðingin hefði „í reynd“ afturvirk áhrif.

85 „Pessi kröfuréttindi örorkulifeyrisþega njóta verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrárinna og verða ekki skert með afturvirkri og íþyngjandi löggið.“

72. gr. stjórnarskrárinna, að því marki sem löginn mældu fyrir um að nauðsamningur aðalskulðara til greiðsluaðlögunar leiddi einnig til niðurfellingar krafna á hendur ábyrgðarmönnum. Niðurstaðan byggðist einkum á því að „kröfuréttur [kröfuhafa] ... njóti verndar 72. gr. stjórnarskrár og að þau réttindi verði ekki skert án bóta með afturvirkri íþyngjandi löggið á þann hátt sem að framan var lýst“ (áhersla míð). Sömu sjónarmið léku lykilhlutverk í öðru stóru úrlausnarefni eftir hrún. Í *Hrd. 15. febrúar 2012 (600/2011)* (*Sigurður Hreinn Sigurðsson og Maria Elvira Pinedo gegn Frjálsla fjárfestingarbánkanum hf.*) var deilt um endurútreikning húsnæðisláns að fenginni þeirri niðurstöðu að ákvæði lánsins um gengistryggingu væru ógild. Í málinu var m.a. fjallað um lög nr. 151/2010, sem sett voru til þess að bregðast við dóumum um ógildingu gengistryggingar og var ætlað að stýra ákvörðun vaxta aftur í tímam. Hæsti-réttur taldi að þessi lög gætu ekki haft áhrif á niðurstöðu málsins með þessum orðum:

„Með almennum lögum er ekki unnt, með svo íþyngjandi hætti sem á reynir í málinu, að hrófla með afturvirkum hætti við réttarreglum um efni skuldbindinga og greiðslur skulda frá því sem gilti þegar til þeirra var stofnað og af þeim greitt. Færi slíkt í bága við þá vernd eignarréttinda sem leiðir af 72. gr. stjórnarskrárinna.“ (Áhersla míð).

Sú regla að eignarréttindi verði ekki skert með afturvirkri og íþyngjandi lögjöf virðist skýr af Öryrkjabandalagsdómi II. Dómurinn virðist gera ráð fyrir því að ef um afturvirkum og íþyngjandi skerðingu eignarréttinda er að ræða fari ekki fram mat á grundvelli meðalhófsreglu á því hvort skerðingin sé innan leyfilegra marka heldur sé afturvirk og íþyngjandi skerðing *per se* óheimil. Hinir síðari dómar vekja hins vegar vafa. Í dóumunum um ábyrgðarmenn og endurútreikning gengistryggðra lána er baett við fyrirvorum, sem eru undirstrikaðir hér að framan. Fyrirvararnir gefa til kynna að Hæstiréttur leggi hugsanlega sérstakt mat á skerðinguna í hverju tilvik fyrir sig. Með því er Hæstiréttur í raun og veru að breyta fordæminu úr Öryrkjabandalagsdómi II.

I héraðsdóminum um atvinnuleysistryggingar er enn um nýja nálgun að ræða varðandi afturvirkar skerðingar. Héraðsdómárinna beitir meðalhófsreglu þar sem hvert tilvik er metið fyrir sig en afturvirkni hefur umtalsverð áhrif á matið. Vegna hinnar óbeinu afturvirkni gerir dómarinn kröfu um „ríka nauðsyn“, en ekki eingöngu t.d. lögmað markmið eða málefnaleg sjónarmið. Það er óljóst hvað héraðsdómárinna hefði gert ef um beina afturvirkni hefði verið að ræða.

Pessi dómur er því tækifærí fyrir Hæstarétt til þess að skýra hversu strangar skorður stjórnarskráin setur gagnvart beinum eða óbeinum afturvirkum skerðingum á eignarrétti.

Héraðsdómur lagði sem fyrr segir einnig mat á lagabreytinguna út frá 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrá. En af dóminum leiðir að mun meira þarf að koma til þess að brotið sé gegn 76. gr. samanborið við 72. gr. Setja má spurningarmerki við þá niðurstöðu. Afturvirkar skerðingar á réttindum sem njóta verndar 1. mgr. 76.

gr. stjskr., a.m.k. þegar réttindin eru þegar orðin virk, hljóta að vekja svipaðar spurningar gagnvart meðalhófsreglu og málefnalegum sjónarmiðum og afturvirkar skerðingar á eignarréttindum. Ef réttindi sem stofnast með löggjöf á sviði allsherjarréttar njóta verndar bæði 72. og 1. mgr. 76. gr. stjskr. er óljóst hvers vegna eignarréttarákvæðið ætti að veita meiri vernd.

Ef niðurstaðan er sú, í samræmi við afstöðu héraðsóms, að eignarréttindi njóti umtalsvert meiri verndar gagnvart afturvirkum skerðingum samanborið við félagsleg réttindi þá má benda á tvennt: *Í fyrsta lagi* gæti þessi nálgun leitt til ófyrirsjánlegrar „stéttaskiptingar“ milli mismunandi tegunda félagslegra réttinda. Ef virkar atvinnuleysisbætur teljast eignarréttindi en t.d. virkar örorkubætur gera það ekki (sbr. niðurstöðuna í máli Dagrúnar Jónsdóttur) er ljóst að atvinnuleysisbætur njóta betri stjórnskipulegar verndar en örorkubætur. Er það eðlilegt og úthugsað eða einfaldlega stjórnskipulega handahófskennt? *Í öðru lagi* má alveg velta fyrir sér í stærra samhengi hvort stjórnskipun okkar ætti að endurspeglar það grunngildi að einkaeignarréttur njóti sterkari stöðu en virk félagsleg réttindi. Vel er hægt að ímynda sér að stjórnskipulegar forgangur eignarréttar gagnvart félagslegum réttindum hafi áhrif á skiptingu auðs í samfélaginu.⁸⁶ Ef stjórnskipunin heimilar afturvirkar skerðingu á félagslegum réttindum en bannar afturvirkar skerðingu á eignarréttindum hlýtur það að geta haft áhrif. Eru þau áhrif í samræmi við einhvers konar viðtekin samfélagsleg gildi eða er þetta tiltölulega handahófskennd niðurstaða dómaframkvæmdar sem hefur þróast án þess að dómstólar eða aðrir hafi heildarsýn á þessi efni?

Dómur Hæstaréttar gæti samkvæmt framansögðu varpað ljósi á a.m.k. þrennt: (i) Gildissviði eignarréttarákvæðis stjórnskrárinnar gagnvart réttindum í félagslegum tryggingarkerfum; (ii) hvaða regla gildi varðandi afturvirkar skerðingar á eignarréttindum; og (iii) hvort eignarréttarákvæði 72. gr. veiti meiri vernd en 1. mgr. 76. gr. stjskr.

4 Dómar héraðsdóms sem ekki var áfrýjað til Hæstaréttar

Í þessum kafla verður fjallað um þrjá dóma héraðsdóms sem ekki var áfrýjað til Hæstaréttar. Fallist var á kröfur stefnenda í tveimur dónum, og er sá fyrri eina tilvikið síðan í Öryrkjabandalagsdómunum þar sem fallist hefur verið á málstæðu stefnanda um rétt til aðstoðar skv. 1. mgr. 76. gr. stjskr.

4.1 Endanlegir dómar þar sem fallist var á kröfur einstaklings – túlkaþjónusta og heilbrigðisþjónusta hælisleitenda

Hérð. Rok. 30. júní 2015 (E-327/2015) (túlkaþjónusta – samskiptamiðstöð heyrnarlausra og heyrnarskertra)

Málið laut að fyrirkomulagi túlkaþjónustu en stefnandi bjó við samþætta sjón- og heymarskerðingu. Samkvæmt lögum var slík þjónusta í höndum Samskiptamiðstöðvar heyrnarlausra og heymarskertra en fjárfamlög ríkisins til þeirrar þjónustu nægðu einungis til þess að anna broti af þörfinni fyrir þjónustuna. Í dóminum kemur fram að 193 einstaklingar hefðu nýtt sér túlkaþjónustu á ársgrundvelli og hefðu fjárfamlög nægt fyrir að meðaltali 12 klukkustunda endurgjaldslausri túlkaþjónustu fyrir hvern þessara einstaklinga á ári. Samskiptamiðstöðin afgreiddi umsóknir um túlkaþjónustu einfaldlega á þeim grundvelli að fyrstur-kemur-fyrstur-fær og því var almennt vonlaust að fá endurgjaldslausa túlkaþjónustu þegar leið a árið, óháð því hve mikil þörfin væri. Pegar fjárveitingin var uppurin gilti gjaldskrá og þeir sem þurftu á þjónustunni að halda gátu (eða gátu ekki) greitt fyrir hana. Stefnandi taldi að óheimilt hafi verið að synja henni um endurgjaldslausa tálknmálstulkun á grundvelli fjárskorts og slik synjun hafi brotið í bága við rétt hennar til aðstoðar skv. 1. mgr. 76. gr. stjórnskrár.⁸⁷

