

tvang og makt m.v. overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming. Rundskriv I-41/98. Ósló 1998.

Vennemose Buss, Dorthe: *Dementes retsstilling*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999.
Vilhjálmur Árnason: „Sjálfræði í aðstæðum aldraðra.“ Grein í *Sjálfræði og aldraðir*. Ritróð Siðfræðistofnunar. *Siðfræði og samtími*. Reykjavík 2004.

Alþjóðasamningar

Alþjóðasamningur um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi. Stjórnartíðindi C 10/1979, C 11/1991 og 28/1993.

Mannréttindayfirlýsing Sameinuðu þjóðanna. Samþykkt á allsherjarþingi Sameinuðu þjóðanna 10. desember 1948 með samþykkt 217 A(III).

Samningur um vernd mannréttinda og mannlegrar reisnar við hagnýtingu líffræði og læknisfræði: Samningur um mannréttindi og líflæknisfræði. Stjórnartíðindi C 54/2004.

Samningur um verndun mannréttinda og mannfrelsis (Mannréttindasáttmáli Evrópu). Stjórnartíðindi A 11/1954 og C 58/1958, 17/1967, 6/1987, 39/1991, 19/1995, 20/1995 og 23/1998.

Frumvörp til laga

Frumvarp til stjórnskipunarlaga. Lagt fram á 118. löggjafarþingi. Mál nr. 297. Skjal nr. 389.
Frumvarp til lögræðis laga. Lagt fram á 121. löggjafarþingi. 410. mál. Skjal nr. 707.

Lagaskrá

Almenn hegningarlög nr. 19/1940.

Lög um almannatryggingar nr. 117/1993.

Lög um málefni aldraðra nr. 125/1999.

Lög um persónuvernd og meðferð persónuupplýsinga nr. 77/2000.

Lög um réttindi sjúklinga nr. 74/1997.

Lögræðislög nr. 71/1997.

Stjórnskipunarlög nr. 33/1944.

Dómur Hæstaréttar í máli nr. 298/1999 frá 11. október 1999.

Álit umboðsmanns Alþingis:

Mál nr. 627/1992

Mál nr. 928/1993

Mál nr. 1084/1994

Mál nr. 3513/2002

STJÓRNARSKRÁRBUNDNAR MEGINREGLUR OG STJÓRNARSKRÁR- VARIN RÉTTINDI

1. Inngangur

ÖRYRKJABANDALAGSDÓMARNIR svokölluðu hafa valdið meiri deilum og fræðiskrifum hérlandis en venjan er um dóma Hæstaréttar. Þó að mikið hafi verið fjallað um dómanna ætla ég að bæta við þá umfjöllun og leitast við að nota kenningu um stjórnarskrárvarin réttindi til að túlka dómanna. Þótt nokkuð hafi borið á umræðu um valdmörk löggjafa og dómstóla í umfjöllun um dómanna mun ég lítið fjalla um það álitafni. Eins og Ragnhildur Helgadóttir hefur bent á verður ólík niðurstaða meirihluta og minnihluta Hæstaréttar í fyrra málinu ekki skýrð með því að minnihlutinn hafi byggt á öðrum sjónarmiðum um valdmörk-dómstóla og löggjafa, en fremur á því að dómara hafi greint á um inntak ákvæða stjórnarskrárinnar.¹ Sú niðurstaða er, út af fyrir sig, allrar athygli verð og getur stutt þá tillögu að tímaþætt sé að fjalla meira um túlkun stjórnarskrárákvæða en formleg atriði um valdmörk löggjafa og dómstóla við beitingu og fyllingu þeirra.

2. Öryrkjabandalagsdómarnir

Öryrkjabandalagsdómarnir fjölluðu um lögmæti þess að skerða tekju-tryggingu örorkulífeyrisþega vegna tekna maka. Í fyrra málinu² reyndi á það álitafni hvort ákvæði 2. mgr. 4. gr. reglugerðar nr. 485/1995, sem mælti fyrir um að tekjutryggingu örorkulífeyrisþega mætti skerða vegna tekna maka, hefði næga stöð í lögum nr. 117/1993 um almannatryggingar. Eftir að þeim lögum var breytt og tekin upp í 5. mgr. 17. gr. laganna heimild til slíkrar skerðingar, beindist viðurkenningarkrafa Öryrkjabanda-

¹ Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns ...“, 101–102. Sjá einnig Pál Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 16.

² Mál nr. 125/2000, Tryggingastofnun ríkisins gegn Öryrkjabandalagi Íslands og gagnsök (H 2000:4480).

lagsins að því að lagaákvæðið bryti gegn ákvæðum stjórnarskrár um jafnrétti og stjórnarskrárverndaðan rétt til aðstoðar vegna örorku.³ Það er einngöngu síðara álitæfnið, um það hvort lögin samrýmdust ákvæðum stjórnarskrár, sem ég fjalla um hér. Í síðara málinu⁴ reyndi á frekari skýringu á dómi Hæstaréttar í fyrra málinu og staðfesti Hæstiréttur, skipaður sjö dómurum, fyrri Öryrkjabandalagsdóminn, sem leiddi til þess að fallist var á kröfu stefnanda um að Tryggingastofnun ríkisins skyldi greiða það sem vantaði upp á fulla tekjutryggingu á árunum 1999 og 2000. Krafa um greiðslu fullrar tekjutryggingar fyrir árin 1994–1996 var talin fyrnd og ekki var gerð krafa um greiðslu óskertrar tekjutryggingar fyrir tímabilið eftir gildistöku laga nr. 3/2001. Þau lög mæltu fyrir um það að ef 2/3 hlutar af tekjum þess hjóna sem nýtur örorkulífeyris væru lægri en 300.000 kr. á ári skyldi aldrei greiða lægri tekjutryggingu en svo að þessu marki væri náð, sem í raun var ætlað að leiða til þess að öryrki í hjúskap hefði til eigin framfærslu 43.424 kr. á mánuði (reiknað sem lágmark tekjutryggingar að viðbættum eigin tekjum og grunnlífeyri).

Eins og kunnugt er klofnaði Hæstiréttur við úrlausn fyrra málsins. Meirihluti Hæstaréttar komst að þeirri niðurstöðu að Tryggingastofnun ríkisins hefði verið óheimilt að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap frá 1. janúar 1999 með þeim hætti sem gert var. Taldi Hæstiréttur að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar yrði að skýra með hliðsjón á ákvæðum alþjóðasamninga sem ríkið hefur samþykkt og skýrði ákvæði 76. gr. stjórnarskrárinnar svo að það mæli fyrir um að *tryggður skuli réttur sérhvers einstaklings til a.m.k. einhversrar lágmarksframfærslu, eftir fyrirframgefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegan hátt*. Meirihluti Hæstaréttar tók fram að það væri, samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar, hlutverk löggjafans að ákveða frekari útfærslu þessa skipulags, en skipulagið sjálft og útfærsla þess yrði þó að fullnægja ákvæðum stjórnarskrárinnar, m.a. ákvæðum 65. gr. um að hver einstaklingur njóti jafnréttis á við aðra og almennra mannréttinda.

³ Ákvæði 5. mgr. 17. gr., sbr. 1. gr. laga nr. 149/1998, hljóðaði svo: „Nú nýtur aðeins annað hjóna örorkulífeyris og sameiginlegar tekjur þeirra hjóna eru ekki hærri en 1.086.048 kr. á ári og skal þá greiða tekjutryggingu til viðbótar lífeyri þess að upphæð 356.965 kr. á ári. Hafi hjón hins vegar tekjur umfram 1.086.048 kr. á ári skal skerða tekjutrygginguna um 45% þeirra tekna sem umfram eru.“ Málsástæður um ósamræmi ákvæðanna við ákvæði stjórnarskrár koma fram með framangreindum hætti í kröfugerð fyrir héraðsdómi.

⁴ Mál nr. 549/2002, Ingibjörg Gunnarsdóttir gegn Tryggingastofnun ríkisins (*H 2003: 3411*).

Minnihluti Hæstaréttar komst að þeirri niðurstöðu að það væri verkefni löggjafans — en ekki dómstóla — að kveða á um inntak opinberrar aðstoðar við öryrkja. Taldi minnihlutinn að það væri málefnalegt löggjafarviðhorf að taka tillit til félagslegrar stöðu öryrkja, þ.m.t. hjúskaparstöðu, og að löggjafinn væri bær að meta hvernig taka bæri mið af tekjum maka þegar aðstoð til þeirra væri ákveðin. Féllst minnihlutinn ekki á að sýnt hefði verið fram á að staða öryrkja í hjúskap gæti, vegna tekna maka, orðið þannig að stjórnarskrárvarinn réttur þeirra til samhjálp var fyrir borð borinn.

3. Fræðilegur ágreiningur

Í fræðilegri umfjöllun um dóminn hefur einkum verið fjallað um það, með einum eða öðrum hætti, hvort rétt hafi verið af Hæstarétti að ákveða efni þeirra réttinda sem felast í 76. gr. stjórnarskrárinnar. Annars vegar er fjallað um formleg valdmörk löggjafa og dómstóla við túlkun og fyllingu stjórnarskrárákvæða sem viðurkennd séu í íslenskum rétti.⁵ Hins vegar snýr umfjöllunin að því að ákvæði sem tryggja svokölluð efnahagsleg og félagsleg réttindi (eins og réttinn til lágmarksframfærslu) séu opin ákvæði, *leiðbeiningarreglur* eða *visireglur* sem löggjafinn þurfi að útfæra og gefa inntak. Slík ákvæði séu ekki til þess fallin að veita efnisleg réttindi sem byggja má á fyrir dómi.⁶ Loks hefur nokkuð verið fjallað um það hvaða hlutverki jafnræðisregla 65. gr. stjórnarskrárinnar gegndi í rökstuðningi meirihluta Hæstaréttar í fyrra málinu. Telja sumir að reglan hafi (réttilega eða ekki) haft úrslitaáhrif á niðurstöðu⁷ en aðrir að erfitt sé að sjá hver áhrif jafnræðisreglan hafði þegar búið var að slá því föstu að hin umdeilda löggjöf bryti gegn þeim lágmarksréttindum sem varin eru í 76. gr. stjórnarskrárinnar.⁸

⁵ Sjá einkum Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“, 224–225. Sjá einnig Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi ...“ og Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns ...“. Eins og Ragnhildur Helgadóttir bendir á eru ekki öll kurl komin til grafar um afstöðu dómstóla til þessa hlutverks. Þá hefur ekki verið fjallað um það ítarlega í íslenskum stjórnskipunarrétti hversu viðtækar heimildir dómstólar hafa, þótt óumdeilt sé nú að dómstólar fari með þessar heimildir.

