

Á L I T S G E R ð

um

*frumvarp til laga um breytingu á einkum 39. gr. a laga nr. 70/1996
um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins*

7. febrúar 2022

Hafsteinn Dan Kristjánsson

aðjúnkt við Lagadeild Háskóla Íslands og
stipendiary lecturer við Balliol College, Oxford háskóla

Efnisyfirlit

I Verkbeiðni og álitafni 5

Álitafni 5

Tílefni 5

Niðurstöður 6

II Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um fyrsta álitafni 9

Ákvæði 39. gr. a og 52. gr. sem og fyrirhugaðar breytingar á þeim 9

Eru ákvarðanir ráðherra nú stjórnvaldsákvarðanir? 11

i) Sjónarmið ráðuneytisins 12

a) Ákvarðanir lúta að mati á starfinu og þær byggjast á hlutlægum og lögbundnum þáttum 12

b) Eldri lagabreytingar byggðu á því að grunnmat starfa væru almenn stjórnvaldsfyrirmæli 14

c) Samningsfrelsi starfsmanna ríkisins og einhliða ákvarðanir 16

ii) Atriði er skapa vafa 18

iii) Önnur sjónarmið sem mæla með því að teljist stjórnvaldsákvörðun 18

Verða ákvarðanir ráðherra stjórnvaldsákvarðanir ef frumvarpið verður að lögum? 21

i) Bætt við upphafsmálsliðinn 22

ii) Ákvarðanir „birtar“ með auglýsingu 23

iii) Bundið við upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a 24

iv) Samspil ákvörðunar og grunnmats starfs 25

Áhrif á stöðu forstöðumanna náist markmið frumvarpsins 25

III Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um annað álitafni 26

Kostir og gallar fyrir forstöðumenn miðað við þær lagareglur sem gilda um meðferð málanna
26

Samanburður á einstökum reglum stjórnslulaga og óskráðra meginreglna stjórnsluréttar
26

i) Vanhæfi 26

ii) Leiðbeiningarskylda, málshraði og rannsóknarregla 27

iii) Helstu efnisreglur 27

- iv) Andmælaréttur og upplýsingaréttur 28
- v) Birting ákvörðunar, rökstuðningur o.fl. 29
- vi) Endurskoðun ákvörðunar 30

Almennar ályktanir um þær reglur sem munu gilda 30

Athugasemdir ráðuneytisins í skjalinu um áformin og lögskýringargögnum 31

IV Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um þriðja álitaefti 33

Leiðir innan stjórnkerfis framkvæmdarvaldsins 33

Leiðir er varða handhafa löggjafarvalds og undirstofnanir þess 34

Leiðir er varða dómstóla 35

V Önnur atriði 36

- i) Möguleiki á málamiðlun 37
- ii) Gildissvið mannréttindareglna 37
- iii) Réttaröryggisrök mæla með því að láta stjórnslulög gilda 38
- iv) Vafaatriði um önnur laun er starfi fylgja 38
- v) Upplýsingar um fyrirkomulagið í Danmörku og Noregi 39

Fyrirvari 41

I Verkbeiðni og álitaefni

Félag forstöðumanna ríkisstofnana hefur leitað til mín og óskað eftir afstöðu til eftirfarandi:

Álitaefni

- 1) Hvaða áhrif munu drög að frumvarpi til laga um breytingu á einkum 39. gr. a laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins hafa, nái frumvarpið fram að ganga, á stöðu forstöðumanna sem taka laun eftir 1. mgr. 39. gr. a?
- 2) Hverjir eru kostir og gallar þess að frumvarp um framangreindar breytingar verði að lögum miðað við þær reglur sem munu þá gilda um meðferð og niðurstöðu launamála forstöðumanna sem taka laun samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a?
- 3) Hvaða leiðir standa félaginu (eða félagsmönnum) færar nái lagabreytingin ekki fram að ganga í ljósi þess að fjármála- og efnahagsráðuneytið (hér eftir fjármálaráðuneytið eða ráðuneytið/ráðherra) er ekki sammála álitum setts umboðsmanns Alþingis um eðli ákvarðananna?
- 4) Hvaða aðrir fletir eru á málinu?

Þegar framangreindum spurningum er svarað skiptir annars vegar máli hvort ákvarðanir fjármálaráðuneytisins (eða þá sérstakrar ráðuneytisstofnunar, þ.e. Kjara- og mannauðssýslu ríkisins, sbr. 17. gr. laga nr. 115/2011 um Stjórnarráð Íslands) samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 teljist nú vera svokallaðar stjórnvaldsákvarðanir, þ.e. ákvarðanir um rétt eða skyldu manna í merkingu 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Hins vegar hefur þýðingu hvort ákvarðanir ráðherra samkvæmt breyttu lagaákvæði muni teljast vera slíkar ákvarðanir. Ástæða þess er sú að gildissvið stjórnsýslulaga er að meginstefnu til afmarkað við undirbúning og töku stjórnvaldsákvarðana. Flest ákvæði laganna, sem mæla fyrir um réttindi til handa aðila máls, eru bundin við stjórnsýslumál, þ.e. mál þar sem tekin er eða til greina kemur að taka stjórnvaldsákvörðun.

Tilfni

Tilfni beiðinnar eru drög að frumvarp fjármála- og efnahagsráðherra um breytingu á lögum um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins nr. 70/1996 (málefni forstöðumanna ríkisstofnana) en með frumvarpinu er lögð til breyting á 39. gr. a og 52. gr. laganna. Skjal með áformum þess efnis, dags. 15. nóvember 2021, var gert aðgengilegt í Samráðsgáttinni.¹ Jafnframt var gert aðgengilegt skjal um mat á áhrifum lagasetningar, dags. sama dag. Enn fremur voru drög að frumvarpinu gerð aðgengileg í Samráðsgáttinni hinn 1. febrúar 2022.² Ég hef umrædd skjöl undir höndum og byggist greining á fyrirhugaðri lagabreytingu einkum á þeim. Einnig hef ég undir höndum skýrslu Talnakönnunar frá mars 2021 um starfskjör forstöðumanna ríkisstofnana og þróun þeirra sem og samanburð við tiltekna viðmiðunarhópa. Vegna þess að ég hef lagt þann skilning í beiðni félagsins, eftir samráð við fyrirsvarsmann þess, að álitid muni fyrst og fremst lúta að lagalegum atriðum en ekki vangaveltum um möguleg áhrif á laun og kjör sem slík þá er ekki byggt á skýrslunni hér.

Álitsgerðin fjallar um ofangreind álitaeftni og meginröksemdir fyrir afstöðu minni til þeirra. Eftirfarandi er afstaða mín til álitaeftnanna.

Niðurstöður

1) Áhrif fyrirhugaðrar lagabreytingar á einkum 39. gr. a laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins á stöðu forstöðumanna ræðst annars vegar af því hvort ákvarðanir fjármálaráðherra nú teljist vera stjórnvaldsákvarðanir og hins vegar því hvort ákvarðanir ráðherra, nái lagabreytingin fram að ganga, muni teljast vera slíkar ákvarðanir. Teljist ákvarðanir nú ekki vera stjórnvaldsákvarðanir sem og heldur ekki eftir lagabreytingu þá hefur fyrirhuguð lagabreyting takmarkaða þýðingu fyrir stöðu forstöðumanna.

Að mínu áliti teljast einstaklingsbundnar ákvarðanir ráðherra nú um föst laun ákveðins forstöðumanns fyrir dagvinnu og önnur laun er starfinu fylgja vera stjórnvaldsákvarðanir og því ber að fylgja stjórnsýslulögum við meðferð þeirra mála.

Aftur á móti er ekki sjálfgefið, miðað við það hvernig drög að frumvarpinu eru sett fram, að lagabreyting muni ná að eyða þeirri réttaróvissu sem ráðuneytið hefur gert að umtalsefni og

¹ [https://samradsgatt.island.is/oll-mal/\\$Cases/Details/?id=3087#advices](https://samradsgatt.island.is/oll-mal/$Cases/Details/?id=3087#advices)

² [https://samradsgatt.island.is/oll-mal/\\$Cases/Details/?id=3138](https://samradsgatt.island.is/oll-mal/$Cases/Details/?id=3138)

hafa tilætluð áhrif. Einnig er óljóst hvort hún muni hafa áhrif á aðrar ákvarðanir en þær sem eru beinlínis tilgreindar í upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996, þ.e. aðrar ákvarðanir samkvæmt 39. gr. a.

Sé á hinn bóginn miðað við þær forsendur að ákveðnar ákvarðanir fjármálaráðherra nú teljist stjórnvaldsákvarðanir en að fyrirhuguð lagabreyting nái því markmiði sínu að þær teljist ekki vera slíkar ákvarðanir þá hefur það í för með sér grundvallarbreytingu á stöðu forstöðumanna ríkisins. Ástæða þess er sú að þá gilda stjórnsýslulög nr. 37/1993 ekki um meðferð málanna og forstöðumenn njóta ekki þeirra réttinda sem lögin veita aðila máls.

2) Sé byggt á síðastnefndu forsendunum þá er frá sjónarhorni forstöðumanna sá ókostur á fyrirhugaðri lagabreytingu, nái hún fram að gangi, í ljósi þeirra lagareglna sem munu gilda um meðferð þessara mála að réttarstaða þeirra verður lakari a.m.k. að einhverju leyti. Ástæða þess er sú að þeir munu þá ekki teljast vera aðilar stjórnsýslumáls og því ekki njóta allra þeirra réttinda sem stjórnsýslulögin veita þeim.

Þrátt fyrir það mun ráðuneytið þurfa að fylgja óskráðum meginreglum stjórnsýsluréttar og vönduðum stjórnsýsluháttum við meðferð málanna. Sumar reglur stjórnsýslulaga eiga hliðstæðu í óskráðum meginreglum.

Engu að síður er a.m.k. ferns konar munur á reglum stjórnsýslulaga og þeim sem gilda á óskráðum grundvelli. Í fyrsta lagi eiga ekki allar reglur stjórnsýslulaga sér hliðstæðu í óskráðri meginreglu. Í öðru lagi er efni og inntak sumra óskráðra meginreglna óljósara en efni hliðstæðra reglna í stjórnsýslulögum. Kann það að skapa óvissu um hvort þær eigi við og þá hvernig þær eigi við. Þannig er almennt séð traustara að byggja á reglu í stjórnsýslulögum en á óskráðum grundvelli. Í þriðja lagi munu þær kröfur sem leiða af óskráðum reglum ekki beinast að úrlausn ákveðins stjórnsýslumáls sem forstöðumaður er aðili að. Ekki er loku fyrir það skotið að það geti haft áhrif í einhverjum tilvikum. Í fjórða lagi nær gildissvið allra óskráðra meginreglna ekki til almennra stjórnvaldsfyrirmæla.

Auk framangreinds eru gerðar kröfur til málsmeðferðar í 39. gr. a laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins sem og í 14. gr. þeirra laga. Enn fremur gilda m.a. upplýsingalög nr. 140/2012. Þessar kröfur kunna að bæta upp fyrir sumar af þeim

takmörkunum sem leiða af því að aðeins óskráðu meginreglurnar gilda. Þannig er í 3. mgr. 39. gr. a mælt fyrir um ákveðna rannsóknarskyldu og í 4. mgr. sama lagaákvæðis er kveðið á um rökstuðning og að birta skuli ákvarðanir opinberlega.

Reglur stjórnarsýslulaga hafa hér ekki verið bornar saman við þær fjölmörgu kröfur sem leiða af vönduðum stjórnarsýsluháttum en þær munu jafnframt gilda um meðferð málanna.

Það mun koma í hlut ráðuneytisins að greina allar þessar kröfur og meta hvort þær séu sambærilegar kröfum stjórnarsýslulaga. Mun það krefjast töluverðrar vinnu og yfirlegu. Vegna þess liggur ekki í augum upp að málsmeðferð ráðuneytisins verði einfaldari og gegnsærri en ef fylgt væri þeim reglum sem almennt gilda um meðferð stjórnarsýslumála. Ákveðið hagræði er í því fólgið að fylgja skýrum reglum sem byggja á traustum grundvelli.

3) Almennt séð standa Félagi forstöðumanna ríkisstofnana (eða félagsmönnum þess) þrjár leiðir færar nái fyrirhuguð lagabreyting ekki fram að ganga og ef svo fer að ráðuneytið mun ekki fara eftir stjórnarsýslulögum við meðferð þessara mála í framtíðinni.

Í fyrsta lagi eru færar leiðir innan stjórnkerfis framkvæmdarvaldsins. Forstöðumenn geta áfram byggt á því að stjórnarsýslulögin eigi við en líkur eru á því að ráðuneytið muni ekki fallast á það. Þá getur félagið eða félagsmenn þess minnt ráðherra á að hann ber ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum, þ.á m. að hafna því að fylgja tilmælum setts umboðsmanns í álitinu sínu. Ákveðnar líkur eru á því að ráðherra breyti ekki um afstöðu í einstökum málum enda liggur hún fyrir í skjalinu um áformin og í drögum að frumvarpinu. Enn fremur getur félagið eða félagsmenn vakið athygli forsætisráðherra, sem verkstjóra og forsvarsmanns ríkisstjórnarinnar, á því að svo virðist vera að ráðherra í ríkisstjórn hennar hafi kosið að fylgja ekki tilmælum í álitinu setts umboðsmanns. Líkur eru á því að forsætisráðherra sé kunnugt um málið í ljósi þess að bæði áform um lagabreytingu sem og drög að frumvarpi hafa verið gerð aðgengileg í Samráðsgáttinni.

