

# Tímarit

---

# LÖGRÉTTU

---

1.-2. hefti - 13. árg. 2017

## Nýtt millidómstig – Landsréttur

» *Viðtöl við Hervöru Lilju Þorvaldsdóttur forseta Landsréttar, Markús Sigurbjörnsson hæstaréttardómara og Kristínu Haraldsdóttur lektor við lagadeild HR*

## List í dómsal II í Hæstarétti

Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
*Almættið vakir yfir réttlætinu*

Þór Jónsson, Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
*Fylgst með framkvæmd réttvísinnar*

## Annað efni

» Sigurður Tómas Magnússon  
*Nýtt millidómstig*

» Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
*Dómstólaskipan á Íslandi*

» Arnar Þór Jónsson, Dr. Renata Martins  
*Lýðskrum og réttarríki*

» Kári Hólmar Ragnarsson  
*Allt kann sá er hófið kann. Um inntak stjórnskipulegrar meðalhófsreglu*

» Dr. Bjarni Már Magnússon, Arnar Þór Jónsson  
*Gildissviðsgatasigti*

» Stefán A. Svensson, Diljá Helgadóttir  
*Gildi ábyrgða og annmarkar á greiðslumati*

» Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
*Fúkyrði eða fullyrðing*

» Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
*Gróska í bókaútgáfu*

Ábyrgðarmaður: *Arnar Þór Jónsson*

Útgefandi: *Tímarit Lögrétta*

Prentvinnsla: *Litlaprent ehf.*

[ritstjorn@timarit.logretta.is](mailto:ritstjorn@timarit.logretta.is)

[www.timarit.logretta.is](http://www.timarit.logretta.is)

ISBN 978-9979-72-750-7

ISSN 1670-5300

Ritryndar greinar í tölublaði þessu hafa staðist þær fræðilegu kröfur sem gerðar eru samkvæmt leiðbeiningar- og ritrynireglum Tímarits Lögrétta.

---

## Ritstjórn

---

Arnar Þór Jónsson ritstjóri

Svala Ísfeld Ólafsdóttir ritstjóri

Eiríkur Elís Þorláksson

Sigríður Árnadóttir

Stefán Eiríksson

---

## Framkvæmdastjóri

---

Þór Jónsson

---

## Heiðursritnefnd

---

Bryndís Hlöðversdóttir

Davíð Þór Björgvinsson

Guðmundur Alfreðsson

Ingibjörg Benediksdóttir

Ingveldur Einarsson

Jakob Þ. Möller

Jóhann Hjartarson

Ragnar Aðalsteinsson

Ragnheiður Harðardóttir

Ragnhildur Helgadóttir

Sigríður Friðjónsdóttir

Símon Sigvaldason

---

## Útgáfustjóri

---

Kristján Óli Ingvarsson

---

## Útgáfunefnd

---

Berglind Einarsson

Davíð Reginsson

Hjalti Jón Guðmundsson

---

## Umbrot

---

Litlaprent ehf.

---

## Ljósmyndari

---

Hjalti Þór Davíðsson

---

## Prentvinnsla

---

Litlaprent ehf.

# Efnisyfirlit



4 » Frá ritstjóra  
Styrkar burðarstoðir

## List í dómsal II

14 » Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
Almættið vakir yfir réttlætinu

16 » Svala Ísfeld Ólafsdóttir, Þór Jónsson  
Fylgst með framkvæmd réttvísinnar

## Landsréttur

24 » Arnar Þór Jónsson, Þór Jónsson  
Viðtal við Hervöru Lilju Þorvaldsdóttur

32 » Arnar Þór Jónsson, Þór Jónsson  
Viðtal við Markús Sigurbjörnsson

44 » Arnar Þór Jónsson  
Viðtal við Kristínu Haraldsdóttur



---

### Annað efni

50 » Sigurður Tómas Magnússon  
Nýtt millidómstig

104 » Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
Dómstólaskipan á Íslandi

120 » Arnar Þór Jónsson, Dr. Renata Martins  
Lýðskrum og réttarríki

150 » Kári Hólmar Ragnarsson  
Allt kann sá er hófið kann. Um inntak stjórnskipulegrar  
meðalhófsreglu

216 » Dr. Bjarni Már Magnússon, Arnar Þór Jónsson  
Gildissviðsgatasigti

264 » Stefán A. Svensson, Diljá Helgadóttir  
Gildi ábyrgða og annmarkar á greiðslumati

298 » Dr. Davíð Þór Björgvinsson  
Fúkyrði eða fullyrðing

304 » Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
Gróska í bókaútgáfu. Fjögur ný fræðirit

## Frá ritstjóra

# Styrkar burðarstoðir

---

### » Arnar Þór Jónsson

lektor við lagadeild HR

---

**Þ**ótt hafa megi hástemmd orð um kosti lýðræðisins verður ekki horft fram hjá því að það er að ýmsu leyti ófullkomið stjórnar-  
fyrirkomulag. Lýðræðið er engin trygging fyrir réttlátri stjórn. Í framkvæmd getur lýðræðið verið þunglamalegt og breytingar þar af leiðandi hægfara. Þar sem lýðræði byggir á almennri þátttöku kjósenda ber það ennfremur með sér vissa hættu á misnotkun.

Lýðræðið byggir á þeim grunni að kjósendur umgangist kosningarétt sinn af ábyrgð og ígrundi vandlega þá valkosti sem bjóðast í kosningum. Ekkert af þessu er þó sjálfgefið. Þvert á móti mætti lýsa tilurð og tilvist friðsamlegra samfélaga sem hálfgerðu kraftaverki, sem ekki má vanmeta. Í umræðu um lýðræðið má ekki horfa algjörlega fram hjá því hvernig það hefur verið misnotað af mógæsingarmönnum. Hætti kjósendur og stjórnámálemenn að umgangast lýðræðislegt hlutverk sitt af tilhlýðilegri skyldurækni er viðbúið að hin lýðræðislega draumsýn verði lýðskrumi að bráð. Lýðskrum hefur fylgt lýðræðinu frá upphafi sem háskalegur fylgífiskur. Lýðskrum er því ekki nýtt fyrirbæri, þótt nýyrðið „popúlismi“ kunni að gefa því yfirbragð nýjabrums



*Dómhús Landsréttar að Vesturvör í Kópavogi.*

í stjórn málaumræðum hér á landi. Nú sem fyrr stafar lýðræðinu ógn af misnotkun ófyrirleitinna manna, sem með tungulipurð lofa kjósendum gulli og grænum skógum, en hugsa þó mest um að ná sjálfir völdum.

Meðan ekki hafa verið settir fram betri valkostir en lýðræðið þurfa menn þó að gera það besta úr því fyrirkomulagi og standa vörð um æðstu hugsjónir þess. Í því felst meðal annars viðurkenning á því að lýðræðið má vera svífaseint – og að það eigi raunar að vera svífaseint. Hægfara breytingar eru hluti af þeirri valdatakmörkun sem þrískipting ríkisvaldsins hefur í för með sér. Stjórnarskráin og stjórnskipunin í heild á að standa vörð um þá temprun valdþátta sem þriggreining ríkisvaldsins leiðir af sér. Samkvæmt þessu má telja það kost frekar en galla að breytingar verði ekki framkallaðar á einni nóttu. Meðganga og yfirvegum eru í flestum tilvikum til bóta. Dæmin sanna að vísu að ytri aðstæður, þ.m.t. efnahagskreppur og annars konar ógnir, geta fætt af sér sterkt ákall almennings á skjót viðbrögð stjórnvalda. Slíkt andrúmsloft skapar kjöraðstæður fyrir lýðskrumara, sem vilja hagnýta sér útbreidda

óánægju með því tala eins og þeir séu fulltrúar almennings, en ekki t.d. spilltra valdaafla. Slíkir menn boða einföld svör og skyndilausnir. Andspænis slíkum málflutningi er sérstaklega mikilvægt að standa vörð um undirstöður lýðræðis. Lýðræðislegt stjórnarfar byggist ekki á múgæði, tilfinningasemi né töfralausnum, heldur á skapandi hugsun, frjórri rökræðu og vitsmunalegum skoðanaskiptum. Þetta fyrirkomulag er vissulega oft langdregið og jafnvel sársaukafullt, en það dregur þó stórlega úr líkunum á því að menn gangi af lýðræðinu dauðu með því að halda fram staðleysum. Sagan sýnir að þegar lýðræðið deyr er stutt í alræði með tilheyrandi valdbeitingu og ógn. Í þessu samhengi má segja að hættulegasta hugsunin sé sú sem miðar að því að stöðva aðra hugsun.

Framangreind atriði eru gerð að umtalsefni í grein sem við Dr. Renata Martins ritum í þetta tölublað. Markmiðið með þeirri grein er ekki síst að minna á nauðsyn þess að stjórnsmál og lagasetning hefji sig upp yfir þær freistingar og þá lágkúru sem lýðskruminu eru samfara. Þegar þetta er ritað hefur ný ríkisstjórn Framsóknarflokks, Sjálfstæðisflokks og Vinstri-grænna tekið við völdum. Meðan stjórnarsáttmálinn var í smíðum bar nokkuð á gagnrýni frá öðrum flokkum eins og vænta mátti. Meiri athygli vakti gagnrýni frá kjósendum stjórnarflokkanna sjálfra, sem sumir hverjir virtust telja samstarf við „höfuðandstæðinginn“ fela í sér einhvers konar drottinsvik. Þetta sjónarmið er mjög í anda þeirra stjórnsmála sem lengi hafa tíðkast hérlandis, þar sem andstæðingnum er kennt um allt sem miður fer. Tvíhyggja af slíku tagi, þar sem annar gefur sig út fyrir að hafa öll svör á meðan hugmyndir andstæðingsins eru sagðar vera ávísun á hamfarir, er ekki sérlega trúverðug í heimi sem tekur stöðugum breytingum. Skotgrafarhernaður af framangreindu tagi hefur heldur ekki orðið til þess að auka trúverðugleika stjórnsmálamanna, heldur þvert á móti. Á meðan vinstri menn hafa verið málsvarar aukinnar miðstýringar hafa hægri menn boðað aukið einstaklingsfrelsi. Í ljósi þeirra umskipta sem orðið hafa – og fyrirsjáanleg eru – í atvinnulífi, menningu og mannlífi, blasir við að hvorugur framangreindra kosta dugar til að mæta öllum áskorunum íslensks þjóðfélags. Róttæk einstaklingshyggja grefur undan samstöðu og samkennd, en stirðbusalegar stofnanir ríkisvaldsins búa



við þau örlög að vera ætíð skrefi á eftir samfélagsþróuninni. Hvorug leiðin veitir tæmandi svör við fjölþættum áskorunum nútímans. Þrátt fyrir augljósar takmarkanir beggja valkosta hafa menn of lengi forðast að horfast í augu við þær takmarkanir. Miðstýrð forsjárhyggja er til þess fallin að draga úr ábyrgðartilfinningu manna gagnvart sjálfum sér og öðrum. „Kerfinu“ er þá ætlað að gangast undir þá byrði sem áður hvíldi á einstaklingum, fjölskyldum og nærsamfélagi. Ótæpileg áhersla á frelsi einstaklingsins undan tilkalli fjölskyldu, samfélags og trúar felur í sér þá áhættu að samfélagsleg bönd trosni með þeim afleiðingum að einsemd, einangrun og furring taki við.

Þrátt fyrir að Íslendingar hafi notið mikils meðbyrs í efnahagslegu tilliti síðustu ár eru ýmsar blikur á lofti, sem hvetja til varúðar. Samhliða einstaklingsbundum áherslum verður þjóðfélagið sífellt margslungnara og samnefnurum fækkar. Á sama tíma njóta lykilstofnanir ríkisins lítills trausts og hafa margar hverjar átt erfitt með að sinna lögbundnu hlutverki sínu, hvað þá að marka stefnu til framtíðar. Engu að síður hefur verið haldið áfram að hlaða verkefnum á stofnanir ríkisins og koma nýjum á fót þrátt fyrir augljósa vangetu hins opinbera til að sinna öllum málaflokkum svo vel sé. Áhersla á miðstýringu getur einnig verið hvati til félagslegrar sundrunar og þess að menn firri sig borgaralegri ábyrgð. Þetta hljómar ekki fallega en er á sinn hátt afleiðing þeirra áherslna sem einkennt hafa stjórn málin um of langt skeið.

Með því að taka upp samstarf yfir miðju stjórn mála opnast möguleikar á fjóu samtali um sameiginlegar lausnir, þar sem nýta má það besta úr hvorum hugmyndaheimi um sig. Í stað þess að hugsa þessar lausnir aðeins út frá einstaklingnum annars vegar og ríkisvaldinu hins vegar mætti freista þess að styrkja hina raunverulegu innviði samfélagsins sem birtast á hinu breiða sviði þarna á milli. Sterkt samfélag, hagvöxtur og blómlegt menningarlíf verður ekki til án sterkra fjölskyldna, almennrar atvinnuþátttöku, fjölþættrar menntunar með áherslu á gagnrýna hugsun, virkra félagasamtaka, auk þátttöku í félagslífi og hvers kyns starfi sem stuðlar að andlegum þroska mannsins.

Lýðræði og lýðfrjálst samfélag er aldrei án veikleika, áhættu og viðvarandi ógna. Besta svarið við þeim áskorunum er að styrkja burðarstoðirnar sem hér hafa verið gerðar að umtalsefni, þannig að unnt sé að nýta þær sem kjölfestu til framtíðar.

### Um efni blaðsins að öðru leyti

Það hefti Tímarits Lögréttu sem hér lítur dagsins ljós er mjög efnismikið, svo efnismikið raunar að það sameinar bæði 1. og 2. tbl. 13. árgangs tímaritsins. Meginumfjöllunarefni blaðsins að þessu sinni eru dómstólarnir og þó sérstaklega sú nýskipan á sviði dómstólaskipunar og réttarfars sem gengur í gildi í ársbyrjun 2018.

Sigurður Tómas Magnússon skrifar ítarlega grein um millidómstigið og þær lagabreytingar á sviði dómstólaskipunar og réttarfars sem standa fyrir dyrum. Sigurður fjallar um markmið lagasetningarinnar og þær áskoranir sem hin nýja tilhögun mun óhjákvæmilega hafa í för með sér. Taka má undir það með Sigurði að miklu skiptir að breytingarnar verði til þess að auka traust á dómstólunum og stuðla að réttarröryggi. Allir landsmenn hljóta því að binda miklar vonir við hið nýja millidómstig.

Grein Davíðs Þórs Björgvinssonar um sögu dómstólanna kallast á við grein Sigurðar og því er bæði fróðlegt og gagnlegt að lesa þessar tvær greinar í samhengi. Davíð samdi greinina upphaflega árið 1995 í tilefni af sjötíu og fimm ára afmæli Hæstaréttar. Hún var síðar birt á heimasíðu Hæstaréttar Íslands, en birtist hér nú á prenti.

Í tengslum við stofnun Landsréttar er rætt við Hervöru Þorvaldsdóttur, forseta Landsréttar, og Kristínu Haraldsdóttur, lektor við lagadeild HR, sem í aðdraganda stofnunar Landsréttar annaðist verkefnastjórn viðvirkjandi nýskipun dómstóla hér á landi. Síðast er ekki síst er í þessu sambandi rætt við Markús Sigurbjörnsson hæstaréttardómara, sem reynslu sinnar vegna hefur mikla yfirsýn yfir stöðu og starfsemi íslenskra dómstóla.

Annað efni í blaðinu er fjölbreytt. Kári Hólmar Ragnarsson skrifar um stjórnskipulega meðalhófsreglu og mikilvægi hennar við úrlausn ágreiningsmála um takmarkanir á stjórnarskrárvörðum réttindum. Kári gagnrýnir íslenska dómaframkvæmd á þessu sviði og telur skorta á samræmi og skýrleika.

Diljá Helgadóttir og Stefán A. Svensson birta hér grein um kröfuábyrgð einstaklinga til tryggingar á lánum. Greinin byggir á ritgerð sem Diljá skrifaði í laganámi sínu undir leiðsögn Stefáns. Í greininni er fjallað um það hvenær annmarkar á greiðslumati hafa áhrif á skuldbindingargildi ábyrgða og álitaefni skoðuð út frá dómaframkvæmd Hæstaréttar.

Þá er í blaðinu að finna grein eftir okkur Bjarna Má Magnússon um gölluð gildissviðsákvæði íslenskra laga er lúta að yfirráðasvæði og lögsögu íslenska ríkisins.

Undir efnisheitinu „Lagaþræðir“ ritar Davíð Þór Björgvinsson um dóm Mannréttindadómstóls Evrópu í meiðyrðamáli Egils „Gilzenegger“ Einarssonar, sem vakið hefur miklar umræður hér á landi.

Auk framangreinds er hér að finna fróðleg viðtöl við listamenn sem komu að hönnun dómsalar II í Hæstarétti Íslands og að síðustu eru kynntar fjórar bækur sem kennarar við lagadeild HR hafa nýverið gefið út.

Eins og blað þetta ber væntanlega með sér hefur útgáfa þess útheimt mikla vinnu. Ritstjórn, ritnefnd og ritrýnum eru færðar innilegar þakkir fyrir sitt framlag. Sérstakar þakkir fær Þór Jónsson fyrir óeigingjarnt starf í þágu blaðsins.

Arnar Þór Jónsson



Útgáfustjórn. Efri röð f.v.:  
Þór Jónsson og Kristján Óli Ingvarsson.  
Neðri röð f.v.: Hjalti Jón Guðmundsson,  
Davíð Reginsson og Berglind Einarisdóttir.

# samskip

---

 andat  
LÖGMANNSSTOFA

 fons  
juris

---

**juris**

Borgartúni 26  
IS 105 Reykjavík  
+354 580 4400  
[www.juris.is](http://www.juris.is)

---

# List í dómsal II





# Almættið vakir yfir réttlætinu

Ér ég heimsótti vinkonu mína, Sigrúnu K. Baldvinsdóttur lögfræðing, á heimili hennar í Greenwich, Connecticut, 7. maí 2017, kynnti hún mig fyrir frænku sinni, Svövu Björnsdóttur, sem stödd var hjá henni. Þegar við Svava tókum tal saman kom í ljós að Svava var listakona og þurfti ég að viðurkenna fyrir henni að ég þekkti hvorki til hennar né verka hennar. Ég undrast það núna eftir að hafa kynnt mér feril Svövu. Hún á merkan listaferil að baki, bæði hér á landi og ekki síður erlendis þar sem hún hefur fengið viðurkenningar fyrir list sína. Þá var hún valin borgarlistamaður árið 1990. Þegar þetta er skrifað stendur fyrir dyrum sýning á verkum Svövu í París á vegum Appart\_323 sem ber heitið Spegln/Réflexion.

Ég bað Svövu um að segja mér frá list sinni og í samtali okkar kom fram að hún ætti listaverk í dómhúsi Hæstaréttar Íslands. Þetta vakti forvitni mína. Ég spurði Svövu nánar út í verkið. Hún sagði að það væri úr gífsi og hefði verið komið fyrir í vegg inni í dómsal II. Þetta er kuðungur að sögn Svövu, spírall, sem minnir á hlust eða eyra. Ég mundi glöggft eftir því. Áhrifamikið verk sem vekur með manni þá tilfinningu að almættið hlusti á það sem fram fer í dómsalnum.

Eftir að hafa eytt þessum sunnudegi með Svövu í Greenwich hugsaði ég með mér að gaman væri að kynna verk hennar í húsi Hæstaréttar fyrir lesendum Tímarits Lögréttu. Margir lögfræðingar stíga aldrei fæti inn í Hæstarétt og hafa ekki átt þess kost að sjá eða njóta þeirra listmuna sem dómhúsið geymir.





*Frá vinstri: Svava Björnsdóttir, Signý Kolbeinsdóttir (dóttir Svövu), Sigrún K. Baldvinsdóttir og Svala Ísfeld Ólafsdóttir.*

Ég hafði samband við Svövu og ákváðum við að hittast í Hæstarétti í þeim tilgangi að taka mynd af henni við listaverkið. Eftir nánari íhugun varð ljóst að sú umfjöllun kallaði jafnframt á að sagt væri frá þakglugga, sem er að finna í dómsal II og arkitektar hússins teiknuðu. Glugginn, sem þjónar því hlutverki að veita birtu inn í dómsalinn, er miklu meira en gluggi. Hann er áhrifamikið listaverk á sinn hátt. Hann er eins og auga og fær maður þá tilfinningu að almættið fylgist með þeim sem flytja mál fyrir dómstólnum.

Þetta leiddi til þess að við Þór Jónsson hittum Svövu og arkitektana Steve og Margréti í Hæstarétti til að taka myndir og síðan á starfsstöð Steve og Margrétar á Smiðjustígnum, þar sem við fengum þau til að segja okkur frá hugsuninni að baki verkunum og táknræna merkingu þeirra.

**Svala Ísfeld Ólafsdóttir**



# Fylgst með framkvæmd réttvísinnar

---

» Skyggst inn í dómsal II í Hæstarétti Íslands

---

Í dómsal II í Hæstarétti Íslands kallast á hlust og auga. Dagsljósið leitar ofan um kringlótt op sem liggur í gegnum þriðju og efstu hæð dómhússins niður í salinn á annarri hæð. Er þetta hið alsjáandi auga sem fylgist með framkvæmd réttvísinnar? Á veggnum er svo listaverk sem líkist hlust. Því hefur verið sagt að bæði sé horft á málflytjendur í þessum dómsal um opið í loftinu og hlustað á þá gegnum hlustina í veggnum.

Listaverkið er eftir Svövu Björnsdóttur en það var hannað í samvinnu við arkitektana tvo á byggingarstigi hússins, Margréti Harðardóttur og Steve Christer í Studio Granda.

- Verkið heitir ekki hlust, segir Svava, en ef það heitir eitthvað, þá heitir það hlust. Menn vilja alltaf fá nöfn á verk. Ég hef aldrei litið þannig á það, sem eyra eða heyrn, og það var ekki fyrr en verkið var komið þarna á sinn stað að mönnum datt í hug að veggurinn væri að hlusta, veggirnir hefðu eyru.

Við hittumst öll á arkitektastofu Steve og Margrétar við Smiðjustíg í miðbæ Reykjavíkur til að forvitnast um dómsal II. Í honum eru flutt mál fyrir þremur dómurum, hinni svonefndu B-deild, sem er skipuð þeim dómurum Hæstaréttar sem skemmstan hafa starfsaldur.

*En hafa þeir almættið sér til halds og trausts? Hver var hugsunin með listaverkinu í upphafi?*

- Það er góð spurning, svarar Svava. Stundum er erfitt að átta sig á hvaðan hugmyndir koma. Kannski er þetta eitthvað sem maður hefur í förum sínum án þess að gera sér grein fyrir því. Ég veit það ekki, þetta bara gerðist svona. Verkið gefur það í skyn að þetta sé hlust þarna í veggnum, alveg eins og augað, þótt það sé bara þakgluggi. Ég lít á minn þátt í þessu rými sem verk. Ég bjó þetta til á vinnustofu minni úti í bæ og kom því fyrir þarna í húsinu.

Margrét tekur við:

- Þetta var samvinna. Lögmannafélagið nálgadist okkur og við hittumst og förum að bera saman hverjir væru góðir í svona rými. Ragnar Aðalsteinsson hæstaréttarlögmaður var þá formaður og í okkar samræðum kom fram að hann var sannfærður um að rétt væri að leita til Svövu. Við fundum svo út að þetta var besta leiðin. Þetta byrjaði á því að við vorum að velta því fyrir okkur hvað ætti að vera þarna, en svo var það einhuga niðurstaða að leita til Svövu.

- Þetta varð að vera úr efni sem stæðist tímans tönn, bætir Svava við. Mín verk eru yfirleitt mótuð úr pappír og þola þar af leiðandi ekki mikið hnjask. En ég hef mikið unnið með gifs sem ég notaði um árabíl í mót fyrir pappírsverkin. Þess vegna lá beinast við að nota gifs í þetta verkefni. Það voru út af fyrir sig ekki gerðar kröfur. Þetta fæddist bara úr okkar samtali.

*- En augað, er það auga?*

- Alveg eins, segir Steve. Þetta byrjaði með hlustinni, verkið er eins og kuðungur í laginu, og glugginn er ekki bókstaflega auga heldur



*Svava Björnsdóttir horfir til himins. Á myndinni má jafnframt sjá arkitektana Steve og Margrét.*

aðferð til að leiða birtu inn í rýmið. Þetta spilar skemmtilega saman og ég vil ekki hafa áhrif á hvernig fólk sem sér þetta túlkar það sem það sér.

- Þetta auga kom að sumu leyti af sjálfu sér, segir Margrét. Þarna átti að vera lítill dómsalur inni í kjarna hússins og við létum okkur detta í hug að beina birtu niður um þessa keilu sem liggur í gegnum skrifstofurnar á hæðinni fyrir ofan. Okkur fannst í raun viðeigandi að hafa auga sem fylgdist með þeim sem eru að flytja mál sitt.

- Kannski var svolítið ómeðvitað að þetta varð svona, segir Steve. Ég held að það hafi ekki kviknað neitt samtal milli þessara tveggja verka fyrr en húsið var tilbúið. Þetta bara gerðist.

- Í upphafi var bara mikilvægt að beina birtu inn í salinn og við Steve lögðum áherslu á að ljósið félli á þann sem flytur mál sitt. Svo kemur hitt síðar, meðal annars hugmyndir um að lögmaðurinn verði

meðvitaður um að það sé eitthvað hærra þarna uppi sem er æðra dómurunum.

- Ekki bara það, segir Steve, það er líka gott að muna þarna innan fjögurra veggja dómsalarins að það er verið að fjalla um raunheiminn fyrir utan.

Á veggnum á bak við dómarana er skjaldamerki Íslands, hvítt að lit eins og veggurinn. Fáni til hliðar gefur rýminu lit. Eins og í stóra dómsalnum takast á mjúkar ávalar línur og hvöss horn. Þetta á að tákna hrásлага lífsins, segir okkur dómvörður síðar, þeirra aðstæðna og atvika sem koma til kasta réttarins, andspænis hinum hreinu og tæru dráttum laganna. Þetta geti þó líka verið öfugt, lögin hrá og harkaleg andspænis hinum finu dráttum lífsins.

Steve segir að lögin séu sveigjanleg.

- Þau sæta túlkun, en samt eftir strangri aðferðarfræði dómara. Þess vegna er salurinn hornréttur að sjá úr sæti dómara.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir  
Þór Jónsson

### **Svava Björnsdóttir**

*Svava Björnsdóttir, f. 1952, hóf listferil sinn á áttunda áratugnum og vakti fljótt athygli fyrir persónulega skúlptúra úr óvenjulegum efni við. Í grein eftir Rögnu Sigurðardóttur listfræðing sem birtist í bókinni ICELANDIC ART TODAY segir að list hennar blúi yfir eiginleikum lágmynda, málverka og rýmisverka og að hún leiki sér með mörkin þar á milli.*

### **Margrét Harðardóttir og Steve Christer**

*Arkítektarnir Margrét Harðardóttir, f. 1959, og Steve Christer, f. 1960, voru höfundar verðlaunatillögunnar sem Hæstiréttur Íslands var byggður eftir. Margrét og Steve kynntust í Architectural Association í London árið 1982 og stofnuðu Studio Granda árið 1987. Verkefni stofunnar hafa verið af ýmsum toga, heima og erlendis.*



*Á vinnustofu Steve og Margrétar. Fr.v.: Margrét Harðardóttir, Þór Jónsson, Steve Christer og Svava Björnsdóttir.*

# Landsréttur









# Dómskerfið hefur verið þjakað af álagi

---

» Viðtal við Hervöru Lilju Þorvaldsdóttur forseta Landsréttar

---

**A**dómarafundi nýskipaðra dómara við Landsrétt Íslands sumarið 2017 var Hervör Lilja Þorvaldsdóttir kjörin forseti réttarins. Hervör hefur lengst af á sínum starfsferli sinnt dómstörfum í héraði, bæði í Reykjavík og á Vesturlandi, en með því að fara sig um set yfir í Landsrétt og taka þar við embætti dómsforseta stendur Hervör á tímamótum. Sem forseti réttarins ber Hervör hitann og þungann af því undirbúningsstarfi sem óhjákvæmilega þarf að fara fram áður en rétturinn tekur formlega til starfa 1. janúar 2018.

- Það er margt í gangi á sama tíma núna, segir Hervör. Huga þarf að fyrirkomulagi réttarins, húsnaði, heimasíðu o.fl.

Verkefnalistinn er langur því að tilkoma nýs áfrýjunarréttar markar tímamót í íslenskri réttarsögu og umbyltingu á dómstólaskipan landsins. Hervör segir að víst sé að mörgu að huga þegar kemur að því að undirbúa og móta starfsemi Landsréttar. Viðfangsefni Herverar

og samstarfsfólks hennar lýtur á þessu stigi m.a. að því að móta viðmið og reglur um málsmeðferð fyrir Landsrétti. Í því sambandi þarf að huga að margvíslegum atriðum, allt frá ytri umgjörð réttarins til daglegrar vinnu sem þar mun fara fram. Í síðarnefnda samhenginu þarf að sögn Hervarar m.a. að gefa gaum að formlegri uppsetningu dómsniðurstaðna Landsréttar, sem og öðru er varðar hina daglegu starfsemi svo sem ræðutíma lögmanna o.fl.

Á borðinu á milli okkar eru tveir búrgundarrauðir efnisbútar, sýnis-horn af efni sem verið er að velja í skikkjur dómaraanna í Landsrétti. Þeir bera vitni um að nýkjörinn forseti réttarins hafi í mörg horn að líta, jafnt í stóru sem smáu.

-Við munum þurfa að skapa okkur einhverja sérstöðu í þessum efnum gagnvart öðrum dómstigum. Oft er ákveðin sýmbólík í þessu. Ég mun gera tillögur í þessum efnum og bera það undir dómarahópinn.

Rauði liturinn er að sögn Hervarar sá sami og notaður er í dómarskikkjum í nágrannalöndum okkar, a.m.k. í Danmörku, Noregi og Þýskalandi. Hervör segir þetta enn vera til skoðunar.

### **Sterkur dómarahópur**

Þrátt fyrir annir í aðdraganda þess að Landsréttur taki formlega til starfa var Hervör þó svo vinsamleg að gefa sér tíma til að rabba við fulltrúa Tímarits Lögréttu. Við hittum hana á skrifstofu hennar í septembermánuði síðastliðnum og spurðum um afstöðu hennar til aðdraganda og umræðunnar og deilnanna um skipan dómara.

- Það er auðvitað aldrei gott ef það stendur styrr um dómstólanna. Reynslan hefur þó sýnt að iðulega verður ágreiningur um skipan í dómaraembætti. Í því tilviki sem hér um ræðir komu margir hæfir umsækjendur fram. Ég tel að þeir sem valdir voru hafi mjög góða reynslu að baki og muni valda þessu nýja hlutverki vel. Eins og mál hafa þróast hafa bæði dómnefndin og ráðherrann verið gagnrýnd. Ég ætla ekki að lýsa neinni skoðun á því, en segi bara að ég er ánægð með þá sem valdir voru – og þá sem sóttu um.

Hervör Þorvaldsdóttir mun sem fyrsti forseti Landsréttar hafa forystu um þróun hins nýja dómstóls fyrstu árin, sbr. ákvæði 22. gr. laga nr. 50/2016 um dómstóla. Sem forseti Landsréttar á þessum mótunarárum mun Hervör vafalaust hafa mikil áhrif á starfshætti réttarins til frambúðar. Hlutverk forseta Landsréttar er nánar í því fólgið, samkvæmt 2. mgr. 22. gr. laganna að fara með yfirstjórn réttarins, auk þess að bera ábyrgð á rekstri dómstólsins og fjárreiðum, stýra starfsemi Landsréttar og skipta verkum milli dómara. Forseta ber einnig að fylgjast með störfum dómara og annarra starfsmanna. Þá skal forseti „annast samskipti við dómstólasýsluna um þau málefni sem undir hana heyra og hefur annars með höndum verkefni sem dómstólasýslan kann að fela honum sérstaklega. Þá kemur forseti að öðru leyti fram út á við í þágu dómstólsins og er í fyrirsvari um sérstök málefni hans,“ svo sem orðrétt segir í lagaákvæðinu.

*- Nú tekur við nýtt tímabil hjá þér, eftir að þú varst kosin forseti Landsréttar 1. ágúst sl. Hver eru helstu verkefni sem þú hefur fengist við síðan?*

- Já, þetta er svo sannarlega nýtt tímabil. Þegar ég tók við þessu hlutverki blasti við það stóra verkefni að setja upp allt embættið. Í því sambandi þarf að huga að húsnæðismálum, tæknimálum, bjóða út ýmsa þætti svo sem málaskrá, vinna að undirbúningi hljóð- og myndupptöku o.fl. Einnig þarf að huga að þeim reglum sem dómstóllinn þarf að setja sér. Setja þarf starfsreglur og málsmeðferðarreglur. Dómarahópurinn er sterkur og mun standa saman að þessu. Við höfum til hliðsjónar þær reglur sem gilda í héraði og í Hæstarétti, en getum auðvitað ekki tekið þær upp óbreyttar. Helsta breytingin verður auðvitað sú að réttarhöldin verða öðruvísi. Taka má fram að mér er sérstaklega umhugað um að þessar breytingar valdi ekki töfum á málshraða. Í því sambandi þarf t.d. að finna skynsamlegar leiðir við endurskoðun og endurtekningu á sönnunarfærslu.

*- Hefur þú í þessu tilliti ekki getað horft til fordæma og fyrirmynda erlendis, t.d. annars staðar á Norðurlöndum?*

- Jú, fyrirmyndin að lögunum er að sumu leyti sótt til Noregs, Danmerkur og Svíþjóðar, að hluta. Ég hef áhuga á að fara þangað til

að kynna mér framkvæmdina. Þar hafa menn reynslu af því hvernig á að gera þetta og hafa auðvitað dregið margvíslegan lærdóm af þeirri framkvæmd. Ég held að það sé mikilvægt fyrir mig að fara og sjá hvernig framkvæmdin er, ekki bara að lesa reglurnar.

- *Hvert væri þá nærtækast að fara að þínu mati?*

- Ég hef hug á því að heimsækja Eystri Landsrétt í Danmörku og Landsréttinn í Osló. Þetta eru vissulega miklu stærri dómstólar en Landsréttur hér, en ég tel engu að síður að margt megi læra af slíkri heimsókn. Gagnlegt væri m.a. að fræðast um deildaskiptingu, hvernig dómara ferast á milli deilda og hvernig málin raðast. Nýju dómstólalögin gera að vísu ráð fyrir að málin raðist tilviljunarkennt á dómara, en í framkvæmd þarf þó að vera ákveðið skipulag á hlutunum.

- *Hvað telurðu að segja megi um það álag sem hvíla mun á Landsrétti?*

- Viðbúið er að álagið sem hefur verið á Hæstarétt færist yfir á Landsrétt. Við þurfum að velta fyrir okkur hvenær aðalmeðferðir í stærri málum eigi að byrja. Dómara koma ekki til starfa fyrr en um áramót. Ákvarðanir sem taka þarf í þessum efnum verða sameiginlegar. Þó er í lögnum gert ráð fyrir að dómara geti falið forseta að ákveða eitt og annað smálegt. Ég held nú þegar reglulega fundi með dómurinum.

## **Landsréttur í Kópavogi**

- *Hvað geturðu sagt okkur um húsnæðismál Landsréttar? Hann verður ekki í höfuðstaðnum.*

- Upphaflega var talað um að rétturinn yrði í Reykjavík, en svo var lögnum breytt til að unnt yrði að hýsa dóminn í bráðabirgðahúsnæði við Vesturvör í Kópavogi. Við vitum svo auðvitað ekkert um hvað menn vilja skilgreina sem bráðabirgðahúsnæði! Engin ákvörðun hefur enn verið tekin um hvar hið endanlega húsnæði á að vera svo að það sér ekki fyrir endann á þessu fyrirkomulagi. Þar sem húsið við Vesturvör var ekki upphaflega hannað sem dómhús er ekki unnt að

búa þar um hnúta svo sem æskilegast væri. Starfsemi dómstóls kallar auðvitað á aðra hugsun en gerist og gengur um annars konar húsnaði í eigu ríkisins. Þarna við Vesturvör verður aðkoma að dómsölum ekki með besta móti.

*- Hefurðu skoðun á því hvar framtíðarhúsnaði réttarins ætti að vera? Menn hafa nefnt ýmsa möguleika, m.a. svonefndan stjórnarráðsreit.*

- Ég er afdráttarlaust þeirrar skoðunar að þessi dómstóll eigi að vera í miðborginni. Viðbúið er að starfsemin í Hæstarétti dragist saman þegar nýtt dómstig er komið til skjalanna. Ein hugmynd er að hafa Landsrétt í Þjóðmenningarhúsinu, segir Hervör brosandi.

*- Það er kannski óþarft að spyrja þig að því hvort þú teljir að stofnun Landsréttar sé framfaramál ...*

- Dómskerfið hefur verið þjakað af álagi í mörg undanfarin ár, þótt segja megi að vel hafi tekist til í því að vinna úr þeim málum sem bárust dómstólunum. Eftir því sem lengra hefur liðið frá því að bankakerfið hrundi hefur málum eitthvað fækkað, en þó ekki svo mikið. Alvarlegustu ágallarnir voru hins vegar þeir að ekki var í reynd unnt að fá endurskoðun Hæstaréttar á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar í sakamálum.

Vissulega má segja að mögulegt hefði verið að hafa skemmri skírn á hlutunum með að stofna aðeins millidómstig í sakamálum, en vandinn var sá að þá hefðu menn staðið frammi fyrir spurningunni um hvort til ætti að vera tvenns konar Hæstiréttur.

Ég tel að með stofnun Landsréttar í þessu formi hafi verið valin besta leiðin sem í boði var þótt þetta sé vissulega dýrari leið. Þá horfi ég til sjónarmiða um aðgengi að dómstólum, réttaröryggi borgaranna og fleira. Við megum hafa í huga að dómskerfið hefur aldrei verið dýrt fyrir Íslendinga. Þetta eru ekki dýrar stofnanir í rekstri.

- *Hvernig er með fullnaðardóma í Landsrétti? Verða þeir fordæmisgefandi eins og Hæstaréttardómar í dag?*

- Já, þeir ættu að verða það í þeim tilvikum sem dómar Landsréttar birta endanlega dómsniðurstöðu. Hæstiréttur verður vissulega áfram í gæsluhlutverki gagnvart því að gæta samræmis í niðurstöðum og að dómar séu þannig fordæmisgefandi og að ekki komi misvísandi niðurstöður í sams konar málum. Leiðin verður opin fyrir aðila að leita áfrýjunarleyfis. Mikið hefur verið talað um að stærri mál fari í Hæstarétt, en þar á bæ eiga menn eftir að móta stefnu í þessum efnum. Menn þurfa að hugsa hvert skref varlega á þessum fyrstu metrum og gæta þess að ekki séu teknar ákvarðanir sem gera kerfið of þunglamalegt, því að það er ekki meiningin með þessum breytingum. Hæstiréttur þarf sjálfsagt einnig að móta sér stefnu til framtíðar í þessum efnum. Gott er að sækja sér fyrirmyndir erlendis frá þótt framkvæmdin verði væntanlega ekki nákvæmlega eins hér og annars staðar.

Þótt við reynum að móta okkur reglur verður framkvæmdin ekki fullmótuð 1. janúar næstkomandi og þetta mun örugglega taka smá tíma að komast í jafnvægi.

Arnar Þór Jónsson  
Þór Jónsson



NÝR DISCOVERY

# FJÖLHÆFASTI JEPPINN OKKAR



ABOVE & BEYOND



Nýr Discovery er hæfari og öflugri en nokkru sinni fyrr. Discovery er nú í fyrsta sinn með yfirbyggingu úr áli sem gerir hann 490 kg léttari. Hæfni við erfiðar aðstæður hefur verið aukin með endurbættu Terrain Response drifkerfi og loftþúðafjöðrun sem gerir ökumanni kleift að hækka bilinn upp og ná allt að 28,3 cm vegghæð og 90 cm vadhæð sem er alger sérstaða í þessum flokki bíla.

Hátt og lágt drif er staðalbúnaður í SDV4 og TDV6 gerðunum. Auk ríkulegs staðalbúnaðar er hægt að fá sæti fyrir 7 manns. Innréttingin í nýjum Discovery er endurhönnuð frá grunni og í algerum sérflokki hvað varðar útlit og áferð. Verið velkomin í reynsluakstur því sjón er sögu ríkari.

[www.landrover.is](http://www.landrover.is)

VELKOMIN Í REYNSLUAKSTUR

BL ehf  
Sævarhóla 2 / 110 Reykjavík  
525 8000 / [www.bl.is](http://www.bl.is)



# Hæstaréttardómur er ekki eins manns afurð

---

» Viðtal við Markús Sigurbjörnsson  
hæstaréttardómara

---

**D**ótt dómstigin verði þrjú í stað tveggja áður minnkar ekki álagið á dómskerfið í heild. Þetta segir Markús Sigurbjörnsson, hæstaréttardómari og fyrrverandi forseti Hæstaréttar Íslands.

- Í sjálfu sér eykst álagið sem svarar þeim málum og beiðnum sem berast Hæstarétti eftir að þriðja dómstigið tekur til starfa og axlar margar af þeim skyldum sem hvílt hafa á Hæstarétti til þessa. Út frá sjónarhóli Hæstaréttar er tilkoma Landsréttar aftur á móti draumabreyting.

Alþingi samþykkti stofnun Landsréttar með setningu dómstólalaga nr. 50/2016. Í greinargerð með frumvarpi því sem varð að dómstólalögum er m.a. vísað í skýrslu vinnuhóps dómsmálaráðherra frá 2011 um tilefni og nauðsyn lagasetningarinnar. Þar segir í fyrsta lagi að til þessa hafi verið farið alvarlega á svig við meginregluna um milliliðalausa



sönnunarfærslu fyrir Hæstarétti í lögum og réttarframkvæmd, í öðru lagi að óviðunandi sé að sérfróðir meðdómendur taki ekki þátt í áfrýjunarmedferð í málum þar sem reyni á sérkunnáttu og dæmd hafi verið á fyrsta dómstigi af sérfróðum meðdómendum og í þriðja lagi að óhóflegt vinnuálag í Hæstarétti skapi hættu á að réttarskapandi áhrif dóma réttarins verði minna en æskilegt væri.<sup>1</sup>

- Við skulum ekki gleyma samhenginu, segir Markús. Alveg frá áttunda áratugnum voru uppi hugmyndir um millidómstig og munaði satt að segja afskaplega litlu að það næði fram að ganga. Þá voru menn ekki endilega að hugsa um það sem lausn á einhverjum vanda Hæstaréttar heldur tengdist það umræðum um aðskilnað dóms- og framkvæmdavalds. Þær skiluðu engu þá, en áratug síðar varð aðskilnaður ekki umflúinn vegna aðfinnslna mannréttindanefndar og Mannréttindadómstóls Evrópu. Þá voru áhrifamenn í stjórnmálum samt grjótharðir á því að hafa áfram tvö dómstig og ekki fleiri, sama hvar í flokki þeir stóðu.

- *Hvað olli svo einstrengingslegri afstöðu?*

- Sjálfsagt fyrst og fremst óttinn við aukinn kostnað. Mönnum þótti nóg að þurfa að skilja dómsvald frá framkvæmdavaldinu. Álag á Hæstarétt hafði aukist mikið en slíkar áhyggjur náðu ekki eyrum ráðamanna þá eða þeir skutu viðfangsefninu á frest. Eftir aðskilnaðinn velti réttarfarsnefnd því upp við ráðherra, sem þá var Þorsteinn Pálsson, að gera þyrfti lagalegar úrbætur vegna Hæstaréttar - en þó skyldi ekki fjölga dómstigum.

- *Var ekki horft til alþjóðlegra fyrirmynda við undirbúning aðskilnaðarins, til dæmis til annarra norræna ríkja, þar sem þrjú dómstig eru talin vera réttaröryggismál?*

- Kannski ekki endilega með hliðsjón af réttaröryggi, svarar Markús. Í þriggja þrepa kerfinu í löndunum sem eru skyldust okkur að

---

<sup>1</sup> Alþt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1017 - 615. mál, almennar athugasemdir, III. kafli.

Þessu leyti, Danmörku og Noregi, gátu mál byrjað á öðru stiginu. Stærri mál fóru til dæmis beint í Landsrétt í Danmörku og gátu sætt áfrýjun til Hæstaréttar. Aðeins í undantekningartilvikum fóru mál fyrir dómstóla á öllum þremur stigum. Menn litu frekar til þess að álag á æðsta dómstólinn væri temprað dálítið með þessum þremur stigum. Álagstappinn í Danmörku var þá í Landsrétti, þar söfnuðust málin upp og töfðust. Hitti maður fyrir Dani eða Norðmenn á lögfræðiráðstefnum og þetta barst í tal vöruðu þeir eindregið við að fjölga dómstigum hér á landi.

Markús Sigurbjörnsson var skipaður hæstaréttardómari 1. júlí 1994 og hefur lengstan starfsaldur allra núverandi dómara við réttinn. Hann var varaforseti Hæstaréttar 2002 og 2003 og forseti Hæstaréttar 2004 og 2005 og 2012–2016. Markús hefur verið spar á viðtöl, svo að ekki sé kveðið fastar að orði, en gerði undantekningu fyrir Tímarit Lögréttu vegna þeirra breytinga á dómskerfinu sem nú standa fyrir dyrum.

- Er betur búið að norrænum dómstólum en íslenskum?

- Já.

- Hefur ekki verið vilji hjá löggjafanum hér á landi til að breyta því til samræmis?

- Ég veit ekki hver ræður ferðinni. Auðvitað varð breyting til batnaðar, a.m.k. í orði ef ekki á borði, með lögum um opinber fjármál, þar sem inn komu reglur um að fjármálaráðherra geri þingnefnd sérstaka grein fyrir því, ef ekki er orðið við óskum dómstóla um fjárveitingu. Þetta á að tryggja að Alþingi hafi meira um fjárveitingar til dómstóla að segja. Hvað sem því líður varð ég ekki var við að svona væri staðið að málum við setningu fjárlaga nú síðast. Altént voru óskir Hæstaréttar ekki teknar til greina frekar en oft áður.

- Hverju mun hið nýja dómstig breyta fyrir Hæstarétt og þá dómara sem þar sitja?

- Þessa breytingu á eftir að forma. Þótt 1. janúar 2018 renni upp verður vel að merkja ekki búið að kollsteypa Hæstarétti og fyrir liggja einhver hundruð óafgreiddra einkamála. Samkvæmt nýju dómstólalögunum er ekki skipað í dómarastöður sem losna og á þessu ári hætta tveir hæstaréttardómarar. Stöður þeirra detta þá dauðar og við verðum færri sem þurfum að fást við þessi óafgreiddu mál og um leið reyna að móta nýtt kerfi eftir því sem fram vindur. Samandregið held ég að á yfirborðinu muni hlutirnir líta út eins og afskaplega rólegt verði í Hæstarétti því að munnlega fluttu málin verða ekki svo mörg og heldur ekki dómarnir, en það sem menn munu ekki sjá er öll bakvinnan. Ég hygg að gríðarlega mikil vinna verði í tengslum við áfrýjunarleyfisbeiðnir. Stundum er þannig tekið til orða að Íslendingar gefist ekki upp fyrr en í fulla hnefana og er þá ekki viðbúið að menn vilji láta á það reyna að fá úrlausn í Hæstarétti þótt þeir séu með dóm úr Landsrétti?

*- Dómurum sem hafa setið í Hæstarétti þegar þeir voru tólf, þykir þeim ekki verða frekar einmanalegt þegar dómurum við réttinn fækkar?*

- Þetta verður skrítið. Þetta verður ekki sami vinnustaðurinn, það verður ekki þessi hraði á hlutum. En sjö manna félagsskapur getur verið alveg jafn góður og níu eða tólf.

Markús segir að það verði mikil áskorun að ákvarða hvaða mál komist gegnum nálaraugað. Hann óttast gríðarmikla ofsókn, eins og hann kemst að orði, í áfrýjunarleyfi fyrst um sinn eða þangað til framkvæmdin fellur með tímanum í fastar skorður. Þá geti lögmenn dregið ályktanir og lærdóm þar af og metið sjálfir líkurnar á því að áfrýjunarleyfi fái.

- Ég held að ég sé raunsær, ekki bara svartsýnn, segir Markús. Þessi vinna verður eins og ósýnileg. Þetta sér maður í framkvæmd bæði í Danmörku og Noregi. Við eigum alveg eftir að ákveða hvernig við afgreiðum þessar beiðnir, í hvaða mæli dómarar þurfi að sinna því en ekki aðstoðarmenn og hve margir þeirra. Álagið á Hæstarétti eftir breytinguna gæti legið talsvert í þessu. Svo er það skot í myrkri að reyna að giska á hvað munnlega flutt mál verði mörg. Á Hæstiréttur

að setja sér markmið í þeim efnum, að málin verði svo og svo mörg, eða á hann að taka við öllum þeim málum, mörgum eða fáum, sem uppfylla ákveðin skilyrði? Þá rennum við blint í sjóinn með umfangið. Getum við haft hliðsjón af því hve mörg mál eru dæmd í fimm manna dómum í Hæstarétti á ári hverju? Þá eru þau innan við hundrað. Ýmis þeirra mála munu á hinn bóginn fá úrlausn í Landsrétti framvegis. Einhvern tímum var kastað fram þeirri hugmynd að mál þurfi að vera lögfræðilega mikilvæg til að fara í Hæstarétt. Er það skynsamlegt viðmið?

*- Tækifærin eru margvísleg, til dæmis ímyndar maður sér, þegar maður stendur utan við þetta, að það gefist tími til að vinna hlutina öðruvísi en hefur þurft að gera fram að þessu. Hvað heldur þú?*

- Nú verð ég að byrja á að segja að ég hef aldrei upplifað Hæstarétt þannig að skort hafi tíma til að fást við þau verk sem fyrir liggja. Þetta gæti verið einstaklingsbundið en frá fyrstu tíð hef ég gengið út frá því að ekki sé annað í myndinni en að lesa hvert einasta mál og vita allt sem þarf að vita til að hafa það gagn af munnlegum málflutningi sem honum er ætlað að hafa og geta síðan með öðrum lokið málinu. Stundum hefur vinnudagurinn auðvitað verið langur. Einhvern tímum fljótlega eftir að ég settist í Hæstarétt hélt ég að ég gæti reiknað nokkurn veginn út hve mörgum málum yrði áfrýjað miðað við málafjöldann í héraði. Ég komst fljótt að því að það er ekkert samhengi þar á milli. Mér er sagt að málafjöldi í héraði, munnlega flutt einkamál, hafi minnkað síðustu ár. Áfrýjanir hafa þó aldrei verið fleiri. Þeim snarfækkaði fyrst eftir að dómsmálagjöld voru hækkuð. Svo eyddust bara þau áhrif. Málskostnaður til gagnaðila er sjálfsagt heldur ekki svo hár að hann aftri neinum frá því að skjóta málum til Hæstaréttar. Landsréttur mun sjálfsagt standa andspænis hinu sama þegar hann tekur til starfa, en Landsréttur er þó frábrugðinn Hæstarétti að tvennu leyti sem munað getur um í þessu sambandi. Þar verða þrír dómarmar í hverju máli en ekki fimm manna mál. Eykur það vonir um að mál gangi greiðar, en á móti kemur endurtekin sönnunarfærsla. Hún getur tafið. Þetta er enn sem komið er óskrifuð bók.

- Það verður hins vegar áskorun að hafa yfirsýn yfir hvað er verið að gera í þessum þriggja manna dómum. Miðað við þína reynslu, hvað væri þá hollráð fyrir dómstólinn til að halda skýrum línum í þessu, þannig að ekki komi misvísandi niðurstöður úr tveimur málum á sama tíma?

- Þetta þekkjum við úr Hæstarétti, ekki síst á því tímabili sem dómarar voru tólf og við vorum að fara í gegnum mesta álagið út af hruninu. Þá voru þrjár deildir í staðinn fyrir tvær. Menn geta spurt sig hvort þá sé komin upp hættan á misvísun. Ef á heildina er litið held ég að svarið sé nei. Lögmennt láta dómstólunum í té alls kyns ítarefni, útdrætti úr dómum, ljósrit upp úr fræðibókum og fleira, þannig að hættan á því að dómarar leysi úr máli án þess að vita um eitthvert fordæmi, er svo lítil að það tekur ekki að nefna það. Kerfið, hvort sem deildir eru tvær eða þrjár, leiðir ekki af sér hættu á slíkum mistökum. Þetta er alltaf spurning um einstaklingana sem eiga í hlut.

Á Markúsi er að skilja að ekki megi leggja of mikið upp úr því hvort dómur hafi verið dæmdur af þremur eða fimm dómurum í Hæstarétti. Ekki sé alltaf fyrirsjáanlegt að eitthvert eitt mál sé öðru merkilegra eða snúnara. Stundum blasi við að fjalla beri um stóra spurningu um lagatúlkun í fimm eða jafnvel sjö manna dómi en svo geti verið að slíkri spurningu hafi verið svarað í tíu þriggja manna dómum, bara að hluta til í hvert sinn.

- Og þá datt engum í hug að málin ættu heima annars staðar en í þriggja manna dómi.

Markús segir að bótamál hafi oftast verið í fimm manna dómum þegar skaðabótalögin voru að slípast. Ef til vill sé það umdeilanlegt. Nú heyri það til undantekninga.

- Þetta getur gerst svo misjafnlega eftir réttarsviðum og viðkomandi álitafnum hvort vandamálið komi upp á borðið í einu lagi eða í mörgum áföngum.

- Ætti lögmannastéttin að finna til ábyrgðar gagnvart dómskerfinu og reyna að leysa málin í ríkari mæli utan réttar?



- Víðir Smári Petersen hefur mikið fjallað um þetta út frá réttarhagfræðilegum forsendum og verið með mjög skemmtilega nálgun, segir Markús. En lögmenn eru misjafnir eins og þeir eru margir. Meðfram minni vesælu skólasókn á 3., 4. og 5. ári í lagadeild starfaði ég um skeið á lögmannsstofu. Ég vísaði grimmt frá fólki sem taldi að hefði verið traðkað á sér og sagði að málið væri vonlaust. Það leitaði þá til einhvers annars. Ég hefði sett stofuna á hausinn hefði ég unnið þarna lengur. Er hægt að stýra þessu? Mér finnst stundum bera á því innan dómstóla að talað sé um að lögmaður áfrýi öllu – en er það ekki skjólstæðingurinn? Í einhverjum tilvikum tekur lögmaðurinn frumkvæði og ráðleggur skjólstæðingi sínum að áfrýja en ég held að því sé oftast öfugt farið.

- *Nú þegar dómurum fækkar og málin verða færri, verður þá meiri tími til að vinna hvert mál og þá með vandaðri niðurstöðu - án þess að fullyrða neitt um að hún hafi verið óvönduð áður?*

- Jú, jú, ef er gengið út frá formúlunni að lengri tími þýði betri vinna eða niðurstaða. Eins og ég segi, það getur verið að þetta sé einstaklingsbundið, en ég hef ekki upplifað þetta.

- *Hefur þér sýnst að verklag sé með öðru sniði til dæmis í Danmörku en það hefur verið hér í Hæstarétti Íslands?*

- Já og nei, svarar Markús. Ég skal útskýra þetta. Í Danmörku var fyrir um tuttugu árum innleitt algert leyfiskerfi, sem tók þó nokkur ár að þróa, það er að segja áfrýjun til Hæstaréttar er nú alltaf háð leyfi. Fyrir þann tíma er örugglega hægt að segja að verklagið í Hæstarétti Danmerkur hafi verið afskaplega líkt því sem er hér. Verklagið hér heima mótaðist að sjálfsögðu mjög af vinnubrögðum í Hæstarétti Danmerkur, þar var fyrirmyndin og íslenskir lögfræðingar menntaðir í dönsku umhverfi í öllum tilvikum fram undir 1920. Reyndar hafa Danir ekki gert sömu breytingar og við til að reyna að halda betur um málin. Í Danmörku geta menn til dæmis komið með ný gögn og málsástæður inn í mál í Hæstarétti nánast fram í rauðan dauðann. Þar er hvergi nærri haldið jafnfast utan um hlutina og hér hefur verið gert í meira en tuttugu ár eða frá því að þessar breytingar voru gerðar

árið 1994. Að þessu leyti búa þeir við aðrar aðstæður, en í grunninn hefur þetta verið keimlíkt lengst af.

- Nú erum við að tala um formlega nálgun og vinnubrögð. Hitt er annað hvernig menn vinna úr málum efnislega. Þá getum við sagt að dómarrar hafi val um tvenns konar stíl, annars vegar gætum við talað um tæknilegan stíl og tæknilega úrvinnslu, hins vegar það sem í engilsaxneskum löndum er kallað „grand style“, þar sem dómarrinn getur farið með himinskautum í sumum málum, fíllósóferað um málið og sett það í samhengi við hitt og þetta. Þetta sér maður ekki í íslenskum dómsúrlausnum. Kann það að vera út af tímaskorti eða álagi? Sýnist þér að það örlí á slíkum stíl í Hæstarétti í Noregi eða Danmörku?

- Nei, hreint ekki. Á Norðurlöndum tala dómstólar sem stofnun, ekki sem einstaklingur eða einstaklingar. Þetta er kannski í grunninn munurinn á okkur og dómurum í Bretlandi sem eiga til að steyta hnefann og láta gusta um sig. Hér á landi lýsir þetta sér m.a. í því að ekki er greint frá hver sé frummælandi í málum sem eru dæmd í Hæstarétti. Það er heldur ekki gert í Danmörku, að vísu í Noregi og Svíþjóð, en almennt ekki á hinu germanska svæði. Ástæðan er ekki sú, sem einhverjir hafa hent á lofti, að dómarrar finni þá frekar til ábyrgðar sinnar. Þetta er ekki spurning um það. Þetta er bara spurning um hvort dómstóllinn sé stofnun eða samansafn af einstaklingum. Eins og þetta hefur verið nálgast hér - og öldum saman í þessu danska kerfi sem við erum afsprengi af - hefur verið gengið út frá því að dómstóllinn sé stofnun og það komi málinu ekkert við hver það er sem heldur á penna eða gerir tillögu um tiltekna niðurstöðu. Hæstaréttardómur er ekki eins manns afurð, hann er sameiginlegt verk allra og þeir bera sameiginlega ábyrgð.

Við berum undir Markús áhyggjur um að Landsréttur byrji sína starfsemi með málalaha. Hann fái ekki andrými til að skipuleggja sig og koma almennilega undir sig fótum.

- Ég get ekki séð hvernig það ætti að vera, segir Markús. Landsréttur á að taka við sakamálum sem ekki hafa komist í munnlegan flutning í Hæstarétti fyrir næstu áramót. Nú veit maður ekki hvort verði gert

áhlaup til áfrýjunar áður en Landsréttur tekur til starfa en miðað við reynslu fyrri ára má ætla að verði fimmtíu óafgreidd sakamál í Hæstarétti, þar af innan við tíu sem verða tilbúin til málflutnings. Á þessu byrjar Landsréttur. Sakamálin eru alls konar og misjafnlega flókin úrlausnar, svo sem svipting ökuréttinda og því um líkt. Aftur á móti fær hann kærumál úr héraði frá fyrsta degi. Þeim geta þrír dómarrar sinnt eða í mesta lagi sex. Svo koma áfrýjanir á einkamálum úr héraðsdómi. Ég ímynda mér að það verði ekki mikið að gera fyrsta hálfra árið eða svo. Þeirri hugmynd hefur verið hreyft hvort reyna ætti að breyta lögum og heimila Hæstarétti að afgreiða þegar inn komin mál fyrir lok þessa árs og kalla inn varadómara frá Landsrétti til að nýta úr þessum mannskap sem verður á kaupri frá áramótum og hefur ef til vill ekki mikið að gera. Ég held að það verði ekki vandamál hjá þessum dómstóli að starfið byrji of bratt. Þvert á móti held ég að þetta verði of rólegt í byrjun en svo komi flóðbylgja.

*- Miðað við deilurnar í kringum skipun dómara í Landsrétt má e.t.v. ímynda sér að verði enn meiri átök við skipun dómara í Hæstarétt í framtíðinni heldur en verið hefur fram að þessu. Margir eru þeirrar skoðunar að bakgrunnur dómara og lífsskoðanir hafi áhrif í þessum eftirdustu úrlausnarmálum og það sé nokkuð sem megi ræða um og beri að ræða um. Hvað finnst þér um það?*

- Lífsskoðanir koma ekki lögfræði við í mínum huga. Segir ekki stjórnarskráin að dómendur skulu í embættisverkum sínum einungis fara að lögum? Þetta er ósköp einfalt, það þarf bara að horfa á lög. Dómarinn er þræll þeirra og gerir það sem þau þjóða. Auðvitað er hægt að halda því fram að menn túlki lög eða geti beitt þeim öðruvísi eftir því hvernig þeir nálgast þau út frá því einhverju persónulegu viðhorfi, en lögskýringar eru heljarinnar fræðigrein þar sem ákveðnar verklagsaðferðir eru uppálagðar og fari maður eftir þeim er ekkert rými fyrir einhvers konar hugræna nálgun. Þannig að það á ekki að skipta máli um hvernig dómstólar vinna hverra skoðana dómarrar eru um lífið og stjórn málin og þjóðmálin, hvort þeir séu karlar eða konur eða hvaðeina annað.

- *Á hinn bóginn er gagnrýnt að verið sé að velja dómaraefni út frá tæknilegum mælikvörðum og að þeir gangi heldur ekki upp. Ert þú með tillögu í þessum efnum?*

- Nei, ég sé enga töfralausn á þessu. Þetta er ekki í fyrsta sinn sem kemur upp deila um val á dómurum. Ég velti mér ekki mikið upp úr því. Stundum er ég hissa á hvernig menn hafa raðast, en líklega er það afleiðing af huglægri mælingu á einhverjum ákveðnum þáttum. Löngum hefur verið talað um dómaraeign, eins og kom fram í sambandi við skipun dómara við Landsrétt, að það hafi hallað á hana í niðurstöðum dómnefndar, sem vel má vera rétt, en dómaraeign, þótt hún sé góðra gjalda verð, þarf ekki að ráða úrslitum. Eign er samansett úr mörgum þáttum. Það þarf ekki endilega að vera sá sem verið hefur dómari lengst sem er besti dómari. Ef málum fækkar í Hæstarétti verður ekki eins nauðsynlegt að vera slípaður í vinnubrögðum í dómstólum eins og nú er. Þá fara menn kannski meira að horfa á hver sé fræðileg þekking eða vídd umsækjanda um dómaraeign. Er hann fjölhæfur eða einhæfur? Auðvitað spilar alltaf starfsreign inn í mat. Hefur maðurinn komið víða við eða bara starfað á einum vettvangi o.s.frv.? Má vera að út úr þessu komi annars konar mælikvarði í framtíðinni en við höfum séð til þessa.

- *Sýnist þér að Norðmenn og Danir leggi annars konar mælikvarða til grundvallar?*

- Þeir viðhafa aðrar aðferðir við val á dómurum. Í Danmörku er dómari valinn út frá því sem Hæstiréttur leggur til eftir að hafa tekið manninn í prufu og látið hann setjast í dóm og vera frummælandi í máli. Ég held að séu liðin meira en 100 ár frá því að tillaga Hæstaréttar var síðast sniðgengin.

- *Hvaða vonir bindur þú við þessar breytingar fyrir réttarframkvæmdina og Hæstarétt? Þú segir að þetta sé draumbreyting.*

- Já, fyrir Hæstarétt, það er ekkert annað hægt að segja. Að því er virðist fór ekki mikil vinna í öllum þessum aðdraganda í grundvallarspurningar eða vangaveltur um þær, það er að segja hver séu vandamálin

og hvað þurfi að leysa. Á nútímamáli heitir það þarfagreining. Það var bara fyrirfram búið að setja það sem markmið að koma á þriðja dómstiginu. Hitt er víst að þessi breyting var sú dýrasta, ef svo má segja, og sú flottasta – og sú sem kemur best út fyrir Hæstarétt. Því miður hefur reynslan verið sú að peningar hafa aldrei verið nægir í dómskerfinu og Landsréttur er hrein viðbót. Hæstiréttur, að ég tali ekki um héraðsdómstólarnir, hafi alltaf búið við naumt skammtaðar fjárveitingar og það má vel vera að það hafi verið fíflaskapur gegnum tíðina, bæði þegar ég var í forsæti og aðrir, að stefna að því að fara ekki fram úr fjárlögum. Það hefur ekki gerst síðustu fimmtán árin. Hvað höfum við fengið að launum? Meiri niðurskurð, það eru verðlaunin við að fara rétt að, og við höfum þurft að gera það með því að fækka starfsfólki. Þetta hefur alltaf verið vandamál og ég get ekki ímyndað mér annað en að þetta verði vandamál áfram. Menn leggja upp með þetta dómstig brosandí og bjartsýnir og það er hið besta mál, en ég óttast að það verði ekki fjárhagslega betur búið að þessu breytta kerfi en því sem við erum að segja skilið við. Það held ég að verði meginvandinn í framtíðinni.

Arnar Þór Jónsson  
Þór Jónsson

# Stofnun millidómstigs er framfaramál fyrir íslenskt réttarkerfi

---

» Viðtal við Kristínu Haraldsdóttur lektor við lagadeild HR

---

Í janúarmánuði 2017 fól dómsmálaráðherra Kristínu Haraldsdóttur lektor verkefnastjórn viðvirkjandi nýskipun dómstóla hér á landi. Kristín hafði, sem lögfræðilegur aðstoðarmaður Ólafar Nordal, fyrrverandi innanríkisráðherra, komið að undirbúningi löggjafar um málið.

Í upphafi samtals okkar greinir Kristín frá þessum aðdraganda að störfum hennar við undirbúning stofnunar Landsréttar og segir að stofnun millidómstigsins hafi verið mikið áherslumál Ólafar Nordal. Það hafi ekki síst verið fyrir eldmóð hennar að stofnun Landsréttar verður að veruleika 1. janúar 2018. Þá nefnir Kristín einnig að ekki megi gleyma að samhliða taki til starfa ný stjórnslustofnun fyrir alla dómstólana, dómstólasýslan, sem taka muni við hlutverki dómstólaráðs



frá og með 1. janúar 2018. Með stofnun hennar sé stefnt að því að styrkja og samræma stjórnarsýslu dómstólanna, m.a. með því að fela henni tiltekin stjórnarsýsluverkefni sem varða öll dómstigin þrjú.

Kristín hefur orðið:

- Þegar ég tók að mér þetta hlutverk í janúar 2017 blasti við að taka þyrfti á mörgum stórum málum til að unnt yrði að koma nýjum áfrýjunardómstóli á fót – með öllu sem því fylgir, þ.á m. húsnæði, búnaði til að taka upp vitnaleiðslur í hljóði og mynd og upplýsingatæknikerfum. Allt voru þetta flókin og tímafrek framkvæmdaatriði sem kölluðu á aðkomu margra úr dómskerfinu, stofnunum ríkisins og utanaðkomandi sérfræðinga. Settir voru á stofn nokkrir vinnuhópar. Á fyrri stigum hafði farið fram mikil undirbúningsvinna í tengslum við frumvarpið og mikil orka farið í að samræma ólíkar áherslur og leita málamiðlana milli ólíkra tillagna sem fram höfðu komið.

Ég spyr Kristínu út í val á bráðabirgðahúsnæði Landsréttar við Vesturvör í Kópavogi:

- Það lá fyrir, þegar ný lög um dómstóla voru samþykkt, að dómstóllinn þyrfti fyrst um sinn að starfa í bráðabirgðahúsnæði. Það gekk ekki þrautalaust að finna slíkt húsnæði. Eftir töluverða vinnu varð ljóst að engin hús voru á lausu í Reykjavík sem gátu talist hentug og því var leitað víðar. Það kallaði á lagabreytingar þar sem löggin höfðu áður kveðið á um að Landsréttur hefði aðsetur miðsvæðis í Reykjavík. Húsnæði á Kársnesi í eigu ríkisins, sem staðið hafði autt í tvö ár og áður hafði hýst Siglingastofnun, kom fljótlega til álita. Húsnæðið er vissulega ekki að öllu leyti kjörið sem dómhús, enda ekki hannað sem slíkt. Við nánari skoðun kom þó í ljós að húsið gat þjónað þessu hlutverki ótrúlega vel, a.m.k. til að byrja með. Margir komu að þessum undirbúningi, þ.m.t. að þarfagreiningunni. Allir voru boðnir og búnir að leggja hönd á plóg þótt þeir væru að gefa tíma sinn. Í þessu birtist samtakamáttur sem byggði, að mér fannst, á þeim sameiginlega skilningi að stofnun millidómstigsins væri framfaramál fyrir íslenskt réttarkerfi.



*Mun fara vel um starfsemi dómstólsins í húsinu að þínu mati?*

- Já, ég leyfi mér að halda að húsið muni þjóna hlutverki sínu með viðunandi hætti þessi fyrstu ár. Tveir dómsalir verða á 1. hæð og einn dómsalur á 2. hæð. Stærsti dómsalurinn er rúmgóður en hinir tveir eru þó heldur í þrengri kantinum. Svo verður þarna að auki eitt fyrirtökuherbergi. Húsið geymir skrifstofur fyrir alla dómara og annað starfsfólk. Þá verður þarna einnig aðstaða fyrir lögmenn og ákærendur á 1. hæð. Eins og gefur að skilja þurfti að leggja talsverða vinnu og nokkra fjármuni í nauðsynlegar breytingar svo koma mætti húsnæðinu í þann búning sem hentar dómstólnum.

*Hvað með framtíðarhúsnæði Landsréttar?*

- Unnið hefur verið að frumathugun á framtíðartilhögun í húsnæðismálum Landsréttar og ákveðnar hugmyndir, um að reisa á sama svæði húsnæði fyrir héraðsdóm Reykjavíkur og Landsrétt, verið skoðaðar. Í því sambandi hefur verið horft til svonefnds Stjórnarráðsreitar. Engin ákvörðun hefur verið tekin, en ég myndi telja það góða niðurstöðu ef unnt yrði að byggja hús á stjórnarráðsreitnum fyrir þessi tvö dómstig. Þetta segi ég með þeim fyrirvara að ásýndin gæfi skýrt til kynna að húsin hýsi tvö aðskilin dómstig. Hægt er að ímynda sér að einhver samlegðaráhrif fengjust af því að reisa húsin á sama svæði, t.d. með sameiginlegum bílastæðakjallara og aðstöðu fyrir fanga. Mín skoðun er sú að ef þetta yrði gert í sameiningu myndi það auka líkurnar á því að úr því rætist að dómstólarnir fái sérhannað dómhús. Það væri mikið framfaraskref.

*Stofnun Landsréttar kallar væntanlega einnig á nýja hugsun varðandi upplýsingatækni – skráningu mála o. fl.*

- Jú, það þurfti að ráðast í að hanna nýtt málaskrárkerfi, sem er nokkurs konar stjórnkerfi fyrir dómstólinn. Það verkefni tók ótrúlega langan tíma og kraft á undirbúningstímanum. Slíkt kerfi þarf í framtíðinni að geta þjónað sem upplýsingatæknikerfi fyrir alla dómstólana og hafa þarf langtímamarkmið fyrir augum, svo sem það að kerfið geti í framtíðinni þjónað rafrænni málsmeðferð. Það er jú sýnin til

fram tíðar. Augljóslega er einnig mikilvægt að gætt sé að nauðsynlegri samræmingu í þessu tilliti milli dómstiga.

*Hvernig standa þessi mál nú þegar rúmir þrjú mánuðir eru í að Landsréttur taki til starfa?*

- Málaskrárkerfið var boðið út og nú þarf að ráðast í að laga það að sérþörfum Landsréttar. Þetta verður gert í áföngum, en búið er að skilgreina hvaða hlutar kerfisins það eru sem þurfa að komast í gagnid fyrir áramót. Það eru ekki bara hugbúnaðarsérfræðingar sem koma að þróun kerfisins fyrir Landsrétt heldur líka sérfræðingar í skjalastjórn og dómáram. Hæstiréttur og héraðsdómstólarnir hafa svo valrétt um það hvort þau gangi inn í kaupin kerfinu.

Kristín bætir að lokum við að verið sé að vinna í að setja upp tækjabúnað til að bregðast við nýjum kröfum um upptöku og afspilun á framburði vitna í hljóði og mynd.

Um næstu skref segir Kristín að forseti Landsréttar hafi í samræmi við dómstólalögin hafið störf 1. ágúst sl. og vinni nú að undirbúningnum. Það þurfi að ráða starfsfólk og undirbúa öll þau atriði sem snúa að starfsemi réttarins.

Að lokum má geta þess að Kristín situr nú í stjórn dómstólasýslunnar sem skipuð var 1. ágúst sl. og þekking hennar kemur til með að nýtast þar.

**Arnar Þór Jónsson**



Rétur - Aðalsteinsson & Partners - Klappartígur 25-27 - s. 511-1206 - [rettur@rettur.is](mailto:rettur@rettur.is)

# Nýtt millidómstig

---

## » Sigurður Tómas Magnússon

prófessor við lagaeild Háskólans í Reykjavík og skipaður dómari við Landsrétt frá 1. janúar 2018.

---

## Útdráttur

Í ársbyrjun 2018 tekur gildi ný löggjöf hér á landi á sviði dómstólaskipunar og réttarfars. Dómstigin verða þrjú í stað tveggja áður, nýr áfrýjunardómstóll, Landsréttur, tekur til starfa og hlutverk Hæstaréttar mun breytast verulega. Í greininni er fjallað um helstu ástæður lagasetningarinnar, kosti hennar og ókosti og hvernig reynt var að draga úr ókostunum. Þá er fjallað um helstu breytingar sem löggjöfin hefur í för með sér. Gerð er grein fyrir hvernig munnlegri sönnunarfærslu verður háttað fyrir Landsrétti og úrræðum til fá mat héraðsdóms á sönnunargildi munnlegs framburðar endurskoðað. Þá er fjallað um þær verklagsreglur sem Landsréttur þarf að móta um framkvæmd sönnunarfærslu á áfrýjunarstigi, deildaskiptingu réttarins, úthlutun mála, uppbyggingu dóma og aðra þætti starfseminnar. Komist er að þeirri niðurstöðu að allir þeir sem bera ábyrgð á meðferð dómsmála þurfi að vinna saman að því að tilkoma millidómstigs verði ekki til þess að lengja málsmeðferðartíma úr hófi og draga úr skilvirkni dómskerfisins. Þá sé mikilvægt að tryggja að tilkoma millidómstigs muni í reynd auka réttaröryggi í landinu og traust til dómstóla.



1. Inngangur
2. Tildrög og ástæður lagasetningar um millidómstig
  - 2.1 Tildrög að löggjöf um millidómstig
  - 2.2 Helstu ástæður fyrir stofnun millidómstig
  - 2.3 Áskoranir við lagasetningu um stofnun millidómstigs
  - 2.4 Helstu forsendur sem gengið var út frá í millidómstigs frumvörpum
3. Um málskotsheimildir til Landsréttar og Hæstaréttar
  - 3.1 Um málskotsheimildir til Landsréttar
  - 3.2 Um málskotsheimildir til Hæstaréttar
    - 3.2.1 Form dómsúrlausna í Landsrétti
    - 3.2.2 Kæruheimildir til Hæstaréttar í einkamálum
    - 3.2.3 Kæruheimildir til Hæstaréttar í sakamálum
    - 3.2.4 Áfrýjunarheimildir til Hæstaréttar í einkamálum
    - 3.2.5 Áfrýjunarheimildir til Hæstaréttar í sakamálum
4. Sönnunarfærsla fyrir Landsrétti
  - 4.1 Almenn um milliliðalaus sönnunarfærslu á áfrýjunarstigi
  - 4.2 Munnleg sönnunarfærsla í einkamálum fyrir Landsrétti
  - 4.3 Endurskoðun á munnlegri sönnunarfærslu í sakamálum fyrir Landsrétti
5. Sérfróðir meðdómendur fyrir Landsrétti
6. Hættan á lengri málsmeðferðartíma og mótvægisáðgerðir
  - 6.1 Munnleg sönnunarfærsla fyrir Landsrétti aðeins þegar hennar er þörf
  - 6.2 Stytting áfrýjunarfresta
  - 6.3 Fjölgun dómara

7. Dómsúrlausnir Landsréttar
  - 7.1 Uppbygging og útlit dómsúrlausna
  - 7.2 Fordæmisgildi dóma Landsréttar
8. Deildaskipting Landsréttar, úthlutun mála o.fl.
  - 8.1 Deildaskipting Landsréttar
  - 8.2 Úthlutun mála í Landsrétti
  - 8.3 Málflutningsréttindi fyrir Landsrétti
  - 8.4 Lengd ræðutíma lögmannna við aðalmeðferð fyrir Landsrétti
9. Nýtt hlutverk Hæstaréttar í dómskerfinu
10. Lokaorð

## 1 Inngangur

Í byrjun árs 2018 koma til framkvæmda mestu breytingar sem gerðar hafa verið á íslenskri dómstólaskipan um langan tíma. Þá öðlast gildi ný dómstólalög, nr. 50/2016, og lög um breytingar á lögum um meðferð einkamála og meðferð sakamála, nr. 49/2016, svo og lög um breytingu á ýmsum lögum vegna stofnunar millidómstigs, nr. 117/2016, (hér eftir verða lög þessi nefnd einu nafni löggjöfin um millidómstig). Þessi löggjöf hefur það í för með sér að dómstigum hér á landi fjölgar úr tveimur í þrjú með tilkomu nýs áfrýjunardómstóls, sem fengið hefur heitið Landsréttur.

Í þessari grein verður reynt að draga upp mynd af helstu breytingum á dómstólaskipan og málsmeðferð fyrir dómstólum sem tilkoma Landsréttar hefur í för með sér. Gerð verður grein fyrir helstu kostum breytinganna en jafnframt mögulegum ókostum og þeim ráðstöfunum sem gerðar voru til að vinna gegn þeim. Leitast verður við að skýra að hvaða leyti málsmeðferð á áfrýjunarstigi fyrir Landsrétti verður frábrugðin núverandi málsmeðferð fyrir Hæstarétti. Jafnframt verður fjallað um þar reglur og viðmiðanir sem bíður dómara Landsréttar að móta t.d. um munnlega sönnunar færslu fyrir réttinum, gerð ágrípa, deildaskiptingu, úthlutun mála, ræðutíma lögmannna og uppbyggingu dóma réttarins. Loks verður fjallað stuttlega um þær miklu breytingar sem verða á hlutverki Hæstaréttar innan dómskerfisins. Ekki gefst hins vegar ráðrúm til að fjalla hér um þær miklu breytingar sem verða á stjórnslu dómstólanna með nýjum dómstólalögum en þær helstu eru þær að ný stjórnslustofnun dómstólanna, dómstólasýslan, tekur við hlutverki dómstólaráðs 1. janúar 2018 og mun fara með tiltekin sameiginleg stjórnsluverkefni allra þriggja dómstiganna.

## 2 Tildrög og ástæður lagasetningar um millidómstig

Í upphafi er nauðsynlegt að gera stutta grein fyrir tildrögum að löggjafar um millidómstigs og þeim áskorunum sem staðið var frammi fyrir við undirbúning hennar.



## 2.1 Tildrög að löggjöf um millidómstig

Priggja þrepa dómsskerfi hér á landi er langt frá því að vera nýtt af nálinni þar sem slíkt dómsskerfi var við lýði þar til Hæstarétti Íslands var komið á fót árið 1920 en hann tók við hlutverki annars og þriðja dómstigsins þ.e. Landsyfirréttar og Hæstaréttar Danmerkur. Frá þeim tíma hafa hugmyndir um þrjú dómstig lifað góðu lífi en voru þó næst því að verða að veruleika þegar svokölluð Lögréttufrumvörp voru lögð fram á Alþingi alls fimm sinnum á áttunda áratug síðustu aldar en þau náðu ekki fram að ganga.<sup>1</sup>

Á allra síðustu árum hefur myndast breið samstaða meðal lögfræðinga hér á landi um að koma á millidómstigi. Á árinu 2008 skipaði dómismálaráðherra nefnd<sup>2</sup> til að fjalla um hvernig tryggja mætti sem best milliliðalaus sönnunarfærslu við meðferð sakamála. Nefndin skilaði skýrslu 1. október 2008<sup>3</sup>. Vendipunkturinn varð þó 8. október 2010 en þá héldu Ákærendafélag Íslands, Dómarafélag Íslands, Lögfræðingafélag Íslands og Lögmannafélag Íslands málþing um stofnun millidómstigs. Þar kom fram mikill einhugur um stofnun millidómstigs í einkamálum og sakamálum.<sup>4</sup> Þessi félög sendu í kjölfarið erindi til dómsmála- og mannréttindaráðuneytisins þar sem skorað var á ráðherra að beita sér fyrir stofnun millidómstigs. Í kjölfarið skipaði ráðherra vinnuhóp til að fylgja þessu erindi eftir og skilaði hann innanríkisráðuneytinu skýrslu í júní 2011 þar sem fjallað var ítarlega um stofnun millidómstigs og kostir og gallar hinna ýmsu leiða raktir.<sup>5</sup> Nefnd sem innanríkisráðherra skipaði lagði síðan

<sup>1</sup> Sjá t.d. Hrafn Bragason, „Dómstólaskipunin“, (1976) [1] Úlfjótur, 16–38.

<sup>2</sup> Nefndin var skipuð þeim Rögnu Árnadóttur, þá skrifstofustjóra í dóms- og kirkjumálaráðuneytinu, Ragnheiði Harðardóttur, þá vararíkissaksóknara, Símoni Sigvaldasyni héraðsdómara og Sveini Andra Sveinssyni hæstaréttarlögmanni.

<sup>3</sup> Sjá Ragna Árnadóttir, Ragnheiður Harðardóttir, Símon Sigvaldason og Sveinn Andri Sveinsson, *Alit nefndar um milliliðalaus sönnunarfærslu í sakamálum*, (Dóms- og kirkjumálaráðuneytið 2008) bls. 39.

<sup>4</sup> Sjá almenningarathugasemdir í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 49/2016. Alþt. 2015–2016, þskj. 1018 – 616. mál. (<http://www.althingi.is/altxt/145/s/1018.html>).

<sup>5</sup> Sjá Sigurður Tómas Magnússon, Ása Ólafsdóttir, Benedikt Bogason og Símon Sigvaldason, *Skýrsla vinnuhóps um millidómstig*, (2011) (<https://www.stjornarradid.is/verkefni/log-og-rettur/reftarfar/efni-um-millidomstig-frumvorp-umsagnir-skyslur-o.fl/>).

grunn að tveimur lagafrumvörpum um stofnun millidómstigs. Þeirri vinnu var haldið áfram á vegum innanríkisráðuneytisins og gerðar talsverðar breytingar á frumvarpsdrögunum auk þess sem samin var mun ítarlegri greinargerð. Millidómstigsfrumvörpin urðu svo að lögum vorið 2016.

## 2.2 Helstu ástæður fyrir stofnun millidómstigs

Í almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 49/2016 er vísað til þess að íslenska dómsskerfið sé einfalt, gagnsætt og tiltölulega hagkvæmt. Alvarlegustu ágallarnir væru hins vegar þeir að ekki væri unnt að fá endurskoðun Hæstaréttar á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar í sakamálum og að fordæmisgildi dóma Hæstaréttar liði fyrir mikinn málafjölda sem skapi að auki hættu á misvísandi niðurstöðum og að mál fái ekki nægilega vandaða málsmeðferð.<sup>6</sup> Í skýrslu vinnuhóps um millidómstig, sem unnin var fyrir innanríkisráðuneytið og birt í júní 2011,<sup>7</sup> var fjallað ítarlega um kosti og galla tveggja þrepa dómsskerfis á Íslandi. Skýrsluhöfundar töldu að effirtalin þrjú atriði kölluðu helst á stofnun millidómstigs:

1. Farið væri alvarlega á svig við meginregluna um milliliðalaus sönnunarfærslu fyrir Hæstarétti í lögum og réttarframkvæmd. Þennan ágalla á sakamálalögum og réttarframkvæmd taldi vinnuhópurinn svo alvarlegan að tafarlausra úrbóta á íslenskri dómstólaskipan væri þörf.
2. Óviðunandi væri að sérfróðir meðdómendur tækju ekki þátt í áfrýjunarmedferð í málum þar sem reyndi á atriði sem krefðust sérkunnáttu og dæmd hefðu verið á fyrsta dómstigi af sérfróðum meðdómendum.
3. Óhóflegt vinnuálag í Hæstarétti skapaði hættu á að réttarskapandi áhrif dóma réttarins yrði minna en æskilegt væri.

Í framangreindri skýrslu var bent á ýmsar leiðir til að bæta úr þessum ágöllum en sá kostur að taka upp þriggja þrepa dómsskerfi með nýju millidómstigi talinn taka öðrum fram.

<sup>6</sup> Sjá frumvarp sem varð að lögum nr. 49/2016 (nmgr. 4).

<sup>7</sup> Sjá Sigurður Tómas Magnússon, Ása Ólafsdóttir, Benedikt Bogason og Símon Sigvaldason (nmgr. 5).

### 2.3 Áskoranir við lagasetningu um stofnun millidómstigs

Að mörgu var að hyggja við samningu millidómstigsfrumvarpanna. Eins og áður segir hefur hið tveggja þrepa íslenska dómsskerfi verið tiltölulega einfalt, skilvirkt og hagkvæmt og málshraði hér á landi mjög viðunandi.

Það hefur almennt verið talið felast í 2. gr. 7. viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu að aðilar að dómsmálum verði að jafnaði að eiga kost á endurskoðun dómsúrlausna, a.m.k. að hluta til. Ýmsar takmarkanir hafa þó verið taldar heimilar á málskotsréttinum, t.d. að setja skilyrði um lágmarkshagsmuni eða aðrar sambærilegar takmarkanir, þó með þeim hætti að unnt sé að sækja um leyfi til að áfrýja öllum héraðsdómum og þannig mögulegt að fá dóm endurskoðaðan ef æðra dómi. Víðast hvar hefur hinn æðri dómstóll sjálfur ákvörðunarvald um hvort leyfi til áfrýjunar fái en í Danmörku hefur verkefnið verið falið sjálfstæðri stjórnarsýslunefnd.<sup>8</sup>

Þróun dómstólaskipunar á Norðurlöndum síðustu áratuginna hefur verið á einn veg. Í öllum löndunum hefur verið lögð áhersla á að öll mál byrji að jafnaði á fyrsta dómstigi og að vandað sé til málsmeðferðar þar. Almenna reglan hefur verið að takmarka tiltölulega lítið möguleika á málskoti upp á millidómstig en þringja möguleika á málskoti til Hæstaréttar. Í meginþorra mála er málsmeðferð því í reynd takmörkuð við tvö dómstig.

Rík tilhneiging virðist hvarvetna hjá málsaðilum til að fá dómsniðurstöðu á fyrsta dómstigi endurskoðaða á millidómstigi en það má telja eðlilegt viðhorf með tilliti til hins fornkveðna að betur sjái augu en auga. Afleiðingin hefur hvarvetna verið mikill fjöldi kæra, áfrýjana eða áfrýjunarbeiðna sem hefur haft í för með sér mikla mannaflapörf og kostnað.

<sup>8</sup> Processbevillingsnævnet í Danmörku er stjórnarsýslunefnd sem starfar á grundvelli laga nr. 390/1995 og hefur m.a. það hlutverk að veita leyfi til áfrýjunar til Landsréttar og Hæstaréttar í einkamálum og sakamálum. Sjá upplýsingar um nefndina á heimasíðu dönsku dómstólanna (<http://www.domstol.dk/procesbevillingsnaevnet/Pages/default.aspx>)

Við endurskoðun dómstólaskipunar og réttarfarslaga á Norðurlöndum á síðasta áratug hefur verið lögð rík áhersla á málshraða, skilvirkni og sparnað.<sup>9</sup> Sérstök áhersla hefur verið lögð á að millidómstigi í löndunum yrðu ekki að flöskuhálsi í málsmeðferðinni og í því skyni hefur verið gripið til margvíslegra ráða til að takmarka málskotsheimildir og einfalda málsmeðferð á millidómstigi. Ljóst er þó að aðgerðir til að gera millidómstigið skilvirkara mega ekki bitna harkalega á aðgengi að dómskerfinu og jafnframt verður að tryggja að málsmeðferðin þar sé vönduð og réttlát.

Aðgerðirnar hafa einkum verið tvenns konar. Í Noregi og Danmörku hefur verið brugðist við miklu álagi á millidómstiginu með ýmsum heimildum dómara á millidómstigi til að afgreiða mál strax á fyrstu stigum málsmeðferðar ef ljóst þykir að galli er á málsmeðferð eða áfrýjun muni ekki leiða til breytinga á niðurstöðu héraðsdóms. Stór hluti mála er afgreiddur með þessum hætti án munnlegs málflutnings, t.d. allt að 60% sakamála í Noregi. Í Svíþjóð og Finnlandi er hins vegar almenna reglan sú að leyfi viðkomandi dómstóls á millidómstigi þarf til að mál sé tekið til áfrýjunarmeðferðar. Í Svíþjóð er reglan þó sú að í sakamálum þar sem refsing er yfir 6 mánaða fangelsi þarf ekki slíkt samþykki. Umræddar tvær aðferðir fela báðar í sér að sá sem vill skjóta máli sínu til ærða dómstigs fær mál sitt tekið til skoðunar þar þótt sú meðferð sé ekki fullkomin áfrýjunarmeðferð. Ekki hefur verið ágreiningur um að slík málsmeðferð við áfrýjun standist kröfur Mannréttindasáttmála Evrópu.