⁶ Sjá umfjöllun Bjargar Thorarensen um fræðileg sjónarmið um efnahagsleg og félagsleg (mann)réttindi, áður nefnd grein, 78.

⁷ Sjá einkum Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“, 224.

⁸ Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi ...“, 100.

Um hlutverk dómstóla við túlkun stjórnarskrárákvæða verður látið við það sitja hér að minna á að það að ákveða hvaða réttindi — og skyldur — felast í tilteknum réttarheimildum er meginuppistaðan í hlutverki dómara. Ekki er aðeins um það að ræða að ákvarða hvort tiltekið ákvæði sem veitir réttindi eigi við um tiltekin málsatvik. Það er einnig hlutverk þess sem túlkar lög að slá því föstu hvort tiltekin ákvæði veiti einstaklingsbundin réttindi.⁹ Þegar um stjórnarskrárbundin viðmið er að ræða, eru erfiðleikarnir vel þekktir, enda þótt ákvæði stjórnarskrár, einkum þau er lúta að mannréttindum, séu oft því marki brennd að veita einstaklingsbundin réttindi sem vega verður á móti almannahagsmunum.¹⁰ Þegar um ákvæði er að ræða sem taka mið af sívaxandi alþjóðlegum skuldbindingum ríkisins vandast málið enn. Öll þessi atriði koma til skoðunar í umfjöllun um Örkjabandalagsdóma Hæstaréttar.

Eins og rakið verður hér á eftir er ljóst af niðurstöðu Hæstaréttar í báðum framangreindum dómum að 1. mgr. 76. gr. veitir réttindi sem byggja má á fyrir dómi.¹¹ Ef til vill má segja að hér sé um að ræða nýjung í íslenskum rétti¹² eða a.m.k. að ekki hafi reynt á það fyrir í íslenskri dómfrákvæmd hvort réttindi fælust í greininni.¹³ Ég mun leitast við að túlka niðurstöðu Hæstaréttar og halda því fram að rökin sem færð eru fram fyrir niðurstöðu meirihlutans séu bæði tæk og efnislega sannfærandi og að við túlkun á efnisinntaki 76. gr. stjórnarskrárinnar sé stuðst við stjórnarskrárbundna jafnræðisreglu sem kemur fram í 65. gr. stjórnarskrárinnar. Þá er

⁹ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 112. Þetta álitæfni kemur oft upp í sambandi við álitæfni í Evrópurétti, þar sem stundum er talað um endurvarp (e. reflex-rights) í þeirri merkingu að ákvæði sem mæla fyrir um viðskiptahindranir veiti einstaklingum strangt til tekið ekki réttindi en að einstaklingar geti notið áhrifa ákvæðanna. Dómstóll Evrópubandalaganna hefur þó leitast við að nota hugtökin réttindi í þessu sambandi, m.a. fyrir tilstilli kenningarinnar um bein réttaráhrif.

¹⁰ Ekki er svigrúm til að fjalla um kenningar um túlkun stjórnarskrárákvæða en hér verður að vísa til almennra rita, s.s. eftir Gunnar G. Schram: *Stjórnskipun Íslands* og Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*, VIII. kafli. Sjá einnig Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns ...“, 104–107.

¹¹ Hér má aftur vísa til orðalags í úrlausn bæði meirihluta og minnihluta dómans um það að ákvæði 1. mgr. 76 gr. stjórnarskrárinnar mæli fyrir um rétt eða réttindi. Minnihlutinn talar um „stjórnarskrárvarinn rétt“ til samhlýðis, bls. 4493. Meirihlutinn talar um að skylt sé að tryggja að lögum „rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu“, bls. 4487.

¹² Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns ...“, 103.

¹³ Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi ...“, 83.

við túlkun beggja stjórnarskrárákvæða stuðst við ákvæði alþjóðlegra samninga sem íslenska ríkið hefur fullgilt.

Rétt er að taka fram, að bæði meirihluti og minnihluti fylgja hefðbundinni aðferðafræði, ef svo má segja, við úrlausn ágreinings um það hvort umrædd lagaregla brýtur gegn ákvæðum stjórnarskrár. Með hefðbundinni aðferðafræði á ég við það að gert er ráð fyrir að mannréttindaákvæði stjórnarskrárinnar séu meginreglur, jafnvel vísireglur; og að samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar sé það í valdi almenna löggjafans að útfæra inntak meginreglunnar.¹⁴ Þótt löggjafinn hafi vald til að útfæra inntak stjórnarskrárákvæðis og hafi að einhverju leyti frjálsar hendur um það, er almenni löggjafinn bundinn af ákvæðum stjórnarskrár og meginreglum stjórnskipunarréttar, þ.á m. lögætisreglu og jafnræðisreglu.¹⁵

4. Dómur Hæstaréttar 19. desember 2000

Það eru einkum þrjú atriði sem greina túlkun meirihlutans frá túlkun minnihlutans og sem ræða má með vísan til þess hversu flókin ákvæði stjórnarskrárbundnar meginreglur eru. Í fyrsta lagi túlkar meirihluti Hæstaréttar 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar þannig að ákvæðið mæli fyrir um réttindi. Inntak þeirra réttinda verður ekki lesið út úr ákvæðinu, eins og stafur á bók, en því má slá föstu með túlkun. Við túlkun ákvæðisins koma til álita meginreglur stjórnarskrárinnar, bæði meginreglan um rétt til aðstoðar, og almenn og sérstök jafnræðisregla stjórnarskrárinnar. Í umfjöllun um þetta mun ég, þar sem við á, styðjast við kenningu Roberts Alexy um stjórnarskrárvarinn réttindi en kenningu hans er ætlað að vera almenn kenning um stjórnarskrárvarinn réttindi.¹⁶

Í öðru lagi styðst meirihluti Hæstaréttar við efnislega jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar og túlkar hana svo að í henni felist ekki aðeins bann við mismunun heldur jákvæð skylda ríkisins til að ábyrgjast að allir menn njóti jafnrar og raunhæfrar verndar gegn mismunun. Við túlkun 65. gr. stjórnarskrárinnar er, með sama hætti og við túlkun á 1. mgr. 76. gr., stuðst við ákvæði alþjóðlegra samninga. Ég fjalla því stuttlega um það efni. Ef

¹⁴ Sjá úrlausn meirihluta Hæstaréttar, bls. 4487, og álit minnihluta, bls. 4493.

¹⁵ Þetta kemur fram bæði í meirihlutaálit (bls. 4487–4488) og minnihlutaálit (bls. 4493) og er ekki umdeilt.

¹⁶ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Kenningin er byggð á þýskum stjórnskipunarrétti, en er nægilega almenn (og er ætlað að vera nægilega almenn) til þess að hafa gildi við umræðu um stjórnarskrárvarinn réttindi í öðrum réttarkerfum.

rök dregin frá jafnræðisreglu hafa áhrif á niðurstöðu minnihlutans, eru það í öllu falli rök dregin frá formlegri jafnræðisreglu en óljóst er af álit minnihlutans hvort svo er.

Loks er sá munur á úrlausn meirihluta og minnihluta að minnihlutinn tekur þá afstöðu — eftir að hafa túlkað 76. gr. stjórnarskrárinnar — að ekki séu efni til að hagga því mati löggjafans að rétt sé að taka tillit til tekna maka þegar tekjutrygging örorkulífeyrisþega er ákvörðuð. Meirihlutinn komst, eins og kunnugt er, að öndverðri niðurstöðu.

4.1. Einstaklingsbundin réttindi

Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar er orðað svo, eftir breytingu með 14. gr. laga nr. 97/1995:

Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna [...] örorku [...].¹⁷

Orðalag greinarinnar veitir ekki ótvírætt svar við því hvort *réttur til aðstoðar* felur í sér einstaklingsbundin réttindi, eða hvort fyrirmælin um að slíkur réttur skuli *tryggður í lögum* leiði til þeirrar niðurstöðu að um vísi-reglu sé að ræða. Sama má segja um 2. og 3. mgr. greinarinnar sem mæla fyrir um að réttur til menntunar og viðunandi vernd barna verði tryggð í lögum. Hér getur því verið gagnlegt að líta á hvað felst í hugtökunum „réttur“ og „réttindi“, svo og hvaða vandkvæði eru á því að komast að þeirri niðurstöðu að félagsleg réttindi — eins og þau eru oft kölluð — séu réttindi.¹⁸

Hugtakið (*efnisleg*) *réttindi*¹⁹ er með flóknari hugtökum lögfræðinnar og það þó að við tölum aðeins um þá „réttarstöðu“ sem leiðir af réttindunum.²⁰ Í réttarstöðu getur falist

- 1) að einstaklingur (eða stofnun) eigi rétt til einhvers á hendur einhverjum sem þá ber samsvarandi skylda til athafna. Athöfnin getur verið neikvæð eða jákvæð, þ.e. aðgerðaleysi eða aðgerð.

¹⁷ Í 2. mgr. segir: „Öllum skal tryggður í lögum réttur til almennrar menntunar og fræðslu við sitt hæfi.“ Í 3. mgr. segir: „Börnum skal tryggð í lögum sú vernd og umönnun sem vel ferð þeirra krefst.“

¹⁸ Í íslenskum rétti eru hugtökin „réttur“ og „réttindi“ að hluta til notuð í sömu merkingu en hugtakið „réttindi“ er þrengra og er skilgreint sem „þær heimildir sem réttarreglur veita mönnum“. Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*, 349. Þessari hugtakanotkun verður fylgt hér.

¹⁹ Á ensku „subjective right“.

- 2) að einstaklingi beri frelsi til einhvers, t.d. að tjá skoðun sína og
- 3) að einstaklingur (eða stofnun) hafi vald (heimild) til einhvers. Hér getur verið um að ræða valdbærni, heimild, hæfi o.þ.h.

Hér fjöllum við aðeins um fyrsta möguleikann, þ.e. rétt einhvers á hendur einhverjum öðrum, þar sem það er ljóst að ákvæði 1. mgr. 76. gr. mælir fyrir um slíka réttarstöðu. Skylda ríkisins felst í að veita þá aðstoð og skiptir þar ekki máli um skilgreiningu þessa réttar sem réttinda að 1. mgr. 76. gr. mælir fyrir um að öllum sem þess þurfa skuli *í lögum* tryggður réttur til aðstoðar. Þótt greina megi á milli kröfu til raunverulegrar aðgerðar (s.s. greiðslu tiltekinnar fjárhæðar) annars vegar og kröfu um að tiltekna reglur skuli settar (t.d. að ríkið skuli sjá til þess með löggjöf að ekki sé mismunað á grundvelli kynferðis eða kynþáttar) hins vegar, breytir það engu um eðli réttinda til raunverulegrar aðgerðar að mælt sé fyrir um að þau skuli nánar útfærð í lögum.²¹ Fjárhagsleg aðstoð við öryrkja er í þessu tilviki raunveruleg aðgerð. Það að einstaklingur, sem þess þarf, eigi rétt á aðstoð ríkisins vegna örorku felur því í sér einstaklingsbundin rétt til aðstoðar og samsvarandi skyldu ríkisins.

