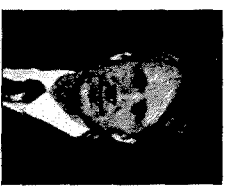


Dómstólar geta ekki vilkið sér undan því að taka afstöðu

– Um vernd efnahagslegra, félagslegra og menningarlegra réttinda fyrir dómstólum*



Kári Hólmur Ragnarsson, hdl., lögmaður hjá lögmannsstofunni Rétti

Efnisyfirlit

1. Inngangur
 - 1.1. Almenn
 - 1.2. Hlutverk dómstóla
 - 1.3. Nánari efnisaförkun
2. Um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og stjórnskipulega vernd slíkra réttinda
 - 2.1. Almenn um flokkun mannréttinda og algildi og samhengi mannréttinda
 - 2.2. Stjórnskipuleg vernd EFM-réttinda
 - 2.2.1. Fornleg og efnisleg vernd
 - 2.2.2. Umfang þeirrar vendar sem felst í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar
 - 2.2.3. Er þörf á breytingum á ákvæðum stjórnarskrár um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi?
3. Skyldur ríkja samkvæmt ákvæðum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi
 - 3.1. Almenn
 - 3.2. Þrískiptar skyldur
 - 3.2.1. Almenn
 - 3.2.2. Skyldan til þess að virða
 - 3.2.3. Skyldan til þess að vernda
 - 3.2.4. Skyldan til þess að efna

* Greinin er unnin upp úr samnefndri meistararitgerð hófundar frá lagadeild Háskóla Íslands.

- 3.3. Ákvæði um innleiðingu EFM-réttinda í *áföngum* og *eftir getu* – takmarkanir á skyldur ríkja?
 - 3.3.1. Almenn
 - 3.3.2. Efnisatriði 1. mgr. 2. gr. SEFMR
 - 3.3.3. Aðrir alþjóðasamningar um EFM-réttindi
 - 3.3.4. Hvaða þýðingu hafa slík ákvæði við beiðingu íslenskra stjórnarskárákvæða?
- 3.4. Nokkur orð um brot ríkja á ákvæðum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi
- 3.5. Lokaorð um skyldur ríkja
4. **Mælikvarðar dómstóla við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum**
 - 4.1. Almenn
 - 4.2. Lágmarksinntak mannréttinda (e. *minimum core obligations/content*)
 - 4.2.1. Almenn
 - 4.2.2. Lágmarksinntak réttinda – nokkur dæmi
 - 4.2.3. Beiðing í dómaframkvæmd
 - 4.2.4. Hver eru tengsl kjarna réttindanna og efnahagslegrar getu ríkja? Er ríkið heimilt að innleiða lágmarksinntak réttinda í áföngum?
 - 4.2.5. Lokaorð um lágmarksinntak réttinda
- 4.3. Bann við visvitandi aðgerðum sem fela í sér afturför
 - 4.3.1. Almenn
 - 4.3.2. Hvenær teljast ráðstafanir stjórnvalda fela í sér afturför?
 - 4.3.3. Efnisatriði mælikvarðans um bann við aðgerðum sem fela í sér afturför
 - 4.3.4. Beiðing mælikvarðans í dómaframkvæmd – ýmis álitæfni
 - 4.3.5. Lokaorð um aðgerðir sem fela í sér afturför
- 4.4. Áhrif meðalhöfreglu stjórnskipunarrettar og hinnar sérstöku meðalhöfreglu á sviði EFM-réttinda
 - 4.4.1. Almenn
 - 4.4.2. Meðalhöfreglan og takmarkanir á EFM-réttindum
 - 4.4.3. Áreksstur réttinda og hin sérstaka meðalhöfregla
 - 4.4.4. Lokaorð um meðalhöfregluna
- 4.5. Samngirnismælikvarðinn (e. *reasonableness review*)
 - 4.5.1. Almenn
 - 4.5.2. Efnisatriði samngirnismælikvarðans
 - 4.5.3. Náðar um beiðingu samngirnismælikvarðans í dómaframkvæmd
 - 4.5.4. Lokaorð um samngirnismælikvarðann
- 4.6. Er hægt að setja fram heildstæðan mælikvarða?
 - 4.6.1. Almenn
 - 4.6.2. Hinn heildstæði mælikvarði EFMIR-nefndarinnar
 - 4.6.3. Er heimilt að nýta mælikvarða EFMIR-nefndarinnar fyrir íslenskum dómstólum?

5. Lokaorð HEIMILDASKRÁ DÓMASKRÁ

1. Inngangur 1.1. Almenn

Þrátt fyrir svigrúm almenna löggjafans til mats á því, hvernig þessi lágmarksréttindi [sem felast í 76. gr. stjórnarskrárinna] skuli ákvörðuð, geta dómstólar ekki vikið sér undan því að taka afstöðu til þess, hvort það mat samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinna.¹

Tíill greinar þessarar er sóttur í tilvitnuð orð Hæstaréttar Íslands úr svonefndum *Öryrkjabandalagsdómi* frá árinu 2000. Það er við hæfi að hefja greinina á tilvitnun í þennan merkliga dóm, enda mun hann koma víða við sögu, og er leiðandi fordæmi í íslenski dómaframkvæmd um þau mannréttindi, sem hér verða umfjöllunarefni; efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (hér eftir verður til hagræðingar vísað til þessara réttinda sem EFM-réttinda). Réttindi þessi vekja ýmsar áhugaverðar, fræðilegar spurningar og hér verður leitast við að varpa ljósi á hluta þessara álitæfna. En þó að fræðileg hlíð réttindanna sé sannarlega áhugaverð er mikilvægt að setja þau í rétt samhengi.

The monitoring of human rights is not an academic exercise; it is intended to be a means of reducing the human suffering that results from serious violations of international standards.²

Þegar einhver sætir pyndingum eða skerðingu á tjáningarfrelsi telja flestir, nánast ósjálfrátt, að stjórnvöld beri ábyrgð. Annað er uppi á teningnum þegar fólk deyr úr hungri eða þorsta, eða þegar þúsundir fátækra íbúa eru bornir út af heimilum sínum.³ Algengt er að efnahagslegum eða þróunarlegum þáttum sé kennt um, eða einfaldlega talið að mannlæg eynd sé óhjákvæmlega staðreynd, áður en nokkrum dettur í hug að sökin liggja hjá stjórnvöldum. Enn alvarlegra er að í auknum mæli er sökin rakin til fórnarlambanna sjálfra.⁴ Þó að íslenskar aðstæður, sem einkum verða til skoðunar hér, verði seint taldar jafnskuggalegar og víða annars staðar, þá eru hin lögfræðilegu álitæfni þau sömu. Mannréttindi er líta að framfærslu, atvinnu, fæði, húsnæði, heilsu og menntun – þessum grundvallargæðum mannlægar tilvistar – eru hluti af íslenski stjórnskipun og hafa lengi verið staðfest í alþjóðasamtárfi um

¹ *Htt*, 2000, bls. 4480 (125/2000) (*Öryrkjabandalagsdómur 1*). Áherslur mínar. Hér eftir verður einfaldlega vísað til dómsins með heitinu *Öryrkjabandalagsdómurinn*.

² Audrey R. Chapman, „A ‘Violations Approach’ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, bls. 37.

³ Hafa má í huga að meira en milljarður manna býr við fátækt í heiminum í dag og um 550 milljónir manna leggjast svangri til sverfis á hverri nóttu. Meira en 1,5 milljarður manna hefur ekki fullnægjandi aðgang að hreinu drykkjarvatni og hreinlaet. Um 500 milljón barna hafa ekki aðgang að grunnmenntun og um milljarður fallorðinna er ólæs. Ashjarn Eldir, „Economic and Social Rights”, bls. 156.

⁴ Scott Leckie, „Another Step Towards Invisibility”, bls. 82. Leckie vísar um hlið stásmefnda til María Foscarinis: „Downward Spiral: Homelessness and Its Criminalization”, bls. 1.

mannréttindi. Hér verður kannað hvernig þessi mannréttindi njóta verndar dómstóla.

Aftaða Hæstaréttar að framan er út af fyrir sig skýr – dómstólum ber að taka afstöðu til ásakana um brot gegn EFM-réttindum, líkt og öðrum. En þar með er spurningunni ekki svarað. *Hvernig* ber dómstólum að komast að niðurstöðu um inntak slíkra réttinda og samsvarandi skyldna ríkisvaldsins? Með öðrum orðum, hvaða túlkunaráferðum ber að beita í dómsmálum á þessu sviði og hversu mikið svigrúm er dómstólum rétt að veita stjórnvöldum til þess að útfæra stjórnskipulega aðgerðaskyldu sína á grundvelli ákvæða um EFM-réttindi?

Hafa verður í huga það einkenni dómsmála á sviði mannréttinda, að nær alltaf er um það að ræða að einstaklingur, sem oft er í erfiðri eða viðkvæmri stöðu, leitast til dómstóla í nauðvörn vegna réttinda sinna gagnvart ásókn opinbers valds og reyndar einnig einkavalds. Dómstólar eru þannig „gæslumenn stjórnskipunarinnar og jafnframt síðasta vígi borgarans.“⁵ Þetta einkenni er enn mikilvægara á sviði efnahagslegra og félagslegra réttinda, þar sem ágreinings-efni dómsmála lýtur jafnvel beinlínis að því að lífa af, eða að því að lífa með sæmlegri reisn og manlegri virðingu.

Mannréttindi þessi líta, í örlitð stærra samhengi, að því hvernig stjórnskipun okkar og samfélag – og þar á meðal réttarkerfið – svarar kröfum um félagslegt réttlæti. Löggin eiga að standa vörð um hagsmunum þeirra sem líða skort eða að komast í veg fyrir slíkan skort, eða eins og Ramon Magsaysay, forseti Filippseyja orðaði með kjarnrytum hætti: „Those who have less in life should have more in law.“⁶

1.2. Hlutverk dómstóla

Í fræðilegri umræðu um EFM-réttindi hér á landi hefur mikil áhersla verið lögð á hlutverk dómstóla, þ.e. hvort dómstólar hafi vald (eða umboð) til þess að skera úr um ágreining varðandi slík réttindi.⁷ Alítaefnið um dómhæfi EFM-réttinda hefur að sjálfstöðu einnig verið rannsakað ítarlega á alþjóðavettvangi.⁸ Hér

5 Ragnar Aðalsteinnsson: „... einungis eftir lögunum“, bls. 29.

6 Hér tekið úr Gilbert Sembrano: „Judicial and Quasi-judicial Implementation of ESC Rights: the Philippine Experience“, bls. 292.

7 Sjá um þetta atriði m.a. Ragnar Aðalsteinnsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, Jón Steinarr Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“, Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“, Ragnhildur Helgadóttir: „Aftaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“, Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, einkun um bls. 60-68; Björg Thorarensen: „Beting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“ og Sigurður Línadal: „Um lagasetningarvald dómstóla“.

8 Strax við samningaviðræðurnar við gerð samnings Sameinuðu þjóðanna (hér eftir skammtaáð SP) um EFM-réttindi frá 1966 lagði Indland fram tillögu, sem gerði ráð fyrir að í formala sáttmálsákvæðum gegn 5 og eitt ríki sat hjá. UN doc. E/CN.4/SR.248*, bls. 26.

*Í greininni verður vísað til skjalasfnis SP meðinni alþjóðlegu tilvísun „UN Doc.“ og síðan numerri viðkomandi skjals í skjalasafninu, sem er aðgengilegt á <http://documents.un.org/>

verður sú leið hins vegar farin að ganga út frá því sem vísu að dómstólar séu almenn þær til þess að fjalla um álítaefni tengd EFM-réttindum og daema um hvort ríkið hafi brotið gegn skyldum sínum samkvæmt slíkum réttindum.⁹ Hér verður því tekið undir orð Dóru Guðmundsdóttur um að

timabært sé að fjalla meira um túlkun stjórnarskráákvæða en formleg atriði um valdmörk löggjafa og dómstóla við betingu og fyllingu þeirra.¹⁰

Þrátt fyrir að þessi leið sé farin er bæði óhjákvæmilegt og eðlilegt að álítaefni um hlutverk og valdmörk dómstóla komi til skoðunar í einstökum köflum greinarrinnar, enda oft samtvinnuð afmörkun á lögskýringarsjónarmiðum og þeim mælikvörðum, sem dómstólum er heimilt að nota við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum.

1.3. Nánari efnisafmörkun

Hér á eftir verður leitað svara við því með hvaða hætti dómstólar hafi nálgast og geti nálgast álítaefni um hvort brotið hafi verið gegn ákvæðum um EFM-réttindi. Áherslan verður á tilvik þar sem einstaklingur telur að brotið hafi verið gegn EFM-réttindum sínum, eins og þau eru vernduð í stjórnarskrá og mannréttindasáttmálum, t.d. með lagasetningu sem samrýmist ekki stjórnarskrá eða með athöfnum eða athafnaleysi stjórnvalda á þessu sviði. Ekki verður rannsakað með hvaða hætti unnt er að vernda EFM-réttindi fyrir milligöngu ákvæða um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi eða jafnræðisreglunnar.¹¹

9 Heimilt þykir að byggja á þessari forsendu í ljósi dómforðanna Hæstaréttar Íslands, sbr. einkun *Öryrkjahlutahagsdóminn og Hrd.* 1999, bls. 390 (177/1998) (*Ragna K. Guðmundsdóttir* gegn *Háskóla Íslands*) svo og (a.m.k. til hlífðsjónar) afstöðu umboðsmanns Alþingis í álitum sínum *ÚA 3. apríl 2007* (4650/2006 og 4729/2006) (*tonlistarskólar*) og *ÚA 10. júní 2008* (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (*Málafni aldrafra*). Einnig hefur Ragnar Aðalsteinnsson fært fyrir því samþættað rök að ekki aðeins sé aftaða dómstóla sú að þeir séu þær til þess að fjalla um EFM-réttindi heldur sé slík aftaða beinlínis *askilg* og samrýmist í hæsta máta skilyrðum lýðræðis og valdgreiningarreglunnar. Sjá „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“ A alþjóðavettvangi hefur verið gerlegt svo langt að fullyrða: „The argument of non-justiciability of ESC rights can no longer be legitimately sustained in international law.“ Mashood A. Badierin og Robert McCordale: „The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development“, bls. 12.

10 Dóra Guðmundsdóttir: „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárvarin réttindi“, bls. 133.

11 Um slík úrreði, sem geta verið afar áhrifarík, er t.d. fjallað um hjá Björgu Thorarensen: „Beting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“, Davíð Wiseman: „Methods of Protection of Economic, Social and Economic Rights in Canada“, Sandra Liebenberg: „The Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Domestic Legal Systems“ og social rights in the commonwealth.“ Þessi úrreði eru sérstaklega áberandi í dómframkvæmd á Indlandi, einkum hvað varðar betingu á rétti til lífs til verndar efnahagslegum og félagslegum réttindum. Sjá t.d. S. Muráldhar: „Judicial Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario“.

Fjallað verður um þær skyldur sem hvíla á ríkinu gagnvart EFM-réttindum og um þá mælikvarða sem dómstolar (Íslenskir og erlendir) og alþjóðlegir úrskurðaraðilar hafa beitt við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum. Íslensk dómframkvæmd á þessu sviði er af skornum skammti, en heimilt þykir að fjalla um dóma frá ýmsum alþjóðlegum úrskurðarðilum og dómstólum einstakra ríkja enda er um að ræða lönd þar sem gilda stjórnarskrár, sem hafa verið tengsl við alþjóðlega mannréttindasáttmála (einkum Mannréttindasáttmála Evrópu (MSE), alþjóðasamning Sp um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi (SEFMR) og alþjóðasamning Sp um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi (SBSR). Með breytingunum á íslensku stjórnarskránni árið 1995 var stjórnarskráin tengd hinu alþjóðlega mannréttindakerfi órjúfánlegum böndum, bæði í gegnum orðalag ákvæða hennar, og tilvísanir í undirbúningsgögnum. Dómstólum víða um heim, sem allir túlka stjórnarskrárákvæði með ríka áherslu á alþjóðlega mannréttindasáttmála, er því heimilt að lífa hver til annars um túlkunaraðferðir, þrátt fyrir að um ólík lagakerfi kunnni að vera að ræða að öðru leyti.¹²

2. Um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og stjórnskipulega vernd slíkra réttinda

2.1. Almennt um flokkun mannréttinda og algildi og samhengi mannréttinda

Öll mannréttindi eru talin leiða af þeim skilningi að allir menn séu jafnbornir til virðingar og óáfsalanlegra réttinda.¹³ Réttasta og heildstæðasta nálgun á umfjöllun um mannréttindi er því sú sem staðfest var af Heimsráðstefnu um mannréttindi í Vínarborg árið 1993:

All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis.¹⁴

Hér verður óumflýjanlega að gera fyrirvara um mismunandi stöðu dómstóla í stjórnskipan ríkja. Allt að einu líta þau lögskýringarsjónarmið sem helst um ræðir í raun ekki í megnarröðum að sambandi löggjafa og dómvalds og því hefur þessi fyrirvari líklega ekki mikið vægi í þessu samhengi.

13 Sjá fyrstu málsgrein inngangsorða Mannréttindafyrirsingar Sp (hér eftir skammstöfuð MRY), ályktun Alsherjarpingsins, nr. 217A (III), U.N. Doc. A/8/10, bls. 71 (1948). Hún var samþykkt 10. desember 1948 með 48 ákvæðum gegn engu, en átta aðildarríki sátu hjá. Formlega séð hefur Mannréttindafyrirsingin stöðu óbindandi ályktunar Alsherjarpingsins (myndi teljast til „soft law“) en a.m.k. hlutar hennar teljast nú líklega bindandi fyrir öll ríki heims á grundvalli vortu. Sjá t.d. Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*, bls. 575 og Peter Malanczuk: *Acknowledgment of Modern Introduction to International Law*, bls. 213.

14 *Vienna Declaration and Programme of Action* (1. hluti, 5. mgr.), samþykkt af Heimsráðstefnu um mannréttindi í Vínarborg, 25. júní 1993 (UN Doc. A/CONF. 157/24 (Part I), chap. III). Þó að þessi margtívitnaða stefnufrýsing sé út af fyrir sig skýr þá kom fjótlega fram gegnryni á það hversu illa athygli EFM-réttindi fengu á ráðstefnunni og í fyrirsýingunni, sjá t.d. Philip Alston: „Disability and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 97

Öll flokkun mannréttinda¹⁵ hefur þann ókost að ykja það sem er ólíkt milli einstakra flokka mannréttinda, fremur en að staðfesta þennan heildstæða skilning og viðurkenna að mannréttindi eru öll jafnréttá, innbyrðis tengd og hvort öðru háð.¹⁶ Því getur slík flokkun að mörgu leyti verið óheppileg og jafnvel skaðleg fyrir vernd mannréttinda¹⁷ – enda er enn algengt að EFM-réttindi séu meðhöndluð sem annars flokks réttindi.¹⁸

Í þessari grein er allt að einu byggt á viðtekinni flokkun mannréttinda í borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi annars vegar, og efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi hins vegar.¹⁹ Hér verður fallist á notkun flokkunarinnar sem tækis til hagræðingar og einföldunar við fræðilega umfjöllun, en ekki fallist á að hægt sé að alhæfa um eðli þessara mannréttinda út frá flokkuninni einni saman.²⁰

2.2. Stjórnskipuleg vernd EFM-réttinda

2.2.1. Formleg og efnisleg vernd

Hér verður ekki fjallað efnislega um inntak þeirra mannréttinda sem flokkuð eru sem efnahagsleg, félagsleg og menningarleg²¹, heldur verður áherslan á umfjöllun um aðferðafræði. Þó verður vikið örfáum orðum að ákvæði 76. gr. stjórnarskrárinnar:

15 Sjá um ýmsar flokkunar t.d. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 35-40.

16 Sem dæmi um innbyrðis tengsl mannréttinda hefur t.d. verið bent á að án réttar til meintunar er rétt að nýta sér þjáningarfrelsi á áhrifaríkan hátt og án réttar til neringar og læknishjálpar er eftir fátæks fólks til lífs ógnáð. Sjá *Socio-Economic Rights in South Africa: Research book 2*, útg. Ritsj. Sibonile Khoza, bls. 19.

17 Sjá t.d. Craig Scott: „Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of „Economic, Social and Cultural Rights““, bls. 635-637.

18 Philip Alston: „Disability and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 96. Sem dæmi má nefna erindi Hins íslenska félagsáhugamanna um stjórnskipun til stjórnskrármefndar frá 2005, en þar kemur m.a. fram: „Alfarna ber 76. gr. stjórnarskrárinnar. Svokölluð félagsleg og menningarleg mannréttindi eru ekki mannréttindi.“ Snorri Stefánsson: „Erindi frá Hinu íslenska félagi áhugamanna um stjórnskipun“, <http://www.stjornarskra.is/Erindi/nr/1822>.

19 Sjá um þessa flokkun eins og hún horfði við frumvarpsföndum við stjórnarskrárbreytingarnar 1995 Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2076, og einnig Gunnar G. Scharan: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 450. Þriðji flokkur mannréttinda nær síðan til ýmissa hópréttinda, t.d. réttarins til þróunar, réttarins til sjálfsákvörðunar þjóða o.fl.

20 Mary Robinson, fyrrum mannréttindafulltrúi Sp hefur sagt að nýtt tímabil mannréttindaverndar hafi hafist við lok stríðsins og tími sé loks kominn til að taka báða flokka mannréttinda jafn alvarlega. Mary Robinson: „From Rhetoric to Reality: Making Human Rights Work“, bls. 1. og „Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward“, bls. 866. Sjá einnig Allan Rosas og Martin Scheinin: „Categories and Beneficiaries of Human Rights“, bls. 50-54. Með þessu er ekki algerlega útilokað að einstök ákvæði, sem teljast til EFM-réttinda geti ekki talist *lagaleg* í ákvæðnum skilningi eða því haldð fram að öllum síkum ákvæðum verði skilyrðislaus bett að dómstólum. Hér er fremur átt við að ekki eru efni til þess að gera slíkan greinar-mun á flokkun mannréttinda, heldur er nauðsynlegt að skóða hvert tilvik fyrir sig.

21 Umfjöllun um ákvæði SEFMR má t.d. finna hjá Kristínu Benediktssdóttur: „Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi“.

76. gr. Öllum, sem þess þurfa, skal tryggður í lögum réttur til aðstoðar vegna sjúkleika, örorku, elli, atvinnuleysis, örbirgðar og samþæflegra atvika.

Öllum skal tryggður í lögum réttur til almennar menntunar og fræðslu við sitt hæfi.

Ákvæði 2. mgr. tryggir réttinn til almennrar menntunar²² og er í athugasemdum með frumvarpi því, sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, vakin athygli á ákvæðum 13. gr. SEFMIR og 27. gr. Barnasáttmálans.²³

Inntak 1. mgr. er öllu djófsara við fyrstu sýn. Sem fyrr segir gefst ekki færi á ítarlegri umfjöllun um þetta efni, en þó þykir nauðsynlegt að rökstyðja að ákvæðið veiti raunveruleg *efnisréttindi*. Spurningin er hvort orðið *réttur* verði túlkað sem svo að það feli einungis í sér *formkröfu* (þ.e. lagaáskilnaðarreglu) eða feli í sér *efnislegt inntak*.²⁴ Hæstiréttur hefur slegið því föstu að ákvæðið tryggir einstaklingum ákveðinn efnislegan rétt.

Í *Öryrkjábandalagsdómnum* reyndi á skerðingarreglur almannaþryggingalaga vegna tekna maka lífeyrisþega. Í forsendum meirihlutans segir m.a.: „Samkvæmt framantíðu verður 76. gr. stjórnarskrárinnar skýrð á þann veg að skylt sé að tryggja að lögum rétt séthvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi, sem ákvæðið sé á málfræðilegum hátt. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnar hefur almenni löggjafinn vald um það hvernig þessu skipulagi skuli hátáta. Skipulag, sem löggjafinn ákveður, verður þó að fullnægja þeim lágmarksréttindum, sem felast í ákvæðum 76. gr. stjórnskrárinnar. Þá verður það að uppfylla skilyrði 65. gr. stjórnarskrárinnar um að hver einstaklingur njóti samkvæmt því jafnréttis á við aðra sem réttar njóta, svo og almennra mannréttinda. [...] Þrátt fyrir svigrúm almenna löggjafans til mats á því, hvernig þessi lágmarksréttindi skuli ákvröðud, geta dómstólar ekki víkið sér undan því að taka ástíðu til þess, hvort það mat samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnar.“

Ljóst er að í 1. mgr. 76. gr. stjkskr. felast a.m.k. lágmarksefnisréttindi og íslenskir dómstólar munu byggja dóma á ákvæðinu án þess að sjónarmið um að löggjafinn skuli ákvarða EFM-réttindi standi því í vegi.²⁵ Þetta hefur einnig verið orðað svo að sá sem þess þarf, „eigi þeinan og raunhæfan rétt til aðstoðar

22 Um ákvæðið er fjallað nokkuð ítarlega í álitu umboðsmanns Alþingis, *UA 3, apríl 2007 (4650/2006 og 5729/2006) (tölustarskólar)*. Þá fallar BA-ritgerð hófundar um inntak ákvæðisins og íslenska löggjöf á þessu sviði, Kári Hólmarr Ragnarsson: *Réttur til menntunar* (óbirrt). Nýlega hefur ákvæðið líkt og önnur mannréttindaákvæði stjkskr. hlotið umfjöllun hjá Björgu Thorarensen: *Sjórnarskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 552-558.

23 Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2110. Verður reyndar að telja ljóst að ætlunin hafi verið sú að vísa til 28. gr. Barnasáttmálans, enda er í henni fjallað um rétt barna til menntunar.

24 Sjá um þetta t.d. Robert R. Spanó: *Túlkun lagakræða*, bls. 129 og áfram.

25 Ragnhildur Helgadóttir: „Ástaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulögu gildi laga – þróun síðustu ára“, bls. 104. Sjá einnig Dóra Guðmundsdóttir: „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrárvörin réttindi“, bls. 136.

frá ríkinnu, en ekki aðeins kröfu til að komið sé á fót almannaþryggingakerfi með lögum.“²⁶

Hins vegar má taka undir með Róbert R. Spanó að ákvæði 76. gr. stjkskr. hefði ekki orðið alveg þýðingarlaust, hefði Hæstiréttur valið öndverðan skýringarkost og ákvæðinu einungis verið veitt formleg merking.²⁷ Með formlegri merkingu er þá átt við *lagaáskilnaðarreglu*, sem gerir þá kröfu að löggjafinn taki ástíðu til þess í settum lögum hvernig þeim sem þurfa skal tryggð aðstoð. Telja verður að ákvæðið feli bæði í sér efnisþátt, sbr. framangreint, svo og slíkan formþátt. Um þá hlið ákvæðisins, þ.e. lagaáskilnaðarregluna, sem í því felst, hefur umboðsmaður Alþingis nýlega fjallað.

UA 10, júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (Mállefni aldráða). Umboðsmaður fjallaði ítarlega um ýmis málfræði aldráða í ljósi stjórnarskrár-ákvæða og reglna stjórnsýsluréttarins. „Hvað sem liður þeim ályktunum sem kunna að verða dregnar af [Öryrkjábandalagsdómnum] um réttindi sem leiða beint af stjórnarskránni sjálfri og hugsanlegt lágmarksinntak þeirra, þá verður að minna álitu ekki hjá því lítið að með ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar er sú frumskylda lögd á Alþingi að það taki ástíðu í formi löggjafar til þess hvaða rétt menn skuli eiga til félagslegrar aðstoðar af hálfu hins opinbera, ríkis og sveitarfélaga, meðal annars vegna elli. Það leiðir í eðli sínu af þessari skyldu að löggjafanum ber að sjá til þess að fyrir hendi séu almennar, aðgengilegar og skýrar reglur um inntak þeirrar aðstoðar [...] Ég tel ljóst að umræddar réttarheimildir [þ.e. 76. gr. stjkskr. og ákvæði alþjóðasamningalaggsi þá skyldu á íslensk stjórnvöld að gæta að því við lagasetningu um fjárhæð og breytingar á ellilífeyri að þau taki ástíðu til þess hvaða þýðingu þær hafi um þetta atriði og hvernig þau telja sig uppfylla þær.“

Hér telur Umboðsmaður því að formregla 1. mgr. 76. gr. stjkskr. geri þær kröfur til útfærslu félagslegrar aðstoðar að a) reglurnar séu í settum lögum, b) þær séu almennar, aðgengilegar og skýrar og c) við lagasetninguna sé tekin ástaða til 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og ákvæða mannréttindasáttmála.

2.2.2. Umfang þeirrar verndar sem felst í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnar
En hver er sá efnislegi réttur sem ákvæðið tryggir? Í athugasemdum með 14. gr. frumvarps þess sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 er fjallað um tengsl ákvæðisins við eldra ákvæði í 70. gr. stjkskr. sem maelti fyrir um rétt þess, sem getur ekki séð fyrir sér og sínum og aðrir eru ekki framfærsluskýldir við, til styrks úr almennum sjóðum. Aðeins er stutt umfjöllun um ákvæðið, en síðan er vakin athygli á reglum „af sama toga og hér um ræðir“ í SEFMIR og FSE, og sérstaklega „12. og 13. gr. félagsmálásáttmálans þar sem eru fyrirmaeli um réttinn til félagslegs öryggis, félagslegrar aðstoðar og læknishjálpar og 11. og 12. gr. alþjóðasamningsins um áþekk atriði.“²⁸

26 Björg Thorarensen: *Sjórnarskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 543.

27 Róbert R. Spanó: *Túlkun lagakræða*, bls. 129, nmgr. 69.

28 Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2110.

Í hinu umfangsmikla riti Bjargar Thorarensen um mannréttindaákvæði stjórnarskrárinna kemur fram:

Sá réttur til aðstoðar, sem fjallað er um í 1. mgr. 76. gr. stjfskr. hefur almennt verið kallaður „framfersluréttur“. Í rétti manns til að fá framfersluástoð, þegar hann getur ekki framfært sig sjálfur, er fólginn kjarni félagslegra mannréttinda sem er jafnframt heilsta undirstaða velferðarkerfisins, en það er þó mun margþættara en svo að það liti aðeins að framfersluástoð.²⁹

Í framhaldinu er fjallað um rétt til aðstoðar í forni almannatrygginga og félagslegrar aðstoðar. Siðar í sama kafla í ritinu er fjallað um hvers eðlis þessi „ástoð“ skuli vera, og því slegið föstu að hún geti ekki aðeins verið í forni peningagreiðslu.³⁰ Óhætt þykir að taka undir þetta. Þá verður að telja rétt að nálgast inntak þeirrar *aðstoðar* sem ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjfskr. mælir fyrir um út frá réttinum til viðunandi lífsáttakomu.³¹ Hinn efnislega rétt einstaklinga til framferluástoðar þegar á þarf að halda og félagslegs öryggis verður að skoða í nánum tengslum við réttinn til viðunandi lífsáttakomu.³² Þannig að með hugtakinu framferlu sé í grunninn átt við hvernig við uppfyllum grunnþarfir um fæði, klæði, húsnæði og umönnun.³³ Þá er talið að í rétti til viðunandi lífsáttakomu felist mikilvægir efnisþættir, einkum að allir geti með fullri virðingu og án ónaðsýnlegra hindrana tekið fullan þátt í samfélagi sínu til jafns við aðra þegna þjóðfélagsins.³⁴

Þá verður að auki að telja að í ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjfskr. felist réttur til heilsu.³⁵ Í fyrsta lagi er rétt að lífa til þess að í athugasendum með frunvarpi því, sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995, er vísað þarum orðum til 12. gr. SEFMK sem vendar réttinn til heilsu,³⁶ svo og til 13. gr. FSE sem fjallar m.a. um læknishjálp og skyldu ríkja til þess að veita umönnun vegna veikinda. Þá virðist umboðsmaður Alþingis líta svo á að a.m.k. einhverjir þættir réttarins til heilsu njóti vendar:

29 Þjörg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 541-542.

30 *Samn. rit.*, bls. 551-552.

31 Ákvæði 11. gr. SEFMK tryggir rétt til viðunandi lífsáttakomu. Við fræðumfjöllun, svo og í nýjum mannréttindaskrá, er oft skilið á milli einstakra þátta sem felast í viðunandi lífsáttakomu og er þannig t.d. fjallað með sjálfstæðum hætti um rétt til húsnæðis og rétt til matar (EFMR-nefndinni), sjá *General Comment nr. 4, The right to adequate housing* (1991) og nr. 12, *The right to adequate food* (1999), bæði birt í UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004).

32 Í umfjöllun sinni um rétt til framferlu byggir Brynhildur Flóvenz einkum á ákvæðum alþjóðsáttmála um viðunandi lífsáttakomu, Brynhildur Flóvenz: *Réttarskiðin fallaðu*, bls. 166-168.

33 Sbr. skilgreiningu Kirsten Ketcher: *Socialnet-administrative principles. Rettsikkerhed og administration*, bls. 52-53.

34 Asbjörn Eide: „The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food“, bls. 113.

35 Þ.e. *right to health*. Brynhildur Flóvenz hefur fjallað um inntak 76. gr. stjfskr. og telur orðið *aðstoð* fyrst og fremst eiga við „fjárhagslega aðstoð en einnig félagslega og læknisfræðilega.“ Brynhildur Flóvenz: *Réttarskiðin fallaðu*, bls. 170 (sjá einnig bls. 150).

36 Ákvæði 1. mgr. 12. gr. hljóðar svor. Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna rétt sethvers manns til þess að njóta líkamlegrar og andlegrar heilsu að hæsta marki sem unnt er.“

UA 10. júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (*Málfrni alar-aðna*) Í umfjöllun um eftirlit ríkisins með þjónustu dvalar- og hjúkrunarheimila og útræða vistmanna og aðstandenda þeirra vegna athugasemda við aðbúnað og þjónustu kom m.a. fram: „Í þessu sambandi verður sem fyrr að hafa í huga þá skyldu löggjafans samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinna til að tryggja í lögum rétt til aðstoðar, meðal annars vegna sjúkleika og ellu, en ekki verður annað ráðið en að þátttaka ríkisins í kostnaði við þjónustu dvalar- og hjúkrunarheimila fyrir aldraða feli í sér nánari útfærslu á þessari skyldu.“

Einnig verður ráðið af orðalagi 1. mgr. 76. gr. að réttur til læknishjálpar hlýtur að vera vendarður. Að því leyti eru lykilhugtök *þörf*, *aðstoð* og *sjúkleiki*. *Aðstoð* í hverju tilviki fyrir sig skal miðast við *þörf* viðkomandi einstaklings og sérstaklega er tekið fram að þessi þörf geti m.a. komið til vegna *sjúkleika*. Fjárhagsástoð ein og sér getur ekki verið nægileg ástoð vegna sjúkleika, heldur hlýtur oft að vera þörf fyrir umönnun³⁷ og læknishjálp. Þannig leiðir af orðalaginu að réttur til aðstoðar vegna sjúkleika felur í sér rétt til a.m.k. grunnheilbrigðisþjónustu.

Þessi efnisréttindi, sem telja verður að njóti vendar 76. gr. stjfskr., verða meginumfjöllunarefni greinarnna:

- Réttur til viðunandi lífsáttakomu, þ.á m. til viðunandi fæðis og húsnæðis.
- Réttur til félagslegs öryggis.
- Réttur til heilsu.
- Réttur til menntunar.

Meðal ástæðna þess að þessi tilteknur réttindi eru valin eru að þau eru gjarnan talin „ódomhæf“ eða erfið í beitingu dómstóla.³⁸ Þar að auki teljast þau til kjarna félagslegra réttinda³⁹ og geta jafnvel talist nauðsýnleg forsenda þess að njóta annarra mannréttinda.⁴⁰ Þannig eru þau einnig tengd hugmyndinni um manlega reisn nánum böndum.⁴¹

37 Sjá t.d. UA 10. júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (*Málfrni alar-aðna*) þar sem segir m.a. í umfjöllun um 1. mgr. 76. gr. stjfskr.: „Löggjafarinn ber að sjá til þess að fyrir hendi séu almennar, aðgengilegar og skýrar reglur um inntak þeirrar aðstoðar sem einstaklingar eiga rétt á vegna ellu og annarra þar tilgengindra atvæða, hvort sem sú aðstoð er í forni þjónustu og umönnun eða fjárfraunna.“

38 Í kjölfar *Opprjökandagsdómstóls* skrifaði Davíð Oddsson, þáverandi forsætisráðgjafi, að dómur um slík réttindi væri „ekki endir hverrar þrætu, heldur upphaf hatramma deilna, sem í verstu tilvikunum ettra allt þjóðfélagið...“ Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, bls. 12.

39 Asbjörn Eide: „Economic and Social Rights“, bls. 199.

40 Ragnar Aðalsteinnsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, bls. 412 (varðandi viðunandi lífskilyrði) og Manfred Nowak: „The Right to Education“, bls. 245-246 (varðandi réttinn til menntunar), jafnframt má vísa til næstu undannmálsgreina:

41 Um þetta hefur stjórnlagadómstóll Suður-Afríku sagt: „There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society are denied those who have no food, clothing and shelter.“ *Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Government of the Republic of South Africa & Others v. Grootboom & Others* 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC) mgr. 23. Hér eftir verður vísað til dómstólsins með heitinu *Grootboom*.

2.2.3. Er þörf á breytingum á ákvæðum stjórnarskrár um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi?

Eftir þessa umfjöllun, og sérstaklega í ljósi þeirra hugmynda, sem eru uppi þegar þetta er ritað um endurskoðun stjórnarskrárrinnar, má spyrja hvort ákvæði stjkr. um EFM-réttindi séu eins skýr og ákjósanlegt væri. Hvað varðar 1. mgr. 76. gr. verður að telja að svo sé ekki. Feskilegt væri að tekin væri skýrari afstaða til þess hvaða réttindi teljast vernduð og jafnvel að úthlstaðar væru a.m.k. að einhverju leyti skyldur ríkisins hvað þessi réttindi varðar.⁴²

3. Skyldur ríkja samkvæmt ákvæðum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi

3.1. Almennt

Joseph Raz skilgreindi hugtakið *réttindi* beinlínis út frá samsvarandi skyldu:

X has a right if and only if X can have rights and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) under a duty.⁴³

Hér er ekki þörf á, né tækifæri, til umfjöllunar um eðli réttinda og skyldna, en bent á skilgreiningu Raz til þess að undirstrika mikilvægi þess að skilgreina þær skyldur, sem leiða af mannréttindaákvæðum og leggja á herðar ríkja. Meðal þeirra sem fjallað hefur um slíkar skyldur er Robert Alexy, sem gerir greinarmun á rétti til neikvæðara aðgerða (þ. *Rechte auf negative Handlung*) og rétti til jákvæða aðgerða (þ. *Rechte auf positive Handlung*).⁴⁴

Á grundvelli slíkrar aðgreiningar í annars vegar *neikvæðar skyldur*, þ.e. skyldu til athafnaleysis og hins vegar *jákvæðar skyldur*, þ.e. skyldu til athafna, hefur jafnvel verið talið að skipa megi mannréttindum í flokka á þessum grundvelli, þ.e. í *jákvæð* réttindi annars vegar og *neikvæð* réttindi hins vegar.⁴⁵ EFM-réttindi myndu þá almennt teljast *jákvæð* en hin borgaralegu og stjórnálalegu teljast

Einnig má vísa til Neindar Sp um EFM-réttindi, sem starfar í tengslum við SEFMR (hér eftir verður vísað til nefndarinnar sem EFMR-nefndarinnar) sem hefur sagt: „The Committee affirms that the right to adequate food is indivisibly linked to the inherent dignity of the human person and is indispensable for the fulfilment of other human rights enshrined in the International Bill of Human Rights.“ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 12. The right to adequate food*, (1999) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 4, bls. 64. General Comment EFMR-nefndarinnar innihalda tilkun nefndarinnar á einstökum réttindum eða efnisþáttum SEFMR. General Comment nr. 1-15 voru endurbirt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004. Hér eftir verður vísað til þess skjals með skjalantitlinum, en ekki fallu heiti þess.

42 Nægar fyrirmyndir eru til af slíkum ákvæðum erlendis frá, sjá t.d. nýlegar stjórnarskrár Suðurlátrku og Finnlands.

43 Joseph Raz: *The Morality of Freedom*, bls. 166.

44 Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*, bls. 171-194. Hér er stuðst við umfjöllun Veli-Pekka Viljanen um kenningar Alexy í Veli-Pekka Viljanen: „The Nature of State Obligations“, bls. 45-46.

45 Sjá þessa flokkun hjá Björgu Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 36-37. Björg gerir þó þann fyrirvara að um einföldun sé að ræða.

neikvæð. Þessi aðgreining er reyndar ekki í samræmi við kenningar Alexy, sem telur eitt mannréttindaákvæði geta leitt af sér margar mismunandi „réttarstöður“ og því geti sömu mannréttindin falið í sér báða ófangreindra flokka.⁴⁶ Flestir fræðimenn virðast einnig samþala um að skyldum ríkja gagnvart mannréttindaákvæðum verði ekki lýst með svo einföldum hætti að borgaralegum og stjórnálalegum réttindum fylgi neikvæðar skyldur, en EFM-réttindum fylgi jákvæðar skyldur.⁴⁷ Hvað varðar jákvæðar skyldur til að tryggja borgaraleg og stjórnálaleg réttindi, hefur Philip Alston bent á:

In today's world, ensuring the free exercise of civil and political rights will often involve significant state intervention and the incurring of considerable public expenditure.⁴⁸

Úr íslenskri dómframkvæmd má t.d. benda á *Hrnl. 1999*, bls. 2015 (151/1999) þar sem staðfest var skylda ríkisins til þess að láta túlka framboðsumræður í sjónvarpi yfir á tákmal og var niðurstaðan einkum studd við hin stjórnálalegu mannréttindi til frjálsra kosninga.

Sömuleiðis má vera ljóst að af EFM-réttindum má leiða neikvæðar skyldur; rétturinn til húsnæðis⁴⁹ felur t.d. í sér skyldu til þess að virða heimili fólks og kemur í veg fyrir að fólk sé borð út af heimilum sínum.⁵⁰

Í umfjöllun hér á eftir verður stuðst við aðra skiptingu á skyldum ríkja – þriggri greiningu í skyldu til þess að *virða*, *vernda* og *efna* mannréttindi (e. *respect, protect, fulfill*).⁵¹ Þessi framsetning⁵² er notuð í tengslum við öll mannréttindi.⁵³

Eitt helsta álitaeftið við umfjöllun um skyldur ríkja samkvæmt ákvæðum um EFM-réttindi, einkum varðandi SEFMR, er orðalag 2. gr. þess samnings. Fjallað verður um niðurstöður fræðimanna og framkvæmd ákvæða SEFMR hvað þetta orðalag varðar og leitast við að svara því hvaða áhrif slík ákvæði kunna að hafa við vernd EFM-réttinda fyrir íslenskum dómstólum.

46 Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*, bls. 224-228.

47 Um þetta sjá t.d. Ragnar Adalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, bls. 413. Björg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðá-samningum“, bls. 98-99.