Í öðru lagi eru færar leiðir er varða löggjafarvaldið og undirstofnanir þess. Þeir forstöðumenn sem njóta ekki réttinda samkvæmt stjórnarsýslulögum í málum sínum í framtíðinni geta leitað með kvörtun þess efnis til umboðsmanns Alþingis. Félagið getur jafnframt vakið athygli umboðsmanns á því að ráðuneytið hefur skýrlega lýst sig ósammála álitinu setts umboðsmanns í

skjalinu um áformin og drögin að frumvarpinu byggja á því að ákvarðanirnar teljist ekki vera stjórnvaldsákvarðanir. Vekur það upp spurningar um það hvort ráðuneytið hyggist fylgja tilmælum setts umboðsmanns. Þá getur félagið haft samband við þingmenn og/eða leitast við að koma að athugasemdum sínum verði fyrirhugað frumvarp lagt fram á Alþingi. Til viðbótar getur félagið komið að athugasemdum við ráðuneytið meðan drögin að frumvarpinu eru í Samráðsgáttinni.

Í þriðja lagi er unnt að leita til dómstóla. Hvernig best er að haga slíkri málsókn veltur að miklu leyti á markmiði hennar og málsatvikum. Almennt ættu einstaka forstöðumenn, að uppfylltum réttarfarsskilyrðum, að geta krafist ógildingar stjórnvaldsákvarðana en við úrlausn slíks máls myndi almennt reyna á hvort slík ákvörðun hefði verið tekin. Enn fremur gætu einstaka forstöðumenn krafist bóta, að líkindum einkum miskabóta, vegna þess að þeir hafi ekki fengið að njóta þeirra réttinda sem þeim eru veitt í stjórnsýslulögum. Þá gætu einstaka forstöðumenn farið í viðurkenningarmál, sbr. 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Að lokum kann Félag forstöðumanna ríkisstofnana að vera í þeirri stöðu að höfða viðurkenningarmála samkvæmt 3. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991. Áður en slík málsókn er hafin þyrfti að huga vel að þeim búningi sem hún er klædd í sem og réttarfarsskilyrðum.

4) Gerð er grein fyrir öðrum atriðum undir lok álitserðarinnar, þ.e. möguleikum á málamiðlun markmiða, þýðingu mannréttindareglna og mikilvægis réttaröryggis, atriðum er varða önnur laun er starfi fylgja og umfjöllun í eldri frumvörpum um fyrirkomulag þessara mála í einkum Noregi og Danmörku.

II Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um fyrsta álitaeftni

Ákvæði 39. gr. a og 52. gr. sem og fyrirhugaðar breytingar á þeim

Kveðið er á um rétt forstöðumanna til launa í 1. mgr. 9. gr. laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Samkvæmt málsgreininni eiga þeir almennt rétt til launa samkvæmt m.a. ákvörðun ráðherra, sbr. 39. gr. a. Í 1. mgr. 39. gr. er tekið fram að um laun og önnur launakjör þeirra embættismanna sem ekki eru ákveðin samkvæmt sérákvæðum í lögum fari samkvæmt 39. gr. a. Ákvæði 1. mgr. 39. gr. a, eins og það er nú úr garði gert, hljóðar svo:

Ráðherra ákveður föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs viðkomandi forstöðumanns og önnur laun er starfinu fylgja. Ráðherra ákveður hverjar skuli vera forsendur grunnmats og skal þar einkum horft til umfangs og ábyrgðar. Ráðherra ákvarðar jafnframt forsendur viðbótarlauna. Þá ákvarðar ráðherra einnig starfskjör forstöðumanna. Hlutaðeigandi ráðherra, eða eftir atvikum stjórn, ákvarðar greiðslu viðbótarlauna, innan ramma hinna almennu forsendna sem ráðherra setur. Við ákvörðun kjara samkvæmt þessari grein skal sérstaklega gæta samræmis við þau kjör hjá ríkinu sem byggjast á kjarasamningum og skal ætíð taka tillit til almennrar þróunar kjaramála á vinnumarkaði. Samráð skal haft við Félag forstöðumanna ríkisstofnana um forsendur grunnmats starfa, annarra launa og viðbótarlauna og skal félaginu gefinn kostur á að fylgjast með og fjalla um álitamál sem upp kunna að koma fyrir hönd forstöðumanna. Ríkissjóður greiðir sérstakt framlag til félagsins til að standa straum af kostnaði sem hlýst af rekstri álitamála vegna framkvæmdar þessarar greinar. Framlag þetta skal nema 0,70% af heildarlaunum þeirra forstöðumanna sem undir grein þessa heyrar.

Samkvæmt ákvæðinu ákveður fjármálaráðherra annars vegar föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs viðkomandi forstöðumanns og hins vegar önnur laun er starfinu fylgja. Ákvörðun um viðbótarlaun er aftur á móti í höndum hlutaðeigandi ráðherra, þ.e. ráðherra sem er æðstur á málefna sviði forstöðumannsins, eða stjórnar, en slík ákvörðun skal vera innan ramma almennra forsendna sem fjármálaráðherra setur.

Deilt hefur verið um hvort ákvarðanir fjármálaráðherra um föst laun fyrir dagvinnu og önnur laun er starfinu fylgja, sem í framkvæmd mynda svokölluð reglubundin heildarlaun og eru ákveðin samkvæmt grunnmati starfs, teljist vera stjórnvaldsákvarðanir. Eins og ráðið verður af áformum ráðuneytisins um lagasetningu, drögum að frumvarpinu og áliti setts umboðsmanns Alþingis í málum nr. 10343/2019 og 10475/2020 (ákvarðanir fjármálaráðherra) þá telur ráðuneytið að umræddar ákvarðanir séu ekki stjórnvaldsákvarðanir og því beri ekki að fylgja reglum stjórnsýslulaga við undirbúning og töku ákvarðana. Aftur á móti var það niðurstaða setts umboðsmanns að umræddar ákvarðanir væru stjórnvaldsákvarðanir og að fylgja bæri stjórnsýslulögum við meðferð málanna.

Af þessum sökum leggur ráðuneytið til í drögum að frumvarpinu að bætt verði við upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a eftirfarandi: „og skulu ákvarðanir birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum“. (Í upphaflegu áformunum hafði aftur á móti verið gert ráð fyrir því að bætt yrði við málsgrein við 39. gr. a þess efnis að ráðherra væri „skylt að birta ákvarðanir um föst laun fyrir dagvinnu og önnur laun er fylgja tilteknu starfi forstöðumanns, sbr. 1. másl. 1. mgr. 39. gr. a, í reglugerð“.) Nái frumvarpið fram að ganga mun upphafsmálsliður 1. mgr. 39. gr. a hljóða svo:

Ráðherra ákveður föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs viðkomandi forstöðumanns og önnur laun er starfinu fylgja og skulu ákvarðanir birtar með auglýsingu í *Stjórnartíðindum*. [Leturbreyting höfundar.]

Í 52. gr. laga nr. 70/1996 er mælt fyrir um aðkomu tiltekinna samtaka við samningu stjórnvaldsfyrirmæla. Þar kemur fram að við samningu stjórnvaldsfyrirmæla samkvæmt lögum þessum, annarra en verklagsreglna, svo og við endurskoðun þeirra, skuli jafnan gefa Bandalagi starfsmanna ríkis og bæja, Bandalagi háskólamanna og Alþýðusambandi Íslands kost á að fylgjast með og fjalla um fyrir hönd félaga sinna um ágreiningsatriði sem upp kunna að koma. Af skjali um áformin og drögum að frumvarpinu verður ráðið að nái breytingin á 39. gr. a fram að ganga sé fyrir hendi skylda til að hafa samráð við framannefnd samtök. Vegna þess telur ráðuneytið rétt að bæta við málsgrein við 52. gr., sem verður 2. mgr., sem er svohljóðandi: „Ákvæði 1. mgr. tekur ekki til 39. gr. a og b.“ Byggist sú tillaga á því að ekki sé þörf á samráðsskyldu við heildarsamtökin þar sem umrædd ákvæði taki ekki til félagsmanna þeirra heldur launafyrirkomulags forstöðumanna. Því standi ekki rök til þess að heildarsamtökin hafi aðkomu að því, eins og segir í athugasemdum við 2. gr. í drögum að frumvarpinu.

Eru ákvarðanir ráðherra nú stjórnvaldsákvarðanir?

Við mat á því hvaða áhrif fyrirhuguð lagasetning muni hafa á forstöðumenn skiptir höfuðmáli hvort ákvarðanir ráðherra teljist nú vera stjórnvaldsákvarðanir. Teljist þær ekki vera stjórnvaldsákvarðanir hefur breyting á 39. gr. a minni og eftir atvikum takmarkaða þýðingu fyrir stöðu forstöðumanna. Á hinn bóginn telst það vera grundvallarbreyting á réttarstöðu forstöðumanna ef ákvarðanirnar eru nú stjórnvaldsákvarðanir en lagabreyting leiði til þess að þær teljist eftirleidis ekki vera það. Eins og áður er rakið er gildissvið stjórnsýslulaga að meginstefnu til bundið við töku stjórnvaldsákvarðana. Af því myndi leiða að ráðuneytinu bæri nú að fylgja þeim lögum en eftir breytinguna væri því ekki skylt að fylgja stjórnsýslulögum. Vegna þess myndu forstöðumenn ekki njóta þeirra réttinda sem lögina mæla fyrir um.

Ekki er ástæða til að fjalla ítarlega um þetta álitafni hér, sérstaklega að því er varðar almenn atriði um stjórnvaldsákvarðanir, enda hefur því verið gerð skil í álitum setts umboðsmanns í málum nr. 10343/2019 og 10475/2020 (ákvarðanir fjármálaráðherra). Þar er m.a. vikið að sjónarmiðum ráðuneytisins og þeim hafnað. (Sjá einnig almennt um stjórnvaldsákvarðanir m.a. í Páll Hreinsson: *Stjórnsýsluréttur. Málsmeðferð*. Reykjavík 2013, bls. 115-164, Hafsteinn Dan

Kristjánsson: „Grundvöllur stjórnvaldsákvörðana og stjórnsýslumála. Nokkrar hugleiðingar um undirstöður og aðferð.“ *Stjórnsýslulögin 25 ára*. Ritstj. Hafsteinn Dan Kristjánsson. Reykjavík 2019, bls. 57-117, og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Er kæra til lögreglu stjórnvaldsákvörðun?“ *Úlfjótur* 2011, 64. árg., bls. 45-82.)

Ég hef kynnt mér álitid og þau sjónarmið ráðuneytisins sem þar er lýst. Einnig hef ég kynnt mér sjónarmið ráðuneytisins í skjalinu um áformin og drögum að frumvarpinu. Að mínu mati er komist að rétttri niðurstöðu um gildandi rétt í álitinu og er það skoðun mín, sem fyrr, að einstaklingsbundnar ákvarðanir ráðherra, þ.e. þær sem ákvarða laun ákveðins forstöðumanns, samkvæmt núgildandi 39. gr. a laga nr. 70/1996 teljist vera stjórnvaldsákvörðanir.

Vegna þess að ráðuneytið er ósammála umboðsmanni Alþingis og enn þeirrar skoðunar að umræddar ákvarðanir teljist til almennra stjórnvaldsfyrirmæla en ekki stjórnvaldsákvörðana tel ég þó rétt að víkja að nokkrum atriðum til áréttingar. Fyrst verður vikið að helstu sjónarmiðum ráðuneytisins. Þá verður minnst á atriði er skapa vafa. Að lokum verða tilgreind þau sjónarmið önnur sem mæla með því að ákvarðanirnar teljist vera stjórnvaldsákvörðanir.

i) Sjónarmið ráðuneytisins

Eftir því sem ég kemst næst og met þau gögn sem ég hef undir höndum eru eftirfarandi sjónarmið ráðandi við mat ráðuneytisins á því að umræddar ákvarðanir teljist til almennra stjórnvaldsfyrirmæla en ekki stjórnvaldsákvörðana.

a) Ákvarðanirnar lúta að mati á starfinu og þær byggjast á hlutlægum og lögbundnum þáttum

Af áliti setts umboðsmanns, skjalinu um áformin og drögum að frumvarpinu verður ráðið að lykilsjónarmiðið sé að umræddar ákvarðanir um laun forstöðumanna teljist ekki stjórnvaldsákvörðanir vegna þess að þær eru ótengdar eða óháðar þeim einstaklingi sem gegnir embættinu eða starfinu hverju sinni og þær byggjast á hlutlægum þáttum sem mælt er fyrir um í lögum. Ákvarðanirnar lúta þannig ekki að mati á einstaklingnum sem gegnir starfinu sem slíkum heldur að starfinu sjálfu. Af þeim sökum teljast ákvarðanirnar ekki vera einstaklingsbundnar ákvarðanir og þar með ekki stjórnvaldsákvörðanir. Til marks um þetta segir t.d. svo í almennum athugasemdum í drögum að frumvarpinu:

... ekki sé um einstaklingsbundnar ákvarðanir að ræða þegar ráðherra tekur ákvarðanir um grunnmat starfa enda er það óháð því hver gegnir starfinu hverju sinni og styðst við hlutlæga þætti.

Ákvarðanir um t.d. forsendur grunnmats geta verið nokkuð almenns eðlis og þar af leiðandi keimlíkar almennum stjórnvaldsfyrirmælum. Sjá í þessu samhengi til hliðsjónar Hrd. 1995, bls. 1542 (almenn ákvörðun um laun í veikindaforföllum). Hvað sem því líður er einhvers staðar í ferlinu tekin ákvörðun um að ákveðinn forstöðumaður skuli hafa ákveðin laun; heimfæra verður þær forsendur eða niðurstöður til ákveðins forstöðumanns. Sú ákvörðun lýtur beinlínis að efni eða inntaki þeirra lögbundnu réttinda sem mælt er fyrir um í 1. mgr. 9. gr. laga nr. 70/1996, þ.e. að rétti forstöðumanna til launa. Ákvörðunin mælir því fyrir um rétt manns í merkingu 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga. Hún er einstaklingsbundin í þeim skilningi að hún mælir fyrir um, er líður í að ákvarða eða er afgerandi fyrir rétt tiltekins aðila. Það eitt að annar einstaklingur gæti gegnt embættinu og þar með tekið laun eftir sömu niðurstöðu leiðir ekki til þess að ákvarðanirnar teljist vera almenn stjórnvaldsfyrirmæli og kemur ekki í veg fyrir að þær séu einstaklingsbundnar í þessum skilningi. Niðurstaðan hefur ekki réttaráhrif fyrir annan einstakling fyrr en hann tekur við embættinu. Þegar annar einstaklingur tekur við embættinu reynir á hvaða stjórnvaldsákvarðanir verða teknar gagnvart honum, t.d. þegar mál er tekið til meðferðar eða niðurstöður endurskoðaðar samkvæmt 4. mgr. 39. gr. a. Á hinn bóginn er með ákvörðunum afmarkað inntak þeirra réttinda sem þeir einstaklingar sem gegna embættunum á hverjum tíma njóta.