Það er þó rétt að taka fram að réttur einstaklinga til jákvæðra aðgerða ríkisins — eða krafa þeirra á hendur ríkinu — er vissulega eitt umdeildasta efnið í stjórnlagafraeðum og stjórnmálaheimspeki og þó að við höfum komist að því að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar geti mælt fyrir um réttindi einstaklings til aðstoðar vegna örorku, er ekki þar með sagt að öll félagsleg réttindi veiti einstaklingsbundin réttindi.²² Alexy fjallar ítarlega um réttinn til jákvæðra aðgerða ríkisins og er ekki ástæða til að fjalla frekar um það hér nema hvað sjálfsagt er að ítreka að krafa einstaklings á hendur ríkinu getur verið af ýmsum toga. Í kröfu einstaklings á hendur ríkinu getur falist krafa um vernd, krafa um málsmeðferð og skipulag²³ og í

²⁰ „Réttarstaða“ er e.t.v. ekki besta þýðingin á „legal positions“ þar sem það hugtak er rýmra í íslensku lagamáli. Það verður þó notað hér um þennan þátt hugtaksins „réttindi“. Hér verður að hafa í huga að „réttarstaða“ í þessari merkingu getur einnig vísað til röksemda fyrir réttindum annars vegar og fullnuðu þeirra hins vegar. Margir eru þeirrar skoðunar að ekki sé hægt að tala um réttindi nema hægt sé að fullnægja þeim með einhverjum hætti (sjá frekar Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 117). Það er hins vegar réttara — og skýrara — að greina hér á milli og fjalla aðeins um inntak réttindanna sem réttarstöðu.

²¹ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 126–127 og 334 o.áfr.

²² Sjá Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, kafli 9.

²³ Sjá neðanmálsgrein 31 hér á eftir.

þriðja lagi krafa um tiltekin gæði, sem einstaklingur gæti veitt, en krafan beinist að ríkinu. Í þessu tilviki er um stjórnarskrárvarin félagsleg réttindi að ræða í þrengri merkingu.²⁴ Slík réttindi geta sömuleiðis verið af ýms-um toga, þ.e. allt frá stefnuyfirlýsingum til þess að mæla fyrir um einstaklingsbundin réttindi sem eru bindandi í þeim skilningi að þeim má framfylgja með dómi. Þessum tveimur atriðum, þ.e.a.s. að ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar fælu í sér einstaklingsbundin réttindi, sem framfylgja má fyrir dómi, sló meirihluti Hæstaréttar föstum, eins og sjá má af niðurstöðu dómsins um að „óheimilt hafi verið að skerða tekjutryggingu örorkulífeyrisþega í hjúskap frá 1. janúar 1999 á þann hátt sem gert [var] í 5. mgr. 17. gr. laga nr. 117/1993 [...]“.

En þó að um einstaklingsbundin réttindi til aðstoðar vegna örorku sé að ræða, gefur það ekki til kynna nákvæmlega hvert efnis réttinda er. Að þessu hefur gagnrýni fræðimanna beinst í umfjöllun þeirra um niðurstöðu meirihluta Hæstaréttar og um þá réttaróvissu sem fylgdi í kjölfarið og leiddi til málshöfðunar í síðara málinu.²⁵ Í því máli var farið fram á greiðslu óskertra örorkubóta árin 1994–1996 annars vegar og árin 1999–2000 hins vegar, en á síðarnefnda tímabilinu hafði tekjutrygging verið skert á nýjan hátt, með lögum nr. 3/2001. Taldi Hæstiréttur að þeirri skerðingu yrði ekki beitt afturvirk, þar sem örorkulífeyrisþegar hefðu átt kröfu á óskertri tekjutryggingu, í samræmi við dóm Hæstaréttar í *H 2000: 4480*, allt þar til hin nýju lög tóku gildi.

4.2. Uppbygging stjórnarskrárákvæða — stjórnarskrárbundnar meginreglur

Áður en við fjöllum frekar um rökstuðning meirihluta Hæstaréttar er rétt að fjalla nánar um inntak og uppbyggingu stjórnarskrárvarinna réttinda. Ef við styðjumst áfram við kenningu Alexys um stjórnarskrárvarin réttindi er alltaf hægt að leiða stjórnarskrárvarin réttindi²⁶ af ákvæði sem inniheldur stjórnarskrárbundið viðmið.²⁷ Stjórnarskrárbundin viðmið eru annaðhvort skráð (þ.e. ákvæði stjórnarskrárinnar) eða leidd af öðrum stjórnarskrárbundnum viðmiðum.

²⁴ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 296.

²⁵ Sjá m.a. Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi ...“, 100–101; Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 19 og leiðari í *Tímariti lögfræðinga*, 3. hefti 53. árgangur, nóvember 2003.

²⁶ Á ensku „constitutional right“.

²⁷ Á ensku „constitutional rights norm“.

En hvenær er um stjórnarskrárbundið viðmið að ræða? Hér gætum við notast við kenningar stjórnsmálaheimspekinnar og komist að því að aðeins grundvallarfrelsisréttindi séu stjórnarskrárbundin viðmið. En það er ekki sjálfgefið að þær kenningar stjórnsmálaheimspekinnar sem telja aðeins grundvallarfrelsisréttindi til stjórnarskrárbundinna viðmiða séu einu réttu kenningarnar. Reyndar þurfum við ekki að nota efnislegar kenningar stjórnsmálaheimspekinnar, heldur getum við fallist á það með Alexy að nota megi formlegt viðmið. Þá er stjórnarskrárbundið viðmið hvert það viðmið sem felst í stjórnarskránni (í ákvæðum skráðrar stjórnarskrár) eða er nægilega tengt stjórnarskránni til að flokka megi það sem slíkt, enda sé það leitt með réttum hætti af slíku viðmiði.

Að formi til geta stjórnarskrárbundin viðmið verið annaðhvort *meginreglur* eða (*laga*)*reglur*. Meginreglur setja fram markmið sem vega þarf og meta gagnvart öðrum meginreglum og (*laga*)reglum og það er eðli túlkunar stjórnarskrárákvæða að slá föstu með þessum hætti hvað í þeim felst. Eins og Alexy orðar það, mæla meginreglur fyrir um að einhverju markmiði skuli náð að því marki sem mögulegt er miðað við lagalegt og raunverulegt umhverfi.²⁸ Hið lagalega umhverfi mótast af öðrum meginreglum og (*laga*)reglum sem vega þarf og meta á móti því markmiði sem stefnt er að. Í meginreglum felast rök sem mótrök geta vikið til hliðar²⁹ en (*laga*)reglu er alltaf annaðhvort fullnægt eða henni er ekki fullnægt.

Meginreglan segir til um forsendur og um rök, en meginreglan sjálf segir ekki til um hvernig þau rök sem hún hefur að geyma verða vegin á móti öðrum meginreglum og (*laga*)reglum. Þar kemur til aðferðafræði og rökfærsla við beitingu stjórnskipulegra meginreglna. En þegar meginreglur og (*laga*)reglur eru metnar með tilliti til málsatvika og aðstæðna í tilteknu máli, verður niðurstaða þeirrar rökfærslu (*laga*)regla sem nýtur stjórnskipulegrar verndar.

Í Öryrkjabandalagsmálunum reyndi á ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar og um það er lítill vafi að ákvæðið sjálft felur í sér stjórnarskrárbundið viðmið þess efnis að öllum, sem þess þurfa, skuli tryggður í lögum réttur til aðstoðar. Það er líka lítill vafi á að þetta stjórnarskrárbundna viðmið er sett fram sem meginregla, en í því felst að mælt er fyrir

²⁸ Sjá Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 47. Enska hugtakið er „optimization requirements“. Sjá einnig Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 18, þar sem kemur fram að af dómaframkvæmd megi ráða að þegar metið er hvort um ólögsmæta mismunur sé að ræða, sé lítið til þess hvað talist getur framkvæmanlegt.

²⁹ Sjá Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 57.

um markmið sem stefnt skal að, að því marki sem mögulegt er miðað við lagalegt og raunverulegt umhverfi. Meirihluti Hæstaréttar orðar efnisinntak ákvæðisins upphaflega með þeim hætti að það sýnir að um meginreglu er að ræða. Sú meginregla felur í sér að *tryggður skuli réttur sérhvers einstaklings til a.m.k. einhversrar lágmarksframsærslu, eftir fyrirframgefnu skipulagi sem ákveðið sé á málefnalegan hátt*. Í þessari túlkun felast réttindi til aðstoðar og eru þau réttindi orðuð sem *krafa um framsærslu* að einhverju marki. Þegar réttindin eru útfærð af almenna löggjafanum verður einnig að taka mið af grunnreglum réttarríkisins, fyrirsjáanlegt og málefnalegt skipulag verður að vera á þeim réttindum sem einstaklingar eiga kröfu til og í skilyrðinu um málefnalegt skipulag felast aftur efnis- og formreglur um málefnaleg sjónarmið, þ.m.t. jafnræðis-sjónarmið. Við gætum því mögulega orðað þrjár meginreglur á þessu stigi, þ.e. meginreglu 1. mgr. 76. gr. um að *öllum, sem þess þurfa, skuli tryggður réttur til aðstoðar*; meginreglu 2. gr. stjórnarskrárinnar um *þrískiptingu ríkisvaldsins* og að löggjafinn fari með það hlutverk að tryggja áðurgreind réttindi³⁰ og í þriðja lagi jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar sem fram kemur í 65. gr. stjórnarskrárinnar og felur að minnsta kosti í sér kröfu um bann við mismunun sem ekki er byggð á málefnalegum sjónarmiðum.³¹

Í samræmi við það sem fram er komið hér fyrir eru ekki efni til að fjalla ítarlega um valdmörk löggjafa og dómstóla í umfjöllun um dóminn, en frekar er ástæða til að fjalla um þær stjórnskipulegu meginreglur sem á reynir. Við getum sett þær fram með eftirfarandi hætti:

³⁰ Það mætti halda því fram að meginregluna um rétt þeirra, sem þess þurfa, til aðstoðar vegna örorku yrði að veða og meta gagnvart meginreglu 2. gr. stjórnarskrárinnar um þrígæiningu ríkisvaldsins. Þar kæmu upp sjónarmið um valdmörk dómstóla og löggjafa og þau rök sem vissulega má finna, að nokkru marki, í niðurstöðu minnihlutans, þ.e. að þau rök sem mæla fyrir um að löggjafinn skuli ákveða inntak réttindanna skuli veða þyngra en meginreglan um að öllum sem þess þurfa skuli tryggður réttur til aðstoðar. Að öðrum kosti fari dómstólar með of mikil völd við skiptingu gæða í samfélaginu. Þetta eru vissulega mikilvæg sjónarmið en verða ekki rædd frekar hér, sbr. það sem áður segir.