Á Norðurlöndunum hefur mikil umræða verið um að hverju meðferð máls á millidómstigi þurfi að miða, þ.e. hvort hún eigi að vera ný skoðun á málinu frá grunni (Noregur) eða aðeins endurskoðun á fyrri dómúrlausn (Ísland, Danmörk og Svíþjóð). Þróunin hefur þó orðið

---

<sup>9</sup> Sjá td. frá Noregi, Lov 2005-06-17 nr 90: Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (<http://www.lovdato.no/all/hl-20050617-090.html>) og umfjöllun Anne Robberstad. *Sivilprosess*, (2009), 5 og 24-26. Frá Svíþjóð, Regeringens proposition 2004/05:131. (<http://www.regeringen.se/content/1/c6/04/12/75/1c131effa.pdf>). Frá Danmörku, Domstolsreformen, endringer af lov om retsens pleje nr. 538 af 08.06.2006 og umfjöllun um Domstolsreformen á vef dönsku dómstólanna. ([http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Rapporter/Status%20for%20implementering%20af%20domstolsreformen/kap07.htm#ft1\\_a](http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Rapporter/Status%20for%20implementering%20af%20domstolsreformen/kap07.htm#ft1_a)).

á einn veg hvað varðar endurskoðun dómsúrlausna að ef áfrýjun til millidómstigs er heimiluð tekur endurskoðunin til allra þátta máls, þ.á m. mats á sönnunargildi munnlegs framburðar með hliðsjón af meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu.

Á sama hátt og gert hefur verið við breytingar á löggjöf um dómstóla og réttarfar á Norðurlöndum á liðnum áratug var við samningu millidómstigsfrumvarpanna lögð rík áhersla á að málsmeðferðarreglur miðuðu að því að dómskerfið yrði eins hagkvæmt og skilvirkt og kostur væri. Ljóst var að breyting yfir í þriggja þrepa dómskerfi yrði til þess fallin að lengja heildarmálsmeðferðartíma í málum sem færu alla leið til Hæstaréttar og milliliðalaus málsmeðferð og notkun sérfróðra meðdómsmanna á áfrýjunarstigi til þess fallin að þyngja málsmeðferðina og auka kostnað í dómskerfinu. Reynt var að bregðast við þessu með ýmsum mótvægisáðgerðum, svo sem að stytta áfrýjunarfresti í einkamálum, einfalda sönnunarfærslu fyrir Landsrétti, fækka sérfróðum meðdómsmönnum í héraði og takmarka verulega kærheimildir til Hæstaréttar. Þess var þó vandlega gætt að skerða ekki aðgengi að dómstólunum með því að takmarka möguleika á áfrýjun og kæru til Landsréttar t.d. með mikilli hækkun á lágmarki áfrýjunarfjárhæðar.<sup>10</sup>

Til greina kom að lögfesta nokkuð víða heimild til að áfrýja héraðsdómum í bæði einkamálum og sakamálum beint til Hæstaréttar en niðurstaðan varð sú að slík heimild yrði mjög þröng og takmörkuð við einkamál. Við samningu millidómstigsfrumvarpanna þótti koma til að veita Landsrétti heimild til að vísa málum frá dómnum án munnlegs málflutnings ef rétturinn teldi ljóst að áfrýjun bæri ekki árangur. Þessi einföldun á málsmeðferð á millidómstigi er lögfest í Noregi<sup>11</sup> en hefur sætt talsverðri gagnrýni.<sup>12</sup> Var því ekki lagt til að takmarka aðgengi að áfrýjun með þessum hætti.

<sup>10</sup> Lágmark áfrýjunarfjárhæðar er 804.146 krónur fyrir árið 2017 en hækkar í 1.000.000 króna frá 1. janúar 2018, skv. 17. gr. laga nr. 49/2016 sem breytir 1. mgr. 152. gr. eml. Sjá upplýsingar um áfrýjun og kærur á heimasíðu Hæstaréttar. (<https://www.haestirettur.is/upplýsingar/log-og-reglugerdir/afryjun-og-kaerur/>).

<sup>11</sup> Sjá gr. 321 í norskum lögum um sakamálaréttarfar, 1981-05-22 nr. 25: (n. Straffeprosessloven).

<sup>12</sup> Sjá t.d. gagnrýni lögmannanna John Christian Elden og Terje Sverdrup í greininni „Stortinget svikter“ í (Aftenposten, 12. janúar 2011). (<http://www.aftenposten.no/mening/kronikker/article3984478.ece>).

## 2.4 Helstu forsendur sem gengið var út frá í millidómstigsfrumvörpum

Í almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum um breytingu á lögum um meðferð einkamála og lögum um meðferð sakamála, nr. 49/2016, kemur fram hvaða forsendum var gengið út frá við samningu millidómstigsfrumvarpanna.

1. Öll dómsmál hefjist á fyrsta dómstigi. Héraðsdómstólarnir verði eftir sem áður grundvallarstofnanir réttarkerfisins og áhersla lögð á að þar verði lagður vandaður og traustur grundvöllur að niðurstöðu í öllum dómsmálum.
2. Einn dómstóll verði starfræktur á millidómstigi fyrir landið allt og hann nefndur Landsréttur.
3. Reglum um málskot og málsmeðferðarreglum fyrir Landsrétti sé hagað þannig að tryggt verði að dómstóllinn ráði við þau verkefni sem honum verða falin.
4. Takmarkanir á málskotsheimildum frá héraðsdómi til Landsréttar verði sambærilegar því sem nú er varðandi málskot til Hæstaréttar.
5. Meðalmálsmeðferðartími lengist ekki. Spornað verði við lengri málsmeðferðartíma vegna málsmeðferðar á þremur dómstigum í stað tveggja með því að stytta áfrýjunarfresti í einkamálum verulega, takmarka nýja og endurtekna sönnunarfærslu fyrir Landsrétti eins og unnt er og takmarka möguleika á að kæra dóma og úrskurði Landsréttar áfram til Hæstaréttar.
6. Meginreglan verði sú að aðilar eigi kost á að framkvæma munnlega sönnunarfærslu fyrir Landsrétti eftir því sem nauðsynlegt þykir, hvort sem er að taka skýrslur af nýjum vitnum eða viðbótarskýrslur af þeim sem gáfu skýrslu fyrir héraðsdómi. Unnt verði að óska eftir að myndupptökur af framburði aðila og vitna í héraði verði spilaðar við aðalmeðferð fyrir Landsrétti. Sönnunarfærsla fyrir Landsrétti verði þó að miklu leyti byggð á endurritum af skýrslum fyrir héraðsdómi.
7. Sérfróðir meðdómsmenn taki sæti í dómi í Landsrétti í málum þar sem sérkunnáttu er þörf en að jafnaði taki þó aðeins einn sérfróður meðdómsmaður sæti í máli í héraði og fyrir Landsrétti.

8. Málsmeðferð verði að öðru leyti svipuð fyrir Landsrétti og nú er fyrir Hæstarétti.
9. Sem allra fæst dómsmál komi til meðferðar á þremur dómstigum: [...]
10. Að kostnaður við dómskerfið vaxi ekki úr hófi samanborið við þann ávinning sem af millidómstigi leiðir þannig að tryggð sé hagkvæm nýting á opinberu fé og að ekki dragi úr skilvirkni.

Nánari grein verður gerð fyrir því hér á eftir hvernig framangreindar forsendur voru útfærðar í millidómstigsfrumvörpunum.

**3. Um málskotsheimildir til Landsréttar og Hæstaréttar**  
 Með nokkrum sanni má segja að Landsréttur taki að mestu leyti við hlutverki Hæstaréttar sem áfrýjunardómstóll en Hæstiréttur fái meira réttarskapandi hlutverk en fyrr sem æðsti dómstóll landsins. Þetta endurspeglast í rúmum heimildum til að skjóta dómsúrlausnum héraðsdóms til Landsréttar en þröngum heimildum til að skjóta dómsúrlausnum Landréttar til Hæstaréttar.

### 3.1 Um málskotsheimildir til Landsréttar

Skemmst er frá því að segja að með lögum nr. 49/2016 voru lögfestar sömu heimildir til að skjóta dómsúrlausnum héraðsdóms til Landsréttar og í gildi hafa verið um málskot á dómsúrlausnum héraðsdóms til Hæstaréttar. Segja má að eina undantekningin frá þessu felist í nýrri en fremur þröngri heimild í 29. gr. i, laga nr. 49/2016, sem verður 175. gr. laga um meðferð einkamála, nr. 91/1991 (hér eftir eml.), til að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að áfrýja héraðsdómi í einkamáli beint til Hæstaréttar en nánar verður fjallað um þessa heimild í kafla 3.2.3 um áfrýjunarheimildir til Hæstaréttar í einkamálum.

Eins og nánar verður vikið að í sérstökum kafla hér á eftir verður endurskoðunarheimild Landsréttar í sakamálum þó talsvert víðtækari en endurskoðunarheimild Hæstaréttar. Endurskoðun Landsréttar mun ekki sæta þeirri takmörkun sem leiddi af c-lið 196. gr. sakamálalaga, nr. 88/2008 (hér eftir sml.) og fól í sér að ekki var heimilt að áfrýja

héraðsdómi til Hæstaréttar til að fá endurskoðun byggða á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar fyrir héraðsdómi, sbr. 2. mgr. 208. gr. Í síðarnefnda ákvæðinu var mælt fyrir um að Hæstiréttur gæti ekki endurmetið niðurstöðu héraðsdóms um sönnunargildi munnlegs framburðar nema hlutaðeigandi vitni eða ákærði hefði gefið skýrslu þar fyrir dómi. Með 58. gr. laga nr. 49/2016 var ákvæðinu breytt þannig að heimilt verður að áfrýja dómi héraðsdóms til Landsréttar í því skyni að fá endurskoðun á mati á sönnunargildi bæði gagna og munnlegs framburðar fyrir héraðsdómi.

Með lögum um breytingu á ýmsum lögum vegna stofnunar millidómstigs, nr. 117/2016, var jafnframt tekið af skarið um það að heimildir til að kæra úrskurði héraðsdóms í ágreiningsmálum á grundvelli ákvæða í hinum ýmsu sérlögum yrðu þær sömu og kærueimildir til Hæstaréttar áður.

Umdeilanlegt getur verið hversu víðtækar kærueimildir eigi að vera þar sem of rúmar kærueimildir geta tafið verulega meðferð mála fyrir héraðsdómi, jafnvel þannig að gengið sé á svig við meginregluna um greiða málsmeðferð fyrir dómi. Á þetta sérstaklega við um málsmeðferð í sakamálum. Of þröngar kærueimildir geta aftur á móti orðið til þess að dómur er ómerktur vegna réttarfarsannmarka og máli vísað aftur heim í hérað eða frá héraðsdómi en slíkt getur haft meiri tafir á efnislegum málalokum í för með sér en kæra hefði haft. Þótt vafalaust sé þörf á að taka til endurskoðunar hvaða úrskurðir héraðsdóms eigi að sæta kæru og hverjir ekki var tekin sú ákvörðun við samningu millidómstigsfrumvarpanna að sú endurskoðun mætti bíða um sinn enda gæti hún orðið talsvert umdeild.

### **3.2 Um málskotsheimildir til Hæstaréttar**

Með hinni nýju dómstólaskipan verða miklar breytingar á málskotsheimildum til Hæstaréttar frá því sem nú er. Þótt tekið verði upp þriggja þrepa dómskerfi hér á landi miðar hið breytta fyrirkomulag að því að meginþorri dómsmála fái aðeins meðferð á tveimur dómstigum og Hæstiréttur fái aðeins tiltölulega fá mál til úrlausnar. Er þetta í samræmi við það hlutverk sem æðstu dómstólar



á hinum Norðurlöndunum hafa þar sem almenna reglan er sú að áfrýjunarleyfi þurfi til að mál fái efnislega meðferð fyrir Hæstarétti. Af því hefur leitt að afar fá mál fá efnislega umfjöllun á þremur dómstigum og því hafa danskir fræðimenn nefnt þessa skipan meginregluna um tvö dómstig (d. toinstansprincip).<sup>13</sup> Í undirköflunum hér á eftir verður gerð nánari grein fyrir hvernig kæruehimildum og áfrýjunarheimildum til Hæstaréttar í einkamálum og sakamálum verður fyrir komið.

### 3.2.1 Form dómsúrlausna í Landsrétti

Samkvæmt 1. og 2. mgr. 164. gr. eml. og 1. og 2. mgr. 207. gr. sml. leysir Hæstiréttur nú úr öðrum atriðum en þeim sem varða rekstur máls fyrir réttinum með dómi, hvort sem um kærumál eða einkamál er að ræða. Þar sem gengið var út frá því að unnt yrði að kæra tiltekna dómsúrlausnir Landsréttar til Hæstaréttar var tekin sú ákvörðun við samningu millidómsfrumvarpanna að skýrast væri að kærnanlegar dómsúrlausnir Landsréttar yrðu í formi úrskurða en þær dómsúrlausnir sem unnt yrði að óska eftir leyfi til að áfrýja yrðu í formi dóms, sbr. 2. mgr. 26. gr.<sup>14</sup> og 2. mgr. 64. gr. a, laga nr. 49/2016 sem verða að 2. mgr. 164. gr. eml. og 2. mgr. 207. gr. sml.

Gert er ráð fyrir að meðferð kærumála fyrir Landsrétti verði að jafnaði skrifleg og taki mun skemmri tíma en meðferð áfrýjunarmála, svo sem nú er fyrir Hæstarétti. Rökin fyrir því að hafa skjótvirka kærumálameðferð á áfrýjunarstigi eru fyrst og fremst þau að sporna við því að dómsmál sem rekin eru fyrir héraðsdómi tefjist úr hófi vegna þess að úrskurðum um réttarfarságreiningu er skotið til æðsta dóms. Ljóst er að möguleikinn á málskoti dómsúrlausna Landsréttar í slíkum kærumálum til Hæstaréttar er til þess fallinn að draga mál

<sup>13</sup> Sjá Eva Smith o.fl., *Straffeprocessen*, (2. útgáfa, Forlaget Thomson 2008), 787–793.

<sup>14</sup> Með 75. gr. laga nr. 117/2016 var gerð sú lagfæring á 2. mgr. 64. gr. a laga nr. 49/2016 að í stað orðsins „dóm“ kom „úrskurð“ en eins og fram kemur í almennum athugasemdum í greinargerð með frumvarpinu var gert ráð fyrir því við vinnslu frumvarps sem varð að lögum 49/2016 að Landsréttur kvæði upp úrskurði í öllum kærumálum í sakamálum eins og gerð var grein fyrir í athugasemdum við 64. gr. þess frumvarps. Alþt. 2015–2016, þskj. 1694 – 874. mál. (<http://www.althingi.is/alttext/145/s/1694.html>).

enn meira á langinn og því var valinn sá kostur að dómsúrlausnir Landsréttar í slíkum málum yrðu í formi úrskurða sem gætu í afmörkuðum tilvikum sætt kærur til Hæstaréttar en ekki áfrýjun.

Í áfrýjunarmálum mun Landréttur hins vegar kveða upp dóma ef mál er flutt eingöngu um efni eða samhliða um form og efni, hver sem niðurstaðan er. Feli úrlausn Landsréttar í áfrýjunarmáli hins vegar í sér lyktir máls, án þess að það hafi verið flutt um efni skal hins vegar kveðinn upp úrskurður, sbr. 2. mgr. 26. gr. og 2. mgr. a 64. gr. laga nr. 49/2016 sem verða að 2. mgr. 164. gr. eml. og 2. mgr. 207. gr. sml. Á þetta við um þegar Landsréttur ákveður að taka mál til meðferðar eingöngu um formhlið og fellir mál niður eða vísar því frá héraðsdómi eða Landsrétti.

Samkvæmt framansögðu ræður tegund dómsúrlausnar því að jafnaði hvort hún geti sætt kærur eða áfrýjun til Hæstaréttar. Þó er þess að geta að dómur verður kveðinn upp í Landsrétti í áfrýjunarmáli sem flutt er efnislega um efni, eða samhliða um form og efni, þótt niðurstaðan verði sú að málinu verði vísað frá dómi að öllu leyti eða að hluta. Af athugasemdum með 20. gr. í greinargerð<sup>15</sup> má ráða að slík frávísun með dómi sé kæránleg til Hæstaréttar þrátt fyrir að í 29. gr. a laga nr. 49/2016 sé aðeins getið um kæránlega úrskurði. Það er í samræmi við langa dómaframkvæmd Hæstaréttar að frávísun verði kæránleg til Hæstaréttar þótt sú niðurstaða komi fram í dómi.

### *3.2.2 Kæruheimildir til Hæstaréttar í einkamálum*

Úrskurðir héraðsdóms í einkamálum verða einungis kæránlegir til Landsréttar en í engum tilvikum beint til Hæstaréttar.

Tilteknum úrskurðum Landsréttar verður hins vegar skotið til Hæstaréttar með kærur. Kæruheimildirnar hvað einkamál varðar eru tvenns konar. Annars vegar er um að ræða fimm afmarkaðar kæruheimildir í a-e liðum 1. mgr. 29. gr. a laga nr. 49/2016 þar sem ekki er áskilið að leyfi Hæstaréttar þurfi til kærur. Mikilvægasta kæruheimildin er í a lið en samkvæmt henni er heimilt að kæra

<sup>15</sup> Sjá frumvarp sem varð að lögum nr. 49/2016 (nmgr. 4).

til Hæstaréttar úrskurði Landsréttar um frávísun frá héraðsdómi eða Landsrétti eða um niðurfellingu máls að hluta eða að öllu leyti fyrir héraðsdómi eða Landsrétti. Þá er heimilt að kæra úrskurði Landsréttar um hvort dómari Landréttar vikur sæti í máli, um málskostnaðartryggingar og réttarfarssektir fyrir Landsrétti og um skyldu vitnis skv. 53. gr. eml. til að svara spurningu.

Framangreindar heimildir gilda um úrskurði Landsréttar í öllum áfrýjunarmálum og kærumálum hvort sem er vegna úrskurða héraðsdóms um frávísun eða réttarfarságreining undir rekstri almenns einkamáls eða úrskurða héraðsdóms í ágreiningsmálum á grundvelli annarra laga en einkamálalaga sem ýmist geta falið í sér efnislega niðurstöðu eða úrlausn um réttarfarságreining.

Í 2. mgr. 29. gr. a er hins vegar að finna annars konar kærueimild en samkvæmt henni er unnt að sækja um leyfi Hæstaréttar til að kæra úrskurði Landsréttar í kærumálum þegar svo er mælt fyrir í öðrum lögum. Í fjölmörgum lögum, svo sem á sviði fullnusturéttar, sem kveða á um afbrigðilega meðferð einkamála, er að finna ákvæði um meðferð ýmiss konar ágreiningsmála sem dómstólum er falið að leysa úr. Dæmi um þetta eru lög um aðför nr. 90/1989, lög um skipti á dánarbúum o.fl. nr. 20/1991, lög um gjaldþrotaskipti o.fl. nr. 21/1991, lög um nauðungarsölu nr. 90/1991 og barnalög nr. 76/2003, svo nokkrir lagabálgar séu nefndir. Í fjölmörgum slíkum sérlögum er að finna ákvæði um málskot til Hæstaréttar á úrskurðum héraðsdóms en í öllum tilvikum er um kærueimildir að ræða. Í slíkum úrskurðum héraðsdóms er ýmist skorið úr um réttarfarsatriði eða komist að efnislegri niðurstöðu. Sumir þessara úrskurða fjalla því um sambærileg atriði og úrskurðir um réttarfarsatriði í almennum einkamálum en aðrir fela í sér endanlega efnislega niðurstöðu á sama hátt og dómur í einkamálum. Augljós dæmi um þetta eru ágreiningsmál um lýstar kröfur í dánarbú og þrotabú sem geta snúist um ágreiningsefni sem allt eins gæti verið deilt um í almennu einkamáli. Ástæða þess að allir slíkir úrskurðir hafa sætt kæru til Hæstaréttar er einkum sú að talið hefur verið mikilvægt að fá endanlega niðurstöðu um slíkan ágreining sem allra fyrst og koma í veg fyrir að aðilar geti dregið mál óhæfilega á langinn með málskoti. Sem dæmi um þetta má nefna ágreiningsmál

vegna aðfarar og nauðungarsölu en mikilvægt er að ekki sé hægt að tefja slíkar fullnustuaðgerðir með langvinnum málaferlum.

Niðurstaðan varð sú að semja sérstakan lagabálk þar sem skorið yrði úr um málskotsheimildir í öllum þeim lögum sem á slíkt reynir. Ákveðið var að halda opnum tveimur leiðum. Annars vegar að lögfest yrðu ákvæði um að Landsréttur skæri úr tilteknum kærumálum með dómi og þá fyrst og fremst vegna ágreiningsefna sem væru sambærileg þeim sem leyst væri úr með dómi í almennu einkamáli. Hins vegar að lögfestar yrðu heimildir til að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að kæra úrskurði Landsréttar í kærumálum um tiltekin ágreiningsefni og þá sérstaklega þau sem krefðust skjótrar úrlausnar.

Við samningu frumvarps sem varð að lögum um breytingar á ýmsum lögum vegna stofnunar millidómstigs, nr. 117/2016, var tekið til mun nákvæmari skoðunar hvaða álitæfni væru þess eðlis að unnt ætti að vera að skjóta úrskurðum Landsréttar um þau til Hæstaréttar og jafnframt hvort heppilegra væri að mæla fyrir um að slík úrlausn Landsréttar væri í formi úrskurðar sem kærnanlegur yrði til Hæstaréttar eða dóms sem unnt yrði að áfrýja.

Ákveðið var að leggja til í frumvarpinu að í öllum tilvikum yrði kveðinn upp úrskurður í Landsrétti í slíkum kærumálum og að einungis yrði unnt að kæra til Hæstaréttar úrskurði um tiltölulega fá ágreiningsefni í fullnustulöggjöfinni. Þannig var ákveðið að nýta ekki að sinni heimildina í 2. mgr. 29. gr. a í lögum nr. 49/2016 til þess að mæla fyrir um að áfrýjanlegur dómur skyldi kveðinn upp í kærumáli í Landsrétti. Var það rökstutt með eftirfarandi hætti í greinargerð og þykir rétt að taka rökin hér upp óstytt:

1. Við meðferð ágreiningsmála vegna aðfarargerða og nauðungarsölu er brýn þörf á skjótri málsmeðferð svo að fullnusta lögmætra krafna dragist ekki úr hófi. Svipuð sjónarmið eiga við um ágreiningsmál vegna dánarbússkipta og gjaldþrotaskipta og raunar ágreiningsmál sem rekin eru fyrir héraðsdómi á grundvelli fleiri sérлага. Ljóst er að heimild til málskots á dómsúrlausnum Landsréttar til Hæstaréttar í slíkum kærumálum er til þess fallin að valda enn frekari töfum, sérstaklega ef dómur yrði kveðinn upp um ágreininginn fyrir Landsrétti sem síðan væri unnt að óska eftir leyfi til að áfrýja til Hæstaréttar.

2. Með því að lögfesta í miklum mæli að dómur verði kveðinn upp í Landsrétti í kærumáli um tiltekin ágreiningsefni eða að unnt verði að óska eftir leyfi til að kæra úrskurð til Hæstaréttar eru talsvert aukin verkefni lögð á dómara Hæstaréttar í formi úrlausna um beiðnir um áfrýjunar- og kæruleyfi.
3. Mörg þeirra ágreiningsefna sem leyst er úr með úrskurði fyrir héraðsdómi á grundvelli ákvæða í öðrum lögum en einkamálalögum, og skotið verður með kæru til Landsréttar, eru sambærileg ágreiningsefnum í almennum einkamálum sem leyst er úr með dómi og skotið verður til Landsréttar, dæmd þar og síðan unnt að óska eftir að áfrýja til Hæstaréttar. Önnur þessara ágreiningsefna varða mikilvæga hagsmuni, svo sem stöðu í skiptaröð eða túlkun á mikilvægum lagaákvæðum, og kann að vera mikilvægt að Hæstiréttur geti sett mark sitt á réttarþróun á viðkomandi sviði.
4. Í athugasemdum við 133. gr. í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 20/1991, um skipti á dánarbúum o.fl., koma fram sjónarmið sem skýra þá leið sem farin var í því frumvarpi, að allar úrlausnir héraðsdóms sem á annað borð verður skotið til æðra dóms eftir frumvarpinu sæti kæru til Hæstaréttar: „Í núgildandi reglu 2. tölul. 1. mgr. 21. gr. laga um Hæstarétt Íslands, nr. 75/1973, er gert ráð fyrir að sambærilegar úrlausnir sæti ýmist kæru eða verði áfrýjad, en greinarmunurinn milli þeirra tilvika, þar sem hvor leiðin um sig á við, er ekki fyllilega skýr. Að auki er sá umtalsverði ókostur á núverandi skipan að greint er milli mála sem sæta kæru og verður áfrýjad eftir því hvert meginefni máls telst vera hverju sinni, en sú aðgreining leiðir engan veginn sjálfskrafa til þess sem má þó vænta að hafi verið ætlast til með þessum reglum að minni mál sæti kæru og hljóti þar með skjóta meðferð en umfangsmeiri málum verði áfrýjad og sæti þá mun vandaðri og um leið seinlegri meðferð. Hefur þannig reyndin stundum orðið sú að lítilfjórleg mál hafa tafast mjög í meðförum með því að orðið hefur að fá leyst úr þeim fyrir Hæstarétti með áfrýjun, en viðamikil mál eða mál sem varða mikla hagsmuni hafa getað sætt kæru. Í þessu ljósi verður ekki séð að það þjóni teljandi tilgangi að láta núverandi reglur haldast, en að auki verður heldur ekki séð hvernig megi móta almennar reglur í þessum efnum sem geti þjónað því ætlunarverki á raunhæfan hátt að greina milli málskotsleiða eftir umfangi eða þýðingu mála og fengið samrýmt um leið þeirri almennri skipan við málskot sem nú gildir. Af þessum sökum verður varla um aðra kosti að velja en að leggja annaðhvort til að öll umrædd mál sæti kæru eða að þeim verði áfrýjad, en í ljósi þeirra hagsmuna, sem eru almennt í húfi á þessum

*vettvangi af því að mál hljóti úrlausn á sem skemmstum tíma, er varla nema um fyrri kostinn að ræða. Þótt þetta geti óneitanlega haft í för með sér að umfangsmikil mál sæti kæru í vissum tilvikum má benda á að Hæstiréttur getur ákveðið að kærumál verði munnlega flutt þar fyrir dómi, sbr. 2. mgr. 31. gr. laga nr. 75/1973, og að ágrip dómsgerða verði lagt fram í slíku máli, þannig að meðferð þess verði í reynd hliðstæð því sem gerist við áfrýjun í öðrum atriðum en varða málshraða.“*

Ákvæðin í lögum nr. 117/2016 sem kveða á um kæruheimildir í hinum ýmsu sérlögum eru öll samhljóða en sem dæmi má nefna b-lið 40. gr. laganna sem verður 2. mgr. 179. gr. laga um gjaldþrotaskipti nr. 21/1991:

Úrskurðir Landsréttar um atriði sem talin eru upp í 1. mgr. 167. gr. laga um meðferð einkamála sæta kæru til Hæstaréttar. Þá er unnt að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að kæra til réttarins úrskurði Landsréttar í kærumálum samkvæmt þessum kafla sem fela í sér lokaákvörðun um ágreiningsefnið.

Í fyrri málsliðnum er áréttað það sem í raun leiðir af kæruheimildinni í 1. mgr. 167. gr. eml. en síðari málsliðurinn felur í sér tilvísun til kæruheimildarinnar í 2. mgr. 29. gr. a í lögum nr. 49/2016, sem breytir 2. mgr. 167. gr. eml., og felur í sér að unnt verði að sækja um leyfi Hæstaréttar til að kæra úrskurði Landsréttar í kærumálum sem fela í sér lokaákvörðun um ágreiningsefnið. Í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 117/2016 var orðalagið skýrt þannig:

Nánar tiltekið, ef úrskurður Landsréttar felur í sér efnislega lokaafgreiðslu ágreiningsmálsins sem rekið var fyrir héraðsdómi, samsvarandi við efnisdóm í einkamáli, þá sé unnt að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að kæra þann úrskurð Landsréttar til Hæstaréttar, óháð því hvert sakarefni málsins var fyrir héraðsdómi.

Nokkuð þröngar viðmiðanir eru settar í 2. mgr. 29. gr. a í lögum nr. 49/2016 um mat Hæstaréttar á því hvort veita eigi leyfi til að kæra úrskurði Landsréttar í kærumálum. Annars vegar skal Hæstiréttur líta til þess hvort kæru efnið varði mikilsverða almannahagsmuni, hafi

fordæmisgildi eða grundvallarþýðingu fyrir meðferð málsins. Hins vegar getur Hæstiréttur ávallt tekið kæruefni til meðferðar ef hann telur ástæðu til að ætla að hin kærða dómsathöfn sé bersýnilega röng að formi eða efni.

Með gagnályktun frá þeim kærueheimildum sem að framan hafa verið nefndar má ráða að úrskurðum Landsréttar í hvers kyns kærumálum vegna réttarfarsatriða, svo sem um veitingu fresta, ágreiningu um dómkvaðningu matsmanna eða vitni verði ekki skotið til Hæstaréttar að öðru leyti en mælt er fyrir um í 1. mgr. 29. gr. a. laga nr. 49/2016. Í 3. mgr. 29. gr. a laga nr. 49/2016 er kveðið á um að rétturinn geti á hvaða stigi sem er synjað að taka kæruefni til meðferðar ef rétturinn telur kæru tilefnislausu eða augljóslega setta fram í þeim tilgangi að tefja framvindu máls. Í ákvæðinu felst í raun takmörkun á kærueheimildunum í 1. og 2. mgr.

Í þeim tilvikum sem ekki er unnt að kæra dómsathafnir Landsréttar í kærumálum sem lúta að réttarfarságreiningu til Hæstaréttar getur samt sem áður reynt á réttmæti dómsathafnarinnar í tengslum við áfrýjun efnisdóms í málinu. Þannig getur Hæstiréttur ómerkt dóm Landsréttar og vísað málinu aftur til Landsréttar eða eftir atvikum héraðsdóms ef verulegir annmarkar þykja á úrlausn Landsréttar hvað varðar réttarfarsleg atriði. Hæstiréttur getur með slíkum ómerkingardómum og jafnframt með athugasemdum um réttarfarsatriði í dómum í áfrýjunarmálum sem fá efnislegar lyktir, haft nauðsynleg réttarskapandi áhrif á túlkun réttarfarsákvæða.

### *3.2.3 Kærueheimildir til Hæstaréttar í sakamálum*

Úrskurðir héraðsdóms í sakamálum verða einungis kærnlegir til Landsréttar en í engum tilvikum beint til Hæstaréttar.

Tilteknum úrskurðum Landsréttar í kærumálum vegna sakamála verður hins vegar skotið til Hæstaréttar með kæru og þá eingöngu á grundvelli a-d liða 1. mgr. 68. gr. a laga nr. 49/2016, sem verður 207. gr. sml. Kærueheimildirnar eru þær sömu og í a-, b-, d- og e-liðum 1. mgr. 29. gr. a laga nr. 49/2016. Leyfi Hæstaréttar þarf ekki til kæru

en samkvæmt 2. mgr. greinarinnar getur Hæstiréttur þó á hvaða stigi sem er sýnað að taka kæruefni til meðferðar ef rétturinn telur kæru tilefnislausu eða augljóslega setta fram í þeim tilgangi að tefja framvindu máls.

Um rök fyrir þröngum kæruehimildum til Hæstaréttar á úrskurðum Landsréttar í sakamálum vísast til umfjöllunar um kæruehimildir í einkamálum hér að framar og athugasemda í greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 49/2016.

Við gerð frumvarpsins kom til alvarlegrar skoðunar hvort rétt væri að veita heimild til að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að kæra úrskurði Landsréttar um tilteknar þvingunarráðstafanir, svo sem gæsluvarðhald, til Hæstaréttar. Horfið var frá því þar sem talið var að málskot til Landsréttar veitti fullnægjandi réttarvernd og sá möguleiki að unnt yrði að óska eftir kæruleyfi gæti orðið til að tefja mál og framlengja óvissu um endanlega dómsniðurstöðu.

Þess ber að geta að samkvæmt 2. mgr. 68. gr. e laga nr. 49/2016, sem verður 2. mgr. 215. gr. sml., er við áfrýjun dóms Landsréttar í sakamáli til Hæstaréttar jafnframt heimilt að leita endurskoðunar á úrskurðum sem kveðnir hafa verið upp á fyrri dómstigum og ákvörðunum sem teknar hafa verið undir rekstri máls í héraði. Á sama hátt og í áfrýjuðum einkamálum getur Hæstiréttur með ómerkingardómum í áfrýjuðum sakamálum og jafnframt með athugasemdum um réttarfarsatriði í dómum þar sem sakamál eru dæmd efnislega haft nauðsynleg réttarskapandi áhrif á túlkun laga um meðferð sakamála. Slík réttarskapandi áhrif getur rétturinn einnig haft með dómum sínum um bætur vegna sakamáls á grundvelli 228. gr. sml.

### *3.2.4 Áfrýjunarheimildir til Hæstaréttar í einkamálum*

Í samræmi við það fyrirkomulag sem tíðkast á öllum hinum Norðurlöndunum mun ávallt þurfa að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að áfrýja dómum Landsréttar í einkamálum til Hæstaréttar, sbr. 2. mgr. 29. gr. j, laga nr. 49/2016, sem verður 176. gr. eml. Við mat Hæstaréttar á því hvort áfrýjunarleyfi verði veitt skal annars vegar



líta til þess hvort úrslit málsins hafi verulegt almennt gildi eða varði sérstaklega mikilvæga hagsmuni þess sem leitar áfrýjunarleyfis. Hins vegar getur Hæstiréttur veitt slíkt leyfi ef ástæða er til að ætla að málsmeðferð fyrir héraðsdómi eða Landsrétti hafi verið stórlega ábótavant eða dómur Landsréttar sé bersýnilega rangur að formi eða efni.

Þessar heimildir til að veita áfrýjunarleyfi til Hæstaréttar eru mjög ólíkar og þjóna afar mismunandi tilgangi þar sem sú fyrri lýtur að málum sem hafa mikla almenna þýðingu, svo sem málum þar sem reynir á túlkun stjórnarskrár, eða varða mikilvæga hagsmuni en dómur í slíkum málum kunna að hafa mikilvægt fordæmisgildi. Með veitingu áfrýjunarleyfis á grundvelli síðari heimildarinnar gefst Hæstarétti hins vegar kostur á að hafa réttarskapandi áhrif á túlkun réttarfarsákvæða á sviði einkamálaréttarfars og leiðrétta möguleg stórslys í dómaframkvæmd Landsréttar hvað varðar bæði form og efni. Báðar þessar heimildir eru tiltölulega almennt orðaðar og í raun ómögulegt að segja til um hversu þröngt þær verða túlkaðar af Hæstarétti og hversu mörg mál muni komast í gegnum nálaraugað árlega. Hæstaréttar bíður það vandasama hlutverk að móta framkvæmd um þetta mat og er að mörgu að hyggja, meðal annars að stilla mála fjöldi fyrir Hæstarétti og þar með vinnuálagi við réttinn í hóf. Ætla má að fyrst um sinn muni verða óskað eftir leyfi til að áfrýja tiltölulega stórum hluta dóma Landsréttar til Hæstaréttar. Mikilsvert er því að Hæstarétti takist að móta nokkuð skýra og fyrirsjáanlega framkvæmd þannig að fjöldi beiðna um áfrýjunarleyfi verði hóflegur en hafa verður í huga að beiðni um áfrýjunarleyfi tefur endanlegar lyktir máls þótt áfrýjunarleyfi sé ekki veitt.

Í 1. mgr. 29. gr. i, laga nr. 49/2016, sem verður 175. gr. eml., er að finna tiltölulega þrönga heimild til að áfrýja dómum héraðsdóms í einkamálum beint til Hæstaréttar. Skilyrðið er að þörf sé á að fá endanlega niðurstöðu Hæstaréttar með skjótum hætti og mál þarf auk þess að uppfylla eitt af þremur eftirfarandi skilyrðum, þ.e. að niðurstaða málsins geti verið fordæmisgefandi, haft almenna þýðingu fyrir beitingu réttarreglna eða haft verulega samfélagslega þýðingu að öðru leyti. Þá skal slíkt leyfi ekki veitt ef málsaðili telur þörf á að

leiða vitni í málinu eða enn er uppi ágreiningur um sönnunargildi munnlegs framburðar sem gefinn var fyrir héraðsdómi.

Að öllum þessum skilyrðum virtum má ætla að leyfi til að áfrýja héraðsdómi beint til Hæstaréttar verði tiltölulega sjaldan veitt. Ætla má að það verði helst í málum sem fyrst og fremst snúast um lagatúlkun, krefjast skjótrar úrlausnar og líklegt er að myndu hvort eð er að lokum fá efnislega umfjöllun í Hæstarétti. Með nokkrum sanni má líta á málsmeðferð fyrir Landsrétti í slíkum málum sem sóun á mannafla og tíma. Þá má ætla að þessi heimild kunni að létta nokkuð vinnuálagi af Landsrétti. Heimildin er þó sannarlega stílbrot í hinni nýju réttarfars- og dómstólaskipan.

Þess má geta að í 2. mgr. 29. gr. i, er gert ráð fyrir að þótt málsaðili hyggist óska eftir leyfi Hæstaréttar til að áfrýja héraðsdómi beint til Hæstaréttar skuli hann samt sem áður fá gefna út áfrýjunarstefnu til Landsréttar með venjulegum hætti, þar sem greint sé frá ósk um að áfrýja málinu til Hæstaréttar. Slík ósk, ásamt áfrýjunarstefnu til Hæstaréttar, skal jafnframt send Hæstarétti í síðasta lagi þegar áfrýjunarstefna er lögð fyrir Landsrétt, þ.e. innan áfrýjunarfrests til Landsréttar.

Fallist Hæstiréttur á áfrýjun til réttarins fer um útgáfu áfrýjunarstefnunnar og um meðferð málsins fyrir Hæstarétti eins og í öðrum hæstaréttarmálum. Skal áfrýjandi þá þegar í stað tilkynna Landsrétti að Hæstiréttur hafi fallist á áfrýjun beint til réttarins og verður þá ekki meira af máli fyrir Landsrétti. Hafni Hæstiréttur hins vegar óskinni skal áfrýjandi innan viku tilkynna Landsrétti um höfnunina og eftir atvikum óska eftir að áfrýjunarmáli verði fram haldið fyrir Landsrétti. Landsréttur ákveður þá hvenær stefndi verði í síðasta lagi að tilkynna Landsrétti að hann hafi í hyggju að halda uppi vörnum í málinu, sbr. f-lið 1. mgr. 155. gr. eml. og tilkynnir stefnda þá ákvörðun með sannanlegum hætti. Fer þá um meðferð málsins fyrir Landsrétti eins og í öðrum áfrýjunarmálum fyrir réttinum.

Þessi tiltölulega flókna framkvæmd miðar að því að sem allra minnstar tafir verði á meðferð máls vegna beiðni til Hæstaréttar um leyfi til

beinnar áfrýjunar og að mál fari þegar í stað í venjulegan farveg fyrir Landsrétti ef málsaðili fær höfnun fyrir Hæstarétti og kýs að reka málið fyrir Landsrétti.

### 3.2.5 Áfrýjunarheimildir til Hæstaréttar í sakamálum

Eins og í einkamálum mun ávallt þurfa að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að áfrýja dómum Landsréttar í sakamálum til Hæstaréttar, sbr. 4. mgr. 68. gr. e, laga nr. 49/2016, sem verður 215. gr. sml. Slíkt leyfi skal aðeins veita ef áfrýjun lýtur að atriði sem hefur verulega almenna þýðingu eða af öðrum ástæðum er mjög mikilvægt að fá úrlausn Hæstaréttar um. Þá getur Hæstiréttur veitt slíkt leyfi ef ástæða er til að ætla að málsmeðferð fyrir héraðsdómi eða Landsrétti hafi verið stórlega ábótavant eða dómur Landsréttar bersýnilega rangur að formi eða efni. Hafi ákærði verið sýknaður af ákæruefni í héraðsdómi en sakfelldur fyrir Landsrétti skal þó verða við ósk ákærða, eða ákærvaldsins honum til hagsbóta, um leyfi til áfrýjunar nema Hæstiréttur telji ljóst að áfrýjun muni ekki verða til þess að breyta dómi Landsréttar.

Í 1. mgr. 68. gr. e, laga nr. 49/2016, sem verður 215. gr. sml., er talið upp í hvaða skyni verður unnt að óska eftir leyfi Hæstaréttar til að áfrýja dómi Landsréttar til Hæstaréttar. Segja má að unnt verði að óska eftir endurskoðun á sömu atriðum dóms í sakamáli og nú fyrir Hæstarétti að því frágengnu að ekki verður unnt að fá endurskoðun á mati Landsréttar, eða eftir atvikum héraðsdóms, á sönnunargildi munnlegs framburðar. Ákvæði sambærileg 2. og 3. mgr. 208. gr. nógildandi sml. er ekki að finna í 68. gr. o, laga nr. 49/2016, sem verður 225. gr. sml. Hæstiréttur mun hins vegar geta endurskoðað mat á sönnunargildi annarra gagna. Er það nokkuð frábrugðið endurskoðunarheimildum Hæstaréttar í grannríkjum okkar sem endurskoða ekki mat á sönnun um sekt í sakamálum.<sup>16</sup>

Samkvæmt d-lið 1. mgr. 215. gr. sml. verður unnt að óska eftir leyfi til að áfrýja landsréttardómi til Hæstaréttar til þess að fá ómerkingu á

<sup>16</sup> Sjá t.d. Johs. Andenæs, *Norsk straffeprosess*, (4. útgáfa, Universitetsforlaget 2008), 542.

héraðsdómi og landsréttardómi og heimvísun máls. Fyrir Hæstarétti getur þannig reynt á réttarfarsatriði varðandi lögreglurannsókn, ákærumeðferð og málsmeðferð fyrir héraðsdómi og Landsrétti.

Eins og fyrr segir er sérstaklega mælt fyrir um það í 2. mgr. 68. gr. e laga nr. 49/2016 að við áfrýjun dóms í sakamáli sé jafnframt heimilt að leita endurskoðunar á úrskurðum sem kveðnir hafa verið upp og ákvörðunum sem teknar hafa verið undir rekstri máls í héraði.

## **4. Sönnunarfærsla fyrir Landsrétti**

Sem fyrr segir var ein mikilvægasta ástæða þess að ráðist var í stofnun millidómstigs hér á landi sú að talsvert þótti skorta á að fylgt væri meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu við endurskoðun dóma á áfrýjunarstigi og þá sérstaklega í sakamálum.

### **4.1 Almennt um milliliðalaus sönnunarfærslu á áfrýjunarstigi**

Meginreglan um milliliðalaus málsmeðferð hefur hvergi á Norðurlöndum verið talin fela í sér skyldu til að endurtaka að öllu leyti sönnunarfærslu á áfrýjunarstigi, enda ljóst að fullkomin endurtekning munnlegrar sönnunarfærslu hefur ýmsa ókosti. Endurtekin munnleg sönnunarfærsla er til þess fallin að þyngja verulega málsmeðferðina á millidómstigi. Aðalmeðferð og dómasamning tekur lengri tíma en ella sem dregur úr afköstum, lengir málsmeðferðartíma og eykur kostnað. Endurtekin munnleg sönnunarfærsla getur auk þess verið íþyngjandi fyrir aðila, sakborninga og vitni og miklar líkur á að sönnunargildi slíks framburðar fyrir Landsrétti, löngu eftir að atvik áttu sér stað, sé mun minna en framburðar fyrir héraðsdómi. Endurtekin skýrslutaka er því ekki endilega fallin til þess að stuðla að efnislega réttri niðurstöðu.

Við samningu millidómstigsfrumvarpanna lá ljóst fyrir að finna þyrfti einhverja málamiðlun á milli gildandi fyrirkomulags og fullkominnar útgáfu af milliliðalausri sönnunarfærslu fyrir Landsrétti sem fælist í endurtekningu allrar munnlegrar sönnunarfærslu. Var í því sambandi litið til nágrannalandanna.

Tilslakanir frá meginreglunni um milliliðalausá sönnunarfærslu á millidómstigi í lögum og réttarframkvæmd á Norðurlöndunum hafa fyrst og fremst gengið út á að byggja eins mikið og mögulegt er á skýrslum sem gefnar hafa verið á fyrsta dómstigi og að takmarka með ýmsum hætti fjölda nýrra vitna á millidómstigi og umfang spurninga til þeirra sem þegar hafa borið vitni á fyrsta dómstigi. Þessar tilslakanir hafa haft það að markmiði að gera málsmeðferðina greiðari, draga úr álagi á dómstólum á millidómstigi og þar með úr kostnaði í dómskerfinu.<sup>17</sup>

Í öllum nágrannalöndum okkar fer munnleg sönnunarfærsla fram að einhverju leyti á millidómstigi en útfærslan er talsvert mismunandi eins og nánari grein er gerð fyrir í skýrslu vinnuhóps um millidómstig frá árinu 2011.<sup>18</sup> Lengst virðist gengið í Noregi þar sem munnleg sönnunarfærsla er endurtekin að miklu leyti á millidómstigi en skemmst í Danmörku.

Dótt meginreglan sé sú að sönnunarfærsla sé endurtekin fyrir Landsrétti í Danmörku leiðir af 923. gr. dönsku réttarfarlaganna (d. retsplejeloven) að munnleg sönnunarfærsla í sakamálum er að jafnaði ekki endurtekin ef aðilar eru sammála um að það sé óþarft. Í stað þess er stuðst við endurrit af munnlegum skýrslum í héraði og það sem máli þykja skipta varðandi sönnun lesið upp við aðalmeðferð. Samkvæmt 922. gr. sker Landsréttur úr ágreiningi um hvort ný sönnunargögn verði færð fram í sakamáli og á það jafnframt við um ný vitni.<sup>19</sup> Í einkamálum fer munnleg sönnunarfærsla aðeins fram fyrir Landsrétti ef hún er talin hafa þýðingu fyrir úrlausn málsins. Að öðru leyti er stuðst við endurrit af framburði vitna á fyrsta dómstigi og skriflegar yfirlýsingar vitna.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Sjá frumvarp sem varð að lögum nr. 49/2016 (nmgr. 4).

<sup>18</sup> Sjá Sigurður Tómas Magnússon, Ása Ólafsdóttir, Benedikt Bogason og Símon Sigvaldason (nmgr. 5).

<sup>19</sup> Sjá Eva Smith o.fl. (nmgr. 12) 813–825 og „Vejledning om den praktiske behandling af straffesager ved landsretterne“ sem stafa frá dómsforsetum Vestri- og eystri Landsréttar í Danmörku og birtar á heimasíðu dönsku dómstólanna, (2010) 21–24. (<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/sagsbehandling/Documents/Vejledning%20i%20civile%20sager.pdf>)

<sup>20</sup> Sjá „Vejledning om behandling af civile sager ved landsretterne“ sem stafa frá dómsforsetum Vestri og eystri Landsréttar í Danmörku og birtar á vef dönsku dómstólanna (2013) 14. (<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/sagsbehandling/Documents/Vejledning%20i%20civile%20sager.pdf>)

Í Svíþjóð eru hljóð- og myndupptökur af munnlegum framburði á fyrsta dómstigi, sem þykja skipta máli varðandi sönnun, spilaðar við aðalmeðferð á millidómstiginu en þó er mögulegt að taka skýrslur af nýjum vitnum eða viðbótarskýrslur.<sup>21</sup>

Segja má að með tilkomu millidómstigs verði meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu mun betur fylgt hér á landi en áður. Ráðgert er að munnleg sönnunarfærsla fari fram fyrir Landsrétti auk þess sem allar munnlegar skýrslur í héraði verði teknar upp í hljóði og mynd og spilaðar við aðalmeðferð fyrir Landsrétti eftir því sem þurfa þykir, en af því leiðir að Landsrétti verður unnt að taka alla þætti áfrýjads máls til endurskoðunar, þar með talið mat á sönnunargildi munnlegs framburðar í héraði.

Segja má að sú leið sem farin var við samningu millidómstigsfrumvarpanna sé sambræðingur af fyrirkomulaginu í Danmörku og Svíþjóð.

#### **4.2 Munnleg sönnunarfærsla í einkamálum fyrir Landsrétti**

Í lögum nr. 49/2016 er gert ráð fyrir að endurskoðun á mati héraðsdóms á munnlegri sönnunarfærslu í einkamálum fari fram fyrir Landsrétti á þrenns konar grundvelli.

Í fyrsta lagi er mælt fyrir um að unnt verði að leiða ný vitni fyrir Landsrétt og taka viðbótarskýrslur af vitnum sem gáfu skýrslur fyrir héraðsdómi. Þau lagaákvæði sem lúta að skýrslutökum fyrir Landsrétti í einkamálum eru 20. gr. laga nr. 49/2016, sem breytir 156. gr. eml. Í 2. mgr. ákvæðisins er gert ráð fyrir að áfrýjandi tilgreini í greinargerð sinni til Landsréttar þá sem hann telur nauðsynlegt að gefi aðila- og vitnaskýrslur eða viðbótarskýrslur fyrir Landsrétti ásamt rökstuðningi þar að lútandi, þar á meðal fyrir því hvers vegna ekki sé nægilegt að byggja á upptökum, sbr. 3. mgr. 11. gr., hafi aðili eða vitni gefið skýrslu fyrir héraðsdómi. Sambærilegt ákvæði er í 22. gr., sem breytir 159. gr. eml., hvað varðar greinargerð stefnda til Landsréttar.

<sup>21</sup> Sjá t.d. „Nämndeman i tingsrätt och hovrätt“, 27-28, á vef sænsku dómstólanna. ([http://www.domstol.se/publikationer/namndeman/handbok\\_namndeman\\_tingsratt\\_webb.pdf](http://www.domstol.se/publikationer/namndeman/handbok_namndeman_tingsratt_webb.pdf)).

Í öðru lagi er gert ráð fyrir því í 6. gr. laga nr. 49/2016, sem breytir 11. gr. eml., að skýrslur í héraði verði teknar upp í hljóði og mynd. Í 20. og 22. gr. laga nr. 49/2016, sem breyta 156. og 159. gr. eml., er síðan gert ráð fyrir að unnt verði að spila við aðalmeðferð fyrir Landsrétti, upptökur af einstökum skýrslum, sem teknar voru í héraði, í heild sinni eða að hluta, eftir því sem þurfa þykir vegna sönnunar fyrir Landsrétti. Í greinargerðum málsaðila skuli koma fram hvaða upptökur eða hluta af upptökum af aðila- og vitnaskýrslum fyrir héraðsdómi þeir telji nauðsynlegt að spila við aðalmeðferð málsins vegna endurmats á sönnunargildi þeirra. Í athugasemdum með 20. gr. í greinargerð<sup>22</sup> segir að tilefni til þess geti t.d. verið að ástæða sé til að ætla að mat héraðsdómara á sönnunargildi munnlegs framburðar hafi ráðist af mati hans á atriðum, skv. 59. gr. laganna, sem varðar minni, ástand og hegðun vitnis við skýrslugjöf, öryggi þess og skýrleika í svörum og samræmi í frásögn, en þessi atriði verði traudla endurmetin nema dómamar Landsréttar geti horft á myndupptökur af munnlegum framburði í héraði. Gert er ráð fyrir að myndupptökur af öllum skýrslutökum í héraði fylgi gögnum málsins til Landsréttar og verði dómurum Landsréttar aðgengilegar.

Í þriðja lagi verða allar munnlegar skýrslur sem gefnar eru fyrir héraðsdómi endurritaðar og lagðar fram fyrir Landsrétti. Þessu fylgir vissulega nokkur fyrirhöfn og kostnaður fyrir aðila máls en við samningu frumvarpsins var sérstaklega litið til þess hagræðis sem er af slíkri endurritun fyrir dómara Landsréttar og lögmenn þar sem mun styttri tíma tekur að kynna sér efni slíkra skýrslna af endurriti en af upptöku.

Samkvæmt framangreindum ákvæðum er málsaðilum gert að rökstyðja þörf fyrir nýjar munnlegar skýrslur eða viðbótarskýrslur svo og hvaða upptökur eða hluta af upptökum af aðila- og vitnaskýrslum fyrir héraðsdómi þeir telji nauðsynlegt að spila við aðalmeðferð málsins vegna endurmats á sönnunargildi þeirra.

<sup>22</sup> Sjá frumvarp sem varð að lögum nr. 49/2016 (nmgr. 4).

Gert er ráð fyrir því í c-lið 23. gr. laga nr. 49/2016, sem verður 3. mgr. 160. gr. eml., að það hvort skýrslur verði heimilaðar og upptökur spilaðar við aðalmeðferð fyrir Landsrétti sé eitt þeirra atriða sem Landsréttur ræður til lykta fyrir aðalmeðferð máls og getur dómsformaður, ef tilefni er til, kvatt aðila fyrir dóm í því skyni. Ákvörðun um hvort munnleg skýrsla verði tekin fyrir Landsrétti er ekki kæránleg til Hæstaréttar.

Í athugasemdum við 20. gr. í greinargerð<sup>23</sup> segir að við mat Landsréttar á því hvort og þá hvaða skýrslutökur verði leyfðar fyrir Landsrétti sé t.d. unnt að líta til þess hvort ætlunin með skýrslutökunni sé að færa frekari sönnur fyrir atriði sem þegar hefur verið haldið fram sem málsástæðu eða hvort henni er ætlað að styðja nýja málsástæðu sem ekki kemst að í máli vegna útilokunarreglunnar, sbr. 111. gr. og 2. mgr. 163. gr. eml. Þá þurfi við mat á því hvort samþykkja eigi skýrslutöku fyrir Landsrétti að líta til 3. mgr. 46. gr. eml. og hafna skýrslutöku ef bersýnilegt þyki að hún sé tilgangslaus til sönnunar. Hafa verði í huga að með heimild til að leiða aðila og vitni fyrir Landsrétt sé ekki ætlunin að draga úr mikilvægi málsmeðferðar fyrir héraðsdómi þar sem grundvöllur málsmeðferðar í einkamálum sé lagður. Eftir sem áður sé gengið út frá því að einungis verði um endurskoðun á héraðsdómi að ræða fyrir Landsrétti og að mál verði að jafnaði dæmd á sama grundvelli í héraði og fyrir Landsrétti. Loks verði að hafa í huga að aðeins sé þörf á munnlegri sönnunarfærslu varðandi atriði sem áfrýjun lúti að og enn séu umdeild í máli á áfrýjunarstigi. Af ákvæðum laganna og framangreindum hugleiðingum í greinargerð má ráða að nokkuð mikið þurfi til að koma svo Landsréttur leyfi í einkamálum skýrslutökur fyrir Landsrétti af vitnum sem ekki gáfu skýrslu í héraði og viðbótarskýrslur. Ef hvorugur málsaðila fer fram á slíka skýrslutöku leiðir af meginreglunni um forræði málsaðila á sönnunarfærslu að slíkt skýrsla mun ekki fara fram. Það að málsaðilar eru sammála um slíka skýrslutöku eykur væntanlega líkur á að skýrslutakan verði heimiluð en Landsréttur yrði hins vegar ekki bundinn af slíku samkomulagi.

---

<sup>23</sup> Sama heimild.



Önnur sjónarmið gilda væntanlega um mat Landsréttar á því hvort orðið verði við ósk málsaðila um að spila upptökur af skýrslutökum í héraði þar sem tilefni slíkrar óskar er væntanlega fyrst og fremst að sýna fram á rangt mat héraðsdóms á sönnunargildi tiltekins framburðar eða framburðar fleiri en eins. Slík beiðni getur væntanlega lotið að framburði í heild eða tilteknu atriði í framburði en í síðarnefnda tilvikinu er væntanlega óþarfi að spila nema hluta af upptökunni. Ætla má að tiltölulega sjaldan verði farið fram á slíka spilun við aðalmeðferð í einkamálum í Landsrétti, og þá aðeins spilun á afmörkuðum hluta framburðar, heldur verði í meginþorra mála látið við það sitja að byggja á endurritum af skýrslutökum fyrir héraðsdómi.

Um framkvæmd sönnunarfærslu við aðalmeðferð í Landsrétti er fjallað í 25. gr. a, laga nr. 49/2016, sem breytir 162. gr. eml. Þar segir að við aðalmeðferð fyrir Landsrétti fari að jafnaði fram í einni lotu skýrslutökur og munnlegur flutningur máls. Fyrst sé horft og hlustað á upptökur af aðila- og vitnaskýrslum fyrir héraðsdómi að því leyti sem Landsréttur hafi þegar ákveðið. Því næst séu teknar skýrslur af aðilum og vitnum sem ekki gáfu skýrslu fyrir héraðsdómi eða málsaðilar hafi óskað eftir að gefi viðbótarskýrslu og Landsréttur telur að geti haft þýðingu við úrlausn málsins.

Með framangreindum lagabreytingum ættu skýrslutökur fyrir héraðsdómi, skv. 76. gr. eml, í tengslum við áfrýjun máls að mestu að vera úr sögunni.

### **4.3 Endurskoðun á munnlegri sönnunarfærslu í sakamálum fyrir Landsrétti**

Með 38. gr. laga nr. 49/2016 voru gerðar samsvarandi breytingar á 13. gr. sml. hvað varðar upptökur í hljóði og mynd af skýrslutökum fyrir héraðsdómi og að framan hefur verið lýst hvað varðar einkamál. Þá er með 59. gr. gerðar breytingar á 2. mgr. 202. gr. sml. sem fela í sér að meðal þeirra gagna sem ríkissaksóknari leggur fram í sakamáli fyrir Landsrétti séu endurrit sem og hljóð- og myndupptökur af munnlegum framburði fyrir héraðsdómi. Eru þessar breytingar í samræmi við breytingar á eml. sem lýst hefur verið hér að framan.

Með 60. gr. laga nr. 49/2016 var bætt nýjum staflið, e-lið, við 2. mgr. 203. gr. sml., þar sem mælt er fyrir um að í greinargerð málsaðila skuli koma fram hvort hann telji nauðsynlegt að afla munnlegra skýrslna eða viðbótarskýrslna fyrir Landsrétti, og þá hverra, ásamt rökstuðningi þar að lútandi, þar á meðal fyrir því hvers vegna ekki sé nægilegt að byggja á upptökum, sbr. 3. mgr. 13. gr. Jafnframt skuli koma þar fram hvaða upptökur af skýrslum fyrir héraðsdómi málsaðili telur nauðsynlegt að spila við aðalmeðferð málsins fyrir Landsrétti. Þessi viðbót við 2. mgr. 203. gr. er efnislega sambærileg við þær breytingar sem gerðar voru á er 156. og 159. gr. eml. hvað varðar óskir í greinargerðum málsaðila um skýrslutökur fyrir Landsrétti og spilun fyrir Landsrétti á upptökum í hljóði og mynd af skýrslutökum í héraði.

Í athugasemdum við 59. gr. frumvarpsins kemur skýrt fram að ekki er gert ráð fyrir að sönnunarfærsla í sakamáli, sem fram fór fyrir héraðsdómi, verði endurtekin fyrir Landsrétti. Þar er jafnframt gerð grein fyrir hvernig sönnunarfærslan fyrir Landsrétti muni fara fram og á hvaða grundvelli endurskoðun Landsréttar á mati héraðsdóms á sönnunargildi munnlegs framburðar geti átt sér stað:

Ekki er gert ráð fyrir að sú sönnunarfærsla sem fram fór fyrir héraðsdómi verði endurtekin fyrir Landsrétti, enda mæla sterk rök gegn því að sakborningar, brotaþolar, málsaðilar eða vitni séu yfirheyrð ítrekað fyrir dómi um sömu atriði eins og nánar er rakið í almennum athugasemdum með frumvarpinu. Á þetta sérstaklega við í sakamálum þar sem ætla má að upprifjun brotaþola og vitna á erfiðri lífsreynslu geti verið sársaukafull og af þeirri ástæðu varhugavert að endurtaka skýrslugjöf að nauðsynjalausu. Hins vegar er í frumvarpinu gert ráð fyrir að málsaðilum gefist kostur á að leiða ný vitni og taka viðbótarskýrslur af ákærðu og vitnum sem gáfu skýrslu fyrir héraðsdómi. Þá verði allar skýrslur í héraði teknar upp í hljóði og mynd og afrit af þessum upptökum send Landsrétti sem hluti af gögnum máls. Myndupptökurnar verði þannig aðgengilegar dómurum sakamáls í Landsrétti en að auki verði unnt að fara fram á að einstakar skýrslur eða hluti af þeim verði spilaðar við aðalmeðferð máls ef þörf þykir vegna endurmats á sönnunargildi munnlegs framburðar. Eftir sem áður er þó gert ráð fyrir að við sönnunarfærslu fyrir Landsrétti verði að miklu leyti stuðst við

endurrit af framburði ákærðu og vitna fyrir héraðsdómi, enda er mikið hagræði í því fólgið fyrir málsaðila og dómendur og málsmeðferðin til muna skilvirkari með því móti. Sá möguleiki að leiða ný vitni og taka viðbótarskýrslur, svo og að spila upptökur af skýrslum sem teknar voru í héraði, er til þess fallinn að Landsréttur geti endurskoðað sönnunargildi munnlegs framburðar og skorið úr um sekt eða sýknu á grundvelli heildarmats á öllum sönnunargögnum, þ.m.t. munnlegum framburði.

Með b-lið 61. gr. laga nr. 49/2016 voru gerðar samsvarandi breytingar á 3. mgr. 204. gr. sml. og á 3. mgr. 160. gr. eml., hvað varðar sérstakt þinghald í Landsrétti fyrir aðalmeðferð sakamáls til að ráða til lykta ágreiningi um m.a. skýrslutökur og spilun á upptökum fyrir Landsrétti. Í athugasemdum við ákvæðið í greinargerð kemur fram að hafi aðilar ekki borið fram ósk um afspilun, skýrslutöku eða aðra gagnaöflun og enginn réttarfarságreiningur sé uppi í máli sé ekki þörf á slíku þinghaldi. Sama máli gegni ef slík ósk hefur borist, enginn ágreiningur er um hana og Landsréttur telur rétt að fallast á óskina.<sup>24</sup> Vísast til umfjöllunar hér að framan um sambærilegt ákvæði í eml. að breyttu breytanda.

Þótt ákvæði einkamálalaga og sakamálalaga um munnlega sönnunarfærslu fyrir Landsrétti og spilun á upptökum af skýrslutökum fyrir héraðsdómi séu efnislega mjög svipuð má ætla að talsvert oftar verði óskað eftir skýrslutökum fyrir Landsrétti í sakamálum en í einkamálum. Ástæður þess eru í fyrsta lagi að ætla má að munnlegar skýrslur hafi hlutfallslega mun oftar mikla þýðingu við sönnun í sakamálum en í einkamálum. Í öðru lagi hefur meginreglan um að sönnunarbyrði í sakamáli hvíli á ákærvaldinu það í för með sér að mikilvægt er að vanda til endurskoðunar á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar. Í þriðja lagi sýnir dómaframkvæmd Hæstaréttar og Mannréttindadómstóls Evrópu að meginreglan um milliliðalaus meðferð á áfrýjunarstigi vegur mun þyngra í sakamálum en í einkamálum. Í fjórða lagi sýnir réttarframkvæmd í nágrannalöndum okkar að heimildir til munnlegrar sönnunarfærslu á millidómstigi eru í framkvæmd túlkaðar rýmra í sakamálum en í einkamálum.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Sama heimild

<sup>25</sup> Sjá t.d. þann mikla mun sem er á afstöðu til munnlegrar sönnunarfærslu fyrir Landsrétti í Danmörku í sakamálum og einkamálum og fyrirnefndum leiðbeiningum forseta Vestri og Eystri Landsréttar (nmgr. 19 og 20).

Samkvæmt framansögðu má ætla að mun auðveldara verði við áfrýjun sakamáls en einkamáls að færa rök fyrir skýrslutökum af vitnum sem ekki gáfu skýrslu fyrir héraðsdómi og viðbótarskýrslum af þeim sem tekin var skýrsla af þar. Þótt mögulegt verði að kalla til vitni fyrir Landsrétti sem gaf skýrslu fyrir héraðsdómi er ekki gert ráð fyrir að skýrslutakan verði endurtekin frá grunni og að jafnaði ekki spurt um sömu atriði og áður heldur fyrst og fremst um ný atriði. Ef um er að ræða framburð lykilvitnis, sem úrslitaáhrif getur haft um sýknu eða sakfellingu, gæti reynst nauðsynlegt að taka nokkuð ítarlega viðbótarskýrslu fyrir Landsrétti, sérstaklega ef skýrslutaka fyrir héraðsdómi þykir ekki hafa verið fullnægjandi. Alla jafna ætti þó aðeins að vera þörf á afmörkuðum viðbótarspurningum um atriði sem vitnið var ekki spurt um í héraði eða ekki nægilega ítarlega. Í mörgum tilvikum ætti hins vegar að nægja, til endurmats á sönnunargildi munnlegs framburðar fyrir héraðsdómi, að spila við aðalmeðferð upptökur af skýrslutökum af sakborningum og vitnum fyrir héraðsdómi og þá aðeins þá hluta einstökum skýrslum sem enn þykja hafa þýðingu fyrir niðurstöðu málsins. Augljóst er hins vegar að ekki verður þörf á að spila upptökur af öllum framburðarskýrslum þar sem iðulega kemur í ljós eftir að vitni hefur gefið skýrslu í héraði eða í síðasta lagi eftir að dómur er genginn í héraði að framburður þess hefur litla eða enga þýðingu fyrir niðurstöðu málsins.

Mikilvægt er, með tilliti til málshraða og skilvirkni Landsréttar, að ákærvald og verjendur gæti þess að stilla óskum sínum um munnlega sönnunarfærslu fyrir Landsrétti í hóf og afmarki vel hvaða atriði þeir vilji spyrja ný vitni um og hvaða viðbótarspurningar þeir vilji beina til þeirra sem áður hafa gefið skýrslu. Jafnframt að þeir afmarki vel hvaða upptökur, eða hluta af upptökum, úr héraði þeir óski eftir að verði spilaðar við aðalmeðferð fyrir Landsrétti. Þetta kallar á nákvæm vinnubrögð og nokkuð aukna undirbúningsvinnu sækjenda og verjenda en ætti jafnframt að stuðla að vönduðum og skilvirkum málatilbúnaði og þar með treysta réttaröryggi sakborninga.

Þar sem ekki er að finna í lagatexta eða athugasemdum í greinargerð nákvæmar viðmiðanir sem Landsréttur getur byggt á við mat sitt um hvort heimila eigi skýrslutökur og spilun á upptökum við aðalmeðferð

er mikilvægt að rétturinn móti strax í upphafi innri reglur eða viðmiðanir þar um. Sérstaklega er mikilvægt að sem mest samræmi náist sem fyrst í slíkum ákvörðunum Landsréttar og framkvæmdin verði frá upphafi svo skýr og fyrirsjáanleg að ákærvald og verjendur geti gengið að því nokkuð vísu hvaða ákvarðanir verði teknar í einstökum tilvikum um skýrslutökur og spilun á upptökum fyrir Landsrétti. Nota mætti sem fyrirmynd nokkuð nákvæm viðmið sem forsetar landsréttanna í Danmörku hafa gefið út.<sup>26</sup>

## 5 Sérfróðir meðdómendur fyrir Landsrétti

Eitt þeirra atriða sem sætt hefur gagnrýni varðandi núverandi réttarskipan hér á landi er endurskoðun Hæstaréttar á héraðsdómum í málum sem dæmd hafa verið af sérfróðum meðdómendum en sem kunnugt er taka sérfróðir meðdómendur ekki sæti í Hæstarétti. Slík gagnrýni var meðal annars sett fram í grein í Tímariti Lögréttu árið 2009.<sup>27</sup> Þá var bent á þennan annmarka í skýrslu vinnuhóps um millidómstigs frá 2011.<sup>28</sup> Skýrsluhöfundar töldu það eitt helsta tilefni lagasetningar um millidómstig að óviðunandi væri að sérfróðir meðdómsmenn sætu ekki í dómi á áfrýjunarstigi í málum þar sem reyndi á sérkunnáttu og dæmd hefðu verið á fyrsta dómstigi af sérfróðum meðdómendum. Dregið var í efa að við slíkar aðstæður væri um að ræða raunverulega og trúverðuga endurskoðun á öllum þáttum dómsmáls sem líkleg væri til að leiða til réttari niðurstöðu en komist var að í dómi héraðsdóms. Þá töldu skýrsluhöfundar vandséð að úr þessu yrði bætt í tveggja þrepa dómskerfi. Tekið var undir þessi sjónarmið í almennum athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögum nr. 49/2016.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Sjá fyrrnefndar leiðbeiningar forseta Vestri og Eystri Landsréttar í Danmörku, (nmgr. 19 og 20)

<sup>27</sup> Sjá Halldór Brynjar Halldórsson, „Er þörf á millidómstigi í einkamálum?“ (2009) [2] Tímarit Lögréttu 161-182.

<sup>28</sup> Sjá Sigurður Tómas Magnússon, Ása Ólafsdóttir, Benedikt Bogason og Símon Sigvaldason (nmgr. 5).

<sup>29</sup> Sjá frumvarp sem varð að lögum nr. 49/2016 (nmgr. 4).

Með lögum nr. 49/2016 verður sú skipan tekin upp við meðferð bæði einkamála og sakamála að unnt verður að kveðja sérfróða meðdómsmenn til setu í málum fyrir Landsrétti. Hvað varðar einkamál er kveðið á um þetta í 2. gr., sem verður 2. gr. a eml., en hvað varðar sakamál í 33. gr., sem verður 3. gr. a sml. Almenna skilyrðið er að sérfróður meðdómsmaður hafi tekið þátt í meðferð máls fyrir héraðsdómi sem fengið hefur efnislega úrlausn þar og enn sé deilt um staðreyndir sem eru bornar fram sem málsástæður fyrir Landsrétti, og forseti telur þurfa sérkunnáttu í dómi til að leysa úr. Í athugasemdum við 2. gr. frumvarpsins<sup>30</sup>, segir um þetta skilyrði að hafi sérfróður meðdómsmaður ekki tekið þátt í meðferð máls í héraði en Landsréttur telur að svo hefði átt að vera geti Landsréttur gripið til þess ráðs að ómerkja héraðsdóm og vísa málinu heim í hérað á sama hátt og Hæstiréttur gerir nú. Með því að heimila að bætt yrði úr slíkum ágalla í héraði, með því að kalla til sérfróðan meðdómsmann fyrir Landsrétti, væri því gefið ranglega undir fótinn að meðferð máls fyrir héraðsdómi væri aðeins nauðsynlegur undirbúningur að áfrýjunarmeðferð fyrir Landsrétti sem ekki þyrfti að vanda eins vel til og áður. Þannig gæti málið einnig verið dæmt á allt öðrum forsendum fyrir Landsrétti en fyrir héraðsdómi.

Þar sem ljóst þótti að þátttaka sérfróðra meðdómenda fyrir Landsrétti myndi hafa nokkurn kostnaðarauka í för með sér var gripið til þeirra mótvægisáðgerða að breyta ákvæðum 2. mgr. 2. gr. eml. og 3. mgr. 3. gr. sml. á þann veg að aðeins einn sérfróður meðdómsmaður taki að jafnaði sæti í máli í héraði og jafnframt að einn sérfróður meðdómsmaður taki að jafnaði sæti í máli fyrir Landsrétti. Í báðum tilvikum munu tveir embættisdómarar sitja í dómi með hinum sérfróða meðdómsmanni. Sú undantekning er þó gerð bæði í héraði og fyrir Landsrétti að ef þörf þykir á sérkunnáttu á fleiri en einu sviði í dómi verður heimilt að kveðja til tvo meðdómsmenn. Í slíku tilviki verður mál dæmt af einum embættisdómara og tveimur sérfróðum meðdómsmönnum í héraði en þremur embættisdómurum og tveimur sérfróðum meðdómsmönnum í Landsrétti. Með því móti er tryggt að tveir löglærðir dómarar dæmi að lágmarki í hverju máli fyrir

---

<sup>30</sup> Sama heimild.

Landsrétti og jafnframt að sérfróðir meðdómendur verði aldrei færri í Landsrétti en fyrir héraðsdómi. Þá er heimilt að þrír dómáramar við Landsrétt skipi dóm með tveimur sérfróðum meðdómsmönnum ef mál er umfangsmikið eða sakarefni mjög mikilvægt frá almennu sjónarmiði.

Fleiri kostir fylgja þessu nýja fyrirkomulagi en sparnaðurinn. Talsvert virðist hafa færst í vöxt að héraðsdómáramar kveðji aðeins einn sérfróðan meðdómánda til setu í dómi þótt ekki sé fullnægt því skilyrði 3. mgr. 2. gr. eml. og 4. mgr. 3. gr. sml. að mál sé umfangsmikið eða sakarefni mjög mikilvægt. Ýmsar ástæður kunna að liggja þar að baki en væntanlega þær helstar að héraðsdómáramar telji hreinlega ekki þörf á fleiri sérfróðum meðdómendum eða beinlínis óheppilegt að sérfróðir meðdómsmenn geti borið embættisdómáramann atkvæðum í máli. Þá er ljóst að í okkar litla samfélagi eru hæfir sérfræðingar á ýmsum fagsviðum ekki ótakmörkuð auðlind og mikil hætta á að í málum þar sem búíð er að afla margra matsgerða verði fáir hæfir sérfræðingar í boði til að taka sæti sem meðdómsmenn. Þá eru meiri líkur á að unnt verði að fá hæfan sérfróðan meðdómsmann í Landsrétti ef aðeins einn slíkur hefur dæmt málið í héraði.

Þess má geta að með nýjum dómstólalögum nr. 50/2016, sem taka gildi 1. janúar 2018, koma til framkvæmda allmiklar breytingar á því hvernig staðið verður að vali á þeim hópi sérfræðinga sem dómári getur kvatt sérfróðan meðdómsmann úr. Samkvæmt 39. gr. laganna mun dómstólasýslan tilnefna hæfilegan fjölda manna með sérkunnáttu á öðrum sviðum en lögfræði til fimm ára í senn til að gegna störfum sérfróðra meðdómsmanna á helstu sérsviðum þar sem reynir á slíka sérkunnáttu við meðferð mála fyrir héraðsdómi og Landsrétti. Í 40. gr. er síðan mælt fyrir um, að ef þörf verður á sérfróðum meðdómsmanni til setu í dómi við meðferð máls skuli héraðsdómári, forseti Landsréttar, eða eftir atvikum dómsformaður sem falin hefur verið meðferð máls, kveðja til setu einhvern þeirra kunnáttumanna sem dómstólasýslan hefur tilnefnt skv. 39. gr. að því tilskildu að hann eða þeir hafi þá sérkunnáttu sem þörf er á til úrlausnar málsins. Telji sá sem vill kveðja til sérfróðan meðdómsmann engan þeirra sem tilnefndur hefur verið skv. 39. gr. búa yfir sérkunnáttu sem þörf er á við úrlausn málsins skal hann leita til Dómstólasýslunnar sem

skal finna kunnáttumann með slíka sérkunnáttu. Um slíka tilnefningu kunnáttumanns í tilteknu máli fer að öðru leyti eftir ákvæðum 39. gr. dómstólasýslan fær það hlutverk að halda utan um framangreindan hóp mögulegra sérfróðra meðdómsmanna, t.d. auglýsa eftir þeim, kanna hæfi þeirra og sjá til þess að þeir undirriti drengskaparheit.

Í athugasemdum við VII. kafla frumvarps þess sem varð að dómstólalögum nr. 50/2016<sup>31</sup> segir að markmið framangreindra ákvæða sé annars vegar að með þessu fyrirkomulagi verði tryggt að sérfróðir meðdómendur séu valdir að undangengnu faglegu mati, sem og að öllum þeim sem áhuga hafa á að gegna slíku starfi gefist kostur á að sækjast eftir því. Með þessu móti megi jafnframt ætla að til verði hópur reynslumikilla sérfróðra meðdómsmanna með tilheyrandi þekkingu á réttarfari og meðferð dómsmála að öðru leyti. Hins vegar megi ætla að þetta fyrirkomulag hafi umtalsvert hagræði í för með sér fyrir rekstur dómsmála þar sem að meginstefnu til muni það liggja fyrir hverja er kostur á að kveðja til setu í dómi. Jafnframt verði þeirri ábyrgð aflétt af einstökum dómurum að finna mann til að sitja í dómi sem sérfróður meðdómsmaður í hverju máli fyrir sig. Þá var í athugasemdunum vísað til þess að með þessu nýja fyrirkomulagi væri jafnframt verið að koma til móts við að athugasemdir af hálfu ríkjahóps Evrópuráðsins um aðgerðir gegn spillingu (GRECO) sem hefði ítrekað gert athugasemdir við fyrirkomulag á vali sérfróðra meðdómsmanna á Íslandi, þar á meðal að dómarar væru nær einráðir um val á meðdómsmönnum og að meðdómsmenn undirgangist ekki neins konar hæfnismat. Hafi GRECO enn fremur lagt áherslu á að val á sérfróðum meðdómsmönnum hér á landi yrði að tryggja hlutlægni og sjálfstæði dómara og byggjast á gegnsæju ferli. Í fjórðu matsskýrslu GRECO um Ísland, frá 18. mars 2016,<sup>32</sup> var lýst yfir mikilli ánægju með ákvæði um val á sérfróðum dómurum í millidómstigsfrumvörpunum, sem þá voru reyndar ekki orðin að lögum.

<sup>31</sup> Sjá greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 50/2016 (Alþt. 2015–2016, þskj. 1017 – 615. mál. (<http://www.althingi.is/altext/145/s/1017.html>).

<sup>32</sup> Sjá „Interim Compliance Report ICELAND“, samþykkt af GRECO á 71. „Plenary Meeting“ í Strasbourg, 14.–18. mars 2016. (2016) 4. ([https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/GrecoRC4-2016-3\\_Iceland-Interim\\_EN.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/GrecoRC4-2016-3_Iceland-Interim_EN.pdf)).



Ætla má að hið nýja fyrirkomulag um val á sérfróðum meðdómsmönnum sé til þess fallið að auka traust á dómsskerfinu.

## 6. Hættan á lengri málsmeðferðartíma og mótvægis- aðgerðir

Það liggur í augum uppi að tilkoma millidómstigs er almennt til þess fallin að lengja málsmeðferð í dómsskerfinu. Í fyrsta lagi er óhjákvæmilegt að málsmeðferð í þeim tiltölulega fáu málum sem munu fá efnislega málsmeðferð á þremur dómstigum muni taki lengri tíma en á tveimur áður. Sá möguleiki að óska eftir áfrýjunarleyfi til Hæstaréttar mun hafa í för með sér nokkrar tafir á endanlegum lyktum fleiri mála þar sem meðferð áfrýjunarbeiðna tefur endanleg málalok þótt leyfi til áfrýjunar sé ekki veitt. Í öðru lagi mun heimildin til munnlegrar sönnunarfærslu fyrir Landsrétti og endurskoðun Landsréttar á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar þyngja málsmeðferðina.

Í löggjöf um millidómstig er gripið til ýmissa mótvægisáðgerða sem eiga að stuðla að því að meðalmálsmeðferðartími lengist ekki úr hófi. Verður fjallað um nokkrar þeirra í þessum kafla, að því leyti sem ekki hefur verið gerð grein fyrir þeim hér að framan.

### 6.1 Munnleg sönnunarfærsla fyrir Landsrétti aðeins þegar hennar er þörf

Eins og nánar er vikið að í 4. kafla hér að framan eru verulegar skorður settar við munnlegri sönnunarfærslu fyrir Landsrétti en þó tryggt, m.a. með spilun á upptökum af munnlegum skýrslum sem teknar voru fyrir héraðsdómi, að ekki verði brotið gegn meginreglunni um milliliðalaus sönnunarfærslu fyrir Landsrétti. Mikil ábyrgð hvílir á málflytjendum og dómurum réttarins að tryggja að heimildin til munnlegrar sönnunarfærslu fyrir Landsrétti verði nýtt í hófi og leiði ekki til verulegrar þyngingar á málsmeðferðinni og lengri málsmeðferðartíma fyrir Landsrétti.

## 6.2 Stytting áfrýjunarfresta

Þegar hugað var að því hvernig helst mætti bregðast við hættu á lengri málsmeðferðartíma vegna tilkomu millidómstigs þótti eðlilegt að horfa til þess hvort stytta mætti áfrýjunarfresti og mögulega kærufresti. Eftirfarandi tafla sýnir samanburð á áfrýjunar- og kærufrestum í einkamálum og sakamálum á Íslandi, í Danmörku, Noregi og Svíþjóð.

Land	Kærufrestur í einkamálum	Kærufrestur í sakamálum	Áfrýjunarfrestur í einkamálum	Áfrýjunarfrestur í sakamálum
Ísland	2 vikur	3 sólarhringar	3 mánuðir	4 vikur
Danmörk	2 vikur <sup>1</sup>	2 vikur <sup>2</sup>	4 vikur <sup>3</sup>	2 vikur <sup>4</sup>
Noregur	0-1 mánuður <sup>5</sup>	2 vikur <sup>6</sup>	1 mánuður <sup>7</sup>	2 vikur <sup>8</sup>
Svíþjóð	7 dagar <sup>9</sup>	7 dagar <sup>10</sup>	3 vikur <sup>11</sup>	3 vikur <sup>12</sup>

Eins og fram kemur í töflunni er áfrýjunarfrestur í einkamálum þrjár eða fjórar vikur í framangreindum nágrannalöndum okkar en þrír mánuðir hér á landi. Þá er áfrýjunarfrestur í sakamálum tvær eða þrjár vikur í þessum löndum en fjórar vikur hér á landi. Kærufrestur í einkamálum er lengri hér á landi en í Noregi og Svíþjóð en jafn langur og í Danmörku. Kærufrestur í sakamálum er hins vegar stytur hér á landi.

Frestur til að áfrýja héraðsdómi til Landsréttar verður fjórar vikur, sbr. a-liður 18. gr. laga nr. 49/2016, sem breytir 2. mgr. 153. gr. eml. Áfrýjunarfrestur verður þannig sá sami í einkamálum og sakamálum. Frestur til að óska eftir leyfi Hæstaréttar til áfrýjunar á dómi verður jafnframt fjórar vikur. Stytting áfrýjunarfrests í einkamálum hlýtur að teljast eðlileg og skynsamleg m.a. í ljósi þess að á síðustu áratugum hafa orðið verulegar umbætur í samgöngum og bylting í hvers kyns boðskiptum manna á milli. Hafa verður í huga að langur áfrýjunarfrestur í einkamálum er ekki aðeins til þess fallinn að tefja endanlegar lyktir máls heldur getur einnig í reynd tafið fullnustu dóms og þannig skapað óþörf tækifæri til undanskotsgerninga. Ekki þótti ástæða til að hrófla við kærufrestum að svo stöddu.

Óvarlegt er að álykta að tími frá uppkvaðningu héraðsdóms þar til dómur Landsréttar liggur fyrir muni stytta sem nemur styttingu

áfrýjunarfrests þar sem vinna við ágrípsgerð og undirbúning málsmeðferðar fyrir Landsrétti og málsmeðferðin sjálf mun væntanlega taka nokkuð lengri tíma en nú fyrir Hæstarétti.

### 6.3 Fjölgun dómara

Dómarar Hæstaréttar hafa lengst af verið 9, en aldrei fleiri en 12, og sitja ýmist þrír, fimm eða sjö saman í dómi. Dómarar Landsréttar verða 15 og nær undantekningalaust<sup>33</sup> munu einungis þrír embættisdómarar dæma hvert mál. Afkastageta Landsréttar ætti því að verða nokkru meiri en Hæstaréttar hefur verið sem vegur upp á móti nokkuð þyngri málsmeðferð og dómasamningu en í Hæstarétti.

Dómur er kveðinn upp í flestum áfrýjunarmálum í Hæstarétti innan tveggja vikna frá dómtöku og málshraði hefur þar almennt verið til mikillar fyrirmyndar síðustu ár. Á dómurum Landsréttar hvílir sú ábyrgð að tryggja að málshraði verði sambærilegur og verið hefur í Hæstarétti.

## 7 Dómsúrlausnir Landsréttar

Eins og fjallað var um í 3. kafla kveður Hæstiréttur upp dóma

- bæði í áfrýjunarmálum og kærumálum. Landsréttur mun hins vegar kveða upp úrskurði í kærumálum en dóma í áfrýjunarmálum nema málið sé eingöngu flutt um form.

### 7.1 Uppbygging og útlit dómsúrlausna

Þar sem Landsréttur mun í meginatriðum taka við hlutverki Hæstaréttar sem áfrýjunardómstóls er ef til vill nærtækast að horfa til dómsúrlausna Hæstaréttar þegar leitað er að fyrirmyndum um uppbyggingu og útlit dómsúrlausna Landsréttar. Þar sem útlit og

<sup>33</sup> Í sakamálum er gert ráð fyrir að heimilt verði að hafa dóm Landsréttar skipaðan þremur embættisdómurum og tveimur sérfróðum meðdómsmönnum eða fimm embættisdómurum ef mál er umfangsmikið, brot sem ákært er fyrir getur varðað 10 ára fangelsi eða meira, eða sakarefni mjög mikilvægt frá almennu sjónarmiði og dómur hefur verið fjölskipaður í héraði, sbr. 33. gr. laga nr. 49/2016 sem verður 3. gr. a sml.

uppbygging dómsúrlausna Hæstaréttar hefur hins vegar lítið breyst síðustu áratuginna má ætla að betur megi gera hvað varðar framsetningu og miðlun upplýsinga í dómsúrlausnum. Dómurum Landsréttar gefst því gullið tækifæri til að móta uppbyggingu og útlit dómsúrlausna réttarins frá grunni og horfa til fleiri átta en Hæstaréttar svo sem til dómstóla á áfrýjunarstigi í nágrannalöndum okkar og til alþjóðlegra dómstóla.

Dómar Hæstaréttar eru ekki lengur gefnir út prentaðir heldur aðeins á netinu og mun sami háttur væntanlega hafður á varðandi dóma Landsréttar. Netútgáfa dóma hefur í för með sér að engin blaðsíðutöl koma fram í dómi á netinu sem skapar mikið óhagræði þegar vísa þarf til einstaka málgreina og setninga í dómi hvort sem er í fræðilegri umfjöllun eða í máflutningsskjölum og munnlegum máflutningi. Úr þessu mætti bæta með því að hafa allar málgreinar í dómum Landsréttar númeraðar, að fyrirmynd Mannréttindadómstóls Evrópu og EFTA-dómstólsins og Evrópudómstólsins. Dómar þessara dómstóla eru kaflaskiptir og upplýsandi fyrirsgagnir gera lesendum auðveldara fyrir að átta sig á uppbyggingu þeirra og efni og mætti taka það til fyrirmyndar.

## 7.2 Fordæmisgildi dóma Landsréttar

Ekki er ætlunin að fjalla hér í löngu máli um fordæmisgildi dóma almennt. Með tilkomu nýr millidómstigs er hins vegar óhjákvæmilegt að fjalla lítilllega um hvaða réttarheimildalega stöðu dómar Landsréttar muni hafa.

Um fordæmisgildi dóma almennt og gildi þeirra sem réttarheimilda hefur ýmislegt verið ritað hér á landi og hafa fræðimenn ekki verið alveg á eitt sáttir um þau atriði. Þannig hélt Ólafur Jóhannesson því fram að úrlausnir dómstóla, einkanlega dómar Hæstaréttar, yrðu að jafnaði fordæmi, sem síðan væri fylgt um sams konar tilvik. Þótt dómstólar væru ekki bundnir við að leysa úr ólögakveðnum atvikum á sama hátt og aðrir dómstólar hefðu áður gert væri mikilvægt, með tilliti til réttaröryggis og festu í stjórnarframkvæmdum, að dómstólar fylgdu þeim fordæmum sem gefin væru í dómum Hæstaréttar.<sup>34</sup>

<sup>34</sup> Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur*, (Hið íslenska bókmenntafélag 1985) 14-15.

Árman Snævarr taldi Hæstarétt ekki bundinn af fyrri úrlausnum sínum og engri réttarreglu væri fyrir að fara sem bindi héraðsdómara skyldu að fylgja fordæmi Hæstaréttar. Hann taldi fordæmi allt að einu skipta miklu hér á landi. Einstaka dómsúrlausnir gætu haft miklu rýmra gildi en sem lyktir tiltekins dómsmáls ekki síst við skýringu Hæstaréttar á tilteknum lagaákvæðum og við mótun réttarreglna sem hvorki ættu upptök sín í settum lögum né réttarvenju. Þá benti hann á að í hæstaréttardómum væri stundum vikið að markaðri stefnu í fyrri dómum, hún áréttuð og lögð til grundvallar dómum eða jafnvel beinlínis vísað til eldri dóma sem fordæma. Þótt dómstólar gætu breytt fordæmum girti það ekki fyrir að þau teldust til réttarheimilda og væri ekki allur munur á fordæmum sem réttarheimildum og öðrum heimildum.<sup>35</sup> Gunnar G. Schram tók heldur grynna í árinna og taldi úrlausnir dómstóla ekki beina réttarheimild þar sem þær væru ekki bindandi fyrir úrskurðaraðila síðar. Í reyndinni skipti fordæmi miklu um myndun og þróun réttarreglna því reynslan sýndi að dómstólar fylgdu að jafnaði fordæmi sínu, einkanlega legðu lægri dómstólar og stjórnvöld úrlausnir Hæstaréttar til grundvallar.<sup>36</sup>

Lengi hefur tíðkast, og raunar færst mjög í vöxt á síðari árum, að í dómum Hæstaréttar<sup>37</sup> og héraðsdómum sé vísað til dómaframkvæmdar og tiltekinna eldri hæstaréttardóma og í reynd byggt á þeim sem fordæmi. Sem dæmi um þetta má nefna dóm Hæstaréttar frá 19. janúar 2006 í máli nr. 326/2005 þar sem vísað var til dómaframkvæmdar í málum um gildi byggingarleyfis. Einnig má nefna dóm Hæstaréttar frá 23. apríl 2008 í máli 418/2007, þar sem héraðsdómur var staðfestur með vísan til forsendna héraðsdómara, en í dómi héraðsdóms var vísað til dómaframkvæmdar og til að mynda fyrrnefnds dóms í máli 326/2005. Í dómi Hæstaréttar frá 17. janúar 2006 í máli nr. 538/2005 var beinlínis vísað til eldri dóma réttarins sem dómafordæma með þessum orðum: „Í dómafordæmum Hæstaréttar kemur fram að ófrávíkjanlegt skilyrði þess að unnt sé að nýta sér réttarfarshagræði

<sup>35</sup> Árman Snævarr, *Almenn lögfræði*, (Bókaútgáfa Orators 1988) 216–226.