48 Philip Alston: „Development and the Rule of Law: Precondition Versus Cure as a Human Rights Strategy“, bls. 52.

49 Sem talinn er felast í réttinum til viðunandi lífsákomu, sbr. 11. gr. SEFMR. EFMR-nefndin hefur gefið út sérstaka General Comment vegna útburðar (e. *forced evictions*), sjá EFMR-nefndin: *General Comment nr. 7. The right to adequate housing: Forced evictions* (1997) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), bls. 46. Nánari umfjöllun um neikvæðar skyldur felur undir umfjöllun um skylduna til að *virða* mannréttindi í kafla 3.2.2.

51 Afar lítið virðist vísað til þessarar þrískiptingar í íslenskum fræðiskrifum um mannréttindi. Undantekning eru skrif Ragnar Adalsteinssonar: „Stefnumið eða dómhæf réttindi? svo og Kristínar Benediktisdóttur. „Alþjóðasamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi“.

52 Taka ber fram að flokkunin hefur verið gegngrynd, sjá t.d. Cécile Fabre: „Constitutionalising Social Rights“, bls. 263-284, einkum bls. 270 og áfram. Fabre hafnar þeirri hugmynd að af öllum mannréttindum leiði bæði jákvæðar og neikvæðar skyldur.

53 Victor E. Abramovitch: „Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies“, bls. 187.

3.2. Þrískiptar skyldur

3.2.1. *Alment*

Þrískipting á skyldum ríkja mun fyrst hafa komið fram í skrifum Henry Shue upp úr 1980⁵⁴, en síðar hafa komið fram ýmsar úttæslur á þessari framsetningu.⁵⁵ Hér verður hins vegar kosið að fylgja þeirri framsetningu sem EFMR-nefndin hefur sett fram:

The right to adequate food, like any other human right, imposes three types or levels of obligations on States parties: the obligations to *respect*, to *protect* and to *fulfil*. In turn, the obligation to fulfil incorporates both an obligation to *facilitate* and an obligation to *provide*.⁵⁶

Vikið verður að þessum skyldum eins og þær hafa birst í úrlausnum dómstóla. Ekki verður þessi umfjöllun tæmandi, heldur verður lögð áhersla á hlutverk dómstóla og hvernig þessar skyldur birtast í dómframkvæmd.

3.2.2. Skyldan til þess að virða

Fyrst og fremst uppfylla ríki skyldur sínar til þess að *virða* mannréttindi með athafnaleysi. Hér er því um *neikvæðar* skyldur að ræða, þ.e. ríki mega ekki skerða réttindi eða hindra fólk í að njóta þeirra. Í samhengi EFM-réttinda hefur inntaki skyldunnar verið lýst á eftirfarandi hátt:

[T]o respect the resources owned by the individual, her freedom to find a job of preference, to make the optimal use of one's knowledge and the freedom to take the necessary actions and use the necessary resources – alone or in association with others – to satisfy his or her own needs.⁵⁷

Þessar athafnaleysis skyldur má lesa úr úr ákvæðum um EFM-réttindi: réttur til heilsu felur t.d. óhjákvæmilega í sér skyldur ríkis til þess að skaða ekki heilsu.⁵⁸

54. Sjá Henry Shue: *Basic rights, subsistence, affluence and U.S. foreign policy*, (Lútg., 1980) og Henry Shue: „The interdependence of duties“ (1984).

55. Sjá ítarlega umfjöllun um þróun þessara kenninga: Magdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, bls. 157 og áfram.

56. EFMR-nefndin: *General Comment nr. 12. The right to adequate food*, (1999) UN Doc. HRI/GEIN/1/Rev.7 (2004), mgr. 15, bls. 66. Þessi framsetning er mjög lík framsetningu Asbjørn Eide, sjá m.a.: Asbjørn Eide: „The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: The right to food and to be free from hunger“, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28. júní 1999, Asbjørn Eide: „Realisation of social and economic rights – the minimum threshold approach“, bls. 40-52 og Asbjørn Eide: „Universalisation of human rights versus globalisation of economic power“, bls. 99-120.

57. Asbjørn Eide: „The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: The right to food and to be free from hunger“, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28. júní 1999.

58. Victor E. Abramovich: „Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies“, bls. 183.

Benda má á álit Mannréttindanefndar Afríku (*African Commission on Human and People's Rights*) frá árinu 2001.⁵⁹ Nefndin fjallaði nokkuð ítarlega um skyldur ríkisins til þess að virða, vernda og eigna mannréttindi, en kvörtunin laut m.a. að því að ríkissíðorn Nígeríu hefði með hernáðarögðum brotið gegn rétti fólks af Ogoni aetháلكnum til húsnæðis. Um skyldur ríkisins samkvæmt réttinum til húsnæðis sagði nefndin: „At a very minimum, the right to shelter obliges the Nigerian government not to destroy the housing of its citizens and not to obstruct efforts by individuals or communities to rebuild lost homes.“⁶⁰ [...] The government has destroyed Ogoni houses and villages and then, through its security forces, obstructed, harassed, beaten and, in some cases, shot and killed innocent citizens who have attempted to return to rebuild their ruined homes. These actions constitute massive violations of the right to shelter.⁶¹

Þó að líklegt sé að álikaefni, sem kunna að vakna varðandi skyldur ríkisins til þess að virða EFM-réttindi hér á landi verði harla ólík þessu álitu afrísku nefndinnar þá sýnir álitid með einföldum hætti hvernig neikvæðar skyldur, ekki eðlisólíkar þeim sem felast í réttinum til lífs eða banni við pyndingum, geta leitt af EFM-réttindum.

Í dómi Haestaréttar Filippseyja frá 1993⁶² var aðgerðarleysis skyldum einnig slegið föstum. Í málinu krafðist hópur foreldra fyrir hönd barna sinna (og reyndar fyrir hönd komandi kynslóða) þess að ríkið afturkallaði leyfi til skógarhóggss og gæfi ekki út fleiri slík leyfi. Dómstóllinn tók kröfurnar til greina og byggði á rétti til heilnæms umhverfis en einkum á tengslum slíkra rétinda við réttin til heilsu sem dómstóllinn tók fram að væri „fundamental“, „constitutionalised“, „self-executing“ og „judicially enforceable“. Af fyrrnefndum umhverfisrétti var leidd skylda til þess að skaða ekki umhverfið.

Síðastgreind setning utlistar skyldu til að *virða* réttindi sem teljast náskyld réttinum til heilsu. Skylda til að afturkalla aður veitt leyfi til skógarhóggss myndi reyndar líklega teljast skylda til að *vernda* mannréttindi (sbr. umfjöllun í næsta kafla). Af framkvæmd EFMR-nefndarinnar má ráða að aðgerðarleysis skyldur verði leiddar af öllum (eða nær öllum) réttindum sem vunduð eru af SEFMR.⁶³ Hvað varðar réttin til heilsu hafa verið nefndar eftirfarandi skyldur:

- að virða jafnan aðgang að þeirri heilbrigðisþjónustu sem er fyrir hendi og gera einstaklingum og hópum ekki erfið fyrir að nýta sér þá þjónustu.
- að forðast háttsemi sem hefur neikvæð áhrif á heilsu fólks, t.d. háttsemi sem veldur umhverfismengun.⁶⁴

59. Álit Mannréttindanefndar Afríku, 27. maí 2002 (155/96).

60. Mgr. 61 í álitinu.

61. Mgr. 62 í álitinu.

62. *Hæstaréttur Filippseyja, Oposa o/fl. gegn Fúlgencio S. Factoran, Jr. o/fl. (G.R. No. 101083), 30. júlí 1993*. Dómurinn er birtur á http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=4-01226&doc=13967

63. Magdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations Under the International Covenant...*, bls. 216.

64. Brigit Toebe: „The Right to Health“, bls. 179-180.

Eftir umfangsmikla rannsókn á lokaathugasemndum EFMN-nefndarinnar við skýrslur ríkja hefur Magdalena Sepúlveda sett skyldur ríkja til að virða réttindin, eins og þær hafa komið fram í lokaathugasemndunum, fram á eftirfarandi hátt:⁶⁵

1. Skylda til að forðast að svipta einstakling möguleikanum á því að framfæra sig sjálfan með vinnuframlagi sínu.
2. Skylda til að svipta ekki einstaklinga þeim gæðum sem þeir nýta til framfærslu, einkum landi þeirra.
3. Skylda til að koma ekki í veg fyrir að einstaklingar njóti réttindanna.
4. Skylda til að framfylgja engum þeim lögum, stefnu eða venjum sem fela í sér mismun.
5. Skylda til að standa ekki í vegi fyrir því að þriðji aðili veiti þjónustu eða gæði í þeim tilgangi að uppfylla viðkomandi réttindi.
6. Skylda til að innleiða ekki stefnu, sem hefur neikvæð áhrif á EFMN-réttindi, einkum hvað varðar viðkvæma hópá innan samfélagsins.⁶⁶

Bent er sérstaklega á að samkvæmt fjórða atriðinu telst þann við hvers konar mismun falla undir skyldu til að virða réttindin. Þar með er einnig ljóst að líklegt er að dómsmál snúist um þessar skyldur ríkisins, sbr. nærtækt dæmi í *Öryrkjafandalagsdómnum*.

EFMN-nefndin hefur nýlega fjallað um slíkar skyldur í tengslum við réttinn til félagslegs öryggis.⁶⁷

The obligation includes, *inter alia*, refraining from engaging in any practice or activity that, for example, denies or limits equal access to adequate social security; arbitrarily or unreasonably interferes with self-help or customary or traditional arrangements for social security; arbitrarily or unreasonably interferes with institutions that have been established by individuals or corporate bodies to provide social security.⁶⁸

Mikill hluti af því kerfi, sem ætlað er að tryggja félagslegt öryggi hér á landi er í forni lífeyrissjóðakerfisins, sem er ekki fjármagnað af ríkinu, heldur með beinum hætti af launþegum, en útgreiðsla réttindanna fer síðan eftir lögum og samþykktum lífeyrissjóða, sem staðfestar eru af fjármálaráðherra. Því eru skyldur ríkisins til þess að virða þessi réttindi til félagslegs öryggis, sem laun-

65 Magdalena Sepúlveda: The Nature of the Obligations Under the International Covenant... bls. 212 og áfram.

66 Hér er umföllunarefni EFMN-nefndarinnar einkum innleiðing stefnu í þróunarlöndum eftir samningaviðræður við Alþjóðabankann og/eða Alþjóðgjaldeyrissjóðinn. Þessi skylda er að sjálfsgötu umhugsunarefni fyrir Íslendinga í ljósi samninga sem gerðir voru við Alþjóðgjaldeyrissjóðinn í ársbók 2008.

67 Athyglisvert er að Asbjörn Eide hafði áður ritað að skyldan til að virða gæti ekki átt við um réttinn til félagslegs öryggis: „Economic and Social Rights“, bls. 148.

68 EFMN-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security (2007)*, UN Doc. E/C.12/C/C/19 (2008) mgr. 44.

þegar hafa í raun „fjárfest í“⁶⁹, afar mikilvægar, m.a. þannig að þau verði ekki skert frá því sem viðkomandi mátti búast við með breytingum á laga- og reglugerðarumhverfi.⁷⁰

Hrd. 2000, bls. 1252 (340/1999). Sjómáðurinn H fékk heilablóðfall í nóvember 1994, en þá höfðu tekið gildi lög og reglugerð um lífeyrissjóð sjómanna, þar sem greiðslur voru skertar frá því sem áður hafði verið. H taldi, með vísan til 72. gr stjfskr. að óheimilt hefði verið að skerða réttindi sín með reglugerðinni og krafði lífeyrissjóðinn um greiðslur samkvæmt eldri lögum. Talið var, að ekki yrði komist hjá því að lífa til þess að lífeyrissjóðinn H hefði ekki verið orðin virk þegar þau voru skert með heimild í lögum nr. 94/1994, en heimild löggjafans væri mun þrengrri til að skerða virk lífeyrissjóðir en þau, sem einungis væru væntanleg þegar skerðingin óðlaðist gildi. Hæstiréttur taldi skerðinguna standast 72. gr. stjfskr.

Til eru fleiri Hæstaréttardómar um skerðingu lífeyris, en yfirleitt virðist málalöðunáður nær eingöngu byggjast á friðhelgi eignarréttar, en lítið er fjallað um rétt til félagslegrar aðstoðar.⁷¹ Hér verður hins vegar talið að byggja maetti samhliða á réttindunum báðum í fleiri tilvikum en gert er. Í nefndum dómi hefði þannig mátt byggja á skyldu ríkisins til þess að virða lífeyrissjóðinn, svo og banni við aðgerðum sem fela í sér afturför, sbr. kafla 4.3.

3.2.3. Skyldan til þess að vernda

Skyldur ríkja til að vernda mannréttindi lúta einkum að því að koma í veg fyrir brot á þessum réttindum frá hendi þriðja aðila.⁷² Sem dæmi um hvernig ríki uppfylla jákvæðar skyldur sínar, sem reykja má til skyldunnar til þess að vernda EFMN-réttindi eru lög á sviði vinnuréttar, sem einkum er ætlað að binda vinnuveitendur, t.d. um lágmarkslaun og vinnuástæður, og lög sem tengjast réttinum til húsnæðis og ætlað er að vernda rétt verr settra þjóðfélagsþópa, t.d. um hámarksvexti íbúðalána og reglur um leigu á íbúðahúsnæði.⁷³ Í þessu samhengi, og í tengslum við þjóðfélagsástand á Íslandi þegar þetta er ritað,

69 Lífeyrissjóðir njóta einnig vendar eignarréttarákvæðis stjfskr. sbr. *Hrd.* 2000, bls. 1252 (1999/340), *Hrd.* 1998, bls. 2140 (368/1997) og *Hrd.* 1999, bls. 4769 (195/1999).

70 Um málefni sem eru að hluta til tengd þessu er fjallað í *Hrd.* 17. desember 2009 (665/2008), en Hæstiréttur fjallaði ekki sérstaklega um málsástæður tengdar 76. gr. stjfskr.

71 Slíkar ákvarðanir lögmanna eru út af fyrir sig skiljanlegar þar sem almennt séð verður að telja þá leið líklegri til árangurs með hljóðsón af þeim takmörkuðu forðænum, sem til eru varðandi 1. mgr. 76. gr. stjfskr. Hér er því ekki haldið fram að málsástæður byggðar á 76. gr. stjfskr. hefðu leitt til annarrar niðurstöðu.

72 Mastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Mastricht, 22.-26. janúar 1997, 6. gr. t.d. birtar í *The Mastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, Ritsji, Theo van Boven, Ceas Flinternan og Ingrid Westendorp. Hér eftir nefnd Mastricht-viðmiðin.

73 Victor E. Abramovich: „Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies“, bls. 190.

er fróðlegt að líta á dómframkvæmd stjórnlagadómstóls Kólumbíu varðandi íbúðarlán.⁷⁴

Árið 1997 hófst mikil efnahagslægð í Kólumbíu og vegna ákveðinna aðgerða ríkisins lentu 800.000 skuldarar í greiðsluferfðileikum með svonefnd UPAC íbúðarlán. Upphalega hófu lánin verið verðtryggð, en eftir breytingar á kerfinu hækkuðu vextir langt umfram verðbólgu og langt umfram það sem skuldarar réðu við að greiða eða upp í a.m.k. 33%. Þeir gripu því til ýmissa aðgerða, m.a. borgaralegrar óhlýðni og leitðu jafnframt til stjórnlagadómstólsins. Í nokkrum dómum⁷⁵ komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að snúa aetti aftur til verðtryggingar, óheimilt væri að bæta vöxtum við hófuðsól og skipaði fyrir um að endurreikna bæri lánin til þess að létta undir með skuldurum, sem voru annars í hættu á því að missa heimili sín. Þá skipaði dómstóllinn fyrir um að ný lög um húsnæðislán skyldu samþykkt innan sjö mánaða.

Dómar þessir voru harðlega gagnrýndir af sumum fræðimönnum, einkum á þeim grundvelli að dómstóllinn hefði stigið langt út fyrir valdmörk sín. Hvað sem má segja um dómanna að öðru leyti þá var um það að ræða að ríkið var skyldað til þess að *vernda* rétt til húsnæðis með aðgerðum sem beindust að þriðja aðila.⁷⁶

Dómur stjórnlagadómstóls Lettlands frá árinu 2001⁷⁷ lýtur að skyldu ríkis til þess að vernda réttinn til félagslegs öruggis sem verndaður er í stjórnarskrá landsins og í 9. og 11. gr. SEFMR. Hópur stjórnarandstöðþingmanna hófaði málið og byggði á því að ríkið hefði ekki tryggt með fullnægjandi löggjöf að allir vinnuveitendur greiddu iðgjöld vegna almannatrygginga fyrir starfsmenn sína. Dómstóllinn taldi að ríkið hefði svigrúm til þess að ákveða hvernig rétturinn til félagslegs öruggis væri tryggður⁷⁸, en kerfið þyrfti að skila tilskyldum árangri. Ef ekki tækist að innheimta skatt (eða iðgjöld) væri ekki um að ræða fullnægjandi nýtingu á þeim ráðum sem væru fyrir hendi (þ.e. *available resources*)⁷⁹ og því væru löggin í andstöðu við réttinn til félagslegs öruggis, þar sem kerfið veitti í reynd færri á því að vinnuveitendur sinntu ekki skyldum sínum, til fjóns fyrir starfsmenn.⁸⁰

Dómurinn sýnir ágætlega hvernig dómstólar geta nýtt sér umrædda greiningu á skyldum ríkja til þess að slá föstu að brotið hafi verið gegn EFM-réttindum. Þá er hann dæmi um brot á skyldunni til þess að *vernda* réttindi, þar sem þörf var á því að útfæra og framfylgja regluverki sem beint væri að þriðja aðila (þ.e. vinnuveitendum).

Niðurstaða mannréttindanefndar Afríku í *Ogoni* málinu frá árinu 2001⁸¹ sem áður var vikið að fellur einnig um skyldur ríkis til þess að *vernda* EFM-réttindi. Kvörtunin til nefndarinnar laut að því að ríkissjófn Nígeríu hefði brotið gegn mannréttindum Ogoni ættbálksins m.a. gegn rétti til heilsu, til húsnæðis, til friðhelgi fjölskyldunnar og rétti til hreins umhverfis með því að studda að framferði olíufyrirtekja á landi ættbálksins. Fyrirtekin höfðu m.a. mengað vatnsból, jarðveg og loftgæði með alvarlegum heilsufarslegum afleiðingum. Mannréttindanefndin rakti skyldur ríkisins til þess að virða, vernda og eina mannréttindi og að skyldan til að vernda fæli m.a. í sér að ríki þyrftu að vernda fólk fyrir skadlegum athöfnum annarra aðila.⁸² Síðan segir: „the Nigerian Government has given the green light to private actors, and the oil Companies in particular, to devastatingly affect the well-being of the Ogonis. By any measure of standards, its practice falls short of the minimum conduct expected of governments.“⁸³ Hvað varðar réttinn til húsnæðis sagði nefndin: „[T]he Government’s obligations to protect obliges it to prevent the violation of any individual’s right to housing by any other individual or non-state actors like landlords, property developers, and land owners, and where such infringements occur, it should act to preclude further deprivations as well as guaranteeing access to legal remedies.“

Manfred Nowak hefur bent á að ríki beri ýmsar skyldur til þess að vernda réttinn til mentunar þegar um einkarekrar menntastofnanir er að ræða. Þannig beri ríkinu að tryggja að skilyrði mannréttindaákvæða um gjaldfríðla og skyldubundna grunnumenntun og jafnan og almennan aðgang að framhalds- og háskólamenntun séu virt af viðkomandi aðilum. Þessar skyldur uppfylla ríki t.d. með löggjöf, opinberu eftirliti eða styrkveitingum.⁸⁴

Á sama hátt og varðandi skyldur til að *virða* mannréttindi hér að framan má vísa til samantektar Magdalena Sepúlveda á þeim skyldum til að vernda mannréttindi sem birtast í lokaathugasemdu EFMR-nefndarinnar.⁸⁵

1. Skylda til aðgerða til þess að koma í veg fyrir að þriðji aðili hindri einstakling í því að njóta réttinda.
2. Skylda til að tryggja meginregluna um jafnræði og bann við mismunun í löggjöf.

74 Hér er stuðst við umfjöllun um dómanna í Roderigo Uprimny Yepes: „The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court“, bls. 136-137.
75 *Stjórnlagadómstóll Kólumbíu, málmr.* C383/1999, C-174/1999 og C-700/1999.

76 Þ.e. einkum þeim fyrirtækjum og stofnunum sem stjórnun UPAC-kerfins. Hér er að vísu um nokkra einföldun að ræða þar sem stofnanir voru a.m.k. að hluta til ríkisreklar.

77 *Stjórnlagadómstóll Lettlands, málmr.* 2000/08-0109, 13. mars, 2001. Dómurinn er aðgengilegur á http://www.eser-net.org/ust_doc/Constitutional_Court_Decision.doc

78 Til leitandi er það í stórum dráttum gert í forni almannatryggingakerfis (í gegnum iðgjöld) auk félagslegrar aðstoðar fyrir þá sem eru í neyð.

79 Dómstóllinn vísaði m.a. til EFMR-nefndarinnar (General Comment nr. 3 og 9) í umfjöllun sinni um skyldur ríkja.

80 Dómstóllinn taldi þetta ekki breyta þessari niðurstöðu að (a.m.k. fræðilega) væri möguleiki á því að starfsmaður sem yrði fyrir raunverulegu fjóni vegna þessa gæti sótt rétt til skaðabóta.

81 *Allt Mannréttindanefndar Afríku*, 27. maí 2002 (155/96).

82 *Mgr.* 57 í álitinu. Þar er vísað til *Inter-American Court of Human Rights: Velásquez Rodríguez Case*, 19. júlí, 1988, *Series C*, No. 4 og *MDE, X og Y gegn Hollandi*, 26. mars 1985 (89/8/80)

83 *Mgr.* 58 í álitinu.

84 Manfred Nowak: „The Right to Education“, bls. 257-258.

85 Magdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations Under the International Covenant...*, bls. 224-239.

3. Skylda til aðgerða til þess að vernda viðkvæma hópa innan samfélagsins, einkum konur og börn.
4. Skylda til að tryggja að stórfyrirtæki (innlend og alþjóðleg) svipfi einstaklinga ekki EFM-réttindum sínum, einkum varðandi a) vernað umhverfisins og b) vernað verkafólks.
5. Skylda til að vernda réttindi í tengslum við starfsemi alþjóðlegra fjármála-stofnana. a) Skyldur ríkja sem taka við aðstoð slíkra stofnana og b) skyldur þráðra ríkja sem stjórna í reynd stefnu hinna alþjóðlegra stofnana.
6. Skylda til þess að reglubinda og hafa eftirlit með almannaþjónustu (e. public services) sem veitt er af einkaöðlum.

Rétt er að athuga að skylda ríkja til þess að vernda mannréttindi er tengd því sem má nefna einkaréttaráhrif mannréttindaákvæða (þ. *Drittverirkung*).⁸⁶ Hins vegar er hér um að ræða *lößrött* áhrif fremur en *lörött*.⁸⁷ Lörött réttaráhrif EFM-réttinda eru mikilvæg á heimsvisu, enda sterkir einkaöðilar í auknum mæli farnir að stýra aðgengi að félagslegum úrræðum og þjónustu.⁸⁸ Hvað varðar skyldur einkaöðla samkvæmt ákvæðum um EFM-réttindi svo og skyldur ríkja til að vernda þessi sömu réttindi er fröðlegt að velja fyrir sér algengri umræðu hér á landi um rekstrarform heilbrigðisþjónustu. Hvaða skyldur bera einkaöðilar, sem tekið hafa að sér rekstur heilbrigðisþjónustu? Og enn fremur, hvaða skyldur ber ríkið gagnvart notendum slíkrar þjónustu? EFMR-nefndin hefur fjallað um tengd atriði í sambandi við skylduna til þess að vernda rétt til heilsu:

Obbligations to *protect* include, inter alia, the duties of States to [...] ensure that privatization of the health sector does not constitute a threat to the availability, accessibility, acceptability and quality of health facilities, goods and services.⁸⁹

Umboðsmaður Alþingis hefur fjallað um slík álitæfni út frá réttarreglum stjórnsýsluréttarins.

ÚA 10. júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (*Mállefni aldraðra*) Umboðsmaður benti á að eignarhald og rekstrarform dvalarstofnana fyrir aldraða væri með ýmsu móti en þær væru hins vegar allar kostaðar af hinu opinbera með fjárlögum. Ekki væri ljóst hvernig starfsemi þessara stofnana horfi við ákvæðum stjórnsýslulaga. „Einkaöðla verður hins vegar ekki gert skylt að fylgja sjónrýslureglum nema slíkt leiði af lögum eða um það sé samið og þá eftir atvikum að

86 Sjá hér t.d. Björg Thorarensen: *Sjónskiðunarréttur – Mannréttindi*, bls. 45-49.

87 Um lörött réttaráhrif verður nefnt sem dæmi að suður-afrikska stjórnskráin mæli beinlínis fyrir um að mannréttindaákvæði (þar með ákvæði um EFM-réttindi) bindi einstaklinga og lögpersónur. Sjá umfjöllun í Sandra Liebenberg: „The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems“, bls. 68. Liebenberg bendir á að í flestum löndum séu stjórnskrávarnir réttindi ekki talin hafa lárætt, beina réttarverkan, en víða hafi þau a.m.k. óbein áhrif, m.a. í lagakerfum byggðum á *common law*, svo og í Þýskalandi, á Ítalíu, Spáni og Portúgal.

88 *Sama rit*, bls. 69.

89 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev7 (2004), mgr. 35, bls. 95.

fullhægjandi lagaheimild standi til slíkrar samningssgerðar[...] [É]g tel þörf á því að við endurskoðun laga og reglna um þessi mál verði sérstaklega hugað að þeim málum með tilliti til þess hvort þörf sé á að auka réttaröryggi þeirra einstaklinga sem eiga í hlut.“

Hér verður að öllu leyti tekið undir síðastgreind sjónarmið Umboðsmanns. Jafnvel er óhætt að fullyrða að kröfum EFMR-nefndarinnar verði ekki nægilega fullnægt án þess að öll slík dvalarheimili húti stjórnsýslureglum – sé slík réttarstaða ekki tryggð í lögum virðist einkarekstur⁹⁰ í heilbrigðiskerfinu hafa skaðleg áhrif á rétt til heilsu.⁹¹ Umboðsmaður leggur í þessu sambandi áherslu á mikilvægi jafnræðisreglunnar, en EFMR-nefndin hefur einmitt talið jafnræði lyklatríði í kröfunni um aðgengileika (e. *accessibility*).⁹² Í tilvitnaðri umfjöllun Umboðsmanns er álitæfnið aðeins rannsakað út frá stjórnsýslureglum, en síðar í sama álti er fjallað um þessi efni í nánari tengslum við mannréttindaákvæði.

Í álitinu segir í umfjöllun um eftirlit með þjónustu hjúkrunarstofnana: „Í þessu sambandi verður sem fyrir að hafa í huga þá skyldu löggjafans samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjórnskrárinnar til að tryggja í lögum rétt til aðstoðar, meðal annars vegna sjúkleika og ellis, en ekki verður annað ráðið en að þátttaka ríkisins í kostnaði við þjónustu dvalar- og hjúkrunarheimila fyrir aldraða feli í sér nánari úttærslu á þessari skyldu.“ Umboðsmaður taldi að lagaákvæði um inntak þjónustunnar á slíkum dvalarheimilum væru afar fáorð og benti á að skilmálar, sem dvalarheimili undirgangast við umsókn um m.a. rekstrarleyfi vegna hjúkrunarheimila gætu varla talist fullhægjandi. Þessa tilhögun telur Umboðsmaður „enn og aftur vera tilefni til að ítreka þau sjónarmið sem hér hafa verið rakin um skyldu löggjafans til að taka afstöðu hvaða þjónusta borgurrunum skuli veit samkvæmt 1. mgr. 76. stjórnskrárinnar og þá hvert lágmarksinntak þjónustunnar skuli vera. Fæ ég ekki séð hvernig stjórnsýsluákvæði geti almennt uppfyllt þá skyldu, sem leiðir af stjórnskránni að þessu leyti með því að ákveða inntak þjónustunnar í samningum ef ekki er fyrir að fara einhverjum beinum fyrirsmælum í lögum um lágmark hennar.“

Hér hefur Umboðsmaður, beint eða óbeint, til meðferðar skyldur ríkisins til þess að *vernda* mannréttindi, einkum rétt til heilsu eða rétt til félagslegrar aðstoðar í forni umönnunar, sem hann telur leiða af 1. mgr. 76. gr. stjfskr. Ríkið hefur jákvæðar skyldur til þess að mæla fyrir um ákvæðna eiginleika þjónustunnar í

90 Hér er orðið notað í ónákvæmri merkingu sem sáhnheiti yfir rekstur sem ekki er á forræði ríkisstofnana.

91 Sjá umfjöllun um þessi atriði í Ragnar Aðalsteinsson: „Rétturinn til heilsu, útvistun heilbrigðisþjónustu og réttaröryggi.“ Erindi flutt 10. apríl 2008 hjá NAF.

92 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev7 (2004), mgr. 12, bls. 89.

löggið⁹³ og skyldur til þess að sinna eftirliti með þessum eiginleikum⁹⁴ en þessar skyldur miða að því að koma í vegg fyrir að þriðju aðilar (reklaradölarinn) brjóti gegn mannréttindum vistmanna.

Því er hins vegar ósvarað hvernig á þessar skyldur gæti reynt fyrir dómstólum.⁹⁵ Gæti einstaklingur krafist þess fyrir dómi að settar yrðu laga-reglur um náhar tilgreind efnisatriði? Væntanlega ekki. Gæti einstaklingur sótt bætur ef hann fær ekki þá þjónustu, sem hann telur sig eiga rétt á inni á slíkri einkarekinni hjúkrunarstofnun? Hugsanlega, en líklega yrði erfiðleikum bundið að sýna fram á skilyrði bótaskyldu, þ.m.t. orsakatengsl við þá yfirsjón ríkisvalds-ins að hafa ekki sett lagareglur um inntak þjónustunnar.⁹⁶ Ekki er ólíklegt að með þeirri þróun sem virðist vera raunin, að fleiri hlutar velferðarkerfissins færast í hendur einkaréttarlegra aðila (hvernig svo sem staðið er að fjármögnun þjón-ustunnar), þá muni reyna á áltaefni þessu tengd.

3.2.4. Skyldan til þess að efna

Í þeirri framsetningu sem hér er fylgt er skylda ríkja til þess að *efna* mannrétt-indi greind í tvennt: Skyldu til *fyrirgreiðslu* (*e. facilitation*) og skyldu til að *veita* (*e. provide*). Þar að auki má nefna til sögunnar þriðja undirflokkinn: skyldu til að *efna* (*e. promote*).

Skylda til fyrirgreiðslu (*e. facilitation*): Þessi skylda tekur á sig ýmsar birtingar-myndir, en hún felst í því að greiða fyrir tækifærum⁹⁷ og gera einstaklingum kleift, og aðstoða þá við, að njóta réttindanna.⁹⁸ Nefna má sem dæmi að í 2. mgr. 11. gr. SEPMR kemur fram að ríki skuli bæta framleiðsluáferðir, geymslu og dreifingu matvæla með því að notfæra sér tæknilega og vísindalega þekkingu til fulls og með því að þróa og endurbæta landbúnaðarkerfi.⁹⁹ Hér má einnig vísa

93 Á sama hátt og ríkið hefur skyldur til þess að *veita* ákveðna eiginleika þjónustu sem einkarek- ar menntastofnanir veita, sbr. umfjöllun hér að framan og fyrirlitvinnu skrif Manfred Nowak: „The Right to Education“, bls. 257-258.

94 Um slíkt eftirlit þurfa líka að vera ákveði í lögum, þar sem að öðruan kosti væri þrengt að atvinnufrelsi þeirra einkaréttarlegu aðila sem að þjónustunni standa. Hvað varðar heilbrigð- isstofnanir er fjallað um eftirlit í 7. gr. laga nr. 41/2007 um landlæknis og í reglugerð nr. 786/2007 um eftirlit landlæknis með rekstri heilbrigðisþjónustu og faglegar lágmarkskröfur. Nær eftirlit landlæknis skv. lögnum til altrar heilbrigðisþjónustu óháð því hver rekstaraðilinn er.

95 Umfjöllunarefni Umboðsmanns í fyrrnefndu álit var enn fremur að fara yfir lagannaþverfi þess- ara stofnana og benda á það, sem betur maetti fara við fyrirhugaða endurskoðun.

96 Hér er ekki ómögulegt að hafa maetti einhverja hljóðsjón af reglum EB- og EES-réttar í tengslum við skaðbótaþyrð ríkja vegna þess að ríki hefur ekki innleitt tilskipun með fullnægjandi hætti í löggið. Sjá hér *Hrd.* 1999, bls. 4916 (236/1999) (*Elía María Sveinbjörnsdóttir*). Einnig þarfn- ast náharti skóðunar sjónarmtó sem Viðar Már Matthíasson hefur sett fram um verndarandlag skaðbótareglu, en svo kann að vera að þau takmarki möguleika á bótaþyrð ríkisins í slíkum tilvikum. Sjá *Skadabótartitur*, 313-329.

97 Ashþjörn Eldir, „Universalisation of human rights versus globalisation of economic power“, bls. 111.

98 *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/ GEN/1/Rev.7, mgr. 37, bls. 96.

99 Ashþjörn Eldir nefnir þetta dæmi í áður tilvitnuðum bókarkafli: „Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights“, bls. 24.

til framsetningar Alston og Steiner á skyldum ríkja, en þeir telja að einn fimur flokka skyldna sé: „To create institutional machinery“¹⁰⁰, sem er meira lýsandi heiti.

EFMR-nefndin hefur í tengslum við réttinn til húsnæðis bent á nauðsyn þess að uppfylla slíkar skyldur. Varðandi Panama gerði nefndin athugasemdir við að ekki var fyrir hendi fullnægjandi löggjöf um eignarhald á landi (þ.e. ekki voru fyrir hendi fullnægjandi eignarheimildir), ekki var fyrir hendi nægjanlega vandað skipulag á landnotkun í þéttbýli og ekki var fyrir hendi heildarstefna í húsnæðismálum.¹⁰¹ Allt eru þetta atriði sem krefjast jákvæðra aðgerða af hálfu ríkisins og miða að því að innleiða ákveðna stefnu eða verklag eða koma á fót nauðsynlegum stofnunum til þess að EFMR-réttindi geti orðið að veruleika.

Hrd. 1999, bls. 390 (177/1998) (*Ragna K. Guðmundsdóttir gegn Háskóla Íslands*). Í dómnum krafðist blind kona sem horfið hafði frá námi við Háskóla Íslands bóta á þeim grundvelli að Háskólinn hefði ekki sinnt skyldum sínum til aðstoðar. Í forsendum Hæstaréttar segir m.a.: „[V]erður ekki hjá því komist að viðurkenna, þegar aðstæður þær er áfrýjanda voru bínar í viðskipta- og hagfræðideild eru meinar heildstætt, að ýmislegt hafi farið úrskotið og hafi skólinn og deildin brotið gegn rétti áfrýjanda sem fátlaðs nemanda við skólann. Er þá aðallega hitið til þess að á vantaði að samþykkt væru almennt fyrir mæli sem fylgja ættu við nám hennar og próföku sem fátlaðs nemanda, svo sem að framan er greint og hún átti rétt á að lögum, svo að hún gæti sem mest staðið jafnfrættis ófóttuðum nemendum.“ Hér hafði Háskólanum því mistekist að samþykkja og framfylgja almennti stefnu- móttun í málefnum fátalðra, sem leiddi til þess að stéttaranda var ómögulegt að njóta réttinda sinna skv. 65. gr. stjksr. sbr. 2. gr. 1. samningsviðauka MSE.

Telja má að þessi almenna stefnumóttun og almennu fyrir mæli, sem Háskóla- anum bar skylda til þess að innleiða, teljist einmitt dæmi um skyldu til *fyrir- greiðslu* (*e. facilitation*).

Skylda til að veita (*e. provide*): Hér er um að ræða þá skyldu ríkja sem flestir tengja líklega fyrst við EFMR-réttindi. EFMR-nefndin hefur orðað inntak þessarar skyldu svo:

States parties are also obliged to *fulfil* (*provide*) a specific right contained in the Covenant when individuals or a group are unable, for reasons beyond their con- trol, to realize that right themselves by the means at their disposal.¹⁰²

Ríkinu getur því borið skylda til þess að beinlínis veita borgurinum ákveðin gæði eða þjónustu. Ríki geta uppfyllt þessa skyldu með því að tryggja aðgengi að grundvallarnauðsyrjum, svo sem mat eða gæðum, sem eru umbreytanleg í mat

¹⁰⁰ Henry J. Steiner, Philip Alston og Ryan Goodman: *International human rights in context*, bls. 187.

¹⁰¹ *The Technical Assistance Mission to Panama of the Committee on Economic Social and Cultural Rights* (16-22. apríl 1995), UN Doc. E/1996/22, Viðauki V, bls. 78 og áfram.

¹⁰² EFMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 25, bls. 112.

(þ.e. beinum matargjöfum eða félagslegu bótakerfi) þegar enginn annar möguleiki er fyrir hendi. t.d. (1) þegar atvinnuleysi verður útbreitt (svo sem í kreppu), (2) fyrir þá sem minna mega sín og fyrir aldraða, (3) á meðan á neyðarástandi stendur og (4) fyrir jaðarhópa (t.d. vegna breytinga á efnahagskerfinu eða framleiðsluháttum).¹⁰³

Sumir fræðimenn hafa gengið nokkuð langt í að undirstríka mikilvægi þessarar tegundar skyldna fyrir inleiðingu EFM-réttinda:

[F]or social rights ... the state service truly represents the substance, the nucleus, the essential content of the right, in cases such as the right to healthcare or education, state intervention occurs every time the right is exercised; the non-provision of this service by the state automatically presupposes the denial of the right.¹⁰⁴

En þó að slíkar skyldur séu afar mikilvægar til þess að einstaklingar fái notið EFM-réttinda þá er þeirri spurningu ósvarað hvort og hvernig einstaklingar geti krafist efnda á þessum skyldum fyrir dómi. Taka má dæmi úr dómframkvæmd erlendra ríkja um hvernig dómorð geta mælt fyrir um nákvæmar skyldur til aðgerða og til þess að veita ákveðin gæði:

Í argentínskum dómi frá 1997¹⁰⁵ var fallist á að ríkinu bæri að vernda heilsu barna í Mapuche-indíána þorpinu Paynemil, en drykkjarvatn þorpsins hafði mengast af býi og kvikasilfri. Dómorðið skyldaði yfirvöld til þess að 1) veita 250 lítra af drykkjarvatni á hvern íbúa, 2) tryggja innan 45 daga að drykkjarvatn væri komið í hendur þeirra sem líðu skort, 3) gripa til aðgerða innan 7 daga til þess að sanna reyna hvort þúarnir hefðu orðið fyrir skaða vegna mengunarinnar og ef svo væri 4) veita nauðsynlega meðferð og 5) að gripa til nauðsynlegra aðgerða til þess að koma í veg fyrir umhverfismengun.¹⁰⁶

Mál varðandi vatnsveitu kom einnig til úrlausnar milli dómstígs Suður-Afríku (*High Court*) í dómi frá árinu 2008.¹⁰⁷ Þar fólst í dómorðinu að borgaryfirvöldum

væri skylið að auka gjaldfrjálsa vatnsveitu úr 25 lítrum á hvern íbúa á dag í 50 lítra á íbúa.

Til frekari útskýringar á því hvernig umt er að bera álitaeðni um skyldu ríkja til þess að *efna (veita)* réttindi verður bent á tvo dómna til viðbótar frá Suður-Afríku.

Í *Soobramoney* málinu¹⁰⁸ krafðist stefnandinn þess að dómstóllinn gæfi héraðsspítala fyrir mæli um að veita honum áframhaldandi meðferð í nýrnavei og legði hann við því að honum yrði sýnað um aðgang að nýrnaveid spítalans. Stefnandinn þjáðist af nýrnablun á lokastigi og fyrir lá að án þessarar meðferðar myndi hann deyja. Kröfunum var hafnað bæði af High Court og stjórnlagadómstólinum af efnislegum ástæðum.

Í TAC-málinu¹⁰⁹ var fjallað um HIV-lyfið *Nevirapine* sem getur komið í veg fyrir smit milli móður og barns, en ríkisstjórn Suður-Afríku hafði fengið lyfið afhent endurgjaldslaus. Stjórnvöld höfðu hins vegar ekki tryggt að lyfinu væri dreift á öllum spítölum, heldur var því þvert á móti aðeins dreift á einstökum rannsóknarstofnunum. Dómstóllinn taldi að með þessu væri brotið gegn ákvæði 27. gr. stjórnarskránnar um rétt til heilbrigðisþjónustu o.fl. Niðurstaða málsins var sú að dómstóllinn skyldaði stjórnvöld til þess að dreifa lyfinu til allra spítala og heilsgæslustöðva, sjá fyrir ráðgjöf og fleira. Hér voru stjórnvöld því beinlínis skylduð til þess að veita ákveðna heilbrigðisþjónustu.

Ekki verður litið fram hjá þeirri staðreynd að íslenskar réttarfarreglur kunna að vera farartálmí í dómsmálum um skyldur ríkisins til þess að *efna (veita)* mannréttindi. Í fyrsta lagi leiða hinar nokkuð strangu kröfur íslensks réttarfaris um löggvarða hagsmunum til þess að væntanlega þyrfti stefnandi í slíku dómsmáli að sýna fram á að hann ætti rétt á eða hefði þörf fyrir þá þjónustu eða þau gæði sem kröfugerð lýtur að.¹¹⁰ Í öðru lagi þyrfti kröfugerð að uppfylla skilyrði laga um skýra og óskilyrðisbundna kröfugerð. Í þriðja lagi eru verulegar takmarkanir á því hvaða kröfur um skyldu til athafna er mögulegt að hafna uppi í dómsmálum hér á landi, eins og nú verður náðar víkið að.

Róbert R. Spanó, prófessor, hefur talið að af dómframkvæmd Hæstaréttar megi ráða að hið almenna viðhorf sé að dómstólar hér á landi geti ekki breytt ákvörðun, sem stjórnvald hefur tekið eða tekið aðra (og nýja) ákvörðun með því að viðurkenna dómkröfu stefnanda þess efnis þegar lagaheimild að baki fyrir-liggjandi stjórnvaldsákvörðun eða athöfn er matskennd. Dómkröfum af þessum

108 *Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Soobramoney* gegn *Minister of Health, Kwa Dulu-Natal* 1998(1) SA 765 (CC), 1997 (12) BCLR 1696 (CC).

109 *Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, The Minister of Health* gegn *Treatment Action Campaign* (TAC) 2002 (5) SA 721 (CC).

110 Sigurður Tómas Magnússon hefur bent á eftirfarandi: „Áleitin spurning er hvort meginreglan um þörf löggvarnara hagsmuna sé í reynd heppileg þar sem það getur verið tilviljun háð hvort umt sé að láta reyna á stjórnskipulegt gildi laga ...“. Í „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“, bls. 164.