³¹ Sjá frekari umfjöllun: Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“. Það væri einnig mögulegt að orða þá kröfu sem leiðir af réttarríkishugtakinu — um fyrirsjáanlegar og málefnalegar reglur — sem réttindi; þ.e. sem réttindi gagnvart ríkinu um tiltekna málsmeðferðarreglur og efnisreglur. Það er hins vegar ekki ástæða til að setja þetta upp með þeim hætti hér, þar sem aðallega reyni á sjónarmið um málefnalegar ástæður fyrir mögulegum takmörkunum á réttinum til aðstoðar, og þar sem stefnandi byggði sérstaklega á jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar samhliða ákvæði 1. mgr. 76. gr.

- Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður réttur til aðstoðar vegna örorku (meginreglan um aðstoð); (76. gr.).
- Þeir, sem geta séð fyrir sér sjálfir, eiga ekki rétt á aðstoð (meginreglan um eigin framsærslu); (76. gr.).
- Allir skulu vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án nokkurs manngreinarálits (jafnræðisreglan); (1. mgr. 65. gr.).
- Konur og karlar skulu njóta jafns réttar í hvívetna (meginreglan um jafnrétti kynjanna); (2. mgr. 65. gr.).

Allt eru þetta meginreglur sem fela í sér stjórnarskrárbundin viðmið. Allar eru orðaðar með berum hætti í stjórnarskrárákvæðum, nema meginreglan um eigin framsærslu. Í greinargerð með 14. gr. stjórnarskipunarlaga nr. 97/1995 segir að ekki sé „ráðgert að sá sem geti séð nægilega fyrir sér sjálfur þurfi að njóta réttar til slíkrar aðstoðar“, en það var hins vegar álitafni, sem á reyndi í málinu, hvort það að sjá nægilega fyrir sér sjálfur tekur einnig til þess að njóta framsærslu frá maka.

4.3. Hvað felst í meginreglunni um aðstoð?

Í meginreglunni um að þeir sem þess þurfa eigi rétt á aðstoð ríkisins vegna örorku felst, samkvæmt dómi Hæstaréttar, í fyrsta lagi einstaklingsbundinn réttur til (lágmarks)framsærslu fyrir þá sem ekki geta framfleytt sér sjálfir, að því marki sem er lagalega og raunverulega mögulegt. Það sem mestu varðar hér er skýringin á orðunum „öllum, sem þess þurfa“.

Um þetta sagði meirihluti Hæstaréttar: „Ákvæði um rétt þeirra, sem ekki geta framfleytt sér sjálfir, til aðstoðar úr opinberum sjóðum hefur verið í stjórnarskrá allt frá 1874, en rétturinn var háður því að viðkomandi ætti sér ekki skylduframfærendur. Það skilyrði var afnumið með stjórnarskrárbreytingu 1995.“³² Hér er því vísað til stjórnarskrárvarinna réttinda sem voru takmörkuð með stjórnarskrárbundinni reglu. Þessi áskilnaður var afnuminn með stjórnarskrárbreytingu árið 1995 og leggur meirihluti Hæstaréttar því áherslu á að ekki sé lengur um að ræða réttindi, sem eru takmörkuð eða skilyrt, í stjórnarskrá, með vísan til framsærslu frá framsærsluskyldum aðila.³³

³² Sjá úrlausn meirihluta Hæstaréttar, bls. 4487.

³³ Eins og sjá má af orðalagi greinargerðar, sem vísað er til hér að framan, er ekki fyllilega ljóst hvort tilgangurinn var að breyta reglunni að þessu leyti. Sjá umfjöllun Bjargar Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi ...“, 84–85, þar sem hún kemst að þeirri niðurstöðu að með hliðsjón af lögskýringargögnum verði ráðið að

Ennfremur kemur það skýrt fram hjá meirihluta Hæstaréttar að hver einstaklingur getur gert tilkall til þessara réttinda, án tillits til þess hvernig stöðu hans er annars háttáð. Það felst í meginreglu stjórnarskrárinnar, að mati meirihluta Hæstaréttar, að skylt sé að tryggja að lögum rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarksframfærslu. Við þessa túlkun á ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar (meginreglunni um aðstoð) tekur meirihluti Hæstaréttar mið af alþjóðasamningnum um félagsleg réttindi og vísar m.a. til þess að í ákvæðum félagsmálasáttmála Evrópu³⁴ og ákvæðum alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi³⁵ komi fram skylda til að tryggja lágmark félagslegs öryggis og að þar sé miðað við rétt sérhvers manns til viðunandi lífsafkomu. Í 2. lið 12. gr. félagsmálasáttmála Evrópu er mælt fyrir um skyldu samningsaðila til að „gera almannatryggingum það hátt undir höfði, að það jafnist a.m.k. á við það, sem krafist er til fullgildingar á alþjóðavinnu-málasamþykkt (nr. 102) um lágmark félagslegs öryggis“. Í þeirri samþykkt er mælt fyrir um að um skerðingar á greiðslum almannatrygginga geti ekki orðið að ræða, nema vegna verulegra viðbótarfjárhæða, eins og fram kemur í dómi meirihluta Hæstaréttar.³⁶ Í 1. lið 13. gr. félagsmálasáttmálans segir að í því skyni að tryggja, að réttur til félagslegrar aðstoðar sé raunverulega nýttur, skuli samningsaðilar tryggja að „sérhverjum manni,

ekki hafi verið tilgangurinn að rýmka vernd ákvæðisins frá því sem áður var. Hins vegar er orðalag ákvæðisins skýrt og styðst ennfremur við ákvæði alþjóðlegra samninga, sem vísað er til í greinargerðinni, sbr. einnig Björg Thorarensen, sama grein, 85.

³⁴ *Stjórnartíðindi C* nr. 3/1976.

³⁵ *Stjórnartíðindi C* nr. 10/1979.

³⁶ 67. gr. alþjóðavinnu-málasamþykktar (nr. 102) er orðuð svo (á ensku): „In the case of a periodical payment to which this Article applies — (a) the rate of the benefit shall be determined according to a prescribed scale or a scale fixed by the competent public authority in conformity with prescribed rules; (b) such rate may be reduced only to the extent by which the other members of the family of the beneficiary exceed prescribed substantial amounts or substantial amounts fixed by the competent public authority in conformity with prescribed rules; (c) the total of the benefit and any other means, after deduction of the substantial amounts referred to in subparagraph (b), shall be sufficient to maintain the family of the beneficiary in health and decency, and shall be not less than the corresponding benefit calculated in accordance with the requirements of Article 66; (d) the provisions of subparagraph (c) shall be deemed to be satisfied if the total amount of benefits paid under the Part concerned exceeds by at least 30 per cent the total amount of benefits which would be obtained by applying the provisions of Article 66 and the provisions of: (i) Article 15(b) for Part III; (ii) Article 27 (b) for Part V; (iii) Article 55(b) for Part IX; (iv) Article 61 (b) for Part X. [...]“ Ákvæði 66. gr. fjallar um útreikning bóta sem miðast við hlutfall af launum verkamanna.

sem hefir ónóg fjárráð og sem ekki getur aflað sér þeirra af eigin rammleik eða annars staðar frá, og þá sérstaklega með greiðslum samkvæmt tryggingakerfi, verði veitt næg aðstoð“. Þá segir í 11. og 12. gr. alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi, að samningsaðilar skuli viðurkenna rétt „sérhvers manns“ til viðunandi lífsafkomu og til að njóta líkamlegrar og andlegrar heilsu.

4.4. Áhrif þjóðréttarlegra skuldbindinga á túlkun stjórnarskrárákvæða

Það kann að vera fræðilega umdeilt að láta ákvæði alþjóðasamninga hafa áhrif á skýringu ákvæða stjórnarskrárinnar.³⁷ Við stjórnarskrárbreytingu þá sem gerð var árið 1995 var það hins vegar yfirlýstur vilji „stjórnarskrárgjafans“ að auka þá mannréttindavernd sem stjórnarskráin mælir fyrir um og í því skyni var tilgangurinn að efla og samræma ákvæðin, færa þau til nútímalegra horfs og „taka mið af þeim þjóðréttarlegu skuldbindingum sem íslenska ríkið hefur gengist undir með aðild sinni að alþjóðlegum mannréttindasáttmálum“. ³⁸ Almennt virðist fræðileg samstaða um það að alþjóðlegir mannréttindasamningar hafi nú talsvert meira gildi við túlkun stjórnarskrárákvæða en áður.³⁹ Ég fæ ekki séð, þegar tekið er mið af aðdraganda þeirra breytinga sem urðu á stjórnarskránni með stjórnarskipunar-lögum nr. 97/1995, að aðferðafræðilega verði færð fram mótrök gegn því að tekið sé mið af bindandi þjóðréttarreglum við túlkun stjórnarskrárákvæða, sérstaklega þegar um ákvæði er að ræða sem tekið var mið af við stjórnarskrárbreytingarnar og se.m lýst hefur verið af stjórnarskrárgjafan-um að hafi þýðingu við skilning á ákvæðunum.⁴⁰ Hugsanlega má færa fram gild *stjórnskipuleg* mótrök gegn því að þjóðréttarreglur hafi áhrif á túlkun stjórnarskrárákvæða, en slík rök hljóta þó ávallt að byggjast á sjón-

³⁷ Sjá t.d. Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“ og almennari (eldri) umfjöllun Dóru Guðmundsdóttur: „Um lög-töku Mannréttindasáttmála Evrópu...“, 185, þar sem ég fylgdi að málum þeim sem töldu eðlilegra að breyta ákvæðum stjórnarskrár til að koma til móts við þjóðréttarlegar skuldbindingar, heldur en að láta þá niðurstöðu ráðast af túlkun.

³⁸ Sjá greinargerð með frumvarpi til stjórnarskipunarlaga um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum (*Alþt.* 1994, 118. löggjafarþing, 297. mál, 12).

³⁹ Sjá Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi...“, 85; Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns...“, 105 og áður nefnda grein Davíðs Þórs Björgvinssonar, nmgr. 37.