<sup>36</sup> Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, (Háskólaútgáfan 1999) 38–39.

<sup>37</sup> Sams konar þróun virðist hafa átt sér stað í Danmörku, sbr. Ruth Nielsen og Christina D. Tvarno, *Retskilder & retsteorier*, (Jurist og Økonomforbundets Forlag 2005) 151.

1. mgr. 19. gr. eml. er að hver kröfuhafi geri sjálfstæða aðgreinda kröfu og varðar það frávisun máls af sjálfsdáðum sé þetta ekki gert, sbr. dóma réttarins 6. september 2005 í máli nr. 294/2005 og 21. október sama ár í máli nr. 439/2005.“ Lítill vafi virðist þannig á að dómarrar hér á landi líti á eldri dóma Hæstaréttar sem fordæmi.

Svo sem eðlilegt má telja eru dómarr Hæstaréttar í Danmörku almennt taldir hafa meira fordæmisgildi en dómarr Landsréttar sem aftur á móti eru taldir hafa meira fordæmisgildi en héraðsdómarr.<sup>38</sup> Fordæmisgildi dóma er þannig almennt talið meira því ofar sem dómstóllinn sem kvað hann upp er í dómskerfinu. Ef um sératkvæði er að ræða er það almennt talið veikja fordæmisgildi dóms. Yngri dómarr eru taldir hafa meira fordæmisgildi en þeir eldri og fordæmisgildið styrkist með fleiri samhljóða dómnsniðurstöðum.<sup>39</sup>

Með hliðsjón af því sem fræðimenn í nágrannalöndum okkar, með rótgróna þriggja þrepa dómstólaskipan, hafa ritað um fordæmisgildi dóma á millidómstigi má ætla að óáfrýjaðir dómarr Landsréttar verði taldir hafa fordæmisgildi fyrir Landsrétti og héraðsdómstólum en að sjálfsgöðu ekki fyrir Hæstarétti. Þá má ætla að það styrki fordæmisgildi dóms Landsréttar ef Hæstiréttur hefur hafnað því að veita leyfi til áfrýjunar dómsins.

Þar sem Landsréttur mun kveða upp endanlega dóma í stórum hluta dómsmála hér á landi er þess að vænta að dómarr Landsréttar muni hafa veruleg réttarskapandi áhrif á fjölmörgum sviðum réttarins.

## 8 Deildaskipting Landsréttar, úthlutun mála o.fl.

Sem kunnugt er hefur Hæstiréttur starfað í deildum. Deildaskiptingu hefur verið háttáð með ýmsu móti í gegnum tíðina. Með dómstólalögum, nr. 15/1998, var upphaflega kveðið svo á í 1. mgr. 7. gr. að þegar fimm eða sjö dómarrar skipuðu dóm í máli skyldu að jafnaði eiga þar sæti þeir sem lengst hefðu verið

<sup>38</sup> Sjá Jørgen Dalberg-Larsen: præjudikat i *Den Store Danske*, Gyldendal. (<http://denstoredanske.dk/index.php?sideId=146352>)

<sup>39</sup> Sjá Ruth Nielsen og Christina D.Tvarno, (nmgr. 49) 151.

skipaðir hæstaréttardómarar. Þessu ákvæði var breytt með 2. gr. laga nr. 12/2011 í það horf að Hæstiréttur gæti ákveðið að dómurum væri skipað í deildir í afmarkað tímabil í senn eftir fastri almennri reglu. Þessi lagabreyting leiddi þó ekki til breytinga á deildaskiptingu réttarins þar sem rétturinn ákvað að halda fyrri skipan. Dómurum Hæstaréttar var tímabundið fjölgað í 12 frá 1. mars 2011 en eftir að dómurum fækkaði aftur var dómurum skipað í tvær deildir í áfrýjunarmálum og þrjár deildir í kærumálum. Dómarar sitja í kærudeild í afmarkað tímabil samkvæmt ákvörðun dómarafundar.<sup>40</sup> Örar breytingar á fjölda dómara í Hæstarétti undanfarið hafa væntanlega kallað á breytingar á fyrirkomulagi deildaskiptingar.

### 8.1 Deildaskipting Landsréttar

Í nýju dómstólalögunum nr. 50/2016, sem taka gildi 1. janúar 2018, er ekki mælt sérstaklega fyrir um skiptingu dómara Landsréttar í deildir. Í athugasemdum með 24. gr. í frumvarpi því sem varð að nýju dómstólalögunum segir að ekki þyki nauðsynlegt að lögfesta sérstakt ákvæði um deildaskiptingu heldur verði Landsrétti sjálfum veitt svigrúm til að móta nánara verklag í þessum efnum.<sup>41</sup>

Sem fyrr segir munu 15 dómarar starfa við dómstólinn og samkvæmt 1. mgr. 24. gr. laganna munu þrír þeirra taka þátt í meðferð hvers máls fyrir dómi með þeim undantekningum sem mælt er fyrir um í lögum um meðferð einkamála og lögum um meðferð sakamála. Þessar undantekningar eru að bæði í einkamálum og sakamálum sitja aðeins tveir dómarar Landsréttar í dómi ef einn sérfróður meðdómsmaður tekur sæti í dómi og fimm dómarar Landsréttar geta í undantekningartilvikum skipað dóm í sakamáli ef málið er umfangsmikið, brot sem ákært er fyrir getur varðað 10 ára fangelsi eða meira, eða sakarefni er mjög mikilvægt frá almennu sjónarmiði og dómur hefur verið fjölskipaður í héraði, sbr. niðurlag 33. gr. laga nr. 49/2016, sem verður 3. gr. a sml.

<sup>40</sup> Sjá Hrafn Bragason, „Starfshættir í Hæstarétti Íslands“, (2014) [2 ], Tímarit Lögréttu, bls. 387.

<sup>41</sup> Sjá greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 50/2016 (nmgr. 31).

Þótt ekki geti talist beinlínis nauðsynlegt að skipa dómurum áfrýjunardómstóls niður í fastar deildir má ætla að margir kostir fylgi deildaskiptingu af einhverju lagi. Með því að dómara sitji saman í deild um tiltekinn tíma, fremur en að ganga til verka með nýjum samdómurum á hverjum degi, má ætla að auðveldara sé fyrir dómara að skipuleggja vinnu sína og vinnutíma og læra hver inn á vinnubrögð annars sem hvorutveggja ætti að stuðla að meiri skilvirkni.

Dómara Landsréttar býður það verkefni að taka ákvörðun um hvernig deildarskiptingu réttarins verði nánar fyrir komið, hvaða sjónarmið verði lögð til grundvallar við skiptingu dómara í deildir, eftir hvaða reglu dómara færast á milli deilda og hversu oft. Til viðbótar við þau sjónarmið sem nefnd voru hér framan má nefna að skilvirknissjónarmið mæla með því að sérhæfing verði byggð upp í deildum réttarins og þær fái við mismunandi málaflokka, svo sem sakamál, dómsmál vegna stjórnvaldsákvarðana, kærumál, fjölskylduréttarmál, meðferð umsókna um áfrýjunarleyfi o.s.frv. Á móti slíku fyrirkomulagi mæla hins vegar sjónarmið um að dómara séu „generalistar“ og hver þeirra eigi að geta tekist á við allar tegundir mála. Þá skapi sérhæfðar deildir hættu á að smærri dómstólar myndist innan dómstólsins með mismunandi venjum og vinnubrögðum. Þá má nefna það sjónarmið að dómara af báðum kynjum eigi ætíð að sitja í dómi. Erfitt getur reynst að samræma öll framangreind sjónarmið. Sterk rök mæla með því að dómara sitji ekki of lengi saman í deild heldur sé deildaskiptingin brotin reglulega upp með kerfisbundnum hætti þannig að dómara flytjist á milli deilda, t.d. á þriggja, fjögurra eða sex mánaða fresti. Með því væri spornað gegn því að margir litlir dómstólar verði til innan Landsréttar með sína eigin síði og jafnvel ólíka dómaframkvæmd á tilteknum sviðum. Með því að færa dómara reglulega á milli deilda má ætla að þekking og reynsla breiðist betur út um dómstólinn og meira samræmi náist í málsmeðferð og dómsúrlausnum Landsréttar, sem er til þess fallið að treysta réttaröryggi og auka traust til dómstólsins.<sup>42</sup>

Þá má nefna að þótt dómara Landsréttar séu 15 og dæmi að jafnaði þrjú í hverju máli er síður en svo sjálfgefið að deildirnar verði fimm.

<sup>42</sup> Sjá Hrafn Bragason (nmgr. 52), 387.



Af ákvæðum nýju dómstólalaganna leiðir t.d. að gera má ráð fyrir að ekki verði alltaf fyllt í skarðið með varadómara þótt dómari fari í námsleyfi eða forfallist en það hefur í för með sér að starfandi dómamar verða stóran hluta ársins færri en 15. Deildir réttarins gætu því allt eins orðið þrjár eða fjórar.

## 8.2 Úthlutun mála í Landsrétti

Um úthlutun mála til dómara í Hæstarétti segir það eitt í 1. mgr. 7. gr. núgildandi dómstólalaga nr. 15/1998 að eftir ákvörðun forseta taki þrír eða fimm dómamar við Hæstarétt hverju sinni þátt í meðferð máls fyrir dómi en að í sérlega mikilvægum málum geti forseti þó ákveðið að fleiri en fimm dómamar skipi dóm. Í reynd er hverju einstöku áfrýjunarmáli úthlutað til tiltekinna þriggja, fimm eða eftir atvikum sjö dómara en síðar ákveðið hver þeirra skrifar atkvæði í máli. Kærumálum er í reynd úthlutað eftir fastákveðnu kerfi niður á dómara og ákveðið frá upphafi hver skrifi atkvæði í málinu. Samkvæmt 1. mgr. 10. gr. núgildandi dómstólalaga er lögákveðið hver sitji í forsæti í hverju máli en þar segir að forseti Hæstaréttar stýri dómi ef hann á þar sæti, en ella varaforseti. Taki hvorugur þeirra þátt í meðferð máls sitji sá dómari í forsæti sem lengst hefur verið skipaður hæstaréttardómari.

Lagafyrirmæli um úthlutun mála í Landsrétti eru nokkuð á annan veg skv. 1. mgr. 24. gr. nýrra dómstólalaga, nr. 50/2016, en í gildandi lögum hvað varðar Hæstarétt. Þar segir að forseti úthluti málum og ákveði hver skuli taka sæti dómsformanns hverju sinni og skal forseti við úthlutun gæta þess að starfsálag dómara verði svo jafnt sem auðið er, en eftir föngum skuli leitast við að tryggja að tilviljun ráði hvaða dómari fái mál til meðferðar. Ákvæðið er nánast samhljóða 1. mgr. 18. gr. núgildandi dómstólalaga nr. 15/1998 um úthlutun mála fyrir héraðsdómi. Í athugasemdum við 1. mgr. 24. gr. í frumvarpi því sem varð að nýju dómstólalögunum segir m.a. að með þessu sé aðallega litið til hagsmuna málsaðila af því að dómari verði ekki valinn sérstaklega til að fara með mál þeirra, heldur að hending ráði eftir því sem framast er unnt.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Sjá greinargerð með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 50/2016 (n mgr. 31).

Í lögum 49/2016 eru auk þess fyrirmæli um hvaða dómari skuli semja atkvæði í máli. Annars vegar er kveðið á um þetta í 27. gr. sem verður 2. mgr. 165. gr. eml. og hins vegar í 66. gr., sem verður 2. mgr. 209. gr. sml., og eru ákvæðin samhljóða. Þar er m.a. mælt fyrir um að dómsformaður stýri fundi dómara sem fram fari strax eftir dómtöku máls og semji atkvæði að dómi. Greinist dómara í meiri og minni hluta semji dómsformaður atkvæði fyrir þann hluta sem hann tilheyrir, en hinir dómaraþeir ákveði hver þeirra semji atkvæði þeirra, myndi þeir meiri hluta. Landsréttardómari sem myndi meiri hluta með sérfróðum meðdómsmanni semji þó atkvæði.

Samkvæmt framansögðu er gert ráð fyrir að hverju máli verði úthlutað til tiltekinna dómara en ekki til tiltekinnar deildar þótt lítill munur geti í reynd orðið þar á, sérstaklega ef þrír dómara verða í hverri deild og málum verður að jafnaði úthlutað til þriggja dómara í sömu deild. Þá er mælt fyrir um að forseti ákveði hverju sinni hver skuli verða dómsformaður í máli.

Útfæra þarf þetta samspil deildaskiptingar og úthlutunar mála. Þannig er ekki útlokað að tiltekinn dómari verði í fyrirsvari fyrir hverja deild þótt hlutverk dómsformanns gangi á milli dómara í deildinni frá einu máli til annars. Hins vegar er ólíklegt að niðurstaðan verði sú að sá dómari sem er í fyrirsvari fyrir hverja deild verði ávallt dómsformaður í öllum málum sem deildin fær til meðferðar þar sem það hefði í för með sér að hann yrði að semja atkvæði í öllum málum.

Hægt er að færa fram góð rök með og á móti því fyrirkomulagi að máli fyrir Landsrétti verði úthlutað til þriggja dómara og fyrirfram ákveðið hver verði dómsformaður sem jafnframt semji atkvæði í málinu. Með því að úthluta hlutverki dómsformanns í hverju máli fyrir sig, og að því hlutverki fylgi samning atkvæðis, má betur jafna vinnuálagi á dómara og tryggja að tilviljun ráði því hver semji atkvæði. Þá fylgir því talsvert hagræði að dómsformaður haldi undirbúningsdómþing, þar sem ráðið verður til lykta atriðum varðandi rekstur máls svo sem munnlega sönnunarfærslu, og stýri þinghaldi við aðalmeðferð málsins. Hins vegar verður almennt að telja óheppilegt að málflytjendur geti ráðið af því hver er dómsformaður í máli hver komi til með að semja

atkvæði en líklegt er að þeir muni þá fyrst og fremst beina máli sínu að honum. Auk þess kann að vera óheppilegt að dómsniðurstaða verði tengd þeim dómara sem var dómsformaður í máli, fremur en dóminum í heild. Þetta fyrirkomulag við að ákveða hver verði dómsformaður í máli og hver semji atkvæði er í raun það sama og tíðkast hefur í fjölskipuðum dómi í héraði en hins vegar ólíkt því sem tíðkast hefur í Hæstarétti. Tíminn verður að leiða í ljós hvort þetta fyrirkomulag reynist heppilegt í fjölskipuðum dómi á áfrýjunarstigi en til greina gæti komið að breyta löggjöfinni ef svo reynist ekki vera.

Fyrrnefnt lagaákvæði, um að eftir föngum skuli leitast við að tryggja að tilviljun ráði við úthlutun mála, mælir frekar gegn því að við úthlutun mála verði horft til sérhæfingar. Ákvæðið útilokar þó ekki að komið verði á tiltölulega sérhæfðum deildum og málum tiltekinnar tegundar úthlutað til dómara viðkomandi deildar. Þá útilokar ákvæðið ekki að ef málaseriur eða keimlík mál koma til meðferðar í Landsrétti með stuttu millibili verði slíkum málum úthlutað til sömu dómara, á grundvelli gæða- og skilvirknissjónarmiða, en ætla má að þekking dómara og reynsla nýtist betur með því móti. Þá útilokar ákvæðið ekki að við úthlutun umfangsmikilla mála, þar sem reynir á afmörkuð sérsvið innan lögfræðinnar, sé horft til þess hvaða dómara hafi þekkingu og reynslu á viðkomandi sviði. Ávallt verður þó að hafa í huga það mikilvæga sjónarmið að aðili geti ekki valið sér dómara og dómari geti ekki valið sér mál. Hlutlæg og gagnsæ viðmið við úthlutun mála eru jafnframt best til þess fallin að skapa traust til Landsréttar.

### 8.3 Málflutningsréttindi fyrir Landsrétti

Með breytingum sem gerðar voru á lögmannaöllum nr. 77/1998, með 54. gr. laga nr. 117/2016, voru hugtökin héraðsdómsslögmaður og hæstaréttarlögmaður felld út úr lögunum. Þá er ekki í lögunum gert ráð fyrir að þeir sem fá réttindi til að flytja mál fyrir Landrétti, en hafa ekki réttindi til að flytja mál fyrir Hæstarétti, verði nefndir landsréttarlögmenn. Með lögmanni í skilningi lögmannaalaganna verður þannig eftirleidis átt við þann sem hefur réttindi til að flytja mál fyrir héraðsdómstólum, Landsrétti eða Hæstarétti. Erfitt verður þó væntanlega í reynd að stýra því hvort og þá hversu mikið hugtökin

héraðsdómslögmaður, landsréttarlögmaður og hæstaréttarlögmaður verði notuð til að koma því til skila fyrir hvaða dómstólum lögmaður hafi rétt til að flytja mál.

Um öflun réttinda til að flytja mál fyrir Landsrétti er fjallað í 58. og 59. gr. laga nr. 117/2016, sem breyta 9. og 10. gr. lögmanna laga. Þeir lögmenn sem hafa aflað sér réttinda til málflyttings fyrir Hæstarétti 1. janúar 2018 munu halda þeim réttindum og jafnframt hafa rétt til að flytja mál fyrir Landsrétti. Öflun réttinda til málflyttings fyrir Landsrétti verður nokkuð auðveldari en öflun réttinda til málflyttings fyrir Hæstarétti nú. Þannig munu lögmenn þurfa að hafa flutt munnlega 25 mál fyrir héraðsdómi í stað 30 áður til að öðlast málflyttingsréttindi fyrir Hæstarétti en 15 þeirra þurfa að vera einkamál í stað 10 áður. Því til viðbótar þarf lögmaður að flytja fjögur prófmál fyrir Landsrétti til að geta fengið málflyttingsréttindi þar en prófmálin þurfa ekki að uppfylla nein sérstök skilyrði. Í því felst talsverð tilslökun frá því sem nú gildir um öflun málflyttingsréttinda fyrir Hæstarétti þar sem prófmál þurfa að vera flutt fyrir fimm dómurum.

Til að öðlast málflyttingsréttindi fyrir Hæstarétti þarf lögmaður að hafa haft málflyttingsréttindi fyrir Landsrétti í þrjú ár og hafa flutt þar munnlega a.m.k. 15 mál, þar af a.m.k. 10 einkamál. Ekki er hins vegar gert ráð fyrir að lögmaður þurfi að flytja prófmál fyrir Hæstarétti eins og nú er krafist.

#### **8.4 Lengd ræðutíma lögmanna við aðalmeðferð fyrir Landsrétti**

Talsverðar takmarkanir á ræðutíma lögmanna fyrir Hæstarétti hafa sett nokkurri gagnrýni af hálfu lögmanna. Takmarkanir á lengd ræðutíma eiga án efa rætur að rekja til mikils vinnuálags hæstaréttardómara en augljóst er að langar setur í dómsal takmarka þann tíma sem dómara hafa til að semja dóma.

Eitt þeirra fjölmörgu atriða sem Landsréttur þarf að setja sér nánari reglur eða viðmiðanir um er lengd ræðutíma lögmanna. Þegar hugað er að því hver sé hóflegur ræðutími er mikilvægt að horfa til meginreglunnar um

munlega málsmeðferð. Ætla má að miklar takmarkanir á ræðutíma séu til þess fallnar að hrekja lögmenn út í skriflegan málflutning sem aftur leiðir til þess að dómara sjá minni ástæðu til að hlusta á langar ræður. Ef ræðutími lögmanna er takmarkaður um of skapast hætta á að þeir fái á tilfinninguna að dómara hafi í raun engan áhuga á að heyra rök þeirra í málinu. Á hinn bóginn er mikilvægt að dómurum Landsréttar sé ekki haldið lengur í dómsal en góðu hófi gegnir þannig að þeim gefist nægur tími til að semja dóma. Við setningu regla eða viðmiða um ræðutíma er mikilvægt að hafa í huga að umfang og flækjustig í dómsmálum er afar mismunandi og ræðutími fyrir Landsrétti þarf að endurspeglja þann mun. Þannig getur 15 mínútna ræða verið hæfileg í einföldu máli en fjögurra klukkustunda ræðutími í umfangsmiklu dómsmáli of knappur. Þá er vert að hafa í huga að hlutverk lögmanna fyrir Landsrétti verður nokkuð annað og vandasamara en fyrir Hæstarétti í málum þar sem sönnunarfærsla mun geta farið fram við aðalmeðferð fyrir Landsrétti og þarf lengd ræðutíma væntanlega að endurspeglja það.

## 9 Nýtt hlutverk Hæstaréttar í dómskerfinu

Með þeim undantekningum sem raktar hafa verið hér að framan má halda því fram með góðum rökum að Landsréttur verði, hvað varðar hlutverk og málsmeðferð, nokkurs konar spegilmynd af Hæstarétti. Um Hæstarétt Íslands má hins vegar segja með jafngóðum rökum að um nýjan æðsta dómstól landsins verði að ræða.

Helstu breytingar á hlutverki Hæstaréttar hafa áður verið raktar en þar má helst nefna að í öllum tilvikum mun þurfa leyfi Hæstaréttar til að áfrýja dómum Landsréttar, eða í undantekningartilvikum héraðsdómum, til Hæstaréttar og kæruehimildir verða mjög fáar og þröngar. Þetta mun að öllum líkindum leiða til þess að málum sem tekin verða til efnislegrar meðferðar fyrir Hæstarétti muni fækka mjög mikið.

Eitt mikilvægasta verkefni Hæstaréttar verður hins vegar að taka afstöðu til óska um áfrýjunarleyfi. Eins og áður hefur verið rakið í kafla 3.2.3 bíður Hæstaréttar það vandasama hlutverk að móta viðmið um túlkun lagaskilyrða og mat á því hvenær veita eigi leyfi til áfrýjunar. Mikilvægt er að skapa trausta og fyrirsjáanlega réttarframkvæmd hvað þetta varðar.

Eitt þeirra atriða sem talið var styðja stofnun millidómstigs og þriggja þrepa dómskerfi hér á landi var að málum sem Hæstiréttur fengi til efnislegrar meðferðar myndi fækka og dómum réttarins þar afleiðandi. Betra tóm gæfist þá fyrir dómara réttarins til enn vandaðri meðferðar mála en svigrúm hefur verið til, dómar yrðu betur grundaðir og samræmi í dómnsniðurstöðum betra. Réttarskapandi hlutverk myndi þar með styrkjast. Full ástæða er til að ætla að þessi fyrirheit muni ganga eftir.

**10. Lokaorð** Eins og áður var vikið að var einn megintilgangurinn með stofnun millidómstigs að meginreglunni um milliliðalausá sönnunarfærslu yrði framfylgt með viðunandi hætti hér á landi. Mikilsvert er að með tilkomu millidómstigs verði svo búið um hnútana að rétturinn til munnlegrar sönnunarfærslu fyrir Landsrétti og endurskoðun á mati á sönnunargildi munnlegs framburðar verði ekki einungis í orði heldur einnig á borði. Á dómurum Landsréttar hvílir sú mikla ábyrgð að taka við núverandi hlutverki Hæstaréttar að stærstum hluta og slaka hvorki á gæðum né málshraða. Þá er mikilvægt að allir þeir sem koma að rekstri dómsmála standi saman í því að tilkoma millidómstigs verði ekki til þess að þyngja málsmeðferð verulega, lengja meðal málsmeðferðartíma úr hófi og draga úr skilvirkni dómskerfisins.

Ljóst er að þrátt fyrir ýmsar mótvægisáðgerðir mun kostnaður við dómskerfið í heild vaxa talsvert frá því sem nú er. Þá er ljóst að hið nýja dómskerfi mun ekki ná þeim árangri sem að var stefnt með hinni nýju dómstólaskipan nema það sé frá upphafi fullfjármagnað. Mikilvægt er að tryggja að tilkoma millidómstigs muni í reynd auka réttaröryggi í landinu og traust til dómstóla landsins þannig að unnt verði að segja að viðbótarfjármagni til dómstólanna hafi verið vel varið.

## Heimildaskrá

- Alþingistiðindi 2015–2016, þskj. 1017 – 615. mál.  
 Alþingistiðindi 2015–2016, þskj. 1018 – 616. mál.  
 Alþingistiðindi 2015–2016, þskj. 1694 – 874. mál.  
 Anne Robberstad, *Sivilprosess*, (Fagboksforlaget 2009).  
 Ármann Snævarr, *Almenn lögfræði*, (Bókaútgáfa Orators 1988).  
 Eva Smith o.fl., *Straffeprocessen*, (2. útgáfa, Forlaget Thomson 2008).  
 Gunnar G. Schram, *Stjórnskipunarréttur*, (Háskólaútgáfan 1999).  
 Halldór Brynjar Halldórsson, „Er þörf á millidómstigi í einkamálum?“ (2009) [2] Tímarit Lögréttu.  
 Hrafn Bragason, „Dómstólaskipunin“, (1976) [1] Úlfjótur.  
 Hrafn Bragason, „Starfshættir í Hæstarétti Íslands“, (2014) [2 ], Tímarit Lögréttu.  
 Johs. Andenæs, *Norsk straffeprocess*, (4. útgáfa, Universitetsforlaget 2008).  
 Ólafur Jóhannesson, *Lög og réttur*, (Hið íslenska bókmenntafélag 1985).  
 Ragna Árnadóttir, Ragnheiður Harðardóttir, Símon Sigvaldason og Sveinn Andri Sveinsson, *Álit nefndar um millidálausa sönnunarfærslu í sakamálum*, (Dóms- og kirkjumálaráðuneytið 2008)  
 Ruth Nielsen og Christina D.Tvarnø, *Retskilder & retsteorier*, (Jurist og Økonomforbundets Forlag 2005).

## Heimasíður (skoðaðar 15. september 2017)

- Domstolsreformen, endringer af lov om rettens pleje nr. 538 af 08.06.2006 og umfjöllun um Domstolsreformen á vef dönsku dómstólanna, [http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Rapporter/Status%20for%20implementering%20af%20domstolsreformen/kap07.htm#ft1\\_a](http://www.domstol.dk/om/publikationer/HtmlPublikationer/Rapporter/Status%20for%20implementering%20af%20domstolsreformen/kap07.htm#ft1_a)  
 Heimasíða Hæstaréttar Íslands, <https://www.haestirettur.is/upplýsingar/log-og-reglugerdir/afryjun-og-kaerur/>  
 „Interim Compliance Report ICELAND“, samþykkt af GRECO á 71. „Plenary Meeting“ í Strasbourg, 14.–18. mars 2016. (2016), [https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/GrecoRC4-2016-3\\_Iceland-Interim\\_EN.pdf](https://www.stjornarradid.is/media/innanrikisraduneyti-media/media/frettir-2016/GrecoRC4-2016-3_Iceland-Interim_EN.pdf).  
 John Christian Elden og Terje Sverdrup, „Stortinget svikter“ í Aftenposten, 12. janúar 2011, <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/article3984478.ece>  
 Jørgen Dalberg-Larsen: præjudikat i *Den Store Danske*, Gyldendal, <http://denstoredanske.dk/index.php?sideId=146352>  
 „Nämndeman i tingsrätt och hovrätt“ á vef sænsku dómstólanna, [http://www.domstol.se/publikationer/namndeman/handbok\\_namndeman\\_tingsratt\\_webb.pdf](http://www.domstol.se/publikationer/namndeman/handbok_namndeman_tingsratt_webb.pdf)

Sigurður Tómas Magnússon, Ása Ólafsdóttir, Benedikt Bogason og Símon Sigvaldason, *Skýrsla vinnuhóps um millidómstig*, (2011), <https://www.stjornarradid.is/verkefni/log-og-rettur/rettarfar/efni-um-millidomstig-frumvorp-umsagnir-skyrslur-o.fl/>

Umfjöllun um Processbevillingsnævnet á heimasíðu dönsku dómstólanna, <http://www.domstol.dk/procesbevillingsnaevnet/Pages/default.aspx>

Vejledning om behaldning af civile sager ved landsretterne“ sem stafa frá dómforsetum Vestri og eystri Landsréttar í Danmörku og birtar á vef dönsku dómstólanna (2013), <http://www.domstol.dk/oestrelandsret/sagsbehandling/Documents/Vejledning%20i%20civile%20sager.pdf>

„Vejledning om den praktiske behaldning af straffesager ved landsretterne“ sem stafa frá dómforsetum Vestri- og eystri Landsréttar í Danmörku og birtar á heimasíðu dönsku dómstólanna, (2010), <http://www.domstol.dk/oestrelandsret/sagsbehandling/Documents/Vejledning%20i%20civile%20sager.pdf>

## Hæstaréttardómar

Hrd. 21. október 2005 í máli nr. 439/2005

Hrd. 6. september 2005 í máli nr. 294/2005

Hrd. 17. janúar 2006 í máli nr. 538/2005

Hrd. 19. janúar 2006 í máli nr. 326/2005

Hrd. 23. apríl 2008 í máli nr. 418/2007

## (Footnotes)

- 1 Sjá gr. 394 í dönsku réttarfarslögumum (d. Rettsplejeloven).
- 2 Sjá gr. 969 í dönsku réttarfarslögumum (d. Rettsplejeloven).
- 3 Sjá gr. 372 í dönsku réttarfarslögumum (d. Rettsplejeloven).
- 4 Sjá gr. 904. í dönsku réttarfarslögumum (d. Rettsplejeloven) en skv. gr. 905 fær gagnaðili tveggja vikna viðbótarfrest.
- 5 Kærufrestur í Noregi í einkamáli er almennt mánuðir en dómari getur ákveðið að hann sé ein vika ef um er að ræða úrskurð sem lýtur að sönnunarferðum eða öflun matsgerða. Unnt að ákveða að kæra þurfi að koma fram strax ef allir aðilar eru viðstaddir þinghald, sbr. gr. 29-5 í lögum um meðferð einkamála (n. Tvisteloven).
- 6 Sjá gr. 378. gr. í norsku sakamálaöllum (n. Straffeprosessloven).
- 7 Sjá gr. 29-5 í norsku lögum um meðferð einkamála (n. Tvisteloven).
- 8 Sjá gr. 310. norsku sakamálaöllum (n. Straffeprosessloven).
- 9 Sjá gr. 4. og 6. í 49. kafla sænsku sakamálaöllum (s. Rättegångsbalken).
- 10 Sjá gr. 4. og 6. gr. í 49. kafla sænsku sakamálaöllum (s. Rättegångsbalken).
- 11 Sjá gr. 1 og 2. í 51. kafla sænsku sakamálaöllum (s. Rättegångsbalken).
- 12 Sjá gr. 1 og 2. gr. í 50. kafla sænsku sakamálaöllum (s. Rättegångsbalken).



## Abstract

At the beginning of 2018, new legislation will take effect in Iceland in the field of the judicial system and judicial proceedings. There will be three instances instead of two, new appeal court, Landsréttur, will be established and the role of the Supreme court will change significantly. The article discusses the main reasons for the legislation, its advantages and disadvantages, and how to reduce the disadvantages. It also discusses the major changes that the legislation entails. It discusses the implementation of a verbal evidence before the Landsréttur and the review of the evidence assessment. It also discusses the procedures that must be formulated by the Landréttur on implementation of a verbal evidence at the appeal stage, division of judges, the allocation of cases to the judge, the structure of judgements and other aspects of the operation. All those responsible for the handling of justice need to work together to ensure that the new legislation does not significantly extend the length of proceedings and reduce the efficiency of the judiciary. It is also important to ensure that the new court system will in fact increase legal certainty in the country and trust in the judicial system.

# Dómstólaskipan á Íslandi

---

## » Dr. Davíð Þór Björgvinsson

prófessor og dómari við Mannréttindadómstól Evrópu 2004–2013.

Davíð hefur verið skipaður dómari við Landsrétt frá 1. janúar 2018.

---

**Y**firlit þetta um sögu dómstólaskipunar á Íslandi var upphaflega tekið saman árið 1995 til leiklesturs á 75 ára afmælishátíð Hæstaréttar Íslands í Háskólabíó það ár. Pétur Kr. Hafstein fyrrverandi hæstaréttardómari og Símon Sigvaldason héraðsdómari, sem þá starfaði sem aðstoðarmaður dómara í Hæstarétti, öfluðu myndefnis sem þrýðir textann, en Sveinn Einarsson leikstýrði síðan flutningi hans á afmælishátíðinni. Þegar heimasíða Hæstaréttar Íslands var opnuð á árinu 1998 var textinn birtur þar með leyfi höfundar ásamt myndum sem hér fylgja. Með stofnun Landsréttar, sem tekur til starfa 1. janúar 2018, verða mikilvægar breytingar á dómstólaskipan landsins. Er texti þessi hér prentaður í Lögréttu af því tilefni.



## I 930-965

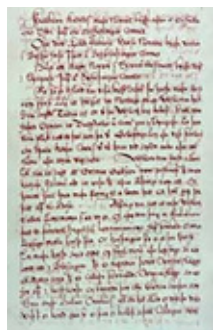
Sigurður Nordal segir í riti sínu *Íslensk menning*, að venja sé að lýsa upphafi allsherjarríkis, á Íslandi og stofnun þjóðveldisins sem „óflekkudum getnaði af almennri þörf á lögum og rétti, ...”



Um hafi verið að ræða tilraun til að sameina einstaklingsfrelsi og þörf fyrir samheldni, svo að leysa mætti friðsamlega úr málum manna í millum. Hann segir:

*„Allt þjóðfélagið var eins og röst, þar sem mættust tveir straumar: annars vegar ágirni höfðingja til valda, virðing almennings fyrir ættgjöf, atgervi, stórlæti, stórmennsku, - hins vegar virðing hvers fjáls manns fyrir sjálfum sér og sóma sínum, traudleiki að láta hlut sinn og sætta sig við rangindi.”*

Alþingi var frá upphaf löggjafarsamkoma Íslendinga og fór með æðsta dómvald. Í Íslendingabók Ara fróða segir að Hænsna-Þórir hafi orðið sekur á Alþingi. Samkvæmt Hænsna-Þóris sögu lauk málinu með sekt og drápi Hænsna-Þóris. Þetta var í kringum 960. Af þessum orðum Ara fróða hafa fræðimenn ályktað að dómstóll hafi verið á Alþingi frá öndverðu eða a.m.k. fyrir stofnun *fjórðungsdoms* um 965. Um þennan dómstól er að sönnu lítið annað vitað.



## II Stofnun fjórðungsdóma um 965

Um 965 breyttist dómaskipan á Íslandi mikið. Þá voru settir á stofn svokallaðir *fjórðungsdómar*, einn fyrir hvern landsfjórðung. Þeir voru hver um sig æðsti dómstóll í málum úr sínum fjórðungi og komu allir saman á Alþingi.



Líklegast er talið að 36 menn hafi setið í fjórðungsdómi og að hver goði hafi nefnt einn mann í hvern dóm. Urðu allir að vera sammála um niðurstöðu. Skömmu eftir árið 1000 var stofnaður svokallaður *fimmtardómur* sem náði til landsins alls. Þangað mátti skjóta málum sem dæmd höfðu verið í fjórðungsdómi. Hefur hugmyndin líklega verið sú að stuðla að réttareiningu í landinu. Í fimmtardómi sátu 48 menn, en 36 dæmdu mál, þar sem hvor aðili máls mátti ryðja 6 úr dómi. Meirihluti réð niðurstöðu. Þessi skipan dómsvaldsins hélst út þjóðveldisöldina.

Um fimmtardóm segir Sigurður Nordal:

*„Með setningu fimmtardóms var þróun hinnar íslensku dómskipunar lokið, og hún hafði náð fullkonnun, sem einstæð var á þeim tímum. Mál gátu gengið í gegnum þrjú dómstig, vorþingsdóm, fjórðungsdóm og fimmtardóm, og unnt var að fá hvert mál útkljáð með dómi, þótt ekki fengist einróma niðurstæða. Það sýndi vaxandi traust almennings á lögum og rétti, að menn skyldu sætta sig við það, eftir reynslu þriggja aldarfjórðunga, að hlíta meiri hluta dómi. Skömmu eftir að fimmtardómur var settur voru hólmgöngur úr lögum numdar sem réttarúrskurður. ... Hann var hvolfsteyninn hins forna þjóðskipulags.“*

## III Jónsbókartímabilið 1262-1800

Íslendingar gengu Noregskonungi á hönd árið 1262. Um þetta leyti hefst nýtt tímabil í dómstólasögu landsins.



Upphaf þess er að rekja til þingfararbálks Járnsíðu frá 1271 og síðar Jónsbókar frá 1281. Segja má að þetta tímabil haldist allt til ársins 1800 er Landsyfirrétturinn var stofnaður. Því má skipta í tvennt.

Á fyrri hluta þess voru dómstigin innanlands tvö: héraðsdómur og lögrétta. Lögrétta var aðallega áfrýjunardómstóll, en dæmdi þó einnig í málum á fyrsta dómstigi. Á þessu tímabili voru lögréttumenn alls 84, en lögmenn kvöddu 36 af þeim til setu í lögréttu hverju sinni og nefndu síðan 6, 12 eða 24 til að dæma hvert mál. Málum mátti einnig skjóta til úrskurðar Noregskonungs, "með skynsamra manna ráði." Stóð þetta fyrirkomulag á skipan æðri dómstiga á landinu í um 300 ár. Á þessu tímabili tóku sýslumenn að dæma í málum á lægsta dómstigi, ásamt meðdómendum eða nefndarmönnum.

Árið 1563 kom út tilskipun hingað til lands um stofnun yfirréttar á Alþingi. Samkvæmt henni átti höfuðsmaður að skipa 24 manna dóm, sem fór lögum samkvæmt með æðsta dómsvald innanlands.

*„Í upphafi tilskipunarinnar segir, að almúginn og íbúar Íslands hafi þegnlega látið tjá konungi að lögmennirnir dæmdu allmarga dóma er ekki væru réttlátir. Í annan stað er ástæðan til tilskipunarinnar sögð sú að gera fátækum mönnum, sem ekki megna að skjóta málum sínum undir konung, mögulegt að ná rétti sínum.“*

Margt bendir til þess að hvatinn að stofnun yfirréttarins hafi einnig verið sá að draga úr áhrifum lögmanna við dómsýslu í landinu. Gætti þegar talsverðrar andstöðu við þessa skipan mála og þverskölluðust lögmenn og höfuðsmaður við að hlýða þessu boði. Varð það til þess að það var endurnýjað árið 1593. Um það vitnar Varnarrit Guðbrandar biskups, þar sem segir:



„En svo bar til að við síra Arngrímur áttum klögumál við Jón Ólafsson um Hól og Bessastaði, þá dæmdu þeir lögmenn það bréf nýtt og myndugt, sem við Arngrímur vissum fyrir lifandi Guði, að var eitt falsbréf. Það klagaði ég fyrir höfuðsmanni og bað hann að nefna út XXIII menn upp á

þann lögmennadóm; hann fór undan með vefjum og flýtum, sagðist vilja sjá það kóngsbref, sem hann vel vissi af og hans bróðir hafði haft inn í landið. Ég hafði copium þar af og sætti því ekki, og fyrr svoddan órétt neyddist ég þá til að klaga mig fyrir kóngl. maj. og þegar hans náð vissi öll lélegheit og að þeir höfðu kastað því bréfi undir bekk, endurnýjaði kóngl. maj. það aftur, og bað þá ekki leyfis. Þannig kom þetta bréf aftur inn í landið vegna óréttinda, sem höfuðsmaður gjörði mér og sé þetta bréf á móti lögum og syndsamlegt, þá hefir sá meiri og stærri synd, sem það fyrst útvegaði.”

Saga yfirréttarins öll ber merki upphafsins. Hann varð aldrei sú stofnun sem að var stefnt. Heimilt var að skjóta málum til konungs og hélst sú skipan eftir að Danakonungur kom í stað Noregskonungs. Árið 1732 kom svo til dómssvald



Hæstaréttar Danmerkur. Voru dómstigin þá orðin fjögur alls. Auðvelt er að gera sér í hugarlund hversu langan tíma það gat tekið að leiða mál endanlega til lykta. Máttu menn bíða árum saman eftir því í mörgun tilvikum. Við bættist að réttarfarsreglur vantaði nánast alveg, auk þess sem engin ákvæði var að finna um áfrýjunarfresti. Varð það síst til þess að flýta mála rekstri. Stærsti ókosturinn við yfirrétt var sá að ekki var tryggt að í dómi sætu menn með nægilega lagaþekkingu. Viða í heimildum sést að oft hefur gengið illa að manna dóminn hæfum mönnum.

Við skulum svipast um á Alþingi á þessu tímabili með Halldóri Laxness. Hann segir í upphafi Íslandsklukkunnar:



„Sú var tíð, segir í bókum, að íslenska þjóðin átti aðeins eina sameign sem metin var til fjár. Það var klukkka. Þessi klukkka hékk yfir gafli lögréttuhússins á Þingvöllum við Öxará, fest við bjálka upp í kverkinni. Henni var hringt til dóma og á undan

*afsökum. ...Að viðstöddum landfógeta, lögmanni og böðli, og manni sem átti að höggva og konu sem átti að drekkja, mátti oft á kyrrum degi um jónsmessubíl, í andvara af Súlum og kjarrlykt úr Bláskógum, heyra óm klukkunnar blandinn niði Öxará.*”

Á Alþingi árið 1705 var klukkunni hringt til dóma sem löngum fyrr. Saman kom lögrétta og þar var tekið fyrir mál Jóns Þórarinssonar þjófs frá Vífilsdal. Í Alþingisbókinni segir að hann hefði:

„... meðkennt að hafa launtekið frá Vatni í Haukadal, út úr læstu húsi, átta stikur sortað vaðmál, tvær klæðishettur, aðra svarta forna, en aðra gráa, ítem eitt brekán hringofid og eina sauðsvarta stutthempu og karlmannsbuxur með sama lit og eina karlmannssokka og tvo trefla, annan bláan en hinn mislitan.”





Lögþingismennirnir voru ekki í neinum vafa um að Jón væri sannprófaður að fullkomnum merkurstuldi. Þar sem þessi stuldu var sá fyrsti sem hann hafði orðið uppvís af skyldi hann þó ekki straffast á lífinu í þetta sinn,

*„... heldur vera útlægur af landinu og hafa misst sinn frið og ábyrgist sjálfur hversu honum lukkast af landinu burt að rýma, og sé honum frestur unntur til þess, allt fram til næstkomandi 15. nóvemberis, hálfum mánuði eftir allraheilagamessu. En verði þessi Jón Þórarinsson hér í landinu fundinn eftir áðurnefndan 15. nóvemberis þá skal hann grípast hvar sem hann verður staddur og færast þeim næstasýslumanni.“*

Í niðurlagi dómsins er lýst auðkennum Jóns Þórarinssonar þeim til upplýsingar sem á hann kynnu að rekast á landinu eftir nefndan dag. Þau eru:

*„... meðalmaður vexti, dökkjarpur á hár, kringluleitur, brúnadökkur, raudleitur í andliti, blóddökkur, smáeygður, munnstór, með lítið sprottinn dökkan kamp, frammyenntur, með uppþretta efri vörina, þykkvari þeirri neðri, hökusmár, nefdigur og það sívalt, ógeðslegur í útliti, hraustlegur, þykkvaxinn, álútur í framgöngu, herðamikill, kálfþykur, ei ófallega á fót komið.“*

Ef marka má orð Magnúsar Stephensen hafði dregið verulega úr virðingarbragnum yfir yfirréttinum á síðari hluta 18. aldar og hafði hann þó aldrei risið hátt. Sem fyrr reyndist erfitt að skipa dóminn hæfum mönnum. Um það segir Magnús, sem þá var orðinn lögmaður:

*"Meðdómendur hefir orðið að tína saman úr ferðamannaslangri, sem statt var á lögþinginu ..., og*



*dómurinn hefir ekki orðið fullskipaður stundum, nema fengnir væru til lögréttumenn og bændur. Þessir meðdómendur, sem kallað var að sætu í dóminum, þekktu ekkert til málanna, sem dæma átti. ... Þegar talið er, að menn sitji og greiði dómsatkvæði, þá er í rauninni geispað og gapað af leiðindum. ... Málflutingur er að mestu fölginn í hnýfilyrðum, sem fávísir málflytjendur hreyta hver í annan."*

Ekki var húsnaði réttarins til að auka á virðingu hans. Á Þingvöllum hafði lengi staðið lítið timburhús, lögréttuhúsið, þar sem dómþing voru haldin. Árið 1787 er ástand hússins til umræðu hjá yfirvöldum. Í bréfi til yfirvalda í Danmörku er talið óhjákvæmilegt að láta fara fram viðgerð á lögréttuhúsinu.



*„En lögréttuhúsið var svo farið, að eigi virtust tók á að þar yrði réttur haldinn næsta sumar án aðgerðar, nema áður væri trygging fyrir óvenjulegri veðurbliðu um þingtímann, líkt og sumarið 1786, en þá mátti einu gilda hvort*

*rétturinn var haldinn inni eða undir berum himni. Sögðu menn að betra væri að halda réttinn í tjaldi eða undir berum himni en í lögréttuhúsinu sökum dragsúgs þar."*

## **IV Tímabil landsyfirréttarins 1800–1920**

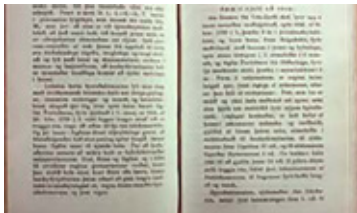
Á síðari hluta 18. aldar var orðið ljóst, að dómaskipan landsins þyrfti endurnýjunar við. Hana þurfti að einfalda með því að fækka áfrýjunardómstólum innanlands úr tveimur í einn, um leið og meðferð mála



yrði bætt og réttaröryggi aukið. Landsyfirrétturinn var stofnaður í Reykjavík árið 1800, en Magnús Stephensen beitti sér mjög fyrir

því að færa dómssvaldið frá Þingvöllum til hins vaxandi höfuðstaðar landsins. Þar hefur framsýni hans ráðið för, en honum þótti hinn forni þingstaður aukinheldur ljótur. Landsyfirrætturinn fór með æðsta dómssvald innanlands í 120 ár, en dómum hans mátti áfrýja til Hæstaréttar í Kaupmannahöfn.

Magnús Stephensen, höfundur Landsyfirrættarins eins og Björn Þórðarson kallar hann, en morðingi Alþingis eins og Bjarni Thorarensen kallaði hann eitt sinn, var fyrsti dómstjóri Landsyfirrættarins. Fljótlega var ljóst að dómstjórinn var ákveðinn í að taka til hendinni í réttarfarsmálum landsmanna. Árið 1802 fékk Landsyfirdómurinn til meðferðar þjófnaðarmál Jóns Jónssonar frá Yzta-Gerði, konu hans og Sigfúsar Þorleifssonar frá Hlíðarhaga. Jón sýslumaður Jakobsson að Espihóli hafði kveðið dóminn upp. Í upphafi setur Landsyfirdómurinn út á margt í rannsókn málsins, en síðar greinir þar:



*„Það er annars ekki í einu, heldur flestu, sem þessi process og dómur, að hjeradsdómarans leyti, er hroðalega af hendi leystur.“*

Margar athugasemdir eru gerðar svo sem um yfirheyrslu vitna og eiðtöku, stefnubirtingu, um þinghald fram á nætur, meðferð þingskjala, málfar og frágang dóms. Þótti dómurum Landsyfirrættarins þetta allt hið mesta klúður og skömmuðust mjög yfir.

*„Loksins hefur hjeradsdómurinn fyllt sinn dóm með óviðkomandi heimskubulli um öreiga giptingar, dómstóla meiningar og annað, og heimildarlaust skapað sjer lög, ...“*

En þar sem þjófnaðurinn annars að miklu leyti þótti fullyfirbevisaður sakapersónunum Jóni, Rósu og Sigfúsi, voru þau þrátt fyrir allt sakfelld. Dómurinn var þó mildaður. Enn fær sýslumaður á baukinn í dómsorðinu.

„Hjeradsdómarinn, sýslumaður Jón Jakobsson, betali fyrir heimskulegan dóm 1 rdl. til Jústitskassans. Sömu leiðis bæti hann fyrir afglapanir og forsómun í að vitna eftir boði tilskipunar 3. júní 1796 § 35, í dómi sínum, hvort við málsins rekstur og meðferð í hjerði, sé nokkur forsómun sýnd eður ei, 20 rdl. til Saurbæjarhrepps í Eyjafirði.“



Fyrsta húsnæði Landsyfírréttarins var í skólahúsinu að Hólavelli. Það þótti vond vist og ekki taka mikið fram vistinni í lögbingishúsinu á Þingvöllum, nema síður væri. Húsið á Þingvöllum þurfti

aldrei að nota um vetrartímann, en Landsyfírrétturinn var einnig haldinn á vetrum. Raunar var húsið ekki lengur talið hæft til skólahalds þegar rétturinn fékk það til afnota og beið niðurrífs. Þá var þar fátt húsgagna. Þurfti oft að halda réttinn í skólahúsinu fyrir opnum gluggum í dragsúg frá dyrum og gólfum, og í óupphituðu herbergi.

Við stofnun Landsyfírréttarins var reyndar fyrirhugað að byggja sérstakt hús yfir réttinn í Reykjavík, og var honum því komið fyrir í Hólavallarskóla til bráðabirgða. Danskur arkitekt gerði teikningar af húsinu árið 1802. Fallið var frá byggingaráformum vegna kostnaðar, en þess í stað var leitað að heppilegu húsi í bænum til afnota fyrir réttinn.



Í ársbyrjun 1807 gerði ægilegar vetrarhörkur, norðanáhlaup með dimmviðrum og brunagaddi dag eftir dag. Réttvísinn varð samt að hafa sinn framgang þótt hús væru köld og óvistleg. Gekk svo fram í febrúar, en þann 3. þess mánaðar höfðu lögspekingarnir fengið nóg. Í þingbókinni þann dag stendur skrifað:



„Anno 1807, þann 3. febrúar var landsyfírréttarins session í hr. stiftamtmanns, greifa Trampe húsi, hverjum til réttarhalds þóknaðist nú og framvegis nokkurn tíma að eftirláta réttinum stofu sína, þar ófært reyndist vegna harðviðra, dragsúgs og frostgrimmðar að

halda réttinn í þeirri gömlu opnu skólabyggingu.”

Þá fundu þeir sig knúna til að skrifa yfirvöldunum í ríki Danakonungs. Segir þar:

„1807: En i Dag rasende Storm og højst poeneterende Kulde gjør det for Liv og Helbred farligt for Rettens svaglige Medlemmer at holde Session i det saa højt liggende for Blæst og Træk gennem aabne Vinduer, Gulv og Dør, udsatte Skoleværelse, denne Gang. Vi skulde derfor ærbødigst fornemme om Deres Højvelborenhed maatte kunne anvise Retten til denne Lejlighed eller i manglende Fald, om der kan være noget imod at Session holdes denne gang i Justitiarii Logie.”

Í kjölfar þessara atburða var keypt á uppboði verslunarhús í Reykjavík, sem síðar varð Austurstræti 4. Var því breytt til afnota fyrir réttinn. Þá var gerður reki að því að útvega húsgögn, svo ódýr sem kostur var. Var réttarsalurinn í þessu húsi síðan um nokkra hríð helsti samkomustaður bæjarins, notaður til dansleikja og leiksýninga og við slík tækifæri notast við bekkina úr dómkirkjunni. Urðu sumir til að hneykslast á því að eignir kirkjunnar og réttarsalurinn skyldu með þessum hætti notuð af andvaralausum lýð til fánýts og skaðsamlegs gleðskapar.





Um 1820 fékk rétturinn til afnota gamla stiftamtmanns-húsið við Austurstræti, sem ennþá stendur í breyttri mynd, en þá hafði fanga-húsið verið tekið undir stiftamtmanninn. Árið 1873 fékk rétturinn húsnæði í

Hegningarhúsinu við Skólavörðustíg, á efri hæð þess inn að garðinum. Þar var rétturinn enn til húsa þegar Hæstiréttur var stofnaður 1920.

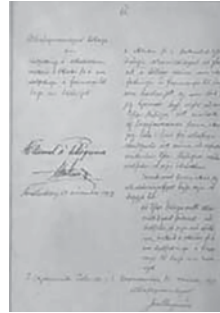
Síðustu dómarnir í Landsyfirdóminum voru kveðnir upp 22. desember 1919. Þá var dómstjóri Kristján Jónsson, sem einnig varð fyrsti forseti Hæstaréttar. Í ræðu rakti hann starf dómstólsins þá rúmu öld sem hann hafði starfað. Hlutverk hans hafi verið að leggja úrskurði á réttarþrætur borgaranna og dæma misgærninga. Hvernig til hafi tekist megi um deila, segir hann, en leggur þó áherslu á tvennt:

„ ...það fyrra, að mér virðist dómstóllinn hafa verið á framfararskeiði allan tímann, frá því að hann hóf starfsemi sína og til þessa dags; virðist mér þetta koma greinlega í ljós, er dómur réttarins fyrr og síðar eru lesnir með gaumgæfni, enda er þetta í samræmi við hið eðlilega lögmál, að niðjarnir byggja á og færa sér í nyt, styðjast við og draga lærdóm af verkum forfedranna; og það hið síðara, að ég þykist fullyrða fyrir eigin reynslu, að almenningur hafi gjarnan og með fullu trausti lagt málefni sín undir úrskurð réttarins.”



## V Stofnun Hæstaréttar Íslands

Aðdragandi að stofnun Hæstaréttar Íslands var all langur og mjög samofinn sjálfstæðisbaráttu þjóðarinnar á 19. öld. Ein krafan var að sjálfsgöðu sú, að ædsta dómssvald í íslenskum málum yrði flutt inn í landið. Kom þessi krafa um innlent ædsta dómssvald í íslenskum sérmálum fyrst fram á þjóðfundinum 1851. Allan síðari hluta 19. aldar var málinu hreyft aftur og aftur, en náði ekki fram að ganga. Með sambandslögunum frá 1918 fékk Ísland síðan viðurkenningu á fullveldi sínu og tók í sínar hendur bæði framkvæmdar- og löggjafarvaldið. Í 10. gr. þeirra var ákveðið, að Hæstiréttur Danmerkur skyldi hafa á hendi ædsta dómssvald í íslenskum málum, þar til Íslendingar kynnu sjálfir að stofna sinn eigin dómstól. Íslendingar hófust þegar handa um að nýta sér þessa heimild í sambandslögunum. Var prófessor Einari Arnórssyni falið að semja frumvarp til laga um Hæstarétt og var það lagt fyrir Alþingi árið 1919 og samþykkt þar að mestu óbreytt.



Í ræðu sem Sveinn Björnsson, þá málafærslumaður, hélt fyrir hönd lögmannna við fyrstu setningu Hæstaréttar endurspeglast vel hversu þessi atburður var talinn samofinn sjálfstæðisbaráttunni:



„Háu dómendur!  
Þessi stund mun jafnan talin merkisstund í sögu íslensku þjóðarinnar. Sú stund er ædstu dómendur í íslenskum málum taka aftur sæti til dóma á fösturjörð vorri. Þessi atburður, sem hér á sér stað nú í dag, hlýtur

að vekja fögnuð í hjörtum allra Íslendinga. Hann er einn af áþreifanlegu vottunum um að vér höfum aftur fengið fullveldi um öll vor mál.”

Í upphafi skipuðu Hæstarétt dómstjóri og 4 meðdómendur, sem skipaðir voru af konungi á ábyrgð ráðherra. Fjöldi dómara hefur verið breytilegur. Síðast var dómurum fjölgað við Hæstarétt árið 1994 og eru þeir nú 9 talsins.

Málflutningur fyrir Hæstarétti var frá upphafi munnlegur. Það var nýlunda hér á landi. Kristján Jónsson, fyrsti forseti réttarins, sem þá var kominn á efri ár, var ekki að öllu leyti sáttur við þetta, enda alls óvanur munnlegum málflutningi. Í endurminningum Sveins Björnssonar kemur fram að hann átti tal við Kristján um munnlegu málfærsluna. Þá átti Kristján að hafa sagt:

*„Blessaðir farið nú ekki að halda langar ræður. Þið megið vita, að við byggjum dóm okkar á dómsgjörðum, sem eru skrifðar. Þar er eitthvað að halda sér að. Hvernig eigum við að muna það sem þið kunnið að segja? Maður freistast til að hlusta ekki á ykkur.“*

Síðan þessi orð voru mælt hefur runnið mikið vatn til sjávar og menn eru nú almennt sammála um ágæti munnlegs málflutnings fyrir réttinum. Ætla má þó að enn myndu dómamar réttarins taka undir það heilræði Kristjáns Jónssonar til hæstaréttarlögmannna að halda ekki langar ræður.



Í orðum dr. Þórðar Eyjólfssonar, forseta Hæstaréttar á 25 ára afmæli réttarins 1945, kemur glögglega fram, á hvern hátt hæstaréttardómamar hafa litið starf sitt. Hann sagði:

*„En hitt má oss aldrei úr minni falla, að mestar kröfur ber oss að gera til sjálfra vor. Starfi voru fylgir mikil ábyrgð. Þegar mál hefur verið hér sótt og varið og dómur á það lagður, verður þeirri úrlausn ekki síðar haggð. Það má aldrei bregðast, að við hvert mál, smátt sem stórt, sé lögð hin*



*fyllsta alúð og allt gert, sem í voru valdi stendur, er tryggð rétta úrlausn þess samkvæmt landslögum og rétti. Með því móti einu getum vér vænzt þess, að dómstóllinn njóti trausts þjóðarinnar og verði um ókomna tíma vanda sínum vaxinn.”*

Á 75 ára afmæli Hæstaréttar er ekki úr vegi fyrir Íslendinga að huga að mikilvægi óháðs dómsvalds og réttaröryggis. Minnst má orða Einars Arnalds, sem var forseti Hæstaréttar á 50 ára afmæli hans.

*„Á Hæstarétti hvíla þær skyldur að heiðra þann meginrétt, sem stjórnskipun okkar er reist á. Fjöldi þjóða býr ekki enn við réttaröryggi, en reynsla kynslóðanna kennir, að óháð dómsvald er frumskilyrði þess, að heilbriggt þjóðlíf geti þróast. Helgustu mannréttindi verða ekki í raun tryggð nema í skjóli sjálfstæðs og óhlutdrægs dómsvalds.”*

## Lýðskrum og réttarríki

---

### » Arnar Þór Jónsson

lektor við lagadeild Háskólans í Reykjavík.

### » Dr. Renata Martins

gegnir rannsóknarstöðu á sviði opinbers réttar við Háskólann í Köln, Þýskalandi. Hún er fædd í Brasilíu og aflaði sér lögmansréttinda þar í landi. Renata hefur á fyrri stigum verið gestaprófessor í þjóðarétti og opinberum rétti við háskólann í Brasilíu (University of Brasilia), en auk þess verið framkvæmdastjóri Institute for Soft Skills við Háskólann í Frankfurt. LL.M. ritgerð hennar var skrifuð á sviði Evrópuréttar. Doktorsrit Renötu var samanburðarrannsókn á atriðum er varða Mercosur annars vegar og evrópskan stjórnskipunarrétt hins vegar.

---

### Útdráttur

Hvatann að þessari grein má rekja til atburðarásar sem hófst á sumarmánuðum 2017 og framkallaði brigðslyrði og ásakanir, sem leiddu af sér slit á ríkisstjórn, hroðvirknislegar breytingar á almennum hegningarlögum, þingrof og alþingiskosningar að hausti þetta sama ár. Eftir margra mánaða umræður og harða gagnrýni á samfélagsmiðlum kaus Alþingi, með stuðningi þingmanna úr öllum flokkum, að breyta almennum hegningarlögum með fljótaskrift sem skilur ótiltekinn hóp fólks eftir án úrræða til að endurheimta borgaraleg réttindi sem viðkomandi hafa misst samhliða fyrri refsidómi. Í greininni er fjallað um þessa atburði og þá sérstaklega umræddar breytingar á hegningarlögum í samhengi við það sem í daglegu tali nefnist lýðskrum. Tilgangur greinarinnar er að minna á þá ógn, sem lýðræði og lagasetningu stafar af lýðskrumi.



1. Inngangur
2. Um uppruna ríkisvalds og stefnumörkun
3. Hvað er lýðskrum?
4. Lýðskrum er ógn við lýðræðislega réttarskipan
5. Bera íslensk stjórnámál svipmót af lýðskrumi?
  - 5.1 Almennt
  - 5.2 Pólitískur óstöðugleiki í framkvæmd
6. Traust og trúnaður í pólitísku og lagalegu samhengi
7. Er stjórnámálum ætlað að höfða til tilfinninga fremur en rökhugsunar?
  - 7.1 Allir eiga að njóta vafans
  - 7.2 Freistnivandi stjórnámálamanna og áskilnaður um samkvæmni
8. Samantekt og lokaorð

## 1. Inngangur

Greina má þunga undiröldu í vestrænum stjórnámum þessi misserin. Gamalgrónir flokkar eru margir hverjir ekki svipur hjá sjón. Nýir flokkar sækja fram og vísbendingar eru um að tryggð kjósenda við stjórnámálflokka fari þverrandi. Við þær aðstæður er viðbúið að stjórnámálmenn leitist við að finna hljómgrunn hjá þessu lausafylgi. Frá stjórnámum til lagasetningar er stutt skref. Lögfræðingar hljóta því ávallt að fylgjast grannt með pólitískum umræðum og þróun mála á þeim vettvangi. Stjórnám dagsins í dag bera iðulega með sér fræ lagasetningar morgundagsins. Sem gæslumenn laga og réttar bera lögfræðingar sérstaka ábyrgð í þessu tilliti, sem í ýmsum efnum gengur lengra en ábyrgð almennra borgara. Að svo miklu leyti sem lögfræðingar eru beinir þátttakendur í réttarframkvæmd hafa þeir þá frumskyldu að standa vörð um mannréttindi og aðrar grunnstoðir vestrænnar lýðræðishefðar. Í því felst ekki síst skylda til þess að láta háværar kröfur almenningsálitsins hverju sinni ekki ráða för.

Framangreindur óstöðugleiki birtist í margvíslegum myndum. Vissulega má færa rök fyrir því að lýðræðið á Vesturlöndum sé að þróast í rétta átt. Nýir stjórnámálflokkar hafa komið fram á sjónarsviðið og mikil nýliðun hefur átt sér stað í röðum þingmanna. Konur hafa í auknum mæli látið að sér kveða í stjórnámum, auk þess sem fjölmiðlar veita stjórnámálmönnum meira aðhald nú en fyrr. Að þessu sögðu þarf þó enginn að ímynda sér að stjórnámálin séu komin á eitthvað sem kenna mætti við „beina braut“ þar sem rökræða og yfirvegun hefur leyst rökleysur, upphrópanir og lýðskrum af hólmi.

Á þeim póstmóðernísku tímum sem við nú lifum einkennist opinber umræða í ríkum mæli af þeirri afstöðu að enginn hlutlægur sannleikur sé til. Minnir sú afstaða um margt á hina forn-grísku sófista sem höfnuðu því að til væri algildur mælikvarði á mannlega breytni og héldu því fram að allir dómar væru huglægir, þ.m.t. siðferðislegir dómar. Í ritum Platóns birtist gagnrýni hans og Sókratesar á sófismann.<sup>1</sup> Hættan við

<sup>1</sup> Sjá t.d. Platón, *Síðustu dagar Sókratesar*. Hið íslenska bókmenntafélag (2011), bls. 53, 68 og 85. Sjá einnig Platón, *Ríkið (fyrri bindi)*. Hið íslenska bókmenntafélag (2011), bls. 134 þar sem Sókrates mótmælir þeirri fullyrðingu að ranglætið sé „máttugra, fjálsmannlegra og fyrirmannlegra en réttlætið, gangi maður bara nógu langt í því“.

afstæðishyggju er siðferðileg upplausn og óheft einstaklingshyggja, sem hvort tveggja kallar fram hina ógnvænlegu lýsingu Thomasar Hobbes á „stríði allra manna gegn öllum mönnum“.<sup>2</sup> Sagan hefur sýnt að slíkt ástand framkallar hömlulausa valdbeitingu. Lögin verða þá iðulega að valdataeki í höndum þeirra sem náð hafa undirtökum, með tilheyrandi ógn fyrir þá sem eru fyrirliðir og valdalausir.

Ef algildum mælikvörðum er hafnað samkvæmt framangreindu standa einungis sértækir mælikvarðar eftir. Þeir síðarnefndu kunna að vera breytilegir eftir búsetu, kyni, aldri o.fl. Þetta gæti að hluta til skýrt undarlega þversögn í opinberri umræðu nú á tímum, þ.e. þegar afstæðishyggja, sem í orði kveðnu hvetur til umburðarlyndis, ýtir undir átök og aðskilnað með því að brjóta heildina niður í aðgreinda hópa, t.d. á grundvelli uppruna eða útlits. Að baki slíkri aðgreiningu búa hugmyndir um eðlishyggju sem alhæfa um fólk út frá kyni, litarhætti o.fl. Afleiðingin getur orðið þröngsýni og skortur á umburðarlyndi þegar sannleikur eins þykir ósamræmanlegur sannleika annars. Þetta er nefnt hér sem ein möguleg skýring á því niðurbroti opinberrar samræðu og skorti á rökræðu, sem tekur á sig ýmsar myndir svo sem með hneykslun, stóryrðum, fordæmingu og dyggðaskreytingu (e. virtue signalling).

Í slíku andrúmslofti skapast sóknarfæri fyrir sófisma að nýju.<sup>3</sup> Hinir fornu sófistar 5. aldar f.Kr. tóku við greiðslum fyrir að kenna verðandi stjórnámálönnum mælskubrögð. Fyrir vikið lágu sófistar undir ámæli fyrir að kenna nemendum sínum að sannfæra áheyrendur með orðskrúði, útúrsnúningum og með því að höfða til tilfinninga fremur en rökhugsunar. Það er gömul saga og ný að valdagírugir menn geta seilst til mikilla áhrifa með því að spila á hinn fjölbreytta skala mannglegra tilfinninga. Gallinn er sá að slík huglæg nálgun ber með sér margs konar ógnir. Með því að espa upp tilfinningar á borð

<sup>2</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, 13. kafli. Sjá <<https://ebooks.adelaide.edu.au/h/hobbes/thomas/h68l/>> Skoðað 9.11.2017 (Þýð. APJ).

<sup>3</sup> Meðal þeirra sem bent hafa á skyldleika milli póst-móðernisma og sófisma er Jacques Derrida, sjá J. Derrida. *Dissemination* (University of Chicago Press 1981). Sjá einnig J.F. Lyotard & J-L Thébaud. *Just Gaming* (University of Minnesota Press 1985).

við ótta eða öfund á kostnað yfirvegnað og hlutlægra röksemda er hinu raunverulega markmiði rökraðna kastað fyrir róða. Í stað þess að leita svara við því hvaða skoðanir geta talist réttmætar og sannar fer málflutningur að snúast um hvað fellur fjöldanum best í geð, sefar reiði eða eykur hægindi til skamms tíma. Greininni sem hér birtist er ætlað að benda á og vara við notkun falsraka og rökbrellna, þar sem slíkt er andstætt eiginlegri sannleiksleit.

Að þessu sögðu er ekki nema sjálfsagt að undirstrika að höfundar standa nær Sókratesi en sófistum og póstmóðernistum í afstöðu sinni til þess hvort til sé hlutlægur sannleikur. Sókrates var vissulega málsvari þess að menn rannsökuðu vel þann grunn sem þeir byggðu skoðanir sínar á í þeim tilgangi að kanna hvort þær stæðu á bjargi eða sandi. Að því leyti hefði hann talið jákvætt að efast um sérhverja sannleiksfullyrðingu og gildisdóm. Munurinn á þessari afstöðu og þeirri sem í nútímanum hafnar algildum mælikvörðum á mannlega breytni er sá að Sókrates taldi þetta góðan upphafspunkt í leitinni að sannleikanum, en harðir póstmóðernistar nútímans virðast á hinn bóginn telja sig komna að endamörkum sannleikans með því að hafna honum. Þegar svo er komið blasir þó ekki annað við en siðferðilegt tómarúm og allar röksemdir hrynja til grunna, þar á meðal sú fullyrðing að enginn sannleikur sé til! Þar sem slík afstaða er í augljósri mótsögn við sjálfa sig ber að hafna henni. Nauðsyn slíkrar höfnunar blasir t.d. við þegar afstæðishygga birtist í formi siðferðilegrar umvöndunar.

Þótt póstmóðernistar nútímans kunni að miða að gagngerrri afbyggingu (e. deconstruction) viðmiða um rétt og rangt, gott og illt, sannleik og lygi, kyn og kynhlutverk (svo fátt eitt sé nefnt) og getur það ekki réttlætt að menn beiti falsrökum til að afla sér vinsælda eða auka áhrif sín. Eða hvað? Ber að taka undir það sjónarmið hinna fornu sófista að í stað algildra mælikvarða beri að meta mannlega hegðun út frá viðhorfum og venjum samfélagsins á hverjum tíma? Ef við samþykkjum þetta er stigið háskalegt skref í átt til þess að samþykkja að stjórnmalamenn og aðrir beiti lýðskrumi og múgæsingu til að afla skoðunum sínum fylgis. Slíku samþykki fylgir ekki lítill áhætta, enda elur slíkt af sér spillingu og sérhagsmunagæslu í stjórnámálum

og víðar. Heill samfélagsins hverfur í skuggann en sérhyggja tekur öll völd. Sjálfsmýndarstjórnsmál (e. identity politics) eru angí af þessum meiði sérhyggju, því þau byggjast á staðalmyndum, eru útilokandi og leiða til aðgreiningar. Þessi tegund stjórnmála byggist á tvíhyggju, sem brýtur flókin mál niður í stakar frumeindir og leitast við að skipta heiminum í gott og illt, „okkur“ og „hina“. Pólitísk umræða á þessum forsendum ristir ekki nægilega djúpt. Dvelji menn of lengi á yfirborðinu er hætt við að áherslurnar beri þess merki og fari að snúast meira um að sýnast en að vera; að fegra ásýnd í stað þess að huga að innihaldi; að aukaatriði njóti athygli á kostnað yfirsýnar og heildarsamhengis. Þessi orð gefa tilefni til stuttrar íhugunar um það sem kenna mætti við undirstöður laga og réttar.

## 2. Um uppruna ríkisvalds og stefnumörkun

Ein af grundvallarhugmyndum stjórnskipunar vestrænna lýðræðisríkja er sú að valdið eigi uppruna sinn hjá þjóðinni. Af því leiðir og í því felst m.a. að rétturinn til að stýra samfélaginu tilheyri fólkinu sjálfu. Til að gera langa sögu stutta er viðurkennt að almenníngur hafi vald til þess að taka ákvarðanir um sameiginlega hagsmuni sína. Nú kann það að vera fögur hugsjón að iðka lýðræðið með beinum hætti, þ.e. með því að kjósendur taki milliliðalaust þátt í pólitískum ákvörðunum. Hinn blákaldi veruleiki er þó sá að beint lýðræði er ýmsum örðugleikum bundið, m.a. vegna þess að vinnandi fólk skortir iðulega bæði svigrúm og tíma til þess að setja sig inn í flókin samfélagsleg úrlausnarefni. Sú staða er óbreytt enn í dag, hvað sem líður tækniframförum og bættum samgöngum. Beint lýðræði er því illa framkvæmanlegt og í almennri framkvæmd eru þjóðaratkvæðagreiðslur aðeins haldnar í undantekningartilvikum um málefni sem varða mikilvæga hagsmuni landsmanna. Þetta er raunar ástæðan fyrir því að flest lýðræðisríki nútímans hafa komið á fót svonefndu fulltrúalýðræði, þar sem borgararnir fela kjörnum fulltrúum sínum að taka ákvarðanir um málefni samfélagsins – og þar með um almannahag. Af ákvæðum stjórnarskrár og almennra laga má glögg sjá að þingmenn og ráðherrar bera ríka ábyrgð sem lýðræðislega kjörnir fulltrúar almennings og handhafar opinbers valds. Sú ábyrgð er raunar einnig pólitísk og siðferðileg. Hver sem tekur þátt í stjórnmálastarfi



undirgengst óhjákvæmilega vissar skyldur og það gildir í enn ríkari mæli um þá sem kjörnir eru til að gegna ábyrgðarstörfum á þessum vettvangi. Þessi ábyrgð markar umgjörð utan um stjórn málin sem ekki er unnt að vanvirða án þess að bjóða alls konar hættu heim. Í þessu samhengi ber mönnum að gjalda sérstakan varhug við hvers kyns lýðskrumi (popúlisma) og múgæsingu.

### 3. Hvað er lýðskrum?

Á síðustu árum og áratugum hefur hugtakið „popúlismi“ eða lýðskrum orðið æ fyrirferðarmeira í umræðum um stjórn mála. Orð þessi eru almennt notuð til að lýsa pólitískri hugmyndafræði sem leitast við að skipta samfélagi manna í tvær innbyrðis einsleitir og andstæðar fylkingar. Stöðu mála er þá t.d. lýst þannig að öðrum megin megi finna þá sem eru sannir, óflekkaðir eða óspilltir, en hinum megin standi þeir sem tilheyra „spilltri elítu.“

Með vísan til áður nefnds meginsjónarmiðs um að frumuppsetta ríkisvalds sé hjá þjóðinni sjálfri halda lýðskrumarar því gjarnan fram að stjórn mála ættu að endurspeglar vilja þjóðarinnar.<sup>4</sup> Stjórn málamenn sem tala í þessa veru skilgreina sig í andstöðu við hefðbundna stjórn málamenn eða „ríkjandi strauma“ í stjórn málaunum. Þeir gefa sig jafnframt út fyrir að vera þeir einu sem skilja „venjulegt fólk“ og að þeir séu gæslumenn raunverulegra hagsmuna þessa sama fólks gagnvart „spilltri elítu“ sem gætir aðeins eigin hagsmuna.

Slík pólitísk hugmyndafræði er ekki ný af nálíni. Bandaríski Þjóðarflokkurinn („The US People’s Party“) sem fram kom á seinni hluta 19. aldar er raunar talinn vera ein fyrsta hreyfing af þeim toga.<sup>5</sup> Hvað sem því líður má segja að þessu fyrirbæri hafi vaxið fiskur um hrygg á Vesturlöndum frá fjármálakreppunni 2008. Hin svonefnda Teboðshreyfing sem fram kom fram á sjónarsviðið í Bandaríkjunum árið 2009 er angí af þessum meiði. Popúlísk áhrif hafa verið sérstaklega

<sup>4</sup> Cas Mudde/Cristóbal Rovira Kaltwasser, *Populism: a very short introduction*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2017, bls. 5.

<sup>5</sup> Cas Mudde, *The populist Zeitgeist*, í: *Government and Opposition* 2004, bls. 541–563, 548.

áberandi undanfarin misseri. Til þeirrar sögu hafa menn nefnt Brexit kosningarnar í Bretlandi, kjör Donalds Trump í embætti Bandaríkjaforseta, gríðarlegt fylgi Marine Le Pen í forsetakosningunum í Frakklandi og raunar einnig Geert Wilders í Hollandi. Í september 2017 náði þýskur stjórnmaflokkur, AfD, sem nefndur hefur verið „popúlískur“ rúmlega 12% atkvæða í þingkosningum og fékk 94 þingmenn kjörna á þýska ríkisþingið (þ. Bundestag). Mun þetta vera í fyrsta sinn sem opinberlega þjóðernissinnaður flokkur nær slíkum árangri í Þýskalandi frá því að Nasistaflokkurinn var og hét.<sup>6</sup>

Hér á Vesturlöndum hefur orðið „popúlismi“ mjög verið tengt við ótta eða hatur gagnvart útlendingum. Fyrir vikið vísar hugtakið yfirleitt til íhaldssamra stjórnmalahreyfinga af hinum svonefnda hægri væng. Donald Trump er vafalaust eftirtektarverðasta dæmið um íhaldssaman popúlista, en Trump byggði kosningabaráttu sína á sterkum fullyrðingum um innflytjendur, konur og ýmsa minnihlutahópa. Í Evrópu hefur popúlismi öðlast nokkurs konar aukamerkingu sem skírskotar þá til sjónarmiða sem eru andstæð múhameðstrú og færir sér yfirstandandi flóttamannavanda í nyt.<sup>7</sup> Hin undirliggjandi stef eru hin sömu sem fyrr: „Við, almenningur“ eða „þjóðin“ gegn „þeim, hinum ókunnugu“, „við“ gegn „pólítískri elítu“ sem hefur ekki varið hagsmuni „okkar“. Til eru fjöldamörg dæmi um Evrópska lýðskrumflokka sem nú eru starfandi, svo sem flokkur Sannra Finna í Finnlandi, Lög og réttlæti í Póllandi og Fidesz í Ungverjalandi.

Mikilvægt er að undirstrika að popúlismi er ekki eingöngu bundinn við stjórnmalahreyfingar á hægri vængnum. Báðar fylkingar geta hagnýtt sér útbreidda óánægju með beittri gagnrýni á ríkjandi ástand, án þess að geta þó lagt fram trúverðug úrræði til lausnar. Fræðimenn hafa viðurkennt að popúlismi þrífist einnig á vinstri væng stjórn-

<sup>6</sup> Stefan Wagstyl, Guy Chazan and Tobias Buck, *Merkel's fourth term in power marred by rise of rightwing AfD*, í: Financial Times 25 September 2017, bls. 1.

<sup>7</sup> Um samanburð á myndbirtingu lýðskrums í Bandaríkjunum og Evrópu, sjá Rogers Brubaker, *Between nationalism and civilizationism: the European populist moment in comparative perspective*, in: Ethnic and Racial Studies 40(8)/2017, bls. 1191–1226. Um hægri popúlisma á Norðurlöndum, sjá Eiríkur Bergmann, *Nordic Nationalism and Right-Wing Populist Politics*. London: Palgrave Macmillan, 2017, bls. 33 o.á.

málanna og hafa í því samhengi meðal annars bent á hinar svonefndu '68 hreyfingar sem fram komu seint á sjöunda áratug síðustu aldar.<sup>8</sup> Enda þótt bandaríski Repúblíkanaflokkurinn hafi fært sér popúlismann í nyt síðustu ár hefur sú aðferðafræði lengst af verið tengd Demókrataflokknum.<sup>9</sup> Í rómönsku-Ameríku voru það vinstri stjórnir í Bólivíu, Venesúela og Brasilíu sem settu popúlísk viðfangsefni aftur á dagskrá stjórnmalanna. Í Suður-Evrópu hafa vinstri sinnaðir popúlistar á borð við SYRIZA í Grikklandi og Podemos-flokkinn á Spáni verið að sækja í sig veðrið frá fjármálakrisunni árið 2008, sem er áhyggjuefni með sama hætti og sókn öfgaflokka til hægri síðustu misserin.

Þessi lýðskrums-bylgja sem hér hefur verið gerð að umtalsefni á sér væntanlega ekki einhlíta skýringu. Ein tilgátan er sú að hún nærast á ótta almennings við alþjóðavæðingu. Á síðustu áratugum hefur forræði yfir pólitískt viðkvæmum málum eins og hagstjórn, öryggismálum, umhverfismálum og ytri landamærum í auknum mæli færst frá ríkisstjórnnum til fjölþjóðlegra- eða yfirþjóðlegra stofnanna. Sú þróun kann að hafa haft þau áhrif að kjósendum finnist yfirvöld ekki gæta hagsmuna borgaranna og hafi hlaupist undan ábyrgð. Slagorð á borð við að gera eigi ríkið „frábært aftur“ eða „stórkostlegt aftur“ (e. „great again“) vísar beint og óbeint til fullveldis viðkomandi ríkis. Á sama tíma og ríkin eru í raun valdaminni skírskota lýðskrumarar til ríkis eða þjóðar sem síðustu öruggu hafnarinnar og lofa að endurreisa sjálfsmyndina sem þjóðin hefur tapað.<sup>10</sup>

Rétt er að geta þess að stjórn málafræðingar eru ekki allir á einu máli um hvað lýðskrums-hugtakið felur í sér.<sup>11</sup> Í raun má segja að hugtakið lýsi tilteknum tjáningar- eða samskiptamáta, þar sem menn

<sup>8</sup> Cas Mudde, *The Populist Zeitgeist*, í: Government and Opposition 2004, bls. 541–563, 548.

<sup>9</sup> Mudde (nt. 5), bls. 550.

<sup>10</sup> Arjun Appadurai, *Demokratiemiðigleiki*, í: Heinrich Geiselberger (ed.), *Die große Regression*. Berlin: Suhrkamp, 2017, bls. 17–35, 20–21.

<sup>11</sup> Franz Januschek, „Links-Populismus“?, í: Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie 86/2014, bls. 47ff., 56: „a non-scientific term“; Mudde/Rovira Kaltwasser (nt. 4), 1: „main political buzzword of the 21<sup>st</sup> century“; og Karin Priester, *Rechter und linker Populismus*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2012: „a chameleon“.

freista þess með orðaflumi eða athöfnum að afla sér vinsælda með því að höfða til „lægstu hvata“ fólks, svo sem öfundar, haturs, reiði og afbrýðisemi.<sup>12</sup> Eitt dæmi um popúlisma er þegar sagt er að menn þurfi að geta „lýst hlutunum eins og þeir eru“ og þar með leyst sig úr viðjum ýmiss konar hafta sem sett hafa verið á tjáningarfrelsið, jafnvel þótt slíkt feli í sér að „rjúfa þögn“ um eitthvað sem bannað hefur verið að ræða. Með því að lítilsvirða það sem gæti hafa talist viðurkennd orðnotkun er þess freistað að ná hámarks athygli almennings og líta út fyrir að vera hugrakkur í augum kjósenda um leið og gefið er til kynna að viðkomandi ræðumaður sé „loks“ að tala um það sem skiptir mestu máli og gefa kjósendum „rödd“.<sup>13</sup> Hollensku fræðimennirnir Jan Jagers og Stefaan Walgrave hafa orðað það svo að lýðskrum sé „samskiptamáti sem höfði til [...] fjöldans og þykist tala í þeirra nafni“<sup>14</sup>.

Í þessu samhengi má minna á að stjórnmal hafa frá fyrstu tíð átt á hættu að þróast yfir í lýðskrum. Í nútímanum er sá veikleiki greinilegri því tæknin býður upp á svo margföld tækifæri til að iðka sýndarmennsku. Tvíhyggjan lýsir hinum sýnilega heimi eins og vígvelli þar sem fullkomin gæska tekst á við fullkomna illsku. Slík nálgun birtir iðulega háskalega einföldun og ýtir undir rangfærslur og ýkjur á báða bóga.

Sú pólitíska orðræða sem daglega fer fram á ljósvaka- og samfélagsmiðlum verður ekki öll kennd við eiginlega samræðu. Orðræða sem byggist á tvíhyggju miðar ekki að gagnkvæmum skilningi eða samvinnu. Hún birtist sem alhæfingar, upphrópanir og ásakanir. Ræðumenn gefa sig þá út fyrir að hafa höndlað sannleikann og að þeir hafi jafnvel umboð til að tala fyrir hönd allra sem tilheyra þessum eða hinum hópnum. Enginn hörgull virðist t.d. vera á fólki hérlendis sem telur sig geta mælt fyrir munn allra kvenna. Dæmin sanna að þegar komið er út í slíka sálma getur verið freistandi að ásaka og dæma þá sem

<sup>12</sup> Simon Tobias Franzmann, *Von AfD zu ALFA: Die Entwicklung zur Spaltung*, í: MIP 2016, bls. 23–37 (23, 25).

<sup>13</sup> Mudde/Rovira Kaltwasser (nt. 4), bls. 4.

<sup>14</sup> Jan Jagers/Stefaan Walgrave, *Populism as political communication style: An empirical study of political parties' discourse in Belgium*, í: *European Journal of Political Research* 46/2007, bls. 319–345 (322).

taldir eru til andstæðinga. Menn eru þá ekki dæmdir af eigin verkum heldur fyrir það eitt að hafa verið flokkaðir með „óvinaliðinu“. Sá sem tilheyrir einum hópi má jafnvel vænta þess að vera dæmdur af dómstóli götunnar á öðrum forsendum en sá sem flokkaður er í annan hóp.

„Málsmeðferð“ af ofangreindri tegund brýtur margfaldlega gegn hugsjónum réttarríkisins, jafnvel þótt málshefjendur kunni sjálfir að telja sig málsvara sannleikans, réttar hugsunar eða „rétthugsunar“. Skyld er að nefna að væntanlega býr sjaldnast raunverulega illur ásetningur að baki framsetningu af þessum toga, heldur kannski misraunsæir draumar um að leysa megi öll viðfangsefni samtímans, jafnvel þau erfiðustu, með lögum og reglum. Þótt freistandi gæti verið fyrir okkur lögfræðinga að samsinna þessu er rétt að vara við oftrausti á lögnum, því lög eru ekki galdrataeki sem geta lagfært „villur“ í mannlegu samfélagi, líkt og það sé einhvers konar vélrænt kerfi. Ástæðan er m.a. sú að mennirnir hafa frjálstan vilja og samskipti þeirra renna alltaf ekki eftir fyrirsjáanlegum brautum. Að því sögðu er heldur ekki æskilegt að menn hafi oftrú á sjálfum sér og vantrú á öðrum. Í höndum manna sem vilja setja sjálfa sig ofar lögnum geta lögin orðið að hreinu valdbeitingartæki.

**4. Lýðskrum er ógn við lýðræðislega réttarskipan**  
 Lýðskrum, hvort sem það er sett fram af vinstri eða hægri mönnum, felur í sér ógn við lýðræðislega réttarskipan. Í samræmi við markmið þessarar greinar verður í framhaldinu gerð grein fyrir þremur meginatriðum sem hafa mikil áhrif á lýðræðislegt stjórnarfar og fela jafnframt í sér áskoranir fyrir vestræn stjórnsmál.

Fyrir það fyrsta er orðræða lýðskrumara útilokandi. Hún gengur því gegn þeirri hugmynd fjölhyggju að veruleikinn sé samslunginn úr fjölmörgum ólíkum þáttum. Með því að leysa orðaval sitt úr viðjum pólitískra hafta (eða pólitískrar „rétthugsunar“)<sup>15</sup> taka popúlistar upp róttæka og óumburðalynda orðræðu. Í kosningabaráttu sinni sagði

<sup>15</sup> Um gagnrýni á hugmyndfræði pólitískrar rétthugsunar, sjá Otto Depenheuer, *Das Ende der Political Correctness*, í AfP 2017, bls. 133–137.

Donald Trump til dæmis að fólk frá Mexíkó flytti „eiturlyf“ (e. drugs) og glæpi (e. crime) til Bandaríkjana og að „þeir væru „nauðgarar“ (e. rapists).<sup>16</sup> Í aðdraganda þingkosninganna í Þýskalandi haustið 2017 lýsti leiðtogi AfD, Alexander Gauland, því opinberlega yfir að flokkurinn myndi „elta frú Merkel uppi“ og „taka landið til baka“.<sup>17</sup> Fyrir utan refsiréttarlegar afleiðingar sem slík ummæli kunna að hafa<sup>18</sup>, þá getur verið erfitt að svara slíkum staðhæfingum með skynsamlegum rökum því að þær skírskota til tilfinninga og ótta fremur en röksemda.<sup>19</sup> Á sama tíma og slík orðræða gefur til kynna að þeir sem tala séu einu raunverulegu fulltrúar almennings grafa þessir sömu menn undan forsendum þess að skynsamleg rök ræða geti farið fram. Afleiðingin er sú að opin og fjölbreytt umræða, þar sem mismunandi hópar verja mismunandi málstað og skoðanir, nær engu flugi. Þess í stað ýtir lýðskrum undir tvíhyggju, þar sem gott og illt takast á, „við“ gegn „þeim“, sem stuðlar að aðgreiningu, aðskilnaði og klofningi og etur mönnum saman fremur en sameinar þá.

Í öðru lagi fara lýðskrumarar frjállega með hugtök. Þetta er lykilatriði í málflutningi lýðskrumara. Sem dæmi má nefna orð eins og „þjóð“ og „almennigur“. Í munni lýðskrumara eru þessi hugtök notuð um saklaus fórnarlömb efnahagslegra hamfara, alþjóðavæðingar, spilltra stjórnámálanna og/ eða illgjarnra fjármagnseigenda, svo nokkuð sé nefnt. Dregin er upp mynd af einföldu, heiðvirðu og vinnandi fólki sem er kúgað og misnotað af „elítunni“ eða blekkt af ólöglegum innflytjendum.<sup>20</sup> Á sinn hátt tengist þetta lýðræðishugsjóninni, hinni undirliggjandi hugmynd um að lýðræðið miði að því að ríkisstjórn

<sup>16</sup> Sjá < [https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/06/16/full-text-donald-trump-announces-a-presidential-bid/?utm\\_term=.d6d82cc889d0](https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/06/16/full-text-donald-trump-announces-a-presidential-bid/?utm_term=.d6d82cc889d0) > Skoðað 21.11.2017.

<sup>17</sup> S. Guy Chazan, *AFD to disrupt Bundestag consensus*, Financial Times 25. September 2017, bls. 2.

<sup>18</sup> Um hatursorðræðu í tengslum við tjáningarfrelsið í Þýskalandi, sjá Armin Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in: JZ 2017, bls. 653-661.

<sup>19</sup> Ulrich Beck, *Nachrichten aus der Weltinnenpolitik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2010, sem undirstrikar þann vanda sem nútímastjórnsmál standa frammi fyrir í tilviki tjáningarfrelsis þegar kemur að því að gera greinarmun á ímyndaðri hættu annars vegar og raunverulegri hættu hins vegar (11. kafli).