103 Asbjørn Eide: „Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights“, bls. 24.

104 Faustino Contreras Peláez: *Derivados sociales: teoría e ideología*. Þýðing tengin úr Victor E. Abraham-vich: „Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies“, bls. 183. Manfred Nowak hefur einnig bent á að réttur barna til að hljóta menntun stofnar fyrst og fremst skyldu ríkja til þess að efna (veita) réttindin, þ.e. að veita menntun. „The Right to Education“, bls. 225.

105 *Afritjarnadómstóll í enkaníalium í Neuguen, Menores Comunitad Pagnemil* *situacion de ampara*, 19. maí 1997. Stuðst er við enska reifun dómstíns á <http://www.escri-net.org/caselaw/>.

106 Þess skal getið að erfið reyndist að framfylgja þessu dómorði og af þeim sökum leituðu sömu aðilar til mannréttindadómstíls Ameríku. Undir meðferð þess máls samþykkti ríkið að framfylgja dómnum, en jafnvel með ljóðsinni Mannréttindadómstílsins hefur reynt erfið að fá ríkið til þess að framfylgja dómnum að öllu leyti. Sjá *Mannréttindadómstóll Ameríku, Mapuche Pagnemil and Karipuyin Communities*, mál nr. 12.010, stuðst er við enska reifun á <http://www.escri-net.org/caselaw/>.

107 *High Court of South Africa, Lindtwe Mazibuko o.fl. gegn The City of Johannesburg o.fl.*, 30. apríl 2008 (mál nr. 06/13863)(WVPD) (*Phiri-málið*).

toga verði dómstólar því almennt að vísa frá dómi á grundvelli 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991.¹¹¹

Í kjölfarið fjallar Róbert um tilleikin atriði, sem benda til þess að efni séu til að vika frá þessu hefðbundna viðhorfi í einhverjum tilvikum. Sá Hæstaréttardómur, sem felst einna mikilvægastur hvað varðar þessa umfjöllun er *Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999) (táknmálstúlkun)*.

Í málinu var krafist viðurkenningar á því að Ríkisúvarpinu¹¹² væri skylt að láta túlka á táknumáli framboðsræður úr sjónvarpi vegna Alþingiskosninga, um leið og þær fara fram, eða gera þær á annan hátt aðgengilegar fyrir heyrnarlausu.¹¹³ Þrátt fyrir að láta þyrfti Ríkisúvarpinu verulegt svigrúm til tilhögunar dagskrár og útsendingar tók Hæstiréttur þessa kröfu til greina og vísaði m.a. til 1) mikilvægis réttindanna sem um ræddi (kosningaréttar og fjáningarfrelsis), 2) jafnræðisreglu 65. gr. stjksr. og þess að Ríkisúvarpið hafði ekki sýnt fram á réttlættingu þeirrar mismununar sem fólst í þessu fyrirkomulagi, 3) þess að slík túlkun var tæknilega vel framkvæmanleg, „Við þessar aðstæður“¹¹⁴ þótti Hæstarétti rétt að verða við kröfunum.

Róbert R. Spanó telur að af frávikunum frá hinu hefðbundna viðhorfi megi ráða að dómstólar kunni að taka til greina kröfur, sem fela í sér aðgerðarskyldu stjórnvalda í þessum tilvikum:

- a) *Réttur* borgarans (og þá samsvarandi *skylda* stjórnvalda) verður leiddur af stjórnarskrá, almennum lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum og er *nægilega skýr* og *afmarkaður*.¹¹⁵
- b) Stjórnsýsluframkvæmd skapar athafnaskyldu stjórnvalda t.d. á grundvelli *jafnræðisreglu* eða *óskráðnar reglu um réttmatar væntingur*.¹¹⁶

111 *Sama rit*, bls. 28.

112 Róbert R. Spanó bendir á að Ríkisúvarpið hafi ekki gert frávísunarkröfu og það kunni að hafa haft einhver áhrif á gang málsins, en telur þó að dómurum beri að úrskurða um dómháefni *kragna ex officio*. *Sama rit*, bls. 38.

113 Væla má fyrir sér hvort allra síðasti hluti kröfugerðarinnar fengi staðist, þ.e. að dómstólum, eða stétna sjaflum, yrði veitt svigrúm til þess að velja þær aðferðir sem notaðar eru til að veita ákveðin réttindi. Dómoró má skv. 4. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991 ekki skrifskoða til atvika sem kunna síðar að koma fram. Í málatilbúnaði lögmannna má nokkuð víða sjá tilvísanir til þess að *markað* kröfugerð sé óheimil, sjá t.d. frávísunarkröfu héraðsdóms í *Hrd. 5. desember 2007 (612/2007)*. Hins vegar verður ekki séð að Hæstiréttur hafi beinlínis notað þetta orðalag við frávísun dómsmála.

114 Ljóst er að orðalag sem þetta kann að draga úr fordamisgildi dómssins, en þó virðast fræðimenn telja heimilt að draga ályktanir af honum, sjá Róbert R. Spanó, „Kröfugerð í málu gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdarmörk dómstóla“ og Björg Thorarensen, „Beiting ákvæða um einahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðsáttmálinum“.

115 Róbert R. Spanó: „Kröfugerð í málu gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdarmörk dómstóla“, bls. 38.

116 *Sama rit*.

c) Matskemnd lagatilmild til töku stjórnvaldsákvörðunar hefur að geyma *lagala* *efnisþætti* eða er að öðru leyti *nægilega afmörkuð* þannig að dómstólar eru bærr til að fjalla um ágreiningsmálið.¹¹⁷

Það er einkum fyrsta tilvikið sem kemur til skoðunar hér en það var til úrlausnar í *Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999) (táknmálstúlkun)*. Hvað varðar beina beiringu ákvæða um EFM-réttindi þarf þá að leida rétt borgarans af 1. mgr. 76. gr. stjksr., þ.e. rétt til aðstoðar, og þessi réttur þarf að vera nægilega skýr og afmarkaður. Þannig þyrfti krata árið að hljóða um einhverja sérstaka aðstoð sem stehandi dómsmáls telldi sig eiga rétt á samkvæmt 1. mgr. 76. gr. stjksr.

Sú umfjöllun sem hér fer á undan lýtur að *undanþekkingum* frá hefðbundnum viðhorfum¹¹⁸ um túlkun réttarfarslaga og stjórnskipulegum valdmörkum dómstóla gagnvart framkvæmdavaldinu.¹¹⁹ Það virðist því ljóst að íslensk réttarfarslögjöf kann að reynast verulegur þróskuldur í vegi vendar dómstóla á (sumum) EFM-réttindum, hvað varðar skyldu ríkisins til þess að *efna (veita)*. Ákvæði 1. mgr. 70. gr. stjksr. svo og önnur mannréttindaákvæði, þ.á.m. 76. gr. stjksr. gera þá kröfu að verna þeirra sé „raunhæf og virk“.¹²⁰

Dómstólar eru...gæslumenn stjórnskipunarinnar og þeirra hlutverk er ekki síst að vanda mannréttindi fyrir ágangi opinbers valds og reyndar einnig einkavalds...
Dómstólar eru síðasta vígi borgarans.¹²¹

Með ofangreint í huga verður að telja andstætt virkri verna mannréttinda, þar á meðal EFM-réttinda, að túlka réttarfarslög, hefðbundin fræðiviðhorf og ákvæði um þrískiptingu ríkisvalds með þeim hætti að stjórnvöld geti neitað einstaklingi um *aðstoð*, sem hann sammanlega *þarf* og honum er tryggð með orðalagi 76. gr. stjksr. án þess að viðkomandi geti leitað til dómstóla til þess að fá viðurkenningu á rétti sínum þegar sá réttur leiðir til aðgerðarskyldu stjórnvalds. Hér verður því talið að mikilværi rök bendi til þess að dómstólum beri að taka til efnismóferðar kröfugerð í dómsmálum sem lýtur að athafnaskyldu stjórnvalda, sem leidd er af 76. gr. stjksr. eins og hún er túlkuð m.a. með hljóðsón af ákvæðum SEFM.

Annað úrræði stendur einstaklingum sem telja að ríkið hafi brotið gegn jákvæðum skyldum sínum til þess að *efna (veita)* mannréttindi til boða. Er þar átt við að einstaklingur á þess kost að sækja skaðabætur í kjölfar þess að ríki sinnir

117 *Sama rit*, bls. 39. Hér má nefna *Hrd. 2005, bls. 4897 (499/2005)* þar sem fallist var á viðurkenningarkröfu þess efnis að stétnandi ætti að njóta réttarstöðu flótamanns.

118 Þessi viðhorf virðast t.d. endurspeglast í skrifum Eiríks Tómassonar: „Táknmarkanir á úrskurðarvaldi dómstóla skv. 60. gr. stjórnskipulegna“, bls. 187.

119 Róbert R. Spanó telur í niðursöðukafli margtílvíðnaðar fræðigreinar að ekki sé unnt að segja að til sé almennt regla um að dómstólum sé heimilt að fjalla um kröfugerð um athafnaskyldu stjórnvalda í nánar tilgreindum tilvikum, þó að unnt sé að benda á lögfræðilegar röksemdir og viðbendingar í dómframkvæmd sem benda í þá átt. *Sama rit*, bls. 39.

120 *Sama rit*, bls. 30.

121 Ragnar Adalsteinsson: „...einungis eftir lögunum“, bls. 29.

ekki skyldum sínum og má hér vísa til *Hrd.* 1999, bls. 390 (177/1998) (*Ragna K. Guðmundsdóttir gegn Háskóla Íslands*) sem áður var rakin.¹²²

Rétt er að taka fram að þegar þjónustan eða aðstoðin í skilningi 1. mgr. 76. gr. stjfskr. er í formi peningagreiðslu, t.d. varðandi félagslega fjárástoð og almanna-tryggingar, koma varla upp réttarfarsleg álitaeftirni af þeim toga sem hér hafa verið nefnd.

Hrd. 2005, bls. 3380 (51/2005) Ó krafoði hveppinn Á, á Norðurlandi, og byggðasam- lagioð B um greiðslu ýmis konar kostnaðar sem hlaut af því að hún þurfti að halda annað heimili vegna skólagöngu dóttur sinnar í sérskóla í Reykjavík. Ó byggðoí m.a. á 65. gr. stjfskr., 14. gr. MSE og ákvæði Barnasáttmálans um gjaldfrjálsa grunnmenntun og sérákvæðis um menntun fatlaðra barna. Háestiréttur taldi að þessi kostnaður væri framfærslukostnaður en ekki kostnaður af skólagöngu og að greiðsluskylda yrði hvorki ráðin af ákvæðum laga né reglugerða.

Hér verður fallist á það með Björgu Thorarensen¹²³ að ákvæði 1. og 2. mgr. 76. gr. stjfskr. hefðu getað átt við þessar aðstæður, en ekki var bygggt á þessum ákvæðum.¹²⁴ Ríki bera skyldu til þess að *eigna* (*veita*) mannréttindi þannig að þeirra verði raunverulega notið án allhar mismununar. Færa má fyrir því sterk rök að ríkið hafi ekki fullnægt þessum skyldum sínum í þeim aðstæðum sem til skoðunar voru í þessum dómi.

Skylda til að eigna (*e. promote*): Þessi flokkur skyldna var fyrst settur fram af van Hoof¹²⁵, en EFMIR-nefndin virðist líka svo á að rétt sé að útlista skyldur ríkja undir þessum flokki, minnsta kosti varðandi rétt til heilsu.

The obligation to *fulfil* (*promote*) the right to health requires States to undertake actions that create, maintain and restore the health of the population. Such obligations include: (i) fostering recognition of factors favouring positive health results, e.g. research and provision of information; (ii) ensuring that health services are culturally appropriate and that healthcare staff are trained to recognize and respond to the specific needs of vulnerable or marginalized groups; (iii) ensuring that the State meets its obligations in the dissemination of appropriate information relating to healthy lifestyles and nutrition, harmful traditional practices and the availability of services; (iv) supporting people in making informed choices about their health.¹²⁶

122 Dómurinn er m.a. mikilvægur þar sem þar er staðfest að brot á þessum skyldum geta talist ólögmat meingert og þar með grundvöllur mismikabóta skv. 26. gr. skaðbótalaga nr. 50/1993.

123 Björg Thorarensen: *Sjónraskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 556.

124 Veigamikil rök virðast hins vegar mæla með því að dómstólar gæti ætíð að vernd mannréttinda, óháð því að hvað miklu leyti hefur verið flutt um einstök efnisatriði, sér. t.d. orðalag úr *Hrd.* 2001, bls. 2901 (117/2001). „Er ekki að sjá, að þessar málsástæður [byggðar á 72. og 65. gr. stjfskr.] hafi komið til umfjöllunar við aðalmeðferð málsins í héraði. Þykir engu að síður rétt að huga að þeim, þar sem þær varða stöðu almennrar löggjafar gegnvarp sjónraskrá...“

125 G.H. Van Hoof: „Legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views,“ bls. 106-108.

126 EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 37, bls. 96.

Ljóst má vera að þessar skyldur, þrátt fyrir að vera afar mikilvægar fyrir raunverulega innleiðingu EFM-réttinda, eru fremur ólíklegar til þess að verða uppsprettu dómsmála og því fellur nánari umfjöllun utan efnissviðs þessarar greinar.

3.3. Ákvæði um innleiðingu EFM-réttinda í áföngum og eftir getu – takmarkanir á skyldur ríkja?

3.3.1. Almenn

Skipart skoðanir eru um skyldur ríkja samkvæmt EFM-réttindum, einkum eins og þær birtast í SEFMIR. Sumir telja að skyldurnar séu svo þungþærar að nánast ekkert ríki geti staðið undir þeim og þróunarríki standi frammi fyrir ómögulegu verkefni á meðan aðrir telja að hið opna orðalag SEFMIR leiði til þess að skyldurnar séu innihaldslausar.¹²⁷ Þessi óvissa sem skapast hefur um umfang skyldna samkvæmt SEFMIR orsakast einkum af mismunandi orðalagi 1. mgr. 2. gr. samningsins samanborið við 1. mgr. 2. gr. systursamningsins, SBSR, sem fjalla báðar með almennum hætti um skyldur ríkja samkvæmt ákvæðum samninganna. Hið mismunandi orðalag endurspeglar þá skoðun sem var ríkiandi þegar samningarnir voru samdir að réttindin yrðu innleidd á mismunandi hátt.¹²⁸ Ekki verður horft framhjá þeirri staðreynd að orðalag ákvæðisins veikir stöðu SEFMIR sem bindandi lagareglna.

In other words, the ICESCR describes a regime of contextual, contingent, and continuing obligation of states aimed at the eventual „realization“ of economic, social, and cultural rights.¹²⁹

Margir fræðimenn eru hins vegar á þeirri skoðun að of mikið hafi verið gert úr vægi 1. mgr. 2. gr. SEFMIR, sérstaklega eftir þá fræðilegu umfjöllun og þá framkvæmd sem liggur fyrir.

What are sometimes superficially understood as the uniquely noncommittal and vague state obligation provisions of Article 2(1) of the ICESCR have been subjected to extensive interpretive and jurisprudential analysis during the past decade, yielding more than adequate clarity.¹³⁰

127 Henry J. Steiner, Philip Alston og Ryan Goodman: *International Human Rights in Context*, bls. 275.

128 Magdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations...*, bls. 119.

129 Michael J. Dennis og David P. Stewart: „Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights“, bls. 475.

130 Scott Leckie: „Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 90. Leckie vísar hér t.d. í EFMIR-nefndina: *General Comment nr. 3, The nature of the state parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), bls. 15; Philip Alston & Gerard Quinn: „The Nature and Scope of States Parties' Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.“

Ekki er unnt að fjalla um skyldur ríkja í tengslum við EFM-réttindi án þess að fjalla um ákvæði 1. mgr. 2. gr. SEFMR. Víkið verður að einstökum efnisatriðum ákvæðisins og því hvernig fræðimenn og EFM- nefndin hafa túlkað ákvæðið. Þá verður bent á ákvæði um skyldur ríkja í öðrum alþjóðasamningum og leitað svara við því hvaða áhrif slík ákvæði hafa á beitingu íslenskra stjórnskrár- ákvæða.

3.3.2 Efnisatriði 1. mgr. 2. gr. SEFMR

2. gr. 1. Sérhvert ríki sem aðili er að samningi þessum tekst á hendir að gera þær ráðstafanir, eitt sér eða fyrir alþjóðaðstoð og -samvinnu, sérstaklega á sviði efnahags og tækni, sem það frekast megnar með þeim ráðum sem því eru tiltek, í þeim tilgangi að réttindi þau sem viðurkennd eru í samningi þessum komist í framkvæmd í áföngum með öllum tilhlyðilegum ráðum, þar á meðal sérstaklega með lagasetningu.

Tekst á hendur að gera ráðstafanir (e. *undertake to take steps*¹³¹). Líóst er að með þessu orðalagi þó að það sé veikara en t.d. *ad tryggyja* réttindi, sbr. 2. gr. SBSR, er stofnað til bindandi lagaskyldu sem kemst þegar til framkvæmdar.¹³²

While the full realization of the relevant rights may be achieved progressively, steps towards that goal must be taken either before or within a reasonably short time after ratification.¹³³

Orðalagið getur skyldað ríki til aðgerða eins og kemur vel í ljós ef skyldan til þess að *vernda* réttindin er tekin til skoðunar. Þannig hefur EFM- nefndin hvatt ríki til þess að grípa til aðgerða (gera ráðstafanir) þar sem EFM- réttindi eru í hættu. Rússland var hvatt til þess að gera ráðstafanir gagnvart öhr- og gasfyrirtekjum til þess að vernda frumbyggja fyrir ágangi fyrirtekjanna.¹³⁴ og Hondúras til þess að grípa til aðgerða til þess að vernda vinnufólk sem varð fyrir skaða vegna eiturefnanotkunar alþjóðlegra banana- og gullvinnslufyrir- tækja.¹³⁵

Þetta orðalag getur valdið erfðleikum við eftirfylgni með framkvæmd ríkja á samningnum, en þrátt fyrir það er óumdeilanlegt að um er að ræða lagalega bindandi skyldu sem ríkjum ber að framfylgja í góðri trú.¹³⁶

Méð öllum tilhlyðilegum ráðum, (e. *all appropriate means*) þar á meðal sérstaklega með lagasetningu. Í grundvallaratriðum hefur ríki val um þær leiðir á sviði löggjafar,

131 EFM- nefndin hefur bent á að nánari skýringa á orðalaginu megi leita í öðrum þýðingum sátt- malans. Í franskri útgáfu er það „s'engage à agir“ en á spænsku „a adoptar medidas“. *General Comment nr. 3. The nature of the state parties' obligations* (1990). UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 2, bls. 15.

132 Philip Alston og Gerard Quinn, „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 166.

133 *Sama rit*.

134 EFM- nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Rússlands*, UN Doc. E/1998/22, mgr. 100 og 116.

135 EFM- nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Hondúras*, UN Doc. E/C.12/1/Add.57 (2001) mgr. 24 og 38.

136 Magdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations...*, bls. 315.

stjórnsýslu, dómsvalds, félagsmála, menntamála eða annarra sviða til þess að innleiða réttindin.¹³⁷ Hins vegar má ráða ákveðnar skyldubundnar aðgerðir af texta sáttmálans, t.d. um innleiðingu gjaldfrjálsrar og skyldubundinnar grunn- mentunar, sem er liður í innleiðingu réttarins til menntunar.¹³⁸

Lagbreytingar og innleiðing nýrrar löggjafar er ekki nægilegt en er þó oft nauðsynlegt úrræði við innleiðingu réttindanna.¹³⁹ Í ljósi þess að ákvæði 1. mgr. 2. gr. nefnir *sérstaklega* lagasetningu þá verður víkið nánar að slíkum úrræðum.

Fyrst af öllu má spyrja hvaða kröfur séu gerðar til innleiðingar sáttmálans sjálfs á sviði lagasetningar. EFM- nefndin hefur sagt að ekki verði leidd bein skylda af ákvæðum sáttmálans til þess að veita sáttmálanum nánar tilgreinda stöðu að landsréttli,¹⁴⁰ en nefndin hefur þó sterkllega hvatt ríki til þess að taka ákvæði hans með förnlegum hætti inn í löggjöf.¹⁴¹ Íslenska ríkið hefur kosið að innleiða MSE með lögfestingu, en SBSR og SEFMR hafa förnlega einungis stöðu þjóðrétarsamninga, þó að áhrif þeirra í reynd, einkum í tengslum við túlkun stjórnskrárákvæða, séu líklega mun sterkari. Afstaða EFM- nefndarinnar er sú að vegamiklar ástæður (e. *compelling justification*) verði að liggja að baki því að greina með þessum hætti á milli alþjóðasamninga á sviði mannréttinda.¹⁴² Á þessum grundvelli hefur nefndin einmitt gert athugasemdir við skýrslur Íslands og margtrekað svohljóðandi tilmaelir:

[I]f measures are taken to incorporate treaty obligations with respect to civil and political rights in the Icelandic legal system, similar measures should be taken simultaneously in respect of economic, social and cultural rights.¹⁴³

Taka má undir með nefndinni og telja rök um jafngildi allra mannréttinda og innleiðingu þeirra í góðri trú mæla sterkllega með því að fyrst MSE var lögfestur í

137 Matthew Craven: *The International Covenant on Economic Social and Cultural Rights*, bls. 115.

138 *Sama rit*. Craven vísar einnig til þess að þegar þær aðgerðir, sem nefndar eru í einstökum ákvæðum, séu taldar upp í dæmaskyni, t.d. í 2. mgr. 6. gr. um réttinn til vinnu, þá hafi EFM- nefndin þrátt fyrir það talið þær skyldubundnar.

139 Limburg- reglurnar um innleiðingu SEFMR (the Limburg Principles on the implementation of the ICESCR), 18. gr. Reglurnar eru afstakur ráðstefnu, sem stofnað var til í Maasricht í Hol- landi 2.-6. júní 1986 at the International Commission of Jurists, Lagadeild Háskólans í Limburg og the Urban Morgan Institute for Human Rights við háskólann í Cincinnati. Reglurnar eru m.a. birtar í UN Doc. E/CN.4/1987/17. Asbjørn Eide hefur sagt að þessar meginreglur séu „the best guide available to state obligations under the ICESCR“. Asbjørn Eide: „Economic Social and Cultural Rights as Human Rights“, bls. 31 og aðrir fræðimenn hafa látið svipuð orð falla, sjá t.d. Bard-Anders Andreassen o.fl.: „Compliance with Economic and Social Human Rights: Realistic Evaluations and Monitoring in the Light of Immediate Obligations“, bls. 255.

140 EFM- nefndin: *General Comment nr. 9. The domestic application of the Covenant*, UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 5, bls. 56.

141 EFM- nefndin: *General Comment nr. 9. The domestic application of the Covenant* (1998) UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 8, bls. 57.

142 EFM- nefndin: *General Comment nr. 9. The domestic application of the Covenant*, (1998) UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7, mgr. 7, bls. 56.

143 EFM- nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, 23. maí 2003. UN Doc. E/C.12/1/Add.89, mgr. 19. Sjá einnig: *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, UN Doc. E/C.12/1/Add.32 (1999), mgr. 18 og *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, UN Doc. E/C.12/1993/15 (1994), mgr. 9.

heild þá ætti einnig að lögfesta SEFMIR.¹⁴⁴ Núverandi ríkisstjórn mun hafa það á stefnuskrá sinni að lögfesta mannréttindasamninga sem Ísland hefur fullgilt.¹⁴⁵ Hér er hvatt til þess að SEFMIR verði þar á meðal.

Að öðru leyti er lagasetning að sjálfsöguðu afar mikilvæg til þess að tryggja og útfæra réttindin sem fram koma í SEFMIR. Sandra Liebenberg hefur sett fram eftirfarandi markmið sem hún telur að löggjöf sem ætlað er að innleiða EFM-réttindi uppfylli:

- (a) Skilgreina með meiri nákvæmni umfang og inntak réttindanna sem eru sett fram í alþjóðasamningnum og stjórnarskrám. T.d. er nauðsynlegt að setja lög sem skilgreina námar inntak hugtaksins „viðunandi húsnæði“ í 11. gr. SEFMIR.
- (b) Mæla fyrir um nauðsynlega úthlutun fjármuna til innleiðingar réttindanna.
- (c) Lýsa nákvæmlega þeim skyldum og hlutverkum sem ólíkum sjförnysylustofnum á ólíkum stígunum er ætlað að sinna.
- (d) Koma á lagginnar heildstæðu og samhæðu kerfi, sem getur samanstaðið af stofnumum, sem er ætlað að innleiða réttindin.
- (e) Koma í veg fyrir og leggja bann við brotum á réttindum bæði frá hendi opinberra aðila og einkaaðila, svo sem legusala, vinnuveitanda, fyrirtækja, banka o.s.frv.
- (f) Mæla fyrir um þein úrræði til þess að taka á brotum á réttindunum.¹⁴⁶

Sem einfalt dæmi hefur EFMIR-nefndin talið að nauðsynlegt sé að vernda með lagasetningu vinnuáðstæður barnshafandi kvenna, m.a. hvað varðar bann við uppsögnnum vegna barnleigna og fæðingarorlofsgreiðslur.¹⁴⁷ Íslensk lög, t.d. um almannahyggingar nr. 100/2007, félagslega aðstoð nr. 99/2007, sjúkratryggingar nr. 112/2008, fæðingarorlof nr. 95/2000 og málefni aldraðra nr. 125/1999, eru nauðsynleg til þess að tryggja réttindi til félagslegs öruggis, heilsu og fleiri réttindi vernduð af SEFMIR. Ahýgli vekur að í undirbúningssögunum með þessum lögum er sjaldnast að finna tilvísanir, hvað þá heildstæða umfjöllun, um þau mannréttindi sem liggja að baki. Ánægjulega undantekningu er að finna í nýjasta lagabálkinum sem vísað er til, lögum um sjúkratryggingar nr. 112/2008 en í skýringum í frumvarpi við markmiðsákvæði laganna er vísað stuttlega til 1. mgr. 76. gr. stjfskr.

En þó að lagasetning sé mikilvæg, þá er hún ekki nægileg, heldur þurfa einnig að koma til m.a. aðgerðir á sviði sjförnysylu, hagsjofrnar, stefnumótunar, þáa part til stofnanir og hugsanlega úrskurðaraðila.¹⁴⁸ Matthew Craven tekur

144 Það hafa ymis lönd gert, t.d. Noregur, síð 1. LOV 1999-05-21 nr. 30: Lov om styrking av menneske-rethighelene stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

145 „Samstarfsfyrlysing ríkisstjórnar Samfylkingarinnar og Vinstrireyfingarinnar grens framboðs“ www.stjornarrad.is/Stefnyfyrlysing/.

146 Sandra Liebenberg: „The protection of economic and social rights in domestic legal systems“, bls. 79.

147 EFMIR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Bilgurnu*, UN Doc. E/2000/22, mgr. 227 og 242.

148 Philip Alston og Gerard Quinn, „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 169. Alston og Quinn vísa m.a. í framkvæmd II.O, sem er afar skýr að þessu leyti.

sem dæmi að það er til lítills að mæla fyrir um rétt allra til húsnæðis í lögum ef einfaldlega er ekki nægilegt húsnæði fyrir hendi.¹⁴⁹ Jafnframt hefur verið talið að a.m.k. varðandi sum EFM-réttindi séu úrræði á sviði dómstóla nauðsynleg til þess að tryggja réttindin.¹⁵⁰

Framþróun í áföngum (e. *achieve progressively*): Þessi hluti 1. mgr. 2. gr. SEFMIR hefur valdið talsverðum erfiðleikum í umfjöllun um eðli skyldna ríkja samkvæmt samningnum.

The concept of progressive achievement is in many ways the linchpin of the whole Covenant. Upon its meaning turns the nature of state obligations.... Does the word „progressive“ enable the obligations of states parties, to be postponed to an indefinite time in the distant future“...? ¹⁵¹

Af rannsókn sinni á undirbúningssögunum SEFMIR hafa Philip Alston og Gerard Quinn ráðið að stuðningsmenn þessa orðalags við gerð samningsins hafi alls ekki litit að það sem veikingu á skyldum ríkja eða útgönguleið fyrir ríki, sem standa sig ekki eins vel og þau gætu á þessu sviði. Orðalagið hafi einungis verið talið nauðsynlegt vegna sibreytilegra efnahagsáðstæðna og einmitt til þess að gefa til kynna að í eðli EFM-réttinda felist að þau séu breytileg og í sífelltri þróun. Andstæðingar orðalagsins óttuðust hins vegar að vegna þess yrði sátt-málinn dauður bókstafur.¹⁵²

Ýmsir fræðimenn hafa bent á að ekki megi gera of mikið úr þessu ákvæði, þar sem augljóst sé að öll mannréttindi geti einungis komist til fullrar framkvæmdar á lengri tíma.¹⁵³ Nálgun EFMIR-nefndarinnar hefur verið fjarrí því að um sé að ræða einhvers konar útgönguleið fyrir ríki, en nefndin hefur túlkað ákvæðið í samræmi við önnur efnisatriði 1. mgr. 2. gr. SEFMIR¹⁵⁴ og jafnframt í samræmi við tilgang sáttmálans:

[The fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device,

149 Matthew Craven: *The International Covenant...*, bls. 126.

150 EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 9, The domestic application of the Covenant*, (1998) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 9, bls. 57. „In other words, whenever a Covenant right cannot be made fully effective without some role for the judiciary, judicial remedies are necessary.“

151 Philip Alston og Gerard Quinn, „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 172. Alston og Quinn eru hér að vísa til orða fulltrúa Ungverjalands við undirbúning SEFMIR.

152 *Sama rit*, bls. 174-176.

153 Scott Lecker: „Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 93. Matthew Craven: *The International Covenant...*, bls. 130. Philip Alston og Gerard Quinn: „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 172. Dominic McDoldrick hefur þannig t.d. bent á að mannréttindanefnd Sp hefur meðhöndlað réttin til lífs

skv. 6. gr. SBSR þannig að hann feli í sér framþróun í áföngum, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, bls. 346.

154 Matthew Craven: *The International Covenant...*, bls. 131.

reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d'être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal.¹⁵⁵

Samkvæmt 21. gr. Limburg-reglanna felur orðalagið fyrst og fremst í sér skyldu til þess að stefna eins greiðlega og frekast er unnt að framkvæmd réttindanna. Þá segir enn fremur:

Under no circumstances shall this be interpreted as implying for States the right to deter indefinitely efforts to ensure full realization. On the contrary all States parties have the obligation to begin immediately to take steps to fulfil their obligations under the Covenant.¹⁵⁶

Í Maastricht-viðmiðunum kemur skýrt fram í 8. gr. að margumrætt orðalag breytir ekki þeirri lagaskyldu að ýmsar ráðstafanir ber ríki að framkvæma tafarlaust og aðrar eins fjótt og auðlætt er. Þar kemur jafnframt fram athyglisverð regla hvað varðar sönnunarbryði:

Therefore, the burden is on the State to demonstrate that it is making measurable progress toward the full realization of the rights in question. The State cannot use the „progressive realization“ provisions... as a pretext for non-compliance.¹⁵⁷

Fyrri tilvinaður málsliður merkir að sönnunarbryði hvíli á ríkinu fremur en á borgaranum, sem telur að brotið hafi verið á rétti hans.¹⁵⁸

Þrátt fyrir að réttindin í SEFMR komist aðeins til fullrar framkvæmdar á smátt og smátt, þá hefur EFMR-nefndin lagt áherslu á það sem nefna mætti tafarlausr skyldur (e. *immediate obligations*), sem leiða af ákvæðum sáttmálans. Þar er yfirleitt veigamest það sem áður hefur verið nefnt, að ríkjum ber að grípa til þeirra ráðstafana, sem þeim frekast er unnt á hverjum tíma og þar að auki

algert bann við mismunun, sbr. 2. mgr. 2. gr. SEFMR, sem hefur afar mikil áhrif á inntak réttindanna.¹⁵⁹ Að síðustu verður nefnt að túlkun á lágmarksinntaki réttinda (e. *minimum core*) getur haft veruleg áhrif á það hvort orðalagið um innleiðingu í áðöngum kemur til skoðunar, sbr. nánar í kafla 4.2.

Komist í framkvæmd (e. *full realization*): Nú, 60 árum eftir samþykkt Mannréttindayfirlýsingarinnar, er enn langt frá því að mannréttindi þau sem hún verndar séu komin til framkvæmdar, sérstaklega hvað varðar EFMR-réttindi.¹⁶⁰ Endanlegt markmið SEFMR er að öll réttindin komist að fullu til framkvæmdar.¹⁶¹ Inntak þess að réttindin komist til fullrar framkvæmdar er ekki alltaf ljóst, en EFMR-nefndin hefur gengið út frá því að því stigi sé ekki náð, ekki einu sinni í þróuðum ríkjum.¹⁶² Ríkjum er óheimilt að sætta sig við mannréttindi með afsalati.¹⁶³ Höfundar sáttmálans áttuðu sig á því að réttindin kæmst aðeins til fullrar framkvæmdar á langum tíma¹⁶⁴ og því er nauðsynlegt að átta sig á því að innleiðing í áðöngum (sbr. fyrri umfjöllun) beinist að fullri framkvæmd réttindanna, en ákveðna þætti réttindanna ber að tryggja tafarlaust¹⁶⁵ (sbr. umfjöllun um lágmarksinntak réttindanna og tafarlausr skyldur).

Sem það frekast megnar með þeim ráðun sem því eru tiltek (e. *to the maximum of its available resources*): Tilhneiging er til þess að leggja óþarflega mikla áherslu á það einkenni EFMR-réttinda, að þau séu háð efnahagslegri getu ríkja og ríkisútgjöldum.¹⁶⁶ Í mörgum tilvikum geta ríki staðið við skyldur sínar með nokkuð einföldum hætti án verulegra vandkvæða vegna útgjalda.¹⁶⁷ Dæmi um slíka útgjaldalausa ráðstöfun gæti verið innleiðing löggjafar gegn mismunun t.d. á vinnumarkaði.¹⁶⁸ Þar að auki hefur verið talið að takmarkað fjárhagslegt bolmagn ríkja losi þau yfirleitt ekki undan skyldum sem tekið til lágmarksinntaks rétt-

¹⁵⁹ Limburg-reglurnar, sjá nmg. 139, 22. gr. Sjá t.d. hvað varðar mentun sérstaklega: EFMR-nefndin: *General Comment nr. 13, The right to education* (1999): „The prohibition against discrimination enshrined in article 2 (2) of the Covenant is subject to neither progressive realization nor the availability of resources; it applies fully and immediately to all aspects of education and encompasses all internationally prohibited grounds of discrimination.“ UN Doc. HRI/CEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 31, bls. 78.

¹⁶⁰ Aabjörn Eide: „Economic and Social Rights“, bls. 109-110.

¹⁶¹ Við gerð sáttmálans var orðalagið *full realization* sett inn í stað *implementation*. Matthew Craven: *The International Covenant...*, bls. 128. Íslenska þýðingin nær ekki að endurspegla muninn á þessum orðum og er því ekki nægilega nákvæm.

¹⁶² Sama rit, bls. 129.

¹⁶³ Sama rit, bls. 128. Craven vísar hér til fulltrúa Frakklands í Mannréttindaráði SP, Cassin, UN Doc. E/CN.4/SR.223 (1951), bls. 8.

¹⁶⁴ Sjá einnig EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3, The nature of state parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/CEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 9, bls. 17.

¹⁶⁵ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3, The nature of state parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/CEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 10, bls. 17.

¹⁶⁶ Matthew Craven: *The International Covenant...*, bls. 136. Þetta einkenni er einnig oft notað til þess að aðgreina EFMR-réttindi frá borgaralegum og stjórnmálalegum réttindum, en sú aðgreining stæfst ekki, sjá t.d. Ragnar Adalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, bls. 415.

¹⁶⁷ Maastricht-viðmiðin, sjá nmg. 72, 10. gr.

¹⁶⁸ Victor Dankwa, Cees Flihterman og Scott Leckie: „Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 716.

¹⁵⁵ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3, The nature of the state parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/CEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 9, bls. 17. Nefndin tengir þetta beint við almenna reglu um bann við vísvitandi aðgerðum sem feila í sér aturför (e. *deliberately retrogressive measures*), sem síðar verður fjallað um.

¹⁵⁶ Limburg-reglurnar, sjá nmg. 139, 21. gr.

¹⁵⁷ Maastricht-viðmiðin, sjá nmg. 72, 8. gr.

¹⁵⁸ Victor Dankwa, Cees Flihterman og Scott Leckie: „Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 716.

indanna (e. *minimum core obligations*),¹⁶⁹ sbr. umfjöllun í kafla 4.2.4. Í tengslum við fyrri umfjöllun um skyldur ríkja til þess að *virða, vernda og efna* mannréttindi skal bent á að skylda til að virða réttindin yrði yfirleitt laus við sérstök útgjöld og því óháð fjárhagslegu bolmagn, en meta þarf hvort skyldur til þess að vernda og efna falla innan *kjarna* réttindanna sem um ræðir.¹⁷⁰

Tengsl skyldna ríkja við efnahagslegt bolmagn þeirra eru um margt flókin og ekki getst að fullu tæktifæri til þess að rannsaka þetta efni hér. Hins vegar verður síðar komið inn á álitæfnið frá ýmsum hljóðum, enda tenging skyldna ríkja við efnahagslega getu þeirra, líkt og önnur efnisatriði 1. mgr. 2. gr. SEFMIR, mikilvæg við umfjöllun um þessi réttindi.

3.3.3. Aðrir alþjóðasamningar um EFM-réttindi

Þjórg Thorarensen hefur bent réttilega á að í nýrri samningum sem innihalda ákvæði um EFM-réttindi er oft að finna sérstakan fyrirvara hvað varðar skyldur ríkja samkvæmt viðkomandi ákvæðum.¹⁷¹ Sem dæmi nefnir Þjórg 4. gr. Barnasáttmálans þar sem segir:

Hvað efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi snertir skulu aðildarríki gera slíkar ráðstafanir að því marki sem þau framast hafa bolmagn til.

Hins vegar er nauðsynlegt að geta þess að ákvæðin munur er á þessari framsetningu annars vegar og 1. mgr. 2. gr. SEFMIR hins vegar. Einkum er þar átt við, eins og Asbjörn Eide hefur bent á, að Barnasáttmálinn inniheldur ekki ákvæði um *frambróun* í áföngum (e. *progressive realization*).¹⁷² Skyldur ríkja stofnast því án tafar samkvæmt EFM-ákvæðum Barnasáttmálans, þó að inntak skyldna sé vissulega háð bolmagni ríkja.

Uppbygging félagsmálasáttmála Evrópu (FSE) er með nokkuð öðrum hætti en SEFMIR. Af orðalagi einstakra ákvæða, svo og af framkvæmd félagsmálanefndar Evrópu virðist þó mega líta svo á að margt af því sem áður var rakið um eðli skyldnanna samkvæmt SEFMIR eigi einnig við um FSE.

Félagsmálanefnd Evrópu tók árið 2003 til skoðunar kvörtun vegna ástands menntamála einhvertra og annarra fatlaðra barna í Frakklandi.¹⁷³ Bent var á að 80-90% einhvertra barna hefðu ekki aðgang að fullnægjandi menntun og að það myndi taka 100 ár að eyða biðlistum. Nefndin taldi að árangursleysi franska stjórnvalda í þessum málalokki fæli í sér brot á rétti fatlaðra til menntunar, rétti barna til menntunar og brot á jafnræði. Þá segir í niðurstöðu nefndarinnar: „When the

169 Limburg-reglurnar, sjá nmg. 139, 25. gr., Maastricht-viðmiðin, sjá nmg. 72, 10. gr., EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 3. The nature of state parties' obligations* (1990), HRU/GEN/1/Rev.7 (2004), ngr. 10, bls. 17.

170 Audrey K. Chapman og Sage Russell, „Introduction“, bls. 11-12.

171 Þjórg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg réttindi í stjórnarskrá og alþjóðsamningum“, bls. 88.

172 Asbjörn Eide: „Economic and Social Rights“, bls. 126.

173 *Aiti félagsmálanefndar Evrópu, International Association Autism Europe gegn Frakklandi*, 4. nóvember 2003 (13/2002).

achievement of one of the rights in question is exceptionally complex and particularly expensive to resolve, a State Party must take measures that allows it to achieve the objectives of the Charter within a reasonable time, with measurable progress and to an extent consistent with the maximum use of available resources. States Parties must be particularly mindful of the impact that their choices will have for groups with heightened vulnerabilities....”

Félagsmálanefndin virðist því telja að réttindin í FSE séu háð svipuðum skilyrðum og SEFMIR, þ.e. um frambróun í áföngum innan efnahagslegrar getu. Þó má líklega líta svo á að almenna reglan samkvæmt FSE sé að skyldur ríkja stofnist tafarlaust og þær séu óháðar efnahagslegri getu. Nefndin kemst hér að þeirri niðurstöðu að Frakkland geti ekki skýlt sér á bak við slík skilyrði þar sem ráðstafanir stjórnvalda voru algerlega ófullnægjandi til þess að ná þessu markmiði innan ásettanlegs tíma. Vert er að vekja athygli á þessu álit þar sem nefndin telur sér ólíkað fært að meta hvort ríki sé að sinna skyldum sínum um frambróun í áföngum.

3.3.4. Hvaða þýðingu hafa slík ákvæði við beitingu íslenskra stjórnarskrár-ákvæða?

Orðalag meginákvæðis stjórnarskrárinnar, sem hér er til umfjöllunar, 1. mgr. 76. gr., bendir ekki til þess sú *aðstöð*, sem ákvæðið veitir rétt á sé háð einhverjum skilyrðum, t.d. um efnahagslega getu íslenska ríkisins. Eina skilyrðið, sem lesa má út úr ákvæðinu sjálfu, er að *þörf* sé á aðstöðinni. Í einstökum erlendum dómum hefur frekari takmörkunum verið hafnað.

Dómur Stjórnlagadómstóls Búlgaríu frá 1997¹⁷⁴ er sérstaklega áhugaverður í samamburði við íslenskar lagareglur um tekjuskertöngu lífeyrisgreiðslna. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ákvæði laga sem mæltu fyrir um að réttur til lífeyris skertist ef lífeyrisþegi hefur tekið varu andstæð ákvæði 51.1 í stjórnarskrá landsins þar sem mælt er fyrir um rétt til félagslegs öryggis.¹⁷⁵ Niðurstaðan byggðist einkum á því að fullur réttur til lífeyrisgreiðslna stofnaðist þegar lögákvæðin skilyrði væru uppfyllt. Stjórnarskráin mælti ekki fyrir um neinar undantekningar frá eða takmarkanir á slíkum rétti og því væri óheimilt að mæla fyrir um þær í almennum lögum.

House of Lords í Bretlandi fjallaði um niðurskurð í menntamálu árið 1998.¹⁷⁶ Hér er reyndar um að ræða vernd EFM-réttinda í almennum löggjöf en ekki í stjórn-

174 *Stjórnlagadómstóll Búlgaríu*, 25. september 1997 (12/97). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið BUL-1997-3-003.