Sömuleiðis hefur ekki úrslitaþýðingu að niðurstaða ákvarðananna ráðist af þáttum er varða embættið sem slíkt en ekki á mati á einstaklingnum sem gegnir embættinu. Úrslitum ræður að ákvörðunin lýtur að rétti einstaklingsins þótt efni eða inntak þess réttar ráðist af mati á starfinu. Til samanburðar mætti ímynda sér að bóndi sæki um styrk til að rækta land sitt en samkvæmt lögum ræðst fjárhæð styrksins af t.d. ástandi og stærð landsins. Þótt fjárhæð styrksins ráðist af þáttum er varða landið en ekki þáttum er varða bóndann sem slíkan, t.d. hversu góður bóndi hann er, myndi ákvörðun um styrk *til bóndans* vera ákvörðun um rétt hans í merkingu 2. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga. Með sömu formerkjum er ákvörðun um laun *ákveðins* forstöðumanns stjórnvaldsákvarðun þótt hún ráðist ekki af persónubundnum þáttum.

Jafnframt skiptir ekki máli í þessu sambandi þótt ákvarðanirnar byggist á hlutlægum þáttum sem mælt er fyrir um í lögum. Hið sama á við um ýmsar aðrar stjórnvaldsákvarðanir. Til

samanburðar má ímynda sér að stjórnvaldssekt sé bundin við að hafa skilað upplýsingum of seint og að fjárhæð sektar taki mið af því hversu seint upplýsingunum er skilað. Skilafrestur og hvenær upplýsingum er skilað eru hlutlægir þættir. Slíkir þættir myndi þó ekki koma í veg fyrir að ákvörðun um að leggja á stjórnvaldssekt á *tiltekinn aðila* teljist vera stjórnvaldsákvörðun. Bæði af skjali um áformin og áliti setts umboðsmanns verður ráðið að við grunnmat starfs sé litið til færni, stjórnunar, ábyrgðar og umfangs starfs. Þótt þessir þættir kunni að vera hlutlægir í þeim skilningi að þeir lúta að því hvað almennt þarf til að sinna því starfi sem um ræður þá teljast þeir engu að síður vera nokkuð matskenndir. Enn fremur er iðulega mælt fyrir um skilyrði eða sjónarmið sem matskennd ákvörðun byggist á í lögum. Getur það og verið í samræmi við lögmætisreglu stjórnsýsluréttar.

Samandregið má segja að ákveðinn skilningur sé á afstöðu ráðuneytisins að því er varðar forsendur grunnmats en þær eru almenns eðlis. Það breytir þó ekki því að einhver ákvörðun er tekin í ferlinu um laun *ákveðins* forstöðumanns ella myndi niðurstaða um laun *þess forstöðumanns* ekki liggja fyrir. Að óbreyttum lögum verður vart hjá því komist. Þá má ekki gleyma því að aðstæður geta í sumum tilvikum verið með þeim hætti að ákvörðun um efni sem eru nokkuð almenns eðlis felur annað hvort í sér jafnframt eða samhliða ákvörðun um réttindi ákveðins aðila eða er afgerandi fyrir og samofin við slíka ákvörðun. Af framkvæmd þessara mála, eins og hún verður ráðin af áliti setts umboðsmanns, verður helst ráðið að niðurstaða um grunnmat starfs feli jafnframt í sér niðurstöðu um laun ákveðins forstöðumanns. Ákvarðanirnar falli því a.m.k. að nokkru leyti saman þótt ákvörðun um forsendur grunnmats virðist vera að einhverju leyti aðskilin.

b) Eldri lagabreytingar byggðu á því að grunnmat starfa væru almenn stjórnvaldsfyrirmæli

Af drögum að frumvarpinu og skjalinu um áformin verður ráðið að það sé skilningur ráðuneytisins að lagt hafi verið upp með að ákvarðanir ráðherra yrðu almenn stjórnvaldsfyrirmæli þegar eldri lögum var breytt með lögum nr. 130/2016 annars vegar og hins vegar lögum nr. 95/2017 en með lögunum var kjararáð að lokum lagt niður (sjá einnig lög nr. 60/2018) og ákvörðunarvald um föst laun fyrir dagvinnu og önnur laun er starfinu fylgja fengið fjármálaráðuneytinu í tilviki forstöðumanna. Fyrirhuguð lagabreyting feli í sér áréttingu á þessum sjónarmiðum. Verður helst lagður sá skilningur í þessa afstöðu að markmið

breytingalaganna hafi að mati ráðuneytisins verið að grunnmat teldist vera almenn stjórnvaldsfyrirmæli og með fyrirhugaðri lagabreytingu sé stefnt að því að tryggja markmiðið.

Í þessu sambandi verður í fyrsta lagi að hafa í huga að lög nr. 130/2016 gerðu vissulega ráð fyrir því að svokölluð norska leiðin yrði höfð til hliðsjónar og fjármálaráðuneytið eða miðlæg starfseining tæki ákvarðanir um grunnlaunaflokkun og hlutaðeigandi ráðuneyti um undirflokkun. Þá tækju ráðuneytin sameiginlega ákvörðun um viðbótarlaun. Frá þessu fyrirkomulagi var aftur á móti horfið með lögum nr. 95/2017. Þótt meginmarkmið þeirra hafi verið að koma í veg fyrir aukinn kostnað vegna lífeyrisskuldbindinga þá verður ekki horft fram hjá því að nú er fjármálaráðuneytinu falið að taka ákvörðun um föst dagvinnulaun sem og önnur laun er starfinu fylgja.

Í öðru lagi þá er orðalag 39. gr. a laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins að mörgu leyti efnislega sambærilegt t.d. eldri ákvæðum 10. og 11. gr. laga nr. 120/1992 um Kjaradóm og Kjaranefnd, eldri ákvæði 1. mgr. 9. gr. laga nr. 47/2006 um kjararáð og eldra ákvæði 2. mgr. 4. gr. laga nr. 130/2016 um kjararáð. Þá eru ýmis önnur atriði sambærileg milli 39. gr. a og ákvæða í eldri lögum um þetta efni. Af þessu verður ályktað að a.m.k. sumar ákvarðanir fjármálaráðuneytis samkvæmt 39. gr. a séu hliðstæðar ákvörðunum sem kjararáð og kjaranefnd tóku.

Vegna þess má í þriðja lagi benda á að umboðsmaður Alþingis hefur í framkvæmd sinni talið að ýmsar ákvarðanir sem kjararáð o.fl. tóku hafi fallið undir gildissvið stjórnarsýslulaga. Dæmi um það er mál nr. 7172/2012 sem varðaði endurskoðun launa og starfskjara. Þar var rannsóknarregla 10. gr. og rökstuðningsregla 22. gr. talin eiga við um meðferð málsins. Í máli nr. 6540/2011 reyndi m.a. á almenna ákvörðun. Þrátt fyrir það taldi umboðsmaður að stjórnarsýslulögin ættu við um meðferð málsins og taldi að Félag forstöðumanna ríkisstofnana hefði verði aðili þess. Niðurstaða málsins var m.a. sú að brotið hefði verið gegn andmælareglu 13. gr. stjórnarsýslulaga. Einnig má vekja athygli á málum nr. 2422/1998 þar sem ákvarðanir ráðherra um launakjör skrifstofustjóra voru taldar vera stjórnvaldsákvarðanir, 4315/2005 þar sem reyndi á breytingu á viðbótarkjörum og 4687/2006 þar sem reyndi á fjárhæð afgangalds fyrir prestsetursjörð. Enn fremur er vísað til fjölmargra álita umboðsmanns í fyrrnefndu álit setts umboðsmanns í málum nr. 10343/2019 og 10475/2020 (ákvarðanir fjármálaráðherra) í tengslum við þetta álitaefni. Þessi álit styðja þá niðurstöðu að ákvarðanir um laun opinberra starfsmanna sem byggjast á einhliða ákvörðun stjórnvalds teljist stjórnvaldsákvarðanir. Ekki

hefur verið gerð slík grundvallarbreyting á orðalagi 39. gr. a laga nr. 70/1996 í samanburði við eldri ákvæði að skýrlega hafi verið vikið frá því sem áður gildi um ákvarðanirnar. Þó er rétt að halda því til að haga að nú er gert ráð fyrir forsendum grunnmats og að ákvörðun um laun sé í samræmi við grunnmat starfs.

Í fjórða lagi má minna á að markmið lagaákvæða ráða ekki alltaf úrslitum um þá merkingu sem er lögð í þau. Þannig geta önnur lögskýringarsjónarmið, svo sem þau sem ráðin verða af texta lagaákvæðis sem og öðrum lagaákvæðum sem gilda um málefnið, leitt til annarrar niðurstöðu. Vikið verður aðeins að þessum lögskýringarsjónarmiðum hér á eftir (sjá iii).

c) Samningsfrelsi starfsmanna ríkisins og einhliða ákvarðanir

Í álitum setts umboðsmanns er gerð grein fyrir samanburði fjármálaráðuneytisins á ákvörðunum um laun forstöðumanna annars vegar og ákvörðunum um laun almennra starfsmanna ríkisins hins vegar. Sá skilningur verður lagður í þá umfjöllun að ráðuneytið telji að það eigi ekki að gera greinarmun á eðli þessara ákvarðana enda sé samningsfrelsi almennra starfsmanna í reynd takmarkað og með öðru móti en þekkist á hinum almenna vinnumarkaði. Í reynd séu ákvarðanir forstöðumanna um laun almennra starfsmanna teknar einhliða.

Hvað sem líður því hvernig ákvarðanir um laun almennra starfsmanna eru framkvæmdar í reynd er ekki unnt að líta framhjá ólíkum lagagrundvelli ákvarðananna. Eins og ráðið verður af athugasemdum við 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga skiptir máli hvort ákvörðun sé tekin á einkaréttarlegum grundvelli eða allsherjarréttarlegum. (Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3283.) Ákvarðanir sem teknar eru á einkaréttarlegum grundvelli, svo sem á grundvelli samninga, þ.a.m. kjarasamninga, teljast almennt ekki vera stjórnvaldsákvarðanir. Aftur á móti geta ákvarðanir teknar á allsherjaréttarlegum grundvelli verið slíkar ákvarðanir. Slíkar lagareglur er oft að finna í lögum Alþingis sem fela stjórnvaldi verkefni sem er hluti af stjórnarsýslu ríkisins. Slík verkefni eru rækt í þágu opinberra markmiða og einkennandi er að lög fela stjórnvaldi stjórnarsýsluvald til að taka einhliða og bindandi ákvörðun gagnvart ákveðnum einstaklingi eða lögaðila. (Sjá til hliðsjónar Róbert R. Spanó og Hafsteinn Dan Kristjánsson: „Stjórnarsýsluréttur.“ *Um lög og rétt.* 3. útg. Ritstj. Björg Thorarensen, bls. 117-118.)

Ákvörðun fjármálaráðherra á grundvelli 1. mgr. 39. gr. a byggist á lögum Alþingis þar sem ráðherra er falið það verkefni að ákveða laun m.a. forstöðumanna. Af lestri 39. gr. a verður

ráðið að um sé að ræða einhliða og bindandi ákvörðun fjármálaráðherra um inntak réttinda forstöðumanna, þ.e. laun þeirra.

Eins og ráðið verður af athugasemdum við lög nr. 130/2016, sem kváðu upphaflega á um þetta nýja launafyrirkomulag, er hér um að ræða embættismenn sem geta ekki, vegna eðlis starfs og stöðu sinnar, samið um laun og starfskjör. Áður voru laun þessara embættismanna ákveðin af kjararáði. Fullt tilefni er einnig til að áréttta að samkvæmt 40. gr. laga nr. 70/1996 er embættismönnum óheimilt að efna til eða taka þátt í verkfalli eða öðrum sambærilegum aðgerðum.

Þetta verkefni fjármálaráðuneytisins er hluti af stjórnslu ríkisins og er rækt í þágu opinberra markmiða. Það sérstaka fyrirkomulag sem hér um ræðir er komið á fót vegna þess að æskilegt þykir að ákveðnir embættismaður séu ekki settir í þá stöðu að semja um laun sín við hlutaðeigandi ráðherra en með því er tryggt ákveðið sjálfstæði þeirra gagnvart ráðherra. Í þessu fyrirkomulagi felst þó veruleg takmörkun á sammingsfrelsi viðkomandi embættismanna og þeir hafa ekki verkfallsrétt. Jafnframt ráðast föst laun fyrir dagvinnu og önnur laun er starfi fylgja nær alfarið af ákvörðun fjármálaráðuneytisins. Umboðsmaður Alþingis hefur horft til sambærilegra sjónarmiða við umfjöllun um úrlausnir kjararáðs, sbr. mál nr. 6540/2011 og 7172/2012. Þá má til hliðsjónar vekja athygli á álitum umboðsmanns Alþingis nr. 9248/2017 þar sem talið var að einhliða ákvörðun ráðherra um frádrátt vinnuréttargjalds, sem byggði á lögum um kjarasamning opinberra starfsmanna, teldist vera stjórnvaldsákvörðun.