⁴⁰ Í greinargerð með frumvarpi til breytinga á stjórnarskránni er vísað til þeirra alþjóðlegru skuldbindinga sem meirihluti Hæstaréttar styðst við.

armiðum um óskert fullveidi hvers ríkis og kenningum um eineðli eða tvíeðli landsréttar og þjóðaréttar sem verður sífellt erfiðara að samræma lagalegum raunveruleika. Um þetta verður þó ekki fjallað frekar hér.

4.5. Meginreglan vegin á móti öðrum meginreglum (og lagareglum)

Í umræðunni um dóminn hefur verið fjallað töluvert um það hvort það er málefnaleg takmörkun á réttindum þeim sem 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar veitir að taka tillit til tekna maka. Þá spurningu má umorða sem svo, hvort takmarka má meginregluna um aðstoð með vísan til lagareglu þess efnis að ef annað hjóna er örorkulífeyrisþegi en hitt ekki og ef samanlagðar tekjur hjóna eru hærri en ákveðin fjárhæð, megi lækka tekjutryggingu örorkulífeyrisþega um 45% þeirra tekna sem umfram eru.

Í því sambandi verður að hafa í huga að lagaregla getur ekki vikið til hliðar stjórnarskrárbundinni meginreglu, nema lagareglan sjálf, eða sú meginregla sem hún er leidd af, hafi stöðu stjórnskipunarviðmiðs. Ef skilja má niðurstöðu minnihluta Hæstaréttar svo að vega eigi þessa lagareglu á móti meginreglunni um aðstoð, verðum við í fyrsta lagi að fallast á að stjórnskipulegt viðmið felist í (laga)reglunni, eða þeirri meginreglu sem hún er réttilega leidd af.⁴¹ Annars er um takmörkun á stjórnarskrárbundnum viðmiðum að ræða, sem geta — eins og sýnt var — brotið gegn hinum stjórnarskrárvörðu réttindum.

Í raun má segja að við túlkun á orðalaginu „öllum, sem þess þurfa“ sé meginreglan um aðstoð vegin á móti meginreglunni um eigin framfærslu. Þar koma enn fremur til skoðunar þær (laga)reglur sem útfæra meginregluna um eigin framfærslu og koma fram í ákvæðum almannatryggingalaga, einkum ákvæði 12. gr. um skerðingu á örorkulífeyri vegna eigin tekna og 17. gr. um skerðingu tekjutryggingar vegna eigin tekna og tekna maka og sambúðarmaka. Við getum því metið þessar (laga)reglur, sem reglur leiddar af stjórnarskrárbundinni meginreglu, á móti megin-

⁴¹ Sjá Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 182. Í álitni minnihluta Hæstaréttar segir: „Af orðalagi 76. gr. stjórnarskrárinnar, eins og ákvæðið hljóðar eftir framangreinda breytingu 1995, og tiltækum lögskýringargögnum verður engan veginn ráðið, að lögjafanum sé ekki eftir sem áður heimilt að líta til félagslegrar stöðu öryrkja eins og annarra, þegar lífeyrir þeirra úr sjóðum almannatrygginga er ákveðinn. [...] Það verður að telja málefnalegt lögjafarviðhorf að taka nokkurt mið af því við lagasetningu um aðstoð við öryrkja, hvers stuðnings öryrki megi vænta af maka sínum. Slík sjónarmið um gagnkvæma framfærsluskyldu hjóna hafa lengi verið lögð til grundvallar í löggjöf hér á landi og eru þau reist á pólitískri afstöðu til framkvæmdar almannatrygginga.“ Bls. 4493.

reglunni um aðstoð, en þá verður líka að meta hvort (laga)reglurnar eru réttilega leiddar af meginreglunni um eigin framfærslu. Í fyrsta lagi verður spurningin þá: Má takmarka rétt til aðstoðar vegna eigin tekna rétt-hafa? Hér virðist svarið augljóst. Eigin tekjur, þ.m.t. launatekjur og eignatekjur, geta leitt til takmörkunar á réttinum til aðstoðar. Meginreglan um eigin framfærslu gengur framur meginreglunni um aðstoð í þessu tilviki. Þá er spurningin: Má takmarka rétt til aðstoðar vegna tekna annarra en rétt-hafa, þ.e. vegna tekna maka? Við ákvörðun á því koma til álitu — til viðbótar við orðalag ákvæðisins — röksemdir sem byggja á jafnræðisreglunni, bæði almennri og sérstakri. Í málinu byggði Öryrkjabandalagið á því að það að mismunandi reglur giltu um áhrif tekna maka á framfærslugreiðslur af opinberu fé til öryrkja annars vegar og annarra hópa hins vegar (s.s. þeirra sem njóta slysa- og sjúkradagpeninga og atvinnuleysisbóta) fæli í sér mismunun á grundvelli hjúskaparstöðu, sem færi í bága við 65. gr. stjórnarskrárinnar. Mismunun á grundvelli hjúskaparstöðu er ekki bönnuð sérstaklega í 65. gr. stjórnarskrárinnar, en getur fallið undir ákvæði greinarinnar um brot á almennri jafnræðisreglu, ef sambærileg atvik sæta ekki sömu meðferð, eða talist brot á hinni sérstöku jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar ef um mismunun á grundvelli kynferðis er að ræða.

4.6. Meginreglan um jafnrétti kynjanna (sérstök jafnræðisregla)

Meirihluti Hæstaréttar vísar til þess að það sé aðalregla (meginregla) íslensks réttar að réttur einstaklinga til greiðslna úr opinberum sjóðum skuli vera án tillits til tekna maka, og að það sé í samræmi við meginregluna um jafna stöðu og jafnan rétt kvenna og karla, sem einnig kemur fram í lögum nr. 28/1991. Undirliggjandi röksemd er að hjúskaparstaða fólks eigi ekki að hafa áhrif á lagalega stöðu þess, en aðgreining á grundvelli hjúskaparstöðu hefur, einkum áður fyrr, leitt til mismununar gagnvart konum. Styður það þá niðurstöðu að ekki megi skerða réttindi öryrkja með þeim hætti að miðað sé við hjúskaparstöðu og styrkir meginregluna um aðstoð, eins og hún var túlkuð af meirihluta Hæstaréttar, að hún veiti réttindi sem miðuð séu við einstakling. Þau rök vega því gegn rökum sem felast í því að skýra meginregluna um eigin framfærslu svo rúmt að tekið sé mið af fjárhag eða heildarráðstöfunartekjum fremur en eigin fjárhag og eigin ráðstöfunartekjum. Endanleg niðurstaða meirihluta Hæstaréttar er hins vegar ekki afdráttarlaus, þar sem fallist er á það sjónarmið að „einstaklingur í

hjúskap eða sambúð þurfi minna sér til framfærslu en sá sem býr einn“.⁴² Að því leyti sem tekið er mið af beinni og óbeinni framfærslu maka (eða sambúðarmaka) við útfærslu réttarins á aðstoð, geta þau sjónarmið átt við málefnaleg rök að styðjast, en það skýrist fremur af mati á raunverulegri framfærslu einstaklings en af því að lagaregla sem takmarkar rétt til greiðslu örorkubóta vegna tekna maka (og styðst við ákvæði laga um gagnkvæma framfærsluskyldu maka, sem fram kemur í 46. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993), sé réttilega leidd af meginreglunni um eigin framfærslu og geti takmarkað meginregluna um aðstoð í 76. gr. stjórnarskrárinnar. Meirihluti Hæstaréttar slær því einungis föstu að taka megi mið af framfærslu frá maka (og sambúðarmaka) að einhverju marki, þ.e.a.s. mögulega að því marki sem það er hagstæðara að reka heimili í sambúð en sem einstaklingur. Þó að ekki verði sagt að meirihluti Hæstaréttar noti hina sérstöku jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar þannig að hún vegi þyngra en lagaregla um skerðingu tekjutryggingar vegna tekna maka og víki henni til hliðar, notar meirihluti Hæstaréttar almenn rök sem koma fram í hinni sérstöku jafnræðisreglu til að styðja þá niðurstöðu að um einstaklingsbundin réttindi sé að ræða, og til að takmarka inntak (laga)reglunnar. Þau almennu rök eru að lagaleg staða einstaklinga á almennt ekki að ráðast af hjúskaparstöðu þeirra.⁴³

En að hvaða marki má taka mið af tekjum maka þegar tekjutrygging örorkulífeyrisþega er ákveðin? Ég hef túlkað niðurstöðu meirihluta Hæsta-

⁴² Sjá hins vegar Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 16, þar sem hann túlkar dóm Hæstaréttar svo að það sé málefnalegt sjónarmið að taka mið af tekjum maka (þegar það er gert þannig að gerður sé „nokkur munur“ á greiðslum til einstaklinga eftir því hvort viðkomandi er í sambúð eða ekki). Sjá einnig niðurstöðu Hæstaréttar í síðara málinu þar sem segir að ekkert í fyrri dómnum veiti tilefni til þeirrar ályktunar að löggjafanum sé með öllu óheimilt að láta tekjur maka hafa áhrif á tekjutryggingu. *H 2003:3411 (bls. 3415)*.

⁴³ Það er að mínu mati rétt niðurstaða að ákvæði 5. mgr. 17. gr. yrði ekki víkið til hliðar með vísan til jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar eingöngu — sérstaklega hinnar sérstöku jafnræðisreglu. Sá hængur er á beitingu hinnar sérstöku jafnræðisreglu í þessu máli, að ekki er öruggt að hægt sé að flokka lagareglu um að taka megi mið af tekjum maka við útreikning tekjutryggingar örorkulífeyrisþega sem beina eða óbeina mismunun á grundvelli kynferðis. Formlega geta bæði konur og menn orðið fyrir umræddri skerðingu vegna tekna maka, en ef sýnt væri fram á að meirihluti þeirra sem urðu fyrir skerðingu á tekjutryggingu væri konur, væri mögulega hægt að sýna fram á óbeina mismunun á grundvelli kynferðis. Þetta kemur þó ekki fram í Öryrkjabandalagsmálunum að öðru leyti en því að í mállutningi í síðara málinu er því lýst að komið hafi í ljós að nærri 98% þeirra sem áttu rétt á viðbótargreiðslu í kjölfar fyrri dómsins hafi verið konur. Þetta hafði þó ekki áhrif á niðurstöðu málsins.

réttar á þann hátt að heimildin til að taka mið af tekjum maka lúti einungis að því þegar meginreglan um aðstoð er metin gagnvart öðrum stjórnskipulega tækum rökum sem byggjast á meginreglunni um eigin framfærslu. Hliðsjón af tekjum maka kemur því aðeins til álita með fyrirvara um það að eigin framfærsla örorkulífeyrisþega sé nægileg til að segja megi að viðkomandi geti séð fyrir sér sjálfur (mögulega með hliðsjón af því hagræði sem felst í því að reka heimili með öðrum). Við nánari afmörkun á því hvenær svo er verður einnig að taka afstöðu til þeirra röksemda sem felast í hinni almennu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar.