175 Ákvæðið hljóðar svo í enskri þýðingu: „Citizens shall have the right to social security and welfare aid.“ Þýðingu stjórnarskrárinna má nálgast í gagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int>.

176 *House of Lords, Brethamti, R v East Sussex ex parte. Tandy*, 20. maí 1998 [1998] AC 714. Dómurinn er birtur í dómagagnagrunni ESCR-Net á http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404086.

arskrá eða mannréttindasáttmálum. Í lögum um mentamáli frá 1993 var svæðisbundnum stjórnmöldum fallið að tryggja menntun þeirra barna sem af einhverjum orsökum, t.d. vegna veikinda, myndu að öðrum kosti ekki njóta hennar. Mál þetta sýyr að langveiku barni sem fékk heimakennslu. Árið 1996 ákvað viðkomandi stjórnvald, vegna skorts á fjármagnu, að skera niður fjölda kennslustunda í heimakennslu sem barninu stóð til boða. House of Lords komst að þeirri niðurstöðu að orðalag lagaákvæðisins¹⁷⁷ lyti aðeins að mati á viðeigandi menntun en veitti ekki heimild til þess að taka sjónarmið um fjármagn (þ.e. *available resources*) til greina við mat á því hvað teldist viðeigandi. Hins vegar hefði stjórnvaldið mat um það hvaða leið væri farin í þessu sambandi, væri um fleiri en eina leið að velja. Ákvörðunin um fækkun kennslustunda var ógilt.¹⁷⁸

Ef sömu nálgun yrði beitt hér á landi og í ofangreindum dómum yrði niðurstaðan sú að þar sem orðalag 76. gr. stjfskr. mæli ekki fyrir um leyfilegar takmarkanir á réttindunum þá séu slíkar takmarkanir óheimilar og stjórnmöld gætu t.d. ekki borið fyrir sig skort á efnun. Hér verður hins vegar hallast að því að túlka beri stjórnskrárákvæðin í ljósi heildstæðs mats á samsvarandi ákvæðum mannréttindasáttmála.¹⁷⁹ Þetta virðist einnig ástæða Hæstaréttar Íslands, a.m.k. varðandi MSE, sbr. *Hrd. 2002, bls. 3686 (167/2002) (ASJ)*, þar sem fallist var á takmarkanir á félagaréisi á grundvelli 2. mgr. 11. gr. MSE, sem ekki verða ráðnar af 74. gr. stjfskr.¹⁸⁰ Inntaki EFM-réttinda verður varla réttlæga lýst nema með heildstæðri nálgun á stöðu þeirra og eðli, sem 1. mgr. 2. gr. SEFMK er ætlað að endurspeglar og þar af leiðandi ber að hafa ákvæðið í huga við afmörkun á skyldum íslenska ríkisins samkvæmt 76. gr. stjfskr.

3.4. Nokkur orð um brot ríkja á ákvæðum um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi

Sumir fræðimenn hafa lagt til að nálgast vernd EFM-réttinda með því að skilgreina hvaða háttsemi ríkja telst *brot* á ákvæðum um EFM-réttindi, fremur en að skilgreina ítarlega hverjar séu skyldur ríkja.¹⁸¹ Auðvitað má segja að þessar nálganir séu sín hvor hliðin á sama peningi, en aðferðarfræðilega er engu að síður nokkur munur. Meðal annars hefur verið bent á að unnt sé að komast að einhverju leyti hjá hugsanlegum vandkvæðum við mat á því hvert sé inntak þess

177. „Suitable education“ in relation to a child... means efficient education suitable to his age, ability and aptitude and to any special educational needs he may have...“ Section 289, Education Act 1993.

178. Sjá nánar Ellie Palmer: „The Role of Courts in the Domestic Protection of Socio-Economic Rights: The Unwritten Constitution of the UK“, bls. 149-151. Dómurinn sýnr þó vel hvernig reglur stjórnsýsluréttar geta verndað EFM-réttindi.

179. Sjá Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 113.

180. Um gagnrýni á þessa nálgun sjá Davíð Þór Björgvinsson: „Beiting Hæstaréttar Íslands á lögum um Mannréttindasáttmála Evrópu“, bls. 170.

181. Sjá einkum Audrey R. Chapman: „A „Violations Approach“ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“ og Scott Leckie: „Another Step Towards Individuality: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights“.

að ríki skuli *stefna að því* að uppfylla skyldur sínar (þ.e. *progressive realization*). Hægt er að benda á fjöldamörg brot á EFM-réttindum, án þess að nauðsynlegt sé að skilgreina ítarlega þær skyldur sem standa að baki.¹⁸²

Með Mastricht-Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (Mastricht-viðmiðin) frá 1997 voru settir fram tilteknir flokkar af háttsemi ríkja sem felur í sér brot. Brotin geta bæði verið í forni *athafna*, t.d. lagasetning sem er ósamrýmanleg EFM-réttindum eða aðgerðir sem fela í sér afturför, þannig að dregið sé úr umfangi EFM-réttinda, og *athafnaleyfis*, t.d. að innleiða ekki nauðsynlega lögjöf eða að nýta ekki öll tilkækt ráð (e. *maximum of available resources*) til þess að innleiða EFM-réttindi. Ekki gefst færi á frekari umfjöllun um Mastricht-viðmiðin eða brot ríkja á þessum vettvangi en ljóst má vera að þessi aðferð getur verið gagnleg í sambandi við dómsmál enda er almennt nægilegt fyrir lögmennt og dómara að benda á tiltekið brot ríkisins gegn efnaréttindum, án þess að setja fram ítarlega umfjöllun um inntak þessara réttinda.

3.5. Lokaorð um skyldur ríkja

Telja má að mismunandi flokkar skyldna reynist misflokknir í meðförum dómstóla. Skyldur til að *virða* og *vernda* réttindi eru líkari þeim skyldum sem oft reynir á varðandi borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi og því má telja að almennt sé einfaldara að leggja slík álitæfni fyrir dómstóla og byggja á íslenskrí dómframkvæmd í því sambandi. Skyldan til þess að *efna*, sem oft er algert ljúkili-ariði varðandi EFM-réttindi, yrði oftast floknari í meðförum og réttarfarski-lyrði geta staðið í vegi slíkra dómsmála, líkt og rakið hefur verið. Því má vella fyrir sér hvort ekki sé nauðsynlegt að innleiða í réttarfarslögjöf einhvers konar tilslökun á þessum fornski-lyrðum til þess að tryggja raunverulega vernd réttindanna.

Hvað varðar hin sérstöku einkenni skyldna ríkja varðandi EFM-réttindi, sbr. einkum 1. mgr. 2. gr. SEFMK, þá er ljóst að „flækjustígt“ þessa réttarsviðs má að talaverðu leyti rekja til þeirra efnisatriða sem þar koma fram. Þeim sjónarmiðum og mælikvörðum sem lýst verður í næsta kafla er hins vegar ætlað að leysa úr þessari flækju og sýna fram á að dómstólar geta komist að niðurstöðu um álitæfni á þessu sviði á grundvelli vel mótaðra lögfræðilegra tóksemda.

4. Mælikvarðar dómstóla við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum

4.1. Almennt

Til þess að unnt sé að leysa úr einstökum álitæfnum á sviði EFM-réttinda verður að vera unnt að bera málsatvik saman við einhverja mælistíku til þess að meta hvort gengið sé svo nærri þeim réttindum sem unnt er að um brot gegn stjórnskrá eða alþjóðlegum mannréttindasáttmálum sé að ræða. Hér verður orðið

182. Audrey R. Chapman: „A „Violations Approach“ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 37.

mælikvarði í grófum dráttum notað yfir það sem í enskum skrifum um lögfræði er nefnt *test* og verður fjallað um nokkra mælikvarða sem þróaðir hafa verið til þess að meta háttsemi ríkja gagnvart EFM-réttindum. Þessir mælikvarðar lúta í meginatriðum að því hversu mikið svigrúm dómstólar og aðrir úrskurðaraðilar eftirláta stjórnvöldum og því standa þeir í nánnum tengslum við valdmörk dómstólanna – mælikvarði sem beitt er má ekki vera svo strangur að dómstólar gangi inn á veiksvið annarra handhafa ríkisvalda, en ekki svo vægur að virkri vernd mannréttinda sé stefnt í hættu. Ymsir mælikvarðar eru til og ríki þurfa að hafa margar (oft jafnréttáar) meginreglur í huga þegar ákvarðanir sem varða EFM-réttindi eru teknar. Hér getur því ekki verið um tæmandi umfjöllun að ræða.

4.2. Lágmarksinntak mannréttinda (e. minimum core obligations/content)

4.2.1. Almenn

EFMR-nefndin setti í General Comment nr. 3 frá árinu 1991 fram mikilvæga yfirlýsingu:

[A] minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party.. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être*.¹⁸³

Í 25. gr. Limburg-reglunnanna kemur jafnframt fram:

States parties are obligated, regardless of the level of economic development, to ensure respect for minimum subsistence rights for all.

Ennfremur hefur þessi regla verið útfærð í 9. gr. Maastricht-viðmiðanna:

Violations of the Covenant occur when a State fails to satisfy what the Committee on Economic, Social and Cultural Rights has referred to as „a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights“[...]. Such minimum core obligations apply irrespective of the availability of resources of the country concerned or any other factors and difficulties.

Með lágmarksinntaki réttinda er átt við þá grundvallarþætti sem standa í kjarna réttindanna og eru ómissandi þar sem án þessara þátta hafa réttindin ekkert gildi sem mannréttindi.¹⁸⁴ EFMR-nefndin setti fram hugmyndina um

lágmarksinntak réttinda og lágmarksskyldur ríkja af tveimur náskýldum ástæðum: (1) Til þess að sneiða fram hjá þeim vandkvæðum, sem fylgja því að leggja mat á frampróun réttinda í áföngum og (2) til þess að koma í veg fyrir að orðalag 1. mgr. 2. gr. SEFMR, einkum um frampróun í áföngum og um efnahagslega burði ríkja, yrði notað sem útgönguleið fyrir ríki, sem hugðust komast undan skyldum sínum. Því væri nauðsynlegt að sefja fram eins konar „gól“ fyrir réttindin. Lágmarksinntak réttinda byggist á því að ákveðnir þættir EFM-réttinda skapi tafarlaugar skyldur sem eru því ekki háðar innleiðingu í áföngum.¹⁸⁵

Mælikvarði á háttsemi ríkja, sem byggir á lágmarksinntaki réttinda, er reistur á því að sé lágmarksinntak réttinda ekki uppfyllt þá hafi ríki brotið gegn skyldum sínum, eða að sönnunaryrði um að ríki hafi uppfyllt skyldur sínar flyst yfir á ríkið. Hin suður-afríska Sandra Liebenberg hefur talið að stefnandi í dómsmáli geti sýnt fram á *prima facie* brot af hálfu ríkisins á grundvelli mælikvarðans um lágmarksinntak réttinda ef hann getur sýnt fram á:

1. that she lacks access to basic subsistence requirements; and
2. that these basic needs are neither physically nor economically accessible to her.¹⁸⁶

Takist stefnanda þessi sönnun þá færast sönnunaryrðin yfir á ríkið og vísar Liebenberg til orða EFMR-nefndarinnar varðandi sönnunarkröfur:

[The state] must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.¹⁸⁷

Minna verður á að lágmarksinntak réttinda er upphafsreitur, fremur en endapunktur, þegar kemur að því að skilgreina skyldur ríkja samkvæmt EFM-réttindum.¹⁸⁸

4.2.2. Lágmarksinntak réttinda – nokkur dæmi

Til þess að öðlast skýrari mynd af því hvernig unnt er að beita nálgun, sem byggir á lágmarksinntaki EFM-réttinda er rétt að taka dæmi úr framkvæmd EFMR-nefndarinnar um hvernig nefndin skilgreinir þetta kjarninntak.

¹⁸⁵ „Measuring Human Rights and Democratic Governance“, Ritstj. Claire Naval, Sylvie Walker og Raul Suarez de Miguel, bls. 206.

¹⁸⁶ Sandra Liebenberg: „South Africa’s evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 19.

¹⁸⁷ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3. The nature of state parties’ obligations* (1990), UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 10, bls. 17. áherslur mínar: Þar að auki telur Liebenberg að ríkið kynni að geta réttlætt aðgerðir sínar á grundvelli almenns ákvæðis um takmarkanir á mannréttindum í 36. gr. suður-afrísku stjórnarskrárinar. Sandra Liebenberg: „South Africa’s evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 19.

¹⁸⁸ Scott Leckie: „Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 102.

¹⁸³ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3. The nature of state parties’ obligations* (1991), UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 10, bls. 17.

¹⁸⁴ Audrey R. Chapman og Sage Russell: „Introduction“, bls. 9.

Um réttinn til heilsu var fjallað í General Comment nr. 14 frá árinu 2000. Lágmarksskyldur ríkisins koma fram í mgr. 43:

1. Að tryggja jafnan aðgang allra að heilbrigðisþjónustu, sérstaklega hvað varðar viðkvæma hópa og jaðarhópa.
2. Að tryggja aðgang að nauðsynlegri lágmarksnæringu, sem telst næringarfræðilega fullnægjandi og örugg, til þess að tryggja frelsi allra frá hungri.
3. Að tryggja aðgang að lágmarksskjóli, -húsnæði og -hreinlæti og nægilegt magn af öruggu vatni.
4. Að veita nauðsynleg lyf, eins og þau eru skilgreind á hverjum tíma samkvæmt aðgerðaráætlun Alþjóðahelbrigðisstofnunarinnar.¹⁸⁹
5. Að tryggja samngjarna dreifingu og veitingu allrar heilbrigðisþjónustu.
6. Að móta og innleiða heildarstefnu í heilbrigðismálum sem sé endurskoðuð reglulega og skal m.a. innihalda þróunarviðmið (e. *indicators and benchmarks*) og taki sérstakt tillit til viðkvæmra hópa og jaðarhópa.¹⁹⁰

Nefndin settur einnig fram í mgr. 44 frekari skyldur sem hún telur hafa sambærilegt mikilvægi.¹⁹¹ Eins og sjá má tengjast þessi kjarnatriði bæði réttinum til heilbrigðisþjónustu og einnig undirliggjandi grundvallarþáttum heilbrigðis, svo sem húsnæði, hreinlæti, næringu og vatni.¹⁹²

Hér verður lítið örlítið nánar á altæfni tengt fyrsta atriðinu hér að ofan, varðandi jafnt aðgengi að heilbrigðisþjónustu, einkum varðandi viðkvæma hópa. Í rannsókn sinni á réttarstöðu fátáðra gagnvart heilbrigðisþjónustu kenna Brynhildur Flóvenz að þeirri niðurstöðu að þó að aðgangur fátáðra að heilbrigðisþjónustu virðist almennt góður sé rétt „að vekja athygli á því að kostnaður vegna hennar getur verið allhár, að minnsta kosti miðað við þær tekjur sem margir öryrkjar hafa.“¹⁹³ Gæta þarf vandlega að því að réttur fátáðra sé nægilega verndaður að þessu leyti, enda hefur EFMR-nefndin lagt áherslu á *efnahagslegt aðgengi* (e. *economic accessibility*) þannig að heilbrigðisþjónusta sé fjárhagslega á færi allra og efnaminni heimili beri ekki hlutfallslega mun hærrí kostnað en hin efnameiri.¹⁹⁴ Ef kostnaður við heilbrigðisþjónustu er svo hár að tekjur öryrkja (einkum í fornu lífeyrisgreiðslna) eru svo lágar að tekjumar nægja varla fyrir nauðsynlegum útgjöldum, gæti verið um brot gegn lágmarksmarkmiðum til heilbrigðis og/eða réttarins til félagslegs öryggis að ræða.

Í nýjasta General Comment nefndarinnar er umfjöllunarefnið einmitt réttur til félagslegs öryggis skv. 9. gr. SEFMR. Lágmarksskyldur ríkja eru þar skilgreindar á eftirfarandi hátt:

1. Að tryggja aðgang að kerfi félagslegrar aðstoðar sem veitir bótageiðslur til einstaklinga og fjölskyldna að lágmarksfjárhæð sem er nægileg til að verða sérúti um a.m.k. grundvallarheilbrigðisþjónustu, skjól og húsnæði, vatn og heilbrigðisþjónustu, næringu og grunnmenntun. Ef ríki getur ekki uppfyllt þetta lágmark í öllum tilvikum¹⁹⁵ vegna takmarkaðrar efnahagslegrar getu leggur nefndin til að ríkið, að loknu ítarlegu samráðsferli, velji úr ákveðin kjarnatilvik.
2. Að tryggja jafnan aðgang allra að kerfi félagslegrar aðstoðar, sérstaklega hvað varðar viðkvæma hópa og jaðarhópa.
3. Að virða þau kerfi félagslegrar aðstoðar sem eru til staðar og vernda þau fyrir óeðlilegu inngrípi.
4. Að móta og innleiða heildarstefnu hvað varðar félagslegt öryggi og aðgerðaráætlun í því sambandi.
5. Að grípa til hnitmíðaðra aðgerða til innleiðingar félagslegrar aðstoðar, sérstaklega aðgerða sem vernda viðkvæma hópa og jaðarhópa og einstaklinga innan þeirra.
6. Að hafa eftirlit með innleiðingu og framskiptum réttarins til félagslegs öryggis.¹⁹⁶

Í íslensku samhengi verður að benda á að lágmarksmarkmið félagslegs öryggis hefur lengi verið skilgreint í gegnum samþykkt Alþjóðavinnuumálastofnunarinnar (ILO) nr. 102 frá árinu 1952.¹⁹⁷ Samþykktin skilgreinir níu tilvik sem stofna til réttar til félagslegs öryggis¹⁹⁸, en til að fullgilda samþykktina þurfa ríki að velja a.m.k. þrjú af þessum tilvikum. Ríki þurfa m.a. að sýna fram á ákveðið lágmarkshlutfall tryggðra einstaklinga innan hvers bótafloks og lágmarksfjárhæð bóta. Samþykktin er sveigjanleg en reglur hennar eru þó afar ítarlegar. Sem dæmi um reglur samþykktarinnar um fjárhæð má benda á að lágmarksfjárhæð ellilfeyris skal, skv. 29. gr. samþykktarinnar, vera 40% af annaðhvort fyrrum launum einstaklingsins eða meðallaunum faglærðra eða ófaglærðra verkamanna, eftir því hvernig hópur þeirra sem er tryggður er skilgreindur. Þessir útreikningar eru einnig háðir vissum skilyrðum um tryggingsgátímabil, þ.e. tímabil þar sem lífeyrisþegi hefur greitt tryggingsgjöld. Bent hefur verið á að samþykktin er barns síns tíma og tekur mið af veruleika þar sem aðeins karlmaðurinn var

189 WHO *Action Programme on Essential Drugs*, tilvísunarnúmer stofnunarinnar er WHO/DAP/98.12. Aðgengileg á <http://www.who.int/medicinedocs/en/> (Tilvísun ekki í frumtexta).

190 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The Right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 43, bls. 98.

191 Þar líta m.a. að mæðraværendi, bóluasetningum, fræðslu til almennings og heilbrigðisstarfsfólks og værend gegn farsóttum. *Sanna heimild*, mgr. 44. Ekki er algerlega ljóst að hvaða leyri nefndin telur atriðin í málsgreinum tvíum leiða til ólíkra réttarhárita.

192 Woulter Vandenhoele: „Conflicting Economic and Social Rights: the Proportionality Plus Test“, bls. 569.

193 Brynhildur Flóvenz: *Réttarskið fátáðra*, bls. 164.

194 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The Right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 12 (b), bls. 89.

195 E. *Risks and contingencies*: Hér er átt við þau tilvik sem kerfi félagslegs öryggis er ætlað að mæta, þ.e. heilbrigðisþjónusta, veikindi, eili, árvinnuleysi, vinnutap vegna vinnuslysa, fjölskyldu- og barnabætur, fæðingarlotf, fötlun og bætur til eftirlifandi maka og barna.

196 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/GC/19 (2008), mgr. 59.

197 Íslandi fullgilti samþykktina 1961.

198 Sömu tilvik eru sett fram hjá EFMR-nefndinni, sjá mgr. 270.

útlivnandi og oft er vísað til kvenna sem „eiginkvemma.“¹⁹⁹ Þá getur sú tilhneig-
ing ríkja að miða þá einstaklinga sem teljast tryggðir við verkafólk, fremur en
alla borgara, leitt til þess að stórir hópar fólks lendi utan kerfisins.²⁰⁰ Hvað varðar
fjárhæðir þá hefur sú aðferð samþykktarinnar að miða við tekjur augljósa kosti,
sem felast einkum í stöðugleika og hlutlaegum viðmiðum en þó má benda á þann
ókost að mælikvarðinn eru *tekjur* fremur en *þarfi*.²⁰¹

Ef bornar eru saman kröfur samþykktar ILO nr. 102 og niðurstöður EFMIR-
nefndarinnar um lágmarkssinntak réttarins til félagslegs öryggis er fyrst af öllu
ljóst að nálgun nefndarinnar er viðtækari, en samþykktin er hins vegar miklum
mun nákvæmari. Í öðru lagi virðist nefndinni ekki nægja að ákveðið hlutfall
af nánar skilgreindum hópi (t.d. launþegum eða öllum einstaklingum) teljist
tryggt innan félagslega kerfisins, heldur er lögð áhersla á að *öllum* sé tryggður
þessi réttur. Hér ber þó að athuga að samþykkt ILO beinir einkum sjónum að
almannatryggingum (e. *social security* eða *contributory or insurance-based schemes*)
fremur en félagslegri aðstoð (e. *social assistance* eða *non-contributory schemes*)²⁰², en
EFMR-nefndin fjallar í raun um bæði kerfin samhliða og telur þau bæði nauð-
synleg í ljósi 9. gr. SEFMR.²⁰³ Kerfi félagslegrar aðstoðar er ætlað að vera öryggis-
net fyrir þá sem ekki hafa önnur ráð til framfærslu og lífsatkomu.²⁰⁴

Tilsiðkun nefndarinnar til þess að koma til móts við takmarkaða efnahags-
lega getu ríkja er fremur í því að hún leggur til að ríki velji úr ákveðin tilvik
sem leiða skuli til bótaréttar. Þannig sé ríki heimilt, ef ómögulegt er að tryggja
lágmarksbótarétt í öllum þeim tilvikum sem nefnd er, að t.d. velja að veita
bótarétt vegna fötlunar, elli og átrunnuleysis, en ekki vegna vinnuslysa eða
fæðingarorlofs. Hér er nálgun nefndarinnar svipuð samþykkt nr. 102, sem veitir
ríkjum heimild til þess að velja þrjú af þeim níu tilvikum sem um er fjallað.²⁰⁵
ILO samþykktin virðist ráða fimm tilvikum ofar hinum, með því að krefjast þess
að a.m.k. eitt þeirra sé fullgilt þ.e. atvinnuleysi, elli, vinnuslys, örorka og dánar-
bætur til eftirlifandi maka, en hvorki af undirbúningsgögnum með SEFMR né
framkvæmd EFMIR-nefndarinnar fyrir 2007 verður ráðið að slíkt forgangsröðun
leiði af 9. gr. SEFMR.²⁰⁶ Af hinu nýja General Comment verður enn fremur ráðið
að nefndin taki ekki afstöðu til slíkrar forgangsröðunar, heldur leggi hana í

hendur ríkja en geri kröfu um viðtækt samræðsferli við undirbúning slíkrar
forgangsröðunar.²⁰⁷

Í ljósi þess hversu tæknilega flókinn rétturinn til félagslegrar aðstoðar er
– svo og í ljósi tæknilegra útfærslna í samþykktum ILO – vekur athygli hversu
alment orðað hið nýja General Comment EFMIR-nefndarinnar er. Með samhliða
beitingu þessara gagna er hins vegar unnt að ná þolanlegri nákvæmni í útlitun
á lágmarkssinntaki réttarins.

Sé sjónum beint að íslenskri framkvæmd þá hefur verið bent á að ekki verður
séð að alment hafi verið höfð hliðsjón af reglum samþykktar nr. 102 við laga-
seiningu hér á landi.²⁰⁸ Ein skýrasta birtingarmynd áhrifa samþykktar nr. 102
hér á landi er hins vegar í *Öryrkjabandalagsdómnum*.

Niðurstaða Hæstaréttar var að fyrirkomulag örorkulífeyriskerfisins hvað varðar
skerðingu á lífeyri vegna tekna mæla ekki sjónmáskrá. Við tulkun á
1. mgr. 76. gr. stjórnskráráttarinnar vísaði Hæstiréttur þerum orðum m.a. til 12. og
13. gr. FSE og í framhaldinu til samþykktar ILO nr. 102 um lágmarks félagslegs
öryggis. Síðan benti Hæstiréttur á að „í 67. gr. þessarar samþykktar er mælt fyrir
um þær reglur, sem þetta lágmark þarf að uppfylla, og kemur þar fram að um
skerðingar geti ekki verið að ræða nema vegna verulegra viðbótarfjárhæða.“

Fræðimenn hafa bent á að samþykktin virðist hafa mikil áhrif á niðurstöðu
dómsins.²⁰⁹ Róbert R. Spanó hefur einnig velt fyrir sér „hvort meirihluti Hæsta-
réttar hafi gengið of langt við að ljá 67. gr. umræddra samþykktar Alþjóðavinnu-
málastofnunar slíkt vægi sem raun ber viti og þá hvort þær ályktanir, sem
dregnar eru af því ákvæði um inntak réttindahugtaks 1. mgr. 76. gr. stjórns-
kráráttarinnar séu haldbaerar.“²¹⁰ Hér gefst ekki færi á að fjalla efnislega um álykt-
anir Hæstaréttar af ákvæðum samþykktanna, en hins vegar þykir rétt að fjalla
örflítið nánar um beitingu þeirra. Út frá aðferðafræðilegum sjónarmiðum. Í fyrsta
lagi má taka það skýrt fram að í 12. gr. FSE, sem vísað er til í ahugasemdum
með frumvarpi því sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995, er lágmark
almannatrygginga skilgreint með tilvísun til samþykktar ILO nr. 102. Hún er
óaðskiljanlegur hluti ákvæðis FSE og því hefði verið óeðlilegt að ljá samþykkt-
inni á einhvern hátt minna vægi við lögskýringu af þeirri ástæðu einni að ekki
er beinlínis vísað til hennar í frumvarpinu. Í öðru lagi er bent á að hér er um
skilgreiningu á *lágmarkssinntaki* almannatrygginga að ræða og því er það í fullu
samræmi við þau sjónarmið sem reifuð eru í þessum kafla að ljá þessu lágmarks-
inntaki mikið vægi við lögskýringu. Að þessum atriðum virtum þykja ekki efni

199 Lucie Lamarche: „The Right to Social Security in the International Covenant on Economic,
Social and Cultural Rights“, bls. 92.

200 *Sama rit*, bls. 93.

201 *Sama rit*, bls. 94.

202 Hér eru hugtökin notuð í fremur lauslegri merkingu þannig að almannatryggingakerfi inni-
haldi a.m.k. einhvern tryggingaþátt, en kerfi félagslegrar aðstoðar er einungis byggt á mati á
þörf.

203 EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/GC/19
(2008) mgr. 4.

204 Jennifer Tooze: „The Rights to Social Security and Social Assistance“, bls. 336.
205 Við þetta má bæta tilvísun til „the European Code of Social Security“ frá 1962 sem gerð var að
fyrirmynd ILO-samþykktarinnar, en gerir kröfu um að valin séu minnst sex tilvik og fylgir
samningsviðauki þar sem gerð er ráð fyrir hærri bótafjárhæðum.

206 Jennifer Tooze: „The Rights to Social Security and Social Assistance“, bls. 340.

207 Sjá EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/
GC/19 (2008) mgr. 59.

208 Elin Blöndal: „Alþjóðavinnuálastofnunin og áhrif samþykktar hennar á íslenskan rétt“,
bls. 301.

209 Róbert R. Spanó: *Tilkun lagatævaða*, bls. 136 og Elin Blöndal: „Alþjóðavinnuálastofnunin og
áhrif samþykktar hennar á íslenskan rétt“, bls. 306, nmgr. 101.

210 Róbert R. Spanó: *Tilkun lagatævaða*, bls. 137. Svar við þessari spurningu fellur hins vegar utan
við rannsókn Róberts í tilvitnuðu riti.

tíl þess að gera athugasemdir við beitingu Hæstaréttar á samþykktinni. Nánari umfjöllun um dóminn út frá sjónarmiðum um lágmarkssinntak réttinda verður sett fram í næsta kafla.

Umboðsmaður Alþingis fjallaði nýlega um fjárhæð ellilífeyris m.a. í tengslum við ILO samþykkt nr. 102, sjá áðurtilvinað álit *UA 10. júní 2008 (4552/2005 o.fl.) (málfeiri aldraðra)*. Benti Umboðsmaður á að við árslok 1995 voru gerðar þær breytingar á löggjöf að hverfa frá því að fjárhæð ellilífeyris skyldi fylgja hækkunum launa, en fara þess í stað eftir ákvörðun fjárlaga á hverju ári. Síðar hafa reyndar breytingar verið gerðar á því hvaða viðmiðunum skyldi fylgja við hækkun lífeyrisins. Umboðsmaður óskaði upplýsinga frá heilbrigðis- og tryggingamálaráðherra um það hvernig grunnfjárhæð ellilífeyris hefði verið ákvörðuð, en svör ráðuneytisins voru aðeins þau að síðustu áratugi hefði verið leitast við að grunntryggingar ellilífeyrisþega væru ekki fjárrí lágmarkslaunum. Umboðsmaður óskaði eftir frekari svörum um á hvaða forsendum fjárhæðin væri ákveðin og í svari ráðuneytisins kom m.a. fram eftirfarandi:

Á Íslandi er í gildi svokallað „three-pillar-system“ í ellilífeyri, eins og í mörgum löndum OECD. Þar er fyrst að telja lífeyri almannatrygginga, sem heyrir undir 67. gr. ILO Sp. nr. 102, þar sem gert er að viðmiði að skerðingar bóta verði aldrei meiri en að lágmarkslaunum verði náð. Þetta er það viðmið sem glíðir, eins og áður sagði, þegar grunnfjárhæðir lífeyrisbóta eru ákvarðaðar. Þessi útreikningur bóta á Íslandi er einfaldur þar sem upphæð bótaanna sjálfra hefur um langa tíð verið ákvarðaður um og yfir lágmarkslaunum, frítekjumark tekjutryggingar er mun hærra en bæturnar sjálfar og skerðing bóta vegna tekna þar yfir nemur einungis 45%, þannig að bótaþegnin hefur ætíð mun hærra tekjur en lágmarkslaun, hafi hann aðrar tekjur utan bóta. Bætur ellilífeyris eru allgöngu einnig yfir 40% af meðallanum altra meðlima ASÍ, en þar á meðal er fjöldi iðnaðarmanna, sem hafa mun hærra tekjur en ólærðir verkamenn, en það er annað viðmið skv. 67. gr. ILO 102.

Þrátt fyrir þessi svör, sem útlísta að nokkru leyti hvernig ILO-samþykkt nr. 102 horfir við íslenska almannatryggingakerfinu, bárust aldrei eiginleg svör við því hvaða forsendur voru lagðar til grundvallar við sjálfa ákvörðunina um grunnfjárhæð (þó að ráðuneytið vildi meina að unnt væri að réttlæta ákvörðunina). Umboðsmaður vísaði til 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og þeirra ákveða alþjóðsamninga sem einkum hefur verið fjallað um hér að framan, þ.e. 12. og 13. gr. FSE og 9. og 11. gr. SEFMR og gerði eftirfarandi athugasemdi:

Ég bendi á að ákveðnum laga nr. 100/2007 um greiðslu ellilífeyris er í eðli sínu ætlað að tryggingu öldruðum ákveðna lágmarksframfærslu við upphaf lögbundins eftirlaunaaldurs. Þegar framangreint markmið er haft í huga, tel ég einkar óheppilegt að ekki liggi fyrir með skýrari hætti af hálfu löggjafans á hvaða forsendum grunnfjárhæð ellilífeyris er ákvörðuð. Hér ég þá hér einnig í huga þær skyldur sem hvíla á sjónrövidlum, og þá einnig löggjafanum, samkvæmt fyrirnefndu ákveði sjónarskrár og alþjóðlegum sáttmálum, að taka afstöðu til þess hvort fjárhæð lífeyris,

sem þau ákveða að veita á grundvelli 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og samræmi við þörf leiði að löggjafinn beri þá skyldu að meta hvort fjárhæð lífeyris nægi til þess að uppfylla þessa þörf, eins og hún verður skýrð m.t.t. alþjóðlegra mannréttindasamninga. Umboðsmaður beitir hér 1. mgr. 76. gr. einkum sem formreglu, þar sem hún leiðir til þess að löggjafinn þarf að taka afstöðu til þeirra krafna, sem gerðar verða á grundvelli alþjóðasamninga um fjárhæð lífeyris og útlísta forsendur sínar fyrir þeirri niðurstöðu sem valin er, og hvernig hún samrýmist áðurnefndum kröfum. Hvetur Umboðsmaður til að þetta verði tekið til athugunar við yfirstandandi endurskoðun á almannatryggingalöggjöfinni. Óhætt er að taka undir með Umboðsmanni að eðlilegt sé og skylt að löggjafinn taki afstöðu til þess hvernig ákvarðanir um fjárhæðir lífeyris samrýmist mannréttindaákvæðum og kröfum þeirra hvað varðar lágmarksframfærslu. Þá virðist rannsókn Umboðsmanns leða í ljós að ekki hafi verið viðhótt nægilega vönduð vinnubrögð við lagasetningu á þessu sviði. Þó verður ekki hjá því komist að gera athugasemdir við nálgun Umboðsmanns á álitaeftið að tvennu leyti. Í fyrsta lagi hefði verið ákjósanlegt að Umboðsmaður hefði framkvæmt efnislega rannsókn á fjárhæð ellilífeyris samanborið við þær kröfur sem leða af sjónarskrá og alþjóðasamningum. Slík rannsókn hefði m.a. verið kaerkiomið innlegg í umrædda endurskoðun löggjafar. Þó má viðurkenna að einmitt í ljósi endurskoðunarinnar er skiljanlegt að Umboðsmaður hafi ákveðið að biða með þá rannsókn. ²¹¹ Í öðru lagi, og í nánari tengslum við umfjöllunarefni þessa kafla greinarinnar, er hugsanlegt áhyggjuetni sú áhersla sem Umboðsmaður leggur á *lágmarksframfærslu*. Þó að sú nálgun að byggja á lágmarkskjarna réttinda líkt og hér er fjallað um hafi ýmsa kosti, þá er álitaeftið varðandi ellilífeyri m.a. tengt því hvernig fjárhæðin hefur þróast undanfarin ár, sbr. umfjöllun Umboðsmanns í kafla IV.3. Við úrlausn á slíku álitaefti er ekki rétt að takmarka rannsóknarspurninguna við það hvort *lágmarks*greiðslur á hverjum tíma hafi uppfyllt *lágmarkssinntak* réttindanna, heldur hlýtur álitaeftið einnig að snúa að því hvort ríkið hafi sinnt skyldum sínum um innleiðingu í áföngum (e. *progressive realization*) og um sifjellt batnandi lífsskilyrði, sbr. 11. gr. SEFMR. ²¹²

Hér verður nefnt annað dæmi úr framkvæmd Umboðsmanns Alþingis, en í nýllegu álitu fjallaði Umboðsmaður um fjárhagsástoð sveitarfélags þar sem sjá má samspil krafna um lágmarksfjárhæð bóta og reglna sjórnissluréttar.

²¹¹ Sbr. lokaorð IV. kafla álitans þar sem fram kemur að markmið rannsóknarinnar hafi verið að kanna hvort það kynnu að vera meinbugir á löggum um fjárhæðir ellilífeyris gagnvart alþjóðlegum mannréttindasamningum, en rétt væri að biða með rannsóknina þar til að lökinni yfirstandandi endurskoðun.

²¹² Rétt er að taka fram að Umboðsmaður einskörðar álitaeftið ekki þerum orðum við lágmarkssinntak réttindanna og því kunna áhyggjur hófundar af nálgun Umboðsmanns að vera óþarf- ar.

UA 17. febrúar 2009 (5106/2007) A var neitað um fjárhagsaðstoð frá sveitarfélagi til greiðstu húsaleigu eða lán vegna kaupa á húsnæði. Ástæður sýrjunarinnar voru að tekjur A árið sem hún lagði fram umsóknir voru yfir viðmiðunarmörkum samkvæmt reglum félagsmálanefndar sveitarfélagsins. Umboðsmaður benti á að sveitarfélög hefðu umtalsvert svigrúm varðandi það hvernig þau sinntu skyldum sínum á grundvelli laga nr. 40/1991 um félagsþjónustu sveitarfélaga. Þrátt fyrir það leiðir það af orðalagi ákvæða 12. gr. laga nr. 40/1991 og tilgangi þeirra, sbr. einnig 1. mgr. 76. gr. stjórnarskránnar, að gera verður tiltekna lágmarkskröfur til sveitarfélaga um að þau komi með raunhæfum og virkum hætti til aðstoðar einstaklingum í því skyni að tryggja að þeir geti séð fyrir sér og sínum og til þess að bæta úr vanda og koma í veg fyrir að einstaklingar og fjölskyldur komist í þá aðstöðu að geta ekki ráðið fram úr mállum sínum sjálf.“ Umboðsmaður leysti því næst úr málinu á grundvelli reglna stjórnysluréttar um skyldubundið mat stjórnvalda, enda taldi hann að lög gerðu ráð fyrir slíku mati í hverju tilvikki fyrir sig. Stjórnvöld höfðu ekki tekið tillit til aðstæðna í máli A, sem hafði nýlega misst starf sitt og húsnæði og ekki var aflað gagna um raunveruleg útgjöld hennar og framtíðarhorfur. Beindi Umboðsmaður þeim tilmaelnum til sveitarfélagsins að máli A yrði tekið til endurskoðunar.

Umboðsmaður beittir 1. mgr. 76. gr. stjkskr. ekki með beinum hætti í álitinu, heldur leysir málið á grundvelli reglna stjórnysluréttar. Tilvitnað orðalag úr álitinu vísar hins vegar til þeirra lágmarkskrafa, sem leiða af lögum um félagsþjónustu sveitarfélaga og 1. mgr. 76. gr. stjkskr. að sveitarfélög komi með raunhæfum og virkum hætti til aðstoðar einstaklingum m.a. í því skyni að tryggja að þeir geti séð fyrir sér og sínum. Undirliggjandi umfjöllun Umboðsmanns eru því hugmyndir um lágmarksinntak félagslegrar þjónustu, sem verðskulda örlítið nánari umfjöllun. A sotti um stuðning einkum til þess að tryggja sér og fjölskyldu sinni húsnæði, en henni hafði verið gert að rýma fyrra húsnæði, sem tengdist störfum hennar við skóla í sveitarfélaginu. Með ákvrðunum sveitarfélagsins, fyrst um að bera hana út úr fyrra húsnæði og síðan um að neita henni um fjárhagsstuðning, þykir ljóst að gengið var nærri rétti til húsnæðis, sbr. 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og 1. mgr. 11. gr. SEFMIR sem og rétti til félagslegs öryggis, sbr. 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og 9. gr. SEFMIR. Við töku slíkra ákvarðana leiða téð mannréttindaákvæði til þess að skylt er að rannsaka aðstæður viðkomandi einstaklings og haga ákvarðanatöku í samræmi við þær.

Sem lokaathugasemnd varðandi lágmarksinntak þeirrar framfærsluástoðar sem veit er hér á landi má á ný vekja athygli á nánnum tengslum 1. mgr. 76. gr. stjkskr. við ákvæði mannréttindsáttmála um rétt til félagslegrar aðstoðar, svo og ákvæða um rétt til viðunandi lífsafkomu, sbr. einkum 11. gr. SEFMIR. Lágmarksinntak félagslegrar aðstoðar verður að taka mið af því að tryggð sé framfærsla, sem nægir til (lágmarks)viðunandi lífsafkomu.²¹³ Við umfjöllun um viðunandi lífsafkomu má t.d. líta til skilgreiningar Alþjóðabankans á fátækarmörkum:

The poverty line can, according to the World Bank, 'be thought of as comprising two elements: the expenditure necessary to buy a minimum standard of nutrition and other basic necessities and a further amount that varies from country to country, reflecting the cost of participating in the everyday life of society.'²¹⁴

Brynhildur Flóvenz taldi árið 2004 að langt virtist í land með að tryggja fíttlúðum fullnægjandi framfærslu og benti á að breytt bil væri milli lífsskiilyrða fáttaðra annars vegar og ófáttaðra hins vegar.²¹⁵ Harpa Njalsdóttir, félagsfræðingur, komst að þeirri niðurstöðu miðað við árið 2000 að tekjur öryrkja, aldraðra og atvinnulausra þyrftu að hækka um 30% til þess eins að ná lágmarksframfærslu.²¹⁶ Ekki er ljóst hvort staðan er önnur í dag, en þessar niðurstöður benda þó til þess að ekki sé víst að kerfi félagslegs öryggis hér á landi tryggi í reynd lágmarksinntak réttarins til félagslegs öryggis og viðunandi lífsafkomu.²¹⁷

Til þess að sýna fram á að sum réttindi krefjast ekki flókinnaframsætingar á lágmarkskyldum ríkja þá verður að síðustu bent á umfjöllun EFMR-nefndarinnar um réttinn til matar, sem er hluti af réttinum til viðunandi lífsafkomu skv. 11. gr.

Every State is obliged to ensure for everyone under its jurisdiction access to the minimum essential food which is sufficient, nutritionally adequate and safe, to ensure their freedom from hunger.²¹⁸

Fyrir nokkrum árum könnuðu starfsmenn Félagsmálastofnunar í Reykjavík hve mikinn mat væri unnt að kaupa fyrir þá bótáfráæð, sem ætluð var hjónum með tvö börn til framfærslu. Matseðilinn sem Félagsmálastofnun setti saman var síðan borinn undir sérfraeðing á sviði næringarfræði. Niðurstaðan var sú að daglegri hitaeiningapörf fjölskyldunnar var ekki fullnægt og mörg vítamín, þar með c-vítamín, voru undir dagsþörf.²¹⁹ Séu þessar niðurstöður lagðar til grundvallar virðist umhugsunarefni hvort í einhverjum tilvikum sé jafnvel lágmarksinntak réttarins til matar ekki uppfyllt hér á landi.

Með ofangreindri umfjöllun var ekki markmiðað að veita heildstæða sýn á lágmarksinntak þessara réttinda, heldur aðeins að sýna dæmi um hvernig slíkt inntak hefur verið afmarkað hvað varðar einstök réttindi. Næst verður nánar fjallað um hvernig nálgun byggð á lágmarksinntaki réttinda birtist í dómframkvæmd.

²¹⁴ Asbjørn Eide: „Economic and Social Rights“, bls. 131. Eide vísar í *World Development Report 1990*, bls. 26.

²¹⁵ Brynhildur Flóvenz: *Réttarstaða fáttaðra*, bls. 185.

²¹⁶ Harpa Njalsdóttir: *Fátæki á Íslandi við upplif mjórrar aldar*, bls. 21.