Til samanburðar er málum almennt öðru vísi háttað um þá opinberu starfsmenn sem teljast ekki embættismenn sem og þá embættismenn sem falla ekki undir framangreint fyrirkomulag. Líkt og fram kemur í lokamálslið 39. gr. laga nr. 70/1996 fer um laun og önnur starfskjör þeirra eftir kjarasamningi sem stéttarfélög eða samtök þeirra gera við ríkið, sbr. 47. gr. Af samanburðinum sést að það er grundvallarmunur á þeim lagagrundvelli sem ákvarðanir um laun þeirra byggjast á. Í öðru tilvikinu byggjast þau á kjarasamningum og eftir atvikum einstaklingsbundnum samningum á grundvelli þeirra. Í hinu tilvikinu er stjórnvaldi falin valdheimild til að ákveða með einhliða og bindandi hætti hver launin séu samkvæmt lögum Alþingis. Sjá í þessu samhengi til hliðsjónar Hrd. 24. september 2009 (24/2009) (flugumferðarstjóri).

Ekki ræður úrslitum þótt sammingsfrelsi einstakra starfsmanna kunnir í reynd að vera lítið heldur það hvernig málin horfa við lagalega séð. Í fyrra tilvikinu byggist ákvörðun á einkaréttarlegum

reglum og gerningum, þ.e. samningum og samningsfrelsinu, óháð því hvert efni þessara samninga er eða hvernig veitingavaldshafar fara með samningsfrelsið. Í síðara tilvikinu byggist ákvörðun á allsherjaréttarlegri lagareglu þar sem stjórnvald ákveður einhliða inntak réttinda viðkomandi embættismanna.

Samantekið þá byggist ákvörðun fjármálaráðuneytisins á allsherjaréttarlegri lagareglu. Við nánara mat á þeim lagagrundvelli verður jafnframt ályktað að með 39. gr. a sé ráðuneytinu fengið stjórnsluvald til að taka einhliða og bindandi ákvörðun gagnvart viðkomandi forstöðumönnum um inntak persónulegra réttinda þeirra, þ.e. laun þeirra.

Þá má jafnframt minna á að þótt litið hafi verið til norska fyrirkomulagsins til hliðsjónar var aldrei gert ráð fyrir því í 39. gr. a (samkvæmt lögum nr. 130/2016) að ákvarðanir um laun forstöðumanna byggðust á samningum, eftir atvikum rammasamningum. Þá var, sem fyrr greinir, fallið eða vikið frá norska fyrirkomulaginu, a.m.k. að einhverju leyti, með lögum nr. 95/2017.

ii) Atriði er skapa vafa

Til viðbótar þessum sjónarmiðum ráðuneytisins má benda á eftirfarandi atriði sem kunna að skapa vafa um eðli ákvarðananna. Framsetning 39. gr. a laga nr. 70/1996 er ekki eins skýr og æskilegt væri um það álitaefni sem er umfjöllunarefnið hér. Mögulega er það vegna þeirra tíðu breytinga sem hafa verið gerðar á launafyrirkomulagi embættismanna síðustu ár og áratugi. Þannig segir í fyrsta lagi í 1. mgr. að ráðherra ákveði föst laun „í samræmi við grunnmat“ en það kann að gefa tilefni til þess að álykta að grunnmatið liggja fyrir áður en ákvörðun um laun forstöðumanns er tekin. Þó er ekki ljóst af lagatextanum hvernig slík ákvörðun um grunnmat starfs tengist ákvörðun um forsendur grunnmats sem og ákvörðun um laun viðkomandi forstöðumanns. Í öðru lagi er í 3. mgr. mælt fyrir um ákveðna rannsóknarskyldu. Í þriðja lagi er í 4. mgr. mælt fyrir um hvenær mál skuli tekið til meðferðar auk skyldu til að rökstyðja ákvarðanir samkvæmt 1., 2., og 3. mgr. sem og að birta opinberlega. Í fjórða lagi er í 1. og 4. mgr. gert ráð fyrir ákveðinni aðkomu Félags forstöðumanna ríkisstofnana að málefnum.

iii) Önnur sjónarmið sem mæla með því að teljist stjórnvaldsákvarðanir

Að lokum þykir rétt að áréttu nokkur sjónarmið, til viðbótar þeim sem að framan eru rakin, sem mæla með því að ákvarðanirnar teljist vera stjórnvaldsákvarðanir.

Í fyrsta lagi segir í upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 að ráðherra „ákveður“ föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs „viðkomandi forstöðumanns“ og önnur laun er starfinu fylgja. Af texta ákvæðisins verður ráðið að ráðherra er falið að ákveða laun viðkomandi forstöðumanns. Einhver ákvörðun um laun forstöðumanns er því tekin samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a. Er það í samræmi við fyrirkomulag þessara mála samkvæmt eldri lögum.

Í öðru lagi er unnt að bera orðalag 1. mgr. 39. gr. a um föst laun fyrir dagvinnu og önnur laun er starfinu fylgja saman við ákvörðun um viðbótarlaun. Í tilviki viðbótarlauna er gert ráð fyrir því að fjármálaráðherra ákveði „forsendur viðbótarlauna“ en hlutaðeigandi ráðherra, eða eftir atvikum stjórn, ákveði greiðslu viðbótarlauna innan ramma hinna almennu forsendna sem ráðherra setur. Í tilviki a.m.k. fastra launa fyrir dagvinnu er gert ráð fyrir því að ráðherra ákveði hverjar skuli vera „forsendur grunnmats“ sem og ákveði laun forstöðumanns í samræmi við grunnmat starfs hans. Af þessu verður ráðið að gerður sé greinarmunur á ákvörðun um forsendur annars vegar og hins vegar ákvörðun um laun viðkomandi forstöðumanns.

Í þriðja lagi segir í upphafi 3. mgr. 39. gr. a svo: „Áður en ákvörðun um breytingu á grunnmati, öðrum launum eða viðbótarlaunum er tekin ...“ Þegar 3. mgr. er borin saman við 1. mgr. verður helst ráðið að viðbótarlaun í 3. mgr. vísi til viðbótarlauna í 1. mgr., önnur laun í 3. mgr. vísi til annarra launa er starfinu fylgja í 1. mgr. og „breyting á grunnmati“ eigi sér hliðstæðu í 1. mgr. þar sem kveðið er á um „föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs viðkomandi forstöðumanns“. Gefur það til kynna að ákvörðun um föst laun fyrir dagvinnu ákveðins forstöðumanns sé tekin með grunnmati starfsins og breytinga á því. Í það minnsta er í 3. mgr. ekki gert ráð fyrir annarri breytingu á föstum launum forstöðumanns fyrir dagvinnu.

Í fjórða lagi er í 3. mgr. 39. gr. a kveðið á um upplýsingaöflum „af aðilum“ en það kann að vera vísun til aðila máls í skilningi stjórnsýslulaga. Þó er það ekki víst.

Í fimmta lagi er í 4. mgr. 39. gr. a gert ráð fyrir því að taka skuli „mál“ til meðferðar „skv. 1., 2. og 3. mgr.“ ef m.a. forstöðumenn óska eftir því. Það kann að gefa til kynna að um sé að ræða afmarkað „mál“, t.d. mál samkvæmt 1. mgr. um ákvörðun launa viðkomandi forstöðumanns í

samræmi við grunnmat starfs eða mál samkvæmt 3. mgr. um breytingu á grunnmati, en ekki breytingu á almennum stjórnvaldsfyrirmælum. Þó er það ekki fullvíst.

Í sjötta lagi er í 6. mgr. 39. gr. a tekið fram að ákvörðunum samkvæmt þessari grein verði ekki skotið til annars stjórnvalds. Með ákvæðinu virðist leitast við að skera á kærurétt en slíkur réttur er helst fyrir hendi þegar stjórnvaldsákvarðanir eru teknar, sbr. 26. gr. stjórnsýslulaga, sbr. þó óskráða reglan. Ákvæðið svarar til 8. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996, eins og ákvæðið var úr garði gert eftir breytingalög nr. 130/2016. Í athugasemdum við frumvarp það er varð að breytingalögunum sagði að um væri að ræða „endanlega ákvörðun á stjórnsýslustigi“. (146. löggj.þ., 2016-17, þskj. 7.) Það bendir til þess að einhverjar ákvarðanir samkvæmt 39. gr. a séu stjórnvaldsákvarðanir enda væri ella óþarfi að taka það fram.

Í sjöunda lagi segir í athugasemdum við g-lið 1. mgr. 8. gr. laga nr. 130/2016, sem færðu 39. gr. a í lög, svo um rökstuðning samkvæmt 4. mgr. (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7):

Tekið er sérstaklega fram að ákvarðanir skuli rökstuddar, enda er mikilvægt að aðilar skilji á hverju þær eru byggðar.

Athugasemdirnar virðast gefa til kynna að „aðilar“ skuli eiga rétt til rökstuðnings en það á sér ákveðinn samhljóm við rétt aðila máls til rökstuðnings samkvæmt 21.-22. gr. stjórnsýslulaga.

Í áttunda lagi er grunnmat starfa, eins og fram kemur í skjalinu um áformin, gert aðgengilegt á vefsvæði ráðuneytisins en ekki birt í B-deild Stjórnartíðinda eins og á við um mörg almenn stjórnvaldsfyrirmæli sem ráðherra setur eða staðfestir. Krafa um opinbera birtingu leiðir af 4. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996. Í 1. mgr. 3. gr. laga nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingarblað segir:

Í B-deild Stjórnartíðinda skal birta reglugerðir, samþykktir og auglýsingar sem gefnar eru út eða staðfestar af ráðherra, reikninga sjóða, ef svo er mælt í staðfestum skipulagsákvæðum þeirra, úrslit alþingiskosninga sem tilkynnt hafa verið á árinu og heiðursmerki, nafnbætur og heiðursverlaun sem ríkisstjórnin veitir. Einnig skal þar birta reglur sem stjórnvöldum og opinberum stofnunum, öðrum en ráðuneytum er falið lögum samkvæmt að setja.

Grunnmat starfa virðist ekki falla undir þetta ákvæði og þar með vera sambærilegt þeim almennu stjórnvaldsfyrirmælum sem gera það. Ella bæri nú þegar birta grunnmat starfa í B-deild Stjórnartíðinda.

Í níunda lagi geta ákvæðin um rannsókn og rökstuðning ráðist af eðli ákvarðananna, sbr. 2. mgr. 2. gr. stjórnsýslulaga. Þó má gera því skóna að krafa um opinbera birtingu sé til að gæta m.a. að gegnsæi og henni sé ekki ætlað að koma í stað birtingar samkvæmt 20. gr. stjórnsýslulaga.

Í tíunda lagi fellur ákvörðunin ágætlega að megineinkennum stjórnvaldsákvarðana.

Í ellefta lagi má geta þess að ef ákvarðanirnar væru nú almenn stjórnvaldsfyrirmæli bæri að fylgja fyrirmælum 52. gr. laga nr. 70/1996 um samráð. Mér er ekki kunnugt um hvort ráðuneytið hafi í framkvæmd gefið Bandalagi starfsmanna ríkis og bæja, Bandalagi háskólamanna og Alþýðusambandi Íslands kost á að fylgjast með og fjalla um fyrir hönd félaga sinna um ágreiningsatriði þau sem upp kunna að koma við grunnmat starfa.

Með skírskotun til alls þess sem að framan er rakið teljast einstaklingsbundnar ákvarðanir um föst laun ákveðins forstöðumanns og önnur laun er starfi fylgja að mínu áliti vera stjórnvaldsákvarðanir. Afleiðingin er sú að ráðuneytinu ber að fylgja stjórnsýslulögum við meðferð slíkra mála og forstöðumenn, sem teljast aðilar máls, njóta þeirra réttinda sem lögin mæla fyrir um.

Verða ákvarðanir ráðherra stjórnvaldsákvarðanir ef frumvarpið verður að lögum?

Þegar lagt er mat á þau áhrif sem breyting á 39. gr. a laga nr. 70/1996 mun hafa fyrir forstöðumenn, nái hún fram að ganga, skiptir jafnframt máli að leggja mat á hvort sú breyting leiði til þess að ákvarðanirnar teljist ekki vera stjórnvaldsákvarðanir. Rétt er þó að halda því til haga að ráðuneytið telur að fyrirhuguð breyting muni aðeins árétta að ákvarðanirnar séu ekki stjórnvaldsákvarðanir og þar með sé ekki verið að breyta eðli ákvarðananna og réttarstöðu forstöðumanna. Þannig segir í almennum athugasemdum í drögum að frumvarpinu að verið sé að „taka af allan vafa“ og „hnykkt á því að ekki sé um einstaklingsbundnar ákvarðanir að ræða“. Í athugasemdum við 1. gr. segir jafnframt að verið sé að „taka af tvímæli“.

Eins og áður er rakið fela drög að frumvarpinu í sér að bætt verði við upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a „og skulu ákvarðanir birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum“. Þótt framkvæmd ákvæðisins kunni að skipta máli fyrir þau álitæfni sem hér reynir á þá verða greind áhrif

fyrirhugaðrar breytingar miðað við orðalag frumvarpsákvæðisins og meðfylgjandi lögskýringargögn.

Nokkur atriði vekja athygli við fyrirkomulag fyrirhugaðrar lagabreytingar.

i) Bætt við upphafsmálsliðinn

Í fyrsta lagi leggur ráðuneytið ekki til að breyta 1. mgr. 39. gr. a að öðru leyti en að bæta áður nefndu orðalagi við upphafsmálsliðinn. Sú leið er þó ekki heppileg vegna þess að togstreita kann að skapast milli þess skilnings sem verður lagður í orðalag 1. mgr. 39. gr. a um að ráðherra ákveði föst laun fyrir dagvinnu í samræmi við grunnmat starfs viðkomandi forstöðumanns og önnur laun er starfinu fylgja, sbr. t.d. þess skilnings sem var lagður í ákvæðið í álitum setts umboðsmanns, og þess skilnings sem verður lagður í nýja orðalagið um að ákvarðanirnar skulu birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum, sbr. þann skilning sem birtist í drögunum að frumvarpinu.