Með ítarlega rökstuddum dómi félst Héraðsdómur á kröfu stefnanda um endurgreiðslu fjárhæða sem hún hafði greitt vegna túlkaþjónustu. Héraðsdómur lagði til grundvallar að einstaklingur sem býr við samþætta sjón- og heymarskerðingu eigi „stjórnskrárvarinn rétt á því að í lögum sé þeim tryggð ákveðin lágmarksáðstoð af þessum toga án tillits til efnahags, sbr. jafnræðisreglu 65. gr. stjórnskrárinnar“ og því án þess að það skapi þeim „fjárhagslega byrði“. Bentí dómurinn á að lágmarksáðstoð til að eiga í samskiptum við fólk sem ekki kann táknmál sé „meðal annars nauðsynleg í tengslum við atvinnupáttöku þeirra og svo að þeir geti gætt réttinda sinna í daglegu lífi“. Þótt sérstök stofnun hafi verið stofnuð til þess að veita túlkaþjónustu þá hafi, hvorki í lögum né reglugerð, verið skilgreint hver þessi lágmarksþjónusta eigi að vera. Héraðsdómur tók hins vegar þá afstöðu að allar líkur væru á því að lágmarksþjónustan sem notendur ættu stjórnskrárvarinn rétt til sé meiri en sú eina klukkustund á mánuði sem fjárveiting ríkisins tryggði að meðaltali árið 2014. Ennfremur segir í dóminum að sú tilhögun stofnunarinnar að samþykka umsóknir sem berast, án forgangsröðunar, þar til fjárveitingin klárást virði ekki „mörk milli stjórnskrárvarinnar lágmarksþjónustu til félagslegrar aðstoðar, sem rétt er að veita án endurgjalds og á jafnræðisgrundvelli, og annarrar þjónustu á þessu sviði, sem heimilt er að veita gegn gjaldi“. Þá sé sú tilhögun til þess fallin að mismuna notendum eftir því hvenær ársins þeir þurfi á þjónustu að halda. Héraðsdómur sló því einnig

86 Sjá almennt um áhrif laga á skiptingu auðs í Duncan Kennedy: „The Stakes of Law, or Hale and Foucault!“.

87 Stefnandi vísaði jafnframt til ákvæða alþjóðasamninga, sér í lagi 9. (aðgengi) og 21. gr. (tjáningarfrelsí) samnings um réttindi fatlaðs fólks þar sem vísað er sérstaklega til samskiptapjónustu og notkunar táknmáls.

föstu að réttur stefnanda til lágmarksáðstoðar skv. 1. mgr. 76. gr. stjskr. gangi framar „fyrirmælum fjárlaga um greiðslu framlaga til endurgjaldslausrar táknumálstulkunar”.⁸⁸

Ríkisvaldið ákvað að una dóminum. Fyrir því geta verið ýmsar ástæður: Kannski töldu ráðgjafar ríkisins dóminn einfaldlega réttan. Kannski vildi ríkið ekki fá dóm Hæstaréttar um þetta efni, sem gæti orðið sterkara fordæmi í öðrum málum.⁸⁹ Kannski voru breytingar á viðkomandi reglum fyrirhugaðar hvort eð er.

Forsendur héraðsdómsins eru mjög sterkar einkum vegna þess að dómaranum tókst að gera raunverulegar kröfur til ríkisvaldsins um málefnalegt fyrirkomulag þjónustu, þ.e. kröfu um að skilgreint væri með málefnalegum hætti hver lágmarksþjónustu og forgangsröðun síðan útfærð með málefnalegum hætti. Frálag til þjónustunnar á fjárlögum skilgreinir ekki hver rétturinn er, heldur er það þvert á móti hinn efnislegi réttur sem á að stýra því hvert fjárframlagið er. Dómarinn komst þó hjá því að skilgreina hver lágmarksrétturinn er og sagði að það væri verkefni annarraarma ríkisvaldsins (en dómtólar gætu síðan endurskoðað það mat).

Hérð. Rvk. 27. febrúar 2014 (E-1759/2013) (Atila Askarpour)

Um var að ræða skaðabótamál á hendur íslenska ríkinu vegna aðstæðna hælisleitanda. Óhætt er að segja að meðferð málsins af hálfu íslenskra stjórnvalda, sem tók um 3 ár, hafi verið í molum.

Ein málsástæðan var sú að beiðni hælisleitandans um fjárhagsaðstoð til að geta gengist undir læknisaðgerð á nefi var hafnað á meðan hælismál hans var til meðferðar. Stjórnvöld höfnuðu beiðninni með vísan til þess að í útlendingalögum kæmi fram að hælisleitandi eigi rétt til „nauðsynlegrar heilbrigðisþjónustu“ og taka skuli tillit til þeirra sem þurfi sérstaka aðstoð. Stjórnvöld töldu hins vegar umrædda aðgerð hvorki „lífssauðsynlega“ né flokkist hún undir bráðaaðgerð, þó hún myndi vissulega bæta lífgæði hælisleitandans.

Héraðsdómari taldi að synjunin hafi verið ólögmæt. Dómarinn benti á að réttur hælisleitenda til heilbrigðisþjónustu er takmörkunum háður skv. ákvæðum útlendingalaga. Hins vegar segir í dóminum að ekki njóti skyrra reglna um það hverjar takmarkanirnar eru. Þótt stjórnvöld hafi rétt til að setja slikar takmarkanir í reglugerð, „enda gæti þau ákvæða alþjóðlegra samninga um lágmarksrétt hælisleitenda,“ hafi engin slík reglugerð verið sett. Dómarinn lagði mat á allar aðstæður hælisleitandans og tók þá afstöðu að umrædd aðgerð

88 Áhugasönum er bent á dóm Hæstaréttar Kanada í máli *Eldridge gegn British Columbia (Attorney General)* [1997] 3 S.C.R. 624 þar sem niðurstaðan var sú að skylt væri skv. jafnræðisreglu kanadísku réttindaskrárinnar að veita táknumálstulkapjónustu endurgjaldslaust að því marki sem nauðsynlegt væri til þess að hinir heyrnarlausu stefnendur málsins gætu átt samskipti við heilbrigðisþfólk.

89 Benda má á að til er annar óáfrýjaður héraðsdómur þar sem fallist var á kröfu um tálkupjónustu, í það skipti um táknumálstulkun á foreldrafundum í grunnskóla, Hérð. Rvk. 1. desember 2005 (E-4873/2005). Það mál féll hins vegar alfarið á tálkun jafnræðisreglu 65. gr. stjskr. Sjá einnig Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999) (táknumálstulkun á RÚV).

hafi verið honum „nauðsynleg“ í skilningi útlendingalaga. Fallist var á bóta-skyldu ríkisins en málinu var ekki áfrýjað til Hæstaréttar.

Einhver kynni að halda því fram að hér stappi dómtólar næri því að leggja mat á það hvaða skurðaðgerðir rétt sé að greiða fyrir, þ.e. að leggja sérfraðilegt mat á ákvarðanir, í andstöðu við Hrd. 10. mars 2016 (436/2015) (*styrkur til bifreiðakaupa*) sem áður var fjallað um.⁹⁰ Slík gagnrýni á þó ekki rétt á sér þar sem ágreiningur aðila var lögfræðilegur en ekki læknisfræðilegur. Stjórnvöld töldu að orðið „nauðsynlegt“ í útlendingalögum mætti túlka sem „lífssauðsynlegt“ eða „bráðnauðsynlegt“. Niðurstaða héraðsdóms um að sú túlkun fengi ekki staðist veltur ekki á mati á sérfræðilegum atriðum.⁹¹

Héraðsdómari vísar ekki til 1. mgr. 76. gr. stjskr. í niðurstöðu sinni enda réðust úrslit málsins á túlkun almennra laga. Sá túlkunarkostur sem héraðsdómur valdi hefði kannski getað fengið aukinn stuðning með tilvísun til stjórnarskrárvæðisins. Rétt er að taka fram að engin dæmi finnast um að dómtólar eða íslenska ríkið sem málsaðili dragi í efa að hælisleitendur, eða aðrir erlendir aðilar, geti beitt fyrir sig mannréttindaákvæðum stjórnarskrár.⁹² Verður að telja að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjskr. gildi um alla þá sem falla undir lögsögu íslenska ríkisins, þ.m.t. um umsækjendur um alþjóðlega vernd (hælisleitendur).

4.2 Endanlegur héraðsdómur þar sem kröfum var hafnað – Lifrabólga C

Í Hérð. Rvk. 18. september 2015 (E-2534/2015) (*lifrabólga C*) krafðist stefnandinn, Fanney Björk Ásbjörnsdóttir, m.a. ógildingar á ákvörðun Lyfjagreiðslunefndar að synja umsókn um greiðslupáttöku vegna tiltekins lyfs við lifrabólgu C. Í málinu lá fyrir að hið nýja lifrabólglýf var til reiðu en stjórnvöld höfðu tekið þá afstöðu að innleiðing lyfsins rúmaðist ekki innan kostnaðarramma ársins 2015. Einstaklingsbundinri umsókn stefnanda var hafnað með vísan til þess að fyrirsjáanlegt væri að fleiri sjúklingar þyrftu á meðferðinni að halda, án þess að fjármagn til þess hefði verið tryggt.

90 Sá dómur vísar um sama atriði til Hrd. 20. des. 2005 (208/2005). Sjá einnig Hrd. 29. okt. 2015 (115/2015) (*Söfnunarsjóður lifeyrisréttinda*).