<sup>20</sup> Ghita Ionescu/Ernest Gellner, *Populism – Its Meaning and National Characteristics*. London: The Macmillan Company 1969, bls. 17.

starfi í umboði fólksins, sé valin af fólkinu og starfi fyrir fólkið (e. government of the people, by the people and for the people) eins og þetta birtist í frönsku byltingunni og sjálfstæðisbaráttu Bandaríkjamanna á 18. öld. Út frá sjónarhóli laga og réttar er slík hugmynd um stjórn „fólksins“ ekki beinlínis nothæfur grunnur fulltrúalýðræðis, þar sem kjósendur annast ekki sjálfir um stjórnarmálefni heldur með því að velja sér fulltrúa til að sinna daglegri ákvarðanatöku, sbr. kafla 2 hér að framan.<sup>21</sup> Vilji almennings á hverjum tíma stendur ekki í ófrávíkjanlegu samræmi við almannahag. Lýðræðið þarfnast stöðugleika fremur en sífells óróa. Í þeim tilgangi hafa lýðræðisríki komið á fót stofnunum sem eiga að geta tryggt slíkan stöðugleika. Þjóðþing og skilvirk réttarkerfi þjóna augljósum tilgangi í þessu samhengi, því þeirra hlutverk er að standa vörð um samræmt stjórnarfar og réttarframkvæmd, ásamt því að verja langtímahagsmuni borgaranna. Þetta er ekki á nokkurn hátt einfalt og þaðan af síður er auðvelt að staðreyna „vilja fólksins“ í fjölbreyttu samfélagi þar sem mismunandi hagsmunum og skoðunum ægir saman.<sup>22</sup> Af ákvæðum stjórnarskrárinnar leiðir að þjóðkjörnum fulltrúum þjóðarinnar er ætlað að fara með löggjafarvald og æðsta framkvæmdarvald. Ísland er vissulega lýðræðisríki en það er líka „lýðveldi með þingbundinni stjórn,“ sbr. 1. gr. stjórnarskrár lýðveldisins nr. 33/1944. Þessi hugtök leggja þessum handhöfum ríkisvalds mikla ábyrgð á herðar. Sú ábyrgð felst ekki síst í því að gegna temprandi og leiðandi hlutverki, því þótt ganga megi út frá því að kjósendur séu sæmilega vel upplýstir eru fæstir kjósendur sérfræðingar í stjórnskipun eða stjórnarhari. Í hinu daglega ati verða kjósendur að geta reitt sig á yfirvegaða, skynsamlega og framsýna ákvarðanatöku þeirra sem kjörnir hafa verið til að gegna forystuhlutverkum. Ákvæði 1. gr. stjórnarskrárinnar skírskotar beint til þessa veigamikla hlutverks þeirra þjóðkjörnu fulltrúa sem lýðveldisstjórnarformið og þingræðið leggur þeim á herðar.

Nefnt upphafsákvæði stjórnarskrárinnar stendur þarna fremst af góðri ástæðu: Það er sannarlega einn af hornsteinum gervallarar

<sup>21</sup> Martin Morlok/Lothar Michael, *Staatsorganisationsrecht*. Nomos: Berlin, 2016, § 5 Rn. 127.

<sup>22</sup> George Thomas, *Madison and the Perils of Populism*, í: National Affairs 2016, bls. 142-156, 144.

stjórnskipunarinnar að þessir kjörnu fulltrúar séu fulltrúar lýðveldisins en ekki aðeins málpípur þeirra sem hæst hafa þá stundina og ganga fram í nafni lýðræðis. Þessir kjörnu fulltrúar bera ábyrgð á því að hjálpa kjósendum til að horfa á mál frá fleiri hliðum og úr meiri fjarlægð, hjálpa til við hagsmunamat og forgangs röðun og standa fyrir utan tilfinningasveiflur. Ef hinir kjörnu fulltrúar hafa slíka hæfileika til að bera blasir við að slíkt fyrirkomulag er vænlegri kostur við ákvarðanatöku en beint lýðræði. Í stuttu máli er með fulltrúalýðræðinu sleginn mikilvægur stjórnskipulegur varnagli, m.ö.o. reistar skordur við því að lýðræðið taki á sig mynd lýðskrums. Við þyrftum að gefa meiri gaum að upphafsákvæði stjórnarskrárinnar og þeim ramma sem þar er njörvaður niður: Milli lýðræðislegs vilja kjósenda (eins og hann birtist í kosningum) og lagasetningar standa kjörnir fulltrúar af holdi og blóði – og þeir eiga að standa þar en ekki að blakta eins og lauf í vindi. Þeir hafa boðið sig fram í þessar háu stöður og verið treyst til þess að gegna þeim. Með vísan til þess er ekki ósanngjarnt að ætlast til að viðkomandi einstaklingar noti sinn háa stall til þess að skyggjast lengra og víðar en hinn almenni borgari getur mögulega gert í dagsins önn.

Um lög og lagasetningu má að öðru leyti segja að frjálssar kosningar gegna þar lykilhlutverki. Almennir borgarar sem öðlast hafa kosningarétt taka virkan þátt í stjórn málum með því að neyta atkvæðisréttar síns eins og fram kemur í stjórnarskrám vestrænna lýðræðisríkja, sbr. ákvæði 3. og 31. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944.<sup>23</sup> Af þessu má ljóst vera að í þróuðum lýðræðisríkjum getur óljós skírskotun til „vilja þjóðarinnar“ ekki komið í stað vilja kjósenda eins og hann birtist í lög mætum og lýðræðislegum kosningum. Tilvísun til einhvers sem kallað er „þjóðarvilji“ eða „ákall þjóðarinnar“ getur heldur ekki gengið framar settum lögum sem öðlast hafa stjórnskipulegt gildi með atbeina handhafa lýðræðislegra kjörinna handhafa löggjafarvalds. Undirbúningur löggjafar og lagasetning lýtur í framkvæmd ströngum málsmeðferðarreglum, sbr. lög nr. 55/1991 um þingsköp Alþingis.

<sup>23</sup> Í tilviki Þýskalands, sjá Otto Depenheuer, *Demokratie und Staatsvolk*, í: Gilbert Gornig/Hans-Detlef Horn/Dietrich Murswiek (ritstj.), *Nationales Wahlrecht und internationale Freizügigkeit*. Berlin: Duncker & Humblot 2015, bls. 39-54 (45); og niðurstaða þýska stjórnarskrárdómstólsins frá 1990: BVerfGE 83, bls. 37 (50 o.á.).



Slíkum reglum er í raun ætlað að styrkja lýðræðislegar undirstöður löggjafar. Af þessu leiðir að augljós takmörk eru fyrir réttmæti þess að vísa til óskilgreinds „þjóðarvilja“ til að grafa undan gildum lögum.

Stjórnarskrárvarið fundafrelsi stendur augljóslega í nánnum tengslum við stjórn málaumræðu, þátttöku almennings í mótun skoðana og stefnumiða. Af því leiðir að grundvallarréttur til fundafrelsis er ein af undirstöðum lýðræðilegs stjórnarfars, sbr. fordæmi stjórnarskrárdómstóls Þýskalands þar að lútandi.<sup>24</sup> Um leið ber þó að árétta að fundafrelsið verður ekki skilið á þann hátt að unnt sé með fundum að tjá „vilja þjóðarinnar“. Til að sýna pólitískan vilja í framkvæmd þurfa kjósendur að velja sér fulltrúa eins og fyrr greinir. Háreysti á fundum eða á opinberum vettvangi duga samkvæmt þessu auðvitað ekki til að ógilda kosningar eða breyta gildum lögum.<sup>25</sup>

Síðast en ekki síst er ástæða til að undirstrika að réttarríkinu sem slíku stendur ógn af síðastnefndri tegund lýðskrums, þ.e. að hróp og köll séu réttmæt leið til að breyta löggjöf. Rétt eins og flest önnur ríki Evrópu er lýðveldið Ísland réttarríki. Í því felst mikilvæg skuldbinding ríkisins gagnvart borgurunum. Þetta felur m.a. í sér að gild lög skapi umgjörð bindandi reglna utan um tilvist landsmanna, líf þeirra og störf. Þessi undirstöðuhugmynd er nauðsynlegur hornsteinn lýðræðis vegna þess að hún varnar því að nokkur handhafi ríkisvalds telji sig hafinn yfir lög og rétt. Þótt menn hafi verið kjörnir til valda í lýðræðislegum kosningum breytir það engu um þær lagalegu skorður og stjórnskipulegu valdmörk sem embættisfærslum þeirra eru sett. Í þessu samhengi er enn fremur til réttaröryggissjónarmiða að líta. Af þeim meginsjónarmiðum leiðir að borgararnir eiga að geta gengið að „leikreglum“ þjóðfélagsins vísam. Í því felst að borgararnir geti skipulagt líf sitt og séð fyrir afleiðingar orða sinna og athafna. Af þessum sökum leggja flest vestræn ríki bann við afturvirkni laga. Frá því banni verður almennt ekki vikið nema með þröngum skilyrðum og þegar sérstaklega háttar til. Augljóslega getur sú staða komið

<sup>24</sup> S. BverfGE 69, bls. 315 (315); Sven Jürgensen/Juan García, *Pluralismus als Maxime des Versammlungsrechts*, í: MIP 2016, bls. 70–83.

<sup>25</sup> Um Þýskaland, sjá Norbert Ullrich, *Das Demonstrationsrecht* 2015. Berlin: Nomos, 2015, bls. 92.

upp að reglur teljist ekki lengur réttlátar eða viðunandi. Í slíkum tilvikum getur löggjafinn brugðist við með því að laga réttarreglur að nýjum viðhorfum og/eða viðmiðum. Í slíkum tilvikum má segja að popúlismi eða lýðskrum þurfi ekki í öllum tilvikum að teljast vont fyrir lýðræðið því það getur knúið valdamenn og „elítur“ til að bregðast við nýjum ógnum eða áhyggjum og þar með endurstíllt hinn pólitíska kompás. Á þennan hátt getur beinskeytt rökræða komið í veg fyrir að til verði pólitískir flabeinsturnar. Á hinn bóginn ber þeim sem fara með völd og ábyrgð þegar kemur að stefnumörkun til framtíðar, að virða lagasetningarferlið eins og það hefur mótast á grundvelli laga og venja. Í því felst m.a. að handhafar löggjafarvalds þurfa að vera á varðbergi gagnvart þeim sem hæst hafa hverju sinni og láti ekki stjórnast af háreystinni einni.

## 5. Bera íslensk stjórnsmál svipmót lýðskrums?

### 5.1 Almennt

Eftirfarandi lýsing atburða sem urðu á Íslandi árið 2017 segir auðvitað ekki alla söguna um hin undirliggjandi átök í íslensku þjóðlífi á þeim tíma en birtir þó meginrætti þeirra pólitísku sviptinga sem þá urðu. Gera má ráð fyrir að síðarmeir, þegar menn lesa um fréttaviðburði haustsins 2017, muni ýmsir undrast að það sem úr fjarlægð tímans virðist vera lítil þúfa geti velt svo þungu hlassi sem heil ríkisstjórn er. Í því sambandi er rétt að taka fram að allt sumarið 2017 hafði geisad tilfinningaþrungin og á stundum heiftúðug umræða um fyrirbærið „uppreist æru“ og þá staðreynd að dæmdir kynferðisbrotamenn höfðu, á grundvelli laga, fengið beiðni þar að lútandi samþykkt á æstu stöðum í stjórnkerfinu.<sup>26</sup> Í hita leiksins höfðu þung orð verið látin falla um „samtryggingu“ valdamanna, „yfirhilmingu“ og „þöggun“ svo fátt eitt sé nefnt. Ekki er ofmælt að umræðan hafi löngum verið tilfinningadrifin. Ekki er heldur of djúpt í árinna tekið þótt sagt yrði

<sup>26</sup> Sjá t.d. < <http://ruv.is/tag/uppreist-aeru?page=1> > Skoðað 26.11.2017

að margar raddir<sup>27</sup> hafi tekið einarða afstöðu með þolendum og gegn „kerfinu“.<sup>28</sup> Mörg þung orð voru látin falla á umræddu tímabili sem lauk með ríkisstjórnarslitum, flauturslegum breytingum á almennum hegningarlögum, þingrofi og alþingiskosningum haustið 2017. Að áliti höfundu vekja þessir atburðir, og þó sérstaklega tédar breytingar á hegningarlögunum, upp áleitnar spurningar um áhrif lýðskrums og varnir réttarríkisins gagnvart því. Tilgangur greinarinnar er að minna á þá hættu sem óábyrg ástundun stjórnmála ber með sér.

## 5.2 Pólitískur óstöðugleiki í framkvæmd

Föstudaginn 15. september 2017 vöknudu Íslendingar upp við þær fréttir að samstarfi ríkisstjórnarflokkanna hefði verið slitid um nóttina. Formaður eins stjórnarflokksins, Bjartrar framtíðar, gaf þá skýringu, að ástæðan fyrir stjórnarslitum væri „trúnaðarrestur“. Að sögn formannsins fólst sá trúnaðarrestur í því að forsætisráðherrann hefði ekki upplýst samráðherra og almenning svo skjótt sem verða mátti um vitneskju sem hann hafði fengið nokkrum vikum fyrir frá dómsmálaráðherra.<sup>29</sup> Greindar upplýsingar snerust nánar um að faðir forsætisráðherrans hefði skrifað bréf til stuðnings því að tiltekinn maður fengi uppreist æru. Fylgdi sögunni að síðastnefndur maður hefði á fyrri stigum hlotið refsidóm fyrir kynferðisbrot gegn barni. Þingflokkur annars stjórnarflokks, Viðreisnar, sendi frá sér yfirlýsingu 15. september 2017, þar sem „vinnubrögð“ í málinu voru gagnrýnd með þeim orðum að þau yrðu að „standast stranga skoðun þar sem ekkert er undan dregið. Það er skylda stjórnvalda gagnvart almenningi og þolendum þeirra alvarlegu glæpa sem málið varðar. Í ljósi stöðunnar sem nú er komin upp telur þingflokkur Viðreisnar réttast að boðað verði til kosninga hið fyrsta.“<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Sjá »It was the voices of women that collapsed the government«, in: *Iceland Monitor*, 15.09.2017, < [http://icelandmonitor.mbl.is/news/politics\\_and\\_society/2017/09/15/it\\_was\\_the\\_voices\\_of\\_women\\_that\\_collapsed\\_the\\_gover/](http://icelandmonitor.mbl.is/news/politics_and_society/2017/09/15/it_was_the_voices_of_women_that_collapsed_the_gover/) > Skoðað 26.10.2017.

<sup>28</sup> Sjá < <https://twitter.com/smarimc/status/908420830899601408> > Skoðað 22.11.2017

<sup>29</sup> Sjá < <https://kjarninn.is/frettir/2017-09-15-trunadarresturinn-var-ad-leyna-upplýsingunum/> > Skoðað 9.11.2017. Sjá einnig til hliðsjónar: < <http://www.visir.is/g/2017170929702/politiskur-styrkur-> > Skoðað 26.9.2017

<sup>30</sup> Sjá < <https://kjarninn.is/frettir/2017-09-15-vidreisn-bodad-verdi-til-kosninga-sem-fyrst/> > Skoðað 11. október 2017

Þegar að morgni þessa sama föstudags gekk forsætisráðherrann á fund forseta lýðveldisins og greindi honum frá stöðunni. Í hönd fóru dagar fundahalda og viðræðna, sem þó leiddu ekki til neinnar niðurstöðu um sættir eða samstarf. Á blaðamannafundi forsetans mánudaginn 18. september kom fram að forsetinn hafi kannað möguleika á myndun minnihlutastjórnar eða stjórnar sem varist gæti vantrausti, en fyrir slíku reyndist ekki vera grundvöllur. Að þessu athuguðu féllst forsetinn á tillögu forsætisráðherrans um þingrof. Seinna þann sama dag, 18. september 2017, tilkynnti forsætisráðherrann Alþingi að þing yrði rofið 28. október 2017 og að almennar kosningar færu fram sama dag, sbr. 24. gr. stjórnarskrár lýðveldisins nr. 33/1944.

Á síðasta starfsdegi fráfarandi þings, nánar tiltekið 26. september 2017, var samið um að tvö lagafrumvörp fengju efnislega meðferð. Annað þessara mála var frumvarp til breytinga á almennum hegningarlögum, sem urðu að lögum nr. 80/2017. Breytingarnar gera það að verkum að í 84. gr. hegningarlaga er ekki lengur skírskotað til þess að menn fái uppreist æru. Þess í stað hljóta viðkomandi dómþolar, að nánari skilyrðum uppfylltum, borgararéttindi á ný að liðnum 5 árum frá því refsing er að fullu úttekin, fyrnd eða uppgefin. Samhliða þessu var ákvæði 85. gr. hegningarlaga um uppreist æru fellt brott. Þessi síðarnefnda breyting er alvarlegt brot á skuldbindingum réttarríkisins því það skilur vissan hóp dómþola eftir án möguleika á endurheimt borgararéttinda meðan ekki hefur verið gengið lengra í endurskoðun. Nánar tiltekið er hér um að ræða þá sem hlotið hafa lengri en eins árs fangelsisdóm og höfðu ekki öðlast uppreist æru þegar 85. gr. laganna var felld brott.

Löggjafanum var fullljóst að með þessari lagabreytingu virti hann að vettugi stjórnarskrárvarin réttindi. Hann stuðlaði vitandi vits að réttaróvissu um mannréttindi og er það viðurkennt fullum fetum í nefndarálit í aðdraganda lagabreytingarinnar.<sup>31</sup> Brottfelling 85. gr.

<sup>31</sup> Alþt. 2017-2018, þskj. 136 – 111. mál, Nefndarálit með breytingartillögu um frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940, með síðari breytingum (uppreist æru). Sjá < <http://www.althingi.is/altext/147/s/0136.html> > Skoðað 23.11.2017.

almennra hegningarlaga um uppreist æru var því skilgreind sem tímabundin ráðstöfun sem gildir til 1. janúar 2019.

Í fréttáflutningi af þessum síðasta þingfundi kom m.a. fram að mörgum þingmönnum hafi þótt of stutt skref stigið í þessum efnum „og of stórt lagalegt tómarúm skapast með afgreiðslu frumvarpsins.“<sup>32</sup> Haft var eftir formanni refsiréttarnefndar að frumvarpið hefði ekki verið samið í samráði við refsiréttarnefnd og ekki verið borið undir nefndina.<sup>33</sup> Eftir stendur að þeir sem misst hafa borgararéttindi samhliða refsisdómi eiga engin úrræði að lögum til að hljóta þau réttindi aftur eins og sakir standa, því stjórnvöld geta ekki lengur veitt slík réttindi að nýju með uppreist æru og hvergi er í lögum tekin afstaða til þess hvernig farið skuli með mál þeirra sem falla í það lagalega tómarúm sem hér hefur myndast. Þannig veita íslensk lög nú engin svör við því hvaða skilyrði slíkir menn þurfa að uppfylla til að öðlast borgararéttindi að nýju. Í athugasemdum sem fylgdu greinargerð með frumvarpi þessu kemur raunar fram að óhjákvæmilegt sé að „vinnu við heildarendurskoðun verði fram haldið og að Alþingi samþykki innan tíðar ný lög þar sem afstaða er tekin til þeirra álitafna sem hér um ræðir.“<sup>34</sup> Um það er ekki ágreiningur að tímabært hafi verið að endurskoða ákvæði íslensks réttar um uppreist æru. Að því sögðu má gagnrýna Alþingi fyrir að ráðast ekki í heildarendurskoðun laga sem þetta varðar og skilja þannig einn hóp manna eftir án úrræða meðan ekki hefur verið gengið lengra í endurskoðun laga. Hér ber því að áréttá mikilvægi þess að löggjafinn flýti sér hægt og skoði mál út frá öllum hliðum í stað þess að láta hávaðamenn og jafnvel lýðskrumara ráða för. Með því að virða lýðræðislegar hefðir við undirbúning og afgreiðslu lagafrumvarpa er dregið úr líkum á því að grafið sé undan réttarvernd þeirra sem verst standa. Ef grannt er skoðað nær sú skuldbinding réttarríkisins ekki aðeins til brotaþola, heldur einnig til þeirra sem hafa brotið af sér, tekið út sinn dóm og vilja verða gildir samfélagsþegnar að nýju.

<sup>32</sup> „Samið um að tvö mál kæmust í gegn“. Fréttablaðið (Reykjavík 27. september 2017) forsíða.

<sup>33</sup> „Ákvæði um uppreist æru afnumið í flýti.“ Fréttablaðið (Reykjavík 27. september 2017) 6.

<sup>34</sup> Sjá < <http://www.althingi.is/altext/147/s/0111.html> > Skoðað 4.10.2017.

Þótt breið samstaða hafi tekist um nauðsyn þess að endurskoða lagaákvæði um uppreist æru<sup>35</sup> er engin ástæða til að draga fjöður yfir það að framangreind fljótaskrift Alþingis á málinu hefur leitt til niðurstöðu sem er til vansa fyrir réttarríkið Ísland.

Lög nr. 80/2017 um niðurfellingu ákvæðis 85. gr. almennra hegningarlaga um uppreist æru ganga gegn stjórnarskránni og þjóðréttarlegum skuldbindingum Íslands.<sup>36</sup> Lagasetningin ber þess merki að þingmenn hafi viljað þvo hendur sínar gagnvart almenningi og friðþægja fyrir misheppnaða eldri lagaframkvæmd. Hvað sem því líður er niðurstaðan til marks um að handhafar löggjafarvalds hafa misst kjarkinn gagnvart hamslausum pólitískum upphrópunum. Með slíkum vinnubrögðum er grafið undan lýðræðislegu stjórnarfyrríkomulagi.

**6. Traust og trúnaður í pólitísku og lagalegu samhengi**  
Á fyrrgreindum blaðamannafundi forsetans 18. september 2017 beindi hann orðum sínum til þingmanna og þeirra sem íhugðu framboð í næstu kosningum og sagði: „Fólk hlýtur að vænta þess að þeir sem kjörnir verða til setu á Alþingi í næsta mánuði geri sér grein fyrir þeirri ábyrgð og þeirri skyldu að stuðla að stöðugu stjórnaritari í landinu.“ Eins og fram kemur í þessum orðum forsetans sinna menn þessari ábyrgð ekki endilega best með því að hlaupast undan henni eða kikna undan þrýstingi. Með þessa áskorun forsetans í huga – og með hliðsjón af þeim langa slóða sem ákvörðun um ríkisstjórnarslitin dró á á eftir sér – má nú huga að því hvort ætlaður trúnaðarrestur hafi gefið réttmætt tilefni svo harðra viðbragða sem raun bar vitni.

Á vettvangi stjórnámálanna mætast mismunandi sjónarmið og ólíkir hagsmunir. Áherslur og gildismat getur með sama hætti verið fjölbreytt. Af þessu leiðir að stjórnámál verða ávallt að grundvallast á rökræðu og að menn skoði allar hliðar máls áður en þeir taka afstöðu.

<sup>35</sup> Sjá til hliðsjónar Arnar Þór Jónsson „Uppreist æru og óflekkað mannorð“ í *Afmælisrit – Jón Steinar Gunnlaugsson sjötugur 27. september 2017* (Bókaútgáfan Codex 2017), bls. 55–47.

<sup>36</sup> Sjá hér 1. mgr. 69. gr. stjórnarskrár lýðveldisins nr. 33/1944 og 1. mgr. 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994.

Þetta blasir við þegar horft er til þess hlutverks þingmanna að setja landsmönnum lög, því stærstu úrlausnarefni hvers tíma krefjast þess að horft sé á þau frá fleiri en einni hlið. Á meðan stjórn málin byggjast á samstarfi og málamiðlunum en ekki alræði, kúgun eða hardstjórn, geta ábyrgir stjórn málamenn ekki talað eins og þeir séu einráðir. Þetta á sérstaklega við um þá sem eiga aðild að samsteypustjórnnum. Í slíkum stjórnnum er hlutverk forsætisráðherra sérstaklega veigamikil, því sem forystumaður ríkisstjórnarinnar er hann í reynd sá sem samhæfir áherslur stjórnarinnar, sbr. 8. gr. laga nr. 115/2011 um Stjórnarráð Íslands. Í tilgreindu ákvæði 8. gr. laganna er nánar kveðið á um að forsætisráðherra beri að gæta þess að verkaskipting á milli ráðherra í ríkisstjórn sé eins skýr og kostur er. Þar segir einnig orðrétt:

Ráðherrar skulu leitast við að samhæfa stefnu og aðgerðir ráðuneyta þegar málefni og málefnasvið skarast. Forsætisráðherra skal beita sér fyrir því að stefna og aðgerðir ráðherra á einstökum sviðum séu samhæfðar ef á þarf að halda.

Af lögum nr. 115/2011 leiðir að forsætisráðherra hefur mikilvægu hlutverki að gegna við samræmingu starfa ráðherra með verkstjórn í ríkisstjórn og í ráðherranefndum. Í ljósi þessa er erfitt að sjá hvernig óformleg upplýsingagjöf eins ráðherra við forsætisráðherra geti flokkast sem trúnaðarbrot. Gildar ástæður geta verið fyrir því að ráðherrar ræði við forsætisráðherra um mikilvæg málefni þótt þessi sömu málefni séu á því stigi ekki opinber gagnvart öðrum og eigi jafnvel að fara leynt gagnvart almenningi. Að þessu sögðu ber að leggja sérstaka áherslu á að ákvarðanir í einstökum málum grundvallist á yfirveguðu mati á atvikum hverju sinni. Þegar haft er í huga hversu skjótt ádurnefnd stjórnarslit bar að er ekki augljós ástæða til að ætla að slíkrar yfirvegungar hafi verið gætt í umrætt sinn.

Til að leita svara við framangreindum álitaeftum um trúnað var umboðsmaður Alþingis kallaður á fund stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar Alþingis 21. september 2017. Samkvæmt fréttaflutningi af fundinum fór umboðsmaður þar yfir þær lagareglur um trúnað sem hér koma til álita.<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Sjá < [http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/09/21/telur\\_ekki\\_tilefni\\_til\\_](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/09/21/telur_ekki_tilefni_til_)

Bókun nefndarinnar af fundinum hefst á eftirfarandi orðum:<sup>38</sup>

**Á fundi stjórnskipunar- og eftirlitsnefndar í dag 21. september, við umfjöllun um uppreist æru, reglur og framkvæmd samþykkti nefndin samhljóða eftirfarandi bókun:**

Meginafstaða umboðsmanns Alþingis er að eftir að hafa skoðað málið telji hann ekki ástæðu til frumkvæðisathugunar af hans hálfu.

Á fundi nefndarinnar benti umboðsmaður m.a. á að hafa verði í huga að ráðherrar eru annars vegar embættismenn og hins vegar stjórnámálamenn. Það kunnir því að gilda mismunandi sjónarmið og reglur um störf og athafnir eftir því um hvort hlutverkið er að ræða. Þannig bendir hann á varðandi samtal dómsmálaráðherra við forsætisráðherra 21. júlí sl. að hann telji að það hafi verið málefnaleg ástæða fyrir því að upplýsa forsætisráðherra um trúnaðargögn úr stjórnsýslumáli sem tengdust aðila nákomnum honum þar sem tilefnið hafi verið að þá hafi verið uppi vangaveltur um að forsætisráðherra hefði komið að afgreiðslu þessa tiltekna máls. Umboðsmaður bendir á að það geti einmitt skipt máli og verið eðlilegt til þess að taka afstöðu til hæfis í viðkomandi máli.

Í fréttum af fundi þessum kom fram að umboðsmaður hafi þar greint nefndinni frá því að hann hefði kannað hvort ástæða væri til að ráðast í frumkvæðisathugun<sup>39</sup> á samskiptum dómsmálaráðherra og forsætisráðherra í máli þessu. Niðurstaða hans væri sú að „ekki væri ástæða til að ráðast í slíka athugun, enda hefðu engar reglur um trúnað verið brotnar“.<sup>40</sup>

---

athugunar/ > Skoðað 21.9.2017

<sup>38</sup> Sjá < <http://www.althingi.is/thingnefndir/tilkynningar/bokun-stjornskipunar-og-efirlitsnefndar-21-september-vid-umfjollun-um-uppreist-aeru-reglur-og-framkvaemd> > Skoðað 3.10.2017

<sup>39</sup> Með þessu er skírskotað til heimildarákvæðis 5. gr. laga nr. 85/1997 um umboðsmann Alþingis.

<sup>40</sup> Sjá < <http://www.ruv.is/frett/sigridur-kemur-mer-ekki-a-ovart> > Skoðað 21.9.2017



## 7. Er stjórnmalum ætlað að höfða til tilfinninga fremur en rökhugsunar?

### 7.1 Allir eiga að njóta vafans

Að þessu mati umboðsmanns fram komnu er tímabært að staldra við og leggja heildarmat á það sem fyrir liggur. Hvað stendur eftir af yfirlýsingum Bjartrar framtíðar og Viðreisnar annað en að þau hafi mögulega strangari siðferðileg viðmið en aðrir stjórnmalamenn sem nefndir hafa verið til þessarar sögu?<sup>41</sup> Í þessu felst að viðkomandi stjórnmalamenn verða að njóta vafans, þ.e. að þau hafi í reynd svo ströng viðmið um traust og trúnað að það útiloki í reynd allar málamiðlanir. Fram hjá því verður þó ekki horft að forsætisráðherra ber augljóslega ekki ábyrgð á meðmælum sem faðir hans kann að hafa veitt dæmdum kynferðisbrotamanni. Hugsanlega hefði forsætisráðherra þó átt að greina fyrir frá upplýsingum um þetta atriði? Þau atvik sem hér um ræðir geta tæpast réttlætt það að forystufólk Bjartrar framtíðar hlaupi til í ódagoti, framkvæmi óformlega netkosningu um miðja nótt og slíti ríkisstjórnarsamstarfi að svo búnu, án þess að ræða málið við forsætisráðherra, hlusta á skýringar hans og sjónarmið annarra með það fyrir augum að hlutaðeigandi nytu einnig vafans. Atburðarásin gefur ríkt tilefni til hugrenninga um iðkun stjórnála.

### 7.2 Freistnivandi stjórnmalamanna og áskilnaður um samkvæmni

Ríkisstjórnarslitin, þingrofið og lagasetningin sem hér hafa verið gerð að umtalsefni vekja upp áleitnar spurningar um hvaða hagsmunum viðkomandi stjórnmalamenn telja sig vera að þjóna. Í umræddu tilviki verður ekki betur séð en að ákvörðun um slit á ríkisstjórnarsamstarfi hafi verið látin ráðast af tilfinningalegum fremur rökrænum ástæðum. Stjórn landsins var um leið sett í uppnam, ekki vegna djúpstæðs pólitísku ágreinings um grundvallarmál eins og skattheimtu, menntamál eða fjármögnun heilbrigðiskerfis, heldur

<sup>41</sup> Talsmenn Bjartrar framtíðar héldu þessum málflutningi áfram eftir að úrslit kosninganna lágu fyrir, sjá Bjarni Pétur Jónsson, „Fullviss um að þetta var rétt ákvörðun“ (*RÚV*, 29.10.2017) <<http://www.ruv.is/frett/fullviss-um-ad-thetta-var-rett-akvordun>> Skoðað 21.11.2017

vegna upphots og háreystis um mál sem var ekki einu sinni á borði ríkisstjórnarinnar. Þingmaður og ráðherra Bjartrar framtíðar gaf þá skýringu í blaðagrein 22. september 2017 að ákvörðun um stjórnarslit hafi verið tekin þegar „grunngili“ flokksins um traust hafi verið þverbrotið „þegar upp komst að tveir ráðherrar Sjálfstæðisflokksins höfðu tekið eiginhagsmuni Sjálfstæðisflokksins fram yfir almannahag.“<sup>42</sup> Af sjálfu leiðir að þegar svo alvarlegar ásakanir eru settar fram þarf ræðumaður sjálfur að vera laus undan grun um slíkt hið sama.<sup>43</sup>

Ef í ljós kæmi að ráðherrar stjórnmalaflokks hafi látið hag flokks síns ganga frammar almannahag hefði það að öllum líkindum alvarlegar afleiðingar fyrir hlutaðeigandi og fyrir stjórnmalin í heild. Að því sögðu er mögulega freistandi fyrir stjórnmalamenn að vilja ganga í augun á kjósendum, jafnvel þótt einungis sé um háværan minnihluta að ræða. Með hliðsjón af þessu er sú hætta væntanlega viðvarandi að þrýstihópar hafi óforsvaranleg áhrif á stjórn landsins og lagasetningu. Við þær aðstæður skiptir sköpum að stjórnmalamenn hafi nægilegan kjark og yfirsýn til þess að geta staðið af sér kröfur og hvassyrði hávaðamannanna. Út frá sjónarhóli lýðræðisins er óviðunandi að fámennir hópar þeirra sem eru virkir á samfélagsmiðlum geti orðið dagskrárstjórar löggjafarþingsins með því einu að hafa hátt. Ef svo er komið stendur mikil vá fyrir dyrum. Stjórnmalamenn sem vilja gera sig gildandi verja þá orku sinni í að bregðast í sífellu við nýjum upphrópunum og hneykslismálum í stað þess að marka stefnu til framtíðar og dýpka þá rökræðu sem stjórnmalin byggjast á.

---

<sup>42</sup> Sjá < <http://www.visir.is/g/2017170929702/politiskur-styrkur-> > Skoðað 27.9.2017

<sup>43</sup> Ástæðulaust er að líta alveg fram hjá því að Björt framtíð hafði á þessum tíma mælst með nánast stöðugt fylgistap frá því að flokkurinn mældist með 17,5% stuðning í könnun Gallup 31. mars 2014. Flokkurinn hlaut 7,2% atkvæða í alþingiskosningunum 2016 og hafði mælst með 2,8% stuðning í Gallup könnun 31. ágúst 2017. Sjá < <https://www.gallup.is/nidurstodur/fylgi-flokka/> > Skoðað 29.11.2017. Hafi ákvörðun um slit á ríkisstjórn byggst á von um að fleyta Bjartri framtíð í gegnum kosningar með því að stilla flokknum upp sem „óspilltum“ valkosti gagnvart öðrum „spilltum“ flokkum misheppnaðist sú áætlun því flokkurinn fékk aðeins 1,2% atkvæða í kosningunum 2017 og féll út af þingi.

Vissulega má gera ráð fyrir að stjórnámálamenn kjósi fremur að tala um yfirborðskennd mál og höfða til tilfinninga fólks í því skyni að afla sér vinsælda. Eins og áður hefur verið vikið að eru slíkir tilburðir fremur í ætt við lýðskrum en raunveruleg stjórnámál í besta skilningi þess orðs. Stjórnámálamenn vilja sjálfsagt koma góðu til leiðar og vinna að áherslumálum sínum í samvinnu við aðra, en því má ekki gleyma að þeim er á sama tíma ætlað að vera leiðtogar. Í síðastnefnda hlutverkinu felst að þeir mega ekki missa máttinn í hvert skipti sem rekið er upp ramakvein á opinberum vettvangi. Stjórnámálamenn hafa hlutverki að gegna sem gæslumenn stjórnskipunarinnar og þar með sem útverðir mannréttinda, einnig þeirra sem eru lægst skrifaðir og helst skortir málsvara. Undirstöður stjórnskipunar vestrænna lýðræðisríkja hafa orðið til á löngum tíma og með mikilli fyrirhöfn – og jafnvel harmkvælum – kynslóðanna. Því má þó ekki gleyma að þessar undirstöður eru brothættar. Sagan sýnir að þegar stjórnámálamenn falla í þá freistni að ráðast að óvinsælum einstaklingum og/eða hópum til að friðþægja reiði almennings, þá er iðulega hætta á ferðum. Þegar ákveðið er að sigla samkvæmt tilfinningalegum áttavita fremur en rök hugsun og reynslu getur reynst erfitt að snúa af leið, hemja tilfinningarnar og hægja á því sem menn vilja kalla „réttláta reiði“.

## 8 Samantekt og lokaorð

Íslendingar búa við lýðræðislega réttarskipan, sem styður við öflugt efnahagslíf, samfélag og réttarríki. Grundvallarréttindi njóta verndar og handhafar ríkisvalds eru bundnir af lögum við beitingu valds síns. Konur hafa í auknum mæli tekið að sér ábyrgðarhlutverk á opinberum vettvangi, sem og í iðnaði og viðskiptum. Á sama tíma glímur þjóðin við ýmiss konar vanda, þ.á m. þann pólitíska óstöðugleika sem nefndur var hér í upphafi. Lýðræði stendur hér ekki svo föstum fótum að því hafi endanlega tekist að kveða niður lýðskrumsdrauginn.

Stjórnámálamenn þurfa vissulega að hlusta á og bregðast við sjónarmiðum og tilfinningum kjósenda. Á hinn bóginn geta stjórnámálamenn ekki látið stjórnast af „almenningsálitinu“ eins og þeir telja sig skynja það á hverjum tíma, því þar með afsala stjórn málin

sér forystu- og skipulagshlutverki sínu – og stjórnámamenn afhjúpast sem leikbrúður múgsins. Má til sanns vegar færa að þeir þurfi að hafa sterkari bein en oftast áður, nú þegar atgangurinn er meiri en oftast áður með tilkomu samfélagsmiðla þar sem hneykslunaröldum skolar með reglulegu millibili yfir samfélagið.

Þegar öllu er á botninn hvolft bera stjórnámamenn ábyrgð gagnvart samfélaginu sem heild. Sú ábyrgð felur m.a. í sér skyldu til að rétta þjóðarskútuna af, marka stefnu til framtíðar og missa ekki kjarkinn um leið og heykvislar fara á loft. Í hlutverki sínu mega stjórnámamenn ekki láta tilfinningar bera sig ofurlíði. Pólitísk ákvarðanataka þarf að vera eins skynsamleg og mögulegt er. Löggjafinn verður að hlýða með gætni á opinber hróp og köll svo að föstum langtímamarkmiðum sé ekki stefnt í voða.

## Heimildaskrá

### Ritaskrá

- Appadurai A, *Demokratiemüdigkeit* Heinrich Geiselberger (ritstj.), *Die große Regression* (Suhrkamp, 2017)
- Arnar Þór Jónsson „Uppreist æru og óflekkað mannorð“ í *Afmælisrit – Jón Steinar Gunnlaugsson sjötugur 27. september 2017* (Bókaútgáfan Codex 2017).
- Beck U., *Nachrichten aus der Weltinnenpolitik* (Suhrkamp, 2010).
- Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur – Undirstöður og handhafar ríkisvalds* (Bókaútgáfan Codex, 2015).
- Brubaker R., *Between nationalism and civilizationism: the European populist movement in comparative perspective* í: *Ethnic and Racial Studies* 40(8)/2017, bls. 1191–1226
- Depenheuer O., *Demokratie und Staatsvolk* í Gornig G, Horn H-D & Murswiek D (ritstj.), *Nationales Wahlrecht und internationale Freizügigkeit* (Duncker & Humblot, 2015).
- Depenheuer O., *Das Ende der Political Correctness*, í: *AfP* 2017, bls. 133–137.
- Derrida J., *Dissemination* (University of Chicago Press, 1981).
- Eiríkur Bergmann, *Nordic Nationalism and Right-Wing Populist Politics* (Palgrave Macmillan, 2017).
- Franzmann S.T., *Von AfD zu ALFA: Die Entwicklung zur Spaltung*, í: *MIP* 2016, bls. 23–37.
- Hobbes T., *Leviathan*. Aðgengilegt á <https://ebooks.adelaide.edu.au/h/hobbes/thomas/h68l/>.

- Ionescu S. G. & Gellner E., *Populism – Its Meaning and National Characteristics* (The Macmillan Company, 1969).
- Jägers J. & Walgrave S., *Populism as political communication style: An empirical study of political parties' discourse in Belgium*, í: *European Journal of Political Research* 46/2007, bls. 319–345.
- Januschek F., “*Links-Populismus*”? í: *Osnabrücker Beiträge zur Sprachtheorie* 86/2014, bls. 47.
- Jürgensen S./García J., *Pluralismus als Maxime des Versammlungsrechts*, í: *MIP* 2016, bls. 70–83.
- Liotard J.F. & Thébaud J.-L. *Just Gaming* (University of Minnesota Press, 1985).
- Morlok M & Michael L, *Staatsorganisationsrecht* (Nomos, 2016).
- Mudde C., *The populist Zeitgeist*, í: *Government and Opposition* 2004, bls. 541–563.
- Mudde C. & Kaltwasser C.R., *Populism: a very short introduction*. (Oxford University Press, 2017)
- Platón, *Síðustu dagar Sókratesar*. (Hið íslenska bókmenntafélag, 2011).
- Platón, *Ríkið (fýrra bindi)*. (Hið íslenska bókmenntafélag, 2011).
- Priester K, *Rechter und linker Populismus* (Campus Verlag, 2012)
- Steinbach A., *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, í: *JZ* 2017, bls. 653–661.
- Thomas G., *Madison and the Perils of Populism*, í: *National Affairs* 2016, bls. 142–156.
- Ullrich N., *Das Demonstrationsrecht* (Nomos, 2015).

## Aðrar heimildir

- Alþingistiðindi 2017–2018, þskj. 136 – 111. mál, Nefndarálit með breytingartillögu um frumvarp til laga um breytingu á almennum hegningarlögum, nr. 19/1940, með síðari breytingum (uppreist æru). Sjá < <http://www.althingi.is/altext/147/s/0136.html> > Sótt 23.11.2017.
- „Ákvæði um uppreist æru afnumið í flýti.“ *Fréttablaðið* (Reykjavík 27. september 2017) 6.
- Bjarni Pétur Jónsson, „Fullviss um að þetta var rétt ákvörðun“ *RÚV* (Reykjavík 29.10.2017) <<http://www.ruv.is/frett/fullviss-um-ad-thetta-var-rett-akvordun>> Sótt 21.11.2017
- Birgir Þór Harðarson, <<https://kjarninn.is/frettir/2017-09-15-trunadarbresturinn-var-ad-leyna-upplysingunum/>> Sótt 9.11.2017.
- Björt Ólafsdóttir, < <http://www.visir.is/g/2017170929702/politikur-styrkur-> > Sótt 26.9.2017
- BVerfGE 69, bls. 315.
- BVerfGE 83, bls. 37.

Chazan G., AfD to disrupt Bundestag consensus, í: Financial Times 25 September 2017, bls. 2.

Fréttablaðið „Samið um að tvö mál kæmst í gegn“. (Reykjavík 27. September 2017)

Freyr Gígja Gunnarsson, „Sigríður: Kemur mér ekki á óvart“ *RÚV* (Reykjavík 21.9.2017) <http://www.ruv.is/frett/sigridur-kemur-mer-ekki-a-ovart> > Sótt 21.9.2017

Gallup, „Fylgi flokka“ < <https://www.gallup.is/nidurstodur/fylgi-flokka/> > Sótt 29.11.2017.

Iceland Monitor, »It was the voices of women that collapsed the government«, in: *Iceland Monitor*, 15.09.2017,

<[http://icelandmonitor.mbl.is/news/politics\\_and\\_society/2017/09/15/it\\_was\\_the\\_voices\\_of\\_women\\_that\\_collapsed\\_the\\_gover/](http://icelandmonitor.mbl.is/news/politics_and_society/2017/09/15/it_was_the_voices_of_women_that_collapsed_the_gover/)> Sótt 26.10.2017.

<<https://kjarninn.is/frettir/2017-09-15-trunadarbresturinn-var-ad-leynaupplýsingunum/>> Sótt 09.11.2017.

Magnús Halldórsson < <https://kjarninn.is/frettir/2017-09-15-vidreisn-bodad-verdi-til-kosninga-sem-fyrst/> > Sótt 11. október 2017

RÚV.is, – Samantekt um uppreist æru < <http://ruv.is/tag/uppreist-aeru?page=1> > Sótt 26.11.2017

RÚV.is, < <http://www.ruv.is/frett/sigridur-kemur-mer-ekki-a-ovart> > Skoðað 21.9.2017

„Samið um að tvö mál kæmst í gegn“. *Fréttablaðið* (Reykjavík 27. september 2017) forsiða.

Smári McCarthy < <https://twitter.com/smarimc/status/908420830899601408> > Sótt 22.11.2017

Sólrún Lilja Ragnarsdóttir „Ekki tilefni til athugunar á embættisfærslum“, *Morgunblaðið* (Reykjavík 21. september 2017) < [http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/09/21/telur\\_ekki\\_tilefni\\_til\\_athugunar/](http://www.mbl.is/frettir/innlent/2017/09/21/telur_ekki_tilefni_til_athugunar/) > Sótt 21.9.2017.

Vefur Alþingis < <http://www.althingi.is/thingnefndir/tilkynningar/bokun-stjornskipunar-og-efirlitsnefndar-21-september-vid-umfjollun-um-uppreist-aeru-reglur-og-framkvaemd> > Sótt 3.10.2017

Visir < <http://www.visir.is/g/2017170929702/politiskur-styrkur-> > Skoðað 26.9.2017

Stefan Wagstyl/Guy Chazan/Tobias Buck, „Merkel’s fourth term in power marred by rise of rightwing AfD“, í: Financial Times 25 September 2017, bls. 1.

Washington Post [https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/06/16/full-text-donald-trump-announces-a-presidential-bid/?utm\\_term=.d6d82cc889d0](https://www.washingtonpost.com/news/post-politics/wp/2015/06/16/full-text-donald-trump-announces-a-presidential-bid/?utm_term=.d6d82cc889d0)

### **Abstract**

This article refers to a chain of events that began in the summer of 2017 and gave rise to political accusations that in turn caused the dissolution of both the government and the parliament of Iceland. After months of public strife and loud criticism on social media, the outgoing parliament, with the support of all parties in parliament, amended the criminal law overnight, leaving an uncertain number of people without legal recourse to regain civil rights they had lost due to a prior punitive sentence. The article is meant to serve as a reminder of the danger posed by populism and the ill effect it can have on democracy and democratic legislative procedure.

# Allt kann sá er hófið kann – Um inntak stjórnskipulegrar meðalhófsreglu

---

» Kári Hólmar Ragnarsson hdl.

doktorsnemi við Harvard Law School

---

**Útdráttur**  
Stjórnskipuleg meðalhófsregla er lykilatriði við úrlausn ýmissa ágreiningsmála er lúta að takmörkunum á stjórnarskrárvörðum réttindum en ekki er alltaf ljóst hvað í henni felst. Hér verður lagt út frá alþjóðlegri fræðaumfjöllun og leitast við að útskýra þau fjögur skilyrði sem meðalhófsregla er talin setja gagnvart skerðingum á stjórnarskrárvörðum réttindum. Skilyrðin lúta að (a) lögmætu markmiði skerðingarinnar, (b) markhæfni, þ.e. hvort úrræðið sem verður fyrir valinu er til þess fallið að ná markmiðinu, (c) nauðsyn, þ.e. hvort vægasta úrræðið sem tækt var til þess að ná markmiðinu var valið, og (d) meðalhófi í þrengri merkingu, þ.e. hvort sanngjarnt jafnvægi var milli þeirra hagsmuna sem vegast á, þ.e. hvort markmið ríkisvaldsins vegur þyngra en hin einstaklingsbundnu réttindi sem skert eru. Þá verður dómafrankvæmd Hæstaréttar Íslands um stjórnskipulega meðalhófsreglu kortlögð og bent á að frankvæmdin





er að ýmsu leyti ósamræmd og óskýr. Í fyrsta lagi fjallar Hæstiréttur stundum með aðgreindum hætti um skilyrði meðalhófsreglu – en ekki er alltaf samræmi um það hvað þessi skilyrði fela í sér. Í öðru lagi meðhöndlar Hæstiréttur meðalhófsregluna stundum sem almenna meginreglu um að gæta beri hófs við meðferð ríkisvalds án þess að í henni felist skilgreind skilyrði. Í þriðja lagi beitir Hæstiréttur stundum, án skýringa, vægari mælikvarða en meðalhófsreglu við mat á skerðingum á stjórnarskrárvörðum réttindum. Höfundur telur þessa dómaframkvæmd gagnrýniverða þar sem Hæstiréttur hefur ekki sett fram með heildstæðum hætti þau skilyrði sem skerðingar á stjórnarskrárvörðum réttindum þurfa að uppfylla samkvæmt meðalhófsreglunni og niðurstöður réttarins eru því a.m.k. að einhverju leyti ófyrirsjáanlegar og háðar almennu mati dómara.

- 1 Inngangur**
- 2 Inntak meðalhófsreglunnar skv. stjórnlagakenningum**
  - 2.1 Uppruni og útbreiðsla meðalhófsreglunnar
  - 2.2 Tvö skref við úrlausn ágreinings um einstaklingsbundin réttindi
  - 2.3 Lagaáskilnaðarregla
  - 2.4 Fjögur skilyrði meðalhófsreglunnar
    - 2.4.1 Lögmætt markmið skerðingar
    - 2.4.2 Markhæfni
    - 2.4.3 Nauðsyn – vægasta úrræði sem að gagni kemur
    - 2.4.4 Meðalhóf í þrengri merkingu
  - 2.5 Sönnunarbyrði og svigrúm til mats
  - 2.6 Réttindi sem geta ekki sætt takmörkunum
- 3 Um meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar**
  - 3.1 Inntak meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar
  - 3.2 Skil og skörun milli meðalhófsreglu stjórnsýslu- og stjórnskipunarréttar
- 4 Meðalhófsregla íslensks stjórnskipunarréttar í framkvæmd**
  - 4.1 Almennt
  - 4.2 Tjáningarfrelsi og einkalífsvæmd
  - 4.3 Fiskveiðistjórnun
  - 4.4 Skattamál
  - 4.5 Almennar skerðingar á eignarréttindum – kröfuréttindi, atvinnuréttindi og aflahæfi

- 4.6 Félagsleg réttindi
- 4.7 Eignarnám og umhverfi
- 4.8 Verkfallsréttindi
- 4.9 Ályktanir af dómaframkvæmd Hæstaréttar
- 5 Of mikið svigrúm stjórnvalda getur brotið gegn MSE
- 6 Lokaorð

# 1 Inngangur

„Allt kann sá er hófið kann“<sup>1</sup>

„...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.“<sup>2</sup>

„The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.“<sup>3</sup>

„Við úrlausn um það hvort meðalhófs hafi verið gætt ... verður að meta hvort það hafi verið virt við beitingu úrræða miðað við þá hagsmuni, sem í húfi voru, og hvort beitt hafi verið vægasta úrræðinu, sem að gagni kæmi.“<sup>4</sup>

Árið 2014 vísaði Hæstiréttur berum orðum til „óskráðrar meðalhófsreglu íslenskrar stjórnskipunar.“<sup>5</sup> Mikið vatn er til sjávar runnið síðan íslenska ríkið hélt því fram fyrir dómi árið 2006 að stjórnskipuleg meðalhófsregla væri ekki til.<sup>6</sup> Flestum sem fylgjast með dómafrákvæmd í stjórnskipunarrétti er ljóst að vægi stjórnskipulegrar meðalhófsreglu hefur aukist verulega í allri umfjöllun um stjórnarskrárvarin réttindi á seinni árum.

En hvað er stjórnskipleg meðalhófsregla? Þótt tiltölulega oft reyni á regluna í frákvæmd þá liggur lítið fyrir í íslenskum fræðiskrifum um það hver skilyrði meðalhófsreglunnar eru. Í fræðilegri umfjöllun hér á landi er oftast lagt út frá hinni skráðu meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 (ssl.) og fjallað um dómafrákvæmd

<sup>1</sup> *Gísla saga Súrssonar* (Mál og menning 1999) 27. Þorkell, bróðir Gísla, mælir þessi orð þegar Þorgrímur goði biður hann að senda eftir gjöfum Vésteins sem Þorkell hafði neitað að taka við.

<sup>2</sup> *Soering v. United Kingdom* (1989) Series A no 161, mgr. 889 (dómur mannréttinda-dómstóls Evrópu).

<sup>3</sup> *R. g. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, mgr. 71 (dómur Hæstaréttar Kanada).

<sup>4</sup> Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum).

<sup>5</sup> Hrd. 10. apríl 2014 í máli nr. 726/2013 (auðlegðarskattur).

<sup>6</sup> Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum).

í stjórnskipunarrétti út frá þeim upphafspunkti.<sup>7</sup> Ég mun fjalla um tengsl stjórnskipunar- og stjórnýsluréttar síðar í greininni en upphafspunkturinn hér verður hins inntak meðalhófsreglunnar eins og því er lýst í alþjóðlegri fræðilegri umfjöllun um (samanburðar) stjórnskipunarrétt. Með því leitast ég við að skýra skilyrði meðalhófsreglunnar, eins og þau birtast í upprunalegri mynd í Þýskalandi og í fræðum og framkvæmd víða um heim. Á þessum grundvelli mun ég síðan reyna að kortleggja dómaframkvæmd Hæstaréttar og leggja mat á hvernig dómaframkvæmd Hæstaréttar rímar við þetta fræðilega inntak reglunnar, þ.e. hvort finna megi dæmi þar sem Hæstiréttur beitir umræddum skilyrðum eða víkur frá þeim að einhverju marki sem máli skiptir. Ætlunin er ekki síst að í þessari grein verði veitt sem einfaldast yfirlit yfir skilyrði meðalhófsreglunnar sem verði þannig til skýringar við frekari umfjöllun í fræðaskrifum og dómaframkvæmd.

Í kafla 2 verða hin fjögur megin skilyrði meðalhófsreglunnar, þ.e. um lögmætt markmið, markhæfni, nauðsyn (vægasta úrræðið) og meðalhóf í þrengri merkingu (*stricto sensu*), útskýrð með ýmsum dæmum. Þetta inntak reglunnar er í grunninn óumdeilt í alþjóðlegum fræðaskrifum en dómstólar beita skilyrðunum með mismunandi hætti. Jafnframt verður vikið að gagnrýni sem sett hefur verið fram á einstök skilyrði reglunnar. Í kafla 3 víkur sögunni að íslenski framkvæmd og verður fyrst fjallað um meðalhófsregluna eins og hún birtist í stjórnýslurétti. Í kafla 4 verður síðan reynt að kortleggja dómaframkvæmd Hæstaréttar um stjórnskipulega meðalhófsreglu, með áherslu á nýlega dóma, og síðan ályktanir dregnar af þessari dómaframkvæmd.<sup>8</sup> Bent verður á ósamræmi og óskýrleika í

<sup>7</sup> Mikilvægustu fræðilegu umfjöllunina um meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar er að finna í Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg* (Háskólaútgáfan 2003). Um meðalhófsregluna á sviði stjórnýsluréttar vísast til Páll Hreinsson, „Meðalhófsregla stjórnýslulaga“ í sama riti og einnig til Nefnd um starfsskilyrði stjórnvalda, „Starfsskilyrði stjórnvalda“ (Forsætisráðuneytið 1999) 42–44. Grunninn að allri umfjöllun um efnið hér á landi, þar með talið heiti meðalhófsreglunnar, lagði Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnýslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit, Gizur Bergsteinnsson níuæður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992).

<sup>8</sup> Að frátalinni stuttri umfjöllun í kafla 3 fellur framkvæmd umboðsmanns Alþingis utan þessarar greinar.

dómafrankvæmd Hæstaréttar m.a. vegna þess að umfjöllun Hæstaréttar er ekki alltaf kerfisbundin, inntak einstakra skilyrða meðalhófsreglunnar er ekki alltaf skýrt eða samræmt og stundum beitir Hæstiréttur, án skýringa, öðrum og vægari mælikvarða en meðalhófsreglunni við mat á stjórnskipulegu gildi skerðinga á réttindum. Svo sem nánar verður rakið tel ég að þessi dómafrankvæmd Hæstaréttar sé gagnrýniverð þar sem Hæstiréttur hefur ekki sett fram með heildstæðum hætti þau skilyrði sem skerðingar á stjórnarskrárvörðum réttindum þurfa að uppfylla samkvæmt meðalhófsreglunni og niðurstöður réttarins eru því a.m.k. að einhverju leyti ófyrirsjáanlegar og háðar almennu mati dómara. Í kafla 5 verður vikið að þeirri afstöðu mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) að ef landsdómstólar leggi ekki raunverulega mat á meðalhóf, heldur t.d. geri einungis þá kröfu að skerðingar á réttindum byggist á málefnalegum sjónarmiðum, geti verið um að ræða brot á mannréttinasáttmála Evrópu (MSE), sbr. lög nr. 62/1994. Kafli 6 inniheldur stutt lokaorð.

## 2. Inntak meðalhófsreglunnar skv. stjórnlagakenningum

### 2.1 Uppruni og útbreiðsla meðalhófsreglunnar

Meðalhófsreglan á uppruna sinn í þýskum rétti, nánar tiltekið í umfjöllun um valdheimildir lögreglunnar á síðari hluta 19. aldar.<sup>9</sup> Þaðan færðist reglan yfir í þýskan stjórnáráðgjafi og síðan stjórnskipunarrétt í dómafrankvæmd þýska stjórnlagadómstólsins og þvínaest til landsdómstóla um allan heim svo og til alþjóðlegra dómstóla.<sup>10</sup> Auk þýska stjórnlagadómstólsins hafa Hæstiréttur Kanada, Hæstiréttur Ísraels og Stjórnlagadómstóll Suður-Afríku verið áhrifamiklir í þróun

<sup>9</sup> Alec Stone Sweet og Jud Mathews, „Proportionality Balancing and Global Constitutionalism“ (2008) 47 Col J Transnatl L 72, 97. Greinin inniheldur gagnlegt yfirlit um þróun reglunnar.

<sup>10</sup> Hæstiréttur Bandaríkjanna er undantekning. Sá dómstóll beitir ekki meðalhófsreglu berum orðum en ýmsir hafa þó bent á að úrlausnir dómstólsins á ýmsum sviðum fylgi samt sem áður sömu grunnhugsun. Vicki Jackson, „Constitutional Law in an Age of Proportionality“ (2015) 124 Yale LR. 3094. Sjá einnig Moshe Cohen-Eliya og Iddo Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (CUP 2013)

reglunnar, svo og Evrópudómstóllinn og MDE.<sup>11</sup> Mikilvægi reglunnar endurspeglast til dæmis í því að árið 2004 kom út bók helguð meðalhófsreglunni sem ber titilinn „*The Ultimate Rule of Law*” eða „*Hin æðsta réttarheimild*“.<sup>12</sup>

Fræðimenn í samanburðarstjórnskipunarrétti<sup>13</sup> hafa varið miklu bleki í umfjöllun um meðalhófsregluna. Í þessum kafla mun ég leggja út frá skrifum fræðimanna og lýsa inntaki reglunnar, eins og það birtist í samanburðarstjórnskipunarrétti, áður en ég fjalla um hvernig íslenskir dómstólar hafa beitt reglunni. Ég mun hins vegar stundum nota dæmi úr íslenskri dómaframkvæmd til útskýringar, í von um að kunnugleg dæmi gagnist lesendum.

Hægt er að líta á meðalhóf ýmist sem meginreglu laga, sem markmið í beitingu ríkisvalds eða sem skilgreinda reglu sem setur tiltekin skilyrði sem dómstólar beita við endurskoðun á aðgerðum ríkisins sem hafa áhrif á mannréttindi. Þegar hugsað er um meðalhóf sem meginreglu eða markmið ríkisvalds felur það einkum í sér að að eftir því sem aðgerðir ríkisins eru meira íþyngjandi, þeim mun mikilvægari ástæður þurfi að liggja að baki þessum íþyngjandi aðgerðum.<sup>14</sup> Hin eiginlega meðalhófsregla, sem er umfjöllunarefni þessarar greinar, byggir síðan á því að tilgreind skilyrði þurfi að vera uppfyllt til þess að skerðingar á mannréttindum fái staðist. Grundvöllur beitingar meðalhófsreglunnar er oftast annað hvort almennt skerðingarákvæði, þ.e. ákvæði í stjórnarskrá eða mannréttindasamningi sem mælir með almennum hætti fyrir um skilyrði þess að réttindi séu skert eða

---

<sup>11</sup> Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (CUP 2012) fjallar um meðalhófsregluna í framkvæmd í Þýskalandi, Kanada, Ísrael, MSE, Evrópusambandinu og víkur enn fremur að Írlandi, Bretlandi, Nýja Sjálandi, Ástralíu, Suður-Afríku, og löndum í Mið- og Austur-Evrópu, Asíu og Suður-Ameríku.

<sup>12</sup> David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (OUP 2004). Titillinn er auðvitað líka tilvísun í réttarríkið, þ.e. „rule of law“.

<sup>13</sup> Þ.e. þeirri undirgrein lögfræðinnar sem fjallar um og ber saman stjórnarskrár, stjórnskipulegar stofnanir og framkvæmd í mismunandi löndum, og/eða hugtök, reglur og stofnanir stjórnskipunarinnar óháð löndum.

<sup>14</sup> Jackson (n. 10) 3098.



takmörkuð,<sup>15</sup> eða sértæk skerðingarákvæði, þ.e. þegar mælt er fyrir um skilyrði skerðinga í hverju réttindaákvæði fyrir sig.<sup>16</sup> Í sumum tilvikum er meðalhófsreglan talin óskráð meginregla.<sup>17</sup> Reglan lýtur að því að leggja mat á þau markmið sem ríkisvaldið stefnir að og þær leiðir sem koma til skoðunar við að ná markmiðunum.

Ég er sammála Björgu Thorarensen um að í meginatriðum feli meðalhófsregla stjórnskipunarréttar í sér að „í takmörkunum á mannréttindum megi löggjafinn ekki ganga of langt miðað við það markmið sem stefnt er að með löggjöf og að sýna þurfi fram á nauðsyn takmarkana.“<sup>18</sup> Hins vegar má lýsa reglunni með meiri nákvæmni. Hin nánari skilyrði reglunnar eru, í stuttu máli, að fyrst er kannað hvort réttindaákvæði eigi við í málinu, þ.e. hvort aðgerðir ríkisvaldsins, t.d. lagasetning, feli í sér takmörkun eða skerðingu á vernduðum réttindum. Næst er kannað hvort þessi skerðing eigi sér stoð í lögum (þótt þetta sé ekki alltaf talið sjálfstætt skilyrði meðalhófsreglunnar). Þá er fjórum eiginlegum skilyrðum meðalhófsreglunnar beitt, þ.e. skilyrði um (a) lögmætt markmið, (b) markhæfni (hvort úrræðið sem beitt er stendur í rökrænum tengslum við markmiðið), (c) nauðsyn (hvort vægasta úrræðið var valið til þess að ná hinu lögmæta markmiði), og (d) meðalhóf í þrengri merkingu, eða meðalhóf *stricto sensu* (hvort hagsmunirnir af því að ná hinu lögmæta markmiði vegi þyngra en réttindaskerðingin, eða hvort of þung byrði sé lögð á þann sem fyrir

<sup>15</sup> Slík ákvæði eru t.d. í mannréttindayfirlýsingu Sameinuðu þjóðanna og í alþjóðasamningi um efnahagleg, félagsleg og menningarleg réttindi og í réttinda-skrám Kanada, Nýja Sjálands og Suður-Afríku. Slíkt almennit skerðingarákvæði var einnig að finna í 9. gr. frumvarps sem lagt var fyrir Alþingi 2013 á grunni tillagna stjórnlagaráðs að nýrri stjórnarskrá Íslands. Í því ákvæði var einnig vísað til meðalhófs berum orðum. Alþt. 2012–2013, A–deild, þskj. 510 – 415. mál.

<sup>16</sup> Slíkt fyrirkomulag má finna í stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944 (stjskr.), í 8.–11. MSE og í alþjóðasamningi um borgaraleg og stjórnmálaleg réttindi.

<sup>17</sup> Í Hrd.10. apríl 2014 í máli nr. 726/2013 (auðlegðarskattur) er sem fyrr segir vísað til „óskráðrar meðalhófsreglu íslenskrar stjórnskipunar.“ Litið er á meðalhófsregluna sem óskráða meginreglu í Þýskalandi, Stone Sweet og Mathews (n. 9) 107.

<sup>18</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi* (Codex 2008) 110.

réttindaskerðingu verður).<sup>19</sup> Í þessum kafla verður fjallað nánar um þessi skilyrði.

## 2.2 Tvö skref við úrlausn ágreinings um einstaklingsbundin réttindi

Áður en eiginlegum skilyrðum meðalhófsreglunnar er beitt kemur til skoðunar hvort umdeild athöfn (eða hugsanlega athafnaleysi), þ.m.t. lagasetning eða –túlkun, feli í sér skerðingu á réttindum sem njóta verndar stjórnarskrár eða mannréttindasáttmála. Segja má að núorðið skiptist úrlausn ágreinings um einstaklingsbundin réttindi, víðast hvar í heiminum, í tvennt: Í fyrsta lagi er spurt hvort réttindaákvæði eigi við í málinu þ.e. hvort réttindi hafi verið skert. Í öðru lagi er spurt hvort unnt sé að réttlæta þessa skerðingu á grundvelli þeirra skilyrða sem hlutaðeigandi stjórnarskrá eða mannréttindasáttmáli setur.<sup>20</sup> Fyrsta skrefið snýst um túlkun réttindaákvæða en síðara skrefið snýst fyrst og fremst um mat á því hversu sannfærandi réttlætning ríkisvaldsins er, þ.e. hvort þeir (almanna)hagsmunir sem skerðingin byggir á séu fullnægjandi til þess að réttlæta hana.<sup>21</sup> Meðalhófsreglunni er einkum ætlað að leysa úr síðara skrefinu.

Einfalt dæmi um fyrra skrefið má finna í Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum). Áður en Hæstiréttur

<sup>19</sup> Sjá almennt um þessi skilyrði t.d. Stone Sweet og Mathews (n. 9), Jackson (n. 10), Beatty (n. 12), Barak (n. 11), Julian Rivers, „Proportionality and variable intensity of review“ (2006) 65 Cambridge LJ 174, Bernhard Schlink, „Proportionality (1)“ í Michel Rosenfeld og Andrés Sajó (ritstj.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP 2012), Aharon Barak, „Proportionality (2)“ í sama riti, Mark Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law* (Edward Elgar 2014) kafli 4, Kai Möller, *The global model of constitutional rights* (OUP 2012) kafli 7 og enn fremur eftirfarandi ritgerðasöfn: Liora Lazarus, Christopher McCrudden og Nigel Bowles (ritstj.), *Reasoning rights: Comparative judicial engagement* (Hart 2014) 2. hluti, Grant Huscroft, Bradley W. Miller og Grégoire Webber, *Proportionality and the rule of law: Rights, justification, reasoning* (CUP 2014) og Vicki Jackson og Mark Tushnet (ritstj.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (CUP 2017).

<sup>20</sup> Í Bandaríkjunum er vægi fyrra skrefsins mun meira en víðast hvar annars staðar. Í flestum ríkjum er enn fremur litið svo á að sum réttindi séu þess eðlis að engar skerðingar séu heimilar, sjá kafla 2.6.

<sup>21</sup> Stephen Gardbaum, „The structure and scope of constitutional rights“ í Tom Ginsburg og Rosalind Dixon (ritstj.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 388.

leysti úr því hvort þær takmarkanir á auglýsingum og útstillingu á tóbaki, sem deilt var um í málinu, gengu of langt, þurfti Hæstiréttur að skera úr því hvort auglýsingar af þeim toga falli undir tjáningarfrelsi 73. gr. stjkskr. Hæstiréttur tók skýrt fram að svo væri – auglýsingar njóti verndar sem tjáning. Það er ekkert útilokað að ímynda sér andstæða niðurstöðu. Í fyrsta lagi gætum við t.d. hugsað okkur réttindaskrá þar sem einungis einstaklingar en ekki fyrirtæki njóti verndar mannréttindaákvæða. Sem dæmi geta einungis einstaklingar en ekki fyrirtæki leitað til mannréttindanefndar Sameinuðu þjóðanna skv. valftjálsum viðauka við alþjóðasamninginn um borgaraleg og stjórnmalaleg réttindi.<sup>22</sup> Í öðru lagi gætum við ímyndað okkur að auglýsingar fellu einfaldlega utan við gildissvið 73. gr. stjkskr. – í Ástralíu hafa dómstólar talið að pólitísk tjáning njóti stjórnskipulegrar verndar en sú vernd nái ekki til annarrar tjáningar.<sup>23</sup>

Stundum er meðalhófsreglan gagnrýnd á þeim grundvelli að hún leiði til „réttindaverðbólgu“, þ.e. gildissvið mannréttindaákvæða sé túlkað rýmkandi skýringu þannig að nánast allar aðgerðir ríkisvaldsins geti flokkast sem takmörkun á einhverjum réttindum. Gagnrýnin byggist m.a. á því að slíkt leiði til þess að mannréttindi missi verðgildi sitt og ennfremur að völd dómstóla aukist.<sup>24</sup> Að mínu mati virðist líklegt að slík réttindaverðbólga eigi sér stað. Gott dæmi má reyndar sjá úr íslenskri dómaframkvæmd: Í Hrd. 1999, bls. 1916 (hnefaleikar) virðist byggt á því að allar takmarkanir á „athafnafrelsi borgaranna“ þurfi

<sup>22</sup> Sarah Joseph og Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (3. útg., OUP 2013) mgr. 3.17. Almennit um mannréttindavernd lögaðila skv. íslensku stjórnarskránni má visa til Eiríkur Jónsson, *Mannréttindi lögaðila* (Codex 2011).

<sup>23</sup> Adrienne Stone, „Australia’s constitutional rights and the problem of interpretive disagreement“ (2005) 27 Syd LR 29.

<sup>24</sup> Sjá t.d. Stavros Tsakyrakis, „Proportionality: An assault on human rights?“ (2009) 7 Intl J Const L 468, Grégoire Webber, „Proportionality and Absolute Rights“ í *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (n. 19), Grégoire Webber, „On the Loss of Rights“ í *Proportionality and the rule of law* (n. 19) og Francisco J. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing* (CUP 2017) 239–244. Aðrir telja að réttindaverðbólga sé einfaldlega hluti af nútímalegu kerfi stjórnarskrárvárinna réttinda (*global model of constitutional rights*) en ekki beri að líta á hana sem vandamál. Möller (n. 19), Gardbaum (n. 21). Sjá einnig Kai Möller, „Proportionality and Rights Inflation“ í *Proportionality and the rule of law* (n. 19).

að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum, virða jafnræði og þeim beri að stilla í hóf að teknu tilliti til markmiðsins með þeim, án þess að Hæstiréttur hafi nefnt tiltekið stjórnarskrárákvæði sem grundvöll slíks athafnafrelsis. Þetta „athafnafrelsi“ sem Hæstiréttur vísar til getur væntanlega náð til allra athafna mannlífsins.<sup>25</sup> Hvað sem við gerum þá erum við alltaf að nýta okkur stjórnarskrárvarið athafnafrelsi. Ef slík altæk réttindi eru til, sem hægt er síðan að túlka sem „réttinn til að boxa“ – og af hverju ekki „réttinn til að gefa öndunum brauð“? – þá er líklega óhætt að tala um einhvers konar réttindaverðbólgu.

Ekki er auðvitað þar með sagt að réttindaverðbólga sé stórt vandamál. Hún þarf ekki einu sinni að hafa miklar afleiðingar.<sup>26</sup> Það sem er mikilvægast í hnefaleikadóminum er ekki að til sé einhvers konar almennt athafnafrelsi eða réttur til að boxa, heldur að skerðingar á slíkum réttindum eru heimilar, svo lengi sem þær uppfylla tiltekin skilyrði. Þýðing þess að réttindaverðbólga eigi sér stað ræðst þannig fyrst og fremst af öðrum þáttum en réttindaverðbólgunni sjálfri, ekki síst hvernig meðalhófsreglunni er beitt.

### 2.3 Lagaáskilnaðarregla

Hér á landi er litið svo á að skerðingar á stjórnarskrárvörðum réttindum þurfi að byggja á fullnægjandi lagaheimild.<sup>27</sup> Slíkt er einnig almennt skilyrði skv. MSE. Lagaáskilnaðarregla er hins vegar oftast ekki flokkuð sem eitt af skilyrðum hinnar eiginlegu meðalhófsreglu í fræðiskrifum, enda eru reglur um samspil löggjafar- og dómsvalds mismunandi eftir löndum. Ég tel skýrara, bæði í dómum og í fræðilegri umfjöllun – og sú leið verður farin hér – að fjalla um lagaáskilnaðarreglu(r) stjórnskipunarréttar án þess að blanda þeirri umfjöllun við sjálfa meðalhófsregluna en sú aðgreining ræður þó varla úrslitum í einstökum málum.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Hér er rétt að setja þann fyrirvara að þetta virðist vera eini dómurinn þar sem Hæstiréttur hefur fjallað um slíkt athafnafrelsi.

<sup>26</sup> Sjá einnig Mark Tushnet, „Making easy cases harder“ í *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (n. 19).

<sup>27</sup> Sbr. t.d. orðalag 3. mgr. 71. gr., 1. mgr. 72. gr., 3. mgr. 73. gr. og 1. mgr. 75. gr. stjkskr. og Hrd. 1988, 1432 (Framadómur).

<sup>28</sup> Sjá almennt um efnið t.d. Páll Hreinsson, „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis

## 2.4 Fjögur skilyrði meðalhófsreglunnar

### 2.4.1 Lögmætt markmið skerðingar

Fyrsta eiginlega skilyrði meðalhófsreglunnar er að skerðing réttinda stefni að lögmætu markmiði. Stundum eru markmiðin tæmandi talin í viðkomandi réttindaákvæði, t.d. má einungis skerða friðhelgi einkalífs skv. 3. mgr. 71. gr. stjkskr. vegna „réttinda annarra“ en tjáningarfrelsi má setja skorður „í þágu allsherjarreglu eða öryggis ríkisins, til verndar heilsu eða siðgæði manna eða vegna réttinda eða mannorðs annarra,“ sbr. 3. mgr. 73. gr. stjkskr. Stundum eru markmiðin skilgreind ennþá víðtækar, t.d. eru skerðingar á eignarréttindum skv. 1. gr. fyrsta sammingsviðauka MSE heimilar ef þær eru „í samræmi við hag almennings“.

Í fræðilegri umfjöllun, og í dómaframkvæmd, hefur verið fjallað nokkuð um það hvaða markmið geti réttlætt skerðingar á réttindum, sérstaklega þegar stjórnarskrárákvæði segja lítið til um hvers konar markmið geti verið fullnægjandi. Dómstólar hafa farið mismunandi leiðir í þeim efnum: Þýski stjórnlagadómstóllinn gerir aðeins þá kröfu að markmiðið sé ekki í andstöðu við stjórnarskrána en Hæstiréttur Kanada hefur gert kröfu um að markmiðið sé aðkallandi og mikilvægt („pressing and substantial“).<sup>29</sup> Þetta fyrsta skilyrði meðalhófsreglunnar setur þröskuld varðandi þau markmið sem ríkisvaldinu er heimilt að stefna að. Á þessu stigi fer hins vegar ekkert hagsmunamat fram og markmiðið er ekki borið saman við þær mismunandi leiðir sem kunna að vera til þess að ná markmiðinu.

Mér finnst einfaldast að hugsa um skilyrðið um lögmætt markmið svona: Fyrst spyrjum við hvert sé markmiðið með skerðingunni. Til dæmis var markmið íslenska löggjafans með fortakslausu banni við tóbaksauglýsingum og útstillingum á tóbaki að draga úr tóbaksneyslu, sbr. Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum).

stjórnarskrárinnar“ í Garðar Gíslason o.fl. (ritstj.) *Líndala – Sigurður Líndal sjötugur* (Hið íslenska bókmenntafélag 2001), Kjartan Bjarni Björgvinsson, „Verðleikar laganna : lagaáskilnaðarregla mannréttindasáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“ (2003) 56 *Úlfjótur* 353 og Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg lögmætisregla“ (2009) 62 *Úlfjótur* 421.

<sup>29</sup> Aharon Barak, „Proportionality (2)“ (n. 19) 743.

Síðan spyrjum við hvort þetta markmið falli undir eitt af þeim (yfir) markmiðum sem talin eru upp í stjórnarskrárákvæðinu. Það markmið að draga úr tóbaksneyslu telst vera „til verndar heilsu“ manna, sbr. 3. mgr. 73. gr. stjkskr. um tjáningarfrelsi og því lögmætt markmið. Þar með er þröskuldinum náð.

Tökum eftir því að skilgreining markmiðsins getur skipt mjög miklu máli, sérstaklega varðandi beitingu næstu skilyrða meðalhöfsreglunnar. Oftast er hægt að skilgreina markmið bæði þröngt og rúmt og það getur haft mikil áhrif á rökstuðninginn. Þetta mun koma betur í ljós hér síðar.

Dómstólar komast sjaldan að þeirri niðurstöðu að ríkisvaldið hafi stefnt að ólögmætu markmiði með aðgerðum sínum.<sup>30</sup> Sem betur fer leitast löggjafinn næstum alltaf við að setja lög sem byggja á almannahagsmunum, þótt deilt sé um forgangsröðun, hvort skynsamlegar leiðir hafi verið farnar o.s.frv.

#### 2.4.2 Markhæfni

Annað skilyrði meðalhöfsreglu er að það úrræði sem ríkisvaldið hefur valið sé til þess fallið að ná því markmiði sem að er stefnt. Hér er ekki spurt að því hvort besta eða hagkvæmasta úrræðið hafi verið valið eða hvort úrræðið nái markmiðinu að öllu leyti. Krafan lýtur að því hvort úrræðið standi í rökraenum tengslum við markmiðið, þ.e. hvort orsakasamband sé þar á milli og hvort úrræðið geti náð markmiðinu a.m.k. að einhverju leyti.

Hugmyndin er að þetta sé spurning um staðreyndir og oft er spurningin einföld. Er takmörkun á fiskveiðum í atvinnuskyni til þess fallin að ná því markmiði að vernda fiskstofna? Er bann við hnefaleikum til þess fallið að vernda heilsu manna? Er bann við verkfalli hjúkrunarfræðinga til þess fallið að tryggja að heilbrigðiskerfið haldist gangandi?

---

<sup>30</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir, „The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance“ (2017) 15 I-CON 9, 30 bendir á að í dómaframkvæmd MDE séu nánast engin dæmi um að aðgerðir ríkisvaldsins teljist brot á MSE á þeim grundvelli að ekki hafi verið stefnt að lögmætu markmiði.

En sum tilvik eru flóknari. Er bann við því að hafa tóbak sýnilegt á sölustöðum til þess fallið að draga úr neyslu á tóbaki, sbr. Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum)? Í dómi héraðsdóms segir að telja verði „hafid yfir allan vafa og leiða af eðli máls“ að aukinn sýnileiki leiði til aukinnar neyslu. Hæstiréttur benti hins vegar á að engar rannsóknir eða reynsla annarra þjóða lægju fyrir um að slíkt bann gagnaðist í reykingavörnum og almennar tölur um að dregið hefði úr reykingum væru ekki fullnægjandi. Virðist Hæstiréttur því hafa dregið í efa að þetta bann við sýnileika væri markhæft, en síðar í dóminum segir reyndar að uppstilling á vöru geti falið í sér vissa hvatningu. Meginniðurstaða dómsins var hins vegar að vægara úrræði hefði verið í boði.

Páll Hreinsson nefnir dæmi um beitingu skilyrðisins um markhæfni úr framkvæmd umboðsmanns Alþingis.<sup>31</sup> Í álitum umboðsmanns Alþingis 28. júlí 1994 í máli nr. 913/1993 var deilt um ákvörðun umhverfisráðherra um að stytta veiðitímabil rjúpu. Umboðsmaður taldi að ekki hefði verið sýnt fram á að þetta úrræði gagnaðist til þess að ná því markmiði að bregðast við lægðum í rjúpnastofninum. Þá má nefna að í Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin) var því haldið fram að sú aðgerð ríkisins að veita innstæðum forgang við slit *gömlu* bankana væri ekki til þess fallin að ná því markmiði ríkisins að koma í veg fyrir bankaáhlaup á innstæður í *nýju* bönkunum. Hæstiréttur féllst þó ekki á þetta sjónarmið.

Sjaldgæft er að dómstólar telji að það úrræði sem ríkisvaldið hefur valið sé ekki markhæft. Þar kemur líklega tvennt til. Í fyrsta lagi er líklega sjaldgæft að löggjafinn eða stjórnvöld grípi til úrræða sem standa ekki í rökrænum tengslum við það markmið sem stefnt er að. Í öðru lagi getur stundum verið erfitt að komast að endanlegri niðurstöðu um orsakasamhengi. Ef t.d. er óljóst hvort bann við tóbaksauglýsingum sé í raun og veru til þess fallið að draga úr neyslu þá kemur til skoðunar hver ber sönnunarbyrði og hvort ríkisvaldið eigi að njóta viss svigrúms til mats (sjá einnig kafla 2.5).

<sup>31</sup> Páll Hreinsson (n. 7) 509.

### 2.4.3 Nauðsyn – vægasta úrræði sem að gagni kemur

Þriðja skilyrði meðalhófsreglunnar er að skerðingin hafi verið nauðsynleg til þess að ná því markmiði sem að var stefnt, þ.e. að vægasta úrræðið hafi verið valið. Ekki skal skerða stjórnarskrárvarin réttindi ef markmiðinu verður náð með öðru móti. Og ef nauðsynlegt er að skerða réttindi, þá skal skerða þau eins lítið og mögulegt er.

Hér skiptir aftur miklu máli hvernig markmiðið var skilgreint. Spurningin er ekki hvort hin umdeilda athöfn ríkisvaldsins sé „nauðsynleg“ í einhverjum almennum, samfélagslegum skilningi, heldur hvort hún sé nauðsynleg til þess að ná því markmiði sem að var stefnt. Þetta getur verið nokkuð ruglingslegt í dómaframkvæmd, t.d. vegna þess að í stjórnarskrárákvæðum og í MSE kemur oft fram að skerðingar á réttindum þurfi að vera „nauðsynlegar í lýðræðisþjóðfélagi“. Meðalhófsreglan í heild sinni er notuð til þess að leggja mat á það en þetta þriðja skilyrði meðalhófsreglunnar um nauðsyn snýst sem sagt ekki um nauðsyn í lýðræðisþjóðfélagi, heldur nauðsyn til þess að ná settu markmiði.

Enn og aftur er Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum) gott dæmi. Lögjafinn hafði lagt algjört bann við sýnileika tóbaks en Hæstiréttur taldi að vægara úrræði hefði verið í boði, þ.e. með því að gera undantekningu fyrir sérverslanir með tóbak. Hæstiréttur taldi að rökin um að sýnileiki tóbaks gæti aukið neyslu ættu ekki við um slíkar sérverslanir; þeir sem kæmu inn í tóbaksbúðir ætluðu sér oftast að kaupa tóbak hvort sem það væri sýnilegt eða ekki.

Dæmi úr dómaframkvæmd MDE getur einnig verið til skýringar: Í máli *Ürper o.fl. gegn Tyrklandi*<sup>32</sup> hafði bann verið lagt við útgáfu fjögurra dagblaða. MDE taldi brotið gegn tjáningarfrelsisákvæði 10. gr. MSE og benti m.a. á að vægari úrræði – að taka úr umferð tiltekin tölublöð eða leggja lögbann við dreifingu tiltekinna greina – hefðu verið í boði.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> *Ürper o.fl. g. Turkey* App no 14526/07 (ECHR, 20. okt. 2009).

<sup>33</sup> Hér má einnig nefna að yfirdeild MDE hefur tekið skýrt fram að velja beri vægasta úrræðið: „The Court reiterates in this connection that the authorities are required, when they decide to restrict fundamental rights, to choose the means that cause the least possible prejudice to the rights in question“, *Movement Raelien Suisse g. Switzerland* App no 16354/06 (ECHR, 13. júlí 2012), mgr. 75.



Einnig má nefna dæmi úr íslenskri dómaframkvæmd um verkfallsrétt. Í Hrd. 2002, bls. 3686 (Alþýðusamband Íslands) höfðu lög verið sett á verkföll tiltekinna aðildarfélaga ASÍ. Hæstiréttur staðfesti dóm héraðsdóms sem taldi að lögin stæðust félagafrelsisákvæði 74. gr. stjkskr. að öðru leyti en því að lögin tóku til þriggja stéttarfélaga sem ekki voru í verkfalli. Ekki var talið nauðsynlegt að takmarka verkfallsrétt þessara félaga. Í Hrd. 13. ágúst 2015 í máli nr. 467/2015 (BHM) höfðu lög einnig verið sett á verkföll tiltekinna stéttarfélaga, m.a. vegna verkfalls hjúkrunarfræðinga. Líkt og í dómnum frá 2002 náðu lögin einnig til stéttarfélaga sem ekki höfðu staðið að verkfalli. Hér taldi Hæstiréttur hins vegar að ekki væri of langt gengið þar sem öll félögin höfðu staðið sameiginlega að kröfugerð og kjaraviðræðum og eitt yrði yfir öll félögin að ganga þar sem þau hefðu sjálf kosið að standa saman í kjaradeilunni.

Þessir dómur um verkfallsrétt undirstrika einnig annað hlutverk þessa skilyrðis meðalhófsreglunnar: Áður en ríkisvaldið grípur til íþyngjandi aðgerða ber að reyna að beita vægari leiðum, eða í það minnsta rannsaka hvort vægari leiðir geti komið að gagni. Í Hrd. 13. ágúst 2015 í máli nr. 467/2015 (BHM) tók Hæstiréttur fram að þegar lögin voru sett hafi verið „fullreynt ... að kjaradeilunni yrði lokið með samningum“. Í dómsmálum um eignarnám hefur komið skýrt fram að ekki má grípa til þess íþyngjandi úrræðis sem eignarnám er fyrr en reynt hefur verið til hlítar að ná samningum, sjá Hrd. 18. maí 2006 í máli nr. 511/2005 (Gullver) og Hrd. 1998, bls. 985 (Arnarneshæð).

Í nýlegum dómum hefur einnig komið skýrt fram að meðalhófsreglan hefur mikil áhrif á rannsóknarskyldu stjórnvalda: Í Hrd. 12. maí 2016 í máli nr. 511/2015 (Suðurnesjalína 2, eignarnám) og Hrd. 13. október 2016 í máli nr. 796/2015 (framkvæmdaleyfi vegna Suðurnesjalínu 2) voru ákvarðanir stjórnvalda felldar úr gildi á þeim grundvelli að ekki hefði verið rannsakað nægilega hvort vægara úrræði, þ.e. lagning jarðstrengs í stað loftlínu, kæmi til skoðunar. Þessi áhrif meðalhófsreglunnar á málsmeðferð eru afar mikilvæg, m.a. þar sem afleiðingin getur verið sú að dómstólar skyldi stjórnvöld og jafnvel löggjafann til þess að beina ákvarðanatöku sinni í farveg

meðalhófsreglunnar. Ef stjórnvöld hefðu farið skipulega í gegnum skilyrði meðalhófsreglunnar í dómunum um Suðurnesjalínu 2 og útskýrt með hvaða hætti þau töldu skilyrðin vera uppfyllt má leiða að því líkum að dómstólar hefðu stigið gætilegar til jarðar við endurskoðun á þessu meðalhófsmati. Ef löggjafinn tekur upplýstar ákvarðanir um réttindaskerðingar, eftir að hafa skilgreint markmið og rannsakað hvort vægari leiðir séu í boði og loks tekið beina afstöðu til þess að almannahagsmunir réttlæti réttindaskerðingu er tilhneiging dómstóla í ýmsum ríkjum, svo og MDE, til að hika við að endurskoða þetta mat.<sup>34</sup> Horfa má á þessa tilhneingingu frá tveimur hliðum, með nokkurri einföldun: Annars vegar má segja að með þessu sé tryggt að lagasetning stýrist af mannréttindum en hins vegar má segja að löggjafinn geti komið sér undan endurskoðun dómstóla með því einu að búa ákvarðanir sínar í réttan búning.

Spurningin um það hvort vægari úrræði séu í boði til þess að ná settu markmiði er ekki alltaf auðveld og greina má nánar þau tilvik þar sem aðrar, vægari leiðir eru færar:

- (a) Vægari leið var í boði sem nær markmiðinu með sama hætti og sú leið sem valin var og þessi vægari leið hefur enga aðra galla.
- (b) Vægari leið var í boði en hún nær markmiðinu ekki jafn vel og sú leið sem valin var.
- (c) Vægari leið var í boði en hún hefði haft aukinn kostnað í för með sér fyrir ríkið.

---

<sup>34</sup> Þessi áhersla á málsmeðferð er á ensku stundum nefnd „procedural review“ og í tengslum við MDE er talað um þessa þróun sem „the procedural turn“. Sjá t.d. Oddný Mjöll Arnardóttir (n. 30), Patricia Popelier, „The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case-law of the European Court of Human Rights“ í Patricia Popelier, Armen Mazmanyan og Werner Vandenbruwaene (ritstj.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance* (Intersentia 2012), Catherine Van de Heyning, „No Place like Home: Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights“ í Patricia Popelier, Catherine Van de Heyning og Piet Van Nuffel (ritstj.), *Human Rights Protection in the European Legal Order* (Intersentia 2011), Janneke Gerards, „Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine“ (2011) 17 Eur LJ 80 og Jenneke Gerards og Eva Brems (ritstj.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (CUP 2017).

- (d) Vægari leið var í boði en hún hefði haft í för með sér auknar skyldur/kostnað/óhagræði fyrir þriðja aðila.<sup>35</sup>

Í tilviki (a) er svarið oftast skýrt, þ.e. skerðingin var ónaudsynleg þar sem vægara úrræði var í boði. Tilvik (b)–(d) eru flóknari og þau gætu annað hvort komið til skoðunar undir skilyrðinu um nauðsyn (sbr. t.d. dómaframkvæmd í Kanada) eða undir skilyrðinu um meðalhóf í þrengri merkingu (sbr. dómaframkvæmd í Ísrael).

Eitt dæmi til viðbótar gæti kannski hjálpað okkur við skilning á þessum tilvikum: bann við trúarlegum höfuðklútum.<sup>36</sup> Stundum er slíkt bann réttlætt á þeim grundvelli að (nógu margar) konur beri slíka klúta vegna kúgunar en ekki á grundvelli frjáls vilja. Lög um algjört bann við slíkum klútum myndi ná 100% árangri gagnvart því markmiði að koma í veg fyrir að konur væru kúgaðar til að bera höfuðklúta. Vægara úrræði gagnvart trúfrelsi þeirra sem eiga í hlut gæti verið að láta bannið einungis gilda á tilteknum stöðum, t.d. bara í opinberum byggingum. En þetta úrræði myndi ekki ná markmiðinu jafn vel (tilvik (b)). Annað vægara úrræði væri að undanskilja frá banninu þær konur sem raunverulega velja að bera klúta. En þá þyrfti væntanlega að setja á fót stjórnsluleið til þess að skera úr um umsóknir um undanþágu frá banninu, með tilheyrandi umsýslukostnaði. Hið vægara úrræði er því dýrara (tilvik (c)). Það má einnig segja að þetta vægara úrræði (bann við höfuðklútum en hægt að sækja um undanþágu) nái ekki markmiði löggjafans, ef markmiðið var að koma í veg fyrir kúgun kvenna án þess að ríkið yrði fyrir verulegum viðbótarkostnaði. Niðurstaðan úr beitingu meðalhófsreglunnar veltur hér á því hvernig við skilgreinum markmið löggjafans og hversu miklar kröfur gerðar eru til þess að markmiði löggjafans sé náð að öllu leyti.