4.7. Inntak jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar

Efnisinntak almennrar jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar hefur verið til nokkurrar umfjöllunar undanfarið, enda kemur þar til skoðunar ein af flóknari meginreglum stjórnskipunarréttar. Sumir halda því fram að fyrst og fremst sé um formlega reglu að ræða sem tryggi samræmi og samkvæmni í lagasetningu og lagaframkvæmd⁴⁴ en aðrir álíta að um efnisreglu sé að ræða.⁴⁵

Í 65. gr. stjórnarskrárinnar segir að allir skuli vera jafnir fyrir lögum og njóta mannréttinda án tillits til kynferðis, trúarbragða, skoðana, þjóðernisuppruna, kynþáttar, litarháttar, efnahags, ætternis og stöðu að öðru leyti. Í frumvarpi til stjórnarskipunarlaga um breytingu á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944, með síðari breytingum var tekið fram að ákvæði 3. gr., sem lögfestu almenna og sérstaka jafnræðisreglu í stjórnarskrá, ættu bæði við í tengslum við lagasetningu og við skýringu laga, þar á meðal annarra stjórnarskrárbundinna mannréttindaákvæða. Það er því ljóst að reglan bindur hendur löggjafans við lagasetningu og er ætlað að hafa þýðingu við túlkun stjórnarskrárákvæða.

Orðalag greinarinnar ber með sér að hún er samsett úr reglum sem tryggðar eru m.a. í Mannréttindasáttmála Evrópu og ákvæðum þjóðréttarsamninga. Reglan tryggir í fyrsta lagi að *allir skuli vera jafnir fyrir lögum* og í öðru lagi að *allir skuli njóta mannréttinda án mismun-*

⁴⁴ Þ.e. krafan um að allir séu jafnir fyrir lögum, sjá umfjöllun Páls Hreinssonar: „Litróf jafnræðisreglna“. Sjá einnig Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, kafli 8 og umfjöllun hér á eftir.

⁴⁵ Í þeim skilningi að hún veiti efnisleg réttindi, sjá Oddný Mjöll Arnardóttir: „Um gildissvið og eðli hinnar almennu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar“, 109.

unar.⁴⁶ Í þriðja lagi verður að telja að túlka megi 65. gr. svo að í henni felist tilkall til jafnrar lagaverndar, sbr. tilvísun greinargerðar í 26. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi.⁴⁷ Sú grein er orðuð svo, í íslenskri þýðingu:

Allir eru jafnir fyrir lögum og eiga rétt á sömu lagavernd án nokkurrar mismununar. Lög skulu því í þessu skyni banna hvers konar mismunun og ábyrgjast að allir menn njóti jafnrar og raunhæfrar verndar gegn mismunun, svo sem vegna kynþáttar, litarháttar, kynferðis [...] eða annarra aðstæðna.

Í þessari grein, eins og hún er orðuð og eins og hún hefur verið túlkuð, felst því ekki aðeins formleg jafnræðisregla — þ.e.a.s. að þeir sem eru eins settir skuli sæta sömu meðferð. Í ákvæðinu felst einnig jafnræðisregla sem er efnisleg í þeim skilningi að hún felur í sér efnisleg atriði umfram þá kröfu að gætt skuli samræmis í löggjöf og túlkun laga. Þá er mælt fyrir um að allir skuli njóta jafnrar og raunhæfrar lagaverndar, en í þeim áskilnaði felast ekki aðeins þær neikvæðu skyldur ríkisins að gæta að því að beita ekki mismunun, heldur einnig jákvæðar skyldur sem geta m.a. falist í skyldu til að setja reglur til verndar ákveðnum hópum, s.s. fötluðum, og að stuðla að raunhæfri vernd þeirra hópa sem standa höllum fæti. Hér er um mun efnismeiri meginreglu (eða meginreglur) að ræða en almennt er talið að felist í kröfunni um að allir skuli vera jafnir fyrir lögum. Enda þótt 26. gr. alþjóðasamningsins sé ekki bindandi regla í íslenskum rétti hefur hún haft áhrif á inntak 65. gr. stjórnarskrárinnar og ber að hafa hana til hliðsjónar við túlkun, eins og staðfest hefur verið í dómaframkvæmd.⁴⁸

⁴⁶ Ákvæði um bann við mismunun er að jafnaði byggt inn í þjóðréttarsamninga sem tryggja mannréttindi, sbr. t.d. 2. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi og 2. mgr. 2. gr. alþjóðasamnings um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi. Sama er að segja um inntak 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sem bannar mismunun í tengslum við þau réttindi sem þar eru vernduð. Í Samningsviðauka 12 við Mannréttindasáttmálann er mælt fyrir um viðtækari og sjálfstæðari jafnræðisreglu, en ekki verður fjallað um þá reglu hér.

⁴⁷ *Stjórnartíðindi C* nr. 10/1979. Í frumvarpinu segir að jafnræðisregla stjórnarskrárinnar fái „verulega rýmra gildissvið en reglur á borð við [...] 14. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu því í reglu frumvarpsins er ekki aðeins skirskotað til þess að allir skuli njóta mannréttinda án mismununar, heldur er henni ætlað að gilda á öllum sviðum löggjafar og veita öllum jafna lagavernd.“

⁴⁸ Hæstiréttur hefur áður túlkað efnisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar þannig að í reglunni felist krafa um virka lagavernd, s.s. í máli 151/1999: Berglind Stefánsdóttir og Félag heyrnarlausra gegn Ríkisútvarpinu, *H* 1999:215, og í máli nr. 177/1998: Ragna Kristín Guðmundsdóttir gegn Háskóla Íslands *H* 1999:390. Þar var þó ekki vísað í 26. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi í niðurstöðu dómsins.

Af röksemdum meirihluta Hæstaréttar í fyrra Öryrkjabandalagsmálinu verður ráðið að það sé efnisleg jafnræðisregla, eins og hér að framan er lýst, sem taka verður mið af þegar meginreglan um eigin framfærslu er vegin á móti meginreglunni um aðstoð. Meirihluti Hæstaréttar byggir á þeirri stjórnarskrárbundnu meginreglu sem fram kemur í 65. gr. stjórnarskrárinnar, að allir skuli njóta mannréttinda, án mismununar, og skýrir þá reglu með hliðsjón af 26. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi. Í úrlausn meirihluta Hæstaréttar segir í framhaldi af umfjöllun um hina sérstöku jafnræðisreglu, í fyrsta lagi, að örorkulífeyrir, þar með talin tekjutrygging, sé réttur sem öryrkjar fá vegna fötlunar sinnar. Með þessum rökum er vísað til stjórnarskrárbundinnar verndar þeirra sem standa höllum fæti vegna fötlunar. Í öðru lagi segir meirihlutinn: Ef um skerðingu er að ræða, upp að því hámarki sem (laga)reglan heimilar, leiðir það til þess að öryrki í hjúskap/sambúð getur ekki staðið við þær framfærsluskyldur sem á honum hvíla samkvæmt lögum. Með þessum rökum er einnig vísað til réttinda öryrkja og þess manngildis sem ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar (sem og ákvæðum mannréttindasáttmála)⁴⁹ er ætlað að tryggja. Þá er fjallað um það, hvað getur leitt af því í raun fyrir þann sem verður fyrir hinum umdeildu skerðingu. Er lögð áhersla á það að komi full skerðing til leiði það til þess að öryrki hafi til ráðstöfunar grunnörorkulífeyri, sem leiði m.a. til þess að viðkomandi geti ekki sjálfur staðið undir lögbundinni framfærsluskyldu sinni. Af rökstuðningi meirihluta Hæstaréttar verður sú ályktun dregin að réttur á jafnri og raunhæfri lagavernd eigi við þegar grundvallarmannréttindi eins og rétturinn til aðstoðar vegna örorku er í húfi. Það þýðir að í ákvæðum laga sem mæla fyrir um rétt öryrkja til lágmarksframfærslu verður að gæta þess að um virk og raunveruleg réttindi sé að ræða.⁵⁰

Það kann að vera fræðilega umdeilt hvort jafnræðisregla stjórnarskrárinnar geti falið í sér eins viðtæka efnisreglu og varin er af 26. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórnsmálaleg réttindi, enda þótt óumdeilt sé að 65. gr. stjórnarskrárinnar hefur fengið viðtæka túlkun í tímans rás. En

⁴⁹ Hér vísar meirihluti Hæstaréttar til 5. gr. 7. Samningsviðauka við MSE, sbr. lög nr. 62/1994.

⁵⁰ Þessari túlkun til stuðnings vísar meirihluti Hæstaréttar (sem og sératkvæði eins hér aðsdómara) í stefnumörkun löggjafans í lögum nr. 59/1992, um málefni fatlaðra, sbr. úrlausn meirihluta, bls. 4488. Sömu efnisrök má lesa út úr 67. gr. alþjóðavinnuálagssamþykktar (nr. 102), sbr. nmgr. 36 hér að framan, þar sem lögð er áhersla á nauðsyn þess að tryggja framfærslu bótaþega og fjölskyldu hans/hennar.

jafnvel þótt við féllumst ekki á að túlka mætti 65. gr. stjórnarskrárinnar með svo viðtækum hætti, leggur hin almenna jafnræðisregla til röksemdir, sem skipta máli þegar meginreglan um aðstoð er vegin á móti meginreglunni um eigin framfærslu. Við höfum þegar séð að í málinu voru borin fram þau rök að það að takmarka tekjutryggingu örorkulífeyrisþega vegna tekna maka, en að taka ekki að sama skapi mið af tekjum maka við ákvörðun á öðrum opinberum greiðslum, fæli í sér mismunun. Þar er um að ræða rök byggð (a.m.k.) á hinni formlegu jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar, sem mælir fyrir um að allir skuli vera jafnir fyrir lögnum. Sú regla útleggst jafnan þannig að sambærileg tilvik skuli fá sömu meðferð.