91 Með nýjum lögum um útlendingar nr. 80/2016 hefur réttarstaðan að einhverju leyti verið skýrð. Í 1. mgr. 33. gr. laganna segir að umsækjendum um alþjóðlega vernd skuli standa til boða „nauðsynleg heilbrigðisþjónusta, þar á meðal vegna geðraskana og geðfótlunar. Sérstakt tillit skal tekið til þeirra sem hafa sérþarfir eða þurfa sérstaka aðstoð.“ Í athugasemendum við frumvarp það sem varð að lögunum segir m.a.: „Réttur til heilbrigðisþjónustu vísar til bráðnauðsynlegrar þjónustu sem ekki þolir bið eða veldur viðkomandi sársauka. Þannig á umsækjandi rétt á meðferð sem ekki er haeft að tefja vegna þess að ljóst þyki að umsækjandi liði mikinn sársauka eða hætta sé á að sjúkdómur þróist eða að einkenni festist í sessi. Innan þessa ramma fellur einnig sálfraðiþjónusta, þjónusta geðlækna, og þjónustu ymissa sérfraðinga.“ Æg tel að hin nýju lög, skv. lögskýringargögnum, hafni hinni pröngu túlkun stjórnarskrár með sama hætti og héraðsdómur í máli Atila Askarpour, jafnvel þótt orðið bráðnauðsynlegt sé notað í lögskýringargögnum.

92 Sjá t.d. Hrd. 7. desember 2013 (445/2013) (*Okoro Osahon*, ákvæði stjskr. og MSE um ómannuðlega meðferð), Hrd. 6. apríl 2006 (462/2005) (*British American Tobacco*, tjáningar- og atvinnufrelsi), Hrd. 28. október 2011 (340/2011) (neyðarlögin, eignarréttur og jafnræði).

Í hnottkurn lá málíð svona fyrir: Stefnandi, ásamt um 30 öðrum lifrabólgu-sjúklingum, þurfti á hinu nýja lyfi að halda. Heilbrigðisyfirvöld, þ.e. sérfræðingar í stjórnkerfinu, mæltu með því að lyfið yrði keypt og notað. Lyfið var hins vegar dýrt og rúmaðist ekki innan fjárhheimilda skv. fjárlögum ársins. Héraðsdómur taldi að löggjöf á heilbrigðissviði gerði ráð fyrir að fjárhheimildir skiptu málí⁹³, löggjafinn hefði mikið svigrúm til reglusetningar skv. 1. mgr. 76. gr. stjskr. og þar að auki fjárveitingarvaldið skv. 40. og 41. gr. Taldi dómurinn að málefnalegt hefði verið af hálfu stjórnvalda að vísa til skorts á fjárhheimildum og að viðeigandi löggjöf gengi ekki gegn stjórnarskrárvæðum, en tilvísanir til mannréttindasáttmála breyttu ekki þeiri niðurstöðu.

Fyrst ætla ég að leyfa mér að gera aðferðarfræðilega (eða tæknilega) athugasemd við dóminn: Í dóminum er tekið fram að 1. mgr. 76. gr. stjskr. verndi „rétt á því að í lögum sé ... tryggð lágmarksaðstoð, m.a. í formi nauðsynlegra lyfja, án tillits til efnahags“ og svigrúmi löggjafans við reglusetningu séu sett „þau takmörk að dómstólar eru bærir til að meta hvort lagasetning um þau málefni samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinna“. En erfitt er að sjá hvernig dómarinn beitti þessum mælikvörðum við úrlausn málsins. Ef skortur á fjárhheimildum skv. fjárlögum er fullnægjandi ástæða fyrir synjun á því að lyf sé veitt þá virðist (a) ákvæði 40. og 41. gr. stjskr. um fjárveitingarvald ganga framar mannréttindaákvæðum, í andstöðu við t.d. það sem segir í dómi hér-aðsdóms varðandi túlkajónustu (kafla 4.1 að framan); (b) mat á því hvort lög „samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinna“ varla hafa farið fram; og (c) ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjskr. ekki hafa nein áhrif á niðurstöðuna. Það er lítil stoð í því að fullyrða að stjórnarskrárvæðið fjalli um lágmarksaðstoð í formi nauðsynlegra lyfja ef fjárlög afmarka síðan að öllu leyti hvað er „lágmarksaðstoð“ og hvaða lyf eru „nauðsynleg“.⁹⁴

Dóminum var ekki áfrýjað til Hæstaréttar enda fékk stefnandinn umrætt lyf fljótegla eftir að dómur féll í heraði eftir að ríkið gerði samkomulag við erlent lyfjafyrirtæki og ákvæði að gangast í sérstakt átak gagnvart lifrabólgu C.⁹⁵ Dóms-málíð fékk gríðarmikla athygli í fjlömiðum⁹⁶ og leyfi ég mér að fullyrða að sú

93 Stefnandi hafði lagt áherslu á að lög í lögum um réttindi sjúklinga og laga um heilbrigðispjónustu er notað orðalagið „fullkomnasta heilbrigðispjónusta sem á hverjum tíma er völ á að veita.“

94 Stjórnarskrárvæði geta að vísu auðvitað haft áhrif á stefnumótun t.d. við fjárlagagerð.

95 „Átak til að útrýma lifrabólgu C á Íslandi“, <http://www.landlaeknir.is/um-embaettid/frettir/frett/item27701/atak-til-ad-utryma-lifrabolgu-c-a-islandi> (7. okt. 2015), „Meðferðarátak gegn lifrabólgu C hafið“, <https://www.velferdarraduneyti.is/frettir-vel/nr/35457> (22. jan. 2016), „Fanney fær lyfin sín í janúar“, <http://www.hringbraut.is/frettir/fanney-fær-lyfin-sín-i-januar> (5. des. 2015).

96 Til viðbótar við ofangreint má t.d. nefna „„Dauðadómur“ segir Fanney, www.ruv.is (18. sept. 2015), Pórunn Elisabet Bogadóttir: „Heilbrigðispjónusta á Íslandi ekki sambærileg við Norðurlöndin lengur“, www.kjarninn.is (21. júlí 2015), „Fanney vill að ríkið gefi sér líf“, www.ruv.is (5. ágúst 2015), „Segir lyfjamálið vegna lifrabólgu C jaðra við hneyksli“, Viktoria Hermannsdóttir: „Fær ekki nauðsynleg lyf til að ná bata af lifrabólgu C“, www.visir.is (10. júní 2015), Linda Blöndal: „Stefnir íslenskra ríkinu: Synjað um nauðsynleg lyf við lifrabólgu C vegna fjárskorts“ (5. júlí 2015).

umfjöllun og sað þrýstingur sem málíð skapaði á pólitísku fulltrúa hafi verið áhrifamikil um að málíð komst á skrið og byrjað var að gefa umrædd lyf.⁹⁷

Málíð er því dæmi um að dómsmál geta haft áhrif jafnvel þótt þau tapist, m.a. til að efla og sameina þá sem berjast fyrir bættum réttindum, skapa pólitískan þrýsting á stjórnvöld og vekja athygli á málstað.⁹⁸ Stundum er það svo að umkvartanir einstaklinga eða hópa eru ekki teknar nægilega alvarlega nema þeim sé fylgt eftir með málshöfðun og að sama skapi virðist liklegra að fjlömiðlar fylgi málum eftir ef dómsmál er rekið.⁹⁹ Mér þykir sjálfssagt að lögmenn og aktivistar hafi þetta í huga við ákvörðun um málshöfðun um hin yámsu efni og hugsanleg prófmál. Hitt þarf að vísu einnig að hafa í huga að dómur þar sem réttindi eru ekki viðurkennd getur skapað neikvætt fordæmi. Ef t.d. niðurstaðan í Öryrkjabanalagsdómi I hefði verið sú að 1. mgr. 76. gr. stjskr. fæli einungis í sér stefnu- yfirlýsingu en ekki dómhæf réttindi þá hefði verið betur heima setið en af stað farið. Við ákvörðun um það sem mætti kannski nefna stragítískar málshöfðanir þarf að reyna að leggja mat á hvort andstæður dómur gæti haft neikvæð áhrif á málstaðinn samanborið við engan dóm.

Eftir stendur þessi staða: Fanney Björk Ásbjörnsdóttir er nú laus við sjúkdóminn.¹⁰⁰ Ef niðurstaða dómsins hefði staðið óbreytt væri hún að eigin sögn latin. Héraðsdómur var því spurður þeirrar spurningar hvort réttlætanlegt sé að stefnandi láttist úr sjúkdómi sem til eru lyf gegn. Lögfraðin á, kannski eðlilega, í miklum erfiðleikum með að svara svona spurningum. Leiðin sem héraðsdómur fór var að líta almennt á löggjöfina og segja, jú löggjafinn hefur sett upp ramma til þess að taka ákváðanir um slík mál, þar sem byggt er á því að horfa verði á kostnað og einhver forgangsröðun er til staðar.