Hvort markmið fyrirhugaðrar lagabreytingar um að eyða réttaróvissu náist ræðst af því hvort viðbótin víki skýrlega frá þeim skilningi sem er lagður í 1. mgr. 39. gr. a og/eða takist að „taka af tvímæli“ eða „taka af allan vafa“ um eðli umræddra ákvarðana, eins og gert er ráð fyrir í drögunum að frumvarpinu.

Þegar lagt er mat á þýðingu viðbótarinnar að þessu leyti verður að líta til þess að almennt ber að túlka 1. mgr. 39. gr. a til samræmis við eldri ákvæði, þ.e. í lögum nr. 130/2016, 47/2006 og 120/1992. Þannig ber almennt að túlka 1. mgr. 39. gr. a til samræmis við þann skilning sem var lagður í eldri ákvæðinu nema að skýrlega hafi verið vikið frá honum með setningu lagaákvæðisins. Af því leiðir að hafi ákvarðanir samkvæmt eldri lagaákvæðum talist vera stjórnvaldsákvarðanir þá teljast ákvarðanir samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a einnig vera það nema skýrlega hafi verið vikið frá því.

Sömuleiðis bæri almennt að túlka 1. mgr. 39. gr. a með viðbótinni, þ.e. ef fyrirhuguð lagabreyting nær fram að ganga, til samræmis við þann skilningi sem var lagður í ákvæðið fyrir, enda hafi öðru orðalagi ákvæðisins ekki verið breytt, og viðbótin víkur ekki skýrlega frá þeim skilningi. (Sjá almennt um þýðingu sögulegrar skýringar í Róbert R. Spanó: *Túlkun*

lagaákvæða. 2. útg. Reykjavík 2019, bls. 163-182, og Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Að iðka lögfræði. Inngangur að hinni lagalegu aðferð*. Reykjavík 2015, bls. 153.)

Enn fremur segir í athugasemdum við 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga að orðalag ákvæðisins sé „annars svo rúmt að í algjörum vafatilvikum beri að álykta að lögin gildi fremur en að þau gildi ekki“. (Alþt. 1992-1993, A-deild, bls. 3283.) Þá hefur verið litið til þess í vafatilvikum hvort eðli ákvörðunar sé slíkt að eðlilegt sé að stjórnslulögin gildi og það henti. (Sjá t.d. Páll Hreinsson: *Stjórnsluréttur. Málsmeðferð*, bls. 119-153.) Þessi sjónarmið mæla með því að leggja sama skilning í 1. mgr. 39. gr. a og áður nema að skýrlega sé frá því vikið.

Vegna framangreinds reynir á hvort fyrirhuguð lagabreyting víki skýrlega frá þeim skilningi sem hefur verið lagður í 1. mgr. 39. gr. a hér að framan sem og í áliti setts umboðsmanns og/eða taki af allan vafa um að leggja beri þann skilning í ákvæðið sem ráðuneytið gerir. Með framanrakin sjónarmið í huga verður nú vikið að því.

ii) Ákvarðanir „birtar“ með auglýsingu

Í öðru lagi er í drögum að frumvarpinu byggt á því að ákvarðanir skulu „birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum“. (Í upphaflegu áformunum var gert ráð fyrir því að þær skyldu birtar í reglugerð.) Af athugasemdum í drögum að frumvarpinu sem og skjalinu um áformin verður ráðið að ætlunin sé að ganga úr skugga um að umræddar ákvarðanir teljist til almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Ekki er ósennilegt að 2. másl. 2. mgr. 1. gr. stjórnslulaga hafi hér verið hafður í huga en í því ákvæði er tekið fram að lögin „gilda þó ekki um samningu reglugerða né annarra almennra stjórnvaldsfyrirmæla“.

Það eitt að ákvarðanirnar skulu birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum gerir það ekki að verkum að þær teljast þar með til almennra stjórnvaldsfyrirmæla eða feli í sér „samningu“ þeirra. Til að mynda er ekki gert ráð fyrir því í drögum að frumvarpinu að ákvarðanirnar skulu teknar með setningu almennra stjórnvaldsfyrirmæla heldur aðeins að þær skulu „birtar með auglýsingu“. Viðbótin kveður þannig á um birtingarhátt og -form. Verulegur vafi er á því að með viðbótinni sé skorið úr um eðli ákvarðananna.

Þótt markmið fyrirhugaðrar lagabreytingu sé að slá því föstu að ákvarðanirnar teljist til almennra stjórnvaldsfyrirmæla, sbr. þann skilning sem er lagður í frumvarpsgreinina í

athugasemdunum, má ekki gleyma því að lagabreytingar ná ekki ávallt markmiði sínu. Þá er ekki sjálfgefið að sá skilningur sem birtist í lögskýringargögnum verði ofan á ef hann á ekki stoð í lagaákvæðinu sjálfu eða gengur í berhögg við skýrt orðalag þess. Enn fremur geta önnur lögskýringarsjónarmið, þ.á m. sú sögulega skýring sem vikið var að hér að framan, leitt til annarrar niðurstöðu.

Einnig er rétt að benda á í þessu sambandi að hvorki krafa um opinbera birtingu né birtingu í Stjórnartíðindum kemur sjálfkrafa í veg fyrir að ákvörðun teljist vera stjórnvaldsákvörðun. Þannig getur stjórnvaldsákvörðun haft almenna þýðingu, þ.e. fyrir aðra en aðila máls. Af þeim sökum kann að vera talið rétt að birta niðurstöðu jafnframt í Stjórnartíðindum. Þá getur niðurstaða stjórnvalds um ákveðið atriði bæði falið í sér stjórnvaldsákvörðun sem og setningu almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Til dæmis er í 19. gr. laga nr. 80/2012 um menningarminjar fjallað um framkvæmd friðlýsingar. Í 1. mgr. 19. gr. er kveðið á um að Minjastofnun Íslands skuli tilkynna m.a. landeiganda og húseiganda ákvörðun um friðlýsingu. Í 2. mgr. 19. gr. er mælt fyrir um að ráðuneyti auglýsi friðlýsingu í B-deild Stjórnartíðinda. Síðan er tekið fram að um undirbúning og ákvörðun um friðlýsingu fari að öðru leyti eftir ákvæðum stjórnsýslulaga. Ákvörðun um friðlýsingu kann að vera stjórnvaldsákvörðun gagnvart ákveðnum aðilum en vegna þess að friðlýsing hefur almenna þýðingu er jafnframt gerð sú krafa að auglýsa hana í B-deild Stjórnartíðinda. Hið sama kann að eiga við um ákvörðun um grunnmat starfs.

Til hliðsjónar má geta þess að heimilt er að birta í Lögbirtingarblaði „annað það er stjórnvöldum þykir rétt að birta almenningi“, sbr. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 15/2005. Slík opinber auglýsing myndi ekki ein og sér koma í veg fyrir að ákvörðun teldist vera stjórnvaldsákvörðun.

Nú þegar er í 4. mgr. 39. gr. a kveðið á um að ákvarðanirnar skulu „birtar opinberlega“. Gera má sér í hugarlund að ákvæði sem mælir fyrir um birtingu með auglýsingu í Stjórnartíðindum, sem myndi þá birtast í B-deild Stjórnartíðinda samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laga nr. 15/2005, fæli í sér nánari útfærslu á þeirri kröfu. Ekki liggur í augum uppi að slík krafa myndi breyta eðli ákvarðananna samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a. Raunar byggjast drög að frumvarpinu á því ekki sé verið að gera neina breytingu á eðli ákvarðananna.

iii) Bundið við upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a

Í þriðja lagi er byggt á því í drögum að frumvarpinu að ákvarðanir í upphafsmálslið 1. mgr. 39. gr. a skulu birtar með auglýsingu í Stjórnartíðindum. Þannig virðist ekki gert ráð fyrir því að aðrar ákvarðanir sem ráðuneytið tekur samkvæmt 39. gr. a séu birtar með auglýsingu. Meðal þeirra eru ákvarðanir um forsendur grunnmats og viðbótarlaun í 1. mgr. og ákvarðanir um breytingu á grunnmati, öðrum launum og viðbótarlaunum í 3. mgr. Mögulega byggist það á þeirri forsendu að ákvarðanir samkvæmt 3. mgr. um breytingu á grunnmati og öðrum launum eru svo samofnar ákvörðunum samkvæmt 1. másl. 1. mgr. að óþarfi sé að taka það fram. Þá er tekið fram í athugasemdum við 1. gr. í drögunum að frumvarpinu að rökstuðningur fyrir forsendum grunnmatsins verða áfram birtar opinberlega á vefsvæði ráðuneytisins, sbr. 4. mgr. 39. gr. a.

iv) Samspil ákvörðunar og grunnmats starfs

Í fjórða lagi verður helst ráðið af skjalinu um áformin að ákvörðun um laun viðkomandi forstöðumanns sé tekin með ákvörðun um grunnmat þess starfs sem hann gegnir fremur en að um sé að ræða tvær aðskildar ákvarðanir. Væri aftur á móti farin sú leið að taka fyrst ákvörðun um grunnmat starfs og síðan sérstaka ákvörðun um laun ákveðins forstöðumanns mun reyna á hvort sú tilhögun mála sé í samræmi við 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996, sbr. lögmatísregluna.

Þegar drögin að frumvarpinu eru virt er ekki loku fyrir það skotið að lagabreyting muni ekki eyða þeirri réttaróvissu sem gerð er að umtalsefni í athugasemdum í drögunum og skjalinu um áformin. Þá munu mögulega einhverjar einstaklingsbundnar ákvarðanir verða teknir í ferlinu eftir sem áður óháð því að þær séu jafnframt birtar með auglýsingu. Slíkt mun þó ráðast af nánari útfærslu í framkvæmd.

Áhrif á stöðu forstöðumanna náist markmið frumvarpsins

Sé gengið út frá þeim forsendum að einhverjar einstaklingsbundnar ákvarðanir á grundvelli 39. gr. a laga nr. 70/1996 séu nú teknar sem teljast vera stjórnvaldsákvarðanir en þær muni ekki teljast vera slíkar ákvarðanir verði lagafrumvarp samþykkt þá mun slík lagabreyting hafa grundvallarþýðingu fyrir réttarstöðu forstöðumanna. Stjórnsýslulögin munu þá ekki gilda um meðferð slíkra mála og forstöðumenn ekki njóta þeirra réttinda sem lögin mæla fyrir um, a.m.k.

ekki á þeim grundvelli. Vegna þess verður grundvallarmunur á stöðu forstöðumanna fyrir og eftir lagabreytingu miðað við þessar forsendur.

III Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um annað álitaefni

Kostir og gallar fyrir forstöðumenn miðað við þær lagareglur sem gilda um meðferð málanna
Sé byggt á síðastnefndu forsendunum, þ.e. að ákvarðanir ráðherra teljast nú vera stjórnvaldsákvarðanir en þær teljist ekki vera það eftir lagabreytingu, reynir á kosti og galla slíkrar breytingar. Byggt verður á tveimur forsendum. Annars vegar verður lögð áhersla á kosti og galla frá sjónarhorni forstöðumanna. Rétt er að vekja athygli á því að í drögunum að frumvarpinu og skjalinu um áformin gerir ráðuneytið grein fyrir kostum fyrirhugaðrar lagabreytingu frá sínu sjónarhorni sem og ókostum teljist umræddar ákvarðanir vera stjórnvaldsákvarðanir. Aðeins verður vikið að þeim undir lok þessa kafla. Hins vegar verða kostir og gallar greindir út frá þeim ólíku reglum sem munu gilda um meðferð þessara mála.

Sá reginmunur verður á réttarstöðu forstöðumanna, sem fyrr er rakið, að nú gilda stjórnslulög um meðferð málanna en nái markmið fyrirhugaðrar lagabreytingar fram að ganga þá munu þau lög ekki gilda um undirbúning og töku ákvörðunar. Þrátt fyrir það verður ráðuneytið að gæta að óskráðum meginreglum stjórnsluréttar, sem hafa víðtækara gildissvið en stjórnslulögin og gilda þegar þeim sleppir, öðrum lögum sem og vandaðra stjórnsluhátta. Í því sem á eftir fer verður bent á nokkur atriði er varðar samanburð á reglum stjórnslulaga og óskráðum meginreglum stjórnsluréttar og öðrum lögum sem gilda um málið. Sá samanburður er ekki tæmandi. Ekki verður leitast við að bera saman hér reglur stjórnslulaga og vandaða stjórnsluhætti. (Sjá almennt um síðara efnið í Hafsteinn Dan Kristjánsson: *Vandaðir stjórnsluhættir*. Ritroð Lagastofnunar nr. 16. Reykjavík 2016.)