²¹⁷ Enn er minnt á að skyldur íslenska ríkisins ná ekki aðeins til þessa lágmarksinntaks, heldur til framþróunar í áðingum og sífeltil barnandi lífsskiilyrða, sbr. 1. mgr. 2. gr. og 11. gr. SEFMIR.

²¹⁸ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 12, The Right to Adequate Food* (1999), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 14, bls. 66.

²¹⁹ *World Development Report 1990*, bls. 18.

4.2.3. Beiðing í dómframkvæmd

Fyrst ber að benda á hinn margnefnda *Öryrkjabundalagsdóm* Hæstaréttar Íslands.

Í forsendum Hæstaréttar segir m.a.: „Samkvæmt framanrituðu [þ.e. umfjöllun um alþjóðlega mannréttindasamningal verður 76. gr. stjórnarskrárinnað skýrð á þann veg að skylt sé að tryggja að lög um rétt sérhvers einstaklings til að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu eftir fyrirfram gefnu skipulagi, sem ákveðið sé á málafnanlegan hátt. Samkvæmt 2. gr. stjórnarskrárinnað hefur almenni löggjafinn vald um það hvernig þessu skipulagi skuli háttað. Skipulag, sem löggjafinn ákveður, verður þó að fullnægja þeim lágmarksréttindum, sem felast í ákvæðum 76. gr. stjórnarskrárinnað. Þá verður það að uppfylla skilyrði 65. gr. stjórnarskrárinnað um að hver einstaklingur njóti samkvæmt því jafnréttis á við aðra sem réttar njóta, svo og almennra mannréttinda[...]. Svo sem áður greinir verður að telja að í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinnað felist ákveðin lágmarksréttindi, sem miðuð séu við einstakling. Þrátt fyrir sviðgrúm 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 stjórnarskrárinnað. Þegar lítið er til skipulags réttinda öðrokkuliferyrisþega samkvæmt almannaþryggingalögum og þeirra afleiðinga, sem í raun geta af því leitt fyrir einstaklinga, verður þetta skipulag ekki talið tryggja þeim þau lágmarksréttindi, sem í framangreindu stjórnarskrárákvæði felast, á þann hátt að þeir fái notið þeirra mannréttinda, sem 65. gr. stjórnarskrárinnað mælir þeim, svo sem það ákvæði verður skilið að íslenskum rétti, sbr. 26. gr. [SBSR] og 9. gr. [SEFMIR]. (áherslur mínar)

Ljóst má vera að Hæstiréttur telur 1. mgr. 76. gr. stj.skr. vernda rétt til lágmarksframfærslu. Löggjafinn hefur vald um hvernig skipulagi skuli háttað til þess að tryggja þessi réttindi, en skipulagið verður bæði að vera málafnanlegt og fullnægja teðum lágmarksréttindum. Því má segja að orðalag Hæstaréttar um sviðgrúm löggjafans til mats á því „hvernig þessi lágmarksréttindi skuli ákvörðuð“ sé nokkuð óheppilegt, þar sem það er í raun stjórnarskráin, sem ákvarðar lágmarksréttindin, en löggjafinn hefur sviðgrúm til þess að ákveða hvernig lágmarksréttindin eru útfærð eða uppfyllt. Dómurinn er hins vegar nokkuð skýr um að Hæstiréttur telur dómstólum skylt að meta hvort þessi lágmarksréttindi séu uppfyllt.²²⁰ Í niðurstöðum meirihlutans er vísað til þeirra afleiðinga, sem gáta leitt af gildandi skipulagi einkum þess að öryrki í hjúskap eða sambúð gat endað með aðeins 17.715 kr. í mánaðartekjur. Ljóst má vera að þessi upphæð fullnægur ekki lágmarksinntaki félagslegs öryggis, t.d. eftir fyrtnefndum mælikvarða EFMIR-nefndarinnar, sem mælir fyrir um að upphæðin skuli verið nægileg

til þess að standa straum af grundvallarheilbrigðisþjónustu, húsnæði, mat og menntun.²²¹ Til viðbótar má benda á að Hæstiréttur telur 1. mgr. 76. gr. tryggja rétt til „að minnsta kosti einhverrar lágmarks framfærslu.“ Því virðist Hæstiréttur ganga út frá því að það „gölf“ sem lágmarksinntakið markar sé ekki „þak“ þeirra réttinda sem í ákvæðinu felast.

Athygli vekur sú áhersla meirihluta Hæstaréttar á að um einstaklingsbundinn rétt sé að ræða. Málsvarnir Tryggingastofnunar ríkisins í málinu lutu að talssverðu leyti að því að tekiutenging við tekjur maka lífeyrisþega væri heimil í þósi gagnkvæmrar framfærsluskýldu hjóna.²²² Niðurstaða Hæstaréttar varðandi þennan þátt er áhugaverð frá nokkrum sjónarhornum:

1) Brottfall skilyrðis um að bótaþegi eigi ekki skylduframfærslu úr texta stjórnarskrárákvæðisins leiddi til þess að Hæstiréttur leit svo á að það hefði verið afnumið. Eldra ákvæði stjórnarskrár um félagslega aðstoð setti það að skilyrði að bótaþegi ætti ekki aðra skylduframfærslu. Hæstiréttur leit svo á að með breytingunum 1995 hafi þetta skilyrði verið afnumið.²²³ Róbert R. Spanó hefur gagnrynt nokkun Hæstaréttar á lögskýringargögnnum hvað þetta varðar.²²⁴ Róbert bendir á að í áhugasendum með frumvarpi því sem varð að stjórnarskipunarlögum nr. 97/1995 komi fram upplýsingar, sem getu hafa leitt til öndverðrar niðurstöðu, þ.e. að ætlunin hafi einmitt verið að halda í þetta skilyrði,²²⁵ og gagnrynrir einkum þá aðherð Hæstaréttar að fjalla ekkert um þessar upplýsingar. Sérstaklega gagnrynrir hann að í sama dómi, hvað annað efnisatriði varðar, veitti Hæstiréttur lögskýringargögnnum verulegt vægi og hafi rétturinn því valið þær upplýsingar sem lögskýringargögnnum, sem honum hentaði hverju sinni.²²⁶

Fallast verður á að betur hefði farið á því, að Hæstiréttur hefði fjallað um þessi mæli í lögskýringargögnnum. Aðferðaræðilega²²⁷ má því gagnryna þennan ákveða forsendna dómisins. Hér verður því hins vegar haldið fram að niðurstaða Hæstaréttar að þessu leyti hafi verið efnislega rétt, þar sem önnur sjónarmið hafa verið tilkunn vögu þyngra en áðurnefnd ummæli í frumvarpinu. Í fyrsta lagi eru ummælin ekki skýr að þessu leyti, þar sem einungis er fjallað um að ætlunin

²²⁰ EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/GC/19 (2008) mgr. 59.

²²¹ Stj. einkum 46. gr. hjúskaparlaga nr. 31/1993.

²²² Hæstiréttur afgreiddi þetta efnisatriði svo: „Ákvæði um rétt þeirra, sem ekki geta framfleytt sér sjálfir, til aðstoðar úr opinberum stjórnskrárákvæðum er lögmæt og réttmæt, en rétturinn var háður því að viðkomandi ætti sér ekki skylduframfærslu. Það skilyrði var afnumið með stjórnarskrárbreytingu 1995.“

²²³ Róbert R. Spanó: *Tilkun lögákvæða*, bls. 131-134.

²²⁴ Ákvæði þetta svarar að nokkru til núgildandi reglu í 70. gr. stjórnarskrárinnað þar sem er mælt fyrir um rétt þess, sem getur ekki sér og sinum og aðrir eru ekki framfærsluþyrkir við til styrks úr almennum sjóðum. Er frumvarpsákvæðið mun fjarlægja því tekið er miðað fram en nú er gert hvers konar ástæður geti orðið til að maður þarfnist opinberar aðstoðar af þessum toga. Með 1. mgr. 14. gr. er hins vegar ekki lögð til breyting frá gildandi reglu að því leyti að ekki er ráðgert að sá, sem geti séð nægilega fyrir sér sjálfur, þurfi að njóta réttar að síkara aðstoðar, en þann rétt væri þó fyllilega heimil að veita honum ef löggjafinn kysí svo.

²²⁵ Aþr. 1994-1995, A-ádeild, bls. 2109.

²²⁶ Róbert R. Spanó: *Tilkun lögákvæða*, bls. 134.

²²⁷ Hæstiréttur áherslu á að umfjöllun hans sé einskorðuð við hrein aðferðaræðileg sjónarmið nokkun lögskýringargagna.

²²⁰ Ekki verður séð að minnihluti réttarins sé á annarri skoðun varðandi hlutverk dómstóla. „Dómstólar geta hins vegar með, hvort lögákvæðing um þessi máleini [þ.e. innlak og umlak] opinberar aðstoðarj samrýmist grundvallarreglum stjórnarskrárinnað.“ Sjá einnig greiningu Ragnhildar Halgadóttir á dómnum í „Ástaða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnarskrárlögum gildi laga – þróun síðustu ára“, bls. 102-103.

hafi ekki verið að „sá sem geti séð nægilega fyrir sér sjálfur þurfi að njóta réttar til slíkrar aðstoðar.“²²⁸ Jafnframt segir að 1. mgr. 76. gr. sýskr. svári „að nokkru leyti“ til eldra ákvæðis. Þetta orðalag væri óeðlilegt ef nýja ákvæðið svaraði að öllu leyti til hins eldra. Í öðru lagi má benda á það alkunna sjónarmið á sviði mannréttinda að horfa á stöðu einstaklingsins, sem fær hér m.a. stuðning í orðalagi 9. og 11. gr. SEFMIR um rétt „serhvers manns“. Í þriðja lagi benda þau sjónarmið, sem Hæstiréttur rekur í dómnum varðandi rétt og skyldu til framfærslu í hjúskap, sjá atriði 3 hér að aftan, í sömu átt.²²⁹ Í fjórða lagi stenst fjalllega það sjónarmið, sem Hæstiréttur vísar til, þ.e. breytingu á sjálftu lagi orðalagi ákvæðisins. Sú breyting hlýtur að hafa haft tilgang og þýðingu. Í samræmi við þá reglu að túlka beri mannréttindaákvæði rúmt og takmarkanir á þeim þröngt þá verður að telja varhugavert að þrengja rétt einstaklinga með þeim hætti að innleiða slík skilyrði.

2) *Gagnkræm framfærsluskylda milli hjóna viðurkennd – getur verið málefnaleg ástæða til skerðingar.* Hæstiréttur bendir á að ekki sé um lögbundna framfærsluskyldu²³⁰ að ræða milli sambylilsólks og því voru rök Tryggingastofnunar ekki haldþær hvað það varðar.²³¹ Hins vegar staðfestir Hæstiréttur gagnkræma framfærsluskyldu hjóna og virðist því líta svo á að ef einstaklingur peningafraemar færir sig ekki með vinnu, þá elgi hann rétt á að fá peningafraemar til gegnum hjúskap. Hæstiréttur kemst að þeirri niðurstöðu að meginregla íslensks réttar sé að greiðslur úr opinberum sjóðum sæti ekki skerðingu vegna tekna maka bóáþega, en rétturinn viðurkenndi þó að heimilt sé að einhverju leyti að taka tillit til hjúskapar sem framfærsluþvættu við greiðslu úr félagslegum sjóðum.²³²

3) *Gagnkræm framfærsla hjóna felur bæði í sér framfærsluskyldu og framfærslurétt.* Hæstiréttur fjallar um framfærsluskyldu hjóna út frá mannréttindasjónarhorni og telur bæði um rétt og skyldu að ræða, sbr. 5. gr. 7. samningsviðauka við MSE.²³³ Hvað þennan rétt varðar telur Hæstiréttur að tæpast verði „annað sagt en að réttur öryrkja til framfærslu fjölskyldu sinnar verði smár hafi hann aðeins tekjur, sem nema grunnörorkulífeyri.“ Hér má velja fyrir sér hugtakið „viðunandi lífsafkoma“ eins og það drittist í 11. gr. SEFMIR og verður túlkað með hljóðsjón af kröfum mannréttinda um virðingu fyrir mannlegri reisn. Sá sem hér ritar telur að umt hefði verið að styrkja niðurstöðu Hæstaréttar um einstaklingsbundin réttindi og rétt til þess að taka þátt í framfærslu fjölskyldu sinnar með

²²⁸ Alþt. 1994-1995, A-deild, bls. 2109. Áherslur minar.

²²⁹ Um þessi rök er m.a. fjallað ítarlega í grein Dóru Guðmundsdóttur: „Sjónarskrárbundnar meginreglur og sjónarskrárvörin réttindi“, einkum bls. 149-155.

²³⁰ Um mismunandi tegundir og uppsprettu framfærslu má vísa til Krísten Keitche: *Socialret- alm-indelige principper. Retssikkerhed og administration*, bls. 52.

²³¹ Krísten Keitche bendir á að slík skerðingarregla var innleidd í Danmörku árið 2002, en fjórtíu árum síðar, Keitche skrifar: „Dette var en klar overtrædelse af grundloven.“ Krísten Keitche: „Artikel 75“, bls. 513.

²³² Þessi áhyktun verður reyndar ekki dregin með fullri vissu af forsendum Hæstaréttar í *Öryrkjabundlagsdómnum*, en kemur fram í síðari Öryrkjabunddalagsdómnum, Hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002).

²³³ „Hjón skulu njóta jafnréttis að því er varðar réttindi og skyldur að einkamálaretti sín í milli og í tengslum sínum við börn sín, við giftingu, í hjónabandi og ef til hjónaskilnaðar kemur.“

nálgun á þessum grundvelli. Hugtakið *viðunandi lífsafkoma* telur m.a. í sér að geta framfleytt sér og sínum með sómasamlegum hætti og ef lítið er til þess að gera verður kröfu um að þessa réttar verði notið með mannlegri reisn þá verður jafnframt að gera kröfu um að réttarins verði notið á einstaklingsgrundvelli.

4) *Jafnvel málefnaleg sjónarmið réttlaða ekki fjárvik frá lágmarkssinnatki réttinda.* Hæstiréttur viðurkennir að málefnalegt kunnir að vera að líta til þeirrar staðreyndar að einstaklingar í hjúskap eða sambúð þurfi minna sér til framfærslu en sá sem býr einn. En þetta sjónarmið er að mati Hæstaréttar hins vegar ekki umt að nota til réttlættingar fyrirkomulagi, sem tryggir ekki lágmarkssinnatak réttarins sem leiðir af 1. mgr. 76. gr. og 65. gr. sýskr. Hér er um áfar mjúlvægt atriði að ræða. Meirihluti Hæstaréttar virðist taka þá afstöðu að ekki skuli fara fram samgimismat (þ.e. mat á því hvort stefna stjórnvalda sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum – í anda samgimismælikvarðans (e. *reasonableness review*)) sem fjallað verður um hér að aftan) eða mat á grundvelli meðalhofsreglunnar. Jafnframt er þóst að svigrúm ríkisins nær ekki svo langt að ganga megi á lágmarkssinnatak réttindanna. Þessi afstaða er í samræmi við þá nálgun sem byggir á lágmarkssinnatki eða lágmarksskyldum og lýst hefur verið í þessum kafla greinarinnar. Skipulag almennatrygginga sem virðir ekki lágmarkssinnatak réttindanna verður ekki réttlætt með vísan til sjónarmiða sem að öðrum kosti teldu þó málefnaleg.

Til þess að veita skýrari mynd af beitingu á lágmarkssinnatki verður einnig bent á nokkur dæmi úr framkvæmd erlendra dómstóla.

Í dómi sjónarskipunardeildar Hæstaréttar Eistlands frá 2004²³⁴ var niðurstöðan sú að þrátt fyrir að sjónarskrárvæði um rétt til félagslegrar aðstoðar gerði ráð fyrir því að löggjafinn mælti fyrir um innatak þess réttar þá beri dómstólar skyldu til þess að grípa inn í ef aðstoð uppfyllir ekki lágmarksskröfur. Námsmanni hafði verið neitað um félagslegar greiðslur (m.a. húsaleigubætur) þar sem húsnæði hans uppfyllti ekki kröfur laga, en viðkomandi bjó í herbergi á heimanvist. Dómstóllinn taldi slíka „tæknilega“ túlkun á lögnum ekki samrýmast þeim kröfum sem leiddu af sjónarskrá um rétt til félagslegrar aðstoðar, sbr. sjónarskrárbundna jafnræðisreglu. Nánar tiltekið væri ekki um málefnalegar ástæður að ræða sem gætu réttlætt mismunandi meðferð.

Hér virðist dómstóllinn taka þá afstöðu að EFM-réttindi í sjónarskrá séu einungis dómhæf hvað varðar lágmarkssinnatak þeirra. Í eistneskum fræðiskrifum hefur verið bent á að ákvæði sjónarskrárinnar séu afar fáörð og mæli í raun aðeins fyrir um klarna EFM-réttinda. Því geti afstaða dómstólsins leitt til þess að aðeins „klarna innan klarrans“ hljóti endurskoðun dómstóla og vernd EFM-réttinda verði því afar rýr.²³⁵ Sömu sjónarmið mætti líklega setja fram í íslensku

²³⁴ *Sjónarskipunardæla Hæstaréttar Eistlands*, 21. janúar 2004 (34-1-7-03). Dómurinn er reifaður í dómagangnum í Fenevjafnefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codes.coe.int> og hefur þar númerið EST-2004-1-006.

²³⁵ Katrina Saaremaa-Stoilov: „How to Handle a Double-edged Sword Safely“, bls. 91.

samhengi þar sem framsending stjórnarskrárinna er á sama hátt takmörkuð við kjarna réttindanna.²³⁶

Benda má á dóm stjórnlagadómstóls Tyrklandis frá árinu 2003.²³⁷ Ákvæði tyrkneskra laga leiddu til þess að einstaklingur fékk greiddar bætur vegna tímabundinnar óvinnafermi vegna veikinda í 18 mánuði, en ef veikindin stóðu yfir í lengri tíma fékk viðkomandi engar greiðslur. Dómstóllinn taldi að ákvæði stjórnarskrár um rétt til félagslegs öryggis væri ætlað að tryggja rétt til lágmarkslífsafkomu sem gæti talist mannuóðleg þegar um væri að ræða atvirk svo sem slys, fótlum eða veikindi. Þá væri félagslega kerfið grundvallaratriði þegar kemur að því að tryggja hamingju einstaklingsins innan samfélagsins – sem einnig er grundvallarskylda ríkisins. Þar sem fyrirhefnd lagaákvæði gátu leitt til þess að óvinnaferir einstaklingar fengu enga fjárhagsaðstoð og höfðu þannig engin ráð til þess að lífa og þjuggu við algert óöryggi taldi dómstóllinn að um brot á stjórnarskrá væri að ræða.

Dómurinn er fremur einfalt dæmi um beitingu lágmarkssinnataks réttarins til félagslegs öryggis, þar sem ákvæðin „eyða“ birtist í almannatryggingakerfinu og bótaréttur féll algerlega niður.

Rt. 1990, bls. 874 Deilt var um ákvörðun félagsmálastofnunar sveitarfélags að skenda verulega heimilishjálp og félagslegar greiðslur til fatlaðrar konu, sem notið hafði silkkar aðstoðar um langt skeið. Hæstiréttur Noregs tók fram að dómstólum bæri að skera úr um hvort lágmarksréttindi væru tryggð, en einkum var til skoðunar ákvæði í lögum um félagslega aðstoð þar sem fram kom að veita skyldi aðstoð þeim sem ekki gætu unnið fyrir sér eða séð fyrir sér með öðrum hætti. Niðurstaðan varð sú að lágmarkssinnatak réttindanna væri ekki uppfyllt og ákvörðunin yrði ekki réttlætt með hagráðingarsjónarmiðum um sparnað í rekstri sveitarfélagsins. Því var ákvörðunin felld úr gildi.

Dómurinn lýtur ekki að stjórnarskrárákvæðum, enda engin ákvæði um félagslega aðstoð í norsku stjórnarskránni, eða ákvæðum mannréttindasáttmála, heldur var byggt á því að lágmarkssinnatak félagslegrar aðstoðar væri tryggt í almennum lögum.

UEFR 1999, bls. 1700. Deilt var um hvort krafa stjórnvalda um endurgreiðslu á félagslegri aðstoð yrði þess valdandi að stehandi málsins ryti ekki lágmarkssfram-

236 Í frumvarpi því sem varð að stjórnskipunarlögum nr. 97/1995 er rætt um að halda því einkenni íslensku stjórnarskrárinna að ákvæði séu í kjarnrytum stíl. Sjá Alpt. 1994-1995, A-deild, bls. 2081. Orðið kjarnrytum vísar hér til framsendingar ákvæðanna, en jafnframt má benda á að ákvæðin eru yfirlit einskörðuð við *kjarna* þeirra réttinda sem um ræðir og þau EFM-réttindi sem vernduð eru, einkum af 76. gr. stjórnarskrárinna. geta af orðalagi þeirra að dæma í mesta lagi talist endurspeglja kjarna þeirra réttinda sem teljast vernduð á alþjóðáættveitvangi.

237 *Stjórnlagadómstóll Tyrklandis*, 17. nóvember 1998 (K 1998/70). Dómurinn er reifaður í dómagagna-grunninn Fenevjanehdar Evrópuráðsins, á http://www.codices.coe.int og hefur þar númerið TUR-2003-1-003.

færslu. Hæstiréttur staðfesti mat stjórnvalda á aðstæðum stefnandans á grundvelli viðkomandi löggjafar, en viðurkenndi þó tilvist reglu um lágmarkssinnatak réttar til viðnandi lífsafkomu sem setti mati stjórnvalda ákvæðin mörk.²³⁸

Bent hefur verið á að þrátt fyrir að síðastnefnd tilhneiging Hæstaréttar Danmerkur teljist jákvæð út frá vernd EFM-réttinda, þá virðast hugmyndir um lágmarkssinnatak réttinda hafa freðilegt gildi fremur en raunhaft í danskri framkvæmd.²³⁹

Í *Grootboom*-dómi stjórnlagadómstóls Suður-Afríku hafnaði dómstóllinn þerum orðum að nota mælikvarða á skyldur ríkja byggðan á lágmarkssinnatki réttinda. Taldi dómstóllinn m.a. að í samhengi réttarins til húsnæðis, sem reynði á í málinu, væri hann ekki í stöðu til þess að skilgreina þá þætti sem teldust til lágmarkssinnataks réttarins, enda væri um margslungið álitæfni að ræða.²⁴⁰ Í stað þess hefur stjórnlagadómstóllinn haldið sig við samgirnismælikvarðann (*e. reasonableness review*), sem lýst verður hér á eftir. Hefur dómstóllinn verið harðlega gagnrýndur fyrir þessa ákvörðun.²⁴¹ Hins vegar útlokaði dómstóllinn ekki með öllu beitingu slíks mælikvarða og í nýlegum dómi á milliðómstigi hefur *High Court* í Suður-Afríku leyft úr máli á grundvelli lágmarkssinnataks réttarins til vatns:

Í þinu svokallað *Phiri* máli²⁴² var álitæfnið hvort það magn vatns sem borgaryfirvöld í Jóhannesarborg veittu íbúum nægði til þess að uppfylla réttinn til vatns sem verndaður er í 27. gr. stjórnarskrár Suður-Afríku. Dómstóllinn taldi að í þessu samhengi meatti slá því föstu að lágmarkssinnatak réttarins væri ekki fyrir hendi og því væri um stjórnarskrárþrot að ræða.

Dómstóllinn taldi að rökkin úr *Grootboom*-málinu ættu ekki við um réttinn til vatns, enda væru nægjanlegar upplýsingar fyrirtilgjandi um hvernig unnt væri að skilgreina lágmarksþörf málsaðila til vatns.

4.2.4. Hver eru tengsl kjarna réttindanna og efnahagslegrar getu ríkja?

Er ríkjum heimilt að innleiða lágmarkssinnatak réttinda í aföngum?

Sú nálgun sem hér er lýst og byggir á skilgreiningu á lágmarkskjarna réttinda gengur augsynlega lengst ef lítið er svo á að þessi *kiarni* sé ófrávíkjanlegur og hann beri að tryggja óháð efnun og aðstæðum hvers lands fyrir sig. Spurn-

238 Ekki virðist hafa verið vísað til stjórnarskrárákvæða eða ákvæða alþjóðasamninga í dómnum. Ida Elisabeth Koch. „The protection of socio-economic rights as human rights in Denmark“, bls. 34.

239 *Grootboom*, sjá mgr. 41, mgr. 29-33.

241 Sjá m.a. Dennis Davies: „Socio-economic rights in South Africa. The record of the Constitutional Court after ten years“, Sandra Liebenberg: „Basic rights claims. How responsive is the reasonableness review?“, Sandra Liebenberg: „South Africa’s evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, David Bilchitz: „Poverty and Fundamental Rights“, einkum bls. 135-177.

242 *Withotatstrand High Court í Suður-Afríku*, *Limtize Marzibuko o.fl. gegn The City of Johannesburg o.fl.* (Má nr. 06/13865 (WPD)).

ingin er því. Geta ríki sýnt fram á, með vísan til efnahagslegs vanmáttar síns, að þrátt fyrir að lágmarksmintak réttinda sé ekki uppfyllt þá sé ekki um brot gegn ákvæðum SEFMIR að ræða? Er lágmarksmintak réttindanna háð efnahagslegri getu ríkja (e. *available resources*)?

EFMR-nefndin og þær leiðbeiningarreglur, sem mest hefur verið stuðst við, Limburg-reglurnar og Maastricht-viðmiðin, eru ekki skýr hvað þetta atríði varðar. Í General Comment nr. 3 um skyldur ríkja segir nefndin:

[I]t must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps „to the maximum of its available resources“. In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.²⁴³

Hér er sönnunarbryðin lögð á ríkið og augljóst að sú bryði er þung. sbr. notkun orðalagsins „every effort“, „all resources“ og „as a matter of priority“. Hins vegar er jafnframt lýst að ríki *getur* axlað þessa sönnunarbryði og nefndin lítur ekki á þetta sem algerlega skilyrðislausar skyldur.²⁴⁴ Í Maastricht-viðmiðunum er hins vegar gengið lengra, en þar segir í 9. gr.:

Such minimum core obligations apply irrespective of the availability of resources of the country concerned or any other factors and difficulties.

Hér er því gengið út frá því að lágmarksmintakið sé ekki háð efnahagslegri getu ríkja. Sama afstaða virðist koma fram í sumum síðari General Comments EFMR-nefndarinnar.²⁴⁵ Vissir fræðimenn hafa talið heimilt að draga eftirfarandi ályktun af þessum gögnum:

All States parties, irrespective of their level of economic development, are required to ensure respect for minimum subsistence rights for all. Resource scarcity does not relieve the State of these minimum obligations.²⁴⁶

²⁴³ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 3, The nature of the state parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 10, bls. 17.

²⁴⁴ Mary Dowell-Jones: *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights*, bls. 23-24.

²⁴⁵ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 47, bls. 99 (þar segir að lágmarksmintakið sé ótráskiljanlegt (e. *non-derogable*)). Einnig: EFMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 40, bls. 115.

²⁴⁶ Scott Leckie og Anne Gallagher: *Economic, Social, and Cultural Rights: A Legal Resource Guide*, bls. xvii. Rit þetta er einkum samansætt af alþjóðasamningum og öðrum sköðum, sem stafa frá Sp og öðrum alþjóðastofnunum. Rititð hefst hins vegar á samanteki höfundanna á þeim ályktunum sem draga má af þessum gögnum.

Í nýjstu General Comment nefndarinnar, um réttinn til félagslegs öryggis frá 2007,²⁴⁷ er hins vegar notað sama orðalag og í General Comment nr. 3 og sama afstaða kemur fram í nýlegri túlkun nefndarinnar á því hvaða málkvarða hún muni nota við mat á skyldum ríkja eftir gildistöku valfrjáls viðauka við SEFMIR.²⁴⁸

Hér verður fallist á þá túlkun á þessum, að því er virðist, mótsagnakenndu nálgunum nefndarinnar að ef ríki uppfyllir ekki lágmarksskyldur sínar og tryggir ekki lágmarkskjarna réttindanna sé um *prima facie*-brot á samningnum að ræða.²⁴⁹ Þannig telji nefndin löglíkur fyrir því að mögulegt sé að innleiða lágmarkskjarna EFM-réttinda tafarlaust í öllum aðildarríkjum.²⁵⁰ Þarfléiðandi komi áltaefni um innleiðingu í áföngum (e. *progressive realization*), sbr. 1. mgr. 2. gr. SEFMIR og fyrri umföllun, almennt ekki til skoðunar, nema ríki geti axlað hina þungu sönnunarbryði sem áður er lýst um að öll möguleg ráð (e. *available resources*) séu nú þegar nýtt í þágu þessa.

Mary Dowell-Jones hefur gagnrýnt nefndina harkalega fyrir ónákvæma og ósannfærandi notkun á kenningunni um lágmarksskyldur ríkja.²⁵¹ Gagnrýni hennar er nokkuð sannfærandi, einkum hvað varðar dæmi úr athugasemdum nefndarinnar við skýrslu ríkja. Nefnir hún sem dæmi athugasemdir nefndarinnar við skýrslu Kongó, sem hafði gengið í gegnum algera eyðileggingu á innviðum samfélagsins, en þó beinast athugasemdir nefndarinnar ekki að því að brotið sé gegn lágmarksmintaki réttindanna og að aðgerðum, sem nauðsynlegar eru til þess að bæta úr því, heldur fremur að mismunum gagnvart konum og pygnum.²⁵² Dowell-Jones telur þannig að nefndinni hafi mistekist að beina starfi sínu að lágmarksmintaki réttindanna, sem nefndin telji þó ófrávikjanlegt. Meðal niðurstaðna Dowell-Jones er að EFMR-nefndin sé ekki reiðubúin til þess að takast á við kvartanir einstaklinga, enda hafi nefndinni ekki tekist að skilgreina skyldur ríkja heildstætt með nægilega skýrum hætti.²⁵³ Athyglisvert er að meðal röksemda þingnefndar í Danmörku fyrir því að innleiða SEFMIR ekki í lög var einmitt óvissa um túlkun réttindanna – en jafnframt nefnt að úr þessari óvissu kynni að rættast með stofnun kæruleiðar fyrir einstaklinga.²⁵⁴ Hér verður þekið undir síðastnefnt sjónarmið og talið að umfjöllun um kærur einstakli-

²⁴⁷ EFMR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/GC/19 (2008), mgr. 60. Sjá einnig EFMR-nefndin: *General Comment nr. 12, The right to adequate food*, (1999), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 17, bls. 67.

²⁴⁸ EFMR-nefndin: „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant“, 21. september 2007, UN Doc. E/C.12/2007/1. Nánar verður fjallað um þessa túlkun nefndarinnar í kafla 4.6.

²⁴⁹ Klaus Dieter Beiter: *The protection of the right to education by international law*, bls. 643.

²⁵⁰ Jennifer Toozé: „The Right to Social Security and Social Assistance“, bls. 334.

²⁵¹ Mary Dowell-Jones: *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights*, bls. 23-28.

²⁵² Sjá EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Kongó*, UN Doc. E/C.12/2000/SR.16, E/C.12/2000/SR.17, E/C.12/1/Add.45.

²⁵³ Mary Dowell-Jones: *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights*, bls. 23-28.

²⁵⁴ Ida Elisabeth Koch: „The Protection of Socio-Economic Rights as Human Rights in Denmark“, bls. 29.

inga, líkt og dæmi frá landsdómstólum sýna, geti aukid verulega á skýrleika og framþróun EFM-réttinda, m.a. hvað varðar beitingu mælikvarða byggðum á lágmarksinntaki réttinda.

4.2.5. Lokaorð um lágmarksinntak réttinda

Mælikvarði byggður á lágmarksinntaki réttinda getur veitt virka vernd EFM-réttinda fyrir dómstólum, þar sem sviðgrúm ríkja til þess að réttlæta að ekki einu sinni lágmarksinntak réttindanna sé fyrir hendi er afar takmarkað. Þetta er því töluvert strangur mælikvarði á aðgerðir ríkja, en gildissvið hans er takmarkað við þetta lágmarksinntak. Það hefur í fyrsta lagi í för með sér að fyrirsjáanlegt er að upp komi deilur um hver traunverulegt lágmarksinntak réttinda sé. Í öðru lagi má sjá víspendingar í þeim dómum, sem raktir hafa verið um að sumir dómstólar takmarki endurskoðunarvald sitt við þetta lágmarksinntak. Þegar komið er upp fyrir þetta „gölf“ sé það á valdi löggjafans að ákveða fyrirkomulag réttindanna. Þessi afstaða er óheppileg þar sem „gölf“ getur þá hæglega orðið „pak“, enda gætu stjórnvöld litid svo á að skyldum þeirra sé lokið þegar þessu lágmarki er náð.²⁵⁵ Slíkt er í andstöðu við eðli þeirra skyldna, sem leiða af EFM-réttindum, m.a. um framþróun í áföngum – lágmarksinntak réttindanna er aðeins ófrávíkjanlegur kjarni þeirra en með því er markmiðinu langt frá því náð.

4.3. Bann við vísivandi aðgerðum sem fela í sér afturför

4.3.1. Almenn

Í Maastricht-viðmiðunum, sem minnst hefur verið á hér að framan kemur m.a. fram að brot ríkja gegn EFM-réttindum geti falist í vísivandi aðgerðum, sem fela í sér afturför, en e-liður 14. gr viðmiðanna hljóðar svo:

(e) The adoption of any deliberately retrogressive measure that reduces the extent to which any such right is guaranteed.

Leiða má regluna af skyldum ríkja til þess að tryggja framþróun réttinda í áföngum (e. *progressive realization*)²⁵⁶, en tveimur spurningum þarf einkum að svara í þessu sambandi: Hvenær telst vera um *afturför* að ræða og hvenær geta stjórnvöld réttlætt slíkar aðgerðir?

4.3.2. Hvenær teljast ráðstafanir stjórnvalda fela í sér afturför?

Með aðgerðum sem fela í sér afturför (e. *retrogressive measures*) er átt við aðgerðir, ráðstafanir eða breytingar á lögum og reglum, sem hafa það í för með sér að einstaklingar eða hópar njóta EFM-réttinda í takmarkaðri mæli en áður. Rætt er um *vísivandi* aðgerðir (e. *deliberately retrogressive measures*) til þess að leggja áherslu á að þessi afturför er beinlínis afleiðing af og markmiðið með ákveð-

inni stefnu stjórnvalda. Lykilatriði við mat á því hvort aðgerðir fela í sér afturför, í þeim skilningi að þær kunnir að brjóta gegn EFM-réttindum, er hvaða sjónarhorni er beitt við mat á slíkum aðgerðum. Er um óleyfilegar aðgerðir sem fela í sér afturför að ræða þegar sýnt er fram á að aðstæður ákveðins einstaklings hvað varðar EFM-réttindi hafa versnað eða ætli sjónarhornið að vera víðara? Er umt að réttlæta aðgerðir sem draga úr EFM-réttindum ákveðinna einstaklinga ef þær leiða til aukinna réttinda annarra? Flestir úrlausnaraðilar virðast hallast að slíku almennu mati á heildarástæðum.²⁵⁷ Þannig má nefna að félagsmálanefnd Evrópu hefur talið að aukin kostnaðarþáttaka sjúklunga í heilbrigðisþjónustu standist ákvæði FSE, ef aðstæður fólks í erfiðri stöðu eru teknar til sérstakrar athugunar og meðalkostnaður sjúklunga hefur þrátt fyrir allt lækkað.²⁵⁸ Hér má einnig nefna þekktan dóm mannréttindadómstóls Ameríku.

Dómstóllinn fjallaði árið 2003²⁵⁹ um kvörtun einstaklinga sem höfðu starfað innan ríkisstofnunar í Perú. Á atvinnuferil sínum höfðu þeir greitt í lífeyrissjóð stofnunarinnar en þegar þeir komust á eftirlaunaaldur lækkaði stofnunin lífeyrissniðstöðu þeirra með einhliða ákvörðun þannig að eftir stóð aðeins 1/5 eða 1/6 hluti af upphæðinni. Innanlandsdómstólar í Perú demdu einstaklingunum í vil, en dómnum var ekki framfylgt og því leitðu þeir til Mannréttindadómstólsins. Dómstóllinn taldi að brotið hefði verið gegn eignarétti og rétti til þess að fá úrlausn dómstóla með þessum breytingum á lífeyrissjóðnum og með því að framfylgja ekki niðurstöðum dómstóla. Hins vegar féllist dómstóllinn ekki á mála-tilbúnað um að brotið hafi verið gegn innleiðingu réttarins til félagslegs öryggis í áföngum (e. *progressive realization*) með því að skerdá lífeyrissjóðnum með þessum hætti, þar sem skerðingin hefði ekki verið með almennum hætti heldur hefði bara bitnað á þessum einstöku aðilum. Því væri ekki hægt að segja að heildstraet væri Perú ekki að tryggja innleiðingu félagslegs öryggis í áföngum.

Hér tülkadi Mannréttindadómstóllinn hugtakið *framþróun í áföngum* (e. *progressive realization*) þröngt, reyndar þrengra en EFMR-nefndin virðist gera.²⁶⁰ Í málinu var hins vegar um nokkuð sérhæft vandamál að ræða, sem tengdist einni tiltekinni stofnun. Óhætt þykir að gera almennt ráð fyrir því að geti einstaklingur sýnt fram á að aðstæður hans gagnvart EFM-réttindum hafi versnað vegna vísivandi ákvarðana stjórnvalda þar að litandi, þá falli aðstæðurnar undir þá mælisitiku sem hér er lýst. Tengt vandamál að þessu leyti er einnig hversu flókin og samtengd þau kerfi, sem atrið er að tryggja EFM-réttindi, geta verið. Í Suður-Afríku hefur álitaeftnið verið sett fram á skýran hátt af Buadlender:

²⁵⁷ Sjá Wouter Vandenhoele, „Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test“, bls. 561.

²⁵⁸ Félagsmálanefnd Evrópu: *Conclusions XV-1, vol. 1, Article 12: Belgíum* (2001).

²⁵⁹ *Mannréttindadómstóll Ameríku*, 28. febrúar 2003 („*five pensioners case*“). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni ESCR-Net, á <http://www.escr-net.org/caselaw/>.

²⁶⁰ Dómstóllinn virðist vera á sömu stöðum í tülkun og stjórnlagadómstóll Suður-Afríku þegar sa dómstóll beitir svonefndum samgirnismælikvarða (e. *reasonableness review*). Sjá síðari um-föllun.

„[I]f government cuts a social welfare programme, there is an obligation on it to provide a constitutional justification for doing so – but it might be able to provide that justification by showing that although that particular benefit has been reduced, other benefits have been increased. The increased benefits need not necessarily be in the same programme area – for example, a cut in a welfare cash grant might be justified by an extensive food programme.”²⁶¹

Mikilvægt efnisatriði í þessari umfjöllun Budlender er að það er skylda ríkisins að réttlæta aðgerðirnar.

4.3.3. Efnisatriði mælikvarðans um bann við aðgerðum sem fela í sér afturför

Verður þá nánar vikið að því hvernig EFMR-nefndin og fræðimenn hafa talið rétt að beita sjónarmiðinu um bann við aðgerðum, sem fela í sér afturför við mat á því hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum. EFMR-nefndin hefur sagt í almennt umfjöllun sinni um skyldur ríkja:

[A]ny deliberately retrogressive measures ... would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of maximum available resources.²⁶²

Í umfjöllun sinni um einstök ákvæði SEFMAR hefur nefndin tekið jafnvægið sterkar til orða, t.d. hvað varðar réttinn til menntunar:

There is a strong presumption of impermissibility of any retrogressive measures taken in relation to the right to education, as well as other rights enunciated in the Covenant.²⁶³

Í sömu umfjöllun kemur fram að ríki hafi sönnunaryrði fyrir því að skilyrði fyrir slíkum aðgerðum séu uppfyllt, m.a. að ríki hafi skoðað alla aðra kosti og nýtt öll tiltæk ráð (e. *available resources*). Þannig virðist nefndin á þeim árum, sem liðu frá útgáfu General Comment nr. 3²⁶⁴ og til útgáfu umfjöllunarinnar um réttinn til menntunar, hafa tekið til greina gagnrýni fræðimanna, t.d. Matthew Craven, sem telur að þegar afturför er afleiðing vísitandi stefnu stjórnvalda þá

261 Tilvitnun birt í Wouter Vandenhoele, „Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test“, bls. 562.

262 EFMR-nefndin: General Comment nr. 3, *The nature of States parties' obligations* (1990), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 9, bls. 17.

263 EFMR-nefndin: General Comment nr. 13, *The right to education* (1999), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 45, bls. 80. Samhljóða orðalag er m.a. notað varðandi réttinn til heilsu, sjá General Comment nr. 14, *The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 32, bls. 94 og varðandi réttinn til vatns, sjá General Comment nr. 15, *The right to water* (2002), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 19, bls. 111.

264 Scott Leckie bendir á að af General Comment nr. 3, *The nature of the state parties' obligations* (1990) verði ekki ráðið að nefndin liti á vísitandi aðgerðir, sem fela í sér afturför sem *prima facie*-brot á skyldum ríkja. „Another Step Towards Indivisibility“, bls. 99.

beri að lita á það sem *prima facie*-brot á samningnum, en ríki hafi möguleika á að sýna fram á réttmæti aðgerðanna.²⁶⁵ Í þessu sambandi vakna spurningar t.d. um núverandi ástand efnahagsmála á Íslandi, þar sem fyrirsjáanlegt er að tekjur ríkissjóðs muni dragast stórlega saman en óvænt útgjöld verði veruleg. Er stjórnvöldum heimilt, og þá með hvaða hætti, að draga úr ýmissi þjónustu í tengslum við EFM-réttindi, s.s. menntun, heilbrigðisþjónustu og félagslegri aðstoð? Bent hefur verið á að það kunnmi að vera óheppilegt að hið alþjóðlega mannréttindakerfi geri ráð fyrir samfelldri efnahagslegri framþróun (sbr. orðalagðið „framþróun í áföngum“ (e. *progressive realization*)) því staðreyndin sé að efnahagskerfi, sérstaklega í þróunarlöndum, taki iðulega skref aftur á bak á milli þess sem þau próast fram á við.²⁶⁶ Jafnframt hefur nálgun sem takmarkar afturför verið gagnrýnd þar sem hún hafi neikvæðar afleiðingar: Ríki hiki við að próa félagsleg kerfi sín, m.a. að gera tilraunir með nýjar útfærslur, þar sem þau óttist að geta ekki snúið tilbaka og þannig komi þessi nálgun í raun í veg fyrir að EFM-réttindi geti próast í samræmi við aðstæður. Sömu leiðis sé ekki tekið nægilegt tillit til þess að það liggri í eðli EFM-réttinda og innleiðingu þeirra að þurfa að próast og breytast í tímans rás.²⁶⁷ Hér verður talið að þessi gagnrýni eigi einungis rétt á sér ef reglurni um bann við ráðstöfunum, sem fela í sér afturför, er beitt með ósveigjanlegum og bókstaflegum hætti. Ekkert bendir til þess að slík beiting eigi rétt á sér.