#### 2.4.4 Meðalhóf í þrengri merkingu

Fjórða skilyrði meðalhófsreglunnar er oft nefnt meðalhóf í þrengri merkingu (*stricto sensu*), en stundum skilyrðið um sanngarnt

<sup>35</sup> Kai Möller, „Proportionality: Challenging the Critics“ (2012) 10 I-CON 709, 714–715.

<sup>36</sup> Ég fæ þetta dæmi að hluta til að láni frá Tushnet (n. 26).

jafnvægi. Hér er verkefnið að veða og meta annars vegar mikilvægi þess að ná hinu lögmæta markmiði sem stefnt er að og hins vegar réttindaskerðinguna. Oft vegast hér á einstaklingshagsmunir og almannahagsmunir.<sup>37</sup> Um er að ræða hagsmunamat – á ensku er hér rætt um *balancing* og myndlíkingin er einmitt að veða tvo andstæða póla og leita að jafnvægi. Ef lesendur fyrirgefa að myndlíkingin sé orðin dálítið hallærisleg gætum við meira að segja ímyndað okkur að gyðja réttlætisins hefji vog sína á loft til þess að leggja mat á meðalhóf í þrengri merkingu.

Þetta fjórða skilyrði er ólíkt hinum þremur. Hér er ekki spurt um staðreyndir heldur hagsmunamat. Þetta er ekki beinlínis spurning um mismunandi leiðir að settu markmiði. Aðalatriðið er þetta: Jafnvel þótt réttindaskerðing hafi verið nauðsynleg (engin vægari úrræði í boði) til þess að ná lögmætu markmiði getur verið um brot á meðalhófsreglu að ræða. Meira að segja vægasta úrræðið getur gengið of langt. Niðurstæða byggir í slíkum tilvikum á því að hagsmunir af því að ná markmiðinu réttlæti einfaldlega ekki þá réttindaskerðingu sem af því leiðir.

Við slíkt mat hefur verið orðuð sú leiðbeiningarregla að eftir því sem réttindaskerðingin er þungbærari, þeim mun veigameiri þurfa hagsmunirnir sem réttlæta skerðinguna (þ.e. hagsmunir af því að ná hinu lögmæta markmiði) að vera.<sup>38</sup> Á þessu stigi meðalhófsreglunnar er greinilega um það að ræða að veða þurfi og meta hagsmuni einstaklingsins gagnvart hagsmunum almennings og reglan gerir því

<sup>37</sup> Það er þó ekki einhlítt. Stundum er markmiðið með skerðingu að vernda réttindi annarra.

<sup>38</sup> Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (Julian Rivers þýð., OUP 2010) 102–04. Þar lýsir Alexy lögmáli hagsmunamatsins (e. “Law of Balancing”) þannig: „The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other”. Skrif Alexy eru mjög mikilvæg hvað varðar fræðilegan og heimspekilegan grundvöll meðalhófsreglunnar. Í Hrd. 1997, bls. 2828 (framsal til Bandaríkjanna) segir: „Því þungbærari sem sú skerðing er, sem leiðir af ákvörðun stjórnvalds, því strangari kröfur verða gerðar um sönnun á nauðsyn hennar. Á það sérstaklega við um þá hagsmuni manna, sem lúta að frelsi þeirra og friðhelgi og njóta verndar í stjórnarskránni og alþjóðlegum mannréttindasáttmálum, sem Ísland er aðili að.“

óneitanlega ráð fyrir hagsmunamati af því tagi sem algengt er á hinu pólitíska sviði. Við þetta hagsmunamat getur myndast umtalsvert „pláss“ í hinni lögfræðilegu greiningu, þ.e. lögfræðin veitir ekki endanleg svör, í gegnum hefðbundnar túlkunarreglur eða þess háttar, heldur bendir dómstólum eða öðrum úrskurðaraðilum á að þessari spurningu verði einungis svarað með því að veða og meta andstæð sjónarmið eftir bestu dómgreind.

Þrjú dæmi geta hjálpað okkur að skýra þetta skilyrði meðalhófs-reglunnar:

- (1) Hreyfihamlaður húseigandi situr á veröndinni sinni. Barn hleypur inn í garðinn hans og stelur eplum af eplatrénu. Húseigandinn reynir árangurslaust að kalla til barnsins að hætta eplastuldinum en grípur svo til þess örþrifaráðs að skjóta barnið með haglabyssu(!) Hugmyndin er sú að húseigandinn hafi stefnt að því lögmeta markmiði að vernda eign sína (eplin) og ekkert vægara úrræði hafi verið í boði til að stöðva hið þjófotta barn. Allt að einu eru viðbrögð hans augljóslega óhófleg. Meðalhófsreglan skilar okkur hinu augljóslega rétta svári í þessu dæmi, ef (og aðeins ef) við förum í gegnum öll skilyrðin, þ.e. meðalhóf í þrengri merkingu veitir svárið.<sup>39</sup>
- (2) Hæstiréttur Ísraels fékk til endurskoðunar ákvörðun hermála-yfirvalda um staðsetningu á öryggisvegg milli yfirráðasvæðis Palestínnumanna og ísraelskra landtökumanna. Markmiðið var að tryggja öryggi borgaranna á svæðinu. Tvær staðsetningar fyrir vegginn (A og B) komu til skoðunar. Í einföldu máli má segja að yfirvöld hafi valið staðsetningu A sem náði markmiðinu um öryggi að öllu leyti en hafði í för með sér mikla réttindaskerðingu þar sem rífa þurfti mörg íbúðarhús til þess að koma veggnum fyrir. Staðsetning B tryggði ekki fullt öryggi, en mun færri hús hefðu þurft að víkja. Hæstiréttur Ísraels taldi að skilyrðið um nauðsyn væri uppfyllt. Ekkert vægara úrræði væri tækt, þar sem

<sup>39</sup> Þetta dæmi kemur úr Bernhard Schlink, „Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?“ (2012) 22 Duke J of Comp & Intl L. 291.

staðsetning B hefði ekki náð markmiðinu með sama hætti og staðsetning A. Hins vegar taldi dómstóllinn að síðasta skilyrði meðalhöfsreglunnar um meðalhóf í þrengri merkingu hefði ekki verið uppfyllt – staðsetning A væri andstæð meðalhófi, þar sem markmiðið réttlætti ekki réttindaskerðinguna, jafnvel þótt vægasta úrræðið hefði verið valið.<sup>40</sup>

- (3) Orkustofnun veitir framkvæmdarleyfi til þess að leggja háspennulínur en náttúruverndarsamtök mótmæla og telja að rétt hefði verið að leggja jarðstreng, sem hefur í för með sér minni neikvæð umhverfisáhrif en meiri kostnað.<sup>41</sup> Hér skiptir miklu máli hvernig við skilgreinum markmiðið. Það gæti verið að markmiðið sé að byggja upp raforkudreifingarkerfi innan skilgreinds kostnaðarhámarks og/eða án skilgreindra neikvæðra umhverfisáhrifa. Ef markmiðið er skilgreint nákvæmlega þannig að bæði kostnaður og umhverfisáhrif séu tekin inn í myndina þá er næsta spurning hvort háspennulína í lofti sé markhæft úrræði, þ.e. uppfyllir hún bæði kröfur um kostnað og umhverfisáhrif? Ef svarið er nei, of mikil neikvæð umhverfisáhrif, þá lýkur málinu strax. Sjaldnast eru málin þó svo einföld – bæði er sjaldgæft að hægt sé að skilgreina markmiðið með svo nákvæmum og óumdeildum hætti og í þeim tilvikum væri mjög sjaldgæft að stjórnvöld myndu velja ómarkhæfan kost. Ennfremur er skilyrðið um markhæfni oftast ekki strangt í framkvæmd. Ef loftlína er markhæf þá er næsta spurning hvort vægara úrræði er í boði, þ.e. hvort jarðstrengur hefði minni umhverfisáhrif í för með sér en uppfyllti allt að einu markmiðið um kostnað. Í „hreinni“ meðalhöfsgreiningu, þ.e. þar sem farið er kerfisbundið í gegnum skilyrðin fjögur, er horft ströngum augum á þetta álitæfni og ekki vikið frá hinum skilgreinda kostnaðarramma.

<sup>40</sup> HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council g. The Government of Israel* [2004] IsrSC 58(5) 807.

<sup>41</sup> Í þessu dæmi hef ég í huga Hrd. 12. maí 2016 í máli nr. 511/2015 (Suðurnesjalína 2, eignarnám), Hrd. 13. október 2016 í máli nr. 796/2015 (framkvæmdaleyfi vegna Suðurnesjalínu 2) og Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5). Þetta dæmi að vísu að miklu leyti á sviði stjórnýsluréttar en með hliðsjón af því sem fram kemur í kafla 3 hér á eftir þykir óhætt að vísa til þess hér.

Ef jarðstrengur er svo mikið dýrari að hann rúmast ekki innan kostnaðarrammans þá yrði niðurstaðan sú að skilyrðið um nauðsyn (ekkert vægara úrræði) er uppfyllt, jarðstrengur er ekki tækt úrræði í þeim skilningi og loflína er eina tæka úrræðið. Í fjórða skrefinu, meðalhóf í þrengri merkingu, fer þá fram hagsmunamat á því hvort umhverfissjónarmiðin, sem mæla með jarðstreng, eiga að veða þyngra en kostnaðarsjónarmiðin sem mæla með loflínu – hvort hið skilgreinda markmið sé nægilega mikilvægt til þess að skerða andstæða hagsmuni að fenginni þeirri niðurstöðu að engin vægari úrræði eru tæk til þess að ná þessu markmiði.

Ýmsir dómstólar, t.d. Hæstiréttur Íslands, MDE og Hæstiréttur Kanada, myndu væntanlega leysa úr síðasta dæminu með örlítið öðrum hætti. Þ.e. líklega myndu þessir dómstólar ekki gera jafn strangar kröfur til þess að vægari úrræði, skv. þriðja skilyrði meðalhófsreglunnar, gætu náð markmiðinu með nákvæmlega sama hætti. Hæstiréttur Íslands hefur, sbr. síðari umfjöllun, stundum metið hvort vægari úrræði geti náð markmiðinu með „ásættanlegum hætti“, sjá umfjöllun í kafla 4. Með þeirri aðferð væri hægt að leysa úr síðasta dæminu á grundvelli þriðja skilyrðis meðalhófsreglunnar um nauðsyn (vægasta úrræðið) með því að segja að jafnvel þótt jarðstrengur næði markmiði stjórnvalda ekki að öllu leyti (hann er utan kostnaðaráætlunar) þá nái hann markmiðinu með ásættanlegum hætti, með tilliti til þess hagsmunamats sem verður að fara fram, og því sé skylt að nýta það úrræði.<sup>42</sup> Í þessari útgáfu af meðalhófsreglunni er dregið úr hinum fræðilega skýrleika sem felst í því að fara kerfisbundið í gegnum skilyrðin fjögur og framkvæma ekkert hagsmunamat fyrr en í síðasta skrefinu. Sumir telja að þessi skýrleiki hafi sjálfstætt, síðferðilegt gildi fyrir dómsúrlausnir.<sup>43</sup> Á móti kemur að valdheimildir dómstóla eru óumdeildari við beitingu skilyrðisins um nauðsyn (vægasta úrræðið)

<sup>42</sup> Eins og fjallað verður um í kafla 4.7 þá beitti Hæstiréttur ekki þessari aðferð í Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5), og nefni ég það sem dæmi um ósamræmi í dómaframkvæmdinni, heldur lét sér nægja að meta hvort möguleikinn á jarðstreng hefði verið rannsakaður og hvort hann teldist sambærilegur loflínu, þ.e. án þess að framkvæma það hagsmunamat sem hér er vísað til.

<sup>43</sup> T.d. Barak (n. 11) 460–2

samanborið við hið hreina hagsmunamat sem felst í skilyrðinu um meðalhóf í þrengri merkingu.<sup>44</sup>

Aðferðarfræðilega hefur meðalhóf í þrengri merkingu verið gagnrýnt m.a. fyrir að ganga út frá því að hægt sé að mæla þá hagsmuni sem vegast á. Gagnrýnin gengur út á að ekki sé til neinn samnefari, ekki nein sameiginleg mælistika eða mælieining, til þess að mæla réttindaskerðingar annars vegar og hagsmuni af því að ná samfélagslegum markmiðum hins vegar.<sup>45</sup> Svarið við þessari gagnrýni gæti hins verið að hér sé ekki þörf á eiginlegum mælingum eða útreikningum heldur mati. Þótt við höfum ekki eiginlega mælieiningu þá getum við stillt andstæðum hagsmunum upp hvorum á móti öðrum.<sup>46</sup>

Dæmi frá MDE útskýrir þannig ágætlega að meðalhófsmat er ekki það sama og kostnaðargreining eða hagkvæmnismat. Peningar eru ekki samnefnarinn við beitingu meðalhófsreglunnar. Í *Hatton* málinu var deilt um það hvort næturflug á Heathrow flugvelli fæli í sér of mikla skerðingu á réttindum íbúa í nágrenni við flugvöllinn.<sup>47</sup> Tiltölulega augljóst var að fjárhagslegur ávinningur af næturfluginu var meiri en fjárhagslegt tap íbúanna. Meðalhófsmatið fór hins vegar ekki einvörðungu fram á þeim grundvelli heldur voru hinir andstæðu hagsmunir metnir með óeiginlegri hætti, þótt hin endanlega niðurstaða hafi verið sú að ekki hafi verið brotið gegn MSE.

Nú hefur verið fjallað um hin fjögur skilyrði meðalhófsreglunnar en næst verður stuttlega vikið að því hvernig sönnunarbyrði horfir við þessum skilyrðum og á hvaða stigi dómstólar veita ríkisvaldinu svigrúm til mats um það hvort skilyrðin séu uppfyllt.

<sup>44</sup> T.d. Schlink (n. 19) 734–5.

<sup>45</sup> Oftast er vísað til þessarar gagnrýni á ensku undir yfirskriftinni „incommensurability“. Sjá t.d. Tsakyrakis (n. 24) og Urbina (n. 24) 39–74 og Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (CUP 2009).

<sup>46</sup> Sjá t.d. svör við þessari gagnrýni í Möller (n. 35) 719–724, Barak (n. 11) 482–4 og Jeremy Waldron, „Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer“ (1993) 45 *Hastings LJ* 813.

<sup>47</sup> *Hatton o.fl. g. Bretlandi* App no 36022/97 (ECHR, 8. júlí 2003).



## 2.5 Sönnunarbyrði og svigrúm til mats

Skilyrði meðalhófsreglunnar bera ekki beinlínis með sér hver eigi sönnunarbyrði um hvort skilyrðin séu uppfyllt. Í fyrsta skrefinu við mat á réttindaskerðingum er ljóst að sá sem telur á réttindum sínum brotið verður að sýna fram á að réttindaákvæði eigi við í málinu og réttindi hafi verið skert. Oft er litið svo á að í kjölfarið verði ríkisvaldið að sýna fram á að skerðingin sé réttlætunleg og því að skilyrði meðalhófsreglu séu uppfyllt. Fyrir þessu eru sterk rök, m.a. byggð á praktískum sjónarmiðum þar sem ríkisvaldið er augljóslega almennt í betri stöðu til þess að réttlæta aðgerðir sínar og útskýra t.d. hvert markmiðið með þeim var og að vægari leiðir hafi verið rannsakaðar en hafi ekki verið tækar.

Málið er þó ekki alveg svo einfalt í framkvæmd. Hér verður látið nægja að benda á tvö dæmi úr íslenskri dómaframkvæmd: Í Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum) segir Hæstiréttur t.d. að „ekki [hafi] verið sýnt fram á nauðsyn þess að ganga svo langt, sem gert var“, sem gefur skýrt til kynna að ríkinu hafi borið að sýna fram á að engin vægari úrræði væru til staðar. Í Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin) bentu þeir sem höfðu orðið fyrir réttindaskerðingu á tiltekin vægari úrræði en Hæstiréttur hafnaði þeim úrræðum og virðist hafa gengið út frá því að sönnunarbyrðin, um að slík úrræði hefðu verið tæk, hvíldi á þeim sem hélt málsástæðunni fram.

Þessu tengd eru sjónarmið um svigrúm til mats og valdmörk hinna þriggja arma ríkisvaldsins.<sup>48</sup> Bent hefur verið á að meðalhófsreglan tekur ekki afstöðu til þess á hvaða stigi dómstólum beri að veita löggjafanum svigrúm til mats og það er líklega afar mismunandi eftir dómstólum og löndum.<sup>49</sup> Þetta getur þó verið lykilatriði um það hversu strangar kröfur meðalhófsreglan setur í raun og veru. Ef löggjafanum er veitt mikið svigrúm til mats á því hvaða markmið séu lögmæt, líkt og MDE gerir t.d. berum orðum þegar skerðingar

<sup>48</sup> Hæstiréttur vísar t.d. ítrekað til svigrúms ríkisvaldsins í fyrrnefndum Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin).

<sup>49</sup> Katharine G. Young, „Proportionality, Reasonableness and Economic and Social Rights“ í *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (n. 19).

lúta að efnahagslegum markmiðum,<sup>50</sup> svo og til þess hvort úrræðið sem valið er telst hæft til þess að ná markmiðinu og ennfremur til þess hvort vægari úrræði hefðu verið tæk og að lokum til þess hvort sanngjarns jafnvægis sé gætt milli andstæðra hagsmuna, þá getur orðið lítið hald í þeim kröfum sem meðalhófsreglan gerir. Dómstólar eru því í sífelldri leit að jafnvægi í þessum efnum.<sup>51</sup>

Oddný Mjöll Arnardóttir hefur nýlega rannsakað dómaframkvæmd MDE í þessum efnum og bent á þróun í dómaframkvæmd sem lýtur að því að MDE leggur meiri áherslu á að rannsaka gæði þeirra dómsúrlausna landsdómstóla og/eða lagasetningar sem MDE fær til meðferðar.<sup>52</sup> Eftir því sem landsdómstóll eða löggjafinn leggur ítarlegra mat á réttmæti réttindaskerðingar, sbr. skilyrði meðalhófsreglunnar, þeim mun rýmra er svigrúm þeirra til mats – og öfugt. Auðveldlega má sjá fyrir sér svipaða nálgun hjá landsdómstólunum sjálfum.<sup>53</sup>

## 2.6 Réttindi sem geta ekki sætt takmörkunum

Rétt er að taka fram að í flestum réttindaskráum stjórnarskráa og alþjóðasáttmála eru tiltekin réttindi algild, í þeim skilningi að þau verða ekki skert, jafnvel þótt öllum skilyrðum meðalhófsreglunnar væri fullnægt. Einfaldasta dæmið er bann við pyntingum, t.d. sbr. 3. gr. MSE, 7. gr. alþjóðasamnings um borgaraleg og stjórn mála eða réttindi og 68. gr. stjkskr. Meðalhófsreglan kemur því ekki til skoðunar og eina spurningin er hvort viðkomandi ákvæði eigi við um ágreiningsefnið.

<sup>50</sup> T.d. *Koufaki og Adedy g. Greece* App no 57665/12 (ECHR, 7. maí 2013).

<sup>51</sup> Matthias Klatt leggur raunar til að hugmyndir um meðalhóf og aðferðir Robert Alexy til þess að veða og meta andstæða hagsmunum geti aðstoðað dómstóla við að ákveða hversu langt þeim er heimilt að ganga hvað varðar valdmörk sín gagnvart löggjafanum. Matthias Klatt, „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance (2015) 13 I-CON 354.

<sup>52</sup> Oddný Mjöll Arnardóttir (n. 30). Sjá einnig t.d. Róbert Spanó, „Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity“ (2014) 14 Human Rights L Rev 487 og Dean Spielmann, „Whither the Margin of Appreciation?“ (2014) 67 Current Legal Problems 49.

<sup>53</sup> Án þess að höfundur sé endilega að leggja það til.

## 3. Um meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar

### 3.1 Inntak meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar

Þróun meðalhófsreglunnar hér á landi rímar við þróun reglunnar í Evrópu í þeim skilningi að hún kom fyrst fram með skýrum hætti á sviði stjórnsýsluréttarins en færðist svo inn á svið stjórnskipunarréttar. Umfjöllunarefni þessarar greinar er stjórnskipunarréttur en í þessum kafla mun ég fjalla stuttlega um inntak meðalhófsreglunnar eins og það hefur birst í stjórnsýslurétti og síðan fjalla um það hvernig réttarsviðin tvö mætast og skarast. Ætlunin er að skýra hvort skilyrði meðalhófsreglunnar séu í meginatriðum þau sömu í báðum tilvikum og hvernig og hvenær stjórnsýslurétturinn skiptir máli þegar fjallað er um stjórnskipunarrétt.

Í 12. gr. ssl. segir: „Stjórnvald skal því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmatu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.“

Umboðsmaður Alþingis hefur bent á að meðalhófsreglan, sem grundvallarregla stjórnsýsluréttar, hefur víðtækara gildissvið en ssl. Feli hún í sér að stjórnvöld verði að gæta hófs í meðferð valds síns og vega og meta hagsmuni borgaranna andspænis þeim markmiðum sem stjórnvöld stefna að og við það mat vegi þeir hagsmunir sem byggja á mannréttindaákvæðum þungt.<sup>54</sup> Um eiginleg skilyrði meðalhófsreglunnar hefur Umboðsmaður sagt:

„Meðalhófsregla stjórnsýsluréttarins hefur verið talin hafa þrjá efnisþætti. Í fyrsta lagi að efni íþyngjandi ákvörðunar verður að vera til þess fallið að þjóna lögmatu markmiði sem að er stefnt. Þetta þýðir þó ekki að markmiðinu verði að ná að fullu. Í öðru lagi að ef fleiri úrræða er völ sem þjónað geta því markmiði, sem að er stefnt, skal velja það úrræði sem vægast er. Íþyngjandi ákvörðun skal þannig aðeins taka að

<sup>54</sup> Álit umboðsmanns Alþingis 21. október 2016 í máli nr. 7590/2013. Sjá einnig álit umboðsmanns Alþingis 20. september 2013 í máli nr. 6335/2011.

ekki sé völ vægara úrræðis sem þjónað geti markmiðinu. Í þriðja lagi verður að gæta hófs við beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið og má því ekki ganga lengra en nauðsyn ber til. (Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3294-3295.) Þá leiðir af rannsóknar- og leiðbeiningarreglum stjórnsluréttarins að stjórnvaldi getur verið skylt að kanna hvort önnur og vægari úrræði séu möguleg auk þess sem skylda getur hvílt á stjórnvaldinu að leiðbeina borgaranum um möguleika hans á að óska eftir slíkum úrræðum.<sup>55</sup>

Eru skilyrði meðalhófsreglu íslensks stjórnsluréttar sambærileg hinum fjórum skilyrðum meðalhófsreglunnar eins og þeim er lýst í fræðiskrifum og fjallað hefur verið um í þessari grein? Fyrirfram myndi maður búast við að svo væri þar sem fyrirmynd 12. gr. ssl. var hin þýska meðalhófsregla sem jafnframt hafði verið nýtt í Evrópurétti.<sup>56</sup> Ítarleg greining á framkvæmd meðalhófsreglu stjórnsluréttar fellur utan efnissviðs þessarar greinar. Hins vegar tel ég að umfjöllun umboðsmanns, svo og fræðaskrif,<sup>57</sup> sýni greinilega að skilyrðin um lögmætt markmið, markhæfni og nauðsyn (vægasta úrræðið) séu sambærileg því sem hér hefur verið fjallað um, þótt þau horfi eflaust stundum öðruvísi við í stjórnslurétti.<sup>58</sup>

Hvað varðar það hagsmunamat sem vísað er til í þessari grein sem meðalhófs í þrengri merkingu (*stricto sensu*) telur Páll Hreinsson að slíkt mat sé hluti af skilyrðinu um nauðsyn, þ.e. að markmiðinu verði ekki náð með öðru og vægara móti, þar sem „*eðlilegt samband*“ verður að vera á milli þess úrræðis, sem valið er og þess *markmiðs*, sem stefnt er að<sup>59</sup>. Ég tel reyndar skýrara, a.m.k. í fræðilegri umfjöllun, að skilja þessi tvö skilyrði í sundur, sbr. fyrri umfjöllun, þannig að skilyrðið um nauðsyn

<sup>55</sup> Sama heimild.

<sup>56</sup> Páll Hreinsson (n. 7) 505.

<sup>57</sup> Sama heimild, Björg Thorarensen (n. 7) 53-64, „Starfsskilyrði stjórnvalda“ (n. 7) 42-44, Gaukur Jörundsson (n. 7).

<sup>58</sup> Bæði vegna þess að stjórnvöld eru bundin af lögum og hafa takmörkuð úrræði til þess að vinna að forskilgreindum markmiðum, á meðan hendur löggjafans eru fjálsari og vegna þess að meðalhófsregla stjórnsluréttar gildir um allar íþyngjandi ákvarðanir, líka þær sem lúta ekki að mannréttindum.

<sup>59</sup> Páll Hreinsson (n. 7) 516 (skáletrun í frumtexta). Páll nefnir klassískt dæmi til útskýringar á meðalhófi í þrengri merkingu: Lögreglan getur ekki beitt skotvopnum til að stöðva ökumann fyrir smávægilegt umferðarlagabrot, jafnvel þótt engin vægari úrræði séu í boði.

(vægasta úrræðið) sé aðgreint frá mati á meðalhófi í þrengri merkingu. Mikilvægast er þó að Páll gerir ráð fyrir að meðalhófi í þrengri merkingu sé hluti af meðalhófsreglu stjórnsluréttar. Samkvæmt því má t.d. túlka orðalag 12. gr. ssl. þannig að stjórnvöld verði að gæta að sanngjörnu jafnvægi milli einka- og almannahagsmuna, jafnvel í þeim tilvikum þar sem vægasta úrræðið hefur verið valið.<sup>60</sup>

Umboðsmaður Alþingis nefnir, í tilvitnuðum texta hér að framan, að meðalhófsreglan mæli að síðustu fyrir um að gæta beri hófs við beitingu þess úrræðis sem valið hefur verið. Þegar stjórnvöld hafa mat um hvernig úrræði er útfært ber þannig að fylgja þessu skilyrði, en það á hins vegar ekki við ef réttaráhrif íþyngjandi ákvörðunar koma að öllu leyti fram í fastmótuðum lagareglum.<sup>61</sup> Þetta skilyrði er ekki nefnt sérstaklega í umfjöllun fræðimanna um meðalhófsreglu stjórnskipunarréttar, sbr. kafla 2. Hlýtur enda oftast að vera erfitt að greina á milli þess hvar vali á úrræði líkur og útfærsla úrræðisins hefst, sérstaklega þegar horft er á hlutverk löggjafans sem setur lögin frekar en að útfæra þau. Að því marki sem á þetta reynir sem sjálfstætt skilyrði er gert ráð fyrir að stjórnvöld skuli „vega og meta andstæða hagsmuni í málinu og fara meðalveginn“<sup>62</sup> við útfærslu hins íþyngjandi úrræðis.

### 3.2 Skil og skörun milli meðalhófsreglu stjórnslu- og stjórnskipunarréttar

Meðalhófsregla stjórnslulaga á ævinlega við þegar taka á íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Slík ákvörðun þarf ekki að fela í sér skerðingu á stjórnarskrárbundnum réttindum,<sup>63</sup> en meðalhófsreglan hefur sérstakt vægi þegar slík réttindi eiga í hlut. Hún gildir jafnframt sem grundvallarregla um aðrar athafnir stjórnvalda.

<sup>60</sup> Ég hef, sem fyrr segir, ekki rannsakað hvort skýr dæmi um slíkt hagsmunamat (meðalhóf í þrengri merkingu) sé framkvæmt í ágreiningsmálum á sviði stjórnsluréttarins.

<sup>61</sup> Páll Hreinsson (n. 7) 518.

<sup>62</sup> „Starfsskilyrði stjórnvalda“ (n. 7) 44.

<sup>63</sup> Eitt einfalt dæmi gæti verið ákvörðun um áminningu opinbers starfsmanns. Íþyngjandi en sennilega ekki skerðing á mannréttindum.

Meðalhófsregla stjórnskipunarréttar byggir á mannréttindareglum stjórnarskrárinnar. Hún gildir við lagasetningu og kemur því einkum til skoðunar þegar dómstólar beita endurskoðunarvaldi sínu um stjórnskipulegt gildi laga sem fela í sér takmörkun eða skerðingu á stjórnarskrárvörðum réttindum. Reglan á einnig við í öðrum tilvikum þar sem mannréttindi eru takmörkuð, t.d. þegar deilt er um beitingu lagaákvæðis sem takmarkar réttindi í einstöku tilviki. Dæmi um þetta síðastnefnda er Hrd. 15. nóvember 2012 í máli nr. 60/2012 (Hverfisgata) þar sem fallist var á kröfu húsfélags í fjöleignarhúsi til að fá einn íbúa hússins skyldaðan til að selja eignarhlut sinn á grundvelli 55. gr. laga nr. 26/1994 um fjöleignarhús. Í málinu var meira deilt um hvort beiting ákvæðisins í þessu tiltekna máli stæðist eignarréttindaákvæði 72. gr. stjkskr. frekar en það hvort lagaákvæðið fengi yfir höfuð staðist.

Skörun milli meðalhófsreglna stjórnsluréttar og stjórnskipunarréttar á sér auðvitað stað þegar lög fela stjórnvöldum að taka íþyngjandi ákvörðun sem felur í sér skerðingu á stjórnarskrárvörðum réttindum. Þegar stjórnvald t.d. tekur ákvörðun um eignarnám á tiltekinni eign þá eru stjórnarskrárvarin eignarréttindi skert með stjórnvaldsákvörðun og sú ákvörðun hvílir á lagaheimild. Oftast lýtur ágreiningur að þessari tilteknu ákvörðun og um þann ágreining gilda formlega séð bæði meðalhófsregla stjórnsluréttar (íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun) og meðalhófsregla stjórnskipunarréttar (skerðing á vernduðum réttindum). Í eignarnámsmálum hefur Hæstiréttur almennt farið þá leið að fjalla um stjórnarskrána og draga meðalhófsreglu út úr eignarréttarákvæði hennar, fremur en að vísa til 12. gr. ssl.<sup>64</sup> Á hinn bóginn má benda á að í Hrd. 15. mar 2001 í máli nr. 354/2000 (Hörður Einarsson) fjallaði Hæstiréttur um tollskoðun, þ.e. reglu- bundna og fyrirvaralaus skoðun á póstsendingum, og vísaði samhliða til einkalífsverndar stjórnarskrárinnar og meðalhófsreglu stjórnsluréttarins og virðist frekar líta á skilyrði meðalhófsreglunnar sem álitafæni á sviði stjórnsluréttar.

<sup>64</sup> T.d. Hrd. 19. mars 2009 í máli nr. 425/2008 (Brekka í Núpasveit), Hrd. 26. mars 2014 í máli nr. 583/2014 (Hjarðarhagi), Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi), Hrd. 12. maí 2016 í máli nr. 511/2015 (Suðurnesjalína 2, eignarnám) og Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5).

Í þessari grein verður sem fyrr segir leitast við að fjalla einkum um álitaeefni á sviði stjórnskipunarréttar og einkum um athafnir löggjafans. Stundum verður þó fjallað um dæmi þar sem framangreind skörun verður milli stjórnsýslu- og stjórnskipunarréttar. Í ljósi þess sem fram kemur í þessum kafla ætti það ekki að koma að sök, þar sem skilyrði meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins ríma, a.m.k. í öllum aðalatriðum, við þau skilyrði stjórnskipulegrar meðalhófsreglu sem hér hefur verið fjallað um.

## 4. Meðalhófsregla íslensks stjórnskipunarréttar í framkvæmd

### 4.1 Almenn

Í þessum kafla mun ég leitast við að gefa yfirlit yfir dómaframkvæmd Hæstaréttar um stjórnskipulega meðalhófsreglu og þannig reyna að varpa ljósi á það hvernig Hæstiréttur fjallar um regluna og hvernig dómaframkvæmdin hér á landi horfir við hinni fræðilegu umfjöllun, og einkum skilyrðunum fjórum, sem fjallað var um í kafla 2 að framan. Ætlunin er að kanna hvort Hæstiréttur beitir þeim skilyrðum sem fjallað hefur verið um, beint eða óbeint, eða hvort Hæstiréttur gerir aðrar, annað hvort strangari eða vægari, kröfur til þess að takmarkanir á stjórnarskrárvörðum réttindum fái staðist. Dæmi um mælikvarða sem er strangari en meðalhófsreglan gæti verið að ekki væri nægilegt að takmörkun réttinda stefndi að lögmætu markmiði, heldur þyrfti markmiðið að vera „sérstaklega knýjandi“.<sup>65</sup> Dæmi um vægari mælikvarða væri að gera ekki kröfu um ríkisvaldið beiti vægasta úrræðinu sem nær settu markmiði, heldur væri nægilegt að úrræðið sem verður fyrir valinu byggji á málefnalegum sjónarmiðum, enda gætu mörg misíþyngjandi úrræði komið til greina. Umfjöllunin hér á eftir er ekki endilega tæmandi en nær þó yfir helstu tilvikin með sérstakri áherslu á nýrri dóma. Dómarnir eru flokkaðir eftir umfjöllunarefnum, mínar ályktanir eða gagnrýni á einstaka dóma er

<sup>65</sup> Hér hef ég í huga þann mælikvarða sem nefndur er „strict scrutiny“ í bandarískum stjórnskipunarrétti, sjá t.d. *Kramer v. Union Free School District* 395 U.S. 621 (1969), sem fjallaði um kosningarétt.

sett fram jafnóðum og í lokin, sjá kafla 4.9, verða dregnar ályktanir af þeirri heildarmynd sem birtist.

## 4.2 Tjáningarfrelsi og einkalífsvörnd

Fyrst verður fjallað um nokkra dóma sem lúta að takmörkunum á tjáningarfrelsi. Eitt skýrasta dæmið úr dómaframkvæmd Hæstaréttar um beitingu stjórnskipulegrar meðalhófsreglu er Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum),<sup>66</sup> sem hefur ítrekað komið við sögu í þessari grein. Niðurstaða Hæstaréttar var að markmið löggjafans væri lögmætt, þ.e. að draga úr tóbaksneyslu. Í kafla 2.4.2. benti ég á að afstaða Hæstaréttar gagnvart markhæfni er ekki alveg skýr – Hæstiréttur virðist hafa ákveðnar efasemdir um að bann við útstillingu tóbaks virki til þess að draga úr neyslu og bendir sérstaklega á að engar rannsóknir liggi til grundvallar. Meginniðurstaðan var þó sú að vægari úrræði hefði verið í boði, þ.e. að gera undantekningu fyrir sérverslanir með tóbak. Nánar tiltekið taldi Hæstiréttur að ríkisvaldinu hefði ekki tekist að sýna fram á að skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið) væri uppfyllt.<sup>67</sup>

Sömu afstöðu til þess að það sé ríkisvaldsins að sýna fram á að skilyrði um nauðsyn séu uppfyllt má sjá í eldri dómi Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 354/2000 (Hörður Einarsson) þar sem tollstjóri þótti ekki hafa sýnt fram á að nauðsynlegt hafi verið að opna póstsendingar frá útlöndum til að ná því lögmæta markmiði að innheimta aðflutningsgjöld og ekki hafi verið kostur á öðrum aðferðum í því skyni. Dómurinn fjallar strangt tiltekið um stjórnarsýslurétt, en Hæstiréttur vísar þó samhliða til meðalhófsreglu stjórnarsýsluréttar og stjórnarskrárreglna um einkalífsvörnd og tjáningarfrelsi. Hæstiréttur fjallar ekki sérstaklega um hvaða vægari úrræði hefðu verið í boði og hvernig þau næðu hinu lögmæta markmiði en stefnandi hafði þó bent á tiltekin vægari úrræði í sínum málflutningi.

<sup>66</sup> Sjá einnig Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 462/2005 sem fjallaði um aðrar hliðar á sama máli.

<sup>67</sup> Hér má til hliðsjónar benda á Hrd. 1999, bls. 781 (áfengisauklýsingar) þar sem Hæstiréttur virðist láta nægja að vísa til þess að löggjafinn hafi talið bann við áfengisauklýsingum nauðsynlegt, án þess að Hæstiréttur taki sjálfstæða afstöðu til þess hvort svo sé.



Í Hrd. 28. maí 2014 í máli 812/2014 (Gálgahraun, mótmæli)<sup>68</sup> var mótmælandi sakfelldur fyrir að fara ekki að fyrirmælum lögreglu á meðan á mótmælum stóð vegna vegaframkvæmda. Svo fór að lögregla skipaði mótmælendum að yfirgefa vinnusvæðið og fjarlægði og handtók þá sem ekki fylgdu þeirri skipun og voru þeir síðar ákærðir. Hæstiréttur tók fram að réttur til mótmæla nyti verndar tjáningarfrelsisákvæðis 73. gr. stjkskr. og takmarkanir á þeim réttindum þyrftu að byggjast á lögum til verndar allsherjarreglu eða réttinda annarra, enda teldist slík takmörkun nauðsynleg og samrýmdist lýðræðishefðum.<sup>69</sup> Hæstiréttur taldi þau skilyrði uppfyllt. Hæstiréttur nefndi ekki meðalhófsreglu sérstaklega, en tók þó fram að vegaframkvæmdirnar hafi verið lögmætar á þeim tíma sem um ræddi og því hafi lögregla haft heimild til að tryggja framkvæmd þeirra og allsherjarreglu (lögmætt markmið). Ekki skipti máli þótt lögmæti framkvæmdanna væri umdeilt. Þá benti Hæstiréttur á að aðgerðir lögreglu hefðu ekki gengið lengra en þörf krafði og bannið við mótmælum hefði einungis gilt á vinnusvæðinu sjálfu (markhæfni og nauðsyn, vægasta úrræðið). Án þess að skilgreina þau skilyrði sérstaklega þá fjallar Hæstiréttur þannig um fyrstu þrjú skilyrði meðalhófsreglunnar sem hér hefur verið fjallað um. Í dóminum er hins vegar ekki að finna neitt beint hagsmunamat (meðalhóf í þrengri merkingu). Með því að stíga það skref hefði Hæstiréttur þurft að vega og meta réttinn til mótmæla andspænis því að framkvæmdir fengju að halda óhindrað áfram. Hægt er að ímynda sér að a.m.k. í sumum tilvikum séu hagsmunir mótmælenda einfaldlega svo mikilvægir, samanborið við t.d. tímabundnar tafir á framkvæmdum, að jafnvel hið vægasta úrræði – í þessu tilviki að banna mótmæli á vinnusvæðinu – gangi of langt. Með því að fara í gegnum öll skilyrði meðalhófsreglunnar nyti tjáningarfrelsi mótmælenda, a.m.k. fræðilega séð, sterkari verndar en í þessum dómi.

<sup>68</sup> Sjá einnig aðra dóma um sama efnis sem kveðnir voru upp sama dag. Sbr. einnig Hrd. 8. desember 2016 í máli nr. 100/2016 og aðra dóma sem kveðnir voru upp sama dag þar sem bótakröfum þeirra sem handteknir voru við mótmælin var hafnað, einkum með vísan til dómanna frá því 28. maí 2014.

<sup>69</sup> Þótt málið lúti í raun að ákvörðunum lögreglu og sé þannig á sviði stjórnisýsluréttarins þá leysir Hæstiréttur úr málinu alfarið á grundvelli stjórnarskrárinnar og því þykir óhætt að fjalla um dóminn í þessu samhengi.

Af sviði tjáningarfrelsis verður að síðustu að nefna dóma um meiðyrði og ærumeiðingar. Ítrekaðir áfellsdómar MDE þar sem niðurstaðan hefur verið sú að íslenskir dómstólar leggi ekki fullnægjandi mat á andstæða hagsmuni í tjáningarfrelismálum, sbr. skilyrði meðalhöfsglunnar eins og þau hafa þróast í dómaframkvæmd MDE, hafa hlotið mikla athygli.<sup>70</sup> Skýrasta dæmið þar sem ekkert meðalhöfsmat fór fram var í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 21. desember 2009 í máli nr. E-5265/2009. Héraðsdómur féllst á kröfur í meiðyrðamáli gegn Erlu Hlynsdóttur vegna fréttaskrifa hennar í DV um átök eigenda nektardansstaða, m.a. Strawberries. Hæstiréttur hafnaði beiðni um áfrýjunarleyfi og málið rataði til Strassborgar og lauk með dómi í máli *Erlu Hlynsdóttur gegn Íslandi (nr. 1)*.<sup>71</sup> Lykilatriði í umfjöllun MDE lýtur að því að héraðsdómur hafi einfaldlega ekki fjallað um ýmis þau atriði sem skipta máli, skv. dómaframkvæmd MDE, þegar kemur að mati á því hvort takmörkun á tjáningarfrelsi, skv. 10. gr. MSE, er „nauðsynleg í lýðræðisþjóðfélagi“, þ.e. gagnvart meðalhöfsmatinu sem MDE beitir til þess að veга einkalífsværing andspænis tjáningarfrelsi. Til dæmis bendir MDE á að ekki verði séð af röksemdafærslu héraðsdóms að neinu máli skipti þótt grein Erlu hafi án vafa átt erindi við almenning.<sup>72</sup>

Einhvers konar meðalhöfsmat er þó að finna í ýmsum ærumeiðingadómum Hæstaréttar, sérstaklega í nýrri dómum. Til dæmis er bein tilvísun til meðalhöfs í Hrd. 18. desember 2014 í máli nr. 214/2014 (Gillz) í tengslum við höfnun dómstóla á refsikröfu vegna ærumeiðandi aðdróttunar. Tilvísunin er reyndar mjög almenn, þ.e. ekki er útskýrt hvaða skilyrði meðalhóf setur né hvers vegna þau skilyrði

<sup>70</sup> Sjá t.d. „Dómar um blaðamenn voru komnir í óefni“ – Viðtal við Gunnar Inga Jóhannsson hrl (2015) 11 Tímarit Lögréttu 175.

<sup>71</sup> *Erlu Hlynsdóttir g. Íslandi (nr. 1)* App no 43380/10 (ECHR, 10. júlí 2012).

<sup>72</sup> Sama heimild, mgr. 64. Jafnframt má benda á Hrd. 21. febrúar 2013 í máli nr. 525/2012 sem fór síðan til MDE og lauk með *Ólafsson g. Íslandi* App no 58493/13 (ECHR, 16. mars 2017) þar sem niðurstaða MDE var á sama veg, þ.e. Hæstiréttur lét nægja að að staðhæfa að hin umstefndu ummæli fælu í sér ærumeiðandi aðdróttun en MDE lagði sértakt mat á hvort dómur á hendur ritstjóra vefmiðils vegna þessara ummæla gæti talist nauðsynleg takmörkun á tjáningarfrelsi í lýðræðisþjóðfélagi.

töldust ekki uppfyllt. Ennfremur má benda á Hrd. 15. nóvember 2012 í máli nr. 69/2012 (Jón Ásgeir Jóhannesson gegn Svavari Halldórssyni) þar sem Hæstiréttur féllst á ómerkingarkröfu vegna ummæla í frétt sem fól í sér aðdróttun, þ.e. staðhæfingu um að stefnandi málsins hefði gerst sekur um afbrot. Í forsendum sínum benti Hæstiréttur hins vegar á andstæð sjónarmið: annars vegar að umfjöllun um aðdraganda fjármálahrunsins væri mikilvæg almenningi en á móti kom að engin gögn virtust styðja ummælin, fjölmiðillinn leitaði ekki eftir viðbrögðum stefnanda og gat ekki talist í góðri trú um að ummælin væru sönn. Þegar málið rataði síðar til MDE<sup>73</sup> var niðurstaða Mannréttindadómstólsins sú að ekki hafi verið brotið gegn MSE, einkum þar sem Hæstiréttur hefði einmitt vegið og metið (e. *balance*) tjáningarfrelsi andspænis einkalífsvernd, með hliðsjón af þeim atriðum sem MDE hefur lagt áherslu á í framkvæmd sinni. MDE tók fram að niðurstaðan úr hagsmunamatinu kunni að vera umdeild, en þegar landsdómstóll hefur í raun og veru framkvæmt slíkt mat þá skerist MDE ekki í leikinn nema veigamiklar ástæður (e. *strong reasons*) komi til.<sup>74</sup>

Ærumeiðingadómarnir eru dálítið sér á parti útfrá meðalhófsreglu. Bæði vegna þess að þar rekast oft á réttindi tveggja einstaklinga, en hin kerfisbundna meðalhófsregla sem fjallað er um í kafla 2 á betur við þegar réttindaskerðing byggir á almannahagsmunum, og vegna þess að þótt dómaframkvæmd MDE byggji á meðalhófsreglu þá hafa mótast tilteknar flokkunarreglur (t.d. aðgreining gildisdóma og staðhæfinga um staðreyndir og sérmeðferð þeirra sem teljast opinberar persónur) sem hafa mikil áhrif á hagsmunamat dómstólsins.

<sup>73</sup> *Halldórsson g. Íslandi* App no 44322/13 (ECHR, 4. júlí 2017).

<sup>74</sup> Svipuð niðurstaða varð í *Arnarson g. Íslandi* App no 58781/13 (ECHR, 13. júní 2017), ekki var talið að brotið væri gegn MSE. Til viðbótar við þá dóma sem hér hefur verið fjallað um má benda á *Björk Eiðsdóttir g. Íslandi* App no 46443/09 (ECHR, 10. júlí 2012), *Erla Hlynsdóttir g. Íslandi (nr. 2)* App no 54125/10 (ECHR, 21. október 2014), *Erla Hlynsdóttir g. Íslandi (nr. 3)* App no 54145/10 (ECHR, 2. júní 2015) og *Traustason o.fl. g. Íslandi* App no 44081/13 (ECHR, 4. maí 2017). Í öllum málunum taldist brotið gegn tjáningarfrelsisákvæði MSE.

### 4.3 Fiskveiðistjórnun

Fiskveiðistjórnunarkerfið hefur verið uppspretta ýmissa mikilvægra og snúinna stjórnskipulegra álitafna. Hinir frægu kvótadómar Hæstaréttar, Hrd. 1998, bls. 4976 (veiðileyfi) og Hrd. 2000, bls. 1534 (Vatneyri) eru bestu dæmin.<sup>75</sup> Hæstiréttur lítur til þess í báðum dómunum að lögmaett markmið – að vernda fiskistofna – hafi staðið til þess að takmarka atvinnufrelsi, skv. 75. gr. stjkskr., sbr. einnig jafnræðisreglu 65. gr. Í fyrri dóminum segir m.a. um þá skerðingu á atvinnufrelsi sem fólst í því að sýnja stefnanda um leyfi til veiða í atvinnuskyni:

„Stefndi [Íslenska ríkið] hefur ekki sýnt fram á, að aðrar leiðir séu ekki færar til að ná því lögmaetta markmiði að vernda fiskistofna við Ísland.“  
(Áhersla mín)

Í síðari dóminum segir hins vegar, um þá takmörkun á réttindum sem felst í úthlutun aflaheimilda:

„Þegar litið er til þeirra hagsmuna af atvinnu og fjárfestingum, sem bundnir hafa verið sjávarútvegi, og til reynslu og þekkingar því samfara, verður að telja að það hafi verið samrýmanlegt jafnræðisrökum að deila takmörkuðum heildarafla milli skipa, sem þá stunduðu viðkomandi veiðar, þótt löggjafinn hefði átt úr fleiri kostum að velja.“ (Áhersla mín)

Niðurstaðan virðist ráðast af þeim mælikvarða sem Hæstiréttur notar.<sup>76</sup> Í fyrri dóminum beitir Hæstiréttur skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið) en í síðari dóminum beitir Hæstiréttur vægari mælikvarða. Mælikvarðinn er vægari þar sem Hæstiréttur leggur ekki þá skyldu á löggjafann að velja vægasta úrræðið, heldur bara eitthvað af þeim mörgu úrræðum sem löggjafinn hafði, svo lengi sem það úrræði

<sup>75</sup> Um dómana sjá einnig t.d. Björg Thorarensen (n. 7), Karl Axelsson, „Vatneyrardómur: Um dóm Hæstaréttar frá 6. apríl 2000 í málinu nr. 12/2000“ (2000) 53 Úlfjótur 270, Oddný Mjöll Arnardóttir, „Vatneyrardómurinn í ljósi tilgátu um samspil jafnræðisreglunnar og endurskoðunarvalds dómstóla“ (2000) 53 Úlfjótur 276 og Sigurður Línal, „Vatneyrardómur – Hæstiréttur og stjórn fiskveiða“ (2000) 53 Úlfjótur 283.

<sup>76</sup> Lesendur mega þó ekki gleyma sér í greiningu á hinum lögfræðilega texta. Framtíð kvótakerfisins var og er gríðarlega pólitískt mál og líklega væri varasamt að ímynda sér að texti dómanna segði alla söguna um það hvernig niðurstaða Hæstaréttar mótaðist.

sem varð fyrir valinu uppfyllti lágmarkskröfur um jafnræðisrök. Munurinn er samsagt hvort löggjafinn þarf að velja besta úrræðið eða bara úrræði sem er nógu gott, þótt önnur kunni að vera betri. Skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið) er sem fyrr segir talið eitt af kjarnaatriðum meðalhófsreglunnar.

Það sem er aðferðarfræðilega gott við dómana er að lesendur geta nokkurn veginn séð hvernig dómstólar geta ráðið niðurstöðu mála með því að velja annað hvort strangari eða vægari mælikvarða. Verra er að Hæstiréttur útskýrir ekki hvers vegna mælikvarðinn er ekki sá sami.

Nýrri dómur um fiskveiðistjórnunarkerfið halda áfram á svipaðri braut og Vatneyrardómurinn:

Í Hrd. 28. janúar 2016 í máli nr. 462/2015 (úthafs-rækjukvóti) taldi Hæstiréttur að úthlutun kvóta sem byggðist á veiðireynslu fyrri ára, og veitti þar með tilteknum aðilum forskot, stæðist stjórnarskrá þar sem fyrirkomulagið væri málefnalegt. Aftur bendi ég á að skilyrði um málefnalegt fyrirkomulag er ekki sambærilegt við skilyrði meðalhófsreglunnar eins og þau hafa verið rakin í þessari grein – þróskuldur um málefnalegt fyrirkomulag er lægri en krafa um að vægasta úrræðið hafi verið valið.

Í Hrd. 23. mars 2017 í máli nr. 213/2016 (sérstakt veiðigjald) og Hrd. 29. nóvember 2012 í máli nr. 177/2012 (útflutningsálag) lét Hæstiréttur einnig nægja að benda á að gjaldtaka í sjávarútvegi væri reist á málefnalegum grunni og fjárhæðum væri stillt í hóf. Þessir dómur eru einnig skyldir dómum um skattlagningu sem næst verður fjallað um.

#### 4.4 Skattamál

Í Hrd. 10. apríl 2014 í máli nr. 726/2013 (auðlegðarskattur) taldi Hæstiréttur að auðlegðarskattur sem lagður var á þá sem áttu miklar eignir á árunum 2010–2012 stæðist 72. gr., sbr. 65. gr. stjkskr. Í forsendum sínum vísaði Hæstiréttur til „óskráðrar meðalhófsreglu íslenskrar stjórnskipunar“ og tók fram að skattlagning mætti ekki ganga of langt gagnvart einstökum skattgreiðendum. Umfjöllun Hæstaréttar er hins vegar ekki mjög kerfisbundin. Ekki er fjallað um einstök skilyrði

meðalhófsreglunnar í dómnum en Hæstiréttur leggur, að því er virðist, mat á þá einka- og almannahagsmuni sem vegast á í málinu, sbr. meðalhóf í þrengri merkingu. Þannig horfir Hæstiréttur „til þess við hvaða aðstæður lögin voru sett og hvert hafi verið markmið þeirra, hvers eðlis skatturinn er og hver sé upphæð hans“, m.a. með tilliti til samanlagðs skatthlutfalls yfir þau ár sem um ræddi. Bendir Hæstiréttur á einstæðan vanda í ríkisfjármálum eftir hrun, andspænis mikilli eignasöfnun fárra aðila, og tiltölulega lágs skatthlutfalls. Með þessu er Hæstiréttur greinilega að vega og meta andstæða hagsmuni og var niðurstaðan sú að ekki væri brotið gegn stjórnaskrá. Hæstiréttur dæmdi aftur um stjórnskipulegt gildi auðlegðarskatts í Hrd. 24. maí 2017 í máli nr. 391/2016. Vísaði Hæstiréttur í fyrri dómnum en benti þar að auki á að verðmæti eigna þess einstaklings sem átti í hlut hefði aukist þrátt fyrir skattlagninguna og framfærsla hans hefði ekki verið í hættu. Því hefði skattlagningin ekki verið óhófleg. Þessir dómar virðast því vera dæmi um að Hæstiréttur vegur og metur berum orðum andstæða hagsmuni og niðurstaðan ræðst af því mati.

Auðlegðarskattadómarnir, svo og fyrrnefndur dómur um sérstakt veiðigjald, Hrd. 23. mars 2017 í máli nr. 213/2016, eru skýr dæmi um að Hæstiréttur veitir löggjafanum rúmt svigrúm til mats þegar kemur að skattlagningu og draga má þá ályktun að réttindaákvæði stjórnarskrárinnar setji ekki strangar skorður við skattlagningu sem stefnir að auknum jöfnuði (e. *progressive taxation*). Í báðum þessum málum var ætlun löggjafans að auka jöfnuð með því að skattleggja verðmætar eignir eða auðlindarentu.

#### **4.5 Almennar skerðingar á eignarréttindum – kröfuréttindi, atvinnuréttindi og aflahæfi**

Hér verður fjallað um þrjú dóma þar sem Hæstiréttur lagði mat á almennar skerðingar á eignarréttindum. Í öllum dómnum voru lagaákvæðin sem deilt var um talin standast stjórnarskrá en fróðlegt er að reyna að átta sig á því hvaða mælikvarða var beitt. Í ljós kemur að í fyrsta dómnum (um neyðarlögin) beitti Hæstiréttur meðalhófsreglunni með mjög kerfisbundnum hætti, en fjallaði þó ekki um meðalhóf í þrengri merkingu. Í öðrum dómnum (Björgun) er umfjöllun um meðalhóf ekki jafn kerfisbundin, og er dálítið óskýr

hvað varðar þau lögmætu markmið sem löggjafinn stefndi að, en þó virðist Hæstiréttur fjalla um öll skilyrði reglunnar þ.m.t. meðalhóf í þrengri merkingu. Í þriðja dómnum (um sjúklingatryggingar) er hins vegar vægari mælikvarða beitt um stjórnskipulegt gildi umdeildra laga og Hæstiréttur lætur nægja að spyrja hvort lagasetningin byggist á málefnalegum sjónarmiðum. Mun ég nú fjalla nánar um þessa þrjá dóma.

Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin)<sup>77</sup> laut einkum að því hvort ákvæði svokallaðra neyðarlaga frá 6. október 2008, er veittu kröfum um innstæður forgang við slitameðferð fjármálafyrirtækja, væru andstæð 72. gr. stjkskr. Málið var flutt ítarlega og kerfisbundið um skilyrði meðalhófsreglunnar af hálfu flestra málsaðila og dómur Hæstaréttar ber þess skýr merki. Hæstiréttur taldi að eignarréttarákvæði stjkskr. ætti við þar sem peningakröfur kröfuhafa gagnvart (gamla) Landsbanka Íslands hf. nytu verndar ákvæðisins og ennfremur að að neyðarlögin hefðu skert virði þessara krafna og væri um að ræða almenna skerðingu á eignarréttindum. Næst fjallaði Hæstiréttur um lögmætt markmið með skerðingunni, um markhæfni úrræðisins sem fólst í neyðarlögunum og hvort vægari úrræði hefðu verið í boði. Niðurstaðan var sú, sér í lagi í því ljósi að rétt væri að veita löggjafanum víðtækt svigrúm til viðbragða við þær aðstæður sem uppi voru, að skilyrði meðalhófsreglu væru uppfyllt. Hæstiréttur tók ekki beina afstöðu til málsástæðna um við skerðingu á eignarréttindum verði að gæta sanngjarns jafnvægis, þ.e meðalhófs í þrengri merkingu, en að öðru leyti er dómur Hæstaréttar, þótt hann sé langur og nokkuð flókinn – eða kannski einmitt þess vegna, skýrt dæmi um kerfisbundna greiningu á fyrstu þremur skilyrðum meðalhófsreglu.<sup>78</sup>

Í Hrd. 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 (Björgun gegn íslenska ríkinu) taldi stefnandi að með því að fella niður leyfi félagsins til efnistöku á hafsbotni, sem gert var með lagasetningu, hefði verið

<sup>77</sup> Sjá einnig aðra dóma sem kveðnir voru upp sama dag svo og Hrd. 16. maí 2013 í máli nr. 596/2012 (DekaBank).

<sup>78</sup> Einn dómari skilaði sératkvæði í málinu.

brotið gegn atvinnuréttindum félagsins. Hæstiréttur féllst á að þessi réttindi nýtu verndar 72. gr. og 75. gr. stjkskr. en sýknaði ríkið engu að síður. Í dóminum er fjallað berum orðum um meðalhófsreglu en umfjöllunin er samt sem áður dálítið óljós.

Í kafla II í dóminum fjallar Hæstiréttur um 72. gr. og 75. gr. stjkskr. og segir ríka og augljósa almannahagsmuni bundna við verndun og hagkvæma nýtingu á auðlindum hafsbotsins. Skilyrði stjórnarskrárákvæðanna um að réttindaskerðing byggist á almannahagsmunum sé því uppfyllt. Þá segir að breytingarnar hafi verið „almennar og málefnalegar“ og ekki sé „sýnt fram á að þær hafi ekki stuðst við haldbær rök eða viðurkennd löggjafarsjónarmið“.

Í kafla III í dóminum fjallar Hæstiréttur berum orðum um málsástæðu stefnanda um meðalhóf. Þar byggði stefnandi á því að markmið löggjafans hefði „einkum verið að heimila ráðherra gjaldtöku“ og í því augnamiði hefði verið nægilegt að setja lög sem heimiluðu gjaldtöku í stað þess að fella úr gildi útgefin leyfi. Um þetta segir Hæstiréttur:

„Þegar leyst er úr hvort meðalhófs hafi verið gætt við setningu þessara laga verður að meta hvort það hafi verið virt við beitingu úrræða miðað við þá hagsmuni sem í húfi voru og hvort beitt hafi verið vægasta úrræði sem að gagni komi. Í lögskýringargögnum við ákvæði II til bráðabirgða, sem bætt var við lög nr. 73/1990, sagði að hin síðari ár hafi ýmsir annmarkar komið fram á eldri leyfum. Mikilvægt væri að leiðrétta þá og samræma ákvæði leyfanna og jafnframt að koma á gjaldtöku fyrir nýtingu auðlinda. Löggjafinn hefur metið það svo að til þess að ná þessum markmiðum sé nauðsynlegt að fella niður eldri leyfi. Samkvæmt frumvarpinu var aðlögunartími metinn hæfilegur tvö ár, en í meðförum Alþingis var sá tími lengdur í fimm ár. Þegar litið er til tilgangs bráðabirgðaákvæðisins og þess aðlögunartíma sem áfrýjandi naut er sýnt að meðalhófs var gætt við setningu laga nr. 101/2000.“

Umfjöllun Hæstaréttar er að mínu mati óljós í þessum tveimur köflum hvað varðar það markmið sem löggjöfin stefndi að. Í kafla II vísar Hæstiréttur til mjög almenns markmiðs: verndunar og hagkvæmrar nýtingar auðlinda og bendir síðan á að löggjöfin hafi byggt á málefnalegum sjónarmiðum. Í kafla III fjallar Hæstiréttur um þrengra skilgreind markmið og hvort lögin hafi verið nauðsynleg



til að ná þessu markmiði. Dómurinn sýnir því hversu miklu máli skiptir að skilgreina það markmið sem að er stefnt – skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið) horfir t.d. allt öðruvísi við eftir því við hvort markmiðið var einungis að koma á gjaldtöku, líkt og stefnandi vildi meina, eða fól einnig í sér að samræma ákvæði nýtingarleyfa.

Þá er mér ekki fullkomlega ljóst á hverju mat Hæstaréttar á meðalhófi í kafla III byggist. Ef Hæstiréttur taldi að markmið laganna hafi verið að samræma ákvæði nýtingarleyfa svo og að koma á gjaldtöku var, samkvæmt þeirri kerfisbundnu meðalhófsgreiningu sem ég fjallaði um í kafla 2 að framan, þegar af þeirri ástæðu ljóst að hið vægara úrræði sem stefnandi benti á (gjaldþaka án þess að fella leyfi niður) var ekki tækt. Það gat ekki náð markmiðinu. En Hæstiréttur tekur ekki beinlínis afstöðu til þessa. Þess í stað bætir Hæstiréttur við umfjöllun um hinn fimm ára aðlögunartíma, sem rétturinn telur greinilega (og réttilega) vel til þess fallinn að milda áhrif skerðingarinnar gagnvart stefnanda. Þarna er Hæstiréttur að beita einhvers konar meðalhófi í þrengri merkingu, þ.e. að taka tillit til þess að skerðingin á réttindum stefnanda var ekki eins þungbær og hún virtist og löggjafinn hafði leitast við að nota vægt úrræði, a.m.k. samanborið við að fella leyfið úr gildi án aðlögunartíma. Að hluta til er Björgunardómurinn skýrt dæmi um meðalhófsregluna í framkvæmd. Hann er hins vegar líka dæmi um að umfjöllun Hæstaréttar um skilyrði reglunnar er ekki allskostar skýr.

Þriðji dómurinn sem ég fjalla um í þessum kafla er Hrd. 6. apríl 2017 í máli nr. 525/2016 (sjúklingatryggingar) sem laut að bótum skv. lögum nr. 111/2000 um sjúklingatryggingar. Lögin mæla einkum fyrir um bótarétt þeirra sem verða fyrir tjóni vegna þess sem í daglegu tali er oftast nefnt læknamistösk. Lögin gera vægar sönnunarkröfur til tjónþola, samanborið við almennar skaðabótareglur, en á móti er hámarksfjárhæð bóta samkvæmt lögnum takmörkuð. Stefnandi málsins taldi að þessi takmörkun á bótafjárhæð bryti í bága við eignarréttarákvæði 1. mgr. 72. gr. stjkskr. og jafnræðisreglu 1. mgr. 65. gr. Eignarréttarhluti dómsins er einkum áhugaverður hér. Hæstiréttur féllst á að aflahæfi nyti verndar eignarréttarákvæðisins<sup>79</sup> og að með

<sup>79</sup> Hæstiréttur vísar um þetta atriði til Hrd. 22. maí 1998 í máli nr. 311/1997.

setningu reglna um ákvörðun bóta þegar aflahæfið er skert hefði löggjafinn innleitt takmarkanir á þessum eignarréttindum.<sup>80</sup>

Um þessi fyrstu skref Hæstaréttar má segja að hér sé mögulega á ferðinni einhvers konar réttindaverðbólga. Það virðist ekki augljóst að þótt aflahæfi sem slíkt njóti eignarréttarverndar (en það eitt og sér er rúm túlkun á eignarréttarákvæðinu) þá njóti fullur og skilyrðislaus réttur til skaðabóta slíkrar verndar. Með orðunum „fullur og skilyrðislaus réttur“ á ég við að rétturinn ráðist einungis af almennum reglum skaðabótaréttar. Í einhverjum skilningi gengur Hæstiréttur út frá því hér að reglur skaðabótaréttar myndi grunnviðmið sem njóti *de facto* stjórnarskrárverndar. Löggjafanum eru samkvæmt þessu einhver takmörk sett í því að breyta skilyrðum skaðabóta fyrir líkamstjón, sem er sérstaklega áhugavert í ljósi þess að a.m.k. hluti af reglum skaðabótaréttarins er óskráður og reglurnar mótaðar af dómstólum. Það er síðan einnig áhugavert að þótt Hæstiréttur telji að lög um sjúklingatryggingar feli í sér takmörkun á eignarréttindum þá er ítrekað nefnt í forsendum dómsins að þau tryggi víðtækari rétt til bóta en almennar reglur. Hvort tveggja er auðvitað rétt – skilyrði ábyrgðar eru vægari (víðtækari réttur) en upphæðin er lægri (skertur réttur). Allt að einu virðist umfjöllun um að bótarétturinn sé víðtækari eiga illa heima í umfjöllun um skerðingu á eignarréttindum. Þetta bendir reyndar til þess að Hæstiréttur hefði mögulega getað leyst úr málinu á þeim grundvelli að lögin feli ekki í sér skerðingu, heldur víðtækari rétt, og haggi þar að auki ekki við almennum skaðabótareglum.

Réttindaverðbólgan sem hér má halda fram að sé á ferðinni leysir þó alls ekki úr málinu. Þótt eignarréttarákvæðið eigi við þá ræðst niðurstaðan af hvaða takmarkanir löggjafinn getur innleitt á þessum réttindum. Í því sambandi vísar Hæstiréttur til Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 395/2000, sem einnig laut að bótum fyrir skert aflahæfi, um að almennar takmarkanir á eignarréttindum fái staðist svo lengi sem þær byggist „á almennum efnislegum ástæðum og jafnræðis sé gætt“. Þessum mælikvarða beitir Hæstiréttur síðan til að komast að þeirri niðurstöðu að takmörkun bóta, skv. lögnum um sjúklingatryggingu,

<sup>80</sup> Hæstiréttur vísar um þetta atriði til Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 395/2000.

„styðjist við málefnaleg sjónarmið“. Sú niðurstaða byggist á því að í lögskýringargögnum var fjallað um rök með og á móti þessu fyrirkomulagi. Rökin með voru m.a. sönnunarvandkvæði í þessum málaflokki og rökin á móti voru einkum aukinn kostnaður og að ekki væri sanngjarnt að veita þessum tjónþólum forgang umfram aðra.

Ég tel að sá mælikvarði sem Hæstiréttur beitti við úrlausn þessa máls hafi ekki verið sambærilegur við skilyrði meðalhófsreglunnar. Ekki er tekin afstaða til þess hvert hið lögmæta markmið var, markhæfni úrræðisins, hvort aðrar leiðir væru færar né heldur hvort fyrirkomulagið virti sanngjarnt jafnvægi milli mismunandi hagsmuna. Hæstiréttur lætur sér nægja að meta hvort málefnaleg sjónarmið hafi legið til grundvallar.

#### 4.6 Félagsleg réttindi

Í tveimur nýlegum dómum fjallaði Hæstiréttur um meðalhófsregluna í tengslum við félagsleg réttindi, annars vegar atvinnuleysisbætur, á grundvelli eignarréttarákvæðis 72. gr. stjkskr., og hins vegar örorkulífeyri almannatrygginga, á grundvelli 76. gr. stjkskr. um rétt til aðstoðar.

Í Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta) var um það deilt hvort löggjafanum hefði verið heimilt, gagnvart eignarréttarákvæði 72. gr. stjkskr., að stytta bótatímabil atvinnuleysisbóta úr 36 mánuðum í 30 gagnvart þeim sem áttu virkan rétt til bóta þegar löggin um styttingu tímabilsins tóku gildi.<sup>81</sup> Í dómi héraðsdóms var fjallað nokkuð ítarlega um löggin út frá sjónarmiðum um afturvirkni en Hæstiréttur leysti úr málinu með öðrum hætti.<sup>82</sup> Hæstiréttur taldi að réttur til atvinnuleysisbóta nyti eignarréttarverndar en löggjafanum væri heimilt að setja þessum réttindum skorður innan ramma stjórnarskrárinnar.<sup>83</sup> Um slíka skerðingu segir í dóminum:

<sup>81</sup> Ekki var um það deilt að löggjafanum væri heimilt að stytta bótatímabilið sem slíkt heldur snerist deilan einungis um þá sem nutu greiðslna, eða áttu virkan rétt, þegar löggin voru sett.

<sup>82</sup> Sjá ítarlega umfjöllun um héraðsdóminn og dómaframkvæmd Hæstaréttar um afturvirkar skerðingar á eignarréttindum í Kári Hólmur Ragnarsson, „Falsvönir Öryrkjabandalagsdómsins?“ (2017) 70 Úlfjótur 41, 65–8.

<sup>83</sup> Vísaði Hæstiréttur m.a. berum orðum til ákvörðunar MDE í *Bladh g. Sweden* App no 46125/06 (ECHR, 10. nóvember 2009).

„Þegar réttindi sem falla undir 72. gr. stjórnarskrárinnar eru skert með lögum, án þess að um eignarnám sé að ræða, verður sú skerðing að vera almenn í þeim skilningi að hún taki til allra eignarréttinda af tilteknum toga og af ástæðum sem taldar verða almennar. Þegar lög fela í sér þungbæra skerðingu á eignarréttindum, er falla undir 72. gr. stjórnarskrárinnar og felast í virkum rétti til greiðslna sem eru grundvöllur framfærslu réttshafans, verður að gera kröfur til þess að *edlilegt samræmi sé milli þess markmiðs með skerðingunni sem löggjafinn stefnir að og þeirra leiða sem notaðar eru til þess að ná markmiðinu*. Í því felst að löggjafinn verður auk annars að gæta meðalhófs við slíka skerðingu eignarréttinda.“ (Áhersla mín).

Hið lögmæta markmið skerðingarinnar var „að spara í rekstri ríkisins og að koma á samræmi við bótatímabil atvinnuleysisbóta á öðrum Norðurlöndum, sem hafi verið styttra en hér á landi“, og ennfremur að „takmarka langtímaatvinnuleysi“. Hæstiréttur lagði ekki mat á markhæfni úrræðisins til þess að ná síðastnefnda markmiðinu. Hæstiréttur tók fram að þótt markmið löggjafans væri málefnalegt þá hafi löggjafinn átt „þess allan kost að gæta meðalhófs og taka sanngjarnt tillit til þeirra sem áttu virkan rétt til atvinnuleysisbóta“. Þá tók Hæstiréttur fram að fjárhagur atvinnuleysistryggingasjóðs hefði verið góður á viðkomandi tímabili.<sup>84</sup>

Hæstiréttur taldi að meðalhófs hefði ekki verið gætt við lagasetninguna. Benti Hæstiréttur á að lögin hefðu falið í sér missi framfærslutekna með skömmum fyrirvara og hefðu verið til þess fallin að skapa óvissu og stofna velferð bótaþega í hættu. Ennfremur benti Hæstiréttur á að þegar tímabil atvinnuleysisbóta var stytt úr fimm árum í þrjú árið 2006 hefðu verið sett sérákvæði til þess að milda skerðinguna gagnvart þeim sem áttu virkan rétt þegar lög in voru sett. Taldi Hæstiréttur að löggjafinn

---

<sup>84</sup> Nokkuð óljóst er af dóminum hvaða máli fjárhagsstaðan skipti þar sem Hæstiréttur dró ekki í efa að það væri lögmætt að spara útgjöld, þrátt fyrir góða fjárhagsstöðu. Líklegt er að sterk staða sjóðsins hafi stutt við á ályktun Hæstaréttar að löggjafinn hafi átt þess kost að velja vægari úrræði. VR, verkalýðsfélagið sem stóð að dómsmálinu, lýsti því hins vegar yfir eftir að dómur féll að þetta kynni að vera einn dýrasti dómur sem nokkurn tímann hefði fallið á íslenska ríkið. Sjá viðtal við Ragnar Þór Ingólfsson í útvarpsþættinum *Bítið* (Bylgjan, 2. júní 2017) <<http://www.visir.is/section/MEDIA98&fileid=CLP54892>> skoðað 10. júlí 2017.

hefði átt þess kost að gæta meðalhófs með áþekkingu hætti við hina nýju lagasetningu og þyrfti að bera hallann af því að þess var ekki gætt.

Hér bendir Hæstiréttur sem sagt á að vægara úrræði hafi verið tiltækt, þ.e. sama úrræði og beitt var síðast þegar svipuð skerðing var innleidd. Að einhverju leyti blandar Hæstiréttur hér saman tveimur skrefum meðalhófsreglunnar, þ.e. þriðja skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið), þar sem vægara úrræði virðist hafa verið tiltækt, og fjórða skilyrðinu um meðalhóf í þrengri merkingu, þar sem byrðin fyrir þá sem misstu tekjur sínar taldist þungbær.

Dómurinn er gagnlegur til að spyrja frekari spurninga um skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið): Er hið vægara úrræði sambærilegt? Það virðist ljóst að hið vægara úrræði er talsvert dýrara fyrir ríkið. Hafði Hæstiréttur upplýsingar um þær fjárhæðir? Skiptir það einhverju máli? Fyrst hið lögmæta markmið með lagasetningunni var að spara peninga þá virðist ljóst að hið vægara úrræði (sem er einnig hið dýrara úrræði) nær ekki markmiðinu með sama hætti. Hversu langt geta dómstólar gengið í því að dæma ríkið til þess að grípa til dýrara úrræðis?

Seinni dómurinn á sviði félagslegra réttinda er Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013 (Sara Rafaelsdóttir).<sup>85</sup> Í málinu fékk stefnandi, sem var öryrki eftir veikindi, einungis 71,45% af fullum örorkulífeyri vegna skilyrðis almannatryggingarlaga um réttindaávinnslu sem miðast við búsetutíma á Íslandi (40 ára búsetutími er skilyrði fulls lífeyris). Stefnandi hafði flutt til landsins þegar hún var 38 ára en veiktist tveimur árum síðar. Taldi hún skerðinguna m.a. andstæða 76. gr. stjkskr. um rétt til aðstoðar, sbr. meðalhófsreglu. Hæstiréttur staðfesti niðurstöðu héraðsdóms um að skerðingin uppfyllti kröfur meðalhófsreglunnar.

Greining héraðsdóms á skilyrðum meðalhófsreglu, sem Hæstiréttur staðfesti, er ekki mjög kerfisbundin en um hið lögmæta markmið skerðingarinnar segir:

<sup>85</sup> Sjá einnig umfjöllun um aðra þætti í þessum dómi í Kári Hólmar Ragnarsson (n. 82).

„Óeðlilegt væri ef hingað til lands gætu komið einstaklingar hvaðanæva að, frá löndum sem veittu minni félagslega aðstoð, en tryggð væri hér á landi, til þess eins að njóta almannatryggingakerfis og fá aðstoð vegna atvika sem talin eru upp í 1. mgr. 76. gr. stjórnarskrár. Verður að telja málefnaleg sjónarmið liggja til grundvallar þeirri kröfu að tiltekna lágmarksbúsetu þurfi til að réttindi skapist.“

Dómstóllinn kom hins vegar ekki aftur að þessu markmiði í umfjöllun um nauðsyn (vægasta úrræðið), þótt stefnandi hafi einmitt byggt á því að búsetuskerðingin væri ekki nauðsynleg til þess að koma í veg fyrir þær aðstæður sem lýst er tilvitnuninni hér að framan. Þótt þetta markmið sé lögmætt er því ósvarað í dóminum hvers vegna búsetuskerðing gagnvart einstaklingi, sem þegar er fluttur til Íslands þegar hann verður fyrir örorku (líkt og við átti um stefnanda málsins), er nauðsynleg til þess að koma í veg fyrir þessi tilvik. Hvers vegna er ekki fullnægjandi að láta skerðinguna ná til þeirra sem búa við örorku við komuna til landsins?

Rétt er að geta þess að dómstóllinn hefði líklega getað bent á önnur lögmæt markmið sem skerðingin stefnir að. Jafnvel hefði verið nægilegt að segja að skerðingin stefndi að því að draga úr útgjöldum ríkisins og forgangsraða í þágu annarra verkefna, eða jafnvel í þágu þeirra sem búið hafa lengur á landinu og því lagt meira til samfélagsins.<sup>86</sup> Um meðalhóf segir að öðru leyti í forsendum héraðsdóms:

„[F]yrir þessari skerðingu er ótvíræð lagaheimild og að baki henni málefnaleg sjónarmið. Þá var við það miðað að stefnandi hafi ekki sýnt fram á að greiðslur þær sem stefnandi nýtur úr hinu íslenska velferðarkerfi dugi stefnanda ekki til framfærslu. Að baki þeirri niðurstöðu búa sjónarmið um meðalhóf, þ.e. að stefndu hafi ekki gengið lengra í skerðingu réttinda gagnvart stefnanda en eðlilegt megi telja. Verða stefndu af þessum ástæðum ekki talin hafa brotið gegn reglum um meðalhóf.“

<sup>86</sup> Sjá t.d. til hliðsjónar *Sules g. Latvia* App no 42923/10 (ECHR, 6. desember 2011) þar sem MIDE féllst á að það að ná jafnvægi í útgjöldum ríkissjóðs væri lögmætt markmið svo og fyrirnefndan Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta).

Kerfisbundnari umfjöllun um skilyrði meðalhófsreglunnar hefði verið gagnleg í þessu máli, fyrst og fremst þar sem hún hefði tryggt að fjallað væri um nauðsyn (vægari úrræði). En í textanum hér að ofan er hins vegar vísir að einhvers konar meðalhófsmati í þrengri merkingu. Fyrst ekki tókst að sanna að stefnandi gæti ekki framfært sig, þá taldist skerðingin ekki ganga of langt.<sup>87</sup>

#### 4.7 Eignarnám og umhverfi

Eignarnámsdómar eru ekki alveg hefðbundin dæmi um beitingu stjórnskipulegrar meðalhófsreglu. Þótt 72. gr. stjkskr. geri kröfu um „lagafyrirmæli“ til þess að eignarnám geti átt sér stað lúta dómar um eignarnám almennt ekki að gildi lagaheimildarinnar sem liggur til grundvallar, heldur ágreiningi um stjórnvaldsákvörðun sem tekin er á þeim lagagrunni og því mætti e.t.v. segja að meðalhófsregla 12. gr. ssl. ætti við. Hæstiréttur hefur hins vegar í nýlegum dómum fjallað um eignarnám út frá meðalhófsreglu á grundvelli 1. mgr. 72. gr. stjkskr. og óhætt er því að líta svo á að niðurstaða þessara mála ráðist af túkun eignarréttarákvæðisins, m.a. út frá stjórnskipulegri meðalhófsreglu.

Í Hrd. 19. mars 2009 í máli nr. 425/2008 (Brekka í Núpasveit), sem reyndist stefnumarkandi, tók Hæstiréttur skýrt fram að dómstólar myndu endurskoða ákvarðanir um eignarnám með hliðsjón af meðalhófsreglu.<sup>88</sup> Í málinu var deilt um eignarnám vegna lagningar vegar:

„Þrír kostir voru fyrir hendi um val á leið vestast á þeim vegi, þar sem í einu tilviki var um að ræða land ríkisins, en í hinum tilvikunum land áfrýjenda. Eignarréttur þeirra er varinn af 1. mgr. 72. gr. stjórnarskrárinnar, sem heimilar því aðeins skerðingu þess réttar að

<sup>87</sup> Önnur leið til að skilja dóminn er að réttur til lágmarksframfærslu sé kjarni þeirra réttinda sem 1. mgr. 76. gr. stjkskr. og frá þeim kjarna verði ekki vikið, jafnvel þótt málefnaleg sjónarmið búi að baki. Um þann skilning á Hrd. 4480, bls. 2000 (Öryrkjabandalagsdómi I) sjá Kári Hólmar Ragnarsson, „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“ (2009) 62 Úlfjótur 495, 547.

<sup>88</sup> Vísað hefur verið til þessa dóms í síðari dómum um eignarréttindi: Hrd. 15. nóvember 2012 í máli nr. 60/2012 (Hverfisgata), Hrd. 26. mars 2014 í máli nr. 583/2014 (Hjarðarhagi) og Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi).

almenningsþörf krefji, en við mat á því verður að gæta meðalhófs. *Ef unnt var með ásættanlegum hætti að ná markmiði þessarar framkvæmdar með því að leggja veginn um eigið land ríkisins bar stefnda Vegagerðinni að fara þá leið.*“ (Áhersla mín).

Hæstiréttur komst síðan að þeirri niðurstöðu, eftir ítarlega skoðun á undirliggjandi gögnum, að allar leiðirnar þrjár hefðu verið „ásættanlegar“, að óverulegur munur hefði verið á umhverfisáhrifum, þegar leiðirnar voru metnar heildstætt, og að fullyrðingar um að „vegtæknilegar“ ástæður mæltu með þeirri leið sem valin var væru ósannaðar. Hér lagði Hæstiréttur tiltölulega þunga byrði á Vegagerðina að sýna fram á að engin vægari leið hefði verið í boði.

Orðið „ásættanlegt“ er kjarni þess sem dómurinn segir um meðalhófsregluna. Hæstiréttur gengur út frá því að þegar metið er hvort vægari úrræði hafi verið í boði þá sé spurningin ekki hvort slíkt vægara úrræði hefði náð markmiðinu sem að var stefnt með nákvæmlega sama hætti, heldur með „ásættanlegum hætti“. Hið vægara úrræði þarf ekki að vera 100% sambærilegt. Þetta þýðir að þriðja skilyrði meðalhófsreglunnar um nauðsyn (vægasta úrræðið) felur í sér ákveðið hagsmunamat – álitaefni um meðalhóf í þrengri merkingu koma til skoðunar þegar metið er hvort vægari úrræði hafi verið í boði.

Hvað þýðir að vægara úrræði hefði náð markmiðinu sem að var stefnt með „ásættanlegum hætti“? Ef skilvirkasta, en jafnframt mest íþyngjandi úrræðið, nær 100% árangri skv. markmiði ríkisvaldsins, er ásættanlegt að ná 85% árangri? Eða er ásættanlegt að ná 60% árangri? Auðvitað er ekki til neitt afdráttarlaust svar en spurningin sýnir að orðið „ásættanlegt“ býr til pláss í hinum lögfræðilega mælikvarða og dómstólar fylla upp í þetta pláss eftir bestu getu, oft með því að vega og meta andstæða hagsmuni og leita að sanngjörnu jafnvægi.

Hæstiréttur hefur vísað í dóminn um Brekku í Núpasveit í síðari dómum um eignarréttindi og mun ég nú nefna þrjá þeirra.

Í Hrd. 15. nóvember 2012 í máli nr. 60/2012 (Hverfisgata) krafðist húsfélag þess að eiganda íbúðar í fjöleignarhúsi yrði gert skylt að



selja íbúðina, sbr. sbr. 55. gr. laga nr. 26/1994 um fjöleignarhús, vegna langvarandi slæmrar umgengni og ruslöfnunar. Hæstiréttur tók fram að umrætt lagaákvæði fæli sannarlega í sér skerðingu eignarréttinda en byggðist á því að vernda þyrfti friðhelgi eignarréttinda og heimilis annarra íbúa í fjöleignarhúsi. Taldi Hæstiréttur að þetta markmið fullnægði kröfum 72. gr. stjkskr. um almenningþörf. Þá segir í dómnum að einungis verði fallist á beitingu framangreinds lagaákvæðis í þessu tiltekna máli að kröfur um meðalhóf séu uppfylltar, þ.e. að „ekki sé með öðrum úrræðum unnt með ásættanlegu móti að ná þeim tilgangi, sem hún miðar að“, sbr. m.a. Hrd. 19. mars 2009 í máli 425/2008 (Brekka í Núpasveit). Hæstiréttur lagði síðan mat á önnur vægari úrræði, þ.e. að banna viðkomandi íbúa búsetu í húsnæðinu eða að húsfélag framkvæmi viðhald og eigi endurkröfu á þennan íbúa, en taldi þessi úrræði ófullnægjandi til að gæta lögvarinna réttinda annarra eigenda í húsinu. Því féllst Hæstiréttur á kröfu húsfélagsins. Í þessum dómi fjallar Hæstiréttur því um skilyrðin um lögmætt markmið og nauðsyn (vægasta úrræðið) en erfitt er að draga almennar ályktanir af dómnum um hvernig Hæstiréttur leggur mat á það hvað sé „ásættanlegt“. Jafnframt má benda á að þótt Hæstiréttur hafi greinilega hagsmuni beggja máladaila í huga við úrlausn málsins þá skilgreinir Hæstiréttur hagsmuni íbúans sem krafan beindist að einungis sem eignarréttindi. Óhætt er að gera ráð fyrir því að hagsmunir þessa íbúa hafi ekki síst verið þeir að eiga heimili, en ekkert er fjallað um húsnæðisöryggi hans í dómnum. Líklega gæti skipt máli ef t.d. sýnt væri fram á íbúi yrði heimilislaus væri fallist á kröfur húsfélags í slíku máli þar sem hagsmunir íbúans af því að halda eign sinni myndu þá hafa aukið vægi.<sup>89</sup>

Í Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi) var deilt um eignarnám á landi til lagningar reiðstígs. Hæstiréttur

<sup>89</sup> Hér má til hliðsjónar vísa til nýlegrar niðurstöðu nefndar Sp um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi í máli *Djazia og Bellili g. Spáni*, nr. 5/2015, UN Doc E/C.12/61/D/5/2015 (21. júlí 2017) þar sem nefndin taldi brotið gegn rétti til húsnæðis skv. alþjóðasamningi um efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi þar sem fjölskylda hafði verið borin út úr leiguhúsnæði án þess að ríkið hefði gert nægilegar ráðstafanir til þess að tryggja húsnæðisöryggi þeirra. Ríkið getur þannig borið ábyrgð á afleiðingum útburðar, jafnvel þegar útburður á rætur að rekja til lögskipa einkaaðila.

tók fram að þótt tilgangurinn væri lögmætur þyrftu kröfur um meðalhóf að vera uppfylltar, þannig að „ekki sé með öðrum úrræðum unnt á ásættanlegan hátt að ná þeim tilgangi, sem eignarnámi er ætlaður“. Niðurstaðan var að ekki hefði verið gætt meðalhófs. Nefndi Hæstiréttur fyrst að þar sem landeigandi hafði áður sætt eignarnámi vegna lagningar þjóðvegjar, og þar sem fyrirhugaður reiðstígur myndi einungis nýtast takmörkuðum fjölda manna og yrði þar að auki í eigu einkaaðila, yrði ekki fallist á eignarnám nema aðrir kostir væru fullreyndir. Samkvæmt gögnum málsins höfðu stjórnvöld verið með annan valkost til skoðunar varðandi legu reiðstígsins. Hæstiréttur benti á nokkra hnökra á mati stjórnvalda á þeim valkosti og tók fram að ekki yrði séð hvers vegna sá valkostur „gæti ekki talist ásættanlegur í samanburði við hagnuni stefndu“. Kjarninn í meðalhófsmati Hæstaréttar er því sambland af skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið), þar sem hér hafði verið bent á annan valkost, og hagsmunamati (meðalhóf í þrengri merkingu), þar sem Hæstiréttur er sannarlega að vega og meta réttindaskerðinguna sem felst í eignarnámi andspænis þeim almannahagsmunum sem lagning reiðstígs þjónar. Að hluta til vísar Hæstiréttur jafnframt til þess að meðalhófsregla leggi rannsóknarskyldur á stjórnvöld. Dómurinn er því gott dæmi um það að Hæstiréttur vísar til ýmissa atriða sem falla vel innan hinnar fræðilegu umfjöllunar um skilyrði meðalhófsreglunnar en umfjöllunin er ekki sérstaklega kerfisbundin og það er ekki auðvelt að sjá hvaða atriði skipta mestu máli. Þótt Hæstiréttur vísi á ný til þess hvað telst „ásættanlegt“ miðað við markmið ríkisvaldsins þá segir dómurinn okkur ekki mikið um hversu „ásættanleg“ vægari úrræði þurfa að vera til þess að leiða til ógildingar á stjórnvaldsákvörðunum eða þess að lög teljist andstæð stjórnarskrá.

Í Hrd. 26. mars 2014 í máli nr. 583/2014 (Hjarðarhagi) var enn deilt um eignarnám í þágu vegagerðar en landeigandi hélt því fram að Vegagerðinni ætti að nægja að fá afnotarétt af landinu fremur en beinan eignarrétt. Hæstiréttur féllst ekki á það heldur benti á nokkur atriði sem studdu málstað Vegagerðarinnar og taldi að landeigandi hefði ekki sýnt fram á að „sérstök nauðsyn“ væri fyrir hann að halda beinum eignarrétti að landinu. Vegagerðin hefði á hinn bóginn sýnt fram á að staða vegamannvirkjanna yrði tryggari með eignarnámi

fremur en afnotarétti. Hæstiréttur virðist þannig veða og meta andstæða hagsmuni Vegagerðarinnar og landeigandans við mat á því hvort vægara úrræði (afnotaréttur í stað eignarnáms) uppfyllti skilyrði meðalhófsreglunnar um nauðsyn (vægasta úrræðið). Í dómnum er vísað til fyrrnefnds dóms um Brekku í Núpasveit um þann mælikvarða sem í meðalhófsreglunni flest og hér virðist Hæstiréttur því ganga út frá því að rétt sé að framkvæma hagsmunamat þegar metið er hvort vægara úrræði nái markmiði ríkisvaldsins með „ásættanlegum“ hætti. Með öðrum orðum þá kemur mat á meðalhófi í þrengri merkingu, a.m.k. að einhverju leyti, við sögu í tengslum við skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið).

Að síðustu nefni ég tvo dóma um eignarnám vegna raflína í tengslum við stóriðju. Í Hrd. 12. maí 2016 (512/2015) Suðurnesjalína 2, eignarnám) var ákvörðun um eignarnám felld úr gildi einkum vegna þess að Hæstiréttur taldi að stjórnvöld hefðu ekki rannsakað nægilega þann valkost (vægara úrræði) að leggja raflínu í jörð frekar en í lofti.<sup>90</sup> Í Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5) töldu landeigendur einnig að leggja hefði átt jarðstreng eða að öðrum kosti að leggja eina loftlínu í stað tveggja. Hæstiréttur taldi sýnt fram á að síðarnefndi valkosturinn (ein loftlína) hefði ekki mætt flutningsþörf frá Þeystareykjum og var því ekki tækt, eða markhæft, úrræði. Varðandi jarðstreng var niðurstaðan, öfugt við fyrri dóminn, að lagning jarðstrengs hefði verið rannsökuð með fullnægjandi hætti en hefði ekki reynst tækur kostur, m.a. vegna kostnaðar – jarðstrengur væri meira en tvisvar sinnum dýrari en loftlína<sup>91</sup> – og vegna tæknilegs ómöguleika.