Samanburðar á einstökum reglum stjórnslulaga og óskráðra meginreglna stjórnsluréttar
Nú verður stiklað á stóru um þær reglur sem gilda um meðferð og ákvörðun mála samkvæmt stjórnslulögum annars vegar og óskráðum meginreglum stjórnsluréttar og öðrum lögum hins vegar með það fyrir augum að benda á þær kröfur sem munu ekki gilda eða eiga við með sama hætti náist markmið lagabreytingar.

i) Vanhæfi

Í II. kafla stjórnsýslulaga er fjallað um sérstakt hæfi. Í 3. gr. eru tilgreindar vanhæfisástæður. Þessar reglur gilda í stjórnsýslumálum sem og um gerð samninga einkaréttarlegs eðlis, sbr. 3. mgr. 1. gr. stjórnsýslulaga. Þessar reglur munu því ekki gilda nái lagabreyting markmiði sínu. Aftur á móti mun óskráða vanhæfisreglan gilda. Hún er matskennd ólíkt fyrstu tölulíðum 1. mgr. 3. gr. Leggja verður nánara mat á hvort kröfur samkvæmt óskráðu reglunni séu jafn strangar í öllum tilvikum og samkvæmt 1. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga.

ii) Leiðbeiningarskylda, málshraði og rannsóknarregla

Fjallað er um leiðbeiningarskyldu í 7. gr., málshraðareglu í 9. gr. og rannsóknarreglu í 10. gr. stjórnsýslulaga. Þótt þessi lagaákvæði muni ekki gilda nái lagabreytingin markmiði sínu gilda þær allar jafnframt á óskráðum grundvelli. Eftir sem áður verða því gerðar kröfur til ráðuneytisins um leiðbeiningar, málshraða og rannsókn máls. Til viðbótar við óskráðu reglurnar má benda á þá rannsóknarskyldu sem er lögð á herðar ráðuneytisins í 3. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 og þá leiðbeiningarskyldu sem hvílir á starfsmönnum ríkisins samkvæmt 2. mgr. 14. gr. sömu laga.

Þrátt fyrir að sambærilegar kröfur gildi er ekki loku fyrir það skotið að í einhverjum tilvikum verði munur á. Til að mynda gætu þau atriði sem ber að leiðbeina um mögulega horft við með öðrum hætti þegar um er að ræða fyrirhugaða ákvarðanatöku í stjórnsýslumáli aðila og annars konar máli. Slíkt verður þó að leggja mat hverju sinni í ljósi aðstæðna og atvika.

iii) Helstu efnisreglur

Í 11. gr. er kveðið á um jafnræðisreglu og í 12. gr. meðalhófsreglu. Fyrir utan þessi ákvæði gilda óskráða jafnræðisreglan og meðalhófsreglan sem og þær kröfur sem leiða af stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, t.d. 65. gr. hennar. Aðrar helstu efnisreglur eru óskráðar en meðal þeirra er lögmætisreglan (sem og lagaáskilnaðarreglur VII. kafla stjórnarskrárinnar) og réttmætisreglan. Vegna þess verður ekki teljandi munur á þeim kröfum sem verða gerðar til efnis máls samkvæmt efnisreglum stjórnsýsluréttar. Þá má geta þess á ný að samkvæmt drögunum að frumvarpinu er ekki gert ráð fyrir því að breyta því orðalagi 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 sem er þar fyrir og þar með þeim viðmiðum sem þar koma fram.

iv) Andmælaréttur og upplýsingaréttur

Fjallað er um andmælarétt og upplýsingarétt í IV. kafla stjórnsýslulaga. Þessar reglur munu ekki gilda nái lagabreytingin markmiði sínu.

Rétt er að geta þess að til eru óskráðar reglur um andmælarétt sem og um aðgang að gögnum máls. Þrátt fyrir það er gildissvið og inntak þessara reglna óljósara en ákvæða IV. kafla stjórnsýslulaga. Vegna þess gætir meiri óvissu um hvort og þá hvaða kröfur verða gerðar til ráðuneytisins um að gefa forstöðumönnum kost á að tjá sig um mál áður en ákvörðun er tekin sem og hvaða rétt forstöðumenn munu eiga til aðgangs að gögnum máls á grundvelli óskráðu reglnanna. Af áliti setts umboðsmanns verður ráðið að framkvæmdin sé nú sú að m.a. forstöðumönnum er tilkynnt um grunnmat og þeim gefið færi á að óska eftir endurmati.

Þótt orðalag 4. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 gefi það ekki beinlínis til kynna er ástæða til að minna á það sem segir í athugasemdum við g-lið 1. mgr. 8. gr. sem færði 39. gr. a í lög, sbr. lög nr. 130/2016 (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7):

Ákvæði 4. mgr. er ætlað að tryggja fagleg vinnubrögð, að mál séu hæfilega rannsökuð áður en ákvarðanir er teknar og að þeim sem í hlut eiga gefist kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri.

Það mun ráðast af nánari túlkun á 4. mgr. 39. gr. a hvort réttur til andmæla sé fyrir hendi á þeim grundvelli og þá hversu ríkur hann er. Þó er ljóst að ætlun löggjafans var sú að þeir sem ættu hlut að máli, í þessu tilviki forstöðumenn, ættu kost á að koma á framfæri sjónarmiðum sínum. Jafnramt má minna á að athugasemdum við 9. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 120/1992 var gert ráð fyrir því að kjaranefnd gæti „heimilað einstökum embættismönnum að reifa mál sitt fyrir nefndinni“ (116. löggj.þ., 1992, þskj. 47).

Fyrir utan framanrakið munu gilda aðrar reglur um aðgang að gögnum máls, einkum upplýsingalög nr. 140/2012. Þau veita almennt lakari rétt til aðgangs að gögnum máls en aðili nýtur samkvæmt 15.-17. gr. stjórnsýslulaga.

Þá er ástæða til að minna á að umkvörtunarefni þeirra forstöðumanna sem leituðu til umboðsmanns og sem voru undirliggjandi í áliti setts umboðsmanns (ákvarðanir fjármálaráðherra) lutu m.a. að aðgangi að gögnum máls.

v) Birting ákvörðunar, rökstuðningur o.fl.

Í VI. kafla stjórnsýslulaga er fjallað um birtingu ákvörðunar og sérstakar leiðbeiningar í 20. gr., hvenær skal veita rökstuðning í 21. gr. og efni rökstuðnings í 22. gr. Þessar reglur munu ekki gilda nái lagabreytingin markmiði sínu.

Almennt er talið að ekki gildi almenn regla um rétt til rökstuðnings fyrir utan gildissvið stjórnsýslulaga og kröfur til birtingar annars konar ákvarðana eru óljósar. Vegna þess eru líkur á því að réttarstaða forstöðumanna verði lakari að þessu leyti.

Þó eru í 4. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 gerðar kröfur til þess annars vegar að ákvarðanir samkvæmt 1., 2. og 3. mgr. skulu rökstuddar og hins vegar birtar opinberlega. Opinber birting hér er væntanlega ekki sú sama og birting gagnvart aðila máls samkvæmt 20. gr. stjórnsýslulaga. Það mun ráðast af túlkun á 4. mgr. 39. gr. a hvort gerðar verða sambærilegar kröfur til efnis slíks rökstuðnings og samkvæmt 22. gr. stjórnsýslulaga. Í þessu sambandi má þó benda á eftirfarandi sem fram kom í athugasemdum við g-lið 1. mgr. 8. gr. sem færði 39. gr. a í lög, sbr. lög nr. 130/2016 (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7):

Tekið er sérstaklega fram að ákvarðanir skuli rökstuddar, enda er mikilvægt að aðilar skilji á hverju þær eru byggðar.

Sjá einnig sambærilegar athugasemdir við 1. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 95/2017 (148. löggj.þ. 2017-2018, þskj. 69.) Í þessu sambandi má einnig vekja athygli á því að í 3. mgr. 10. gr. laga nr. 47/2006 um kjararáð sagði að Kjararáð skyldi birta ákvarðanir sínar og úrskurði og ástæður fyrir þeim opinberlega með skipulegum og aðgengilegum hætti. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi því er varð að lögunum sagði m.a. (132. löggj.þ., 2005-2006, þskj. 1046):

Er það í samræmi við nútíðarviðhorf um gagnsæi í störfum stjórnvalda og jafnframt til þess fallið að efla traust til ráðsins. Tekið er sérstaklega fram að ákvarðanir og úrskurðir skuli rökstuddir enda er það mikilvægt til þess að þeir sem ákvarðanir varða og almenningur allir skilji á hverju þær eru byggðar.

Til samanburðar segir svo í athugasemdum við 22. gr. stjórnsýslulaga:

Að meginstefnu til á rökstuðningur stjórnvaldsákvörðana að vera stuttur, en þó það greinargóður að búast megi við því að aðili geti skilið af lestri hans hvers vegna niðurstaða máls hafi orðið sú sem raun varð á.

Meðal umkvörtunarefna þeirra forstöðumanna sem leituðu til umboðsmanns og sem voru undirliggjandi í álitum setts umboðsmanns (ákvörðanir fjármálaráðherra) var beiðni um rökstuðning fyrir þeirri ákvörðun að hafna endurskoðun á grunnmati starfs.

vi) Endurskoðun ákvörðunar

Í VI. og VII. kafla stjórnsýslulaga er fjallað um leiðréttingu og breytingu ákvörðunar, afturköllun, endurupptöku og stjórnsýslukæru. Þessar reglur munu ekki gilda nái lagabreytingin markmiði sínu.

Aftur á móti eru til óskráðar reglur um m.a. endurupptöku, afturköllun og stjórnsýslukæru. Í 6. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 er skorið á kæruréttinn. Vegna þess hafa reglur um stjórnsýslukæru ekki þýðingu hvorki fyrir né eftir lagabreytingu.

Nákvæma greiningu þyrfti að gera á efni skráðu og óskráðu reglnanna að þessu leyti til að sjá hvar ber á milli. Hvað sem því líður hefur almennt ekki reynt á óskráðu reglunnar, einkum rétt til endurupptöku, í tengslum við almenn stjórnvaldsfyrirmæli. Ákveðnar líkur eru á því að forstöðumenn muni því ekki njóta þess réttar á grundvelli óskráðra reglna í tengslum við almenn stjórnvaldsfyrirmæli.

Þó er rétt að minna á að samkvæmt 4. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 getur forstöðumaður óskað eftir því að mál skuli tekið til meðferðar samkvæmt m.a. 1. og 3. mgr. 39. gr. a. Þar sem ekki virðist standa til að breyta því ákvæði myndu forstöðumenn væntanlega áfram njóta þess mögulega á þeim grundvelli.

Almennar ályktanir um þær reglur sem munu gilda

Með vísan til m.a. þess samamburðar sem gerður er hér að ofan má almennt segja að réttarstaða forstöðumanna verði lakari að ákveðnu leyti. Ástæða þess er sú að þeir munu þá ekki teljast vera aðilar stjórnsýslumáls og ekki njóta allra þeirra réttinda sem stjórnsýslulögin veita þeim

og þá með sama hætti. Andmælaréttur, réttur til aðgangs að gögnum máls og réttur til að fá niðurstöðu birta gagnvart aðila eru hér sérstaklega hafðir í huga. Þá kann að vera óskýrara hvaða reglur gilda og með hvaða hætti.

Þrátt fyrir það mun ráðuneytið þurfa að fylgja óskráðum meginreglum stjórnsluréttar og vönduðum stjórnsluháttum við meðferð málanna. Sumar reglur stjórnslulaga eiga hliðstæðu í óskráðum meginreglum.

Engu að síður er a.m.k. ferns konar munur á reglum stjórnslulaga og þeim sem gilda á óskráðum grundvelli. Í fyrsta lagi eiga ekki allar reglur stjórnslulaga sér hliðstæðu í óskráðri meginreglu. Í þessu sambandi má t.d. minna á reglur um rökstuðning stjórnvaldsákvæðana. Í öðru lagi er efni og inntak sumra óskráðra meginreglna óljósara en efni hliðstæðra reglna í stjórnslulögum. Í þessu sambandi má geta andmælaréttar og réttar til aðgangs að gögnum máls. Kann það að skapa óvissu um hvort reglurnar eigi við og þá hvernig þær eigi við. Þannig er almennt séð traustara að byggja á reglu í stjórnslulögum en á óskráðum grundvelli. Í þriðja lagi munu þær kröfur sem leiða af óskráðum reglum ekki beinast að úrlausn ákveðins stjórnslumáls sem forstöðumaður er aðili að. Ekki er loku fyrir það skotið að það geti haft áhrif í einhverjum tilvikum. Mögulega kann að reyna á það í tengslum við t.d. inntak leiðbeiningarskyldunnar. Í fjórða lagi nær gildissvið allra óskráðra reglna ekki til almennra stjórnvaldsfyrirmæla. Dæmi um það kann að vera réttur til endurupptöku.

Auk þessa eru gerðar kröfur til málsmeðferðar í 39. gr. a laga nr. 70/1996 um réttindi og skyldur starfsmanna ríkisins. Þessar kröfur kunna að bæta upp fyrir sumar af þeim takmörkunum sem leiða af því að aðeins óskráðu meginreglurnar munu gilda. Þannig er, sem fyrr greinir, í 3. mgr. mælt fyrir um ákveðna rannsóknarskyldu og í 4. mgr. er kveðið á um rökstuðning og að birta skuli ákvarðanir opinberlega.

Þar fyrir utan gilda kröfur sem felast í vönduðum stjórnsluháttum en þær hafa ekki verið greindar hér.

Athugasemdir ráðuneytisins í skjalinu um áformin og lögskýringargögnum

Í skjalinu um áformin segir:

Verði niðurstaðan sú að ákvarðanir ráðherra um grunnmat starfa séu stjórnvaldsákvarðanir er ljóst að þau markmið er snúa m.a. að hagræði, skilvirkni, sveigjanleika og gagnsæi sem lagt var upp með við brottfall kjararáðs er fyrir bí. Ferlið verður þyngra í vöfum, kostnaðarsamara og ófyrirsjáanlegra.

Sambærileg sjónarmið koma fram í almennum athugasemdum í drögum að frumvarpinu.

Af þessu verður dregin sú ályktun að forstöðumenn muni ekki njóta allra þeirra réttinda sem aðilar máls samkvæmt stjórnslulögum að mati ráðuneytisins nái lagabreytingin markmiði sínu. Ef þeir ættu að hafa sömu réttarstöðu yrði ferlið varla „þyngra í vöfum“ og „kostnaðarsamara“. Þessu til stuðnings má minna á umkvörtunarefni þeirra forstöðumanna sem leituðu til umboðsmanns og voru undirliggjandi í áliti setts umboðsmanns en þeir töldu sig ekki hafa notið réttar til rökstuðnings og aðgangs að gögnum máls samkvæmt stjórnslulögum.