Ef við lítum fyrst á hina formlegu jafnræðisreglu, eru það einmitt vandkvæðin á því að finna viðmið um það hver er í sambærilegri aðstöðu sem gera beitingu reglunnar erfiða og oft ómarkvissa. Í þessu máli verður að afmarka þá hópa sem bera á saman. Samkvæmt rökum Öryrkjabandalagsins í málinu fólst mismunun í því að þeir hópar sem nutu opinberrar aðstoðar sátu ekki við sama borð, að því er laut að áhrifum tekna maka á ráðstöfunartekjur þeirra. Meirihluti Hæstaréttar hafnar því að allir bótaþegar séu í sambærilegri aðstöðu, enda þótt meirihluti Hæstaréttar fallist á það, eftir skoðun á videigandi ákvæðum, að aðalregla íslensks réttar sé sú að ekki er tekið mið af tekjum maka (sbr. umfjöllun í kafla 4.6). Þeir sem eru í sambærilegri stöðu eru þeir sem njóta örorkulífeyris, samkvæmt ákvæðum almannatrygginga um þær greiðslur. Um þann rétt sem löggjöfin tryggir öryrkjum segir meirihlutinn að hann sé almennur og gæti jafnræðissjónarmiða milli þeirra sem eins eru settir í þröngum skilningi.⁵¹ Hins vegar sé í lögnum gerður munur á skerðingu lífeyris vegna tekna, eftir því um hvaða tekjur er að ræða, og svo virðist sem við mat á jafnræðisreglu í tengslum við meginregluna um eigin framfærslu verði því að bera saman þá hópa sem löggjöfin gerir greinarmun á.

Sá samanburður getur einnig verið óviss. Spyrja má hvort þeir sem eru einhleypir og þeir sem eru í sambúð (hjúskap) séu í sambærilegri aðstöðu þegar kemur að því að ákveða örorkulífeyri og áhrif tekna maka á lífeyri og tekjutryggingu. Út frá formlegu samanburðarmati eru þessir hópar augljóslega ekki í sambærilegri aðstöðu. En ef við lítum fram hjá því og teljum að örorka þeirra eða fötlun skipti mestu máli fyrir samanburðinn, leiðir af því að allir hópar eru í sambærilegri aðstöðu og ættu að sæta sömu meðferð (sem myndi leiða til sambærilegrar tekjutryggingar allra hópa).

⁵¹ Sjá úrlausn meirihluta Hæstaréttar, bls. 4490.

Ef það er raunveruleg framfærsla þeirra sem skiptir máli, eru einhleypir ekki í sömu aðstöðu og þeir sem eru í sambúð og ætti að mega greina á milli einstaklinga annars vegar og þeirra sem eru í sambúð eða hjúskap hins vegar (svo sem að einhverju leyti er gert í niðurstöðu meirihlutans). Ef það er lagaleg staða þeirra sem skiptir máli um samanburð eru einhleypir í sambærilegri stöðu og þeir sem eru í sambúð (þar sem lög áskilja ekki framfærsluskyldu milli sambúðarfólks)⁵² en gera má greinarmun á þessum hópi annars vegar og hjónum hins vegar. Ef við spyrjum hins vegar hvort tekjur sem koma frá maka séu sambærilegar við eigin tekjur, fer það aftur eftir þeim upphafspunkti sem við veljum hvert svarið verður. Ef spurningin snýst um raunverulega framfærslu (eða lögbundna framfærslu) verður svarið að tekjur frá maka séu sambærilegar við eigin tekjur. Ef samanburðurinn lýtur að eigin framfærslu einstaklings verður svarið hins vegar að tekjur maka séu ekki sambærilegar við tekjur einstaklings. Hin formlega jafnræðisregla stjórnarskrárinnar gefur litlar leiðbeiningar um það hvaða samanburður sé réttur.

Í þessu sambandi getum við enn leitað í smiðju Alexys. Hann heldur því fram að meginreglan um að allir skuli vera jafnir fyrir lögnum geti, þrátt fyrir þröngt orðalag, falið í sér fjöldann allan af „réttarstöðum“.⁵³ Með hliðsjón af þýskri framkvæmd telur Alexy að reglan geti ekki verið takmörkuð við kröfuna um það að sambærileg tilvik skuli sæta sömu meðferð og ólík tilvik ólíkri meðferð, þar sem sú regla bæti engu við efnisréttindi sem tryggð eru með öðrum ákvæðum.⁵⁴ Því sé nauðsynlegt að notast við rök fengin frá efnislegu viðmiði (efnislegu jafnréttishugtaki) sem aftur felur í sér mat á öllum aðstæðum og tilvísanir til réttlætissjónarmiða og annarra grunnraka réttarins þegar skorið er úr álitafnum um beitingu jafnræðisreglunnar.⁵⁵ Alexy leitast við að draga úr þeirri innbyrðis mót-sögn sem felst í hugtökunum formlegt og efnislegt jafnrétti⁵⁶ með því að setja fram tvær hliðar á hinni almennu jafnræðisreglu:

⁵² Þetta kemur fram hjá meirihluta Hæstaréttar, bls. 4490.

⁵³ Sjá hér að framan í kafla 4.1.

⁵⁴ Þetta sjónarmið er oft haft uppi í sambandi við almennar jafnræðisreglur, t.d. í þekktri umræðu í bandarískum stjórnskipunarrétti; sjá Westen, Peter: „The empty idea of equality“, og umfjöllun um norrænan rétt, sjá Oddný Mjöll Arnardóttir: „Um gildissvið og eðli hinnar almennu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar“, 106–108.

⁵⁵ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 262–265.

⁵⁶ „Efnislegt jafnrétti“ hér í þeim skilningi að um raunverulegt jafnrétti sé að ræða (á ensku factual (de facto) equality), sem greina má frá formlegu eða lagalegu jafnrétti. Ganga

- 1) Ef nægileg (málefnaleg) rök leiða ekki til þess að mismunandi meðferð sé heimil skal meðferð vera sambærileg.
- 2) Ef nægileg (málefnaleg) rök krefjast mismunandi meðferðar skal meðferð vera mismunandi.

Hér er mikilvægt að skilja báðar útfærslur sem kröfu um aðgerð, en ekki afleiðingar aðgerða, eins og gert er þegar metið er hvort um efnislegt jafnrétti er að ræða. Hins vegar koma sjónarmið um efnislegt jafnrétti⁵⁷ til skoðunar þegar metið er hvort um nægileg (málefnaleg) rök er að ræða. Meginreglan um efnislegt jafnræði leggur hér til rök sem leiða til tiltekinnna réttinda, þ.e.a.s. réttarins til mismunandi meðferðar (að ákveðnu marki), þar sem hin mismunandi meðferð stuðlar að auknu efnislegu jafnrétti.⁵⁸ Meginregluna um efnislegt jafnræði verður svo að vegna á móti öðrum meginreglum og (laga)reglum og nefnir Alexy einkum tvær mikilvægar meginreglur, annars vegar meginregluna um lagalegt jafnræði (eða formlegt jafnrétti) og hins vegar meginregluna um skiptingu ríkisvalds, þar sem löggjafinn fer með meginhlutverk í stefnumótun þar sem eðli máls samkvæmt er þörf á að deila efnislegum gæðum milli manna.⁵⁹

Í þessu tilviki er spurningin því hvort nægileg (málefnaleg) rök séu til þess að skerða greiðslu tekjutryggingar örorkulífeyrisþega vegna tekna maka, þegar greiðsla tekjutryggingar örorkulífeyrisþega, sem ekki er í sambúð eða hjúskap, skerðist einungis vegna eigin tekna. Eru nægileg, málefnaleg rök til þess að beita mismunandi reglum um þessa hópa örorkulífeyrisþega? Svar meirihluta Hæstaréttar er að lögbundin framfærsluskylda milli hjóna — og raunveruleg sameiginleg framfærsla milli sambúðarfólks — leggi ekki til nægilega málefnaleg rök til að réttlæta mismunandi meðferð. Þvert á móti leiða þau sjónarmið sem áður eru rakin, um manngildi hvers einstaklings, um það hlutverk ríkisins að styðja þá sem höllum fæti standa og stuðla að því að þeir geti lifað sem eðlilegustu lífi, til þess að allir örorkulífeyrisþegar sæti sömu meðferð þegar kemur að ákvörðun lífeyris og tekjutryggingar, og að sú meðferð miðist við þá sem einstaklinga. Hvort sem jafnræðisreglan er skoðuð sjálfstætt í

má út frá því skilgreiningaratriði að regla sem tryggir efnislegt jafnræði geti brotið gegn formlegri jafnræðisreglu.

⁵⁷ Á ensku „the principle of factual equality“.

⁵⁸ Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*, 280.

⁵⁹ Sama heimild, 281. Sjá einnig Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 7.

málinu, eða sem meginregla sem leggur til rök sem hafa áhrif á niðurstöðu (og í þessu tilviki styður þrönga túlkun meginreglunnar um eigin framfærslu) verður niðurstaðan sú sama.

Þá er spurningin hvort niðurstaða minnihluta Hæstaréttar sé byggð á öðrum skilningi á inntaki jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Þrátt fyrir málatilbúnað Öryrkjabandalagsins verður ekki séð með óbyggjandi hætti að jafnræðisreglan sé tekin til athugunar í röksemdum minnihlutans, sem fremur byggjast á 76. gr. stjórnarskrárinnar. Þó vísar minnihluti Hæstaréttar til þess að það sé *málefnalegt* löggjafarviðhorf að taka mið af gagnkvæmri framfærsluskyldu hjóna, við útfærslu réttarins á aðstoð. Mat á því hvort um málefnaleg sjónarmið er að ræða er oft kjarninn í beitingu dómstóla á stjórnarskrárbundnum — eða lögbundnum — jafnræðisreglum.⁶⁰ Hvað sem öðru líður fellst minnihlutinn ekki á þær röksemdir sem meirihlutinn byggir á efnislegri jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og áhrifum alþjóðlegra skuldbindinga á inntak þeirrar reglu. Að mati minnihlutans stendur stefnumótun löggjafans því óhögguð gagnvart 76. gr. stjórnarskrárinnar og mögulega gagnvart formlegri jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar.