Hægt er að flokka þennan dóm þannig að hann gangi fremur skammt, þ.e. dómtólar veiti löggjafanum og stjórnvöldum mjög mikið svigrúm. Hægt er að ímynda sér að ganga mjög langt í hina áttina, þ.e. að dómtólar dæmi um skyldu til að veita heilbrigðispjónustu, jafnvel án þess að taka kostnað og forgangsröðun inn í myndina.¹⁰¹ Slík nálgun getur skapað ýmis vandræði t.d. ef dómtólaleiðin verður aðferð til þess að „komast framfyrir röðina“, sem er sérstakt áhyggjuefni ef þeir efnameiri hafa betri aðgang að dómtólum en þeir efnaminni.¹⁰² En það

97 Málíð var m.a. ítrekað rætt á Alpingi: BOG, 4. maí 2015, ræða hófst kl. 15:10, BB, 4. maí 2015, ræða hófst kl. 15:12, KJ, 8. sept 2015, ræða hófst kl. 21:06, ÁPÁ, 3. des. 2015, ræða hófst kl. 15:42.

98 Siri Gloppen: „Courts and Social Transformation: An Analytical Framework“, bls. 41 („Even if the case is not decided in favour of the claimants, litigation may have a transformative impact. Authorities threatened with court action may settle out of court, and when courts provide a platform for voicing social rights concerns, this may generate or intensify popular debate and create political momentum“).

99 Einhverir möguleikar eru á því að mál Salbjargar Óskar Atladóttur geti líka fallið í þennan flokk, þrátt fyrir að það hafi tapast, sjá t.d. „Dómurinn ekki í takt við stefnu borgarinnar“. www.ruv.is (5. des. 2016).

100 „Læknud af lifrabólgu C“, www.ruv.is (22. sept. 2016).

101 Með talsverðri einföldun má segja að þetta sé það sem hefur gerst í Brasilíu og Kóolumbiu, þar sem dómtólar hafa kveðið upp þúsundir dóma um skyldu til þess að veita einstaklingi tiltekin lyf eða læknispjónustu, sjá Octavio L.M. Ferraz: „Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil“ og David Landau: „The Reality of Social Rights Enforcement“.

102 Id.

eru ýmsir möguleikar á milli hinna tveggja öfga. Í lifrabólgu-málinu hefðu dómstólar t.d. getað tekið þá afstöðu að ekki væri nóg að ríkisvaldið gæti bent á eitt-hvað *almennt* málefnalegt fyrirkomulag á því hvaða lyf eru keypt. Í ljósi þess hversu gríðarlegir hagsmunir lágu undir – lífið sjálft – væri t.d. hægt að leggja á ríkisvaldið að sýna fram á að ef fallist væri á þessar kröfur (og í sambærilegum málum¹⁰³) væri það „umtalsverð byrði á ríkissjóð“ eða eithvað sambærilegt. Ef það þykir of strangur mælikvarði væri hægt að gera þá kröfu að ekki nægi ríkinu að vísa til þess að fjárveitingar skv. fjárlögum séu ekki til staðar, heldur að búið sé að taka ítarlega ígrundaða ákvörðun um þetta tiltekna tilvik, t.d. með kostn-aðargreiningu á þessu tiltekna lyfi.¹⁰⁴

Mál af þessu tagi verða alltaf erfið úrlausnar fyrir dómstóla. Þægilegast er auðvitað að vísa bara til svigrúms löggjafans og taka enga afstöðu. En með þeirri nálgun er lítið hald í mannréttindum þeim sem stjórnskipun okkar og samfélagi er ætlað að tryggja.

5 Ályktanir

5.1 Samantekt á dómaframkvæmdinni

Til einföldunar við áframhaldandi umfjöllun má taka saman eftirfarandi töflu til að átta sig á heildarmyndinni sem dómarnir sem hér hefur verið fjallað um sýna:

Dómur	Álitaefni	Niðurstaða
Hrd. 9. feb. 2017 (223/2016) – Dagrún Jónsdóttir	Nægja örorkubætur til lág-marksframfærslu? Má afnema verðtryggingu bóta?	Kröfum vísað frá og hafnað. Inntak 76. gr. stjskr. tak-markað og erfitt að fá efnisdóm. Prengri túlkun á eignar-rettindum en skv. MSE.
Hrd. 1. des. 2016 (80/2016) – Salbjörg	Á fatlaður einstaklingur rétt á búsetu á eigin heimili?	Kröfum hafnað. 76. gr. stjskr. sem stefnumið án efnislegs inntaks?
Hrd. 15. okt. 2015 (116/2015) – Benedikt	Á fatlaður einstaklingur rétt á búsetu á eigin heimili?	Kröfum hafnað, en aðeins fjallað um formhlið.
Hrd. 13. júní 2013 (61/2013) – Sara Rafaelsdóttir	Eru skerðingar á örorkubótum vegna skammrar búsetu á Íslandi heimilar?	Kröfum hafnað. Fyrirkomulagið málefnalegt. Ekki fjallað um óbeina mismunun.

¹⁰³ Þetta er mikilvægt, þ.e. að heildaráhrifin séu ljós: „[T]he judiciary should be aware of whether or not a specific service or treatment could be universalized to all patients similarly situated, given a reasonable budgetary allocation... Otherwise, judges are essentially rewarding queue jumping and exacerbating potential inequalities within the health system by adding inequalities in access to justice.“ Alicia Ely Yamin og Fiona Lander: „Implementing a Circle of Accountability: A Proposed Framework for Judiciaries and Other Actors in Enforcing Health-Related Rights“, bls. 320.

¹⁰⁴ Æg er mjög hikandi við að nefna þennan möguleika þar sem ég myndi almennt segja að kostn-aðargreining sé röng nálgun við mat á því hvort mannréttindareglum hafi verið fylgt.

Dómur	Álitaefni	Niðurstaða
Hrd. 16. júní 2016 (768/2015) – sérstakar húsaleigubætur	Var heimilt að útiloka íbúa í leiguþúðum ÖBÍ frá sér-stökum húsaleigubótum?	Brot gegn jafnræðisreglu 65. gr. stjskr.
Hrd. 8. nóvember 2012 (547/2011) – Sól-heimar	Var heimilt að skerða fjár-veitingar til þjónustuúrræðisins á Sólheimum?	Kröfum hafnað.
Hrd. 13. ágúst 2015 (467/2015) – verkfall hjúkrunarfraðinga	Var heimilt að setja lög á verkfall hjúkrunarfraðinga?	Kröfum hafnað, 76. gr. notuð sem heimild til að skerða önnur réttindi.
Hrd. 29. okt. 2015 (115/2015) – Söfnunar-sjóður lífeyrissréttinda	Bar lífeyrissjóði að fylgja málsméðferð stjórnsýslu-laga?	Fallist á kröfur, en ekki á grundvelli stjskr.
Hrd. 17. desember 2009 (665/2008) – Gildi	Er heimilt að skerða örorkugreiðslur úr lífeyrissjóði vegna framlaga úr almanna-tryggingum?	Kröfum hafnað, einungis fjallað um 72. gr. stjskr.
Hrd. 10. mars 2016 (436/2015) – styrkur til bifreiðakaupa	Er heimilt að binda styrk til bifreiðakaupa því skilyrði að hann sé aðeins veittur á fimm ára fresti?	Kröfum hafnað.
Hérð. Rvk. 7. apríl 2016 – stytting á at-vinnuleysisbótum	Var heimilt að stytta tímabil atvinnuleysisbóta gagnvart þeim sem nutu virks réttar til bóta?	Fallist á kröfur á grundvelli 72. gr. en ekki 76. gr. stjskr.
Hérð. Rvk. 30. júní 2015 – túlkapjónusta	Er fyrirkomulag túlkapjón-ustu í samræmi við stjórnar-skrá?	Brot gegn 76. gr. stjskr.
Hérð. Rvk. 27. feb. 2014 – Atila Ask-arpour	Var heimilt að neita hælis-leitanda um heilbrigðis-pjónustu?	Fallist á kröfur. Skortur á stjórnvaldsfyrirmælum.
Hérð. Rvk. 18. sept. 2015 – Lifrabólga C	Var heimilt að neita sjúklingi um lyf við lifrabólgu C?	Kröfum hafnað. Fyrirkomulag málefnalegt. Ríkið veitti þó lyfið eftir dómsuppsögu.

Pað fyrsta sem vekur athygli er að dómstólar hafna kröfum á grundvelli félagslegra réttinda í nær öllum tilvikum. Hæstiréttur hefur ekki fallist á málstáðæðu gegn ríkisvaldinu á grundvelli 1. mgr. 76. gr. stjskr. síðan árið 2000. Hvort sem mál vinnast eða tapast segja þau okkur ýmislegt um hvernig dómstólar vernda réttindi og hvaða væntingar við getum gert til dómstóla. Malcolm Langford bendir á að spurningunni um það hvort binda megi einhverjar vonir við að dómstólar verndi réttindi með framsæknun hætti verði einungis svarað með því að skoða heildarmyndina; niðurstöður einstakra mála segja

okkur kannski ekki mikið en mynstrið kann að skýrast þegar heildarmyndin er skoðuð.¹⁰⁵

Dómarnir þar sem fallist er á kröfur einstaklinga eiga það sameiginlegt að niðurstaða dómstóla hefur ekki viðtækar kerfisbreytingar í för með sér. Í dómum um túlkapjónustu og heilbrigðisþjónustu hælisleitenda var vandamálið einkum að ríkisvaldið hafði ýmist ekki sett reglur eða að settar reglur eða viðmið voru greinilega ómálefnalegar. Dómarnir eru því ekki endanlegir, nema um þau takmörkuðu tilvik sem um var fjallað. Það er lagt í hendur ríkisvaldsins að fara aftur að teikniborðinu og setja reglur um þessi mál. Í þessum málum var einnig afar takmarkaður kostnaður á ferðinni sem fallið gæti á ríkissjóð.