Hitt er svo annað mál að sambærilegar kröfur um sum atriði eða kröfur sem eru vægari og eftir atvikum gloppóttari um önnur atriði munu verða gerðar til málsmeðferðar ráðuneytisins á grundvelli óskráðra meginreglna stjórnsluréttar, laga nr. 70/1996, upplýsingalaga, annarra laga sem og vandaðra stjórnsluhátta. Það mun koma í hlut ráðuneytisins að greina allar þessar kröfur og meta hvort þær séu sambærilegar kröfum stjórnslulaga. Mun það krefjast töluverðrar vinnu og yfirlegu. Vegna þess liggur ekki í augum upp að málsmeðferð ráðuneytisins verði einfaldari og gegnsæri en ef fylgt væri þeim reglum sem almennt gilda um meðferð stjórnslumála. Ákveðið hagræði er í því fólgið að fylgja skýrum reglum sem byggja á traustum grundvelli.

Enn fremur leiðir af þeim kröfum sem munu gilda um málsmeðferðina eftir sem áður að ekki er augljóst hvernig markmið um „hagræði, skilvirkni, sveigjanleika og gagnsæi“ náist með því að fylgja þeim en eru „fyrir bí“ ef ráðuneytið þarf að fylgja reglum stjórnslulaga í ljósi þess að sambærilegar kröfur munu gilda um ýmis atriði. Þá lýtur skilsmunurinn á kröfum til málsmeðferðar og forms en ekki að efni ákvarðananna.

Vegna athugasemdarinnar um að ferlið verði „ófyrirsjáanlegra“ má velta því upp hvort unnt sé að háttá því þannig að gætt sé að reglum stjórnslulaga en á sama tíma séu ákvarðanir birtar opinberlega, svo sem um grunnmat starfa eins og nú þegar er gert, og þær muni byggjast á almennum forsendum sem eru hinar sömu milli forstöðumanna. Þannig mætti ímynda sér að ákvarðanir ráðuneytisins um „forsendur grunnmats“ samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a gætu komið

til móts við slíkar áhyggjur. Þetta veltur þó á því hvað er talið að valdi því að ferlið yrði ófyrirsjáanlegra en það hvorki útskýrt nánar í drögunum að frumvarpinu né skjalinu um áformin.

IV Meginröksemdir fyrir niðurstöðu um þriðja álitaefni

Nái fyrirhuguð lagabreyting ekki fram að ganga og reynist framtíðin bera það í skauti sér að ráðuneytið muni ekki fylgja tilmælum setts umboðsmanns um að fara eftir stjórnsýslulögum vaknar sú spurning hvaða leiðir Félagi forstöðumanna ríkisstofnana (og eftir atvikum félagsmönnum þess) eru færar. Leiðirnar verða greindar eftir handhöfum ríkisvalds í þrennt.

Leiðir innan stjórnkerfis framkvæmdarvaldsins

Í fyrsta lagi eru færar leiðir innan stjórnkerfis framkvæmdarvaldsins. Til að mynda geta forstöðumenn áfram byggt á því í sínum málum hjá ráðuneytinu að stjórnsýslulögin eigi við. Miðað við afstöðu ráðuneytisins sem birtist í skjalinu um áformin um að það sé ósammála niðurstöðu setts umboðsmanns og þær forsendur sem drögin að frumvarpinu byggja á eru þó líkur á því að ekki verði fallist á það.

Til viðbótar getur félagið eða félagsmenn minnt ráðherra á að hann ber ábyrgð á stjórnarframkvæmdum öllum samkvæmt 14. gr. stjórnarskrárinnar. Sú ábyrgð er ekki aðeins pólitísk, sbr. þingræðisreglan og til hliðsjónar 1. gr. stjórnarskrárinnar, heldur einnig lagaleg. Lagalega ábyrgðin skiptist síðan í refsíábyrgð, sbr. m.a. lög nr. 4/1963 um ráðherraábyrgð og almenn hegningarlög nr. 19/1940, sbr. dóm Landsdóms 23. apríl 2012 (3/2011). Hins vegar felur hún í sér skaðabótaábyrgð, sbr. m.a. 13. gr. laga nr. 4/1963 og b-lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993. Þannig getur íslenska ríkið borið skaðabótaábyrgð og eftir atvikum jafnvel ráðherra sjálfur og einstaka starfsmenn á því tjóni sem félagsmenn hafa orðið fyrir að uppfylltum skilyrðum skaðabótaábyrgðar. Sjá í því sambandi t.d. Hrd. 14. apríl 2011 (412/2012) (skipun héraðsdómara) og Hrd. 24. nóvember 2011 (162/2011) (úthlutun byggingarréttar). Í ljósi þeirrar afstöðu sem fram kemur í skjalinu um áformin og þeirra forsendna sem drög að frumvarpinu byggja á má draga þá ályktun að ráðherra telji að framkvæmdin sé nú þegar í samræmi við lög og það þrátt fyrir álit setts umboðsmanns. Með því að vekja athygli á framangreindu hefur engin afstaða verið tekin til þess hér hvort skilyrði framangreindra lagareglna séu uppfyllt.

Enn fremur getur félagið eða félagsmenn vakið athygli forsætisráðherra, sem verkstjóra og forsvarsmanns ríkisstjórnarinnar, sbr. 15. gr. stjórnarskrárinnar og 8. gr. laga nr. 115/2011 um Stjórnarráð Íslands, á því að svo líti út fyrir að ráðherra í ríkisstjórn hennar hafi kosið að fylgja ekki tilmælum í álit setts umboðsmanns um þau lög sem ber að fara eftir í þessum málum. Líkur eru á því að forsætisráðherra sé kunnugt um málið í ljósi þess að áform um lagabreytingu og drög að frumvarpi hafa verið gerð aðgengileg í Samráðsgáttinni.

Leiðir er varða handhafa löggjafarvalds og undirstofnanir þess

Í öðru lagi geta þeir forstöðumenn sem njóta ekki réttinda samkvæmt stjórnsýslulögum í málum sínum í framtíðinni hjá ráðuneytinu leitað með kvörtun þess efnis til umboðsmanns Alþingis. Það mun síðan koma í ljós hvort umboðsmaður ljúki málinu með vísan til álits setts umboðsmanns eða telji tilefni til að skoða einstök mál frekar.

Félagið getur jafnframt vakið athygli umboðsmanns á því að ráðuneytið hefur skýrlega lýst sig ósammála álit setts umboðsmanns en það veki upp spurningar um það hvort það hyggist fylgja tilmælum hans. Tilmæli setts umboðsmanns voru bæði sérstök og almenn en þau hljóðuðu svo:

Ég beini því til ráðuneytisins að taka erindi A og B til meðferðar að nýju, komi fram beiðnir þess efnis frá þeim, og að það leysi þá úr þeim í samræmi við þau sjónarmið sem eru rakin í álitinu. Jafnframt beini ég því til ráðuneytisins að taka framvegis mið af þeim sjónarmiðum sem koma fram í álitinu.

Þegar þetta er ritað hafa eftirfarandi viðbrögð stjórnvalda verið gerð aðgengileg með álitinu.

Um þau segir:

Í bréfi frá fjármála- og efnahagsráðuneytinu kom fram að annar forstöðumanna hefði óskað eftir að mál sitt yrði tekið upp að nýju og sér veittur rökstuðningur og aðgangur að gögnum málsins. Beiðnin væri til skoðunar innan ráðuneytisins og yrði svarað þegar niðurstaða lægi fyrir. Sambærileg beiðni hefði ekki borist í hinu tilfellinginu. Viðkomandi hefði verið í sambandi við það ráðuneyti sem fari með málefni þeirrar stofnunar. Þau samskipti hefðu leitt til að starf forstöðumannsins hefði verið endurmetið og upplýst um þá ákvörðun í mars 2021.

Um leið og álit setts umboðsmanns hafi legið fyrir hafi hafist vinna í ráðuneytinu við að greina sjónarmiðin í því og stæði hún yfir.

Af þessu verður ráðið að ráðuneytið hafi ekki skýrlega hafnað því að fylgja tilmælum umboðsmanns þegar leitað var eftir viðbrögðum þess á sínum tíma en tekið fram að ákveðin

vinna væri yfirstandandi. Jafnframt verður ekki séð í fljótu bragði af ársskýrslu umboðsmanns fyrir árið 2020 að þar komi skýrlega fram að ráðuneytið muni ekki fylgja tilmælunum. Þvert á móti eru álitnið talið meðal þeirra þar sem farið hafi verið eftir almennum og sérstökum tilmælum.

Aftur á móti segir í skjalinu um áformin að álit umboðsmanns séu ekki bindandi að íslenskum rétti. Þó eigi þau að vera leiðbeinandi um gildandi lög og rétt. Síðan er nefnt að dæmi séu um að dómstólar hafi komist að annarri niðurstöðu en umboðsmaður. Þá segir:

Þess ber að geta í því samhengi að ráðuneytið hefur tekið afstöðu til umræddrar álita UA og komist að þeirri niðurstöðu að þau séu ekki í samræmi við túlkun ráðuneytisins á ákvæðinu.

Rétt er þó að taka fram að almennt er ekki unnt að kvarta yfir því einu og sér að stjórnvald fylgi ekki tilmælum umboðsmanns. Ábending þess efnis kann þó að gefa umboðsmanni tilefni til að íhuga hvort og þá hvaða aðgerða verði gripið til.

Þá getur félagið haft samband við þingmenn og/eða leitast við að koma að athugasemdum sínum á framfæri verði fyrirhugað frumvarp lagt fram á Alþingi. Enn fremur getur félagið komið að athugasemdum við ráðuneytið meðan drög að frumvarpi eru í Samráðsgáttinni.

Leiðir er varða dómstóla

Í þriðja lagi eru unnt að leita til dómstóla, sbr. m.a. 60. og 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. sammingsins um verndun mannréttinda og mannfrelsis, sbr. lög nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu. Hvernig best er að haga slíkri málsókn veltur að miklu leyti á markmiði hennar, málsatvikum og þeim atriðum sem þess er freistað að láta reyna á. Fyrst verður vikið að helstu kröfum sem einstakir félagsmenn geta haft uppi. Síðan verður vikið að mögulegri málsókn félagsins sjálfs.

Almennt er unnt að krefjast þess að dómstólar ógildi stjórnvaldsákvörðun og ætti hið sama að gilda um einstaka forstöðumenn sem hafa fengið ákvörðun í máli sínu frá ráðuneytinu að uppfylltum öllum réttarfarsskilyrðum. Við úrlausn slíks máls myndi þá reyna á hvort stjórnvaldsákvörðun hefði verið tekin sem unnt væri að ógilda. Í þessu sambandi er ástæða til nefna að mikilvægt er að beina ekki ógildingarkröfu að almennum fyrirmælum eða

niðurstöðum en þá gæti forstöðumann skort lögvarða hagsmuni af úrlausn kröfu um ógildingu fyrir mæla er varðar fleiri aðila en hann sjálfan. Vegna þess væri heppilegast að beina ógildingarkröfu að ákvörðun um laun viðkomandi forstöðumanns.

Þá gætu einstaka forstöðumenn farið fram á skaðabætur, einkum miskabætur, sbr. b-lið 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 og m.a. fyrirnefndan Hrd. 24. nóvember 2011 (162/2011) (úthlutun byggingarréttar) að uppfylltum skilyrðum skaðabótaábyrgðar. Slík málsókn gæti lotið að því að forstöðumaður hafi orðið fyrir ófjárhagslegu tjóni (miska) vegna þess að ráðuneytið hafi ekki gætt að réttindum hans samkvæmt stjórnslulögum við meðferð máls með þeim hætti að uppfyllt eru skilyrði b-liðar 1. mgr. 26. gr. skaðabótalaga.

Enn fremur gætu einstaka forstöðumenn farið fram á viðurkenningu samkvæmt 2. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, þ.á m. viðurkenningu á bótaábyrgð. Huga þyrfti vel að nákvæmu orðalagi kröfugerðar en í slíku viðurkenningarmáli væri unnt að láta reyna á að ráðuneytinu hafi borið að fylgja stjórnslulögum eða gæta að ákveðnum réttindum við meðferð máls.

Auk þessa gæti félagið mögulega höfðað mál sjálf á grundvelli 3. mgr. 25. gr. laga nr. 91/1991 sé skilyrðum þess ákvæðis og öðrum réttarfarsskilyrðum fullnægt. Ákvæðið hljóðar svo:

Félag eða samtök manna geta í eigin nafni rekið mál til viðurkenningar á tilteknum réttindum félagsmanna eða lausnar undan tilteknum skyldum þeirra, enda samrýmist það tilgangi félagsins eða samtakanna að gæta þeirra hagsmuna sem dómkrafan tekur til.

Reynist ráðuneytið hafa rétt fyrir sér um að ákvarðanir þess falli í flokk almennra stjórnvaldsfyrirmæla en ekki stjórnvaldsákvæðana yrði málsókn að taka mið af því. Þá myndi ógildingarkröfur almennt ekki koma til greina sökum skorts á lögvörðum hagsmunum en eftir sem áður væri unnt að láta reyna á bótakröfur og viðurkenningarkröfur.

Áður en slík málsókn er hafin þyrfti að huga vel að þeim búningi sem hún er klædd í sem og réttarfarsskilyrðum til að draga úr líkum á því að henni yrði vísað frá dómi.