Í þessum raforku-/stóriðjumálum, sérstaklega síðarnefnda málinu, má velta fyrir sér hvort dómstólar hefðu getað beitt skilyrðinu um

<sup>90</sup> Tveir dómáram skiluðu sératkvæði og töldu fullnægjandi rannsókn hafa farið fram. Sjá einnig Hrd. 12. maí 2016 í málum nr. 511/2015, 513/2015, 541/2015 sem allir vörðuðu eignarnám vegna Suðurnesjalínu 2. Sjá ennfremur Hrd. 13. október 2016 í máli nr. 796/2015 (framkvæmdaleyfi vegna Suðurnesjalínu 2).

<sup>91</sup> Í málinu er áhugavert að ákvæði raforkulaga, auk þingsályktana, skilgreindu hið lögmæta markmið með umtalsverðri nákvæmni, m.a. með því að taka sjónarmið um kostnað beinlínis inn í matið. Eftir því sem markmiðið er skilgreint nánar þrengjast möguleikar dómstóla til þess að mæla fyrir um að skylt hafi verið að grípa til vægara úrræðis.

meðalhóf í þrengri merkingu. Þá hefðu dómstólar þurft að taka afstöðu til þess hvort þjóðhagslegir hagsmunir af virkjanaframkvæmdunum – eða að minnsta kosti lagningu loflínu frekar en jarðstrengs – vægju þyngra en eignarréttindi landeigenda, sem njóta verndar 72. gr. stjkskr. Hæstiréttur framkvæmdi hagsmunamat af því tagi, að minnsta kosti að einhverju leyti, í framangreindum dómum um eignarnám vegna vegagerðar. Í raforku-/stóriðjumálunum kæmu líka til skoðunar umhverfissjónarmið, sem ekki eru vernduð í stjórnarskrá.<sup>92</sup> Mat á þessum andstæðu hagsmunum var eflaust eitt af því sem stefnendur vildu fá afstöðu dómstóla til enda var á því byggt í Kröflulínunálinu að ekki væri sýnt fram á þjóðhagslega hagkvæmni framkvæmdanna. Framkvæmdu dómstólar slíkt hagsmunamat myndi undirbúningur ákvörðunar um framkvæmdir skipta miklu máli. Dómstólar væru ekki á sérstaklega hálum ís gagnvart valdheimildum sínum með því að gera kröfur um að löggjafinn eða stjórnvöld hefðu rannsakað og tekið upplýsta afstöðu til meðalhófs í þrengri merkingu, þ.e. með því að reikna út og leggja mat á hagsmuni beggja megin borðsins, kalla hagsmunaaðila til samráðs o.s.frv. En eftir því sem dómstólar tækju sér stærra hlutverk í því hagsmunamati, sem felst í því að ákveða t.d. hvort umhverfishagsmunir eða efnahagslegir hagsmunir af virkjanagerð vegi þyngra í einstökum tilvikum, þá myndu dómstólar ganga nær og nær hinu hreina pólitíska sviði. Í fræðunum er gert ráð fyrir því að þetta sé hluti af meðalhófsreglunni en gera má ráð fyrir að flestir dómstólar myndu í slíkum aðstæðum veita ríkisvaldinu verulegt svigrúm til mats.

#### 4.8 Verkfallsréttindi

Fyrir í greininni vék ég að Hrd. 2002, bls. 3686 (Alþýðusamband Íslands) og Hrd. 13. ágúst 2015 í máli nr. 467/2015 (BHM), sjá kafla 2.4.3. Í dómunum tveimur var meðalhófsreglu beitt við mat á því hvort lagasetning til þess að binda enda á verkföll stæðist félagafrelsisákvæði 74. gr. stjkskr. Hæstiréttur lagði einkum mat á hvort

<sup>92</sup> Ákvæði um vernd náttúru er t.d. að finna í tillögum stjórnlagaráðs að nýrri stjórnarskrá. Alþt. 2012–2013, A-deild, þskj. 510 – 415. mál. Auðvitað myndi líka skipta máli hver hefði lögvarða hagsmuni af því að bera slíkt ákvæði fyrir sig í dómsmáli.

vægasta úrræðinu hefði verið beitt, þ.e. hvort nauðsynlegt væri að lagasetning næði til fleiri stéttarfélaga en þeirra sem voru í verkfalli á viðkomandi tíma, og í síðarnefnda dómnum tók Hæstiréttur sérstaklega fram að aðrar leiðir hefðu verið fullreyndar.

#### 4.9 Ályktanir af dómaframkvæmd Hæstaréttar

Heildarmyndin sem birtist í dómaframkvæmd Hæstaréttar er nokkuð óljós en ég mun þó reyna að draga nokkrar almennar ályktanir og gera tilraun til þess að flokka dómna í þrennt.<sup>93</sup>

Í fyrsta flokkinn falla dómar þar sem Hæstiréttur fjallar kerfisbundið, eða a.m.k. með aðgreindum hætti, um skilgreind skilyrði meðalhófsreglu.<sup>94</sup> Í hluta þeirra tilvika fjallar Hæstiréttur einungis um fyrstu þrjú skilyrði meðalhófsreglunnar,<sup>95</sup> sbr. kafla 2, en í öðrum tilvikum dregur Hæstiréttur hagsmunamat í ætt við fjórða skilyrðið um meðalhóf í þrengri merkingu inn í mat á þriðja skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið).<sup>96</sup> Ég hef síðan gert athugasemdir við skýrleika eða hversu sannfærandi umfjöllun Hæstaréttar er um einstök skilyrði reglunnar í einstökum málum.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> Þessi flokkur er ófullkomin, þar sem sumir dómarnir falla ekki vel í neinn flokk. Að einhverju leyti er þó útskýringin á því sú að forsendur dómanna eru einfaldlega óskýrar.

<sup>94</sup> Flestir dómarnir falla í þennan flokk, t.d. Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin) og Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta), Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5), Hrd. 2002, bls. 3686 (Alþýðusamband Íslands), Hrd. 13. ágúst 2015 í máli nr. 467/2015 (BHM) og Hrd. 28. maí 2014 í máli 812/2014 (Gálgahraun, mótmæli), þótt í síðastnefnda dómnum hafi orðið „meðalhóf“ ekki verið notað.

<sup>95</sup> Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin), Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5) og Hrd. 28. maí 2014 í máli 812/2014 (Gálgahraun, mótmæli).

<sup>96</sup> Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta), Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013 (Sara Rafaelsdóttir), Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi), Hrd. 26. mars 2014 í máli nr. 583/2014 (Hjarðarhagi).

<sup>97</sup> Sjá einkum fyrri umfjöllun um Hrd. 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 (Björgun gegn íslenska ríkinu), Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum) (hvað varðar markhæfni) og Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013 (Sara Rafaelsdóttir).

Í annan flokkinn falla dómar þar sem Hæstiréttur fjallar ekki um nein einstök skilyrði meðalhófsreglu heldur beitir meðalhófi frekar sem almennri meginreglu um að ríkisvaldi eigi að beita hóflega.<sup>98</sup> Í þeim dómum getur úrlausninni svipað til þess að einungis skilyrðinu um meðalhóf í þrengri merkingu sé beitt, þar sem áherslan er á að veða og meta andstæða hagsmuni.

Í þriðja flokkinn falla dómar þar sem Hæstiréttur setur tilgreind skilyrði fyrir takmörkunum á stjórnarskrárvörðum réttindum, en þau skilyrði gera minni kröfur til löggjafans en skilyrði meðalhófsreglunnar. Nánar tiltekið gerir Hæstiréttur aðeins kröfu um að löggjöf byggist á málefnalegum sjónarmiðum.<sup>99</sup> Slíkur mælikvarði er vægari en meðalhófsreglan í þeim skilningi að á meðan meðalhófsreglan gerir kröfu um að löggjafinn velji vægasta úrræðið til að ná tilteknu markmiði þá geta fjölmörg úrræði – misíþýngjandi gagnvart réttindum einstaklinga – náð þeim þröskuldi að byggja á málefnalegum sjónarmiðum.<sup>100</sup> Mælikvarðinn er nær einhvers konar stjórnskipulegri réttmætisreglu en meðalhófsreglu og tekur eflaust einnig mið af dómaframkvæmd um jafnræðisreglu 65. gr. stjkskr. þar sem oft er litið svo á að mismunandi meðferð sambærilegra tilvika sé réttlætunleg ef sú meðferð byggir á málefnalegum sjónarmiðum.<sup>101</sup> Þá er mælikvarði byggður á mati á málefnalegum sjónarmiðum einnig vægari en skilyrði meðalhófsreglunnar að því leyti að meðalhóf í þrengri

<sup>98</sup> Líklega má flokka skattadómana hér, þ.e. Hrd. 10. apríl 2014 í máli nr. 726/2013 og Hrd. 24. maí 2017 í máli nr. 391/2016 (auðlegðarskattur), Hrd. 23. mars 2017 í máli nr. 213/2016 (sérstakt veiðigjald) og Hrd. 29. nóvember 2012 í máli nr. 177/2012 (útflutningsálag) þar sem bent var á að fjárhæðum væri stillt í hóf. Einnig Hrd. 18. desember 2014 í máli nr. 214/2014 (Gillz). Mögulega á Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013 (Sara Rafaelsdóttir) betur heima í þessum flokki, þar sem erfitt er að átta sig á umfjöllun í dómnum um markmið og nauðsyn lagasetningarinnar.

<sup>99</sup> Hrd. 6. apríl 2017 í máli nr. 525/2016 (sjúklingatryggingar) og 15. mars 2001 í máli nr. 395/2000 sem sá dómur vísar til. Sjá einnig Hrd. 2000, bls. 1534 (Vatneyri) og Hrd. 28. janúar 2016 í máli nr. 462/2015 (úthafsrækjувóti).

<sup>100</sup> Þetta kemur einmitt berum orðum fram í Hrd. 2000, bls. 1534 (Vatneyri) þar sem segir að löggjafinn hafi átt úr mörgum (málefnalegum) kostum að velja.

<sup>101</sup> Um réttmætisreglu og jafnræðisreglu í stjórnslurétti sjá Elín Ósk Helgadóttir, „Réttmætisregla stjórnsluréttar og samspil hennar við jafnræðisreglu – í tengslum við matskenndar stjórnvaldsáskvarðanir“ (2016) 66 Tímarit lögfræðinga 129 og Elín Ósk Helgadóttir, „Jafnræðisreglur – í tengslum við matskenndar stjórnvaldsáskvarðanir“ (2013) 63 Tímarit lögfræðinga 281.

merkingu gerir ráð fyrir að lagt sé mat á andstæða hagsmunum. Samkvæmt meðalhófi í þrengri merkingu er ekki nóg að réttindaskerðing byggji á málefnalegum sjónarmiðum heldur þurfa þessi málefnalegu sjónarmið beinlínis að veða þyngra í viðkomandi máli heldur en þeir hagsmunir sem skertir eru.

Líkt og ég hef þegar bent á er ekki fullt samræmi í úrlausnum Hæstaréttar, jafnvel þegar úrlausnarefnið er í grunninn það sama. Í dómum um almennar takmarkanir á eignarréttindum hefur Hæstiréttur farið ýmsar leiðir: Hæstiréttur dæmdi um neyðarlögin með kerfisbundinni meðalhófsreglu án þess að fjalla um meðalhóf í þrengri merkingu.<sup>102</sup> Í dóminum um styttingu tímabils atvinnuleysisbóta var hins vegar beitt kerfisbundinni meðalhófsreglu þannig að mat á andstæðum hagsmunum fór fram.<sup>103</sup> Í Björgunardóminum er dálítið óljóst hvað ræður úrslitum<sup>104</sup> og í dóminum um sjúklingatryggingar er aðeins gerð krafa um málefnaleg sjónarmið.<sup>105</sup>

Í fjórum þeirra dóma sem fjallað hefur verið um var niðurstaðan sú að lagaákvæði stæðist ekki stjórnarskrá: Hrd. 1998, bls. 4976 (veiðileyfi), Hrd. 2002, bls. 3686 (Alþýðusamband Íslands), Hrd. 6. apríl 2006 í máli nr. 220/2005 (bann við tóbaksauglýsingum) og Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta). Í öllum tilvikum skilgreindi Hæstiréttur lögmætt markmið lagasetningarinnar en taldi að brotið væri gegn skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið). Þrír síðastnefndu dómarnir vörðuðu allir lagasetningu sem taldist of víðtæk (e. *over-inclusive*) í þeim skilningi að hið vægasta úrræði sem Hæstiréttur taldi skylt að nota laut að því að þrengja eða mýkja einstök lagaákvæði gagnvart tilteknum hópi sem féll undir löggjöf sem gat að öðru leyti staðið óbreytt. Þannig lá nokkuð skýrt fyrir hvaða vægasta úrræði hefði átt að verða fyrir valinu í hverju tilviki. Veiðileyfamálið sker sig úr að þessu leyti þar sem Hæstiréttur gefur ekki skýrt til kynna hvaða leið löggjafinn hefði átt að fara, heldur

<sup>102</sup> Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin).

<sup>103</sup> Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta).

<sup>104</sup> Hrd. 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 (Björgun gegn íslenska ríkinu).

<sup>105</sup> Hrd. 6. apríl 2017 í máli nr. 525/2016 (sjúklingatryggingar). Þessir dómur lúta sannarlega að mismunandi tegundum eignarréttinda en ekkert í dómunum sjálfum bendir til þess að það sé skýringin á mismunandi aðferð við úrlausn dómstóla.

leysir málið með því að leggja sönnunarbyrði á ríkið um að engin vægari leið hafi verið í boði. Fordæmisgildi þess dóms er auðvitað takmarkað í ljósi Hrd. 2000, bls. 1534 (Vatneyri).

Til viðbótar voru eignarnámsákvæðanir ógiltar í þremur dómum<sup>106</sup> og ég benti á að í Hrd. 15. mars 2001 í máli nr. 354/2000 (Hörður Einarsson) var ennfremur brotið gegn meðalhófi með því að opna póstsendingar. Þessir dómar féllu einnig á skilyrðinu um nauðsyn (vægasta úrræðið) sem má slá föstu að sé mikilvægasta skilyrði meðalhófsreglunnar. Tvö atriði varðandi það skilyrði í framkvæmd Hæstaréttar vekja sérstaka athygli:

Í fyrsta lagi hefur Hæstiréttur bent á skyldur ríkisvaldsins til þess að kanna til fullnustu hvort vægari úrræði komi til greina, einkum í dómum sem varða ákvarðanir stjórnvalda.<sup>107</sup> Velta má fyrir sér hvernig slík rannsóknarskylda horfir við gagnvart löggjafanum. BHM-dómurinn er líklega dæmi um að dómstólar geti gert kröfu um að löggjafinn hafi fullvissað sig um að vægari úrræði en lagasetning á verkföll hafi verið fullreynd.<sup>108</sup> Ennfremur er dómurinn um atvinnuleysisbætur ágætt dæmi þar sem löggjafinn hafði ekki tekið neina slíka afstöðu. Lög nr. 125/2014, sem innleiddu styttingu á tímabili atvinnuleysisbóta, voru svokallaður bandormur, lög um ýmsar forsendur frumvarps til fjárlaga fyrir árið 2015. Um stjórnarskrána segir aðeins þetta í athugasemdum við frumvarpið: „Efni frumvarpsins gefur ekki tilefni til að ætla að tillögur þess stangist á við stjórnarskrá eða alþjóðlegar skuldbindingar.“<sup>109</sup> Ekki er fjallað um stjórnarskrána í nefndarálitum.<sup>110</sup> Hefði Hæstiréttur veitt löggjafanum meira svigrúm

<sup>106</sup> Hrd. 19. mars 2009 í máli nr. 425/2008 (Brekka í Núpasveit), Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi) og Hrd. 12. maí 2016 í máli nr. 511/2015 Suðurnesjalína 2, eignarnám).

<sup>107</sup> Skýrasta dæmið er Hrd. 12. maí 2016 (512/2015) Suðurnesjalína 2, eignarnám) en einnig má nefna Hrd. 18. maí 2006 í máli nr. 511/2005 (Gullver) og Hrd. 1998, bls. 985 (Arnarneshæð) sem nefndir voru í kafla 2.4.3 og mæltu fyrir um að áður en gripið er til eignarnáms þurfi að fullreyna samningaleiðina. Gagnvart stjórnvöldum gildir auðvitað líka rannsóknarregla stjórnisýsluréttarins, sbr. 10. gr. ssl.

<sup>108</sup> Hrd. 13. ágúst 2015 í máli nr. 467/2015 (BHM).

<sup>109</sup> Alþt. 2014–15, A-deild, þskj. 3 – 3. mál., almennar athugasemdir, 5. kafli.

<sup>110</sup> Alþt. 2014–15, A-deild, þskj. 617 – 3. mál og Alþt. 2014–15, A-deild, þskj. 739 – 3. mál.



ef löggjafinn hefði fjallað um málið á grundvelli stjórnarskrárvarinna réttinda og meðalhófsreglu, þ.e. ef löggjafinn hefði tekið beina og upplýsta afstöðu til þess að hér vægjust á andstæð sjónarmið, kannað hvort vægari úrræði væru í boði og tekið afstöðu til þeirra?<sup>111</sup> Slíkt væri í samræmi við tilhneingingu annars staðar.<sup>112</sup>

Í öðru lagi hefur Hæstiréttur, sem fyrr segir, oft litið svo á að við mat á því hvort skilyrðið um nauðsyn (vægasta úrræðið) sé uppfyllt þurfi að veða og meta andstæða hagsmuni. Ég hef bent á að Hæstiréttur blandar með þessu saman þriðja og fjórða skilyrði meðalhófsreglunnar, sbr. kafla 2. Það er eitt og sér ekkert vandamál, þótt fræðileg umfjöllun væri örugglega skýrari ef hægt væri að aðskilja þessi tvö skref. Dómarnir sýna að séu hagsmunir þess sem verður fyrir réttindaskerðingu veigamiklir og almannahagsmunir þeir sem ríkisvaldið stefnir að tiltölulega veigalitlir gerir Hæstiréttur strangari kröfur við mat á nauðsyn (og öfugt).<sup>113</sup> Í sumum dómum virðist Hæstiréttur gera ráð fyrir þessu mati með því að meta hvort vægari úrræði hafi verið í boði sem hefðu náð því markmiði sem stefnt var að með „ásætlanlegum hætti“, en ekki er unnt að draga miklar almennar ályktanir af þeim dómum um hvað telst „ásætlanlegt“. Í dómnum um atvinnuleysisbætur kom enn fremur fram að gera verði kröfu um að „eðlilegt samræmi sé milli þess markmiðs með skerðingunni sem löggjafinn stefnir að og þeirra leiða sem notaðar

<sup>111</sup> Innan stjórnarráðsins hefur áhugaverð vinna átt sér stað um nokkurra ára skeið sem miðar að því að bæta undirbúning lagasetningar, m.a. með því að löggjafarskrifstofa forsætisráðuneytisins hefur ákveðið samræmingar- og aðgæsluhlutverk við samningu stjórnarfrumvarpa. Slíkum frumvörpum á að fylgja mat á því hvort frumvarp skapi vandamál gagnvart stjórnarskrá, verði það að lögum. Sjá: Skýrsla forsætisráðherra um vandaða lagasetningu, áhrif laga um opinberar eftirlitsreglur og störf ráðgjafarnefndar 2006–2011. Lögð fyrir Alþingi á 141. löggjafarþingi 2012–2013, 6–7. Af skýrslunni virðist hins vegar mega draga þá ályktun að sá tími sem slíku gæðaeftirliti er skammtaður sé of naumur.

<sup>112</sup> Sjá neðanmálsgrein 52.

<sup>113</sup> Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi) er skýrasta dæmið en einhvers konar hagsmunamat af þessu tagi á sér stað í Hrd. 26. mars 2014 í máli nr. 583/2014 (Hjarðarhagi), Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta), Hrd. 13. júní 2013 í máli nr. 61/2013 (Sara Rafælsdóttir) og líklega einnig í Hrd. 27. september 2007 í máli nr. 182/2007 (Björgun gegn íslenska ríkinu).

eru til þess að ná markmiðinu“.<sup>114</sup> Það veur sérstaka athygli að í tilteknum dómum<sup>115</sup> þar sem Hæstiréttur hefur talið brotið gegn stjórnarskránni er að finna slíkt hagsmunamat sem hluta af umfjöllun um meðalhóf<sup>116</sup> en í dómum þar sem Hæstiréttur hafnar málsástæðum byggðum á stjórnarskrárákvæðum hefur Hæstiréttur sleppt því að framkvæma slíkt hagsmunamat.<sup>117</sup> Þar með er a.m.k. ekki útilokað að þessi mismunandi nálgun við úrlausn málanna hafi ráðið úrslitum.

**5. Of mikið svigrúm stjórnvalda getur brotið gegn MSE**  
Í síðasta kafla var fjallað um nokkra íslenska dóma þar sem Hæstiréttur virðist beita vægari mælikvarða en skilyrðum meðalhófsreglu um mat á stjórnskipulegu gildi skerðinga á réttindum. Hér verður vikið því hvernig slíkt getur horft við MSE.

Mannréttindadómstóll Evrópu komst að þeirri niðurstöðu árið 1999 að ef landsdómstóll veitir ríkisvaldinu of mikið svigrúm til mats, þ.e. beitar of vægum mælikvarða við endurskoðun skerðinga á réttindum þeim sem vernduð eru í MSE, getur slíkt falið í sér brot á 13. gr. MSE um rétt til raunhæfs úrræðis til þess láta reyna á réttindi sín.

Um var að ræða mál Smith og Grady gegn Bretlandi,<sup>118</sup> sem laut að banni við herþjónustu samkynhneigðra. Breskir dómstólar höfðu fengið bannið til skoðunar en umfjöllun þeirra takmarkaðist við það hvort bannið væri órökrétt (e. *irrational*). Um þetta segir í dóminum:

137. The test of “irrationality” applied in the present case was that explained in the judgment of Sir Thomas Bingham MR: a court was

<sup>114</sup> Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta).

<sup>115</sup> Ég legg áherslu á að þetta er ekki einhlítt eða skýrt orsakasambengi en engu að síður ákveðin tilhneiging.

<sup>116</sup> Hrd. 1. júní 2017 í máli nr. 501/2016 (stytting tímabils atvinnuleysisbóta), Hrd. 5. nóvember 2015 í máli nr. 173/2015 (Hestamannafélagið Funi).

<sup>117</sup> Hrd. 28. október 2011 í máli nr. 340/2011 (neyðarlögin), Hrd. 15. júní 2017 í máli nr. 193/2017 (Kröflulínur 4 og 5) og Hrd. 28. maí 2014 í máli 812/2014 (Gálgahraun, mótmæli).

<sup>118</sup> *Smith & Grady g.* UK App no 33985/96 og 33986/96 (ECHR, 27. september 1999).

not entitled to interfere with the exercise of an administrative discretion on substantive grounds save where the court was satisfied that the decision was unreasonable in the sense that it was beyond the range of responses open to a reasonable decision-maker. [...]

138. [...] [T]he threshold at which the High Court and the Court of Appeal could find the Ministry of Defence policy irrational was placed so high that it effectively excluded any consideration by the domestic courts of the question of whether the interference with the applicants' rights answered a pressing social need or was proportionate to the national security and public order aims pursued, principles which lie at the heart of the Court's analysis of complaints under Article 8 of the Convention. ...

Dómurinn í máli Smith og Grady varð til þess að dómstólar í Bretlandi viku frá fyrri framkvæmd, sem fólst í því að meta einungis hvort athafnir stjórnvalda væru málefnalegar (e. *reasonable*) í þessum rúma skilningi, og hóf að beita meðalhófsreglu við úrlausn mála þar sem reynir á ákvæði MSE.<sup>119</sup>

Ef dómstólar beita ekki meðalhófsreglu í málum þar sem reynir á réttindi sem njóta verndar MSE, heldur vægari mælikvarða t.d. þar sem einungis er lagt mat á hvort málefnaleg sjónarmið liggja til grundvallar, getur slíkt falið í sér brot á 13. gr. sáttmálans.

**6. Lokaorð**  
Inntak stjórnskipulegrar meðalhófsreglu er tiltölulega fastmótað í alþjóðlegri fræðaumfjöllun. Skilyrðin fjögur sem skerðing á stjórnarskrárvörðum réttindum þarf að uppfylla lúta að (a) lögmætu markmiði skerðingarinnar, (b) markhæfni, þ.e. hvort úrræðið er til þess fallið að ná markmiðinu, (c) nauðsyn, þ.e. hvort vægasta úrræðið sem tækt var til þess að ná markmiðinu var valið, og (d) meðalhóf í þrengri merkingu, þ.e. hvort sanngjarnt jafnvægi er milli þeirra hagsmuna sem vegast á og hvort markmið ríkisvaldsins vegur þyngra en hin einstaklingsbundnu réttindi sem skert eru. Skilyrðin

<sup>119</sup> Eins og hann hefur verið lögfestur í Bretlandi með Human Rights Act 1998.

fjögur eru í grunninn óumdeild, þótt útfærsla þeirra og beiting sé sífellt umfjöllunarefni fræðaskrifa og dóma. Í greininni voru þessi skilyrði útskýrð með sem einföldustum hætti.

Í íslenskri dómaframkvæmd er umfjöllun um meðalhóf lykilatriði þegar kemur að skerðingu á stjórnarskrárvörðum réttindum en umfjöllunin er að ýmsu leyti ósamræmd og óskýr. Ég hef reynt að flokka dóma Hæstaréttar gróflega í þrennt: *Í fyrsta lagi* dómar þar sem Hæstiréttur fjallar með aðgreindum hætti um skilyrði meðalhófsreglu – en innan þess flokks er ekki samræmi um það hvað þessi skilyrði fela í sér – *í öðru lagi* dómar þar sem meðalhófsreglan virðist meðhöndluð meira sem almenn meginregla um að gæta hófs við meðferð ríkisvalds og *í þriðja lagi* dómar þar sem Hæstiréttur setur vægari skilyrði en leiða af meðalhófsreglu fyrir skerðingu á stjórnarskrárvörðum réttindum, þ.e. lætur nægja að kanna hvort aðgerðir ríkisvaldsins byggji á málefnalegum sjónarmiðum.

Stærsta ályktunin sem má draga af íslenskri dómaframkvæmd er líklega að þótt mikilvægi meðalhófsreglunnar séu óumdeilt hér á landi, þá er ekki mjög skýrt hvað átt er við, þegar við tölum um meðalhófsreglu. Það er von höfundar að með skýrari framsetningu á skilyrðum meðalhófsreglunnar geti dómstólar og þeir sem fjalla um lögfræðilegar niðurstöður tekið skýrari afstöðu til kosta og galla meðalhófsreglunnar.

## Heimildaskrá

- – *Gísla saga Súrssonar* (Mál og menning 1999).
- – Skýrsla forsætisráðherra um vandaða lagasetningu, áhrif laga um opinberar eftirlitsreglur og störf ráðgjafarnefndar 2006–2011. Lögð fyrir Alþingi á 141. löggjafarþingi 2012–2013.
- – „Dómar um blaðamenn voru komnir í óefni“ –Viðtal við Gunnar Inga Jóhannsson hrl (2015) 11 Tímarit Lögréttu 175.
- Alexy R, *A Theory of Constitutional Rights* (Rivers J, þýð., OUP 2010).
- Barak A, „Proportionality (2)“ í Rosenfeld M og Sajó A (ritstj.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP 2012).
- – *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (CUP 2012).
- Beatty D, *The Ultimate Rule of Law* (OUP 2004).
- Björg Thorarensen, „Áhrif meðalhófsreglu við skýringu stjórnarskrárákvæða“

- í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg* (Háskólaútgáfan 2003).
- – *Stjórnskipunarréttur – Mannréttindi* (Codex 2008).
- Cohen-Eliya M og Porat I, *Proportionality and Constitutional Culture* (CUP 2013).
- Eiríkur Jónsson, *Mannréttindi lögaðila* (Codex 2011).
- Elín Ósk Helgadóttir, „Réttmætisregla stjórnsýsluréttar og samspil hennar við jafnræðisreglu – í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákvæðanir“ (2016) 66 Tímarit lögfræðinga 129.
- Elín Ósk Helgadóttir, „Jafnræðisreglur – í tengslum við matskenndar stjórnvaldsákvæðanir“ (2013) 63 Tímarit lögfræðinga 281.
- Gardbaum S, „The structure and scope of constitutional rights“ í Ginsburg T og Dixon R (ritstj.), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011).
- Gaukur Jörundsson, „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti“ í Páll Skúlason (ritstj.), *Afmælisrit, Gizur Bergsteinsson níraður 18. apríl 1992* (Sleipnir 1992)
- Gerards J, „Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine“ (2011) 17 Eur LJ 80.
- – og Brems E (ritstj.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (CUP 2017).
- Hafsteinn Dan Kristjánsson, „Stjórnskipuleg lögmætisregla“ (2009) 62 Úlfjótur 421.
- Husroft G, Miller BW og Webber G, *Proportionality and the rule of law: Rights, justification, reasoning* (CUP 2014).
- Jackson V, „Constitutional Law in an Age of Proportionality“ (2015) 124 Yale LR 3094.
- – og Tushnet M (ritstj.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (CUP 2017).
- Joseph S og Castan M, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary* (3. útg., OUP 2013).
- Karl Axelsson, „Vatneyrardómur: Um dóm Hæstaréttar frá 6. apríl 2000 í málinu nr. 12/2000“ (2000) 53 Úlfjótur 270.
- Kári Hólmur Ragnarsson, „Dómstólar geta ekki vikið sér undan því að taka afstöðu“ (2009) 62 Úlfjótur 495.
- – „Falsvönir Öryrkjabandalagsdómsins?“ (2017) 70 Úlfjótur 41.
- Kjartan Bjarni Björgvinsson, „Verðleikar laganna : lagaáskilnaðarregla mannréttindasáttmála Evrópu og afstaða hennar til íslensks réttar“ (2003) 56 Úlfjótur 353.
- Klatt M, „Positive Rights: Who Decides? Judicial Review in Balance (2015) 13 I-CON 354.

- Lazarus L, McCrudden C og Bowles N (ritstj.), *Reasoning rights: Comparative judicial engagement* (Hart 2014).
- Möller K, „Proportionality and Rights Inflation“ í Huscroft G, Miller BW og Webber G, *Proportionality and the rule of law: Rights, justification, reasoning* (CUP 2014).
- – „Proportionality: Challenging the Critics“ (2012) 10 I-CON 709.
- – *The global model of constitutional rights* (OUP 2012).
- Nefnd um starfsskilyrði stjórnvalda, „Starfsskilyrði stjórnvalda“ (Forsætisráðuneytið 1999).
- Oddný Mjöll Arnardóttir, „Vatneyrardómurinn í ljósi tilgátu um samspil jafnræðisreglunnar og endurskoðunarvalds dómstóla“ (2000) 53 Úlfjótur 276.
- – „The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance“ (2017) 15 I-CON 9.
- Páll Hreinsson, „Lagaáskilnaðarregla atvinnufrelsisákvæðis stjórnarskrárinnar“ í Garðar Gíslason o.fl. (ritstj.), *Líndæla – Sigurður Líndal sjötugur* (Hið íslenska bókmenntafélag 2001).
- – „Meðalhófsregla stjórnáskilnaðar“ í Stefán Már Stefánsson og Viðar Már Matthíasson (ritstj.), *Lögberg* (Háskólaútgáfan 2003).
- Popelier P, „The Court as Regulatory Watchdog: The Procedural Approach in the Case-law of the European Court of Human Rights“ í Popelier P, Mazmanyan A og Vandenbruwaene W (ritstj.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance* (Intersentia 2012).
- Rivers J, „Proportionality and variable intensity of review“ (2006) 65 Cambridge LJ 174.
- Róbert Spanó, „Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity“ (2014) 14 Human Rights L Rev 487.
- Schlink B, „Proportionality (1)“ í Rosenfeld M og Sajó A (ritstj.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (OUP 2012).
- – „Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere But Here?“ (2012) 22 Duke J of Comp & Intl L. 291.
- Sigurður Líndal, „Vatneyrardómur – Hæstiréttur og stjórn fiskveiða“ (2000) 53 Úlfjótur 283.
- Spielmann D, „Whither the Margin of Appreciation?“ (2014) 67 Current Legal Problems 49.
- Stone A, „Australia’s constitutional rights and the problem of interpretive disagreement“ (2005) 27 Syd LR 29.
- Stone Sweet A og Mathews J, „Proportionality Balancing and Global Constitutionalism“ (2008) 47 Col J Transnatl L 72.

- Tsakyrakis S, „Proportionality: An assault on human rights?“ (2009) 7 Intl J Const L 468.
- Tushnet M, „Non-judicial Review“ í Campbell T, Goldsworthy J og Stone A (ritstj.), *Human Rights: Instruments and Institutions* (OUP 2003).
- – *Advanced introduction to comparative constitutional law* (Edward Elgar 2014).
- Urbina FJ, *A Critique of Proportionality and Balancing* (CUP 2017).
- Van de Heyning C, „No Place like Home: Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights“ í Popelier P, Van de Heyning C og Van Nuffel P (ritstj.), *Human Rights Protection in the European Legal Order* (Intersentia 2011).
- Viðtal við Ragnar Þór Ingólfsson í útvarpsþættinum *Bítið* (Bylgjan, 2. júní 2017) <<http://www.visir.is/section/MEDIA98&fileid=CLP54892>> skoðað 10. júlí 2017.
- Waldron J, „Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer“ (1993) 45 Hastings LJ 813.
- Webber G, „On the Loss of Rights“ í Huscroft G, Miller BW og Webber G, *Proportionality and the rule of law: Rights, justification, reasoning* (CUP 2014).
- – „Proportionality and Absolute Rights“ í Jackson V og Tushnet M (ritstj.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (CUP 2017).
- – *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (CUP 2009).
- Young KG, „Proportionality, Reasonableness and Economic and Social Rights“ í Jackson V og Tushnet M (ritstj.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges* (CUP 2017).

### **Abstract**

The constitutional proportionality principle is a key factor in the resolution of various disputes regarding limitations of constitutional rights but its content is not always clear. Grounded in international comparative scholarship, this article sets out the four requirements applied under the proportionality principle in order to assess whether or not limitations on constitutional rights are justified. These requirements relate to (a) a legitimate purpose, (b) suitability, i.e. whether the measure in question is suited to achieve the selected purpose, (c) necessity, i.e. whether the least restrictive means of achieving the purpose was used, and (d) proportionality in the strict sense, i.e. whether a fair balance was achieved between the competing interests and thus whether the weight or importance of the purpose pursued justifies the limitation of the individual right. Further, the case law of the Icelandic Supreme Court on proportionality will be mapped out and it will be noted that the practice is in some respects inconsistent and unclear. First, the Supreme Court sometimes addresses proportionality as separate requirements or steps – but the content and application of these requirements are not always consistent. Second, the Supreme Court sometimes treats proportionality as a general principle to the effect that the state should exercise constraint, without applying any defined tests. Third, the Supreme Court sometimes, without providing explanations, applies a less stringent test than proportionality when reviewing the constitutionality of limitations of rights. The author critiques this practice on the basis that the Supreme Court has not developed a holistic approach to the criteria that limitations of constitutional rights must meet under proportionality and the conclusions of the Court are therefore, at least in some respects, unforeseeable and subject to the individual general assessment of judges.





LÖGMANNSSTOFA



**ADVEL**  
L Ö G M E N N



Mörkin lögmansstofa hf.  
Suðurlandsbraut 4, 3. hæð, 108 Reykjavík  
Sími 414 4100 · Fax 414 4101 · [www.law.is](http://www.law.is)

**LANDSLÖG**

LÖGFRÆÐISTOFA

## Gildissviðsgatasigti

---

- » Dr. Bjarni Már Magnússon dósent við lagadeild HR
  - » Arnar Þór Jónsson lektor við lagadeild HR
- 

**Útdráttur**  
Markmið þessarar greinar er að benda á mistök sem gerð hafa verið við samningu lagaákvæða er snerta landfræðilegt gildissvið löggjafar sem varðar hafið og skyldra ákvæða er snerta íslenskt yferráðasvæði og lögsögu. Meginþungi þessara skrifa er á réttarreglur um yferráðasvæði og lögsögu íslenska ríkisins eins og þær birtast í gildissviðsákvæðum og öðrum sambærilegum ákvæðum. Ekki er unnt að útiloka að mistök þessi hafi átt þátt í því að sakborningar hafi hlotið refsisdóma án þess að öll skilyrði sakfellingar hafi verið fyrir hendi. Þar að auki veitir löggjöf sem ætlað er að vernda umhverfi hafsins, en inniheldur gildissviðsákvæði sem haldið er annmörkum, falska réttarvernd fyrir umhverfið.



1. Inngangur
2. Lögsaga íslenska ríkisins
  - 2.1 Yfirráðasvæði og lögsaga
  - 2.2 Landsvæði
  - 2.3 Lofthelgi
  - 2.4 Lögsaga á hafi úti
    - 2.4.1 Lög nr. 41/1979 um landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu og landgrunn
    - 2.4.2 Innsævi
    - 2.4.3 Landhelgi
    - 2.4.4. Aðlægt belti
    - 2.4.5. Efnahagslögsagan
    - 2.4.6 Landgrunn
    - 2.4.7 Samspil efnahagslögsögunnar og landgrunnins
    - 2.4.8 Afmörkun íslenskra hafsvæða við nágrennaríki
    - 2.4.9 Mengunar- og fiskveiðilögsaga og fiskveiðilandhelgi
3. Annmarkar á gildissviðsákvæðum og aðrir sambærilegir gallar
  - 3.1 Réttarríkið
  - 3.2 Gallar tengdir íslensku yfirráðasvæði/landsvæði
    - 3.2.1 Mannréttindasáttmáli Evrópu
    - 3.2.2 Lögreglulög
  - 3.3 Galli tengdur innsævinu
  - 3.4 Galli tengdur landhelginni
  - 3.5 Gallar tengdir efnahagslögsögunni

- 3.5.1 Vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum
- 3.5.2 Vaktstöð siglinga
- 3.5.3 Fiskveiðar erlendra aðila í íslenskri fiskveiðilögsögu
- 3.5.4 Brottkast og vigtun afla
- 3.5.5 Áhafnir
- 3.5.6 Uppbygging innviða
- 3.5.7 Frumvarp til stjórnskipunarlaganna um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands reist á tillögum Stjórnlagaráðs
- 3.6 Gallar tengdir innsævinu, landhelginni og landgrunninu
  - 3.6.1 Hollustuhættir og mengunarvarnir
  - 3.6.2 Loftslagsmál
- 3.7 Gallar einvörðungu tengdir landgrunninu
  - 3.7.1 Náttúruvernd
  - 3.7.2 Erfðabreyttar lífverur
- 3.8 Galli tengdur afmörkun íslenskra hafsvæða
- 4. Hvernig á að rita ákvæði um landfræðilegt gildissvið?
- 5. Niðurstöður

## 1 Inngangur

Er lögfræðingar leita svara við þeirri spurningu hvort heimfæra • megi tiltekið atvik undir ákveðna löggjöf er gildissvið hennar eitt hið fyrsta sem tekið er til athugunar. Í *Handbók um undirbúning og frágang lagafrumvarpa* kemur fram að lagatexti eigi að vera skýr. Sérstaklega er áréttað að greinar þar sem gildissvið er afmarkað þurfi að vanda.<sup>1</sup>

Hérlendis hefur lítil umræða átt sér stað um gildissviðsákvæði almennt. Þau gegna þó veigamiklu hlutverki. Eins og nafnið gefur til kynna er þeim ætlað að lýsa því hvað fellur undir tiltekna löggjöf, þ.e. hvaða málefni, einstaklingar og lögpersónur, svæði og í einhverjum tilvikum tímabil. Markmið þessara skrifa er að benda á mistök sem gerð hafa verið við samningu lagaákvæða er snerta landfræðilegt gildissvið löggjafar sem varða hafið og skyldra ákvæða er snerta íslenskt yfirráðasvæði og lögsögu. Ekki er unnt að útiloka að vegna mistaka löggjafans við samningu umræddra ákvæða, yfirsjóna ákærvalds, verjenda og dómstóla hafi einstaklingar hlotið refsidóma án þess að öll skilyrði sakkellingar hafi verið fyrir hendi. Ekki þarf að fjölyrða um alvarleika slíkra mistaka. Hér á eftir er jafnframt bent á að vegna þessara mistaka sé réttarvernd umhverfisins minni en ráða megi af lögskýringargögnum um vilja löggjafans.

Grein þessi skiptist í fimm kafla. Eftir þennan inngang kemur kafli um réttarreglur um yfirráðasvæði og lögsögu ríkisins sem hefur það að markmiði að leggja grunninn fyrir kaflann þar á eftir um gildissviðsákvæði og skyld ákvæði sem snerta hafið og haldin eru annmarka. Á eftir þeirri umfjöllun er í örstuttu máli fjallað um hvernig æskilegt er að rita ákvæði um landfræðilegt gildissvið er snertir hafið. Að lokum verða niðurstöður teknar saman og tillögur til úrbóta kynntar.

---

<sup>1</sup> *Handbók um undirbúning og frágang lagafrumvarpa* (forsætisráðuneytið, dóms- og kirkjumálaráðuneytið og Alþingi, 2007) bls. 34.

## 2. Lögsaga íslenska ríkisins

### 2.1 Yferráðasvæði og lögsaga

Hægt er að skipta yferráðasvæði ríkis í landsvæði, hafsvæði og loftrými. Óumdeilt er að ríki fara með full ríkisyferráð á landsvæði sínu og í lofthelgi. Flóknara mál er að útskýra réttarstöðuna á hafi úti. Í hafrétti greinast hafsvæði í innsævi, landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu, landgrunn, úthaf, eyjaklasa og alþjóðahafsbotnssvæðið. Þau hafsvæði sem teljast til íslensks yferráðasvæðis eru innsævi og landhelgi, m.ö.o. landsvæði, innsævi, og land- og lofthelgi teljast yferráðasvæði. Auk þess nýtur Ísland tiltekinna fullveldisréttinda, og fer með lögsögu, í aðlæga beltinu, efnahagslögsögunni og á landgrunninu. Öll þess hugtök eiga sér alþjóðlega skírskotun og rætur í þjóðarétti. Auk þeirra eru notuð hugtök eins og fiskveiðilandhelgi, fiskveiðilögsaga og mengunarlögsaga, til einföldunar, til að lýsa lögsögu íslenska ríkisins yfir tilteknum málaflokkum sem það nýtur innan þeirra lögsögubelta sem því tilheyrir. Mikilvægt er að gera greinarmun á ofangreindum hugtökum þar sem mismunandi reglur gilda um þau auk þess sem staðsetning og víðátta þeirra er ekki sú sama. Því miður er það svo að í íslenskri löggjöf er þessum hugtökum oft og tíðum ruglað saman.

### 2.2 Landsvæði

Lykilforsenda fyrir tilvist fullvalda ríkis er að það fari með yferráð yfir landsvæði. Í yferráðum ríkis yfir landsvæði felst einkaheimild þess til að fara þar með ríkisvald, þ.e. löggjafarvald, framkvæmdarvald og dómvald. Aðrir þjóðréttaraðilar geta að sama skapi ekki beitt ríkisvaldi á landsvæði annars ríkis nema með samþykki þess eða í skjóli framsals á ríkisvaldi til annars ríkis eða alþjóðastofnunar.<sup>2</sup> Á þetta við um íslenska ríkið sem og önnur ríki.

<sup>2</sup> Sjá t.d. Jan Klabbars, *International Law* (önnur útgáfa, Cambridge University Press, 2017) bls. 75-6; Martin Dixon, *International Law* (7. útgáfa, Oxford University Press, 2013) bls. 149-150; Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7. útgáfa, Routledge, 1997) bls. 75-6.

## 2.3 Lofthelgi

Enga almenna skilgreiningu er að finna á hugtakinu lofthelgi í íslenskri löggjöf. Fram kemur hins vegar í 2. gr. l. nr. 41/1979 um landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu og landgrunn (lögsögunlögin) að fullveldisréttur Íslands nái til landhelginnar og loftrýmisins yfir henni. Er þetta í samræmi við 1. gr. samþykktar um alþjóðflugmál<sup>3</sup> og 2. mgr. 2. gr. hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna frá 1982.<sup>4</sup> Þar sem landhelgin er afmörkuð af línu sem er alls staðar 12 sjómílar frá svonefndum grunnlínunum,<sup>5</sup> er ljóst að íslensk lofthelgi nær yfir íslenskt landsvæði, innsævi og landhelgi.<sup>6</sup> Af fullum ríkisyfirráðum yfir lofthelginni leiðir að enginn má rjúfa lofthelgina og fara um hana nema með samþykki íslenska ríkisins.<sup>7</sup> Strandríki hafa full ríkisyfirráð í lofthelginni líkt og á sjálfu landsvæði þeirra.

## 2.4 Lögsaga á hafi úti

### 2.4.1 Lög nr. 41/1979 um landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu og landgrunn

Meginréttarheimildin í íslenskum rétti um lögsögu íslenska ríkisins á hafi úti eru lögsögunlögin. Upphaflega var ekki minnst á aðlægt belti í lögnum en með breytingum er gerðar voru á þeim með lögum nr. 58/2017 var aðlæga beltinu bætt í heiti þeirra. Lögsögunlögin byggja á samningsdrögum að hafréttarsamningnum frá árinu 1977.<sup>8</sup> Þau byggja því ekki á hinum endanlega samningi. Í framsöguræðu

<sup>3</sup> Samþykkt um alþjóðflugmál (e. *Convention on International Civil Aviation*) (opnaður til undirritunar 7. desember 1944, öðlaðist gildi 4. apríl 1947, öðlaðist gildi gagnvart Íslandi 20. apríl 1947) SÍ 49.

<sup>4</sup> Hafréttarsamningur Sameinuðu þjóðanna (e. *United Nations Convention on the Law of the Sea*) (opnaður til undirritunar 10. desember 1982, fullgiltur af hálfu Íslands 21. júní 1985, öðlaðist gildi 16. nóvember 1994). Stjtið. C, 7/1985 og 40/1993.

<sup>5</sup> Sjá 1. gr. lögsögunlaganna.

<sup>6</sup> Hversu langt lofthelgin nær upp í himinhvolf er klassískt álitafni.

<sup>7</sup> Sjá Jan Klabbers (nmgr. 2) bls. 273; Dixon (nmgr. 2) bls. 178-9; Malanczuk (nmgr. 2) bls. 198-201.

<sup>8</sup> Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records Vol.VII (Informal Composite Negotiation Text, Sixth Session) (15. júlí 1977) UN Doc.A/CONF.62/WP.10 (United Nations 1984). Aðgengilegt á <[http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol\\_VIII/a\\_conf-62\\_wp-10.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol_VIII/a_conf-62_wp-10.pdf)> sótt 9. nóvember 2017.



flutningsmanns frumvarpsins, sem síðar varð að lögum nr. 41/1979, Benedikts Gröndals, þáverandi utanríkisráðherra, útskýrði hann hugsunina á bak við lagasetninguna:

[Þriðja] Hafréttarráðstefna Sameinuðu þjóðanna hefur enn eigi lokið störfum, aðallega vegna þess að ekki hefur náðst samkomulag um skipan mála á hinum alþjóðlega hafsbotni utan við mörk strandríkja. Þrátt fyrir það þykir nú tímabært að lögfesta þau atriði sem að ofan eru greind, og er það sjónarmið lagt til grundvallar í frv. þessu. Aðalatriðið er að lögfesta þær meginreglur sem nú liggja ljósar fyrir. Eftir vandlega íhugun hefur verið valin sú leið að hafa þetta frv. ekki ítarlegt, heldur aðeins með meginreglum, en ætlast til að einstök svið, einstakir málaflokkar verði ákveðnir með sérstakri löggjöf. Sem dæmi má nefna að við getum búist við því að þurfa alltaf öðru hverju að gera breytingar á þeim lögum, sem gilda varðandi fiskveiðar, eftir ýmsum aðstæðum og vaxandi þekkingu, og getur þá verið viss kostur að grundvallaratriðin séu í einum heildarlögum sem yrðu þá eins konar stjórnarskrá fyrir landhelgi og lögsögu, en auðveldara sé að breyta hinum einstöku lögum þegar Alþingi sýnist svo. Eins má geta þess, að rétt þykir að setja sérstök lög um hugsanlega mengun hafsins sem er flókið mál og getur líka tekið ýmiss konar breytingum á næstu árum.<sup>9</sup>

Rétt er að staldra við þau orð Benedikts að lögin séu eins konar stjórnarskrá fyrir landhelgi og lögsögu. Þau orð virðast undir áhrifum þriðju hafréttarráðstefnunnar þar sem rétt var um samningsdrögin og síðar hafréttarsamninginn sem stjórnarskrá hafsins.<sup>10</sup> Augljóst er að hvorki þjóðréttarsamningur né lög sett af Alþingi teljast stjórnarskrá í formlegri merkingu. Aftur á móti hafa lögsögulögin sérstaka þýðingu. Fyrst ber að nefna að stjórnarskráin inniheldur ekki sérstakt ákvæði um yfirráðasvæði og lögsögu íslenska ríkisins. Í öðru lagi eru þau hugsuð sem lykilréttarheimildin um landhelgi og lögsögu. Í þriðja lagi vísa fjölmörg lög til þeirra til útskýringa á gildissviði þeirra, s.s. 2. mgr. 2. gr. 1. nr. 79/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Alþt. 1978–9, B-deild, bls. 3179, 3180.

<sup>10</sup> Tommy Koh, „A Constitution for the Oceans“ Útdráttur úr ræðu forseta þriðju hafréttarráðstefnunnar (6. og 11. desember 1982) <[http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf)> sótt 9. nóvember 2017.

<sup>11</sup> Ákvæðið er svohljóðandi: „Til fiskveiðilandhelgi Íslands telst hafsvæðið frá fjöruborði að ytri mörkum efnahagslögsögu Íslands eins og hún er skilgreind í lögum nr. 41 1. júní 1979, um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn.“

#### 2.4.2 Innsævi

Í 1. gr. lögsögunlaganna er fjallað um svonefndar grunnlínur. Þegar ytri mörk hafsvæða, sem ríki hafa lögsögu yfir, eru ákveðin er í flestum tilfellum miðað við grunnlínu. Staðsetning hennar er því afar mikilvæg fyrir hagsmuni hvers strandríkis. Ísland hefur dregið svonefndar beinar grunnlínur umhverfis landið allt frá árinu 1952,<sup>12</sup> einu ári eftir að Alþjóðadómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að slíkar línur væru heimilar að þjóðarétti að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.<sup>13</sup> Heimilt er að draga beinar grunnlínur í tveimur tilvikum, sbr. 1. mgr. 7. gr. hafréttarsamningsins. Annars vegar þegar strandlengjan er mjög vogskorin og óregluleg. Hins vegar þegar strandeyjaröð er í næsta nágrenni hennar. Ísland dregur beinar grunnlínur yfir alla helstu firði og flóa umhverfis landið, m.a. Faxaflóa og Breiðafjörð, eins og sjá má á korti á bls. 234.

Innsævi ríkis er hafsvæði, sem er landmegin við grunnlínu,<sup>14</sup> sbr. 1. mgr. 8. gr. hafréttarsamningsins. Strandríki hefur full ríkisyfirráð á innsævi sínu líkt og á sjálfu landsvæði þess, með einni undantekningu.<sup>15</sup> Lögsaga strandríkis nær því almennt til erlendra skipa sem stödd eru á innsævinu og þeirra sem þar eru um borð. Hugtakið innsævi er hvergi notað í lögsögunum og kemur sjaldan fyrir í öðrum íslenskum lögum þrátt fyrir að íslenska innsævið sé óvenjuvídáttumikið og á nokkrum stöðum mun víðáttumeira en landhelgin, s.s. í Faxaflóa. Æskilegt væri að í lögsögunum væri ákvæði um innsævi, líkt og er í norski löggjöf.<sup>16</sup> Auk þess væri skynsamlegt í lögum, sem varða innsævið, að taka sérstaklega fram að þau gildi á innsævinu. Eins og síðar verður vikið að hafa mistök verið gerð við lagasetningu vegna þess að tilvist innsævisins gleymdist.

<sup>12</sup> Sjá reglugerð nr. 21/1952 um verndun fiskimiða umhverfis Ísland.

<sup>13</sup> Sjá *Fisheries* (Bretland gegn Noregi) (Alþjóðadómstóllinn) (Efnisdómur) [1951] ICJ. Rep. 116.

<sup>14</sup> Grunnlínan er dregin milli ystu odda og annesja á ströndinni, þ.e. milli grunnlínupunkta. Í hafréttarsamningnum er fjallað um grunnlínu í 4.-14. gr. og 16. gr.

<sup>15</sup> Í 2. mgr. 8. gr. hafréttarsamningsins er kveðið á um eftirfarandi: „Þar sem ákvörðun beinnar grunnlínu [...] verður til þess að afmarka innan hennar sem innsævi svæði sem voru ekki áður talin það skal réttur til friðsamlegrar ferðar samkvæmt ákvæðum samnings þessa gilda á þessu hafsvæði.“

<sup>16</sup> Sjá Lov av 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone.

### 2.4.3 Landhelgi

Í 1. mgr. 1. gr. lögsögunlaganna segir: „Landhelgi Íslands skal afmörkuð af línu sem alls staðar er 12 sjómíllur frá grunnlínu.“ Fullveldisréttur Íslands nær til landhelginnar, hafbotnsins innan hennar og loftrýmisis yfir henni, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna. Í 2. mgr. sömu greinar kveður svo á um að framkvæmd fullveldisréttarins fari eftir íslenskum lögum og ákvæðum alþjóðalaga. Vekja verður athygli á að hugtakið alþjóðalög hefur mun víðtækari skírskotun en milliríkjasamningur og vísar til allra réttarheimilda þjóðaréttar. Samkvæmt 3. gr. hafréttarsamningsins hefur sérhverrt ríki rétt til að ákveða víðáttu landhelgi sinnar allt að mörkum sem eru ekki utar en 12 sjómíllur, mælt frá grunnlínum. Þegar rétt er um íslensku landhelgina er rétt að hafa í huga, það sem kom fram hér að framan, að ytri mörk íslensku landhelginnar eru á mörgum stöðum mun utar en 12 sjómíllur frá strandlengjunni vegna þeirra beinu grunnlína sem dregnar eru umhverfis landið. Í landhelginni njóta ríki fullveldisréttar með tveimur undantekningum. Annars vegar mega ríki ekki meina skipum erlendra ríkja friðsamlega ferð um landhelgina. Hins vegar verða þau að leyfa gegnumferð um landhelgina um alþjóðleg sund sem notuð eru til alþjóðlegra siglinga.<sup>17</sup> Slík sund eru ekki til staðar á íslensku hafsvæði og þarf því ekki að velta vöngum yfir þeim í þessu samhengi.

Í lögsögulögunum er ekki getið um rétt erlendra ríkja til friðsamlegrar ferðar um landhelgina eins og gert er í 3. kafla 2. hluta hafréttarsamningsins. Aftur á móti segir í 2. mgr. 2. gr., eins og áður kom fram, að framkvæmd fullveldisréttarinnar fari eftir íslenskum lögum og ákvæðum alþjóðalaga. Þau íslensku lög sem vísað er til eru m.a. 16. gr. b. í l. nr. 41/2003 um vaktstöð siglinga (sbr. 2. gr. l. nr. 81/2015 um breytingu á lögum er varða alþjóðleg öryggismál) sem kveður á um að erlent ríkisskip (herskip eru ríkisskip) njóti réttarinnar til friðsamlegrar ferðar í landhelginni í samræmi við hafréttarsamninginn. Athyglisvert er að í íslenskri löggjöf er hvergi fjallað um rétt kaupskipa sem sigla undir erlendum fána til friðsamlegrar ferðar um landhelgina, sem þau þó vissulega njóta samkvæmt hafréttarsamningnum. Fjallað verður nánar um lög nr. 41/2003 í kafla 3.5.2.

<sup>17</sup> Gibraltar- og Malacca-sund eru dæmi um alþjóðleg sund sem notuð eru til alþjóðlegra siglinga.

#### 2.4.4 Aðlægt belti

Vorið 2017 voru samþykkt lög nr. 58/2017 um breytingu á lögum um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn, nr. 41/1979 eins og áður hefur verið vikið að. Með þeim bættist 24 sjómílna *aðlægt belti* í lögsöguflórana og nýtt ákvæði við lögsögulögin. Aðlæga beltið eykur lögsögu íslenska ríkisins í tilteknum málefnum er tengjast löggæslu, þ.e. lögsögu í tolla-, fjár-, sóttvarnar- og innflytjendamálum. Auk þess tekur það til fornleifa, sbr. c) lið 2. gr. a. Aðlæga beltið afmarkast af línu sem alls staðar er 24 sjómílnur frá grunnlínunum, sbr. a) lið 2. gr. a. Það þýðir að aðlæga beltið kemur í framhaldi af landhelginni og spannar í raun og veru 12 sjómílnur. Það eru því þrjú lögsögubelti sem koma í framhaldi af landhelginni og tilheyra Íslandi, þ.e. aðlægt belti, efnahagslögsaga og landgrunn eins og vikið verður að. Hérlandis hefur ekki reynt á réttarreglur um aðlæga beltið hingað til og ekki er vikið að því í öðrum lögum en lögsögulögum.

#### 2.4.5 Efnahagslögsagan

Víðátta efnahagslögsögunnar er skilgreind í 3. gr. lögsögulaganna sem byggir á því sem síðar varð 57. gr. hafréttarsamningsins: „Efnahagslögsaga Íslands er svæði *utan* landhelgi sem afmarkast af línu sem alls staðar er 200 sjómílnur frá grunnlínunum landhelginnar, sbr. þó 7. gr.“<sup>18</sup> Vikið verður að 7. gr. í kafla 2.4.8. Leggja verður áherslu á að „efnahagslögsagan er svæði *utan* landhelgi.“<sup>19</sup> Efnahagslögsagan tekur við af landhelginni, þ.e. íslenska efnahagslögsagan hefst við ytri mörk landhelginnar og víðátta hennar er því að hámarki 188 sjómílnur en ekki 200 sjómílnur. Áréttta verður að lögsögubeltin landhelgi og efnahagslögsaga eru sjálfstæð lögsögubelti. Landhelgishugtakið felst ekki í efnahagslögsöguhugtakinu.

Í 4. gr. lögsögulaganna er fullveldisrétti og lögsögu Íslands í efnahagslögsögunni lýst. Greinin er nánast samhljóða íslensku þýðingunni á 1. mgr. 56. gr. hafréttarsamningsins, sem er lykilákvæði samningsins um efnahagslögsöguna:

<sup>18</sup> Leturbreyting höfunda.

<sup>19</sup> Leturbreyting höfunda.

Innan efnahagslögsögunnar hefur Ísland:

- a. fullveldisrétt að því er varðar rannsóknir, hagnýtingu, verndun og stjórnun auðlinda, lífrænna og ólífrænna, á hafsbotni og í honum, í hafinu yfir honum svo og aðrar athafnir varðandi efnahagslega nýtingu og rannsóknir innan svæðisins, svo sem framleiðslu orku frá sjávarföllum, straumum og vindi,
  - b. lögsögu að því er varðar:
    - i. byggingu mannvirkja og afnot af þeim,
    - ii. vísindalegar rannsóknir,
    - iii. verndun hafsins,
  - c. önnur réttindi og skyldur samkvæmt alþjóðalögum.
- Framkvæmd réttinda og skyldna innan efnahagslögsögunnar skal vera samkvæmt sérstökum lögum og í samræmi við milliríkjasamninga, sem Ísland er aðili að.

Í skýringum við ákvæði þetta í greinargerð með frumvarpinu segir að í henni séu „talin upp þau yfirlát, sem strandríkinu eru heimil innan efnahagslögsögunnar.“<sup>20</sup> Af einhverjum ástæðum er ekki útskýrt hvaða réttinda erlend ríki njóta í íslenskri efnahagslögsögu í lögsögulögunum. Hafa verður þó í huga að fram kemur í c) lið 1. mgr. 4. gr. að íslenska ríkið hefur önnur réttindi og skyldur samkvæmt alþjóðalögum í efnahagslögsögunni<sup>21</sup> og að 2. mgr. greinarinnar segir að framkvæmd réttinda og skyldna innan efnahagslögsögunnar skuli vera samkvæmt sérstökum lögum og í samræmi við milliríkjasamninga, sem Ísland er aðili að.<sup>22</sup> Tilvísunin til milliríkjasamninga tekur væntanlega fyrst og fremst til hafréttarsamningsins. Í 1. mgr. 58. gr. samningsins kemur fram að í efnahagslögsögunni njóti erlend ríki þess frelsis „sem getið

<sup>20</sup> Alþt. 1978-9, A-deild, bls. 1614, 1618.

<sup>21</sup> Ísland getur t.d. notið annarra réttinda og skyldna í efnahagslögsögunni t.a.m. á grundvelli Samnings Sameinuðu þjóðanna gegn ólöglegri verslun með fíkniefni og skynvilluefni (e. *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*) (frá 20. des. 1988, öðlaðist gildi 11. nóvember 1990, öðlaðist gildi gagnvart Íslandi 1. des. 1997) Stjtið. C. 18/1997.

<sup>22</sup> Athygli vekur að c) liður 1. mgr. 4. gr. laganna vísar til allra réttarheimilda þjóðaréttar á meðan fyrirmyndin, c) liður 1. mgr. 56. gr. hafréttarsamningsins, vísar einvörðungu til samningsins sjálf.

er í 87. gr., til siglinga og yfirflugs og til lagningar neðansjávarstrengja og -leiðslna, svo og önnur alþjóðlega lögmæt not hafsins sem snerta þetta frelsi, t.d. þau not er tengjast starfrækslu skipa, loftfara og neðansjávarstrengja og -leiðslna, og samrýmast öðrum ákvæðum“ samningsins.<sup>23</sup> Af 1. og 2. mgr. 58. gr. hafréttarsamningsins leiðir, að frátöldu því sem fram kemur í 1. mgr. 4. gr. lögsögulaganna, að efnahagslögsagan hefur sambærilega stöðu og úthaf. Þetta er lykiltríði.

#### 2.4.6 Landgrunn

Í 5. gr. lögsögulaganna er fjallað um hámarksvíðáttu landgrunnnsins: „Landgrunn Íslands nær til hafsbotnsins og neðansjávarsvæða utan landhelgi, sem eru framlenging landssvæðisins, allt að ytri mörkum landgrunnssvæðisins, þó að 200 sjómílna fjarlægð frá grunnlínunum landhelginnar þar sem ytri mörk landgrunnssvæðisins ná ekki þeirri fjarlægð, sbr. þó 7. gr.“ Samkvæmt ákvæðinu er landgrunn Íslands að lágmarki 200 sjómílu frá grunnlínunum, sbr. þó 7. gr. laganna sem vikið er að í kafla 2.4.8.

Fyrirnefnt ákvæði 5. gr. lögsögulaganna, byggir á því sem síðar varð 1. mgr. 76. gr. hafréttarsamningsins sem skilgreinir hið lagalega landgrunnshugtak. Samkvæmt 76. gr. samningsins eiga strandríki sjálfkrafa rétt til 200 sjómílna landgrunnns. Því er ljóst að lagalega landgrunnshugtakið er annað en hið vísindalega.<sup>24</sup> Ríki geta átt rétt til landgrunnns utan 200 sjómílna frá grunnlínunum, samkvæmt sömu grein. Ísland hefur undanfarin ár sóst eftir staðfestingu á þeim rétti hjá landgrunnnsnefnd Sameinuðu þjóðanna.<sup>25</sup> Ekki verður fjallað um það málefni hér enda tengist það ekki umfjöllun þessarar greinar með beinum hætti.

<sup>23</sup> Auk þess verður að hafa í huga að í efnahagslögsögunni gilda fjölmargar reglur sem gilda á úthafinu, m.a. um sjórán, en 2. mgr. 58. gr. kveður á um að 88-115. gr. og aðrar viðeigandi reglur þjóðaréttar gildi um efnahagslögsöguna að svo miklu leyti sem þær eru ekki ósamrýmanlegar hluta samningsins um efnahagslögsöguna.

<sup>24</sup> Sjá t.d. Bjarni Már Magnússon, *The Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles* (Brill/Nijhoff, 2015) bls. 7-8.

<sup>25</sup> Sjá Skýrslu Guðlaugs Þórs Þórðarsonar utanríkisráðherra um utanríkis- og alþjóðamál. Alþt. 2016-17, B-deild, þskj. 671 – 480 mál, bls. 23.

Þegar landgrunnið er tekið til skoðunar verður ævinlega að hafa í huga að „[r]éttindi strandríkisins yfir landgrunninu hafa ekki áhrif á réttarstöðu yfirlæga hafsins né loftrýmisins yfir þessu hafi,“ sbr. 1. mgr. 78. gr. hafréttarsamningsins. M.ö.o. landgrunnsréttindi strandríkja hafa ekki áhrif á réttarstöðu efnahagslögsögunnar eða úthafsins. Í 6. gr. lögsögunlaganna er fjallað um fullveldisrétt Íslands yfir landgrunninu. Ákvæðið byggir á því sem síðar varð 1. og 4. mgr. 77. gr. hafréttarsamningsins. Í 6. gr. laganna segir að fullveldisréttur Íslands yfir landgrunninu taki til rannsókna og hagnýtingar á ólífrænum auðlindum, sem þar eru, svo og á lífverum, sem á nýtingarstigi eru annaðhvort hreyfingarlausar á hafsbotni eða í honum eða geta ekki hreyft sig án snertingar við hafsbotninn. Því er ljóst að réttindi strandríkis eru takmörkuð. Með öðrum orðum er litið svo á að landgrunnið sé ekki hluti af yfirráðasvæði þess. Fullveldisréttindi strandríkis ná til jarðefnaauðlinda og annarra ólífrænna auðlinda hafsbotnsins og botnlaganna ásamt lífverum í flokki botnsetutegunda, sbr. 4. mgr. 77. gr. hafréttarsamningsins. Lögsaga Íslands tekur því t.d. til jarðhita og hugsanlegra olíu- og gaslinda á hafsbotninum og botnsetutegunda eins og ostra, skelfiska og krabba. Í 1. gr. l. nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotnsins segir svo: „Íslenska ríkið er eigandi allra auðlinda á, í eða undir hafsbotninum utan netlaga<sup>26</sup> og svo langt til hafs sem fullveldisréttur Íslands nær samkvæmt lögum, alþjóðasamningum eða samningum við einstök ríki.“

#### 2.4.7 Samspil efnahagslögsögunnar og landgrunnins

Einn helsti gallinn í lögsögunlögum er að þau útskýra ekki hvert samspil efnahagslögsögunnar og landgrunnins er en þessi lögsögubelti liggja samsíða frá ytri mörkum landhelginnar að ytri mörkum efnahagslögsögunnar. Landgrunnið getur svo náð lengra en 200 sjómílar að ákveðnum skilyrðum uppfylltum og liggur þá landgrunnið samsíða úthafinu. Af einhverjum ástæðum er sá misskilningur útbreiddur héraendis að landgrunnið innan 200 sjómílna felist í efnahagslögsöguhugtakinu.

<sup>26</sup> Netlög eru hafsæði 115 m út frá stórstraumsfjörumáli landareignar eða 115 m út frá bakka stöðuvatns sem landareign liggur að, sbr. t.d. skilgreining í 1. gr. l. nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum.

Líklegt er að þessi misskilningur eigi rætur að rekja til orðalags 4. gr. lögsögulaganna. Af orðalagi lagaákvæðisins má draga þá ályktun að Ísland hafi fullveldisréttindi á hafsbotni og í honum í tengslum við rannsóknir, hagnýtingu, verndun og stjórnun auðlinda, lífrænna og ólífrænna, á grundvelli efnahagslögsögunnar. Þetta er röng ályktun. Hér verður að hafa í huga að í lögsögulögunum eru sérstakir kaflar fyrir efnahagslögsöguna og landgrunnið. Í þeim er víðátta efnahagslögsögunnar og landgrunnins skilgreind sem og hvers konar lögsögu Ísland fer með innan þessara lögsögubelta. Ganga má út frá því að ekki hefði verið fjallað um lögsögubeltin í tveimur aðskildum köflum laganna ef hugmyndin hefði verið að landgrunnið fælist í efnahagslögsögunni.

Þar sem 2. mgr. 4. gr. lögsögulaganna nefnir að framkvæmd fullveldisréttinda og -skyldna innan efnahagslögsögunnar skuli vera í samræmi við milliríkjasamninga; þar sem 1. mgr. 4. gr. byggir á því sem síðar varð 1. mgr. 56. gr. hafréttarsamningsins; og þar sem það er viðurkennd regla „að norrænum rétti að skýra skuli lög til samræmis við alþjóðasamninga, sem ríki hefur staðfest eftir því sem kostur er“<sup>27</sup> þá verður að líta til ákvæða hafréttarsamningsins þegar samspil efnahagslögsögunnar og landgrunnins er skýrt í íslenskum rétti. Líta verður a.m.k. til sex þátta í því samhengi. Í fyrsta lagi er kveðið á um í 3. mgr. 56. gr. hafréttarsamningsins að réttindunum, sem greint er frá í þeirri grein (sem fjallar um efnahagslögsöguna) að því er snertir hafsbotninn og botnlögin, skuli beita samkvæmt VI. hluta samningsins. Sá hluti fjallar um landgrunnið. Í samræmi við það kemur fram í 68. gr. að sá hluti hans sem fjallar um efnahagslögsöguna gildi ekki um botnsetutegundir eins og þær eru skilgreindar í 4. mgr. 77. gr. M.ö.o. hafréttarsamningurinn skilur á milli þeirra lífvera sem tilheyra efnahagslögsögunni og landgrunninu. Í öðru lagi benti Alþjóðadómstóllinn á í dómi sínum í máli Líbýu og Möltu árið 1985, að efnahagslögsöguhugtakið hefði ekki tekið yfir landgrunnshugtakið.<sup>28</sup> Í þessu samhengi verður að hafa í huga að hið þjóðréttarlega

<sup>27</sup> Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000 (Öryrkjamálið).

<sup>28</sup> *Case Concerning the Continental Shelf* (Líbýa gegn Möltu) (Alþjóðadómstóllinn) (Efnisdómur) [1985] ICJ Rep. 13, 33, mgr. 33. Enski frumtextinn er svohljóðandi: „This does not mean that the concept of the continental shelf has been absorbed by that of the exclusive economic zone.“



landgrunnshugtak er eldra en efnahagslögsöguhugtakið.<sup>29</sup> Í þriðja lagi er rétt að geta þess að í máli Líbýu og Möltu benti dómstóllinn á að ríki geta verið með landgrunn án þess að taka sér efnahagslögsögu en geta ekki verið með efnahagslögsögu án þess að vera með landgrunn.<sup>30</sup> Í fjórða lagi hafa alþjóðlegir dómstólar komist að þeirri niðurstöðu að landgrunnið innan sem utan 200 sjómílna sé eitt og sama lagalega fyrirbærið.<sup>31</sup> Sú niðurstaða felur í sér höfnun á þeirri hugmynd að landgrunnshugtakið innan 200 sjómílna felist í efnahagslögsöguhugtakinu. Í fimmta lagi eru til svokölluð „grá hafsvæði“ þar sem ríki A fer með lögsögu yfir landgrunninu en ríki B lögsögu yfir efnahagslögsögunni fyrir ofan. Slík hafsvæði eru t.a.m. í Bengalflóa.<sup>32</sup> Í sjötta lagi gildir sérstök regla um að ytri

<sup>29</sup> Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (No 16) (Bangladesh gegn Myanmar) (Alþjóðlegi hafréttardómurinn) (Efnisdómur) (2012), ITLOS Reports 2012, 4, 121, mgr. 475. Enski frumtextinn er svohljóðandi: „The Tribunal recalls in this respect that the legal regime of the continental shelf has always coexisted with another legal regime in the same area. Initially that other regime was that of the high seas and the other States concerned were those exercising high seas freedoms“

<sup>30</sup> Líbýa gegn Möltu (nmgr. 28) 33, mgr. 34. Enski frumtextinn er svohljóðandi: „Although the institutions of the continental shelf and the exclusive economic zone are different and distinct, the rights which the exclusive economic zone entails over the sea-bed of the zone are defined by reference to the régime laid down for the continental shelf. Although there can be a continental shelf where there is no exclusive economic zone, there cannot be an exclusive economic zone without a corresponding continental shelf.“

<sup>31</sup> In the Matter of an Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados gegn Trinidad & Tobago) (Gerðardómur) (Efnisdómur) (2006), 45 I.L.M. 800, 835, mgr. 213. Sjá einnig Bangladesh gegn Myanmar (nmgr. 29) 96-97, mgr. 362; Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh gegn Indlandi) (Gerðardómur) (Efnisdómur) (2014), 21, mgr. 77 <<https://www.pcacases.com/web/sendAttach/383>>; Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana gegn Filabeinsströndinni) (Sérstök deild (e. *special chamber*) alþjóðlega hafréttardómsins) (Efnisdómur) (2017), 137, mgr. 490 <[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.23\\_merits/C23\\_Judgment\\_23.09.2017\\_corr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf)>.

<sup>32</sup> Sjá t.d. Bjarni Már Magnússon, „The Grey Areas in the Bay of Bengal“ (2016) 56 Indian Journal of International Law 41-58; Raghavendra Mishra, „The „Grey Area“ in the Northern Bay of Bengal: A Note on Functional Cooperative Solution (2016) 47 Ocean Development and International Law 29-39; Tafsir Malick Ndiaye, „The judge, maritime delimitation and grey areas“ (2015) 55 Indian Journal of International Law 493-533.

mörk landgrunnsins, innan sem utan 200 sjómílna, séu „fryst“ þegar ríki koma í vörslu hjá aðalframkvæmdastjóra Sameinuðu þjóðanna kortum og víðeigandi upplýsingum, m.a. um landmælingaatriði, þar sem ytri mörk landgrunnsins eru endanlega skýrð, sbr. 9. mgr. 76. gr. hafréttarsamningsins. Það er útbreiddur misskilningur að þetta gildi einvörðungu um landgrunnið utan 200 sjómílna en af einfaldri orðskýringu er ljóst að svo er ekki. Hafréttarsamningurinn gerir þannig ráð fyrir að ytri mörk landgrunnsins séu ákveðin með endanlegum hætti. Það sama gildir ekki um ytri mörk landhelginnar, aðlæga beltisins og efnahagslögsögunnar.

Ekki verður um það deilt að efnahagslögsagan og landgrunnið eru tvö aðskilin lagaleg fyrirbæri. Hafa ber þessa staðreynd í huga þegar hugað er að samspili ákvæða lögsögunlaganna um efnahagslögsöguna og landgrunnið. Íslenskir fræðimenn sem hafa skrifað um efnahagslögsöguna og landgrunn hafa fæstir veitt þessu samspili athygli. Þó er a.m.k. ein skýr undantekning á þessu. Í ritinu Hafréttur kemst Gunnar G. Schram svo að orði:

Tengsl efnahagslögsögunnar og landgrunnsins koma víða fram. Bæði hugtökini eru í hafrétti byggð á sjónarmiðum um stjórnun strandríkja á náttúruauðlindum í nágrenni landsins. Í Hafréttarsáttmálanum er beinlínis tekið fram að í efnahagslögsögu felist landgrunnsréttindi ... Engu að síður eru þetta tvö aðskilin hugtök, sem lúta ólíkum þjóðréttarreglum og ber því ávallt að halda þeim aðgreindum.<sup>33</sup>

#### ***2.4.8 Afmörkun íslenskra hafsvæða við nágrennaríki***

Í 7. gr. lögsögunlaganna er fjallað um afmörkun hafsvæða Íslands við nágrennaríki:

- Afmörkun efnahagslögsögu og landgrunns milli Íslands og annarra landa skal eftir atvikum ákveðin með samningum við hlutað-eigandi ríki og skulu slíkir samningar háðir samþykki Alþingis.
- Þar til annað verður ákveðið skulu efnahagslögsaga og landgrunn Íslands miðuð við 200 sjómílnur frá grunnlínunum landhelginnar að

<sup>33</sup> Gunnar G. Schram, *Hafréttur* (Háskólaútgáfan, 2002) bls. 171.

Því undanskildu þó að þar sem skemmra er en 400 sjómíllur milli grunnlína Færeyja og Grænlands annars vegar og Íslands hins vegar skulu efnahagslögsaga og landgrunn Íslands afmarkast af miðlínu.

Æskilegt væri að fjarlægja 2. mgr. ákvæðisins úr lögnum þar sem hún á ekki lengur við. Ísland hefur gengið frá samningum við nágrannaríki sín vegna þeirra hafsvæða sem ákvæðið tekur til. Ísland samdi um afmörkun hafsvæða sinna við Grænland árið 1997<sup>34</sup> og Færeyjar árið 2007.<sup>35</sup> Þar áður var búið að semja við Norðmenn árið 1980 um afmörkun hafsvæða vegna Jan Mayen.<sup>36</sup> Auk þessa hefur Ísland komist að samkomulagi (e. *agreed minutes*) við Noreg og Danmörku fyrir hönd Færeyja um afmörkun landgrunnsins utan 200 sjómílna í Síldarsmugunni<sup>37</sup> og við Danmörku, fyrir hönd Grænlands, á litlu svæði í Grænlandshafi utan 200 sjómílna.<sup>38</sup> Í raun og veru á einungis eftir að afmarka landgrunnið utan 200 sjómílna gagnvart nágrannaríkjum á hinu svonefnda Hatton-Rockall-svæði. Þegar því verður lokið verður búið að afmarka öll íslensk hafsvæði gagnvart nágrannaríkjum.

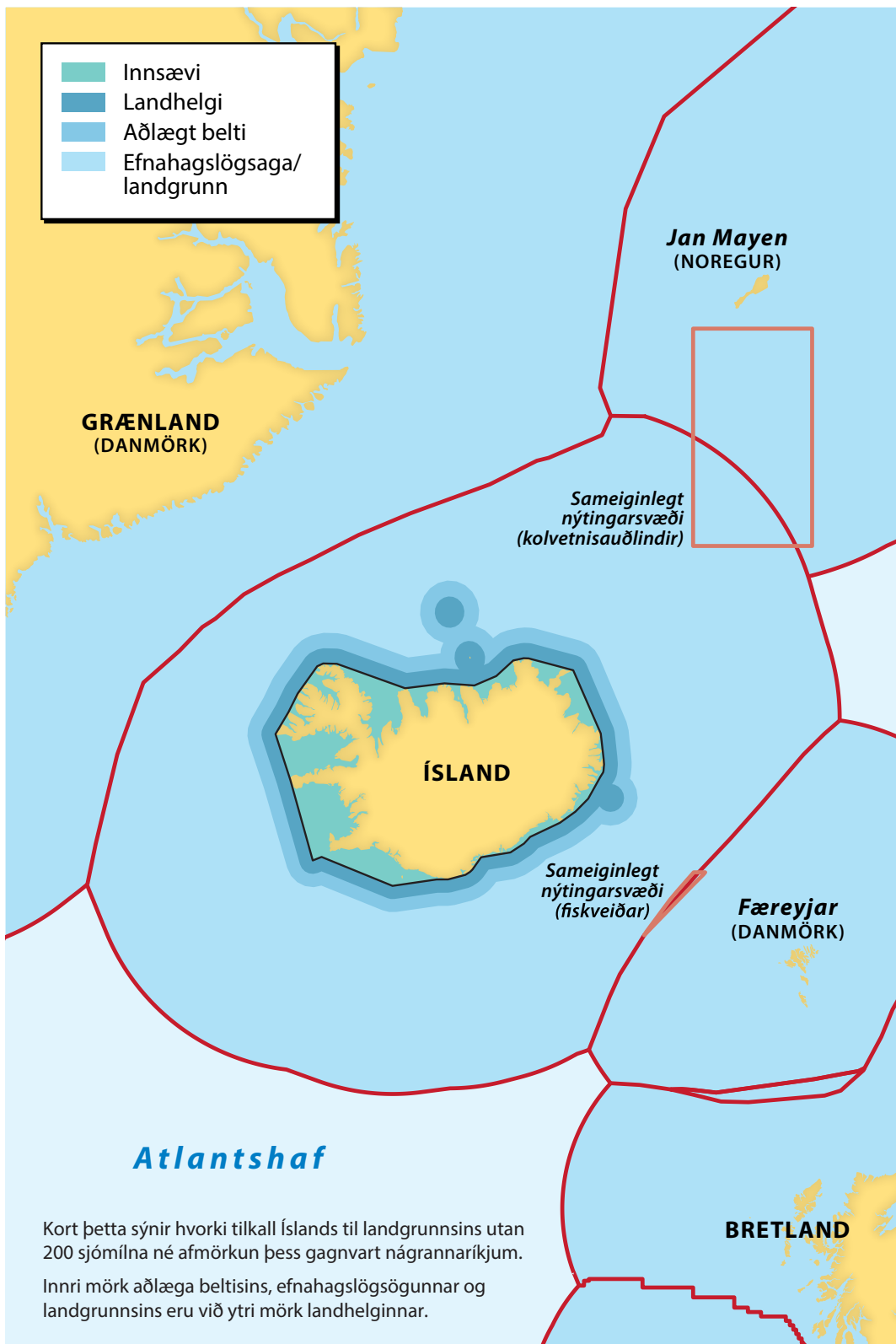
<sup>34</sup> Samningur við Danmörku og Grænland um afmörkun landgrunnsins og fiskveiðilögsögu á svæðinu milli Íslands og Grænlands (samþykktur 11. nóvember 1997, tók gildi 27. maí 1998) Stjtið. C, 8/1998.

<sup>35</sup> Samningur Íslands við Danmörku fyrir hönd Færeyja var undirritaður 1. og 2. febrúar 2007 og tók gildi 29. apríl 2008 en hefur þó ekki verið birtur í C-deild Stjórnartíðinda hér á landi. Sjá nánar um ástæðuna: Alþt. 2006-07, A-deild, þskj. 951 – 133 mál.

<sup>36</sup> Samkomulag um fiskveiði og landgrunnsmál, milli Íslands og Noregs (samþykktur 28. maí 1980, tók gildi 13. júní 1980) Stjtið. C, 9/1980. Sjá einnig Samkomulag um landgrunnið á svæðinu milli Íslands og Jan Mayen, milli Íslands og Noregs (samþykktur 22. október 1981, tók gildi 2. júní 1982) Stjtið. C, 3/1982.

<sup>37</sup> „Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between the Faroe Islands, Iceland and Norway in the Southern Part of the Banana Hole of the Northeast Atlantic“ (samþykkt 20. september 2006). <http://www.regjeringen.no/en/dep/ud/documents/Laws-and-rules/retningslinjer/2006/Agreed-Minutes.html?id=446839> skoðað 9 nóvember 2017.

<sup>38</sup> „Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between Greenland and Iceland in the Irminger Sea“ (Samþykkt 13. janúar 2013) <<https://www.utanrikisraduneyti.is/media/thjodrettarmal/Agreed-Minutes-og-vidaukar.pdf>> (utanrikisráðuneytið) skoðað 9. nóvember 2017.



- Innsævi
- Landhelgi
- Aðlægt beltí
- Efnahagslögsaga/landgrunn

**GRÆNLAND**  
(DANMÖRK)

**Jan Mayen**  
(NOREGUR)

*Sameiginlegt  
nýtingarsvæði  
(kolvetnisauðlindir)*

**ÍSLAND**

*Sameiginlegt  
nýtingarsvæði  
(fiskveiðar)*

**Færeyjar**  
(DANMÖRK)

## Atlantshaf

Kort þetta sýnir hvorki tilkall Íslands til landgrunnins utan 200 sjómílna né afmörkun þess gagnvart nágrannaríkjum.

Innri mörk aðlæga beltisins, efnahagslögsögunnar og landgrunnins eru við ytri mörk landhelginnar.

**BRETLAND**

### 2.4.9 Mengunar- og fiskveiðilögsaga og fiskveiðilandhelgi

Hugtökin mengunar- og fiskveiðilögsaga sem og fiskveiðilandhelgi eiga það sameiginlegt að lýsa ákveðinni tegund lögsögu sem spannar fleiri lögsögubelti en eitt. Hafa ber í huga að þetta eru ekki sjálfstæð lögsögubelti. Íslenska ríkið hefur þessa lögsögu vegna þess að ríkið hefur innsævi, landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn.

Ákvæði 2. mgr. 8. gr. lögsögulaganna kveður á um að „[í]slensk stjórnvöld skulu samkvæmt sérstökum lögum og í samræmi við milliríkjasamninga sem Ísland er aðili að gera ráðstafanir til að vernda hafið gegn mengun og öðrum spjöllum.“ Þau sérstöku lög sem vikið er að í ákvæðinu eru fyrst og fremst lög nr. 33/2004 um varnir gegn mengun hafs og stranda. Í 12. tl. 3. gr. laganna er mengunarlögsagan skilgreind með þeim hætti að hún taki til hafsvæðisins „sem nær yfir innsævi að meðtalinni strönd að efstu flóðmörkum á stórstraumsflóði, landhelgi og efnahagslögsögu, landgrunn Íslands og efstu jarðlög, sbr. lög um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn.“ Þar sem hugtakið mengunarlögsaga er notað í öðrum lögum án þess að hugtakið sé skilgreint frekar, eins og í siglingalögum nr. 34/1985, verður að skýra það til samræmis við lög nr. 33/2004.

Í íslenskum lögum kemur hugtakið fiskveiðilögsaga fyrir í þremur lagabálkum.<sup>39</sup> Hugtakið er þó hvergi skilgreint. Ætla má þó að það hafi sömu merkingu og hugtakið fiskveiðilandhelgi. Fiskveiðilandhelgin er mun víðáttumeira hafsvæði en landhelgin. Í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 79/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands segir: „Til fiskveiðilandhelgi Íslands telst hafsvæðið frá fjöruborði að ytri mörkum efnahagslögsögu Íslands eins og hún er skilgreind í lögum nr. 41 1. júní 1979, um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn.“ M.ö.o. nær fiskveiðilandhelgin yfir innsævið, landhelgina og efnahagslögsöguna. Æskilegt væri að uppræta hugtakið fiskveiðilandhelgi úr íslensku lagamáli og nota þess í stað orðið fiskveiðilögsaga þar sem margir rugla saman hugtökunum landhelgi og fiskveiðilandhelgi.

<sup>39</sup> Sjá l. nr. 68/1981 um aðild Íslands að samningi um framtíðarsamvinnu ríkja varðandi fiskveiðar á Norðaustur-Atlantshafi, l. nr. 76/2001 um áhafnir íslenskra farþegaskipa og flutningaskipa og l. nr. 74/2012 um veiðigjald.

## 3. Annmarkar á gildissviðsákvæðum og aðrir sambærilegir gallar

### 3.1 Réttarríkið

Augljóslega standa almennir borgarar á ýmsan hátt höllum fæti gagnvart ofurefli ríkisvalds. Á vettvangi laga og lögfræði er sú spurning viðvarandi hvernig menn geti tryggt sig fyrir því að ríkisvaldið sé notað gegn frelsi þeirra, velferð og mannlegri reisn. Þar kemur hugtakið *réttarríki* til skjalanna. Með réttarríki er skírskotað til þeirrar hugmyndar, sem telja má hornstein íslenskrar stjórnskipunar, að meðferð ríkisvalds séu sett skýr og fyrirsjáanleg mörk með lögum. Í því felst nánar

að allt ríkisvald er bundið af lögum og öll íþyngjandi afskipti af réttindum borgaranna verða að hvíla á skýrum lagaheimildum. Ákvarðanir stjórnvalda mega ekki vera teknar að geðþótta heldur samkvæmt fyrirfram settum og birtum reglum, sem fyrirsjáanlegt er hvernig verði beitt.<sup>40</sup>

Kenningar um ríkisvald hafa löngum byggst á því að meginhlutverk ríkisins sé að vernda líf, heilsu og eignir borgaranna og að gegn slíkri vernd afsali borgararnir sér hluta af frelsi sínu. Slíkt fyrirkomulag stuðli að auknu öryggi og reglu í samskiptum manna. Með þessum rökum hefur ríkinu verið veitt vald til að setja lög og breyta þeim, beita lögum og setja niður deilur með formlegum hætti, auk þess sem ríkið getur fylgt slíkum ákvörðunum eftir með sérstöku þvingunarvaldi.

Réttarríkishugsjónin á sér djúpar rætur í vestrænni lýðræðis- og stjórnskipunarhefð. Þannig má t.d. minna á að Aristóteles gerði greinarmun á stjórn manna og stjórn laga<sup>41</sup> og taldi að stjórn með lögum hefði ýmsa kosti fram yfir annað stjórnarfyrirkomulag, m.a. vegna þess að lögin yrðu til á löngum tíma og væru því ólíkleg

<sup>40</sup> Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur – Undirstöður og handhafar ríkisvalds* (Bókaútgáfan Codex, 2015) bls. 50; Sjá einnig Garðar Gíslason, *Enu Lög Nauðsynleg?* (Bókaútgáfa Orators, 1991) 137–48.

<sup>41</sup> Aristóteles, *Politics*. Aðgengilegt á <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Aristot.%20Pol>>, 1287b. Sótt 17.11.2017.

til að mótast af geðþótta. Um leið þurfi þó að standa gegn því að lögin séu gerð að valdbeitingartæki.<sup>42</sup> Af þessu má þegar sjá að hugmyndin um réttarríkið byggir á því að rétt sé að setja valdbeitingu skordur. Vernda beri borgarana fyrir valdníðslu og ofríki valdhafa. Ein grunnforsenda þess að réttarríkið standi undir nafni í þessum efnum er sú að lög séu bæði skýr og skiljanleg. Augljóslega er þetta sérstaklega brýnt í tilviki refsilaga þar sem brot á slíkum ákvæðum geta, í alvarlegustu tilvikum, varðað frelsissviptingu þess sem sakaður er um lögbrot. Af þessu leiðir að sérhvert réttarríki þarf að virða þær skuldbindingar sem í þessu felast gagnvart borgurunum. Mikilvægi þessarar skuldbindingar réttarríkisins birtist í réttarframkvæmd, t.d. þegar sakaðir menn eru sýknaðir á þeim forsendum að skýrleika tilvísaðrar refsheimildar sé ábótavant. Samræmist þetta fyllilega þeirri meginreglu að refsíákvæði beri almennt að túlka sakborningi í vil (lat. *in dubio pars mitior est sequenda*, e. *the rule of lenity*),<sup>43</sup> sbr. einnig meginreglu refsiréttarins um að allan vafa skuli skýra sökunaut í hag (lat. *in dubio pro reo*) og þá reglu 108. gr. l. nr. 88/2008 um meðferð sakamála, að sönnunarbyrði um sekt ákærða og atvik, sem telja má honum í óhag, hvíli á ákæruvaldinu.