4.8. Hvaða réttindi njóta stjórnarskrárverndar?

Hvað felst þá í stjórnarskrárvörðum réttindum samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar? Af því sem að framan er rakið má halda því fram að í ákvæðinu — eins og það er skýrt með hliðsjón af jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar — felist að einstaklingur, sem er öryrki, eigi rétt á hendur ríkinu á fjárhagslegri aðstoð að því marki sem hann getur ekki framfleytt sér og sínum. Við getum orðað þessa niðurstöðu sem stjórnarskrárbundna reglu, sem fæst með túlkun á stjórnskipulegum meginreglum og lagareglum, með hliðsjón af því sem er lagalega og raunverulega mögulegt, þannig að hver sem þess þarf, vegna örorku, eigi rétt á ákveðinni fjárhæð til framfærslu frá ríkinu, sem sé reiknuð út miðað við sjónarmið sem taka mið af lágmarksframfærslu. Þá felst í reglunni að ekki megi skerða rétt til aðstoðar vegna tekna maka ef slík skerðing leiðir til þess að öryrki geti þá ekki séð fyrir sér sjálfur og þeim sem hann er framfærsluskyldur við (enn mið-

⁶⁰ Sjá Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“, 4. Eins og fram er komið var það niðurstaða minnihlutans að „það verð[er] að telja málefnalegt löggjafarviðhorf að taka nokkurt mið af því við lagasetningu um aðstoð við öryrkja, hvers stuðnings öryrki megi vænta af maka sínum“ (bls. 4493).

að við lágmarksframfærslu). Skerðing, sem heimil er, skal ákveðin í lögum.⁶¹

Enda þótt hin stjórnarskrárvörðu réttindi, svo ákvörðuð, verði ekki afmörkuð í krónutölu er þessi regla — ef við viljum kalla hana reglu — mun skýrari en sú niðurstaða sem við fáum út úr því að segja að í visireglu 76. gr. stjórnarskrárinnar felist skylda löggjafans til að mæla fyrir um aðstoð við þá sem ekki geta séð fyrir sér sjálfir. Ef við berum regluna saman við þá túlkun 1. mgr. 76. gr. að löggjafinn hafi frjálsar hendur um ákvörðun tekjutryggingar, svo framarlega sem gætt sé kjarna réttindanna og almennrar, stjórnskipulegrar jafnræðisreglu (sem a.m.k. felur í sér að um sé að ræða formlega jafnræðisreglu sem krefst þess að sambærileg tilvik skuli sæta sömu meðferð nema málefnaleg rök leiði til annarrar niðurstöðu) verður efnismunur á niðurstöðu. Eins og áður er komið fram er ekki fullkomlega ljóst hvort túlka á niðurstöðu minnihluta Hæstaréttar með þessum hætti, en það virðist þó líklegasti skýringarkosturinn.

5. Lokaorð

Ég hef hér að framan leitast við að túlka dóm Hæstaréttar í Öryrkjabandalagsmálunum svonefndu — einkum dóminn í fyrri málinu — út frá kenningu um stjórnarskrárvarin réttindi. Út frá þeirri kenningu — að viðbættum viðurkenndum sjónarmiðum um túlkun landsréttar (þ.m.t. stjórnarskrárákvæða) í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar — er niðurstaða mín að úrlausn meirihluta Hæstaréttar, sem sætt hefur meiri gagnrýni í fræðiskrifum en að jafnaði er raunin, sé bæði fyllilega tæk aðferðafræðilega og vel rökstudd. Ef við lítum á stjórnarskrárbundnar meginreglur sem meginreglur um markmið, sem ná skal að því leyti sem er lagalega og raunverulega mögulegt, felst í því að dómstólar verða að vega og meta þær röksemdir sem koma fram í stjórnarskrárbundnum meginreglum og (laga)reglum til að komast að niðurstöðu um efnisinntak stjórnarskrárákvæða. Í Öryrkjabandalagsmálunum varð niðurstaðan sú að í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar felist réttur til aðstoðar vegna örorku sem orða má sem einstaklingsbundin (efnis)réttindi. Hvað í þeim rétti felst veltur á því hvernig stjórnskipulegar meginreglur og lagareglur vegast á í rökleiðslu dómsins.

⁶¹ Sjá hér niðurstöðu í síðari dóminum, þar sem Hæstiréttur komst að því að ekki hefði mátt skerða tekjutryggingu afturvirk, sbr. umfjöllun í kafla 4.1.

Ég komst að þeirri niðurstöðu að jafnræðisregla stjórnarskrárinnar hefði haft þýðingu við röksemdafærslu meirihluta Hæstaréttar og að þar megi einnig greina áhrif frá alþjóðlegum skuldbindingum. Í jafnræðisreglunni felast rök sem vegin eru á móti rökum um rúma túlkun meginreglunnar um eigin framfærslu og leiða til takmörkunar á því að hvaða marki má líta til tekna maka við ákvörðun tekjutryggingar. Þá beitir meirihlutinn rökum sem felast í efnislegri jafnræðisreglu sem leiðir til þess að viðurkennt er að um virka og raunhæfa vernd réttinda einstaklinga skuli vera að ræða. Stjórnarskrárvarin réttindi verða þannig virk í réttarsambandi einstaklinga og ríkisins og skila sér ekki aðeins í orði, heldur einnig í raun. Röksemdir dregnar frá meginreglunni um jafnrétti kynjanna og almennri jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar vinna þannig með 1. mgr. 76. gr. og þau rök leiða einnig til þess að hægt er að afmarka nánar þau réttindi sem felast í 1. mgr. 76. gr., þegar meginreglan er útfærð með hliðsjón af því sem er lagalega og raunverulega mögulegt.

Ef lög eru rökraða, verður rökraða meirihluta Hæstaréttar í Öryrkjabandalagsmálinu fyrri vonandi hluti framtíðarumræðu um inntak stjórnarskrárákvæða. Ekki eru allir sammála um að lög séu rökraða, en um það efni verður að vísa í völuarhús fræðanna. Fyrir utan röksemdir sem leiðir af almennri jafnræðisreglu er vonandi að annað mikilvægt framlag Öryrkjabandalagsdómsins skili sér í réttarframkvæmd framtíðarinnar. Í dómi meirihlutans segir: „Þrátt fyrir svigrum almenna löggjafans til mats á því hvernig þessi lágmarksréttindi skuli ákvörðuð, geta dómstólar ekki vikið sér undan því að taka afstöðu til þess, hvort það mat samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar.“ Hér má enn vísa til Alexys, sem segir réttléga að lítið verði úr inntaki stjórnarskrárákvæða ef túlkun þeirra og fylling er algerlega eftirlátin almenna löggjafanum.

Eins og Öryrkjabandalagsdómarnir og afleiðingar þeirra sýna greinilega, skilar rökraða dómstóla og löggjafa niðurstöðu sem sátt getur náðst um. Ef dómstólar standa vörð um grundvallarréttindi sem varin eru í stjórnarskrá og löggjafinn tekur mið af þeim rökum við beitingu valdeimilda sinna, eru grunnhugmyndir lýðræðisins ekki í hættu, enda getur löggjafinn (eða stjórnarskrárgjafinn) brugðist við röksemdum dómstóla með breytingum ef þurfa þykir. Er vonandi að dómstólar víki sér ekki undan því í framtíðinni að taka afstöðu til inntaks þeirra meginreglna sem njóta stjórnskipulegrar verndar og standi vörð um stjórnarskrárvarin réttindi þegnanna.

HEIMILDIR

- Alexy, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Julian Rivers þýddi á ensku. Oxford 2002.
- Alþingistíðindi*.
- Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti 2001, bls. 77–103.
- Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín* (endurskoðuð útgáfa, Björn Þ. Guðmundsson og Stefán Már Stefánsson). Reykjavík 1989.
- Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Lögberg*. Rit Lagastofnunar Háskóla Íslands. Reykjavík 2003, bls. 155–185.
- Davíð Þór Björgvinsson: *Lögskýringar*. Reykjavík 1996.
- Dóra Guðmundsdóttir: „Um lögtöku Mannréttindasáttmála Evrópu og beitingu í íslenskum rétti“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 1994, bls. 154–190.
- Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 1999.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“. *Úlfjótur*, 2. tbl. 2002, bls. 217–225.
- Leidari. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 2003, bls. 213–216.
- Oddný Mjöll Arnardóttir: „Um gildissvið og eðli hinnar almennu jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. tbl. 1997, bls. 94–119.
- Páll Hreinsson: „Litróf jafnræðisreglna“. *Afmælisrit til heiðurs Gunnari G. Schram sjötugum*. Reykjavík 2002, bls. 1–29.
- Ragnhildur Helgadóttir: „Afstaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga — þróun síðustu ára“. *Úlfjótur*, 1. tbl. 2002, bls. 97–110.
- Stjórnartíðindi*.

BRÁÐABIRGÐAFORSJÁ

1. Inngangur

ALKUNN er frásögnin í Gamla testamentinu þar sem tvær konur deila um nýfætt barn. Önnur var móðirin, hin ekki. Salómon konungur ákvað að höggva bæri barnið í tvennt svo báðar fengju barnið. Móðirin bað þá barninu lífs og lagði til að konungur gæfi það hinni. Hin hvatti til verknaðarins því þá fengi hvorug barnið. Salómon konungur sá hvor var hin rétta móðir og fékk henni barnið.¹

Í forsjármálum nútímans deila foreldrar, faðir og móðir, um börn sín.² Viska í anda Salómons konungs leysir ekki þær deilur því báðir foreldrarir „eiga“ börnin og vilja fara með forsjá þeirra. Lögjafinn hefur falið dómstólum að leysa ágreining um forsjá og sett fram leiðbeiningar um það til hvaða þátta dómari skuli líta er hann tekur ákvörðun í máli.³ Verður nánar vikið að þeim hér á eftir.

Í grein þessari er fjallað um bráðabirgðaforsjá, sem krefjast má úrskurðar um í máli um forsjá barns. Um úrræðið verður m.a. fjallað í ljósi dómafordæma Hæstaréttar.⁴ Með barnalögum nr. 76/2003 (hér nefnd barnalög) var lögfest heimild til að kæra til Hæstaréttar úrskurð héraðsdóms um bráðabirgðaforsjá.

2. Forsjarmenn⁵

Foreldrar í hjúskap eða skráðri sambúð skv. þjóðskrá fara sameiginlega með forsjá barna sinna. Ef annað foreldrið andast fer hitt áfram eitt með forsjána.

¹ *Biblian*. Fyrri bók konunganna, 3. kapítuli 16.–28. vers, 318.

² Enn hafa ekki komið til kasta dómstóla hér á landi forsjardeilur milli samkynhneigðra foreldra.

³ Ítarlega er um það fjallað í skýringum með 34. gr. barnalaga. *Barnalög ásamt greinargerð* 88–89.

⁴ Barnalög nr. 76 27. mars 2003 gengu í gildi 1. nóvember s.á. Skv. 81. gr. laganna skal þeim beitt um öll forsjármál sem þingfest eru eftir 1. nóvember 2003. Hér verður fjallað um dóma í bráðabirgðamálum sem gengu fyrstu tvö árin eftir gildistöku barnalaga, þ.e. frá 1. nóvember 2003 til 31. október 2005.

⁵ Um forsjarmenn og forsjá við andlát er fjallað í 29. og 30. gr. barnalaga.