IV Önnur atriði

Önnur atriði hafa ekki verið greind með tæmandi hætti en rétt þykir að vekja athygli á eftirfarandi.

i) Möguleiki á málamiðlun

Í fyrsta lagi má ítreka þann mögulega hvort unnt sé að ná markmiðum ráðuneytisins um hagkvæmni, skilvirkni og fleira samhliða því að fylgt sé fyrirmælum stjórnarsýslulaga í þessum málum.

ii) Gildissvið mannréttindareglna

Í öðru lagi er tekið fram í skjalinu um áformin að þau komi ekki inn á svið stjórnarskrár og þjóðréttarskuldbindinga. Þá segir í almennum athugasemdum í drögum að frumvarpinu:

Efni frumvarpsins kallar ekki á sérstaka skoðun á samræmi við stjórnarskrá og alþjóðlegar skuldbindingar.

Í því sambandi er tekið fram að hér hefur ekki verið tekin afstaða til þess hvernig það lagafyrirkomulag sem gildir um forstöðumenn horfir við atvinnufrelsisákvæðis 1. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar og félagafrelsisákvæði 74. gr. stjórnarskrárinnar sem og 11. gr. mannréttinasáttmála Evrópu. Reynist löggin vera innan gildissviðs framangreindra ákvæða getur það m.a. haft áhrif á þær kröfur sem eru gerðar til skýrleika lagaákvæða á þessu sviði. Í því sambandi getur skipt máli að forstöðumenn njóta hvorki sammingsfrelsis né verkfallsréttar. Auk þess má geta 2. mgr. 75. gr. stjórnarskrárinnar en þar segir að í lögum skuli kveða á um rétt manna til að semja um starfskjör sín og önnur réttindi tengd vinnu. Til samanburðar er vikið að þessum mannréttindareglum í almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 130/2016 (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7).

Gildissvið mannréttindareglna, þ.á m. um félags- og sammingsfrelsi, kann að hafa þýðingu fyrir þá lagabreytingu sem hér er lögð til, ekki síst ef hún hefur í för með sér að stjórnarsýslulögin gildi ekki lengur við meðferð umræddra mála. Ástæða þess er sú að réttaröryggisvernd í formi málsmeðferðarreglna getur haft þýðingu við mat á því hvort nægjanlega sé gætt að kröfum um meðalhóf við skerðingu mannréttinda. Feli lagabreyting í sér að dregið sé úr réttaröryggisvernd

forstöðumanna ríkisstofnana þá felur takmörkun á félags- og samningsfrelsi þeirra í sér meira inngríp en ella og enn ríkari ástæða þarf að vera fyrir hendi til að réttlæta það.

iii) Réttaröryggisrök mæla með því að láta stjórnarsýslulög gilda

Í þriðja lagi er rétt að minna á þau sjónarmið sem tíundið eru í áðurnefndu frumvarpi. Þar segir m.a. (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7):

En þrátt fyrir réttinn til að semja um starfskjör hefur löggjafinn þó talið þörf fyrir lögskipaðan úrskurðaraðila um launakjör sumra þeirra þar sem svo háttar til að launakjörin geta ekki ráðist af samningum á venjulegan hátt vegna eðlis starfanna eða samningsstöðu. Þau rök sem hafa verið færð fyrir því að hafa lögbundinn úrskurðaraðila eru í meginatriðum tvenns konar, annars vegar sé um að ræða þjööðkjörna menn og æðstu handhafa framkvæmdarvalds og dómsvalds og hins vegar sé um að ræða menn sem gegna störfum sem ekki fylgir samnings- eða verkfallsréttur vegna eðlis starfanna ýmist af öryggiástæðum eða vegna þess að þeir eru í fyrirsvari fyrir ríkið og þá fyrst og fremst í kjaramálum.

Þannig hefur verið ákveðið að m.a. forstöðumenn sem taka laun samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 séu í sérstakri stöðu vegna eðlis starfa sinna og þeir njóta ekki samningsfrelsis eða verkfallsréttar. Þess í stað er ákveðnum aðila falið samkvæmt lögum að ákveða laun þeirra einhliða. Vegna þessarar sérstöku stöðu sem forstöðumenn eru í þykir vera rík ástæða til þess að gæta að réttaröryggi þeirra. Almennt er betur gætt að réttaröryggi þegar stjórnarsýslulögin gilda um meðferð máls en þegar þau gilda ekki. Réttaröryggisrök mæla því með því að láta stjórnarsýslulögin gilda.

iv) Vafaatriði um önnur laun er starfi fylgja

Í fjórða lagi virðist settur umboðsmaður í áliti sínu vekja athygli á ákveðinni óvissu um það hvort önnur laun er starfi fylgja samkvæmt 1. mgr. 39. gr. a laga nr. 70/1996 eigi að byggjast á grunnmati starfs sem og að persónubundnir þættir geti ekki haft áhrif á þau laun. Orðalag ákvæðisins er ekki ljóst um þau álitæfni.

Í þessu sambandi má minna á forsögu ákvæðisins. 11. gr. laga nr. 120/1992 var breytt með 56. gr. laga nr. 70/1996 en því frumvarpi var breytt við meðferð þingsins. Eftir breytinguna hljóðaði 1. mgr. 11. gr. svo:

Kjaranefnd skal ákvarða föst laun fyrir dagvinnu og kveða á um önnur starfskjör. Hún úrskurðar hvaða aukastörf tilheyra aðalstarfi og hver beri að launa sérstaklega. Við ákvarðanir sínar getur nefndin tekið tillit til sérstakrar hæfni er nýttist í starfi og sérstaks álags sem starfinu fylgir.

Eins og orðalag ákvæðisins ber með sér var heimilt líta til m.a. „sérstakrar hæfni“ við „ákvarðanir“ kjaranefndar en meðal þeirra virðast hafa verið ákvarðanir um föst laun fyrir dagvinnu og um önnur starfskjör.

Sambærileg heimild var í 3. mgr. 9. gr. laga nr. 47/2006. Í 1. mgr. var kveðið á um að kjararáð ákvarði föst laun fyrir venjulega dagvinnu og önnur laun er starfinu fylgja sem og önnur starfskjör. Í 2. mgr. var m.a. fjallað um aukastörf. Þá sagði í 3. mgr.:

Við ákvarðanir sínar getur ráðið tekið tillit til sérstakrar hæfni er nýttist í starfi og sérstaks álags er starfinu fylgir.

Vaknar þá spurningin hvort vikið hafi verið frá því sem áður gildi með 39. gr. a laga nr. 70/1996. Í því sambandi er ástæða til að benda á að í athugasemdum við 1. gr. frumvarps þess er varð að lögum nr. 95/2017, en lögin færðu 39. gr. a laga nr. 70/1996 að meginstefnu til í það horf sem ákvæðið er í nú, sagði (148. löggj.þ., 2017-2018, þskj. 69.):

Við grunnmat starfa forstöðumanna skal einkum horft til umfangs og ábyrgðar. Lagt er til að ráðherra ákvarði jafnframt forsendur viðbótarlauna. Launagreiðslur fyrir önnur störf eru varanlegar og taka mið af sambærilegum þáttum og liggja til grundvallar við ákvarðanir kjararáðs um fjölda eininga. Þetta geta verið greiðslur fyrir sérstaka hæfni, sérstakt álag eða fyrir árangur í starfi. Viðbótarlaun eru hins vegar tímabundnar launagreiðslur sem greiddar eru til viðbótar föstum launum fyrir dagvinnu og öðrum launum vegna sömu þátta.

Af athugasemdunum verður ráðið að gert hafi verið ráð fyrir því að unnt væri að horfa til m.a. „sérstakrar hæfni“ og „árangurs í starfi“ þegar tekin væri ákvörðun um launagreiðslur fyrir önnur störf og væri það sambærilegt því sem sem lagt væri til grundvallar við ákvarðanir kjararáðs um fjölda eininga.

v) Upplýsingar um fyrirkomulagið í Danmörku og Noregi

Í fimmta lagi er rétt að vekja athygli á því að farið er nokkrum orðum um það fyrirkomulag sem ríkir í Danmörku og Noregi í almennum athugasemdum við frumvarp það er varð að lögum nr. 130/2016 (146. löggj.þ., 2016-2017, þskj. 7). Eins og fram kemur í athugasemdunum var norska leiðin „höfð til hliðsjónar á nýrri tilhögun launaákvörðunar“. Þannig kemur m.a. fram

að danska útfærslan gangi út frá rammasamningi milli fjármálaráðuneytis og heildarsamtaka ríkisstarfsmanna, að samningurinn nái til afmarkaðs hóps sem er ákveðið í fjárlögum og samningsumboðið er hjá veitingavaldshafa. Norska útfærslan gangi út frá rammasamningi milli nýsköpunar-, stjórnarsýslu- og kirkjuráðuneytis og heildarsamtaka ríkisstarfsmanna, að samningurinn nái til afmarkaðs hóps sem er ákveðinn í samningi og að ákvörðunarvaldi sé skipt milli aðila.

Einnig má benda á að fjallað er um fyrirkomulag launaákvæðana annars staðar á Norðurlöndunum í III. kafla almennra athugasemda við frumvarp það er varð að lögum nr. 120/1992 (116. löggj.þ., 1992, þskj. 47). Vegna þess sem fram hefur komið í samskiptum mínum við Félag forstöðumanna ríkisstofnana tek ég þessar upplýsingar upp í heild sinni hér þótt þær séu komnar til ára sinna:

Svíþjóð.

- Launakjör ríkisstarfsmanna ráðast í meginatriðum af kjarasamningum.
- Launakjör þingmanna eru ákveðin með lögum.
- Launakjör ráðherra ákvarðast af sérstakri launanevnd (statsráðslönenämnd).
- Launakjör hæstaréttardómara ákvarðast af launanevnd sem sérstaklega er ætlað að ákvarða launakjör forstöðumanna (chefsloänenämnd). Nefndina skipa fulltrúar launþega og ríkisins.
- Launakjör héraðsdómara ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör ráðuneytisstjóra ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör framkvæmdastjóra stórfyrirtækja ákvarðast af ríkisstjórninni.
- Launakjör presta ákvarðast af kjarasamningum.

Þingmenn, ráðherrar, hæstaréttardómarar, héraðsdómarar og framkvæmdastjórar stórfyrirtækja fá engar aðrar greiðslur en mánaðarlaun. Aðrir tilgreindir embættismenn kunna að fá yfirvinnugreiðslur og óþægindagreiðslur í samræmi við umsamdar aukagreiðslur til annarra.

Noregur.

- Launakjör ríkisstarfsmanna ákvarðast í meginatriðum af kjarasamningum.
- Launakjör þingmanna eru ákveðin með lögum.
- Launakjör ráðherra eru ákveðin í lögum.
- Launakjör hæstaréttardómara eru ákveðin í lögum.
- Launakjör lægra settra dómara ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör biskups og presta ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör forstöðumanna stærri fyrirtækja og stofnana eru ákveðin utan kjarasamninga.
- Launakjör annarra forstöðumanna ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör ráðuneytisstjóra eru ákveðin utan kjarasamninga.

Danmörk.

- Launakjör ríkisstarfsmanna ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör þingmanna ákvarðast í lögum.
- Launakjör ráðherra eru ákveðin í lögum.
- Föst laun og breytilegar aukagreiðslur til forstöðumanna og æðri embættismanna eru ákveðin í kjarasamningum.

Finnland.

- Launakjör ríkisstarfsmanna ákvarðast í meginatriðum af kjarasamningum.
- Laun þingmanna ákvarðast í lögum.
- Laun ráðherra eru ákveðin í lögum.
- Laun forseta hæstaréttar og forseta æðsta stjórnarsýsludómstóls Finnlands eru ákveðin í lögum.
- Laun annarra dómara ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör biskups og presta ákvarðast af kjarasamningum.
- Launakjör forstöðumanna stærri fyrirtækja og æðri embættismanna ákveðast utan kjarasamninga.

Þá fylgdi með frumvarpi til laga sem urðu að lögum nr. 130/2016 álitsgerð Ragnhildar Helgadóttur (fylgiskjal III) þar sem m.a. er vísað til upplýsinga sem fylgdu með frumvarpi því er varð að lögum nr. 120/1992.

Fyrirvari

Ekki hafa verið greindar allar ákvarðanir sem teknar eru á grundvelli 39. gr. a laga nr. 70/1996 og þær bornar saman við ákvarðanir sem kjararáð tók áður (og umboðsmaður Alþingis lagði til grundvallar að stjórnarsýslulögin giltu um). Til þess þyrfti meiri svigrúm. Ofangreindar röksemdir byggja á þeirri könnun sem var unnt að gera á þeim tíma sem fór í verkefnið. Þá hafa ekki verið rannsökuð til hlítar öll helstu álit umboðsmanns um ákvarðanir og málsmeðferð kjararáðs en meðal þeirra eru eftirfarandi: 6540/2011, 7172/2012, 3099/2000 (leiðrétting á ellilífeyri), 7081/ 2012 (endurskoðun launa), 2217/1997 (vísun launaákvörðunar til kjaranefndar), 2973/2000 (mat á störfum prófessors) þar sem rökstuðningsregla 22. gr. stjórnarsýslulaga var talin eiga við, 2953/2000 (mat á störfum prófessors) þar sem fjallað var um 13. og 22. gr. stjórnarsýslulaga, 2471/1998 (laun prófessora) þar sem vísað var til 3. mgr. 9. gr. stjórnarsýslulaga, 2271/1997 og 2272/1997 (skrifstofustjórar) þar sem fjallað var um aðgang að gögnum samkvæmt 15. og 16. gr. stjórnarsýslulaga og rökstuðningsreglu 22. gr. sömu laga, 2606/1998 (laun forstjóra) þar sem tekið var fram að um matskennda stjórnvaldsákvörðun væri

að ræða og fjallað var m.a. um jafnræðisreglu 11. gr. og rökstuðningsreglu 22. gr. stjórnslulaga sem og leiðbeiningar samkvæmt 20. gr. og aðgang að gögnum samkvæmt 15. gr. sömu laga og 2903/1999 (mat á störfum prófessors) þar sem m.a. var fjallað um 15. og 17. gr. stjórnslulaga.

Hafsteinn Dan Kristjánsson