En hvernig ber þá að beita reglunni? Hvernig ber íslenska ríkinu að standa að breytingum sem fela í sér afturför, ef það telur slíkt nauðvornlegt vegna efnahagsástandans? Coomans telur að mörg ríki vísi einfaldlega til erfiðrar efnahagsstöðu sem réttlætningar á aðgerðum, sem fela í sér afturför, án frekari réttlætningar, en að slík rök séu ófullnægjandi, m.a. þar sem þau veiti ekki réttlætningu fyrir hverri aðgerð sem felur í sér afturför fyrir sig.²⁶⁸ EFMR-nefndin hefur sett fram mikilvægar leiðbeiningar að þessu leyti í nýlegri umfjöllun um mælikvarða á skyldur nága í tengslum við valfrjálstan samningsviðauka við SEFMAR.²⁶⁹ Þar kemur fram að við skoðun á kvörtunum einstaklinga muni nefndin leggja sönnunaryrði þarð varðar réttlætningu aðgerða, sem fela í sér afturför á ríkið sem um ræðir.²⁷⁰ Er ríki bera fyrir sig skort á einum mun nefndin lita til hlutlegra sjónarmiða

265 Matthew Craven: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights*, bls. 132. Undir þetta sjónarmið tekur einnig Fons Coomans, sjá „In Search of the Core Content of the Right to Education“, bls. 239. Craven greinir skylduga á milli slíkra vísitandi aðgerða annars vegar og hins vegar þeirrar staðreyndar að hindranir og jafnvægi afturför kann að leða af stefnu stjórnvalda sem er sett fram í góðri trú. Hér má einnig benda á að í 13. gr. Maastricht-viðmiðanna kemur fram að greina verði á milli vilja og getu ríkja til þess að sinna skyldum sínum.

266 *Measuring Human Rights and Democratic Governance*, Ritstj. Claire Naval, Sylvie Walker og Raul Suarez de Miguel, bls. 200.

267 Mary Dowell-Jones: *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights*, bls. 52-54.

268 Fons Coomans: „In Search of the Core Content of the Right to Education“, bls. 239.

269 EFMR-nefndin: „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant.“ 21. september 2007, UN Doc. E/C12/2007/1.

270 Sama heimild, mgr. 9, bls. 3.

með hljóðsýjun af aðstæðum í hverju landi fyrir sig. Einkum mun nefndin líta til eftirfarandi atriða:

- (i) The country's level of development;
- (ii) The severity of the alleged breach, in particular whether the situation concerned the enjoyment of the minimum core content of the Covenant;
- (iii) The country's current economic situation, in particular whether the country was undergoing a period of economic recession;
- (iv) The existence of other serious claims on the State party's limited resources; for example, resulting from a recent natural disaster or from recent internal or international armed conflict.
- (v) Whether the State party had sought to identify low-cost options; and
- (vi) Whether the State party had sought cooperation and assistance or rejected offers of resources from the international community for the purposes of implementing the provisions of the Covenant without sufficient reason.²⁷¹

Íslensku samhengi gætu á næstunni öll ofangreind atriði komið til skoðunar, að frátöldum lið (iv). Ríkið gæti bent á lið (ii) til réttlættingar aðgerðum, sem fela í sér afturför, svo og lið (vi), en liður (i) myndi væntanlega mæla gegn þeim. Mat á réttmæti aðgerðanna færi síðan fram m.a. á grundvelli liða (ii) og (v).

Frækari sjónarmið nefndarinnar koma fram í nýjustu General Comment hennar, í tengslum við réttinn til félagslegs öryggis.

If any deliberately retrogressive measures are taken, the State party has the burden of proving that they have been introduced after the most careful consideration of all alternatives and that they are duly justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant, in the context of the full use of the maximum available resources of the State party. The Committee will look carefully at whether: (a) there was reasonable justification for the action; (b) alternatives were comprehensively examined; (c) there was genuine participation of affected groups in examining the proposed measures and alternatives; (d) the measures were directly or indirectly discriminatory; (e) the measures will have a sustained impact on the realization of the right to social security, an unreasonable impact on acquired social security rights or whether an individual or group is deprived of access to the minimum essential level of social security; and (f) whether there was an independent review of the measures at the national level.²⁷²

Það eru einkum stafliför a-f sem eru nýjung í umfjöllun nefndarinnar. Í a-lið er gerð krafa um málefnalega réttlættingu, sem þyrfti væntanlega að vera studd nægilegum gögnum, t.d. um horfur í ríkisfjármálum. Samkvæmt b-lið ber að kanna alla aðra möguleika og samkvæmt c-lið skulu þeir sem ákvörðunin bitnar á taka þátt í undirbúningi ákvörðunarinnar. Hér gæti t.d. verið um að ræða samvinnu stjórnvalda og hagsmunasamtaka. Í d-lið er vísað til jafnræðis-

reglunnar. Ekki kemur beinlínis fram að breytingar sem fela í sér afturför og mismunun séu óheimilar, en þá reglu má hins vegar leiða af 2. mgr. 2. gr. SEFMR og þeirri afstöðu að krafa um jafnræði sé ekki háð framþróun í áföngum.²⁷³ E-liðurinn í tilvitnaðri umfjöllun nefndarinnar er afar mikilvægur. Nefndin lítur til þess hvort aðgerðirnar hafi *varnleg* áhrif á framþróun réttarins til félagslegs öryggis. Í öðru lagi er meitið hvort breytingar hafi ósamgjörn (e. *unreasonable*) áhrif á áunnin réttindi. Hér verður einnig minnt á að t.d. lífeyrisréttindi njóta jafnframt verndar eignarréttarins. Í þriðja lagi verður að telja óheimilar aðgerðir sem fela í sér afturför og draga réttindi niður fyrir lágmarksinntak.²⁷⁴ Að síðustu kemur fram í f-lið að gerð sé krafa um að unnt sé að endurskoða aðgerðirnar og hlýtur hér að skipa miklu máli hvort unnt sé að höfða dómsmál í þeim tilgangi, þó að önnur form endurskoðunar komi einnig til greina.

4.3.4. Beiing mælikvarðans í dómnafrankvæmd – ýmis álitafni

Ýmis dæmi má finna úr alþjóðlegri dómnafrankvæmd þar sem upp hefur komið ágreiningur um réttmæti aðgerða stjórnvalda sem fela í sér afturför.

Fyrir mannréttindadómstóli Ameríku er nú til meðferðar athyglisvert mál gegn Ekvador.²⁷⁵ Kærendur, meðal annarra samtök heilbrigðisstarfsmanna, telja að umfangsmikilli niðurskurður, sér í lagi í heilbrigðiskerfinu, sé í andstöðu við ákvæði mannréttindasáttmála Ameríku²⁷⁶ þar sem afleiðingin sé að heilisa og líf viðkvæmstu hópa samfélagsins sé í hættu, þar sem þeim sé ekki tryggð nauðsýnleg heilbrigðisþjónusta. Kærendurnir hafa leitað til innanlandsdómstóla sem hata tvívegis vísað málinu frá af formásteðum og því byggja kærendur jafnframt á því fyrir Mannréttindadómstólum að réttur þeirra til þess að leita úrræða vegna mannréttindabrotu hafi verið brotinn.

Fróðlegt verður að fylgjast með lyknum málsins. Málatilbúnaður kærenda byggir í raun á banni við aðgerðum, sem fela í sér afturför þannig að lágmarksinntaki réttinda sé stefnt í hættu, sjá lið (ii) í umfjöllun EFMIR-nefndarinnar (texti við nmgr. 270). Jafnframt kann E-liður umfjöllunar nefndarinnar um félagslegt öryggi (texti við nmgr. 271) að koma til skoðunar þar sem kærendum hefur ekki reynt kleift að fá ráðstafanirnar endurskoðaðar.

²⁷³ Sjá m.a. Limburg-reglurnar, sjá nmgr. 139, 22. gr.

²⁷⁴ Þetta kemur einnig skýrt fram í tengslum við rétt til heilsu: EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, mgr. 48, bls. 99. Sjá að öðru leyti kafla 4.2. um lágmarksinntak réttinda.

²⁷⁵ *Mannréttindadómstóll Ameríku, Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud de Ecuador gegn Ecuador*. Dómur er ekki fallinn í málinu þegar þetta er ritað. Hér er byggt á upplýsingum um málið og birtum dómsskólum í dómagagnagrunni ESCR-Net á <http://www.escr-net.org/caselaw>.

²⁷⁶ Kærendur byggðu fyrir innanlandsdómstólum m.a. á stjórnarskrárákvæði sem tákmarkar betur um orðum heimild til niðurskurðar í heilbrigðismálum.

²⁷¹ *Sama heimild*, mgr. 10, bls. 10.

²⁷² EFMIR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007), UN Doc. E/C.12/GC/19 (2008) mgr. 42.

Nefnd Sp sem starfar á grundvelli samningsins um útrýmingu alls kynþáttamis-réttis fallaði árið 2005 um kvörtun sem laut að rétti Roma-fólks til húsnæðis í Slóvakíu.²⁷⁷ Í málinu hafði sveitarfélag samþykkt áætlun um að reisa ódyrt félagslegt húsnæði eðlað Roma-fólki sem bjó við áfar slæmar aðstæður. Sveitarfélagið afturkallaði síðar þessa áætlun eftir þrýsting frá hægrí-öfghópum. Nefndin taldi að með þessum aðgerðum, sem fólu í sér afturför, væri brotið gegn rétti til húsnæðis, sbr. m.a. 11. gr. SEFMR og jáfnræðisreglu. Nefndin taldi að Slóvakía ætti að tryggja þann rétt sem upphaflega samþykktin fól í sér.

Ákvörðun um aðgerðir sem fólu í sér afturför var hér tekin á algerlega ómál-efnalegum grundvelli og gat því alls ekki uppfyllt þær kröfur sem gerðar eru til slíkra aðgerða.

Í belgískum stjórnskipunarrétti hefur verið litið svo á að ákvæði um EFM-rétt-indi veiti ríkisvaldinu mikið svigrúm *upp á við*, þ.e. hvernig ríkið útfærir auknar jákvæðar skyldur sínar en að svigrúmið sé verulega takmarkað *niður á við*, þ.e. hvernig megi draga úr réttindum. Þannig innihaldi slíkt ákvæði *kyrrstöðureglu* (e. *standstill clause*).²⁷⁸

Á þann þátt ákvæðis 23. gr. belgísku stjórnskráráttinnar²⁷⁹ reyndi fyrir stjórnla-gaðmstöð Belgíu árið 2002.²⁸⁰ Áltaeinið voru breytingar á fyrirkomulagi félagslegar aðstöðar til hælsleitenda og var formi aðstöðarinnar m.a. breytt úr bótagreiðslum í beina aðstöð (matargjafir o.fl.). Dómstóllinn lagði áherslu á að stjórnarskrár-ákvæðið fæli í sér kyrrstöðureglu og löggjafanum væri óheimilt að afhema réttindi sem höfðu komist til framkvæmdar þegar stjórnskrárákvæðið gekk í gildi. Hins vegar meitti ekki tülka þessa reglu of þröngt og löggjafinn hefði m.a. svigrúm til þess að tryggja þessa aðstöð með öðrum hætti en áður var gert, einkum í ljósi þess að fyrrgildandi lög um félagslega aðstöð gerðu ráð fyrir þeirri aðstöð í sumum tilvikum. Því taldist ekki um brot á 23. gr. stjórnskráráttinnar að ræða.²⁸¹

Framsetning á kyrrstöðureglunni í þessum dómi bendir til þess að tímamark kyrrstöðunnar sé markað við gildistöku ákvæðisins, en í umfjöllun EFMR-nefndarinnar virðist fremur miðað við breytilegt tímamark, þ.e. afturför miðast við réttindin á hverjum tíma. Nálgun belgíska dómstólsins virðist ekki fullnægj-andi til þess að tryggja framþróun réttindanna í áföngum (e. *progressive realiza-tion*). Yfirleitt er viðúrkennt að tülka þer íslensku stjórnskráraná með breytilegri

²⁷⁷ Nefnd Sp um útrýmingu alls kynþáttmisréttis, *Slóvakía*, 10. mars 2005 (31/2003). UN Doc. CERD/C/66/D/31/2003

²⁷⁸ Johan Vande Lanotte og Tom De Pelsmacker, „Economic, Social and Cultural Rights in the Belgian Constitution“, 174.

²⁷⁹ Ákvæði tryggr ymis EFM-réttindi, m.a. rétt til viðunandi lífsafrömu og félagslegs öryggis. *Stjórnlagadómstóll Belgíu*, 27. nóvember 2002 (169/2002). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejaneftndar Evrópuáráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið BEL-2002-3-012.

²⁸¹ Hins vegar var af öðrum ástæðum talið að fyrirkomulagið væri í andstöðu við fróðhelgi einka-lífs og fjölskyldu.

tülkun²⁸² og bendir það til þess mælikvarða um takmarkanir á aðgerðum, sem fela í sér afturför (eða kyrrstöðureglu) ætti að beita með breytilegum hætti fyrir íslenskum dómstólum.

Stjórnlagadómstóll Frakklands fallaði um ýmsar hlíðar breytinga á lagamhverfi heilbrigðiskerfisins í dómi frá árinu 2004.²⁸³ Meðal umfjöllunarefna var innleið-ing gjaldtöku, þannig að sjúklingar þyrftu að greiða eina evru sem komugjald. Dómstóllinn taldi ekki um brot að ræða en athyglisvert er að dómstóllinn setti fram sjónarmið um tülkun ákvæðis í formála stjórnarskráráttinnar um skyldu ríkis-ins til þess að tryggja öllum heilbrigðisþjónustu, sér í lagi börnum, meðrum og eldri borgurum. Þannig taldi dómstóllinn að gjaldtaka, t.d. í þeim tilvikum þar sem sjúklingur leitar til sérfræðings án þess að hafa áður fengið tilvísun frá læknú meitti ekki vera svo há að hún bryti í bága við fyrrneft ákvæði í stjórnarskrá.

Af dómnum má a.m.k. álykta að ætíð þurfi að stíga varlega til jarðar við innleiðingu gjaldtökuheimilda í heilbrigðiskerfinu. Ákvæði 1. mgr. 76. gr. stjfskr. um rétt til aðstöðar og 3. mgr. ákvæðisins um verna barna hljóta minnsta kosti að veita sambærilega verna og það ákvæði í formála frönsku stjórnskráráttinnar sem dómstóllinn vísaði til. Hér á landi fæli innleiðing gjaldtöku í flestum tilvikum í sér afturför og því þyrftu öll skilyrði að vera uppfyllt.²⁸⁴ Í því sambandi má vekja sérstaka athygli á kröfunni um að allir aðrir kostir séu kannaðir og að jáfnræði sé tryggt. Sú hættu fylgir upptöku slíkrar gjaldskyldu að hún bitni einkum á þeim, sem þurfa á mikilli heilbrigðisþjónustu að halda, en þeir einstaklingar myndu þáframt oft hefjast hluti af *viðkvæmun hópi*.²⁸⁵ Attur má minna á afstöðu félags-málanefndar Evrópu um innleiðing fólks í erfiðri stöðu eru teknar til sérstakrar athugunar þá kann innleiðing aukinnar kostnaðarþáttöku einstakra sjúklinga að samræmast FSE.²⁸⁶

Annað slagíð skýtur upp kollinum um ræða hér á landi um upptöku skólagjalda við opinbera háskóla. Slíkt teldist ráðstöfun, sem felur í sér afturför gagnvart rétt-inum til menntunar, sbr. 13. gr. SEFMR,²⁸⁷ eins og EFMR-nefndin hefur tekið fram þerum orðum.²⁸⁸ Nefndin hefur t.d. lýst yfir áhyggjum sínum af hækkandi kostn-á við menntun í Hollandi og bent á að slíkt kunní að fela í sér mismunum.²⁸⁹

²⁸² Böög Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur* – Mannréttindi, bls. 117.

²⁸³ *Stjórnlagadómstóll Frakklands*, 12. ágúst 2004 (2004-504 DC). Dómurinn er reifaður í dómagagna-grunni Fenejaneftndar Evrópuáráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið FRA-2004-2-009.

²⁸⁴ Sjá í þessu sambandi 17. gr. laga nr. 173/2008 um ráðstafanir í ríkisfjármálum um ný komugjöld á sjúkrahús.

²⁸⁵ Sérstök áhersla er iðulega lögð á að ríki verndi réttindi slíkra hópa. Þannig telur EFMR-nefndin það brot gegn skyldunni til þess að eina réttin til heilisu að tryggja ekki fjármagn þannig að viðkvæmir hópar fái ekki notð þess réttar. *General Comment nr. 12, The right to the highest available standard of health* (2000), UN Doc. HRTZ/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 52, bls. 100.

²⁸⁶ Félagsmálanefnd Evrópu: *Conclusions XV-1, vol. 1, Article 12: Belgium* (2001).

²⁸⁷ Sérstaklega kemur fram í ákvæðinu að stefna skuli að því að koma á ókeypis æðri menntun í áföngum.

²⁸⁸ EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Maartius*, UN Doc. E/C.12/1994/8, mgr. 16.

²⁸⁹ EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Hollands*, UN Doc. E/C.12/1/Add.25, mgr. 19.

Í dómi frá 2007 fjallaði stjórnarskrárdómstóll Belgíu um lagabreytingar sem heimilðu viðbótargjaldtöku (þ.e. til viðbótar við skólagjöld) í menntastofnunum á háskólastigi, öðrum en eiginlegum háskólum, vegna efniskostnaðar og ýmissar þjónustu við stúdenta.²⁹⁰ Stefnendur töldu að þessi aukna gjaldtaka færi í bága, m.a. við Kyrrstöðureglu (e. *standstill clause*)²⁹¹, sem leiða mætti af 13. gr. SEFMR. Stjórnarskrárdómstóllinn staðfesti í fyrsta lagi tilvist slíkrar reglu og jafnframt að Belgíu bæri skylda til þess að stefna að gjaldfrálsri æðri menntun, þó m.t.t. efnahagslegar getu ríkisins. Öheimilt væri að innleiða ráðstafanir sem væru í andstöðu við þetta markmið. Hins vegar leiddi ekki af reglunni að algjörlega öheimilt væri að hækka slík gjöld eftir gláðistöku SEFMR (1983) m.a. í ljósi hækkandi tekna einstaklinga og þegar almannahagsmunir kreðust. Í þessu tilvikli taldi dómstóllinn að breytingarnar teldu ekki í andstöðu við kyrrstöðuregluna þar sem almannahagsmunir hefðu legið að baki og bentu m.a. á að hefðu lögin ekki verið sett þá hefðu skólarinn lent í alfar alvarlegum fjárhagsferðileikum og sú staða teldist mun meiri hindrun í vegi réttarins til menntunar en gjaldtakan sem slík. Jafnframt byggðist niðurstaðan að þessu leyti á því að hluti ráðstafananna fólst í því að takmarka áhrif gjaldtökunnar, sem gætu haft í för með sér mismunum og að þær stefndu í raun að því til lengri tíma lítið að þessi gjaldtaka yrði felld niður.

Dómurinn setur skýrt fram reglu um bann við aðgerðum sem fela í sér afturför (kyrrstöðureglu). Þó að niðurstaðan hafi verið að ekki væri um brot að ræða þá verður að meta þá niðurstöðu í samræmi við atvik málsins. Í ljósi þeirra sjónarmiða um túlkun, sem sett eru fram í dómnum, verður að teja að innleiðing skólagjalda í fyrsta sinn hefði þurft að byggja á alfar sterkum röksemdum til þess að standast kröfur dómstólsins.

Algengt er að talsmenn skólagjalda hér á landi vísi til þess að jafn aðgangur allra að æðri menntun yrði áfram tryggður í gegnum lánakerfi Lánasjóðs íslenskra námsmanna.²⁹² Sömu rök notuðu fulltrúar Trinidad og Tobago gagnvart EFMRF-nefndinni árið 1989²⁹³, en Coomans telur að slík lánbryti geti verið alvarleg hindrun fyrir námsmenn úr efnalitum hópum til þess að hefja háskólanám.²⁹⁴ Minna má á d-lið umfjöllunar EFMRF-nefndarinnar um félagslegt öryggi (texti við nmgr. 271), sem lýtur að því hvort ráðstafaninnar feli í sér beina eða óbeina mismunum. Að ofangreindu virtu verður hér talið að gagnvart 13. gr. SEFMR sé heimild íslenska ríkisins til upptöku skólagjalda í ríkisháskólum verulegum takmörkunum háð.

Tekjutengingar tólkast að verulegu leyfi í hinu íslenska kerfi félagslegrar aðstoðar og má í því sambandi benda á þennan dóm frá Noregi:

290 Nokkuð sérstakar aðstæður voru uppi í málinu, þar sem lögin voru afturvirk og var ætlað að tryggja lögmæti þessarar gjaldtöku og koma þannig í veg fyrir að skólarinn þyrftu að endurgreita haar upphæðir, sem þegar höfðu verið innheimtar. Sýnt þótti að eftir slíkar endurgreiðslur gætu margir skólar ekki starfað áfram vegna fjárhagsferðileika.

291 Aður var fjallað um merkingu þessarar reglu í belgísku stjórnarskrárrétti.

292 Sjá t.d. Gústaf Adolf Skúlaason: „Skólagjöld og rekstrarform háskóla“, <http://www.sa.is/fretting-almennar/nr/1649/>.

293 Sjá EFMRF-nefndin: *Report on the third session*, UN Doc. E/1989/22, mgr. 304 og 306.

294 Fons Coomans: „In Search of the Core Content of the Right to Education“, bls. 240.

Rt. 1996, bls. 1415. Hæstiréttur Noregs fjallaði hér um breytingar á lögum árið 1990 sem leiddu til niðurfellingar eða skerðingar á ellilífeyrisgreiðslum (uppbót vegna maka) ef tekjur lífeyrisþegans fóru yfir tilgreint mark. Einkum var deilt um hvort þessi breyting væri í andstöðu við 97. gr. norsku stjórnarskrárinna sem leggur bann við afturvirkri löggjöf. Báðir aðilar málsins höfðu vísað til 110. gr. c stjórnarskrárinna um skyldu stjórnvalda til þess að virða og tryggja mannréttindi og í framhaldinu til ákvæða SEFMR.²⁹⁵ Ekki var þó umdeilt að sú *lágmarksvernd* sem þessi ákvæði veita var ekki brotin með lagabreytingunum og stéðandi málsins byggði ekki með beinum hætti á þessum ákvæðum. Dómstóllinn tók einnig fram eftirfarandi í þessu samhengi: „Á et minimumsvern fylger av Grunnloven § 110 c, kan ikke være noe argument mot et sterkere vern etter Grunnloven § 97, om det ellers skulle være grunnlag for dette.“ Niðurstaða meirihlutans varðandi 97. gr. stjórnarskrárinna var að réttur til þessara lífeyrisgreiðslna nýti vissulega verndar ákvæðisins, en sú vernd takmarkaðist við augljós brot, þ.e. „klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning“. Byggðist þessi niðurstaða m.a. á því að vegna þyrfti réttindi lífeyrisþega m.a. til félagslegs öryggis og væntinga andspænis stjórnarskrárvörðu hlutverki löggjafans til þess að fara með fjárveitingarvald ríkisins. Taldi meirihlutinn að í þessu tilvikli hefði ekki verið brotið gegn 97. gr. stjórnarskrárinna og því var ríkið sýknað.

Í ljósi þeirra sjónarmiða, sem EFMRF-nefndin og fræðimenn á sviði alþjóðlegra mannréttinda hafa sett fram, má velja fyrir sér hvort þessi nálgun sé gagnrýni-verð. SEFMR tryggir ekki aðeins lágmarksvernd réttinda líkt og aðilar málsins sem og Hæstiréttur virðast leggja áherslu á, heldur einnig rétt til sífellt batnandi lífskilyrða og framþrúnar réttindanna í áföngum (e. *progressive realization*). Hægt er að líta svo á að lagabreytingarnar hafi talist aðgerð, sem fól í sér afturför (e. *retrogressive measure*) og því hefði Hæstarétti verið rétt að nálgast beitingu 97. gr. stjórnarskrárinna á grundvelli þess mælikvarða, sem EFMRF-nefndin hefur lagt til varðandi slíkar aðgerðir. Þá hefði ríkið þurft að sýna fram á nauðsyn þessara aðgerða miðað við efnahagslega getu ríkisins.²⁹⁶

Hæstiréttur Ísrael fjallaði um breytingar á félagslegum greiðslum í dómi frá árinu 2007.²⁹⁷ Með lagabreytingum voru fjárhæðir bóta lækkaðar um u.þ.b. 8-23% og ýmsir flokkar aðstoðar felldir niður, t.d. afsættir í almenningssamgöngum. Stefnendur byggðu á því að með þessum breytingum væri brotið gegn réttindum þeirra og töldu m.a. að ekki væri nóg að ríkið tryggði *lágmarks* lífsafkomu heldur þyrfti að tryggja *viðunandi* lífsafkomu, í ljósi stjórnarskrárákvæðis um verndun mannlægrar virðingar. Hæstiréttur hafnaði síðastnefndri nálgun og sýknaði ríkið. Taldi dómstóllinn að ekki væri samnað að lágmarks fjárhagslegri framfarislu væri

²⁹⁵ SEFMR var lögfestur í Noregi nokkrum árum síðar, sbr. LOV 1999-05-21 nr. 30.

²⁹⁶ Taka skal fram að vel kann að vera að slíkur málflutningur hefði náð fram að ganga, þ.e. að aðgerðirnar hefðu átt rétt á sér, m.a. vegna gagnarástafana sem ætlað var að draga úr áhrifum breytinganna fyrir þá lífeyrisþega sem höfðu þegar byrjað að taka við greiðslunum. Hér er aðeins fjallað um aðferðarlegar hlíðar málsins.

²⁹⁷ Hæstiréttur Ísrael, 12. desember 2005 (366/06). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Peneyja-nefndar Evrópuáráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið ISR-2007-2-001.

stefnt í hættu og að öðru leyti hefði ríkið margar aðferðir til þess að uppfylla skyldur sínar. Í sératkvæði kaus minnihluti dómenda hins vegar að falla með aðgreindum hætti um rétt til lágmarksframfærslu annars vegar og rétt til mannlegrar virðingar hins vegar.

Hæstiréttur Ísrael virðist hér í fyrsta lagi leggja alla sönnunarþyrði á stefnendur og í öðru lagi fallar dómstóllinn ekkert um skyldu ríkisins til frambúnar EFM-réttinda í áföngum (e. *progressive realization*). Aðeins var vísað til SEFMR í sératkvæðinu, en rétt er að benda á að stjórnarskrá landsins verndar ekki þerum orðum EFM-réttindi, heldur einungis mannlega virðingu. Út frá nálgun EFMR-nefndarinnar má velja fyrir sér hvort niðurstaðan hefði getað orðið önnur ef lítið hefði verið á breytingarnar sem vísvitandi aðgerðir, sem fela í sér afturför. Venntanlega hefði ríkið þá þurft að sýna fram á nauðsyn aðgerðanna og jafnvel hefði ríkið borrið sönnunarþyrðina fyrir því að lágmarksframfærsla væri tryggð. Nefna má fleiri erlenda dómara sem reynt hefur á lagabreytingar sem draga úr umfangi EFM-réttinda en í eftirfarandi dómum var niðurstaðan sú að um brot hafi verið að ræða.

Stjórnlagadómstóll Rússlands komst að þeirri niðurstöðu árið 2007²⁹⁸ að innleiðing hámarksupphæðar (paks) greiðslna í fæðingarorlofi stæðist ekki stjórnarskrá. Fyrir árið 2001 höfðu mæður átt rétt á greiðslum sem jafngiltu 100% launatekna en eftir lagabreytingar var sett þak á greiðslurnar. Þannig versnuðu líffiskilyrði mæðra sem urðu fyrir þessari skerðingu.

Til hljóðsónar má benda á ákvæði 3. mgr. 13. gr. laga nr. 95/2000 um fæðingar- og foreldraorlof þar sem mælt er fyrir um slíkt hámark. Við gildistöku þeirra laga voru greiðslur til ríkisstarfsmanna skertar frá því sem áður var, eftir gildistöku laganna skyldu greiðslur miðast við 80% launa, en áður voru þær 100%. Til þess að meta þessari skerðingu var stofnaður sérstakur fjölskyldu- og styrktarsjóður í vörslum stéttarfélaganna ríkisstarfsmanna. En sá sjóður hefur hins vegar aðeins greitt þennan mismun til kvenna í fæðingarorlofi, en ekki karla, á þeim grundvelli að karlar áttu engan rétt á greiðslum í fæðingarorlofi fyrir árið 2000 og því sé ekki um skerðingu (eða afturför) að ræða. Kerunefnd jafnréttismála hefur hins vegar talið að með þessu sé brotið gegn jafnréttislögum þar sem engin hlutlæg attriði réttlæti þessa mismunandi réttarstöðu karla og kvenna.²⁹⁹

Að lokum verður vikið stuttlega að nýlögum íslenskum dómi um skerðingu lífeyrisréttinda.

Hrd. 2002, bls. 3310 (10/2002) Með nýjum lögum um lífeyrissjóð hjúkrunarfræðinga árið 1996 voru lífeyrisréttindi B skert samborið við eldri lög. B kráðist

²⁹⁸ Stjórnlagadómstóll Rússlands, 22. mars 2007 (4). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenskyjanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið RUS-2007-1-003.

²⁹⁹ Sjá m.a. álit kerunefndar jafnréttismála, 11. júní 2004 (10/2003) og 15. júní 2007 (1/2007).

réttinga sinna miðað við hinar eldri reglur og byggði einkum á 72. gr. stjkskr. en vísað þó stuttlega til 65., 75. og 76. gr. Hæstiréttur taldi að breytingarnar væru hluti af samræmingu lífeyrisréttinda ríkisstarfsmanna og voru ávöxtur sameiginlegra viðræðna viðkomandi stéttarféлага og ríkisvaldsins. Breytingarnar teldust almennar og málefnalegar og sú skerðing, sem af þeim leiddi og var umfjöllunarefni málsins, náði jafnt til allra þeirra sem eins var ástätt um. Jafnframt þótti Hæstarétti sýnt að B hefði í reynd notið góðs af ákveðnum hluta breytinganna. Niðurstaðan var að skerðingin stæðist 72. gr. stjkskr. og einnig önnur stjórnarskráarkvæði.

Ákvæði 76. gr. stjkskr. fékk nær enga umfjöllun í dómnum, en hér virðist hafa verið um að ræða aðgerðir sem fólu í sér afturför hvað varðar réttinn til félagslegs öryggis.³⁰⁰ Sérstaklega verður bent á að Hæstiréttur tók fram að löggjafaranum yrði jafnað nokkuð svigrúm til breytinga á reglum í tímans rás og einnig að réttinum þótti ekki ráða úrslitum að „umræddar breytingar voru ekki rökstuddar sérstaklega með vísan til fjárhags“ lífeyrissjóðsins, en stefnandi málsins byggði á því að skerðingin væri ekki tilkomin vegna slíkrar nauðsyrtnar. EFMR-nefndin gengur út frá því að skortur á efninum sé einmitt sú ástæða sem réttlætt getur afturför. Samkvæmt því bæri Hæstarétti að gjalda varhug við skerðinguna á réttindum sem byggja ekki á nauðsyrn vegna slíkra aðstæðna.

Í *Hrd.* 17. desember 2009 (665/2008) var fjallað um skerðingar á greiðslum til öryrkja úr lífeyrissjóði. Skerðingin kom til vegna greiðslna úr almennatryggingakerfinu og miðaði að því að öryrkinn fengi ekki hærri bótagreiðslur en næmu tekjum hans áður en örorka kom til. Hér verður aðeins vakin athygli á umfjöllun Hæstaréttar um ástæður og markmið skerðingarinnar. Í forsendum dómisins kemur fram að lífeyrissjóðir hafi verulegt svigrúm til þess að auka eða skerdá greiðslur í samræmi við fjárhag og horfur til framtíðar. Hæstiréttur taldi að skerðingin hefði stefnt að því að takmarka útgjöld sjóðsins en lagði ekki mat á hvort slíkt hefði verið nauðsynlegt. Niðurstaðan varð sú að skerðingin væri lögmet og kröfum öryrkjans var hafnað.

Hæstiréttur fjallaði eingöngu um málsástæður öryrkjans er lutu að 72. gr. stjkskr. og að litlu leyti um 65. gr. en vék nær ekkert að 1. mgr. 76. gr. Hvað fjárhag lífeyrissjóðsins varðar vekur athygli að Hæstiréttur fjallar ekki um hvort skerðingin var í reynd nauðsynleg til þess að sjóðurinn gæti staðið við skuldbindingar sínar og undir meðferð málsins kom m.a. fram að skömmu áður en greiðslur til öryrkjans voru skertar þá voru réttindi sjóðsfélaga aukin tvívegis vegna sterkrar stöðu sjóðsins. Í sératkvæði eins Hæstaréttardómara er m.a. bent á þessa staðreynd og fram kemur að réttindi öryrkjans yrðu ekki skert nema fjárhagur sjóðsins krefðist þess. Taldi dómarrinn að skerðingin væri óheimil. Með hljóðsón

³⁰⁰ Hafa verður skýran fyrirvara hér á, þar sem stefnandi málsins nauðsyrn er áður sagð einnig góðs af breytingunum. Jafnframt þarf að meta hvaða sjónahorn ætti að hafa á afturför, sbr. „five pensioners“-dóm mannréttindadómstóls Ameríku sem reifaður er í Kafla 4.3.2.

af þeim sjónarmiðum sem fjallað hefur verið um að ofan um skilyrði þess að innleiða aðgerðir sem fela í sér afturför á sviði EFM-réttinda verður a.m.k. að gera þá kröfu að dómstólar leggi sjálfstætt mat á það hvort skerðing réttinda sé nauðsynleg vegna fjarhagslegra forsendna.

4.3.5. Lokaorð um aðgerðir sem fela í sér afturför

Eins og ofangreindir dómur bera með sér þá er nokkuð algengt að látið sé reyna á breytingar á löggjöf sem fela í sér afturför hvað varðar EFM-réttindi fyrir dómstólum. Þó að taka megi að einhverju leyti undir sjónarmið um að bann við aðgerðum sem fela í sér afturför sé ekki hinn fullkomni mælikvarði á framþróun réttinda í áföngum, þar sem hann mælir í raun ekki framþróun, heldur aðeins afturför,³⁰¹ þá er engu að síður um mikilvæga reglu að ræða. Reglan virðist nokkuð vel mótuð í meðförum EFMR-nefndarinnar, en dómframkvæmd landsdómstóla hefur ekki gengið eins langt og nefndin gerir ráð fyrir. Ekki verður séð að sjónarmið um valdmörk dómstólanna eða önnur sjónarmið sem kunna að leiða til þess að dómstólum sé rétt að beita vægari mælikvörðum mæli gegn beitingu reglunnar um bann við aðgerðum sem fela í sér afturför eins og EFMR-nefndin setur hana fram. Reglan er enda eins konar útfærsla af meðalhófsreglu, jafnræðisreglu og kröfu um málefnaleg sjónarmið – allt reglur sem dómstólar telja sér heimilt að beita fullum fetum.

4.4. Áhrif meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar og hinnar sérstöku meðalhófsreglu á sviði EFM-réttinda

4.4.1. Almenn

Þjórg Thorarensen hefur bent á að nærtækustu dómfordæmi á sviði EFM-réttinda (þ.e. íslenskir og norskir dómur) virðast snúast um hvort ríkið hafi gengið of langt í takmörkunum sínum á félagslegum réttindum³⁰² og hvort í því sambandi hafi verið byggt á lögmætum sjónarmiðum á borð við jafnræði og meðalhöf. Þannig sé viðfangsefnið svipað þvíþegar dómstólar meta hvort of langt sé gengið í takmörkunum á borgaralegum og stjórnmálalegum réttindum.³⁰³ Þjórg Thorarensen hefur einnig ritað um þau umfangsmiklu áhrif sem meðalhófsreglan hefur á tálkun mannréttindaákvæða, einkum í gegnum dómframkvæmd MIDE og auk þess hvað varðar leyfilegar takmarkanir á mannréttindum.³⁰⁴

301 Mary Dowell-Jones hefur gegnrynt mælikvarðann harðlega: „This principle of non-retrogressive achievement of the Covenant“ *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights*, bls. 52.

302 Þjórg Thorarensen: „Beiting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnskrá og alþjóðasamningum“, bls. 99-100.

303 Þjórg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 544.

304 Þjórg Thorarensen: „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnskrárákvæða“, bls. 53-55 í *Hrd*, 2002, bls. 3686 (1672/2002) (ASÍ).

Á sviði stjórnsýsluréttar hefur inntak meðalhófsreglunnar, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 verið sett fram í þremur stigum:³⁰⁵

1. Efni (þyrngjandi) ákvörðunar er til þess fallið að ná því markmiði sem að er stefnt.
2. Velja skal það úrræði sem vægast er þegar kostur er á fleiri úrræðum til að ná sama markmiði.
3. Gætt sé hófs í beitingu þess úrræðis sem hefur verið valið – því sé beitt með sem vægasta móti.

Eðli stjórnskipunarréttarins veldur því að inntak reglunnar horfir ekki að öllu leyti eins við, þó að í grunnatriðum sé um sömu meginreglu að ræða.³⁰⁶

Hrd, 2006, bls. 1689 (220/2005) (*Tóbaksverslunin Björk*) Í málinu var deilt um hvort lagaákvæði sem lögðu algert bann við því að hafa tóbak sýnilegt á sölustöðum stæðust kröfur 73. og 75. gr. stjórnskrár. Einkum var tekið á um hvort löggjafinn hefði gengið of langt í aðgerðum sem miðuðu að því að draga úr tóbaksnotkun, þ.e. hvort brotið hefði verið gegn meðalhófsreglu. Um þetta sagði Haestiréttur m.a.: „Við úrlausn um það hvort meðalhófs hafi verið gætt með setningu 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 verður að meta hvort það hafi verið virt við beitingu úrræða miðað við þá hagsmunu, sem í húfi voru, og hvort beitt hafi verið vægasta úrræðinu, sem að gagni kæmi.“

Haestiréttur staðfestir í dómnum tilvist stjórnskipulegrar meðalhófsreglu og skýrir inntak hennar að nokkru leyti. Líóst er að meðalhófsregla er afar mikilvægt þegar kemur að takmörkunum á mannréttindum. Í 1. mgr. 52. gr. mannréttindaskrár Evrópusambandsins kemur fram:

Subject to the principle of proportionality, limitations may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others.

Í dómi Mannréttindadómstóls Evrópu í máli *Soering gegn Bretlandi* kemur m.a. fram:

...inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.³⁰⁷

305 Páll Hreinsson: *Stjórnsýslulög*, bls. 147.

306 Þjórg Thorarensen bendir á að í fræðumfjöllum hefur stundum verið vísað til beggja réttarsviðanna í sömu andrú, sbr. Gaukur Jónundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétt og stjórnsýslurétt“, bls. 207, en telur réttara að nota hugtakið meðalhófsregla stjórnskipunarréttar þegar ákvarðanir annarra handhafa ríkisvalds en stjórnvalda eru kannaðar út frá sjónarmiðum um meðalhöf, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnskrárákvæða“, bls. 53-55.

307 *MIDE, Soering gegn Bretlandi*, 7. júlí 1989 (14038/88), mgr. 89.

Með hljóðsón af ofangreindu sem og af skrifum fræðimanna má leitast við að setja meðalhöfsreglu stjórnskipunarrettar fram í eftirfarandi þremur skrefum:

1. Mælt er fyrir um aðgerðirnar í lögum.³⁰⁸
2. Steint er að lögmaetu markmiði og aðgerðirnar eru til þess fallnar að ná markmiðinu.³⁰⁹
3. Aðgerðirnar þurfa að vera nauðsynlegar (í lýðræðislegu þjóðfélagi).

Síðasti liðurinn er í raun kjarni meðalhöfsreglunnar og skýra má hann nánar:

- 3.a. Virða verður þá hagsmuni sem í húfi eru og gæta jafnvægis milli almanna-hagsmuna og réttinda einstaklingsins.
- 3.b. Beita skal vægasta úrræðinu sem að gagni kemur.
- 3.c. Löggjafinn hefur talsvert (en mismikið) svigrúm við val og útfærslu takmarkana.³¹⁰

4.4.2. Meðalhöfsreglan og takmarkanir á EFM-réttindum

Meðalhöfsreglan kemur eins og áður segir einkum til skoðunar þegar meta þarf hvort takmarkanir á mannréttindum gangi of langt og einnig þegar um er að ræða áreksstur réttinda.³¹¹ Hvað takmarkanir á EFM-réttindum viðkemur verður bent á 4. gr. SEFMR:³¹²

Ríki þau sem aðilar eru að samningi þessum viðurkenna að ríki megi, til þess að réttinda þeirra verði notið sem ríki ákveður í samræmi við þennan samning, einungis binda slík réttindi þeim takmörkunum sem ákveðið er í lögum og einungis að svo miklu leyti sem það getur samrýmt eðli þessara réttinda og einungis í þeim tilgangi að stuðla að velferð almennings í lýðfrjálsu þjóðfélagi.

Efnislega sambærilegt ákvæði er að finna í 1. mgr. 31. gr. FSE. EFMR-nefndin hefur bent á að 4. gr. SEFMR beri að skýra svo að takmarkanir skuli vera lögmaaltar

308 Sbr. t.d. *Hrd. 1988:1532 (Fránádomur)*, „Samkvæmt [þágildandi] 69. gr. stjórnarskránnar þarf lagaboð til að leggja bönd á atvinnufrælsi manna. Með orðinu „lagaboð“ er átt við sett lög frá Alþingi. Reglugerðarákvæði nægja ekki ein sér.“

309 Í sumum stjórnarskrárákvæðum eru þessi markmið talin upp, sbr. 3. mgr. 73. gr. stjfskr. um takmarkanir á hjánngarfrælsi, sem eru heimilar „í þágu allsherjarlegu eða öryggis ríkisins, til vernaðar heilisu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða manntörs annarra“.

310 Björg Thoraensen fjallar um hvernig þetta svigrúm (e. *margni of appreciation*) hefur birst í dómframkvæmd MDE á bls. 71-73 í fyrtilvitnaðri grein, „Ahrif meðalhöfsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“.

311 Björg Thoraensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 112. Segja má að þetta sé einn og sami hluturinn þar sem við áreksstur réttinda þarf að taka afstöðu hvernig takmarka á réttindin (önnur eða bæði).