Að þessu sögðu er ástæða til að tíunda hér ákvæði 1. mgr. 69. gr. stjskr., sem segir orðrétt:

Engum verður gert að sæta refsingu nema hann hafi gerst sekur um háttsemi sem var refsiverð samkvæmt lögum á þeim tíma þegar hún átti sér stað eða má fullkomlega jafna til slíkrar háttsemi. Viðurlög mega ekki verða þyngrri en heimiluð voru í lögum þá er háttsemin átti sér stað.

Í þessum örfáu línum birtist krafa réttarríkisins um lögbundnar refsheimildir. Ekki þarf að fara mörgum orðum um hvílíkt framfaraskref þessi meginregla felur í sér samnborið við þann veruleika fyrri alda að einstaklingar væru dæmdir til refsingar án heimildar í lögum.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Sama heimild, 1324b.

<sup>43</sup> Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyrgð I* (Háskólaútgáfan 1999) bls. 243-244; Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókaútgáfan Codex, 2007) bls. 405-406.

<sup>44</sup> Björg Thorarensen (nmgr. 40) bls. 191.

Réttarríkið áskilur að handhafar framkvæmdarvalds setji ekki reglur sem ganga gegn lögum. Þá þurfa lögin sjálf að samræmast mannréttindaákvæðum stjórnarskrár og veitir þetta megin sjónarmið handhöfum löggjafarvalds augljóst aðhald. Síðast en ekki síst blasir þessi skuldbinding við í tilviki handhafa dómvalds, þar sem ákvæði 61. gr. stjkskr. tíundar að dómendur skuli í embættisverkum sínum fara *eínungis eftir lögunum*. Í vafatilvikum ber réttarríkinu að tryggja borgurunum rétt til að leita úrlausnar sjálfstæðra dómstóla um hvort þessar meginreglur réttarríkisins hafi verið brotnar, sbr. 70. gr. stjkskr. Niðurstaða dómstóls í hverju máli fyrir sig veltur að sjálfsgöðu á þeim kröfum sem gerðar hafa verið, en ljóst er þó að vanhöld handhafa löggjafar- og framkvæmdarvalds á skuldbindingum réttarríkisins geta leitt til bæði ógildingar og bótaskyldu. Þannig er það ríkið sjálft sem ber ábyrgð á mistökum og/eða valdniðslu handhafa ríkisvalds. Sú ábyrgð er jafnframt í fullu samræmi við skuldbindingar Íslands á alþjóðavettvangi, sbr. t.d. 2. mgr. 11. gr. Mannréttindayfirlýsingar SP frá 1948 um rétt manns til að verða ekki sakfelldur fyrir brot nema refsheimild hafi verið að finna í lögum þegar hinn refsiverði verknadur fór fram og að ekki megi dæma mann til þyngri refsingar en lög leyfðu á þeim tíma. Í þessu samhengi má einnig vísa til ákvæða 7. gr. l. nr. 62/1994 um Mannréttinasáttmála Evrópu (MSE) um „enga refsingu án laga“ (lat. *nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Lagaákvæðum um landfræðilegt gildissvið er ætlað að lýsa hvaða svæði fellur undir tiltekna löggjöf. Slík ákvæði eru þýðingarmikil við ákvörðun um hvort tiltekið atvik heyri undir löggjöf. Eins og lýst verður hér á eftir eru fjölmörg ákvæði um landfræðilegt gildissvið laga er snerta hafið, og önnur ákvæði sem þjóna sambærilegu hlutverki, haldin margvíslegum annmörkum.

Segja má að tvö megin sjónarmið takist á í lögskýringaferlinu á þessum ákvæðum. Annars vegar sjónarmið um að lög séu skýr og skiljanleg. Einkum og sér í lagi þegar um er að ræða refsilöggjöf. Hins vegar að „við skýringu lagaákvæðis eigi að leitast við að skýra það svo að það feli í sér *edlilega, sanngjarna og hallkvæma reglu*.“<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Sjá t.d. Davíð Þór Björvinsson, *Lögskýringar* (JPV útgáfan, 2008) bls. 43 og 46.



Höfundar eru þeirra skoðunar að almennt verði að skýra þau ákvæði í sérlægum sem hér verður fjallað um til samræmis við aðra lagabálka, einkum lögsögulögin, þó svo að það geti leitt til niðurstöðu sem telja megi í andstöðu við vilja löggjafans eins og ráða má hann af lögskýringargögnum með viðeigandi sérlægum. Er sú skoðun reist á þremur megin sjónarmiðum. Í fyrsta lagi er sá skýringarkostur í meira samræmi við hugmyndina um réttarríkið. Í öðru lagi er rétt að hafa í huga að mikilvægustu hugtökin í þessu samhengi birtast í lögsögulögnum. Sú löggjöf var eins og áður segir hugsuð sem eins konar „stjórnarskrá“ fyrir landhelgi og lögsögu. Í þriðja lagi verður að hafa í huga að lögsögulögin byggja á vel þekktum þjóðréttarreglum. Þar sem lögsögulögin byggja á þjóðréttarsamningi sem íslenska ríkið hefur skuldbundið sig til að virða gerir það stöðu lögsögulaganna enn sterkari en ella við samanburðarskýringu við önnur ákvæði. Í þessu samhengi er rétt að hafa í huga að löggjafarvaldinu er í lófa lagið að breyta þeim ákvæðum er verður fjallað um hér að neðan.

## 3.2 Gallar tengdir íslensku yferráðasvæði/landsvæði

### 3.2.1 Mannréttindasáttmáli Evrópu

Samkvæmt 1. gr. MSE skulu samningsaðilar „tryggja hverjum þeim, sem innan *yferráðasvæðis* þeirra dvelst, réttindi þau og frelsi sem skilgreind eru í I. kafla þessa samnings.“<sup>46</sup> Eins og kom fram í kafla 2.1 telst landsvæði, innsævi, og land- og lofthelgi til yferráðasvæðis. Í enskri og franskrí útgáfu MSE,<sup>47</sup> sem eru hinar opinberu útgáfur samningsins sem Ísland er skuldbundið af samkvæmt þjóðarétti,<sup>48</sup> er ekki notað hugtakið „territory“ (yferráðasvæði/landsvæði) heldur „jurisdiction“ eða lögsaga á íslensku. Yferráðasvæði og lögsaga eru ekki sami hluturinn. Samkvæmt orðanna hljóðan er því landfræðilegt gildissvið MSE, að íslenskum rétti, takmarkaðra en að þjóðarétti. Þess lags textaskýring leiðir til þess að hægt er að líta svo á að

<sup>46</sup> Leturbreyting höfunda.

<sup>47</sup> Nálgastr má ensku og frönsku útgáfuna á vefsíðu Mannréttindadómstólsins <<http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=basictexts/convention>> sótt 3. nóvember 2017.

<sup>48</sup> Sama heimild. Sjá lokaorð samningsins eftir 59. gr. Lokaorðin eru ekki hluti af l. nr. 62/1994.

sáttmálinn gildi ekki um borð í íslenskum skipum eða flugvélum utan íslenskrar loft- og landhelgi eða annars staðar þar sem íslenska ríkið hefur lögsögu utan íslensks yfirráðasvæðis. Vegna þessa gæti Landhelgisgæslan t.d. haldið því fram að MSE gildi ekki í aðgerðum hennar utan íslenskrar landhelgi. Ólíklegt er þó að slík lögskýring yrði ofan á hjá dómstólum. Líklegra er að orðalagið yrði túlkað í samræmi við hinar opinberu útgáfur samningsins, sem Ísland er bundið af að þjóðarétti,<sup>49</sup> enda er það, eins og áður hefur verið bent á „viðurkennd regla að norrænum rétti að skýra skuli lög til samræmis við alþjóðasamninga, sem ríki hefur staðfest eftir því sem kostur er.“<sup>50</sup> Þessi mistök ættu því ekki að hafa afdrifaríkar afleiðingar. Þau eru fyrst og fremst klunnaleg í jafnmikilvægri löggjöf.

### 3.2.2 Lögreglulög

Í 1. mgr. 7. gr. lögreglulaga nr. 90/1996 er að finna ákvæði um starfssvæði lögreglunnar sem hljóðar svo: „Lögreglumenn hafa lögregluvald hvar sem er á landinu.“ Ef gagnályktað er frá ákvæðinu eða það skýrt samkvæmt orðanna hljóðan er ljóst að lögreglan hefur ekki lögregluvald í aðgerðum á hafi úti. Ekki er útskýrt í greinargerð með frumvarpinu til lögreglulaga af hverju lögreglan á einungis að hafa lögregluvald á íslensku landsvæði. Trúlega var það ekki ætlun löggjafans. Hér ætti að koma fram að lögreglumenn hafi lögregluvald hvar sem er á landinu og annars staðar þar sem íslenska ríkið hefur lögsögu að þjóðarétti.

### 3.3 Galli tengdur innsævinu

Í lögum nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis er að finna ákvæði um landfræðilegt gildissvið þeirra. Í 1. másl. 1. gr. segir: „Lög þessi taka til leitar, rannsókna og vinnslu kolvetnis og flutnings þess eftir leiðslukerfi utan netlaga í landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunni Íslands.“ Í útskýringum í greinargerð með frumvarpinu um landfræðilega gildissviðið segir:

<sup>49</sup> Sáttmáli um verndun mannréttinda og mannfrelsis frá 4. nóvember 1950 (e. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) aðild 29. júní 1953, öðlaðist gildi 3. september 1953, SÍ 88.

<sup>50</sup> Öryrkjamálið (nmgr. 27).

[H]ið landfræðilega gildissvið frumvarpsins [tekur] ávallt mið af þeim ákvæðum annarra laga sem skilgreina landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn Íslands, sbr. nú lög nr. 41/1979.<sup>51</sup>

Auk þess kemur fram:

Í 1. gr. er mælt fyrir um landfræðilegt gildissvið laganna, en þar segir að lögin gildi í landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunni Íslands. Lögin gilda utan netlaga en innan netlaga gilda lög nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.<sup>52</sup>

Af ofangreindu að dæma virðist sem sá skilningur liggja til grundvallar þessu lagaákvæði að landhelgin sé utan netlaga. Hér er um margþættan misskilning að ræða. Netlög eru hafsvæði 115 m út frá stórstraumsfjörumáli landareignar sem liggur að sjó.<sup>53</sup> Snertifletir landhelginnar og netlaga eru einvörðungu á mjög litlu hafsvæði umhverfis grunnlínupunkta. Á þessum svæðum eru skilin á milli netlaga og landhelginnar ekki klippt og skorin heldur skarast þessi tvö fyrirbæri. Það er þó aukaatriði. Megingallinn er að við ritun á umræddu ákvæði virðist sem að löggjafinn hafi gleymt að í 1. gr. lögsögunalaganna kemur fram að landhelgin skuli afmörkuð af línu sem alls staðar er 12 sjómílar frá grunnlínu. Þar sem Ísland dregur beinar grunnlínur, t.a.m. þvert yfir Faxaflóa, telst hafsvæðið sem er innan grunnlínu innsævi. Lögin virðast því ekki gera ráð fyrir tilvist innsævisins. Samkvæmt orðanna hljóðan taka lögin því ekki til innsævis.

### 3.4 Galli tengdur landhelginni

Dæmi er um að hafsvæði sé ofaukið í gildissviðsákvæði. Í 2. gr. l. nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum (eins og greininna var breytt með lögum nr. 74/2005) kemur fram: „Lög þessi gilda um framkvæmdir sem falla undir ákvæði laganna, á landi, í landhelgi, í lofthelgi og í mengunarlögsögu Íslands.“ Óþarfi er að nefna landhelgi í ákvæðinu þar sem hún felst í hugtakinu mengunarlögsaga, sbr.

<sup>51</sup> Alþt. 2000-1, A deild, 987, 1003.

<sup>52</sup> Sama heimild, 1001.

<sup>53</sup> Sjá t.d. skilgreiningu í 1. gr. l. nr. 64/1994.

12. tl. 3. gr. 1. nr. 33/2004 um varnir gegn mengun hafs og sjávar. Það er þó rétt að hafa í huga að betra er að tvitaka lögsögubelti í gildissviðsákvæði en að sleppa því. Benda verður á að ekki er minnst sérstaklega á innsævið í upptalningunni á lögsögubeltum í ákvæðinu. Aftur á móti nær mengunarlögsagan yfir innsævið og taka því lögin augljóslega til þess einnig. Fjallað verður um fleiri annmarka er tengjast landhelginni í kafla 3.6.

### 3.5 Gallar tengdir efnahagslögsögunni

#### *3.5.1 Vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum*

Í 1. gr. 1. nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum (villidýralögin) er kveðið á um að þau hafi það að markmiði „að tryggja viðgang og náttúrulega fjölbreytni villtra dýrastofna, skipulag á veiðum og annarri nýtingu dýra, svo og aðgerðir til þess að koma í veg fyrir tjón sem villt dýr kunna að valda.“ Af lestri laganna er augljóst að þau eiga fyrst og fremst að gilda á íslensku landsvæði, t.d. er fjallað um áningarsvæði hreindýra í þeim. Þrátt fyrir það segir það eitt í lögnum um landfræðilegt gildissvið þeirra að þau „ná til efnahagslögsögu Íslands,“ sbr. 3. mgr. 2. gr. Um er að ræða eina ákvæðið um landfræðilegt gildissvið í lagasafninu sem er orðað með þessum hætti, þ.e. að tiltekin löggjöf *nái til* efnahagslögsögunnar. Svo virðist sem löggjafinn hafi talið það svo sjálfsgagt að lögin gildi á landi, innsævi, land- og lofthelgi að óþarft sé að taka það fram. Ragnheiður Bragadóttir virðist vera sama sinnis:

Friðunar- og veiðilögin gilda á íslensku landsvæði, í 12 sjómílna löggæslulandhelginni [sic] og í lofthelginni yfir landi og landhelgi. Samkvæmt 3. mgr. 2. gr. gilda þau einnig í efnahagslögsögu Íslands. Hún er skilgreind í 3. gr. laga nr. 41/1979 um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn, sem svæði utan landhelgi, sem afmarkast af línu, sem alls staðar er 200 sjómíli frá grunnlínum landhelginnar. Þar sem skemmra er en 400 sjómíli milli grunnlína Færeyja og Grænlands annars vegar og Íslands hins vegar afmarkast efnahagslögsagan af miðlínu, sbr. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 41/1979.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> Ragnheiður Bragadóttir, „Brot gegn lögum nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum“ (2003) 56(2) Úlfjótur 145–201, 154–155.

Við þetta er þrennt að athuga. Í fyrsta lagi virðist Ragnheiður byggja á þeirri meginreglu að íslensk lög gilda á íslensku yfirráðasvæði. Við þá nálgun er það að athuga að ef lög innihalda sérstakt ákvæði um landfræðilegt gildissvið þeirra má ætla að skýra verði ákvæðið samkvæmt orðanna hljóðan eða jafnvel gagnálykta frá því, í stað þess að nota meginregluna til fyllingar. Á þetta sérstaklega við í refsímálum. Ef ætlunin var að láta villidýralögin gilda á íslensku yfirráðasvæði og efnahagslögsögu af hverju stendur það þá ekki skýrum stöfum eins og gert er í sænsku Jaktlagen (1987:259)?<sup>55</sup>

Í öðru lagi er efnahagslögsöguhugtakið í villidýralögunum á skjön við efnahagslögsöguhugtakið í lögsögulögunum. Í 8. gr. villidýralaganna birtist sá skilningur að innri mörk efnahagslögsögu Íslands liggja að ytri mörkum netlaga landareigna. Það er rangt. Í 3. gr. lögsögulaganna og 55. gr. hafréttarsamningsins segir að efnahagslögsagan sé svæði *utan* landhelginnar, þ.e. efnahagslögsagan hefst 12 sjómílum frá grunnlínu. Ytri mörk netlaga eru í flestum tilvikum á innsævi, í algjörum undantekningartilvikum landhelgi. Varla er hægt að notast við innri samræmisskýringu<sup>56</sup> í þessu tilviki og skýra 3. mgr. 2. gr. og 8. gr. svo að efnahagslögsöguhugtakið hefjist utan netlaga. Slík skýring á efnahagslögsöguhugtakinu væri í ósamræmi við lögsögulögin og hafréttarsamninginn.

Í þriðja lagi verður að benda á að ákvæðið virðist eiga sér norska fyrirmynd. Í 2. mgr. 2. gr. lov om jakt og fangst av vilt (Viltloven) segir: „Loven gjelder også i Norges økonomiske sone.“<sup>57</sup> Hér er „også“ lykilhugtak. Ekkert sambærilegt orð er í íslenska gildissviðsákvæðinu.

<sup>55</sup> Í þeim er landfræðilegu gildissviði lýst með eftirfarandi hætti:

- 1 § Denna lag gäller viltvården, rätten till jakt och jaktens bedrivande inom svenskt territorium samt frågor som har samband därmed.  
Lagen gäller också i de fall som anges särskilt
1. inom Sveriges ekonomiska zon,
2. beträffande jakt från svenskt fartyg på det fria havet utanför den ekonomiska zonen,
3. beträffande jakt från svenskt luftfartyg över det fria havet utanför den ekonomiska zonen.

<sup>56</sup> Sjá umfjöllun um lagasamræmi í Davíð Þór Björgvinsson (nmgr. 45) bls. 114–121.

<sup>57</sup> Leturbreyting höfunda.

Það er nokkur munur á orðalaginu að lög nái til efnahagslögsögunnar og að lög nái *einnig* til efnahagslögsögunnar.

Benda verður á að nokkur fjöldi reglugerða hefur verið settur með stoð í villidýralögnum. Skýra verður landfræðilegt gildissvið þeirra til samræmis við gildissviðsákvæði laganna, enda getur landfræðilegt gildissvið reglugerðar ekki verið víðtækara en löggjafarinnar sem þau eiga sér stoð í. Auk þessa er rétt að benda á að þó nokkur fjöldi dóma hefur fallið í refsímálum sem höfðuð hafa verið á grundvelli villidýralaganna. Af þeim Hæstaréttardómum sem fallið hafa verður ekki ráðið að verjendur sakborninga hafi bent á umrætt gildissviðsákvæði.<sup>58</sup> Enga umfjöllun um landfræðilegt gildissvið er þar heldur að finna. Af ástæðum er varða stjórnskipulegt hlutverk dómstóla og meginreglur sakamálaréttarfars ber dómurum, af sjálfsdáðum, að hyggja að gildissviðsákvæðum þeirra laga sem ákæra byggir á. Slík athugun af hálfu dóms getur t.a.m. verið frumforsenda þess að unnt sé að skera úr um hvort sakaður maður hafi gerst sekur um þá refsiverðu háttsemi sem hann hefur verið ákærður fyrir. Á þetta við um öll ákvæði sem fjallað er um hér á eftir. Hugsanlegt er að dómþolar, í málum er varða villidýralögin, eigi rétt á endurupptöku mála sinna á grundvelli XXXII. og XXXIII. kafla l. nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

### 3.5.2 Vaktstöð siglinga

Vaktstöð siglinga gegnir lykilhlutverki varðandi siglingaöryggi hérlendis. Í 2. gr. l. nr. 41/2003 um vaktstöð siglinga er að finna ákvæði um markmið laganna. Í 1. másl. 1. mgr. greinarinnar, með áorðnum breytingum, kemur fram að markmið þeirra sé „að tryggja öruggar siglingar í íslenskri *efnahagslögsögu*, öryggi skipa, farþega og áhafna og

<sup>58</sup> Hrd. 15. mars 2007 í máli nr. 330/2006, Hrd. 11. mars. 2004 í máli nr. 380/2003, Hrd. 3. apríl 2002 í máli nr. 449/2002, Hrd. 23. maí 2001 í máli nr. 127/2001, Hrd. 8. febrúar 2001 í máli nr. 432/2000, Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 41/1999, Hrd. 25. september 1997 í máli nr. 183/1997, Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 181/1996, Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 180/1996, Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 179/1996, Hrd. 15. desember 1997 í máli nr. 374/1995, Hrd. 17. mars 1995 í máli nr. 74/1995 og Hrd. 3. nóvember 1994 í máli nr. 247/1994.

efla varnir gegn mengun sjávar frá skipum...“<sup>59</sup> Í 2. málsl. kemur svo fram að til að ná þessu markmiði skuli Vegagerðin setja á fót vaktstöð siglinga sem veiti skipum sem sigla um íslenska *efnahagslögsögu* nánar tiltekna öryggisþjónustu. Í 2. mgr. 2. gr. kemur eftirfarandi fram:

Ef tilkynning berst ekki frá skipi á reglulegum tíma eða ef vaktstöð siglinga berast upplýsingar sem gefa tilefni til að ætla að ástæða sé til eftirgrenslunar, leitar eða björgunar skips í íslenskri *efnahagslögsögu* skal hún þegar gera nauðsynlegar ráðstafanir og hafa um þær samráð við alla þá er aðstoð geta veitt við eftirgrenslan, leit eða björgun.<sup>60</sup>

Í skýringum við 2. gr. frumvarpsins kemur ekkert fram sem útskýrir af hverju lögin eigi ekki að taka til innsævisins og landhelginnar. Þar sem 2. gr. l. nr. 41/2003 minnst einvörðungu á efnahagslögsöguna, sem er skilgreind sem svæði utan landhelginnar sbr. 3. gr. lögsögulaganna, er varla hægt að komast að annarri niðurstöðu en að ákvæði II. kafla laganna um tilkynningarskyldu skipa eigi ekki við á innsævinu eða í landhelginni. Það er mjög óheppileg staða.

Það sama á við um reglugerðir sem eiga sér stoð í l. nr. 41/2003 og gildir um villidýralögin, þ.e. skýra verður landfræðilegt gildissvið reglugerða sem settar hafa verið með stoð í l. nr. 41/2003, t.d. reglugerð nr. 80/2013 um vaktstöð siglinga og eftirlit með skipum, til samræmis við 2. gr. laganna, enda getur landfræðilegt gildissvið reglugerðar ekki verið víðtækara en laganna sem hún á sér stoð í.

Af ummælum um 15. gr. laganna í útskýringum í greinargerð virðist sem frumvarpshöfundar hafi talið að landhelgishugtakið felist í efnahagslögsöguhugtakinu. Eins og fjallað var um í kafla 2.4.5 eru slíkar hugmyndir misskilningur. Misskilningurinn varpar e.t.v. ljósi á hvers vegna einvörðungu er fjallað um efnahagslögsöguna í 2. gr. laganna. Í umræddri 15. gr. er kveðið á um að útgerð skips „sem siglir um íslenska *efnahagslögsögu* með hættulegan eða mengandi varning í farmrými eða á þílfari í meira magni en tiltekið er í reglugerð og áformar að hafa hér viðkomu,“ sé skylt að hafa umboðsmann hér

<sup>59</sup> Leturbreyting höfunda.

<sup>60</sup> Leturbreyting höfunda.

á landi. Í greinargerðinni segir um ákvæðið að það sé „að stofni til samhljóða 5. gr. l. nr. 34/1993 um leiðsögu skipa.“<sup>61</sup> Þó hafi „mengunarlögsaga samkvæmt því verið rýmkuð verulega og tekur nú til efnahagslögsögu *en ekki aðeins landhelgi*.“<sup>62</sup> Það er ekkert í 15. gr. sem bendir til þess að ákvæðið taki til landhelginnar eða innsævisins. Rétt er að benda á ákveðið ósamræmi í lögnum. Í 11. gr. laganna er að finna ákvæði um tilkynningarskyldu skipstjóra um óhapp eða slys í *landhelginni* og efnahagslögsögunni. Umrædd skylda er víðtækari en leiðir af 2. gr. laganna, þ.e. hún nær ekki einungis til efnahagslögsögunnar heldur einnig landhelginnar. Auk þess verður að benda á að þrátt fyrir að markmið laganna sé fyrst og fremst að tryggja öruggar siglingar í íslenskri *efnahagslögsögu* fjallar III. kafli a. um aðgang erlendra ríkisskipa að íslensku yfirráðasvæði, þ.e. um aðgang slíkra skipa að höfnum, innsævi og landhelgi, eins og fjallað var um í kafla 2.4.3. Það er nokkuð sérstakt. Svo virðist sem í lögum nr. 41/2003 birtist grundvallarmisskilningur um efnahagslögsöguna.<sup>63</sup>

### 3.5.3 Fiskveiðar erlendra aðila í íslenskri fiskveiðilögsögu

Um áratugaskeið hefur verið rík andstaða við það meðal Íslendinga að erlendir aðilar fái heimild til fjárfestinga í íslenskum fiskveiðum. Bera íslensk lög glögg merki um þessa almennu andstöðu. Rétt er þó að geta þess að ákveðnar tilslakanir hafa átt sér stað á síðustu áratugum þannig að óbein fjárfesting erlendra aðila er heimil upp að vissu marki. Lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri er meginréttarheimild íslensks réttar um fjárfestingar erlendra aðila hérlendis. Í upphaflega texta laganna hljóðaði 1. tl. 4. gr. svo:

Fjárfesting erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi er háð eftirfarandi takmörkunum:

Íslenskir ríkisborgarar sem eiga lögheimili hérlendis og lögaðilar sem eiga heimili hér á landi og eru að öllu leyti í eign íslenskra ríkisborgara sem

<sup>61</sup> Alþt. 2002-3, A-deild, þskj. 453 – 392. mál.

<sup>62</sup> Sama heimild, leturbreyting höfunda.

<sup>63</sup> Hugsanlega má finna sambærilegan misskilning í h) lið 3. mgr. 4. gr. l. nr. 50/2004 um siglingavernd. Í málsgreininni kemur fram að Samgöngustofa beri „m.a. ábyrgð á að [...] gert sé áhættumat vegna siglinga innan íslenskrar *efnahagslögsögu*.“



eiga lögheimili hérlendis mega einir stunda fiskveiðar í *fiskveiðilandhelgi Íslands* samkvæmt lögum nr. 33 19. júní 1922, um rétt til fiskveiða í landhelgi.<sup>64</sup>

Með lögum nr. 46/1996 voru gerðar breytingar á greininni og heimild erlendra aðila til óbeinna fjárfestinga rýmkaðar innan ákveðinna marka. Eftir breytingarnar hljóðar ákvæðið svo:

Fjárfesting erlendra aðila í atvinnurekstri hér á landi er háð eftirfarandi takmörkunum:

Eftirtaldir aðilar mega einir stunda fiskveiðar í *efnahagslögsögu Íslands* samkvæmt lögum um rétt til veiða í *efnahagslögsögu Íslands* eða eiga og reka fyrirtæki til vinnslu sjávarafurða hér á landi:

- a. Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar.
- b. Íslenskir lögaðilar sem að öllu leyti eru í eigu íslenskra aðila eða íslenskra lögaðila sem uppfylla eftirfarandi skilyrði:
  - i. Eru undir yferráðum íslenskra aðila.
  - ii. Eru ekki í eigu erlendra aðila að meira leyti en 25% sé miðað við hlutafé eða stofnfé. Fari eignarhlutur íslensks lögaðila í lögaðila, sem stundar veiðar í *efnahagslögsögu Íslands* eða vinnslu sjávarafurða hér á landi, ekki yfir 5% má eignarhlutur erlendra aðila þó vera allt að 33%.
  - iii. Eru að öðru leyti í eigu íslenskra ríkisborgara eða íslenskra lögaðila sem eru undir yferráðum íslenskra aðila.<sup>65</sup>

Athyglisvert er að sú veigamikla breyting var gerð, á orðalagi greinarinnar með l. nr. 46/1996, að í staðinn fyrir orðið *fiskveiðilandhelgi* er komið orðið *efnahagslögsaga*. Samkvæmt orðanna hljóðan opnaði breytingin á fiskveiðar erlendra aðila í íslenskri landhelgi og á innsævinu. Af lestri athugasemda greinargerðarinnar með frumvarpinu sem varð að lögum nr. 46/1996 kemur ekkert fram um þá fyrirætlun. Hér virðist slys hafa átt sér stað við lagasetningu.

<sup>64</sup> Leturbreyting höfundu.

<sup>65</sup> Leturbreyting höfundu.

Ósamræmi er á milli þessa ákvæðis og annarra íslenskra laga. Í 1. málsl. 3. gr. l. nr. 79/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands segir að erlendum skipum séu „bannaðar allar veiðar í *fiskveiðilandhelgi Íslands*“ . Eins og kom fram í kafla 2.4.9 er fiskveiðilandhelgi skilgreind sem hafsvæðið frá fjöruborði að ytri mörkum efnahagslögsögu Íslands, þ.e. það tekur til innsævisins, landhelginnar og efnahagslögsögunnar. Í 1. gr. l. nr. 22/1998 um veiðar og vinnslu erlendra skipa í fiskveiðilandhelgi Íslands er að finna ákvæði sem hefur sama markmið:

Fiskveiðar og vinnslu sjávarafla um borð í skipum í *fiskveiðilandhelgi Íslands*, eins og hún er skilgreind í lögum nr. 79/1997, um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands, mega eftirtaldir aðilar einir stunda:

1. Íslenskir ríkisborgarar og aðrir íslenskir aðilar.
2. Íslenskir lögaðilar sem að öllu leyti eru í eigu íslenskra aðila eða lögaðila sem uppfylla eftirfarandi skilyrði:
  - a. eru undir yferráðum íslenskra aðila.
  - b. eru ekki í eigu erlendra aðila að meira leyti en 25% sé miðað við hlutfé eða stofnfé. Fari eignarhlutur íslensks lögaðila í lögaðila, sem stundar veiðar eða vinnslu í *fiskveiðilandhelgi Íslands*, ekki yfir 5% má eignarhlutur erlendra aðila þó vera allt að 33%.
  - c. eru að öðru leyti í eigu íslenskra ríkisborgara eða íslenskra lögaðila sem eru undir yferráðum íslenskra aðila.<sup>66</sup>

Staðan er því eftirfarandi: Löggjöf A bannar tiltekna háttsemi að hluta, þ.e. bannar veiðar erlendra aðila í efnahagslögsögunni en ekki berum orðum í landhelginni eða á innsævinu. Löggjöf B og C bannar sömu háttsemi algjörlega, þ.e. bannar veiðar erlendra aðila á innsævi, landhelgi og í efnahagslögsögunni. Í 1. másl. 1. mgr. 4. gr. l. nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða segir: „Enginn má stunda veiðar í atvinnuskyni við Ísland nema hafa fengið til þess almennt veiðileyfi.“ Í 5. gr. sömu laga er fjallað um hvaða skip geta fengið slíkt leyfi:

Við veitingu leyfa til veiða í atvinnuskyni koma aðeins til greina þau fiskiskip sem hafa haffærisskírteini og skrásett eru á skipaskrá Samgöngustofu eða sérstaka skrá stofnunarinnar fyrir báta undir 6

<sup>66</sup> Leturbreyting höfundar.

metrum. Skulu eigendur þeirra og útgerðir fullnægja skilyrðum til að stunda veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands sem kveðið er á um í lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri og í lögum um veiðar og vinnslu erlendra skipa í fiskveiðilandhelgi Íslands.<sup>67</sup>

Eins og vikið var að hér að ofan er ósamræmi á milli tilvitnaðra laga í umræddu ákvæði. Augljóslega er slíkt ósamræmi óæskilegt út frá meginreglum réttarríkisins, því meðal þeirra skilyrða sem réttarríkis-hugtakið byggir á eru kröfur um stöðugleika laga, skýrleika og innbyrðis samræmi þeirra, auk þess sem forðast ber mótsagnir milli laga.<sup>68</sup> Ábyrgðin á því að þessar meginreglur séu virtar hvílir fyrst og síðast á handhöfum löggjafarvalds, en til að ná megi markmiðum réttarríkisins að þessu leyti er nauðsynlegt að einstaklingar og lögaðilar hafi greiðan aðgang að dómstólum þar sem unnt er að fá skorið úr um lagaleg álitaefni, t.d. með því að leita endurskoðunar á lögum og lagaframkvæmd. Að uppfylltum nánari skilyrðum réttarfarfarslaga um aðildarhæfi, lögvarða hagsmuni o.fl. er ekki unnt að útiloka að höfða mætti dómsmál sem látið yrði reyna á framangreint misræmi í lögum og réttaráhrif þess. Þannig gæti t.d. hugsast að erlendur lögaðili léti reyna á það fyrir dómi hvort unnt væri að synja honum um leyfi til veiða í íslenskri landhelgi og á innsævinu.

#### 3.5.4 Brottkast og vigtun afla

Lög nr. 57/1996 um umgengni um nytjastofna sjávar hafa það að markmiði að bæta umgengni um nytjastofna sjávar og stuðla að því að þeir verði nýttir með sjálfbærum hætti er tryggi til langs tíma hámarksafrakstur fyrir íslensku þjóðina. Í samræmi við þetta markmið er III. kafli laganna helgaður vigtun sjávaraflla. Upphafsaðkvæði kafans, 5. gr. l. nr. 57/1996, hljóðar svo: „Öllum afla, sem íslensk skip veiða úr stofnum sem að hluta eða öllu leyti halda sig í *efnahagslögsögu Íslands*, skal landað innan lands og hann veginn í innlendri höfn.“ Í útskýringum við ákvæðið í greinargerð með frumvarpinu er ekki að finna skýringar á hvers vegna innsævi og landhelgi eru ekki talin upp í greininni. Heppilegra hefði verið að notast við hugtakið

<sup>67</sup> Leturbreyting höfunda.

<sup>68</sup> Sjá t.d. Björg Thorarensen (nmgr. 40) bls. 120; Garðar Gíslason (nmgr. 40) bls. 144-5.

fiskveiðilögsaga (eða fiskveiðilandhelgi) en efnahagslögsaga þar sem það tekur jafnframt til innsævisins og landhelginnar.

Í sakamálum sem varða ákvæði 5. gr. l. nr. 57/1996 væri rétt að fjallað væri um hvort þeir stofnar sem veiddir hafa verið haldi sig að hluta eða öllu leyti í efnahagslögsögunni. Án sönnunarfærslu um það atriði er varla hægt að slá því föstu að nægileg sönnun sé komin fram um sekt ákærða, enda má af tilvitnuðu ákvæði 5. gr. laganna ráða að hér sé um atriði að ræða sem gæti haft úrslitaáhrif á það hvort skynsamleg rök megi finna fyrir því að vefengja sök ákærða, sbr. 1. mgr. 109. gr. l. nr. 88/2008 um meðferð sakamála, eða að sú háttsemi sem ákært er fyrir sé einfaldlega ekki refsiverð. Út frá hagsmunum ákærðu í slíkum málum hefði ekki verið óréttmætt að kalla eftir slíkri umfjöllun, þar sem refsíabyrgð kann að ráðast af því hvort stofn haldi sig að hluta eða að öllu leyti í efnahagslögsögunni. Þrátt fyrir þetta verður ekki af dómaframkvæmd ráðið að slíkt sakarmat hafi farið fram.<sup>69</sup> Dómar sem fallið hafa í málum þar sem ákært hefur verið fyrir brot gegn 5. gr. l. nr. 57/1996 bera ekki skýrlega með sér að þar hafi sérstaklega verið um það fjallað hvort brottkast eða löndun fram hjá vigt snerti stofna sem að hluta eða öllu leyti halda sig í *efnahagslögsögu Íslands*.

### 3.5.5 Áhafnir

Í 9. tl. 1. mgr. 3. gr. l. nr. 30/2007 um áhafnir íslenskra fiskiskipa, varðskipa, skemmtibáta og annarra skipa segir: „Innanlandssigling er sigling *innan íslenskrar efnahagslögsögu*.“ Til samanburðar er rétt að geta að „innanlandssigling“ er skilgreind sem „sigling *innan íslenskrar fiskveiðilögsögu*“ í 14. tl. 2. gr. l. nr. 76/2001 um áhafnir íslenskra farþegaskipa og flutningaskipa. Á þessum tveimur ákvæðum er reginmunur. Í lögum nr. 76/2001 nær hugtakið „*innan íslenskrar fiskveiðilögsögu*“ til innsævis, landhelgi og efnahagslögsögunnar á meðan óljóst er hvernig skýra beri hugtakið „innanlandssigling“ í lögum nr. 30/2007.

<sup>69</sup> Sjá Hrd. 10. des. 2009 í máli nr. 206/2009; Hrd. 27. maí. 2004 í máli nr. 496/2003 og Hrd. 10. maí. 2001 í máli nr. 63/2001.

Drír skýringakostir eru hér í boði. Í fyrsta lagi að skýra hugtakið efnahagslögsögu þannig að vilji löggjafans hafi staðið til þess að innanlandssigling næði til fiskveiðilögsögunnar. Slík skýring myndi vera í ósamræmi við samræmisskýringu á hugtakinu efnahagslögsaga í 3. gr. lögsögulaganna. Í öðru lagi er hægt að skýra hugtakið þannig að innanlandssigling í skilningi l. nr. 30/2007 eigi sér einvörðungu stað í efnahagslögsögu Íslands. Slík skýring gerir innanlandssiglingar ómögulegar nema reist séu mannvirki í efnahagslögsögunni þangað sem farþegar, áhöfn, vörur og búnaður er ferjað áður en „innanlandssiglingin“ hefst. Í þriðja lagi er hægt að líta svo á að með því að nota orðalagið „innan íslenskrar efnahagslögsögu“ sé átt við lögsögubeltin sem eru nær landi en efnahagslögsagan, þ.e. landhelgi og innsævi. Slík skýring leiðir til ósamræmis á milli notkunar á hugtakinu innanlandssigling á milli l. nr. 76/2001 og 30/2007. Hér hefði verið heppilegra að nota hugtakið fiskveiðilögsaga til samræmis við l. nr. 76/2001 þrátt fyrir að notkun hugtaksins sé óheppileg yfirhöfuð eins og fjallað var um í kafla 2.4.9.

### 3.5.6 Uppbygging innviða

Í 2. gr. l. nr. 20/2016 um landsáætlun um uppbyggingu innviða til verndar náttúru og menningarsögulegum minjum er að finna nánast sams konar orðalag í gildissviðsákvæði laganna og í l. nr. 30/2007 sem fjallað var um hér að ofan. Greinin segir: „Lög þessi ná til svæða innan efnahagslögsögu Íslands þar sem er að finna ferðamannastaði, jafnt innan eignarlanda sem þjóðlendna.“ Eðli málsins samkvæmt eiga lögin fyrst og fremst að gilda á íslensku landsvæði því verður að túlka orðalagið „svæða innan efnahagslögsögu Íslands“ svo að átt sé við íslenskt land- og hafsvæði sem eru nær landi en efnahagslögsagan.

### 3.5.7 Frumvarp til stjórnskipunarlaganna um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands reist á tillögum Stjórnlagaráðs

Í 2. málsl. 3. gr. frumvarps til stjórnskipunarlaganna um stjórnarskrá lýðveldisins Íslands<sup>70</sup> (sem tekist var á um á 141. löggjafarþingi (2012–2013)) og ber yfirskriftina „Yfirráðasvæði“, kemur fram: „Íslenskt

<sup>70</sup> Alþt. 2012–3, A-deild, þskj. 510 – 415. mál.

landsvæði er eitt og óskipt. Mörk íslenskrar landhelgi, lofthelgi og efnahagslögsögu skulu ákveðin með lögum.“ Í útskýringum í greinargerð með frumvarpinu segir eftirfarandi:

Orðalagið um mörk landhelgi, lofthelgi og efnahagslögsögu ber einnig að skilja í samræmi við þróun hafréttar á síðari hluta 20. aldar, einkum með tilkomu hafréttarsamnings Sameinuðu þjóðanna frá árinu 1982, og felur m.a. í sér yfirráð yfir innsævi og landgrunni. Hér er því um að ræða þau svæði þar sem strandríki hefur fullveldi, fullveldisréttindi og/eða lögsögu samkvæmt hafréttarsamningi.

Þessi útskýring er ekki alls kostar rétt. Í fyrsta lagi verður að benda á að þótt ekki segi berum orðum í 3. gr. frumvarpsins að efnahagslögsagan sé íslenskt yfirráðasvæði hlýtur tilvísun í hana að vera til marks um slíkan skilning. Eins og rakið var í kafla 2.4.5 hér að framan telst efnahagslögsagan ekki til yfirráðasvæðis ríkis. Efnahagslögsagan er svæði þar sem strandríki nýtur tiltekinna fullveldisréttinda. Í öðru lagi er alveg ljóst af þróun hafréttar á síðari hluta 20. aldar að efnahagslögsaga og landgrunn ríkja eru aðskilin hugtök eins og fjallað var um í kafla 2.4.7. Í þriðja lagi verður að benda á 110. gr. frumvarpsins sem kveður á um að ráðherra geri „þjóðréttarsamninga fyrir hönd Íslands. Þó getur hann enga slíka samninga gert, ef þeir hafa í sér fólgið afsal eða kvaðir á landi, innsævi, landhelgi, efnahagslögsögu eða landgrunni [...] nema samþykki Alþingis komi til.“ Umhugsunarvert er hvers vegna 110. gr. frumvarpsins telur upp hugtökin innsævi og landgrunn en ekki 3. gr. ef landgrunn er hluti efnahagslögsögunnar og innsævi væntanlega hluti landhelginnar eins og útskýringar með 3. gr. gefa ranglega til kynna. Hér er um margháttaðan misskilning að ræða.

### **3.6 Gallar tengdir innsævinu, landhelginni og landgrunninu**

#### ***3.6.1 Hollustuhættir og mengunarvarnir***

Samkvæmt 1. gr. l. nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir er markmið laganna að „búa landsmönnum heilnæm lífsskilyrði og vernda þau gildi sem felast í heilnæmu og ómengdu umhverfi.“ Í 2. gr. laganna er gildissvið þeirra skilgreint með eftirfarandi hætti:

Lögin taka til hvers konar starfsemi og framkvæmda hér á landi, í lofthelgi, efnahagslögsögu og farkostum sem ferðast undir íslenskum fána, sem hafa eða geta haft áhrif á þá þætti sem tilgreindir eru í 1. gr., að svo miklu leyti sem önnur lög taka ekki til þeirra. [Lögin ná einnig til starfsemi og framkvæmda í efnahagslögsögunni vegna rannsókna og vinnslu kolvetnis.]<sup>71</sup>

Í upptalningunni á hafsvæðum í 1. másl. vantar að nefna landhelgina og landgrunnið. Það er sérstakt að lögin ná yfir lofthelgina en ekki landhelgina, þ.e. að þau gildi í loftinu yfir landhelginni, en ekki í landhelginni sjálfri. Varðandi landgrunnið verður að hafa í huga að landgrunnið og efnahagslögsagan eru aðskilin fyrirbæri, eins og fjallað var um í kafla 2.4.7. Samkvæmt þessu mætti halda því fram að lög nr. 7/1998 gildi ekki á hafsbotni, hvorki í landhelginni né á landgrunninu. Engar skýringar er að finna í greinargerð með frumvarpinu á þessu fyrirkomulagi.

Hér verður að velta þeirri spurningu upp hvort lögin taki til innsævis. Eins og fjallað var um hér að framan er íslenskt innsævi sérlega víðáttumikið og því æskilegt að tekið sé sérstaklega fram í gildissviðsákvæðum að tiltekin lög gildi á innsævinu. Aftur á móti er réttarstaða innsævis nánast sú sama og landsvæðis. Því er hægt að líta svo á að tilvísun til landsvæðis taki til innsævisins. Það er þó óæskileg túlkun, einkum í refsímálum. Æskilegt væri að það kæmi skýrt fram í gildissviðsákvæði að löggjöfin tæki til innsævisins þannig að það fari ekki á milli mála.

Í 2. másl. 2. gr. l. nr. 7/1998 er að finna ákvæði, sem lögfest var með 18. gr. l. nr. 166/2008 um breytingar á ýmsum lögum vegna kolvetnisstarfsemi. Ákvæðið vísar einvörðungu til efnahagslögsögunnar, þ.e.: „Lögin ná einnig til starfsemi og framkvæmda í efnahagslögsögunni vegna rannsókna og vinnslu kolvetnis.“ Þrátt fyrir nokkuð skýrt orðalag er misræmi í útskýringum á ákvæðinu í greinargerð með frumvarpinu og lagatextanum sjálfum: „Hér eru ákvæði um gildissvið laganna og ná þau þannig til starfsemi í efnahags- og mengunarlögsögunni og innan

<sup>71</sup> Leturbreyting höfunda.

landgrunnsmarka vegna leitar, rannsóknar og vinnslu kolvetnis.<sup>72</sup> Hér er um misskilning að ræða. Hvorki er minnst á mengunarlögsögu né landgrunn í 2. másl. 2. gr. l. nr. 7/1998. Því eru útskýringarnar í greinargerðinni rangar og gilda lögín því einvörðungu um starfsemi og framkvæmdir í *efnahagslögsögunni* vegna rannsókna og vinnslu kolvetnis eins og skýrlega er tekið fram í ákvæðinu. Eðli málsins samkvæmt leiðir þetta til fátánlegrar niðurstöðu þar sem vinnsla á kolvetni fer fyrst og fremst fram á landgrunninu en ekki í hafinu fyrir ofan það.

Benda verður á að þrátt fyrir skýrt orðalag 2. másl. 2. gr. kemur fram í 33. gr. laganna, sbr. 8. gr. l. nr. 66/2017 um breytingu á l. nr. 7/1998, að Umhverfisstofnun veiti „starfsleyfi fyrir atvinnurekstur vegna rannsókna og vinnslu kolvetnis sem getur haft í för með sér mengun í hafi eða á hafsbotni innan *efnahagslögsögu og landgrunnsmarka*“. M.ö.o. fjallar 33. gr. m.a. um landgrunnið á meðan það leiðir af ákvæðinu um landfræðilegt gildissvið í 2. gr. að lögín taka einvörðungu til efnahagslögsögunnar. Þetta er nokkuð ruglingslegt.

Rétt er að benda á að mikill fjöldi reglugerða á sér stoð í l. nr. 7/1998. Eins og komið hefur fram verður að skýra gildissvið reglugerða til samræmis við löggjöfina sem þau eiga sér stoð í enda getur landfræðilegt gildissvið reglugerðar ekki verið víðfeðmara en landfræðilegt gildissvið laganna sem hún á sér stoð í.

### 3.6.2 Loftslagsmál

Í lögum nr. 70/2012 um loftslagsmál er að finna sambærilegan annmarka á gildissviðsákvæði og í 1. másl. 2. gr. l. nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir. Í 2. gr. laga um loftslagsmál segir: „Lög þessi gilda um hvers konar starfsemi og athafnir á landi, í lofthelgi og *efnahagslögsögu Íslands* sem haft geta áhrif á losun gróðurhúsalofttegunda.“ Engar skýringar er að finna á því hvers vegna lögín vísa ekki til innsævisins, landhelginnar eða landgrunnsins. Áhugavert er að í 32. gr. a., sem bætt var við lögín með 3. gr. l. nr. 62/2015 um breytingu á lögum um loftslagsmál, er vikið að landgrunninu: „Óheimilt er að geyma

<sup>72</sup> Alþt. 2008-9, A-deild, þskj. 452 – 152. mál.



koldíoxíð í jarðlögum, sérefnahagslögsögu<sup>73</sup> og á landgrunni.“ Enga útskýringar er að finna í athugasemdum í frumvarpinu með 32. gr. a. Því er óljóst hvers vegna vikið er að landgrunninu í 32. gr. a. en ekki í sjálfu gildissviðsákvæðinu.

### 3.7 Gallar einvörðungu tengdir landgrunninu

#### 3.7.1 Náttúruvernd

Í 1. mgr. 4. gr. l. nr. 60/2013 um náttúruvernd birtist enn eitt dæmið um misskilning um tengsl efnahagslögsögunnar og landgrunnins. Í ákvæðinu segir: „Lög þessi gilda á íslensku landi og í landhelgi og efnahagslögsögu, sbr. 1. og 3. gr. laga um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn, nr. 41/1979, þar á meðal hafsbótinum.“<sup>74</sup> Erfitt er að sjá hvers vegna ekki er vísað í 5. gr. lögsögunaganna sem fjallar um hámarksvíðáttu landgrunnins í staðinn fyrir að nota orðið hafsbótin. Hér er þó ekki um að ræða jafnalvarleg mistök og þegar gleymist að geta landgrunnins í gildissviðsákvæði. Ljóst er af vilja löggjafans að gildissviði laganna er ætlað að ná til hafsbotsins. Því verður að telja eðlilega lögskýringu að skýra hugtakið hafsbótin til samræmis við 5. og 6. gr. lögsögunaganna. Þetta er aftur á móti óþarflega klunnalegt.

#### 3.7.2 Erfðabreyttar lífverur

Í 3. gr. l. nr. 18/1996 um erfðabreyttar lífverur, segir að lögin gildi „á Íslandi, í landhelginni og efnahagslögsögunni.“ Skýringar við greinina í greinargerð með frumvarpinu eru eftirfarandi:

Í greininni kemur fram að lögunum er ætlað að gilda á yfirráðasvæði íslenska ríkisins og í mengunarlögsögu þess eins og hún er skilgreind í lögum nr. 32/1986, um varnir gegn mengun sjávar, og í loftrýminu þar yfir. Í tilvitnuðum lögum er svohljóðandi skilgreining: „Mengunarlögsaga Íslands er það hafsvæði sem nær yfir innsævi, landhelgi og efnahagslögsögu Íslands og *landgrunn Íslands*.“<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Rétt er að benda á að hugtakið sérefnahagslögsaga merkir það sama og efnahagslögsaga. Í íslensku þýðingu hafréttarsamningsins er „exclusive economic zone“ þýtt sem sérefnahagslögsaga.

<sup>74</sup> Leturbreyting höfundu.

<sup>75</sup> Alþt. 1995–6, A-deild, bls. 1214, 1229.

Af skýringunum að dæma virðist vanta hugtakið landgrunn inn í sjálfan lagatextann. Auk þess væri æskilegt að minnast á innsævið.

### 3.8 Galli tengdur afmörkun íslenskra hafsvæða

Einkennilegt ákvæði er að finna í 2. másl. 3. mgr. 3. gr. l. nr. 109/2011 um skattlagningu á kolvetnisvinnslu. Þar segir: „Milli Íslands annars vegar og Færeyja og Grænlands hins vegar, þar sem minna en 400 sjómílur eru milli grunnlína, afmarkast efnahagslögsaga og landgrunn Íslands af miðlínu.“ Málsliðurinn er augljóslega byggður á 2. mgr. 7. gr. lögsögunaganna, sem hugsuð var til bráðabirgða þangað til Ísland væri búið að semja við nágretta sína um afmörkun hafsvæða, eins og fjallað var um í kafla 2.4.8. Hér hefði þurft að vanda betur til verka þar sem Ísland er búið að semja um afmörkun hafsvæðanna sem málsliðurinn tekur til. Þó að miðlínan hafi leikið stórt hlutverk í samningum um afmörkunina var hún ekki alfarið notuð.

## 4 Hvernig á að rita ákvæði um landfræðilegt gildissvið?

Þegar tekin er ákvörðun um hvernig orðalagi ákvæðis um landfræðilegt gildissvið skuli háttað verður augljóslega að taka mið af hvert efni laganna er. Er um að ræða málefni sem íslenska ríkið nýtur einvörðungu lögsögu yfir á yfirráðasvæði sínu, þ.e. landsvæði, innsævi, land- og lofthelgi? Eða er um að ræða málefni sem varðar fleiri lögsögubelti? Mjög fá ákvæði íslenskra laga um landfræðilegt gildissvið er snerta hafið geta talist góðar fyrirmyndir. Einna helst er hægt að líta til 3. gr. l. nr. 52/2006 um Landhelgisgæslu Íslands sem skilgreinir starfssvæði hennar með svofelldum hætti:

Starfssvæði Landhelgisgæslu Íslands er hafið umhverfis Ísland, þ.e. innsævið, landhelgin, efnahagslögsagan og landgrunnið, auk úthafsins samkvæmt reglum þjóðaréttar. Landhelgisgæsla Íslands sinnir einnig verkefnum á landi í samstarfi við lögreglu og önnur yfirvöld.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Í þessu sambandi er rétt að vekja athygli á að Landhelgisgæslan er í raun rangnefni. Betra heiti væri Strandgæslan. Landhelgisgæslan gætir ekki einvörðungu landhelginnar eins og nafn hennar gefur til kynna.

Hér þyrfti reyndar að bæta við aðlæga beltinu í upptalningu, í samræmi við nýlegar breytingar á lögsögulögunum. Að öðru leyti er þetta ákvæði til fyrirmyndar. Önnur aðferð er að vísa til lögsögulaganna í þar til gerðu ákvæði um landfræðilegt gildissvið. Í 2. gr. tollalaga nr. 88/2005 er tollsvæði ríkisins skilgreint með eftirfarandi hætti:

Tollsvæði ríkisins er landið ásamt eyjum og útskerjum sem því tilheyra, svo og tólf mílna landhelgi umhverfis það eins og hún er afmörkuð skv. 1. gr. laga nr. 41/1979, um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn.

- Til tollsvæðis ríkisins telst enn fremur loftrými yfir fyrrgreindu land- og hafsvæði.

Líkt og á við um 3. gr. laga um Landhelgisgæsluna þarf að bregðast við tilkomu aðlæga beltisins í 2. gr. tollalaga. Í því sambandi er rétt að hafa í huga að aðlæga beltid er m.a. hugsað sem viðauki við tollsvæði ríkja.

## 5. Niðurstöður

Hér að framan hefur verið sýnt fram á að víða eru brotalamir í tengslum við lagaákvæði um landfræðilegt gildissvið löggjafar og önnur sambærileg ákvæði er snerta lögsögumálefni á hafi úti. Alvarlegustu mistökin tengjast efnahagslögsöguhugtakinu. Aðalatriði þessarar greinar er að lög hafa ákveðið gildissvið, refsilög þurfa að vera skýr og vafi um gildi þeirra skal metinn ákærða í vil. Mörg lög notast við ranga, óskýra eða villandi hugtakanotkun varðandi gildissvið, einkum á hafi úti. Við blasir að verði látið reyna á þýðingu slíkra atriða við meðferð sakamáls þar sem ákært er fyrir háttsemi sem óljóst er af gildissviðsákvæði laganna hvort er í raun refsiverð, er ekki útilokað að ágallar í löggjöfinni leiði til þess að verknaðir, sem annars má telja líklegt að ætlunin hafi verið að væru refsiverðir, verði taldir refsilausir.

Af ofangreindu er ljóst að úrbóta er þörf. Lagt er til að ráðist sé í ferns konar aðgerðir. Í fyrsta lagi að löggjafinn og viðkomandi ráðuneyti hefji vinnu til að breyta þeim ákvæðum sem fjallað hefur verið um hér

að ofan auk þess að kanna hvort fleiri ákvæði fyrirfinnast í íslenskum lögum sem haldin eru sambærilegum annmörkum og fjallað hefur verið um í þessari grein. Auk þess þarf að yfirfara reglugerðir með sömu sjónarmið í huga. Í öðru lagi að við lagasetningu sé gengið kerfisbundið úr skugga um að ákvæði um gildissvið tiltekinnar löggjafar sé í lagi. Í þriðja lagi að ráðist sé í heildarendurskoðun á l. nr. 41/1979 um landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu og landgrunn. Í núverandi löggjöf vantar m.a. ákvæði um innsævi, samspil efnahagslögsögunnar og landgrunnins, rétt skipa sem sigla undir erlendum fána til friðsamlegrar ferðar um landhelgina, útlistun um réttindi erlendra ríkja í efnahagslögsögunni og skilgreiningu á ytri mörkum íslenskra hafsvæða þar sem þau hafa verið afmörkuð með samningi við nágrannaríki. Í fjórða lagi þarf augljóslega að efla þekkingu á grundvallaratriðum þjóðaréttar meðal íslenskra lögfræðinga, t.a.m. með því að setja á laggirnar rannsóknarstofnun á sviði þjóðaréttar sem hefði einhvers konar ráðgjafarhlutverk gagnvart stjórnvöldum.

### Heimildaskrá:

Alþingistíðindi

Aristóteles, Politics. Aðgengilegt á <<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Aristot.%20Pol>> sótt 17.11.2017.

Bjarni Már Magnússon, „The Grey Areas in the Bay of Bengal“ (2016) 56 *Indian Journal of International Law* 41-58.

Bjarni Már Magnússon, *The Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles* (Brill/Nijhoff, 2015).

Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur – Undirstöður og handhafar ríkisvalds* (Bókaútgáfan Codex, 2015).

Davíð Þór Björgvinsson, *Lögskýringar* (JPV útgáfan, 2008).

Dixon M, *International Law* (7. útgáfa, Oxford University Press, 2013).

Garðar Gíslason, *Eru Lög Nauðsynleg?* (Bókaútgáfa Orators, 1991)

Gunnar G. Schram, *Hafréttur* (Háskólaútgáfan, 2002).

----- *Handbók um undirbúning og frágang lagafrumvarpa* (forsætisráðuneytið, dóms- og kirkjumálaráðuneytið og Alþingi, 2007).

Jónatan Þórmundsson, *Afbrot og refsíabyggð I* (Háskólaútgáfan 1999).

Klabbers J, *International Law* (önnur útgáfa, Cambridge University Press, 2017).

Malanczuk P, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7. útgáfa, Routledge, 1997).

- Mishra R, „The „Grey Area“ in the Northern Bay of Bengal: A Note on Functional Cooperative Solution“ (2016) 47 Ocean Development and International Law 29-39.
- Ndiaye T, „The judge, maritime delimitation and grey areas“ (2015) 55 Indian Journal of International Law 493-533.
- Ragnheiður Bragadóttir, „Brot gegn lögum nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum“ (2003) 56(2) Úlfjótur 145-201.
- Róbert R. Spanó, *Túlkun lagaákvæða* (Bókautgáfan Codex, 2007).
- Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Official Records Vol. VII (Informal Composite Negotiation Text, Sixth Session) (15. júlí 1977) UN Doc. A/CONF 62/WP.10 (United Nations 1984). Aðgengilegt á <[http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol\\_VIII/a\\_conf-62\\_wp-10.pdf](http://legal.un.org/diplomaticconferences/lawofthesea-1982/docs/vol_VIII/a_conf-62_wp-10.pdf)> sótt 9. nóvember 2017.
- Tommy Koh, „A Constitution for the Oceans“ Útdráttur úr ræðu forseta Þriðju hafréttarráðstefnunnar (6. og 11. desember 1982) <[http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/koh\\_english.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/koh_english.pdf)> sótt 9. nóvember 2017.

## Lagaskrá

- Lög nr. 66/2017 um breytingu á lögum um hollustuhætti og mengunarvarnir nr. 7/1998, með síðari breytingum (EES-reglur, losun frá iðnaði og skráningarskylda).
- Lög nr. 58/2017 um breytingu á lögum um landhelgi, efnahagslögsögu og landgrunn, nr. 41/1979 (grunnlínupunktur og aðlægt belti).
- Lög nr. 20/2016 um landsáætlun um uppbyggingu innviða til verndar náttúru og menningarsögulegum minjum.
- Lög nr. 62/2015 um breytingu á lögum um loftslagsmál.
- Lög nr. 81/2015 um breytingu á lögum er varða alþjóðleg öryggismál.
- Lög nr. 60/2013 um náttúruvernd.
- Lög nr. 74/2012 um veiðigjald.
- Lög nr. 70/2012 um loftslagsmál.
- Lög nr. 109/2011 um skattlagningu á kolvetnisvinnslu.
- Lög nr. 166/2008 um breytingar á ýmsum lögum vegna kolvetnisstarfsemi.
- Lög nr. 88/2008 um meðferð sakamála.
- Lög nr. 30/2007 um áhafnir íslenskra fiskiskipa, varðskipa, skemmtibáta og annarra skipa.
- Lög nr. 116/2006 um stjórn fiskveiða.
- Lög nr. 52/2006 um Landhelgisgæslu Íslands.
- Tollalög nr. 88/2005.

## Ritrýnd fræðigrein

- Lög nr. 74/2005 um breytingu á lögum um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000, og skipulags- og byggingarlögum, nr. 73/1997, með síðari breytingum.
- Lög nr. 50/2004 um siglingavernd.
- Lög nr. 33/2004 um varnir gegn mengun hafs og stranda.
- Lög nr. 41/2003 um vaktstöð siglinga.
- Lög nr. 76/2001 um áhafnir íslenskra farþegaskipa og flutningaskipa.
- Lög nr. 13/2001 um leit, rannsóknir og vinnslu kolvetnis.
- Lög nr. 106/2000 um mat á umhverfisáhrifum.
- Lög nr. 57/1998, um rannsóknir og nýtingu á auðlindum í jörðu.
- Lög nr. 22/1998 um veiðar og vinnslu erlendra skipa í fiskveiðilandhelgi Íslands.
- Lög nr. 7/1998 um hollustuhætti og mengunarvarnir.
- Lög nr. 79/1997 um veiðar í fiskveiðilandhelgi Íslands.
- Lögregluglög nr. 90/1996.
- Lög nr. 57/1996 um umgengni um nytjastofna sjávar.
- Lög nr. 46/1996 um breytingu á lögum um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri, nr. 34 25. mars 1991, með síðari breytingum.
- Lög nr. 18/1996 um erfðabreyttar lífverur.
- Lög nr. 62/1994 um Mannréttindasáttmála Evrópu.
- Lög nr. 64/1994 um vernd, friðun og veiðar á villtum fuglum og villtum spendýrum.
- Lög nr. 34/1993 um leiðsögu skipa.
- Lög nr. 34/1991 um fjárfestingu erlendra aðila í atvinnurekstri.
- Lög nr. 73/1990 um eignarrétt íslenska ríkisins að auðlindum hafsbotsins.
- Lög nr. 32/1986, um varnir gegn mengun sjávar, og í loftrýminu þar yfir.
- Siglingalög nr. 34/1985.
- Lög nr. 68/1981 um aðild Íslands að samningi um framtíðarsamvinnu ríkja varðandi fiskveiðar á Norðaustur-Atlantshafi.
- Lög nr. 41/1979 um landhelgi, aðlægt belti, efnahagslögsögu og landgrunn.

## Erlend löggjöf

### *Norsk:*

Lov av 27. juni 2003 nr. 57 om Norges territorialfarvann og tilstøtende sone.

### *Sænsk:*

Jaktlagen (1987:259)

## Milliríkjasamningar

- Samþykkt um alþjóðaflugmál (e. *Convention on International Civil Aviation*) (opnaður til undirritunar 7. desember 1944, öðlaðist gildi 4. apríl 1947, öðlaðist gildi gagnvart Íslandi 20. apríl 1947) SÍ 49.
- Sáttmáli um verndun mannréttinda og mannfrelsis frá 4. nóvember 1950 (e. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) aðild 29. júní 1953, öðlaðist gildi 3. september 1953, SÍ 88.
- Samkomulag um fiskveiði og landgrunns mál, milli Íslands og Noregs (samþykktur 28. maí 1980, tók gildi 13. júní 1980) Stjtið. C, 9/1980.
- Samkomulag um landgrunnið á svæðinu milli Íslands og Jan Mayen, milli Íslands og Noregs (samþykktur 22. október 1981, tók gildi 2. júní 1982) Stjtið. C, 3/1982.
- Hafréttarsamningur Sameinuðu þjóðanna (e. *United Nations Convention on the Law of the Sea*) (opnaður til undirritunar 10. desember 1982, fullgiltur af hálfu Íslands 21. júní 1985, öðlaðist gildi 16. nóvember 1994). Stjtið. C, 7/1985 og 40/1993.
- Samningur Sameinuðu þjóðanna gegn ólöglegri verslun með fíkniefni og skynvilluefni (e. *United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*) (frá 20. des. 1988, öðlaðist gildi 11. nóvember 1990, öðlaðist gildi gagnvart Íslandi 1. des. 1997) Stjtið. C. 18/1997.
- Samningur við Danmörku og Grænland um afnörkun landgrunnsins og fiskveiðilögsögu á svæðinu milli Íslands og Grænlands (samþykktur 11. nóvember 1997, tók gildi 27. maí 1998) Stjtið. C, 8/1998.
- Samningur Íslands við Danmörku fyrir hönd Færeyja var undirritaður 1. og 2. febrúar 2007 og tók gildi 29. apríl 2008 en hefur þó ekki verið birtur í C-deild Stjórnartíðinda hér á landi.

### Pólitískt samkomulag

- „Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between Greenland and Iceland in the Irminger Sea“ (Samþykkt 13. janúar 2013) <<https://www.utanrikisraduneyti.is/media/thjodrettarmal/Agreed-Minutes-og-vidaukar.pdf>> (utanríkisráðuneytið) skoðað 9. nóvember 2017.
- „Agreed Minutes on the Delimitation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles between the Faroe Islands, Iceland and Norway in the Southern Part of the Banana Hole of the Northeast Atlantic“ (samþykkt 20. september 2006). <http://www.regjeringen.no/en/dep/ud/documents/Laws-and-rules/retningslinjer/2006/Agreed-Minutes.html?id=446839> skoðað 9. nóvember 2017.

### Dómaskrá

#### Hæstaréttardómar

Hrd. 10. des. 2009 í máli nr. 206/2009.

- Hrd. 15. mars 2007 í máli nr. 330/2006.  
Hrd. 27. maí. 2004 í máli nr. 496/2003.  
Hrd. 11. mars. 2004 í máli nr. 380/2003.  
Hrd. 3. apríl 2002 í máli nr. 449/2002.  
Hrd. 23. maí 2001 í máli nr. 127/2001.  
Hrd. 10. maí. 2001 í máli nr. 63/2001.  
Hrd. 8. febrúar 2001 í máli nr. 432/2000.  
Hrd. 19. desember 2000 í máli nr. 125/2000.  
Hrd. 6. maí 1999 í máli nr. 41/1999.  
Hrd. 25. september 1997 í máli nr. 183/1997.  
Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 181/1996.  
Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 180/1996.  
Hrd. 19. september 1996 í máli nr. 179/1996.  
Hrd. 15. desember 1997 í máli nr. 374/1995.  
Hrd. 17. mars 1995 í máli nr. 74/1995.  
Hrd. 3. nóvember 1994 í máli nr. 247/1994.

### *Dómar alþjóðlegra dómstóla*

- Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana gegn Fílabeinsströndinni) (Sérstök deild (e. *special chamber*) alþjóðlega hafréttardómsins) (Efnisdómur) (2017),  
<[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.23\\_merits/C23\\_Judgment\\_23.09.2017\\_corr.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf)>.
- Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India (Bangladesh gegn Indlandi) (Gerðardómur) (Efnisdómur) (2014), <<https://www.pcacases.com/web/sendAttach/383>>.
- Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (No 16) (Bangladesh gegn Myanmar) (Alþjóðlegi hafréttardómurinn) (Efnisdómur) (2012), ITLOS Reports 2012, 4.
- In the Matter of an Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados gegn Trinidad & Tobago) (Gerðardómur) (Efnisdómur) (2006), 45 I.L.M. 800.
- Case Concerning the Continental Shelf* (Líbía gegn Möltu) (Alþjóðadómstóllinn) (Efnisdómur) [1985] ICJ Rep. 13.
- Fisheries* (Bretland gegn Noregi) (Alþjóðadómstóllinn) (Efnisdómur) [1951] ICJ. Rep. 116.



### **Abstract**

The purpose of this article is to highlight mistakes that have been made when drafting provisions of legal acts that address the geographical scope of specific legislations relating to the sea and similar provisions that concern Icelandic territory and jurisdiction. The main emphasis is on the legal framework for the territory and the jurisdiction of Iceland. It cannot be ruled out that such mistakes may have resulted in criminal convictions without the necessary legal requirements being fulfilled. In addition, acts that are designed to safeguard the marine environment, while containing flawed provisions concerning its territorial scope, are a false protection for the environment.

# Gildi ábyrgða og annmarkar á greiðslumati

- 
- » **Stefán A. Svensson** hrl. og aðjúntkt við lagadeild HR
  - » **Diljá Helgadóttir** BA í lögfræði
- 

## Útdráttur

Við lánveitingar á Íslandi hefur verið algengt að einstaklingar gangist í ábyrgðir til tryggingar lánnum einstaklinga og fyrirtækja. Ábyrgð í þessum skilningi getur falist í að þriðji maður gangist í persónulega ábyrgð fyrir kröfu eða tryggingin felist í veðrétti í eign hans. Vegna ábyrgðarinnar kann lánveitanda að vera skylt að framkvæma greiðslumat á lántaka. Í greininni kemur til athugunar hvenær annmarkar á greiðslumati (eða t.d. þegar greiðslumat hefur ekki verið framkvæmt) hafa áhrif á skuldbindingargildi ábyrgða. Vikið er að helstu innlendum réttarheimildum sem þýðingu geta haft og norrænn réttur skoðaður í samanburði. Þá er dómaframkvæmd Hæstaréttar könnuð m.t.t. þess hvaða atriði einkum geta skipt máli við mat á skuldbindingargildi ábyrgðar í tengslum við annmarka á framkvæmd greiðslumats. Dómaframkvæmd bendir til þess að meta þurfi málsatvik heildstætt þar sem fjölmörg atriði koma til skoðunar, þ.m.t. hvort upplýsingagjöf hafi verið röng eða villandi og hverju sé um að kenna, tengsl lántaka og ábyrgðarmanns, ráðstöfun lánsfjár og tömlæti. Öll þessi atriði, ásamt fleirum, geti haft þýðingu.



1. **Inngangur**
2. **Helstu réttarheimildir**
  - 2.1 Almennt
  - 2.2 Samkomulag um notkun sjálfskuldarábyrgða
    - 2.2.1 Samkomulag um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998
    - 2.2.2 Samkomulag um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga frá 2001
  - 2.3 Lög um ábyrgðarmenn nr. 32/2009
  - 2.4 Lög um neytendalán nr. 33/2013
  - 2.5 Ógildingarregla 36. gr. laga nr. 7/1936 um sammingsgerð, umboð og ógilda löggerninga
    - 2.5.1 Efni ógildingarreglu 36. gr. sml.
    - 2.5.2 Beiting 36. gr. sml. vegna annmarka á greiðslumati
3. **Norrænn réttur**
  - 3.1 Almennt
  - 3.2 Danskur réttur
  - 3.3 Norskur réttur
    - 3.3.1 Almennt
    - 3.3.2 Skylda til að framkvæma greiðslumat
    - 3.3.3 Skylda til að ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast í ábyrgð
4. **Gildi ábyrgða og annmarkar á greiðslumati**
  - 4.1 Almennt
  - 4.2 Aðstöðumunur

- 4.3 Rangar eða villandi upplýsingar liggja til grundvallar greiðslumati
  - 4.4 Tengsl lántaka og ábyrgðarmanns
  - 4.5 Ráðstöfun láns
  - 4.6 Geymsla gagna vegna greiðslumats
  - 4.7 Undirritun á greiðslumat
  - 4.8 Tómlæti
5. Niðurstöður

## 1 Inngangur

Í kjölfar efnahagshrunsins á Íslandi haustið 2008 hafa verið gerðar talsverðar breytingar á lögum og reglum, neytendum<sup>1</sup> og ábyrgðarmönnum<sup>2</sup> til hagsbóta. Meðal annars voru sett lög um ábyrgðarmenn nr. 32/2009 (hér eftir skammstöfuð ábl.) og neytendalán nr. 33/2013 (hér eftir skammstöfuð nll.) en við lánveitingar hér á landi hefur verið algengt að krefjast ábyrgðarmanna til tryggingar lánnum einstaklinga og fyrirtækja. Ábyrgð<sup>3</sup> í þessum skilningi getur falist í að þriðji maður gangist í persónulega ábyrgð fyrir kröfu eða tryggingin felist í veðrétti í eign hans.<sup>4</sup> Persónuleg ábyrgð hefur verið skilgreind með tvennum hætti, annars vegar sem einföld ábyrgð og hins vegar sem sjálfskuldarábyrgð. Einföld ábyrgð felur í sér að ábyrgðarmaður verður ekki krafinn efnda fyrr en ljóst er að skuldari getur ekki greitt skuldina, andstætt við sjálfskuldarábyrgð þar sem hægt er að krefja ábyrgðarmann efnda strax og í ljós kemur að aðalskuldari hefur ekki staðið við skyldu sína.<sup>5</sup> Með þessum hætti tryggja lánveitendur hagsmuni sína. Vegna ábyrgðarinnar kann lánveitanda að vera skylt að framkvæma greiðslumat á lántaka, svo sem síðar verður gerð grein fyrir. Greiðslumat er útreikningur á greiðslugetu lántaka til þess að unnt sé að meta hvort hann geti staðið við skuldbindingar sínar samkvæmt lánsamningi.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Neytandi er skilgreindur í 1-lið 1. mgr. 5. gr. laga nr. 33/2013 um neytendalán sem „einstaklingur sem á lánaviðskipti sem lög þessi ná til, enda séu þau ekki gerð í atvinnuskyni af hans hálfu.“

<sup>2</sup> Ábyrgðarmaður er skilgreindur í 2. mgr. 2. gr. laga nr. 32/2009 um ábyrgðarmenn sem „einstaklingur sem gengst persónulega í ábyrgð eða veðsetur tilgreinda eign sína til tryggingar efndum lántaka enda sé ábyrgðin ekki í þágu atvinnurekstrar ábyrgðarmanns eða í þágu fjárhagslegs ávinnings hans.“

<sup>3</sup> Hugtakið ábyrgð hefur verið skilgreint sem loforð, þar sem ábyrgðarmaður persónulega skuldbindur sig gagnvart öðrum manni til tryggingar aðstæðum þriðja manns: Henry Ussing, *Kaution* (G.E.C. Gads Forlag 1928) 8; Benedikt Bogason, „Um kröfuábyrgð, stofnun og ógildi“ (1997) 47 (1) *Tímarit lögfræðinga* 11, 12.

<sup>4</sup> Benedikt Bogason, „Um kröfuábyrgð, stofnun og ógildi“ (1997) 47 (1) *Tímarit lögfræðinga* 11, 12.

<sup>5</sup> Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson, *Neytendaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2009) 198, 199.

<sup>6</sup> Í 6. gr. reglugerðar nr. 920/2013 um lánshæfis- og greiðslumat er greiðslumat skilgreint.

Markmið þessarar greinar er að rannsaka þau sjónarmið sem byggt er á við mat á skuldbindingargildi ábyrgðar, í tengslum við annmarka á greiðslumati (eða þegar greiðslumat hefur ekki verið framkvæmt), þegar þess er krafist að ábyrgðaryfirlýsingu verði vikið til hliðar (í heild eða að hluta) með vísan til 36. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umboð og ógilda löggerna (hér eftir skammstöfuð sml.) eða eftir atvikum reglunnar um brostnar forsendur. Verður reynt að kryfja álitaefnið til mergjar með tilliti til dómaframkvæmdar Hæstaréttar Íslands.

Uppbygging greinarinnar er þessi: Í öðrum kafla er fjallað um helstu réttarheimildir sem koma til skoðunar við mat á því hvort greiðslumat sé haldið annmarka. Í þriðja kafla er að finna umfjöllun um norrænan rétt, en íslensk löggjöf sækir fyrirmynd sína einkum til Norðurlandanna. Fjórði kafla er helgaður dómaframkvæmd Hæstaréttar á sviðinu. Þar eru skoðuð nánar þau sjónarmið sem reynt hefur á við mat á gildi ábyrgða vegna annmarka og skorts á greiðslumati. Að lokum er að finna í fimmta kafla ályktanir af dómaframkvæmd Hæstaréttar, samantekt og niðurstöður.

## 2. Helstu réttarheimildir

### 2.1 Almenn

Í þessum kafla greinarinnar verður rakin þróun reglna sem leggja þá skyldu á lánveitanda að framkvæma greiðslumat við lántöku. Fyrst verður sjónum beint að samkomulaginu um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998 og samkomulaginu um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga frá 2001. Fyrir gildistöku samkomulagins um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998 voru engar reglur sem giltu um ábyrgðarveitingar. Næst verður vikið að ábl. sem tóku gildi þann 4. apríl 2009. Þá verða skoðuð nll. og að lokum verður rýnt í ógildingarreglu 36. gr. sml., samhengisins vegna.

## 2.2 Samkomulag um notkun sjálfskuldarábyrgða

### 2.2.1 Samkomulag um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998

Þann 27. janúar 1998 gerðu viðskiptabankar, sparisjóðir, Kreditkort hf., Greiðslumiðlun hf., Neytendasamtökin og viðskipta- og félagsmálaráðherra með sér samkomulag um notkun sjálfskuldarábyrgða og var það hið fyrsta sinnar tegundar hér á landi.<sup>7</sup> Samkomulagið setti fram meginreglur til að stuðla að aukinni vernd ábyrgðarmanna.<sup>8</sup> Aðilar að samkomulaginu voru á sömu skoðun um vægi þeirrar stefnu að draga úr mikilvægi ábyrgða og að lánveitingar yrðu frekar miðaðar við greiðslugetu greiðanda og hans eigin tryggingar. Samkomulagið tók aðeins til skuldbindinga sem stofnað var til eftir að samkomulagið tók gildi þann 1. maí 1998.

Gildissvið samkomulagsins var afmarkað í 2. gr. og samkvæmt því tók það m.a. til allra sjálfskuldarábyrgða einstaklinga á skuldabréfalánnum, víxlum og öðrum skuldaskjölum einstaklinga. Samkomulagið tók einnig til einfaldrar ábyrgðar sem og til þess þegar einstaklingur hefði veitt heimild til að veðsetja fasteign sína til tryggingar skuldum annars einstaklings. Aftur á móti hefur verið talið að gildissvið samkomulagsins frá 1998 og síðar samkomulagsins frá 2001 um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga taki ekki til þess þegar einstaklingur gangist í ábyrgð fyrir lögaðila, svo sem skýrlega kemur fram í báðum samkomulögum. Til að markmiði samkomulagsins frá 1998 yrði náð bar fjármálafyrirtækjum samkvæmt samkomulaginu að greiðslumeta lántaka ef ábyrgðarmaður óskaði sérstaklega eftir því. Þó var ávallt skylt að greiðslumeta lántaka er óskað var eftir sjálfskuldarábyrgð til tryggingar fjárhagslegri skuldbindingu sem var hærri en ein milljón króna. Einnig bar fjármálafyrirtækjum að upplýsa ábyrgðarmenn ef niðurstaða greiðslumats væri neikvæð og gæfi til kynna að lántaki gæti eigi staðið við skuldbindingar sínar, sbr. nánar 3. gr. samkomulagsins. Þá var m.a. mælt fyrir um upplýsingagjöf ýmiss konar, bæði áður og

<sup>7</sup> Guðjón Rúnarsson „Ábyrgðir á skuldum einstaklinga“, *Morgunblaðið* (Reykjavík 8. nóvember 2001) <<http://www.mbl.is/greinasafn/grein/635743/>> skoðað 12. febrúar 2017.

<sup>8</sup> Benedikt Bogason „Lög um ábyrgðarmenn nr. 32/2009 og helstu meinbugir á þeim“ í Helgi Birgisson o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit Viðar Már Matthíasson sextugur 16. ágúst 2014* (Bókaútgáfan Codex 2014) 73.



eftir að til ábyrgðar var stofnað og hömlur settar við breytingum lánsskilmála, þannig að bindandi væri fyrir ábyrgðarmann án hans samþykkis, sbr. nánar 4. og 5. gr.

Með undirritun samkomulagsins um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998 má telja að stigið hafi verið fyrsta skrefið í átt að samræmdri reglusetningu til verndar ábyrgðarmönnum. Staða ábyrgðarmanna batnaði því til muna þar sem þeir öðluðust m.a. rétt, sem þeir höfðu ekki áður, til að fá upplýsingar um fjárhagslega stöðu þess sem þeir gengust í ábyrgð fyrir.

Samkomulagið var síðar endurskoðað og í stað þess kom samkomulag um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga, undirritað þann 1. nóvember 2001.

### *2.2.2 Samkomulag um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga frá 2001*

Samkomulagið um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga frá 2001 er í mörgum atriðum efnislega samhljóða samkomulaginu um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998. Þá er markmið og gildissvið beggja samkomulaganna í grunninn hið sama, þ.m.t. að þau gilda um ábyrgð einstaklings fyrir annan einstakling en ekki ábyrgðir á skuldbindingum lögaðila.

Í samkomulaginu frá 2001 er að finna nokkrar breytingar hvað varðar mat á greiðslugetu. Fjármálafyrirtækjum ber t.d. samkvæmt 1. mgr. 3. gr. samkomulagsins að greiðslumeta lántaka nema ábyrgðarmaður óski sérstaklega eftir því að slíkt verði ekki gert, sbr. hins vegar til samanburðar eldra samkomulagið þar sem þetta var ekki skylt, nema ábyrgðarmaður óskaði sérstaklega eftir því, þegar skuldbinding var lægri fjárhæðar en nam einni milljón króna. Telja má að þannig hafi skyldan til að greiðslumeta lántaka orðið að meginreglu, óháð fjárhæð skuldbindingar. Þá er í 2. mgr. 3. gr. samkomulagsins að finna ítarlegar upplýsingar um til hvers skuli taka tillit við framkvæmd greiðslumats, sem ekki var að finna í eldra samkomulaginu.

Í samkomulaginu frá 2001 er fjármálafyrirtækjum sem fyrr gert skylt að greiðslumeta lántaka þegar ábyrgð ábyrgðarmanns er yfir einni milljón króna. Hjónum eða fólki í óvígðri sambúð er einnig heimilt að undanskilja fjármálafyrirtæki frá skyldu til greiðslumats vegna ábyrgðar á skuldum hvors annars, sbr. 3. mgr. 3. gr. samkomulagsins. Að auki er í samkomulaginu að finna ítarlegri ákvæði um upplýsingaskyldu lánveitanda til ábyrgðarmanns, sbr. 4. gr. samkomulagsins, en um það verður þó ekki sérstaklega fjallað hér.

Með gerð samkomulagsins frá 2001 var markmiðið að bæta enn frekar stöðu ábyrgðarmanna og gera þ.a.l. ríkari kröfur til lánveitenda. Þá hefur verið talið að samkomulagið hafi áunnið sér viðurkenningu sem almennar verklagsreglur á lánamarkaði eins og kemur fram í álitni nefndar Alþingis um réttindi og skyldur í viðskiptum neytenda við fjármálafyrirtæki frá árinu 2004.<sup>9</sup> Þó dregur það úr vægi samkomulagsins að hluti fjármálamarkaðarins var ekki aðili að samkomulaginu. Sem dæmi má nefna lífeyrissjóði, en óánægju gætti um þetta meðal forsvarsmanna þeirra lánastofnanna sem að samkomulaginu stóðu og töldu þeir að þetta gæti hamlað samkeppnisstöðu þeirra fjármálafyrirtækja sem voru aðilar að samkomulaginu.<sup>10</sup>

Töluvert hefur reynt á áhrif samkomulagsins í dómaframkvæmd Hæstaréttar svo sem nánar verður vikið að í fjórða kafla greinarinnar.

### 2.3 Lög um ábyrgðarmenn nr. 32/2009

Segja má að stórum áfanga hafi verið náð ábyrgðarmönnum til hagsbóta með lögfestingu ábl. Markmið laganna var að lögfesta reglur um ábyrgð einstaklinga, minnka vægi ábyrgða og stuðla að því að lánveitingar yrðu miðaðar við greiðslugetu lántaka og eigin tryggingar hans. Löggin taka bæði til þess þegar einstaklingar gangast í persónulega

<sup>9</sup> Álit nefndar um réttindi og skyldur í viðskiptum neytenda við fjármálafyrirtæki, Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið 6. maí 2004.

<sup>10</sup> Guðjón Rúnarsson „Ábyrgðir á skuldum einstaklinga“ *mbl.is* (Reykjavík, 8. nóvember 2001) <<http://www.mbl.is/greinasafn/grein/635743/>> skoðað 12. febrúar 2017. Í *Hrd.* 29. október 2015 í máli nr. 196/2015 var því jafnframt slegið föstu að samkomulagið ætti ekki við um Lánasjóð íslenskra námsmanna.

ábyrgð og er þeir veita veð í eignum sínum til tryggingar á efdum af hálfu lántaka.<sup>11</sup> Lögin gilda einungis um lánveitingar lögaðila líkt og kemur fram í 2. gr. þeirra.

Í 4. gr. laganna segir að lánveitanda sé skylt að meta getu lántaka til að standa í skilum með lán þar sem ábyrgðarmaður gengst í ábyrgð til tryggingar efdum lántaka. Skal matið grundvallast á viðurkenndum viðmiðum og hefur reglugerð nr. 920/2013 um lánshæfis- og greiðslumat verið sett um framkvæmd slíks mats. Samkvæmt reglugerðinni felur greiðslumat í sér útreikning á greiðslugetu lántaka til þess að meta hvort hann geti staðið við greiðslur samkvæmt lánsamningi. Að auki er þar að finna ítarlegar kröfur til lánveitanda um upplýsingar sem honum ber að afla við framkvæmd greiðslumats. Þar segir að lánveitandi beri ekki ábyrgð á því ef lántaki framvísar röngum upplýsingum nema hann viti, eða eðlilegt þyki með tilliti til aðstæðna sem hann hafi mátt vita, að upplýsingarnar séu rangar. Niðurstaða greiðslumats telst jákvæð geti lántaki staðið við skuldbindingar samkvæmt lánsamningi á þeim tíma sem matið er framkvæmt. Á hinn bóginn er óheimilt að veita lántaka lán ef greiðslumat leiðir í ljós að hann hafi augljóslega ekki fjárhagslega burði til þess að standa í skilum með lánið.

Í athugasemdum við frumvarp það sem varð að ábl. kemur fram að forsenda þess að lánveitandi geti rækt skyldur sínar gagnvart ábyrgðarmanni er að hann hafi lagt mat sitt á greiðslugetu lántaka.<sup>12</sup> Hér má til hliðsjónar vísa til *Hrd. 17. maí 2005 í máli nr. 163/2005*, sem gekk fyrir gildistöku laganna. Þar kemur fram, að lánveitandi hafi brugðist þeirri skyldu sinni að meta greiðslugetu lántaka samkvæmt 3. mgr. 3. gr. samkomulagsins frá 2001. Var fallist á að víkja sjálfskuldarábyrgð ábyrgðarmanns til hliðar með vísan til 36. gr. sml. af þeim sökum.

Í 2. mgr. 4. gr. ábl. segir að lánveitandi skuli ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast í ábyrgð með skriflegum hætti ef greiðslumat bendir

<sup>11</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 135 – 125. mál, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

<sup>12</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 135 – 125. mál, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

til þess að lántaki geti ekki efnt skuldbindingar sínar. Þá segir í 3. mgr. 4. gr. að lánveitandi skuli með sama hætti ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast undir ábyrgð ef aðstæður ábyrgðarmanns gefa tilefni til. Um þetta atriði vísast til hliðsjónar til *Hrd. 18. september 2003 í máli nr. 3/2003*, sem gekk fyrir gildistöku laganna, en þar hafði ábyrgðarmaður sem var talinn stórlega greindarskertur gengist í ábyrgð til tryggingar láni bróður síns. Ábyrgðin var talin ógild með vísan til 1. mgr. og 2. mgr. 36. gr. sml.

Af framangreindri umfjöllun um skyldu lánveitanda til að meta greiðslugetu lántaka má ráða að með 4. gr. ábl. hafi verið lögfest efnisatriði áþekk m.a. 3. gr. samkomulagsins frá 2001.

#### 2.4 Lög um neytendalán nr. 33/2013

Lögin um neytendalán tóku gildi þann 1. nóvember 2013.<sup>13</sup> Lögin voru sett til að innleiða tilskipun nr. 2008/48/EB um lánssamninga fyrir neytendur.<sup>14</sup> Gildissvið laganna nær til allra lánssamninga sem lánveitandi gerir í atvinnuskyni við neytendur, óháð því hvort um aðal- eða hliðarstarfsemi sé að ræða.<sup>15</sup>

Markmiðið með tilskipun 2008/48/EB var að samræma betur réttarvernd neytenda og lánveitingar innan aðildarríkja Evrópusambandsins, en löggjöf aðildarríkjanna var fremur ólík og gat það leitt til röskunar samkeppni á neytendalánamarkaði og mismunandi réttarstöðu neytenda milli aðildarríkja.<sup>16</sup> Tilskipunin gerir kröfu um að lánshæfi lántaka sé metið áður en gengið er frá lánssamningi. Hins vegar kemur ekki fram með hvaða hætti lánshæfi skuli metið, heldur er aðildarríkjum veitt frelsi til að taka sjálf ákvörðun um það.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Lög nr. 33/2013 komu í stað laga nr. 121/1994 um neytendalán.

<sup>14</sup> Tilskipunin felur í sér fulla samræmingu (e. *full harmonisation*) sem þýðir að takmarkaðar heimildir eru til þess að víkja frá efnisákvæðum hennar við innleiðingu í landsrétt. Heimildir til fráviks eru aðeins heimilaðar þar sem slíkt er sérstaklega tekið fram: Alþt. 2012–2013, A–deild, þskj. 228 – 220. mál, III. Tilefni og nauðsyn lagasetningar.

<sup>15</sup> Alþt. 2012–2013, A–deild, þskj. 228 – 220. mál, IV. Meginefni frumvarpsins.

<sup>16</sup> Alþt. 2012–2013, A–deild, þskj. 228 – 220. mál, II. Sögulegur bakgrunnur.

<sup>17</sup> Hér er um að ræða frávik frá fullri samræmingu en frávikid er heimilt þar sem það er tekið sérstaklega fram í tilskipuninni.

Aðildarríkjum er einnig heimilt að setja frekari reglur varðandi þær upplýsingar sem skylt er að veita við lántöku.<sup>18</sup>

Í 1. og 2. mgr. 10. gr. nll. er lagt til grundvallar að lánveitanda sé skylt að framkvæma lánshæfismat og greiðslumat að tilgreindum skilyrðum fullnægðum (m.a. um fjárhæð skuldbindingar) vegna allra lánveitinga til neytenda sem falla undir gildissvið laganna. Í 3. mgr. er kveðið á um bann við lánveitingu ef mat á lánshæfi eða greiðslugetu leiðir í ljós að neytandi hafi bersýnilega ekki fjárhagslega burði til að standa í skilum með lánið. Á hinn bóginn er heimilt að víkja frá ákvæðinu ef virði veða eða annarra trygginga sem lántaki leggur fram er meira á þeim tíma sem lánið er veitt en heildarfjárhæð lánsins og sé lántaki upplýstur um mat lánveitanda.