Þetta eru enn fremur dómar gagnvart framkvæmdarvaldinu en fjalla ekki um stjórnskipulegt gildi laga. Það hefur veruleg áhrif á valdsvið dómstóla, enda eiga rök um skort á lýðræðislegu umboði dómstóla ekki við með sama hætti gagnvart stjórnvöldum og gagnvart löggjafanum. Öll málín sem komið hafa til kasta Hæstaréttar þar sem dómstólar voru beðir um að víkja til hliðar ákvæðum í settum lögum, þ.e. beita hinu eiginlega endurskoðunarvaldi dómstóla á stjórnskipulegt gildi laga,¹⁰⁶ töpuðust. Í heraðsdóminum um styttingu tímabils atvinnuleysisbóta var fallist á að víkja lögum til hliðar en einungis á grundvelli eignarréttarákvæðis 72. gr. en ekki 76. gr. stjskr. Sá dómur hefur enn fremur það sérkenni að niðurstóðan var þróng – náði einungis til þeirra sem áttu virk réttindi – en batt ekki hendur löggjafans til lengri tíma. Það næsta sem Hæstiréttur hefur komist því beita endurskoðunarvaldinu var í *Hrd. 16. júní 2016* (768/2015) um sérstakar húsaleigubætur. Þar voru almennar reglur sveitarstjórnar, sem hefur visst lýðræðislegt umboð, talðar í andstöðu við jafnræðisreglu, en aftur var ekki minnst á 76. gr. stjskr.

Önnur mál sem töpuðust lutu ekki að stjórnskipulegu gildi laga heldur afgreiðslum stjórnvalda í einstökum málum (dómar Hæstaréttar um sólarhringsþjónustu við fatlaða, heraðsdómur um lifrabólgu C) eða lífeyrissjóða (dómur Hæstaréttar um Gildi lífeyrissjóð).

5.2 Hvaða áhrif hefur 1. mgr. 76. gr. stjskr. um rétt til aðstoðar?

Í kjölfar Öryrkjabandalagsdóms I voru höfð upp stór orð um að beiting dómstóla á félagslegum réttindum gæti leitt af sér stórvægilegar breytingar á stjórnskipuninni.¹⁰⁷ Sá spádómur hefur ekki ræst. Þótt fjöldi mála þar sem ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjskr. er boríð við hafi aukist á síðustu árum þá hefur Hæstiréttur hafnað öllum kröfunum. Í ýmsum tilvikum hefur Hæstiréttur enn fremur ekki einu sinni tekið afstöðu til ákvæðisins, þótt því sé boríð við (dómar Hæstaréttar í málum

105 Malcolm Langford: „Judicial Review in National Courts Recognition and Responsiveness“, bls. 480.

106 Umfjöllun um þetta vald er að finna t.d. í Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alpingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“ og einnig í Kári Hólmar Ragnarsson: „Lögréttur og lág ráð“.

107 Davið Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“.

um Gildi lífeyrissjóð, Söfnunarsjóð lífeyrisréttinda, sérstakar húsaleigubætur og Benedikt Bjarnason (sólarhringsaðstoð)). Hugsanlega er svarið við spurningunni um hver séu áhrif 1. mgr. 76. gr. að þau séu engin. Jafnvel má setja svarið í enn neikvæðari búning, út frá sjónarmiðum um vernd félaglegra réttinda: Einu áhrif ákvæðisins í dómum Hæstaréttar á síðustu árum hafa verið að styrkja málstað ríkisvaldsins í því að takmarka verkfallsrétt hjúkrunarfæðinga.

Hvaða skýringar eru á þessu? Fyrsti möguleikinn er auðvitað sa að dómar Hæstaréttar séu réttir, þ.e. að enn hafi ekki komið fram mál þar sem aðstæður eru nægilega alvarlegar til þess að 1. mgr. 76. gr. stjskr., að teknu tilliti til sjónarmiða um valdmörk dómstóla o.s.frv., leiði til þess að kröfur stefnanda séu teknar til greina. Þessi skýring leiðir strax af sér spurninguna: hvernig ákveðum við hvaða aðstæður séu nægilega alvarlegar? Það kann að vera að dómstólar líti hlutverk sitt gagnvart 1. mgr. 76. gr. stjskr. svo þróngum augum, m.a. í ljósi gagnrýni sem kom fram í kjölfar Öryrkjabandalagsdóms I, sbr. þær röksemdir sem raktar eru í kafla 1.2, að einungis algjörlega augljós brot á félagslegum réttindum geti leitt til þess að kröfur séu teknar til greina. Í umfjöllun um einstaka dóma í grein þessari hef ég ítrekað bent á dæmi þess að dómstólar gangi of skammt, í þeim skilningi að þeim mælikvarða sem dómstólar sjálfir hafa markað er ekki beitt í raun og veru í einstökum málum.¹⁰⁸

Nálgun Hæstaréttar á beitingu 1. mgr. 76. gr. stjskr., skv. lýsingu Hæstaréttar sjálfss, í Öryrkjabandalagsdómunum var að ákvæðið felí í sér efnislegan rétt til (i) a.m.k. lágmarksaðstoðar sem (ii) ákveðin er á málefnalegen hátt með lögum. Alpingi hefur vissulega svigrúm til mats, m.a. á grundvelli fíjarveitingarvaldsins, en eftir sem áður hafa dómstólar eftirlit með því að kröfur stjórnsarskráinnar séu uppfylltar, án þess að mæla beinlinis fyrir um hvernig útfærslan eigi að vera. Sumir dómanna sem fjallað hefur verið um beita þessum mælikvarða berum orðum, einkum *Hrd. 13. júní 2013* (61/2013) (*Sara Rafaelsdóttir*) og *Hérd. Rvk. 30. júní 2015* (*túlkapjónusta*), sem féllu hvor á sinn veginn. Í öðrum dómum hefur að mínu mati mælikvarðanum ekki verið fylgt. Í *Hrd. 15. okt. 2015* (116/2015) (*Benedikt Bjarnason*) svaraði Hæstiréttur einfaldlega ekki málstæðum um efnisréttinn, og sama má segja um *Hrd. 8. nóv. 2012* (547/2011) (*Sólheimar*). Í *Hrd. 10. mars 2016* (436/2015) (*styrkur til bifreiðakaupa*) var mælikvarðanum ekki beitt og stjórnsarskráin hafði að því er virðist engin áhrif á úrlausnina. Í *Hérd. Rvk. 7. apríl 2016* (*stytting á atvinnuleysisbótum*) (sem báðir bíða áfrýjunar) lagði heraðsdómur áherslu á spurninguna um hvort lágmarksréttindi væru vernduð, en fjallaði ekki nægilega um það hvort og þá hvers vegna fyirkomulagið sem um ræddi væri ákveðið á málefnalegen hátt. Í *Hérd. Rvk. 18. sept. 2015* (*lifrabólga C*) er enn fremur afskaplega takmörkuð umfjöllun um hvernig þessir þættir horfa við í málinu og dómarinn lítur á endanum á heimildir fjárlaga sem hina æðstu réttarheimild. Það skortir því nokkuð á að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjskr. sé beitt með samræmdum og réttum hætti miðað við þann mælikvarða sem Hæstiréttur mótaði.

108 Eða í það minnsta útskýra dómstólar ekki hvernig þeir komast að niðurstöðu um einstaka þætti.

Nýjustu dómarnir, Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016) (Dagrún Jónsdóttir) og Hrd. 1. desember 2016 (80/2016) (Salbjörg Ósk Atladóttir) benda, sbr. umfjöllun í kafla 2.1. og 2.2., hugsanlega til þess að Hæstiréttur ætti sér beinlínis að hverfa frá þessum mælikvarða og nýta 1. mgr. 76. gr. stjskr. einungis sem stefnumið um að lög og reglur skuli setja um félagsleg réttindi en dólmstólar muni ekki leggja mat á eftir heirra, nema mögulega ef jafnraði er raskað eða eignarréttindi (sem þó eru túkuð þróngt) eru skert.

Samband fjárhheimilda í fjárlögum og stjórnarskrábundinna félagslegra réttinda er enn fremur ekki ljóst af dómaframkvæmdinni. Fyrir dóm Hæstaréttar í máli Dagrúnar Jónsdóttur, Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016), má greina ákveðið ósamraemi milli dóma: Einkum virðast heraðsdómarnir um lifrabólgu C (kafla 4.2) annars vegar og túlkapjónustu (kafla 4.1) hins vegar í nokkurri andstöðu hvor við annan. Að einhverju leyti má sjá samskonar andstöðu í Hrd. 8. nóvember 2012 (547/2011) (Sólheimar), þar sem skortur á fjárhheimildum var nægileg ástæða til að hafna kröfum, og Hrd. 13. júní 2013 (61/2013) (Sara Rafaelsdóttir), sbr. Öryrkjalandalagsdóm II, þar sem tekið er fram að dólmstólar hafi endurskoðunarvald gagnvart stjórnarskrá þrátt fyrir að fjárstjórnarvaldið sé hjá Alþingi. Í Hrd. 9. febrúar 2017 (223/2016) (Dagrún Jónsdóttir) virðist Hæstiréttur síðan byggja á því að rétt sé að vísa kröfum sem lúta beinlínis að hærri fjárhæð lífeyrisgreiðslna frá domi þar sem ákvörðun um fjárhæðir sé alfarið löggjafans skv. 2. gr. stjskr.