312 Ekki er almennt ákvæði um takmarkanir á mannréttindum í stjórnarskránni og orðalag 1. mgr. 76. gr. stjfskr. bendir út af fyrir sig ekki til þess að slíkar takmarkanir séu heimilar. Með vísan til kafla 3.3.4. verður þó talið að EFM-réttindi í stjórnarskránni verði takmörkuð með lögum og hafa megi hljóðsón af 4. gr. SEFMR.

og í samræmi við alþjóðlega mannréttindalöggjöf, stefna að lögmaetu markmiði og algerlega nauðsynlegar til að stuðla að velferð almennings.³¹³

[Such limitations must be proportional, i.e. the least restrictive alternative must be adopted where several types of limitations are available.]³¹⁴

Ákvæðið sinnir í raun tvöföldu hlutverki – bæði sem sverð og skjöldur – þar sem það heimilar ríkjum að mæla fyrir um takmarkanir á réttindum, en vernaðar jafnframt einstaklinga fyrir slíkum takmörkunum með því að mæla fyrir um þau skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt.³¹⁵

Benda má á dæmi úr erlendri dómframkvæmd þar sem dómstólar meta eftir mælistiku meðalhöfsreglunnar hvort ákveðnar takmarkanir á EFM-réttindum gangi of langt:

LjFR 2006, bls. 770 H Greiðslur atvinnuleysisbóta til stefnanda málsins voru háðar því skilyrði að hann tæki þátt í startspjálfun, en hann taldi þessa þjálfun tilgangslausa og óheimila takmörkun á rétti hans til framfarisluáðstoðar skv. 2. mgr. 75. gr. dönsku stjórnarskránnar. Hæstiréttur taldi takmörkunina heimila, enda byggði hún á málfrælegum sjónarmiðum.

Í dómi stjórnlagadómstóls Lettlands frá árinu 2007³¹⁶ var meðalhöfsreglunni beitt með mjög skýrum hætti við mat á stjórnskipulegu gildi skipulags greiðslna til foreldra fáttaðra barna. Skilyrði fyrir greiðslu slíkra bóta var að foreldri væri atvinnulaust. Dómstóllinn benti á skyldur ríkisins til aðstoðar við fjölskyldur, einnig fjölskyldur fáttaðra barna, skv. 110. gr. stjórnarskránnar³¹⁷ og meðhöndlaði skilyrðið um atvinnuleysi sem takmörkun á þeim rétti sem leiðir af ákvæðinu. Takmörkunin var vissulega lögmaelt og stefndi að því lögmaeta markmiði að tryggja öllum fötluðum börnum umönnun í fjölskylduumhverfi. Hins vegar taldi dómstóllinn að þetta fyrirkomulag staðist ekki meðalhöf þar sem það gæti haft alvarlegar neikvæðar afleiðingar á fjölskyldur fáttaðra barna og þar af leiðandi á barnið sjálft. Dómstóllinn fjallaði einnig um að innleiðing EFM-réttinda væri að einhverju leyti háð efnahagslegum buðum ríkisins og það þyrfti að hafa í huga við betinguna meðalhöfsreglunnar. Eftir því sem efnahagslegir buðir ríkisins eflast ber ríkinu hans vegar skylda til þess að auka sífellt framlög til EFM-réttinda. Óháð efnahagslegu þróunarstigi skal ríkið síðan framkvæma ráðstafanir

313 EFMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000), UN Doc. HR/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 28, bls. 94.

314 *Sama heimild*, mgr. 29.

315 Philip Alston og Gerard Quinn: „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“, bls. 193.

316 *Sjórnlagadómstóll Lettlands, 11. febrúar 2007* (2006-08-01). Dómurinn er birtur í dómagagnagrunni Fensjanevndar Evrópuáðsins, á <http://www.codicescoe.int> og hefur þar númerið LAT-2007-3-001.

317 „110. The state protects and supports a marriage, the family, the rights of parents and children. The state especially helps disabled children, children who are left without parental care or who have suffered from violence.“ Ensk þýðing stjórnarskránnar er aðgengileg á <http://www.humanrights.lv/doc/lat/hk/satver-1.htm>

með öllum tilteknum ráðum, þ.e. þeim fjárhagslegu efnum sem til eru, til þess að tryggja verna a.m.k. grunnaríðag³¹⁸ EFM-réttinda. Niðurstæða málsins var sú að fyrirkomlagið stæðist ekki 110. gr. stjómarskrárrinnar.

Hér er athyglisvert að dómstóllinn skoðar þær afleiðingar sem takmarkantimar höfðu og lagði mat á hvort sú aðferð væri vel til þess fallin til þess að ná hinu lögmæta markmiði sem stefnt var að. Dómstóllinn telur hins vegar augljóslega óþarft að fjalla um hvaða aðrar aðferðir hefðu verið ákjósanlegri. Einnig kemur fram að við beitingu meðalhófsreglunnar verði að hafa í huga efnahagslega burði ríkisins, væntanlega þannig að efnahagslegir burðir ríkisins takmarki þá valmöguleika, sem ríkinu standa til boða og slæm efnahagsleg stæða geti réttlaett val á úrræði sem að öðrum kosti teldist ekki uppþýlla kröfur meðalhófsreglunnar.

Í dómi stjórnlagadómstóls Tækklands frá 2007³¹⁹ var álitæfnið hvort ákvæði laga sem mættu fyrir um mismunandi ellilífeyrisaldur kvenna eftir því hve mörg börn viðkomandi hafði alið upp, borð saman við aðeins einn ellilífeyrisaldur karla, stæðust ákvæði stjómarskrár um jafnræði. Niðurstæðan var sú að lögin stæðust og var m.a. byggt á því að stjómarskráin mæltu fyrir um að konur ættu rétt á aukinni vernd einkum hvað varðar heilbrigði á vinnustað og sérstaklega góðar vinnuaðstæðu. Dómstóllinn vísaði til meðalhófsreglunnar og taldi að slíkar aðgerðir stefndu að lögmætu markmiði, þ.e. að eyða mismunum milli kynja, og játa ætti löggjafanum talsvert svigrúm þegar kæmi að mati á því hvaða aðstæður réttlættu mismunandi meðferð í ljósi jafnræðisreglunnar.

Hér nær mat dómstólsins á meðalhófi einkum til fyrstu tveggja skrefanna, þ.e. fyrir lá að umdeild úrræði voru lögbundin og dómstóllinn taldi þau stefna að lögmætu markmiði. Hins vegar urðu sjónarmið um svigrúm ríkisins til mats til þess að dómstóllinn framkvæmdi ekki mat á því hvort aðrar vægari aðgerðir gætu náð sama markmiði. Einnig má benda á tvo finnska dóma.

Í dómi frá 2003³²⁰ hafði sveitarsjórn ákveðið í sparnaðarskrýni að segja nær öllum starfsmönnum sínum, þar á meðal kennurum, upp. Uppsögðin átti þó aðeins að vara í tveær vikur en hverjum skólastjóra var ætlað að ákveða nánari útfærslu. Álitæfnið í dómunum var einkum hvort brotið hafi verið gegn rétti til menntunar. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að eins og stæði var að ákvörðuninni var hvorki réttur til menntunar né jafnræði nemenda tryggt. Sveitarsjórninni bar að skipuleggja aðgerðirnar með nægilegri nákvæmni þannig að þessi réttindi væru tryggð, en óheimilt var að framsetja embættismönnum þá ábyrgð.

Niðurstæðan er m.a. byggð á því að gengið hafi verið of langt í takmörkunum og þær leiðir sem farnar voru töldust ganga of nærri mannréttindum nemenda.

Í dómi frá 2006³²¹ hafði sveitarfélagið Järvenpää neitað X, sem var alvarlega fatlaður, um ferðapjónustu eða endurgreiðslu á ferðakostnaði vegna ferða hans til vinnu sinnar, sem var í öðru sveitarfélagi, Vantaa, í 22 km fjarlægð. Lagaákvæði mælti fyrir um að sveitarfélögum bæri að veita slíka þjónustu innan viðkomandi sveitarfélags og til „nágrannasveitarfélaga“ en Järvenpää taldi Vantaa ekki til þeirra nágrannasveitarfélaga sem þjónustan náði til. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ferðapjónustan ætti að ná til Vantaa, enda kostnaðurinn samngjarn og réttur fatlaðra til atvinnu og félagslegrar aðstoðar yrði ekki takmarkaður með þessari þröngu skilgreiningu á nágrannasveitarfélögum. Einnig væri sú vegalengd sem um ræddi ekki óeðlileg og algengt að þúar á höfuðborgarsvæðinu búi í einu sveitarfélagi en starfi í öðru.

Hér voru takmarkanir á réttindum fatlaðs einstaklings ekki málefnalegar og gengu of langt gagnvart réttinum til atvinnu og til félagslegrar aðstoðar. Hæstiréttur hafnar þeirri þröngu túlkun, sem sveitarfélagið hafði lagt í orðið *nágranna-sveitarfélög*, sbr. það lögskýningarsjónarmið sem fallið er gilda að íslenskum rétti að túlka beri mannréttindi rúmt og takmarkanir á þeim þröngt.

4.4.3. Áreksstur réttinda og hin sérstaka meðalhófsregla

Dr. Wouter Vandenhole hefur fjallað um meðalhófsregluna í tengslum við EFM-réttindi, nánar tiltekið þegar um er að ræða áreksstur EFM-réttinda.³²² Leggur hann til nýja útfærslu á meðalhófsreglunni, sem tekur mið af eðli EFM-réttinda en þessa útfærslu nehnir hann „the proportionality plus test“, en hér verður vísað til þennar sem hinnar *sérstöku meðalhófsreglu* til aðgreiningar frá hinnar *almennu meðalhófsreglu stjómarskrárréttar*. Vandenhole telur að þessi sérstaka meðalhófsregla eigi einkum við þegar þau réttindi sem rekast á eru háð efnahagslegum burðum. Einkum er átt við tilvik þar sem reynir á skyldu ríkisins til þess að *efna (veita)* réttindin. Hér er átt við þá aðstöðu þegar ólík réttindi, t.d. réttur til húsnaðis og réttur til menntunar, rekast á með þeim hætti að bæði réttindin keppa um sömu takmörkuðu gæðin, sem nauðsynleg eru til þess að einstaklingar fái notið þeirra. Forgangsröðun er því nauðsynleg. Vandenhole telur að hin sérstaka meðalhófsregla geti veitt leiðsögn við úrlausn slíkra álitæfna, en reglan bætur tveimur³²³ viðbótarsjónarmiðum við meðalhófsreglunni eins og henni var áður lýst:

i. Forgangur viðkvæmna hópa: Framkvæmd EFM-réttindarinnar bendir til þess að áhersla sé lögð á vernað þeirra hópa innan samfélagsins sem teljast sérstaklega

318 Enska þýðingin notar orðalagið *basic package*.

319 *Stjórnlagadómstóll Tækklands*, 16. október 2007 (Pl. US 53/04). Dómurinn er reifaður í dómagangagrunni Fenejlanefndar Evrópuháðsins, á <http://www.eodlces.coe.int> og hefur þar númerið CZE-2007-3-013.

320 *Æðsti stjómarsjúdómstóll Finnlands*, 30. desember 2003, 3655/1/02.

321 *Æðsti stjómarsjúdómstóll Finnlands*, 19. júní 2006, KHO 2006, bls. 38. Samberileg niðurstæða varð í KHO 2006, bls. 40, þar sem vegalengdin var 33 km.

322 Wouter Vandenhole, „Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test“, Vandenhole Kannar einnig þann möguleika að forgangsræða réttindum, þannig að ákveðin réttindi teljist mikilvægari en önnur, en hafnar þeirri nálgun.

viðkvæmur fyrir brotum³²⁴, sérstaklega þegar um er að ræða skiptingu takmarkaðra gæða.³²⁵

ii. *Kjarni réttindanna (eða lágmarksmark þeirra) sé tryggður*: Þjallað er um þetta atriði hér að framan, en nálgun Vandenhole byggir á því að við beitingu hinnar sérstöku meðalhöfreglu sé kjarni allra þeirra réttinda sem rekast á tryggður.

Vandenhole fjallar í grein sinni um nokkur tilvik þar sem réttindi rekast á³²⁶, en hér verður látið nægja að benda á tvö tilvik. Hið fyrra er áreksstur eignarréttar og réttar til húsnæðis í hinu svonefnda *Jaffha*-máli fyrir stjórnlagadómstóli Suður-Afríku.³²⁷

Í málinu hafði félagslegt húsnæði verið selt til innheimtu skuldar og fyrirsjáanlegt var að fyrrum eigandi húsnæðisins yrði heimilislaus í kjölfarið. Dómstóllinn komst að eftirfarandi niðurstöðu: „the interests of the judgment creditor in obtaining payment are significantly less than the interests of the judgment debtor in security of tenure in his or her home, particularly if the sale of the home is likely to render the judgment debtor and his or her family completely homeless“. Því væri sala á húsnæðinu upp í fyrrnefnda skuld í andstöðu við réttinn til húsnæðis.

Í dómnum beittir dómstóllinn greinilega meðalhöfreglu við mat á þeim réttindum sem vegast á, þ.e. eignarréttindum kröfuhafans og réttar skuldarans til húsnæðis. Inn í þetta mat dregur dómstóllinn fleiri atriði, einkum þá viðkvæmu stöðu sem skuldarinn í málinu var í; um var að ræða einstaklinga sem þjuggu við álvartegan skort og sem sáu fram á að verða heimilislaus og án vonar um að geta búið við mannlega virðingu. Þar að auki fjallar dómstóllinn (a.m.k. óbeint) um lágmarksmark réttindanna og telur að þar sem kjarni eignarréttarins standi óhaggaður – einungis var um að ræða lágar skuldir – en kjarni réttarins til húsnæðis var í hættu þar sem fyrirsjáanlegt var að skuldarinn og fjölskylda hans yrðu algerlega og varanlega heimilislaus. Þannig framkvæmdi dómstóllinn hagsmunamat á grundvelli meðalhöfreglunnar með þeim viðbótarsjónarmiðum sem Vandenhole leggur til, þ.e. um sérstaka verna viðkvæmra hópa og um verna lágmarksmarksmark réttindanna. Ekki var lagt til grundvallar að réttur til húsnæðis væri almennt hærra settur en eignarrétturinn, heldur hvaða

takmarkanir væru nauðsynlegar og réttlætanlegar á þessum mannréttindum í viðkomandi tilvik.

Síðara dæmið, sem hér verður minnst á, er (hugsanlegur) áreksstur réttarins til félagslegs öruggis annars vegar og annarra EFM-réttinda hins vegar. Líóst er að flest eða öll ríki takmarka greiðslur úr félagslega kerfinu á einn eða annan hátt, m.a. til þess að ríkissjóður geti sinnt öðrum mikilvægum verkefnum, t.d. að *efna* (*veita*) önnur EFM-réttindi. Þannig má tala um að réttur A til félagslegrar aðstoðar sé takmarkaður (t.d. með tekjuskerðingu bóta) til þess að B fái notið réttar síns til menntunar, þar sem léð réttindi þeirra A og B eru háð hinum sömu takmörkuðu gæðum, þeim fjármunum sem ríkið hefur til umræða.

Í hinu svonefnda *Khosa*-máli fyrir stjórnlagadómstóli Suður-Afríku³²⁸ var álitaeftið hvort heimilt væri að neita þeim sem voru varanlega búsettir í Suður-Afríku en voru ekki ríkisborgarar um ákveðna bótaflokkka innan félagslega kerfisins í ljósi jafnræðisreglu stjórnarskrárinna. Í atkvæði meirihluta dómshóps segir m.a.: „In my view the importance of providing access to social assistance to all who live permanently in South Africa and the impact upon life and dignity that a denial of such access has, far outweighs the financial and immigration considerations on which the state relies.“³²⁹ Dómstóllinn lagði þannig áherslu á mikilvægi réttarins til félagslegrar aðstoðar og umfangsmikilla áhrifa takmörkunarinnar á líf, mannlega virðingu og jafnræði. Taladi dómstóllinn fyrirkomulagið ekki standast stjórnarskrá.

Í bakgrunni þessa dómshóps var sú staðreynd, sem ríkið byggði einnig á með þeim um hætti, að umfangsmikil útgjöld kynnu að leiða af þessari niðurstöðu, sem gæti leitt af sér að ríkinu yrði ekki kleift að efna aðrar skyldur sínar gagnvart EFM-réttindum annarra einstaklinga. Þetta kemur skýrt fram í sératkvæði dómshópsins Ngcobo:

The state is justifiably concerned about the impact of providing social security benefits to non-citizens on the state finance and its ability to provide expenditure on other socio-economic rights.

Vandenhole telur nálgun meirihluta dómshóps óþeppilega að því leyti að rétturinn til félagslegrar aðstoðar sem slíkur var settur í forgang. Fremur hefði átt að veita lágmarksmark þess réttar forgang, en Vandenhole tekur jafnframt fram að sú nálgun hefði líklega leitt til sömu efnislegu niðurstöðu.

Að virtri ofangreindri umfjöllun verður nú leitast við að setja fram hina sérstöku meðalhöfreglu stjórnskipunarrettar hvað EFM-réttindi varðar:

³²⁸ Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, *Khosa o.fl. Egn Minister of Social Development o.fl.*, 4. mars 2004 (CCT 13/03).

³²⁹ Á sama grundvelli taldi dómurinn að skilyrði um skynsamlegar aðgerðir (e. *reasonable legislative measures*) væri ekki uppfyllt með þessu fyrirkomulagi.

³²⁴ Meðal þessara hópa hefur EFM-réttindin talið konur, börn, minnihlutahopa, frumbyggja, flóttamenn, hælsleitendur, fjarandverkafolk og fanga, sjá EFM-réttindin: *General Comment nr. 15. The right to water* (2002), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), mgr. 16, bls. 110.

³²⁵ EFM-réttindin hefur gert athugasemdir á þessa leið t.d. varðandi Holland: „[t]he Committee urges the Government to ensure that the reduction of budgetary allocations for social welfare programmes does not adversely affect the economic, social and cultural rights of the most vulnerable groups in the Netherlands“, *Lokathugasemdir við skýrslu Hollands*, UN Doc. E/C.12/1/Add.25 (1998) mgr. 25.

³²⁶ Wouter Vandenhole: „Conflicting Economic and Social Rights: The Proportionality Plus Test“ sjá kaflana „The Right to Housing versus the Right to Property“, bls. 573; „The Right to Housing versus the Right to Housing“, bls. 578; „The Right to Health versus other Social Rights“, bls. 579 og „Right to Social Security versus Other Social Rights“, bls. 583.

³²⁷ Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, *Jaffha gegn Schoeman o.fl.*, 8. október 2004 (CCT 74/03).

1. Mælt er fyrir um aðgerðirnar í lögum.
2. Steht er að lögmeatu markmiði og aðgerðirnar eru til þess fallnar að ná markmiðinu.
- 2.a. *Slíkt marknið kann að vera að önnur EFM-réttindi sé neygilega tryggð.*
3. Aðgerðirnar þurfa að vera nauðsynlegar (í lýðræðislegu þjóðfélagi).
- 3.a. Virða verður þá hagsmuna sem í húfi eru og gæta jafnvægis milli almanna-hagsmuna og réttinda einstaklingsins.
- 3.b. Beita skal vægasta útræðinu sem að gagni kemur.
- 3.c. Lögjafinn hefur talsvert (en mismikið) svigrúm við val og útfærslu takmarkana.
- 3.d. Útræðið skal taka mið af því að vernd viðkomera hópa innan samfélagsins sé tryggð sem forgangsræktinni.
- 3.e. Takmarkanir mega ekki ganga svo langt að gengið sé á kjarna þeirra réttinda sem um ræðir.

4.4.4. Lokaorð um meðalhófsregluna

Beiting meðalhófsreglunnar hefur þann kost að mikil reynsla er af beitingu hennar í dómframkvæmd, bæði hertendis og erlendis. Það á einnig að einhverju leyti við á sviði EFM-réttinda, eins og ofangreindir dómur sýna. Reglan er sérstaklega mikilvæg þegar um er að ræða takmarkanir á EFM-réttindum, en þar eiga almennt einnig við kröfur um jafnræði, sem ekki eru rannsakaðar með heildstæðum hætti hér. Að einhverju leyti getur reglan, með ákveðnum viðbótarsjónarmiðum, einnig leyst úr álitafnum, sem vakna þegar EFM-réttindi rekast á og keppa um sömu takmörkuðu gæðin. Áltamál getur hins vegar verið hvort hentugra sé í slíkum tilvikum að beita næsta mælikvarða sem sjónum verður beint að.

4.5. Sanngirnismælikvarðinn (e. *reasonableness review*)

4.5.1. Almenn

Merkilegir dómur um EFM-réttindi hafa fallið í Suður-Afríku á undanförmum árum. Eitt merkasta framlag þessara dómur er að stjórnlagadómstóll landsins hefur þróað mælikvarða á það hvort ríki hafi brotið gegn skyldum sínum samkvæmt EFM-réttindum, hinn svokallaða sanngirnismælikvarða (e. *reasonableness review*).³³⁰ Dómstólar meta hvort þær aðgerðir og áætlanir sem stjórnvöld hafa innleitt til þess að uppfylla jákvæðar skyldur sínar samkvæmt ákveðnum um EFM-réttindi séu málefnalegar eða sanningjarnar (e. *reasonable*), miðað við framþróun réttindanna í áföngum, innan þess sem er efnahagslega mögulegt. Finna má mælikvarðanum ákveðna hlöðstæðu í íslensku stjórnskipunarrétti, einkum varðandi mat á grundvelli jafnræðisreglu 65. gr. stjfskr.³³¹ Þannig var það niðurstaða Hæstaréttar í hinum þekktu Vatneyrardómi, *Hrd.* 2000, bls. 1543 (12/2000) að mat lögjafans á ákvörðun aflahlutdeildar við gildistöku

laga um stjórn fiskveiða væri reist á málefnalegum forsendum og ekki efni til þess að haggja því mati. Sanngirnismælikvarðinn frá Suður-Afríku stefnir í grundvallaratriðum að sama marki, þ.e. að meta rétmæti aðgerða stjórnvalda.³³²

Lykildómur frá Suður-Afríku í þessu samhengi eru svokallaðir *Soobramoney*, *Grootboom* og *TAC* dómur, en mikilvægastur er *Grootboom* dómurinn.

Athv málisins voru þau að stefnendur málsins, hópur fullorðinna og barna, höfðu flutt sig frá bústöðum þar sem aðstæður voru skelfilegar og inn á land í einkaeigu. Hópurinn var borinn út af landinu, þar sem fólkíð var í öleyfi. Í framhaldinu flutti fólkíð sig inn á íþróttavöll í nágrenninu, en þar gat það ekki reist sér viðunandi skýli þar sem megnið af byggingarefni hópsins hafði verið eyðt átt við framkvæmd útburðarins. Dómkröfur hópsins lutu að því að stjórnvöldum yrði gert að veita þeim viðunandi skjól eða húsnæði þar til þau öðluðust varanlegt húsnæði. Endanleg niðurstaða stjórnlagadómstólsins var sú að húsnæðisáætlun ríkisins væri ófrullhæggjandi og í ósamræmi við ákvæði 2. mgr. 26. gr. stjórnarskrárinnar um rétt til húsnæðis.

Eins og fyrr kom fram hafnaði dómstóllinn beitingu mælikvarða byggðum á lagmarksinntaki réttarins til húsnæðis. Í stað þess mótaði dómstóllinn sanningirnismælikvarðanum út frá orðalagi 2. mgr. 26. gr. stjórnarskrár Suður-Afríku:

The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.

Eins og sjá má eru skyldur ríkisins bundnar við efnahagslega þurfi þess og viðurkennt að réttindin séu háð innleiðingu í áföngum, líkt og í 1. mgr. 2. gr. SEFMR. Málið sýnir að jafnvel þó að þær séu háðar þessum skilyrðum þá geta jákvæðar skyldur ríkisins til þess að efna (*zeina*) EFM-réttindi sætt endurskoðun dómstóla.³³³ Á ofangreindu orðalagi byggir dómstóllinn mælikvarðanum og spyr hvort aðgerðir stjórnvalda séu sanningjarnar eða málefnalegar (e. *reasonable*).³³⁴ Ef orðalag suður-afrísku stjórnarskrárinnar er borið saman við orðalag ákvræða SEFMR kemur í ljós að stjórnarskráin gerir kröfu um „sanningjarnar aðgerðir“ (e. *reasonable measures*), en SEFMR notar orðalagið „viðeigandi ráðstafanir“ (e. *appropriate steps*).³³⁵ Ekki verður séð að hindranir séu í vegi þess að nýta sanningirnismælikvarðanum, eða útfærslu á honum, í samhengi SEFMR, þar sem „viðeigandi“ aðgerðir þurfa að vera sanningjarnar.

³³² Mat á því hvort stjórnvöld hafa byggt á málefnalegum sjónarmiðum er einnig vel þekkt í stjórnsýslurétti, sbr. svokallaða *réttmætsreglu*. Sjá t.d. Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmæti-istreglan“.

³³³ Sandra Liebenberg: „South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights“ bls. 19.

³³⁴ Hér verður orðið *sanningjarni* notað sem þýðing á *reasonable*, en þó má segja að matið nái aðallega til þess hvort aðgerðirnar sem um ræðir séu málefnalegar eða byggja á málefnalegum sjónarmiðum.

³³⁵ Ragnar Adalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, bls. 428.

³³⁰ Ragnar Adalsteinsson fjallar um mælikvarðanum í nýllegri grein um EFM-réttindi og notar þá íslenska heitið „sanngirnismælikvarði“. „Stefnumið eða dómhæf réttindi?“, bls. 428.

³³¹ Sjá umfjöllun í Ragnhildur Helgadóttir: „Afstæða dómstóla til hlutverks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun söuustu ára“, bls. 107-108.

Með beitingu sanngirnismælikvarðans telur dómstóllinn sem og fræðimenn að tekist hafi að forðast áreksra og röksemdir gegn endurskoðun dómstóla sem byggjast á skilgreiningu á valdmörkum dómstóla, þar sem endurskoðunin nær aðeins til þess hvort aðgerðir stjórnvalda séu sanngjarnnar (e. *reasonable*) en lýtur ekki að því að dómstólar taki að sér stefnumótun.³³⁶

4.5.2. Efnisatriði sanngirnismælikvarðans

Meginspurningin er að sjálfsögðu hvaða skilyrði aðgerðir eða stefnumótun stjórnvalda þurfa að uppfylla til þess að standast sanngirnismælikvarðann. Hér verður reynt að setja mælikvarðann fram með heildstæðum hætti.³³⁷

Aðgerðir ríkis, sem miða að því uppfylla jákvæðar skyldur ríkisins samkvæmt EFM-réttindum í áföngum að teknu tilliti til efnahagslegra takmarkana, teljast sanngjarnnar að eftirfarandi skilyrðum uppfylltum:

1. Aðgerðirnar þurfa að vera heildstæðar, þ.e. taka á öllum þáttum réttindanna sem um ræðir,³³⁸ og samhæfðar og útteila með skýrum hætti verkefnum og ábyrgð til mismunandi stjórnsýsluaðila. Þá skulu þær tryggja að nauðsynlegir fjármunir og mannaúdur sé til staðar til þess að framkvæma þær.³³⁹
2. Aðgerðirnar skulu vera til þess fallnar að ná því markmiði að innleiða réttindin, þó að slíkt verði gert í áföngum og innan ramma þess sem ríkið hefur ráð á.³⁴⁰
3. Stefnumótun og aðgerðir skulu vera sanngjarnnar (e. *reasonable*) bæði hvað varðar ákvarðanatöku (e. *conception*) og framkvæmd.³⁴¹ Aðgerðir ríkisins þurfa þar að auki að vera gagnsæjar og nægjanlega vel kynntar.³⁴²

³³⁶ Sisay: Yeshanew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 10, Danie Brand: „Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 227, David Bilchitz: „Giving socio-economic rights teeth: The minimum core and its importance“, bls. 495-496.

³³⁷ Her verður einnig byggt á greiningu þriggja fræðimanna á mælikvarðanum eins og hann birtist í dómnafrankvæmd, þ.e. Sandra Liebenberg: „South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 12-13, Danie Brand: „Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 221-223 og Sisay Yeshanew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 10.

³³⁸ Brand telur þetta skilyrði felast í skilyrðum nr. 5 og 6.

³³⁹ Brand bendir á svonefndan *Kutumela*-dóm í þessu sambandi, en þar laut málatilbúnaður stefnenda að því að stjórnvöld hefðu brugðist skyldum sínum skv. ákvæði um félagslegt öryggi, m.a. að sveitarfélög, sem báru ábyrgð á greiðslu fjárhagsaðstoðar hefðu ekki veitt fjármunum í málaflokkinn. *Bophuthatswana High Court, Sudur-Afrika, Kutumela gegn Member of the Executive Committee for Social Services, Culture, Arts and Sport in the North West Province, málsnr. 67/1/03*. Sjá umfjöllun í Danie Brand: Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 222.

³⁴⁰ Dómstóllinn verður því að meta hvort stjórnvöld hafi nýtt þau efnahagslegu ráð sem tiltek eru. Í *Khosa*-málinu byggði ríkið á því að ekki væru til fjármunir til þess að greiða varamleg um íbúum landsins, sem þó hefðu ekki hlottið ríkisborgararétt, félagslega aðstoð. Dómstóllinn hafnaði þessum málatilbúnaði og taldi fjárhagsleg aukategjöld tilfölulega samkvæmtleg. *Sjónhagadómstétt Sudur-Afríku, Khosa gegn Minister of Social Development 2004 6 SA 505 (CC)*.

³⁴¹ Afur visar Brand til *Kutumela*-dómshins, þar sem lög máltu fyrir um ákveðinn rétt, en í framkvæmd var hann ekki veittur. Danie Brand: Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 222.

³⁴² Í *TAC*-málinu, sjá ngr. 109, var þessu skilyrði bætt við í ljósi þess að ómögulegt er fyrir þá, sem telja að brotið sé gegn EFM-réttindum sínum, að sækja rétt sinn á grundvalli sanngirn-

4. Innleiðing stefnu eða framkvæmd hennar sem felur í sér vísivíðandi afturför verður talið *prima facie* brot á skyldum ríkja.³⁴³
5. Aðgerðirnar mega ekki útloka eða hundsá hluta samfélagsins³⁴⁴ og skulu taka tillit til þeirra sem hafa ekki ráð á að greiða fyrir þjónustu.³⁴⁵
6. Aðgerðirnar skulu vera sveigjanlegar og gera ráð fyrir skynhleigum erfiðleikum svo og skammhima-, miðlungs- og langtímaþörfum.
7. Aðgerðirnar skulu innihalda þætti sem taka á bráðavanda þeirra, sem eru í alvarlegri stöðu. Þær þurfa að taka á slíkum vanda þannig að talsverður hluti slíks fólks í neyð fái notið réttinda sinna tafarlaust.³⁴⁶

Hvað stöðastnefnt atriði varðar mætti ætla að einstaklingar sem ekki njóta lágmarksmintaks réttinda gætu sótt rétt sinn. Nálgun dómstólsins virðist hins vegar fremur vera sú að ríkinu beri skylda til þess að innleiða og framkvæma málfrælega stefnu, sem inniheldur aðgerðir sem miða að því að bæta stöðu verulegs hluta þess fólks sem er í neyð. Hins vegar gætu einstaklingar ekki krafist tafarlauss aðgangs að viðkomandi gæðum.³⁴⁷

Sanngirnismælikvarðinn er upprunninn á sviði stjórnsýsluréttar og hingað til hefur Stjórnlagadómstóllinn haldið sig við meginatriði mælikvarðans eins og hann birtist á því réttarsviði; réttmæti (þ.e. beiting málfrælegra sjónarmiða), krata um réttlættingu (fökstúðning studdan gögnunum) og meðalhóf.³⁴⁸ Hér verður hins vegar talið rétt að aðgreina sanngirnismælikvarðann frá mati á grundvelli meðalhófsreglunnar.³⁴⁹ Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku hefur sagt:

A Court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable.³⁵⁰

ismælikvarðans ef þeir geta ekki áttáð sig á því í hverju aðgerðir og áætlanir ríkisins felast.

343 Í *Grootboom*-málinu vísar stjórnlagadómstóllinn til orða EFMK-nefndarinnar úr General Comment nr. 3 um að slíkar aðgerðir feljist almennt andstæðar innleiðingu réttinda í áföngum (e. *progressive realization*) og telur þetta eigna þátt við um SEFMR og stjórnarskrána. *Grootboom*, sjá nmg. 41, nmg. 45.

344 Brand bendir á að í TAC-dómunum, sjá nmg. 109, taldi stjórnlagadómstóllinn að aðgerðir ríkisins við útdælingu HIV-lyfja væru ósanngjarnar þar sem þær tóku ekki á vanda þeirra meðtra og nýfæddra barna, sem höfðu ekki aðgang að þeim fáu stofnunum þar sem lyfið var veitt. Jafnframt taldi dómstóllinn áætlunna vera ósveigjanlega.

345 Ahlyglí vekur að dómstóllinn telur eiginlega jafnræðisreglu ekki vera hluta af mælikvarðanum, en miðað við forsendur í *Khosa*-dómunum, sem reifaður er hér að aftan, virðist unnt að gera ráð að aðgerðir, sem brjóta í bága við jafnræði geti talist sanngjarnar (e. *reasonable*).

346 Á þessum þætti féllu aðgerðir ríkisins í húsnæðismálinu í *Grootboom*-dómunum, sjá nmg. 41.

347 Sandra Liebenberg: „South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 13.

348 Anashri Pillay: „In defence of reasonableness“, bls. 4.

349 Ljóst er að mælikvarðinn er í stöðugri þróun. Benda má á *Khosa*-dóminn, sem reifaður er að framan þar sem beitt er meðalhófsreglu við notkun mælikvarðans.

350 *Grootboom*, sjá nmg. 41, nmg. 41.

Meðalhófsreglan gengur út á að dómstóll endurskoðar val ríkisvaldsins á þeirri leið sem valin var við úrlausn tiltekins máls – dómstóllinn metur því hvort unnt hefði verið að ná því lögmeata markmiði, sem stefnt er að með öðrum, vægari aðferðum – á meðan beiting sanngirnismælikvarðans metur aðeins hvort sú aðferð sem valin var sé sanngjöm (e. *reasonable*) óháð því hvort aðrar (e.t.v. betri) leiðir hefðu verið færar. Meðalhófsreglan er hins vegar í samhengi þessarar greinar takmörkuð við tilvik þar sem ríkisvaldið ákveður að takmarka réttindi einstaklinga og/eða þar sem réttindum slær saman. Velta má fyrir sér hvort lýsa megi sanngirnismælikvarðanum sem útfærslu og útvíkkun á því skilyrði meðalhófsreglunnar að ákvörðun sé til þess fallin að ná hinu lögmeata markmiði sem stefnt er að (það sem stundum er nefnt markhæfni).³⁵¹

4.5.3. Nánar um beitingu sanngirnismælikvarðans í dómframkvæmd

Til viðbótar við *Grootboom*-málið sem áður var vikið að verður hér bent sérstaklega á TAC-málið og *Khosa*-málið, en í öllum dómunum nýfir stjórnlagadómstóll Suður-Afríku sanngirnismælikvarðann til þess að komast að niðurstöðu og í þeim öllum var talið að um stjórnarskrárbrót væri að ræða

TAC dómurinn³⁵² er einnig reifaður í kafla 3.2.4. en í dómunum voru aðgerðir ríkisstjórnarinnar við dreifingu HIV-lyfjans *Neovirapine* taldar andstæðar ákvæði stjórnarskrár um rétt til heilsu. Dómstóllinn taldi í fyrsta lagi að ákvarðanir stjórnvalda um að takmarka veitingu lyfjans við einstaka stofnanir væru ekki sanngjarnar (e. *reasonable*) þar sem þessar aðgerðir stjórnvalda útlökuðu í raun hópa fátækra mæðra frá því að fá lyfið og væru ósveigjanlegar. Í öðru lagi var talið að stefna stjórnvalda varðandi HIV-smit mæðra til barna í heild stæðist ekki próf sanngirnismælikvarðans, m.a. þar sem starf ráðgjafa tæki ekki mið af notkun Nevirapine. Stefnan taldist því ekki *heilidstær*.

Danie Brand hefur bent á að stjórnlagadómstóllinn beitir mælikvarðanum með strangari hætti í TAC-málinu samanborið við *Grootboom*-málið. Þannig fari dómstóllinn nærrí því að spyrja hvort aðgerðir og áætlanir stjórnvalda *muni ná því stjórnskipulega takmarki* sem að er stefnt.³⁵³

Í *Khosa*-málinu³⁵⁴ var álitæfnið hvort heimilt væri að neita þeim sem voru varanlega búsettir í Suður-Afríku en höfðu ekki hlotið ríkisborgararétt um ákveðna hótaflokk innan félagslega kerfisins. Þetta fyrirkomulag stóðst ekki. Kröfur sanngirnismælikvarðans þar sem verulegur hluti samfélagsins var útlökaður frá

351 Hér má aftur benda á orðalag 1. mgr. 2. gr. SEFMR um skyldu ríkja til þess að gripa til viðgerandi ráðstáðanna.

352 *Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku*, TAC, sjá nmg. 109.

353 Danie Brand: „Socio-Economic Rights and Courts in South Africa. Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 228.

354 *Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku*, *Khosa o.fl. Gegen Minister of Social Development o.fl.*, 4. mars 2004 (CCT 13/03).

því að fá notið réttinda sinna og dómstóllinn féllst ekki á röksemdir stjórnvalda um nauðsyn slíkrar aðgreiningar.

Þrátt fyrir það sem að ofan greinir um aðgreiningu samngirnismælikvarðans frá meðalhöfðsreglunni, þá bendir Brand á að í *Xhosa*-málinu beiti stjórnlagadómstóllinn í reynd meðalhöfðsmati. Dómstóllinn telur að markmiði því, sem stefnt var að, að koma í veg fyrir að innflytjendur verði baggi á félagslega kerfinu, hefði verið unnt að ná með aðgerðum, sem teldust vægar gagnvart réttindum þess hóps sem um var að ræða – þ.e. með því að herða reglur um flutning fólks til landsins.³⁵⁵

4.5.4. Lokaorð um samngirnismælikvarðann

Með samngirnismælikvarðanum leitast stjórnlagadómstóll Suður-Afríku við að leggja mat á jákvæðar skyldur ríkja, einkum skylduna til þess að *efna (veita)* réttindi. Styrkleiki hans liggur m.a. í því að veita virka endurskoðun dómstóla á áætlunum stjórnvalda varðandi EFM-réttindi, en slíkar áætlanir hafa oft verið taldar algerlega á valdsviði stjórnvalda. Mælikvarðinn veitir dómstólum þannig virkt hlutverk við verna réttindanna, en kemst þó að miklu leyti hjá gagnrýni um að gengið sé of nærri valdmörkum dómstólanna.

Hins vegar lýtur samngirnismælikvarðinn fremur að formlegum þáttum í stefnu og aðgerðum stjórnvalda, en veitir hinum eiginlegu efnislegu réttindum einstaklinga ekki sjálfstæða verna.³⁵⁶ Scott og Alston hafa bent á að þetta sé galli, enda hljóti stefnendur dómsmála almennt að krefjast umbóta hvað varðar sína aðstöðu, fremur en eingöngu almenntar stefnubreytingar stjórnvalda.³⁵⁷ Þar að auki má benda á að dómstóllinn gerir ekki þá kröfu að þessi alvarlegu tilvik, þ.e. fólk í sárrí neyð, sem nýtur ekki lágmarksmintaks EFM-réttinda, njóti forgangs í aðgerðum stjórnvalda.³⁵⁸ Þannig sé mælikvarðinn ekki gagnlegur t.d. þar sem stjórnvöld kjósa að bæta aðstæður forréttindahópa án þess að lágmarksmatak réttinda fólks í neyð sé uppfyllt – svo lengi sem áætlanir stjórnvalda geri ráð fyrir einhverjum (smávægilegum) umbótum á því sviði.³⁵⁹

Þar að auki hefur mælikvarðinn verið gagnrýndur fyrir að leggja þunga sönnunarbyrði um að aðgerðir og áætlanir ríkisins uppfylli ekki skilyrði á stefn-

endur dómsmála, sem oft eru einstaklingar eða hópar í erfiðri aðstöðu.³⁶⁰ Þessi gagnrýni sækir m.a. styrk í að augljóst virðist að stjórnvöld eru í mun betri stöðu til þess að sanna að aðgerðir þeirra séu í raun samngjarnar (e. *reasonable*). Að síðustu hefur verið bent á að innatak mælikvarðans sé óljóst og flókið sé að beita honum.³⁶¹ Jafnvel þannig að *samgírni* (e. *reasonableness*) þýði einfaldlega það, sem dómstóll telur að ætti að felast í stefnu stjórnvalda hverju sinni.³⁶²

Þrátt fyrir þessa hugsanlegu galla mælikvarðans verður því ekki neitað að stjórnlagadómstóllinn hefur fetað mikilvæg spor í átt að virkri verna allra þáttta EFM-réttinda og reynsla dómstólsins er afar gagnleg fyrir hið alþjóðlega mannréttindakerfi.³⁶³

4.6. Er hægt að setja fram heildstæðan mælikvarða?

4.6.1. Almenni

Hér hefur verið lýst nokkrum þeim mælikvörðum, sem dómstólar geta beitt við mat á háttsemi ríkja í tengslum við EFM-réttindi. Galli á þessum mælikvörðum er að þeir eru takmarkaðir við ákveðnar aðstæður – þegar lágmarksmintaki réttinda er náð er sá mælikvarði gagnslítill, hann við aðgerðum sem fela í sér afturför á að sjálfsögðu aðeins við varðandi slíkar aðgerðir, meðalhöfðsreglunni verður einkum beitt varðandi takmarkanir á réttindum eða áreksri réttinda og samngirnismælikvarðinn á best við þegar meta þarf jákvæðar aðgerðir ríkisins, einkum í forni áætlana og stefnumótunar. Hins vegar mælið ekkert gegn því að allum þessum mælikvörðum sé beitt, þar sem þeir eiga við, þar sem þeir útlöka ekki hver annan.³⁶⁴ Slíkt myndi fela í sér heildstæða nálgun á EFM-réttindi, sem er nauðsynleg til þess að dómstólar geti veitt réttindunum raunverulega verna. Mikilvægt innlegg í þessa umræðu kom nýlega frá EFMR-nefndinni og verður sá nálgun meginumföllunarefni þessa kafla. Eins og sjá má sameinar nefndin og dregur saman fjölmargt af því sem lýst hefur verið hér að framan.

4.6.2. Hinn heildstæði mælikvarði EFMR-nefndarinnar

Þann 10. desember 2008, á 60 ára afmælisdegi Mannréttindayfyrirýsingarinnar, samþykkti allsherjafing Sp einróma valfrjálisan samningsviðauka við SEFMIR, sem veitir EFMR-nefndinni heimild til þess að fjalla um kvartanir einstak-

355 Danie Brand: „Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“, bls. 228.

356 Sisay Yesheaw: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 11.

357 Craig Scott og Philip Alston: „Adjudicating constitutional priorities in a transnational context: A comment on Soobramoney’s legacy and Grootboom’s promise“, bls. 254-255.

358 Sandra Liebenberg: „South Africa’s evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 18.

359 Sandra Liebenberg: „South Africa’s evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“, bls. 18; Liebenberg vinar í Theunis Roux: „Legitimizing transformation: Political resource allocation in the South African Constitutional Court“, bls. 117-118.

360 Sisay Yesheaw: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 11.

361 Sja t.d. Dennis Davies: „Socio-economic rights in South Africa. The record of the Constitutional Court after ten years“, bls. 3-7.

362 David Bilchitz: „Towards a reasonable approach to the minimum core: Laying the foundations for future socio-economic rights jurisprudence“, bls. 10.