Í lögnum er ekki tekin afstaða til gildis lánsamninga þegar lánað er án þess að lánshæfismat fari fram, og eftir atvikum greiðslumat, eða ef lántaki hefur bersýnilega ekki fjárhagslega burði til að standa í skilum með lánið. Segir í athugasemdum við frumvarpið að dómstólum sé látið eftir að móta framkvæmd á því sviði.<sup>19</sup>

Lánveitandi ber ekki ábyrgð á því ef lántaki framvísar röngum upplýsingum vegna lánshæfis- eða greiðslumats, nema hann viti, eða edlilegt þyki með tilliti til aðstæðna að hann hafi mátt vita að upplýsingarnar séu rangar, sbr. 3. mgr. 10. gr. nll. Ef ákvörðun um lánveitingu er tekin á grundvelli rangra upplýsinga frá lántaka þá skal ekki beita stjórnvaldssektum gagnvart lánveitanda, sbr. e-lið 1. mgr. 30. gr. nll., nema ljóst þyki að lánveitandi hafi vitað eða mátti vita að upplýsingarnar væru rangar.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 228 – 220. mál, IV. Meginefni frumvarpsins.

<sup>19</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 228 – 220. mál, athugasemdir við 10. gr. frumvarpsins.

<sup>20</sup> Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 228 – 220. mál, athugasemdir við 10. gr. frumvarpsins.

## 2.5 Ógildingarregla 36. gr. sml.

### 2.5.1 Efni ógildingarreglu 36. gr. sml.

Í dómsmálum er oft krafist ógildingar á samningi á þeim grundvelli að hann sé ósanngjarn í skilningi 36. gr. sml. vegna ýmissa kringumstæðna.<sup>21</sup> Ákvæði 36. gr. sml. hljóðar svo:

Samningi má víkja til hliðar í heild eða að hluta, eða breyta, ef það yrði talið ósanngjarnt eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera hann fyrir sig, sbr. þó 36. gr. c. Hið sama á við um aðra löggerninga.

Við mat skv. 1. mgr. skal líta til efnis samnings, stöðu samningsaðilja, atvika við samningsgerðina og atvika sem síðar komu til.

Regla þessi telst almenn ógildingarregla og var lögfest með setningu laga nr. 11/1986. Með lögnum voru gerðar viðamiklar breytingar á III. kafla sml. og umfangsmestu breytinguna var að finna í 36. gr. sml. Líkt og orðalag ákvæðisins felur í sér veitir reglan heimild til þess að víkja samningi í heild eða hluta til hliðar eða breyta, ef talið yrði ósanngjarnt að bera hann fyrir sig eða slíkt þætti andstætt góðri viðskiptavenju. Í frumvarpinu sem varð að lögum nr. 11/1986 kom fram að meginmarkmiðið með lögfestingu hinnar almennu ógildingarreglu hafi verið að tryggja réttarstöðu neytenda og annarra sem telja má að hafi verri samningsstöðu. Því hefðu dómstólar víðtækari heimild til að ógilda samning heldur en unnt var fyrir gildistöku laga nr. 11/1986.<sup>22</sup> Þessar breytingar voru þáttur í að samræma íslenska löggjöf við löggjöf og réttarframkvæmd í norrænum rétti.<sup>23</sup>

### 2.5.2 Beiting 36. gr. sml. vegna annmarka á greiðslumati

Samkomulagið frá 1998 og samkomulagið frá 2001 hafa ekki að geyma reglur sem mæla fyrir um ógildi samnings ef ákvæðum samkomulaganna er ekki fylgt. Þar af leiðandi verður að finna

<sup>21</sup> Um 36. gr. sml., sjá m.a. Ása Ólafsdóttir, „Ógildingarregla 36. gr. laga nr. 7/1936, samningar milli jafnsettra aðila“ í Helgi Birgisson o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit Viðar Már Matthíasson sextugur 16. ágúst 2014* (Bókaútgáfan Codex 2014) 43.

<sup>22</sup> Um lögfestingu reglunnar sjá t.d. Þorgeir Örlygsson, „Lögfesting almennrar ógildingarreglu í III. kafla laga nr. 7/1936“ (1986) 36 (2) *Tímarit Lögfraeðinga*.

<sup>23</sup> Alþt. 1985–1986, A deild, þskj. 493 – 260. mál, II. réttarþróun í Skandinavíu.

slíkri ógildingu lagastoð ef víkja á ábyrgðaryfirlýsingu til hliðar. Í ábl. er ekki heldur að finna reglur sem kveða á um áhrif þess, m.t.t. skuldbindingargildis ábyrgðar, ef ákvæðum laganna er ekki fylgt. Á þetta reyndi í *Hrd. 29. nóvember 2012 í máli nr. 213/2012*, þar sem sagði:

Í lögum nr. 32/2009 eru engar reglur sem mæla fyrir um ógildi samnings vegna annmarka af þeim toga sem uppi eru í þessu máli. [...] Samningur aðila um sjálfskuldarábyrgð áfrýjanda verður því ekki ógiltur í heild eða að hluta af þeim sökum einum að stefndi hafi við gerð hans brugðist skyldum sínum, heldur verður að finna slíkri ógildingu stoð í reglum samningaréttar ef leysa áfrýjanda undan skyldum sínum samkvæmt samningnum.

Af framangreindu leiðir að yfirlýsing ábyrgðarmanns um ábyrgðar-skuldbindingu verður ekki ógilt í heild eða að hluta einungis vegna þess að lánveitandi hefur vanrækt skyldur sínar samkvæmt settum lögum eða samkomulögum sem gilda um ábyrgðarskuldbindingar. Slík ógildingarheimild verður þess í stað að vera fyrir hendi í reglum samningaréttar og hafa dómstólar þá einkum stuðst við 36. gr. sml., líkt og síðar verður vikið sérstaklega að. Jafnframt er unnt að styðjast við kenninguna um brostnar forsendur, að uppfylltum skilyrðum hennar. Henni verður á hinn bóginn eingöngu beitt til að fella ábyrgðarskuldbindingu úr gildi í heild eða að hluta, en ekki til að breyta skuldbindingu að öðru leyti.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Sjá og til hliðsjónar *Hrd. 21. júní 2011 í máli nr. 542/2010*, þar sem deilt var um verklaun: „Reglur um brostnar forsendur teljast almennt til ógildingarreglna samningaréttarins. Á grundvelli þeirra er unnt að fella samninga úr gildi í heild eða að hluta, sé skilyrðum til þess fullnægt hverju sinni, en reglunum verður almennt ekki beitt til þess að breyta samningsskilmálum að öðru leyti. Verður fallist á með aðaláfrýjanda að þessar reglur geti ekki leitt til þess að krafa gagnáfrýjanda um hækkun verklauna verði tekin til greina.“

## 3. Norrænn réttur

### 3.1 Almennt

Á Norðurlöndunum utan Íslands hafa hvergi verið sett sérstök heildarlög um ábyrgðir. Einstök ákvæði hafa á hinn bóginn verið lögfest. Hér í framhaldi verður löggjöf um stöðu ábyrgðarmanna í Danmörku og Noregi könnuð með tilliti til reglna um greiðslumat.

### 3.2 Danskur réttur

Í Danmörku hafa lánastofnanir og samtök neytenda gert með sér samkomulag um notkun ábyrgða. Var það gert til að stuðla að aukinni vernd ábyrgðarmanna með því að gera lánveitendum skylt að greiðslumeta aðalskuldara áður en ákvörðun er tekin um lánveitingu. Að auki er lánveitendum samkvæmt samkomulaginu skylt að greiðslumeta ábyrgðarmenn.<sup>25</sup> Á hinn bóginn eru ekki heildarlög í gildi um ábyrgðarmenn, en í einstökum lögum er þó að finna ákvæði sem styrkja réttarstöðu ábyrgðarmanna. Þá er það talin ólögfest meginregla í Danmörku að bankar upplýsi ábyrgðarmenn um þau atriði sem bankinn hefur upplýsingar um og gætu aukið áhættu ábyrgðarmanna.<sup>26</sup>

Í dönsku lögunum um fjármálafyrirtæki (d. *Lov nr. 174 af 31.01.2017 om finansiell virksomhed*) er að finna ýmis ákvæði um ábyrgðarmenn.<sup>27</sup> Þar kemur m.a. fram í 48. gr. að fjármálafyrirtækjum sé skylt að framkvæma greiðslumat á lántaka fyrir lánveitingu. Í 47. gr. laganna segir m.a. að fjármálafyrirtæki sem stundar lánastarfsemi sé skylt að tilkynna ábyrgðarmanni skriflega innan 6 mánaða verði vanskil á kröfu

<sup>25</sup> „Ábyrgðarmenn fjárskuldbindinga: Skýrsla nefndar um ábyrgðarveitingar“ (Rit 96-7, Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið desember 1996) 7.

<sup>26</sup> Hér vísast til máls dönsku kærunefndarinnar um málefni fjármálafyrirtækja (d. Pengeinstitutankenævnet) nr. 397/1993. Í málinu upplýsti lánveitandi ekki ábyrgðarmann um að lánveitandi vissi að nauðungaruppbod hafði farið fram á fasteign aðalskuldara. Ábyrgðarmaðurinn hafði óskað eftir upplýsingum frá lánveitanda án árangurs og vegna þessa var hann ekki talinn bundinn við ábyrgðarskuldbindingu sína.

<sup>27</sup> Lögin fela m.a. í sér innleiðingu á tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2008/48/EB.



aðalskuldara. Vanræki fjármálafyrirtæki að senda tilkynningu tapar það kröfu sinni á hendur ábyrgðaraðila að því marki sem rekja má tjón til athafnaleysis fjármálafyrirtækisins. Þá verður fjármálafyrirtækið að tryggja að ábyrgðarmaður sé nægilega upplýstur um efni sammingsins, stöðu láns og afleiðingar þess að gangast í ábyrgð og skulu þessar upplýsingar vera kynntar ábyrgðarmanni skriflega.

Ennfremur skal samkvæmt dönsku lögnum birta ábyrgðarmanni upplýsingar sem nefndar eru í 1. til 3. lið 1. mgr. 48. gr. laganna, þ.e. síðusta staðgreiðsluskrá viðkomandi staðfesta af skattyfirvöldum, síðustu þrjá launaseðla og afrit af síðasta skattframtali þar sem fyrri ábyrgðir og skuldir viðkomandi koma fram.

Að auki mæla löginn fyrir um að ábyrgðarmaður sé ekki ábyrgur fyrir hærri greiðslu en upphæð höfuðstóls lánsins, sbr. 4. mgr. 48. gr. Slíkt á þó ekki við um fasteignalán, sbr. 53. gr. a.

### 3.3 Norskur réttur

#### 3.3.1 Almenn

Um langt skeið voru engin ákvæði í norskum lögum um réttarstöðu ábyrgðarmanna.<sup>28</sup> Árið 1999 tóku hins vegar gildi lög um fjármálagerninga (n. *Lov om finansavtaler og finansoppdrag 26. júní 1999 nr. 46*), en í þeim er m.a. að finna ítarleg ákvæði sem ætlað er að tryggja réttarstöðu ábyrgðarmanna og styrktist réttarstaða ábyrgðarmanna til muna með þeim.<sup>29</sup> Fjallað er um ábyrgðir í fjórða kafla laganna. Löginn voru síðast endurskoðuð 7. maí 2010. Með breytingu þeirra var stuðlað að því að bæta réttarstöðu ábyrgðarmanna enn frekar.

<sup>28</sup> Í „Ábyrgðarmenn fjárskuldbindinga: Skýrsla nefndar um ábyrgðarveitingar“ (Rit 96-7, Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið desember 1996) kemur fram að frumvarp hafi verið lagt fyrir norska þingið sem bar heitið Finansavtaler og finansoppdrag og var fjallað um ábyrgðir í einum kafla þess. Frumvarpið var að lokum samþykkt á norska þinginu og varð að lögum nr. 46/1999 um fjármálagerninga.

<sup>29</sup> Sjá m.a. umfjöllun í Nina Dietz Legind, *Privat kaution – behovet for en kodifikation af privat kaution for banklån* (Jurist- og Økonomsforbundets Forlag 2002) 19.

Í lögnum gefur að líta ítarleg ákvæði um upplýsingaskyldu til ábyrgðarmanns, en þar kemur m.a. fram að lánveitandi skuli upplýsa ábyrgðarmann skriflega um áhættu tengda ábyrgðarskuldbindingunni, fjárhæð kröfunnar sem ábyrgðin nær til og þann tíma sem ábyrgðinni er ætlað að gilda, sbr. 1. mgr. 59. gr. laganna. Enn fremur er að finna ákvæði um skyldu lánveitanda að tilkynna ábyrgðarmanni verði vanskil hjá aðalskuldara, sbr. 63. gr. laganna. Þá er lánveitanda skylt að veita ábyrgðarmanni upplýsingar um getu aðalskuldara til að greiða kröfuna ef ábyrgðarmaður óskar eftir þeim upplýsingum.<sup>30</sup> Verði breyting á kröfu tekur hún ekki gildi gagnvart ábyrgðarmanni nema með hans samþykki og lánveitandi hefur ekki heimild til að gefa eftir tryggingarréttindi sem staðið hafa til tryggingar kröfu við hlið ábyrgðar án samþykkis ábyrgðarmanns, sbr. 65. gr. laganna. Þá er lánveitanda skylt að tilkynna ábyrgðarmanni verði framsal á kröfu sem ábyrgðin tryggir.<sup>31</sup>

### **3.3.2 Skylda til að framkvæma greiðslumat**

Skylda hvílir á lánveitanda samkvæmt 1. mgr. 46. gr. b. norsku laganna um fjármálagerninga til að greiðslumeta lántaka áður en lánsamningur er gerður. Í umsögn frá norsku úrskurðarnefndinni um fjármálafyrirtæki (n. *Finansklagenemnda*) frá 5. júlí 2016 kemur fram að ákvæðið feli í sér skyldu til að spyrja nauðsynlegra og viðeigandi spurninga til að meta greiðslugetu lántaka.<sup>32</sup> Í 2. mgr. sömu greinar kemur jafnframt fram að lánveitanda beri að greiðslumeta lántaka aftur ef veruleg hækkun verður á heildarfjárhæð lánsins eftir að lánsamningur hefur komist á.

### **3.3.3 Skylda til að ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast í ábyrgð**

Í 1. mgr. 60. gr. norsku laganna kemur fram að lánveitanda beri að ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast í ábyrgð gefi mat á greiðslugetu lántaka til kynna að hann geti ekki staðið við skuldbindingar sínar. Þá

<sup>30</sup> Sjá 59. gr. laganna. Í ákvæðinu er kveðið á um upplýsingagjöf til ábyrgðarmanns áður en til ábyrgðar eða veðsetningar er stofnað.

<sup>31</sup> Sjá 58. gr. laganna um skyldu lánveitanda til að tilkynna ábyrgðarmanni um framsal kröfu.

<sup>32</sup> Finansklagenemnda, Bank Statement 5. júlí 2016 nr. 283.

segir í 2. mgr. að lánveitandi skuli ráðleggja ábyrgðarmanni frá því að taka á sig ábyrgð ef greiðslugeta ábyrgðarmanns er bágborin. Bæði ákvæðin leggja þá skyldu á lánveitanda að tilkynna ábyrgðarmanni skriflega bendi greiðslumat til þess að lántaki eða ábyrgðarmaður geti ekki staðið við skuldbindinguna.

Á þetta ákvæði reyndi í *LB*<sup>33</sup> 15. febrúar 2017 í máli 2016 s. 024113. Í málinu hafði móðir gengist í ábyrgð fyrir son sinn með því að veita honum veð í húsi sínu til tryggingar láni sem hann tók. Móðirin hélt því fram að bankinn hefði brotið gegn 2. mgr. 60. gr. með því að ráðleggja henni ekki frá því að gangast í ábyrgðina, en fyrir lá að sonurinn gat ekki staðið við skuldbindingar sínar. Þrátt fyrir að móðirin væri öldruð og hefði enga viðskiptareynslu, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að ekki væru nægar ástæður, eins og sakir stóðu, til að víkja ábyrgðinni til hliðar og samningurinn því talinn gildur.

Sé ákvæðið borið saman við íslenskan rétt má finna sambærilegt ákvæði í 2. og 3. mgr. 4. gr. ábl., en samkvæmt ákvæðunum, sbr. fyrri umfjöllun, skal lánveitandi með skriflegum hætti ráða ábyrgðarmanni frá því að gangast í ábyrgð ef greiðslumat bendir til þess að lántaki geti ekki efnt skuldbindingar sínar. Með sama hætti skal lánveitandi ráðleggja ábyrgðarmanni frá því að undirgangast ábyrgð ef aðstæður ábyrgðarmanns gefa tilefni til.

## 4. Gildi ábyrgða og annmarkar á greiðslumati

### 4.1 Almenn

Áður er rakið að yfirlýsing ábyrgðarmanns um ábyrgðarskuldbindingu verður ekki ógilt í heild eða að hluta við það eitt að lánveitandi hefur vanrækt skyldur sínar samkvæmt settum lögum, einkum ábl. eða nll., eða samkomulögum sem gilda um ábyrgðarskuldbindingar. Slík ógildingarheimild verður þess í stað að vera fyrir hendi í reglum samningaréttar og hafa dómstólar þá einkum stuðst við 36. gr. sml.

<sup>33</sup> LB er skammstöfun fyrir Borgarting Lagmannsrett, sem er millidómstóll.

Hér í framhaldi verða rakin þau sjónarmið sem einkum virðast koma til skoðunar þegar deilt er um skuldbindingargildi ábyrgðar, þegar fyrir hendi kunna að vera annmarkar á framkvæmd greiðslumats (eða greiðslumat t.d. ekki verið framkvæmt), þótt umfjöllunin sé eðli málsins samkvæmt ekki tæmandi.

## 4.2 Aðstöðumunur

Í samningarétti er lagt til grundvallar að aðilar samnings hagnist báðir á því að hann sé efndur eftir inntaki sínu og byggist það á þeirri forsendu að staða þeirra sé jafnstærk við gerð samningsins. Sé staða annars sterkari gæti verið þörf á aukinni vernd fyrir hinn aðilann til að koma í veg fyrir að hann undirgangist ósanngjarna samningsskilmála.<sup>34</sup> Einnig verður að hafa í huga meginreglurnar um samningsfrelsið og skuldbindingargildi samninga.

Ábl. byggja m.a. á sjónarmiðum um neytendavernd og kröfunni um vönduð vinnubrögð lánastofnana. Þannig segir í athugasemdum frumvarps er varð að lögum um nauðsyn þeirra reglna sem þar er að finna birtist m.a. í aðstöðumun sem alla jafna er á stöðu ábyrgðarmanna annars vegar og lánveitanda hins vegar við samningsgerð. Þá sé sérfræðipækkingin í lánsviðskiptum oftast hjá lánveitanda, auk þess sem ábyrgðarmenn hafi yfirleitt engan fjárhagslegan ávinning af því að gangast í ábyrgð.<sup>35</sup> Fjármálafyrirtækjum ber þó að starfa í samræmi við góða viðskiptahætti og góðar viðskiptavenjur líkt og fram kemur í 19. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki (hér eftir skammstöfuð lff.), og leiða má jafnframt af óskráðum reglum, en í því er vissulega fólgið visst aðhald fyrir lánveitendur gagnvart ábyrgðarmönnum.

Af dómaframkvæmd Hæstaréttar verður ráðið að aðstöðumunur kann að koma til álita við mat á því hvort ógilda megi samning um ábyrgðarskuldbindingu, sbr. t.d. *Hrd. 16. desember 1993 í máli nr. 255/1992*. Í málinu var deilt um gildi ábyrgðar og var 36. gr. sml. beitt til ógildingar henni. Dómurinn féll fyrir gildistöku samkomulagsins um notkun sjálfskuldarábyrgða frá 1998. Í niðurstöðu dómsins segir:

<sup>34</sup> Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 135 – 125. mál.

<sup>35</sup> Sama heimild.

*Þegar hið umrædda skuldabréf var gefið út, var ekki jafnræði með aðilum. Yfir vofði, að sonur áfrýjendanna F og E hlyti að sæta kærnu og refsingu fyrir framferði sitt, ef Alþýðubankinn hf. fengi ekki viðunandi úrlausn. Aðstæður allar voru áfrýjendum því mjög öndverðar og vandkvæði þeirra augljós. Vilja þeirra til sammingsgerðar verður að skoða í því ljósi. Með þeim samningi, sem gerður var, öðlaðist Alþýðubankinn hf. kröfu á hendur áfrýjendum, sem hann ella hefði ekki fengið og átti ekki lögvarinn rétt til. Bankastjóranum var ljóst, eins og fyrr segir, að þessi skuldbinding var ekki í samræmi við fjárhag áfrýjendanna F og E. Af hálfu bankans virðist engin sérstök tilraun hafa verið gerð til þess að tengja Ö sjálfan við samninginn með formlegum hætti. Þegar á allt þetta er litið, verður að telja, að atvik við sammingsgerðina og staða sammingsaðila geri það að verkum, að stefndi geti ekki haldið þessum samningi upp á áfrýjendur. Ber því með skírskotun til 36. gr. laga nr. 7/1936 um sammingsgerð, umboð og ógilda löggerninga, sbr. lög nr. 11/1986, að ógilda hið umrædda skuldabréf. (áherslubl. höf.)*

Hér má einnig í dæmaskyni nefna *Hrd. 1. nóvember 2012 í máli nr. 169/2012*. Þar var við mat á gildi ábyrgðar sérstaklega litið til þess að um var að ræða stórt fjármálafyrirtæki, sem gegndi starfi á grundvelli opinbers leyfis. Talið var að til þess mætti gera auknar kröfur um sérfræðiþekkingu og vönduð vinnubrögð, sbr. 1. mgr. 19. gr. lff., og þessar kröfur jafnframt taldar leiða af óskráðum reglum.

Á hinn bóginn virðist jafnframt mega ganga út frá, að aðstöðumunur einn og sér nægi ekki til að ógilda ábyrgð, heldur verði að telja að tengsl séu á milli hans og þeirrar staðreyndar að viðkomandi ákvað að gangast undir ábyrgðaryfirlýsingu, þ.e. að aðstöðumunur hafi haft áhrif á framvinduna (stofnun skuldbindingarinnar) sem slíka. Hæstiréttur hefur t.d. í þessu samhengi slegið föstu að lánveitandi beri ekki sömu upplýsingaskyldu gagnvart einstaklingum sem búa yfir sérfræðiþekkingu og gangast undir ábyrgðir á skuldum, sbr. t.d. *Hrd. 21. október 2010 í máli nr. 116/2010*:

Áfrýjandi er viðskiptafræðingur og löggiltur fasteignasali sem hefur reynslu af fasteignaviðskiptum og skjalagerð tengdri þeim. Honum var ljóst að skuldarinn myndi líklega ekki geta staðið við greiðslur afborgana af láninu og þar með ljós sú áhætta sem hann tók með því

að gangast í framangreinda ábyrgð. [...] Verður ábyrgð hans því ekki felld niður á þeim grundvelli að forsendur hans fyrir henni hafi brostið.

### 4.3 Rangar eða villandi upplýsingar liggja til grundvallar greiðslumati

Einn þeirra þátta sem kemur til skoðunar við mat á gildi ábyrgðar-yfirlýsinga, er þegar greiðslumat og annmarkar þess grundvallast á röngum eða villandi upplýsingum. Um þetta má t.d. vísa til *Hrd. 28. nóvember 2013 í máli nr. 376/2013*, en þar sagði:

Greiðslumat, sem framkvæmt er á grundvelli samkomulagsins 1. nóvember 2001 vegna lántöku, gegnir mikilvægu hlutverki. *Dótt edlilegt sé að reisa það á upplýsingum og gögnum frá þeim sem tekur lánið getur fjármálafyrirtæki ekki látið sér í léttu rúmi liggja hvaða upplýsingar eru notaðar og hvaða gagna er aflað. Fjármálafyrirtæki hefur sjálfstæðar skyldur gagnvart þeim, sem gengst í ábyrgð eða veitir veð til tryggingar láninu, til þess að tilgreina réttar upplýsingar í greiðslumati sé þess nokkur kostur og afla nauðsynlegra gagna til þess að matið gefi sem besta mynd af ætlaðri greiðslugetu lántakans. (áherslubr. höf.)*

Samkvæmt þessu er talið edlilegt að lánveitandi reiði sig á upplýsingar frá lántaka, en hann verður þó að gæta að því að þær séu til þess fallnar að þjóna tilgangi greiðslumats, og kalla þannig eftir frekari gögnum og upplýsingum ef þurfa þykir. Hér má líka nefna að lánveitandi getur á hinn bóginn ekki án samþykkis lántaka fengið upplýsingar um heildarskuldir hans eða afborganir hjá öðrum lánastofnunum, lánardrottnum eða kröfuhöfum. Að auki er torvelt fyrir lánveitanda að afla upplýsinga um tekjur lántaka án þess að fá afrit af launaseðlum hans, skattframtali og eftir atvikum öðrum gögnum.

Í *Hrd. 28. nóvember 2013 í máli nr. 376/2013* var deilt um gildi veðleyfis þar sem aðili hafði veðsett fasteign sína til tryggingar skuld sonar síns samkvæmt skuldabréfi útgefnu af honum. Í tengslum við lántökuna var greiðslumat framkvæmt á aðalskuldara sem var haldið ýmsum annmörkum, og af forsendum dómsins mátti ráða að viss innbyrðis ósamræmis hafi gætt sem lánveitanda hafi mátt vera ljóst af framkomnum gögnum. Í forsendum Hæstaréttar sagði m.a.:

Ekki er unnt að sjá hver niðurstaða þess hefði orðið ef réttar upplýsingar hefðu verið notaðar og samræmi í tilgreiningu ráðstöfunartekna annars vegar og greiðslubyrði og ætluðum framfærslukostaði og föstum útgjöldum hins vegar. Af hálfu stefndu [ábyrgðarmannsins] er því haldið fram að H [aðalskuldari] hefði ekki staðist greiðslumat ef réttar upplýsingar hefðu verið tilgreindar. *Er fallist á með héraðsdómi að áfrýjandi verði að bera hallann af þeirri óvissu, sem um þetta er, svo og því hvort stefnda hefði veitt vedheimild í fasteign sinni ef réttilega hefði verið staðið að gerð greiðslumatsins.* (áherslubr. höf.)

Þá má einnig nefna *Hrd. 12. mars 2013 í máli nr. 127/2013*, þar sem annmarkar voru á greiðslumati og skilyrðum 36. gr. sml. til að ógilda ábyrgðaryfirlýsinguna talið fullnægt:

Sóknaraðili hefur enga grein gert fyrir því á hvaða gögnum greiðslumatið var reist. Hann hefur heldur engum stöðum rennt undir réttmæti þess. Þótt ekki verði gerðar kröfur til þess að fjármálafyrirtæki varðveiti til lengri tíma gögn, sem liggja slíkum greiðslumötum til grundvallar, verður að ætlast til að það geti upplýst um á hvaða gögnum hafi helst verið byggt. [...] Greiðslumatið ber ekki með sér að það sé reist á upplýsingum eða gögnum sem aflað hefur verið frá Danmörku. Athugasemdir sem starfsmenn sóknaraðila hafa skráð um veru J [ábyrgðarmannsins] og vinnu í Danmörku eru engum gögnum studdar.

Til samanburðar má nefna *Hrd. 7. mars 2013 í máli nr. 575/2012* þar sem áfrýjandi krafðist þess að felld yrði úr gildi vedsetning í fasteign hans. Í reit í greiðslumati fyrir rekstrarkostnað fasteigna hafði verið sett talan núll og var greiðslugeta jákvæð um 31.000 kr. Lántakar höfðu greint frá því að þeir ættu ekki fasteign og að þau greiddu ekki húsnæðiskostnað, þar með talda húsaleigu, en í ljós kom að þeir greiddu í raun 70.000 kr. í mánaðarleigu, og upplýsingar þessar því ekki nákvæmar. Var lánveitandi hins vegar ekki talinn eiga að bera halla af þessu samkvæmt forsendum Hæstaréttar:

Þá var ætluð röng forsenda í greiðslumati ekki þess eðlis að forvera stefnda yrði um hana kennt.

Jafnframt kemur fram í 6. gr. reglugerðar nr. 920/2013 um lánshæfis- og greiðslumat að lánveitandi beri ekki ábyrgð á því ef lántaki framvísar

röngum gögnum, nema eðlilegt þyki með tilliti til aðstæðna að hann hafi mátt vita, að upplýsingarnar séu rangar.

Í þessu samhengi má loks nefna *Hrd. 2. febrúar 2017 í máli nr. 378/2016*:

Fallast verður á með áfrýjanda að við mat á greiðslugetu lántaka hafi bankinn getað reitt sig að hluta á upplýsingar frá honum, enda var það beinlínis tekið fram í greiðslumati því sem hér um ræðir og lántaki undirritaði. *Í matinu kom fram að enginn rekstrarkostnaður væri vegna bifreiðar. Gaf það lántaka tilefni til að upplýsa um bifreiðareign sína, en það lét hann undir höfud leggjast.* Var þessi ætlaða forsenda greiðslumats því ekki þess eðlis að bankanum yrði um hana kennt. (áherslubl. höf.)

Samandregið virðist mega ganga út frá að lánveitandi geti, og verði, eðli málsins samkvæmt að reiða sig á upplýsingar frá lántaka. Á hinn bóginn, að því marki sem lánveitandi veit, eða má vita, að þær upplýsingar séu ekki nægilegar, eða t.d. að þær séu þversagnarkenndar, þá hvíli sú skylda á honum að afla frekari og nákvæmari upplýsinga, og hann beri jafnframt halla af vanrækslu í þeim efnum.

#### 4.4 Tengsl lántaka og ábyrgðarmanns

Algengt er að einstaklingar séu í ábyrgð fyrir börn, systkini, maka eða aðra ættingja.<sup>36</sup> Af dómaframkvæmd Hæstaréttar má ráða að lánveitendur byggji oft á því að ábyrgðarmönnum hefði mátt vera ljós fjárhagsstaða og greiðslugeta lántaka vegna náiinna fjölskyldutengsla. Í þessu sambandi má t.d. nefna *Hrd. 21. október 2013 í máli nr. 569/2013*, þar sem deilt var um gildi nauðungarsölu á eignarhluta ábyrgðarmanns í fasteign. Við mat á greiðslugetu lántaka við útgáfu veðskuldabréfs var talið að greiðslugeta lántaka hefði ekki verið metin á fullnægjandi hátt samkvæmt ákvæðum samkomulagsins frá 2001. Héraðsdómur taldi að ábyrgðarmanni hefði hins vegar mátt vera fullkunnugt um þá áhættu sem veðsetningunni fylgdi og tók fram: „*Dá skiptir hér máli að sóknaradili er fadír varnaradila B og þau áttu saman hina veðsettu fasteign. Verður því að ætla að honum hafi verið kunnugt um fjárhagsstöðu*

<sup>36</sup> „Ábyrgðarmenn fjárskuldbindinga: Skýrsla nefndar um ábyrgðarveitingar“ (Rit 96-7, Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið desember 1996) 19.



og greiðslugetu hennar er hann veitti heimild til veðsetningar eignarinnar.“  
Hæstiréttur var á hinn bóginn á öndverðum meiði:

Verður ekki fallist á með varnaraðilanum AFLi-sparisjóði að sú staðreynd að sóknaraðili var faðir varnaraðilans B og sameigandi hennar að fasteign veiti líkur fyrir því að *honum hafi mátt vera kunnugt um fjárhag hennar þannig að hann gæti metið greiðslugetu hennar án þess að gætt væri ákvæða samkomulagsins.* (áherslubl. höf.)

Áþekka niðurstöðu er að finna í *Hrd. 15. september 2016 í máli nr. 691/2015*, þar sem ábyrgðarmenn gengust í ábyrgð fyrir dóttur sína og tengdason með því að veðsetja fasteign sína ásamt því að annar þeirra tókst á herðar sjálfskuldarábyrgð. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu að fella bæri skuldbindingar þær sem deilt var um úr gildi og var sú niðurstaða staðfest í Hæstarétti. Í forsendum héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, sagði m.a.:

Stefndi [Landsbanki Íslands] telur að með vísan til forsögu málsins hafi verið ljóst að stefnendum [ábyrgðarmönnum] hafi verið fullkunnugt um greiðsluvanda dóttur sinnar og tengdasonar en hafi samt sem áður haldið áfram að gangast í sjálfskuldarábyrgðir fyrir þau. Við mat á þessari málsástæðu stefnda telur dómurinn að í fyrsta lagi verði að horfa til þess að vanskil dóttur stefnenda og tengdasonar voru einatt til skamms tíma eins og áður hefur verið rakið. Í öðru lagi hafi forverar stefnda verið reiðubúnir til að skilmálabreyta skuldum þeirra í stað þess að ganga að fasteign stefnenda sem þeim hefði verið heimilt. Af því er ekki hægt að draga aðra ályktun en þá að dóttir stefnenda og tengdasonur hafi verið talin geta greitt skuldirnar þó lánstími væri í einhverjum tilvikum lengdur. Í þriðja lagi verður ekki annað ráðið af málavöxtum og fyrirliggjandi gögnum en að forverar stefnda hafi talið forsvaranlegt að lána dóttur stefnenda og tengdasyni síaukið fé. Verður að draga þá ályktun af þessum þremur atriðum að forverar stefnda hafi talið viðskiptin eftirsóknarverð. *Með hliðsjón af þessu telur dómurinn að málsatvik geti ekki hafa horft þannig við stefnendum að ljóst væri að dóttir þeirra og tengdasonur væru í fjárhagserfiðleikum.* (áherslubl. höf.)

Til samanburðar má hins vegar nefna *Hrd. 19. janúar 2017 í máli nr. 438/2016* þar sem litið var sérstaklega til þess að veðsali og lántaki voru í hjúskap þegar veðsetning fór fram, voru með sama lögheimili

og stóðu sameiginlega að skattskilum og talið að „áfrýjandi [mátti] gerst þekktja fjárhagsstöðu lántakans“.

Samkvæmt framansögðu virðist geta skipt máli hverslags fjölskyldu- tengsl eru á milli ábyrgðarmanns og lántaka, þ.m.t. hvort þau séu með þeim hætti að almennt verði að ganga út frá því að ábyrgðarmanni megi vera ljós fjárhagsstaða lántaka, t.a.m. þegar fólk er í hjúskap og stendur sameiginlega að skattskilum.

#### 4.5 Ráðstöfun láns

Við mat á gildi ábyrgðar þar sem annmarkar eru á greiðslumati kemur jafnframt til skoðunar hvort láni hafi verið ráðstafað ábyrgðarmönnum til hagsbóta. Í *Hrd. 1. nóvember 2012 í máli nr. 169/2012* fór tæplega fjórðungur láns, sem veðheimild var veitt fyrir, í að greiða upp eldri lán áhvílandi á eign ábyrgðarmanna. Greiðslumat, sem framkvæmt hafði verið við útgáfu veðskuldabréfsins, var talið bæði rangt og villandi. Þá var greiðslumatið ekki talið í samræmi við ákvæði samkomulagsins frá 2001. Við mat á því hvort víkja ætti veðsetningunni til hliðar sagði eftirfarandi í dómi Hæstaréttar:

Við matið verður hér að taka tillit til þess að hluti lánsins, sem áfrýjendur [ábyrgðarmennirnir] veittu veðheimild fyrir, fór til greiðslu eldri veðskuldar að fjárhæð tæplega 4.000.000 krónur, sem áður er gerð grein fyrir og sem hvíldi á fasteigninni. *Niðurstafa sanngirnismats, eins og atvikum er háttad í þessu máli, er á þann veg að ósanngarnt sé af hálfu stefnda að bera fyrir sig samninginn sem fólst í samþykki þeirra við að veita veð í fasteign sinni, umfram síðastnefnda fjárhæð. Miðað við vaxta- og veðtryggingarákvæði skuldabréfsins, sem greitt var upp, má ætla að hækkun skuldarinnar hefði ekki numið lægri fjárhæð en 2.500.000 krónum. Þegar tekið er tillit til þessa verður fallist á kröfu áfrýjenda á þann hátt að ógilt verður samþykki þeirra við að veita veðleyfi að því marki sem fjárhæðin er umfram 6.500.000 krónur.* (áherslubr. höf.)

Einnig má nefna *Hrd. 17. desember 2015 í máli nr. 346/2015*, þar sem lántaki var dóttir ábyrgðarmanns og litið var til þess að fjárhæð sú sem lántaki fékk við útgáfu skuldabréfs hafi að mestu verið til uppgreiðslu tveggja skuldabréfa sem hún hafði áður gefið út og sem

voru einnig tryggð með veði í fasteign ábyrgðarmannsins. Í forsendum Hæstaréttar sagði m.a.:

Fjárhæð sú sem dóttir áfrýjanda [lántaki] fékk við útgáfu skuldabréfsins til KB banka hf., [...] nam 4.056.825 kónum. *Fjárhæðin gekk sem fyrr greinir að mestu leyti til uppgreiðslu tveggja skuldabréfa sem hún hafði áður gefið út og voru einnig tryggð með veði í fasteign áfrýjanda [ábyrgðarmannsins] að [...].* Runnu þannig 3.587.060 krónur til uppgreiðslu þeirra en eftirstöðvarnar gengu til greiðslu á tveimur tilgreindum skuldum dóttursonar áfrýjanda en að öðru leyti til eigin ráðstöfunar hennar. (áherslubl. höf.)

Sjá hins vegar til samanburðar *Hrd. 20. febrúar 2014 í máli nr. 630/2013*, þar sem andvirði veðskuldabréfs, útgefið af lántaka, rann að mestu til ábyrgðarmanns, vegna kaupa lántakans á hlut í jörð. Í dómi Hæstaréttar, sem mat veðsetningarnar ógildar, sagði:

*Sú ráðstöfun breytir engu um þá skyldu sem hvíldi á stefnda [AFLi-sparisjóði] gagnvart áfrýjanda [ábyrgðarmanni] við veðsetninguna samkvæmt samkomulaginu 1. nóvember 2001, enda bar áfrýjanda ekki að tryggja greiðslu kaupverðsins til sjálfs sín með því að veðsetja sinn hluta jarðarinnar sem salan tók ekki til. Þá var umrædd sala á helmingi jarðarinnar um garð gengin þegar áfrýjandi setti að veði lóðir sínar úr jörðinni með tryggingarbréfi 13. desember 2007. (áherslubl. höf.)*

Af forsendunum virðist þannig mega ráða að sérstök atvik hafi verið talin valda því að ráðstöfun lánsfjár, eins og hér á stóð, skipti ekki máli við mat á gildi ábyrgðarskuldbindingar.

Þá má nefna *Hrd. 17. janúar 2007 í máli nr. 16/2007*:

*Er óumdeilt í málinu að öllu andvirði bréfsins var strax varið til greiðslu á víxilskuld við sóknaraðila, þar sem varnaraðili [ábyrgðarmaður] var einn víxilskuldara, en skuldin hafði verið gerð aðfararhæf með áritun á stefnu 13. febrúar 2002. Með þessari ráðstöfun á andvirði bréfsins var lokið greiðslu á víxilskuldinni svo langt sem entist. Af þessu er ljóst að ekki var verið að stofna til skuldar varnaraðila við sóknaraðila er hún áritaði nefnt skuldabréf. Aðeins var um breytingu á formi skuldbindingar hennar að ræða. Ekki verður fallist á með varnaraðila að unnt sé með vísan til „Samkomulags um notkun ábyrgða á skuldum einstaklinga“, sem grein*

er gerð fyrir í hinum kærða úrskurði, að ógilda skuldbindingar sem svona háttar um. Leiðir þetta til þess að hafna verður kröfu varnaraðila um ógildingu umræddrar aðfarargerðar. (áherslubr. höf.)

Af fleiri dómum þar sem ráðstöfun á andvirði lánsfjár hefur þýðingu við mat á gildi ábyrgðarskuldbindingar má nefna *Hrd. 28. nóvember 2013 í máli nr. 376/2013*.

Dómarnir bera þess einnig merki að dómstólar eru bærir, með stoð í 36. gr. sml., að fella ábyrgð úr gildi að hluta, og þar með í reynd breyta henni, svo sem að teknu tilliti til þess að hversu miklu leyti ráðstöfunin var í þágu ábyrgðarmanns í öndverðu.

#### 4.6 Geymsla gagna vegna greiðslumats

Þau gögn sem aflað er vegna greiðslumats eru t.d. skattskýrslur og staðgreiðsluyfirlit ásamt samþykki fyrir gagnaöflun. Lánveitendur hafa gert athugasemdir við skyldu þeirra til að geyma undirgögn til stuðnings greiðslumati komi ágreiningur upp mörgum árum síðar. Í 6. gr. reglugerðar nr. 920/2013 um láns hæfis- og greiðslumat segir að fylgigögn með greiðslumati skuli varðveitt tryggilega af lánveitanda í fimm ár frá lánveitingu.

Um geymslu gagna vegna greiðslumats hefur m.a. verið fjallað í eftirfarandi dómum, sem gengu fyrir tíð ofangreindrar reglugerðar:

*Hrd. 17. apríl 2012 í máli nr. 141/2012:*

Í málinu liggur fyrir að sóknaraðili hafði látið fara fram mat á greiðslugetu aðalskuldara, [...]. Verður ekki fallist á með varnaraðila að á sóknaraðila hafi hvílt sú skylda að geyma undirgögn til stuðnings matinu svo þau mættu vera aðgengileg varnaraðila rúmum fimm árum síðar.

*Hrd. 26. maí 2016 í máli nr. 648/2015:*

Þegar lítið er til þess að engin skylda hvíldi á lánveitanda að geyma undirgögn til stuðnings greiðslumati þannig að aðgengileg væru áfrýjendum [ábyrgðarmönnum] rúmum sjö árum síðar, sbr. dóm Hæstaréttar 17. apríl 2012 í máli nr. 141/2012, hafa þau ekki sýnt fram á að greiðslumat hafi ekki farið fram í samræmi við það sem greinir í fyrrnefndu skjali um niðurstöðu greiðslumats. (áherslubr. höf.)

Vert er einnig í þessu samhengi að benda á að í lögum nr. 118/2016 um fasteignalán til neytenda sem tóku gildi þann 1. apríl 2017 er tilgreint í 3. mgr. 22. gr. að lánveitandi skuli varðveita gögn sem lögð eru til grundvallar ákvörðun um lánveitingu út lánstímann. Ákvæðið er byggt á tilskipun 2014/17/ESB um láns samninga fyrir neytendur í tengslum við íbúðarhúsnæði. Í tilskipuninni er ekki vísað til tímafrests en tímafresturinn í ákvæðinu er byggður á grein 2.1 í viðmiðunarreglum Evrópsku bankaeftirlitsstofnunarinnar (European Banking Authority EBA) um framkvæmd láns hæfis- og greiðslumats (e. *Guidelines on creditworthiness assessment*). Viðmiðunarreglurnar snúa aðeins að lánastofnunum en í lögum um fasteignalán til neytenda er gengið lengra og þau látin ná til allra lánveitenda.<sup>37</sup>

#### 4.7 Undirritun á greiðslumat

Þær aðstæður hafa komið upp að ábyrgðarmaður undirritar greiðslumatið eftir að skuldabréf er gefið út í stað þess að gera það áður en gengist var í ábyrgðina. Í þessu sambandi má nefna *Hrd. 29. september 2016 í máli nr. 471/2016*, en þar var ekki talið skipta máli að ábyrgðarmaður undirritaði niðurstöðu greiðslumats fimm dögum eftir að skuldabréfið var gefið út við mat á gildi ábyrgðar. Þannig sagði í dómi Hæstaréttar:

Mátti honum [ábyrgðarmanninum] þá vera ljóst í hverju ábyrgð hans sem veðsala fólst en hreyfði ekki athugasemdum. *Vérður því að leggja til grundvallar að með undirskrift sinni á niðurstöðu greiðslumatsins 7. febrúar 2006 hafi A veitt eftirfarandi samþykki sitt fyrir veðsetningunni og var með því uppfyllt skilyrði 3. mgr. 4. gr. samkomulagsins um að veðsali staðfesti skriflega ef hann óskaði eftir að lán yrði veitt þrátt fyrir að niðurstaða greiðslumats benti til þess að greiðandi gæti ekki efnt skuldbindingar sínar. (áherslubl. höf.)*

#### 4.8 Tómlæti

Tómlæti ábyrgðarmanns gagnvart því að kanna rétt sinn og hafa uppi athugasemdir gagnvart lánveitanda kann að skipta máli við mat á gildi ábyrgðar. Í dómum Hæstaréttar hafa lánveitendur borið fyrir

<sup>37</sup> Alþt. 2015–2016, A-deild, þskj. 519 – 383. mál, athugasemdir við 22. gr.

sig að tómlæti ábyrgðarmanna leiði til þess að ábyrgð skuli standa óhöggð, sbr. t.d. *Hrd. 21. janúar 2013 í máli nr. 4/2013*. Deilt var um gildi fjárnáms sem fór fram á grundvelli sjálfskuldarábyrgðar á skuldabréfi. Í niðurstöðu Hæstaréttar segir:

Sóknaraðili verður því að bera hallann af þeim ákvörðun að skuldabréfalánið og veðbandslausnin voru veitt án þess að viðhöfð væru áður þau vönduðu vinnubrögð sem samkomulagið 1. nóvember 2001 gerði ráð fyrir. [...] *Samkvæmt þessu og með vísan til 36. gr. laga nr. 7/1936 um samningsgerð, umbod og ógilda löggæringa er fallist á með varnaraðila [ábyrgðarmanni] að ósannjarnt sé af sóknaraðila að bera fyrir sig og byggja rétt á fyrrgreindri sjálfskuldarábyrgð varnaraðila, enda hefur varnaraðili hvorki sýnt tómlæti um gæslu réttar síns þannig að réttarspjöllum varði ... (áherslubr. höf.)*

Þótt ekki hafi verið fallist á viðbáru lánveitanda um tómlæti eins og sakir stóðu, eru forsendur dómsins allt að einu til marks um þýðingu tómlætis við mat á gildi ábyrgðarskuldbindingar, sbr. þau ummæli „enda hefur varnaraðili hvorki sýnt tómlæti um gæslu réttar síns þannig að réttarspjöllum varði ...“.

Í þessu samhengi má einnig nefna *Hrd. 13. desember 2016 í máli nr. 762/2016*. Lánveitandi byggði m.a. á því að ábyrgðarmaður hafi sýnt af sér verulegt tómlæti, þar sem hann hafi ekki kannað réttarstöðu sína fyrir en rúmum tíu árum eftir að hann gekkst í ábyrgðina. Á því tímabili hafði hann samþykkt skilmálabreytingu þrisvar sinnum og reglulega fengið sendar tilkynningar þar sem vanskil aðalskuldara komu skýrlega fram. Hins vegar greinir Hæstiréttur frá því að ábyrgðarmaður hafi ekki verið krafinn um greiðslu skuldarinnar fyrir en með greiðsluáskorun þann 23. mars 2015 þrátt fyrir að skuldin hafi verið í vanskilum frá 1. apríl 2010:

Hann hafði því ekki tilefni til að bregðast við kröfu um greiðslu skuldarinnar fyrir en þá sem hann gerði 27. nóvember sama ár. Af þeim sökum verður hann ekki talinn hafa fyrirgert rétti til að hafa uppi fyrrgreinda ógildingarkröfu gagnvart sóknaraðila með tómlæti af sinni hálfu, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar 21. október 2013 í máli nr. 569/2013.

Sjá hins vegar til samanburðar *Hrd. 29. september 2016 í máli nr. 471/2016*:

A [ábyrgðarmaður] samþykkti niðurstöðu um mat á greiðslugetu skuldara fimm dögum eftir undirritun sína á veðskuldabréfið. Á því skjali staðfesti hann jafnframt að hafa kynnt sér bækling um sjálfskuldarábyrgðir og lánsveð auk þess sem hann undirritaði annað skjal um „Ábendingar vegna lánsveðs.“ *Mátti honum þá vera ljóst í hverju ábyrgð hans sem veðsala fólst en hreyfði ekki athugasemdum.* Verður því að leggja til grundvallar að með undirskrift sinni á niðurstöðu greiðslumatsins 7. febrúar 2006 hafi A veitt eftirfarandi samþykki sitt fyrir veðsetningunni og var með því uppfyllt skilyrði 3. mgr. 4. gr. samkomulagsins um að veðsali staðfesti skriflega ef hann óskaði eftir að lán yrði veitt þrátt fyrir að niðurstaða greiðslumats benti til þess að greiðandi gæti ekki efnt skuldbindingar sínar. *Samkvæmt þessu og að því gættu að A hafði fyrst níu árum eftir að hann veitti samþykki sitt fyrir veðsetningunni uppi andmæli gegn gildi hennar verður ekki fallist á að ósannjarnt sé af hálfu varnaraðila eða andstætt góðri viðskiptavenju að bera fyrir sig veðleyfið, sbr. 36. gr. laga nr. 7/1936 um sanningsgerð, umboð og ógilda löggæringa.*<sup>38</sup> (áherslubr. höf.)

Af dómaframkvæmd má þannig ráða að mat á tómlæti geti verið nokkuð atviksbundið. Máli virðist þó m.a. skipta hvort ábyrgðarmaður hafi haft tilefni til að kanna réttarstöðu sína, sbr. *Hrd. 13. desember 2016 í máli nr. 762/2016*.

## 5. Niðurstöður

Meginmarkmið greinarinnar var að skoða þau sjónarmið sem koma til álita við mat á hvort víkja eigi ábyrgðarskuldbindingu til hliðar vegna ætlaðra annmarka á framkvæmd greiðslumats (eða t.d. ef greiðslumat er ekki framkvæmt). Aðstöðumunur ábyrgðarmanna og lánveitanda kemur alla jafna til skoðunar. Á hinn bóginn virðist jafnframt mega ganga út frá, að aðstöðumunur einn og sér nægi ekki til að ógilda ábyrgð, heldur verði að telja að tengsl séu á milli hans og þeirrar staðreyndar að viðkomandi ákvað að gangast undir ábyrgðaryfirlýsingu, þ.e. að aðstöðumunur hafi haft áhrif á framvinduna (skuldbindinguna) sem slíka. Hæstiréttur hefur t.d. í þessu samhengi

<sup>38</sup> Sjá einnig *Hrd. 17. desember 2015 í máli nr. 346/2016*.

slegið föstu að lánveitandi beri ekki sömu upplýsingaskyldu gagnvart einstaklingum sem búa yfir sérfræðiþekkingu, sbr. t.d. *Hrd. 21. október 2010 í máli nr. 116/2010*.

Hæstiréttur hefur talið að þótt eðlilegt sé að reisa greiðslumat á upplýsingum frá lántaka þá „*getur fjármálafyrirtæki ekki látið sér í léttu rúmi liggja hvaða upplýsingar eru notaðar og hvaða gagna er aflað*“, sbr. *Hrd. 28. nóvember 2013 í máli nr. 376/2013*. Af þessum dómi, og fleiri dómum sem voru reifaðir, virðist, samandregið, mega ganga út frá að lánveitandi geti, og verði, eðli málsins samkvæmt að reiða sig á upplýsingar frá lántaka. Á hinn bóginn, að því marki sem lánveitandi veit, eða má vita, að þær upplýsingar séu ekki nægilegar, eða t.d. að þær séu þversagnarkenndar, þá hvíli sú skylda á honum að afla frekari og nákvæmari upplýsinga, og hann beri jafnframt halla af vanrækslu í þeim efnum.

Að auki kom til skoðunar hvort fjölskyldutengsl lántaka og ábyrgðarmanna, og viðlíka tengsl, geti leitt til þess að ábyrgðarmaður hafi vitað eða mátt vita um fjárhagsstöðu lántaka. Á þetta reyndi m.a. í *Hrd. 1. nóvember 2012 í máli nr. 569/2013* og taldi Hæstiréttur að skyldleiki og sameiginlegt eignarhald leiddi ekki óhjákvæmilega til þess að faðir sem gekkst í ábyrgð fyrir dóttur sína hefði átt að þekkja fjárhag hennar. Hæstiréttur komst að sambærilegri niðurstöðu í *Hrd. 15. september 2016 í máli nr. 691/2015*. Til samanburðar má hins vegar nefna *Hrd. 19. janúar 2017 í máli nr. 438/2016* þar sem lítið var sérstaklega til þess að veðsali og lántaki voru í hjúskap þegar veðsetning fór fram, voru með sama lögheimili og stóðu sameiginlega að skattskilum og talið að „áfrýjandi [mátti] gerst þekktja fjárhagsstöðu lántakans“.

Í tilvikum þar sem láni hefur verið ráðstafað ábyrgðarmanni til hagsbóta hefur Hæstiréttur horft til þess við mat á gildi ábyrgðar, þó að annmarkar hafi verið á greiðslumati, sbr. t.d. *Hrd. 1. nóvember 2012 í máli nr. 169/2012* og fleiri dóma af sama meidi.

Þá hafa hömlur verið taldar á því hversu lengi sú skylda hvíli á lánveitendum að varðveita gögn sem greiðslumat styðst við, sbr.



t.d. *Hrd. 17. apríl 2012 í máli nr. 141/2012*. Í þessu samhengi er þó vert að benda á að með tilkomu laga nr. 118/2016 um fasteignalán til neytenda er lánveitendum skylt að varðveita gögn sem varða fasteignalán út lánstímann. Þá hefur ekki verið talið skipta máli þótt greiðslumat hafi, eftir atvikum, verið undirritað eftir útgáfu skuldabréfs, sbr. *Hrd. 29. september 2016 í máli nr. 471/2016*.

Tómlæti ábyrgðarmanns kann jafnframt að skipta máli við mat á gildi ábyrgðar vegna annmarka á greiðslumati, sbr. t.d. *Hrd. 21. janúar 2013 í máli nr. 4/2013* og *Hrd. 13. desember 2016 í máli nr. 762/2016*, þar sem ábyrgðarmenn voru þó ekki taldir hafa firrt sig rétti sökum tómlætis, sbr. hins vegar t.d. til samanburðar *Hrd. 29. september 2016 í máli nr. 471/2016*. Draga virðist mega þá ályktun að ábyrgðarmaður megi ekki draga óhóflega langan tíma að kanna réttarstöðu sína eftir að honum gafst tilefni til, t.d. vegna vanskila lántaka.

Í framangreindri umfjöllun hefur verið leitast við að varpa ljósi á þau sjónarmið sem oftast reynir á þegar deilt er um gildi ábyrgða og annmarka á greiðslumati. Svo sem umfjöllunin ber með sér koma fjölmörg atriði til skoðunar og er matið jafnan atviksbundið og sem leiðir raunar af eðli sanngirnireglu 36. gr. sml.

### Heimildaskrá

Alþt. 1985–1986, A deild, þskj. 493 – 260. mál

Alþt. 2008–2009, A-deild, þskj. 135 – 125. mál

Alþt. 2012–2013, A-deild, þskj. 228 – 220. mál

Alþt. 2015–2016, A-deild, þskj. 519 – 383. mál

„Ábyrgðarmenn fjárskuldbindinga: Skýrsla nefndar um ábyrgðarveitingar“ (Rit 96–7, Iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið desember 1996)

Ása Ólafsdóttir „Ógildingarregla 36. gr. laga nr. 7/1936, samningar milli jafnsettra aðila“ í Helgi Birgisson o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit Viðar Már Matthíasson sextugur 16. ágúst 2014* (Bókaútgáfan Codex 2014)

Ása Ólafsdóttir og Eiríkur Jónsson, *Neytendaréttur* (Bókaútgáfan Codex 2009)

Benedikt Bogason „Lög um ábyrgðarmenn nr. 31/2009 og helstu meinbugir á þeim“ í Helgi Birgisson o.fl. (ritstj.), *Afmælisrit Viðar Már Matthíasson sextugur 16. ágúst 2014* (Bókaútgáfan Codex 2014)

## Ritrýnd fræðigrein

Benedikt Bogason, „Um kröfuábyrgð, stofnun og ógildi“ (1997) 47 (1) Tímarit lögfræðinga

Guðjón Rúnarsson „Ábyrgðir á skuldum einstaklinga“, *Morgunblaðið* (Reykjavík 8. nóvember 2001) <<http://www.mbl.is/greinasafn/grein/635743/>> skoðað 12. febrúar 2017

Legind ND, *Privat kaution: behovet for en kodifikation af privat kaution for banklån* (Jurist- og Økonomsforbundets Forlag 2002)

Ussing H, *Kaution* (G.E.C. Gads Forlag 1928)

Porgeir Örlygsson „Lögfesting almennrar ógildingarreglu í III. kafla laga nr. 7/1936“ (1986) 36 (2) Tímarit lögfræðinga

## Dómaskrá

### *Dómar Hæstaréttar*

Hrd. 16. desember 1993 í máli nr. 255/1992

Hrd. 18. september 2003 í máli nr. 3/2003

Hrd. 17. maí 2005 í máli nr. 163/2005

Hrd. 17. janúar 2007 í máli nr. 16/2007

Hrd. 21. október 2010 í máli nr. 116/2010

Hrd. 21. júní 2011 í máli nr. 542/2010

Hrd. 17. apríl 2012 í máli nr. 141/2012

Hrd. 1. nóvember 2012 í máli nr. 169/2012

Hrd. 29. nóvember 2012 í máli nr. 213/2012

Hrd. 21. janúar 2013 í máli nr. 4/2013

Hrd. 7. mars 2013 í máli nr. 575/2012

Hrd. 12. mars 2013 í máli nr. 127/2013

Hrd. 21. október 2013 í máli nr. 569/2013

Hrd. 28. nóvember 2013 í máli nr. 376/2013

Hrd. 20. febrúar 2014 í máli nr. 630/2013

Hrd. 29. október 2015 í máli nr. 196/2015

Hrd. 17. desember 2015 í máli nr. 346/2015

Hrd. 26. maí 2016 í máli nr. 648/2015

Hrd. 15. september 2016 í máli nr. 691/2015

Hrd. 29. september 2016 í máli nr. 471/2016

Hrd. 13. desember 2016 í máli nr. 762/2016

Hrd. 19. janúar 2017 í máli nr. 438/2016

Hrd. 2. febrúar 2017 í máli nr. 378/2016

*Norskir dómur*

LB 15. febrúar 2017 í máli 2016 s. 024113

*Innlendir úrskurðir, álit og ákvarðanir stjórnvalda*

Álit nefndar um réttindi og skyldur í viðskiptum neytenda við fjármálafyrirtæki,  
iðnaðar- og viðskiptaráðuneytið 6. maí 2004

*Erlendir úrskurðir, álit og ákvarðanir stjórnvalda*

Pengeinstitutankenævnet nr. 397/1993

Finansklagenemnda Bank Statement 5. júlí 2016 nr. 283

## **Validity of guarantees and deficiencies in credit assessment**

### **Abstract**

It has been common in Iceland for individuals to provide guarantees as security for the loans of individuals and companies. Guarantees in this sense can entail that a third party personally guarantees a liability, or grants security in their assets. Because of the guarantee, the lender may be obliged to carry out a credit assessment on the borrower. In the article it is considered when deficiencies in the credit assessment (or, for instance, the fact that a credit assessment has not been carried out) have an effect on the validity of the guarantee. The main domestic sources of law which could be of relevance are considered, and Nordic laws considered in comparison. The judgments of the Supreme Court of Iceland are also reviewed with reference to which issues can be of particular importance in the analysis of the validity of a guarantee in connection with deficiencies in carrying out the credit assessment. The precedents indicate that the facts of the case need to be looked at as a whole, with many issues coming into consideration, including whether the provision of information was wrong or misleading and who is to blame, the connection of the borrower and the guarantor, the use of the borrowed money and laches. All these issues, as well as others, can have an impact.

# TORT

INNHEIMTA SLYSABÒTA



Aukakrónur

**Þú getur keypt næstum  
hvað sem er fyrir Aukakrónur**



Allt fyrir skólann



Fatnaður



Afþreying

Kynntu þér Aukakrónur á [landsbankinn.is/aukakronur](https://landsbankinn.is/aukakronur)



# Fúkyrði eða fullyrðing?

## Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu í máli Egils Einarssonar gegn Íslandi frá 7. nóv. 2017 í máli nr. 24703/15

---

### » Dr. Davíð Þór Björgvinsson

prófessor og dómari við Mannréttindadómstól Evrópu 2004–2013.

Davíð hefur verið skipaður dómari við Landsrétt frá 1. janúar 2018.

---

### I nngangur

Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu (MDE) í máli Egils Einarssonar hefur vakið athygli. Málið reis af instagramfærslu Inga Kristjáns Sigurmarssonar. Undanfarinn var sá að Egill hafði verið kærður fyrir nauðgun, en málið síðan fellt niður af ákærvaldinu. Inga Kristjáni virðist hafa orðið nokkuð heitt í hamsi vegna þessara tíðinda og setti inn færslu á instagram þar sem birt var stílfærð mynd af Agli. Myndinni fylgdi texti þar sem Egill var kallaður „aumingi“ og enn fremur “Fuck you rapist bastard”. Að sönnu er þetta gróft orðfæri og alls ekki til fyrirmyndar. Egill, sem hefur kallað sig Gillzenegger eða Gillz, var ósáttur og höfðaði mál fyrir héraðsdómi. Krafðist hann þess að Ingi Kristján yrði dæmdur til refsingar fyrir ærumeidandi aðdróttun með því að hafa breytt ljósmyndinni af sér, svo og að tilgreind ummæli yrðu dæmd dauð og ómerk. Að auki gerði Egill kröfu um skaðabætur og greiðslu kostnaðar af birtingu dóms í málinu.



### Málsmeðferð fyrir íslenskum dómstólum

Í héraðsdómi var Ingi Kristján sýknaður og voru forsendur þess aðallega að Egill hefði í blaðaviðtali látið ýmis ögrandi ummæli falla um tilgreindar persónur í kjölfar niðurfellingar málsins, hann væri þekkt persóna sem hefði ítrekað tjáð sig um samskipti kynjanna og sett þar fram sjónarmið sem varla yrðu skýrð á annan veg en niðrandi um kynfrelsi kvenna, hvort heldur þau höfðu verið sett fram í gríni eða alvöru. Hann, aðallega undir „listamannsnaflni“, hefði þannig kallað yfir sig hörð viðbrögð.

Egill áfrýjaði dóminum. Í dómi Hæstaréttar var af meirihlutanum skírskotað til þess að í undanfara myndbirtingar Inga Kristjáns hefði Egill komið fram í blaðaviðtali og viðhaft þar ögrandi, ef ekki niðrandi, ummæli um aðra. Með því hefði hann hrundið af stað hvassri þjóðfélagsumræðu og mátt jafnframt gera sér ljóst að ummæli hans kynnu að kalla á hörð viðbrögð þeirra sem andúð

hefðu á viðhorfum hans. Í þessu samhengi bæri að líta á ummælin sem gildisdóm sem hefði stoð í framgöngu hans sjálfs. Talið var að Ingi Kristján nyti tjáningarfrelsis á grundvelli stjórnarskrárinnar og mannréttindasáttmála Evrópu og eins og á hefði staðið hefði hann notið rýmkaðs frelsis til að tjá sig um Egil og skoðanir hans. Þegar virt voru í heild hin afbakaða mynd og ádurgreind ummæli, var talið að um væri að ræða fúkyrði (gildisdóm) Inga Kristjáns um Egil í óvæginni þjóðfélagslegri umræðu, sem Egill hefði sjálfur átt frumkvæði að, en ekki staðhæfingu um að hann hefði gerst sekur um refsiverða háttsemi. Var tjáning Inga Kristjáns í umrætt sinn talin hafa verið innan marka þess frelsis sem honum væri tryggt í 2. mgr. 73. gr. stjórnarskrárinnar og hann því sýknaður af kröfum Egils.

Þess er skylt að geta að einn dómari Hæstaréttar, Ólafur Börkur Þorvaldsson, skilaði sératkvæði og vildi dæma Inga Kristjáni áfelli með þeim rökum að ummæli hans verði ekki talin fela í sér annað en grófa aðdróttun um að áfrýjandi hafi gerst sekur um grafalvarlegt refsivert afbrot. Því væri um að ræða staðhæfingu um staðreynd.

### **Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu**

Egill var enn ósáttur og fór með málið fyrir MDE og hélt því fram að með niðurstöðu Hæstaréttar hefði verið brotið á rétti hans samkvæmt 8. gr. sáttmálans til friðhelgi einkalífs og æruverndar þar sem í myndinni og textanum sem fylgdi fælist aðdróttun um alvarlega refsiverða háttsemi sem hann hefði verið hreinsaður af.

Í dómi MDE er talið að Egill, hvort heldur undir eigin nafni eða „listamannsnafninu Gillz“ („Gillz“), væri þekkt persóna. Hann yrði þannig, sem og vegna eigin þátttöku í almennri umræðu um ásakanir á hendur sér um kynferðislegt ofbeldi, að þola hvassari umfjöllun í sinn garð en annars hefði verið. Þá var umfjöllunin um málefni sem varðaði almenning, þ.e. kynferði og kynfrelsi. Þá fjallar MDE um hvort myndbirtingin og textinn fæli í sér gildisdóm eða staðhæfingu um staðreynd. Með öðrum orðum, hvort um væri að ræða fúkyrði eða fullyrðingu, svo vísað sé í heiti greinarinnar.



Þetta síðastnefnda er kjarni málsins, þ.e. hvort setningin „fuck you rapist bastard“ fæli í sér staðhæfingu um staðreynd, eða hvort um gildisdóm væri að ræða. Þessi greinarmunur skiptir talsverðu máli, því ef um er að ræða staðhæfingu um staðreynd er gerð ríkari krafa um að hún sé studd við gögn sem sanngjarnt er að sá sem viðhefur ummæli geti reitt sig á, þótt ekki sé farið fram á fulla sönnun. Ef um gildisdóm er að ræða þarf ekki að sanna slíkan dóm, þótt krafa sé gerð um að tjáningin styðjist við „einhver“ gögn sem gefi tilefni til hennar.

Meirihluti Hæstaréttar taldi að um „gildisdóm“ væri að ræða og að skoða yrði ummælin í víðara samhengi þeirrar umræðu sem Egill hefði staðið fyrir á opinberum vettvangi. Hann hefði kallað þessi viðbrögð yfir sig og yrði að þola þau. Þessu var MDE ósammála. Þótt MDE viðurkenndi svigrúm Hæstaréttar til mats um þetta atriði sá hann engu að síður ástæðu til að endurskoða það. Í því efni lagði MDE áherslu á að orðið nauðgari („rapist“) lýsti í raun hlutlægum aðstæðum og ef nákvæmlega væri skoðað í hvaða röð atburðir gerðust hefði Hæstiréttur ekki haft nægilega rík rök, þrátt fyrir að ummælin væru þáttur í óvæginni umræðu, til að meta ummæli Inga Kristjáns sem gildisdóm. Frekar væri um að ræða staðhæfingu um staðreynd sem enginn grundvöllur væri fyrir. Íslenska ríkið hefði því, með dómi Hæstaréttar, brugðist skyldu sinni til að vernda einkalíf og æru Egils og með því brotið gegn 8. gr. sáttmálans.

Tveir dómarmar MDE lýstu sig ósammála niðurstöðu meirihlutans. Fyrst Paul Lemmens frá Belgíu, en inntakið í sératkvæði hans er að meirihlutinn hafi brugðist í því að virða svigrúm Hæstaréttar til mats á því hvort um væri að ræða gildisdóm eða staðhæfingu um staðreynd. Mat Hæstaréttar væri stutt viðeigandi rökum og væri skynsamlegt og sanngjarnt og ekki næg ástæða til að endurskoða það. Í sératkvæði Stéphanie Mourou-Vikström frá Mónakó er m.a. lögð áhersla á fyrri framkomu Egils í opinberri umræðu sem hefðu lotið mjög að kynfrelsi kvenna og með henni hefði hann kallað yfir sig hvöss ummæli í sinn garð. Hæstiréttur hefði með réttu mátt meta þýðingu þeirra á þann hátt sem gert var. Þau töldu bæði að sýkna bæri íslenska ríkið.

Sératkvæðin, nánar tiltekið þau bæði saman, hafa talsvert til síns máls, þ.e. að mat Hæstaréttar sé ígrundað og styðjist við viðeigandi rök sem MDE hefði vel getað unað við, og til viðbótar að með fyrri framgöngu sinni í opinberri umræðu hefði Agli mátt vera ljóst að hann kynni að kalla yfir sig hvöss viðbrögð sem hann yrði að una. Hann hafi með öðrum orðum sjálfur slegið tón umræðunnar með þátttöku sinni í opinberri umræðu í bráð og lengd.

Að lokum er bent á að Egill gerði fyrir MDE kröfu um að sér yrðu dæmdar 10.000 evrur í miskabætur. Í dóminum er þessari kröfu hafnað og talið að viðurkenning á því að 8. gr. sáttmálans hefði verið brotin gagnvart honum fæli í sér nægilega uppreist honum til handa. Þetta er ekki fordæmalaust en heyrir þó fremur til undantekninga, því miskabætur eru oftast dæmdar í slíkum málum ef um brot er að ræða. Þetta er ekki sérstaklega rökstutt í dóminum, en má túlka svo að MDE fallist á sinn hátt á að Egill, sem væri þekkt persóna, hefði með eigin framgöngu að nokkru kallað þessi viðbrögð yfir sig og ekki rétt að dæma honum miskabætur við þær aðstæður.

### Lokaorð

Ef horft er til allra þeirra dóma sem fallið hafa í tjáningarfrelsis- og ærumeiðingarmálum gegn Íslandi síðustu árin má með nokkrum rétti halda því fram að skilaboðin frá MDE séu nokkuð misvísandi og til þess fallin að gera landsdómstólum fremur erfitt fyrir um að fullnægja þeim kröfum sem telja má að í dómaframkvæmd MDE felist, þrátt fyrir vilja til þess. Erfitt getur verið að átta sig á hvenær og á hvaða grundvelli MDE unir mati landsdómstóla og hvenær ekki. Niðurstaða Hæstaréttar um að líta bæri á tjáninguna sem gildisdóm er, þegar á allt er litið, ágætlega rökstudd og sannfærandi og innan þess svigrúms til mats sem Hæstiréttur mátti með sanngirni ætla að hann hefði til þess að meta þetta atriði, einkum þegar horft er til þess hvernig dómaframkvæmd MDE hefur þróast síðustu ár. Með sanngirni má segja að dómur Hæstaréttar hafi falið í sér raunverulega og rökstudda tilraun til að taka mið af þeim sjónarmiðum sem MDE hefur þróað, einkum í málum sem varða tjáningarfrelsi og friðhelgi



*Mannréttindadómstóll Evrópu í Strassborg.*

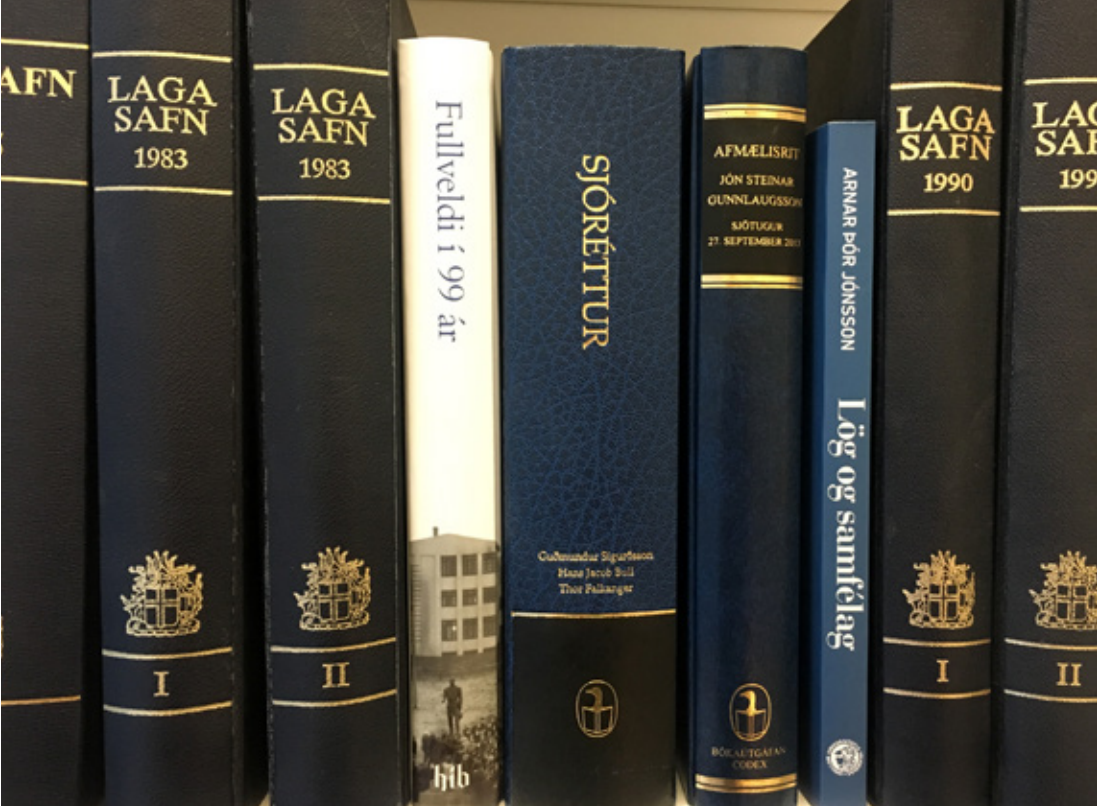
einkalífs. En allt kom það fyrir ekki að þessu sinni. Þrátt fyrir þetta bakslag verður engu að síður að hvetja íslenska dómstóla til að halda áfram á þeirri braut sem mörkuð hefur verið síðustu misseri um að taka í vaxandi mæli mið af dómaframkvæmd MDE þar sem við á. Hætt er þó við að þessi dómur MDE, sem hér hefur verið gerður að umtalsefni, virki letjandi á íslenska dómara í þeim efnum. Þeir eru vafalaust margir ósáttir við þennan dóm enda hafi Hæstiréttur í góðri trú beitt í dómi sínum þeim sjónarmiðum sem MDE hefur mótað í sinni framkvæmd um jafnvægið milli tjáningarfrelsis og friðhelgi einkalífs.

# Gróska í bókaútgáfu

Í þessu tölublaði Tímarits Lögréttu eru kynntar fjórar nýjar eða nýlegar bækur um lögfræðileg efni sem starfsmenn lagadeildar Háskólans í Reykjavík hafa staðið að.

Fyrst má nefna greinasafnið Lög og samfélag sem kom út á vegum Háskólaútgáfunnar 2016. Þar birtast sjö sjálfstæðar greinar eftir Arnar Þór Jónsson, lektor við lagadeild HR. Greinarnar, sem allar eru ritrýndar, fjalla um lagahugtakið út frá ýmsum hliðum og er athyglinni sérstaklega beint að þeirri ábyrgð sem lögfræðingar bera á lögum og lagaframkvæmd. Í formála segir Arnar að á vettvangi laga og réttar mætist mismunandi hagsmunir, öfl og sjónarmið. Lögfræðingar gegni lykilhlutverki þegar leysa þurfi úr lagalegum ágreiningi á friðsælan og farsælan hátt. Það hlutverk krefjist þess að hugað sé að samræmi, heildarsamhengi, áhrifum og framvindu. Ritinu sé ætlað að hvetja lesandann til nánari umhugsunar um þessi efni. Arnar tileinkar ritið öllum kennurum sínum, en sérstaklega þó móðurömmu sinni, Theodóru Elísabetu Bjarnadóttur (f. 3. janúar 1924, d. 13. júní 2011).

Bókaútgáfan Codex gaf út efnismikið fræðirit 2016 um Sjórétt. Guðmundur Sigurðsson, prófessor við lagadeild HR, er höfundur ritsins ásamt norðmönnum Hans Jacob Bull og Thor Falkanger. Bull og Falkanger starfa við Norrænu Sjóréttarstofnunina við Háskólann í Osló. Guðmundur tileinkar Arnljóti Björnssyni bókina með þeim orðum að Arnljótur hafi kveikt áhuga hans á sjórétti og átt stóran þátt í því að hann fékk á sínum tíma tækifæri til að stunda doktorsnám í lögfræði við Oslóarháskóla. Arnljótur (f. 31. júlí 1934, d. 30. maí 2004) var prófessor við lagadeild Háskóla Íslands frá 1971 til 1995, en það ár var hann skipaður dómari við Hæstarétt Íslands.



Í lok árs 2017 komu út tvö afmælisrit, annars vegar til heiðurs Davíð Þór Björgvinssyni sextugum og hins vegar til heiðurs Jóni Steinari Gunnlaugssyni sjötugum. Davíð Þór og Jón Steinar áttu báðir þátt í að ýta lagadeild Háskólans í Reykjavík úr vör. Deildin var stofnuð 2002 og sama ár hóf Jón Steinar störf og Davíð Þór ári síðar. Davíð Þór varð síðar dómari við Mannréttindadómstól Evrópu (2004–2013) og Jón Steinar dómari við Hæstarétt Íslands (2004–2012). Afmælisritið til heiðurs Davíð Þór er tileinkað fullveldinu og ber heitið Fullveldi í 99 ár. Það geymir safn 15 fræðigreina, langflestra ritrýndra, á fleiri sviðum en lögfræði, þó að lögfræðihlutinn sé fyrirferðarmestur. Ritstjóri er Svala Ísfeld Ólafsdóttir, dósent við lagadeild HR og útgefandi Hið íslenska bókmenntafélag. Afmælisrit Jóns Steinars geymir tuttugu greinar úr ýmsum áttum og er helmingur þeirra ritrýndar fræðigreinar. Ritstjóri er Heimir Örn Herbertsson, sérfræðingur við lagadeild HR og útgefandi bókaútgáfan Codex.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir

## Lög og samfélag

Í bókinni er rætt um lagahugtakið út frá ýmsum hliðum. Athygli er beint að þeirri ábyrgð sem lögfræðingar bera á lögum og lagaframkvæmd. Á vettvangi laga og réttar mætast mismunandi hagsmunir, öfl og sjónarmið. Þar togast hið almenna á við hið sérstaka; lagahyggja togast á við gagnsemishyggju; ákall um réttlæti í formi lagasetningar eða dóms kann að brjóta gegn þeim skuldbindingum sem búa í kjarna réttarríkisins. Upptalningin gæti verið miklu lengri. Lögfræðingar gegna lykilhlutverki þegar kemur að því að leiða fram friðsamlega og farsæla lausn á lagalegum ágreiningi. Það hlutverk krefst þess að hugað sé að samræmi, heildarsamhengi, áhrifum og framvindu. Ritinu er ætlað að hvetja lesandann til nánari umhugsunar um þessi efni.



Lög og samfélag

## Nýtt rit um sjórétt

Bókaútgáfan Codex hefur gefið út ritið Sjóréttur e. Guðmund Sigurðsson, Hans Jacob Bull og Thor Falkanger.

Ritinu er ætlað það hlutverk að gefa heildstæða mynd af íslenskum sjórétti þó megináherslan sé lögð á þau svið réttarins sem skipta hvað mestu máli í daglegri framkvæmd á Íslandi. Því er talsverð áhersla lögð á umfjöllun um réttarreglur varðandi farmflutninga til og frá landinu. Ritið er allt í senn, fræðirit, kennslubók og handbók fyrir atvinnulífið. Ekkert íslenskt rit er til um sama efni.

Í fyrsta hluta ritsins, köflum 2 til 4, er fjallað um réttarreglur sem tengjast sjálfu skipinu. Í köflum 5 til 8 er fjallað um útgerðarmenn og ábyrgð þeirra. Ekkert skip siglir án áhafnar. Í 9. kafla er stuttlega fjallað um meginreglur um réttarstöðu áhafna. Í köflum 10 til 14 er síðan fjallað um mismunandi tegundir farmsamninga. Að loknu almennu yfirliti um farmsamninga í kafla 10 er í köflum 11–14 fjallað um farmskírteini og sjófarmbréf, farmsamninga um ferðbundna eða tímabundna leigu skips, og sérstakar tegundir farmsamninga. Í kafla 15 er fjallað um flutning farþega og farangurs. Í köflum 16 og 17 er fjallað um björgun og sameiginlegt sjóttjón. Þá er að finna umfjöllun um sjóvátryggingar í köflum 18 og 19. Að lokum er fjallað um rannsókn sjóslysa í kafla 20.

Ritið er samstarfsverkefni höfundanna þriggja en norskt rit um Sjórétt eftir Hans Jacob Bull og Thor Falkanger er sú fyrirmynd sem stuðst er við að hluta. Íslenskur sjóréttur er þó á köflum talsvert ólíkur þeim norræna og eru margir kaflar bókarinnar því frábrugðnir því sem er í norsku útgáfunni. Þá er í bókinni ítarlega farið farið yfir íslenska réttarframkvæmd og fjölmargir dómar reifaðir.





## Fullveldi í 99 ár

Bókin Fullveldi í 99 ár er safn ritgerða sem með ýmsum hætti tengjast hugtakinu fullveldi. Hún er gefin út að tilhlutan vina og samstarfsmanna Davíðs Þórs Björgvinssonar í tilefni af sextugsafmæli hans. Fræðimenn á mismunandi fræðasviðum koma þar saman og ræða hugtakið fullveldi á forsendum fræða sinna.

Salvör Nordal ríður á vaðið með ritgerð um heimsborgarahyggju, sem er af siðferðilegum og heimspekilegum toga og er rituð undir víðu sjónarhorni. Þá taka við sögulegar ritgerðir. Stefanía Óskarsdóttir fjallar um þróun nútímaríkja og leiðir lesandann í því samhengi inn í sjálfstæðisbaráttu Íslendinga. Guðmundur Hálfðanarson fjallar um hvenær fullveldið hélt innreið sína í íslenska stjórn málaumræðu. Þá gerir Ragnhildur Helgadóttir grein fyrir mögulegum norskum áhrifum á sjálfstæðisbaráttuna. Þetta er nýstárlegur flötur á sögu sjálfstæðisbaráttu Íslendinga og líklegur til að vekja athygli. Eiríkur Rögnvaldsson ritar um íslenska tungu og fullveldið. Næst koma greinar af vettvangi stjórn mála og hagfræði. Baldur Þórhallsson ræðir leiðir fyrir smáríki til að styrkja fullveldi sitt. Ólafur Ísleifsson ritar grein um krónuna og fullveldið.

Nokkrar greinar í bókinni fjalla um lögfræðileg álitamál sem tengjast fullveldinu. Björg Thorarensen fjallar um hvort þörf sé á að setja ákvæði um framsal ríkisvalds í stjórnarskrá, einkum vegna þátttöku Íslands í EES-samstarfinu. Þá skrifar Skúli Magnússon ritgerð um hvort þörf sé á stjórnarskrárákvæði um stöðu þjóðaréttar í landsrétti. Dóra Guðmundsdóttir skoðar hvernig hugmyndin um fullveldi ríkja og viðurkenning á því hefur áhrif á hvernig alþjóðastofnun, eins og Mannréttindasómstóll Evrópu, beitir valdi sínu á grundvelli mannréttinasáttmála Evrópu. Þá skrifar Gunnar Þór Pétursson ritgerð



*Svala Ísfeld  
Ólafsdóttir ritstjóri  
bókarinnar.*

um bókun 35 við EES-samninginn, um stöðu EES-reglna í íslenskum landsrétti. Þá fylgir ritgerð eftir Carl Baudenbacher, sem er í rökréttu samhengi við grein Gunnars Þórs, þar sem hann spyr einfaldlega „Fullveldi hverra?“. Afstaða hans er að við afmörkun fullveldis í skilningi EES-samningsins þurfi að hafa í huga að samningurinn fjallar einkum um efnahagsleg réttindi einstaklinga og fyrirtækja. Þá skrifa Guðmundur Alfreðsson og Ágúst Þór Árnason ritgerð um fullveldið og heimskautaréttinn og nám í þeirri grein við Háskólann á Akureyri. Síðasta greinin er eftir Róbert Spanó þar sem hann spyr hvar ábyrgðin liggi vegna ólögðra ummæla í athugasemdakerfum vefsíðna í ljósi mannréttindasáttmála Evrópu. Þar er fjallað um nýlega dóma Mannréttindadómstóls Evrópu um vernd tjáningarfrelsis í netheimum þegar reynir á ábyrgð vegna ólögðra ummæla sem birt eru nafnlaust eða undir gervinafni í athugasemdakerfum vefsíðna.

Undanfarin ár hefur komið út nokkur fjöldi afmælisrita og ritgerðasafna með greinum um lögfræðileg efni. Þessi bók sker sig að nokkru úr meðal þessara rita. Má þar fyrsta nefna að hún er þverfagleg, þar sem saman koma fræðimenn á mismunandi sviðum til að fjalla um eitt og sama viðfangsefnið, fullveldishugtakið, frá ólíkum hliðum. Þá er óvenjulegt að afmælisbarnið sjálf skrifi ritgerð þar sem tekið er saman efni allra ritgerðanna og fjallað um niðurstöður þeirra. Með lestri þeirrar greinar fæst gott yfirlit yfir efni ritsins og inntak. Þá prýða stórgóðar myndir bókina, sem langflestar voru teknar af syni afmælisbarnsins, Hjalta Þór, auk þess sem annar sonur hans, Davíð Steinn, skrifar yfirlit um starfsferil föður síns og menntun. Kápumyndin af stjórnarráðshúsinu frá 1. des. 1918, sem og öll hönnun og frágangur á ritinu, gerir það aðlaðandi og eigulegt. Ritstjóri bókarinnar er Svala Ísfeld Ólafsdóttir en Hið íslenska bókmenntafélag gefur hana út. Auk Svölu sátu í ritnefnd Baldur Þórhallson, Guðmundur Hálfðanarson og Ólafur Ísleifsson.

Svala Ísfeld Ólafsdóttir

# LAGADEILD HR

- BA í lögfræði
- BA í lögfræði með viðskiptafræði sem aukagrein
- ML í lögfræði
- PhD í lögfræði

Opið fyrir umsóknir í grunnnám og í meistaranám til 5. desember



@haskolinnireykjavik



@haskolinn #haskolinnrvk



@haskolinn



## Afmælisrit til heiðurs Jóni Steinari

Bókaútgáfan Codex gefur út afmælisrit í tilefni af sjötugsafmæli Jóns Steinars Gunnlaugssonar, fyrrverandi hæstaréttardómara, en hann varð sjötugur 27. september s.l. Ritsstjóri bókarinnar er Heimir Örn Herbertsson hrl. og sérfræðingur við lagadeild HR.

Jón Steinar á að baki yfir fjörtíu ára feril sem hæstaréttarlögmaður og hæstaréttardómari. Sem lögmaður og málflytjandi fyrir íslenskum dómstólum sem og Mannréttindadómstól Evrópu hefur Jón Steinar átt hlut að mörgum dómsmálum hverra niðurstöður hafa haft mikilvæg og stefnumótandi áhrif á dómaframkvæmd og löggjöf. Þá hefur Jón Steinar verið flestum öðrum lögfræðingum virkari í umræðu á opinberum vettvangi um grundvallarréttindi fólks og fyrirtækja, túlkun og beitingu laga og hlutverk stofnana ríkisvaldsins. Jón Steinar var fyrsti prófessor við lagadeild Háskólans í Reykjavík og sinnti kennslu við deildina á upphafsárum hennar.

Í afmælisritinu er að finna fjölmargar greinar um lögfræðileg efni sem margar hverjar tengjast málefnum sem Jón Steinar hefur látið sig varða í gegnum tíðina. Nefna má greinar um meðferð mála fyrir Hæstarétti þar sem meðal annars er hugað er að réttaröryggi málsaðila fyrir réttinum og að efnisþáttum brota sem mjög hafa borið á góma á undanfórnum misserum í dómum réttarins í eftirmálum hrunsins mikla. Þá eru greinar um tjáningarfrelsi og önnur stjórnarskrárvæðing réttindi borgaranna. Einnig er að finna greinar um réttaráhrif dóma, um athugunarefni á sviði verðbréfa- og samkeppnisréttar og niðurstöðu rannsóknar um kynferðisbrot, svo dæmi séu tekin.

Á meðal höfundu efnis eru starfandi lögmennt og fræðimenn við lagadeildir Háskólans í Reykjavík og Háskóla Íslands. Meðal annars



*Jón Steinar  
Gunnlaugsson  
ásamt Heimi Erni  
Herbertssyni ritstjóra  
bókarinnar.*

má nefna grein Arnars Þórs Jónssonar, lektors við lagadeild HR, grein Eiríks Elís Þorlákssonar, lektors við lagadeild HR og grein Svölu Ísfeld Ólafsdóttur, dósents við lagadeild HR. Einnig má nefna grein Hafsteins Þórs Haukssonar, dósents við lagadeild HÍ. Þá hafa ýmsir höfundar úr hópi lögmanna einnig sinnt kennslu og fræðastörfum, þar á meðal við lagadeild HR.

Í ritinu eru tvær greinar eftir erlenda höfunda, þá dr. Erik Werlauff, hæstaréttarlögmenn og prófessor við Háskólann í Álaborg, og Alan M. Dershowitz, lögmenn, rithöfund og Felix Frankfurter prófessor emeritus við lagadeild Harvard háskóla.

Heimir Örn Herbertsson





FORVINNSLA



PRENTUN



FRÁGANGUR



**Litla & prent**

**Stór verk litið mál**



**Flestar gerðir límmiða**



**Litlaprent ehf.**

Skemmuvegí 4 | 200 Kópavogí  
Sími 540 1800 | [litlaprent@litlaprent.is](mailto:litlaprent@litlaprent.is)

**Miðaprent ehf.**

Skemmuvegí 4 | 200 Kópavogí  
Sími 540 1818 | [midaprent@midaprent.is](mailto:midaprent@midaprent.is)

## **Pökkum stuðninginn**

**Ferðamála-, iðnaðar og nýsköpunarráðherra**

### **Fulltingi**

Höfðabakka 9, 110 Reykjavík

### **BBA Legal**

Höfðatorg, 19. hæð - 105 Reykjavík



# LOGOS

REYKJAVÍK • LONDON