Ég tel að unnt sé að beita umræddum mælikvarða, sem þróaður var í Öryrkjalandalagsdómum, fullum fetum án þess að dólmstólar lendi í vandræðum gagnvart valdmörkum sínum eða öðrum þeim röksemendum sem oft eru nefndar gegn því að dólmstólar dæmi um félagsleg réttindi, sbr. umfjöllun í kafla 1.2. Dómstólar stíga ekki á tær lýðræðisins með því að framfylgja kröfum um að fyrirkomuleg örorkubóta sé ákveðið með málefnalegum hætti. Þvert á móti geta dólmstólar verið lýðræðisflandi með því að hafa eftirlit með því að sjónarmið um mannréttindi, sérstaklega réttindi viðkvæmra hópa, hafi verið tekin alvarlega við lagasetningu.¹⁰⁹ Það er sannarlega Alþingis að setja lög, þ.m.t. um fjárhæðir bóta, en dólmstólum er rétt að hafa eftirlit með slíkri lagasetningu. Dómstólar geta a.m.k. litið á lagasetningarferlið og spurt t.d. þessara spurninga: Hvernig eru fjárhæðir ákveðnar? Hvaða neysluviðmið liggja þar til grundvallar? Er haft samráð við hagsmunaaðila? Lagði löggjafinn mat á það hvort mannréttindi væru tryggð með þessum fjárhæðum? Voru vægari leiðir rannsakaðar áður en réttindi voru skert?

Sú leið sem stjórnlagadómstóll Þýskalands hefur farið í málum um fjárhæð lífeyrisgreiðslna getur verið til leiðsagnar. Dómstóllinn hefur dæmt um lágmarksframfærslulifeiri í svokölluðu Hartz IV lifeyriskerfi¹¹⁰ svo og um lágmarksfram-

109 Róbert Spanó hefur fært fyrir því rök að Mannréttindadómstóllinn hafi sinnt því sem hann nefnir *qualitative, democracy-enhancing approach*, þar sem hlutverk dólmstólsins felst einkum í því að kanna gæði lagasetningar; hvort að baki löggjöf búi raunverulegt mat á þeim réttindum sem fjallað er um. Róbert Spanó: „Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity“. Sjá einnig David Landau: „A Dynamic Theory of Judicial Role“.

110 Stjórnlagadómstóll Þýskalands. dómur 9. febrúar 2010, enska þýðingu má finna hér: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109en.html

færslulifeiri til hælisleitenda¹¹¹ og hefur skipt álitaefninu í tvennt: annars vegar álitaefni um hverjar fjárhæðir greiðslna eigi að vera en hins vegar álitaefni um málsmeðferð og ákvarðanatöku, þ.e. hvernig löggjafinn eða stjórnvöld ákveður þessar fjárhæðir. Varðandi fyrra álitaefnið veitir stjórnlagadómstóllinn mikið svigrúm til mats og metur einungis hvort um augljós brot sé að ræða. Varðandi síðara álitaefnið veitir dólmstóllinn meira aðhald og metur hvort reikniaðferðir löggjafans séu í grunninn til þess fallnar að tryggja lágmarksframfærslu, hvort löggjafinn hafi tekið afstöðu til viðeigandi atvika og hvort löggjafinn hafi síðan framkvæmt sjálfa útreikningana á réttlætanlegan hátt.¹¹² Í málinu um hælisleitendur taldi dólmstóllinn fjárhæðina augljóslega ekki fullnægjandi¹¹³ en tók ekki afstöðu til þess hver fjárhæðin ætti að vera. Í Hartz IV málinu taldi dólmstóllinn að aðferðin sem löggjafinn notaði til þess að reikna út lágmarksbætur (sem tók m.a. mið af dæmigerðum útgjöldum) væri í ýmsum atriðum ekki málefnaleg. Dómstóllinn sagði því ekki beinlínis að bætur væru of lágar, heldur að löggjafinn hefði ekki beitt málefnalegum aðferðum við að ákveða fjárhæðina og þyrfi því að endurskoða viðkomandi löggjöf.¹¹⁴

5.3 Vernd félagslegra réttinda í gegnum önnur stjórnarskrárvæði, formreglur eða ákvæði almennra laga

Einn af lærðónum um af þessari dómaframkvæmd er líklega að einstaklingar sem telja á réttindum sínum brotið eiga skári möguleika til árangurs ef unnt er að setja málsástæður þeirra fram á grundvelli annarra mannréttindaákvæða stjórnarskráinnar en 1. mgr. 76. gr. Eini dómurinn sem fjallað hefur verið um í greininni þar sem Hæstiréttur hefur fallist á málatilbúnað stefnanda er dómurinn um sérstakar húsaleigubætur, en niðurstaðan byggðist einungis á jafnraðisreglu 65. gr. stjskr.¹¹⁵ Dómar á grundvelli jafnraðisreglu einnar saman eru þó í mörgum tilvikum ólíkir dóum um rétt til aðstoðar: Í málinu um sérstakar húsnæðisbætur var þannig óumdeilt að Reykjavíkurborg var ekki skyld að veita hina umdeildu aðstoð, en fyrst borgin ákvað að veita hana þá varð virk skylda

bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109en.html (hér eftir Hartz IV)

111 Stjórnlagadómstóll Þýskalands. dómur 18. júlí 2012, enska þýðingu má finna hér: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20120718_1bvl001010en.html.

112 „...whether...the legislature has selected a calculation procedure that is fundamentally suited to an assessment of the subsistence minimum, whether ... it has completely and correctly ascertained the necessary facts and, finally, whether it kept within the bounds of what is justifiable in all calculations steps with a comprehensible set of figures within this selected procedure and its structural principles.“ Hartz IV, mgr. 143.

113 Fjárhæðin hafði ekki breyst síðan árið 1903, þrátt fyrir verulegar verðlagsbreytingar, og var 35% lægri en lægstu bætur í almenna lífeyriskerfinu.

114 Umfjöllun um þessa þýsku dóma má t.d. finna í Matthias Klatt: „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance“, Ingrid Leijten: „The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection“ og Inga Winkler og Claudia Mahler: „Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socioeconomic Rights Jurisprudence“.

115 Aftur má taka fram að í sjálftum niðurstöðukafla dómsins virðist aðaláherslan lögð á jafnraðisreglu stjórnarsýslulaga en Hæstiréttur útskýrir ekki ástæður þess.

til þess að gæta jafnræðis. Slíkir dómar geta því fallið þótt dómstólar aðhyllist algjörlega formlegan skilning á jafnræðisreglu, án þess að telja að stjórnarskráin verndi efnisleg félagsleg réttindi.

Pá fél héraðsdómurinn um atvinnuleysisbætur, sem biður nú áfrýjunar, á eignarréttarákvæði 72. gr. Margt er þó óljóst um hvaða vernd 72. gr. veitir félagslegum réttindum – ekki er ljóst hvort umræddur héraðsdómur fær samrýmst hinni þróngu túlkun eignarréttarákvæðisins í máli Dagrúnar Jónsdóttur, *Hrd. 9. febrúar 2017* (223/2016), sem virðist skv. framansögðu ekki samrýmast dómaframkvæmd mannréttindadómstóls Evrópu. Þá hef ég bent á að beiting 72. gr. frekar en 1. mgr. 76. gr. stjskr., gæti leitt til mismikillar verndar félagslegra réttinda af tiltölulega handahófskenndum ástæðum.

Stundum er nefnt að sú aðferð að dæma mál á grundvelli málsmeðferðarreglna eða almennra laga, frekar en að takast á við stjórnskipuleg álitaefni, hafi kosti. Þannig geti dómstólar bætt réttarvernd einstaklinga, án þess að lenda í flóknum álitaefnum um valdmörk dómstóla o.s.frv.¹¹⁶ Slík dæmi má finna í þeiri dómaframkvæmd sem hér hefur verið fjallað um. Héraðsdómurinn í máli Atila Askarpour¹¹⁷ byggist t.d. alfarið á almennum lögum. Málsmeðferðarreglur skipta einnig miklu í einstökum málum – fallist var á málsástæður um brot á málsmeðferðarreglum í *Hrd. 29. okt. 2015* (115/2015) (*Söfnunarsjóður lífeyrisréttinda*) en slíkum sjónarmiðum var reyndar hafnað í *Hrd. 17. desember 2009* (665/2008) (*Gildi*)¹¹⁸ og *Hrd. 15. okt. 2015* (116/2015) (*Benedikt Hákon Bjarnason*). Þegar dómstólar fjalla um málsmeðferð eða túlkun almennra laga virðast ekki standa sérstök rök til þess að dómstólar veiti ríkisvaldinu sérstakt svigrúm til mats, þótt ákvarðanir séu á sviði félagslegra réttinda. Því ættu almennt að vera meiri líkur á árangri í slíkum málum. Ef stefnendur á hinn bóginn gera sér vonir um að dómsmál geti leitt til víðtækra efnislegra breytinga þá myndu slíkir sigrar á grundvelli formreglna eða almennra laga (sem lögjafinn gæti einfaldlega breytt) tæpast nægja.