363 Marius Pieterse: „Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights“, bls. 883.

364 Vel er þekkt að misströngun mælikvörðum sé beitt við umfjöllun um ein og sömu efnisréttindi. Sem dæmi má nefna fjáningartrelsið og þá ólíku mælikvarða sem MDÉ beitt varðandi gálfásömu annars vegar og staðhæfingur um staðhæfingur hins vegar. Sja t.d. umfjöllun Eiríks Jónssonar: „Miskabætur vegna ólögmætrar meingæðar gegn æru“, bls. 48-50.

linga.³⁶⁵ Tök þingið tillit til þess að mannréttindaráð Sp hafði áður samþykkt viðaukann,³⁶⁶ sem hefur verið í undirbúningi allt frá árinu 1990.³⁶⁷ Alls hafa 32 ríki undirritað viðaukann þegar þetta er ritað, þar af Finnland eitt Norðurlanda. Viðaukinn boðar í raun nýja tíma hvað varðar alþjóðlegt eftirlit með EFM-réttindum og afar fróðlegt verður að fylgjast með framkvæmd hans.

Við undirbúning viðaukans gaf EFMR-nefndin út skjal til skýringar á því hvaða mælikvarða nefndin gæti notað við umfjöllun um kvörtun einstaklings til þess að meta hvort ríki hefðu brotið gegn EFM-réttindum.³⁶⁸ Umfjöllun nefndarinnar er afar áhugaverð og felur í sér heildstæðan mælikvarða á háttsemi ríkja í tengslum við EFM-réttindi.

Í fyrsta lagi fjallar nefndin um almenn atriði tengd 1. mgr. 2. gr. SEFMR, sem áður hefur verið fjallað um. Hér ítrekar nefndin að ríki verði að grípa til raunverulegra aðgerða, m.a. á sviði löggjafar, stjórnsýslu, efnahags-, mennta- og félagsmála, innan fremur skamms tíma. Þó að reglan um nýtingu allra tiltaekra ráða (e. *maximum available resources*) sé mikilvæg við afmörkun á skyldum ríkja, þá geta ríki ekki skylt sér algerlega á bak við slík atriði og geta m.a. oft framkvæmt ódýrar aðgerðir til hagsbóta fyrir þá verst settu.³⁶⁹

Í öðru lagi ítrekar nefndin skyldur ríkja gagnvart lágmarksmarkmiðunni réttindanna og að ríki beri sönnunarbyrði um að allar leiðir hafi verið reyndar til þess að nýta öll ráð til þess að sinna þessum skyldum og þær hafi verið settar í forgang.³⁷⁰

Í þriðja lagi leggur nefndin áherslu á tafarlausar skyldur ríkja (e. *immediate obligations*), sem ekki eru háðar framþróun í áföngum. Jafnræðisreglan, sbr. 2. mgr. 2. gr. SEFMR, felur í sér slíka skyldu. Jafnan telur nefndin skyldur ríkja til þess að *virða* mannréttindi yfirleitt verða virkar tafarlaust en skyldur til þess að *vernda* og í meira mæli til þess að *efna* réttindi fremur krefjast útgjalda og því fremur vera háðar mati á framþróun í áföngum.³⁷¹

Í fjórða lagi, þegar kvörtun lýtur að því hvort ríki hafi gripið til ráðstafna og beitt öllum tiltækum ráðum (e. *take steps to the maximum of available resources*) mun nefndin rannsaka hvort ráðstafanirnar eru *fullnægjandi* (e. *adequate*) eða *sanngjarnar* (e. *reasonable*). Nánar tiltekið mun nefndin skoða eftirfarandi atriði.

- (a) The extent to which the measures taken were deliberate, concrete and targeted towards the fulfilment of economic, social and cultural rights;
- (b) Whether the State party exercised its discretion in a non-discriminatory and non-arbitrary manner;

³⁶⁵ Ályktun alisherjarpings Sp 10. desember 2008, UN Doc. A/RES/63/117.

³⁶⁶ Ályktun Mannréttindaráðs Sp, 18. júní 2008, nr. 8/2, UN Doc. A/HRC/RES/8/2.

³⁶⁷ *Fact Sheet No.16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, 8. atriði. <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs16.htm>.

³⁶⁸ EFMR-nefndin: „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant“, 21. september 2007, UN Doc. E/C.12/2007/1.

³⁶⁹ *Sama heimild*, mgr. 3-4, bls. 1-2.

³⁷⁰ *Sama heimild*, mgr. 6, bls. 2.

³⁷¹ *Sama heimild*, mgr. 7, bls. 2.

- (c) Whether the State party's decision (not) to allocate available resources was in accordance with international human rights standards;
- (d) Where several policy options are available, whether the State party adopted the option that least restricts Covenant rights;
- (e) The time frame in which the steps were taken;
- (f) Whether the steps had taken into account the precarious situation of disadvantaged and marginalized individuals or groups and, whether they were non-discriminatory, and whether they prioritized grave situations or situations of risk.³⁷²

Augljóslega eru ýmis atriði hér sambærileg við sanningismælikvarðann Suður-afrika og telja má víst að nefndin hafi haft dónaframkvæmd störlagadómstólans til hljóðsónar í umfjöllun sinni. Bent hefur verið á að (a)-liðurinn sé hugsanlega of djúps til þess að veita mikla leiðsögn³⁷³, en hér má einnig líta til 1. liðar sanningismælikvarðans (sjá kafla 4.5.2) um að aðgerðir ríkja skuli vera heildstæðar, samhæfðar, útteila ábyrgð og tryggja nauðsynlegt fjármagn og mannafl og 2. liðar um markhæfni aðgerðanna. Í (b)-lið EFMR-nefndarinnar er lögð áhersla á jafnræði og málefnaleg sjónarmið, sem einnig teljast efnisatriði sanningismælikvarðans. Í (d)-liðnum er berum orðum vísað til meðalhófsreglu en líklega má segja að hér sé nalgun nefndarinnar strangari en sanningismælikvarðinn, a.m.k. eins og hann birtist í *Goodboom*-dönnun. Vísa má til fyrri umfjöllunar um meðalhófsreglu á þessu sviði. Liður (e) tengist tímasetningu aðgerðanna en ekki er algerlega ljóst hvort aðeins sé átt við hvort ríki hafi brugðist nægilega fljótt við³⁷⁴ eða hvort sjónarmiðið vísi að einhverju leyti til 6. liðar sanningismælikvarðans þar sem kemur fram að aðgerðir ríkja skuli taka á skammtíma-, miðlungs- og langtímaþörfum. Í (f)-liðnum er síðan sambærilegt efnisatriði og í 7. lið sanningismælikvarðans um að taka þurfi á vanda þeirra sem eru í bráðri neyð og viðkvæmra hópa. Áberandi munur er hins vegar á því að nefndin gerir kröfu um að alvarlegar bráðaástæður séu settar í forgang.

Í fimmta lagi mun nefndin líta svo á að þegar ríki hefur ekki gripið til neinna ráðstafana, eða til ráðstafana sem fela í sér afturför þá beri ríkið sönnunarbyrði fyrir því að slíkt hafi verið nauðsynlegt.³⁷⁵ Benda má á að sönnunarbyrði sú sem lögð er á stefnendur er eitt af þeim atriðum sem gagnrýnt hefur verið varðandi beitingu sanningismælikvarðans í Suður-Afríku, en nefndin virðist leiða þá gagnrýni hjá sér.³⁷⁶ Í umfjöllun um bann við röststötunum, sem fela í sér afturför

³⁷² *Sama heimild*, mgr. 8, bls. 2-3.

³⁷³ Sisay Yesahew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 12.

³⁷⁴ Hér má minna á allt félagsmálefndar Evrópu sem reifað er í kafla 3.3.3. hér að framan, þar sem leit var í ljós að 100 ár myndi taka að innleiða rétt einhverfa barna til menntunar.

³⁷⁵ EFMR-nefndin: „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant“, 21. september 2007, UN Doc. E/C.12/2007/1, mgr. 9-10, bls. 3.

³⁷⁶ Sisay Yesahew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 12.

hér að framan var fjallað um þau sjónarmið, sem nefndin leggur áherslu á við mat á réttlætingu slíkra ráðstafana.

Í sjötta lagi tekur nefndin fram að hún muni, líkt og aðrir sambærilegir úrskurðaraðilar, virða svigrúm ríkja til þess að ákveða bestu nýtingu tilteakra gæða og forgangsráðunar í því samhengi.³⁷⁷

Styrkur þessarar heildstæðu nálgunar nefndarinnar felst m.a. í því að samhliða er beitt efnislegu inntaki réttindanna (einkum í formi lágmarksnittaks þeirra) og mati á þeim aðgerðum ríkisins, og miða að innleiðingu EFM-réttinda. Þá getur nefndin með þæði neikvæðar og jákvæðar skyldur ríkja og tekið hæfilegt tillit til svigrúms ríkja (og þannig röksemda gegn dómhæfi EFM-réttinda). Sú gagnrýni sem setja má fram á samngirnismaelikvarða stjórnlagaðómstóls Suðurláfríku virðist ekki eiga rétt á sér gagnvart nálgun nefndarinnar.³⁷⁸

En framsetning slíks maelikvarða segir að sjálfsögðu aðeins halda söguna þar sem í raun vantar allt kjöt á beinin – reyrsli af framkvæmd hans og beitingu skorit algjörlega. Eins og reifað hefur verið í undanfarandi köflum hafa hins vegar einstakir þættir hans sætt talsvert ítarlegri skoðun nefndarinnar sjálftrar, fræðimanna og dómstóla og því ætti nefndin að vera nokkuð vel í stakk búin til þess að takast á við kvartanir einstaklinga, þegar valfjálsi samningsviðaukinn tekur gildi.

4.6.3. Er heimilt að nýta maelikvarða EFM-nefndarinnar fyrir íslenskum dómstólum?

Að lokum má velta fyrir sér hvort einhver rök leiði til þess að þessari heildstæðu nálgun verði ekki beitt af íslenskum dómstólum. Slík rök kunna að vera til, m.a. í tengslum við takmarkanir á endurskoðunarvaldi dómstóla, sem leiða af valdmörkum gagnvart öðrum handhöfum ríkisvalds. Ekki verður hins vegar séð að slík rök komi til skoðunar. Nálgun nefndarinnar byggir á nokkrum reglum, sem að miklu leyti hafa verið umfjöllunarefni undanfandi kafla greinarinnar og íslenskir dómstólar hafa talið sér heimilt að beita. Maelikvarðanum um lágmarksnittak réttinda var beitt í *Öryrkjabandalagsdómnum*, jafnfræðisreglan er stjórnskrárbundin og alger grundvallarregla í íslensktu stjórnskipan,³⁷⁹ stjórnskipuleg meðalhófsregla hefur haft mikil áhrif í dómnafrankvæmd³⁸⁰ og sanngirnisregla (eða a.m.k. krafa um málefnaleg sjónarmið og *forsvaranlegar* ákvarðanir³⁸¹) er bæði þekkt úr stjórnsýslurétti og jafnframt hafa dómstólar leyst úr áliðaefnum um stjórnskipulegt gildi laga með vísan til þess hvort aðgerðir löggjafans hafi verið ómálefnalegar.³⁸² Eina meginatriðið í nálgun EFM-nefndarinnar,

³⁷⁷ EFM-nefndin: „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant“, 21. september 2007, UN Doc. E/C.12/2007/L mgt. 11-12, bls. 3-4.

³⁷⁸ Slsay Yeshanew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“, bls. 12.

³⁷⁹ Sjá t.d. Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi*, bls. 563 og áfram.

³⁸⁰ *Sanna rit*, bls. 109-112.

³⁸¹ Sjá t.d. *Síamsskipti stjórnaðla*, bls. 42.

³⁸² Sjá t.d. *Hrd*, 2001, bls. 1169 (395/2000), og umfjöllun í kafla 4.5.1.

sem hefur ekki verið beitt með einhverjum hætti í íslensktu dómnafrankvæmd er þann við aðgerðum, sem fela í sér afturför, en benda má á að slíkt mat felur í raun í sér einhvers konar meðalhófsreglu, reyndar með mikilvægu sérsjónarmiði um sönnunarþyrði ríkisins. Ekki verður séð að miklir erfiðleikar stofniðist við beitingu hins heildstæða maelikvarða fyrir íslenskum dómstólum, enda má taka undir með stjórnlagaðómstóli Suðurláfríku:

In our view it cannot be said that by including socio-economic rights within a bill of rights, a task is conferred upon the courts so different from that ordinarily conferred upon them by a bill of rights that it results in a breach of separation of powers.³⁸³

5. Lokaoið

Ef dómsmálum er skipt í tvo flokka, annars vegar í auðleyst mál og hins vegar *korleyst*,³⁸⁴ er næsta víst að dómsmál þau, sem sjónnum hefur verið beint að falla í síðari flokkinn. Í kjölfar *Öryrkjabandalagsdómnsins* spratt upp líffleg umræða um hlutverk dómstóla og endurskoðunarvald þeirra. Einn af þeim sem lagði orð í belg var þáverandi forsætisráðherra, Davíð Oddsson, sem skrifaði m.a.: „Eftirlit almennra dómstóla með stjórnskipulegu gildi laga er ekki nema í besta falli tilviljunarkennt...“³⁸⁵ Segja má að grein þessari sé ætlað að varpa ljósi á aðferðir við túlkun sem afsanna þessa kenningu. Með beitingu lögfræðilegra aðferða verður eftirlit dómstóla með stjórnskipulegu gildi laga og aðgerða stjórnrvalda í tengslum við efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi ekki tilviljunarkennt, heldur niðurstaða lögfræðilegrar röksemdaferðislu, líkt og endranar þegar borgarar leita ásjár dómstóla vegna aðgerða ríkisvaldsins. Það er og von höfundar að skrif þessi verði lögmönnunum hvatning til þess að láta í auknum mæli reyna á EFM-réttindi með beinum hætti fyrir dómstólum og líti í því sambandi til þeirra sjónarmiða, sem hér hafa verið rakin og byggja á framkvæmd innan hins alþjóðlega mannréttindakerfis svo og landsdómstóla víða um heim.

³⁸³ *Stjórnlagaðómstóll Suðurláfríku*, Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4)5A, bls. 744 (CC).

³⁸⁴ Sjá t.d. Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*, bls. 81 og áfram.

³⁸⁵ Davíð Oddsson: „Valdheimildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“, bls. 12.

HEIMILDASKRÁ

Alþingisþingi.

Anshri Pillay: „In defence of reasonableness. Giving effect to socio-economic rights“. *ESR Review*, 8. árg., 4. töl. 2007, bls. 3-9.

Allan Rosas og Martin Scheinin: „Categories and Beneficiaries of Human Rights“. An Introduction to the International Protection of Human Rights. A textbook. 2. útgáfa. Ritsfj. Rajia Hanski og Markku Suksi. Turku/Åbo 1999, bls. 49-62.

Asbjørn Eide: „Economic Social and Cultural Rights as Human Rights“. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. 2. útgáfa. Ritsfj. Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas. Haag 2001, bls. 9-28.

Asbjørn Eide: „Realisation of social and economic rights – the minimum threshold approach“. *The Review of the ICJ*, Nr. 43, 1989, bls. 40-52.

Asbjørn Eide: „The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: The right to food and to be free from hunger“. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/12, 28. júní 1999.

Asbjørn Eide: „The Right to an Adequate Standard of Living Including the Right to Food“. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. 2. útgáfa. Ritsfj. Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas. Haag 2001, bls. 133-148.

Asbjørn Eide: „Universalisation of human rights versus globalisation of economic power“. *Rendering justice to the vulnerable*. Ritsfj. Fons Coomans o.fl. Haag 2000, bls. 99-120.

Audrey R. Chapman og Sage Russell: „Introduction“. *Core Obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights*. Ritsfj. Audrey R. Chapman og Sage Russell. Antwerpen 2002, bls. 1-20.

Audrey R. Chapman: „A „Violations Approach“ for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“. *Human Rights Quarterly*, 18. árg., 1. töl. 1996, bls. 23-66.

Ályktun allsherjarþings Sp, 10. desember 2008, UN Doc. A/RES/63/117.

Ályktun mannréttindaráðs Sp, 18. júní 2008, nr. 8/2, UN Doc. A/HRC/RES/8/2.

Bård-Anders Andreassen, Alan G. Smith og Hugo Stokke: „Compliance with Economic and Social Human Rights: Realistic Evaluations and Monitoring in the Light of Immediate Obligations“. *Human Rights in Perspective: A Global Assessment*. Ritsfj. Asbjørn Eide og Bernt Hagtvæl. Oxford 1992, bls. 252-267.

Birgit Toebe: „The Right to Health“. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. 2. útgáfa. Ritsfj. Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas. Haag 2001, bls. 169-190.

Björg Thorarensen: „Áhrif meðalhöfðsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“. *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Ritsfj. Stefán Már Stefánsson og Vidar Már Mathiasson. Reykjavík 2003, bls. 50-105.

Björg Thorarensen: „Bæting ákvæða um efnahagsleg og félagsleg mannréttindi í stjórnarskrá og alþjóðasamningum“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. töl. 2001, bls. 75-105.

Björg Thorarensen: *Stjórnspunarmáttur – Mannréttindi*. Reykjavík 2008.

Brynhiður Flóvenz: *Réttarsíða fátíðra*. Reykjavík 2004.

Cécile Fabre: „Constitutionalising Social Rights“. *The Journal of Political Philosophy*, 3. töl. 1998, bls. 263-284.

Christian Cortis: „Socio-Economic Rights before the Courts in Argentina“. *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Ritsfj. Fons Coomans Antwerpen – Oxford 2006, bls. 309-354.

Codices – Dómálgangurinnur á sviði stjórnspunarmáttur. European Commission for Democracy through Law (Fenejaneind Evrópuráðsins). <http://www.codices.coe.int/> (skoðað mars-apríl 2009).

Craig Scott og Philip Alston: „Adjudicating constitutional priorities in a transnational context. A comment on Soobramoney's legacy and Grootboom's promise“. *South African Journal of Human Rights*, 16. árg., 2. töl. 2000, bls. 206-268.

Craig Scott: „Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of „Economic, Social and Cultural Rights““. *Human Rights Quarterly*, 21. árg., 3. töl. 1999, bls. 633-660.

Danie Brandt: „Socio-Economic Rights and Courts in South Africa: Justiciability on a Sliding Scale“. *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Ritsfj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 207-236.

David Bilchitz: „Giving socio-economic rights teeth: The minimum core and its importance“. *South African Law Journal*, 119. árg., 3. töl., 2002 bls. 484-501.

David Bilchitz: „Towards a reasonable approach to the minimum core: Laying the foundations for future socio-economic rights jurisprudence“. *South African Journal on Human Rights*, 19. árg., 1. töl. 2003, bls. 1-26.

David Bilchitz: *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford 2007.

David Oddsson: „Valdehmiðildir löggjafans og úrskurðarvald dómstóla“. *Tímarit lögfræðinga*, 1. töl. 2002, bls. 7-14.

David Wiseman: „Methods of Protection of Social and Economic Rights in Canada“. *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Ritsfj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 173-206.

David Þor Björgvinsson: „Bæting Haestærtaar Íslands á lögnum um Mannréttindasáttmála Evrópu“. *Lögberg: rit Lagastofnunar Háskóla Íslands*. Ritsfj. Stefán Már Stefánsson og Vidar Már Mathiasson. Reykjavík 2003, bls. 155-185.

Dennis Davies: „Socio-economic rights in South Africa. The record of the Constitutional Court after ten years“. *ESR Review*, 5. árg., 5. töl. 2004, bls. 3-7.

Dominic McGoldrick: *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Oxford 1991.

Dómálgangurinnur ESCR-Net, <http://www.escr-net.org/caselaw> (skoðað mars-apríl 2009).

Dóra Guðmundsdóttir: „Stjórnarskrárbundnar meginreglur og stjórnarskrávarin réttindi“. *Guðrunabók: afmálsrit til heiturs Guðrunar Erlendsdóttur*, 3. maí 2006. Ritsfj. Pétur Kr. Halsteinn o.fl. Reykjavík 2006, bls. 133-158.

EMR-nefndin (þ.e. nefnd Sp um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi): „An evaluation of the obligation to take steps to the „maximum of available resources“ under an optional protocol to the covenant“, 21. september 2007 UN Doc. E/C.12/2007/1.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 3, The nature of the state parties' obligations* (1990). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 15-19.

EMR-nefndin: *General comment nr. 4, The right to adequate housing* (1991). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 19-25.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 7, The right to adequate housing: Forced evictions* (1997). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 46-51.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 9, The domestic application of the Covenant* (1998). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 55-59.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 12, The Right to Adequate Food* (1999). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 63-71.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 13, The right to education* (1999). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 71-86.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 86-106.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 112-123.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 86-106.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 112-123.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 86-106.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 112-123.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 14, The right to the highest attainable standard of health* (2000). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 86-106.

EMR-nefndin: *General Comment nr. 15, The right to water* (2002). Birt í *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 12. maí 2004, bls. 112-123.

- EFMR-nefndin: *General Comment nr. 19, The Right to Social Security* (2007). UN Doc. E/C.12/GC.19 (2008).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Búlgaríu*, UN Doc. E/2000/22.
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Hollands*, UN Doc. E/C.12/1/Add.25 (1998).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Hollands*, UN Doc. E/C.12/1/Add.57 (2001).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Honúrass*, UN Doc. E/C.12/1/Add.32 (1999).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, UN Doc. E/C.12/1993/15 (1994).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, UN Doc. E/C.12/1993/15 (1994).
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Íslands*, 23. maí 2003. UN Doc. E/C.12/1/Add.89.
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Korgó*, UN Doc. E/C.12/2000/SR.16, E/C.12/2000/SR.17, E/C.12/1/Add.45.
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Mauritíus*, UN Doc. E/C.12/1994/8.
- EFMR-nefndin: *Lokathugasemdir við skýrslu Rússlands*, UN Doc. E/1998/22.
- EFMR-nefndin: *Report on the third session, 6-24. febrúar 1989*, UN Doc. E/1989/22.
- EFMR-nefndin: *The Technical Assistance Mission to Panama of the Committee on Economic Social and Cultural Rights* (16-22. Apríl 1995) UN Doc. E/1996/22.
- Eiríkur Jónsson: „Miskabætur vegna ólögmeðtara meingæðar gegn æru“. *Útjöttur*. 1. töl. 2007, bls. 25-96.
- Eiríkur Tómasson: „Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinna“. *Útjöttur*. 4. töl. 1984, bls. 183-217.
- Elin Blöndal: „Alþjóðavinnuumálastofnunin og áhrif samþykka hennar á íslenskan rétt“. *Lögberg: rit Lögastofnunar Háskóla Íslands*. Ritsj. Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthiasson. Reykjavík 2003, bls. 275-313.
- Ellie Palmer: „The Role of Courts in the Domestic Protection of Socio-Economic Rights: The Unwritten Constitution of the UK“. *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Ritsj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 129-172.
- Fact Sheet No.16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*. Mannréttindafulltrúi SP (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights). Genf 1991. Birt á <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs16.htm>. (skoðað 20. apríl 2009).
- Faustino Contreras Peláez: *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid 1994.
- Félagsmálanefnd Eyröpu: *Conclusions XV-1, vol. 1, Article 12: Belgium* (2001).
- Fons Coomans: „In Search of the Core Content of the Right to Education“. *Core Obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights*. Ritsj. Audrey R. Chapman og Sage Russell. Antwerpen 2002, bls. 217-246.
- G.H. Van Hoof: „Legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views“. *The Right to Food*. Ritsj. Philip Alston og Katarina Tomasevski. Boston 1984, bls. 106-108.
- Gautur Jörndsson: „Meðalhófsreglan í stjórnspunarrétti og stjórnryðlurétti“. *Afnæisrit Gæzru Bergsteinsson nívæður 18. apríl 1992*. Ritsj. Páll Skúlason. Reykjavík 1992, bls. 207-225.
- Gilbert Sembrano: „Judicial and Quasi-Judicial Implementation of ESC Rights: the Philippine Experience“. *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Ritsj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 269-307.
- Gunnar G. Schram: *Stjórnspunarréttur*. Reykjavík 1999.
- Gústaf Adolf Skúlason: „Skólagjöld og rekstrartorm háskóla“, <http://www.sais/frettir/almennar/nr/1649/>, 5. júní 2003. (skoðað 20. apríl 2009).
- Harpa Nálsdóttir: *Fátækt á Íslandi við upplufingunni aldar: hin dulda félagsgerð borgarsamfélagsins*. Reykjavík 2003.
- Henry J. Steiner, Philip Alston og Ryan Goodman: *International human rights in context*. Oxford 2000.
- Henry Shue: „The interdependence of duties“. *The Right to Food*. Ritsj. Philip Alston og Katarina Tomasevski. Boston 1984, bls. 83-96.
- Henry Shue: *Basic rights, subsistence, affluence and U.S. foreign policy*. 1. útgáfa. Princeton 1980.
- Ian Brownlie: *Principles of Public International Law*. 5. útgáfa. Oxford 1998.
- Ida Elisabeth Koch: „The protection of socio-economic rights as human rights in Denmark“. *Justiciability of Economic and Social Rights: Experiences from Domestic Systems*. Ritsj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 17-42.
- Jennifer Tooze: „The Rights to Social Security and Social Assistance: Towards an Analytical Framework“. *Economic, social and cultural rights in action*. Ritsj. Mashood A. Baderin og Robert McCorquodale. Oxford 2007, bls. 331-359.
- Johan Van de Lanotte og Tom De Pelsmaeker: „Economic, Social and Cultural Rights in the Belgian Constitution“. *Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments*. Ritsj. Peter van der Auwerter o.fl. Antwerpen 2002, bls. 263-287.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um valdmörk dómstóla“. *Útjöttur*, 2. töl. 2002, bls. 217-225.
- Jón Steinar Gunnlaugsson: „Um viðhorf við skýringar á mannréttindaákvæðum stjórnarskrár“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. töl. 1988 (septentium).
- Jón Steinar Gunnlaugsson: *Um forðami og valdmörk dómstóla*. Reykjavík 2003.
- Joseph Raz: *The Morality of Freedom*. Oxford 1986.
- Kári Hólmur Ragnarsson: *Réttur til menntunar, skv. 2. mgr. 76. gr. stjórnarskrárinna og þjóðaréttarskuldbindingum íslenska ríkisins*. BA-ritgerð í lögfræði við Lagadeild Háskóla Íslands. Óbirt.
- Katrín Saaremæl-Stoilov: „How to Handle a Double-edged Sword Safely. Protection of the Elements of the Principle of the Social State in the Constitutional Jurisprudence of the Supreme Court of Estonia“. *Juridica International*, 2. töl. 2007, bls. 83-93.
- Kirsten Ketcher: „Artikel 75“. *Grundloven. Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*. 2. útgáfa. Ritsj. Henrik Zahle. Kaupmannahöfn 2006, bls. 508-522.
- Kristen Ketcher: *Socialret-almindelige principper. Retsikkerhed og administration*. 2. útgáfa. Kaupmannahöfn 2002.
- Klaus Dieter Beiter: *The protection of the right to education by international law*. Dordrecht 2005.
- Kristín Benediksdóttir: „Alþjóðsamningur um efnahagsleg, félagsleg og menningargleg réttindi“. *Mannréttindasamningur Sammenhæng på jobbanna: megingætur, framfarir og áhrif á íslenskan rétt*. Ritsj. Björg Thorarensen, Hjördis Björk Hákonardóttir og Róbert R. Spanó. Reykjavík 2009, bls. 107-152.
- The Limburg Principles on the implementation of the ICESCR*, UN Doc. E/CN.4/1987/17.
- Luce Lamarche: „The Right to Social Security in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“. *Core Obligations: Building a framework for economic, social and cultural rights*. Ritsj. Audrey R. Chapman og Sage Russell. Antwerpen 2002, bls. 87-114.
- Margdalena Sepúlveda: *The Nature of the Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen 2003.
- Manfred Nowak: „The Right to Education“. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*. 2. útgáfa. Ritsj. Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Kross. Haag 2001, bls. 245-272.
- Maria Foscarinis: „Downward Spiral: Homelessness and its Criminalization“. *Yale Law and Policy Review*, 14. árg. 1. töl. 1996, bls. 1-63.
- Marius Pieterse: „Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights“. *Human Rights Quarterly*, 26. árg. 4. töl. 2004, bls. 882-905.
- Mary Dowell-Jones: *Contextualising the international covenant on economic, social and cultural rights: Assessing the economic deficit*. Dordrecht 2004.
- Mary Robinson: „Advancing Economic, Social, and Cultural Rights: The Way Forward“. *Human Rights Quarterly*, 26. árg. 4. töl. 2004, bls. 866-872.
- Mary Robinson: „From Rhetoric to Reality: Making Human Rights Work“. *European Human Rights Law Review*. 1. töl. 2003, bls. 1-8.
- Mashood 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*. Ritsj. Mashood A. Baderin og Robert McCorquodale. Oxford 2007, bls. 3-24.

Matthew Craven: *The International Covenant on Economic Social and Cultural Rights: A perspective on its development*. Oxford 1995.

„Measuring Human Rights and Democratic Governance“. Ritsfj. Claire Naval, Sylvie Walter og Raul Suarez de Miguel. *OECD Journal on Development*, 2. töl. 2008.

Michael J. Dennis og David P. Stewart: „Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights. Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health?“ *The American Journal of International Law*, 98 árg. 3. töl. 2004, bls. 462-515.

Ólafur Jóhannes Einarsson: „Réttmættisreglan“. *Afnalísriti: Björn Þ. Guðmundsson stjórnur 13. júlí 2009*. Ritsfj. Stefán Már Stefánsson, Aðalheiður Jóhannsdóttir, Þorgeir Örnýgsson, bls. 253-277.

Ólafur Jóhannesson: *Stjórnskipun Íslands*. Reykjavík 1960.

Páll Heiðinsson: *Stjórnsýslulög. Skýringargr. Reykjavík 1994*.

Peter Malanczuk: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. 7. útgáfa. London 1997.

Philip Alston og Gerard Quinn: „The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“. *Human Rights Quarterly*, 9. árg. 2. töl. 1987, bls. 156-229.

Philip Alston: „Development and the Rule of Law: Precenton Versus Cure as a Human Rights Strategy“. *Development, Human Rights and the Rule of Law, Skýrsla ICJ náðstéfnu í Haag*. Oxford 1981.

Philip Alston: „Disability and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights“. *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*. Ritsfj. Theresa Degener og Yolán Koster-Dreese. Dordrecht 1995, bls. 94-105.

Ragnar Aðalsteinsson: „... einungis eftir lögunum“. *Ulfjálhur*, 4. töl. 2000 (sérprentun).

Ragnar Aðalsteinsson: „Retturinn til heilsu, útivistun heilbrigðisþjónustu og réttarýggi“. *Erindi flutt 10. apríl 2008 hjá NAF (Íslandsdeild norræna stjórnsýslusambandsins)*. Óbirt.

Óbirt. Aðalsteinsson: „Stefnumið eða dómhæf réttindi? Efnahags- og félagsréttindi fyrir dómstólum“. *Afnalísrit. Jónatan Þórnundsson stjórnur*. Reykjavík 2007, bls. 409-441.

Ragnhildur Helgadóttir: „Aftaða dómstóla til hlutveks síns við mat á stjórnskipulegu gildi laga – þróun síðustu ára“. *Ulfjálhur*, 1. töl. 2002, bls. 97-110.

Ragnhildur Helgadóttir: „Úrskurðarvald dómstóla um stjórnskipulegt gildi laga“. *Afnalísrit – Þór Vilhjálmsson stjórnur 9. júní 2000*. Ritsfj. Davíð Þór Björgvinnsson. Reykjavík 2000, bls. 487-516.

Robert Aley: *Theorie der Grundrechte*. 2. útgáfa. Frankfurt 1994.

Robert R. Spanó: „Kröfugerð í málu gegn ríkinu og stjórnskipuleg valdmörk dómstóla“. *Timarit Lögfréttu*, 1. töl. 2005, bls. 23-41.

Robert R. Spanó: *Tilkun lagakæzða*. Reykjavík 2007.

Roderigo Uprimio Yepes: „The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court“. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Ritsfj. Roberto Gargarella, Pilar Domingo og Theunis Roux. Hampshire 2006, bls. 127-153.

Ronald Dworkin: *Taking Rights Seriously*. 7. útgáfa. Harvard 1978.

S. Muralidhar: „Judicial Enforcement of Economic and Social Rights: The Indian Scenario“. *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*. Ritsfj. Fons Coomans. Antwerpen – Oxford 2006, bls. 237-268.

Sandra Liebenberg: „Basic rights claims: How responsive is the 'reasonableness review?'“ *ESR Review*, 5. árg. 5. töl. 2004, bls. 7-12.

Sandra Liebenberg: „Judicial and civil society initiatives in the development of economic and social rights in the commonwealth“, undirbuningsrannsókn vegna þúsaldarstýrslu Commonwealth Human Rights Initiative, *Human Rights and Poverty Eradication: A Talisman for the Commonwealth*. Nýja Delhi 2001. Birt á [http://www.communitylawcentre.org.za/](http://www.communitylawcentre.org.za/Socio-Economic-Rights) (skoðað 11. apríl 2009).

Sandra Liebenberg: „South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights: An effective tool in challenging poverty?“ Birt í heild á heimasíðu Community Law Centre, University of Western Cape, <http://www.communitylawcentre.org.za/> (skoðað 11. apríl 2009). Einnig birt í *Law Democracy and Development*, 6. árg. 2. töl. 2002, bls. 159-191.

Sandra Liebenberg: „The Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Domestic Legal Systems“. *Economic, Social and Cultural Rights. A textbook*, 2. útgáfa. Ritsfj. Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas. Haag 2001, bls. 55-84.

Scott Leckie og Anne Gallagher: *Economic, Social, and Cultural Rights: A Legal Resource Guide*. Philadelphia 2006.

Scott Leckie: „Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights“. *Human Rights Quarterly*, 20. árg. 1. töl. 1998, bls. 81-124.

Skjalstofn Sameinuðu þjóðanna (Official documents of the United Nations), <http://documents.un.org/>

Skurður Lindal: „Um lagasetningarvald dómstóla“. *Timarit lögfræðinga*, 2. töl. 2002, bls. 101-128.

Skurður Tomas Magnússon: „Aðgangur að dómstólum á sviði einkamála“, bls. 164, *Timarit lögfræðinga*, 2. hefti 2005, bls. 133-182.

Essay Yeshanew: „Combining the „minimum core“ and „reasonableness“ models of reviewing socio-economic rights“. *ESR Review*, 9. árg. 3. töl. 2008, bls. 8-13.

Snorri Stefánsson: „Erindi frá Hinu íslenska félagi áhugamanna um stjórnskipan“, <http://www.stjornarskra.is/Erindi//nr/1822>.

Samstarfsfyrirlysing ríkisstjórnar Samfylkingarinnar og Vinstrihreyfingarinnar græns framboðs: „www.stjornarrad.is/Stefnuyfyrirlysing/“

Socio-Economic Rights in South Africa: *Research book*. 2. útgáfa. Ritsfj. Sibonile Khoza. Höfðaborg 2006. Birt í heild á heimasíðu Community Law Centre, University of Western Cape, <http://www.communitylawcentre.org.za/>

Starfskilyrði stjórnvalda. *Skýrsla nefndar um starfskilyrði stjórnvalda, eftirhit með starfsemi þeirra og viðbörg við réttarþorin í stjórnsýslu*. Forsetisráðuneytið, Reykjavík 1999.

The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights. Ritsfj. Theo van Boven, Cees Flinterman og Ingrid Westendorp.

Theunis Roux: „Legitimizing transformation: Political resource allocation in the South African Constitutional Court“. *Democratization*, 10. árg. 4. töl. 2003, bls. 92-111.

Valgerður Katrín Jónsdóttir: „Vonleysið er verst. Fátækt barna á Íslandi og áhrif á heilsufar“. *Timarit hjúkrunarfræðinga*, 4. töl. 2007, bls. 16-21.

Velt-Þekka Viljanen: „The Nature of State Obligations“. *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*. Ritsfj. Krzysztof Drzewicki, Catarina Krause og Allan Rosas. Åbo 1994, bls. 43-66.

Victor Dankwa, Cees Flinterman og Scott Leckie: „Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights“. *Human Rights Quarterly*, 20. árg. 3. töl. 1998, bls. 705-730.

Victor E. Abramovich: „Courses of Action in Economic, Social and Cultural Rights: Instruments and Allies“. *SUR International Journal on Human Rights*, 2. töl. 2005, bls. 181-216.

Yfirlit Má Matthíasson: *Skæðabrotáttur*. Reykjavík 2005.

Yrma Declaration and Programme of Action. Samþykkt af Heimráðstefnu um mannréttindi í Vinarborg, 25. júní 1993 (UN Doc A/CONF.157/24 (Part I), chap. III).

WHO Action Programme on Essential Drugs, tölusannanúmer stofnunarinnar er WHO/DAP/98.12. Aðgengileg á <http://www.who.int/medicinedocs/en/>

Woudler Vandenhoele: „Conflicting Economic and Social Rights: the Proportionality Plus Test“. *Conflicts between fundamental rights*. Ritsfj. Eva Brems. Antwerpen 2008, bls. 559-589.

DÓMASKRÁ

Dómar Hæstarétar Íslands

- Hrd. 17. desember 2009 (665/2008).
Hrd. 5. desember 2007 (612/2007).
Hrd. 2006, bls. 1689 (220/2005) (Töbaksverslunin Björk).
Hrd. 2005, bls. 4897 (499/2005) (Flottamaður).
Hrd. 2005, bls. 3380 (51/2005).
Hrd. 2003, bls. 3411 (549/2002) (Öryrkjabandalagsdómur II).
Hrd. 2002, bls. 3686 (167/2002) (ASf).
Hrd. 2002, bls. 3310 (101/2002).
Hrd. 2001, bls. 1169 (395/2000).
Hrd. 2000, bls. 4480 (125/2000) (Öryrkjabandalagsdómurinn).
Hrd. 2000, bls. 1543 (12/2000).
Hrd. 2000, bls. 1252 (340/1999).
Hrd. 2001, bls. 2901 (117/2001).
Hrd. 1999, bls. 4916(236/1999) (Erla María Sveinbjörnsdóttir).
Hrd. 1999, bls. 4769 (195/1999).
Hrd. 1999, bls. 2015 (151/1999) (ákrmálistítkun).
Hrd. 1999, bls. 390 (177/1998) (Ragna K. Guðmundsdóttir gegn Háskóla Íslands).
Hrd. 1998, bls. 2140 (368/1997).
Hrd. 1988, bls. 1532 (Framadómur).
Hrd. 1969, bls. 1291.

Álit umboðsmanns Alþingis

- UA 17. febrúar 2009 (5106/2007).
UA 10. júní 2008 (4552/2005, 4593/2005, 4888/2006 og 5044/2007) (Mállefni aldraðra).
UA 3. apríl 2007 (4650/2006 og 5729/2006) (tónlistarskólar).

Dómar og álit alþjóðlegra dómstóla og úrskurðaraðila

- Álit félagsmálanefndar Eoröpu, International Association Autism Europe gegn Frakklandi.
4. nóvember 2003 (13/2002).
Álit Mannréttindanefndar Afríku, 27. maí 2002 (155/96).
Mannréttindadómstóll Ameríku, Velasquez Rodriguez Case, 19. júlí, 1988, Series C, No. 4.
Mannréttindadómstóll Ameríku, Simidacho Nacional de Trabajadores del Ministerio de Salud de Ecuador gegn Ecuador. Dómur er ekki fallinn í málinu þegar þetta er ritað. Hér er byggt á upplýsingum um málíð og birtum dómskjöllum í dómagagnagrunni ESCR-Net á http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=417146&focus=13971.
Mannréttindadómstóll Ameríku, 28. febrúar 2003 („five pensioners case“). Dómurinn er reif- aður í dómagagnagrunni ESCR-Net, á <http://www.escr-net.org/caselaw/>.
Mannréttindadómstóll Ameríku, Mapuche Paynemil and Kawpajun Communities, (12.010), stúðst er við enska reftun á <http://www.escr-net.org/caselaw/>.
MDE, Soering gegn Bretlandi, 7. júlí 1989 (14038/88).
MDE, X og Y gegn Hollandi, 26. mars 1985 (8978/80).
Nefnd Sp um útrýmingu alls kynþáttamisréttis, Stóvákía, 10. mars 2005 (31/2003). UN Doc CERD/C/66/D/31/2003.

Dómar erlendra landsdómstóla

Hæstiréttur Danmerkur, UFR. 2006, bls. 770 H.

Hæstiréttur Danmerkur, UFR 1999, bls. 1700.

Hæstiréttur Ísrael, 12. desember 2005 (366/06). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið ISR-2007-2-001

Hæstiréttur Noregs, Rt. 1996, bls. 1415.

Hæstiréttur Noregs, Rt. 1990, bls. 874.

House of Lords, Bretlandi, R v East Sussex ex parte Tandy, 20. maí 1998 [1998] AC 714. Dómurinn er birtur í dómagagnagrunni ESCR-Net á http://www.escr-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=404086.

Stjórnlagadómstóll Belgíu, 27. nóvember 2002 (169/2002). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið BEL-2002-3-012.

Stjórnlagadómstóll Belgíu, 25. september 1997 (12/97). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið BUL-1997-3-003.

Stjórnlagadómstóll Frakklands, 12. ágúst 2004 (2004-504 DC). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið FRA-2004-2-009.

Stjórnlagadómstóll Lettlands, 11. febrúar 2007 (2006-08-01). Dómurinn er birtur í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið LAT-2007-3-001.

Stjórnlagadómstóll Lettlands, 13. mars 2001 (2000-08-0109). Dómurinn er aðgengilegur á http://www.escr-net.org/ust_doc/Constitutional_Court_Decision.doc.

Stjórnlagadómstóll Rússlands, 22. mars 2007 (4). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið RUS-2007-1-003.

Stjórnlagadómstóll Tékklands, 16. október 2007 (Pl. US 53/04). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið CZE-2007-3-013.

Stjórnlagadómstóll Tyrklandis, 17. nóvember 1998 (K 1998/70). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið TUR-2003-1-003.

Stjórnskipunardeild Hæstarétar Eistlands, 21. janúar 2004 (3-4-1-7-03). Dómurinn er reifaður í dómagagnagrunni Fenejlanefndar Evrópuráðsins, á <http://www.codices.coe.int> og hefur þar númerið EST-2004-1-006.

Ætsti stjófnisgluadómstóll Finnlands, 30. desember 2003, 3655/1/02.

Ætsti stjófnisgluadómstóll Finnlands, 19. júní 2006, KHO 2006, bls. 38.

Hight Court í Suður-Afríku, Lindiwe Mazibuko o.fl. gegn The City of Johannesburg o.fl. 30. apríl 2008 (mál nr. 06/13865(WPD)) (Phiri-málið).

Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, 1996(4)SA bls. 744 (CC).

Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Government of the Republic of South Africa & Others v Grootboom & Others 2001 (1) SA 46 (CC), 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Joffha gegn Schoeman o.fl. 8. október 2004 (CCT 74/03).

Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku, Khosa gegn Minister of Social Development, 4. mars 2004, 2004 6 SA 505 (CC) (CCT 13/03)