6 Lokaorð

Heildarmyndin sem þessi grein hefur gefið af íslenskri dómaframkvæmd um félagsleg réttindi er í stuttu máli þessi: Hæstaréttur hefur ekki fallist á málsástæður gegn ríkisvaldinu á grundvelli 1. mgr. 76. gr. stjskr. um rétt til aðstoðar síðan í Öryrkjabandalagsdómi I árið 2000. Ekki er samræmi milli dóma hvað varðar aðferðir og mælikvarða við mat á því hvort brotið sé gegn ákvæðinu. Nýjustu dómar Hæstaréttar benda til þess að rétturinn sé gríðarlega tregur til þess að fjalla um félagsleg réttindi.

Dómstólar gætu að mínu mati byggt á þeim mælikvarða sem þróaður var í Öryrkjabandalagsdómunum, þ.e. að meta hvort (i) lágmarksréttindi séu tryggð,

116 T.d. Jeff King, *Judging Social Rights*, bls. 298-300.

117 *Hrd. Rvk. 27. febrúar 2014* (E-1759/2013) um heilbrigðisþjónustu við hælisleitanda.

118 Fallist var á málsástæður um brot á formreglum í héraði.

án þess að skilgreina endilega hver þau séu, og (ii) fyrirkomulag lögjafar sé málefnalegt, í báðum tilvikum að gættu svigrúmi lögjafans til mats, án þess að lenda í alvarlegum vandræðum gagnvart sjónarmiðum um lögmæti úrlausna dómstóla eða getu dómstóla til þess að fjalla um þessi efni.¹¹⁹ Eini dómurinn þar sem þessum mælikvarða hefur verið beitt til þess að fallast á málsástæður stefnanda¹²⁰ er héraðsdómurinn um rétt til táknmálstúlkunar en sá dómur sýnir einmitt að unnt er að fallast á kröfur um félagsleg réttindi án þess að dómstólar verði gagnrýndir fyrir.¹²¹ Dómurinn er í raun ljós í myrkru fyrir þá sem tala fyrir því að dómstólar beiti stjórnarskránni til þess að vernda félagsleg réttindi.

Meiri möguleikar virðast vera á því að fá félagsleg réttindi viðurkennd fyrir dómstólum í gegnum önnur stjórnarskrárákvæði, einkum jafnræðisreglu 65. gr.¹²² og hugsanlega eignarréttarákvæði 72. gr. en nokkuð óljóst er af forsendum dóma hvenær siðarnefnda ákvæðið á við. Nýasti dómur Hæstaréttar túlkar eignarréttarákvæðið t.a.m. þrengra á sviði lífeyrisréttinda en mannréttindadómstóll Evrópu hefur gert. Þá er ekki alveg ljóst hvaða kröfur eignarréttarákvæðið gerir, t.d. þegar réttindi eru skert með afturvirkum hætti.

Í titli þessarar greinar er spurt hvort Öryrkjabandalagsdómurinn frá árinu 2000 hafi einungis veitt baráttufólkí fyrir félagslegum réttindum falsvonir. Að verulegu leyti held ég að svo sé. Eftir að hyggja má greina einhvers konar hápunkt í dómaframkvæmd Hæstaréttar varðandi jákvæðar skyldur ríkisins í kringum árið 2000 með Öryrkjabandalagsdómunum, dóminum um rétt blinds nemanda við Háskóla Íslands,¹²³ og táknmálstúlkun kosningaumfjöllunar í Ríkisútvarpinu.¹²⁴ Allir dómarar miður sem komu að þessum málum eru nú hættir störfum.

Nýjustu dóma Hæstaréttar um 76. gr. stjskr. má hugsanlega skilja þannig að númerandi dómarar réttarins hafi hug á því að takmarka verksvið dómstóla við það að kanna (i) hvort viðeigandi lög og reglur hafi verið settar og hvort þeim hafi verið fylgt með viðeigandi málsmeðferð og (ii) hvort formlegs jafnræðis hafi verið gætt.¹²⁵ Sífellt erfiðara virðist að fá efnislega meðferð um kröfugerð varðandi félagsleg réttindi og Hæstaréttur hefur gefið í skyn að grundvallarálitaefni á þessu sviði, t.d. um sjálfa fjárhæð örorkulífeyris, falli nær alfarið utan valdsviðs dómstóla skv. 2. gr. stjskr. og þannig í raun skipað fjártjórnarvaldi lögjafans ofar stjórnskipulegum réttindum. Í þessari grein hef ég fært fyrir því rök að dómstólum sé heimilt og skylt að leggja efnislegt mat á það hvort stjórnarskrárvitin

119 Sbr. umfjöllun í kafla 1.2 um röksemdir gegn því að dómstólar dæmi um félagsleg réttindi.

120 Mælikvarðanum var beitt í öðrum dónum, m.a. *Hrd. 13. júní 2013* (61/2013) (*Sara Rafaelsdóttir*), þar sem kröfum stefnanda var hafnað.

121 Ænda ákvæð ríkið að una dóminum.

122 Sjá *Hrd. 16. júní 2016* (768/2015) (*sérstakar húsaleigubætur*).

123 *Hrd. 1999, bls. 390* (177/1998) (*blíndur nemandi*).

124 *Hrd. 1999, bls. 2015* (151/1999) (*táknmálstúlkun á RÚV*).

125 Hæstaréttur hefur kosið að fjalla ekki um málsástæður á grundvelli óbeinnar mismununar, sjá *Hrd. 13. júní 2013* (61/2013) (*Sara Rafaelsdóttir*) og umfjöllun í kafla 2.2 og erfitt er að finna visbendingar um að Hæstaréttur telji að einhvers konar efnislegt jafnræði njóti verndar í stjórnarskrá verða dregnar af þeim dónum sem hér er fjallað um, öfugt við dóm réttarins í Öryrkjabandalagsdómi I, *Hrd. 2000, bls. 4480* (125/2000), *Hrd. 1999, bls. 2015* (151/1999) (*táknmálstúlkun á RÚV*) og *Hrd. 1999, bls. 2015* (151/1999) (*táknmálstúlkun á RÚV*).

réttindi séu virt í raun og veru. Ef Hæstiréttur er að hverfa frá þessu hlutverki sínu þá er hugmyndin um lagalega vernd félagslegra réttinda samkvæmt núgildandi stjórnarskrá í verulegri hættu.

Heimildaskrá:

- „Áatak til að útrýma lifrabólgu C á Íslandi“, <http://www.landlaeknir.is/um-embaettid/frettir/frett/item27701/atak-til-ad-utryma-lifrabolgu-c-a-islandi> (7. okt. 2015).
- „Dómurinn ekki í takt við stefnu borgarinnar“. www.ruv.is (5. des. 2016).
- „Fanney fær lyfin sín í janúar“, <http://www.hringbraut.is/frettir/fanney-faer-lyfin-sin-i-januar> (5. des. 2015).
- „Fanney vill að ríkið gefi sér líf“, www.ruv.is (5. ágúst 2015).
- „Læknuð af lifrabólgu C“, www.ruv.is (22. sept. 2016).
- „Meðferðarátak gegn lifrabólgu C hafið“, <https://www.velferdarraduneyti.is/frettir-vel/nr/35457> (22. jan. 2016).
- „Reykjavíkurbréf“. *Morgunblaðið*, 4. febrúar 2001
- „Tryggja þarf rétt fatlaðs fólks tafarlaust“, www.ruv.is (2. des. 2016).
- Aðalheiður Ámundadóttir og Rachael Lorna Johnstone: „Mannréttindi í þrengingum. Akureyri 2011. Rafræn útgáfa: <http://www.humanrights.is/mannrettindi-i-threngingum>
- Aiofe Nolan, Bruce Porter and Malcolm Langford: „The Justiciability of Social and Economic Rights: An Updated Appraisal“. *CHRGJ Working Paper* nr. 15, 16. júlí 2009. Aðgengilegt á https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434944.
- Aoife Nolan, Nicholas J. Lusiani og Christian Courtis: „Two steps forward, no steps back? Evolving criteria on the prohibition of retrogression in economic and social rights“. *Economic and Social Rights After the Global Financial Crisis*. Ritstj. Aoife Nolan. Cambridge 2014, bls. 121-145.
- Alicia Ely Yamin og Fiona Lander: „Implementing a Circle of Accountability: A Proposed Framework for Judiciaries and Other Actors in Enforcing Health-Related Rights“. *Journal of Human Rights*, 14. árg. 2015, bls. 312-333.
- Ástráður Haraldsson: „Forsetabréf“. *Morgunblaðið*, 25. jan. 2001
- Ben Saul, David Kinley, og Jacqueline Mowbray: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Commentary, Cases, and Materials*. Oxford, 2014.
- Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2001, bls. 75-105.
- Björg Thorarensen: „Dómstólaeftirlit með Alþingi: Breytt valdahlutföll í stjórnskipuninni“. *Stjórnmál og stjórnsýsla*, 12. árg. 2016, bls. 23-46.
- Björg Thorarensen: *Stjórnskiparréttur – Mannréttindi*. Reykjavík 2008.
- Bruce Porter: „A Right to Health Care in Canada: Only if You Can Pay for It“. *ESR Review*, 6. árg. 2005, bls. 8- 12.
- Christian Courtis: „Argentina, Some Promising Signs“. *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Ritstj. Malcolm Langford. Cambridge, 2008, bls. 163-181.
- David Landau: „A Dynamic Theory of Judicial Role“. *Boston College Law Review*, 55. árg. 2014, bls. 1501-1561.
- David Landau: „The Reality of Social Rights Enforcement“. *Harvard International Law Review*, 53. árg. 2012, bls. 189-247.
- Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. tbl. 2002, bls. 7-14.

- Dóra Guðmundsdóttir: „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárvarin réttindi“. *Guðrúnarbók: afmælisrit til heiðurs Guðrúnú Erlendsdóttur 3. maí 2006*. Ritstj. Pétur Kr. Hafstein o.fl. Reykjavík 2006, bls. 133-158.
- Duncan Kennedy: „The Stakes of Law, or Hale and Foucault!“. *Legal Studies Forum*, 15. árg. 1991, bls. 327-366.
- Elín Ósk Helgadóttir: „Jafnraeðisreglur: í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákvarðanir.“ *Tímarit lögfræðinga*, 63. árg. 2013, bls. 281-337.
- Elín Ósk Helgadóttir: „Réttmætisregla stjórnsluréttar og samsplil hennar við jafnraeðisreglu – í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákvarðanir“. *Tímarit lögfræðinga*, 66. árg. 2016, bls. 129-187.
- Ernst-Ulrich Petersmann: „Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration“. *European Journal of International Law*, 13. árg. 2002, bls. 621-650.
- Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Ritstj. Daphne Barak-Erez og Ayeal M.Gross. Oxford/Portland, 2007.
- Felix Cohen: „Transcendental Nonsense and the Functional Approach“. *Columbia Law Review*, 35. árg. bls. 809-849.
- Helgi Áss Grétarsson: „Eru atvinnuleysisbætur eign í skilningi eignarréttarákvæðis íslensku stjórnarskrárinna?“ (ágrip) *Rannsóknir í félagsvísindum XVII*. Ágrip erinda flutt á ráðstefnu í október 2016. Reykjavík 2016, bls. 111.
- Ida Elisabeth Koch: *Human rights as indivisible rights : the protection of socio-economic demands under the European Convention on Human Rights*. Leiden/Boston, 2009.
- Inga Winkler og Claudia Mahler: „Interpreting the Right to a Dignified Minimum Existence: A New Era in German Socioeconomic Rights Jurisprudence“. *Human Rights Law Review*, 13. árg. 2013, bls. 388-401.
- Ingrid Leijten: „From Stec to Valkov: Possessions and Margins in the Social Security Case Law of the European Court of Human Rights“. *Human Rights Law Review*, 13. árg. 2013, bls. 309-349.
- Ingrid Leijten: „The German Right to an Existenzminimum, Human Dignity, and the Possibility of Minimum Core Socioeconomic Rights Protection“. *German Law Journal*, 16. árg. 2015, bls. 23-48.
- International Commission of Jurists: „Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights: Comparative experiences of justiciability“. 2008, *Human Rights and Rule of Law Series No. 2*, 2008 (höfundur Christian Courtis).
- Jeff King: *Judging Social Rights*. Cambridge, 2012.
- Jeremy Waldron: „The Core of the Case Against Judicial Review“. *Yale Law Journal*, 115. árg. 2006, bls. 1346-1406.
- Jo M. Pasqualucci: „The Right to a Dignified Life (Vida Digna): The Integration of Economic and Social Rights with Civil and Political Rights in the Inter-American Human Rights System“. *Hastings International and Comparative Law Review*, 31. árg. 2008, bls. 1-32.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“. *Úlfjótur*, 2. tbl. 2002, bls. 217-225.
- Judicial Protection of Economic, Social, and Cultural Rights: Cases and Materials*. Ritstj. Bertrand G. Ramcharan. Leiden/Boston, 2005.
- Justiciability of Economic and Social Rights : Experiences from Domestic Systems*, Ritstj. Fons Coomans. Antwerpen/Oxford, 2006.
- Katherine G. Young: *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford 2012.
- Kári Hólmar Ragnarsson: „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“. *Úlfjótur*, 62. árg. 2009, bls. 495-591.

- Kári Hólmar Ragnarsson: „Lögréttur og lagaráð- nýjungrar í endurskoðun á því hvort lög og lagafrumvörp samrýmast stjórnarskrá samkvæmt tillögum Stjórnlagaráðs“. *Tímarit lögfræðinga*, 66. árg. 2016, bls. 227-270.
- Linda Blöndal: „Stefnir íslenskra ríkinu: Synjað um nauðsynleg lyf við lifrabólgu C vegna fjárskorts“ www.visir.is (5. júlí 2015).
- Lon Fuller: „The Forms and Limits of Adjudication“. *Harvard Law Review*, 92. árg. (1978-1979), bls. 353- 409.
- Malcolm Langford: „Judicial Review in National Courts Recognition and Responsiveness“. *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law*. Ritstj. Eibe Riedel, Gilles Giacca og Christophe Golay. Oxford 2014, bls. 417-447.
- Mark Tushnet: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, 2008.
- Mashhood A. Baderin og Robert McCorquodale: „The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development“. *Economic, social and cultural rights in action*. Ritstj. Mashhood A. Baderin og Robert McCorquodale. Oxford 2007, bls. 3-24.
- Matthias Klatt: „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance“. *International Journal of Constitutional Law*, 13. árg. 2015, bls. 354-382.
- Mathias Möschel: „The Strasbourg Court and Indirect Race Discrimination: Going Beyond the Education Domain“. *The Modern Law Review*, 80. árg. 2017, bls. 121-133.
- Mohsen al Attar og Ciaron Murnane: „The Place of Capitalism in Pursuit of Human Rights in Globalized Relationships of States“. *Globalization, International Law, and Human Rights* Ritstj. Jeffery F. Addicott, Md Jahid Hossain Bhuiyan, og Tareq M.R. Chowdhury. Oxford 2011, bls. 197-224.
- Morgunblaðið, „Bréfaskipti forseta Alþingis og Hæstaréttar,“ 24. janúar 2001.
- Octavio L.M.. Ferraz: „Harming the Poor through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil“. *Texas Law Review*, 89. árg. 2011, bls. 1643-1668.
- Paul O'Connell: „The Death of Socio-Economic Rights“. *The Modern Law Review*, 74. árg. 2011, bls. 532-554 .
- Philip Alston: „Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann“. *European Journal of International Law*, 13. árg. 2002, bls. 815-844.
- Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*. Ritstj. Koen De Feyter og Felipe Gómez Isa. Antwerp/Oxford, 2005.
- Ragnar Áðalsteinsson: „The Right to Adequate Judicial Reasoning“. *Making Peoples Heard: Essays on Human Rights in Honour of Guðmundur Alfredsson*. Ritstj. Asbjørn Eide, Jakob Th. Möller and Ineta Ziemele. Leiden/Boston, 2011.
- Ragnar Áðalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi? Efnahags- og félagsréttindi fyrir dómstólum“. *Afmælisrit. Jónatan Þórmundsson sjötugur*. Ritstj. Ragnheiður Bragadóttir. Reykjavík 2007, bls. 409-441.
- Ragnar Áðalsteinsson: „Um eyðileggingu stjórnarskráinnar“, www.visir.is (27. okt. 2016).
- Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“. *Úlfþjótur*, 1. tbl. 2002, bls. 97-110.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Nonproblematic Judicial Review: A Case Study“. *International Journal of Constitutional Law*, 9. árg. 2011, bls. 532-547.
- Ronald Dworkin: „Hard Cases“. *Harvard Law Review*, 88. árg. 1975, bls. 1057-1109
- Rosalind Dixon: „Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited“. *International Journal of Constitutional Law*, 5. árg. 2007, bls. 391-418.
- Róbert Spanó: „Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity“. *Human Rights Law Review*, 14. árg. 2014, bls. 487-502.
- Sandra Liebenberg: *Socio-Economic Rights: Adjudication under a Transformative Constitution*. Claremont, S-Afríka 2010.
- Sigurður Líndal: „Um lagasetningavald dómstóla“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 2002, bls. 101- 128.
- Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Ritstj. Malcolm Langford. Cambridge, 2008.
- Svandís Nína Jónsdóttir: „Samræmi laga og stjórnarskrár: Afstaða íslenskra fræðimanna til úrskurðarvalds dómstóla“. *Stjórnmál og stjórnsýsla*, 1. árg. 2005, bls. 81-106.
- Velferðarráðuneyti: Neysluviðmið fyrir íslensk heimili. Febrúar 2011.
- Velferðarráðuneytið: Skýrsla nefndar um endurskoðun laga um almannatryggingar. Febrúar 2016.
- Verkefnistjórn um endurskoðun almannatrygginga: Nýskipan almannatrygginga. Tilögur um breytingar á lífeyriskerfinu. Skýrsla til félags- og tryggingamálaráðherra. Október 2009.
- Viktoría Hermannsdóttir: „Fær ekki nauðsynleg lyf til að ná bata af lifrabólgu C“, www.visir.is (10. júní 2015).
- Porbjörn Þórðarson: „Eyðilegging“, www.visir.is (25. okt 2016).
- Pórunn Elísabet Bogadóttir: „Heilbrigðisþjónusta á Íslandi ekki sambærileg við Norðurlöndin lengur“, www.kjarninn.is (21. júlí 2015).